

**Titel:**

**Abrechnung neurologischer Komplexbehandlung**

**Normenketten:**

SGB V § 39, § 301 Abs. 2 S. 4

KHG § 17b Abs. 1 S. 4

KHEntgG § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 1 S. 1

**Leitsätze:**

1. Verstößt der durch das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz v. 11. 12. 2018 (BGBl. I S. 2394) hinzugefügte § 301 II 4 SGB V, gültig ab dem 1.1.2019, insoweit gegen den Gesetzesvorbehalt der Art. 20 II und III, 87 III GG, als die in § 301 II 4 SGB V ermächtigte Behörde des DIMDI nur durch Ministerialerlass und nicht durch Parlamentsgesetz errichtet wurde? (redaktioneller Leitsatz)

2. Verletzt der durch das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz v. 11.1.2018 (BGBl. I S. 2394) hinzugefügte § 301 II 4 SGB V, gültig ab dem 1.1.2019, insofern gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG), als in § 301 II 4 SGB V das DIMDI zur rückwirkenden Klarstellung und damit ggf. auch Vernichtung materieller Rechtspositionen ermächtigt wird? (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

neurologische Komplexbehandlung, Krankenhaus, Versorgung, Schlussrechnung, Vergütungsanspruch, Vorlagebeschluss

**Rechtsmittelinstanz:**

BVerfG Karlsruhe, Beschluss vom 24.01.2023 – 1 BvL 11/20

**Fundstellen:**

MedR 2021, 296

LSK 2020, 15990

BeckRS 2020, 15990

**Tenor**

I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

II. Dem Bundesverfassungsgericht werden folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Verstößt der durch das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz vom 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2394) hinzugefügte § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V, gültig ab dem 01.01.2019, insoweit gegen den Gesetzesvorbehalt der Art. 20 Abs. 2 und 3, 87 Abs. 3 GG, als die in § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V ermächtigte Behörde des DIMDI nur durch Ministerialerlass und nicht durch Parlamentsgesetz errichtet wurde?

2. Verstößt der durch das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz vom 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2394) hinzugefügte § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V, gültig ab dem 01.01.2019, insofern gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG), als in § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V das DIMDI zur rückwirkenden Klarstellung und damit ggf. auch Vernichtung materieller Rechtspositionen ermächtigt wird?

**Gründe**

A. Sachverhalt und Verfahrensstand

1

Die Parteien streiten über die Abrechnung einer neurologischen Komplexbehandlung.

2

Die Beklagte ist ein Krankenhaus in Form einer GmbH und Teil des Krankenhausplans Bayern. Sie verfügt über eine eigene gefäßchirurgische Abteilung, nicht jedoch über eine eigene Abteilung, die neurochirurgische Notfalleingriffe oder interventionell-neuroradiologische Behandlungsmaßnahmen

vornehmen könnte. Zur Versorgung von Schlaganfallpatienten hat sie sich daher dem sog. TEMPiS-Netzwerk (Telemedizinisches Pilotprojekt zur integrierten Schlaganfallversorgung) angeschlossen. Kooperationspartner im Rahmen des TEMPiS-Netzwerks sind die Schlaganfallzentren in E-Stadt H. (Klinik für Neurologie und Neurologische Intensivmedizin, E-Stadt Klinik H., H-Straße, E-Stadt) und an der Universität R-Stadt (Klinik und Poliklinik für Neurologie der Universität R-Stadt am Bezirksklinikum, R-Straße, R-Stadt).

### 3

Vom 20.08.2014 bis zum 23.08.2014 wurde im Krankenhaus der Beklagten der bei der Klägerin versicherte Patient D. stationär behandelt. Die medizinische Notwendigkeit dieser Behandlung ist zwischen den Beteiligten nicht streitig. Den Aufenthalt des Patienten D. hat die Beklagte gegenüber der Klägerin mit einem Betrag von 3490,07 EUR abgerechnet. Zugrunde gelegt wurde dabei der OPS 8-98b (andere neurologische Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls).

### 4

Der OPS 8-98b in der 2014 gültigen Fassung setzte als Mindestmerkmale voraus:

„Behandlung auf einer spezialisierten Einheit durch ein multidisziplinäres, auf die Schlaganfallbehandlung spezialisiertes Team unter fachlicher Behandlungsleitung durch einen Facharzt für Neurologie oder einen Facharzt für Innere Medizin (in diesem Fall muss im Team der neurologische Sachverstand kontinuierlich eingebunden sein) mit:

(...) unmittelbarem Zugang zu neurochirurgischen Notfalleingriffen sowie zu gefäßchirurgischen und interventionell-neuroradiologischen Behandlungsmaßnahmen (Es gibt jeweils eine eigene Abteilung im Hause oder einen Kooperationspartner in höchstens halbstündiger Transportentfernung (Zeit zwischen Rettungstransportbeginn und Rettungstransportende). Das Strukturmerkmal ist erfüllt, wenn die halbstündige Transportentfernung unter Verwendung des schnellstmöglichen Transportmittels (z.B. Hubschrauber) grundsätzlich erfüllbar ist. Wenn der Transport eines Patienten erforderlich ist und das Zeitlimit nur mit dem schnellstmöglichen Transportmittel eingehalten werden kann, muss dieses auch tatsächlich verwendet werden. Wenn ein Patient transportiert wurde und die halbe Stunde nicht eingehalten werden konnte, darf der Code nicht angegeben werden.)“

### 5

Diese Rechnung wurde von der Klägerin beglichen. In der Folge machte sie jedoch einen Rückerstattungsanspruch in Höhe von 992,11 EUR geltend. Begründet wurde dieser Rückerstattungsanspruch damit, dass die vom OPS 8-98b vorausgesetzte Zeitgrenze von 30 Minuten, innerhalb derer ein Transport des Patienten zum Kooperationspartner erfolgen müsse, von der Beklagten nicht eingehalten werden könne. Die Kodierung des OPS 9-89b sei daher nicht korrekt.

### 6

Diesem Rückerstattungsverlangen kam die Beklagte jedoch nicht nach, weshalb die Klägerin am 06.11.2018 Klage zum Sozialgericht München erhob. Begründet wurde die Klage mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Auslegung des Transportzeitkriteriums im OPS 8-98b, Urteil vom 19.06.2018, B 1 KR 39/17, wonach sich die Transportzeit nicht nur auf den Aufenthalt im Transportmittel, sondern auf die gesamte Rettungskette bezieht.

### 7

Die Beklagte hingegen berief sich auf die durch das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz vom 09.11.2018 eingeführte Gesetzesänderung, die in § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V (inzwischen § 301 Abs. 2 S. 6 SGB V) das Deutsche Institut für medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) ermächtigt, bei Auslegungsfragen zu den Prozedurenschlüsseln Klarstellungen und Änderungen mit Wirkung auch für die Vergangenheit vorzunehmen. Dieser Ermächtigung sei das DIMDI am 03.12.2018 nachgekommen und habe zum OPS 8-98b das Corrigendum angefügt, dass unter der Transportzeit nur die Zeit im Transportmittel zu verstehen sei.

### 8

Der neu eingefügte § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V in der Fassung vom 11.12.2018 (BGBl. I S. 2394) lautete:

„(2) Die Diagnosen nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 und 7 sind nach der Internationalen Klassifikation der Krankheiten in der jeweiligen vom Deutschen Institut für medizinische Dokumentation und Information im

Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit herausgegebenen deutschen Fassung zu verschlüsseln. Die Operationen und sonstigen Prozeduren nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 6 sind nach dem vom Deutschen Institut für medizinische Dokumentation und Information im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit herausgegebenen Schlüssel zu verschlüsseln; der Schlüssel hat die sonstigen Prozeduren zu umfassen, die nach § 17b und § 17d des Krankenhausfinanzierungsgesetzes abgerechnet werden können. Das Bundesministerium für Gesundheit gibt den Zeitpunkt der Inkraftsetzung der jeweiligen Fassung des Diagnoseschlüssels nach Satz 1 sowie des Prozedureschlüssels nach Satz 2 im Bundesanzeiger bekannt; es kann das Deutsche Institut für medizinische Dokumentation und Information beauftragen, den in Satz 1 genannten Schlüssel um Zusatzkennzeichen zur Gewährleistung der für die Erfüllung der Aufgaben der Krankenkassen notwendigen Aussagefähigkeit des Schlüssels zu ergänzen. Das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information kann bei Auslegungsfragen zu den Diagnoseschlüsseln nach Satz 1 und den Prozedureschlüsseln nach Satz 2 Klarstellungen und Änderungen mit Wirkung auch für die Vergangenheit vornehmen, soweit diese nicht zu erweiterten Anforderungen an die Verschlüsselung erbrachter Leistungen führen.“ (Hervorhebung durch das vorlegende Gericht)

## 9

Die nachträglich zum OPS 8-98b veröffentlichte Klarstellung bzw. das sogenannte Corrigendum vom 3. Dezember 2018 ([https://www.dimdi.de/dynamic/downloads/klassifikationen/ops/version2019/ops2019systcorrigenda\\_20181203.pdf](https://www.dimdi.de/dynamic/downloads/klassifikationen/ops/version2019/ops2019systcorrigenda_20181203.pdf)) lautet:

„Es wurde ein Anhang zum OPS ergänzt:

Klarstellungen und Änderungen gemäß § 301 Absatz 2 Satz 4 SGB V und § 295 Absatz 1 Satz 6 SGB V  
Gemäß § 301 Absatz 2 Satz 4 SGB V und § 295 Absatz 1 Satz 6 SGB V ist das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) berechtigt, bei Auslegungsfragen zu ICD-10-GM und OPS Klarstellungen und Änderungen mit Wirkung auch für die Vergangenheit vorzunehmen, soweit diese nicht zu erweiterten Anforderungen an die Verschlüsselung erbrachter Leistungen führen.

In diesem Anhang zum OPS werden die Klarstellungen und Änderungen aufgeführt, die gemäß obiger gesetzlicher Grundlage festgelegt wurden. Alle anderen Aktualisierungen im OPS, die im Rahmen des Vorschlagsverfahrens erfolgen, werden nicht unter dem Aspekt der oben genannten Rechtsgrundlage betrachtet.

Gemäß den oben genannten Rechtsgrundlagen stellt das DIMDI fest:

1. Die im OPS 2019 bei dem Code 8-550 vorgenommenen und unten aufgeführten Änderungen der Mindestmerkmale (...)
2. Die im OPS 2019 bei den Codes 8-981 und 8-98b vorgenommenen und unten aufgeführten Änderungen der Mindestmerkmale entsprechen den mit der Einführung der bisherigen Formulierung in den OPS 2014 intendierten inhaltlichen Anforderungen. Die Textänderung ist daher rückwirkend gültig ab dem 01. Januar 2014. Es handelt sich um folgende Änderungen, Einfügungen sind rot und unterstrichen, Streichungen blau und durchgestrichen dargestellt: 8-98b Andere neurologische Komplexbehandlung des akuten Schlaganfalls

Hinw.: Mindestmerkmale: ...

„unmittelbarem Zugang zu neurochirurgischen Notfalleingriffen sowie zu gefäßchirurgischen und interventionell-neuroradiologischen Behandlungsmaßnahmen (Es gibt jeweils eine eigene Abteilung im Hause oder einen Kooperationspartner in höchstens halbstündiger Transportentfernung (Zeit, der innerhalb einer halben Stunde zwischen Rettungstransportbeginn und Rettungstransportende). (das ist die Zeit, die der Patient im Transportmittel verbringt) erreichbar ist. Das Strukturmerkmal ist erfüllt, wenn die halbstündige der Transportentfernung unter Verwendung des schnellstmöglichen Transportmittels (z.B. Hubschrauber) grundsätzlich erfüllbar innerhalb einer halben Stunde möglich ist. Wenn der Transport eines Patienten erforderlich ist und das Zeitlimit nur mit dem schnellstmöglichen Transportmittel eingehalten werden kann, muss dieses auch tatsächlich verwendet werden. Wenn ein Patient transportiert wurde und die halbe Stunde nicht eingehalten werden konnte, darf der Code nicht angegeben werden.“

## 10

Demgegenüber machte die Klägerin geltend, § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V sei verfassungswidrig, da er in wesentlichen Punkten gegen den aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz (GG) herzuleitenden Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verstoße, sowie gegen das

Rückwirkungsverbot. Hierzu legte die Klägerin ein Rechtsgutachten von Professor Dr. X. vor. In seinem Gutachten weist Prof. X. zunächst darauf hin, dass das Corrigendum zum OPS 8-98b schon deshalb rechtswidrig sei, weil es am 03.12.2018 und damit vor Inkrafttreten der Ermächtigungsgrundlage am 01.01.2019 erlassen worden sei. Davon abgesehen sei § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V in zweierlei Hinsicht verfassungswidrig. Zum einen verstoße eine Kompetenzübertragung auf das DIMDI gegen den aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG und dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG abgeleiteten allgemeinen Parlamentsvorbehalt sowie gegen den in Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG normierten staatsorganisationsrechtlichen Parlamentsvorbehalt. Auch eine nicht rechtsfähige Bundesanstalt im Geschäftsbereich des Bundesministers für Gesundheit, wie sie das DIMDI darstellt, bedürfe im Hinblick auf ihre weitreichenden und sowohl grundrechtsrelevanten als auch Landeszuständigkeiten tangierenden Befugnisse zur Ausübung von Staatsgewalt einer parlamentsgesetzlichen Grundlage, in der Errichtung und Verfahren einer derartigen Behörde geregelt sind. Zum anderen verstoße die Ermächtigung zur rückwirkenden Änderung der OPS-Vorschriften durch das DIMDI als rückwirkende Änderung materiellen Rechts gegen das Verbot echter Rückwirkung, das als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips nicht nur den Gesetzgeber, sondern auch die Verwaltung binde. Dies gelte insbesondere unabhängig davon, ob die Krankenkassen grundrechtsfähig seien und eine diesbezügliche Klagebefugnis haben oder nicht.

## 11

Nachdem sich die Beklagte anders als die Klägerin nicht mit der Durchführung eines von Seiten des Gerichtes angeregten Güterichterverfahrens nach § 278 Abs. 5 ZPO i.V.m. § 202 SGG einverstanden erklärte, legte sie mit Schriftsatz vom 14.08.2019 ebenfalls ein Rechtsgutachten von Professor Dr. Y. vor und berief sich vor dessen Hintergrund auf die Verfassungskonformität der angegriffenen Norm des § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V. Prof. Y. führt in seinem Gutachten im Wesentlichen aus, dass das Rückwirkungsverbot Ausdruck des grundrechtlichen Vertrauensschutzes sei. Die gesetzlichen Krankenkassen seien als Körperschaften des öffentlichen Rechts jedoch nicht grundrechtsfähig und könnten sich daher nicht auf das Rückwirkungsverbot berufen. Ein rein objektiv-rechtlich verankertes Rückwirkungsverbot im Sinne eines Prinzips der Rechtssicherheit sei in der Verfassung nicht verankert und rechtsdogmatisch nicht anzuerkennen. Selbst wenn man eine Teil-Grundrechtsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen anerkennen wollte, obwohl diese anders als die Kommunen, Hochschulen und Rundfunkanstalten über keinen grundrechtlich zugewiesenen Schutzbereich verfügen, könne sich diese lediglich auf die Verteidigung rechtsstaatlicher Minimalanforderungen bzw. auf einen Residualbestand rechtsstaatlicher Prinzipien beziehen. Ein allgemeines Rückwirkungsverbot ließe sich hieraus hingegen nicht ableiten. Darüber hinaus setzt sich Prof. Y. mit einer Verletzung des Willkürverbots auseinander, dessen Schwelle er im vorliegenden Fall jedoch nicht als überschritten betrachtet: ein Verstoß gegen das Willkürverbot komme vielmehr nur dann in Betracht, wenn die staatliche Handlung oder Entscheidung von sachfremden Erwägungen geleitet sei. Hiervon sei man im Hinblick auf das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz bzw. § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V weit entfernt, da die gesetzgeberische Zielsetzung, schneller Rechtssicherheit für beide Parteien des Abrechnungsverhältnisses herzustellen, nachvollziehbar und legitim sei. Auch ein Verstoß gegen das Willkürverbot komme daher nicht in Betracht.

## 12

Mit Schriftsatz vom 21.11.2019 legte die Klägerin in der Folge eine ergänzende Stellungnahme von Professor Dr. X. zum Gutachten von Professor Dr. Y. vor, in der sich Prof. X. im Einzelnen mit der von Prof. Y. zitierten Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung zum Rückwirkungsverbot und zur Frage der Geltung des Rückwirkungsverbots für nicht grundrechtsfähige juristische Personen im Urteil vom 17.12.2013 - 1 BvL 5/08 auseinandersetzt. Dieses benenne Art. 20 Abs. 3 GG als wesentliche Grundlage des Rückwirkungsverbots und sei daher nicht in dem Sinne zu verstehen, dass allein aus der fehlenden Grundrechtsfähigkeit bereits eine Nichtgeltung des Rückwirkungsverbot herzuweisen sei. Vielmehr sei die Herleitung des Rückwirkungsverbots vornehmlich aus Art. 20 Abs. 3 GG dahingehend zu verstehen, dass der Vertrauensschutz gerade nicht auf Grundrechtsträger beschränkt sei. Dies würde, so Prof. X., auch durch die neueste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil vom 23.01.2019 - 9 C 2/18 bestätigt.

## 13

Am 13.01.2020 fand ein Erörterungstermin vor dem Sozialgericht München statt, in dem die Vorsitzende darauf hinwies, dass sie durchaus Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V habe und daher einen Vergleich zur zeitnahen Beendigung des Rechtsstreits befürworte. Dem wurde von

Seiten der Beklagten jedoch nicht gefolgt, sondern stattdessen zahlreiche Verfügungen bzw. Entscheidungen von anderen Sozialgerichten bundesweit vorgelegt. Die Nachfrage des Gerichts im Erörterungstermin, wo der nächste nachflugfähige Helikopter stationiert sei, auf den die Beklagte zurückgreifen könne, blieb hingegen zunächst unbeantwortet.

#### **14**

Nach Auskunft der DRF Luftrettung E-Stadt am 15.06.2020 beträgt die erforderliche Zeit für das Landen, Ausladen, Abholen und Einladen eines Patienten am Klinikum der Beklagten in J-Stadt mindestens zehn Minuten. Ein entsprechendes Zeitfenster wäre auch für die Ablieferung eines Patienten in der Kooperationsklinik in E-Stadt H. zu veranschlagen.

#### **15**

Am 25.06.2020 fand vor dem Sozialgericht München eine mündliche Verhandlung statt, in der die Klägerin, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, beantragte,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 992,11 Euro nebst Zinsen in Höhe von 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

#### **16**

Die Beklagte, die ordnungsgemäß geladen, aber wie angekündigt zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen ist, beantragt schriftsätzlich,

die Klage abzuweisen.

#### **17**

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte verwiesen.

### **B. Zusammenfassung**

#### **18**

Die vorliegende Klage ist zulässig und hängt in ihrer Begründetheit davon ab, ob die Norm des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V in der Fassung vom 11.12.2018 (BGBl. I S. 2394) verfassungswidrig ist, wovon das vorliegende Gericht überzeugt ist.

#### **19**

Wenn § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V in der Fassung vom 11.12.2018 (BGBl. I S. 2394) verfassungswidrig ist, ist das im OPS-Kode 8-98b enthaltene Transportzeiterfordernis im Sinne der BSG-Rechtsprechung als Dauer der Transportkette auszulegen und hier nicht eingehalten, der OPS-Kode wäre daher zu Unrecht von der Beklagten veranschlagt worden und könnte von der Klägerin im Rahmen eines allgemeinen Erstattungsanspruchs zurückgefordert werden. Andernfalls, d.h. bei einer Verfassungskonformität des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V, käme das aufgrund der Ermächtigung in § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V erlassene Corrigendum vom 3.12.2018 zum Tragen, wonach das Transportzeiterfordernis sich auf die Zeit im Transportmittel bezieht und daher vorliegend erfüllt wäre. Die Abrechnung der Beklagten wäre dann korrekt und der Klägerin stünde kein Erstattungsanspruch zu.

#### **20**

Das erkennende Gericht ist von der Verfassungswidrigkeit des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V überzeugt. Die darin enthaltene Ermächtigung des DIMDI zum rückwirkenden Erlass von Klarstellungen und Ergänzungen zu den OPS-Kodes verletzt den allgemeinen und speziellen Gesetzesvorbehalt der Art. 20 Abs. 3, 87 Abs. 3 GG insofern als die für die rückwirkende Klarstellung zuständige Behörde des DIMDI nur durch Ministerialerlass und nicht durch Parlamentsgesetz errichtet wurde. Weiterhin verletzt § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V das aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten hergeleitete Verbot echter Rückwirkung, Art. 20 Abs. 3 GG, insofern als darin das DIMDI zur rückwirkenden Klarstellung und damit ggf. auch Vernichtung materieller Rechtspositionen ermächtigt wird. Und schließlich verstößt die Ermächtigung des § 301 Abs. 2 S. 4 GG noch gegen das Rückwirkungsverbot in Verbindung mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung insofern, als dem DIMDI hierin die Entscheidungshoheit über in der Vergangenheit liegende konkrete Sachverhalte und damit eine Rechtsprechungsaufgabe übertragen wird, ohne dass hierfür eine ausreichende gesetzliche Grundlage vorliegt.

#### **21**

Eine verfassungskonforme Auslegung des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V im Sinne einer reinen Klarstellungsvorschrift ohne materielle Änderungsbefugnis kommt angesichts des eindeutigen Wortlauts und unter Berücksichtigung der gegenläufigen Gesetzesbegründung nicht in Betracht.

## 22

Das Verfahren war daher auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.

### C. Entscheidungserheblichkeit

## 23

Die vorliegende zulässige Klage ist in ihrer Begründetheit abhängig von der Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V. Ist diese Norm verfassungsgemäß, ist auch das vom DIMDI erlassene Corrigendum zum OPS 8-98b rechtmäßig. Die Abrechnung durch die Beklagte wäre dem Corrigendum zufolge zutreffend und der Beklagten stünde kein Erstattungsanspruch in Höhe des veranschlagten OPS 8-98b zu. Wäre die Norm hingegen verfassungswidrig, wäre auch das hierauf gestützte Corrigendum nichtig. Stattdessen wäre der OPS-Kode in seinem bisherigen Wortlaut anzuwenden und auszulegen. Demnach wäre das Kriterium der Transportzeit im Sinne der Dauer der Rettungskette zu verstehen, weshalb die Beklagte das Strukturfordernis des OPS 8-98b nicht erfüllen würde. In diesem Fall hätte demnach der OPS 9-89b nicht abgerechnet werden dürfen, die Klägerin hätte der Beklagten 992,11 Euro ohne Rechtsgrund gezahlt. Statt der von der Klägerin auf die Schlussrechnung gezahlten 3490,07 Euro hätte die Beklagte lediglich einen Anspruch auf Krankenhausvergütung für die Behandlung der Versicherten in Höhe von 2497,96 Euro. Die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage ist daher gegeben.

### I. Einfachgesetzlicher Rahmen

#### a) Vergütungsverfahren im Krankenhausrecht

## 24

Grundsätzlich korrespondiert mit der Behandlungspflicht eines zugelassenen Krankenhauses nach § 39 SGB V ein Vergütungsanspruch dieses Krankenhauses gegenüber der Krankenkasse. Dieser Vergütungsanspruch entsteht bereits mit der Erbringung der Leistung selbst. Dabei ist er im SGB V nur unvollständig geregelt und wird aus § 109 Abs. 4 Satz 3 SGB V unter Rückgriff auf das Krankenhausgesetz (KHG) und das Krankenhausentgeltgesetz (KHEntG) hergeleitet. Während die Höhe der Vergütung sich früher am Kostendeckungsprinzip und einheitlichen Tagessätzen orientierte, wurde das Vergütungssystem 2005 umfassend auf ein Fallpauschalensystem umgestellt. § 17 b Abs. 1 Satz 1 KHG sieht dementsprechend vor, dass für die Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen ein durchgängiges, leistungsorientiertes und pauschalierendes Vergütungssystem gilt. Für die Vergütung eines Behandlungsfalles sind nach § 17 b Abs. 1 S. 4 KHG bundeseinheitlich Fallgruppen und ihre Bewertungsrelationen festzulegen. Der Weg dahin wird durch § 17 b Abs. 2 KHG näher konkretisiert. Demnach obliegt es dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und dem Verband der privaten Krankenversicherungen, gemeinsam mit der deutschen Krankenhausgesellschaft ein Vergütungssystem zu vereinbaren, das sich an einem international bereits eingesetzten Vergütungssystem auf der Grundlage der Diagnose Related Groups (DRG) orientiert und das jährlich weiterzuentwickeln und anzupassen ist. Dieser Aufgabe kommen die Selbstverwaltungspartner auf Bundesebene durch den Erlass von Normsetzungsverträgen, der sog. Fallpauschalenvereinbarung (FPV) nach, dessen Anlage 1 den Fallpauschalenkatalog enthält. Dieser Fallpauschalenkatalog wird sodann gemäß §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 7 Abs. 1 Nr. 1 KHEntG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 S. 1 FVP als Grundlage für die Berechnungsformel der Vergütung herangezogen: Er ordnet einer bestimmten DRG eine Bewertungsrelation zu, anhand derer - in Verbindung mit Zu- oder Abschlägen im Hinblick auf die zeitliche Dauer der stationären Behandlung (mittlere Verweildauer, obere und untere Grenzverweildauer) - die Vergütung in Abhängigkeit des jeweiligen, landesrechtlich festgelegten Basisfallwerts, der gem. § 10 Abs. 1 S. 1 KHEntG jährlich von den Vertragsparteien auf Landesebene festgelegt wird, in seiner konkreten Höhe errechnet werden kann. Berechnungsfaktoren des konkreten Vergütungsanspruchs sind mithin DRG, Bewertungsrelation und Verweildauer entsprechend der auf Bundesebene abgeschlossenen Fallpauschalenvereinbarung sowie der auf Landesebene festgelegte Basisfallwert in Euro.

## 25

Abhängig ist die Zuordnung zu einer bestimmten DRG, die Diagnosen mit möglichst gleichen Behandlungskosten zusammenfasst, im Wesentlichen von der Haupt- und Nebendiagnose sowie den im Krankenhaus vorgenommenen Operationen und Prozeduren. Technisch wird hierbei auf ein Verfahren der elektronischen Datenverarbeitung zurückgegriffen, im Rahmen dessen bestimmte, vom Krankenhaus zu übermittelnde Daten des konkreten Behandlungsfalles anhand eines Algorithmus den im Fallpauschalenkatalog aufgeführten DRG-Gruppen zugeordnet werden. Um diese Massenverarbeitung von Daten zu ermöglichen, hat das Krankenhaus die erforderlichen Angaben in einem bestimmten Modus zu verschlüsseln und den Krankenkassen zu übermitteln: die Haupt- und Nebendiagnose ist gemäß § 301 Abs. 2 Satz 1 SGB V nach der internationalen Klassifikation der Krankheiten in der jeweiligen vom DIMDI im Auftrag des BMG herausgegebenen Deutschen Fassung (ICD-10) zu verschlüsseln. Die Operationen und sonstigen Prozeduren hingegen sind gemäß § 301 Abs. 2 Satz 2 SGB V nach dem vom DIMDI im Auftrag des BMG herausgegebenen Operationen- und Prozedurenschlüssel (OPS) zu verschlüsseln. Anhand dieser verschlüsselten Informationen wird der konkrete Behandlungsfall dann durch ein zertifiziertes EDV Programm einer bestimmten DRG Gruppe des Fallpauschalenkatalogs zugeordnet. Diese wird mit einer Bewertungsrelation (und dem Verweildauerfaktor) verbunden und dann anhand des landesrechtlich festgelegten Basisfallwerts auf die konkret zu erbringende Vergütung hochgerechnet.

## 26

Anknüpfungspunkt für den konkreten Vergütungsanspruch des Krankenhauses im Einzelfall ist folglich im ersten Schritt der vom DIMDI herausgegebene ICM- und OPS-Schlüssel. Anhand des Letzteren wird einer bestimmten stationären Behandlung derjenige OPS-Kode zugeordnet, dessen Merkmale vollständig erfüllt sind. Die Vorgaben des DIMDI enthalten dabei nicht nur medizinische Voraussetzungen des konkreten Behandlungsfalles, sondern auch strukturelle Erfordernisse, die im behandelnden Krankenhaus generell erfüllt sein müssen, sog. Strukturmerkmale. Anhand der angegebenen und entsprechend verschlüsselten Haupt- und Nebendiagnose sowie des einschlägigen OPS-Kodes berechnet das Krankenhaus sodann unter Zugrundelegung von Fallpauschalenkatalog und Basisfallwert mit Hilfe des zertifizierten EDV-Programms die zu berechnende Vergütung. Kommt die Krankenkasse bei der Rechnungsprüfung - gegebenenfalls unter Einschaltung des MDK - zu dem Ergebnis, dass die erbrachte medizinische Leistung nicht korrekt im Sinne der Vorgaben des DIMDI verschlüsselt wurde und daher der Endbetrag nichtzutreffend ist, steht es den Beteiligten frei, zur Lösung des Konflikts das Sozialgericht anzurufen. Dieses kommt dann ggf. in die Situation, nicht nur die entsprechenden gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen, sondern auch die einschlägigen vom BMG veröffentlichten Vorgaben des DIMDI auslegen zu müssen (vgl. zur Auslegung der OPS-Bestimmungen BSG, Beschluss vom 21.02.2018 - B 1 KR 13/17 B; BSG, Beschluss vom 19.06.2018 - B 1 KR 58/17 B). Diese Auslegung erfolgt nach der Rechtsprechung des BSG in erster Linie anhand des Wortlautes und in zweiter Linie anhand der Systematik der Kodierungsvorschriften (BSG, Urteil vom 08.11.2011 - B 1 KR 8/11 R). Aufgrund der langen Verfahrensdauer vor den Sozialgerichten wurden strittige Merkmale von OPS-Kodes zum Teil erst Jahre später einer verbindlichen Auslegung zugeführt. Dieses wiederum hatte je nach Ergebnis der Auslegung teilweise zur Folge, dass Jahre zurückliegende Abrechnungsverfahren noch einmal aufgerollt und unter Hinweis auf die gerade ergangene BSG Rechtsprechung eine Rechnungskorrektur geltend gemacht wurde.

b) OPS 8-98b

## 27

Dies war 2018 im Hinblick auf den auch im vorliegenden Fall streitbefangenen OPS-Kode 8-98b geschehen. Gegenstand wiederholter gerichtlicher Auseinandersetzungen war im Hinblick auf den OPS-Kode 8-98b insbesondere das Merkmal der 30-minütigen Transportzeit. Strittig war unter anderem, ob sich die Zeitangabe auf die reine Zeit im Transportmittel oder auf die Dauer der Rettungskette bezieht. Diesbezüglich hielt das Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 19.06.2018, B 1 KR 38/17 R, im Hinblick auf einen Krankenhausbehandlungsfall aus dem Jahre 2014 fest, dass sich die höchstens halbstündige Transportentfernung nach dem Zeitintervall zwischen Rettungstransportbeginn, dem Ingangsetzen der Rettungskette durch die Entscheidung, ein Transportmittel anzufordern, und Rettungstransportende, der Übergabe des Patienten an die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus, bemisst. Dies folge aus Wortlaut und Binnensystematik des OPS 8-98b. Jede andere Auslegung des Begriffs der Transportentfernung wäre mit dem Begriff des unmittelbaren Zugangs, den der OPS 8-98b voraussetzt, unvereinbar. Der Begriff setze für den das Leitbild prägenden Grundfall (Krankenhaus verfügt über alle Abteilungen) voraus, dass der Patient am selben Ort innerhalb eines sehr engen Zeitfensters

neurochirurgisch, gefäßchirurgisch oder interventionell-neuroradiologisch behandelt werden könne. Diese Grundlage würde verlassen, wenn nicht die Zeit der Rettungskette maßgeblich wäre, sondern nur die Zeit, in der sich der Patient im Transportmittel befinde. Die vom OPS 8-98b vorgegebene zeitliche Begrenzung auf höchstens eine halbe Stunde ließe sich - systemwidrig - erheblich erweitern, wenn bei Einsatz des Rettungshubschraubers als Transportmittel Vorbereitungs- und Rüstzeiten sowie Anflugzeiten von einem dritten Ort unerheblich wären.

## **28**

Gegen diese Rechtsprechung wurde, ohne dass dies empirisch belegt wurde, vor allem angeführt, dass sie die flächendeckende optimale Versorgung von Schlaganfallpatienten gefährde und die Krankenhäuser im Hinblick auf drohenden Erstattungsansprüche der Krankenkassen vor erhebliche finanzielle Probleme stelle, vgl. den Antrag des Landes Niedersachsen vom 23.11.2018, BR-Drucks. 560/1/18 S. 2. Darüber hinaus sprengt die Auslegung, die der OPS-Kode durch das Bundessozialgericht erfahren habe, den Wortlaut der Vorschrift.

## **29**

Im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens zum Pflegepersonal-Stärkungsgesetz wurde im Hinblick auf diese Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes eine Änderung des § 301 Abs. 2 SGB V vorgeschlagen und beschlossen, die das DIMDI ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Norm am 01.01.2019 zur rückwirkenden Klarstellung und Ergänzung der OPS-Kodes ermächtigt, (vgl. BT-Drucks. 19/5593, S. 123). Demzufolge können die bisher jährlich neu erscheinenden und jährlich für die Zukunft veränderbaren OPS-Kodes nunmehr mit unbegrenzter zeitlicher Rückwirkung und Bindungswirkung für das erkennende Gericht präzisiert werden.

## **30**

In der Gesetzesbegründung wird hierzu unter ausdrücklichem Verweis u.a. auf das BSG Urteil vom 19.6.2018 angeführt:

„Um zu vermeiden, dass aufgrund derartiger Auslegungsunsicherheiten eine Vielzahl von zurückliegenden Abrechnungsverfahren erneut aufgegriffen und abgerechnet wird, wird klargestellt, dass das DIMDI Klarstellungen und Änderungen der Formulierungen auch mit Wirkung für die Vergangenheit vornehmen kann. Zur Vermeidung einer unzulässigen Rückwirkung dürfen sich diese jedoch nicht zum Nachteil von Leistungserbringern nachträglich ändernd zu bereits abgeschlossenen Sachverhalten auswirken.“ (BT-Drucks. 19/5593, S. 123)

## **31**

Kurz danach regte das Land Niedersachsen an, dass das DIMDI diese Ermächtigung unmittelbar zu einer Klarstellung der Auslegung des OPS-Kodes 8-98b im Hinblick auf das 30 Minuten Erfordernis nutzen solle, (vgl. den Antrag des Landes Niedersachsen vom 23.11.2018, BR-Drucks. 560/1/18 S. 2). Dieser Anregung kam das DIMDI noch am 3. Dezember 2018, mithin wenige Tage nach Gesetzesbeschluss am 9.11.2018 und noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zum 1.1.2019, nach und erließ Corrigenda u.a. zum OPS Kode 8-98b. Dieses Corrigendum des OPS-Kodes 8-98b beinhaltet die gegenteilige Auffassung zur Auslegung des Transportzeiterfordernisses als die vom Bundessozialgericht vertretene und entfaltet Rückwirkung bis zum 01.01.2013.

## II. Zulässigkeit der Klage

### **32**

Die Klage ist zulässig.

### **33**

Sie wurde von dem sachlich und örtlich zuständigen Sozialgericht München erhoben und ist als echte Leistungsklage gemäß § 54 Abs. 5 SGG statthaft. Bei dem geltend gemachten Vergütungsanspruch streiten die Beteiligten im Gleichordnungsverhältnis, das eine einseitige hoheitliche Regelung durch Verwaltungsakt ausschließt (ständige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, vergleiche beispielsweise Urteil vom 30.09.2009, B 1 KR 24/08 R, Urteil vom 14.10.2014, B 1 KR 25/13 R, oder Urteil vom 14.10.2014, B 1 KR 26/13 R). Eines Vorverfahrens bedurfte es daher nicht, auch eine Klagefrist war nicht zu beachten (vgl. BSG, Urteil vom 4. 3. 2004, B 3 KR 4/03 R).

## III. Begründetheit der Klage

### 34

Die Klägerin macht einen Anspruch auf Erstattung von 992,11 Euro geltend. Rechtsgrundlage für den Zahlungsanspruch ist der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch (zur Anwendung auf überzahlte Krankenhausvergütung vgl. z. B. BSG SozR 4-5562 § 9 Nr. 4 Rn. 9; BSGE 109, 236 = SozR 4-5560 § 17 b Nr. 2, Rn. 9 ff m. w. N., st. Rspr.). Dieser setzt u. a. voraus, dass der Berechtigte im Rahmen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses Leistungen ohne rechtlichen Grund erbracht hat (vgl. z. B. BSG SozR 4-2500 § 264 Nr. 3 Rn. 15, BSG, Urt. v. 1.7.2014 – B 1 KR 2/13 R, NZS 2014, 821, st. Rspr.).

### 35

Rechtsgrund der Zahlung durch die Beklagte ist die stationäre Behandlung des Patienten D. im Krankenhaus der Beklagten. Der Vergütungsanspruch für die Krankenhausbehandlung und damit korrespondierend die Zahlungsverpflichtung der Krankenkasse entsteht - unabhängig von einer Kostenzusage - unmittelbar mit der Inanspruchnahme der Leistung durch den Versicherten kraft Gesetzes, wenn die Versorgung in einem zugelassenen Krankenhaus erfolgt und i. S. von § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V erforderlich ist (st. Rspr., vgl. z. B. BSGE 102, 172 = SozR 4-2500 § 109 Nr. 13, Rn. 11; BSGE 102, 181 = SozR 4-2500 § 109 Nr. 15, Rn. 15; BSGE 109, 236 = SozR 4-5560 § 17 b Nr. 2, Rn. 13; SozR 4-2500 § 109 Nr. 27 Rn. 9, BSG, Urt. v. 1.7.2014 – B 1 KR 2/13 R, NZS 2014, 821). Zwischen den Beteiligten ist nicht streitig, dass die stationäre Behandlung des Patienten D. vom 20.08.2014 bis zum 23.08.2014 im Sinne des § 39 SGB V medizinisch notwendig war und der Beklagten aufgrund dessen grundsätzlich ein Vergütungsanspruch zustand. Streitig ist jedoch dessen Höhe im Hinblick auf die Frage, ob der OPS 8-98b abgerechnet werden durfte. Dies hängt davon ab, ob die Beklagte das Strukturmerkmal der 30-minütigen Transportzeit des OPS 8-98b im Jahr 2014 grundsätzlich erfüllte oder nicht.

### 36

Hinsichtlich dieses Merkmals der halbstündigen Transportentfernung, hatte das Bundessozialgericht am 19.06.2018 entschieden:

„Die höchstens halbstündige Transportentfernung bemisst sich nach dem Zeitintervall zwischen Rettungstransportbeginn, dem Ingangsetzen der Rettungskette durch die Entscheidung, ein Transportmittel anzufordern, und Rettungstransportende, der Übergabe des Patienten an die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus. Dies folgt aus Wortlaut und Binnensystematik von OPS 8-98b. OPS 8-98b definiert die Transportentfernung nicht räumlich, sondern nur zeitlich. OPS 8-98b spricht von einer „halbstündige(n)“ Transportentfernung. Die Klammerdefinition erläutert, dass es um die „Zeit zwischen Rettungstransportbeginn und Rettungstransportende“ geht. Dies meint die gesamte Zeit, die die Rettungskette benötigt, um einen Patienten vom zunächst behandelnden Krankenhaus in die behandelnde Einheit im Kooperationspartner-Krankenhaus zu verlegen. Die Klammerdefinition stellt bewusst auf die Inanspruchnahme des gesamten Rettungstransportsystems ab, auf die Rettungskette, nicht nur auf Teilabschnitte wie die reine Transportzeit eines Transportmittels. Eine andere Auslegung des Begriffs der Transportentfernung wäre mit jenem des unmittelbaren Zugangs unvereinbar. Er setzt für den das Leitbild prägenden Grundfall (Krankenhaus verfügt über alle Abteilungen) voraus, dass der Patient am selben Ort innerhalb eines sehr engen Zeitfensters neurochirurgisch, gefäßchirurgisch oder interventionell-neuroradiologisch behandelt werden kann. Diese Grundlage würde verlassen, wenn nicht die Zeit der Rettungskette maßgeblich wäre, sondern - wie die Klägerin fälschlich meint - nur die Zeit, in der sich der Patient im Transportmittel befindet. Die von OPS 8-98b vorgegebene zeitliche Begrenzung auf höchstens eine halbe Stunde ließe sich - systemwidrig - erheblich erweitern, wenn bei Einsatz des Rettungshubschraubers als Transportmittel Vorbereitungs- und Rüstzeiten (zB Zeit für Alarmierung, Flugplanung bei Dunkelheit, Startvorbereitungen) sowie Anflugzeiten von einem dritten Ort unerheblich wären. Die von der Klägerin vertretene vermeintlich enge Wortauslegung des Transportbegriffs bedeutete in Wahrheit eine überdehnende Auslegung des Begriffs des (noch) unmittelbaren Zugangs zu den genannten Behandlungsmaßnahmen.“ (BSG, Urteil vom 19.06.2018, B 1 KR 39/17).

### 37

Dieser Auslegung ist nach Auffassung des vorlegenden Gerichts zu folgen. Hierfür sprechen Wortsinn und systematische Stellung der Regelung.

### 38

Ausgehend vom Wortlaut ist zunächst festzuhalten, dass man die Begriffe Transportbeginn und Transportende zunächst in dem Sinne verstehen könnte, dass hier nur die Zeit des tatsächlichen

Aufenthalts im Transportmittel selbst gemeint sein könnte, dieses ist jedoch nicht zwingend. Seinem Wortsinn nach bezeichnet der Begriff des Transports ausgehend vom lateinischen „transportare“ (hinüberbringen/hinüberschaffen) eine Überführung oder Beförderung von Dingen bzw. Personen von einem Ort an einen anderen. Dieser Prozess der Ortsveränderung steht dem Wortsinne nach nicht in Zusammenhang mit dem Transportmittel, sondern mit der Perspektive der Ortsveränderung: Der allgemeinen Wortbedeutung nach hat ein Transport spätestens in dem Augenblick begonnen, in dem das Transportobjekt in Richtung des Zielortes bewegt wird. Auch aus der Verbindung mit dem Rettungsbegriff lässt sich das Verständnis des Transportbegriffs nicht auf die Dauer des Aufenthalts im Transportmittel beschränken. Ein Transport wird nicht dadurch zum Rettungstransport, dass er in einem bestimmten, durch Schnelligkeit gekennzeichneten Transportmittel stattfindet, sondern durch seinen Charakter als Rettungsmaßnahme. Ergibt sich im Laufe eines akuten Behandlungsfalls, dass die bisherigen Maßnahmen zur Rettung des Patienten nicht ausreichen und der Patient an einen anderen Ort verbracht werden muss, erfolgt ein Übergang zu einem neuen Handlungsabschnitt: dem des Rettungstransports. Nach dem Wortlaut ist der Begriff Rettungstransportbeginn und Rettungstransportende daher funktional im Sinne des Prozesses der Ortsveränderung zu verstehen, der bereits mit Ingangsetzen der Transportkette beginnt.

### 39

Dies wird auch die systematische Auslegung des OPS-Merkmals bestätigt. Systematisch stellt das Erfordernis der 30-minütigen Transportentfernung eine Alternative zu dem Vorhandensein einer eigenen neurochirurgischen, gefäßchirurgischen und interventionell-radiologischen Abteilung dar. Beide Alternativen konkretisieren den Begriff des unmittelbaren Zugangs zu neurochirurgischen Notfalleingriffen sowie zu gefäßchirurgischen und interventionell-neuroradiologischen Behandlungsmaßnahmen. Wertungsmäßig muss die 30-minütige Transportentfernung im Hinblick auf die Unmittelbarkeit des Zugangs also einer hausinternen Behandlungsoption vergleichbar sein, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Zeitfaktor bei der Behandlung von Schlaganfallpatienten zentrale Bedeutung hat. Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit mit dem Vorhandensein einer entsprechenden Abteilung im eigenen Hause ist es ein gravierender Unterschied, ob sich das Transportzeitkriterium auf die Rettungskette oder die reine Zeit im Transportmittel bezieht. Unter dem hier allein maßgeblichen Gesichtspunkt der medizinischen Behandlungsbedürftigkeit kann von einer Vergleichbarkeit nur dann gesprochen werden, wenn der Patient in einem annähernd gleichen Zeitfenster dem neurochirurgischen Notfalleingriff bzw. der gefäßchirurgischen oder interventionell-neuroradiologischen Behandlungsmaßnahme zugeführt wird wie bei einer hausinternen Behandlung. Bezieht man die 30 Minuten auf die Dauer der Rettungskette ist das ein klar definiertes, den Vergleichbarkeitsrahmen exakt absteckendes Zeitfenster. Bezieht man es hingegen auf die Dauer des Aufenthaltes im Transportmittel kann die zeitliche Ausdehnung der Vergleichbarkeit erheblich variieren - je nachdem, wo der nächste Hubschrauber stationiert ist. Statt in 30 Minuten Zugang zu den im OPS 8-98b beschriebenen Notfallmaßnahmen zu haben, gelangt der Patient ggf. erst in 60 Minuten in entsprechend ausgestattete medizinische Obhut. Eine solche im Hinblick auf die Gesamtdauer der Rettungskette völlig offene Interpretation kann im systematischen Zusammenhang mit der Behandlung des Schlaganfallpatienten im eigenen Hause nicht überzeugen. Dies muss auch deshalb gelten, weil es sich bei den Festlegungen des OPS Kodes um medizinische Parameter handelt. Auch ein Strukturmerkmal muss folglich in seinem Zusammenhang mit medizinischen Forschungsergebnissen gesehen werden. Solche können nur in Abhängigkeit der konkreten Dauer der Rettungskette dargestellt werden, nicht jedoch unter Einbeziehung nur eines konkreten Elementes dieser Kette, während alle anderen Faktoren variabel bleiben.

### 40

Auch wenn man sich über die Rechtsprechung des BSG hinausgreifend ebenfalls an einer teleologischen Auslegung orientieren wollte, ergibt sich hier nichts Anderes. Zweck der Schlaganfallzentren ist eine optimale Versorgung der Schlaganfallpatienten mit neurochirurgischen, gefäßchirurgischen und interventionell-radiologischen Maßnahmen. Diese optimale Versorgung ist nur durch ein enges Zeitfenster beim Transport gewährleistet - ansonsten wird das Ziel der Stroke Units verfehlt.

### 41

Die Auslegung des Transportzeitkriteriums sieht der Normgeber - wie sich gezeigt hat - im Nachhinein zwar anders, ihm ist jedoch - im Einklang mit der Rechtsprechung des BSG die Befugnis zur authentischen Auslegung abzusprechen.

### 42

Im Ergebnis ist das Kriterium der 30-minütigen Transportzeit im OPS 8-98b daher nach Wortlaut und Systematik dahingehend auszulegen, dass hiermit die Dauer der Transportkette inklusive der Zeit, die die Anforderung eines Rettungstransportmittels dauert, gemeint ist.

#### **43**

Nach den Feststellungen des erkennenden Gerichts konnte die Beklagte in ihrem in J-Stadt gelegenen Krankenhaus 2014 weder neurochirurgische noch interventionell-neuroradiologische Maßnahmen selbst durchführen. Sie verfügte allein über eine gefäßchirurgische Abteilung und musste sich im Übrigen der Mittel des Städtischen Klinikums E-Stadt H. bedienen, indem sie Versicherte dorthin verlegte. Diesbezüglich wurde von der Beklagten am 28.02.2006 ein Kooperationsvertrag mit dem städtischen Klinikum E-Stadt GmbH, Klinikum H. abgeschlossen, der dem Gericht vorliegt.

#### **44**

Im Bedarfsfall wird von der Beklagten als schnellstmögliches Transportmittel der auch nachflugfähige Hubschrauber Christoph E-Stadt von der Luftrettungsstation am Klinikum K. angefordert, der dann den betreffenden Patienten bei der Beklagten J-Stadt abholt und in die Kooperationsklinik Städtisches Klinikum E-Stadt H. bringt. Hierbei benötigt der Hubschrauber laut Auskunft der DRF Luftrettung für die Strecke von der Stationierung am Klinikum K. zum Klinikum J-Stadt 25 Minuten und für die Strecke vom Klinikum J-Stadt zur Kooperationsklinik Klinikum E-Stadt H. ebenfalls 25 Minuten. Wird die Entscheidung gefasst, dass eine Verlegung des Schlaganfallpatienten medizinisch notwendig ist, beträgt die reine An- und Abflugzeit des Hubschraubers also bereits 50 Minuten und damit deutlich mehr als die im OPS 8-98b vorausgesetzten 30 Minuten. Hierzu sind darüber hinaus noch die Zeiten für das Ein- und Ausladen hinzuzurechnen, die nach Auskunft der DRF Luftrettung jeweils mindestens 10 Minuten betragen. Nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts dauert im Falle einer notwendigen Verlegung von Schlaganfallpatienten die Rettungskette damit auch unter Verwendung des schnellstmöglichen Transportmittels Hubschrauber mindestens 50 Minuten, bzw. mit Ein- und Ausladen sogar mindestens 70 Minuten. Damit steht fest, dass das 30-Minuten-Kriterium unter Zugrundelegung der Dauer der Rettungskette auf jeden Fall verfehlt wird, der OPS-Kode 8-98b wäre folglich von Seiten der Beklagten zu Unrecht abgerechnet worden und der Klägerin stünde ein Erstattungsanspruch in Höhe von 992,11 Euro zu.

#### **45**

Am 03.12.2018 erließ das DIMDI jedoch im Hinblick auf den OPS-Kode 8-98b auf der Rechtsgrundlage von § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V ein Corrigendum, das zum 01.01.2019 mit der Veröffentlichung durch das Bundesministerium für Gesundheit wirksam wurde und das im Hinblick auf die Transportentfernung rückwirkend zum 01.01.2013 feststellte, dass mit den 30 Minuten lediglich die Zeit im Transportmittel selbst gemeint sei. Von dieser Rückwirkung wäre auch der vorliegende Fall aus dem Jahr 2014 erfasst. Wäre die Norm des § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V also verfassungsgemäß, hätte die Beklagte mit einer reinen Flugzeit von 25 Minuten zur Kooperationsklinik das Transportzeitkriterium des OPS 8-98b erfüllt und diesen Code zu Recht gegenüber der Klägerin in Anschlag gebracht. Der Klägerin stünde damit kein Erstattungsanspruch in Höhe von 992,11 Euro zu.

#### **IV. Ergebnis**

#### **46**

Die Entscheidungserheblichkeit der Verfassungsmäßigkeit des § 302 Abs. 2 S. 4 SGB V in der Fassung vom 11.12.2018 (BGBl. I S. 2394) ist im Ergebnis gegeben. Stellt man mit der nach Auffassung des erkennenden Gerichts überzeugenden Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auf die Dauer der Transportkette ab, hätte im vorliegenden Fall der OPS 8-98b wegen klarer Überschreitung der 30-Minutengrenze nicht codiert werden dürfen. Die Beklagte hätte folglich zu Unrecht einen Betrag in Höhe von 922,11 EUR abgerechnet und die Klägerin einen Erstattungsanspruch in entsprechender Höhe, weshalb der Klage stattzugeben wäre. Wäre hingegen die Ermächtigung in § 301 SGB V und die darauf gestützte rückwirkende Präzisierung des OPS-Wortlauts wirksam, hätte die Beklagte zu Recht den OPS 8-98b abgerechnet, da die Zeit, die ein zu verlegender Patient im Hubschrauber verbringt, mit 25 Minuten noch unterhalb der vorgesehenen 30-Minuten-Grenze liegt. Ein Erstattungsanspruch wäre nicht gegeben und die Klage wäre abzuweisen.

#### **47**

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Beschlussfassung zur Korrektur durch das DIMDI bereits am 03.12.2018 und damit vor dem Inkrafttreten der Ermächtigungsnorm am 01.01.2019

erfolgte. Die Beratung und Beschlussfassung durch das DIMDI erfolgte nach dem Gesetzesbeschluss am 09.11.2018 (vgl. Plenarprotokoll 19/62 des Deutschen Bundestages vom 09.11.2018, S. 7084) und nahm explizit auf die neu geschaffene Rechtsgrundlage des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V Bezug: „In diesem Anhang zum OPS werden die Klarstellungen und Änderungen aufgeführt, die gemäß obiger gesetzlicher Grundlage festgelegt wurden.“, (vgl.

[https://www.dimdi.de/dynamic/downloads/klassifikationen/ops/version2019/ops2019syst\\_corrigena\\_20181203.pdf](https://www.dimdi.de/dynamic/downloads/klassifikationen/ops/version2019/ops2019syst_corrigena_20181203.pdf)). Vorangestellt ist dem Anhang der Hinweis: „Außerdem enthält diese Corrigenda einen neuen Anhang zum OPS 2019, der ab dem 01. Januar 2019 mit dem OPS gültig wird.“, vgl.

[https://www.dimdi.de/dynamic/downloads/klassifikationen/ops/version2019/ops2019syst\\_corrigena\\_20181203.pdf](https://www.dimdi.de/dynamic/downloads/klassifikationen/ops/version2019/ops2019syst_corrigena_20181203.pdf). Da die Festsetzung der OPS-Kodes jährlich neu erfolgt, werden die Formulierungen des DIMDI jeweils zum 01.01. eines Jahres wirksam. Der OPS 2019, dessen Teil die hier streitbefangenen Corrigenda sind, wurde also zum 01.01.2019 wirksam und damit zeitgleich mit der Ermächtigungsnorm. Wenn man die Änderung des § 301 SGB V also für wirksam erachtet, wären es auch die darauf gestützten Corrigenda, da sie zwar vor In-Kraft-Treten beschlossen, aber zeitgleich mit der Ermächtigungsnorm wirksam wurden.

#### **48**

Für die Begründetheit des vorliegenden Rechtsstreits kommt es mithin entscheidend darauf an, ob die Norm des § 301 SGB V verfassungskonform ist. Dies ist nach der Überzeugung des vorliegenden Gerichts nicht der Fall.

D.

#### **49**

Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm Die Regelung des § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V in der Fassung vom 11.12.2018 (BGBl. I S. 2394) verstößt gegen den Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 Abs. 2 und 3, 87 Abs. 3 GG, gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Verbot echter Rückwirkung, Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Gewaltenteilungsgrundsatz, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG.

I. Vorbehalt des Gesetzes

1. Rspr. des BVerfG

a) Allgemeiner Gesetzesvorbehalt

#### **50**

Nach der Rspr. des BVerfG muss nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen durch ein förmliches Gesetz legitimiert werden:

„Dieser Grundsatz verlangt, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen durch förmliches Gesetz legitimiert wird. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, und darf sie nicht anderen Normgebern überlassen. Wann es danach einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, lässt sich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten, zu entnehmen (vgl. BVerfGE 40, 237 [248 ff.]; BVerfGE 49, 89 [126 f.]; BVerfGE 95, 267 [307 f.]). Danach bedeutet wesentlich im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“ (vgl. BVerfGE 47, 46 [79]; BVerfGE 83, 130 [140]).“ (BVerfGE 98, 218/251).

„Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass derartige Regelungen aus einem Verfahren hervorgehen, das sich durch Transparenz auszeichnet, die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet und auch den Betroffenen und dem Publikum Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten (vgl. BVerfGE 85, 386 (403) = NJW 1992, 1875). Als wesentlich sind dabei Regelungen zu verstehen, die für die Verwirklichung von Grundrechten erhebliche Bedeutung haben (vgl. BVerfGE 61, 260 (275)).“ (BVerfGE 95, 267/307).

#### **51**

Dieser auch als „allgemein“ bezeichnete Gesetzesvorbehalt leitet die Rechtsprechung des BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG und dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG her (vgl. BVerfGE 101, 1/34).

## b) organisatorischer Gesetzesvorbehalt

### 52

Neben diesem allgemeinen in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG wurzelnden Gesetzesvorbehalt leitet das BVerfG aus speziellen Normen des GG darüber hinaus einen organisatorischen Gesetzesvorbehalt ab (vgl. BVerfGE 106, 1/22). Dieser dürfe jedoch nicht im Sinne eines allgemeinen Parlamentsvorbehaltes für alle organisatorischen Fragen verstanden werden:

„Das Grundgesetz spricht dem Parlament nicht einen allumfassenden Vorrang bei grundlegenden Entscheidungen zu. Es setzt durch die gewaltenteilende Kompetenzzuordnung seinen Befugnissen Grenzen. (...) Die konkrete Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs staatlicher Macht, die das Grundgesetz gewahrt wissen will, darf nicht durch einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden. (...) Die Organe der gesetzgebenden, der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt beziehen ihre institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation aus der in Art. 20 II GG getroffenen Entscheidung des Verfassungsgebers. Auch die unmittelbare personelle demokratische Legitimation der Mitglieder des Parlaments führt nicht schlechthin zu einem Entscheidungsmonopol des Parlaments. (...) Das aber schließt es aus, aus dem Grundsatz der parlamentarischen Demokratie einen Vorrang des Parlaments und seiner Entscheidungen gegenüber den anderen Gewalten als einen alle konkreten Kompetenzzuordnungen überspielenden Auslegungsgrundsatz herzuleiten.“ (BVerfGE 49, 89/125).

## 2. Schrifttum

### 53

Aus dem organisatorischen Gesetzesvorbehalt des Art. 87 Abs. 3 GG, der nach seinem Wortlaut für die Errichtung bundesunmittelbarer Anstalten des öffentlichen Rechts Anwendung findet, leitet die Literatur vor dem Hintergrund der o.g. Rechtsprechung zum Teil eine Geltung auch für bundesunmittelbare nicht-rechtsfähige Anstalten ab (vgl. u.a. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Auflage 2018, Art. 20 Rn. 76, Art. 86 Rn. 2a, Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle, GG, 7. Auflage 2018, Art. 20 Rn. 283). Hintergrund dieses speziellen Gesetzesvorbehalts sei das Bundesstaatsprinzip bzw. der Schutz der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern.

## 3. Anwendungsbereich

### 54

Bei dem DIMDI handelt es sich um eine nichtrechtsfähige Bundesanstalt im Geschäftsbereich des Bundesministers für Gesundheit, die durch Erlass vom 1.9.1969 errichtet wurde (Erlass vom 1.9.1969, GMBI 1969, S. 401). Zunächst bestand sein Aufgabenbereich im Sammeln und Bereitstellen medizinischer Informationen, später kamen weitere Aufgabenfelder wie das Anlegen medizinischer Datenbanken und Verschlagworten medizinischer Fachartikel hinzu. Zuletzt wurde sein Zuständigkeitsbereich auf medizinische Klassifikationen und Registerführung in den unterschiedlichsten Fachbereichen erweitert. (Zur Geschichte des DIMDI vgl. <https://www.dimdi.de/dynamic/de/das-dimdi/aufgaben/geschichte-des-dimdi/>) Für die hier streitige Festlegung der OPS-Kodes ergibt sich die Befugnis des DIMDI aus § 301 Abs. 2 S. 2 SGB V.

### 55

Eine unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 87 Abs. 3 GG auf das DIMDI kommt daher nicht in Betracht, da das DIMDI nicht neu errichtet wurde, sondern lediglich erweiterte Zuständigkeiten bekommen hat. Für eine entsprechende Anwendung im Sinne des organisatorischen Gesetzesvorbehalts sprechen jedoch wie Prof. X. in seinem Gutachten (Bl. 44 ff.) überzeugend ausführliche Gründe.

### 56

a) Eine im Gegensatz zu Art. 87 Abs. 3 GG erleichterte Errichtungsmöglichkeit für bundesunmittelbare Anstalten ist nur so lange sachlich gerechtfertigt, wie die Anstalt Teil der Ministerialverwaltung bleibt und nach außen hin keine Maßnahmen mit Rechtswirkung setzt. Genau diese Situation ist über die Jahre jedoch im Falle des DIMDI eingetreten. Zwar haben seine Beschlüsse gegenüber den Beteiligten der Selbstverwaltung keine unmittelbare Wirkung, sondern erlangen Außenwirkung erst durch den Rechtsanwendungsbefehl des Gesetzgebers bzw. der Vertragspartner. Dies geschieht aufgrund des automatisierten und jährlich neu und in der gleichen Weise aktualisierten Prozesses jedoch ohne einen konkreten Handlungsschritt der Vertragspartner oder des Gesetzgebers. Im Ergebnis haben die

Entscheidungen des DIMDI im Hinblick auf die OPS-Voraussetzungen damit faktische Außenwirkung. Dies manifestiert sich umso mehr durch die nunmehr eingefügte Berechtigung zur rückwirkenden Berichtigung der OPS-Kodes. Hierdurch kann das DIMDI inhaltlich auf eine vor dem Rechtsanwendungsbefehl liegenden Zeitraum zurückgreifen und die Bestimmungen ggf. in einem Umfang ändern, der von dem damaligen Rechtsanwendungsbefehl nicht gedeckt ist. Dies ergibt sich daraus, dass die OPS-Regelungen des DIMDI durch die in § 17b KHG vorgesehene automatische Verknüpfung mit dem krankenhaus- und sozialversicherungsrechtlichen Vergütungssystem im Zeitpunkt der Veröffentlichung durch das Bundesministerium für Gesundheit Außenwirkung erlangt

## 57

b) Für eine Anwendung des organisatorischen Gesetzesvorbehalts im Sinne einer wesentlichen Grundentscheidung spricht weiterhin, dass der Zweck des Gesetzesvorbehalts nach der Rechtsprechung des BVerfG zumindest auch die Schaffung eines transparenten Verfahrens ist, das die Möglichkeit der Meinungsbildung und -äußerung der Betroffenen ermöglicht. Gerade daran fehlt es hier. Weder weiß man, welche Kräfte auf die Entscheidungsfindung innerhalb des DIMDI einwirken, noch ist ersichtlich, nach welchen Verfahrenleitlinien und durch welche Gremien diese erfolgt. Für die Neuschaffung eines Instituts durch Auslagerung so weitreichender Befugnisse wie sie dem DIMDI heute zu Gebote stehen, auf eine organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheit wäre heute vor diesem Hintergrund ein Parlamentsgesetz zu fordern. Dies muss erst recht für die schleichende Kompetenzerweiterung des DIMDI der vergangenen Jahre und Jahrzehnte gelten. Andernfalls käme dieses Vorgehen einer ebenso schleichenden Erosion des Art. 87 Abs. 3 GG gleich. Dessen Vorbehalt eines Parlamentsgesetzes für die Errichtung bundesunmittelbarer Behörden ließe sich damit unterwandern, in dem der zu errichtenden Anstalt die Rechtsfähigkeit im Hinblick auf die Geringfügigkeit des Aufgabenbereichs versagt wird und dieser Aufgabenbereich später dann allmählich auf immer bedeutender Bereiche ausgeweitet wird. Vorbei an dem auch die horizontale Gewaltenteilung betreffenden allgemeinen Gesetzesvorbehalt und vorbei an dem die vertikale Gewaltenteilung betreffenden organisatorischen Gesetzesvorbehalt des Art. 87 Abs. 3 GG. Gerade durch die Einbindung des DIMDI in das Recht der Krankenhausvergütung wird es nun in einem Bereich tätig, für den auch die Vertragspartner auf Landesebene Zuständigkeit im Rahmen des § 10 KHEntgG haben und das mittelbare Auswirkungen auf das landesrechtliche Krankenhausplanungsrecht hat, (vgl. hierzu auch Becker, OPS-Komplexkodes - Das scharfe Schwert des DIMDI, KrV 2018, 96 (99f.); Estelmann, Abrechnungsfähigkeit von Leistungen einer Stroke Unit: Hintergrund und Konsequenzen, NZS 2018, 961 (963); Phieler, OPS-Komplexkodes sind verfassungswidrig, Das Krankenhaus 2018, S. 784 (788)). Gerade im Bereich der sozialversicherungsrechtlichen Selbstverwaltung muss im Hinblick auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, 87 Abs. 2 GG klar sein, wer die Akteure des Normsetzungsverfahrens sind und welche Kompetenzen ihnen in welcher Verfahrensgestaltung zukommen. Vor dem Hintergrund des zwar nicht verfassungsrechtlich garantierten, wohl aber länger als das Grundgesetz bestehenden Sozialversicherungssystems ist dies als wesentliche Frage im Sinne des Gesetzesvorbehalts zu qualifizieren.

## 58

c) Weiterhin spricht für eine Anwendung des organisatorischen Gesetzesvorbehalts des Art. 87 Abs. 3 auch auf nicht-rechtsfähige Anstalten der Umstand, dass die Errichtung einer nichtrechtsfähigen Stelle im Vergleich mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts nicht zwangsläufig eine die Länderkompetenzen schonendere Lösung darstellt und im Hinblick auf die bundesstaatliche Verortung des Gesetzesvorbehalts in Art. 87 Abs. 3 GG eine ähnliche Relevanz besitzt (vgl. Ibler in Maunz/Dürig, GG, Art. 87 Rn. 265).

## 59

d) Dies ergibt sich auch aus der grundrechtlich verorteten Anwendbarkeit des Gesetzesvorbehalts im Rahmen des Art. 12 GG. Teil der grundrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit ist das Recht auf angemessene Vergütung und Verhandlung derselben, (vgl. BVerfG 134, 204/221). Die OPS-Kodes stellen als Teil der Berechnungsformel eine (auch rückwirkende!) unmittelbar vergütungsrelevante Regelung dar, die in den Schutzbereich der Berufsfreiheit der Krankenhäuser eingreift, die in privatrechtlicher Trägerschaft stehen. Dies kann in dieser Form nur aufgrund eines Gesetzes geschehen, das Inhalt und Umfang des Eingriffs umreißt. Diesen Erfordernissen kann allein die Ermächtigung in § 301 Abs. 2 S. 4 nicht Genüge tun. Zu fordern ist vielmehr auch im Hinblick auf die Verfassung des eingreifenden Akteurs DIMDI eine gesetzliche Grundlage.

#### 4. Zusammenfassung

##### 60

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V insofern gegen den allgemeinen und speziellen Gesetzesvorbehalt der Art. 20 Abs. 3, 87 Abs. 3 GG verstößt, als die für die rückwirkende Klarstellung gem. § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V zuständige Behörde des DIMDI nur durch Ministerialerlass und nicht durch Parlamentsgesetz errichtet wurde.

#### II. Rechtsstaatsprinzip: Verbot der echten Rückwirkung

##### 61

Die Regelung des § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V in der Fassung vom 11.12.2018 (BGBl. I S. 2394) verstößt nach Auffassung des Gerichts gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 20 Abs. 3 GG.

#### 1. Anwendungsbereich

##### 62

Im vorliegenden Fall entfaltet das Gesetz selbst noch keine unmittelbare Rückwirkung, sondern es wird eine Behörde ermächtigt, Regelungen mit unmittelbarer materieller Rückwirkung zu treffen. Auch dieses ist im Hinblick auf die Gesetzesbindung der Verwaltung jedoch am Maßstab des Verbotes echter Rückwirkung zu messen. Die Rechtsnatur der OPS-Regelungen ist im Einzelnen strittig (vgl. Becker, OPS-Komplexkodes - Das scharfe Schwert des DIMDI, KrV 2018, 96 (97)), sind nach zutreffender Ansicht aber nicht als Verwaltungsakte, für die die §§ 44ff SGB X eine Sonderregelung treffen, zu werten, sondern eher als abstrakt generelle Rechtssetzungsakte der Verwaltung (vgl. Gutachten Prof. X., Bl. 65 (Rückseite) der Gerichtsakte). Auf solche Normsetzungsakte der Exekutive sind nach der Rechtsprechung des BSG auch die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes anzuwenden (vgl. BSGE 81, 86/89).

#### 2. Rspr. des BVerfG zur echten und unechten Rückwirkung

##### 63

Mit Ausnahme von Art. 103 Abs. 2 GG enthält die Verfassung kein ausdrückliches Rückwirkungsverbot. Hergeleitet wird die Unzulässigkeit einer Rückwirkung in bestimmten Fällen von der Rechtsprechung des BVerfG jedoch aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit den Grundrechten. Für die nähere Definition der Grenzen dieses Rückwirkungsverbotes gilt es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu differenzieren:

„Das BVerfG unterscheidet bei rückwirkenden Gesetzen in ständiger Rechtsprechung zwischen Gesetzen mit echter Rückwirkung, die grundsätzlich nicht mit der Verfassung vereinbar sind (vgl. BVerfGE 45, 142 = NJW 1977, 2024; BVerfGE 101, 239 [262] = NJW 2000, 413; BVerfGE 132, 302 [318] = NJW 2013, 145, jew. mwN), und solchen mit unechter Rückwirkung, die grundsätzlich zulässig sind (vgl. BVerfGE 132, 302 [318] = NJW 2013, 145 mwN).

Eine Rechtsnorm entfaltet echte Rückwirkung, wenn sie nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift (vgl. BVerfGE 11, 139 [145 f.] = NJW 1960, 1563 Ls.; BVerfGE 30, 367 [386] = RzW 1971, 309; BVerfGE 101, 239 [263] = NJW 2000, 413; BVerfGE 123, 186 [257] = NJW 2009, 2033; BVerfGE 132, 302 [318] = NJW 2013, 145). Dies ist insbesondere der Fall, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“; vgl. BVerfGE 127, 1 [16 f.] = NJW 2010, 3629).“ (BVerfGE 135, 1 Rn. 40, BVerfG vom 17.12.13, 1 BvL 5/08, JZ 10/510(511)).

##### 64

Anknüpfungspunkt ist dabei die Verkündung bzw. Bekanntgabe der neuen Regelung (vgl. BVerfGE 72,200/242, BSGE 71, 202/206).

##### 65

Eine solche echte Rückwirkung ist im Hinblick auf § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V gegeben. Ein Sachverhalt ist im Krankenhausvergütungsrecht in dem Augenblick abgeschlossen, wenn der Vergütungsanspruch entsteht. Der Vergütungsanspruch des Krankenhauses entsteht nach der Rechtsprechung im Zeitpunkt der Leistungserbringung (BSGE 102, 172; BSGE 109,236). Bereits in diesem Zeitpunkt stehen Grund und Höhe des Vergütungsanspruchs fest, da dieser lediglich die im Sinne des § 39 SGB V notwendige Leistung in

ihrer konkret erbrachten Form spiegelt. Determinanten dieses Vergütungsanspruchs sind die auf die konkrete medizinische Leistung anzuwendenden gesetzlichen und untergesetzlichen Normen, mithin die §§ 109 Abs. 4 S. 3 SGB V i.V.m. 7 S. 1 KHEntgG und 17b KHG hinsichtlich des Anspruchsgrundes und die Fallpauschalenvereinbarung in Verbindung mit dem Fallpauschalenkatalog und den OPS-Kodes hinsichtlich der Anspruchshöhe. Wird also nachträglich der OPS-Kode geändert, wird damit notwendigerweise nachträglich in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt eingegriffen. Zeitpunkt der Verkündung des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V war der 01.01.2019, zeitgleich wurden die Corrigenda des DIMDI u.a. zum OPS 8-98b vom Bundesministerium für Gesundheit veröffentlicht. Die Wirkung der Letzteren erstreckte sich dabei auf den vor Verkündung und Gesetzesbeschluss liegenden Zeitraum bis zum 01.01.2013, also sechs Jahre zurück in die Vergangenheit. Sobald das DIMDI von seinem Klarstellungsrecht Gebrauch macht - wie im vorliegenden Fall bereits unmittelbar nach dem Gesetzesbeschluss geschehen - greift diese Klarstellung als Teil des gesetzlich vorgesehenen Vergütungsmechanismus nachträglich ändernd in einen abgeschlossenen Sachverhalt ein. Ein Fall von echter Rückwirkung liegt also vor.

## 66

Dass ein nachträglicher Eingriff in abgeschlossene Sachverhalte zu bejahen ist, wird im Übrigen auch von der Gesetzesbegründung bestätigt, die die Beschränkung der Befugnis zur rückwirkenden Änderung auf solche zulasten der Krankenkassen damit rechtfertigt, dass andernfalls eine unzulässige Rückwirkung vorläge:

„Zur Vermeidung einer unzulässigen Rückwirkung dürfen sich diese jedoch nicht zum Nachteil von Leistungserbringern nachträglich ändernd zu bereits abgeschlossenen Sachverhalten auswirken.“ (BT-Drucks. 19/5593, S. 124)

### 3. Rechtsprechung des BVerfG zur Abgrenzung von inhaltlicher Änderung und Klarstellung

## 67

Dem steht auch nicht entgegen, dass es sich bei § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V lediglich um die Ermächtigung zu einer Klarstellung und Änderung handelt. Teilweise wurde in der Diskussion um § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V angeführt, dass das DIMDI gar nicht zu einer materiell rückwirkenden Änderung ermächtigt worden sei, sondern lediglich zu einer Klarstellung bzw. Präzisierung dessen, was ohnehin gemeint gewesen sei.

## 68

Hinsichtlich der Frage, ob durch den Gesetzgeber eine inhaltliche Änderung des Gesetzes vorgenommen wurde, differenziert das BVerfG folgendermaßen:

„Ob eine rückwirkende Gesetzesänderung gegenüber dem alten Recht deklaratorisch oder konstitutiv wirkt, hängt vom Inhalt des alten und des neuen Rechts ab, der - abgesehen von eindeutigen Gesetzesformulierungen - zumeist erst durch Auslegung ermittelt werden muss. (...) Zur verbindlichen Auslegung einer Norm ist letztlich in aller Regel die rechtsprechende Gewalt berufen (vgl. BVerfGE 65, 196 [215] = NJW 1984, 476; BVerfGE 111, 54 [107] = NJW 2005, 126 = NVwZ 2005, 437 Ls.; BVerfGE 126, 369 [392] = NJW 2010, 3705 Ls.). Dies gilt auch bei der Frage, ob eine Norm konstitutiven oder deklaratorischen Charakter hat. Allerdings ist der Gesetzgeber ebenfalls befugt, den Inhalt einer von ihm gesetzten Norm zu ändern oder klarstellend zu präzisieren und dabei gegebenenfalls eine Rechtsprechung zu korrigieren, mit der er nicht einverstanden ist. Dabei hat er sich jedoch im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zu halten, zu der auch die aus den Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grenzen für rückwirkende Rechtsetzung gehören. Der Gesetzgeber kann diese Bindung und die Prüfungskompetenz der Gerichte nicht durch die Behauptung unterlaufen, seine Norm habe klarstellenden Charakter (vgl. BVerfGE 126, 369 [392] = NJW 2010, 3705 Ls.). Es besteht keine Befugnis des Gesetzgebers zur authentischen Interpretation gesetzlicher Vorschriften (vgl. BVerfGE 126, 369 [392] = NJW 2010, 3705 Ls.; BVerfGE 131, 20 [37] = NVwZ 2012, 876).“ (BVerfGE 135, 1 Rn. 46 ff.).

## 69

Im vorliegenden Fall war es erklärtermaßen die Absicht des Gesetzgebers, seine eigene Interpretation eines OPS-Kodes an die Stelle der des Bundessozialgerichts zu setzen. Die nach der Rechtsprechung des BVerfG unzulässige authentische Interpretation wurde lediglich auf das DIMDI übertragen, das der ihm gegenüber zum Ausdruck gebrachten Erwartungshaltung bereits wenige Tage nach Gesetzesbeschluss nachkam. Die hierzu eigentlich berufene rechtsprechende Gewalt hatte mit dem Urteil vom 19.06.2018 eine verbindliche Auslegung des OPS-Kodes vorgenommen, die keinen Raum für eine bloß deklaratorische

Klarstellung durch den Gesetzgeber mit Hilfe des DIMDI ließ. Dass der Gesetzgeber mit der vom BSG gefundenen Auslegung nicht einverstanden war, ändert an dieser Bewertung nichts.

#### 70

Nach der Rechtsprechung des BVerfG gelten „für die Klärung, ob eine rückwirkende Regelung konstitutiven oder deklaratorischen Charakter hat, (...) Besonderheiten; eine solche Vorschrift ist aus verfassungsrechtlicher Sicht stets schon dann als konstitutiv anzusehen, wenn sie sich für oder gegen eine vertretbare Auslegung einer Norm entscheidet und damit ernstliche Auslegungszweifel im geltenden Recht beseitigt.“ (BVerfGE 135, 1 Rn. 46 ff.)

#### 71

Selbst wenn man trotz der eindeutigen Rechtsprechung des BSG von weiterhin im Hinblick auf das Transportzeiterfordernis des OPS 8-98b bestehenden Auslegungszweifeln ausgehen wollte, wäre im Hinblick auf die Vertretbarkeit der Auslegung durch das BSG trotzdem der konstitutive Charakter des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V und der hierauf gestützten Corrigenda des DIMDI zu bejahen.

#### 72

Im Ergebnis liegt daher ein Fall echter Rückwirkung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor.

#### 4. Erfordernis der Verletzung grundrechtlich geschützten Vertrauens

#### 73

Ob aus der Herleitung des Rückwirkungsverbots aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG und den Grundrechten zu folgern ist, dass es nur in den Fällen formell (Beschwerdebefugnis im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde) und materiell (inhaltliche Geltung des Rückwirkungsverbots) anwendbar ist, wenn eine Grundrechtsverletzung im Raum steht, wird unterschiedlich bewertet.

#### 74

Insbesondere ein Urteil des BVerfG zur Geltung des Rückwirkungsverbots im Steuerrecht wurde zum Teil so verstanden, insofern als es hinsichtlich des Bezugsobjektes des Rückwirkungsverbots die Einschränkung vornimmt, dass es sich um ein den Bürger belastendes Gesetz handeln muss:

„Die Verfassungsmäßigkeit eines rückwirkenden Gesetzes ist nur dann fraglich, wenn es sich um ein den Bürger belastendes Gesetz handelt (vgl. BVerfGE 24, 220 [229]; BVerfGE 32, 111 [123] = RzW 1972, 151; BVerfGE 50, 177 [193] = NJW 1979, 1649 Ls.; BVerfGE 101, 239 [262] = NJW 2000, 413; BVerfGE 131, 20 [36 f.] = NVwZ 2012, 876). Das grundsätzliche Verbot echt rückwirkender belastender Gesetze beruht auf den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (vgl. BVerfGE 45, 142 [167 f.] = NJW 1977, 2024; BVerfGE 132, 302 [317] = NJW 2013, 145). Es schützt das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte (vgl. BVerfGE 101, 239 [262] = NJW 2000, 413; BVerfGE 132, 302 [317] = NJW 2013, 145). Wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolge eines der Vergangenheit zugehörigen Verhaltens nachträglich belastend ändert, bedarf dies einer besonderen Rechtfertigung vor dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 45, 142 [167 f.]; BVerfGE 45, 142; BVerfGE 63, 343 [356 f.] = NJW 1983, 2757; BVerfGE 72, 200 [242] = NJW 1987, 1749; BVerfGE 97, 67 [78 f.] = NJW 1998, 1547; BVerfGE 132, 302 [317] = NJW 2013, 145). Die Grundrechte wie auch das Rechtsstaatsprinzip garantieren im Zusammenwirken die Verlässlichkeit der Rechtsordnung als wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und damit als eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen. Es würde die Betroffenen in ihrer Freiheit erheblich gefährden, dürfte die öffentliche Gewalt an ihr Verhalten oder an sie betreffende Umstände ohne Weiteres im Nachhinein belastendere Rechtsfolgen knüpfen, als sie zum Zeitpunkt ihres rechtserheblichen Verhaltens galten (vgl. BVerfGE 30, 272 [285]; BVerfGE 63, 343 [357] = NJW 1983, 2757; BVerfGE 72, 200 [257 f.] = NJW 1987, 1749; BVerfGE 97, 67 [78] = NJW 1998, 1547; BVerfGE 105, 17 [37] = NJW 2002, 3009; BVerfGE 114, 258 [300 f.] = NVwZ 2005, 1294 = NJW 2005, 3558 Ls.; BVerfGE 127, 1 [16] = NJW 2010, 3629; BVerfGE 132, 302 [317] = NJW 2013, 145). Ausgehend hiervon sind Gesetze mit echter Rückwirkung grundsätzlich nicht mit der Verfassung vereinbar (vgl. BVerfGE 45, 142 [167 f.] = NJW 1977, 2024; BVerfGE 101, 239 [262] = NJW 2000, 413; BVerfGE 132, 302 [318] = NJW 2013, 145; st. Rspr.).“ (BVerfGE 135, 1 Rn. 63)

#### 75

Hieraus jedoch abzuleiten, dass stets und zwingend notwendig ein konkret-individuelles Vertrauen eines Grundrechtsträgers erforderlich ist, und ein abstrakt-generelles Vertrauen in die Beständigkeit und Berechenbarkeit der Rechtsordnung nicht ausreicht, ist zu weit gegriffen, zumal in dem zitierten Urteil nicht die Frage der Grundrechtsträgerschaft abgegrenzt und diskutiert wurde, sondern die Frage der belastenden bzw. begünstigenden Regelung im Steuerrecht für Kapitalanlagegesellschaften. Sprachlicher Bezugspunkt der Ausschließlichkeit war also - wie Prof. X. in seiner ergänzenden Stellungnahme (Bl. 124 der Gerichtsakte) zutreffend ausführt, nicht der Begriff „Bürger“, sondern der Begriff „belastend“.

## 76

Das Bundessozialgericht legt die Rechtsprechung des BVerfG allerdings in dem Sinne aus, dass sich gesetzliche Krankenkassen mangels Grundrechtsfähigkeit formell nicht auf das Verbot echter Rückwirkung berufen können und es materiell-rechtlich ebenfalls nicht beachtet werden muss:

„Krankenkassen können sich als Körperschaften des öffentlichen Rechts und damit als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung jedoch nicht darauf berufen, dass einer sie belastenden Norm unzulässige Rückwirkung zukommt (offen gelassen von BSGE 90, 231, 258 = SozR 4-2500 § 266 Nr. 1, RdNr. 80 im Zusammenhang mit der Korrektur von Zahlungen aus dem Risikostrukturausgleich). Die Grenzen zulässiger Rückwirkung von Gesetzen hat das BVerfG aus dem grundrechtlich verorteten Vertrauensschutz und dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet (vgl. z. B. BVerfGE 109, 133, 181; BVerfGE 126, 369, 393 = SozR 4-5050 § 22b Nr. 9 RdNr. 75; BVerfGE 131, 20, 38; zuletzt BVerfG Beschluss vom 17.12.2013 -1 BvL 5/08 -, RdNr. 63). (...) Auf Grundrechte können sich Krankenkassen jedoch nicht berufen (...).

## 77

Da die Krankenkassen wie auch die KAVen an dieser grundrechtlich geschützten Freiheitsphäre nicht partizipieren, sind sie nicht nur prozessual gehindert, die Beachtung des Rückwirkungsverbotes über die Verfassungsbeschwerde durchzusetzen, sondern sie haben auch materiell keine Rechtsposition inne, die verfassungsrechtlich gegen rückwirkende Verschlechterungen geschützt wäre.“ (BSG, Urteil vom 22.10.2014 - B 6 KA 3/14 R).

## 78

Im Schrifttum hingegen wird die Beschränkung der Geltung des Rechtsstaatsprinzips auf Grundrechtsträger unter Verweis auf die Herleitung auch aus Art. 20 Abs. 3 GG teilweise abgelehnt und nicht nur in einem individualrechtlichen, sondern auch in einem objektivrechtlichen Sinne verstanden (vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Auflage 2015, Art. 20 Rn. 146ff.; Maurer, HStR, Band IV, 3. Auflage 2006, § 79 Rn. 43). Es sei nicht nur das individuell-konkrete Vertrauen von Grundrechtsträger in die Geltung und Unverbrüchlichkeit des Rechts geschützt, sondern auch das abstrakt-generelle Vertrauen in die Geltung des Rechts.

## 79

Ebenfalls für eine Geltung des Rückwirkungsverbots unabhängig von der Frage der Grundrechtsfähigkeit der Betroffenen spricht sich - zumindest für den Bereich des Abgabenrechts - das BVerwG aus:

„Dessen ungeachtet gilt das Rückwirkungsverbot jedenfalls für abgabenrechtliche Rechtspositionen grundsätzlich unabhängig davon, ob die Abgabepflichtigen sich auf Grundrechte berufen können. Die weitergehende Frage, ob das Rückwirkungsverbot generell auch zugunsten juristischer Personen des öffentlichen Rechts oder juristischer Personen des Privatrechts in öffentlicher Hand wirkt, die sich auf Grundrechte nicht berufen können (so für Gemeinden BbgVerfG, Urteil vom 20. Januar 2000 - VfGBbg 53/98, 3/99 - LKV 2000, 199 (205); offengelassen in BVerwG, Urteil vom 4. Mai 2006 - 9 C 3.05 - BVerwGE 126, 14 Rn. 16), oder ob es grundsätzlich nur für Grundrechtsträger gilt (so BSG, Urteil vom 22. Oktober 2014 - B 6 KA 3/14 R - BSGE 117, 149 Rn. 26 ff.), bedarf insoweit keiner Entscheidung.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts garantieren zwar die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip im Zusammenwirken die Verlässlichkeit der Rechtsordnung als wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und damit als eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen. (...) Ungeachtet dieses Zusammenhangs zwischen den grundrechtlich geschützten Freiheitsrechten und dem Rechtsstaatsprinzip beruht das Verbot rückwirkender Gesetze aber auch auf den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 - 1 BvL 6/07 - BVerfGE 132, 302 Rn. 41). Das Rechtsstaatsprinzip ist ein elementarer Verfassungsgrundsatz. Als objektives Verfassungsrecht ist es unabhängig von den

Grundrechten nach Art. 20 Abs. 3 GG sowohl vom Gesetzgeber als auch von Exekutive und Judikative zu beachten (vgl. VG Cottbus, Urteil vom 17. März 2016 - 6 K 554/14 - juris Rn. 28). Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips lässt eine hiergegen verstoßende Regelung auch dann verfassungswidrig erscheinen, wenn der Normadressat keine Grundrechtsfähigkeit besitzt (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Mai 2006 - 9 C 3.05 - BVerwGE 126, 14 Rn. 16; VG Frankfurt an der Oder, Urteil vom 10. August 2016 - 5 K 616/13 - juris Rn. 21). Denn das Rückwirkungsverbot schützt das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte (BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 - 1 BvL 6/07 - BVerfGE 132, 302 Rn. 41). Es beschränkt sich daher nicht auf den Schutz des Vertrauens in den Bestand der durch die Verfassung selbst gewährleisteten Rechte, sondern schützt auch das Vertrauen in die Verlässlichkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen einfachgesetzlichen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen einfach-rechtlichen Rechtspositionen (vgl. auch Schlarmann/Couzinet, in: Sander/Scheel/Esposito, Öffentliches Recht im Wandel, 2015, S. 61 ff., S. 70)." (BVerwG, Urteil vom 23.01.2019 - 9 C 2/18).

## 80

Eine solche geschützte einfach-rechtliche Rechtsposition begründen im vorliegenden Fall auch die Vorschriften des Krankenhausvergütungsrechts zur Berechnung des Vergütungsanspruchs des Krankenhauses gegenüber der Krankenkasse. Sie bestimmen - anknüpfend an die Behandlungspflicht der Krankenhäuser - in welcher Höhe das Krankenhaus zur Leistung berechtigt und die Krankenkasse zur Leistung verpflichtet ist. Die Vergütungsregeln gelten gleichermaßen für alle Beteiligten des Leistungsverhältnisses, unabhängig von deren Grundrechtsberechtigung, und gewähren diesen eine im Rahmen des Abrechnungsverhältnisses einfachrechtlich geschützten Rechtsposition.

## 81

Zuzugestehen ist zwar, dass die gesetzlichen Krankenkassen in ihrem Bestand nicht grundrechtlich geschützt sind und auch nicht über einen den Rundfunkanstalten oder Universitäten vergleichbaren verfassungsrechtlich geschützten Bereich der Selbstverwaltung verfügen (vgl. BVerfG Beschluss vom 26.11.2018 - 1 BvR 318/17, 1 BvR 1474/17, 1 BvR 2207/17, NJW 2019, 351). Zeitgleich sind sie jedoch einfachrechtlich zur paritätischen Selbstverwaltung ermächtigt und treten zwar nicht in primärer Hinsicht als Sachwalter der Interessen der pflichtversicherten Grundrechtsträger auf, wohl aber als maßgeblicher Träger der Selbstverwaltung im derzeit bestehenden System der Sozialversicherung und damit gerade nicht als Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung. Solange die historisch gewachsenen und seit über hundert Jahren in dieser Form beibehaltenen Selbstverwaltungsstrukturen bestehen, muss die Ausgestaltung und Ausübung dieses übertragenen Rechtsraums rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen - was auch und insbesondere für die Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes gilt. Bedient sich der Gesetzgeber eines Systems, in dem die Sozialversicherung auf mit Selbstverwaltung ausgestattete öffentliche Träger übertragen ist und das entscheidend auf die Partizipation und das wechselseitige Vertrauen der beteiligten Verbände der Leistungsträger und Leistungserbringer baut, kann die Einbeziehung von privatrechtlich organisierten Einrichtungen wie Krankenhäusern in der Form einer GmbH nicht dazu führen, dass in einem auf gleichberechtigte Verhandlungspositionen beruhenden System die eine Seite in der identischen Situation ohne sachlichen Grund einen weitergehenden rechtlichen Schutz genießt als die andere. Sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung sind insbesondere im Hinblick auf die beiderseits bestehenden wirtschaftlichen und rechtlichen Schutzinteressen nicht ersichtlich und wurden von den auf Seiten der Leistungserbringer Beteiligten bezeichnenderweise auch nicht geltend gemacht. Dass es an solchen sachlichen, über die bloß formelle Frage der Grundrechtsberechtigung hinausgehenden Gründen fehlt, wird auch daran deutlich, dass das Gesetz zwar hinsichtlich seiner Wirkung zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen unterscheidet, nicht jedoch zwischen privatrechtlich und öffentlich-rechtlich verfassten Krankenhäusern. Auch letztere können sich nicht auf Grundrechte berufen und wären daher nach der Logik des Gesetzes eigentlich ebenfalls von der in § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V vorgesehenen Privilegierung auszunehmen gewesen. Eine solche im Ergebnis relative Wirkung von Rechtsnormen aufgrund einer relativen Wirkung des Rückwirkungsverbots ist mit dem Gedanken der Rechtssicherheit und Verlässlichkeit des Rechts sowie der Klarheit des Rechts nicht vereinbar. Dies muss vor allem auch vor dem Hintergrund des Art. 20 Abs. 3 GG gelten, wonach jegliche Staatsgewalt an Gesetz und Recht und damit auch an das Rechtsstaatsprinzip gebunden ist unabhängig davon in wessen Rechtsposition eingegriffen wird. Eingeführt wurde die öffentlich-rechtliche Trägerschaft in der Sozialversicherung um den sozial schwachen Versicherten einen dauerhaft leistungsfähigen Träger zur Verfügung zu stellen. Eine Privilegierung der

privatrechtlich verfassten Beteiligten des Sozialversicherungssystems gegenüber diesen öffentlich-rechtlichen Trägern verkehrt diese Intention in ihr Gegenteil.

## 5. Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung

### 82

Für eine zumindest auch objektivrechtliche Verankerung des Rückwirkungsverbots spricht gerade der vorliegende Fall, in dem das mit dem Rechtsstaatsprinzip verbundene Gewaltenteilungsprinzip verletzt wird. Durch die Ermächtigung des DIMDI zur rückwirkenden Präzisierung der OPS-Kodes für eine unbegrenzte Anzahl von Fällen und ohne jede inhaltliche Beschränkung, außer dass die Präzisierung nicht zulasten der Krankenhäuser gehen darf, wird dem DIMDI eine gerichtsgleiche Stellung eingeräumt und der Gerichtsbarkeit die entsprechende Befugnis genommen. Dies mag grundsätzlich dem Gesetzgeber in bestimmten Fallkonstellationen möglich sein, hierbei wäre jedoch eine genauere rechtliche Verfassung der Behörde (insbesondere die durch Art. 101 Abs. 2 GG vorgeschriebene Errichtung durch Gesetz) sowie im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz eine bestimmte Verfahrensordnung erforderlich.

### 83

Das Bundesverfassungsgericht weist dem Gewaltenteilungsgrundsatz eine Kontrollfunktion zu:

„Der Grundsatz der Gewaltenteilung zielt auf Machtverteilung und die sich daraus ergebende Mäßigung staatlicher Herrschaft. In seiner grundgesetzlichen Ausformung als Gebot der Unterscheidung zwischen gesetzgebender, vollziehender und rechtsprechender Gewalt (Art. 20 II 2 GG) dient er zugleich einer funktionsgerechten Zuordnung hoheitlicher Befugnisse zu unterschiedlichen, jeweils aufgabenspezifisch ausgeformten Trägern öffentlicher Gewalt und sichert die rechtliche Bindung aller Staatsgewalt (Art. 20 III GG) (vgl. BVerfGE 124, 78 [120] = NVwZ 2009, 1353; BVerfGE 137, 185 [233] = NVwZ 2014, 1652 Rn. 135). In der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ist die Teilung der Gewalten nicht als absolute Trennung realisiert und geboten. Die Zweige der Staatsgewalt sind aufeinander bezogen und miteinander verschränkt, dürfen aber ihrer jeweiligen Eigenheit und ihrer spezifischen Aufgaben und Zuständigkeiten nicht beraubt werden (vgl. BVerfGE 9, 268 [279 f.] = NJW 1959, 1171; stRspr.)“ (BVerfGE 143, 101 Rn. 118; 2, 11 Rn. 228). Darüber hinaus kommt dem Gewaltenteilungsgrundsatz eine gewisse organisatorische Zuordnungsfunktion zu:

„Die in Art. 20 II 2 GG normierte Teilung der Gewalten ist für das Grundgesetz ein tragendes Organisations- und Funktionsprinzip. Sie dient der gegenseitigen Kontrolle der Staatsorgane und damit der Mäßigung der Staatsherrschaft (vgl. BVerfGE 3, 225 (247) = NJW 1954, 65; st. Rspr.). Dabei zielt sie auch darauf ab, daß staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen (vgl. BVerfGE 68, 1 (86) = NJW 1985, 603).“ (BVerfGE 95, 1 Rn. 15)

### 84

Diese Zuständigkeiten werden zugunsten der Judikative durch das Rechtsprechungsmonopol des Art. 92 Grundgesetz konkretisiert:

„Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Ihre Ausübung ist den Gerichten des Bundes und der Länder vorbehalten. Der Gesetzgeber, auch der Landesgesetzgeber, darf deshalb eine Angelegenheit, die Rechtsprechung i.S. von Art. 92 Halbs. 1 GG ist, nicht anderen Stellen als Gerichten zuweisen (vgl. Heyde, in: Benda/Maihofer/Vogel [Hrsg.], HdbVerfR, 2. Aufl. [1994], § 33 Rdnr. 12; Bettermann in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, III, 2. Aufl. [1996], § 73 Rdnr. 4).

Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt ist durch die Verfassungsrechtsprechung nicht abschließend geklärt. Ob die Wahrnehmung einer Aufgabe als Rechtsprechung i.S. von Art. 92 GG anzusehen ist, hängt wesentlich von verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie den traditionellen oder durch den Gesetzgeber vorgenommenen Qualifizierungen ab (vgl. BVerfGE 22, 49 [76ff.] = NJW 1967, 1219; BVerfGE 64, 175 [179] = NJW 1983, 2812; BVerfGE 76, 100 [106] = NJW 1988, 405). Von der Ausübung rechtsprechender Gewalt kann - in allein organisationsrechtlicher Betrachtung - nicht schon dann gesprochen werden, wenn ein staatliches Gremium mit unabhängigen Richtern i.S. der Art. 92ff. GG besetzt ist (...).

Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt wird vielmehr maßgeblich von der konkreten sachlichen Tätigkeit her, somit materiell bestimmt. Um Rechtsprechung im materiellen Sinne handelt es sich, wenn bestimmte

hoheitsrechtliche Befugnisse bereits durch die Verfassung Richtern zugewiesen sind oder es sich von der Sache her um einen traditionellen Kernbereich der Rechtsprechung handelt (vgl. BVerfGE 22, 49 [76f.] = NJW 1967, 1219). Daneben ist rechtsprechende Gewalt i.S. des Art. 92 GG auch dann gegeben, wenn der Gesetzgeber für einen Sachbereich, der nicht schon materiell dem Rechtsprechungsbegriff unterfällt, eine Ausgestaltung wählt, die bei funktioneller Betrachtung nur der rechtsprechenden Gewalt zukommen kann. In funktioneller Hinsicht handelt es sich - ungeachtet des jeweiligen sachlichen Gegenstands - um Rechtsprechung, wenn der Gesetzgeber ein gerichtsförmiges Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung vorsieht und den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können. Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung in diesem Sinne gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist (vgl. BVerfGE 7, 183 [188f.] = NJW 1958, 97; BVerfGE 31, 43 [46] = NJW 1971, 1308; BVerfGE 60, 253 [269f.] = NJW 1982, 2425). Nach Art. 92 GG ist es Aufgabe der Gerichte, Rechtssachen mit verbindlicher Wirkung zu entscheiden, und zwar in Verfahren, in denen durch Gesetz die erforderlichen prozessualen Sicherungen gewährleistet sind und der verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör besteht (vgl. BVerfGE 4, 358 [363] = NJW 1956, 97). Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist daher typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren.“ (BVerfGE 103,111(138)).

## 85

Die retrospektive Betrachtung und Bewertung konkreter, mit der Anwendung von OPS Codes in Zusammenhang stehender Streitfälle und deren verbindliche Klärung oblag bisher den Sozialgerichten im Rahmen des Sozialgerichtsgesetzes. Inhaltlich handelte es sich dabei nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts um eine Aufgabe der Rechtsprechung. Der hinsichtlich der Auslegung des 30 Minuten Kriteriums entstandene und im vorliegenden Fall relevante Streit wurde durch die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 19.06.2018, B 1 KR 38/17 R, einer verbindlichen Klärung zugeführt. Dieses Befugnis, Rechtsstreitigkeiten verbindlich zu klären, wurde der Sozialgerichtsbarkeit durch das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz nicht nur mit Wirkung für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit genommen. Der Sache nach wird das DIMDI damit im Hinblick auf die Klärung der Auslegung von OPS-Codes quasi als Superrevisionsinstanz über das BSG gesetzt. Nach der Ordnungsfunktion des Gewaltenteilungsgrundsatzes kontrolliert die Rechtsprechung die Verwaltung anhand des Rechtmäßigkeitsmaßstabs, der vom Gesetzgeber vorgegeben wird, während die Gerichte im Hinblick auf die Zukunft der Ergebniskontrolle des Gesetzgebers unterliegen, der erwünschte rechtsdogmatische Korrekturen mit dem Instrument der Gesetzgebung herbeiführen kann (vgl. Grzeszick in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 V, Rn. 37). Dieses fein austarierte System gegenseitiger Kontrolle wird durch § 301 Abs. 2 S. 4 GG ausgehebelt.

## 86

Wäre die Regelung des § 301 Abs. 2 Satz 4 SGB V verfassungsgemäß, hätte das zur Folge, dass das Bundessozialgerichtsurteil aus dem Jahre 2018 seine Verbindlichkeit für die unterinstanzielle Rechtsprechung und seine Verbindlichkeit für die vergangenheitsbezogene Auslegung des Merkmals generell verliert. Dies ist vor dem Hintergrund, dass die neue Kontrollinstanz in Form des DIMDI weder institutionell-organisatorisch noch verfahrensrechtlich verbindlich und transparent ausgestaltet ist, im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie und den Grundsatz der Gewaltenteilung bedenklich. Es führt zu einer rechtsstaatlich nicht wünschenswerten Situation der Unsicherheit. Verfahren, in denen es um die Auslegung des hier streitigen OPS Merkmals ging und die nach dem Urteil des Bundessozialgerichts im Hinblick auf die Eindeutigkeit der Stellungnahme anhängig gemacht wurden, haben durch die Stellungnahme des DIMDI ohne eine Änderung der maßgeblichen Rechtsprechung über Nacht ihre Erfolgsaussichten verloren. Streitigkeiten, die denselben Zeitraum betreffen, waren daher unterschiedlich zu bewerten je nachdem, wann das erstinstanzliche Gericht die Sache terminieren konnte: bis zum 01.01.2019 war das 30 Minuten Erfordernis für die Vergangenheit im Sinne der Transportkette auszulegen, ab dem 01.01.2019 hingegen für den identischen Zeitraum der Vergangenheit im Sinne der Zeit, dem Transportmittel verbracht wird. Zwar ist das Vertrauen auf den Bestand höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht schützenswert, wohl aber das Vertrauen in die Verbindlichkeit des Rechtsprechungsmonopols. Dieses Vertrauen ist durch die Ermächtigung des DIMDI zur rückwirkenden materiellen Änderung der verbindlichen Auslegung geltenden Rechts nachhaltig erschüttert. Nicht nur im Hinblick auf den OPS-Kode 8-98b und die durch die Klarstellung des DIMDI ausgehebelte BSG Rechtsprechung, sondern auch und vor allem für zukünftige Streitigkeiten, die die Auslegung von OPS-Codes betreffen.

## 87

Bereits jetzt herrscht wahrnehmbare Unsicherheit, wie bei der gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem über den Beteiligten hängenden Damoklesschwert einer möglichen DIMDI-Klarstellung umzugehen ist. Allein in der Kammer des vorlegenden Gerichts sind mehrere Rechtsstreitigkeiten anhängig, in denen eine aufgrund einer nach Ansicht der Krankenkasse fehlerhaften OPS-Abrechnung entstandene Erstattungsforderung aufgerechnet wurde, ohne dass das betroffene Krankenhaus sich hiergegen gewehrt oder Bedenken geäußert hätte. Dennoch wurde von der Krankenkasse Klage erhoben, mit dem Antrag festzustellen, dass die OPS-Abrechnung fehlerhaft war und der Krankenkasse deshalb ein Erstattungsanspruch in der bereits widerspruchslos verrechneten Höhe zustand. Diese ungewöhnliche Vorgehensweise ergibt erst dann Sinn, wenn man die durch das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz eingetretene Unsicherheit im Hinblick auf die Zuständigkeit für die Auslegung von OPS-Kodes für die Vergangenheit gedanklich miteinbezieht. Erst ein rechtskräftiges Feststellungsurteil kann der Krankenkasse die gewünschte Rechtssicherheit im Hinblick auf den geltend gemachten Erstattungsanspruch vermitteln. Denn solange das Krankenhaus eine Aufrechnung lediglich unwidersprochen lässt, sich aber - wie in den anhängigen Feststellungsklage-Verfahren durchgängig geschehen - weigert, den Erstattungsanspruch explizit anzuerkennen, hält es sich die Option offen, im Falle einer anderslautenden, d. h. an der aktuellen Rechtsprechungslinie vorbeigehenden DIMDI-Klarstellung für die Vergangenheit, gegen die Aufrechnung gerichtlich vorzugehen und den verrechneten Betrag wieder zurück zu verlangen. Diese neue Unberechenbarkeit im Rechtsschutz macht deutlich, wie bedenklich die parallele Zuständigkeit von DIMDI und Sozialgerichtsbarkeit unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist. Egal welchen Standpunkt die auch höchstgerichtliche Rechtsprechung einnimmt, sie läuft immer Gefahr durch ein gegenläufiges DIMDI-Votum „aufgehoben“ zu werden - ohne dass gleichzeitig die Möglichkeit bestünde, durch ein Anfrageverfahren bestehende Auslegungszweifel zu beheben. Dies ist auch im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit, Art. 97 Abs. 1 GG, eine verfassungsrechtlich kritische Situation, wenn man bedenkt, wie schnell das DIMDI den im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Wünschen nachgekommen ist (vgl. den Antrag des Landes Niedersachsen vom 23.11.2018, BR-Drucks. 560/1/18 S. 2). Davon abgesehen wird mit der Übertragung der Auslegungskontrolle weg von der Sozialgerichtsbarkeit hin zum DIMDI die Unabhängigkeit der Kontrollinstanz gleich in zweifacher Hinsicht aufgegeben: zum einen formell durch ein gesetzlich nicht geregeltes Verfahren ohne institutionell gewährleistete Unabhängigkeit, zum anderen materiell durch die einseitige Beschränkung der Kontrollrichtung auf Korrekturen, die sich im Ergebnis, wenn, dann zulasten der Krankenkassen auswirken.

## 88

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es sich bei der Kompetenz für die Beilegung konkreter Streitigkeiten in der Vergangenheit inklusive der damit verbundenen Befriedungsfunktion um eine Kernzuständigkeit der Rechtsprechung handelt, in die ohne besondere Rechtfertigung nicht zu Gunsten der Verwaltung bzw. Gesetzgebung eingegriffen werden darf. Eine solche Rechtfertigung ist hier nicht ersichtlich. Es war und bleibt dem Gesetzgeber ebenso wie dem DIMDI als Teil der Verwaltung unbenommen, OPS Regelungen verbindlich für die Zukunft festzulegen und damit als solche wahrgenommenen Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zu korrigieren. Eine rückwirkende Korrektur hingegen muss im wohlverstandenen Interesse der Mäßigung staatlicher Herrschaft durch Gewaltenteilung in den Händen der rechtsprechenden Gewalt bleiben. Andernfalls leidet das rechtsstaatliche Vertrauen in die Geltung und Verbindlichkeit des Rechts in der Gegenwart erheblichen Schaden. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung durch die Regelung des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V in der Fassung vom 11.12.2018 (BGBl. I S. 2394) ist daher zu bejahen.

6. Ausnahme vom Verbot echter Rückwirkung?

## 89

Eine Ausnahme von dem Verbot echter Rückwirkung liegt im hier zu entscheidenden Fall nicht vor.

## 90

Von dem grundsätzlichen Verbot der echten Rückwirkung werden von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Ausnahmen gemacht:

„Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit echter Rückwirkungen ist gegeben, wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht auf den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung vertrauen durften, sondern mit deren Änderung rechnen mussten (vgl. BVerfGE 13,

261 [272] = NJW 1962, 291; BVerfGE 30, 367 [387] = RzW 1971, 309; BVerfGE 95, 64 [86 f.] = NJW 1997, 722; BVerfGE 122, 374 [394] = NVwZ 2009, 1025). Vertrauensschutz kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn die Rechtslage so unklar und verworren war, dass eine Klärung erwartet werden musste (vgl. BVerfGE 13, 261 [272] = NJW 1962, 291; BVerfGE 18, 429 [439] = NJW 1965, 1267; BVerfGE 30, 367 [388] = RzW 1971, 309; BVerfGE 50, 177 [193 f.] = NJW 1979, 1649 Ls.; BVerfGE 88, 384 [404]; BVerfGE 122, 374 [394] = NVwZ 2009, 1025; BVerfGE 126, 369 [393 f.] = NJW 2010, 3705 Ls.), oder wenn das bisherige Recht in einem Maße systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden (vgl. BVerfGE 13, 215 [224] = NJW 1962, 729; BVerfGE 30, 367 [388] = RzW 1971, 309). Der Vertrauensschutz muss ferner zurücktreten, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern (vgl. BVerfGE 13, 261 [272] = NJW 1962, 291; BVerfGE 18, 429 [439] = NJW 1965, 1267; BVerfGE 88, 384 [404] = DtZ 1993, 275; BVerfGE 95, 64 [87] = NJW 1997, 722 = NVwZ 1997, 479 Ls.; BVerfGE 101, 239 [263 f.] = NJW 2000, 413; BVerfGE 122, 374 [394 f.] = NVwZ 2009, 1025), wenn der Bürger sich nicht auf den durch eine ungültige Norm erzeugten Rechtsschein verlassen durfte (vgl. BVerfGE 13, 261 [272] = NJW 1962, 291; BVerfGE 18, 429 [439] = NJW 1965, 1267; BVerfGE 50, 177 [193 f.] = NJW 1979, 1649 Ls.; BVerfGE 101, 239 [263 f.] = NJW 2000, 413; BVerfGE 122, 374 [394 f.] = NVwZ 2009, 1025) oder wenn durch die sachlich begründete rückwirkende Gesetzesänderung kein oder nur ganz unerheblicher Schaden verursacht wird (so genannter Bagatellvorbehalt, vgl. BVerfGE 30, 367 [389] = RzW 1971, 309; BVerfGE 72, 200 [258] = NJW 1987, 1749)." (BVerfGE 135, 1 Rn. 65).

## 91

Im vorliegenden Fall kommt eine Unklarheit und Verworrenheit der ursprünglichen Gesetzeslage nicht in Betracht, da das BSG zur Klärung von Auslegungszweifeln Stellung genommen hatte. Auch für eine Systemwidrigkeit und Unbilligkeit der ursprünglichen Rechtslage ist nichts ersichtlich. Keiner von beiden Gesichtspunkten vermag die Rückwirkung des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V zu rechtfertigen.

### E. Verfassungskonforme Auslegung

## 92

Im Ergebnis verstößt § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V in der Fassung vom 11.12.2018 (BGBl. I S. 2394) gegen den allgemeinen und speziellen Gesetzesvorbehalt der Art. 20 Abs. 3, 87 Abs. 3 GG, gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten hergeleitete Verbot echter Rückwirkung, Art. 20 Abs. 3 GG sowie gegen das Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V kommt hier nicht in Betracht. Eine solche kann nur darin bestehen, dass man die Ermächtigung in § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V tatsächlich nur auf reine Klarstellungen bezieht, die keine inhaltliche Änderung mit sich bringen. Dies würde bedeuten, dass die hier streitigen Corrigenda des DIMDI im Hinblick auf den OPS-Kode rechtswidrig sind, weil sie inhaltliche Änderungen vornehmen und daher außerhalb der Ermächtigungsgrundlage liegen. Eine solches Verständnis des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V widerspricht jedoch dem klaren und unmissverständlichen Wortlaut der Norm, die das DIMDI explizit zu „Änderungen“ der OPS-Kodes ermächtigt, und wäre damit ganz klar eine nicht zulässige Auslegung contra legem. Darüber hinaus widerspricht eine solche Deutung dem klar geäußerten Willen des Gesetzgebers, dem es ausweislich der Gesetzesbegründung gerade um eine rückwirkende Korrektur der BSG-Rechtsprechung zum OPS-Kode 8-98b ging. Für eine verfassungskonforme Auslegung des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V ist daher kein Raum.

### F. Ergebnis

## 93

In dem vorliegenden Verfahren kommt es entscheidend auf die Verfassungsmäßigkeit des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V an. Die Klage ist je nach Wirksamkeit der Norm abzuweisen oder begründet. Das vorliegende Gericht ist davon überzeugt, dass die in § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V enthaltene Ermächtigung des DIMDI zum rückwirkenden Erlass von Klarstellungen und Ergänzungen zu den OPS-Kodes den allgemeinen und speziellen Gesetzesvorbehalt der Art. 20 Abs. 3, 87 Abs. 3 GG verletzt, insofern als die für die rückwirkende Klarstellung zuständige Behörde des DIMDI nur durch Ministerialerlass und nicht durch Parlamentsgesetz errichtet wurde. Weiterhin verletzt § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V nach Auffassung des vorliegenden Gerichts das aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten hergeleitete Verbot echter Rückwirkung, Art. 20 Abs. 3 GG, insofern als darin das DIMDI zur rückwirkenden Klarstellung und damit ggf. auch Vernichtung materiellrechtlich geschützter Rechtspositionen ermächtigt wird. Und schließlich verstößt die Ermächtigung

des § 301 Abs. 2 S. 4 GG noch gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rückwirkungsverbot in Verbindung mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung, insofern als dem DIMDI hierin die Entscheidungshoheit über in der Vergangenheit liegende konkrete Sachverhalte und damit eine Rechtsprechungsaufgabe übertragen wird, ohne dass hierfür eine ausreichende gesetzliche Grundlage vorliegt. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 301 Abs. 2 S. 4 SGB V kommt im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut und die eindeutige Gesetzesbegründung nicht in Betracht. Das Verfahren war daher auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.