

Landessozialgericht NRW, L 16 KR 88/09 KL

Datum: 22.11.2012
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 16. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 16 KR 88/09 KL

Vorinstanz: Sozialgericht Dortmund, S 9 KR 104/07
Sachgebiet: Krankenversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor: Die Klage wird abgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens. Die Revision wird zugelassen. Der Streitwert wird auf 2,5 Millionen Euro festgesetzt.

Tatbestand: 1

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Beklagte für das Kalenderjahr 2009 die Zuweisungen nach § 272 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch ((SGB V), sog. Konvergenzzuweisungen) zutreffend festgesetzt hat und ob die Klägerin verpflichtet ist, Überzahlungen zu erstatten. 2

Aufgrund der durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) vom 26.03.2007 (BGBl. I, 378) eingeführten neuen Regelung der Finanzierung der Krankenkassen erhalten diese seit dem 01.01.2009 aus dem als Sondervermögen vom Bundesversicherungsamt (BVA) verwalteten Gesundheitsfonds (§ 271 Abs. 1 SGB V) Zuweisungen zur Deckung ihrer Ausgaben (§ 266 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Diese Zuweisungen dienen der Deckung ihrer standardisierten Leistungsausgaben (§ 266 Abs. 2 Satz 1 SGB V) sowie der sonstigen Aufgaben (§ 270 SGB V). Die Zuweisungen sind alters-, geschlechts- und risikoadjustiert, so dass mit diesen Zuweisungen jährlich ein Risikostrukturausgleich (RSA) durchgeführt wird, mit dem die finanziellen Auswirkungen von Unterschieden in der Verteilung der Versicherten auf nach Alter und Geschlecht getrennten Versicherten- und Mobilitätsgruppen zwischen den Krankenkassen ausgeglichen werden (§ 266 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Die Krankenkassen erhalten monatliche Zuweisungen auf der Grundlage vorläufig festgestellter Werte (§ 266 Abs. 6 SGB V, § 39 Risikostrukturausgleichsordnung (RSAV)). Nach Ablauf des Kalenderjahres hat das BVA bis zum Ende des auf das Ausgleichsjahr folgenden Jahres die Höhe der Zuweisungen endgültig zu ermitteln (§ 266 Abs. 6 Satz 3 SGB V). Die - auf der Grundlage der vorläufigen Werte - gezahlten Zuweisungen gelten als Abschlagszahlungen und sind nach der Ermittlung endgültig in Höhe der Zuweisungen auszugleichen (§ 266 Abs. 6 Satz 4, 5 SGB V). Einzelheiten der Berechnung und des Ausgleichsverfahrens sind in § 41 RSAV beschrieben. 3

Im Rahmen einer Übergangsregelung zur Einführung des Gesundheitsfonds können daneben Krankenkassen Mittel zum Ausgleich der Belastung aufgrund der Einführung des Gesundheitsfonds erhalten (§ 272 SGB V). Die Finanzausstattung der Krankenkassen in einem Bundesland nach dem neuen Recht soll gegenüber der, die ihnen bei Beibehaltung der alten Finanzierungsregelungen zur Verfügung gestanden hätte, nicht wesentlich abweichen und evtl. Veränderungen sollen nur schrittweise eintreten. Diese sog. Konvergenzregelung soll "übermäßige Belastungssprünge aufgrund der Einführung des Gesundheitsfonds" vermeiden (BT-Drucks. 16/3100, 170). In der ursprünglichen Fassung der Vorschrift durch das GKV-WSG sollten symmetrisch länderbezogen sowohl Be- als auch Entlastungen berücksichtigt werden, so dass die Konvergenzzahlungen durch Absenkung der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds an die Krankenkassen für Versicherte in solchen Bundesländern finanziert werden sollten, in denen die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds die fortgeschriebenen Beitragseinnahmen um mehr als 100 Millionen Euro übersteigen. Eine Neufassung erfolgte durch das am 01.01.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15.12.2008 (BGBl I, 2426). In ihrer jetzigen Fassung sieht die Vorschrift nur noch den Ausgleich von Belastungen vor. Da die ursprünglich vorgesehene proportionale Anpassung der Zuweisungen an Versicherte in den übrigen Bundesländern gestrichen wurde und sich somit die Erhöhung der Zuweisungen für Versicherte in den belasteten Ländern nicht mehr durch eine Kürzung der Zuweisungen für Versicherte in den entlasteten Ländern finanziert, erfolgt die Finanzierung der Erhöhung der Zuweisungen aus der Liquiditätsreserve nach § 271 Abs. 2 SGB V (§ 272 Abs. 2 Satz 2 SGB V). 4

Das Nähere zur Umsetzung der Vorgaben der Abs. 1 und 2 ist in der RSAV zu regeln (§ 272 Abs. 4 Satz 1 SGB V). Auch die Ermächtigungsgrundlage ist im GKV-OrgWG neu gefasst worden. Während in der ursprünglichen Fassung die Ermächtigung sich nur auf das Nähere zur Umsetzung der Vorgaben des Abs. 1 sowie die Festlegung von Abschlagszahlungen bezog, wird in der jetzigen Fassung das "Nähere zur Umsetzung" durch die beispielhafte Benennung bestimmter Parameter näher festgelegt, wobei ausdrücklich auch das Nähere zur Bestimmung der Zuweisungen genannt wird. 5

Im GKV-OrgWG (Art. 6 Nr 0 lit.b) erfolgte zugleich auch die Einführung der §§ 33 - 33c RSAV zur Umsetzung der Vorgaben des § 272 SGB V. Die den Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds gegenüber zu stellenden fortgeschriebenen (fiktiven) Einnahmen werden nach § 33a RSAV ermittelt. Zunächst wird nach § 33a Abs. 2 RSAV ein "bundeslandspezifischer Beitragssatz" ermittelt, indem die am 30.06.2008 geltenden allgemeinen Beitragssätze aller Krankenkassen in dem Bundesland zuzüglich des zusätzlichen Beitragssatzes nach § 241a, bereinigt um die Beitragssatzanteile zur Entschuldung, herangezogen werden. Aus den bereinigten Beitragssätzen aller in einem Land tätigen Krankenkassen wird ein nach ihren Mitgliedern gewichteter durchschnittlicher Beitragssatz ermittelt (§ 33a Abs. 2 S. 2, 3 RSAV). Im nächsten Schritt wird dieser Beitragssatz mit den beitragspflichtigen Einnahmen aus Arbeitsentgelt der "Landesmitglieder" multipliziert und durch 100 geteilt. Anschließend werden noch die Beiträge nach § 34 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 bis 8 und Satz 6 RSAV (also vor allem Beiträge aus Rente und der Empfänger von Arbeitslosengeld I und II) für alle in einem Land tätigen Krankenkassen dazu addiert (Abs. 3). Diese ermittelten Einnahmen sind sodann gem. Abs. 4 nach Maßgabe der Absätze 5 und 6 um die ab 2009 ermittelten Ausgleichsansprüche und Ausgleichsverpflichtungen aufgrund des RSA und des Risikopools in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung zu bereinigen; die so bereinigten Einnahmen werden dann auf das jeweilige Ausgleichsjahr entsprechend der Veränderungsrate 6

der beitragspflichtigen Einnahmen aller Mitglieder der Krankenkassen nach § 71 Abs. 3 SGB V fortgeschrieben. Vereinfacht gesagt wird also eine fiktive Landeskasse betrachtet und ihren fiktiven Einnahmen auf der Grundlage der alten Finanzierungsregelung werden die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds gegenüber gestellt. Die Durchführung der Übergangsregelung ist in § 33 c RSAV geregelt. Wenn eine 100 Millionen Euro übersteigende Belastung ermittelt wird, wird (vereinfacht) dieser Mehrbetrag auf die in diesem Land tätigen Krankenkassen im Verhältnis ihrer dort lebenden Versicherten verteilt (Abs. 2 Satz 1, 2).

Bestandteil der monatlichen Zuweisungen sind somit ggfs. auch (vorläufig ermittelte) Erhöhungen nach § 272 SGB V (§ 33 Abs. 2 Satz 4 RSAV i.V.m. § 39 Abs. 1 bis 4 RSAV). 7

Das Bundesversicherungsamt (BVA) erteilte der Klägerin die Grundlagenbescheide I - IV/2009 vom 01.01.2009, 31.03.2009, 30.09.2009 und 31.03.2010, die - ab dem Grundlagenbescheid II - (neben den Korrekturbescheiden I - III vom 03.04.2009, 15.10.2009 und 14.04.2010) - in diesem Verfahren mit der am 29.04.2009 erhobenen Klage angefochten wurden. In den der Klägerin erteilten Zuweisungsbescheiden wurden monatliche Anpassungsbeträge nach § 272 SGB V zwischen 7.406.722,50 EUR und 7.631.370,35 EUR ausgewiesen. Der Gesamtbetrag der Zuweisungen nach § 272 SGB V von zunächst 90.577.844,63 EUR wurde mit Korrekturbescheiden angepasst, zuletzt mit Korrekturbescheid III/2009 vom 14.04.2010 auf 91.396.539,63 EUR, was zu einer ergänzenden Zuweisung führte. 8

- Der Berechnung der Konvergenzzahlungen im monatlichen Abschlagsverfahren für 2009 waren die regionalisierten Daten für die Jahre 2006 (Morbiditätsinformationen) bzw. 2007 (demographische Versichertendaten) zu Grunde gelegt worden. Im Herbst 2009 erfolgten Berechnungen für das monatliche Abschlagsverfahren für das Jahr 2010 auf der Grundlage aktualisierter Daten (Morbiditätsdaten 2007, Versichertendaten 2008). Auf der Grundlage dieser Daten ergab sich die Prognose, dass das Ausgleichsvolumen im Jahresausgleich 2009 statt des bisher erwarteten Betrages von rd. 760 Mio. Euro nur 130 Mio. Euro betragen werde, worüber das BVA unter dem 17.11.2009 informierte. Bereits am 07.04.2010 stellte das BVA den "Berechnungsvordruck Forderungen und Verpflichtungen für die KJ1 2009, Stand: 07.04.2010" auf seiner Internetseite zur Verfügung. Dieser ermöglichte eine (aktuelle) Berechnung der Konvergenzzahlungen unter Verwendung der zu diesem Zeitpunkt aktuellen kassenindividuellen Daten aus dem Grundlagenbescheid IV/2009, die für die Klägerin hinsichtlich des Anpassungsbetrags einen Negativbetrag von 90.846.306,84 EUR ergab. Mit Schreiben vom 13.04.2010 wies ferner das Bundesministerium für Gesundheit (G11-18110-2) u.a. darauf hin, dass nach damaligen Erkenntnissen damit zu rechnen sei, dass die nach den Bestimmungen zur Konvergenz zu ermittelnden Belastungen aufgrund der Einführung des Gesundheitsfonds für die in einem Land tätigen Krankenkassen wesentlich geringer ausfallen würden. Die Kassen seien verpflichtet, das vom BVA aufgezeigte Risiko zur Rückzahlung überzahlter Beträge nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung zu berücksichtigen. 9

Durch die am 12.11.2010 in Kraft getretene 22. Verordnung zur Änderung der Risikostrukturausgleichsverordnung (22. RSAVÄndV) wurde § 41 Abs. 4a in die RSAV eingefügt. Dessen Satz 1 sieht für den Fall, dass die Höhe der nach Abs. 3 ermittelten Zuweisungen nach § 33c Abs. 2 die entsprechenden monatlichen Zuweisungen im Jahresausgleich für das Ausgleichsjahr 2009 unterschreitet, vor, dass der an den Gesundheitsfonds zu zahlende entsprechende Unterschiedsbetrag 10

abweichend von § 39 Abs. 3a Satz 3 im Jahr 2011 in 12 gleichen Teilbeträgen fällig wird. Unter dem 16.11.2010 erließ das BVA den Bescheid über

- die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds (Risikostrukturausgleich) im Jahresausgleich 2009 und den Ausgleichsbetrag für Zuweisungen 2009 (= Teil 1), - den Korrekturbetrag im Risikostrukturausgleich bis 2008 (= Teil 2), 11
- den Korrekturbetrag im Risikopool bis 2008 (= Teil 3) und 12
- den Gesamt-Ausgleichsanspruch/die Gesamt-Ausgleichsverpflichtung 2009 (= Teil 4). 13

Der Anpassungsbetrag i.S.d. § 272 SGB V wurde auf 252.925,77 EUR festgestellt, so dass sich insoweit gegenüber den an die Klägerin ausgezahlten Beträgen eine Differenz in Höhe von 91.143.613,86 EUR ergab, die das BVA nunmehr unter Hinweis auf § 41a Abs. 4a RSAV in auf das Jahr 2011 verteilten monatlichen Teilbeträgen zurückforderte. 14

Am 07.12.2010 hat die Klägerin beim erkennenden Gericht die Feststellung, hilfsweise die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage beantragt, soweit die im Jahresausgleichsbescheid ausgesprochene Ausgleichsverpflichtung aus § 272 SGB V in Höhe von 91.143.613,86 EUR angefochten ist. Diesen Antrag hat der erkennende Senat mit Beschluss vom 28.12.2010 - L 16 KR 661/10 ER (NZS 2011,816) abgelehnt. 15

Nach Erteilung des Jahresausgleichsbescheides vom 16.11.2010 hat die Klägerin ihre Klage teilweise für erledigt erklärt und auf die dortige Entscheidung über die Konvergenzzuweisung bzw. die Ausgleichsverpflichtung betreffend die Konvergenzzuweisung (in Höhe vom 91.143.613,86 EUR) beschränkt. 16

Die Klägerin tritt der Rückforderung unter Berufung auf Vertrauensschutz entgegen und hält darüber hinaus die Berechnung der Konvergenzzuweisungen für fehlerhaft, weil die Beklagte gestützt auf § 33b Abs. 2 und 3 RSA lediglich "rechnerische und damit letztlich fiktive" Zuweisungen ermittelt habe; außerdem leide die Berechnung an einem Methodenfehler bezüglich der "Ausgaben Verstorbener". 17

Die Klägerin meint, sie genieße hinsichtlich der ihr zugewiesenen Beträge im Rahmen der Konvergenzregelung des § 272 SGB V Vertrauensschutz. Eine Rückforderung im Rahmen des Jahresausgleichs nach § 41 RSAV würde gegen die Vorschriften des § 45 bzw. § 47 Sozialgesetzbuch 10. Buch (SGB X) verstoßen, sie sei im Übrigen vom Gesetz weder nach § 272 SGB V noch nach §§ 33c, 39, 41 RSAV vorgesehen. § 41 Abs. 4 Satz 3 RSAV biete keine Rechtsgrundlage für die streitige Rückforderung, da der Anpassungsbetrag nach § 272 SGB V von dieser Vorschrift nicht erfasst sei. Der Jahresausgleich des Risiko- strukturausgleichs sehe hinsichtlich der Konvergenz nur Erhöhungen der Zuweisungen vor (§ 41 Abs. 1 Nr. 3 RSAV). Eine Rücknahme oder ein Widerruf und Rückforderungen entsprächen nicht dem gesetzgeberischen Willen. Die Voraussetzungen für eine Zurücknahme bzw. einen Widerruf nach §§ 45 bzw. 47 SGB X seien nicht erfüllt, sie habe hinsichtlich der Zuweisungen nach § 272 SGB V beziehungsweise § 33c Abs. 2 RSAV Vertrauen auf den Bestand dieser Zahlungen entwickeln dürfen. Dem stehe auch nicht die Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 24.01.2003 - B 12 KR 190/01 R entgegen. Diese Entscheidung sei zum Vertrauensschutz beim Risikostrukturausgleich a.F. ergangenen, der lediglich 15 bis 18% an der Finanzdeckung der Krankenkassen ausgemacht habe. Bei den Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds gehe es aber um die nahezu gesamte Haushaltsplanung, 18

bereits aus diesem Grunde sei das Vertrauen auf die Zuweisungen im Risikostrukturausgleich ab 01.01.2009 höher zu bewerten als bisher. Eine Rückzahlungsverpflichtung der Konvergenzzuweisungen stehe aber unabhängig davon auch im Widerspruch zu den gesetzgeberischen Vorgaben, denn sie konterkariere die Zielrichtung des § 272 SGB V und missachte die Vertragswirklichkeit. Konvergenzzuweisungen nach § 272 SGB V seien von den von einer Krankenkasse gegebenenfalls zu zahlenden Unterschiedsbeträgen nach § 41 Abs. 4 Satz 3 RSAV ausgenommen. Der Gesetzgeber habe keine Rückzahlung einmal erhaltener Beträge nach § 272 SGB V (anders als der übrigen Zuweisungen) im Rahmen des Jahresausgleich gewollt. Eine Rückzahlung der Konvergenzzuweisungen bereits zum Jahresausgleich des ersten Jahres nach der Einführung des Gesundheitsfonds würde zu einer völligen Aushöhlung der Vorschrift führen. Die Vorschrift des § 272 SGB V wäre damit sinnlos. Dass die Konvergenzregelung nach den Vorstellungen des Gesetzgebers anderen Regularien unterworfen sein solle als den sonst üblichen hinsichtlich der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds, bei denen es unbestritten auch Rückzahlungssituationen geben könne, werde bereits daraus deutlich, dass die Konvergenzzuweisungen des § 272 SGB V nicht aus dem Gesundheitsfonds selbst aufgebracht würden, sondern aus der Liquiditätsreserve beim BVA. Die Neuberechnung des Konvergenzvolumens durch die Beklagte sei mit dem Wortlaut des § 272 SGB V nicht vereinbar, dieser gebe eine vollständige Neuberechnung nicht her. Die Beklagte habe nicht beachtet, dass § 272 SGB V zwischen Zuweisungen (Abs. 1) und Zuweisungen im Jahresausgleich (Abs. 2) unterscheide. Es handele sich um zwei Regelungen. Der durch die 22. RSAVÄndV eingefügte § 41 Abs. 4a RSAV sei weder mit den gesetzlichen Vorgaben des § 272 SGB V noch des § 33c Abs.2 RSAV noch des § 41 Abs. 1 bis 4 RSAV vereinbar. Es fehle eine gesetzliche Ermächtigung, zudem liege ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot vor.

Die Berechnung der Konvergenzzuweisungen nach § 272 SGB V sei von der 19
Beklagten nicht korrekt durchgeführt worden; es müsse daher eine Neuberechnung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erfolgen. Die von § 272 SGB V beabsichtigte Vermeidung übermäßiger Belastungswirkungen könne nur erreicht werden, wenn bei der Berechnung der Zuweisungen der in einem Bundesland tätigen Krankenkassen "tatsächliche", respektive reale Zahlungen ermittelt würden. Die Beklagte habe dagegen lediglich "rechnerische und damit letztlich fiktive" Zuweisungen ermittelt, auch wenn sie sich dabei auf § 33b Abs. 2 und 3 RSAV berufe. Richtigerweise hätten die Zuweisungen nach § 272 SGB V unter Heranziehung der Morbiditätsinformationen der jeweiligen Versicherten in jedem Bundesland ermittelt werden müssen. Diese Berechnung wäre zwar aufwändiger, aber erbringbar. Die risikoadjustierte Grundpauschale für die Versicherten in Bayern sei niedrig und demzufolge auch die tatsächlichen Zuweisungen. Da sich die Berechnung der Beklagten hinsichtlich der Konvergenzzuweisungen aber beschränke auf die Heranziehung der risikoadjustierten Grundpauschale jeder Krankenkasse und damit unabhängig vom jeweiligen Bundesland, respektive Wohnort der Versicherten, flössen in die Berechnung für Bayern die eher überdurchschnittliche Morbidität und damit höheren risikoadjustierten Grundpauschalen anderer Bundesländer ein. Folge sei, dass die "(nur) rechnerisch" vom BVA ab 2009 für Bayern ermittelten Zuweisungen höher lägen, als die tatsächlichen Zuweisungen, die für Versicherte im Bundesland Bayern zur Verfügung standen. Die Differenz zwischen fortgeschriebenen Einnahmen und Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds werde bei dieser Berechnungsweise zu niedrig ausgewiesen und produziere ein mit § 272 SGB V unvereinbares Ergebnis. Auch soweit diese Berechnung auf § 33b RSAV gestützt werde, ändere dies nichts

an der Rechtswidrigkeit der Berechnungswirkung und Zuweisungen, da seinerseits § 33b gegen § 272 SGB V verstoße. Der Begriff der "in einem Land tätigen Krankenkassen" ignoriere die Umverteilung innerhalb (überregionaler) Krankenkassen. Kasseninterne Geldtransfers überregional tätiger Krankenkassen dürften bei der Umsetzung der Konvergenz keine Rolle spielen. Insoweit könne auch auf die Ausführungen des Präsidenten des BVA aus November 2010 verwiesen werden. Das Vorgehen der Beklagten führe dazu, dass die in weiten Teilen Bayerns bestehende Unterdeckung durch die Konvergenzvorschrift des § 272 SGB V nicht abgedeckt werde.

Auf die Höhe der hier allein streitigen Kompetenzzuweisungen nach § 272 SGB V wirke sich schließlich ein Methodenfehler bei der Berechnung der allgemeinen Zuweisungen aus. 20

Trotz "offensichtlicher Fehlerhaftigkeit und im Widerspruch zu eigenen Feststellungen" halte das BVA weiterhin an der Nichtannualisierung der "Ausgaben Verstorbener" in den Festlegungen der Morbiditätsgruppen, des Zuordnungsalgorithmus, des Regressions- sowie des Berechnungsverfahrens des BVA gemäß § 31 Abs. 4 RSAV vom 03.07.2008 für das Ausgleichsjahr 2009 fest. Diese Festlegungen hätten insoweit keine korrekte normkonkretisierende Wirkung als Verwaltungsvorschrift, weil sie durch die Erkenntnisfortschritte in der Wissenschaft überholt seien und darüber hinaus von Anfang an nicht dem Erkenntnisstand der Wissenschaft entsprochen hätten. Dadurch, dass die Ausgaben Verstorbener nicht annualisiert würden, würden diese Kosten künstlich abgewertet und unvollständig berücksichtigt. Es komme insoweit zu einer Unterdeckung, während es bei jungen Altersgruppen zu einer Überdeckung komme. Durch dieses fehlerhafte Verfahren werde sie benachteiligt. Es handele sich um einen Verstoß gegen das Willkürverbot, denn ein sachlicher Grund für die Nichtannualisierung bestehe nicht. Die Beklagte habe seit langem Kenntnis davon, dass die Festlegungen nach § 31 Abs. 4 RSAV hinsichtlich des Methodenfehlers nicht haltbar seien. Die Erkenntnis, dass das Berechnungsverfahren für während des Ausgleichsjahres Verstorbene einer Änderung bedürfe, habe sich bereits während des laufenden Ausgleichsjahres 2009 durchgesetzt. Die Klägerin verweist dazu besonders auf den Beschluss des Wissenschaftlichen Beirats vom 16.09.2009. Der Wissenschaftliche Beirat habe sich bereits damals auf wissenschaftliche Erkenntnisse aus dem Jahre 2000 bezogen (van den Ven & Ellis), also 9 Jahre vor Einführung des Morbi-RSA. Die Notwendigkeit der vollständigen Annualisierung unvollständiger Versichertenepisoden sei schon damals nachgewiesen worden. Der nicht hinnehmbare Methodenfehler werde auch ausführlich und zutreffend im "Evaluationsbericht zum Jahresausgleich 2009 im Risikostrukturausgleich" - Endfassung 22.06.2011 - beschrieben. Ihre Einschätzung sei vom Wissenschaftlichen Beirat in dessen Sitzung am 24.06.2012 bestätigt worden. Die Umsetzung der Empfehlungen des Wissenschaftlichen Beirats halte das BVA im "Entwurf der Festlegungen für das Ausgleichsjahr 2013" selbst für geboten. Die gebotene und ohne weiteres mögliche Beseitigung des Methodenfehlers sei jedoch ab 2009 und weiterhin unterblieben, obwohl § 266 Abs. 6 Satz 6 SGB V ausdrücklich bestimme, dass bei der Feststellung sachlicher Fehler in den Berechnungsgrundlagen das BVA diese bei der nächstmöglichen Gelegenheit zu berücksichtigen habe. 21

Der Methodenfehler schlage durch auf die Höhe der hier streitigen Konvergenzzuweisungen nach § 272 SGB V des Jahres 2009 und zwar nicht gegenläufig im Sinne einer Erhöhung der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds, was den Differenzbetrag zu den fortgeschrieben Einnahmen reduzieren würde, sondern er führe zu einer Reduzierung der Zuweisungen für die im Bundesland 22

Bayern wohnenden Versicherten, denn bei der Gegenüberstellung nach § 272 SGB V sei nicht auf die einzelne Kasse abzustellen, sondern auf eine "virtuelle" GKV-Bayern. Bei einer Behebung des Methodenfehlers würde sich die Höhe der Zuweisungen für die virtuelle "Bayernkasse", auf die abzustellen sei, verringern. Damit würde sich aber der Differenzbetrag zu den fortgeschriebenen Einnahmen erhöhen und die Zuweisungen nach § 272 SGB V erhöhen.

- Die Klägerin beantragt, 23
- den Bescheid vom 16.11.2010 insoweit aufzuheben, als die Anpassungsbeträge aus der Konvergenzregelung gemäß § 272 SGB V reduziert werden und die Beklagte zu verpflichten, über die Zuweisungen aus der Konvergenzregelung gemäß § 272 SGB V im Jahresausgleich für das Jahr 2009 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. 24
- Die Beklagte beantragt, 25
- die Klage abzuweisen. 26
- Sie hält den angefochtenen Bescheid, namentlich die darin vorgenommene Umsetzung der Konvergenzregelung für rechtmäßig. 27
- § 33b RSAV widerspreche nicht den gesetzlichen Vorgaben des § 272 SGB V. Dies ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass nach § 272 Abs. 4 Satz 1 SGB V in der Rechtsverordnung nach § 266 Abs. 7 SGB V u.a. auch das Nähere zur Bestimmung der Zuweisungen zu regeln sei. Wenn, wie von der Klägerin behauptet, mit Zuweisungen im Sinne des § 272 Abs. 1 SGB V tatsächliche Zuweisungen gemeint gewesen seien, hätte sich die Verordnungsermächtigung erübrigt. 28
- Der in § 33b RSAV vorgegebenen Berechnung der Zuweisung liege vor allem die Sachlogik zugrunde, dass die Finanzausstattung, die in einem Bundesland für die Versorgung zur Verfügung stehe, sowohl nach den Finanzierungsregelungen vor dem Jahre 2009 als auch nach Einführung des Gesundheitsfonds nicht nur vom RSA abhängig sei, sondern auch von kasseninternen Transfers bundesweit tätiger Krankenkassen. Die fortgeschriebenen Einnahmen nach § 33a RSAV enthielten die Auswirkungen kasseninterner Transfers auf die Finanzausstattung in den Bundesländern, indem in den einzelnen Bundesländern die tatsächlichen Beitragssätze auch der überregional tätigen Krankenkassen bei der Ermittlung des durchschnittlichen Beitragssatzes im Bundesland angesetzt würden. Der Beitragssatz einer überregional tätigen Krankenkasse sei eine Mischkalkulation aus Regionen mit hohem und Regionen mit niedrigem Ausgabenniveau bzw. von Regionen mit unterschiedlicher Grundlohnhöhe. Wenn die Auswirkungen der kasseninternen Transfers überregional tätiger Krankenkassen auch bei der Vergleichsgröße der den Bundesländern zugerechneten Zuweisungen nach § 33b RSAV berücksichtigt werde, sei es folgerichtig, wenn - wie das der Ordnungsgeber vorgesehen habe - die Zuweisungen den Krankenkassen insgesamt zugerechnet würden und von dort nach dem Wohnsitz auf die Bundesländer verteilt würden. Damit werde der Tatsache Rechnung getragen, dass eine Krankenkasse keinesfalls zweckgebundene Zuweisungen für Bundesländer erhalte, sondern die Zuweisungen als allgemeine Haushaltsmittel der Krankenkassen zur Deckung ihrer Gesamtausgaben gelten. Erst die damit erfolgte pauschale Berücksichtigung kasseninterner Transfers mache die Zuweisungen nach § 33b RSAV mit den fortgeschriebenen Ausgaben nach § 33a RSAV vergleichbar. Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds würden auf der Ebene der Krankenkassen und nicht auf Länderebene verteilt. Es sei eine methodische Frage, 29

in welcher Weise die Zuweisungen an die Krankenkassen im Rahmen der Konvergenzregelungen auf die Bundesländer verteilt würden. Der Gesetzgeber habe daher in § 272 Abs. 4 Satz 1 SGB V die detaillierte Regelung "des Näheren" dem Verordnungsgeber übertragen. Die Unterscheidung der Klägerin "zwischen tatsächlichen" und "rechnerisch ermittelten oder fiktiven" Zuweisungen sei nicht zielführend, denn auch nach dem Konzept der Klägerin würden Zuweisungen errechnet, allerdings ohne Berücksichtigung der kasseninternen Transfers bundesweit tätiger Krankenkassen. Die länderübergreifenden Transfers innerhalb überregionaler Krankenkassen spielten nicht nur eine geringe Rolle. Dies zeige schon der Umstand, dass die Länder Bayern und Baden-Württemberg darauf bestanden hätten, dass in dem nach § 272 Abs. 4 Satz 3 SGB V einzuholenden Gutachten die Transfers zwischen den einzelnen Ländern quantifiziert würden. Entsprechend sei der Gutachterauftrag erweitert worden und die beauftragten Gutachter Wasem, Buchner und Wille hätten in dem Sondergutachten "Länderübergreifende Transfers durch die überregionale Beitragskalkulation bundesweit tätiger Krankenkassen" vom 03.06.2008 entsprechende Untersuchungen angestellt. Die Ergebnisse der Sonderauswertung zeigten, dass es sich bei den kasseninternen Transfers nicht um eine zu vernachlässigende Größe handle. Allein für Baden-Württemberg hätten die Gutachter im Jahre 2006 die Mittelabflüsse in andere Bundesländer auf etwa 337 Millionen Euro eingeschätzt, während für Bayern ein Mittelzufluss in Höhe von rund 370 Millionen Euro genannt werde. Wenn auf der Einnahmeseite die überregionalen Transfers bundesweit tätiger Krankenkassen pauschal berücksichtigt würden, könne die Berechnung der länderspezifischen Zuweisungen sinnvoller Weise nur analog erfolgen. Somit müsse die Ermittlung der Zuweisungen der in einem Bundesland tätigen Krankenkassen zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit beider Größen die interregionalen Transfers pauschal berücksichtigen. § 33b RSAV folge dieser Sachlogik und sei daher nicht beanstanden.

Auch der Argumentation der Klägerin, der Verordnungsgeber habe mit der Einführung insbesondere des § 33b RSAV nicht das umgesetzt, was er in der Ermächtigungsnorm des § 272 SGB V an Vorgabe festgelegt habe, sei nicht zu folgen. Dagegen spreche schon, dass die Neufassung des § 272 SGB V und die Einführung der §§ 33 ff. RSAV im Rahmen des GKV-OrgWG in einem Akt und auf der Grundlage der zuvor eingeholten wissenschaftlichen Expertise erfolgt seien. 30

Zu dem Vorwurf der Rechtswidrigkeit bzw. der Willkürlichkeit der Festlegungen führt die Beklagte aus: Der Vorwurf, es fehle ein sachlicher Grund für die vorgenommene Differenzierung beim Umgang mit unvollständigen Versichertenepisoden sei haltlos. So sei den von allen Anhörungspartnern mitgetragenen ersten Festlegungen für das Ausgleichsjahr 2009 insbesondere auch hinsichtlich der Berücksichtigung unvollständiger Versichertenepisoden eine intensive fachliche Auseinandersetzung mit den in Betracht kommenden Umsetzungsmöglichkeiten vorausgegangen. Das BVA habe seinen Entwurf zur Festlegung veröffentlicht und die Spitzenverbände der am RSA beteiligten Krankenkassen um Stellungnahme gebeten. Alle damaligen Spitzenverbände hätten ihre Stellungnahme übermittelt, wobei von keinem Anhörungspartner - auch nicht dem AOK-Bundesverband- die vom BVA vorgeschlagene Verfahrensweise in Frage gestellt worden sei. Wie in der Erläuterung zu den Festlegungen ausgeführt, seien die Ausgaben Verstorbener nicht annualisiert worden, da es ansonsten zu einer Überschätzung der von ihm verursachten Ausgaben käme. Vor dem Hintergrund der sich dem BVA zum Zeitpunkt der Festlegungen darstellenden Faktenlage seien die getroffenen Regelungen nicht zu beanstanden; sie seien insbesondere nicht "durch Erkenntnisfortschritt in Wissenschaft und Technik überholt". 31

Im Vorfeld der Festlegungen für die Ausgleichsjahre ab 2010 habe sich eine breit gefächerte fachliche Diskussion zur Berücksichtigung unvollständiger Versichertenepisoden entwickelt, in deren Zuge sich die Anhängspartner des BVA jedoch stets äußerst kontrovers positioniert hätten. Änderungsvorschläge seien vom BVA geprüft worden, Anpassungen jedoch zunächst zurück gestellt worden. Auch in den Folgejahren sei die grundsätzliche Einschätzung in den kontroversen Stellungnahmen unverändert geblieben. Insbesondere sei eine Positionierung des GKV-Spitzenverbandes ausgeblieben. Der wissenschaftliche Beirat habe in seinem Ende 2011 veröffentlichten Evaluationsbericht zum Jahresausgleich 2009 die bis dahin praktizierte Berücksichtigung unvollständiger Versichertenepisoden umfassend untersucht und - erstmalig wissenschaftlich unabhängig - empirisch belegt, dass es bei alten Versicherten und Versicherten mit schweren Krankheiten zu Unterdeckungen komme. Der anschließend vom BVA unterbreitete Änderungsvorschlag habe wieder zu äußerst kontroversen Stellungnahmen im Anhörungsverfahren geführt. Die Kontroverse habe die Frage betroffen, ob eine Änderung zum gegenwärtigen Zeitpunkt oder im Paket mit anderen Fragestellungen durchzuführen sei. Insbesondere der GKV-Spitzenverband habe sich vor dem Hintergrund dieser kontroversen Stellungnahmen erneut nicht eindeutig positioniert und darüber hinaus gravierende Bedenken hinsichtlich der rechtlichen Gebotenheit einer Änderung geltend gemacht. Im Zeitpunkt der hier streitgegenständlichen Festlegungen sei mithin bereits kein mit der heutigen Faktenlage vergleichbarer wissenschaftlicher Erkenntnisstand gegeben gewesen. 32

Auf Vertrauensschutz könne sich die Klägerin nicht berufen. Die Vorschriften der §§ 45, 47 SGB X würden von § 41 Abs. 4 S. 2-5 in Verbindung mit § 39 Abs. 3a Satz 3 - 6 RSAV aus Gründen der sachlichen Spezialität verdrängt. Diese stellten entgegen der Auffassung der Klägerin auch eine ausreichende Rechtsgrundlage für eine Rückforderung dar. Die Konvergenzregelung führe bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zwar ausschließlich zu Zuweisungserhöhungen und nicht zu Zuweisungskürzungen (§ 33c RSAV); ob die Neuberechnung dieser Zuweisungserhöhungen im Rahmen des Jahresausgleichs jedoch einen positiven oder negativen Wert ergebe, sei in § 41 RSAV - der Systematik des Jahresausgleichs folgend - nicht geregelt. Wegen der weiterhin zweistufigen Systematik auch des neuen RSA-Verfahrens aus monatlichen Abschlagszahlungen und einem Jahresausgleich sei die Berufung auf Vertrauensschutz hinsichtlich der zugewiesenen Anpassungsbeträge ausgeschlossen. Die Rechtsprechung des BSG zum "alten" RSA sei weiterhin anwendbar. Den Krankenkassen sei insbesondere bekannt gewesen, dass es sich bei den Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds um Abschlagszahlungen handele, die einem Schlussausgleich unterworfen seien, bei dem es zur Nachzahlung oder Erstattung kommen könne. Im ersten Jahr der Umsetzung der Konvergenzregelung seien zuverlässige, zielgenaue Schätzungen der voraussichtlichen Konvergenzbeträge nicht möglich gewesen; Abweichungen zwischen den vorläufig ermittelten und den endgültig festgestellten Konvergenzbeträgen für das Jahr 2009 ergäben sich daher zwangsläufig. 33

Die Ansicht der Klägerin, es handele sich bei § 272 Abs. 1 und § 272 Abs. 2 SGB V um zwei unterschiedliche Bestimmungen, die jeweils einen eigenen Anspruch definierten, sei abwegig. Beide Absätze des § 272 SGB V bedingten einander und regelten gemeinsam den (etwaigen) Anspruch und die Ermittlung der Höhe des Anpassungsbetrages nach § 272 SGB V. 34

Mit dem "Bescheid über die Korrektur der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds (Risikostrukturausgleich) im Jahresausgleich 2009 " vom 16.11.2011 hat die Beklagte den Anpassungsbetrag nach § 272 SGB V auf 275.703,57 EUR korrigiert. Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass der genannte Bescheid, auch wenn er 35

aus EDV-technischen Gründen selbständig erteilt worden sei, zu dem Jahresausgleich für 2010 gehört und damit zu dem Verfahren L 16 KR 249/09 KL.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Streitakten, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, Bezug genommen. 36

Entscheidungsgründe: 37

I. 1. Gegenstand des Verfahrens ist allein der Jahresausgleichsbescheid für das Kalenderjahr 2009 vom 16.11.2010. Der Bescheid vom 16.11.2011, mit dem die Beklagte im Zusammenhang mit dem Jahresausgleich 2010 die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfond für 2009 korrigiert und auch den Anpassungsbetrag nach § 272 SGB V neu festgesetzt hat, ist nicht nach § 96 Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des Verfahrens geworden. Diese Korrektur stützt sich auf § 266 Abs. 6 Satz 6 SGB V. Nach dieser Vorschrift werden Fehler, die nach Abschluss der Ermittlungen der Werte für die Höhe der in dem betreffenden Kalenderjahr zustehenden Zuweisungen festgestellt werden, bei der nächsten Ermittlung berücksichtigt. Diese Regelung galt auch schon für den "Alt-RSA". Insoweit hat das BSG entschieden, dass ein Bescheid über einen Jahresausgleich, der eine Korrektur für Vorjahre enthalte, nicht gemäß § 96 SGG Gegenstand von Verfahren zu früheren Jahresausgleichen werde. Über die Rechtmäßigkeit eines solchen Bescheides sei deshalb unabhängig von Verfahren zu Ausgleichsbescheiden für frühere Jahre zu befinden (BSG, Urteil vom 24.01.2003 - B 12 KR 19/01 R, juris Rz. 14). Zwar hat hier die Beklagte einen eigenständigen, zudem noch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Korrekturbedscheid erlassen und nicht die Korrektur für das Vorjahr wie üblich in dem das Ausgleichsjahr 2010 betreffenden Jahresausgleichsbescheid vorgenommen. Dieser Erlass eines eigenständigen Korrekturbedscheids war aber nach dem Vortrag der Beklagten allein technischen Gründen (eine kurzfristige Änderung der RSAV konnte EDV-technisch nicht mehr bis zum Erlass des Jahresausgleichsbescheids umgesetzt werden) geschuldet; die Beklagte hat insoweit eingeräumt, aufgrund der entstandenen Irritationen sei dieses Vorgehen als nicht optimal zu bezeichnen. In dem Korrekturbedscheid wird aber ausdrücklich im Teil III darauf hingewiesen, der Korrekturbetrag sei Teil des Gesamtausgleichsanspruchs bzw. der Gesamtausgleichsverpflichtung 2010 gemäß Teil 4 des Bescheides über die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfond im Jahresausgleich 2010 vom 16.11.2011 und werde dort fällig gestellt. Zugleich wird in dem Jahresausgleichsbescheid vom 16.11.2011 in Teil 4 "Gesamtausgleichsanspruch/Gesamt-Ausgleichsverpflichtung 2010" der Korrekturbetrag für Zuweisungen 2009 als Saldoposten genannt. In dem Hinweis zu Teil 4 wird ausgeführt, der Korrekturbetrag vom 16.11.2011 werde "aufgrund der verfahrensbezogenen Verbindungen mit dem Jahresausgleich 2010 bzw. dem Regelungsverbund" als Teil des Gesamt-Ausgleichsanspruchs bzw. der Gesamt-Ausgleichsverpflichtung geltend gemacht. Die Beklagte ist also ersichtlich von der genannten Rechtsprechung des BSG ausgegangen und hat die inhaltliche Verbindung beider Bescheide auch deutlich benannt. Trotz "formaler Trennung" bilden beide Bescheide eine inhaltliche Einheit. Aufgrund des gleichzeitigen Erlasses von Korrekturbedscheid und Jahresausgleich war für die - sachkundigen - Bescheidempfänger aufgrund der Hinweise deutlich, dass mit dem Korrekturbedscheid nicht der angefochtene Jahresausgleichsbescheid 2009 geändert, sondern lediglich entsprechend § 266 Abs. 6 Satz 6 SGB V nachträglich festgestellte Fehler der Feststellung für 2009 im Jahresausgleich 2010 berichtigt werden sollten. Die Beteiligten sind daher zutreffend davon ausgegangen, dass der 38

Korrekturbescheid vom 16.11.2011 Gegenstand des den Jahresausgleich 2010 betreffenden Verfahrens L 16 KR 249/09 KL ist.

2. Die Klage ist zulässig. 39

Sie bedurfte gemäß § 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGG keines Vorverfahrens und ist bei dem nach § 29 Abs. 3. Nr. 1 SGG funktionell zuständigen Gericht erhoben worden. Die Klägerin durfte ihre mit dem Aufhebungsantrag verbundene und letztlich auf höhere Konvergenzzuweisungen zielende Verpflichtungsklage (vgl. BSG, Urteil v. 24.03.2003 - B 12 KR 18/02, juris Rz 24 (unter Verweis auf § 54 Abs. 4 SGG)) auf die Verpflichtung zur Neubescheidung beschränken. Mit dem angefochtenen Verwaltungsakt hat das BVA zwar eine gebundene Entscheidung getroffen, denn weder die Höhe der Konvergenzzuweisung noch die Rückforderung überzahlter Abschlüsse steht im Ermessen der Beklagten, der Klägerin ist jedoch eine Konkretisierung der von ihr beanspruchten Zuweisungshöhe gegenwärtig nicht möglich, weil die Auswirkungen des von ihr angenommenen Verstoßes des § 33b RSAV gegen § 272 SGB V und des behaupteten Methodenfehlers von ihr nicht zu beziffern sind. 40

II. 1. Der Bescheid vom 16.11.2010 ist nicht wegen formeller Mängel rechtswidrig. 41

a) Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 28.12.2010 (L 16 KR 661/10 ER, juris Rn. 55) im Anschluss an die Rechtsprechung des BSG zum Alt-RSA ausgeführt hat, finden die Vorschriften des SGB X über das Verwaltungsverfahren, insbesondere die §§ 20, 24, 35 SGB X im Zusammenhang mit dem Risikostrukturausgleich keine Anwendung, weil die §§ 266, 277, 268 SGB V bzw. die RSAV insoweit eigenständige Regelungen treffen. Das BSG hat in den Urteilen vom 24.01.2003 zum Alt-RSA (u.a. SozR 4-2500 § 266 Nr. 1 Rn. 33 ff) dargelegt, dass der Gesetzgeber zum RSA im SGB V bzw. der RSAV eigenständige Regelungen zur Durchführung des Ausgleichsverfahrens getroffen hat und insbesondere die Erhebung und Überprüfung der Daten in einem gestuften Verfahren geregelt hat. Diese gehen nach § 37 Satz 1 SGB I den Vorschriften des SGB X vor. Diese Rechtslage ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht überholt (ebenso A. Becker in: jurisPK-SGB V, 2. Aufl., § 266 Rn. 63; Schmehl in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 39 Rn. 88). Innerhalb der für den RSA geltenden spezifischen Verfahrensregelungen besteht für das BVA nur insoweit eine Überprüfungspflicht hinsichtlich der von den Kassen gemeldeten Daten, als dies ausdrücklich bestimmt ist. Eine solche Bestimmung findet sich in § 273 SGB V, der aber keine umfassende Prüfungspflicht des BVA statuiert. Die Vorschrift ist als Reaktion auf Aktivitäten der Krankenkassen eingeführt worden, im Hinblick auf den morbiditätsorientierten RSA Ärzte in ihrem Kodierverhalten zu beeinflussen (vgl. Göppfarth/Sichert, in: Becker/Kingreen, SGB V, 2. Aufl., § 273 Rn. 1). Sie wurde zusammen mit dem Satz 2 des § 268 Abs. 3 SGB V durch das Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 17.07.2009 (BGBl. I, 1990) m.W. v. 23.07.2009 eingefügt. Schon der Wortlaut des § 273 Abs. 1 Satz 1 SGB V zeigt, dass das BVA die Datenmeldungen der Kassen nicht generell, sondern nur hinsichtlich bestimmter Einzelheiten, nämlich der Vorgaben des § 268 Abs. 3 Sätze 1, 2, 14 SGB V, insbesondere hinsichtlich der Zulässigkeit der Meldung von Diagnosedaten und Arzneimittelkennzeichen zu prüfen hat. § 268 Abs. 3 Satz 2 SGB V schreibt vor, dass für die Durchführung des morbiditätsorientierten RSA der Meldung der versichertenbezogenen Diagnose- und Verwaltungsdaten nur die von den Leistungserbringern im Rahmen der Durchführung der Versorgung nach §§ 294 bis 303 SGB V erhobenen Daten zugrunde gelegt werden dürfen; Nacherhebungen und Korrekturen gezielt für Zwecke des RSA sind demnach unzulässig (Göppfarth/Sichert, a.a.O.). Diese Beschränkung der Prüfungspflicht des 42

BVA wird auch in der Gesetzesbegründung deutlich gemacht. Zur gleichzeitig vorgenommenen Änderung des § 268 Abs. 3 SGB V ist ausgeführt worden, durch die Neuregelung werde klargestellt, dass die Diagnosedaten und Arzneimittelkennzeichen für die Durchführung des RSA nur genutzt werden dürften, wenn sie unter Einhaltung der Datenübermittlung nach den §§ 294 bis 303 erhoben würden. Außerhalb dieser Abrechnungswege erhobene Verwaltungs- und Diagnosedaten dürften nicht genutzt oder verarbeitet werden (BT-Drucks. 16/13428, 94). In der Begründung zur Neuregelung des § 273 SGB V wird auf die Vorgaben des § 268 Abs. 3 SGB V Bezug genommen und dazu ausgeführt, dem BVA werde die Befugnis eingeräumt, zu überprüfen, ob "diese rechtlichen Vorgaben" eingehalten worden seien, um eine einheitliche Verwendung der Daten für den RSA sicherzustellen und Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern. Bisher habe das BVA keine Möglichkeit festzustellen, ob die von den Krankenkassen gemeldeten Daten unter Missachtung der Vorgaben des § 268 Abs. 3 erhoben worden seien (a.a.O., S. 94 f.). Sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die Gesetzesbegründung zeigen, dass § 273 SGB V dem BVA nur im Gesetz umschriebene und begrenzte eigene Prüfungsbefugnisse einräumt (vgl. auch Peters in: Kasseler Kommentar, SGB V, § 273 Rn. 4), die sich nur auf die Diagnose- und Verwaltungsdaten zur Durchführung des unmittelbar morbiditätsorientierten RSA erstrecken. Die für die Durchführung des § 272 SGB V nach § 34 RSAV zu erhebenden "länderbezogenen" Daten zählen jedoch nicht zu den in § 273 Abs. 1 SGB V genannten Daten, so dass für sie die diesbezügliche Prüfungsbefugnis des BVA nicht gilt. Im Gegenschluss ergibt sich vielmehr aus § 273 SGB V, dass für diese Daten gerade keine Amtsermittlungspflicht des BVA besteht.

b) Der Bescheid ist ausreichend begründet. Er enthält die im Sinne des § 35 Abs. 1 SGB X für seinen Erlass entscheidungserheblichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, denn die Klägerin kann grundsätzlich mit den im Bescheid einschließlich seiner Anlagen gemachten Angaben rechnerisch auf der Grundlage ihrer Daten die Feststellung der Konvergenzzuweisungen und der Rückzahlungsverpflichtungen nachvollziehen. Das BSG hat zum Alt-RSA zutreffend darauf hingewiesen, die Krankenkassen seien sowohl über die Rechtsgrundlage des RSA als auch über die für seine Durchführung maßgeblichen Tatsachen ausreichend informiert. Eine kassenindividuelle Begründung sei nicht zu fordern, denn die Kassen wüssten auch ohne solche Ausführungen in den Bescheiden, weshalb diese eine bestimmte Regelung enthielten. Eine individuelle Begründung kompliziere und verzögere nur das Verfahren, ohne zu einer Verbesserung der Rechtsstellung der Kassen zu führen (BSG SozR 4-2500 § 266 Nr. 1 Rz. 39 ff). In dem genannten Urteil hat das BSG einem entsprechenden Einwand der dort klagenden Kasse entgegengehalten, zwar könne nicht jede Kasse zur Überprüfung der ihr gegenüber ergangenen Bescheide die Vorlage und die Nachprüfung der konkreten Daten aller oder beliebiger anderer Krankenkasse verlangen. Insoweit befänden sich die Krankenkassen jedoch nicht in einer anderen Lage als ihre Mitglieder, die im Prozess gegen einen Beitragsbescheid ebenfalls nicht erreichen könnten, die Vorgänge über alle anderen Mitglieder einzusehen und zu prüfen, ob die Kasse die Beiträge vollständig erhoben und nur die zulässigen Leistungen erbracht und auch nur die erbrachten Leistungen bezahlt hätten (a.a.O. Rz. 105). Dem ist nichts hinzuzufügen.

2. Der angefochtene Bescheid ist auch hinsichtlich der Ermittlung der Konvergenzzuweisungen inhaltlich nicht zu beanstanden. 44

a) Die Beklagte hat die Konvergenzzuweisungen nach § 33 c RSAV unter Einhaltung der Vorgaben der §§ 33 a, 33 b RSAV festgestellt, also einerseits die fortgeschriebenen Einnahmen der in Bayern tätigen Krankenkassen nach § 33 a 45

RSAV und andererseits die auf die Versicherten mit Wohnsitz in Bayern entfallenden Zuweisungen nach § 33 b RSAV ermittelt. Durch Gegenüberstellung beider Werte hat sie die im Jahr 2009 bestehende Belastung (§ 33 c Abs. 1 Satz 3 RSAV) festgestellt, die im Ausgleichsjahr 2009 den in diesem Jahr geltenden Schwellenwert von 100 Millionen Euro (§ 33 c Abs. 2 Satz 1 RSAV) überschritten hat, so dass die Klägerin nach § 33 c Abs. 2 Satz 2 RSAV eine Erhöhung der Zuweisungen zur Deckung der standardisierten Leistungsausgaben (§ 266 Abs. 2 Satz 1 SGB V) und für sonstige Ausgaben (§ 270 Abs. 1 Satz 1 SGB V) erhalten hat. Es ist nicht ersichtlich, dass der Beklagten insoweit Fehler unterlaufen sind; auch die Klägerin hat solche nicht geltend gemacht.

b) Die Klägerin hält die Feststellungen der Konvergenzzuweisungen (u.a.) deshalb für rechtswidrig, weil die auf die Versicherten mit Wohnsitz in Bayern entfallenden Zuweisungen fehlerhaft nicht unter Berücksichtigung der Morbiditätsinformationen dieser Versicherten ermittelt worden seien. §§ 33 b Abs. 2 RSAV sieht demgegenüber vor, dass die "Landeszuweisungen" so ermittelt werden, dass je Kasse die Zuweisungen für alle Versicherten nach dem Anteil der Versicherungstage auf die Versicherten in den jeweiligen Bundesländern verteilt werden, so dass die "Landeszuweisungen" sich nicht nach den Morbiditätsinformationen der im jeweiligen Bundesland liegenden Versicherten, sondern nach den Morbiditätsdaten aller Versicherten der jeweiligen Krankenkasse richten. Entgegen der Ansicht der Klägerin widerspricht diese Regelung nicht § 272 SGB V, sondern hält sich im Rahmen der in § 272 Abs. 4 Satz 1 SGB V eingeräumten Ermächtigung. 46

aa) Schon im Ausgangspunkt ist der Argumentation der Klägerin zu widersprechen, § 272 SGB V fordere die Ermittlung "realer Belastungen" die nur unter Berücksichtigung der "tatsächlich" zugeflossenen Zuweisung festgestellt werden könnten. Das von ihr gebildete Gegensatzpaar "tatsächliche" und "rechnerische und damit letztlich fiktive" Zuweisungen ist irreführend. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass die Zuweisungen auf der Kassenebene zufließen und zur Umsetzung der Konvergenzregelung auf die Landesebene verteilt werden müssen, so dass sich insoweit (nur) die methodische Frage des "Wie" stellt. Auch nach dem Konzept der Klägerin müssen Zuweisungen errechnet werden. 47

bb) Insoweit lässt sich § 272 SGB V keine Präferenz für ein bestimmtes methodisches Vorgehen entnehmen. Die Formulierungen "Belastung" in Abs. 1 bzw. "Belastungswirkung" in Abs. 2 sind unbestimmt, ihnen lässt sich nichts dafür entnehmen, der Gesetzgeber habe damit die Berücksichtigung der Zuweisungen auf der Grundlage der "länderspezifischen" Morbiditätsinformationen im Auge gehabt. Die Begriffe lassen offen, was als relevante Belastung angesehen werden soll. Auch die Gesetzesbegründung ist insoweit unergiebig. In der Begründung des GKV-WSG heißt es lediglich, die Verteilungswirkung des Gesundheitsfonds solle in jährlichen Schritten von maximal 100 Millionen Euro angeglichen werden, um unverhältnismäßige Belastungssprünge aufgrund der Einführung des Fonds zu vermeiden (BT-Drucks. 16/3100, 170). Der Gesetzgeber dürfte insoweit auch noch keine klaren Vorstellungen von den "Belastungen" gehabt haben, denn die länderspezifischen Auswirkungen sollten erst in einem Gutachten ermittelt werden (s. § 272 Abs. 4 Satz 3 SGB V). Bei der Neufassung des § 272 SGB V im GKV- OrgWG ist zur Begründung ausgeführt worden, die Regelung ziele darauf ab, Krankenkassen in Ländern mit derzeit überdurchschnittlich hohen Beitragseinnahmen und Ausgaben in der Übergangsphase zusätzliche Mittel über den Gesundheitsfonds zu Verfügung zu stellen. Dadurch solle die Finanzierung der bestehenden Versorgungsstrukturen bei Einführung des Gesundheitsfonds zunächst weitgehend aus den Zuweisungen des Gesundheitsfonds erfolgen können 48

und zugleich eine Anpassung an die neuen Finanzierungsstrukturen ohne Belastungssprünge sichergestellt werden (BT-Drucks. 16/10609, 62). Auch diese Begründung ist nicht im Sinne der Klägerin weiterführend. Die Begründung legt nahe, dass bislang hohe Ausgaben durch hohe Beitragseinnahmen finanziert worden seien. Das trifft aber nicht zu, die Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen, dass ein genereller Zusammenhang zwischen der Höhe der Beitragssätze, der Grundlohnhöhe und dem Versorgungsniveau nicht bestehe. Dies zeige schon der Umstand, dass in dem Gutachten von Wasem/Buchner/Wille zu den länderübergreifenden Transfers unter den Bedingungen der bis zum 31.12.2008 geltenden Finanzierungsregelungen für Baden-Württemberg Abflüsse in Höhe von 337 Millionen Euro, dagegen für Bayern Zuflüsse in Höhe von rund 370 Millionen Euro ermittelt worden seien. Die Versorgungsstrukturen in Bayern sind somit anders als die Gesetzbegründung nahelegt nicht durch die im Land generierten Beitragseinnahmen finanziert worden, während umgekehrt die Versorgungsstrukturen in Baden-Württemberg trotz erheblicher Mittelabflüsse geschaffen werden konnten. Vor allem ist auch die Ausgabenseite für § 272 SGB V ohne Bedeutung, denn § 272 Abs. 1 Satz 2 SGB V schreibt einen länderweisen Vergleich der Einnahmen, die die Krankenkassen bei Fortgeltung der alten Finanzierungsregelungen für die in einem Land wohnhaften Versicherten erzielt hätten mit den Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds vor. Satz 3 bestimmt in diesem Zusammenhang (nur), wie die fortgeschriebenen Beitragseinnahmen grundsätzlich zu berechnen sind.

Das Nähere zur Umsetzung der Absätze 1 und 2 ist dagegen in der RSAV zu regeln 49
(§ 272 Abs. 4 Satz 1 SGB V). Auch diese Vorschrift ist im GKV-OrgWG neu gefasst worden. Während in der ursprünglichen Fassung durch das GKV-WSG die Ermächtigung sich allgemein auf das Nähere zur Umsetzung des Abs. 1 und die Festlegung von Abschlagszahlungen bezog, ist in der jetzigen Fassung der Inhalt der Ermächtigung bestimmter gefasst. Das "Nähere zur Umsetzung" wird durch die beispielhafte Benennung einzelner Parameter konkretisiert, wobei ausdrücklich die Bestimmung der Zuweisungen genannt wird. In der Gesetzesbegründung (a.a.O.) heißt es dazu, in der Rechtsverordnung sei insbesondere festzulegen, "wie die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds im Sinne der Übergangsregelungen zu ermitteln sind". Die Ausführungen wären kaum verständlich, wenn tatsächlich der Gesetzgeber gewollt hätte, dass die Zuweisungen nach dem Modell der Klägerin ermittelt werden sollen. Die Ermächtigung in § 272 Abs. 4 Satz 1 SGB V ist auch nicht im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu unbestimmt, wenn der Gesetzgeber nicht die tatsächlichen Zuweisungen auf der Grundlage der Morbiditätsinformationen der Versicherten im jeweiligen Bundesland gemeint hat.

Das BVerfG hat im Beschluss vom 18.7.2005 (zu § 268 Abs. 2 SGB V) ausgeführt 50
(SozR 4-2500 § 266 Nr. 8 Rn. 233): Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Gesetz bestimmt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Bestimmtheitsgebot in ständiger Rechtsprechung konkretisiert. Danach soll sich das Parlament seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können, dass es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll. Die Ermächtigung muss in ihrem Wortlaut nicht so genau wie irgend möglich gefasst sein; sie hat nur hinreichend bestimmt zu sein. Dazu genügt es, wenn sich die dort geforderte Bestimmtheit durch Auslegung nach den allgemein gültigen Auslegungsmethoden ermitteln lässt. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm

kann herangezogen werden. Welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, ist von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie der Intensität der Maßnahme abhängig. Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm muss vor allem der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen, zu der ermächtigt wird. Greift die Regelung erheblich in die Rechtsstellung des Betroffenen ein, so müssen höhere Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung gestellt werden, als wenn es sich um einen Regelungsbereich handelt, der die Grundrechtsausübung weniger tangiert (vgl. m.w.N. BVerfGE 58, 257 (277 f.); 80, 1 (20 f.)).

Nach diesen Maßstäben ist § 272 Abs. 4 Satz 1 SGB V auch dann hinreichend bestimmt, wenn man annimmt, dass § 272 Abs. 1 SGB V nicht vorgibt, wie die Zuweisungen im Einzelnen zu ermitteln sind. Die Verordnungsermächtigung muss nicht so konkret sein, dass der Verordnungserlass sich in Rechtsanwendung erschöpft. Vielmehr dürfen dem Ordnungsgeber mit der Verwendung allgemeiner und nicht verbindlich definierter Begriffe Gestaltungsspielräume eröffnet werden. Hier lässt sich aus den Vorgaben des § 272 Abs. 1 SGB V entnehmen, welches vom Gesetzgeber gesetzte Programm durch die Rechtsverordnung erreicht werden soll: Die Finanzausstattung der Krankenkassen soll sich bezogen auf die Länderebene durch die Einführung des Gesundheitsfonds um nicht mehr als 100 Millionen Euro "verschlechtern". Dazu ist für jedes Bundesland ein Vergleich des Finanzstatus quo mit dem Finanzstatus quo ante vorzunehmen. Die Grenzen der Ermächtigung ergeben sich schon aus dieser Beschränkung auf einen Vergleich der Einnahmeseite und der Belastungsgrenze von 100 Millionen Euro. Angesichts der Komplexität des RSA sind auch an die Festlegung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Der Gesetzgeber kann zudem davon ausgehen, dass die Krankenkassen aufgrund ihrer grundsätzlich gegebenen Sachkunde eher in der Lage sind, die sich für sie aufgrund der gesetzlichen Vorgaben ergebenden Auswirkungen zu erfassen. Schließlich ist zu berücksichtigenden, dass die Konvergenzregelung keineswegs wesentlich in die Rechtsstellung der Kassen eingreift, da es lediglich um eine Ergänzung der wesentlich bedeutsameren allgemeinen Zuweisungen geht.

51

cc) Die in § 33b RSAV vorgegebene Ermittlung der Zuweisungen ist sachgerecht.

52

§ 33b RSAV beruht auf der Sachlogik, dass die kasseninternen Transfers, die unter den Bedingungen der bis zum 31.12.2008 geltenden Finanzierungsregelungen durch die bundeseinheitliche Festsetzung der Beitragssätze überregional tätiger Krankenkassen bewirkt worden sind, bei der Festsetzung der fortgeschriebenen Beitragseinnahmen pauschal berücksichtigt werden, so dass entsprechend auf der anderen Seite diese Verteilungswirkung auch auf der Zuweisungsseite zu berücksichtigen ist. Der Beitragssatz einer überregional tätigen Krankenkasse stellte sich als Mischkalkulation aus Regionen mit unterschiedlichem Grundlohn- und Ausgabenniveau dar, denn die Krankenkassen haben keine ausgabendeckende Beitragssätze für Bundesländer oder Regionen kalkuliert. Dadurch kam es zu länderübergreifenden Finanztransfers innerhalb der überregional tätigen Krankenkassen. Diese kasseninternen Transfers waren für die Finanzausstattung in den einzelnen Bundesländern von nicht unerheblicher Bedeutung. Dies zeigt das Gutachten von Buchner/Wasem/Wille, das für Bayern Mittelzuflüsse in Höhe von rund 370 Millionen Euro, für Baden-Württemberg dagegen Abflüsse in Höhe von rund 337 Millionen Euro errechnet hat. Da die bis zum 31.12.2008 geltenden Beitragssätze nach § 272 Abs. 1 Satz 3 SGB V Ausgangspunkt für die Ermittlung der fortgeschriebenen Einnahmen sind, werden somit diese kasseninternen Transfers auf der Seite der fortgeschriebenen Einnahmen berücksichtigt. Es ist somit folgerichtig, wenn auf der Seite der Zuweisungen ebenfalls berücksichtigt

53

wird, dass die Zuweisungen auf der Ebene der Krankenkassen zur Verfügung gestellt werden, also auch insoweit kasseninterne überregionale Transfers stattfinden, weil nicht die Leistungsausgaben in einem Bundesland nur durch die Zuweisungen für die Versicherten mit Wohnsitz in diesem Bundesland gedeckt werden.

(1) Die Klägerin stellt zu Unrecht in Abrede, dass § 272 SGB V eine Grundlage für die Berücksichtigung der kasseninternen Transfers biete. Weshalb - wie sie unter Hinweis auf eine (angebliche) Aussage des Präsidenten des BVA vorträgt - der Begriff der in einem Bundesland tätigen Krankenkassen die Umverteilung innerhalb überregional tätiger Krankenkassen ignorieren soll, erschließt sich dem Senat nicht. Im Rahmen des § 272 SGB V werden nicht nur Krankenkassen mit Schwerpunkt im jeweiligen Bundesland, sondern auch die überregional tätigen Krankenkassen berücksichtigt. Wenn es bei der Konvergenzregelung darum geht, mögliche Veränderungen der für das jeweilige Bundesland zur Verfügung stehenden Finanzsumme nur schrittweise eintreten zu lassen, wäre die Ausklammerung der bis zum 31.12.2008 gegebenen Finanztransfers, die - wie dargelegt - für die Finanzausstattung in den einzelnen Bundesländern von nicht unwesentlicher Bedeutung waren, nicht gerechtfertigt. Dass tatsächlich die länderübergreifenden Transfers bei der inhaltlichen Gestaltung der Konvergenzregelung eine wichtige Rolle gespielt haben, zeigt, worauf die Beklagte zu Recht hingewiesen hat, die Beratung im Bundesrat anlässlich des Erlasses der 16. RSA-Änderungsverordnung (BR-Plenarprotokoll zur 840. Sitzung vom 20.12.2007, S. 453 ff.). Mit der Änderung der Verordnung wurde in § 34 Abs. 3 RSAV der Gutachtauftrag aus § 272 Abs. 4 Satz 3 SGB V neu gefasst und konkretisiert. Insoweit forderten die Vertreter der Bundesländer Bayern und Baden-Württemberg eine Erweiterung des Gutachtauftrags dahingehend, das u.a. auch die Finanzströme innerhalb der überregionalen Krankenkassen aufgezeigt werden sollten. Der Vertreter der Bundesregierung sicherte eine entsprechende Ergänzung des Gutachtauftrags zu, wonach die Gutachter auch die Transferzahlungen innerhalb der überregionalen Krankenkassen berechnen sollten (vgl. Anlage 22 zum genannten Plenarprotokoll). Die Debatte zeigt, dass sehr wohl alle Beteiligten von der Berücksichtigung der kasseninternen Transfers ausgegangen sind. 54

(2) Gegen die Berücksichtigung der Finanztransfers lässt sich auch nicht einwenden, dass deren Erfassung die Berücksichtigung der Ausgabenseite voraussetze, da es nur dann zu überregionalen Transfers komme, wenn die Ausgaben in einem Bundesland höher sind als die dort generierten Finanzmittel, dass § 272 SGB V aber nur einen Vergleich der Einnahmen vorsehe und somit die Ausgaben nicht berücksichtige. Diese Argumentation wäre nur dann durchgreifend, wenn eine Berücksichtigung der Transfers in exakter Höhe gewollt worden wäre, die tatsächlich nur unter Berücksichtigung der Ausgaben hätte vorgenommen werden können. Eine solche Berechnung wäre mangels nach Bundesländern differenzierten Jahresrechnungen der Krankenkassen auch gar nicht möglich gewesen. § 272 SGB V bzw. §§ 33 ff. RSAV berücksichtigen aber nur in pauschaler Weise diese Transfers. Durch die Anwendung der Beitragssätze der überregionalen Krankenkassen bei der Ermittlung des bundeslandspezifischen Beitragssatzes (§ 272 Abs. 1 Satz 3 SGB V, § 33a Abs. 2 RSAV) werden bei der Berechnung der bereinigten Einnahmen die Auswirkungen der überregionalen Transfers berücksichtigt. Dass solche kasseninternen Transfers bis Ende 2008 stattgefunden haben, streitet die Klägerin nicht ab. 55

(3) Die Ermittlung der Zuweisungen nach § 33b RSAV ist nicht methodisch fehlerhaft. Zwar werden bei der Ermittlung der fortgeschriebenen Einnahmen nach § 33a RSAV zum einen die beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder mit Wohnsitz 56

im jeweiligen Bundesland berücksichtigt (§§ 33a Abs. 3 Satz 1 RSAV) und wird zum anderen bei der Bereinigung dieser Einnahmen um die fiktiven Ausgleichsansprüche bzw. -verpflichtungen auf Grundlage des RSA und Risikopools in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung (§ 272 Abs. 1 Satz 3 SGB V) diese Bereinigung auf der Grundlage der Morbiditätsdaten der in einem Bundesland lebenden Versicherten vorgenommen (§ 33a Abs. 5 RSAV). Insofern erfolgt in der Tat eine "Korrektur" der Finanzkraft auf der Grundlage der - im Alt-RSA an den Faktoren Alter, Geschlecht und Erwerbsminderungsrente festgemachten - "landesspezifischen" Morbiditätsstrukturen. Zugleich werden aber bei der Bildung des bundeslandspezifischen Beitragssatzes die bundeseinheitlichen Beitragssätze der überregionalen Krankenkassen herangezogen, so dass die damit verbundenen kasseninternen Transfers sehr wohl bei der Ermittlung der fortgeschriebenen Einnahmen (pauschal) berücksichtigt werden. Im Alt-RSA sind aber nur etwa 90 Prozent der Einnahmen einer Kasse in das Ausgleichsverfahren eingeflossen. Die verbleibenden Mittel waren zwar zum Teil zur Finanzierung der nicht berücksichtigungsfähigen Ermessens- und Satzungsleistungen (§ 266 Abs. 4 Nr. 2 SGB V in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung) und der Verwaltungsausgaben einzusetzen, standen jedoch jedenfalls zum Teil auch für die geschilderten Transfers zur Verfügung. Entscheidend ist, dass die mit dem bundesweit einheitlichen Beitragssatz überregionaler Krankenkassen verbundenen länderübergreifende Finanztransfers grundsätzlich bei der Ermittlung der fortgeschriebenen Einnahmen berücksichtigt werden, so dass es methodisch mindestens vertretbar ist, die kasseninternen Transfers auf der Seite der Zuweisungen dadurch - wiederum pauschal - zu berücksichtigen, dass die "Landeszuweisungen" so berechnet werden, dass die auf der Ebene der Krankenkassen zugeflossenen Zuweisungen von dort auf die einzelnen Bundesländer verteilt werden. Das von der Klägerin favorisierte Modell der Berechnung der Zuweisungen auf der Basis der Morbiditätsdaten der im jeweiligen Bundesland lebenden Versicherten wäre dem methodischen Einwand ausgesetzt, dass zwar auf der Einnahmeseite jedenfalls im Ansatz die kasseninternen Transfers berücksichtigt werden, nicht dagegen auf der Seite der Zuweisungen, so dass es zu einer Überschätzung der durch den Gesundheitsfonds bewirkten Belastung kommen würde.

dd) Gegen das Modell der Klägerin spricht auch, dass die Berechnung nach den Morbiditätsdaten der Versicherten in den jeweiligen Bundesländern aufwändiger wäre und zu einer (weiteren) Komplizierung des RSA führen würde. Angesichts des Umstandes, dass das BSG schon zum alten RSA die bestehenden Differenzierungen wegen des Aufwands kritisch beurteilt hatte (SozR 4-2500 § 266 Nr. 1 Rn. 84), durfte sich der Verwaltungs-/Gesetzgeber auch unter diesem Gesichtspunkt gegen eine weitere Komplizierung des Verfahrens und für die in § 33b RSAV vorgesehene Art und Weise der Berechnung der Zuweisungen entscheiden. 57

§ 33b RSAV ist somit mit § 272 SGB V vereinbar. 58

c) Der jüngste Vortrag der Klägerin, der Jahresausgleich für 2009 leide an dem beschriebenen Methodenfehler, betrifft nicht spezifisch die Ermittlung der Konvergenzzuweisungen, sondern primär die allgemeinen Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds für alle gesetzlichen Krankenkassen. Insoweit ist bereits fraglich, ob überhaupt in Bezug auf die hier allein angefochtenen Konvergenzzuweisungen eine materielle Beschwerde der Klägerin schlüssig dargetan ist. Die Klägerin legt dazu dar, dass bei Durchführung der geforderten Annualisierung der fiktiven "Bayern-GKV" wegen der eher günstigen Morbidität in diesem Lande niedrigere Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds zustehen würden. Bei niedrigeren 59

Zuweisungen für die "Bayern-GKV" ergebe sich aber eine größere Differenz im Sinne des § 272 SGB V zwischen Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds für das Land und den fortgeschriebenen Einnahmen, so dass sich für die Klägerin ein Anspruch auf höhere Konvergenzzuweisungen ergeben würde. Diese Argumentation geht von der - vom Senat nicht geteilten - Prämisse aus, für die Berechnung der Konvergenzzuweisungen seien die Zuweisungen auf der Grundlage der landesspezifischen Morbiditätsinformationen zu ermitteln. Wenn gem. § 33b RSAV die risikoadjustierten Grundpauschalen der Kassen zu Grunde gelegt werden, dürfte sich dagegen in der Summe der gerügte Methodenfehler nicht auswirken, da sowohl durch diese Berechnungsweise "begünstigte" als auch "benachteiligte" Krankenkassen in die virtuelle "Bayern-GKV" eingehen. Außerdem ist unklar, inwieweit dem Vortrag der Klägerin Berechnungen zugrunde liegen, die die Ansicht der Klägerin bestätigen.

Auch wenn man zugunsten der Klägerin die schlüssige Behauptung einer materiellen Beschwer annimmt, werden dadurch, dass das BVA mit dem angefochtenen Bescheid bei der Ermittlung der Zuweisungen für die "Bayern-GKV" im Rahmen des § 272 SGB V die Ausgaben von im Berichtsjahr Verstorbener nicht annualisiert hat, Rechte der Klägerin nicht verletzt. 60

aa) Die Bestimmung des Regressionsverfahrens zur Ermittlung der Gewichtungsfaktoren ist wie auch der Morbiditätsgruppen, des Algorithmus für die Zuordnung der Versicherten zu den Morbiditätsgruppen, und des Berechnungsverfahren zur Ermittlung der Risikozuschläge gemäß § 31 Abs. 4 RSAV auf das BVA delegiert worden. Die Festlegungen des BVA vom 03.07.2008 für das Ausgleichsjahr 2009 sehen aber - wie im Jahresausgleichsbescheid vom 16.11.2010 für das Jahr 2009 geschehen - vor, dass die Ausgaben Verstorbener im Jahresausgleichsbescheid vom 16.11.2010 für das Jahr 2009 nicht in dem von der Klägerin geforderten Sinne annualisiert werden. Dort heißt es zum Regressionsverfahren zur Ermittlung der Gewichtungsfaktoren 61

"Jede Zuordnung zu einer der im Abschnitt "Algorithmus für die Zuordnung der Versicherten zu den Morbiditätsgruppen" unter a, b und c genannten Gruppen gilt als Risikomerkmale. Für die Versicherten der Stichprobe wird für jedes Risikomerkmale ein Gewichtungsfaktor wie folgt berechnet: 62

1 ... 63

2. Annualisierung der Leistungsausgaben: Die Leistungsausgaben der nach § 30 RSAV gemeldeten Hauptleistungsbereiche werden versichertenbezogen aufsummiert, durch die Zahl der Versichertentage im Berichtsjahr geteilt und mit der Zahl der Kalendertage des Berichtsjahres vervielfacht (Annualisierung der Leistungsausgaben). Die Leistungsausgaben von im Berichtsjahr Verstorbenen werden hiervon abweichend nicht annualisiert. 3. Ermittlung der Regressionskoeffizienten: Für jedes Risikomerkmale wird ein Regressionskoeffizient ermittelt. Die Ermittlung erfolgt durch eine multiple lineare WLS-Regression ("Weighted Least Squares") ohne Konstante, in der die Risikomerkmale die erklärenden Variablen für die Höhe der annualisierten Leistungsausgaben bilden. Die WLS-Gewichte werden berechnet, indem für jeden Versicherten die Versicherungstage des Berichtsjahres durch die Zahl der Kalendertage des Berichtsjahres geteilt werden. Im Berichtsjahr Verstorbenen wird hiervon abweichend das Gewicht Eins zugeordnet." 64

bb) Die Anwendung des beschriebenen Regressionsverfahrens ist nicht zu beanstanden. Die Festlegungen für das Ausgleichsjahr 2009 verstoßen entgegen 65

der Ansicht der Klägerin nicht gegen §§ 268 SGB, 266 Abs. 6 Satz 6 SGB V oder das grundgesetzliche Willkürverbot.

(1) Es geht es bei der von der Klägerin beanstandeten Regelung in den Festlegungen 2009 nicht um eine gegen § 268 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V verstoßende Gruppenbildung (etwa: "im Berichtsjahr Verstorbene"). Auch orientieren sich die von der Klägerin beanstandeten Festlegungen zweifelsfrei an den in der maßgeblichen Regelungen der §§ 266 und 268 SGB V und der RSAV zum Ausdruck kommenden Zielsetzungen und Grundzügen der Zuweisungen des morbiditätsorientierten RSA. Entgegen der Ansicht der als Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht grundrechtsfähigen Klägerin beruhen die Festlegungen für das Ausgleichsjahr 2009 auch nicht auf Willkür. 66

Zwar weist die Klägerin zutreffend darauf hin, dass bereits in wissenschaftlichen Veröffentlichungen aus dem Jahre 2000 die Auffassung vertreten worden war, dass auch die Ausgaben Verstorbener annualisiert werden sollten. Es kann aber nicht die Rede davon sein, dass das BVA in den Festlegungen vom 03.07.2008 aus sachfremden Erwägungen heraus einen wissenschaftlichen Standard, dessen Eignung und Notwendigkeit für den neuen Morbi-RSA schon zwingend festgestanden hätte, unbeachtet gelassen hätte. Wie in der Erläuterung zu den Festlegungen für das Ausgleichsjahr 2009 (IV a zum Punkt "Regression und Gewichtung") ausgeführt, waren, um die Frage zu klären, wie die Ausgaben von Versicherten, die nicht an allen Tagen des Berichtsjahres versichert waren, in der Regression behandelt werden sollen, in einer vom BVA durchgeführten Analyse verschiedene Varianten im Hinblick auf die Prognose des Modells verglichen worden. Die höchste Erklärungskraft hatte danach eine WLS-Regression (Weighted Least Squares) erzielt, bei der die Ausgaben der unterjährig Versicherten mit Ausnahme von Verstorbenen auf das Jahr hochgerechnet werden (Annualisierung) und die Versicherten in der Regression durch ein Gewicht, welches dem Kehrwert des Annualisierungsfaktors entspricht, gewichtet werden. Die Ausgaben Verstorbener sind nicht annualisiert worden, da es nach damaliger Einschätzung ansonsten zu einer Überschätzung der von ihnen verursachten Ausgaben könne. Diese Einschätzung hatte das BVA im Anhörungsverfahren zur Diskussion gestellt, ohne dass die Spitzenverbände Einwände diesbezüglich erhoben hätten (vgl. "Dokumentation zur Anhörung der Spitzenverbände der Krankenkassen zum Entwurf der Festlegung nach § 31 Abs. 4 RSAV"). Deshalb muss von vornherein überraschen, dass die Klägerin in diesem Verfahren - und zwar erstmals im Jahr 2012- geltend macht, der behauptete Methodenfehler sei evident gewesen und das BVA habe mit diesen Festlegungen für das Ausgleichsjahr 2009 wissentlich das gesetzlich (§ 268 Abs. 1 Nr. 3 SGB V) vorgegebene Ziel der Weiterentwicklung des RSA, Anreize zur Risikoselektion zu verringern, konterkariert. Der zeitliche Zusammenhang der Erhebung des Einwands eines Methodenfehlers durch die Klägerin mit der öffentlichen Diskussion um die Festlegungen für die Ausgleichsjahr 2013 zeigt aber, dass offenbar auch der Klägerin die Erkenntnis, dass ein Methodenfehler vorliege, deutlich später gekommen ist. 67

(2) Soweit der nach § 31 Abs. 2 RSAV gebildete wissenschaftliche Beirat bereits in seinem von der Klägerin angesprochenen Beschluss vom 16.09.2009 den Vorschlag unterbereitet hatte, wie bei allen unterjährig Versicherten auch bei den Verstorbenen die Ausgaben zu annualisieren und bei der Berechnung der Zuschläge im Rahmen des Regressionsverfahrens nur mit dem Kehrwert des Annualisierungsfaktors zu gewichten, betraf diese Empfehlung allein die Festlegungen für das Ausgleichsjahr 2010. Selbst wenn man annehmen würde, dass aufgrund dieses Votums des Beirats die Festlegungen für 2010 hätten insoweit geändert werden müssen (s. dazu aber Senat, Urteil vom 22.11.2012 - L 16 KR 68

249/09 KL), war die (rückwirkende) Berücksichtigung des Vorschlags im Rahmen des Jahresausgleichs 2009 weder rechtlich geboten noch bestand hierfür überhaupt eine rechtliche Möglichkeit.

Das BVA hat nach § 31 Abs. 4 Satz 1 RSAV die das
 69
 Versichertenklassifikationsmodell bestimmenden Faktoren, darunter das Regressionsverfahren zur Ermittlung der Gewichtungsfaktoren bis zum 30.9. eines Jahres "für das folgende Ausgleichsjahr" festzulegen. Schon der Wortlaut zeigt, dass das Klassifikationsmodell für das gesamte folgende Jahr gelten soll. Hierfür spricht auch der Zweck der Vorschrift. Da die Festlegungen die Risikoadjustierung der Grundpauschalen steuern, bestimmen sie wesentlich die Verteilung der Zuweisungen auf die Krankenkassen. Für ihre Finanzplanung müssen sich diese darauf verlassen können, dass nach erfolgter Festlegung die Faktoren nicht nachträglich geändert werden und es zu einer wesentlichen Umverteilung der schon geflossenen bzw. einkalkulierten Mittel kommt. Somit können nicht aufgrund nachträglich gewonnener Erkenntnisse wesentliche Faktoren des Versichertenklassifikationsmodells für ein Ausgleichsjahr geändert werden. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch § 31 Abs. 4 Satz 6 RSAV, der durch das GKV-OrgWG eingefügt worden ist (Art. 6 Nr. 0 lit. c). Danach können die Festlegungen unterjährig angepasst werden, wenn die allgemein gültige Kodierung der Diagnosen oder der Arzneimittelklassifikation aktualisiert wird. Anlass für eine Anpassung kann also nur eine Änderung der genannten Parameter für die Zuordnung zu einer der Morbiditätsgruppen sein. Im Gegenschluss ergibt sich daraus, dass wegen sonstiger neuer Gesichtspunkte die Festlegungen nicht geändert werden dürfen. Entsprechend wird in der Gesetzesbegründung hervorgehoben, ohne diese Regelung hätte das BVA entsprechende Änderungen erst im Rahmen der für das folgende Ausgleichsjahr zu treffenden Festlegungen vornehmen können (BT-Drucks. 16/10609, 68). Die Korrektur der Festlegungen nur für zukünftige Ausgleichsjahre entspricht letztlich der Konzeption des RSA als lernendem System.

Aus der von der Klägerin genannten Vorschrift des § 266 Abs. 6 Satz 6 SGB V
 70
 ergibt sich erst recht nicht die Möglichkeit einer Änderung des Berechnungsverfahrens im Jahresausgleich 2009. Nach dieser Vorschrift hat das BVA sachliche oder rechnerische Fehler in den Berechnungsgrundlagen, die nach Abschluss des Jahresausgleichs festgestellt werden, bei der nächsten Ermittlung der Höhe der Zuweisungen nach den dafür geltenden Vorschriften zu berücksichtigen. Sie betrifft also nur die nachträgliche Korrektur von Fehlern nach Abschluss des Jahresausgleichs und ist daher nicht einschlägig, weil die Klägerin ja Änderungen der Festlegungen im Jahresausgleich fordert. Zudem wären Korrekturen nach dieser Norm auch erst im folgenden Jahresausgleich (hier also im Ausgleichsjahr 2010) vorzunehmen. Sachliche oder rechnerische Fehler in den Berechnungsgrundlagen im Sinne des § 266 Abs. 6 Satz 6 SGB V sind im Übrigen auch nur Fehler, die die Datenbasis und deren rechnerische Auswertung betreffen, nicht etwaige später deutlich werdende Defizite des Morbi-RSA, die durch die rechtlichen Vorgaben - wie hier durch den von der Klägerin geltend gemachte Methodenfehler in den Festlegungen - begründet sind.

3. Somit hat die Beklagte die Konvergenzzuweisungen für das Ausgleichsjahr 2009
 71
 im angefochtenen Bescheid zutreffend berechnet und - da die Klägerin im Laufe des Kalenderjahres höhere Konvergenzzuweisungen erhalten hatte - auch zu Recht die entsprechende Ausgleichsverpflichtung festgestellt. Diese Ausgleichsverpflichtung ist nach § 41 Abs. 4a RSAV wie festgelegt in zwölf monatlichen Teilbeträgen fällig.

72

4. Der vom BVA ausgesprochenen Verpflichtung zur Rückzahlung/zum Ausgleich stehen keine Vertrauens Gesichtspunkte entgegen.

Es existiert keine Regelung, die die monatlichen Konvergenzzuweisungen unter Bestandsschutz stellt. Insbesondere finden neben der Rechtsgrundlage für die Rückforderung von Zuweisungen (§ 41 Abs. 4 Satz 3 RSAV) die §§ 45, 47 SGB X keine Anwendung. Insoweit werden, wie die Beklagte zutreffend ausgeführt hat, auf der Grundlage der §§ 266 Abs. 7 Nr. 5, 6, 272 Abs. 4 Satz 1 SGB V in der RSAV gemäß § 37 Sozialgesetzbuch SGB I abweichende Regelungen getroffen, die die Vorschriften des SGB X verdrängen. Auch die Klägerin bezweifelt nicht, dass hinsichtlich der "regulären" Zuweisungen sich im Jahresausgleich Ausgleichsverpflichtungen ergeben können, die sich allein nach § 41 RSAV bestimmen. Wie der Senat aber bereits in seinem Beschluss vom 28.12.2010 (L 16 KR 661/10 ER) dargelegt hat, teilen die monatlichen Konvergenzzuweisungen das rechtliche Schicksal der monatlichen Zuweisungen nach § 266 Abs. 6 Satz 2, § 39 RSAV. § 272 SGB V enthält zwar anders als § 266 Abs. 6 SGB V keine Regelung zur Zahlung (vorläufiger) monatlicher Zuweisungen, geht allerdings in der Verordnungsermächtigung in § 272 Abs. 4 Satz 1 SGB V von entsprechenden Abschlagszahlungen aus. § 33c Abs. 2 Satz 4 RSAV verweist insoweit auf § 39 Abs. 1 - 4 RSAV und damit auf das monatliche Abschlagsverfahren. Wenn somit die Zuweisungen nach § 266 Abs. 6 Satz 2 SGB V Abschlagszahlungen sind, die im Jahresausgleich ausgeglichen werden müssen (Satz 5 a.a.O., § 41 Abs. 4 RSAV), kann für Zuweisungen nach § 272 SGB V, für die auf der Grundlage der Ermächtigung in § 272 Abs. 4 Satz 1 SGB V über die Verweisung in § 33c Abs. 2 Satz 4 RSAV die gleichen Regelungen wie für die Zuweisungen für standardisierte Leistungsausgaben und sonstige Ausgaben anzuwenden sind, nichts anderes gelten. Dies zeigt im Übrigen auch § 41 Abs. 4a RSAV, dessen Einfügung überflüssig gewesen wäre, wenn tatsächlich die schon gezahlten Konvergenzzuweisungen Bestandsschutz genießen würden.

73

Die Argumentation der Klägerin, Rückzahlungsverpflichtungen von Mitteln nach § 272 SGB V stünden im Widerspruch zu dem Sinn und Zweck der Vorschrift, weil die auszugleichenden höheren Ausgaben aufgrund der Versorgungsstruktur tatsächlich Monat für Monat anfielen, geht völlig an der Sache vorbei. § 272 SGB V stellt auf die Belastung im Ausgleichsjahr ab. Bei Schaffung der Vorschrift war allen Beteiligten klar, dass mangels gesicherter Daten eine Quantifizierung der Auswirkungen des Gesundheitsfonds mit einem hohen Unsicherheitsgrad behaftet war (s. insoweit neben der Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Bahr auf eine schriftliche Frage, BT-Drucksache 17/2537, 69; Schmehl a.a.O., § 39 Rdn. 102). Es war somit den Beteiligten einschließlich der Klägerin bekannt, dass die vorläufigen Zahlungen für 2009 auf einer unsicheren Datengrundlage erfolgten. Ergibt nun aber die Berechnung auf einer aktualisierten Datengrundlage im Jahresausgleich, dass es gar nicht zu den zunächst erwarteten Mehrbelastungen in den einzelnen Bundesländern gekommen ist, gibt es keinen sachlichen Grund für höhere Zuweisungen nach § 272 SGB V, da die bestehenden Versorgungsstrukturen im Land Bayern auskömmlich mit den "regulären" Zuweisungen aus dem Gesundheitsfond finanziert werden können. Die Rückzahlung zu viel erhaltener Konvergenzmittel entspricht somit gerade dem Sinn und Zweck des § 272 SGB V, da dieser nur die bei Einführung des Gesundheitsfonds befürchteten Mehrbelastungen abfedern sollte. Ohnehin wird die Verfassungsmäßigkeit einer "Föderalisierung" des Ausgleichssystems bezweifelt (vgl. Schmehl, a.a.O. Rdn. 105 ff.). Wenn nunmehr die Klägerin sogar höhere Zuweisungen behalten dürfte, obwohl sie tatsächlich keine entsprechende Belastung aufgrund der Einführung des

74

Gesundheitsfonds trifft, würde dies die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den § 272 SGB V noch verstärken.

Der in diesem Zusammenhang von der Klägerin geäußerten Ansicht, es handele sich bei § 272 Abs. 1 und § 272 Abs. 2 SGB V um zwei unterschiedliche Bestimmungen, die jeweils einen eigenen Anspruch definierten, konnte der Senat nicht folgen. Wie die Beklagte zutreffend ausgeführt hat, bedingen beide Absätze des § 272 SGB V einander und regeln gemeinsam den (etwaigen) Anspruch und die Ermittlung der Höhe des Anpassungsbetrages nach § 272 SGB V. Abs. 2 definiert keinen weiteren Anspruch, sondern beschreibt das Schicksal der Konvergenzzuweisung im Jahresausgleich. 75

Fernliegend ist auch die Argumentation der Klägerin, § 41 Abs. 1 Nr. 3 RSAV dürfe wegen der Formulierung "Erhöhung der Zuweisungen" nur zu einer Erhöhung der Zuweisung nach § 33c Abs. 2 RSAV führen, erfasse also nur die Fälle, in denen sich herausstelle, dass sich die bisherigen Zuweisungen nach § 272 SGB V als zu niedrig erwiesen. § 41 Abs. 1 RSAV bestimmt lediglich, welche Zahlen für das Ausgleichsjahr neu zu ermitteln sind, nämlich die Werte für die standardisierten Leistungsausgaben (Nr. 1), die sonstigen Ausgaben (Nr. 2) und für die Konvergenzzuweisungen (Nr. 3). Da es durch Konvergenzzahlungen nur zu einer Erhöhung von Zuweisungen nach Nr. 1 und Nr. 2 kommen kann (§ 33c Abs. 2 Satz 1 RSAV), spricht das Gesetz in Nr. 3 von der Erhöhung der Zuweisungen. Zuweisungen in diesem Zusammenhang sind aber allein die Zuweisungen für standardisierte Leistungsausgaben und sonstige Ausgaben. Ob die Neuberechnung der Werte zu einem Ausgleichsanspruch oder einer Ausgleichsverpflichtung führt, wird aber nicht in § 41 Abs. 1 RSAV, sondern in dessen Abs. 4 geregelt, so dass aus der Formulierung in § 41 Abs. 1 Nr. 3 RSAV keine Schlussfolgerungen hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens von Ausgleichsverpflichtungen gezogen werden können. Auch wenn die Neuberechnung nach § 41 Abs. 3 RSAV nur für die Zuweisungen nach §§ 266 Abs. 2 S. 1, 270 SGB V gilt, kann daraus nicht geschlossen werden, dass dementsprechend auch eine Ausgleichsverpflichtung nach § 41 Abs. 4 S. 3 RSAV nicht die Anpassungsbeträge nach § 272 SGB V erfasse. Vielmehr ist die Neuberechnung der "normalen" Zuweisungen Voraussetzung für die Prüfung, ob eine Erhöhung dieser Zuweisungen vorzunehmen ist, so dass sich eine evtl. Ausgleichsverpflichtung nach Abs. 4 S. 3 auf die Zuweisungen insgesamt bezieht. 76

Diese Ausgleichsverpflichtung wäre nach § 41 Abs. 4 RSAV noch im Jahre 2010 in voller Höhe fällig gewesen. Lediglich aufgrund der durch die 22. RSAVÄndV eingeführten Regelung in Abs. 4a wird die Fälligkeit der Rückzahlung von Konvergenzzuweisungen auf das Jahr 2011 verschoben und auf zwölf monatliche Teilbeträge gestreckt. Sowohl in der Begründung des Entwurfs der Änderungsverordnung vom 22.09.2010 (BR-Drs. 578/10, 3) als auch im Änderungsantrag der Länder Bayern und Baden-Württemberg vom 03.11.2010 (BR-Drs. 578/1/10, 2) wird aber selbstverständlich davon ausgegangen, dass einzelne Krankenkassen mit hohen Rückforderungen wegen der Konvergenzzahlungen zu rechnen haben, mit anderen Worten: schon nach dem geltenden Recht begründet sind. § 41 Abs. 4a RSAV trifft also nur eine Sonderregelung für die Fälligkeit der Rückzahlungen von Konvergenzzahlungen (was dazu geführt hat, dass die Klägerin sogar im April 2010 noch eine ergänzende Zuweisung erhalten hat, ihr also quasi ein unverzinsliches Darlehen gewährt wurde), schafft aber nicht erst die Rechtsgrundlage für die Rückforderung von Zuweisungen. Schon von daher gehen Überlegungen der Klägerin zur angeblich unzulässigen Rückwirkung des § 41 Abs. 4a RSAV ins Leere. Unabhängig davon läge angesichts der Tatsache, dass die am 11.11.2010 verkündete Vorschrift am 12.11.2010 in Kraft getreten ist (Art. 2 der 22. 77

RSAVÄndG), also schon vor Erlass des angefochtenen Jahresausgleichsbescheids, nur ein Fall der tatbestandlichen Rückanknüpfung ("unechte Rückwirkung") vor, die hier schon deshalb verfassungsrechtlich zulässig wäre, weil für das Behaltendürfen von auf ungesicherter Datenbasis erlangten Zahlungen kein sachlicher Grund gegeben ist.

Auch die Höhe der Ausgleichsverpflichtung der Klägerin und der Umstand, dass sie die im Abschlagsverfahren erhaltenen Ausgleichszahlungen ganz überwiegend zurückzahlen muss, können keinen Grund für ein Behaltendürfen liefern. Der Senat erinnert daran, dass allen Akteuren bei Einführung des Gesundheitsfonds und der Schaffung der - als lex Bayern apostrophierten (vgl. Schmehl, a.a.O., § 39 Fußnote 96) - Regelung des § 272 SGB V bekannt war, dass die Höhe der länderspezifischen Belastungen mangels aktueller Daten nicht sicher abschätzbar war. Die Berechnung der Abschlagszahlungen für das Ausgleichsjahr 2009 erfolgte auf der Grundlage der Daten aus dem Jahre 2006 bzw. 2007. Nachdem im Herbst 2009 aktualisierte Daten vorlagen, hatte das BVA bereits am 17.11.2009 auf den Rückgang des Konvergenzvolumens hingewiesen und prognostiziert, dass im Jahresausgleich 2009 die errechnete Belastung für Bayern unter dem Schwellenwert von 100 Millionen Euro liegen werde. Da nach § 33a Abs. 1 Satz 3 RSAV für das monatliche Abschlagsverfahren die "alten" Daten zugrunde zu legen waren, war die Aktualisierung der Daten nur für den Jahresausgleich relevant. Die Klägerin musste aber seit der Mitteilung des BVA davon ausgehen, dass es zu Rückzahlungen kommen werde. Die konkret drohende Ausgleichsverpflichtung konnte die Klägerin - wie sie selbst vorträgt - im April 2010 mit Hilfe eines vom BVA im Internet zur Verfügung gestellten Berechnungsvordrucks ermitteln, was sie auch zum Anlass der Erhebung einer vorbeugenden Feststellungsklage genommen hat. Die Klägerin hätte sich zur Überzeugung des Senats spätestens seit April 2010 auf die Ausgleichsverpflichtung in ihre Finanzplanung einstellen müssen.

Der angefochtene Jahresausgleichsbescheid ist somit hinsichtlich der Festsetzung der Konvergenzzuweisungen für das Kalenderjahr 2009 und der Festsetzung einer diesbezüglichen Ausgleichsverpflichtung für dieses Jahr nicht zu beanstanden, so dass die Klage abzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Sozialgerichtsgesetz (SGG) iVm § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Von der Kostentragungspflicht der Klägerin war der durch die übereinstimmende Teilerledigungserklärung erledigte Streitgegenstand nicht auszunehmen. Die zugunsten der Klägerin im Jahresausgleichsbescheid vorgenommenen Korrekturen sind nicht Ausdruck einer Rechtswidrigkeit der Grundlagenbescheide gewesen, sondern beruhen auf der Systematik des Abschlagsverfahrens.

Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus 52 Abs. 3 Gerichtskostengesetz (GKG).

Der Senat hat dem Rechtsstreit auch wegen der weiteren anhängigen Verfahren grundsätzliche Bedeutung beigemessen und daher die Revision zugelassen (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG).