

Stand: 18.09.2014

Mit Schreiben vom 21.08.2014 hat das BVA um Stellungnahme zu rückwirkenden Anpassungen der Festlegungen nach § 31 Abs. 4 Satz 1 RSAV sowie der Verfahrensbestimmungen nach § 41 Absatz 5 Satz 2 RSAV für die Ausgleichsjahre 2013 und 2014 gebeten. Das BVA begründet dieses Anhörungsverfahren damit, dass sich in Folge der GKV-FQWG-Neuregelungen, die zum 01. August 2014 in Kraft getreten sind, Änderungen für die Ausgleichsjahre 2013 und 2014 ergeben, die die Berechnung der Zuweisungen für Auslandsversicherte und für Krankengeld betreffen. Zu den beabsichtigten rückwirkenden Änderungen nehmen wir wie folgt Stellung:

## **0 Zusammenfassende Bewertung der geplanten Anpassungen**

Die im Entwurf vorgesehenen rückwirkenden Änderungen der Zuweisungen für Krankengeld und Auslandsversicherte für die Ausgleichsjahre 2013 und 2014 werden abgelehnt. Die gem. Entwurf vorgesehenen Anpassungen beinhalten systemwidrige IST-Kostenausgleiche, setzen erhebliche Fehlanreize in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung und sind somit nicht mit den Vorgaben des § 268 Abs. 1 Nr. 4 SGB V vereinbar. Weiterhin ist es rechtlich nicht zulässig, die Festlegungen nach § 31 Abs. 4 RSAV rückwirkend zu ändern. Genau dies wird mit dem vorgelegten Änderungsentwurf aber beabsichtigt. Das LSG NRW hat in seinem Urteil vom 4.7.2013 zweifelsfrei festgestellt, dass eine Änderung des Risikostrukturausgleichsverfahrens durch Festlegung bis zum 30.9. des Vorjahres erfolgen muss. Rückwirkende Änderungen sind daher ausgeschlossen. Darüber hinaus widerspricht der vom BVA vorgetragene Änderungsvorschlag bezüglich der Zuweisungen für Auslandsversicherte den Vorgaben des § 41 Abs. 1 Satz 2 RSAV i.d.F. des GKV-FQWG i.V.m. § 266 SGB V. Die für Krankengeld und Auslandsversicherte vorgeschlagenen rückwirkenden Änderungen der Festlegungen nach § 31 Abs. 4 RSAV sowie der Verfahrensbestimmungen nach § 39 Abs. 3 Satz 6 und § 41 Abs. 5 Satz 2 RSAV für die Ausgleichsjahre 2013 und 2014 sind unzulässig und werden daher abgelehnt.

## **I. Keine IST-Kostenausgleiche für Krankengeld und Auslandsversicherte im Risikostrukturausgleich. Es besteht erheblicher Forschungsbedarf.**

Die vom BVA vorgelegten Änderungen sehen vor, dass für Krankengeld und Auslandsversicherte ein IST-Kostenausgleich durchgeführt wird. Jede Art des IST-Kostenausgleichs ist nach Stand der gesundheitsökonomischen Wissenschaft mit Fehlanreizen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung verbunden. Die Vorgaben des § 268 Abs. 1 Nr. 4 SGB V sind eindeutig: Der Risikostrukturausgleich ist so auszugestalten und nur unter der Maßgabe weiterzuentwickeln, dass gerade „keine Anreize zu medizinisch nicht gerechtfertigten Leistungsausweitungen“ entstehen. Genau das Gegenteil wird mit den beabsichtigten Änderungen allerdings erreicht. So führt der Gesetzgeber selbst richtigerweise aus, dass

*„[...] ein Ist-Kosten-Ausgleich der grundsätzlichen RSA-Systematik mit ihrer Orientierung an den jeweiligen Durchschnittskosten widerspricht und tendenziell mit negativen Wirtschaftlichkeitsanreizen für die Krankenkassen verbunden ist, [...]“ [BT-Drucksache 18/1307, S. 60].*

Weiterhin stehen die vorgeschlagenen IST-Kostenausgleiche im Widerspruch zu den Vorgaben in § 266 Abs. 2 SGB V. Danach sind die standardisierten Leistungsausgaben auf

Stand: 18.09.2014

„Basis der durchschnittlichen Leistungsausgaben“ zu ermitteln. Eine Einbeziehung von IST-Kosten zur Ermittlung der Zuweisungen für eine Krankenkasse ist durch § 266 Abs. 2 SGB V nicht erlaubt. Die Vorschläge zur Veränderung der standardisierten Leistungsausgaben mittels IST-Kosten sind somit mit den bestehenden Vorschriften nicht vereinbar. Die gilt für die Änderungen bei Krankengeld gleichermaßen wie für die Änderungen bei Auslandsversicherten.

So wurde besonders bei der Bildung der Risikomerkmale für **Auslandsversicherte** darauf abgestellt, für Auslandsversicherte – für die keine Morbiditätsinformationen aus den geforderten DTA-Verfahren nach SGB V vorliegen - alters- und geschlechtsbezogene Durchschnittswerte als Zuweisungen anzurechnen. Eine IST-Kostenbetrachtung schied seinerzeit aus zwei Gründen aus: Zum einen ist gem. § 266 Abs. 2 SGB V die Verwendung von durchschnittlichen Leistungsausgaben zwingend vorgeschrieben (s.o.) und zum anderen können die tatsächlichen Ausgaben dieser Personengruppen nicht ermittelt werden (erheblicher zeitlicher Versatz der Abrechnungen aus und mit dem Ausland). Eine Notwendigkeit zur Änderung der Zuweisungen für Auslandsversicherte besteht im Übrigen nicht: So zeigen die vergangenen Ausgleichsjahre, dass die im Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats genannte Überdeckung im Jahr 2009 ein Einzelereignis war. Die Deckung der Ausgaben durch Zuweisungen bewegt sich in den jüngeren Jahren in einem Korridor von +/- 10%. Dies ist für einen Ausgaben- bzw. Zuweisungsbereich von nicht einmal 1 Prozent des Gesundheitsfondsvolumens ein überaus stabiler Wert.

Der für **Krankengeld** vorgeschlagene weitreichende IST-Kostenausgleich führt auch auf einer zweiten Ebene zu weiteren Unwirtschaftlichkeitsanreizen. Während § 266 SGB V richtigerweise keinerlei Unterscheidung der Zuweisungen für einzelne Leistungsbereiche der GKV vorsieht und damit den Krankenkassen alle Steuerungsoptionen in Bezug auf die sektorenübergreifende, wirtschaftliche Leistungserbringung belässt, führt die ausschließlich für den Einzelhauptleistungsbereich Krankengeld vorgesehene Regelung zu erheblichen Wirtschaftlichkeitsverlusten. Es ist festzuhalten, dass eine intensive Versorgungssteuerung und sogar ein erhöhter Behandlungsaufwand in anderen Leistungsbereichen (ohne Krankengeld) gerade ein wirtschaftliches Verhalten der Krankenkassen darstellen kann. Dies ist immer dann der Fall, wenn hierdurch Krankengeldausgaben begrenzt werden können – beispielsweise wenn durch Versorgungssteuerung die Dauer des Krankengeldbezuges oder auch die Rückfallquoten reduziert werden können. Die geringeren Ausgaben für Krankengeld korrespondieren dann mit höheren Leistungsausgaben in anderen Versorgungsbereichen. Die beabsichtigte Anpassung verhindert also zukünftig alle wirtschaftlichen Ansätze der Versorgungssteuerung. Es ist davon auszugehen, dass die beruflichen Ausfallzeiten – sowohl im Krankengeldbezug als auch im Rahmen der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber – nicht weiter reduziert werden können, sondern zukünftig wieder ansteigen. Dies führt nicht nur zu einer Ausgabensteigerung in der GKV (§ 268 Abs. 1 Nr. 4 SGB V), sondern auch zu Mehrbelastungen der Wirtschaft. Auf die problematischen Anreizwirkungen von IST-Kostenausgleichen im Krankengeld hat der Wissenschaftliche Beirat in seinem Gutachten zum Jahresausgleich 2009 sehr deutlich hingewiesen (vgl. Drösler et al. 2011, S. 196).

Deswegen ist es richtig, dass der Gesetzgeber im Rahmen vom GKV-FQWG vorgesehen hat, die Zuweisungen für Krankengeld – und auch Auslandsversicherte – erst auf der Grundlage wissenschaftlicher Gutachten weiterzuentwickeln. Auch der Wissenschaftliche

Stand: 18.09.2014

Beirat hat in seinem Gutachten deutlich auf den erheblichen Forschungsbedarf hingewiesen. Vor dem Hintergrund der erforderlichen, gesetzlich vorgeschriebenen Forschungsarbeiten dürfen – schon gar nicht rückwirkend – die bestehenden, mit den gesetzlichen Vorgaben übereinstimmenden Zuweisungsverfahren für Krankengeld und Auslandsversicherte nicht geändert werden.

Festzuhalten ist:

- Die für die Ausgleichsjahre 2013 und 2014 bestehenden und gem. der Festlungen nach § 31 Abs. 4 RSAV vom 28.9.2012 und 30.9.2013 unverändert geltenden Regelungen zur Ermittlung der Zuweisungen für Krankengeld und Auslandsversicherte entsprechen den Vorgaben der §§ 266 und 268 SGB V.
- Die beabsichtigte Einführung von IST-Kostenausgleichen für die Zuweisungen für Krankengeld und Auslandsversicherte hingegen widersprechen den Vorgaben in § 268 Abs. 1 Nr. 4 SGB V (keine Anreize zur Unwirtschaftlichkeit) und § 266 Abs. 2 SGB V (standardisierte Leistungsausgaben).
- In Bezug auf die Zuweisungen für Auslandsversicherte verstoßen die beabsichtigten Änderungen zudem speziell gegen § 31 Abs. 5 Satz RSAV, wonach die nach Alter und Geschlecht über alle Versicherten durchschnittlichen standardisierten Leistungsausgaben zu berücksichtigen sind.
- Für die Weiterentwicklung der Zuweisungsverfahren bei Krankengeld und Auslandsversicherten sieht das GKV-FQWG weiteren Forschungsbedarf, weshalb das BVA verpflichtet wird, entsprechende gutachterliche Expertisen in Auftrag zu geben. Diese Expertisen liegen bislang nicht vor. Änderungen der Zuweisungsverfahren sind daher wissenschaftlich nicht begründbar und somit unzulässig.

## **II Rückwirkende Änderungen der Festlegungen nach § 31 Abs. 4 RSAV sind rechtswidrig**

Gem. § 31 Abs. 4 RSAV muss die Festlegung für ein Ausgleichsjahr zwingend bis zum 30.9. des Vorjahres erfolgen. Die Festlegung nach § 31 Abs. 4 RSAV für das Ausgleichsjahr 2013 wurde am 28.9.2012 getroffen. Die Festlegung nach § 31 Abs. 4 RSAV für das Ausgleichsjahr 2014 wurde am 30.9.2013 getroffen. Für beide Festlegungen wurde das gesetzlich vorgeschriebene Anhörungsverfahren durchgeführt. Die Festlegungen für 2013 und 2014 wurden somit in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben getroffen und haben weiterhin Gültigkeit. Demgegenüber widerspricht die beabsichtigte rückwirkende Änderung der Festlegungen den Vorgaben des § 31 Abs. 4 RSAV. Eine rückwirkende Änderung der Festlegungen ist rechtswidrig.

Entsprechend hat das LSG NRW in seinen Urteilen vom 04.07.2013 sehr deutlich herausgearbeitet, dass „für die Rechtmäßigkeit der Festlegung des Klassifikationsmodells und des Regressions- und Berechnungsverfahrens auf den Zeitpunkt des Erlasses der Festlegungen abzustellen“ ist. Und weiter: „Schon der Wortlaut [des § 31 Abs. 4 RSAV, Anm. d. Verf.] zeige, 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“ [LSG NRW, L 16 KR 756/12 KL, Rdnr. 53].

Stand: 18.09.2014

Dass rückwirkende oder unterjährige Änderungen der Festlegungen ausgeschlossen sind, begründet das LSG NRW zutreffend mit den Anforderungen an die Kalkulationssicherheit der Krankenkassen: *„Für ihre Finanzplanung müssen sich die Krankenkassen darauf verlassen können, dass nach erfolgter Festlegung die Faktoren nicht nachträglich geändert werden und es dadurch 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“* [LSG NRW, L 16 KR 756/12 KL, Rdnr. 51].

Diese Bezugnahme auf den individuellen Vertrauensschutzgrundsatzes neben dem objektivrechtlichen Prinzip der Rechtssicherheit ist berechtigt. Denn das BVA tritt den Krankenkassen in einem Über-Unterordnungsverhältnis gegenüber, wenn es durch die Festlegungen am 30.9. des Vorjahres für das Ausgleichsjahr außenverbindliche Rechtssätze und auf deren Grundlage Verwaltungsakte in Form von Zuweisungsbescheiden erlässt. Diese wirken direkt in das Haushaltsrecht der Krankenkassen ein, das Teil des Selbstverwaltungsrechts der Krankenkassen (§ 29 SGB IV und § 4 SGB V) ist. Deshalb muss ihr schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand haushaltswirksamer Regelungen Beachtung finden.

Die nun beabsichtigte, rückwirkende Änderung der Zuweisungen für Krankengeld und Auslandsversicherte steht damit dem einschlägigen Urteil des LSG NRW sowie der in diesem Verfahren vom BVA selbst vorgetragenen Rechtslage entgegen. Denn sowohl die beabsichtigten Änderungen bei den Zuweisungen für Krankengeld als auch bei Auslandsversicherten führen zu einer ganz wesentlichen Umverteilung der bislang für die Jahre 2013 und 2014 im monatlichen Abschlagsverfahren zugewiesenen und rechtmäßig eingeplanten Finanzmittel der Krankenkassen. Das LSG NRW misst der Planungssicherheit einen sehr hohen Stellenwert bei. Selbst ein wesentlicher Erkenntnisfortschritt, der sich nach Festlegungsdatum einstellt und – wie im Falle des Berechnungsfehlers dazu führt, dass die bestehende Festlegung als fehlerhaft bezeichnet werden muss –, ist gemäß Urteilsspruch des LSG NRW kein Grund für eine rückwirkende Änderung der Festlegung.

Auch die Ausführungen des BVA, wonach die rückwirkenden Zuweisungsanpassungen bei Krankengeld und Auslandsversicherte durch das Inkrafttreten des Artikel 15 Nr. 10 des GKV-FQWG zum 1.8.2014 begründet seien, sind gem. LSG NRW nicht belastbar. Im Gegenteil: Das Gericht hat festgehalten, dass die Krankenkassen zwar mit Abweichungen zwischen den vorläufigen und endgültigen Zuweisungsbeträgen rechnen müssen, während hingegen *„[...] eine wesentliche Änderung der rechtlichen Grundlage der Zuweisungen ausgeschlossen“* ist. [LSG NRW, L 16 KR 756/12 KL, Rdnr. 53].

Rückwirkende Änderungen der Festlegungen widersprechen den gesetzlichen Vorgaben des § 31 Abs. 4 RSAV. Das LSG NRW hat sehr eindeutig geurteilt, dass – gerade auch zum Schutz der Finanzplanung der Krankenkassen – die Festlegung zwingend zum 30.9. des Vorjahres erfolgen und unverändert für das gesamte Ausgleichsjahr angewendet werden muss. Selbst dann, wenn neue Erkenntnisse vorliegen, hat das Gericht rückwirkende Änderungen abgelehnt. Wesentliche Änderungen der rechtlichen Grundlagen sind nicht zulässig. Nach Urteil des LSG NRW sind nachträgliche Änderungen der Festlegung, da sie die Verteilung der Zuweisungen an die Krankenkassen maßgeblich beeinflussen, rechtswidrig. Die beabsichtigten, nachträglichen Anpassung des Zuweisungsverfahrens für

Stand: 18.09.2014

Krankengeld und Auslandsversicherte führen zu grundlegenden Änderungen in der Höhe der Zuweisungen für eine Vielzahl von Krankenkassen, bei denen erhebliche Planungsunsicherheiten und finanziellen Risiken entstehen.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sowohl zum Zeitpunkt der Festlegung für das Jahr 2013 als auch zum Zeitpunkt für die Festlegung für das Jahr 2014 keinerlei wissenschaftliche oder sonstige gesicherte Erkenntnisse vorlagen, die es erforderlich gemacht hätten, die Festlegungen bereits von vornherein so zu formulieren, wie es nun rückwirkend vorgeschlagen wird. Insofern besteht auch keine Analogie zur gerichtlich angeordneten Korrektur der Festlegungen 2013 und 2014 in Bezug auf den Berechnungsfehler wegen Verzichts auf die Annualisierung der Kosten unterjährig verstorbener Versicherter. Denn hier hat das LSG NRW zweifelsfrei erkannt, dass zum Zeitpunkt der Festlegungen – 28.9.2012 bzw. 30.09.2013 - dem BVA gesicherte Kenntnisse darüber vorlagen, dass das festgelegte Regressionsverfahren gegen wissenschaftliche Grundsätze verstößt. Deshalb hat das LSG NRW die Festlegungen für 2013 und 2014 in Bezug auf das Regressionsverfahren als rechtswidrig klassifiziert und das BVA zur Korrektur verurteilt. Nur in dem Fall, dass die bereits getroffene Festlegung rechtswidrig ist, hat das LSG NRW eine Änderung vorgeschrieben – eng begrenzt auf den als rechtswidrig erkannten einzelnen Regelungsinhalt der Festlegung. Die Festlegungen der Jahre 2013 und 2014 sind in Bezug auf die Zuweisungen für Krankengeld und Auslandsversicherte aber nicht rechtswidrig. Im Gegenteil, sie wurden in vollständiger Übereinstimmung mit den Vorgaben der §§ 266 und 268 SGB V sowie § 31 Abs. 4 RSAV getroffen. Hieran ändern auch die Neuregelungen des GKV-FQWG nichts – auch nicht das Inkrafttreten des Artikels 15 Nr. 10 zum 1.8.2014. Eine rückwirkende Änderung der Zuweisungen für Krankengeld und Auslandsversicherte ist nach bestehender Rechtslage und einschlägiger Rechtsprechung daher unzulässig und somit rechtswidrig.

### **III Fehlerhafte Umsetzung des IST-Kostenausgleichs bei Auslandsversicherten**

Die Neuregelung der Zuweisungen für Auslandsversicherte durch Begrenzung der Zuweisungen für Auslandsversicherte auf die dokumentierten IST-Kosten von Auslandsversicherten werden vom AOK-System sowohl für zurückliegende als auch zukünftige Ausgleichsjahre abgelehnt. In Bezug auf die technische Ausgestaltung des Umsetzungsvorschlags ist dem BVA zwar zuzustimmen, dass diejenigen Ausgaben, die aufgrund der Neuregelung nicht mehr den Auslandsversicherten zugewiesen würden, auf alle anderen Risikomerkmale verteilt werden sollen (vgl. hierzu Nr. 2.5/2.6. Änderungsentwurf der Festlegung, Berechnungsverfahren zur Ermittlung der Risikozuschläge bez. Zuweisungen).

Allerdings sind die weiteren Änderungsvorschläge im Rahmen der Verfahrensbestimmungen nach § 39 Abs. 3 Satz 6 und § 41 Abs. 5 Satz 2 RSAV fachlich fehlerhaft und widersprechen zudem den gesetzlichen Vorgaben. § 266 SGB V schreibt eindeutig vor, dass die Krankenkassen aus dem Gesundheitsfonds Zuweisungen erhalten, die aus der Grundpauschale (GKV-einheitlicher Betrag für jeden Versichertentag) sowie den alters-, geschlechts- und risikoadjustierten Zu- und Abschlägen bestehen. Dieser Systematik entsprechend wurde durch Artikel 15 Nr. 10 GKV-FQWG festgelegt, dass die Risikozuschläge für Auslandsversicherte – nicht aber die Grundpauschalen - auf die dokumentierten Ausgaben der Auslandsversicherten zu begrenzen sind. Davon abweichend

Stand: 18.09.2014

– und rechtlich unzulässig – beabsichtigt das BVA gem. Änderungsvorschlag zur Verfahrensbestimmung auch die Grundpauschale in den Risikostrukturausgleich einzubeziehen. Denn nicht nur die Risikozuschläge der Auslandsversicherte (§ 31 Abs. 5 RSAV) sondern auch deren Grundpauschale (§ 36 RSAV) sollen für die Berechnung berücksichtigt werden. Dieser Vorschlag ist – sowohl bezogen auf die Ausgleichsjahre 2013 und 2014, als auch bezogen auf zukünftige Ausgleichsjahre ab 2015 - inhaltlich falsch und rechtlich unzulässig. In Übereinstimmung mit den Vorgaben des § 266 Abs. 1 Satz 1 SGB V i.V.m. § 41 Abs. 1 Satz 2 RSAV i.d.F. des GKV-FQWG muss zunächst ermittelt werden, ob die Summe aller Zu- und Abschläge für Auslandsversicherte - ohne Anrechnung der Grundpauschale – die dokumentierten Ausgaben der Auslandsversicherte übersteigt. Ist diese Bedingung erfüllt, sind die Zu- und Abschläge der Auslandsversicherten – ohne Anrechnung der Grundpauschale – so zu begrenzen, dass sie in Summe den Ausgaben entsprechen.

Auch bei der Ausarbeitung der Verfahrensbestimmung nach § 39 Abs. 3 Satz 6 und § 41 Abs. 5 Satz 2 RSAV für das Ausgleichsjahr 2015 – die bislang noch nicht zur Anhörung gestellt wurde – ist vorzusehen, dass die Grundpauschale (§ 36 RSAV) bei den Berechnungen zur Begrenzung der Zuweisungen für Auslandsversicherte nach § 41 Abs. 1 Satz 2 RSAV i.d.F. des GKV-FQWG unberücksichtigt bleibt. Deshalb bitten wir, diesen Aspekt auch - in Ergänzung zu unserer Stellungnahme vom 29.08.2014 zum Festlegungsentwurf nach § 31 Abs. 4 RSAV für das Ausgleichsjahr 2015 - für die Ausgestaltung der Verfahrensbestimmung 2015 zu berücksichtigen.