

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 3 RK 26/95

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

1. AOK Schleswig-Holstein - Die Gesundheitskasse,
vertreten durch den AOK-Bundesverband,
dieser vertreten durch den Justitiar Jürgen Heuser,
Bonn, Kortrijker Straße 1,
2. IKK-Landesverband Nord,
Kiel, Hamburger Chaussee 90,
3. Schleswig-Holsteinische landwirtschaftliche Krankenkasse,
Kiel, Schulstraße 29,
4. Betriebskrankenkassen-Landesverband Nord,
Hamburg, Wendenstraße 279,



5. Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V.,
Siegburg, Frankfurter Straße 84,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

1. Land Schleswig-Holstein,

vertreten durch die Ministerin für Arbeit, Soziales,
Jugend und Gesundheit,
dieses vertreten durch Regierungsdirektor Maaß,
Kiel, Adolf-Westphal-Straße 4,
2. Freie und Hansestadt Hamburg,

vertreten durch die Behörde für Arbeit,
Gesundheit und Soziales,
Hamburg, Hamburger Straße 47.

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 1996 durch den Vorsitzenden Richter S c h n e i d e r - D a n w i t z, die Richter Dr. N a u j o k s und S c h r i e v e r sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. D u f n e r und die ehrenamtliche Richterin P a k m o r für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 11. April 1995 hinsichtlich der Klage auf Verurteilung der Beklagten zum Abschluß eines Versorgungsvertrages ab sofort für die Zeit ab Vertragsschluß und hinsichtlich der Fortsetzungsfeststellungsklage für die Zeit ab dem 27. Dezember 1989 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewiesen.



Gründe:

I

Die Beteiligten streiten über die Pflicht der beklagten Krankenkassen (KKn) sowie der beklagten Landesverbände der KKn und der Verbände der Ersatzkassen (ErsKn), ein Krankenhaus des Klägers rückwirkend ab 2. Februar 1983 in die Versorgung ihrer Mitglieder einzubeziehen.

Der Kläger betreibt seit Oktober 1983 die B -Klinik-West (B-Klinik) in F (F). Er besitzt eine gewerberechtliche Konzession für 23 Betten des Fachbereichs Gynäkologie und/oder Geburtshilfe sowie 6 Krippenplätze für gesunde Neugeborene. Seinem im Januar 1994 gestellten Antrag auf Aufnahme der genannten Betten in den Krankenhausplan des Landes Schleswig-Holstein wurde bisher nicht stattgegeben. Die vom Kläger mit Schreiben vom 2. Februar 1983, 5. Juni und 4. September 1985 sowie 5. März 1987 abgegebenen Bereiterklärungen nach § 371 Abs 1 Reichsversicherungsordnung (RVO) wurden von den Beklagten zu 1) bis 3) und 5) abgelehnt. Seine vier hiergegen gerichteten Klagen wurden vom Sozialgericht (SG) Schleswig abgewiesen. Sie wurden im Hinblick auf die Neuregelung im Gesundheitsreformgesetz (GRG) durch gerichtlichen Vergleich vom 17. Januar 1989 vor dem Landessozialgericht (LSG) Schleswig-Holstein (L 5 Kr 6-9/88) erledigt, wonach der Kläger seinen Antrag gegenüber den beteiligten Verbänden und der Landwirtschaftlichen KK "klarstellen" sollte und diese sich verpflichteten, "gemeinsam mit den übrigen Landesverbänden bzw Verbänden der KK und ErsK" über den Antrag bis zum 31. Dezember 1989 zu entscheiden.

Der entsprechend diesem Vergleich vom Kläger mit Schreiben vom 16./23. Februar 1989 gestellte Antrag auf Abschluß eines Versorgungsvertrages nach den §§ 108 Nr 3, 109 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) und - rückwirkend ab 2. Februar 1983 - auf Annahme der Bereiterklärungen nach § 371 RVO wurde durch undatiertes Schreiben, beim Prozeßbevollmächtigten des Klägers eingegangen am 27. Dezember 1989, mangels Bedarfs abgelehnt; laut Kopf des Schreibens, das für den Rechtsvorgänger der Beklagten zu 1), den AOK-Landesverband, "Im Auftrag" unterschrieben ist, sind ausstellende Behörden die fünf Beklagten, die Beklagte zu 1) "zugleich" für die Bundesknappschaft sowie der Beklagte zu 5) "zugleich" für den Verband der Arbeiter-ErsK handelnd. Das Schreiben enthielt ferner den Hinweis, daß die Ablehnung kein Verwaltungsakt und eine Klageerhebung daher ohne Vorverfahren möglich sei. Der Kläger hat im Klagevorbringen nur die fünf handelnden Verbände als Beklagte bezeichnet, nicht aber die Bundesknappschaft und den Verband der Arbeiter-ErsK. Klage und Berufung sind erfolglos geblieben (Urteile des SG vom 19. Januar 1993 und des LSG vom 11. April 1995).



Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Revision. Seine Einnahmeausfälle hätten die Millionengrenze überschritten.

Der Kläger beantragt,

die Beklagten unter Aufhebung der Urteile des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 11. April 1995 und des Sozialgerichts Schleswig vom 19. Januar 1993 zu verurteilen,

mit der B –Klinik-West des Klägers Versorgungsverträge abzuschließen, und zwar in erster Linie für 23 Betten des Fachbereiches Gynäkologie und Geburtshilfe zuzüglich sechs Krippenplätzen,

hilfsweise

in zweiter Linie über 10 chirurgische und 10 gynäkologische Belegbetten (unter Wegfall der drei weiteren gynäkologischen und geburtshilflichen Betten und der gesamten geburtshilflichen Abteilung), allerdings mit der Maßgabe, daß rückwirkend für die Zeit ab Bereiterklärung vom 2. Februar 1983 bis zur Annahme dieses hilfsweisen Angebotes zum Abschluß eines Versorgungsvertrages rückwirkend ein Versorgungsvertrag für die 23 gynäkologischen und geburtshilflichen Betten abgeschlossen wird,

hilfsweise,

in dritter Linie über 23 chirurgische Belegbetten, allerdings ebenfalls mit der Maßgabe, daß rückwirkend für die Zeit vom 2. Februar 1983 bis zum Abschluß des Versorgungsvertrages ein Versorgungsvertrag über 23 gynäkologische und geburtshilfliche Betten abgeschlossen wird,

hilfsweise,

in vierter Linie über 13 chirurgische Belegbetten sowie 10 Rehabilitationsbetten für Langzeitkranke (die zwar nicht als stationär geheilt entlassen werden können, jedoch nicht mehr den Betreuungsaufwand eines Akut-Krankenhauses benötigen), allerdings mit der gleichen Maßgabe, daß rückwirkend für die Zeit vom 2. Februar 1983 bis zum Abschluß des Versorgungsvertrages ein Versorgungsvertrag für 23 gynäkologische und geburtshilfliche Betten abgeschlossen wird,

ganz hilfsweise,



die Beklagten zu verurteilen, ihn nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden;

hilfsweise, festzustellen,

1. daß die Beklagten in der Zeit vom Oktober 1983 bis zum 31. Dezember 1988 verpflichtet waren, die Bereiterklärung des Klägers nach § 371 RVO für 23 Betten des Fachbereiches Gynäkologie und Geburtshilfe zuzüglich 6 Krippenplätzen anzunehmen und daß die Ablehnung der Bereiterklärung rechtswidrig war,

2. daß die Beklagten aufgrund des Angebotes vom 16./23. Februar 1989 auf Abschluß eines Versorgungsvertrages sowie der zuvor abgegebenen Bereiterklärungen verpflichtet waren, für die Zeit ab 1. Januar 1989 einen Versorgungsvertrag nach § 109 SGB V für 23 Betten des Fachbereiches Gynäkologie und Geburtshilfe zuzüglich 6 Krippenplätzen abzuschließen, und daß die Ablehnung der Beklagten, derartige Versorgungsverträge abzuschließen, rechtswidrig war;

sowie vorsorglich,

den Rechtsstreit zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte zu 1) beantragt,
die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Das Land Schleswig-Holstein (S), Beigeladener zu 1), hat sich der Revisionserwiderung der Beklagten zu 1) angeschlossen. Beide beigeladenen Länder und die Beklagten zu 2) bis 5) haben keinen Antrag gestellt.

II

Die Revision des Klägers war iS der Zurückverweisung an das LSG begründet, soweit der Kläger die Verurteilung der Beklagten erstrebt, einen Versorgungsvertrag mit Wirkung für die Zeit ab Vertragsschluß abzuschließen, und hilfsweise die Feststellung, daß der am 27. Dezember 1989 bekanntgegebene Bescheid über die Ablehnung eines Versorgungsvertrages rechtswidrig war, soweit eine Vertragswirkung für die Zeit nach der Bekanntgabe betroffen ist. Die Revision ist zurückzuweisen, soweit der Kläger die



Verurteilung der Beklagten erstrebt, einen Versorgungsvertrag mit Wirkung für die Zeit von 1983 bis zum Vertragsschluß abzuschließen, und soweit der Kläger die Feststellung beantragt, daß der am 27. Dezember 1989 bekanntgegebene Bescheid über die Ablehnung eines Versorgungsvertrages rechtswidrig war, soweit eine Vertragswirkung für die Zeit vor der Bekanntgabe betroffen ist.

1. Die Revision ist zulässig. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist das undatierte, am 27. Dezember 1989 beim Prozeßbevollmächtigten des Klägers eingegangene Schreiben, mit welchem die vier Bereiterklärungen des Klägers nach § 371 RVO nicht angenommen und der Abschluß eines Versorgungsvertrages nach den §§ 108 Nr 3, 109 SGB V abgelehnt wurde. Hingegen sind frühere ablehnende Bescheide (die Gegenstand der früheren Rechtsstreitigkeiten waren) nicht Gegenstand dieser Klage, da sie durch das undatierte Schreiben ersetzt wurden. Der Bescheid von Dezember 1989 ist einmal Gegenstand des Revisionsverfahrens, soweit der Kläger ihn wie in den Vorinstanzen mit dem Begehren bekämpft, die Beklagten zum Abschluß eines Versorgungsvertrages mit dem im Hauptantrag beschriebenen Inhalt zu verurteilen. Der Bescheid ist auch insoweit Gegenstand des Revisionsverfahrens, als der Kläger ihn für den Zeitraum bis zum Abschluß des begehrten Versorgungsvertrages - hilfsweise, für den Fall, daß kein Anspruch auf Abschluß eines Versorgungsvertrages mit Rückwirkung besteht -, mit der Fortsetzungsfeststellungsklage bekämpft.

2. Das angefochtene Berufungsurteil ist im Ergebnis zutreffend, soweit es für den Rückwirkungszeitraum des begehrten Versorgungsvertrages (von 1983 bis zum Vertragsschluß) die Klageabweisung bestätigt hat.

a) Der Senat war an dieser Entscheidung nicht dadurch gehindert, daß sich die Klage bei interessegemäßer Auslegung auch gegen die Bundesknappschaft und den Verband der Arbeiter-ErsKn als weitere Beklagte richtet und daß diese in den Vorinstanzen nicht "nach Vorschrift der Gesetze" vertreten waren (§§ 202 Sozialgerichtsgesetz <SGG> iVm § 551 Nr 5 Zivilprozeßordnung <ZPO>).

Der Versorgungsvertrag kommt nach § 109 Abs 1 Satz 1 1. Halbsatz SGB V durch Einigung zwischen den Landesverbänden der KKn und den Verbänden der ErsKn "gemeinsam" einerseits und dem Krankenhausträger andererseits zustande. Nach § 109 Abs 3 Satz 2 SGB V werden Abschluß und Ablehnung des Versorgungsvertrages mit der Genehmigung durch die zuständige Landesbehörde wirksam. Die genannten Verbände handeln hiernach bei Abschluß und Ablehnung gemeinsam und einheitlich.

Die Klage richtet sich nach dem Klagevorbringen nicht gegen die Vertreter, die für die Gesamtheit der Verbände bei der Ablehnung aufgetreten sind, sondern gegen diese Verbände. Hierzu gehören nach dem Kopf des Ablehnungsschreibens neben den



5 Beklagten, die am Verfahren beteiligt wurden, auch die Bundesknappschaft und der Verband der Arbeiter-ErsKn, wobei die Bundesknappschaft durch die Beklagte zu 1) und der Verband der Arbeiter-ErsKn durch den Beklagten zu 5) vertreten wurde. Dieser Auslegung entspricht auch die Rechtslage. Der Verband der Arbeiter-ErsKn gehört zu den Verbänden der ErsKn. Die Bundesknappschaft nimmt nach § 212 Abs 3 SGB V die Aufgaben eines Landesverbandes wahr. Sie gehört deshalb wie die Beklagte zu 1), die nach § 207 Abs 4 SGB V die Rechtsstellung eines Landesverbandes hat, zu den Landesverbänden der KKn iS des § 109 SGB V. Die Beklagte zu 1) ist als Rechtsnachfolgerin des im Kopf der Ablehnung genannten AOK-Landesverbandes beteiligt. Ob auch die Seekrankenkasse (See-KK) als Beklagte angesehen werden könnte, wenn sie ebenfalls zu den in § 109 SGB V genannten Verbänden der KKn gehören würde, obgleich sie im Kopf der Ablehnung nicht aufgeführt ist, kann offenbleiben. Denn die See-KK hat nicht die Rechte eines Landesverbandes, wie in einem anderen Revisionsverfahren mit Urteil vom gleichen Tage dargelegt (BSG Urteil vom 29. Mai 1996 - 3 RK 23/95 - für BSGE und SozR vorgesehen). Desgleichen bedarf es nicht der Entscheidung, ob die Klage, wenn sie nur gegen die Beklagten zu 1) bis 5) erhoben worden wäre, schon deshalb als unbegründet abgewiesen werden müßte, weil diese allein ohne die weiteren Beklagten zum Vertragsschluß nicht berechtigt wären.

Die Bundesknappschaft und der Verband der Arbeiter-ErsKn waren in den Vorinstanzen nicht nach den Vorschriften des Gesetzes vertreten. Sie sind zwar zusammen mit den Beklagten zu 1) - 5) notwendige Streitgenossen iS von § 62 Abs 1 ZPO iVm § 74 SGG, so daß "säumige" Streitgenossen als durch die "nicht säumigen" vertreten angesehen werden. Eine notwendige Streitgenossenschaft der Beklagten zu 1) - 5) iS von § 62 Abs 1 ZPO liegt vor, weil die Entscheidung über den Anspruch des Klägers auf Abschluß eines Versorgungsvertrages nach den §§ 108 Nr 3, 109 SGB V nur einheitlich ergehen kann, wie sich aus § 109 Abs 1 Satz 1 1. Halbsatz SGB V ("gemeinsam") ergibt. Die fiktive Vertretung erlaubt es indes nicht, einzelne notwendige Streitgenossen zur mündlichen Verhandlung nicht zu laden. Desgleichen kann offenbleiben, ob die Beklagte zu 1) und der Beklagte zu 5) auch im Gerichtsverfahren Vertretungsmacht für die Bundesknappschaft und den Verband der Arbeiter-ErsKn hatten. Denn die genannten Beklagten haben in den Vorinstanzen weder Erklärungen im Namen der nicht beteiligten Beklagten abgegeben, noch an diese gerichtete Erklärungen entgegengenommen.

Dieser Verfahrensmangel hindert den Senat nicht, das gegen die Beklagten zu 1) bis 5) ergangene insgesamt klagabweisende Urteil des LSG hinsichtlich der Rückwirkung zu bestätigen. Denn die beiden Beklagten, die am Verfahren nicht beteiligt wurden, können hiervon nicht nachteilig betroffen werden. Das BSG hat auch in den insoweit vergleichbaren Fällen der notwendigen Beiladung in der Sache entschieden, wenn diese Entscheidung den Beizuladenden nicht nachteilig berührte (BSGE 69, 138, 140 = SozR 3-2500 § 106 Nr 6; BSGE 66, 144, 146 = SozR 3-5795 § 6 Nr 1).



b) Die Klage ist hinsichtlich des Versorgungsvertrages, insbesondere hinsichtlich der insoweit begehrten Rückwirkung, zulässig. Die Ablehnung eines Versorgungsvertrages ist ein Verwaltungsakt, der von der Gesamtheit der in § 109 Abs 1 Satz 1 SGB V bezeichneten Verbänden der gesetzlichen KKn zu erlassen ist, wobei die als Behörde handelnde Gesamtheit durch die genannten Verbände in Gesamtvertretung vertreten wird. Dies hat der Senat im angeführten Urteil näher dargelegt und dabei auch die im vorliegenden Verfahren von beiden Vorinstanzen vertretene Gegenauffassung berücksichtigt (BSG Urteil vom 29. Mai 1996 - 3 RK 23/95 - für BSGE und SozR vorgesehen).

Entsprechend ist die hiergegen erhobene Klage auf Abschluß eines Versorgungsvertrages als kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 4 SGG) auszulegen, obgleich der Kläger nach seinen Anträgen in den Vorinstanzen und im Revisionsverfahren eine reine Leistungsklage erhoben und die Aufhebung des Ablehnungsbescheides nicht beantragt hatte. Das Gericht entscheidet nach § 123 SGG über die erhobenen Ansprüche, ohne an die Fassung der Anträge gebunden zu sein.

Der Zulässigkeit der Klage steht nicht entgegen, daß für die mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage bekämpfte Ablehnung nicht die erforderliche Genehmigung vorliegt. Nach § 109 Abs 3 Satz 2 SGB V werden Abschluß und Ablehnung des Versorgungsvertrages mit der Genehmigung "durch die zuständigen Landesbehörden" (Mehrzahl) wirksam. Damit ist die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde gemeint (Hencke in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, SGB V § 109 RdNr 8; Heinze in Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, Krankenversicherung, § 38 S 997 RdNr 41), nicht die zuständigen Aufsichtsbehörden (so aber Kasseler Kommentar - Hess, SGB V § 109 RdNr 5; Jung in GK-SGB V § 109 RdNr 16). Der Einwand, mit der Regelung habe nach der Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drucks 11/2237 S 198 zu Absatz 3) das bisher bestehende Erfordernis der aufsichtsbehördlichen Genehmigung erhalten bleiben sollen, übersieht, daß insoweit die Formulierung des Entwurfs "durch die zuständigen Aufsichtsbehörden" (aaO S 42), die der Formulierung in § 371 RVO aF "bedürfen der Zustimmung der zuständigen Aufsichtsbehörde" entsprach, nicht Gesetz wurde. Der Bundesrat hatte die Fassung vorgeschlagen "durch die zuständige Landesbehörde" (Einzahl), was nicht näher begründet wurde (BT-Drucks 11/2493 S 29). Mit der im Ausschuß beschlossenen Gesetzesfassung (hier Mehrzahl), sollte dem Anliegen des Bundesrates entsprochen werden, "die Bestimmung der zuständigen Aufsichtsbehörde landesintern zu regeln" (BT-Drucks 11/3480 S 60). Die Verbände der ErsKn wurden nach § 214 Abs 2 SGB V in der Fassung des Gesetzes vom 20. Dezember 1988 der Aufsicht des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung unterstellt und unterstehen nach der Vorschrift in der Fassung durch Gesetz vom 20. Dezember 1991 (BGBl I 2325) der



Aufsicht des Bundesministers für Gesundheit. Die Bundesknappschaft untersteht nach § 90 Abs 4 SGB IV der Aufsicht des Bundesversicherungsamts. Eine Absicht, auch Bundesbehörden als Genehmigungsbehörden vorzusehen, hat im Gesetzestext keinen Ausdruck gefunden. Damit kann nur die nach Landesrecht für die Krankenhausplanung zuständige Behörde gemeint sein. Die im Gesetz verwandte Mehrzahl ("durch die zuständigen Landesbehörden"), reicht zum Hinweis, daß nicht die Planungsbehörde (Einzahl), sondern die Aufsichtsbehörden der beteiligten Kassenverbände gemeint seien, nicht aus. Im übrigen hätte es dann der Klarstellung bedurft, daß eine einzige Aufsichtsbehörde das Rechtswirksamwerden der Mehrheitsentscheidung verhindern kann, oder es hätte in § 123 SGB V die Anwendung des § 213 Abs 2 SGB V über eine Mehrheitsentscheidung auch auf die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörden vorgesehen werden müssen.

Die Genehmigung ist ein Behördeninternum. Sie wird im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung zum Abschluß eines Versorgungsvertrages durch das Endurteil ersetzt. Aus diesem Grunde ist die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde, wenn sie beteiligtenfähig ist (§ 70 SGG), sonst ihr Rechtsträger - hier das Land Schleswig-Holstein, vertreten durch das Ministerium für Arbeit, Soziales und Gesundheit - gemäß § 75 Abs 1 Satz 1 SGG notwendig beizuladen, was hier geschehen ist.

Wird die Ablehnung ohne Genehmigung erlassen, wie dies hier der Fall ist, dann ist der Ablehnungsbescheid zwar schwebend unwirksam. Er ist gleichwohl existent und damit anfechtbar. Der Betroffene ist nicht darauf beschränkt, nur das Fehlen der Genehmigung geltend zu machen, etwa mit einer reinen Anfechtungsklage oder einer Bescheidungsklage. Er darf auch in diesem Falle seinen Anspruch auf Vertragsschluß im Wege der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage verfolgen, wie dies hier geschehen ist. Selbst wenn die beigeladene, nach Landesrecht zuständige Genehmigungsbehörde geltend machen würde, daß die Genehmigung der Ablehnung fehle und auch nicht erteilt werde, was hier nicht der Fall ist, wäre der Streit um die Genehmigung im Rahmen der Klage auf Abschluß eines Versorgungsvertrages auszutragen.

Der Zulässigkeit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage steht nicht entgegen, daß kein Vorverfahren durchgeführt wurde. Ist eine Widerspruchsstelle wie hier nicht bestimmt, so ist gemäß § 85 Abs 2 Nr 1 SGG grundsätzlich die nächsthöhere Behörde für den Erlass des Widerspruchsbescheides zuständig. Hier kämen nur die Aufsichtsbehörden der betroffenen Kassenverbände in Betracht, bei denen es sich jedoch um oberste Bundes- oder Landesbehörden handelt, was gemäß § 85 Abs 2 Nr 1 SGG die Zuständigkeit der Ausgangsbehörde begründet. Deren im Klageverfahren gestellter Antrag auf Abweisung der Klage genügt hier dem Vorverfahrenserfordernis, da Klagegegner und Widerspruchsstelle identisch sind (BSG SozR 1500 § 78 Nrn 8 und 15).



c) Die Revision ist hinsichtlich der begehrten Rückwirkung unbegründet. Der vom Kläger angestrebte "rückwirkende" ("ex tunc") Abschluß eines Versorgungsvertrages nach § 108 Nr 3 SGB V und die "rückwirkende" Annahme der Bereiterklärungen des Klägers nach § 371 RVO bzw eine entsprechende Verurteilung der Beklagten kommen nicht in Betracht. Der Vertrag aufgrund der Annahme der Bereiterklärung begründet den Status als Vertragskrankenhaus (BSGE 51, 126, 131 f = SozR 2200 § 371 Nr 4), der nunmehr durch den Versorgungsvertrag begründet wird. Beide Vertragsarten haben den Charakter einer Statusverleihung mit vielfältigen Folgen, nämlich umfangreichen Rechten und Pflichten, für das Krankenhaus selbst, seinen Träger und die KKn sowie deren Verbände. Eine rückwirkende Begründung und Abwicklung dieser Rechte und Pflichten erweist sich als praktisch undurchführbar. Das gilt insbesondere für die in § 113 SGB V vorgesehene Wirtschaftlichkeitsprüfung der Krankenhausbehandlung in zugelassenen Krankenhäusern. Auch in der Begründung zum Gesetzesentwurf (BT-Drucks 11/2237 S 197 zu Absatz 1) und im Schrifttum (Kasseler Kommentar-Hess, SGB V § 109 RdNr 2; Hencke in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, SGB V § 109 RdNr 3) werden die statusbegründenden Funktionen des Versorgungsvertrages hervorgehoben. Von daher ist eine rückwirkende Statusverleihung, wie auch bei der Zulassung eines (Zahn-)Arztes zur Kassenversorgung (vgl zuletzt BSG SozR 3-5525 § 32b Nr 1) oder wie etwa im Berufs-, Namensänderungs-oder Einbürgerungsrecht (vgl dazu Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl 1994, § 46 RdNr 5) rechtlich nicht möglich (vgl zur Aufnahme in einen Krankenhausplan: BVerwG Buchholz 451.74 § 8 KHG Nrn 3 und 7). Auch in den Materialien zu § 109 SGB V wird der statusbegründende Charakter des öffentlich-rechtlichen Versorgungsvertrages und die Einbeziehung in ein öffentlich-rechtliches Sozialsystem mit Rechten und Pflichten ausdrücklich betont (vgl BT-Drucks 11/2237, S 297 f). Wegen des Rückwirkungsverbots hat das LSG dem Antrag des Klägers, das Verfahren nach § 114 Abs 2 SGG bis zur Entscheidung über seine Klage auf Aufnahme in den Krankenhausplan auszusetzen, zu Recht nicht entsprochen.

3. Da die Klage hinsichtlich der Rückwirkung keinen Erfolg hat, war über die für diesen Fall hilfsweise erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage zu entscheiden. Hat sich der angefochtene Verwaltungsakt während des Rechtsstreits erledigt, insbesondere durch Zeitablauf - wie dies hier fortlaufend wegen der Unmöglichkeit einer rückwirkenden Statusänderung der Fall war -, dann spricht das Gericht nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG auf Antrag aus, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig war, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Die Vorschrift ist unabhängig davon anzuwenden, ob der Verwaltungsakt mit der reinen Anfechtungsklage, mit der Verpflichtungsklage (BSG SozR 4100 § 91 Nr 5; BSG SozR 4100 § 19 Nr 9) oder, wie hier, mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage angefochten wird (BSG Urteil vom 7. September 1988 - 10 RAr 8/87 nicht veröffentlicht). § 131 Abs 1 Satz 3 SGG ermöglicht es auch, wenn der Kläger den Verwaltungsakt nicht als erledigt ansieht, nur hilfsweise die



Fortsetzungsfeststellungsklage zu erheben. Der Übergang vom Anfechtungsantrag (Verpflichtungsantrag, Anfechtungs- und Leistungsantrag) zu einem Fortsetzungsfeststellungsantrag verstößt nicht gegen § 168 SGG und ist auch in der Revisionsinstanz zulässig, wenn sich der angefochtene Verwaltungsakt (das Verpflichtungsbegehren, der Leistungsantrag) erst im Revisionsverfahren erledigt hat (BSG SozR 3-5525 § 32b Nr 1; BSG SozR 3-2500 § 116 Nr 7 S 45; BSGE 74, 257, 258 = SozR 3-5540 § 5 Nr 1). Das ist hier der Fall, soweit der Abschluß eines Versorgungsvertrages für die Zeit ab der Einlegung der Revision betroffen ist. In einem solchen Fall ist die Umstellung auch mit Rückwirkung auf die Zeit ab Erlaß des angefochtenen Verwaltungsaktes zuzulassen, da sich der Streitstoff hierdurch nicht ändert. Der Zweck der Fortsetzungsfeststellungsklage, einer nach Erhebung der Klage eingetretenen Erledigung Rechnung zu tragen, rechtfertigt es nicht, in einem solchen Fall für den relativ unbedeutenden Zeitraum vom Erlaß des Verwaltungsaktes bis zur Klageerhebung den Übergang zur Fortsetzungsfeststellungsklage nicht zuzulassen. Vielmehr ist die Fortsetzungsfeststellungsklage grundsätzlich auch für den Fall der Erledigung des Verwaltungsaktes vor Klageerhebung zulässig, und zwar sowohl nach der Verwaltungsgerichtsordnung (BVerwGE 49, 36, 39; 26, 161, 165; 12, 87, 90) als auch nach dem SGG (aA Meyer-Ladewig, SGG, 5. Auflage, § 131 RdNr 9 mwN).

Der Kläger hat das erforderliche Feststellungsinteresse. Er hat im einzelnen dargelegt, daß er im Falle der begehrten Feststellung einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten erheben will. Insoweit kann ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluß nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist gleichwohl unzulässig, soweit der Kläger die Feststellung begehrt, daß auch die Bescheide, die vor dem angefochtenen Bescheid vom 27. Dezember 1989 über die Ablehnung der Bereiterklärungen ergangen sind, rechtswidrig waren. Diese Bescheide waren nicht Gegenstand der vorliegenden Klage.

Hinsichtlich der im angefochtenen Bescheid enthaltenen Ablehnung eines Versorgungsvertrages (bzw für den Zeitraum 1983 bis 31. Dezember 1988: Ablehnung der Bereiterklärungen) ist die Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig. Sie ist aber unbegründet, soweit sie die Wirkung für die Zeit von 1983 bis zum Erlaß des Ablehnungsbescheides am 27. Dezember 1989 betrifft. Denn die Beklagten waren bei Bescheiderlaß nicht berechtigt, für diesen Zeitraum rückwirkend einen Versorgungsvertrag abzuschließen, wie bereits ausgeführt.

4. Soweit der Kläger den Abschluß eines Versorgungsvertrages mit Wirkung für die Zeit ab Vertragsschluß begehrt und soweit er die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheides für den Zeitraum vom Bescheiderlaß (27. Dezember 1989) bis zum (zukünftigen) Abschluß des begehrten Vertrages beantragt, vermag der Senat die



Begründetheit der auch insoweit zulässigen Klage aufgrund der bisherigen Feststellungen des LSG nicht abschließend zu beurteilen, weshalb die Sache (nur) insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen war.

Ob dem Kläger ab dem 27. Dezember 1989 ein Anspruch auf Abschluß eines Versorgungsvertrages zustand, bestimmt sich nach dem zum 1. Januar 1989 in Kraft getretenen SGB V. Nach § 108 Nr 3 SGB V dürfen die KKn und Verbände der ErsKn die Krankenhausbehandlung ihrer Mitglieder außer durch Hochschulkliniken iS des Hochschulbauförderungsgesetzes (Nr 1) und durch in den Landeskrankenhausplan aufgenommene Krankenhäuser (Plankrankenhäuser - Nr 2) auch durch solche Krankenhäuser durchführen lassen, mit denen ein Versorgungsvertrag abgeschlossen worden ist. Das LSG hat einen Anspruch nach § 109 SGB V verneint, weil das Krankenhaus für eine bedarfsgerechte Krankenhausbehandlung der Versicherten nicht erforderlich sei (§ 109 Abs 3 Nr 2 SGB V).

Die Bedarfsgerechtigkeit hat das LSG zutreffend auf der Grundlage der im Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) geregelten Krankenhausbedarfsplanung geprüft. Nach § 109 SGB V hängt zwar der Abschluß eines Versorgungsvertrages nicht mehr, wie noch nach § 371 RVO, von der "Nichtgefährdung der Ziele des Krankenhausplanes" ab. Insoweit war nach der Rechtsprechung des BSG zu § 371 RVO die Zulassung eines Krankenhauses außerhalb des Bedarfsplanes nur möglich, wenn eine Abwägung aller Interessen unter Gesamtwürdigung aller Ziele des Krankenhausbedarfsplanes - zB Nutzungsgrad der benachbarten Krankenhäuser, dortige Verweildauer, Krankenhaushäufigkeit - ergab, daß diese nicht unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt wurden (vgl BSG aaO, Krauskopf/Schroeder-Printzen, Soziale Krankenversicherung, 2. Aufl Stand Mai 1988, § 371 RVO Anm 3.2). Schon nach dem Wortlaut der §§ 108, 109 SGB V ist die "Gefährdung der Ziele des Krankenhausbedarfsplanes" nicht mehr maßgeblich. Auch nach den Materialien wollte der Gesetzgeber nur "weitgehend" (BT-Drucks 11/2237, S 197), also nicht mehr in vollem Umfang, an den Regelungen des § 371 Abs 1, 2 RVO festhalten; insbesondere entsprechen die Gründe, aus denen der Abschluß eines Versorgungsvertrages abgelehnt werden muß, nur noch "im wesentlichen" (BT-Drucks aaO, S 198), also ebenfalls nicht mehr in vollem Umfang, denjenigen des § 371 RVO.

Aus der Fassung des § 109 Abs 3 SGB V wird jedoch deutlich, daß der Gesetzgeber eng an die §§ 1, 8 Abs 2 KHG anknüpfen wollte. Die Gesamtregelung ist dahin zu verstehen, daß ein Anspruch auf Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan nach dem KHG bzw auf Abschluß eines Versorgungsvertrages nach § 371 Abs 2 RVO (nunmehr § 109 SGB V = § 117 des Gesetzesentwurfs) nur dann ausgeschlossen ist, wenn das Bettenangebot größer ist als der Bettenbedarf (BT-Drucks 2237 S 197, zu § 117, zu Abs 2). Auch für die Beurteilung der Bedarfsgerechtigkeit nach dem KHG kommt es auf



den im Einzugsbereich des Krankenhauses bestehenden konkreten Bedarf an (BVerwG Urteil vom 18. Dezember 1986 - 3 C 67/85 - NJW 1987, 2318). Bei der Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit für den Anspruch eines Krankenhauses auf Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan kommt jedoch den bereits zugelassenen Plankrankenhäusern kein Vorrang zu. Für den Abschluß des Versorgungsvertrages ist demgegenüber von einem Vorrang der zugelassenen Plankrankenhäuser auszugehen. Für diese wird der Abschluß eines Versorgungsvertrages nach § 108 Nr 2 SGB V fingiert. Das schließt es aus, für den durch zugelassene Plankrankenhäuser gedeckten Bedarf zu prüfen, ob das einen Versorgungsvertrag begehrende Krankenhaus diesen Bedarf besser decken kann als die bereits zugelassenen Plankrankenhäuser. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zum KHG, daß lange Wartezeiten für eine Behandlung in dem antragstellenden Krankenhaus darauf hinweisen, daß der Verkehr dieses im Vergleich mit zugelassenen Plankrankenhäusern in einem stärkeren Maße als bedarfsgerecht ansieht, und daß dies als wichtiges Indiz für die Bedarfsgerechtigkeit bei der Aufnahmeentscheidung zu berücksichtigen sei (BVerwGE 62, 86, 105; BVerwG vom 14. November 1985 - 3 C 41/84 - DÖV 1986, 528), die im Rahmen von § 371 RVO zu berücksichtigen war (BSGE 59, 258, 264 = SozR 2200 § 371 Nr 5), kann deshalb nicht im Verhältnis des einen Versorgungsvertrag begehrenden Krankenhauses zu Plankrankenhäusern gelten, sondern nur im Verhältnis der Versorgungsvertrags-Krankenhäuser untereinander. Reichen die Plankrankenhäuser zur Bedarfsdeckung aus, dann bleibt kein Raum für die Prüfung, ob der Bedarf durch den Abschluß des begehrten Versorgungsvertrages besser gedeckt werden kann, wie vom Senat im angeführten Urteil (vom 29. Mai 1996 - 3 RK 23/95 -, für BSGE und SozR vorgesehen) entschieden wurde.

Im übrigen entfaltet der Krankenhausplan weder zum Umfang des Bedarfs noch zum Umfang des durch Plankrankenhäuser gedeckten Bedarfs eine Bindungs- oder Tatbestandswirkung für die Entscheidung über den Versorgungsvertrag. Der Krankenhausplan eröffnet den Kassenverbänden, soweit diese sich bei Anwendung des § 109 SGB V auf ihn berufen, auch keinen gerichtsfreien Beurteilungsspielraum. Der Krankenhausplan ist weder Rechtsnorm noch Verwaltungsakt. Er ist nur eine verwaltungsinterne Maßnahme ohne unmittelbare Rechtswirkung, hat aber eine "Innenwirkung" ähnlich einer allgemeinen Verwaltungsanordnung oder innerdienstlichen Weisung, mit der die den Feststellungsbescheid nach § 8 Abs 1 KHG erlassende Behörde zur Beachtung des Plans angewiesen wird (BVerwG vom 14. November 1985 - 3 C 41/84 - DÖV 1986, 528 = Buchholz 451.74 § 8 KHG Nr 8). An diese Innenwirkung ist nur die Krankenhausplanungsbehörde gebunden, nicht aber die Gesamtheit der in § 109 SGB V genannten Kassenverbände. Diese sind gerade deshalb nicht berechtigt, den Feststellungsbescheid über die Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan anzufechten, weil ihre Rechte in § 109 SGB V eigenständig geregelt sind (BVerwG vom 16. Juni 1994 - 3 C 12/93 - KH 1995, 44).



Die Feststellung des Bedarfs im Krankenhausplan ist von den Gerichten nicht nur im Streit um die Aufnahme in den Krankenhausplan voll zu überprüfen, sondern auch im Streit um den Abschluß eines Versorgungsvertrages. Ein Krankenhaus, das an einer Subventionierung nach dem KHG nicht interessiert ist, wohl aber an der Behandlung der Versicherten, und das deswegen seine Aufnahme in den Krankenhausplan nicht betreibt, wohl aber den Abschluß eines Versorgungsvertrages begehrt, muß nach § 109 SGB V allerdings den Vorrang der zugelassenen Plankrankenhäuser hinnehmen, nicht aber die übrigen Festlegungen im Krankenhausplan. Das LSG hat daher zu Recht zum Bedarf eigene Feststellungen getroffen, die allerdings den Verfahrensrügen der Revision nicht standhalten.

Das LSG hat einen durch Plankrankenhäuser nicht gedeckten Bedarf verneint und ist dabei von den Krankenhausbedarfsplänen (ab 1990: Krankenhausplänen) des Landes Schleswig-Holstein mit den jeweiligen Fortschreibungen ausgegangen. Das LSG geht zum Einzugsbereich des Krankenhauses vom Fachgebiet "Gynäkologie/Geburtshilfe" und dem Planungsgebiet "Flensburg und Umgebung" aus, was Rechtsfehler nicht erkennen läßt und von der Revision nicht angegriffen wird. Für diesen Bereich berechnet das LSG den Bedarf an Krankenhausbetten, wie im Krankenhausplan des Landes vorgezeichnet, auf der Grundlage der im jeweiligen Jahr behandelten Fälle multipliziert mit der Anzahl der erforderlichen Behandlungstage. Bei der Ermittlung der für die im Jahr anfallenden Behandlungstage benötigten Krankenhausbetten geht das LSG davon aus, daß eine "86 %ige Auslastung eines Krankenhausbettes für das betroffene Fachgebiet als Vollauslastung gilt". Diese Regelung berücksichtigt, daß die erforderlichen Behandlungstage sich nicht gleichmäßig auf die Tage eines Jahres verteilen, und dient dazu, die erfahrungsgemäß auftretenden Schwankungen im Verlauf eines Jahres auszugleichen. Die erforderliche Verweildauer je Behandlungsfall haben das LSG und die Beklagten, dem Krankenhausplan folgend, in der Weise bestimmt, daß für die Behandlungsfälle eines Krankenhauses die tatsächliche Verweildauer angesetzt wurde, soweit die durchschnittliche Verweildauer in diesem Krankenhaus unter der landesdurchschnittlichen Verweildauer lag, und die landesdurchschnittliche Verweildauer, wenn diese unter der durchschnittlichen Verweildauer des betroffenen Krankenhauses lag ("Mischmethode").

Die Begründung des LSG, es könne nicht durchgängig von der landesdurchschnittlichen Verweildauer ausgegangen werden, weil diese in den Behandlungsfällen der Krankenhäuser mit einer durchschnittlichen Behandlungsdauer unter dem Landesdurchschnitt einen rechnerischen Bettenbedarf ergebe, obwohl die Versicherten tatsächlich mit den vorhandenen Betten ausreichend versorgt worden seien, wird von der Revision nicht angegriffen. In der Tat würde eine durchgängige Berechnung nach dem Landesdurchschnitt (oder, was rechnerisch zu demselben Ergebnis führt, durchgängig nach der tatsächlichen Verweildauer) nur den Umfang der tatsächlichen



Krankenhausbenutzung ergeben, und zwar unabhängig davon, ob diese iS des Krankenhausbedarfs medizinisch geboten war. Eine solche Berechnungsweise ist nicht geboten.

Wenn jedoch das LSG hieraus folgert, daß dann nur eine nach tatsächlicher Verweildauer und landesdurchschnittlicher Verweildauer gemischte Berechnungsweise in Betracht kommt, so wird dies von der Revision zu Recht beanstandet. Die sich hierbei ergebende Kürzung im Vergleich zur tatsächlichen Benutzung der Krankenhausbetten rechtfertigt allein noch nicht die Annahme, daß in diesem Umfang die Benutzung der Betten medizinisch nicht erforderlich war. Denn auch bei einer Beschränkung auf das medizinisch Notwendige ist die durchschnittliche Verweildauer in den Krankenhäusern unterschiedlich lang und liegt bei einem Teil der Krankenhäuser unter, bei anderen Krankenhäusern über dem Landesdurchschnitt. Aus diesem Grunde führt eine Berechnungsweise, die teilweise von Ist-Zahlen, teilweise vom Landesdurchschnitt ausgeht, im Verhältnis zu den tatsächlich angefallenen Behandlungstagen auch dann zu einer Kürzung, wenn diese medizinisch sämtlich erforderlich waren. Eine Berechnungsweise, die medizinisch erforderliche Behandlungstage "wegrechnet", ist jedoch ebenfalls unzulässig (vgl. zum Problem: Knorr, Das Krankenhaus 1995, 307, 310 f).

Soweit das Tatsachengericht einen Teil der tatsächlich anfallenden Behandlungstage als medizinisch nicht erforderlich ansieht, muß dieser Anteil vielmehr nachvollziehbar ermittelt werden. Insoweit kommen zahlreiche Methoden in Betracht, den Landesdurchschnitt nach dem Maßstab des Erforderlichen und des Notwendigen zu berichtigen, die einen weit engeren Bezug zum medizinisch Gebotenen haben als die angewandte "Mischmethode". Zu denken ist zB an eine Überprüfung des Landesdurchschnitts am Bundesdurchschnitt oder im Vergleich zu ausländischen Erfahrungen (unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten der Vergleichsländer), an eine Einzelfallprüfung mit Hochrechnung und an eine Überprüfung der Behandlungsdauer typischer Erkrankungen; dabei können immer nur deutliche Abweichungen relevant sein.

Insoweit erscheint es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, in Anlehnung an die im Kassenarztrecht zur Wirtschaftlichkeitsprüfung nach der statistischen Methode entwickelten Grundsätze (vgl. BSGE 76, 53 = SozR 3-2500 § 106 Nr 26), bei denjenigen Krankenhäusern, deren durchschnittliche Verweildauer auch bei Einräumung einer erheblichen Toleranzgrenze den Landesdurchschnitt so weit überschreitet, daß von einem krassen Mißverhältnis zu sprechen ist, eine Kürzung vorzunehmen, möglicherweise sogar auf den Landesdurchschnitt. Das krasse Mißverhältnis ist anders als das bloße Überschreiten des Landesdurchschnitts ein Indiz für eine ärztliche Fehlbeurteilung der erforderlichen Verweildauer. Denn es kann erwartet werden, daß im Falle einer tatsächlich bedarfsgerechten Verweildauer zwar Abweichungen zwischen den einzelnen



Krankenhäusern im Rahmen einer gewissen Streubreite auftreten, aber Fälle eines krassen Mißverhältnisses fehlen. Die aufgezeigte statistische Betrachtungsweise würde dann zu keiner Kürzung führen. Sie unterscheidet sich damit grundlegend von der angewandten "Mischmethode".

5. Die weiteren Ausführungen des LSG zur Bedarfsgerechtigkeit beruhen auf der abgelehnten Berechnungsweise. Sie rechtfertigen weder die Annahme, daß das LSG für den Fall der Unzulässigkeit der gemischten Berechnung etwa in Anlehnung an die vom Kläger vorgelegten Berechnungen einen Bedarf feststellen wollte, noch die Annahme, daß das LSG einen ausreichenden Bedarf auch für den Fall einer durchgängigen Berechnung nach Durchschnittswerten verneinen wollte.

Das LSG ist mit Hilfe der von den Beklagten vorgelegten Zahlen für die Jahre 1983 - 1989 sowie 1993 zu einem Bettenüberhang und lediglich für die Jahre 1990 - 1992 zu einem geringfügigen Defizit zwischen 3,8 und 6,4 Betten gekommen, das für eine Bedarfsgerechtigkeit der klägerischen Betten nicht ausreicht. Für 1994 lasse sich trotz unvollständiger Daten ebenfalls ein Bettenüberhang, "für die Zukunft" jedenfalls keine Bedarfsgerechtigkeit zugunsten des Klägers ableiten; dagegen sprächen der ständige Rückgang der Verweildauer, das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. Dezember 1992 (BGBl I, 2266) mit der Möglichkeit ambulanter Operationen sowie die Umstellung auf eine Abrechnung nach Fallpauschalen und Sonderentgelten ab 1995/1996. Schon aus diesem Grunde ist insoweit eine Zurückverweisung zum Zwecke weiterer Feststellungen durch das LSG geboten.

6. Soweit der Rechtsstreit zurückverwiesen wurde, wird das LSG im weiteren Verfahren die Bundesknappschaft und den Verband der Arbeiter-ErsKn als weitere Beklagte zu beteiligen haben.

Sollte das LSG zu dem Ergebnis gelangen, daß ein Bedarf für die Jahre 1990 bis 1993 bestand, nicht aber für 1994, ist die Fortsetzungsfeststellungsklage begründet, weil die Beklagten dann bei Erlass des Ablehnungsbescheides zum Abschluß eines Versorgungsvertrages verpflichtet waren. Zur Klage auf Abschluß eines Versorgungsvertrages für die Zukunft ist zwar vorrangig der zukünftige Bedarf aus der Sicht der neuen mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu berücksichtigen, aber auch zu erwägen, ob der Kläger bei Erfolg der Fortsetzungsfeststellungsklage so zu stellen ist, als ob die Beklagten 1989 oder später den Vertrag abgeschlossen hätten, und ob und wann in diesem Falle später wieder eine Kündigung erfolgt wäre. Insoweit ist an einen Folgenbeseitigungsanspruch und an die entsprechende Anwendung des Herstellungsanspruchs auf das Leistungserbringerrecht zu denken.



Ein Anspruch auf Folgenbeseitigung setzt voraus (vgl. zum Folgenden BSGE 76, 233, 239 = SozR 3-1750 § 945 Nr 1; BVerwGE 69, 366, 367 ff; Meyer-Ladewig, aaO; § 131 RdNr 4; Kopp, VwGO, 10. Aufl 1994, § 113 RdNr 38, 42; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl 1994, § 52 II mwN; Rübner in Erichsen, Allg VwR, 10. Aufl 1995, § 50 V), daß ein rechtswidriger Verwaltungsakt bereits vollzogen oder in anderer Weise - etwa wie hier wegen der Unmöglichkeit rückwirkender Statusverleihung - verwirklicht worden ist, bevor er wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben oder zurückgenommen worden ist. Der Anspruch ist auf Wiederherstellung des tatsächlichen Zustandes vor dem Vollzug oder Herstellung eines jenem Zustand möglichst gleichwertigen Zustandes gerichtet. Er wird durchweg als ein materiell-rechtlicher Anspruch verstanden, der dem Bundesrecht angehört und daher in vollem Umfang revisibel ist; ob die Rechtsgrundlage im Rechtsstaatsprinzip, den Freiheitsgrundrechten, einer Analogie zu § 113 Abs 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) oder einer Übertragung des im Zivilrecht entwickelten wiederherstellenden Beseitigungsanspruchs ins öffentliche Recht gesehen wird (Nachweise bei Wolff/Bachof/Stober aaO, § 52 IIb), kann dabei dahinstehen.

Bedenken gegen die Zulässigkeit des Folgenbeseitigungsanspruchs auch in Bereichen außerhalb des Verwaltungsaktes, insbesondere im Bereich einer angestrebten Leistung, vor allem einer Gewährung (vgl. Wolff/Bachof/Stober aaO § 52 II 5 mwN), teilt der Senat nicht (vgl. bereits BSGE 34, 124, 126 f = SozR § 29 RVO Nr 25; BSG SozR § 1252 RVO Nr 9 = DVBl 1973, 793, 794). Auch das BVerwG verneint insoweit einen Folgenbeseitigungsanspruch nur dann, wenn Besonderheiten eines Sachgebietes entgegenstehen (vgl. die Darstellung bei Rübner aaO, § 50 V 3 mwN). Dem ist mit der Prüfung, ob nach Zulassung des Krankenhauses diesem inzwischen wieder gekündigt worden wäre (vgl. oben), ausreichend Genüge getan.

Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

