

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 3 P 2/12 B

L 4 P 9/06 (LSG Sachsen-Anhalt)
S 26 P 61/97 (SG Magdeburg)

.....,

Klägerin, Beschwerdegegnerin
und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Land Sachsen-Anhalt,
vertreten durch das Ministerium für Arbeit und Soziales des Landes Sachsen-Anhalt,
Turmschanzenstraße 25, 39114 Magdeburg,

Beklagter, Beschwerdeführer und
Beschwerdegegner,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

beigeladen:

Landkreis Harz,
Friedrich-Ebert-Straße 42, 38820 Halberstadt.

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat am 22. November 2012 durch den
Vorsitzenden Richter Dr. H a m b ü c h e n , die Richter S c h r i e v e r
und Dr. S c h ü t z e sowie die ehrenamtlichen Richter H a r m s und H e h r
beschlossen:



Die Beschwerden der Klägerin und des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Landessozialgerichts Sachsen-Anhalt vom 31. August 2011 - L 4 P 9/06 - werden zurückgewiesen.

Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die klagende Gesellschaft betreibt in T. /Sachsen-Anhalt ein Pflegeheim. Sie begehrt vom beklagten Land Sachsen-Anhalt die Gewährung von Fördermitteln für die Erfüllung von Verbindlichkeiten, die sie im Zuge der Errichtung und der Ausstattung des Heimes eingegangen ist. Das Investitionsvolumen belief sich auf 12 972 571,88 Euro. Der Beklagte hat den Förderungsantrag vom 15.4.1996 abgelehnt. Das SG Magdeburg hat den Ablehnungsbescheid vom 27.11.1997 aufgehoben und den Beklagten verurteilt, den Förderungsantrag der Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Das LSG Sachsen-Anhalt hat auf die Berufung des Beklagten das Urteil des SG vom 20.12.2001 geändert und die Klage abgewiesen. Auf die Revision der Klägerin hat der erkennende Senat das Urteil des LSG vom 24.3.2004 aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen (*Urteil vom 26.1.2006 - B 3 P 6/04 R - BSGE 96, 28 = SozR 4-3300 § 9 Nr 2*). Der Senat hat einen Anspruch der Klägerin auf Schuldendiensthilfe nach § 8 Abs 3 des Ausführungsgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt zum Pflege-Versicherungsgesetz (PflegeV-AG) vom 7.8.1996 (*GVBl S 254, berichtigt in GVBl S 262*) dem Grunde nach bejaht, aber nicht abschließend entscheiden können, ob der Beklagte vom SG zu Recht zur Neubescheidung des Förderungsantrages verurteilt worden ist, weil dies davon abhängt, dass im Land Sachsen-Anhalt auch weiterhin noch eine Förderung stationärer Pflegeeinrichtungen nach § 9 SGB XI iVm §§ 7 und 8 PflegeV-AG stattfinde. Eine Vertreterin des Beklagten hatte in der mündlichen Verhandlung am 26.1.2006 behauptet, dass es eine solche Förderung ab dem Jahr 2006 nicht mehr gebe, was einen - von der Sache her stets nur in die Zukunft reichenden - Förderungsanspruch nach § 8 Abs 3 PflegeV-AG ausschließen würde. Dieser Behauptung hatte das LSG im erneut durchzuführenden Berufungsverfahren nachzugehen. Eine Anhörungsrüge und Gegenvorstellungen des Beklagten gegen diese Entscheidung (§ 178a SGG) hat der erkennende Senat zurückgewiesen (*Beschluss vom 28.9.2006 - B 3 P 1/06 C - SozR 4-1500 § 178a Nr 5*).
- 2 Mit notariellem Vertrag vom 31.1.2006 hat die Klägerin ihr Grundeigentum in T. nebst aufstehenden Gebäuden an eine in Luxemburg ansässige Gesellschaft für 11 453 153 Euro verkauft, zugleich aber das Objekt für einen jährlichen Mietzins von 946 000 Euro angemietet. Seit



diesem Zeitpunkt ist die Klägerin nur noch Betreiberin des Pflegeheims. Das Land Sachsen-Anhalt hat die Förderung stationärer Pflegeeinrichtungen ab dem Haushaltsjahr 2006 ganz eingestellt und durch das Gesetz zur Änderung sozial- und gesundheitsrechtlicher Gesetze vom 10.8.2007 (GVBl S 306) die §§ 6 bis 8 PflegeV-AG aufgehoben.

- 3 Im erneut durchgeführten Berufungsverfahren hat die Klägerin den Förderungsantrag aufrecht- erhalten, weil auch eine rückwirkende Bewilligung der Schuldendiensthilfe rechtlich möglich sein müsse, den Zahlungsanspruch aber hilfsweise auf die Verpflichtung des Beklagten zur Folgenbeseitigung und zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes gestützt. Das LSG hat mit Urteil vom 31.8.2011 - L 4 P 9/06 - die auf Neubescheidung des Förderungsantrages gerichtete, als Hauptantrag geltend gemachte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 54 Abs 1 SGG) als unzulässig angesehen, weil nach den bindenden Rechtsausführungen des BSG (§ 170 Abs 5 SGG) im zurückweisenden Urteil vom 26.1.2006 die Förderung in Form einer Schuldendiensthilfe nach § 8 Abs 3 PflegeV-AG nur für die Zukunft hätte gewährt werden können, im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem LSG (31.8.2011) aber die Rechtsgrundlage entfallen sei, weil der Landesgesetzgeber die §§ 6 bis 8 PflegeV-AG im Jahre 2007 aufgehoben habe. Der Ablehnungsbescheid vom 27.11.1997 habe sich dadurch erledigt und für dessen Aufhebung fehle es ebenso am Rechtsschutzbedürfnis wie für die Neubescheidung des Förderungsantrages. Die hilfsweise erhobene Leistungsklage (§ 54 Abs 5 SGG) auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung bestimmter Beträge "als Beseitigung für die Folgen der rechtswidrigen Verweigerung von Schuldendiensthilfe" (erster Hilfsantrag) hat das LSG ebenfalls als unzulässig erachtet, weil im sozialgerichtlichen Verfahren nach dem SGG eine Folgenbeseitigung in Form von Geldleistungen nicht geltend gemacht werden könne. Ein Folgenbeseitigungsanspruch könne nur bei Beeinträchtigung eines Freiheitsgrundrechts oder eines gleichgestellten Anspruchs auf Unterlassung entstehen, nicht jedoch bei einer Verletzung von Leistungspflichten, für die ein Amtshaftungsanspruch vor den Zivilgerichten geltend zu machen sei. Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch scheide von vornherein aus; er bestehe nur dort, wo die Herstellung des Zustandes, der ohne die Rechtsverletzung eingetreten wäre, durch eine Amtshandlung im Rahmen von sozialrechtlichen Anspruchsgrundlagen möglich sei. Die wiederum dazu hilfsweise erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 131 Abs 1 S 3 SGG) mit dem Antrag festzustellen, dass die Versagung der beantragten Förderleistung rechtswidrig gewesen sei (zweiter Hilfsantrag), hat das LSG hingegen als zulässig und begründet angesehen. Die Klägerin bleibe insoweit trotz des Eigentümerwechsels zum 31.1.2006 klagebefugt und aktivlegitimiert, weil die begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheides vom 27.11.1997 der Vorbereitung eines von der Klägerin ernsthaft ins Auge gefassten Amtshaftungsprozesses gegen den Beklagten diene, in dem es dann um Schadensersatz für die aus der wettbewerbswidrigen Förderpraxis des Beklagten resultierenden finanziellen Nachteile der Klägerin aus der Zeit bis zum 31.1.2006 gehen werde. Die Klägerin könne daher ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung geltend machen.



- 4 Gegen die Nichtzulassung der Revision im Berufungsurteil vom 31.8.2011 wendet sich die Klägerin mit ihrer Beschwerde vom 8.2.2012, soweit das LSG den Hauptantrag und den ersten Hilfsantrag als unzulässig erachtet hat. Sie macht die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG) geltend. Die Beschwerde des Beklagten vom 27./30.1.2012 richtet sich gegen die Stattgabe der Fortsetzungsfeststellungsklage; das Rechtsmittel wird sowohl auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache als auch auf Verfahrensfehler des LSG (§ 160 Abs 2 Nr 3 SGG) gestützt.

II

- 5 Beide Nichtzulassungsbeschwerden können keinen Erfolg haben. Dabei kann es offenbleiben, ob die Beschwerden überhaupt formgerecht begründet worden sind (§ 160a Abs 2 S 3 SGG). Jedenfalls sind die Voraussetzungen der Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache und wegen Verfahrensfehlern, auf denen die angefochtene Entscheidung beruhen kann, nicht erfüllt (§ 160 Abs 2 Nr 1 und 3 SGG).
- 6 1. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin ist unbegründet, weil den von ihr aufgeworfenen Rechtsfragen im vorliegenden Rechtsstreit keine grundsätzliche Bedeutung zukommt.
- 7 a Die Klägerin hat zwei Rechtsfragen formuliert:
)
- (1) Hat der Antragsteller einer im Ermessen stehenden Förderleistung (hier: Schuldendiensthilfe nach § 8 Abs 3 PflegeV-AG) bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen und der Reduzierung des Entscheidungsermessens dem Grunde nach auf Null als Folgenbeseitigungs- oder Wiederherstellungsanspruch nach Wegfall der anspruchsbegründenden Norm einen der Entscheidung durch die Zivilgerichtsbarkeit entzogenen Anspruch auf Ausgleich in Geld wegen solcher Nachteile, die unmittelbare Folge der Nichtgewährung der beanspruchbaren Leistung vor dem Normenwegfall sind?
 - (2) Sind Verbindlichkeiten, auf deren Ablösung der Anspruchsberechtigte vor dem Wegfall der Norm Anspruch hatte, unmittelbarer Nachteil im Sinne des aus dem Folgenbeseitigungs-/Wiederherstellungsanspruch herleitbaren Anspruchs auf Wiedergutmachung?
- 8 b) Diese Rechtsfragen sind von der Klägerin zwar ausdrücklich sowohl zum Hauptantrag (Anfechtungs- und Verpflichtungsklage) als auch zum ersten Hilfsantrag (Leistungsklage) formuliert



worden, können jedoch beim Hauptantrag keine Rolle spielen, weil sie dort weder klärungsfähig noch klärungsbedürftig und deshalb auch nicht entscheidungserheblich sind.

- 9 Die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage richtet sich gegen den Ablehnungsbescheid vom 27.11.1997 und zielt ab auf die Neubescheidung des Förderungsantrages vom 15.4.1996. Nach dem Urteil des erkennenden Senats vom 26.1.2006 kam als einzig denkbare Förderleistung die Schuldendiensthilfe nach § 8 Abs 3 PflegeV-AG in Betracht. Der Klägerin stand diese Leistung wegen einer Ermessensreduzierung auf Null dem Grunde nach zu, weil die Gewährung verfassungsrechtlich geboten war (*Art 3 und 12 GG*), um den Wettbewerbsnachteil aus der - im Einzelfall bis zu 100 % der Kosten reichenden - öffentlichen Förderung konkurrierender, neu errichteter Pflegeheime im gebotenen Umfang auszugleichen. Eine Verurteilung zur Zahlung der - ausschließlich in die Zukunft gerichteten - Schuldendiensthilfe in einem konkreten Umfang schied dagegen aus, weil dem Beklagten hinsichtlich der Höhe der Leistung, der Laufzeit und sonstiger Modalitäten noch Ermessen eingeräumt war. Die Schuldendiensthilfe konnte nur insoweit verlangt werden, als sie im Zeitpunkt der Revisionsentscheidung (26.1.2006) noch notwendig war, um den Betrag der den Heimbewohnern in Rechnung zu stellenden betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen (§ 82 Abs 3 SGB XI) soweit zu senken, dass das Pflegeheim der Klägerin am Markt in dieser Beziehung wettbewerbsfähig auftreten konnte. War kein Wettbewerbsnachteil mehr feststellbar, konnte auch eine Schuldendiensthilfe mangels Erforderlichkeit nicht mehr beansprucht werden. Der erkennende Senat konnte den Beklagten lediglich deshalb nicht selbst zur Neubescheidung verurteilen, weil nicht feststand, ob der Landesgesetzgeber für das Jahr 2006 überhaupt noch Haushaltsmittel für die Förderung von Pflegeheimen nach den §§ 7 und 8 PflegeV-AG bereitgestellt hatte. Die Förderung stand unter Haushaltsvorbehalt (§ 7 Abs 2 PflegeV-AG), setzte also die Bereitstellung finanzieller Mittel im Haushalt grundsätzlich voraus, wobei lediglich die etwaige Ausklammerung einer Förderung nach § 8 Abs 3 PflegeV-AG im Verhältnis zur Klägerin aus verfassungsrechtlichen Gründen unbeachtlich war, solange eine Förderung von Pflegeheimen überhaupt noch stattfand.
- 10 Von dem mit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage erfassten Anspruch auf die Schuldendiensthilfe ist der mit der Leistungsklage zu verfolgende Anspruch auf Zahlung eines "Ausgleichs" wegen der rechtswidrigen Versagung der Schuldendiensthilfe zu unterscheiden. Er setzt die rechtswidrige Ablehnung der Leistung und die Unmöglichkeit ihrer nachträglichen, rückwirkenden Gewährung gerade voraus, konnte also schon deshalb nicht selbst Gegenstand des neu zu bescheidenden Förderungsantrages sein. Die aufgeworfenen Rechtsfragen sind daher im Rahmen des Hauptantrages ohne Belang.
- 11 c) Auch bezüglich des ersten Hilfsantrages kann die Beschwerde der Klägerin nicht zum Erfolg führen. Die beiden Rechtsfragen könnten zwar bei diesem Leistungsbegehren eine Rolle spielen, sind indes aber nicht in einem nachfolgenden Revisionsverfahren klärungsfähig, weil es von vornherein an der sozialgerichtlichen Zuständigkeit fehlt.



- 12 aa) Die Klägerin charakterisiert den von ihr erwogenen Anspruch als "der Entscheidung durch die Zivilgerichtsbarkeit entzogen", will das Begehren also nicht als Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB iVm Art 34 GG) verstanden wissen, der in einem Amtshaftungsprozess vor dem Landgericht (§ 71 Abs 2 Nr 2 GVG) geltend gemacht werden müsste.
- 13 bb) Eine Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit wegen eines Folgenbeseitigungsanspruchs nach § 131 Abs 1 SGG (*dazu Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 131 RdNr 4 mwN*) oder eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs scheitert bereits daran, dass als Anknüpfungspunkt nicht die Verletzung einer dem Sozialrecht angehörenden Vorschrift geltend gemacht werden kann. Als verletzte Vorschrift kommt allein § 8 Abs 3 PflegeV-AG in Betracht, und diese Regelung gehört als Teil des öffentlichen Zuwendungsrechts bzw Förderungsrechts dem allgemeinen öffentlichen Recht, nicht aber dem Sozialrecht an. In Erwägung zu ziehen wäre daher allenfalls ein auf Folgenbeseitigung bzw Nachteilsausgleich gerichteter Rechtsstreit vor einem Verwaltungsgericht (VG).
- 14 Schon der vorliegende Rechtsstreit um die Gewährung einer Schuldendiensthilfe nach § 8 Abs 3 PflegeV-AG hätte an sich von den Verwaltungsgerichten entschieden werden müssen. Zu Recht hatte die Klägerin am 23.4.1997 Klage vor dem VG Magdeburg erhoben. Die Verweisung des Rechtsstreits an das SG Magdeburg (*Beschluss vom 14.5.1997*) war rechtswidrig, aber für das SG bindend (§ 17a Abs 2 S 3 GVG), weil die Grenze zur Willkür noch nicht überschritten war (*BGH NJW 2002, 2474; BAGE 105, 305 = MDR 2003, 1010*). Zum Zeitpunkt der Verweisung war der hier betroffene erste Hilfsantrag noch nicht Streitgegenstand, sodass die Bindungswirkung des § 17a Abs 2 S 3 GVG auf den Hauptantrag beschränkt ist.
- 15 cc) Die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit für den ersten Hilfsantrag kann sich auch nicht aus § 17a Abs 2 S 3 GVG iVm § 99 Abs 3 SGG ergeben. Der erste Hilfsantrag unterscheidet sich vom Hauptantrag nicht nur hinsichtlich des Antrages, sondern auch durch den Sachverhalt und den Klagegrund. Daher ist von einer echten Klageänderung iS des § 99 Abs 1 SGG auszugehen, die jedoch unzulässig ist. Das LSG hat den Antrag als "im sozialgerichtlichen Verfahren unzulässig" bewertet, weil es bei der begehrten "Beseitigung der Folgen der rechtswidrigen Verweigerung von Schuldendiensthilfe" um die Verletzung einer Leistungspflicht geht, die nur im Wege der Amtshaftung geltend gemacht werden könne (*BSGE 41, 126, 127 = SozR 7610 § 242 Nr 5 und BSGE 41, 260, 261 = SozR 4100 § 151 Nr 3*). Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch scheide als Instrument der Folgenbeseitigung schon systembedingt aus, weil er nur im Rahmen sozialrechtlicher Anspruchsgrundlagen zur Anwendung kommen könne. Mit der Verneinung des Rechtsweges zu den Sozialgerichten und der Verweisung auf den Amtshaftungsanspruch hat das LSG die Klageänderung als nicht sachdienlich eingestuft,



sodass der erkennende Senat an der Prüfung der Rechtswegfrage nicht gemäß § 17a Abs 5 GVG gehindert war.

- 16 Der Beklagte hat zwar der Klageänderung nicht widersprochen und sich auf den ersten Hilfsantrag sachlich eingelassen (§ 99 Abs 2 SGG). Damit allein konnte jedoch die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit nach § 17a Abs 2 S 3 GVG iVm § 99 Abs 2 SGG nicht begründet werden, weil es an der ebenfalls notwendigen Zustimmung des beigeladenen Landkreises fehlt (*Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 99 RdNr 8a*); der Beigeladene hat sich vor dem LSG weder geäußert noch einen Antrag gestellt.
- 17 Im Übrigen bleibt anzumerken, dass der erkennende Senat auf die fehlende Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit für eine auf Schadensersatz oder Folgenbeseitigung gestützte Klage schon in seinem Beschluss vom 28.9.2006 - B 3 P 1/06 C - (*SozR 4-1500 § 178a Nr 5 RdNr 11*) ausdrücklich hingewiesen hat.
- 18 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten ist ebenfalls unbegründet.
- 19 a) Der Beklagte sieht einen Verfahrensverstoß des LSG darin, dass es die als zweiten Hilfsantrag geltend gemachte Fortsetzungsfeststellungsklage als begründet angesehen hat. Das LSG habe die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (Hauptantrag) nicht als im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (31.8.2011) zulässig und ohne die Aufhebung der §§ 6 bis 8 PflegeV-AG durch das Gesetz vom 10.8.2007 begründet ansehen dürfen, weil die Erledigung dieser Klage nicht erst durch Streichung der Rechtsgrundlage eingetreten sei, sondern schon durch die Veräußerung des Pflegeheimes an das Luxemburger Unternehmen am 31.1.2006; denn dadurch sei auch der - stets in die Zukunft gerichtete - Anspruch auf Schuldendiensthilfe, der nach § 8 Abs 3 PflegeV-AG an das Eigentum an dem Pflegeheim gekoppelt gewesen sei, entfallen, sodass die Klägerin zum 31.1.2006 ihre Klagebefugnis und Aktivlegitimation verloren habe. Die Klägerin habe nicht dargetan, dass sie weiterhin den zu Herstellungszwecken in den Jahren 1992 bis 1994 eingegangenen Verbindlichkeiten unterliege; vielmehr habe sie nach eigenen Angaben das Grundeigentum in T. verkauft (und das Pflegeheim sofort zurückgemietet), um diese Verbindlichkeiten abzulösen. Dafür spreche auch der sehr nahe an die Investitionskosten (12 972 571,88 Euro) heranreichende Kaufpreis (11 453 153 Euro).
- 20 Ein für die Entscheidung wesentlicher Verfahrensfehler ist dem LSG nicht vorzuwerfen. Es ist zwar richtig, dass nicht erst durch die Streichung des § 8 Abs 3 PflegeV-AG im Jahre 2007 der Anspruch auf Schuldendiensthilfe entfallen ist. Als erledigendes Ereignis kann aber auch nicht auf die Veräußerung des Grundeigentums am 31.1.2006 abgestellt werden, wie der Beklagte meint. Vielmehr ist die Erledigung bereits durch die endgültige Einstellung jeglicher öffentlicher Förderung von stationären Pflegeeinrichtungen nach den §§ 7, 8 PflegeV-AG zum 1.1.2006 eingetreten. Die völlige Einstellung dieser Förderung hat der erkennende Senat in dem zurückver-



weisenden Urteil vom 26.1.2006 (*dort RdNr 45*) als maßgebliches Ereignis für den Wegfall des Anspruchs auf Schuldendiensthilfe benannt. Dem LSG könnte also allenfalls in dieser Hinsicht ein Verstoß gegen die Bindungswirkung (§ 170 Abs 5 SGG) des Urteils vom 26.1.2006 vorgehalten werden. Aber auch dies wäre kein für die Entscheidung des LSG wesentlicher Verfahrensfehler, weil der Fortsetzungsfeststellungsklage auch bei Heranziehung der Förderungseinstellung zum 1.1.2006 als erledigendes Ereignis hätte stattgegeben werden müssen. Zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin noch Eigentümerin des Pflegeheimes und Schuldnerin der zu Herstellungszwecken eingegangenen Verbindlichkeiten. Frühestens zum 31.1.2006 hätte sie also den Anspruch auf Schuldendiensthilfe verlieren können. Ob die Verbindlichkeiten durch die Veräußerung am 31.1.2006 abgelöst und getilgt, auf die Erwerberin übergegangen oder bei der Klägerin verblieben sind, hat das LSG nicht festgestellt. Diese Frage kann aber offenbleiben, weil die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheides vom 27.11.1997 im berechtigten Interesse der Klägerin lag, um Ansprüche aus der rechtswidrig verweigerten Schuldendiensthilfe aus der Zeit bis zum 31.12.2005 in einem Folgeprozess auf einer gesicherten Grundlage geltend machen zu können. In Betracht kommt zB ein Anspruch auf Ersatz des bis zum 31.12.2005 erlittenen Schadens in Form entgangenen Gewinns, der aus einer etwaigen Unterbelegung des Pflegeheimes als Folge einer wegen der Leistungsverweigerung unnötig hoch ausgefallenen Umlage der Investitionsaufwendungen (§ 82 Abs 3 SGB XI) resultiert. Auch das LSG weist zu Recht darauf hin, dass es (auch) um die Sicherung von Ansprüchen geht, die auf die wettbewerbsrechtliche Benachteiligung der Klägerin in der Vergangenheit zurückzuführen sind. Ob ein solcher Folgeprozess letztlich zum Erfolg führen kann, was der Beklagte zB hinsichtlich eines Amtshaftungsprozesses wegen - aus seiner Sicht - fehlenden Verschuldens des den Ablehnungsbescheid verfassenden Behördenmitarbeiters verneint (§ 839 BGB), kann im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage offenbleiben.

- 21 b) Die Klägerin erkennt ferner einen Verfahrensverstoß des LSG darin, dass es die Bindungswirkung des rechtskräftigen Urteils des VG Magdeburg vom 29.4.2003 - 3 A 702/99 - nach § 121 VwGO nicht beachtet habe. In jenem Verfahren hatte sich die Klägerin mit einer gegen den Beklagten gerichteten Anfechtungsklage gegen die öffentliche Förderung eines 1999 in der Nähe von T. errichteten Pflegeheims durch den Beklagten (*Förderbescheid vom 21.5.1999*) gewandt. Das VG hatte die Klage abgewiesen, weil die Förderung des konkurrierenden Pflegeheimes rechtmäßig sei und den Grundsatz der Wettbewerbsgleichheit nicht verletze. Da dieses VG-Urteil auch schon vor dem zurückweisenden Urteil vom 26.1.2006 vorgelegen habe und dem BSG hätte Veranlassung geben müssen, den Ablehnungsbescheid vom 27.11.1997 als rechtmäßig einzustufen und den Anspruch auf Schuldendiensthilfe nicht, wie geschehen, als dem Grunde nach bestehend anzusehen, komme zusätzlich ein Verstoß gegen die Bindungswirkung nach § 170 Abs 5 SGG in Betracht, weil gerade keine Bindungswirkung vorgelegen habe.



Ein Verfahrensverstoß des LSG liegt nicht vor, weil nicht die Art und der Umfang der öffentlichen Förderung konkurrierender, neu errichteter Pflegeheime nach §§ 7 und 8 Abs 1 PflegeV-AG rechtswidrig war, sondern die Versagung der Schuldendiensthilfe, die den aus der Förderung der konkurrierenden Pflegeheime resultierenden wettbewerbsrechtlichen Nachteil der Klägerin kompensieren sollte. Nichts anderes besagt das Urteil des erkennenden Senats vom 26.1.2006 (*dort RdNr 42, 43*). Das VG Magdeburg hat die aus der Förderung der konkurrierenden Pflegeheime resultierende Wettbewerbssituation der Klägerin möglicherweise anders beurteilt als der erkennende Senat, aber nicht zugleich entschieden, dass der Klägerin kein Anspruch auf Schuldendiensthilfe zustehe. Das Urteil des VG Magdeburg war also für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits von vornherein unerheblich.

- 23 c) Die Klägerin sieht einen Verfahrensfehler des LSG in der von ihm angenommenen Bindung (§ 170 Abs 5 SGG) an die Aussage des Urteils vom 26.1.2006, der Anspruch auf Schuldendiensthilfe bestehe dem Grunde nach, weil das BSG hierzu unter Verletzung verfassungsrechtlicher Normen, insbesondere der Vorlagepflicht nach Art 100 Abs 1 GG, gelangt sei und deshalb eine Bindungswirkung entfalle. Dazu führt der Beklagte mehrere rechtliche Erwägungen an, die aus seiner Sicht das BSG bei zutreffender Beurteilung der Rechtslage hätte veranlassen müssen, entweder die grundsätzliche Anspruchsberechtigung der Klägerin zu verneinen oder zumindest die Sache dem BVerfG vorzulegen.
- 24 aa) Auch diese Rüge greift nicht durch. Die Argumente des Beklagten sind bereits im Urteil vom 26.1.2006 sowie im Beschluss vom 28.9.2006 zur Anhörungsrüge abgehandelt und als nicht stichhaltig bezeichnet worden. Neue Argumente, die zu einer abweichenden Beurteilung der Rechtslage führen könnten, trägt der Beklagte nicht vor.
- 25 bb) Abgesehen davon sind tragende Rechtsausführungen in einem zurückverweisenden Urteil aber selbst dann bindend, wenn sie vom Berufungsgericht als unrichtig betrachtet werden oder sogar verfassungsrechtliche Bedenken bestehen (*BGH NJW 2007, 1127; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 170 RdNr 10a*). Erst wenn das Berufungsgericht zu der Überzeugung gelangt, das Revisionsgericht hätte den Rechtsstreit wegen eines entscheidungserheblichen verfassungsrechtlichen Problems dem BVerfG nach Art 100 Abs 1 GG vorlegen müssen, hätte also den Rechtsstreit nicht ohne diese Vorlage zurückverweisen dürfen, kommt überhaupt ein Wegfall der Bindungswirkung nach § 170 Abs 5 SGG in Betracht (*BVerwG NVwZ-RR 1989, 506, 507; Leitherer, aaO, § 170 RdNr 11b*). Das LSG hat sich mit der Frage der Bindungswirkung inhaltlich auseinandergesetzt und diese uneingeschränkt bejaht. Gegenteiliges trägt auch der Beklagte hierzu nicht vor.
- 26 cc) Soweit der Beklagte die Bindungswirkung auch wegen des Urteils des BVerwG vom 30.6.2011 - 3 A 1/10 - zu Art 52 PflegeVG (*Buchholz 11 Art 104a GG Nr 24*) verneint, ist die Verfahrensrüge ebenfalls zurückzuweisen. Das Urteil ist mit der Entscheidung des



erkennenden Senats vom 26.1.2006 vereinbar, weil die rechtlichen Ansätze (grundsätzlicher Haushaltsvorbehalt der Förderung und grundsätzliches Ermessen der Bewilligungsbehörde) übereinstimmen. Über die Ansprüche eines durch die Förderung des Konkurrenzunternehmens benachteiligten Marktteilnehmers enthält das Urteil des BVerwG keine Aussage. Deshalb kann die Frage offenbleiben, ob ein später ergangenes Urteil eines anderen Bundesgerichts die Bindungswirkung des zuvor ergangenen zurückverweisenden Urteils überhaupt beseitigen kann.

- 27 d) Die Argumente, die zur Durchbrechung der Bindungswirkung vorgetragen worden sind, trägt der Beklagte mit anderen Formulierungen auch als Rechtsfragen vor, die aus seiner Sicht von grundsätzlicher Bedeutung sind. Diese Rüge kann gleichfalls nicht zur Zulassung der Revision führen, weil der erkennende Senat auf diese Rechtsfragen der Sache nach schon im Urteil vom 26.1.2006 sowie im Beschluss vom 28.9.2006 eingegangen ist und sie deshalb im nachfolgenden Revisionsverfahren nicht entscheidungserheblich wären, weil sie die Bindungswirkung nach § 170 Abs 5 SGG nicht zu beseitigen vermögen.
- 28 3. Von einer weiteren Begründung für die Zurückweisung beider Beschwerden wird gemäß § 160a Abs 4 S 2 SGG abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen der Revisionszulassung beizutragen.
- 29 4. Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 Abs 1 und 4 SGG in der bis zum 1.1.2002 geltenden und hier noch anwendbaren Fassung.

