

L 2 P 1/21 B ER
S 19 P 1/21 ER



Dr. Ulbrich & Kaminski

RECHTSANWÄLTE | NOTAR

Grabenstr. 12 | 44787 Bochum

Telefon +49 (0)234 579 521 - 0

Telefax +49 (0)234 579 521 - 21

E-Mail: kontakt@ulbrich-kaminski.de

www.ulbrich-kaminski.de

LANDESSOZIALGERICHT FÜR DAS SAARLAND

BESCHLUSS

In dem Beschwerdeverfahren

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Ulbrich & Kaminski, Grubenstraße 12, 44787 Bochum

gegen

1. AOK Rheinland-Pfalz/Saarland, vertreten durch den Vorstand, Halbergstraße 1, 66121 Saarbrücken
2. BKK Landesverband Mitte, vertreten durch den Vorstand, Wallstraße 88, 55122 Mainz
3. Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See, vertreten durch den Vorstand, St. Johanner Straße 46-48 66111 Saarbrücken
4. IKK Südwest, vertreten durch den Vorstand, Berliner Promenade 1, 66111 Saarbrücken
5. Landwirtschaftliche Krankenkasse, vertreten durch den Vorstand, Weißensteinstraße 70-72, 34131 Kassel
6. Verband der Ersatzkassen e.V. VdEK, vertreten durch den Vorsitzenden, Askanischer Platz 110963 Berlin

gemeinsam handelnd als Landesverbände der Pflegekassen

- Antragsgegnerinnen und Beschwerdegegnerinnen -

Proz.-Bev. der Antragsgegner zu 1) bis 3) und 5) bis 6): Anna Zawadska, Astrid Karg, Jens Hirschmann, Daniel Simon, Dr. Stephan-Georg Zacharias im Hause der IKK Südwest, Hafestraße 16, 66111 Saarbrücken

hat der 2. Senat des Landessozialgerichts für das Saarland durch

den Vizepräsidenten des Landessozialgerichts Wagner
und die Richter am Landessozialgericht Kirchdörfer und Simon

am 16. September 2021 ohne mündliche Verhandlung

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts für das Saarland vom 15.6.2021 aufgehoben.

Die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 1.3.2021 wird angeordnet.

Die Antragsgegnerinnen tragen die Kosten des Verfahrens.

Gründe:

I.

Im Streit steht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, ob die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 1.3.2021, mit dem die Antragsgegnerinnen den Versorgungsvertrag mit der Antragstellerin gekündigt haben, anzuordnen ist.

Die Antragstellerin betreibt unter der Geschäftsbezeichnung
(nachfolgend:) einen Pflegedienst in der Form eines Einzelunternehmens. Sie schloss im Jahr 1995 mit den Antragsgegnerinnen bzw. deren Rechtsvorgängern (nachfolgend: Antragsgegnerinnen) einen Versorgungsvertrag nach § 72 SGB Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) über häusliche Pflege. Der Pflegedienst hatte das Institutionskennzeichen IK (§ 293 Fünftes Buch Sozialgesetz - SGB V). Im Jahr 2004 schloss sie auf der Grundlage eines Rahmenvertrags außerdem Versorgungsverträge nach §§ 132, 132a SGB V über die einheitliche Versorgung mit häuslicher Krankenpflege und Haushaltshilfe im Saarland, beginnend zum 1.8.2004. Der Pflegedienst war unter der genannten Bezeichnung jedenfalls bis Ende 2019 tätig.

Am 6.11.2019 wandte sich die Antragstellerin an die AOK Rheinland-Pfalz/Saarland und teilte mit, dass sie zum Jahreswechsel ihren Pflegedienst in eine GmbH & Co KG umwandeln werde. Sie wolle ihren Bestandsschutz nicht aufgeben.

Am 30.12.2019 wurden ein Vertrag über die Gründung der
GmbH sowie ein Vertrag über die Gründung der
GmbH & Co KG (nachfolgend: GmbH & Co KG) abgeschlossen.
Die GmbH und die GmbH & Co KG wurden am 12.3. und 7.4.2020 in das Handelsregister

des Amtsgerichts Saarbrücken eingetragen (HRB [redacted] und HRA [redacted]). Die Bundesagentur für Arbeit (BA) erteilte die Betriebsnummer [redacted]. Die Antragstellerin meldete ein Gewerbe für die Betriebsstätte [redacted] mit Beginn am 1.1.2020 an. Das Finanzamt Saarbrücken teilte eine Steuernummer für die GmbH & Co KG zu. Die Arbeitsgemeinschaft für Institutionskennzeichen (ARGE-IK) vergab das Institutionskennzeichen [redacted].

Die Antragstellerin legte am 6.1.2020 über ihre damaligen Bevollmächtigten bei der IKK Südwest eine Ausfertigung des Vertrags zur Gründung der GmbH & Co KG vor; alleinige Gesellschafterin der GmbH und alleinige Kommanditistin der GmbH & Co KG ist die Antragstellerin.

Am 8.1.2020 teilte die Antragstellerin mit, sie habe zum 1.1.2020 einen Rechtsformwechsel sowie eine Sitzverlegung nach [redacted] in die [redacted] vorgenommen. Der nunmehr seit fast 25 Jahren persönlich geführte Betrieb solle weitergeführt werden. Die Pflegedienstleitung und Personal blieben unverändert.

Am 18.5.2020 äußerten die Bevollmächtigten der Antragstellerin u.a., nach § 4 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der GmbH & Co KG vom 30.12.2019 erfolge die Leistung der Einlagen durch Einbringung des Einzelunternehmens „Pflegedienst“ nach näherer Maßgabe eines Einbringungsvertrags. Dieser Einbringungsvertrag sei mit Datum vom 31.12.2019 mit Wirkung zum Ablauf des 31.12.2019 unterzeichnet worden. Die Struktur und Leitung des Pflegedienstes hätten sich durch die Einbringung nicht verändert. In wirtschaftlicher und tatsächlicher Hinsicht werde der Pflegedienst weiterhin von der bisherigen Inhaberin geführt; alle zu treffenden Entscheidungen lägen einzig bei ihr. Die opta data Abrechnungs-GmbH mit Sitz in Essen sei seit dem 1.4.2020 mit der Durchführung und Abwicklung der Abrechnungsvorgänge beauftragt. Die bislang beauftragte Abrechnungsdienstleisterin, die ZAD Zentraler Abrechnungs-Dienst GmbH mit Sitz in Northeim, habe alle Leistungen und Vorgänge unter Verwendung der bisherigen IK-Nummer bis zum 31.3.2020 abgerechnet. Die diesbezüglichen Abrechnungen der ZAD ebenso wie Löhne und Gehälter, Sozialversicherungen usw. seien ab dem 1.1.2020 der GmbH & Co KG zugeordnet und dort entsprechend gebucht worden.

gungsverträge nicht auf den vermeintlichen neuen Rechtsträger übergegangen seien. Da die geplante Einbringung nicht vollzogen worden sei, sei sie - die Antragstellerin - weiterhin als Leistungserbringerin Vertragspartner der Versorgungsverträge. Sie werde nunmehr alle erbrachten Leistungen über die alte IK-Nummer abrechnen.

Am 4.9.2020 beantragte die Antragstellerin beim Sozialgericht für das Saarland (SG) den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel der Feststellung, dass der Versorgungsvertrag gemäß § 72 SGB XI fortbestehe und sie weiterhin die erbrachten Pflegeleistungen abrechnen könne (S 19 P 2/20 ER). Mit Beschluss vom 19.10.2020 stellte das SG im Wege der einstweiligen Anordnung fest, dass der Versorgungsvertrag gemäß § 72 Abs. 2 SGB XI, beginnend zum 1.4.1995, zwischen den Beteiligten weiterhin bestehe und lehnte im Übrigen den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Antragsgegnerinnen hatte keinen Erfolg (Senatsbeschluss vom 25. Januar 2021 - L 2 P 1/20 B ER).

Am 17.12.2020 hörten die Antragsgegnerinnen den zu ihrer Absicht an, den Versorgungsvertrag gemäß § 72 Abs. 2 SGB XI fristlos bzw. fristgerecht zu kündigen, da Verstöße vorlägen, die die charakterliche Eignung und Zuverlässigkeit derart infrage stellten, dass eine notwendige positive Prognose bezüglich einer ordnungsgemäßen Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber den Pflegebedürftigen und den Kostenträgern nicht abgegeben werden könne. Zur Stellungnahme wurde eine Frist bis zum 7.1.2020 eingeräumt.

In einer Stellungnahme vom 6.1.2021 trat die Antragstellerin den Vorwürfen entgegen; sie seien haltlos. Es werde keine Stellungnahme zu den haltlosen Vorwürfen abgegeben.

Mit einem Bescheid der Deutschen Rentenversicherung Bund vom 25.1.2021 wurden von der Antragstellerin für den Prüfzeitraum vom 11.10.2015 bis 29.6.2018 aufgrund einer Betriebsprüfung Nachforderungen zur Sozialversicherung verlangt. Zur Begründung wurde ausgeführt, im Rahmen von durch das Hauptzollamt Saarbrücken-Finanzkontrolle Schwarzarbeit (SKS) durchgeführten Ermittlungen sei festgestellt worden, dass einige be-

rende systematische Falschabrechnung. Beide Verstöße rechtfertigten für sich schon die Kündigung.

- Abrechnung nicht erbrachter Leistungen.

Bei der Versicherten seien Leistungen abgerechnet worden, obwohl diese nicht erbracht worden seien (Akte der Staatsanwaltschaft Saarbrücken , Seite 428-438 und 452).

Leistungsnachweise seien verändert worden und Handzeichen ergänzt worden, nachdem die Versicherten diese unterschrieben hätten.

Auch diese Handlungen samt der damit durchgeführten Falschabrechnungen stellen grobe Vertragsverstöße dar, die eine Kündigung rechtfertigten. Die Abrechnung nicht erbrachter Leistungen stelle nach § 74 Abs. 2 Satz 2 SGB XI für sich bereits einen Grund zur fristlosen Kündigung dar.

- Vertragswidrige Abrechnung von Leistungen/private Rechnungsstellung an Pflegebedürftige.

Durch Herrn : seien für den Pflegedienst Verträge erstellt worden, in denen von Patienten Abschluss-/Kündigungsgebühren in Höhe von 200,00 € verlangt worden seien, was gegen die Bestimmungen des saarländischen Rahmenvertrages gemäß § 75 Abs. 1 SGB XI verstoße. Nach Beendigung der Versorgung der Versicherten würden diese Gebühren als , Abschlussgebühr Kosten Aufbewahrungsdokumente“ in Rechnung gestellt. Dies ergebe sich etwa durch die Privatrechnung vom 12. August 2019 an Frau . Zu den Pflichten eines Pflegedienstes gehöre auch die Führung und Aufbewahrung einer Pflegedokumentation nach § 75 Abs. 1 SGB XI; dies ergebe sich für die häusliche Krankenpflege nach § 25 aus den Bestimmungen des Rahmenvertrages gemäß §§ 132 a, 132 SGB V. Solches sehe überdies auch § 630 f Abs. 3 BGB vor.

- Beschäftigung von Mitarbeitenden ohne Meldung zur Sozialversicherung und Unterlassung der Abgabe von Sozialversicherungsbeiträgen.

Das Beschäftigungsverhältnis der Mitarbeiterin _ als Hauswirtschaftlerin sei nicht zur Sozialversicherung angemeldet worden. Bei der Beschäftigten Geyer habe Herr _ angeboten, die Überstunden von etwa 2 bis 3 Monaten in bar auszuzahlen. Diese systematische Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen sei auch bei der durch die DRV durchgeführten Betriebsprüfung aufgefallen.

- Mehrfacher Verstoß gegen die Dritte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche.

Entgegen § 72 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI in Verbindung mit § 3 Abs. 1 der dritten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche seien die Gehälter nicht pünktlich zum jeweils 15. des Folgemonats ausgezahlt worden.

- Verstoß gegen das Personenbeförderungsgesetz und Falschabrechnung.
Aus der Akte der Staatsanwaltschaft lasse sich entnehmen, dass Mitarbeiter Fahrdienste ohne Vorliegen eines Personenbeförderungsscheins durchgeführt hätten. Außerdem sei der Fahrer J von : aufgefordert worden, für Fahrten mit einer Dauer von 20 Minuten einen Aufwand für 1,5 Stunden Betreuungskosten abzurechnen (Akte 33 Js 239/17, Seite 152-153).
- Freiheitsentziehende Maßnahmen ohne richterlichen Beschluss.
Die Versicherte sei in den Räumlichkeiten des Dienstes untergebracht und im Zimmer eingesperrt worden, ohne dass hierfür ein richterlicher Beschluss vorgelegen habe (Akte 33 Js 239/17, Seite 428-438).
- Verstoß gegen die Verpflichtungen von § 5 und § 14 des Versorgungsvertrags durch den
Die Antragstellerin habe vor Abschluss von Pflegeverträgen standardmäßig verlangt, dass die Pflegebedürftigen bzw. deren Vertreter Vollmachten zu ihren Gunsten ausstellten. Diese Vollmachten kämen einer Generalvollmacht gleich. Dies sei sittenwidrig im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB. Gegenüber dem MDK im Rahmen der Qualitätsprüfung habe die Antragstellerin bestätigt, seit langem vor jeder Versorgung von den Versicherten eine Unterschrift unter diesen Vollmachten zu verlangen. Im Zusammenhang damit sei eine Vielzahl von Versichertenbeschwerden aktenkundig, so der Tochter der Versicherten Frau
.. und Frau . Außerdem sei ein Formular „Mithaftungserklärung“ verwandt worden, wonach Angehörige dem Vertrag als Mithaftende beitreten und wonach die Rechnungslegung neben dem Leistungsnehmer auch gegenüber den Angehörigen erfolgen könne. Eine rechtliche oder vertragliche Grundlage für ein solches Verhalten existiere nicht.
- Verwendung des MDK-Zeichens auf Informationsbögen der Einrichtung ohne Zustimmung.
- Aktuelle Doppelabrechnung bzw. Falschabrechnung bei der Knappschaft.
Der Knappschaft lägen zwei Fälle für Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V vor, für die die Abrechnungsstelle opta-data AbrechnungsgmbH für die GmbH & Co. KG am 14.9.2020 eine Rechnung für den Leistungsmonat August eingereicht habe. Diese Zahlung sei abgelehnt worden. Am 10.11.2020 sei wiederum eine Rechnung für die gleichen Leistungen und den glei-

chen Zeitraum für die eingereicht worden. Das stelle ein unzulässiges Abrechnungsverhalten dar.

- Doppelabrechnung bzw. Falschabrechnung bei Beratungsbesuchen für Versicherte der AOK Rheinland-Pfalz/Saarland.

Es seien Doppelabrechnungen bzw. Falschabrechnungen bei mehreren Versicherten festgestellt worden.

- Doppelabrechnungen von Sachleistungen bei der AOK Rheinland-Pfalz/Saarland. Leistungen aus dem Monat April 2020 seien für die GmbH & Co KG und später über den : abgerechnet worden.

- Vorlage von handschriftlich geänderten Verordnungen der Häuslichen Krankenpflege.

- Abrechnung nicht erbrachter Leistungen bei der AOK im November 2019.

- Abrechnung nicht erbrachter Leistungen bzw. unzulässige Kooperationen: Vorgänge bei der Barmer und AOK Rheinland-Pfalz/Saarland.

Offenbar sei systematisch eine unzulässige Vermischung der beiden Unternehmen und der GmbH & Co KG erfolgt.

- Widersprüchliche Angaben zur Personalisierung des Pflegedienstes.

Zunächst sei vorgetragen worden, das Personal der Einzelunternehmung sei vollständig der GmbH & Co. KG zugeordnet worden. Dieser Personalübergang wäre durch einen Einbringungsvertrag mit Wirkung zum 31.12.2019 geregelt. Am 16.6.2020 sei dann eine Änderungsmitteilung zur Betriebsnummer erfolgt. Im Antrag auf Gewährung des einstweiligen Rechtsschutzes vom 4.9.2020 (19 P 1/20 ER) werde hingegen vorgetragen, dass der Einbringungsvertrag tatsächlich nie unterschrieben worden sei und deshalb auch nicht wirksam sei. Diese Darlegungen stünden im direkten Widerspruch zu den bisherigen Handlungen und schriftlichen Darlegung des Pflegedienstes. In der Konsequenz bedeute dies, dass demnach entweder Rechnungen unter Angabe falscher Tatsachen gestellt worden seien oder die Aussagen im Rahmen des Antrags auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nicht der Wahrheit entsprächen.

- Aktueller Internetauftritt der GmbH & Co KG.

Der aktuelle Internetauftritt der GmbH & Co. KG suggeriere, dass es sich dabei um einen zugelassenen Leistungserbringer und Vertragspartner der Kranken- und Pflegekassen handle.

In der Anhörung zur beabsichtigten Kündigung seien die Vorwürfe als haltlos dargestellt worden, so das für eine Vertragspartnerschaft unerlässliche Vertrauensverhältnis auf-

grund der nicht mehr festzustellenden, persönlichen Eignung des Leistungserbringers derart erschüttert sei, dass ein Festhalten vor diesem Hintergrund nicht zumutbar sei. Die Gewähr, die Versicherten jederzeit vertragsgerecht, bedarfsgerecht und zweckmäßig sowie wirtschaftlich zu versorgen, biete das Einzelunternehmen unter keinem Gesichtspunkt mehr. Die fristlose Kündigung sei das einzig mögliche Mittel, um auf die Verfehlungen der Einrichtung zu reagieren. Ein milderer Mittel stehe nicht zur Wahl. Durch das Verhalten sei das Vertrauensverhältnis so schwerwiegend gestört, dass ein Festhalten am Versorgungsvertrag nicht mehr zugemutet werden könne. Eine Vergütungskürzung komme aus den gleichen Gründen wie eine Abmahnung nicht in Betracht.

Gegen den Bescheid vom 1.3.2021 hat die Antragstellerin am 17.3.2021 Anfechtungsklage zum SG erhoben (S 19 P 30/21).

Am 19.4.2021 hat die Antragstellerin beim SG im Wege der einstweiligen Anordnung beantragt, die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage vom 17.3.2021 gegen den Bescheid vom 1.3.2021 anzuordnen.

Das SG hat den Eilantrag mit Beschluss vom 15.6.2021 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, ein gröbliches Fehlverhalten gegenüber den Pflegebedürftigen und den Kostenträgern sei hinreichend glaubhaft gemacht; ein Festhalten an dem Versorgungsvertrag sei nicht mehr zumutbar; der Ausspruch der fristlosen Kündigung lasse keine Ermessensfehler erkennen.

Die Antragstellerin hat am 30.6.2021 Beschwerde eingelegt.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, eine ausreichende Anhörung sei nicht durchgeführt worden. Ein eventuelles Kündigungsrecht sei angesichts des Zeitablaufs verwirkt. Ein Ermessen sei auch nicht ausgeübt worden.

Das SG vermenge die Rechtsverhältnisse des SGB V und des SGB XI und prüfe nicht die Verstöße, auch nicht die jeweiligen vertraglichen und gesetzlichen Vorgaben. Hier müsse

jede Kündigung nach der Vorgabe des jeweiligen Versorgungsvertrages nach dem §§ 72 ff. SGB XI und den §§ 132a, 132 SGB V gerechtfertigt werden. Eine „versorgungsvertragsübergreifende Unzumutbarkeit“ zu Last der Antragstellerin gebe es nicht.

Die tatsächlichen Annahmen der Antragsgegnerinnen seien im Übrigen auch unzutreffend, was sich aus Stellungnahmen der Antragstellerin und des Herrn I gebe. Die von den Antragsgegnerinnen herangezogenen Zeugenaussagen legten den Verdacht des kollusiven Zusammenwirkens nahe. Zwischen 2016 und 2020 habe es in keiner MDK-Prüfung Hinweise auf Abrechnungsauffälligkeiten gegeben. Der MDK habe die Vorwürfe in den Regelprüfungen und in drei Anlassprüfungen überprüft. Es habe keine Auffälligkeiten oder einen Anhaltspunkt dafür gegeben, dass etwas fehlerhaft gewesen wäre.

Der Beschluss des SG leide auch an einem Verfahrensfehler, denn es sei keine Folgenabwägung im Sinne der Rechtsprechung des BSG getroffen worden.

Die Antragstellerin beantragt (sinngemäß),

den Beschluss des Sozialgerichts für das Saarland vom 15.6.2021 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage vom 17.3.2021 gegen den Bescheid der Antragsgegnerinnen vom 1.3.2021 anzuordnen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie führen im Wesentlichen aus, die Antragstellerin betreibe mehrere Internetseiten bzw. habe sie zum streitigen Zeitpunkt betrieben. Damit sei sowohl für die Kunden als auch die

Pflegekassen nicht erkennbar, durch welche Firma der Antragstellerin die Leistungen erbracht würden.

Die Voraussetzungen für eine Verwirkung seien nicht erfüllt. Die IKK habe erst am 17.3.2020 Akteneinsicht in die Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft erhalten. Die Kündigung sei auch nicht überraschend erfolgt. Der Ablehnungsbescheid vom 24.7.2020 sei bestandskräftig geworden. Die Antragstellerin sei mit dem Bescheid und den Ablehnungsgründen offensichtlich einverstanden gewesen.

Eine nach den Maßstäben der Rechtsprechung ausreichende Anhörung habe stattgefunden. Konkrete Vertragsverstöße seien benannt worden. Die Antragstellerin habe zudem mitgeteilt, eine Stellungnahme werde nicht erfolgen. Warum die Antragstellerin keine Akteneinsicht bei der Staatsanwaltschaft erhalten habe, sei unbekannt.

Einer Abmahnung habe es nicht bedurft, da es sich bei den Kündigungen um Verwaltungsakte handele.

Hinsichtlich der Zeugenaussagen verweise die Prozessbevollmächtigte auf die Anlagen 4 bis 19. Es handele sich um Gegendarstellungen der Antragstellerin. Beweisdienliche Unterlagen seien nicht vorgelegt worden. Die Vorwürfe würden nicht entkräftet. Es handele sich lediglich um Schutzbehauptungen. Die Behauptung, dass Zeugen vom ehemaligen Ehemann der Antragstellerin angestiftet worden seien sollten, entbehre jeglicher Grundlage.

Die Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin behaupte, die Antragstellerin betreibe einen ambulanten Pflegedienst. Sie unterhalte naturgemäß keine Patientenzimmer, sondern suche die pflegebedürftigen Personen in deren Privatwohnungen auf. Dieser Vortrag entspreche nicht der Wahrheit, was sich aus dem Internetauftritt der Antragstellerin ergebe.

Das Verhalten der Antragstellerin sei insgesamt intransparent. Teilweise handele sie als Einzelfirma, teilweise als GmbH und Co. KG.

Verfahrensfehler des SG seien nicht zu erkennen.

Auch eine Eilbedürftigkeit sei nicht zu erkennen. Die betroffenen Versicherten seien über die aktuelle Lage der Antragstellerin bereits informiert worden. Sie würden bei der Suche nach einem geeigneten Pflegedienst unterstützt. Da es auf dem Markt zahlreiche vertrau-

enswürdige Pflegedienste gebe und ständig neue Zulassungen beantragt würden, seien die Antragsgegnerinnen überzeugt, dass sowohl die Versorgung der Versicherten als auch die Arbeitsplätze der Mitarbeiter der Antragstellerin gesichert würden. Die Antragstellerin gehe offensichtlich selbst nicht von einer Eilbedürftigkeit aus, weil sie den einstweiligen Rechtsschutz erst am 1.4.2021 – mithin fast 5 Wochen nach Erlass des streitgegenständlichen Bescheids vom 1.3.2021 – beantragt habe.

II.

A.

Der Senat geht davon aus, dass am Verfahren die Stellen beteiligt sind, die die Aufgaben der Landesverbände der Pflegekassen wahrnehmen, und hat das Rubrum entsprechend berichtigt.

Die hier umstrittenen Versorgungsverträge werden nach § 72 Abs. 2 Satz 1 SGB XI von den Landesverbänden der Pflegekassen, die keine eigene Rechtspersönlichkeit haben (Roth in Hauck/Noftz, SGB XI, Werksstand 03/21, Rn. 3), geschlossen. Die Aufgaben der Landesverbände der Pflegekassen werden nach § 52 Abs. 1 Satz 1 SGB XI von den Landesverbänden der Ortskrankenkassen, der Betriebskrankenkassen und der Innungskrankenkassen, der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See, der als Landesverband tätigen landwirtschaftlichen Krankenkasse sowie den Ersatzkassen wahrgenommen; soweit im SGB XI die Landesverbände der Pflegekassen Aufgaben wahrnehmen, handeln nach § 52 Abs. 4 SGB XI die in § 52 Abs. 1 Satz 1 SGB XI aufgeführten Stellen (vgl. hierzu BSG Urteil vom 12.6.2008, Az.: B 3 P 2/07 R, juris Rn. 16). Demnach sind in Rechtsstreitigkeiten, die Angelegenheiten der „Landesverbände der Pflegekassen“ betreffen, die Landesverbände der Krankenkassen unter dieser Bezeichnung passivlegitimiert (Roth in Hauck/Noftz, SGB XI, Werksstand 03/21, Rn. 3). Als Landesverband der Ortskrankenkassen handelt die AOK Rheinland-Pfalz/Saarland – die Gesundheitskasse – (vgl. § 207 Abs. 4 SGB V) als Nachfolgerin der am Versorgungsvertrag ursprünglich noch beteiligten AOK – Die Gesundheitskasse im Saarland, als Landesverband der Betriebskrankenkassen der BKK Landesverband Mitte (vgl. § 207 Abs. 5 SGB V) als Nachfolger des

BKK-Landesverbands Rheinland-Pfalz und Saarland. Die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See (§ 212 Abs. 3 SGB V) und die Landwirtschaftliche Krankenkasse (§ 36 KVLG) als Nachfolgerin der Landwirtschaftlichen Krankenkasse für das Saarland handeln jeweils als Landesverband. Als Landesverband handelt auch die IKK Südwest (§ 207 Abs. 4 Satz 1 SGB V) als Nachfolgerin der IKK des Saarlandes. Für die Ersatzkassen, denen mittlerweile jeweils selbst die Aufgaben eines Landesverbandes zugewiesen sind (§ 52 Abs. 1 SGB XI), handelt weiterhin der VdEK – als Nachfolger des VdAK und des VdAEK – als Abschlussbevollmächtigter (§ 212 Abs. 5 SGB V); der VdEK kann als Prozessstandschafter verklagt werden (Engelhard in Hauck/Noftz, SGB V, § 212 SGB V, Rn. 31; BSG Urteil vom 28.7.2008, Az.: B 1 KR 5/08 R, juris Rn. 13).

Da die Landesverbände der Pflegekassen bzw. die für sie handelnden Landesverbände der Krankenkassen bzw. die als solche handelnden Krankenkassen in der Beschwerdeschrift im Rubrum unter 2. bis 7. konkret benannt sind (mit dem Zusatz, dass sie als Landesverbände der Pflegekassen handeln), erschließt sich keine Notwendigkeit, zusätzlich nochmals eine pauschale Benennung wie unter 1. des Rubrums aufzunehmen; im Ergebnis handelt es sich um eine Doppelnennung, so dass die pauschale Bezeichnung unter 1. entfallen kann.

B.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 173 Sozialgerichtsgesetz – SGG).

C.

Die Beschwerde ist auch begründet. Nach Einschätzung des Senats ist die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 1.3.2021 anzuordnen, so dass die Entscheidung des SG zu ändern ist.

I.

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig. Er ist insbesondere statthaft.

Die Statthaftigkeit ergibt sich aus § 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG. Danach kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Der Widerspruch der Antragstellerin hat nach § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG keine aufschiebende Wirkung. Nach § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG entfällt die aufschiebende Wirkung – neben den in § 86a Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 SGG genannten Fällen – auch in anderen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen. Hier liegt ein Fall vor, in dem nach bundesgesetzlicher Regelung (§§ 73, 74 SGB XI) die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Kündigung entfällt.

§§ 73, 74 SGB XI lauten – soweit hier relevant – wie folgt:

Der Versorgungsvertrag kann nach § 74 Abs. 1 Satz 1 SGB XI von jeder Vertragspartei mit einer Frist von einem Jahr ganz oder teilweise gekündigt werden, von den Landesverbänden der Pflegekassen jedoch nur, wenn die zugelassene Pflegeeinrichtung nicht nur vorübergehend eine der Voraussetzungen des § 72 Abs. 3 Satz 1 nicht oder nicht mehr erfüllt; dies gilt auch, wenn die Pflegeeinrichtung ihre Pflicht wiederholt gröblich verletzt, Pflegebedürftigen ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu bieten, die Hilfen darauf auszurichten, die körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte der Pflegebedürftigen wiederzugewinnen oder zu erhalten und angemessenen Wünschen der Pflegebedürftigen zur Gestaltung der Hilfe zu entsprechen. Vor Kündigung durch die Landesverbände der Pflegekassen ist nach § 74 Abs. 1 Satz 2 SGB XI das Einvernehmen mit dem zuständigen Träger der Sozialhilfe (§ 72 Abs. 2 Satz 1) herzustellen.

Der Versorgungsvertrag kann nach § 74 Abs. 2 Satz 1 SGB XI von den Landesverbänden der Pflegekassen auch ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn die Einrichtung ihre gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Pflegebedürftigen oder deren Kostenträgern derart gröblich verletzt, dass ein Festhalten an dem Vertrag nicht zumutbar ist. Das gilt nach § 74 Abs. 2 Satz 2 SGB XI insbesondere dann, wenn Pflegebedürftige infolge der Pflichtverletzung zu Schaden kommen oder die Einrichtung nicht erbrachte Leistungen gegenüber den Kostenträgern abrechnet. (...) Abs. 1 Satz 2 gilt nach § 74 Abs. 2 Satz 4 SGB XI entsprechend.

Die Kündigung bedarf nach § 74 Abs. 3 Satz 1 SGB XI der Schriftform. Nach § 74 Abs. 3 Satz 2 SGB XI gilt für Klagen gegen die Kündigung § 73 Abs. 2 entsprechend.

Gegen die Ablehnung eines Versorgungsvertrages durch die Landesverbände der Pflegekassen ist nach § 73 Abs. 2 Satz 1 SGB XI der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gege-

ben. Nach § 73 Abs. 2 Satz 2 SGB XI findet ein Vorverfahren nicht statt; die Klage hat keine aufschiebende Wirkung.

Die Antragsgegnerinnen haben den Versorgungsvertrag mit der Antragstellerin nach § 74 Abs. 1, 2 SGB XI gekündigt. Bei der Kündigung handelt es sich um einen Verwaltungsakt (BSG Urteil vom 12.6.2008, Az.: B 3 P 2/07 R, juris Rn. 12). Die gegen diesen Verwaltungsakt ohne Durchführung eines Widerspruchsverfahrens zulässige Klage hat keine aufschiebende Wirkung (§ 74 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 73 Abs. 2 Satz 2 SGB XI). Dies führt zur Statthaftigkeit des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung.

II.

Der Antrag ist auch begründet.

Bei der Bestimmung des Maßstabs für die gerichtliche Entscheidung ist davon auszugehen, dass in den Fällen des § 86a Abs. 2 Nm. 2 bis 4 SGG ein Regel-Ausnahmeverhältnis zugunsten der sofortigen Vollziehung besteht, weil der Gesetzgeber die sofortige Vollziehung zunächst einmal angeordnet hat; davon abzuweichen besteht nur Anlass, wenn ein überwiegendes Interesse des durch den Verwaltungsakt Belasteten feststellbar ist; die Anordnung der aufschiebenden Wirkung muss daher eine mit gewichtigen Argumenten zu begründende Ausnahme bleiben (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer SGG, 13. Auflage, § 86b Rn. 12c mwN; ähnlich SG Düsseldorf Beschluss vom 22.2.2016, Az.: S 2 KA 390/15 ER). Ist ein Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig und der Betroffene dadurch in seinen subjektiven Rechten verletzt, wird ausgesetzt, weil dann ein öffentliches Interesse oder Interesse eines Dritten an der Vollziehung nicht besteht. Ist die Klage aussichtslos, wird die aufschiebende Wirkung nicht angeordnet. Sind die Erfolgsaussichten nicht abschätzbar, bleibt eine allgemeine Interessenabwägung, wobei der Grad der Erfolgsaussicht im Hauptsacheverfahren zu berücksichtigen ist (Keller aaO, Rn. 12 f).

Nach diesen Maßstäben ist hier die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin anzuordnen. Die Sach- und Rechtslage ist nicht abschließend geklärt. Eine Klärung ist schon wegen der tatsächlichen Unklarheiten im Eilverfahren auch nicht möglich; nach summarischer Prüfung bleibt offen, ob der zwischen den Beteiligten geschlossene Versorgungsvertrag nach § 74 SGB XI wirksam fristlos bzw. hilfsweise ordentlich mit

Wirkung zum 31.3.2022 von den Antragsgegnerinnen gekündigt werden konnte (1.). Die somit erforderliche Folgenabwägung führt zum Erlass einer einstweiligen Anordnung (2.).

1.

Ob die von den Antragsgegnerinnen ausgesprochenen Kündigungen wirksam sind, bleibt nach summarischer Prüfung offen.

Rechtsgrundlage für die ordentliche Kündigung ist § 74 SGB XI (s.o.). § 72 Abs. 3 Satz 1 SGB XI, auf den § 74 Abs. 1 Satz 1 SGB XI im Hinblick auf die ordentliche Kündigung Bezug nimmt, lautet wie folgt:

Versorgungsverträge dürfen nur mit Pflegeeinrichtungen abgeschlossen werden, die

1. den Anforderungen des § 71 genügen,
2. die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung bieten sowie eine in Pflegeeinrichtungen ortsübliche Arbeitsvergütung an ihre Beschäftigten zahlen, soweit diese nicht von einer Verordnung über Mindestentgeltsätze aufgrund des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) erfasst sind,
3. sich verpflichten, nach Maßgabe der Vereinbarungen nach § 113 einrichtungsintern ein Qualitätsmanagement einzuführen und weiterzuentwickeln,
4. sich verpflichten, alle Expertenstandards nach § 113a anzuwenden,
5. sich verpflichten, die ordnungsgemäße Durchführung von Qualitätsprüfungen zu ermöglichen; (...).

a)

Der Senat kann offen lassen, ob die angefochtene Kündigung formell ordnungsgemäß ausgesprochen wurde.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass aus der dem Senat zur Verfügung gestellten Verfahrensakte wohl nicht zu entnehmen ist, dass die Kündigung auch von der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See und dem VdEK unterzeichnet worden ist (vgl. Blatt 855 bis 832 der Akte).

Sofern es im Übrigen – obwohl die Antragstellerin erklärt hatte, keine Stellungnahme abgeben zu wollen – an einer ordnungsgemäßen Anhörung (§ 24 SGB X) mangeln sollte, dürfte eine Anhörung nach Maßgabe des § 41 SGB X nachholbar sein.

b)

Der Senat kann jedenfalls im Eilverfahren nicht abschließend entscheiden, ob die Voraussetzungen für eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung nach § 74 SGB XI des Versorgungsvertrags vorgelegen haben.

aa)

Der Senat neigt allerdings derzeit nicht zu der Auffassung, dass die außerordentliche oder ordentliche Kündigung schon aus den von der Antragstellerin dargelegten Erwägungen zur Vermengung der Rechtskreise des SGB XI und des SGB V sowie unter dem Gesichtspunkt des Zeitablaufs seit dem Auftreten der im Raum stehenden Mängel als unwirksam angesehen werden könnte.

aaa)

Soweit die Antragstellerin geltend macht, das SG habe nicht ausreichend zwischen dem Rechtskreis des SGB XI und dem des SGB V unterschieden, erscheint dem Senat zweifelhaft, ob diese Erwägung tragfähig ist. Grundlage für die Kündigung eines Vertrags nach § 72 SGB XI sind die in § 74 SGB XI geregelten Voraussetzungen; davon ist das SG auch ausgegangen. Zur außerordentlichen Kündigung berechtigen gröbliche Pflichtverletzungen gegenüber den Pflegebedürftigen oder deren Kostenträgern, zur ordentlichen Kündigung berechtigt u.a. die Einschätzung, dass die Gewähr für eine leistungsfähige pflegerische Versorgung nicht nur vorübergehend nicht mehr gegeben ist (§ 74 Abs. 1 Satz 1 SGB XI in Verbindung mit § 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XI); die Gewähr für eine leistungsfähige pflegerische Versorgung ist u.a. dann nicht mehr gegeben, wenn es an der Zuverlässigkeit des Einrichtungsträgers fehlt (Wahl in jurisPK-SGB XI, 2. Auflage 2017, § 72 SGB XI Rn. 29). Sowohl bei der außerordentlichen als auch bei der ordentlichen Kündigung stellt sich mithin die Frage, ob angesichts von Mängeln in der Vergangenheit noch mit einer ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Pflege in der Zukunft zu rechnen ist. Die erforderliche positive Prognose dürfte nicht nur durch Mängel im Bereich von Leistungen nach dem SGB XI in Frage gestellt werden können, sondern auch durch Mängel im Be-

reich der damit eng verbundenen und sich teilweise überschneidenden Leistungen nach dem SGB V (vgl. hierzu § 13 Abs. 2, § 15 Abs. 5 SGB V, auch Meßling in jurisPK-SGB XI, 2. Auflage 2017, § 14 Rn. 34 ff).

bbb)

Auch dass im vorliegenden Fall der Ablauf einer unangemessen langen Frist seit den im Raum stehenden Mängeln (Rechtsgedanke des § 314 Abs. 3 BGB) oder der Gesichtspunkt der Verwirkung (§ 242 BGB) der Wirksamkeit der Kündigung entgegenstehen könnte, hält der Senat für zweifelhaft. Eine Frist für die Kündigung im Sinne des § 314 Abs. 3 BGB läuft erst bei Kenntnis der Kündigungsgründe; wenn die Behörde zunächst – wenn sie davon überhaupt Kenntnis hat – die Ergebnisse staatsanwaltlicher Ermittlungen abwarten möchte, stellt sich die Frage, ob vor Abschluss der staatsanwaltlichen Ermittlungen eine hinreichend sichere Kenntnis von den Kündigungsgründen vorliegt. Es erscheint dementsprechend auch zweifelhaft, ob das behördliche Verhalten als widersprüchlich und das Kündigungsrecht somit als verwirkt angesehen werden kann, wenn die Behörde zunächst den Ausgang eines staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens abwarten möchte, eine Kündigung aber dann vor Abschluss des Ermittlungsverfahrens ausspricht, wenn aus ihrer Sicht weitere Umstände hinzutreten, die ein Handeln aus ihrer Sicht erforderlich machen – wie hier die Vorgänge im Zusammenhang mit der Umwandlung des Einzelunternehmens in eine GmbH & Co KG. Selbst wenn man von einem widersprüchlichen Verhalten ausginge, wäre weiter fraglich, ob dies einer wirksamen Kündigung auch dann entgegenstehen könnte, wenn die im Raum stehenden Beanstandungen in der Vergangenheit einer positiven Prognose für die Zuverlässigkeit der Antragstellerin für die Zukunft weiterhin entgegenstehen, was – etwa bei sehr gravierenden Beanstandungen – der Fall sein kann; mit der Kündigung eines Versorgungsvertrags wegen mangelnder Zuverlässigkeit nehmen die zuständigen Behörden gewichtige öffentliche Interessen wahr, was die Bedeutung eines ggf. widersprüchlichen Verhaltens der Behörde zurücktreten lassen kann (Rechtsgedanke des § 59 Satz 2 SGB X).

ccc)

Auch das Fehlen einer Abmahnung führt nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit einer Kündigung. Zwar sieht § 74 Abs. 1 Satz 3 SGB XI vor dem Ausspruch einer ordentlichen Kündigung zunächst anderweitige Maßnahmen vor. Für die außerordentliche Kündigung im Sinne des § 74 Abs. 2 SGB XI gibt es eine entsprechende Regelung aber nicht, so

dass es letztlich von Art und Schwere der im Raum stehenden Mängel abhängen dürfte, ob vor der Kündigung anderweitige Maßnahmen angezeigt sind.

bb)

Ob die von den Antragsgegnerinnen angenommenen Kündigungsgründe tatsächlich vorliegen und zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung berechtigen, kann im Eilverfahren nach Einschätzung des Senats allerdings nicht abschließend entschieden werden.

Das SG hat angenommen, dass die von den Antragsgegnerinnen benannten Kündigungsgründe vorlägen, und sich dabei im Wesentlichen auf Aussagen von im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren gehörten Zeugen gestützt. Die Antragstellerin hat hierzu jedoch im Beschwerdeverfahren zu den Kündigungsgründen im Einzelnen umfangreich und substantiiert Stellung genommen und die von den Antragsgegnerinnen angenommenen Sachverhalte bestritten. Beispielhaft kann darauf hingewiesen werden, dass die Antragstellerin Kopien vorgelegt hat, wonach anlässlich einer Durchsuchungsmaßnahme im Juli 2018 von der Polizei Befragungen der aktuellen Mitarbeiter durchgeführt wurden; dabei wurde von allen befragten Personen – auch der stellvertretenden Pflegedienstleiterin – angegeben, dass Behandlungspflege nur von examinierten Kräften durchgeführt werde. Insbesondere zu dem in der Kündigung an erster Stelle genannten und wohl auch gewichtigsten Mangel – Behandlungspflege durch nicht hinreichend qualifiziertes Personal und Abrechnung solcher Leistungen auf der Grundlage unzutreffender Angaben – gibt es somit unterschiedliche Angaben. Gegebenenfalls wäre im Hauptsacheverfahren durch Beweiserhebung die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen.

Hinzu kommt, dass es zweifelhaft erscheint, ob die Kündigungsgründe, die im Zusammenhang mit dem _____ GmbH & Co. KG stehen, für sich alleine eine fristlose oder ordentliche Kündigung rechtfertigen können. Hintergrund ist die bislang gescheiterte Umwandlung des _____ in den _____ GmbH & Co. KG. Eine Gefährdung der Pflegebedürftigen ist insoweit ebenso wenig glaubhaft gemacht wie eine betrügerische Falschabrechnung. Ob die Antragstellerin die vom _____ GmbH & Co. KG erbrachten Leistungen abrechnen darf, braucht im vorliegenden Verfahren nicht entschieden zu werden.

2.

Bei offenem Ausgang des Hauptsachverfahrens führt die erforderliche Folgenabwägung zum Erlass einer einstweiligen Anordnung.

Zu Gunsten der Antragstellerin ist das Interesse am Fortbestand ihres langjährig betriebenen Pflegedienstes zu berücksichtigen (Art. 14 GG). Die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass durch die Kündigung des Versorgungsvertrages durch die Antragsgegnerinnen nach § 14 SGB XI ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet ist. Die Kündigung des Versorgungsvertrages nach § 72 SGB XI betrifft wohl den überwiegenden Teil des Umsatzes des Pflegedienstes, so dass eine Existenzgefährdung ohne weiteres plausibel ist (zumal auch Verträge nach §§ 132, 132a SGB V gekündigt wurden).

Für die Antragsgegnerinnen ist das Interesse an der Beendigung der Tätigkeit der Antragstellerin im Rahmen der sozialen Pflegeversicherung zu berücksichtigen, weil nach Einschätzung der Antragsgegnerinnen zahlreiche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Voraussetzungen für eine weitere Tätigkeit des Pflegedienstes nicht mehr erfüllt sind.

Nach Einschätzung des Senats überwiegt unter den derzeit gegebenen Umständen das Interesse der Antragsgegnerinnen an einer sofortigen oder fristgerechten Beendigung des Versorgungsvertrages nicht. Die geltend gemachten Kündigungsgründe liegen zum Teil schon Jahre zurück. Eine Gefährdung der Versicherten ist nicht glaubhaft gemacht. Im März 2017, im Februar 2018 und im Juli 2020 wurden im Hinblick auf die gegen die Antragstellerin erhobenen Vorwürfe Prüfungen des Pflegedienstes durch den MDK durchgeführt, ohne dass Beanstandungen festgestellt wurden, die auf eine Gefährdung der Pflegebedürftigen schließen lassen könnten.

Eine einstweilige Anordnung ist zu erlassen. Die Beschwerde hat somit Erfolg.

D.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 1 VwGO.

E.

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 177 SGG).

Wagner

Kirchdörfer

Simon

Die vorstehende Abschrift stimmt
mit der Urschrift überein.

Saarbrücken, den 21.09.2021

gez.: Wagner
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle