

## L 1 KR 644/18 KL

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
1  
1. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 1 KR 644/18 KL  
Datum  
18.07.2019  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 1 A 4/19 R  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil  
Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert wird auf 50.000,- EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit eines aufsichtsrechtlichen Verpflichtungsbescheids.

Die Klägerin ist eine bundesweite Krankenkasse im Sinne des § 4 Sozialgesetzbuch, 5. Band, Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) in der Kassenart einer Betriebskrankenkasse ([§ 4 Abs. 2 Alt. 2 SGB V](#)); die Beklagte ist die Trägerin ihrer Aufsichtsbehörde (§ 90 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Band 4, Gemeinsame Vorschriften der Sozialversicherung, SGB IV), des Bundesversicherungsamts (BVA).

Auf Nachfrage des BVA hatte die Klägerin den Abschluss eines "Vertrages über Integrierte Versorgung nach [§§ 140a ff. SGB V](#)" mit der Fa. C. GmbH & Co. KG angezeigt. Der Vertrag war als Selektivvertrag über eine besondere ambulante ärztliche Leistung nach § 140a SGB V angelegt. Da die damalige Version erheblichen aufsichtsrechtlichen Bedenken begegnete, kündigte die Klägerin diesen zum 31. Dezember 2016.

Am 16. März 2017 legte die Klägerin dem BVA den Entwurf einer neuen Vertragsfassung eines "Vertrags zur Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung" mit der Fa. C. GmbH & Co. KG nebst Anlagen zunächst zur Vorabprüfung vor. Die Fa. C. GmbH & Co. KG (nachfolgend: C.) fungiert als Managementgesellschaft und ist für die Konzeptabwicklung zuständig; sie erstellt interprofessionelle "Patientenpfade" in Zusammenarbeit mit allen teilnehmenden Leistungserbringern in Abstimmung mit der Klägerin (§ 3).

Als Vertragsziele wurden vereinbart (§ 1):

- Die Vernetzung und Verzahnung von haus- und fachärztlichen Leistungen, Krankenhaus, Heilmittelversorgung und Rehabilitation,
- Die Vermeidung von Doppeluntersuchungen und -versorgungen,
- Die Verkürzung von Wartezeiten und Behandlungsverzögerung durch kurzfristige OP-Terminvergabe nach Indikationsstellung und zeitlich genau definierte Behandlungsabläufe,
- Die Vermeidung von Behandlungsabbrüchen.

Ein Vertragsschwerpunkt liegt im Bereich operativer Eingriffe; hierzu regelt § 2:

(1) Operativ tätige Leistungserbringer und C. verpflichten sich dazu, die Eingriffe ausschließlich nach dem Leistungskatalog dieses Vertrages in Einrichtungen auszuführen, die folgende Voraussetzungen erfüllen:

- a) Bei ambulanten Eingriffen: Es handelt sich um eine Einrichtung mit einer vertragsärztlichen Zulassung.
- b) Bei Eingriffen mit einer Verweildauer von bis zu 3 Nächten/4 Tagen: Es handelt sich um eine Einrichtung mit einer Zulassung nach [§ 30 GewO](#), die ausschließlich von Vertragsärzten als Praxiskliniken im Sinne der §§ 115 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit 140 a Abs. 3 Satz 1

Nr. 4 betrieben werden.

c) Bei stationären Eingriffen über 3 Nächte/4 Tage: Es handelt sich um eine Einrichtung mit Zulassung nach [§ 108 SGB V](#).

(2) Werden Eingriffe entgegen den Regelungen des Abs. 1 ausgeführt, besteht kein Vergütungsanspruch im Rahmen dieses Vertrages gegenüber der BAHN-BKK, da diese explizit vom Vertrag ausgeschlossen sind. Bei bereits erfolgten Vergütungen hat die BAHN-BKK ein Rückerstattungsrecht.

Nach § 6 Abs. 1 des Vertrages sind alle gemäß [§ 95 SGB V](#) zugelassenen Fachärzte teilnahmeberechtigt, soweit diese im Rahmen ihrer vertragsärztlichen Zulassung zur Erbringung der im vereinbarten Leistungskatalog aufgeführten Operationen ermächtigt sind. Für Krankenhäuser gilt gemäß § 8 Abs. 1: Teilnahmeberechtigt sind alle nach [§ 108 SGB V](#) zur Krankenhausbehandlung zugelassenen Krankenhäuser mit entsprechender Fachabteilung für die vereinbarten Operationen.

Grundlage der Vergütung bildet nach § 11 Abs. 1 die Anlage 6 des Vertrages. Der in Anlage 6 zum Vertrag beigefügte Leistungskatalog beinhaltet u.a. auch operativ zu erbringende Leistungen unter Angabe einer DRG, die weder im "Einheitlichen Bewertungsmaßstab" (EBM) noch im Leistungskatalog des "Vertrages Ambulante Operationen und stationersetzende Leistungen" (AOP-Vertrag) enthalten sind und sieht hierfür eigene Vergütungspauschalen vor. Der Vertrag regelt diesbezüglich keinerlei Einschränkungen, welche der in Anlage 6 aufgeführten Leistungen ambulant und welche stationär durchzuführen sind, so dass die in der Regelversorgung als stationäre Operationen vorgesehenen Leistungen auf der Grundlage des Vertrages von Vertragsärzten und Krankenhäusern auch ambulant durchgeführt werden können.

Für den Bereich der häuslichen Krankenpflege regelt § 11 Abs. 4 des Vertrages:

Die Leistungserbringer verpflichten sich dazu, stationäre Patienten erst aus der stationären Einrichtung zu entlassen, wenn diese sich selbstständig im häuslichen Umfeld versorgen können oder die Versorgung durch im Haushalt lebende Personen sichergestellt ist. Häusliche Krankenpflege oder Haushaltshilfe gemäß der Verträge nach [§§ 132, 132 a SGB V](#) zu Lasten der BAHN-BKK im Anschluss an die Behandlung nach den Leistungen gemäß Anlage 6 ist ausgeschlossen und mit der Vergütung der Komplexpauschale abgegolten. Erfolgt eine Verordnung von Häuslicher Krankenpflege, so können die innerhalb von 2 Wochen nach der Entlassung entstehenden Kosten durch die BAHN-BKK entsprechend mit anderen Forderungen verrechnet werden. Die Rechte der bei der BAHN-BKK versicherten Patienten bleiben hiervon unberührt.

Der Vertrag trat zum 1. April 2017 in Kraft.

Das BVA prüfte diesen Vertrag und teilte der Klägerin die noch verbleibenden aufsichtsrechtlichen Bedenken mit Schreiben vom 11. Mai 2017 mit: Das BVA bat insbesondere um Zusicherung, dass jede in Anlage 6 des Vertrags gelistete ambulante Leistung inhaltlich mit dem Leistungskatalog des AOP-Vertrags (Krankenhaus) bzw. dem Kapitel 31 des EBM (Vertragsärzte mit Genehmigung zum ambulanten Operieren in d&1077;&1075; Regelversorgung) übereinstimmen. Ferner wurde die Klägerin aufgefordert, § 11 Abs. 4 zu streichen, denn diese Regelung stelle nach ihrer Auffassung einen Eingriff in die Arztfreiheit dar, da der Arzt in seiner grundsätzlich freien Entscheidung, ob er häusliche Krankenpflege verordne, eingeschränkt werde. Außerdem wurden Anpassungen bzw. Klarstellungen zur Teilnahmeerklärung der Versicherten (§ 10 Abs. 4) und zum Datenschutz (§ 13 Abs. 4) angeregt.

Die Klägerin legte sodann eine durch die Vertragsparteien am 29. Juni 2017 unterzeichnete "1. Protokollnotiz" zum Vertrag vor, mit welchen die Beanstandungen zu Teilnahmeerklärung und Datenschutz ausgeräumt wurden. Hinsichtlich des Leistungskataloges vertrat die Klägerin die Auffassung, dass sie alle für aufsichtsrechtliche Prüfung erforderlichen Unterlagen vorgelegt habe. Zu § 11 Abs. 4 (Häusliche Krankenpflege) enthielt die "1. Protokollnotiz" folgende Klarstellung:

Mit § 11 Absatz 4 des Vertrages wird der Anspruch der teilnehmenden Versicherten auf die Versorgung mit häuslicher Krankenpflege nicht eingeschränkt. Ebenso wenig wird die ärztliche Therapie- und Verordnungshoheit durch diese Regelung nicht eingeschränkt. Mit der Regelung wird lediglich bezweckt, dass der BAHN-BKK durch die Verordnung von häuslicher Krankenpflege in Form von Krankenhausvermeidungspflege Mehrkosten entstehen, soweit die im Rahmen des Vertrages vereinbarten und durch die Komplexpauschale bereits vergütete Aufenthaltsdauer dadurch unterschritten wird. Der Ausgleich erfolgt im Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien.

Im anschließenden Schriftwechsel vertrat das BVA die Auffassung, dass die in Anlage 6 zum Vertrag gelisteten Operationen inhaltlich mit dem Leistungskatalog des &1045;B&1052; und des AOP-Vertrages übereinstimmen müssten, wenn sie ambulant erbracht würden. Der zur Prüfung vorliegende Vertrag enthalte jedoch Leistungen, die weder im EBM noch im AOP-Katalog, sondern nur im für Krankenhäuser geltenden DRG-Fallpauschalenkatalog enthalten seien. Das Leistungsspektrum sei durch den Zulassungsstatus der jeweiligen Leistungserbringer begrenzt. Da es sich bei den angesprochenen Leistungen um originär stationäre Leistungen handele, seien diese Leistungen zu streichen, denn die entsprechenden Zulassungsgrenzen würden überschritten. Die Klägerin wurde erneut um Bestätigung gebeten, dass der Leistungskatalog in Anlage 6 keine Leistungen enthalte, die weder im EBM noch im AOP-Katalog enthalten seien. Alternativ solle die Klägerin darlegen, dass die entsprechenden Leistungen neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden darstellten, die Gegenstand selektivvertraglicher Regelungen sein könnten. Des Weiteren wurde die Klägerin um nähere Auskunft zu § 11 Abs. 4 des Vertrages gebeten, da Bedenken bestünden, dass dieser die Verordnungshoheit des Arztes und die Versorgung der Versicherten mit häuslicher Krankenpflege einschränke. Das BVA stellte die Durchführung einer aufsichtsrechtlichen Beratung gemäß [§ 89 SGB IV](#) in Aussicht (Schreiben der Beklagten vom 23. August 2017 und 26. Oktober 2017). Die Klägerin vertrat die Ansicht, dass Zulassungsgrenzen durch den Vertrag nicht überschritten würden. [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) sehe vor, dass Leistungen auch dann erbracht werden könnten, wenn die Erbringung dieser Leistungen vom Zulassungs-, Ermächtigungs- oder Berechtigungsstatus des jeweiligen Leistungserbringers nicht gedeckt sei. Es sei danach zulässig, Leistungen von anderen beteiligten Leistungserbringern erbringen zu lassen, deren eigener Zulassungsstatus die Leistungserbringung nicht decken würde. Da an dem Vertrag sowohl niedergelassene vertragsärztliche Leistungserbringer als auch Krankenhäuser teilnähmen, sei die Durchführung der gesamten vom Vertrag erfassten Leistungen durch ambulant tätige Vertragsärzte zulässig (Schreiben der Klägerin vom 29. September 2017 und 19. Dezember 2017). Die geforderte Bestätigung gab die Klägerin nicht ab. Zur Regelung des § 11 Abs. 4 des Vertrages erteilte sie keine weitere Auskunft.

Das BVA nahm mit Schreiben vom 6. März 2018 eine aufsichtsrechtliche Beratung gemäß [§ 89 Absatz 1 Satz 1 SGB IV](#) vor, wiederholte ihre bisherigen Beanstandungen und forderte die Klägerin auf, den Vertrag nach den dargelegten Anforderungen anzupassen und den entsprechend angepassten Vertrag bis zum 30. März 2018 vorzulegen. Entgegen der Auffassung der Klägerin könnten die beanstandeten Leistungen nicht auf [§ 140a Abs. 3 S. 2 SGB V](#) gestützt werden. Zwar könne auf Grundlage des [§ 140a Abs. 3 S. 2 SGB V](#) auch über den eigenen Zulassungsstatus hinausgehende Leistungen erbracht werden. Voraussetzung hierfür sei jedoch, dass zumindest einer der teilnehmenden Leistungserbringer zur Erbringung der fraglichen Leistungen zugelassen sei bzw. die fraglichen Leistungen überhaupt erbringen dürfe. Das sei vorliegend jedoch nicht der Fall, da weder die ambulant tätigen Vertragsärzte noch die Krankenhäuser die hier fraglichen Leistungen ambulant erbringen und abrechnen dürften. Das mögliche Leistungsspektrum für ambulante Operationen werde für beide abschließend durch den EBM und AOP-Katalog begrenzt. Sollte die Klägerin der Aufforderung, den Vertrag anzupassen, nicht bis zum 30. März 2018 nachkommen, sei der Vertrag zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen; es sei beabsichtigt, einen entsprechenden Verpflichtungsbescheid zu erlassen.

Auf das Beratungsschreiben nahm die Klägerin mit Schreiben vom 19. April 2018 Stellung und vertrat weiterhin die Auffassung, dass durch den Vertrag keine Zulassungsgrenzen überschritten würden. Zum einen ermögliche [§ 140a Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) ein Abweichen vom EBM und dem AOP-Vertrag. Zum anderen sei die vom BVA vorgenommene Auslegung des [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) zu eng. Das Gesetz sehe ausdrücklich die "Übertragung" von Zulassungs-, Ermächtigungs- oder Berechtigungsstatus vor. Im Übrigen seien ähnliche dem BVA vorgelegte Verträge auch nicht beanstandet worden. Eine Einschränkung der ärztlichen Verordnungshoheit durch [§ 11 Abs. 4](#) des Vertrages erkenne die Klägerin nach wie vor nicht. Es handele sich bei der Regelung nur um eine Facette der Berechnung der von der Klägerin zu zahlenden Vergütung. Gleichwohl sei sie bereit, die Regelung zu streichen. Ein Gespräch der Beteiligten am 11. Juli 2018 verlief ohne Ergebnis.

Mit Mail-Schreiben vom 7. August 2018 übermittelte die Klägerin dem BVA eine (am 7. August 2018) unterschriebene Ergänzungsvereinbarung zur Anpassung des Vertrages, die "bis zum 31. Dezember 2019 bzw. bis zu dem Zeitpunkt, wenn über eine mögliche Klage gegen den Verpflichtungsbescheid des BVA rechtskräftig entschieden ist" befristet wurde. Durch die Ergänzungsvereinbarung wurde der Vertrag für die Zeit bis zum 31. Dezember 2019 rechtskonform angepasst, indem [§ 11 Abs. 4](#) (Häusliche Krankenpflege) ersatzlos gestrichen und [§ 11 Abs. 1](#) wie folgt abgeändert wurde:

Grundlage für die Vergütung der erbrachten Leistungen bildet die Anlage 6 dieses Vertrages. Die in Anlage 6 aufgeführten Leistungen können ausschließlich dann ambulant erbracht werden, wenn diese im AOP-Katalog (Katalog "Ambulant durchführbarer Operationen und sonstiger stationersetzende Eingriffe gemäß [§ 115 SGB V](#)") beziehungsweise nach dem EBM (Einheitlicher Bewertungsmaßstab) dafür vorgesehen sind. Eine ambulante Leistungserbringung sowie Abrechnung von Eingriffen, die weder im AOP-Katalog noch EBM enthalten sind, ist nach diesem Vertrag ausgeschlossen.

Das BVA erließ am 28. August 2018 gemäß [§§ 89 Abs. 1 Satz 2, 90 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) einen aufsichtsrechtlichen Verpflichtungsbescheid und verpflichtete die Klägerin, den zwischen ihr und der Fa. C. GmbH & Co. KG geschlossenen "Vertrag zur Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung" gemäß [§ 23 Abs. 2](#) des Vertrages zum 31. Dezember 2019 zu kündigen. Der Vertrag sei rechtswidrig und verstoße gegen [§ 87 Abs. 2 SGB V](#) und [§ 115b Abs. 2 SGB V](#), da ambulante Leistungen vertraglich vereinbart seien, die über den Leistungskatalog des Kapitels 31.2 i.V.m. Anhang 2 des EBM und des AOP-Katalogs hinausgingen.

[§ 87 Abs. 1 SGB V](#) bestimme, dass die Kassenärztlichen Bundesvereinigung mit dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen durch Bewertungsausschüsse als Bestandteil der Bundesmantelverträge den [§ 1045; § 1042; § 1052](#); für die ärztlichen Leistungen vereinbarten. Bei dem EBM handele es sich um einen Vertrag in der Form einer untergesetzlichen Rechtsnorm, der den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen bestimme. Nicht aufgeführte Leistungen könnten von den Vertragsärzten nicht im vertragsärztlichen Versorgungs- und Vergütungssystem erbracht und abgerechnet werden (BSG, Urteil vom 13. November 1996, Az.: 6 RKAa31/95, juris-Rdnr. 18). Der Vertrag weiche von diesen Grenzen ab. Anlage 6 des Vertrages beinhalte z.B. folgende Leistungen, die nicht im [§ 1045; § 1042; § 1052](#); enthalten seien:

Ziffer 23: Mäßig komplexe Eingriffe an Handgelenk und Hand, Alter ) 6 Jahre

Ziffer 24: Mäßig komplexe Eingriffe an Handgelenk und Hand, Alter ) 5 Jahre

Ziffer 25: Eingriffe an Handgelenk und Hand ohne komplexe oder mäßig komplexe Eingriffe

Ziffer 32: Kleine Eingriffe an der Harnblase, ohne bestimmte kleine Eingriffe, ohne äußerst schwere CC

Ziffer 33: Transurethrale Eingriffe außer Prostataresektion und komplexe Ureterorenoskopien mit extrakorporaler Stoßwellenlithotripsie (ESWL), ohne äußerst schwere CC oder perkutane Thermoablation der Niere

Diese Leistungen könnten nach den Regelungen des Vertrages jedoch ambulant durchgeführt werden, da der Vertrag keine Einschränkung vorsehe, welche der in Anlage 6 aufgeführten Leistungen ambulant oder stationär auszuführen seien. Entsprechend habe die Klägerin im Gespräch am 11. Juli 2018 auch bestätigt, dass der Vertrag gerade beabsichtige, stationäre Leistungen von Vertragsärzten ambulant durchführen zu lassen, um erhebliche Kosten zu sparen. Vertragsärzte dürften jedoch nach den oben aufgezeigten Zulassungsgrenzen keine Leistungen erbringen, die nicht im [§ 1045; § 1042; § 1052](#); aufgelistet seien. Gemäß [§ 115b Abs. 2 SGB V](#) vereinbarten der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft oder die Bundesverbände der Krankenhausträger gemeinsam und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen einen Katalog ambulant durchführbarer Operationen und sonstiger stationersetzender Eingriffe sowie einheitliche Vergütungen für Krankenhäuser und Vertragsärzte (AOP-Vertrag). Dieser Vertrag enthalte als Anlage den gemäß [§ 3 Abs. 1](#) abschließenden Katalog ambulant durchführbarer Operationen und sonstiger stationersetzender Eingriffe. Diese Grenzen würden durch den Vertrag der Klägerin mit der C. überschritten. Die bereits beispielhaft genannten Ziffern der Anlage 6 seien ebenfalls nicht im AOP-Katalog enthalten und könnten nach den Regelungen des Vertrages jedoch von Krankenhäusern ambulant erbracht und abgerechnet werden. Diese Leistungen, sowie alle weiteren Ziffern, die sich nicht im AOP-Katalog wiederfänden, dürften jedoch nicht von Krankenhäusern ambulant erbracht werden.

Das Überschreiten des Zulassungsstatus sei auch nicht von der gesetzlichen Abweichungsbefugnis nach [§ 140a Abs. 2 Satz 1](#) und 2 SGB V gedeckt. Zwar könnten die Verträge über eine Besondere Versorgung im Rahmen des [§ 140a Abs. 2 SGB V](#) auch Abweichendes von den

Vorschriften des 4. Kapitels des SGB V, des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, des Krankenhausentgeltgesetzes sowie den nach diesen Vorschriften getroffenen Regelungen beinhalten. Nicht disponibel seien jedoch die Bestimmungen betreffend die Zulassung und Ermächtigung von Leistungserbringern. Die Teilnahme an einer besonderen Versorgungsform setze voraus, dass die Leistungserbringer im Rahmen der bisherigen Regelversorgung bereits an der Versorgung der Versicherten teilnahmen (Adolf in: Schlegel/Voelzke, juris-PK, SGB V, § 140a Rdnr. 105; Huster in: Becker/Kingreen, SGB V, § 140&1072; Rdnr. 28). Ein Abweichen vom Zulassungsstatus sei über [§ 140a Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) nicht möglich.

Entgegen der Auffassung der Klägerin könne die Vereinbarung der Anlage 6 auch nicht auf § 140&1072; Abs. 3 Satz 2 SGB V gestützt werden. Zwar könnten sich danach die Partner eines Vertrages über eine besondere Versorgung nach § 140&1072; Abs. 1 SGB V auf der Grundlage ihres jeweiligen Zulassungsstatus für die Durchführung der besonderen Versorgung darauf verständigen, dass Leistungen auch dann erbracht werden könnten, wenn die Erbringung dieser Leistungen vom Zulassungs-, Ermächtigungs- oder Berechtigungsstatus des jeweiligen Leistungserbringers nicht gedeckt sei. Voraussetzung hierfür sei jedoch, dass zumindest einer der teilnehmenden Leistungserbringer zur Erbringung der fraglichen Leistungen zugelassen sei bzw. die fraglichen Leistungen überhaupt erbringen dürfe. Dies werde auch anhand des Wortlauts von [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) deutlich, wonach die Verständigung der Vertragspartner über den Zulassungsübergang "auf der Grundlage ihres jeweiligen Zulassungsstatus" erfolge. Überdies habe der Gesetzgeber ausdrücklich und unmissverständlich zu dieser Frage hinsichtlich der Vorgängerregelung Stellung bezogen und dargelegt:

"[§ 140 Abs. 4 Satz 3 SGB V](#) lässt Integrationsverträge zu, bei denen die beteiligten Leistungserbringer auch Leistungen erbringen, die von ihrem Zulassungs- oder Ermächtigungsstatus nicht gedeckt sind. Dies gewährleistet, dass die Leistungserbringung im Rahmen der integrierten Versorgung nicht durch bestehende Zulassungsschranken behindert wird. Die vertragliche Vereinbarung darf jedoch nur Leistungen beinhalten, die von dem durch mindestens einen teilnehmenden Leistungserbringer eingebrachten Zulassungsstatus oder Ermächtigungsstatus umfasst sind" ([BT-Drucks. 17/8005](#), Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Drucksachen 17/6906, 17/7274 - Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz - GKV-VStG), zu Nr. 58b, zu Buchstabe a, S. 121).

Zudem habe der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeführt:

"Bei Vertragsabschluss können die Beteiligten sich nicht gegenseitig einen Zulassungsstatus vertraglich zugestehen, über den sie nicht verfügen. Sie können also nur solche Leistungen zum Gegenstand des Vertrages machen, die sie aufgrund ihrer Zulassung erbringen können. Das Leistungsfeld für die integrierte Versorgung wird infolge dessen bei Vertragsabschluss von dem Zulassungsstatus abgesteckt, den die Beteiligten Vertragspartner der Krankenkassen in die integrierte Versorgung einbringen" ([BT-Drucks. 15/1525](#), Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG), zu Nr. 114, zu Buchst. d, S. 130).

Der Gesetzgeber habe damit deutlich gemacht, dass zumindest ein Partner zur Erbringung der fraglichen Leistung zugelassen sein müsse. Eine Ausweitung darüber hinaus sei ausdrücklich nicht gewollt gewesen.

Darüber hinaus schränkten die Vereinbarungen in § 11 Abs. 4 des Vertrages die Verordnungshoheit des Arztes und die Versorgung des Versicherten mit häuslicher Krankenpflege ein. Häusliche Krankenpflege in der Variante der Krankenhausvermeidungspflege sei gemäß § 2 Abs. 1 der Häuslichen Krankenpflege-Richtlinie eine Unterstützung der ärztlichen Behandlung mit dem Ziel, der oder dem Versicherten das Verbleiben oder die möglichst frühzeitige Rückkehr in ihren oder seinen häuslichen Bereich zu erlauben. Die Voraussetzungen der Krankenhausvermeidungspflege seien in § 2 Abs. 2 der Häuslichen-Krankenpflege-Richtlinie niedergelegt. Die Verordnung häuslicher Krankenpflege erfolge durch den Vertragsarzt bzw. durch den Krankenhausarzt. Bei diesen liege auch die Verordnungshoheit. Mit der in § 11 Abs. 4 Satz 1 des Vertrages enthaltenen Verpflichtung des Leistungserbringers, einen stationären Patienten erst unter den genannten Voraussetzungen zu entlassen, werde der Leistungserbringer aber gleichzeitig auch verpflichtet, selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Verordnung häuslicher Krankenpflege von dieser Verordnung abzusehen und den Patienten in der stationären Versorgung zu belassen. Diese Verpflichtung verstoße damit durchaus und entgegen der Auffassung der Klägerin gegen die Verordnungshoheit des Arztes. Daran ändere auch nicht, dass § 11 Abs. 4 Satz 3 des Vertrages eine Regelung für den Fall enthalte, dass trotz der in Satz 1 enthaltenen Verpflichtung häusliche Krankenpflege verordnet werde. Denn in diesem Fall würden die der Klägerin "innerhalb von 2 Wochen nach der Entlassung entstehenden Kosten entsprechend mit anderen Forderungen verrechnet" (§ 11 Abs. 4 Satz 3 des Vertrages). Auch aus § 11 Abs. 4 Satz 2 des Vertrages ergebe sich, dass die Klägerin die insoweit anfallenden Kosten nicht trage. Ausweislich des Schreibens der Klägerin vom 27. Juni 2017 bzw. der "1. Protokollnotiz" erfolge der Ausgleich "im Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien". Es liege somit nahe, dass diese Kosten dann dem Leistungserbringer zur Last fielen. Durch die Gefahr der Kostentragung werde die Verordnungshoheit des Arztes aber erneut eingeschränkt. Auch der Vortrag, dass die stationäre Leistung bereits mit der Komplexpauschale vergütet sei, überzeuge in diesem Zusammenhang nicht. Ausweislich der Anlage 6 zum Vertrag seien bei den stationären Leistungen ein bis maximal drei Nächte vorgesehen. Entsprechend obiger Ausführungen würden aber die innerhalb von zwei Wochen nach der Entlassung entstehenden Kosten verrechnet.

Mit der Ergänzungsvereinbarung vom 7. August 2018 würde der Vertrag zwar rechtskonform angepasst, angesichts der Befristung sei jedoch absehbar, dass mit Ablauf der Befristung die rechtswidrigen Regelungen erneut zum Tragen kämen.

Das BVA habe das ihm gemäß [§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) zustehende Ermessen zugunsten des öffentlichen Interesses ausgeübt. Das öffentliche Interesse an einer Verpflichtung der Klägerin bestehe in dem Schutz der Versicherten vor Gesundheitsgefahren, in dem Schutz anderer Krankenkassen vor einem Wettbewerbsvorteil der Klägerin und in dem Interesse des Staates, der Bürger und der anderen Krankenkassen an der Abwehr einer Nachahmungsgefahr durch andere Krankenkassen, die diesen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen ggf. auch zu nutzen gedenken. Indem die Klägerin den Zulassungsstatus für die am Vertrag teilnehmenden Leistungserbringer rechtswidrig ausweite, könne nicht sichergestellt werden, dass die gesetzlich festgelegten Qualitätsanforderungen an die medizinische Versorgung eingehalten würden. Hierdurch könnten Gesundheitsgefahren für Patienten entstehen. Insbesondere sei dies der Fall, wenn stationär vorgesehene Leistungen in den ambulanten Bereich überführt würden, der weitaus geringere Anforderungen an den medizinischen

Hintergrunddienst stelle. Außerdem bestehe die Gefahr, dass auch andere Krankenkassen ähnliche Vertragskonzepte wählten. Dieser Nachahmungsgefahr begegne das BVA mit dem Verpflichtungsbescheid. Diesen öffentlichen Interessen stehe das Interesse der Klägerin gegenüber, mit dem Streitgegenständlichen Verhalten weiterhin im Mitgliederwettbewerb zwischen Krankenkassen aufzutreten und so Mitglieder zu halten oder neue Mitglieder zu gewinnen. Das BVA bewerte das Interesse der Öffentlichkeit an der Verpflichtung der Klägerin, insbesondere das Interesse des Staates und der Bürger am Schutz vor Gesundheitsgefahren, als überwiegend im Vergleich zu dem Einzelinteresse der Klägerin und entscheide sich daher, den vorstehenden Verpflichtungsbescheid zu erlassen. In seiner Entscheidung habe sich das BVA ebenfalls davon leiten lassen, in seinem Aufsichtsbereich ein einheitliches Verhalten der Kassen sicherzustellen. Das BVA habe vergleichbare Vertragsgestaltungen anderer Krankenkassen in der Vergangenheit abgestellt bzw. stelle sie derzeit ebenfalls ab. Eine abweichende Entscheidung in der Angelegenheit der Klägerin würde zu einer Ungleichbehandlung der Krankenkassen im Aufsichtsbereich des BVA führen.

Der Verpflichtungsbescheid sei auch verhältnismäßig, da insbesondere keine mildereren, gleich geeigneten Mittel ersichtlich seien. Als mildereres Mittel zur Kündigung käme lediglich die Herbeiführung einer Vertragsanpassung in Betracht. Aber weder ein Schriftwechsel noch ein persönliches Gespräch hätten eine Einigung zu einer dauerhaften rechtmäßigen Vertragsanpassung erzielen können. Mit der Befristung der Ergänzungsvereinbarung bringe die Klägerin zum Ausdruck, dass sie bereit sei, einen rechtswidrigen Vertrag wieder aufleben zu lassen.

Die Klägerin hat gegen den ihr am 1. September 2018 zugestellten Bescheid am 1. Oktober 2018 Klage zum Hessischen Landessozialgericht erhoben und zur Begründung ergänzend vorgetragen: Der Verpflichtungsbescheid sei rechtswidrig, denn der vereinbarte Leistungsinhalt des Vertrages sei rechtmäßig. Ein Verstoß gegen [§ 87 Abs. 2 SGB V](#) liege nicht vor. Bei den in Anlage 6 zum Vertrag vereinbarten Leistungen, die weder im EBM noch im AOP-Katalog gelistet seien, handele es sich um "neue Leistungen" bzw. "neue Behandlungsmethoden", welche von der Abweichungsbefugnis in [§ 140a Abs. 2 SGB V](#) gedeckt seien. "Neu" im Sinne von [§ 135 SGB V](#) sei eine Untersuchungs- und Behandlungsmethode nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts dann, wenn sie nicht als abrechnungsfähige Leistung im EBM enthalten sei oder wenn sie zwar aufgeführt sei, ihre Indikation aber wesentliche Änderungen oder Erweiterungen erfahren habe. Als "neu" würden im vorgenannten Sinne in der Literatur auch solche Methoden anerkannt, die bisher nur hätten stationär, nicht aber ambulant erbracht werden können (vgl. Flint in: Hauck-Noftz, Erg.-Lfg. 8/10, § 135 SGB V, Rz. 50). Von der Abweichungsbefugnis seien daher auch ambulante Operationen umfasst, die nicht im EBM enthalten seien, da diese Leistungen als "neue" Leistungen einzustufen seien. Der EBM entfalte auch keine Zulassungsrechtlichen Wirkungen. Weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung fänden sich Hinweise dazu, dass Vertragsärzte, welche in den zitierten Sachverhalten Leistungen erbrächten, die Grenzen ihrer Zulassung überschritten. Bei den in den Vertrag eingebundenen Leistungserbringern handele es sich gerade nicht um Privatärzte oder Privatkrankenhäuser. Die von der Beklagten angenommenen Inhaltsbestimmungen der vertragsärztlichen Zulassung seien dem EBM nicht zu entnehmen und wären auch nicht von der Ermächtigungsgrundlage des [§ 87 Abs. 1 SGB V](#) gedeckt. Die Schlussfolgerung der Beklagten, der EBM sei lediglich hinsichtlich der Vergütung in Verträgen nach [§ 140a SGB V](#) frei verhandelbar, nicht aber hinsichtlich der Leistungsbeschreibung, entbehre jeder Grundlage: Eine Abweichung von den Leistungen der Regelversorgung - z.B. wie vorliegend die Vereinbarung neuer Untersuchungs- und/oder Behandlungsmethoden - in den Verträgen nach [§ 140a SGB V](#) sei ausdrücklich zulässig. Auch aus den Gesetzesmaterialien zum GKV-Versorgungsstärkungsgesetz gehe hervor, dass auch bisher stationär zu erbringende Leistungen im Rahmen der besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) ambulant erbracht werden dürften. Ebenso liege kein Verstoß gegen [§ 115b Abs. 2 SGB V](#) vor. Die Auffassung der Beklagten, Krankenhäuser dürften nur die im AOP-Katalog aufgeführten Leistungen ambulant erbringen, möge für die Regelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung zutreffen, nicht jedoch im Bereich der selektivvertraglichen Versorgung, denn dann seien auch die Krankenhäuser unter den Bedingungen des [§ 140a SGB V](#) von diesen Beschränkungen befreit. Ziel des [§ 140a SGB V](#) sei es - im Anschluss an die ehemals integrierte Versorgung ([§§ 140a SGB V](#) a.F. ff.) - die starren Grenzen zwischen ambulanter und stationärer Versorgung zu durchbrechen und den Krankenkassen die Möglichkeit zu eröffnen, alternative Versorgungsstrukturen außerhalb der bisherigen Regelversorgung zu entwickeln. [§ 140b Abs. 4 Satz 3 SGB V](#) a.F. habe erlaubt, den Zulassungsstatus unter den an der Versorgung teilnehmenden Leistungserbringern auszutauschen. [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) habe diese Regelung übernommen: Ambulante Versorgung solle den Krankenhäusern eröffnet werden ([BT-Drucks. 18/5123, S. 71](#), 137). Ausreichend sei, wenn von mindestens einem beteiligten Leistungserbringer ein Zulassungs-, Ermächtigungs- oder Berechtigungsstatus eingebracht werde, der die vertraglichen Leistungen umfasse, so dass sich aus der Summe der Einzelberechtigungen ein Gesamtstatus ergebe, der unter den Leistungserbringern aufgeteilt werden könne (u.a. Engelhard in: Hauck/Noftz, Erg.-Lfg. 2/14, § 140b SGB V, Rz. 52a). Wie dargelegt, dürften vorliegend die an dem Selektivvertrag beteiligten Vertragsärzte die streitigen ambulanten Operationsleistungen als "neue" Leistungen erbringen. Folglich sei es im Rahmen des [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) auch möglich, dass das Krankenhaus von diesem Zulassungsstatus Gebrauch mache. Der 6. Senat des Bundessozialgerichts führe als Beispiel für die zulässige Nutzung eines Zulassungsstatus aus, dass der in einem zugelassenen Krankenhaus ([§ 108 SGB V](#)) angestellte Arzt im Rahmen eines vom Krankenhaus abgeschlossenen Vertrages über Integrative Versorgung ([§ 140a SGB V](#) a.F.) ambulante Leistungen erbringen könne, für die er im Rahmen der Regelversorgung einer Ermächtigung bedürfte. Auch vorliegend bringe das Krankenhaus seine Berechtigung zur Durchführung eines in der Regelversorgung stationär durchzuführenden Eingriffs in den Gesamtstatus mit ein. Hierdurch seien die niedergelassenen Ärzte befugt, diese Berechtigung im Rahmen des besonderen Versorgungsvertrages zu nutzen. Die Beklagte vermische in ihrer Argumentation die Frage, welche Leistung im Vertrag nach [§ 140a SGB V](#) zulässigerweise vereinbart werden dürfe, mit der Frage, ob ein Austausch der Zulassungsstatus der beteiligten Leistungserbringer zulässig sei. Da der EBM keine Zulassungsrechtlichen Wirkungen entfalte und Ärzte auch Leistungen erbringen dürften, die nicht im EBM enthalten seien, seien die ärztlichen Leistungserbringer und Krankenhäuser berechtigt, die streitigen Operationen auch ambulant zu erbringen - zumal einer der ärztlichen Leistungserbringer zur Erbringung dieser Eingriffe zugelassen sei.

Die Verordnung von häuslicher Krankenpflege noch vor Erreichen der vorgesehenen Verweildauer sei bereits durch die von der Klägerin zu zahlende Pauschale abgegolten; § 11 Abs. 4 greife daher nicht in die Verordnungshoheit des Arztes ein. Der Arzt könne weiterhin uneingeschränkt häusliche Krankenpflege verordnen; lediglich die Höhe der Vergütung könne variieren.

Im Rahmen der Ermessensausübung habe die Beklagte es fehlerhaft unterlassen, das Interesse der Klägerin an einer qualitativen Verbesserung und wirtschaftlicheren Versorgung ihrer Mitglieder zu berücksichtigen. Die vereinbarte Versorgung verbessere auch Qualität und Wirtschaftlichkeit durch Reduzierung der Krankenhausaufenthalte: Behandlung aus einer Hand, Vermeidung von Doppeluntersuchungen, schnellere Mobilisierung im häuslichen Umfeld bei Verringerung der psychischen Belastung, Verringerung des Infektionsrisikos. Anhand der vereinbarten Vergütung könne nachvollzogen werden, dass die Kosten der vereinbarten Versorgung unter denen der Regelversorgung lägen; die Klägerin verweist hierzu auf eine Gegenüberstellung von DRGs und den vereinbarten Pauschalen (Bl. 238 und 239 der Gerichtsakte). Zudem sei zu beachten, dass die Klägerin die erste Kasse sei, gegen die - trotz vergleichbarer

Fallgestaltungen - mit einem Verpflichtungsbescheid vorgegangen worden sei; es liege insoweit eine Ungleichbehandlung vor.

Die Klägerin beantragt,  
den Verpflichtungsbescheid vom 28. August 2018 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte verweist auf die Ausführungen in ihrem Bescheid vom 28. August 2018 und trägt ergänzend vor: Entgegen der Auffassung der Klägerin fungiere der EBM nicht nur als Grundlage der Abrechnung, sondern verzahne das Leistungsrecht mit dem vertragsärztlichen Leistungserbringerrecht; [§ 87 SGB V](#) bestimme den Inhalt der vertragsärztlichen Zulassung. Im EBM nicht aufgeführte Leistungen dürften daher auch grundsätzlich nicht im vertragsärztlichen Vergütungssystem erbracht und abgerechnet werden. Der EBM definiere Grenzen der vertragsärztlichen Zulassung, die von dem am Vertrag beteiligten Leistungserbringern überschritten würden, sofern sie ambulante Operationen vornähmen, die nicht im EBM aufgeführt seien. Der Gesetzgeber könne nicht gewollt haben, dass über Verträge zur besonderen Versorgung nicht nur - wie von [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) gedeckt - die Berechtigung zur Leistungserbringung abweichend vom Zulassungs-, Ermächtigungs- und Berechtigungsstatus gestaltet werden könne, sondern auch die Durchführung der Leistung selbst geändert werde. Ansonsten könne z.B. ein ambulanter Leistungserbringer, der zur stationären Leistungserbringung berechtigt wäre, auch eine stationäre Leistung ambulant durchführen. Eine solche Abkehr von den Grundsätzen des SGB V bedürfe einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, die sich auch nicht aus [§ 140a Abs. 2 Satz 1](#) und 2 SGB V ableiten lasse. [§ 140a Abs. 2 Satz 1](#) und 2 SGB V regele lediglich, dass in der Selektivversorgung für den vertragsärztlichen Bereich die gleiche Systematik gelten solle wie im Krankenhaus, nämlich dass neue, noch nicht vom Gemeinsamen Bundesausschuss beurteilte Untersuchungs- und/oder Behandlungsmethoden bis zur Grenze der Ablehnung auch durch Vertragsärzte erbracht werden könnten. Dies stelle eine Abweichung von der Regelversorgung insofern dar, als dass gemäß [§§ 135, 137c SGB V](#) in der Regelversorgung Vertragsärzte nur die vom Gemeinsamen Bundesausschuss positiv bewerteten neuen Untersuchungs- und/oder Behandlungsmethoden erbringen dürften. Eine grundsätzliche Verlagerung der stationär zu erbringenden Leistungen gehe damit aber nicht einher. Überdies seien Bestimmungen betreffend die Zulassung und Ermächtigung von Leistungserbringern grundsätzlich nicht disponibel. Dies zeigten bereits die Vorschriften des [§ 140a Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 SGB V](#), die zugrunde legten, dass die an Leistungserbringer gestellten zulassungsbezogenen Voraussetzungen (Zulassung, Berechtigung, Ermächtigung) stets gegeben sein müssten. [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) sei nicht einschlägig, denn weder die beteiligten ambulant tätigen Ärzte noch die Krankenhäuser dürften die hier streitigen stationären - Leistungen ambulant erbringen. Die Vorschrift solle einen wechselseitigen Austausch der eingebrachten Zulassungen ermöglichen, nicht aber ein Aneignen von nicht bestehenden Zulassungen. Nicht von [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) gedeckt sei entgegen der Auffassung der Klägerin eine "Überkreuz"-Konstellation dergestalt, dass der ambulant tätige Vertragsarzt die im Krankenhaus stationär durchzuführenden Operationen nunmehr ambulant erbringen dürfe. Um diese letzte Form des "Überkreuz-Mix" handele es sich aber bei den im streitgegenständlichen Vertrag vorgesehenen Operationen, die vom stationären Sektor in den ambulanten Sektor verschoben würden. Auch ein Krankenhaus könne die hier diskutierten Leistungen nicht ambulant, sondern nur stationär erbringen. Daher dürfte der Vertragsarzt auf Grundlage des [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) die Leistung ebenfalls nur stationär erbringen. Über [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) werde die Berechtigung der Leistungserbringung verlagert, die Leistung selbst könne nicht verlagert werden (Wortlaut [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#): "auf der Grundlage ihres jeweiligen Zulassungsstatus"). Der Gesetzgeber habe im Übrigen bei der Überarbeitung der Vorschriften zur Integrierten Versorgung erkannt, dass auf Seiten der Leistungserbringer Zulassungsbeschränkungen bestehen können (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung, GKV-GMG, [BT-Drucks. 15/1525](#), S.130: "sondern es der Absprache der Beteiligten in der integrierten Versorgung zu überlassen, wann, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Ausmaß die einzelnen Leistungserbringer bei der Durchführung der integrierten Versorgung Leistungen auch unabhängig von ihrem Zulassungsstatus - vorausgesetzt, die berufsrechtlichen Voraussetzungen liegen vor - sollen erbringen dürfen."). Folglich dürften Abweichungen nur im gesetzlich geregelten Rahmen erfolgen. Entsprechend habe der Gesetzgeber in [§ 140b Abs. 4 Satz 1 SGB V](#) a.F. Abweichungen vorgesehen, welche auch die Nutzung einer fremden Zulassung vorsahen. Die heutige Fassung des [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) habe die frühere Regelung in [§ 140b Abs. 4 Satz 3 SGB V](#) übernommen. Hieraus ergebe sich aber nicht die Möglichkeit bestehende Zulassungen beliebig zu erweitern.

Der Vortrag der Klägerin hinsichtlich der Regelung in [§ 11 Abs. 4](#) des Vertrages überzeuge nicht: Ausweislich der Anlage 6 zum Vertrag seien bei den stationären Leistungen 1 bis maximal 3 Nächte vorgesehen, dennoch würden die innerhalb von zwei Wochen nach der Entlassung entstehenden Kosten der häuslichen Krankenpflege verrechnet, so dass auch der Verweis auf die Komplexpauschale nicht trage.

Die Beklagte habe von ihrem Ermessen fehlerfrei Gebrauch gemacht. Die Klägerin verkenne, dass die Beklagte gerade aus den Gründen der Rechtswidrigkeit des Vertrages das Interesse, Qualität und Wirtschaftlichkeit in der Versorgung nicht als Ermessenserwägungen im positiven Sinn für die Klägerin berücksichtigen könne. Vielmehr könnten mit der unzulässigen Leistungsausweitung die gesetzlich festgelegten Qualitätsanforderungen an die medizinische Versorgung gerade nicht eingehalten werden. Unabhängig davon, dass mit dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 23. Juli 2015 die Vorlagepflicht für Selektivverträge entfallen sei, werde die Beklagte bei Kenntnis gleichgelagerter Fallkonstellationen aufsichtsrechtlich tätig.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen sowie wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verwaltungsakten der Beteiligten und die Gerichtsakte, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig.

Das Landessozialgericht ist nach [§ 29 Abs. 2 Nr. 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) erstinstanzlich zur Entscheidung berufen. Es handelt sich um eine Aufsichtsangelegenheit gegenüber einem Träger der Sozialversicherung. Die Klägerin ist als Krankenkasse Trägerin der Gesetzlichen Krankenversicherung, [§ 1 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#).

Das Landessozialgericht ist für die Klage auch örtlich zuständig. Die Klägerin hat ihren Sitz im Land Hessen und damit im Bezirk des erkennenden Landessozialgerichts Hessen, [§ 57 Abs. 1 Satz 1 SGG](#). Die Zuständigkeit des 1. Senats ergibt sich aus Ziff. 8 Satz 3 der

"Ergänzenden Regelungen zum Geschäftsverteilungsplans" des Gerichts.

Die Anfechtung des Verpflichtungsbescheides ist als Aufsichtsklage nach [§ 54 Abs. 3 SGG](#), wonach eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit der Klage die Aufhebung einer Anordnung der Aufsichtsbehörde begehren kann, wenn sie behauptet, dass die Anordnung Aufsichtsrecht überschreitet, statthaft. Vorliegend bestreitet die Klägerin die Rechtmäßigkeit des Verpflichtungsbescheides der Beklagten vom 28. August 2018.

Eines Vorverfahrens bedurfte es gemäß [§ 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGG](#) nicht. Die Klage ist jedoch unbegründet.

Der Bescheid vom 28. August 2018 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat mit ihrem Verpflichtungsbescheid vom 28. August 2018 das ihr zustehende Aufsichtsrecht nicht überschritten.

Nach [§ 87 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) unterliegen die Versicherungsträger staatlicher Aufsicht. Die Aufsicht erstreckt sich auf die Beachtung von Gesetz und sonstigem Recht, das für die Versicherungsträger maßgebend ist (Satz 2). Wird durch das Handeln oder Unterlassen eines Versicherungsträgers das Recht verletzt, soll die Aufsichtsbehörde zunächst beratend darauf hinwirken, dass der Versicherungsträger die Rechtsverletzung behebt. Kommt der Versicherungsträger dem innerhalb angemessener Frist nicht nach, kann die Aufsichtsbehörde den Versicherungsträger verpflichten, die Rechtsverletzung zu beheben ([§ 89 Abs. 1 Sätze 1 und 2 SGB IV](#)). Der Erlass eines Aufsichtsbescheids hat in einem abgestuften Verfahren zu erfolgen (BSG, Urteil vom 26. Juni 1996 - [8 RKn 32/95](#)). Dabei ist die Durchführung einer Beratung grundsätzlich Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Verpflichtungsanordnung; sie hat Vorrang vor dem Erlass eines Verpflichtungsbescheids (BSG, Urteil vom 20. Juni 1990 - [1 RR 4/89](#)). Die Beratung erfordert eine Darlegung der dem Versicherungsträger möglichen Maßnahmen, mit denen er in rechtlich zulässiger Weise die nach Meinung der Aufsichtsbehörde vorliegende Rechtsverletzung beheben kann (Engelhard in jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, [§ 89 SGB IV](#), Rdnr. 42 m.w.N.). Aus ihrer Verpflichtung zu kooperativem Verhalten gegenüber den Versicherungsträgern als Selbstverwaltungskörperschaften folgt zudem, dass die Aufsichtsbehörde im Zusammenwirken mit dem Versicherungsträger und nicht gegen ihn nach einer sachgerechten und dem Gesetz entsprechenden Lösung etwaiger Rechtskonflikte suchen muss und sich insbesondere nicht zu ihrem eigenen vorangegangenen Verhalten in Widerspruch setzen darf (Engelhard, a.a.O., Rdnr. 47 m.w.N.).

Diese Anforderungen hat die Beklagte erfüllt. Sie hat die Klägerin vor Erlass des Verpflichtungsbescheids nicht nur in mehreren Schreiben (Schreiben der Beklagten vom 23. August 2017 und 26. Oktober 2017) und in einem persönlichen Gespräch vom 11. Juli 2018 auf ihre Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der hier streitgegenständlichen Bestimmungen des "Vertrags zur Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung" mit der Fa. C. GmbH & Co. KG aufmerksam gemacht, sondern sie hat auch mit ihrem Schreiben vom 6. März 2018 ausdrücklich unter Bezugnahme auf die Regelungen des [§ 89 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) sowie unter ausführlicher Darlegung der Rechtslage im Rahmen einer aufsichtsrechtlichen Beratung darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung ambulant zu erbringender Leistungen in Anlage 6 des Vertrages außerhalb der im EBM und im AOP-Katalog gelisteten Leistungen - und [§ 11 Abs. 4](#) des Vertrages gegen geltendes Recht verstößt, und die Klägerin aufgefordert, den Vertrag entsprechend anzupassen.

Dahinstehen können etwaige Zweifel, ob die im aufsichtsrechtlichen Beratungsschreiben vom 6. März 2018 ausgesprochene Aufforderung, bis zum 30. März 2018 eine Vertragsanpassung vorzunehmen, eine angemessene Frist beinhaltet. Zum einen hat die Klägerin mit ihrem Antwortschreiben vom 19. April 2018 deutlich gemacht, dass sie der Aufforderung nicht nachkommen werde, zumal der eigentlich zur Vorabprüfung übermittelte Vertrag tatsächlich bereits zum 1. April 2017 in Kraft trat. Eines weitergehenden Schutzes durch eine ggf. angemessenere Fristbestimmung bedurfte es danach nicht mehr. Zum anderen belegt die Vorlage der (bis zum 31. Dezember 2019 befristeten) Ergänzung vom 7. August 2018, dass eine Vertragsanpassung zeitnah möglich gewesen wäre.

Der im aufsichtsrechtlichen Beratungsschreiben der Beklagten vom 6. März 2018 ausgesprochenen Aufforderung, die nach ihrer Auffassung bestehende Rechtswidrigkeit des "Vertrags zur Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung" durch Vertragsanpassung zu beseitigen, ist die Klägerin nicht nachgekommen, so dass die Beklagte berechtigt war, einen an die Beratung anschließenden Verpflichtungsbescheid zu erlassen, d.h. die Verpflichtung der Klägerin auszusprechen, die festgestellte Rechtswidrigkeit durch Kündigung des Vertrages zu beheben.

Der Bescheid vom 28. August 2018 entspricht den gesetzlichen Anforderungen, denn die Vereinbarung von Leistungen, die über den Leistungskatalog des Kapitels 31.2. in Verbindung mit Anhang 2 des EBM und des AOP-Katalogs hinausgehen, ist rechtswidrig.

Die Beklagte ist bei Erlass eines Verpflichtungsbescheides nach [§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) auf eine Rechtsaufsicht beschränkt; sie hat darüber zu wachen, dass die Klägerin die Gesetze und sonstiges für die Versicherungsträger maßgebendes Recht beachtet ([§ 87 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Eine Rechtsverletzung liegt dann vor, wenn der Versicherungsträger gegen zwingende Vorschriften in für ihn maßgeblichen Gesetzen oder sonstigem Recht verstoßen hat, diese also falsch angewandt oder nicht beachtet hat (Engelhard, in: jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, [§ 89 Rdnr. 17](#)). Dazu gehört auch die Beachtung einer gesicherten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Andererseits muss die Aufsichtstätigkeit der Beklagten dem Selbstverwaltungsrecht der Klägerin als Träger mittelbarer Staatsverwaltung (vgl. [§ 29 SGB IV](#)) Rechnung tragen. Dabei ist zu beachten, dass der eigenverantwortliche Vollzug einer detaillierten Sozialgesetzgebung zum wesentlichen Kompetenzbereich der Selbstverwaltung gehört. Deshalb ist es einer Aufsichtsbehörde auch verwehrt, ihre Rechtsauffassung an die Stelle derjenigen der beaufsichtigten Körperschaft zu setzen, sofern Rechtsfragen zum Anlass einer Beanstandung genommen werden, die bislang weder das Gesetz noch die Rechtsprechung in eindeutiger Weise beantwortet hat. Ein rechtmäßiges aufsichtsrechtliches Einschreiten erfordert daher, dass das BVA zu Recht davon ausgehen durfte, dass die Klägerin mit ihrem Handeln Rechtsverstöße begangen hat. Der Grundsatz maßvoller Ausübung der Rechtsaufsicht gebietet es in diesem Zusammenhang, der beaufsichtigten Behörde einen gewissen Bewertungsspielraum zu belassen. Verwendet das Gesetz daher z.B. einen unbestimmten Rechtsbegriff, der mehrere Auslegungen zulässt und dessen Auslegung in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist, bedarf ein aufsichtsrechtliches Einschreiten regelmäßig einer besonderen Rechtfertigung. Bewegt sich das Handeln oder Unterlassen des Versicherungsträgers im Bereich des rechtlich noch Vertretbaren, sind förmliche Aufsichtsmaßnahmen, die dieses beanstanden, rechtswidrig. Der Bewertungsspielraum des Beaufsichtigten endet allerdings, wenn er gegen allgemein anerkannte Bewertungsmaßstäbe verstoßen hat, die diesen Spielraum einengen oder ausschließen. Erst eine entsprechende Grenzüberschreitung stellt eine Rechtsverletzung i.S.d. [§ 89 SGB IV](#) dar (vgl. zum Ganzen BSG, Urteil

vom 22. März 2005 - [B 1 A 1/03 R](#) -; Engelhard in: jurisPK-SGB IV, a.a.O., Rdnr. 17 ff., jeweils m.w.N.).

Ein solcher Fall des Rechtsverstoßes liegt hier vor; auf die entsprechenden Ausführungen der Beklagten in ihrem Verpflichtungsbescheid wird ausdrücklich Bezug genommen ([§ 136 Abs. 3 SGG](#)); ebenso verweist der Senat auf den zutreffenden Vortrag der Beklagten im Klageverfahren.

Ergänzend ist anzumerken:

Der hier streitgegenständliche Vertrag sieht in §§ 6 Abs. 1, 8 Abs. 1, 11 Abs. 1 in Verbindung mit Anlage 6 ab 1. Januar 2020 vor, dass die teilnehmenden Fachärzte und Krankenhäuser Operationen ambulant erbringen und abrechnen dürfen, obwohl diese nicht im Leistungskatalog des Kapitels 31.2. in Verbindung mit Anhang 2 des EBM und/oder im AOP-Katalog enthalten sind. Dies ist sowohl ein Verstoß gegen [§ 87 Abs. 1 SGB V](#) als auch gegen [§ 115 b Abs. 2 SGB V](#).

Der notwendige Inhalt des EBM ergibt sich aus [§ 87 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#). Danach bestimmt dieser den Inhalt der abrechnungsfähigen ärztlichen beziehungsweise zahnärztlichen Leistungen und ihr wertmäßiges, in Punkten ausgedrücktes Verhältnis zueinander ([§ 87 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 SGB V](#)). Der EBM ist ein Leistungsverzeichnis, das alle Leistungen auflistet, die in der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung erbracht und abgerechnet werden dürfen, eine Leistungsbeschreibung, die den Inhalt der einzelnen Leistung und die zur Erfüllung der Leistungsnummer erforderlichen Voraussetzungen definiert, sowie eine Punktwertrelation, aus der sich für jede einzelne Leistung deren Wert im Verhältnis zu den übrigen Leistungen ergibt. Die Bedeutung des Bewertungsmaßstabes beschränkt sich aber nicht auf die Funktion eines bloßen Leistungs- und Bewertungsverzeichnisses; er ist vielmehr Teil eines aus mehreren Elementen bestehenden komplexen Vergütungssystems, das unterschiedlichen und teilweise gegenläufigen gesetzlichen Zielvorgaben gerecht werden muss ([BSGE 78, 98](#), 105 = [SozR 3-2500 § 87 Nr. 12](#), S. 33, 40). Entsprechend vielfältig sind die Funktionen des Bewertungsmaßstabes (Hamdorf in: Hauck/Noftz, SGB, 05/18, § 87 SGB V, Rdnr. 30). Für den Vertrags(zahn)arzt bildet der Bewertungsmaßstab unabhängig von der Vergütungsform die Grundlage seiner Abrechnung gegenüber der kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung; der Vertrags(zahn)arzt kann ausschließlich die im Bewertungsmaßstab enthaltenen Leistungen zu Lasten der Gesetzlichen Krankenversicherung abrechnen und ist an die jeweiligen Punktzahlen gebunden (Hamdorf in: Hauck/Noftz, SGB, 05/18, § 87 SGB V, Rdnr. 32). Als Verzeichnis der abrechnungsfähigen Leistungen füllt der Bewertungsmaßstab den gesetzlichen Leistungsrahmen der ärztlichen Behandlung nach den §§ 27, 28 (und 73 Abs. 2) SGB V in der Regelversorgung der Gesetzlichen Krankenversicherung aus, da er dieses "Rahmenrecht" auf Krankenversorgung auf untergesetzlicher normativer Ebene konkretisiert (BSG [SozR 3-5555 § 12 Nr. 5](#), S. 21, 25 m. w. N.); er bestimmt, welche Maßnahmen zur vertragsärztlichen Versorgung gehören und vom Versicherten beansprucht werden können (siehe hierzu auch Behnen, NZS 2012, 770 ff.). Durch das Leistungserbringungsrecht wird der leistungrechtliche Anspruchsrahmen in materieller und formeller Hinsicht abgesteckt; außerhalb dieses Rahmens hat der Versicherte grundsätzlich keine Leistungsansprüche ([BSGE 81, 54](#), 61 = [SozR 3-2500 § 135 Nr. 4](#), S. 9, 17; [BSGE 81, 73](#), 79 = [SozR 3-2500 § 92 Nr. 7](#), S. 47, 54; Schlenker, SGB 1992, S. 530, 533 f.). Gemäß [§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) beschränkt sich der Anspruch des Versicherten grundsätzlich auf Sach- und Dienstleistungen, über die nach [§ 2 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) mit den Leistungserbringern entsprechende Verträge zu schließen sind. Dementsprechend haben die zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern zu schließenden Verträge, zu denen - als Bestandteil der Bundesmantelverträge - auch der EMB gehört ([§ 87 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 2 SGB V](#)), die für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung notwendigen ärztlichen Leistungen vollständig und abschließend zu erfassen (Hamdorf in: Hauck/Noftz, SGB, 05/18, § 87 SGB V, Rdnr. 46 m.w.N.).

Hinsichtlich seines Regelungsbereiches - der Bestimmung der abrechnungsfähigen Leistungen und ihres Inhalts - stellt der Bewertungsmaßstab eine abschließende Regelung dar. Leistungen, die in diesem Verzeichnis nicht (ausdrücklich) enthalten sind, sind im Regelfall nicht Bestandteil der vertragsärztlichen Versorgung (BSG [SozR 3-5555 § 12 Nr. 5](#), S. 21, 25). Das bedeutet, dass sie im System der ambulanten vertrags(zahn)ärztlichen Regelversorgung nicht erbringbar und deshalb auch nicht zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen abrechenbar sind ([BSGE 79, 239](#), 242 m. w. N. = [SozR 3-2500 § 87 Nr. 14](#), S. 46, 48; BSG [SozR 3-5555 § 12 Nr. 5](#), S. 21, 25 sowie das weitere Urteil vom 3. 12. 1997, [6 Rka 74/96](#) S. 8; [BSGE 81, 86](#), 92 = [SozR 3-2500 § 87 Nr. 18](#), S. 80, 87/88; [BSGE 84, 247](#), 248 = [SozR 3-2500 § 135 Nr. 11](#), S. 47, 48; BSG, Urteil vom 26. 1. 2000, [B 6 KA 59/98 R](#) S. 8; [BSGE 88, 126](#), 128 = [SozR 3-2500 § 87 Nr. 29](#), S. 143, 147; BSG [SozR 4-2500 § 28 Nr. 4](#), S. 22, 24 (Rz 11)). Grundsätzlich sind die Partner der Gesamtverträge nach [§ 83 SGB V](#) sowie die Partner der Bundesmantelverträge angesichts der ausdrücklichen gesetzlichen Kompetenzzuweisung an die Bewertungsausschüsse auch nicht befugt, das Leistungsverzeichnis zu verändern oder zu ergänzen (Hamdorf in: Hauck/Noftz, SGB, 05/18, § 87 SGB V, Rdnr. 52).

Dementsprechend erkennt auch die Klägerin an, dass Leistungen, die im EBM nicht enthalten sind, von den Vertragsärzten in der Regelversorgung der Gesetzlichen Krankenversicherung grundsätzlich nicht ambulant erbracht und abgerechnet werden können (Schriftsatz vom 30. November 2018, Bl. 182, 183 der Gerichtsakte). Auch hinsichtlich des auf der Grundlage von [§ 115b Abs. 1 SGB V](#) geschlossenen "Vertrages über ambulant durchführbare Operationen und stationersetzende Eingriffe (AOP-Vertrag)" gilt, dass die am hier streitigen Vertrag beteiligten Krankenhäuser grundsätzlich nur die im AOP-Katalog aufgeführten Operationen zu Lasten der Gesetzlichen Krankenversicherung ambulant erbringen und abrechnen dürfen. Auch dies wird von der Klägerin nicht in Frage gestellt (Schriftsatz vom 30. November 2018, Bl. 184 der Gerichtsakte).

Grundsätzlich sieht [§ 140a Abs. 2](#) Sätze 1 bis 3 und Abs. 3 Satz 2 SGB V für Verträge der besonderen Versorgung Möglichkeiten vor, Abweichungen von der Regelversorgung zu vereinbaren. Die hier streitige Vereinbarung, dass die teilnehmenden Fachärzte (und Krankenhäuser) Operationen ambulant erbringen und abrechnen dürfen, obwohl diese nicht im Leistungskatalog des Kapitels 31.2. in Verbindung mit Anhang 2 des EBM enthalten sind, ist entgegen der Auffassung der Klägerin jedoch nicht von den Abweichungsbefugnissen in [§ 140a Abs. 2](#) Sätze 1 bis 3 SGB V gedeckt.

In [§ 140a Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) heißt es:

Die Verträge können Abweichendes von den Vorschriften dieses Kapitels, des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, des Krankenhausentgeltgesetzes sowie den nach diesen Vorschriften getroffenen Regelungen beinhalten.

Der Verweis auf die Vorschriften "dieses" Kapitels bezieht sich auf alle Vorschriften des 4. Kapitels des SGB V und damit des Leistungserbringersrechts, d.h. der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten



und anderen Leistungserbringern ([§ 69 SGB V](#)). Zur Disposition stehen mithin etwa Vergütungsregelungen und Regelungen über die Zusammenarbeit der Leistungserbringer untereinander (Engelhard in: Hauck/Noftz, SGB, 12/17, § 140a SGB V, Rdnr. 81). Dies umfasst auch Rechtsgrundlage ([§ 87 SGB V](#)) und Verträge zum EBM. Zur Disposition stehen damit grundsätzlich auch die Vergütungsregelungen des EBM. Damit ist im Rahmen der Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) insbesondere die vertragsärztliche Vergütung nicht an die Regelungen des EBM gebunden. In den Vergütungsvereinbarungen können z.B. andere Punktzahlen für die im EBM aufgeführten Leistungen, aber auch völlig neu entwickelte Vergütungsformen festgelegt werden (Hamdorf in: Hauck/Noftz, SGB, 05/18, § 87 SGB V, Rdnr. 58).

Vorliegend weicht die Klägerin mit Anlage 6 zum streitgegenständlichen Vertrag aber nicht nur von der Art der Vergütung einer stationär zu erbringenden Leistung ab, in dem sie abweichende - grundsätzlich von der Abweichungsbefugnis in [§ 140a Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) gedeckte - Pauschalen vereinbart. Darüber hinaus sieht der Vertrag in Anlage 6 vielmehr vor, dass eine in der Regelversorgung zwingend stationär zu erbringenden Leistung ambulant erbracht werden und abgerechnet werden kann. Damit wird das Leistungsspektrum für die an der besonderen Versorgung teilnehmenden Versicherten um zusätzliche ambulante Leistungen erweitert, die es in der Regelversorgung so nicht gibt. Die Abweichungsbefugnis in [§ 140a Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) umfasst aber lediglich Regelungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen, nicht aber zwischen Versicherten und Krankenkassen. Für diese Rechtsbeziehungen gilt das 3. Kapitel des SGB V. [§ 140a Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) ist nicht einschlägig.

Zur Abweichung vom Leistungsrecht regelt [§ 140a Abs. 2 Satz 2 SGB V](#): Die Verträge können auch Abweichendes von den im Dritten Kapitel benannten Leistungen beinhalten, soweit sie die in § 11 Abs. 6 genannten Leistungen, Leistungen nach den §§ 20d, 25, 26, 27b, 37a und 37b sowie ärztliche Leistungen einschließlich neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden betreffen.

Bei den Leistungen, die gemäß [§ 140a Abs. 2 Satz 2 SGB V](#) abweichend von der Regelversorgung Gegenstand von Selektivverträgen sein können, handelt es sich zunächst um folgende Leistungen:

- Leistungen, die nach [§ 11 Abs. 6 SGB V](#) Gegenstand einer Satzungsleistung sein können, wie z.B. die Verordnungsfähigkeit von nach [§ 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) vom Leistungsumfang der GKV grundsätzlich ausgeschlossenen nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln
- Leistungen für Schutzimpfungen nach [§ 20d SGB V](#) (Primäre Prävention durch Schutzimpfungen),
- ärztliche Gesundheitsuntersuchungen zur Früherkennung von Krankheiten nach [§ 25 SGB V](#) (Gesundheitsuntersuchungen),
- Kinderuntersuchungen zur Früherkennung von Krankheiten nach [§ 26 SGB V](#) (Kinderuntersuchungen),
- Zweitmeinung vor planbaren Eingriffen nach [§ 27b SGB V](#),
- Psychotherapie nach [§ 37a SGB V](#),
- spezialisierte ambulante Palliativversorgung nach [§ 37b SGB V](#).

Der im Streit stehende "Vertrag zur Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung" beinhaltet die vorstehenden Leistungen unstrittig nicht.

Über die zuvor aufgeführten Leistungen hinaus können gemäß [§ 140a Abs. 2 Satz 2 SGB V](#) auch "ärztliche Leistungen einschließlich neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden" Gegenstand der besonderen Versorgung sein, soweit deren Anwendung nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt (RegE GKV-VSG, [BT-Drucks. 18/4095 S. 127](#)). Hierzu gehören nach der Gesetzesbegründung (RegE GKV-VSG a. a. O.) z.B. innovative Leistungen, die noch keinen Eingang in die Regelversorgung gefunden haben.

Die in Anlage 6 zum streitigen Vertrag aufgeführten (ambulanten) Operationsleistungen sind grundsätzlich "ärztliche Leistungen" gemäß [§ 140a Abs. 2 Satz 2 SGB V](#).

Die Klägerin kann sich in diesem Zusammenhang jedoch nicht darauf berufen, bei den im Rahmen des vorliegenden Vertrages ambulant zu erbringenden Operationen handele es sich um "neue" Behandlungsmethoden im Sinne des [§ 140a Abs. 2 Satz 2 SGB V](#), weil diese als ambulante Leistungen bisher nicht im EBM enthalten seien. Zutreffend weist die Klägerin darauf hin, dass Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in einem formellen Sinne neue Methoden sind, wenn ihre Leistungen zum Zeitpunkt der Leistungserbringung nicht als abrechnungsfähige Leistungen im EBM enthalten sind (h.M., z.B. BSG, Urteil vom 7. November 2006, [B 1 KR 24/06 R](#); Flint in: Hauck/Noftz, SGB, 11/12, § 135 SGB V, Rdnr. 50). Die Klägerin verkennt jedoch, dass es sich bei den in Anlage 6 aufgeführten Operationen, die nicht im EBM enthalten sind, nicht um "Behandlungsmethoden" im Sinne des [§ 140a Abs. 2 Satz 2](#) in Verbindung mit [§ 135 Abs. 1 SGB V](#), sondern (lediglich) um "Leistungen" im Sinne des [§ 87 SGB V](#) handelt.

Als Untersuchungs- und Behandlungsmethode ist nach Sinn und Zweck der [§ 135 Abs. 1 SGB V](#) nicht jede einzelne diagnostische oder therapeutische ärztliche Leistung gemeint ([BSGE 84, 247](#), 248 f. = [SozR 3-2500 § 135 Nr. 11](#), S. 47, 49 f.). Aus dem Begriff der "Methode" folgen bestimmte Anforderungen, die Untersuchungs- und Behandlungsmethoden von ärztlichen Einzelleistungen abgrenzen. Ärztliche "Behandlungsmethoden" im Sinne der Gesetzlichen Krankenversicherung sind medizinische Vorgehensweisen, denen ein eigenes theoretisch-wissenschaftliches Konzept zugrunde liegt, das sie von anderen Therapieverfahren unterscheidet und das ihre systematische Anwendung in der Behandlung bestimmter Krankheiten rechtfertigen soll (BSG, Urteil vom 16. Dezember 2008 - [B 1 KR 11/08 R](#); [BSGE 82, 233](#), 237 = [SozR 3-2500 § 31 Nr. 5](#) - Jomol; vgl. auch [BSGE 88, 51](#), 60 = [SozR 3-2500 § 27a Nr. 2](#) m.w.N.; BSG SozR 3-5533 Nr. 2449 Nr. 2 S. 9 f.; BSG [SozR 4-2500 § 27 Nr. 8](#) Rdnr. 17). Der Begriff der "Behandlungsmethode" ist daher umfassender als der Begriff der ärztlichen Leistung in [§ 87 SGB V](#), da er das therapeutische Vorgehen als Ganzes unter Einschluss aller nach dem jeweiligen methodischen Ansatz zur Erreichung des Behandlungsziels erforderlichen Einzelschritte bezeichnet ([BSGE 86, 54](#), 58 = [SozR 3-2500 § 135 Nr. 14](#), S. 59, 64; vgl. auch [BSGE 84, 247](#), 249 f. = [SozR 3-2500 § 135 Nr. 11](#), S. 47, 50). Dabei kann sich eine Methode durchaus in einer Einzelleistung erschöpfen, aber eben auch aus mehreren Leistungen bestehen (Flint in: Hauck/Noftz, SGB, 11/12, § 135 SGB V, Rdnr. 49). Somit kann es ärztliche Leistungen geben, die neu in den Bewertungsmaßstab aufgenommen werden können, ohne dass es vorab einer Entscheidung des Gemeinsamen Bundesausschusses bedarf ([BSGE 84, 247](#), 250 = [SozR 3-2500 § 135 Nr. 11](#), S. 47, 50/51 unter Hinweis auf [BSGE 79, 239](#), 242 = [SozR 3-2500 § 87 Nr. 14](#), S. 46, 49).

Bei den von der Beklagten im angefochtenen Bescheid auszugsweise aus der Anlage 6 entnommenen Operationsbeschreibungen wird deutlich, dass es sich dabei nicht um Behandlungsmethoden, sondern lediglich um ärztliche Leistungen handelt: Z.B. die unter Ziff. 23 aufgeführte DRG I32E umfasst die "Leistung" "Mäßig komplexe Eingriffe an Handgelenk und Hand, Alter ( 6 Jahre)". Entsprechendes gilt für

alle übrigen gelisteten Operationen, die z.T. unspezifische Leistungskomplexe ("Eingriff", "Komplexer Eingriff") abbilden, aber gerade keine Behandlungsmethode, welchen ein eigenes theoretisch-wissenschaftliches Konzept zugrunde liegt, das sie von anderen Therapieverfahren unterscheidet, darstellt. Dies wird auch von der Klägerin nicht behauptet.

Die hier für "ärztliche Leistungen" einschlägige Abweichungsermächtigung in [§ 140a Abs. 2 Satz 2 SGB V](#) ist inhaltlich beschränkt durch [§ 140a Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) und darüber hinaus durch [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#):

In [§ 140a Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) heißt es:

Die Sätze 1 und 2 gelten insoweit, als über die Eignung der Vertragsinhalte als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung der Gemeinsame Bundesausschuss nach § 91 im Rahmen der Beschlüsse nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 oder im Rahmen der Beschlüsse nach § 137c Abs. 1 keine ablehnende Entscheidung getroffen hat und die abweichende Regelung dem Sinn und der Eigenart der vereinbarten besonderen Versorgung entspricht, sie insbesondere darauf ausgerichtet ist, die Qualität, die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit der Versorgung zu verbessern.

Da es sich bei den streitigen Operationsleistungen bereits um keine "Neuen Behandlungsmethoden" gemäß [§§ 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5, 135 SGB V](#) handelt, kommt es auch nicht darauf an, ob der Gemeinsame Bundesausschuss eine ablehnende Entscheidung im Sinne des [§ 140a Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) in Verbindung mit [§ 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5](#) oder [§ 137c Abs. 1 SGB V](#) getroffen hat.

Ob die Vereinbarung der ambulanten Erbringung einer in der Regelversorgung stationären ärztlichen Leistung gemäß [§ 140a Abs. 2 Satz 3, SGB V](#) "darauf ausgerichtet ist, die Qualität, die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit der Versorgung zu verbessern" braucht nach Auffassung des Senats hier indes nicht entschieden zu werden, denn die teilnehmenden Fachärzte und Krankenhäuser verfügen nicht über die Zulassung, stationär zu erbringende Operationen ambulant durchzuführen. Denn entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Vereinbarung, dass die teilnehmenden Ärzte und Krankenhäuser Operationen ambulant erbringen und abrechnen dürfen, obwohl diese weder im EBM bzw. AOP-Katalog enthalten sind, nicht von der Abweichungsbefugnis in [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) gedeckt.

In [§ 140a Abs. 3 Satz 2 SGB V](#) heißt es:

Die Partner eines Vertrages über eine besondere Versorgung nach Absatz 1 können sich auf der Grundlage ihres jeweiligen Zulassungsstatus für die Durchführung der besonderen Versorgung darauf verständigen, dass Leistungen auch dann erbracht werden können, wenn die Erbringung dieser Leistungen vom Zulassungs-, Ermächtigungs- oder Berechtigungsstatus des jeweiligen Leistungserbringers nicht gedeckt ist.

§ 140a Abs. 3 Satz 2 ermöglicht es (wie zuvor gleichlautend [§ 140b Abs. 4 Satz 3 SGB V](#) a.F.), im Rahmen der besonderen Versorgung vom Zulassungsrecht abzuweichen. Danach können sich die Partner eines Vertrages über die besondere Versorgung nach [§ 140a Abs. 1 SGB V](#) auf der Grundlage ihres jeweiligen Zulassungsstatus für die Durchführung der besonderen Versorgung darauf verständigen, dass Leistungen auch dann erbracht werden können, wenn die Erbringung dieser Leistungen vom Zulassungs- oder Ermächtigungsstatus des jeweiligen Leistungserbringers nicht gedeckt ist (vgl. hierzu schon Ausschussbericht zum GKV-VStG, [BT-Drucks. 17/8005 S. 121](#) zu § 140b). Hintergrund der Regelung ist der erklärte Wille des Gesetzgebers (siehe [FraktE-GMG, BT-Drucks. 15/1525 S. 130](#) zu § 140b), die bisherige Abschottung der einzelnen Leistungsbereiche zu überwinden, Substitutionsmöglichkeiten über verschiedene Leistungssektoren hinweg zu nutzen und Schnittstellenprobleme so besser in den Griff zu bekommen. Die medizinische Orientierung des Leistungsgeschehens habe Priorität, Anstrengungen zur Qualitätssicherung und zur optimierten, die Leistungssektoren übergreifenden Arbeitsteilung unter Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsgesichtspunkten sollten gefördert und nicht durch bestehende Zulassungsschranken behindert werden ([FraktE-GMG a.a.O.](#)). Die Regelung gewährleistet somit, dass an den Verträgen über die besondere Versorgung beteiligte Leistungserbringer bei der Leistungserbringung nicht durch bestehende Zulassungsschranken behindert werden (so auch Ausschussbericht zum GKV-VStG, [BT-Drucks. 17/8005 S. 121](#) zu § 140b). Die vertragliche Vereinbarung darf jedoch nur Leistungen enthalten, die von dem durch mindestens einen teilnehmenden Leistungserbringer eingebrachten Zulassungs-, Ermächtigungs- oder Berechtigungsstatus umfasst sind (Ausschussbericht a.a.O.). Die Vertragspartner der Krankenkassen können somit nicht über einen ihnen nicht zustehenden fremden Zulassungsstatus verfügen und sich diesen Status "vertraglich" aneignen (so ausdrücklich [FraktE-GMG a.a.O.](#)). Das Leistungsfeld der integrierten - und nunmehr besonderen - Versorgung wird infolgedessen bei Vertragsschluss von dem Zulassungsstatus abgesteckt, den die beteiligten Vertragspartner "einbringen" ([FraktE-GMG a.a.O.](#)).

Vorliegend verfügen die am streitigen Vertrag beteiligten Vertragsärzte jedoch über keinen Zulassungs-, Ermächtigungs- oder Berechtigungsstatus, der ambulante Operationen umfasst, die im Leistungskatalog des Kapitels 31.2. in Verbindung mit Anhang 2 des EBM nicht enthalten sind, sodass ein entsprechender Zulassungsstatus auch von keinem der beteiligten Vertragsärzte "eingebracht" und so von einem anderen "mitgenutzt" werden könnte. Die Rechtsfolgen einer vertragsärztlichen Zulassung werden u.a. durch [§ 95 Abs. 3 Satz 3 SGB V](#) bestimmt: Danach gelten die vertraglichen Bestimmungen des Vertragsarztrechts für die Vertragsärzte unmittelbar. Dazu gehören insbesondere die Bundesmantelverträge einschließlich des EBM, die Gesamtverträge, die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, die Verteilungsmaßstäbe der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung und die Verträge auf Landesebene zur Durchführung der Wirtschaftlichkeitsprüfung. Nehmen Leistungserbringer an der vertragsärztlichen Versorgung teil, müssen sie sämtliche Regelungen gegen sich gelten lassen und können sich nicht lediglich diejenigen herausuchen, die ihnen genehm sind (Hannes in: [Hauck/Noftz, SGB, 06/17, § 95 SGB V, Rdnr. 155](#)). Nach Auffassung des Senats ist infolgedessen die vertragsärztliche Zulassung auf die Leistungen des EBM beschränkt. Wie bereits dargelegt, beinhaltet der EMB die ambulante Erbringung der hier streitigen Operationsleistungen (unstreitig) nicht, so dass ein entsprechender Zulassungs-, Ermächtigungs- oder Berechtigungsstatus auch nicht von Ärzten der beteiligten Krankenhäuser mitgenutzt werden könnte. Umgekehrt verfügen auch die teilnehmenden Krankenhäuser gemäß [§ 115b Abs. 2 SGB V](#) lediglich über die Zulassung, ambulante Operationen gemäß AOP-Vertrag durchzuführen. Der vereinbarte Leistungskatalog des AOP-Vertrages ist abschließend; die Bindung der Krankenhäuser an den Vertrag wird in [§ 115 Absatz 2 Satz 3 SGB V](#) ausdrücklich angeordnet.

Entgegen der Auffassung der Klägerin können die Krankenhäuser auch nicht von einem Zulassungsstatus der Vertragsärzte partizipieren, welchen diese infolge der Abweichungsbefugnis "Ambulante Operationsleistungen als neue Behandlungsmethode" gemäß [§ 140a Abs. 2 Satz 2 SGB V](#) erbringen dürfen. Wie oben dargestellt, scheidet vorliegend die Anwendbarkeit des [§ 140a Abs. 2 Satz 2 SGB V](#) daran, dass

keine "neuen Behandlungsmethoden" vereinbart wurden, sondern stationäre Operationsleistungen entgegen EBM und AOP-Katalog - ambulant erbracht werden können bzw. sollen.

Auf die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 6. Februar 2008 (B KA 27/07 R) kann die Klägerin ihre Argumentation nicht stützen. Das Bundessozialgericht nennt in dieser Entscheidung als Beispiel für eine Abweichung vom Zulassungsrecht die Tätigkeit eines in einem zugelassenen Krankenhaus ([§ 108 SGB V](#)) beschäftigten Krankenhausarztes, der damit im Rahmen eines von seinem Krankenhaus abgeschlossenen Integrationsvertrag - an dem auch niedergelassene Vertragsärzte beteiligt waren - ambulante Leistungen erbringen kann, für die er im Rahmen der Regelversorgung einer Ermächtigung ([§ 116 SGB V](#)) bedurfte. Dabei handelte es sich aber nicht um ambulante Leistungen außerhalb des EBM bzw. des AOP-Katalogs, sondern um ambulante Leistungen der Regelversorgung, so dass die Zulassung der niedergelassenen Vertragsärzte insofern ausreichte.

Der hier streitgegenständliche "Vertrag zur Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung" enthält in §§ 6 Abs. 1, 8 Abs. 1, 11 Abs. 1 in Verbindung mit Anlage 6 in der ab 1. Januar 2020 geltenden Fassung Abweichungen von der Regelversorgung der gesetzlichen Krankenversicherung, indem die teilnehmenden Fachärzte und Krankenhäuser Operationen ambulant erbringen und abrechnen, obwohl diese nicht im Leistungskatalog des Kapitels 31.2. in Verbindung mit Anhang 2 des EBM und/ oder im AOP-Katalog enthalten sind. Diese Ausnahmen von der Regelversorgung sind durch die gesetzlich normierten Abweichungsbefugnisse in [§ 140a Abs. 2](#) Sätze 1 und 2 Satz und Abs. 3 Satz 2 SGB V nicht gedeckt. Der Vertrag verstößt damit sowohl gegen [§ 87 Abs. 1 SGB V](#) als auch gegen [§ 115 b Abs. 2 SGB V](#).

Schließlich ist die Abwägung der Beklagten im Rahmen des ihr bei Erlass des Verpflichtungsbescheides zustehenden Ermessens rechtlich nicht zu beanstanden. Da es sich bei der aufsichtsrechtlichen Verpflichtung zur Behebung einer Rechtsverletzung, lägen deren tatbestandliche Voraussetzungen vor, um eine Ermessensentscheidung handelt, müssen sowohl das Entschließungsermessen als auch das Auswahlermessen durch die Beklagte rechtmäßig ausgeübt worden sein (Engelhard, in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, § 89 Rdnr. 61 f.). Den Ausführungen der Klägerin zum Ermessensgebrauch bzw. -fehlgebrauch vermag der Senat nicht beizutreten. Die Abwägungen der Beklagten im Rahmen des ihr bei Erlass des Verpflichtungsbescheids zustehenden Ermessens sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Der Beklagten war bewusst, ein Ermessen zu haben und sie hat dieses auch ausdrücklich betätigt, sodass keine Ermessensunterschreitung vorliegt. Diese Ermessensbetätigung der Beklagten ist gerichtlich auf Ermessensfehler hin zu kontrollieren. Insbesondere ist dabei zu prüfen, ob die Beklagte für die zur Ausschöpfung ihres Ermessensspielraums notwendige Interessensabwägung alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen (öffentlichen und privaten) Abwägungsbelange ermittelt, in die Abwägung eingestellt, mit dem ihnen zukommenden objektiven Gewicht bewertet und bei widerstreitenden (öffentlichen und privaten) Belangen einen angemessenen Ausgleich hergestellt hat. Dabei steht es der Behörde - in den gesetzlichen Grenzen ihres Ermessens - grundsätzlich frei zu entscheiden, auf welche der abwägungsrelevanten Umstände sie die zu treffende Ermessensentscheidung im Ergebnis stützen möchte (BSG, Urteile vom 30. Oktober 2013, [B 12 R 14/11 R](#) m.w.N. und vom 21. Mai 2003, [B 6 KA 32/02 R](#)).

Es liegt auch kein Ermessensfehlgebrauch vor; die Beklagte hat ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Regelung ausgeübt. Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, dass die Beklagte letztlich der Rechtstreue, dem Schutz der Versicherten vor Gesundheitsgefahren und dem Schutz anderer Krankenkassen vor einem Wettbewerbsvorteil der Klägerin ein höherwertigeres Interesse eingeräumt hat als dem Interesse der Klägerin, ihre Mitglieder zu halten bzw. neue Mitglieder zu werben durch eine qualitative verbesserte und wirtschaftlichere Versorgung ihrer Mitglieder infolge der Überführung von stationären Operationen in den ambulanten Sektor.

Der Verpflichtungsbescheid ist auch verhältnismäßig. Ein milderer Mittel war angesichts des Verhaltens der Klägerin nicht ersichtlich. Ursprünglich hatte die Klägerin den "Vertrag über Integrierte Versorgung nach [§§ 140a ff. SGB V](#)" mit der Fa. C. GmbH & Co. KG zur "Vorabprüfung" am 16. März 2017 vorgelegt, dennoch wurde der Vertrag ab 1. April 2017 - noch vor Abschluss der Prüfung - in Kraft gesetzt. Der Aufforderung der Beklagten im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Beratung, den Vertrag rechtskonform anzupassen, kam die Klägerin bis zur Vorlage der bis zum 31. Dezember 2019 befristeten rechtskonformen Ergänzungsvereinbarung vom 7. August 2018 nicht nach. Angesichts der Befristung wird deutlich, dass die Klägerin nicht gewillt ist, den Vertrag dauerhaft rechtskonform anzupassen. Ein milderer Mittel ist auch im Hinblick auf die Weigerung der Klägerin, sich an die Vorgaben des SGB V zu halten, nicht ersichtlich. Vertrauensschutzgesichtspunkte sind nicht erkennbar.

Ebenso wenig trägt vorliegend das Argument der Klägerin einer vermeintlichen Selbstbindung der Beklagten vor dem Hintergrund einer behaupteten Tolerierungspraxis gegenüber anderen Krankenkassen in gleichgelagerten Fällen. So würde selbst eine Ungleichbehandlung einzelner Krankenkassen bei der aufsichtsbehördlichen Tolerierungspraxis rechtlich nicht dazu führen, einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht zu begründen. Eine Selbstbindung an eine rechtswidrige Verwaltungspraxis gibt es nach der derzeit herrschenden Meinung nicht. Wegen der vorrangigen Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht (Rechtsstaatsprinzip des [Art. 20 Abs. 3](#) Grundgesetz) hat ein Betroffener kein schutzwürdiges Vertrauen mit Wirkung für die Zukunft, dass bei gleicher Sachlage wiederum in gleicher Weise entschieden werden müsste. Einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht kennt die Rechtsordnung nicht (BSG, Urteil vom 21. Mai 2003, [B 6 KA 32/02 R](#); BVerwG, Urteil vom 26. Februar 1993, [8 C 20/92](#); Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 14. Auflage 2013, § 40 Rdnr. 42; Fehling/Kastner/Strimer, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Auflage 2012, zu [§ 114 VwGO](#), Rdnr. 3 ff., 28).

Im Übrigen bestätigt die Beklagte, dass in gleichgelagerten Fällen bereits aufsichtsrechtlich eingeschritten worden sei. Aus dem Umstand, dass mit Inkrafttreten des GKV-Versorgungsstärkungsgesetzes am 23. Juli 2015 die Vorlagepflicht für Selektivverträge auch nach [§ 140a SGB V](#) entfallen ist, erklärt sich zudem, dass der Beklagten u.U. keine lückenlose Kenntnis sämtlicher Selektivverträge gelingt.

Nach Auffassung des Senats ist die Vereinbarung in [§ 11 Abs. 4](#) des "Vertrags zur Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung" hingegen nicht rechtswidrig. Der Senat vermag eine unzulässige Einschränkung der Verordnungshoheit des Arztes hinsichtlich der Verordnung von häuslicher Krankenpflege oder Haushaltshilfe nicht erkennen. Mit ihrer freiwilligen Teilnahme am "Vertrag zur Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung" stimmen die teilnehmenden Leistungserbringer allen Regelungen zur Vergütung einschließlich Budgetierung und Vergütungsminderungen zu. Der Anspruch der Versicherten bleibt von eventuellen Vergütungsminderungen unberührt.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen, [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§§ 52, 63](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Das Gericht hat den Streitwert nach der sich aus dem Antrag ergebenden Bedeutung der Sache auf den zehnfachen Regelstreitwert festgesetzt ([§§ 47, 52 Abs. 1 GKG](#); Streitwertkatalog für die Sozialgerichtsbarkeit, 5. Auflage 2017 B.III. Nr. 6.2).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2019-11-29