
-

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Sonstige Angelegenheiten
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Vertragsärztliche Versorgung – Selektivvertrag zur besonderen Versorgung – Gestaltungsspielraum der Vertragspartner – Vereinbarung der Erbringung ambulanter Operationen, die in der Regelversorgung allein stationär erbracht werden dürfen – Regelung zur Finanzierung häuslicher Krankenpflege oder Haushaltshilfe aus der Pauschalvergütung für eine stationäre Behandlung – Zuständigkeit des Senats für Vertragsarztrecht
Leitsätze	1. Die Partner eines Selektivvertrags zur besonderen Versorgung dürfen die Erbringung auch von solchen Operationen in ambulanter Form vereinbaren, die in der Regelversorgung allein stationär erbracht werden dürfen. 2. Zu der Frage, ob in einem Selektivvertrag zur besonderen Versorgung geregelt werden darf, dass die Kosten der häuslichen Krankenpflege, die im Anschluss an eine stationäre Behandlung erforderlich wird, aus der Pauschalvergütung zu finanzieren sind, die für diese stationäre Behandlung gezahlt worden ist.
Normenkette	SGB V § 12 Abs 1 ; SGB V § 37 Abs 1 S 1 ; SGB V § 38 Abs 1 S 1 ; SGB V § 70 Abs 1 S 2 ; SGB V § 81 Abs 3 Nr 1 ; SGB V § 82 Abs 1 ; SGB V § 87 Abs 1 S 1 ; SGB V § 95 Abs 3 S 3 ; SGB V § 115b Abs 1 S 1 Nr 1 ; SGB V § 115b Abs 2 S 1 ; SGB V § 135 Abs 2 ; SGB V § 140a Abs 1 S 1 ; SGB V § 140a Abs 1 S 2 ; SGB V § 140a Abs 2 S 1 ; SGB V § 140a

[Abs 2 S 2](#); SGB V [§ 140a Abs 2 S 3](#); SGB V [§ 140a Abs 2 S 4](#); SGB V [§ 140a Abs 2 S 7](#); SGB V [§ 140a Abs 3 S 2](#); [SGG § 10 Abs 2 S 1](#); [SGG § 10 Abs 2 S 2 Nr 3](#); [SGG § 40 S 2](#); EBM-Ä Kap 31.2 J: 2008; EBM-Ä Anh 2 J: 2008; BMV-Ä Anl 3

1. Instanz

Aktenzeichen -
Datum -

2. Instanz

Aktenzeichen L 1 KR 644/18 KL
Datum 18.07.2019

3. Instanz

Datum 27.01.2021

Â

Auf die Revision der KlÃ¤gerin werden das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 18.Â Juli 2019 geÃ¤ndert sowie der Bescheid der Beklagten vom 28. August 2018 aufgehoben.

Die Beklagte trÃ¤gt die Kosten des Verfahrens in beiden RechtszÃ¼gen.

Â

G r Ã¼ n d e :

I

Â

1

Die Beteiligten streiten Ã¼ber eine AufsichtsmaÃnahme der beklagten Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesamt fÃ¼r Soziale Sicherung.

Â

2

Die KlÃ¤gerin, eine bundesunmittelbare Betriebskrankenkasse, legte dem Bundesversicherungsamt (BVA; seit dem 1.1.2020: Bundesamt fÃ¼r Soziale

Sicherung), am 16.3.2017 einen Ärztvertrag zur Besonderen Versorgung nach § 140a SGB V über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung mit der m.Ä GmbH & Co KG zur Vorabprüfung vor, nachdem ein zuvor geschlossener Vertrag aufgrund aufsichtsrechtlicher Bedenken des BVA gekündigt worden war. Nach dem Inhalt des Vertrags sollte die m.Ä GmbH & Co KG als Managementgesellschaft u.a. für die Konzeptentwicklung und für die Vergütung der operativen Leistungserbringer aus einer von der Klägerin zu zahlenden Komplexpauschale zuständig sein. Vertragsärzte und Krankenhäuser werden nach dem Inhalt des Vertrags über Teilnahmeerklärungen eingebunden.

Ä

3

Grundlage der Vergütung ist nach § 11 Abs 1 des Vertrags dessen Anlage 6. Der dort aufgeführte Katalog von Operationen, die auch ambulant erbracht werden können, enthält keine Beschränkung auf Leistungen, die im Einheitlichen Bewertungsmaßstab für ärztliche Leistungen (EBM) oder im Leistungskatalog des Ärztvertrages Ambulante Operationen und stationärsersetzende Leistungen (AOP-Vertrag) enthalten sind. Bezogen auf stationär durchgeführte Operationen verpflichtet § 11 Abs 4 des Vertrags die Leistungserbringer dazu, Patienten erst dann zu entlassen, wenn diese sich selbstständig im häuslichen Umfeld versorgen können oder die Versorgung durch im Haushalt lebende Personen sichergestellt ist. Die Verordnung von häuslicher Krankenpflege oder Haushaltshilfe zulasten der Klägerin im Anschluss an eine Behandlung, die durch eine Komplexpauschale nach Anlage 6 des Vertrags vergütet worden ist, ist nach § 11 Abs 4 des Vertrags ausgeschlossen und mit der Vergütung der Komplexpauschale abgegolten. Ferner wird geregelt, dass die Rechte der versicherten Patienten hiervon unberührt bleiben.

Ä

4

Die Beklagte teilte der Klägerin aufsichtsrechtliche Bedenken mit. Sie bat u.a. um Zusicherung, dass die in Anlage 6 des Vertrags aufgelisteten Leistungen inhaltlich mit dem Leistungskatalog des AOP-Vertrags bzw. Kapitel 31 des EBM übereinstimmen. Ferner wurde die Klägerin aufgefordert, § 11 Abs 4 zu streichen, da der Arzt durch diese Regelung in seiner freien Entscheidung über die Verordnung von häuslicher Krankenpflege eingeschränkt werde. Daraufhin vereinbarte die Klägerin mit der m.Ä GmbH & Co KG eine Ärztliche Klarstellung zu § 11 Abs 4 des Vertrags mit dem Inhalt, dass der Anspruch der Versicherten auf Versorgung mit häuslicher Krankenpflege sowie die ärztliche Therapie- und Verordnungshoheit nicht eingeschränkt wird. Die Regelung bezwecke lediglich die Vermeidung von Mehrkosten durch Unterschreitung der durch die Komplexpauschale bereits vergüteten Dauer der stationären Behandlung.

Â

5

Nach weiterem Schriftwechsel erfolgte eine aufsichtsrechtliche Beratung der KlÃ¤gerin durch die Beklagte. Darin hielt die Beklagte an ihrer Auffassung fest, dass der zwischen der KlÃ¤gerin und der m.Ã GmbH & Co KG geschlossene Vertrag rechtswidrig sei, weil die Erbringung ambulanter Operationen vertraglich vereinbart worden sei, die Ã¼ber den Leistungskatalog des KapitelsÃ 31.2 iVm AnhangÃ 2 des EBM-Ã und des AOP-Katalogs hinausgingen. Zudem schrÃ¤nke die Vereinbarung in ÃÃ 11 AbsÃ 4 des Vertrags die âVerordnungshoheitâ des Arztes und die Versorgung der Versicherten mit hÃ¤uslicher Krankenpflege ein. Die Beklagte forderte die KlÃ¤gerin auf, den Vertrag den dargelegten Anforderungen anzupassen und sodann erneut vorzulegen. Sollte die KlÃ¤gerin der Aufforderung nicht nachkommen, sei der Vertrag zum nÃ¤chstmÃglichen Zeitpunkt zu kÃ¼ndigen. Es sei beabsichtigt, einen entsprechenden Verpflichtungsbescheid zu erlassen.

Â

6

Nach einer mÃ¼ndlichen ErÃ¶rterung der Beteiligten Ã¼bermittelte die KlÃ¤gerin der Beklagten eine ErgÃ¤nzungsvereinbarung vom 7.8.2018 zur Anpassung des Vertrags, mit der ÃÃ 11 AbsÃ 4 des Vertrags gestrichen und ÃÃ 11 AbsÃ 1 dahingehend abgeÃ¤ndert wurde, dass die in AnlageÃ 6 aufgefÃ¼hrten Leistungen ausschlieÃlich dann ambulant erbracht werden dÃ¼rfen, wenn diese im AOP-Vertrag bzw im EBMÃ enthalten sind. Diese Vereinbarung war allerdings befristet bis zum 31.12.2019 bzw bis âÃ¼ber eine mÃgliche Klage gegen den Verpflichtungsbescheid des BVA rechtskrÃ¤ftig entschieden istâ. Die Beklagte verpflichtete die KlÃ¤gerin mit Bescheid vom 28.8.2018, den zwischen ihr und der m. GmbH & Co KG geschlossenen âVertrag zur Besonderen Versorgung nach [ÃÃ 140a SGBÃ V](#) Ã¼ber die DurchfÃ¼hrung von operativen Eingriffen und deren QualitÃ¤tssicherungâ zum 31.12.2019 zu kÃ¼ndigen. Der Vertrag sei rechtswidrig und verstoÃe gegen [ÃÃ 87 AbsÃ 2](#), [ÃÃ 115b AbsÃ 2 SGBÃ V](#), da ambulante Leistungen vertraglich vereinbart worden seien, die Ã¼ber den Leistungskatalog des KapitelsÃ 31.2 iVm AnhangÃ 2 des EBM-Ã und des AOP-Katalogs hinausgingen. DarÃ¼ber hinaus schrÃ¤nke ÃÃ 11 AbsÃ 4 des Vertrags die âVerordnungshoheitâ des Arztes und die Versorgung der Versicherten mit hÃ¤uslicher Krankenpflege ein. Mit der ErgÃ¤nzungsvereinbarung vom 7.8.2018 sei der Vertrag zwar rechtskonform angepasst worden, angesichts der Befristung sei jedoch absehbar, dass mit Ablauf der Befristung die rechtswidrigen Regelungen erneut zum Tragen kÃ¤men.

Â

7

Das LSG hat die gegen den Verpflichtungsbescheid erhobene Klage abgewiesen

(Urteil vom 18.7.2019). Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der streitbefangene Vertrag gegen [§ 87 Abs 1 SGB V](#) und [§ 115b Abs 2 SGB V](#) verstöße, da die teilnehmenden Fachärzte und Krankenhäuser Operationen ambulant erbringen und abrechnen dürften, obwohl diese nicht im Leistungskatalog des Kapitels 31.2 iVm Anhang 2 des EBM oder im AOP-Katalog enthalten seien. Die Abweichungsbefugnis in [§ 140a Abs 2 Satz 1 SGB V](#) betreffe zwar auch den EBM, umfasse aber lediglich Regelungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen (KKn), nicht aber zwischen Versicherten und KKn, sodass die Vergütungsregelungen des EBM zur Disposition ständen, nicht aber das hierdurch vorgegebene Leistungsspektrum. Eine Abweichung vom Leistungsrecht der Regelversorgung sehe [§ 140a Abs 2 Satz 2 SGB V](#) nur für die dort ausdrücklich benannten Leistungen sowie ärztliche Leistungen einschließlich neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden vor. Bei den in Anlage 6 des streitbefangenen Vertrags aufgeführten Operationen, die nicht im EBM enthalten seien, handele es sich nicht um Behandlungsmethoden. Zudem verfügten die teilnehmenden Fachärzte und Krankenhäuser nicht über die Zulassung, stationär zu erbringende Operationen ambulant durchzuführen. Zwar ermögliche [§ 140a Abs 3 Satz 2 SGB V](#) eine Abweichung vom Zulassungsrecht, in dem sich die Vertragspartner darauf verständigten, dass Leistungen auch dann erbracht werden können, wenn die Erbringung dieser Leistungen vom Zulassungs- oder Ermächtigungsstatus des jeweiligen Leistungserbringers nicht gedeckt sei. Eine solche Vereinbarung dürfe sich aber nur auf Leistungen beziehen, die von dem Zulassungs-, Ermächtigungs- oder Berechtigungsstatus mindestens eines teilnehmenden Leistungserbringers umfasst seien. Die am Vertrag beteiligten Vertragsärzte verfügten über keine Zulassung zur Erbringung ambulanter Operationen, die im Leistungskatalog des EBM nicht enthalten sind. Auch die teilnehmenden Krankenhäuser verfügten lediglich über die Zulassung, ambulante Operationen gemäß AOP-Vertrag durchzuführen. Die Vereinbarung in [§ 11 Abs 4](#) des Vertrags sei hingegen nicht rechtswidrig. Die Teilnahme der Leistungserbringer am Vertrag sei freiwillig. Der Anspruch der Versicherten bleibe von eventuellen Vergütungsminderungen unberührt.

Ä

8

Mit ihrer Revision macht die Klägerin geltend, dass der streitgegenständliche Vertrag entgegen der Auffassung des LSG weder gegen [§ 87 Abs 1 SGB V](#) noch gegen [§ 115b Abs 2 SGB V](#) verstöße. Die Vertragspartner hätten von der in [§ 140a Abs 2 Satz 1 SGB V](#) vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, abweichende Regelungen zu den Vorschriften des Vierten Kapitels des SGB V zu treffen. Damit sei es möglich gewesen, auch die Leistungsinhalte des EBM zu verändern oder zu erweitern. Auch wenn man davon ausgehe, dass es sich vorliegend um eine Abweichung von dem im Dritten Kapitel geregelten Leistungsrecht handele, sei diese gerechtfertigt, da es sich bei den operativen Leistungen um ärztliche Leistungen iS des [§ 140a Abs 2 Satz 2 SGB V](#)

handele. [Â§Â 140a AbsÂ 2 SatzÂ 3 SGBÂ V](#) stehe dem nicht entgegen, weil ein ablehnender Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) nicht vorliege. Auch der Zulassungsstatus der am Versorgungsvertrag teilnehmenden VertragsÃrzte werde durch die DurchfÃ¼hrung der ambulanten Operationen nicht Ãberschritten. Die Zulassung eines Vertragsarztes beziehe sich auf die Teilnahme an der vertragsÃrztlichen Versorgung im Rahmen des jeweiligen Fachgebietes. Die Frage, welche Leistungen er im Rahmen seines Fachgebietes erbringen und abrechnen dÃ¼rfe, sei keine Frage des Zulassungsrechts. Die am Vertrag teilnehmenden KrankenhÃuser kÃnnten gemÃÂ [Â§Â 140a AbsÂ 3 SatzÂ 2 SGBÂ V](#) am ambulanten Zulassungsstatus der teilnehmenden VertragsÃrzte partizipieren.

Â

9

Die KlÃgerin beantragt,
das Urteil des Hessischen LSG vom 18.7.2019 zu Ãndern und den Bescheid der Beklagten vom 28.8.2018 aufzuheben.

Â

10

Die Beklagte beantragt,
die Revision der KlÃgerin zurÃckzuweisen.

Â

11

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung. ErgÃnzend trÃgt sie vor, dass ein Abweichen iS des [Â§Â 140a AbsÂ 2 SatzÂ 1 SGBÂ V](#) bereits wegen [Â§Â 140a AbsÂ 2 SatzÂ 5 SGBÂ V](#) nicht in Betracht komme, da die in den BundesmantelvertrÃgen fÃ¼r die Leistungserbringung in der vertragsÃrztlichen Versorgung beschlossenen QualitÃtsanforderungen nicht disponibel seien. FÃ¼r ambulante Operationen gelte die Vereinbarung von QualitÃtssicherungsmaÃnahmen nach [Â§Â 135 AbsÂ 2 SGBÂ V](#) zum ambulanten Operieren der KassenÃrztlichen Bundesvereinigung (KÃBV) und des Spitzenverbandes Bund der KKn. Danach sei der Vertragsarzt in der Regelversorgung nicht berechtigt, ambulante Operationen, die nicht im EBM-Ã oder im AOP-Katalog zu finden sind, auszufÃhren oder abzurechnen. Auch habe das LSG zutreffend entschieden, dass die am Vertrag teilnehmenden VertragsÃrzte und KrankenhÃuser nicht Ãber eine Zulassung verfÃgen, die sie berechtigen wÃrde, stationÃr zu erbringende Operationen ambulant durchzufÃhren. Welche Leistung ein Vertragsarzt bzw ein Krankenhaus erbringen und abrechnen dÃrfe, sei entgegen der Auffassung der KlÃgerin eine Frage des Zulassungsrechts. Zudem sei es nicht Aufgabe der Partner des Vertrags nach [Â§Â 140a SGBÂ V](#),

sondern allein Aufgabe der gemeinsamen Selbstverwaltung, darüber zu entscheiden, welche Operationen ambulant durchgeführt werden dürfen. Diese Festlegungen würden im EBM und im AOP-Katalog nach [§ 115b SGB V](#) getroffen. Sie, die Beklagte, verkenne nicht, dass sich im EBM und im AOP-Katalog möglicherweise nicht der aktuelle Stand der medizinischen Erkenntnisse wiederfinde. Es sei jedoch nicht Aufgabe der besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#), dafür zu sorgen, dass im Bereich der ambulanten Operationen der aktuelle Stand der medizinischen Entwicklung berücksichtigt werde. Darüberhinaus sei auch die Regelung in [§ 11 Abs 4](#) des streitbefangenen Vertrags rechtswidrig. Zum einen obliege es allein dem Vertragsarzt bzw Krankenhausarzt, bei Vorliegen der medizinischen Notwendigkeit häusliche Krankenpflege zu verordnen. Zum anderen werde dem Versicherten die Möglichkeit genommen, die ihm zustehenden Ansprüche vollumfänglich zu nutzen.

Ä

II

Ä

12

Die Revision der Klägerin ist zulässig und begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 1 SGG](#)). Zu Unrecht hat das LSG die Klage abgewiesen, soweit die Aufsichtsmaßnahme der Beklagten die Erbringung ambulanter Operationen zum Gegenstand hat, die nicht Inhalt des EBM oder des AOP-Vertrags sind. Der aufsichtsrechtliche Verpflichtungsbescheid der Beklagten vom 28.8.2018 ist in vollem Umfang rechtswidrig.

Ä

13

A. Zur Entscheidung des Rechtsstreits ist der für das Vertragsarztrecht zuständige 6. Senat des BSG berufen. Der Rechtsstreit betrifft eine Angelegenheit des Vertragsarztrechts gemäß [§ 10 Abs 2](#) iVm [§ 40 Satz 2 SGG](#).

Ä

14

1. Nach [§ 10 Abs 2 Satz 1](#) iVm [§ 40 Satz 2 SGG](#) ist beim BSG für Streitigkeiten aufgrund der Beziehungen zwischen KVen und Vertragsärzten, Psychotherapeuten, Vertragszahnärzten (Vertragsarztrecht) einschließlich ihrer Vereinigungen und Verbände mindestens ein Senat zu bilden. [§ 10 Abs 2 Satz 2 SGG](#) bestimmt, dass zu diesen Streitigkeiten auch Klagen gehören gegen

Entscheidungen und Richtlinien des GBA, soweit diese Entscheidungen und die streitgegenständlichen Regelungen der Richtlinien die vertragsärztliche Versorgung betreffen (Nr. 1), Klagen in Aufsichtsangelegenheiten gegenüber dem GBA, denen die in Nr. 1 genannten Entscheidungen und Regelungen der Richtlinien des GBA zugrunde liegen (Nr. 2) und Klagen aufgrund von Verträgen nach den [§ 73b](#) und [73c SGB V](#) sowie Klagen im Zusammenhang mit der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung aufgrund von Ermachtigungen nach den [§ 116](#), [116a](#) und [117](#) bis [119b SGB V](#), Klagen wegen der Vergütung nach [§ 120 SGB V](#) sowie Klagen aufgrund von Verträgen nach [§ 140a SGB V](#), soweit es um die Bereinigung der Gesamtvergütung nach [§ 140d SGB V](#) geht (Nr. 3). Damit umfasst die Zuständigkeit des 6. Senats des BSG nicht insgesamt Klagen aufgrund von Verträgen nach [§ 140a SGB V](#). [§ 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGG](#) nimmt eine Zuordnung zum Vertragsarztrecht insoweit allein für die Bereinigung der Gesamtvergütung aufgrund von solchen Verträgen vor (BSG Beschluss vom 13.5.2020 – [B 6 KA 35/19 B](#) – juris RdNr. 6). Eine solche ist indes nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Ä

15

Allerdings wird die Zuordnung zum Vertragsarztrecht nicht bereits durch jeden Bezug zu einem Vertrag nach [§ 140a SGB V](#) – bei gleichzeitig fehlendem Bezug zur Bereinigung der Gesamtvergütung – infrage gestellt (BSG Beschluss vom 13.5.2020 – [B 6 KA 35/19 B](#) – juris RdNr. 7). Mit der Anfügung des Satzes 2 in [§ 10 Abs. 2 SGG](#) durch Art. 8 Nr. 1 des Vierten SGB IV-Änderungsgesetzes vom 22.12.2011 mWv 1.1.2012 (BGBl. I 3057) sollte klargestellt werden, dass zu den Streitigkeiten des Vertragsarztrechts auch die in den Nr. 1 bis 3 genannten Klagen gehören (Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, [BT-Drucks 17/6764 S. 25](#)). Damit sollte aber keine [§ 10 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) vollstän­dig ersetzende abschließende Zuordnung vorgenommen werden. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des Satzes 2 (auch) als auch aus der Begründung des Gesetzentwurfes. Danach gehören zum Vertragsarztrecht – nach dem Willen des Gesetzgebers auch die in Satz 2 genannten ([BT-Drucks 17/6764 S. 25](#)) Streitigkeiten. Zudem werden Streitigkeiten genannt, die unabhängig von der gesetzlichen Klarstellung weiterhin zum Vertragsarztrecht zählen ([BT-Drucks 17/6764 S. 26](#)). Damit bleiben Streitigkeiten aufgrund der Beziehungen zwischen KKn und Vertragsärzten, Psychotherapeuten, Vertragszahnärzten einschließlich ihrer Vereinigungen und Verbände solche des Vertragsarztrechts (BSG Beschluss vom 13.5.2020 – [B 6 KA 35/19 B](#) – juris RdNr. 7).

Ä

16

2. [§ 10 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) bleibt für die Frage der Zuordnung zum Vertragsarztrecht auch in den Fällen von Bedeutung, in denen – wie hier –

Vertragsärzte als Leistungserbringer an Verträgen zur besonderen Versorgung teilnehmen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass [§ 140a SGB V](#) durch das Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG) vom 16.7.2015 mWv 23.7.2015 (*BGBl. I 1211*) grundlegend geändert worden ist, ohne dass [§ 10 Abs 2 Satz 2 SGG](#) daran angepasst wurde. So fasst [§ 140a SGB V](#) nunmehr die bisher in [§§ 73a, 73c](#) und [§ 140a SGB V](#) geregelten Möglichkeiten der gesetzlichen KKn, Strukturverträge, Verträge über eine integrierte und Verträge über eine besondere ambulante ärztliche Versorgung zu schließen, zusammen (*Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum GKV-VSG, BT-Drucks 18/4095 S 127*). Anders als die integrierte Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) in der bis zum 22.7.2015 geltenden Fassung, auf die sich [§ 10 Abs 2 Satz 2 Nr 3 SGG](#) ursprünglich bezog, ist die besondere Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) in der seit dem 23.7.2015 geltenden Fassung nicht auf eine verschiedene Leistungssektoren übergreifende oder eine interdisziplinär fachübergreifende Versorgung beschränkt. Die besondere ambulante ärztliche Versorgung nach [§ 73c SGB V](#) aF ordnet [§ 10 Abs 2 Satz 2 Nr 3 SGB V](#) weiterhin dem Vertragsarztrecht zu. Der Umstand, dass diese Regelung inhaltlich in [§ 140a SGB V](#) aufgegangen ist und die auf der Grundlage der alten Rechtslage geschlossenen Verträge spätestens bis zum 31.12.2024 zu ersetzen oder zu beenden sind ([§ 140a Abs 1 Satz 4 SGB V](#)), ändert nichts daran, dass sich die Zuständigkeit der Kammern und Senate des Vertragsarztrechts nach dem Willen des Gesetzgebers nicht auf die vertragsärztliche Regelversorgung beschränkt, sondern auch Teile der selektivvertraglichen Versorgung einschließt. Bezogen auf die hausarztzentrierte Versorgung (HzV) nach [§ 73b SGB V](#) und auf die besondere ambulante ärztliche Versorgung nach [§ 73c SGB V](#) aF ist das im Gesetzgebungsverfahren zum Vierten Gesetz zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze (*vgl. BT-Drucks 17/6764 S 26*) damit begründet worden, dass zwischen den selektivvertraglichen Versorgungsformen einerseits sowie der kollektivvertraglichen Versorgung andererseits Schnittstellen sowohl in der Abgrenzung als auch im Zusammenwirken beider Versorgungsformen bestanden, die es sachgerecht erscheinen ließen, die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten in den mit Vertretern der KKn und Vertragsärzten sachkundig besetzen Spruchkörpern für Vertragsarztrecht zu ändern. Die Frage, ob Rechtsstreitigkeiten aufgrund von Verträgen der besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) in der seit dem 23.7.2015 geltenden Fassung des GKV-VSG solche des Vertragsarztrechts iS des [§ 10 Abs 2 Satz 1 SGG](#) sind, kann deshalb nur danach beantwortet werden, ob es sich im konkreten Fall um eine Streitigkeit aufgrund der Beziehungen zwischen KKn und Vertragsärzten, Psychotherapeuten und Vertragszahnärzten einschließlich ihrer Vereinigungen und Verbände handelt. Wenn es in erster Linie um Fragen zur sektorenübergreifenden Versorgung unter Einbeziehung auch anderer als der in [§ 10 Abs 2 Satz 1 SGG](#) genannten vertragsärztlichen Leistungserbringer geht, ist eine Zuordnung zum Vertragsarztrecht unter Berücksichtigung der in [§ 10 Abs 2 Satz 2 Nr 3 SGG](#) zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Entscheidung ausgeschlossen. Dagegen hat eine Zuordnung zum Vertragsarztrecht zu erfolgen, wenn Gegenstand des Verfahrens selektivvertragliche Regelungen sind, die ausschließlich oder ganz überwiegend die Erbringung ambulanter Leistungen durch vertragsärztliche

Leistungserbringer (Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, medizinische Versorgungszentren oder deren Vereinigungen und Verbände) betreffen. Letzteres ist hier der Fall:

Ä

17

Der streitgegenständliche Verpflichtungsbescheid wird damit begründet, dass der Vertrag Leistungen enthalte, die weder in Kapitel 31.2 iVm Anhang 2 des EBM noch im AOP-Katalog enthalten seien und dennoch nach den Regelungen des Vertrags ambulant durchgeführt werden könnten. Zwar können an dem Vertrag neben Vertragsärzten auch Einrichtungen mit einer Zulassung nach [§ 30 Gewerbeordnung \(GewO\)](#) und nach [§ 108 SGB V](#) zugelassene Krankenhäuser teilnehmen. Nach [§ 2 Abs 1 Buchst a](#)) des streitbefangenen Vertrags werden ambulante Operationen aber ausschließlich durch Einrichtungen mit einer vertragsärztlichen Zulassung erbracht. Auch wenn der Begriff der Einrichtung verwendet wird, ist davon auszugehen, dass damit in erster Linie Vertragsärzte gemeint sind, weil diese über eine vertragsärztliche Zulassung verfügen. Damit steht vorliegend insbesondere die Leistungserbringung durch Vertragsärzte und damit deren Beziehung zu den KKn im Streit. Davon gehen auch die Beteiligten übereinstimmend aus. Damit ist die Streitigkeit insgesamt eine solche des Vertragsarztrechts iS des [§ 10 Abs 2](#), [§ 40 Satz 2 SGG](#).

Ä

18

3. Auch der Umstand, dass es sich um eine aufsichtsrechtliche Streitigkeit handelt, ändert nichts an der Zuordnung zum Vertragsarztrecht (zu *Aufsichtsstreitigkeiten, die Vertragsärzte nach § 73b SGB V zum Gegenstand haben*, vgl. BSG Urteil vom 21.3.2018 – [B 6 KA 59/17 R](#) – [BSGE 125, 233](#) = *SozR 4-2400 § 89 Nr 7, RdNr 22*). In Übereinstimmung damit regelt der Geschäftsverteilungsplan des BSG (*Teil A Abschn II Nr 1 Buchst a – RdNr 16 in den hier maßgebenden Fassungen der Jahre 2019 bis 2021*), dass die Zuständigkeit für Streitigkeiten ua aus dem Bereich der Aufsicht und des Selbstverwaltungsrechts der Zuständigkeit für die Sachgebiete folgt, die den einzelnen Senaten zugewiesen sind.

Ä

19

4. Der Senat entscheidet im vorliegenden Verfahren in der sich aus [§ 12 Abs 3 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 33 Abs 1 Satz 2](#), [§ 40 Satz 1 SGG](#) ergebenden Besetzung mit je einem ehrenamtlichen Richter aus den Kreisen der KKn und der Vertragsärzte, da es sich bei dem Streit um die Rechtmäßigkeit einer

Aufsichtsmaßnahme des BVA bezüglich eines Vertrags über eine besondere Versorgung um eine Angelegenheit des Vertragsarztrechts iS des [Â§Â 12 AbsÂ 3 SatzÂ 1 SGG](#) und nicht der Vertragsärzte iS des [Â§Â 12 AbsÂ 3 SatzÂ 2 SGG](#) handelt. In aufsichtsrechtlichen Streitigkeiten nimmt der Senat die Abgrenzung gemäß [Â§Â 12 AbsÂ 3 SGG](#) danach vor, ob Gegenstand der streitbefangenen aufsichtsrechtlichen Maßnahmen eine Entscheidung ist, die allein von Mitgliedern einer Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung getroffen worden ist, oder ob ihr Gegenstand eine paritätische, dh unter Mitwirkung auch eines Vertreters der KKn getroffene Entscheidung ist (vgl BSG Urteil vom 30.10.2013 [BÂ 6Â KA 48/12Â RÂ](#) [BSGEÂ 114, 274](#) = SozR 4 [2500](#) [Â§Â 81 NrÂ 7, RdNrÂ 14](#)). Gegenstand der Aufsichtsmaßnahme ist vorliegend der von der klagenden KK und der m. GmbH & Co KG geschlossene Vertrag über eine besondere Versorgung. Damit ist der Rechtsstreit den Angelegenheiten des Vertragsarztrechts iS des [Â§Â 12 AbsÂ 3 SatzÂ 1 SGG](#) zuzuordnen.

Â

20

B.Â Verfahrensrechtliche Hindernisse stehen einer Sachentscheidung des Senats nicht entgegen.

Â

21

1.Â Unschädlich ist, dass der 1.Â Senat des Hessischen LSG für Angelegenheiten des Vertragsarztrechts nicht zuständig gewesen ist und deshalb auch nicht in der für solche Streitigkeiten vorgeschriebenen Besetzung mit je einem ehrenamtlichen Richter aus den Kreisen der KKn und der Vertragsärzte bzw Psychotherapeuten entschieden hat, sondern mit je einem ehrenamtlichen Richter aus dem Kreis der Versicherten und der Arbeitgeber. Denn ein Verstoß gegen [Â§Â 31 AbsÂ 2](#) iVm [Â§Â 33 AbsÂ 1](#), [Â§Â 12 AbsÂ 3 SatzÂ 1 SGG](#) wäre nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, sondern nur, wenn ein Beteiligter einen solchen Verfahrensmangel ordnungsgemäß rügt (stRspr; vgl BSG Urteil vom 6.5.2009 [BÂ 6Â A 1/08Â RÂ](#) [BSGE 103, 106](#) = [SozR 4](#) [2500](#) [Â§Â 94 NrÂ 2, RdNrÂ 30Â f](#); BSG Urteil vom 21.3.2018 [BÂ 6Â KA 59/17Â RÂ](#) [BSGE 125, 233](#) = [SozR 4](#) [2400](#) [Â§Â 89 NrÂ 7, RdNrÂ 24 mwN](#)). Eine entsprechende Rüge haben weder die Revisionsklägerin noch (als Gegenrüge) der Revisionsbeklagte erhoben.

Â

22

2.Â Der Senat ist an einer Sachentscheidung auch nicht dadurch gehindert, dass das LSG die m. GmbH & Co KG nicht beigeladen hat. Ein Fall der echten notwendigen Beiladung, deren Unterlassung durch die Vorinstanz im

Revisionsverfahren grundsätzlich von Amts wegen zu beachten wäre, setzt nach [Â§ 75 Abs 2 Alt 1 SGG](#) voraus, dass an einem streitigen Rechtsverhältnis Dritte derart beteiligt sind, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Dies ist der Fall, wenn die Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis zugleich in die Rechtssphäre eines Dritten unmittelbar eingreift (*BSG Urteil vom 21.3.2018* [B 6 KA 59/17 R](#) [BSGE 125, 233](#) = *SozR 4-2400 Â§ 89 Nr 7, RdNr 26*).

Â

23

An dem Aufsichtsverhältnis sind hier allein der aufsichtsführende Staat und die Klägerin als beaufsichtigte KK beteiligt. Die Rechtskontrolle ist ein interner Vorgang innerhalb der öffentlichen Verwaltung, bei der über Rechte und Pflichten nur der KK, nicht aber unmittelbar über Rechte Dritter entschieden wird (*BSG Urteil vom 18.5.1988* [1/8 RR 36/83](#) [BSGE 63, 173, 175](#) = *SozR 2200 Â§ 182 Nr 112 S 238*; *BSG Urteil vom 21.3.2018* [B 6 KA 59/17 R](#) [BSGE 125, 233](#) = *SozR 4-2400 Â§ 89 Nr 7, RdNr 27 mwN*). Ein Dritter kann sich nicht gegen einen Bescheid der Aufsichtsbehörde wenden, mit dem der KK ein bestimmtes Handeln abverlangt wird (*BSG Urteil vom 8.10.2019* [B 1 A 3/19 R](#) [BSGE 129, 156](#) = *SozR 4-2500 Â§ 11 Nr 6, RdNr 8*; *Engelhard in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl 2016, Â§ 87 RdNr 22*).

Â

24

Dementsprechend werden hier Rechte und Pflichten der m. GmbH & Co KG durch die gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der gegen die Klägerin gerichteten Aufsichtsordnung nicht unmittelbar und zwangsläufig ausgestaltet. Die m. GmbH & Co KG ist an dem Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und ihrer Aufsichtsbehörde nicht iS von [Â§ 75 Abs 2 Alt 1 SGG](#) als Trägerin eigener Rechte oder Pflichten beteiligt. Die vom LSG unterlassene einfache Beiladung ([Â§ 75 Abs 1 Satz 1 SGG](#)), die hier sachdienlich gewesen wäre, kann im Revisionsverfahren nicht mehr nachgeholt werden ([Â§ 168 Satz 1 SGG](#)) und daraus folgt auch kein im Revisionsverfahren beachtlicher Verfahrensmangel (vgl. *BSG Urteil vom 29.8.2007* [B 6 KA 36/06 R](#) [SozR 4-2500 Â§ 85 Nr 39 RdNr 28](#)29).

Â

25

C. Die Revision der Klägerin ist begründet ([Â§ 170 Abs 2 Satz 1 SGG](#)).

Â

1. Die Klage ist als Aufsichtsklage ([Â§ 54 Abs 3 SGG](#)) zulässig. Die Aufsichtsklage ist eine besondere Form der Anfechtungsklage, soweit sie auf Aufhebung einer Anordnung der Aufsichtsbehörde gerichtet ist. Die Klägerin als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung ([Â§ 29 Abs 1 SGB IV](#)) kann sie zulässigerweise erheben, wenn sie schlüssig darlegt, die Aufsichtsbehörde habe mit ihrer Anordnung das Aufsichtsrecht überschritten oder ermessensfehlerhaft gehandelt (*BSG Urteil vom 28.6.2000* [B 6 KA 64/98 R](#) [BSGE 86, 203, 205](#) = *SozR 3* [2500](#) [Â§ 80 Nr 4 S 31](#); *BSG Urteil vom 21.3.2018* [B 6 KA 59/17 R](#) [BSGE 125, 233](#) = *SozR 4* [2400](#) [Â§ 89 Nr 7, RdNr 32](#)). Die Klägerin macht eine Überschreitung des Aufsichtsrechts geltend. Der Durchführung eines Vorverfahrens vor Klageerhebung bedurfte es gemäß [Â§ 78 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGG](#) nicht.

Â

2. Die Klage ist auch begründet. Der angefochtene Bescheid, mit dem die Beklagte die Klägerin verpflichtet, den mit der m. GmbH & Co KG geschlossenen Vertrag zur besonderen Versorgung nach [Â§ 140a SGB V](#) zum 31.12.2019 zu kündigen, ist in vollem Umfang rechtswidrig und damit auch insoweit als er die Erbringung ambulanter Operationen zum Gegenstand hat, die nicht Inhalt des EBM- oder des AOP-Vertrags sind.

Â

a) Rechtsgrundlage der aufsichtsrechtlichen Verpflichtung ist [Â§ 89 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#). Danach kann die Aufsichtsbehörde nach vorheriger, erfolglos verlaufener Beratung ([Â§ 89 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#)) den Versicherungsträger verpflichten, eine festgestellte Rechtsverletzung zu beheben.

Â

Die klagende KK ist Versicherungsträger im Sinne dieser Vorschrift ([Â§ 1 Abs 1 Satz 1 iVm Â§ 29 Abs 1 SGB IV](#)). Da sich deren Zuständigkeitsbereich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt (bundesunmittelbare Versicherungsträger), [Â§ 90 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) das Bundesamt für Soziale Sicherung die Aufsicht aus. Die mit dem GKV-VSG in [Â§ 71 Abs 6 SGB V](#) eingeführte Regelung zu den Aufsichtsmitteln bei einer erheblichen Verletzung des Rechts durch einen der in [Â§ 73b](#) und [Â§ 140a SGB V](#) genannten Verträge, erweitert die Aufsichtsbefugnisse, schließt allgemeine aufsichtsrechtliche Maßnahmen nach [Â§ 89 SGB IV](#) jedoch nicht aus

(Krasney in Kasseler Komm, SGB V, Stand der ErgLief September 2016, Â§ 71 RdNr 18; Plate/Herbst, NZS 2016, 488, 489; vgl auch die BegrÄ¼ndung des Bundesregierungsentwurfs eines GKV-VSG, [BT-Drucks 18/4095 SÄ 83Ä f](#)).

Ä

30

Die AufsichtsbehÄ¼rde ist dabei auf eine Rechtsaufsicht beschrÄ¼nkt ([Ä§ 87 AbsÄ 1 SatzÄ 2 SGBÄ IV](#)). Sie darf nicht im Wege der Fachaufsicht den Umfang und die ZweckmÄ¼ßigkeit von MaÄ¼nahmen des VersicherungstrÄ¼gers zum Gegenstand ihrer staatlichen Ä¼berwachungstÄ¼tigkeit machen und erst recht keine Ä¼berpolitische AufsichtÄ¼ ausÄ¼ben (BSG Urteil vom 21.3.2018 Ä¼Ä [BÄ 6Ä KA 59/17Ä RÄ Ä¼Ä BSGE 125, 233](#) =Ä SozR 4ÄÄÄ2400 Ä§Ä 89 NrÄ 7, RdNrÄ 37). Die AufsichtsbehÄ¼rde hat darÄ¼ber zu wachen, dass der VersicherungstrÄ¼ger die Gesetze und das sonstige fÄ¼r ihn maÄ¼gebende Recht beachtet; dazu gehÄ¼rt auch die Beachtung einer gesicherten hÄ¼chststrichterlichen Rechtsprechung (BSG Urteil vom 22.3.2005 Ä¼Ä [BÄ 1Ä A 1/03Ä RÄ Ä¼Ä BSGE 94, 221 RdNrÄ 19](#) =Ä SozR 4ÄÄÄ2400 Ä§Ä 89 NrÄ 3 RdNrÄ 20, juris RdNrÄ 33). Bei AusÄ¼bung der Rechtsaufsicht muss zugleich dem Selbstverwaltungsrecht des VersicherungstrÄ¼gers ([Ä§ 29 AbsÄ 1 SGBÄ IV](#)) als TrÄ¼ger mittelbarer Staatsverwaltung Rechnung getragen werden; hierzu gehÄ¼rt ganz wesentlich die Befugnis der VersicherungstrÄ¼ger, ihre Aufgaben im Rahmen des Gesetzes in eigener Verantwortung zu erfÄ¼llen ([Ä§ 29 AbsÄ 3 SGBÄ IV](#)). Einer AufsichtsbehÄ¼rde ist es daher grundsÄ¼tzlich verwehrt, mit aufsichtsrechtlichen Mitteln ihre Rechtsauffassung durchzusetzen, sofern dem Rechtsfragen zugrunde liegen, die bislang weder das Gesetz noch die Rechtsprechung in eindeutiger Weise beantwortet haben; in einem solchen Fall bedarf ein aufsichtsrechtliches Einschreiten einer besonderen Rechtfertigung. Der Grundsatz einer maÄ¼vollen AusÄ¼bung der Rechtsaufsicht gebietet es zudem, dem VersicherungstrÄ¼ger einen gewissen Beurteilungsspielraum bzw eine EinschÄ¼tzungsprÄ¼rogative zu belassen. Daraus folgt, dass AufsichtsmaÄ¼nahmen, die stets eine AusÄ¼bung pflichtgemÄ¼ßen Ermessens erfordern, rechtswidrig sind, wenn sich das Handeln oder Unterlassen des VersicherungstrÄ¼gers im Bereich des rechtlich noch Vertretbaren bewegt (BSG Urteil vom 21.3.2018 Ä¼Ä [BÄ 6Ä KA 59/17Ä RÄ Ä¼Ä BSGEÄ 125, 233](#) =Ä SozR 4ÄÄÄ2400 Ä§Ä 89 NrÄ 7, RdNrÄ 37 mwN).

Ä

31

Bei Anwendung dieser MaÄ¼stÄ¼be ist der Verpflichtungsbescheid vom 28.8.2018 rechtswidrig, weil die beanstandete Rechtsverletzung iS des [Ä§ 89 AbsÄ 1 SatzÄ 2 SGBÄ IV](#) durch den Ä¼bervertrag zur Besonderen Versorgung nach [Ä§ 140a SGBÄ V](#) Ä¼ber die DurchfÄ¼hrung von operativen Eingriffen und deren QualitÄ¼tssicherungÄ¼ vom 1.4.2017 nicht vorliegt.

Ä

b) Eine Rechtsverletzung ist allerdings nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin und die m. GmbH & Co KG mit Ergänzungsvereinbarung vom 7.8.2018 den streitbefangenen Vertrag geändert und die Geltung der von der Beklagten beanstandeten Regelungen für die Zeit vom 1.4.2017 bis zum 31.12.2019 bzw bis zum Zeitpunkt einer Entscheidung über eine Klage gegen einen Verpflichtungsbescheid ausgesetzt haben. Zwar geht die Beklagte in dem angefochtenen Bescheid (S 5, 12) ausdrücklich davon aus, dass der Vertrag durch die Ergänzungsvereinbarung rechtskonform angepasst worden ist. Das gilt jedoch nur für den Geltungszeitraum der Ergänzungsvereinbarung. Eine Rechtsverletzung liegt nach Sinn und Zweck der Regelung nicht erst dann vor, wenn diese bereits eingetreten ist, sondern im Sinne einer präventiven Aufsicht bereits dann, wenn sie unmittelbar droht (*Engelhard in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl 2016, Â 89 RdNr 35; Marschner in Eichenhofer/Wenner, SGB IV, 2. Aufl 2017, Â 89 RdNr 5; Schirmer/Kater/Schneider, Aufsicht in der Sozialversicherung, ErgLief August 2020, Aufsichtsmittel nach Â 89 SGB IV S 4*). Der Begriff der Behebung der Rechtsverletzung beinhaltet nach Sinn und Zweck des Â 89 SGB IV auch die präventive Verpflichtung, künftige entsprechende Rechtsverletzungen nicht mehr zu begehen (*BSG Urteil vom 28.11.2002 â B 7/1 A 2/00 R BSGE 90, 162, 169 = SozR 3 2500 Â 284 Nr 1 S 8, juris RdNr 28; BSG Urteil vom 3.3.2009 â B 1 A 1/08 R BSGE 102, 281 = SozR 4 2500 Â 222 Nr 1, RdNr 12; Engelhard in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl 2016, Â 89 RdNr 36*). Die Aufsichtsbehörde ist demnach nicht darauf verwiesen, die drohende Rechtsverletzung und einen damit ggf verbundenen, irreparablen Schaden abzuwarten, sondern sie kann beratend und verpflichtend die Korrektur eines praktizierten oder verwaltungsintern geregelten rechtswidrigen Verwaltungshandelns auch für die Zukunft verlangen (*Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, Stand der ErgLief November 2011, Â 89 SGB IV RdNr 3; Schirmer/Kater/Schneider, Aufsicht in der Sozialversicherung, ErgLief August 2020, 350, Aufsichtsmittel nach Â 89 SGB IV S 3 f*).

Â

Der streitbefangene Vertrag war nach Auffassung der Beklagten in der Zeit vom 1.4.2017 bis 6.8.2018 in zwei Punkten rechtswidrig. Mit der Ergänzungsvereinbarung vom 7.8.2018 wurde die Geltung der beanstandeten Regelungen nur vorübergehend ausgesetzt. Damit war bereits absehbar, dass der alte Rechtszustand mit Ablauf des befristeten Geltungszeitraums erneut eintreten würde. Die Beklagte war angesichts dessen nicht verpflichtet, eine aus ihrer Sicht erneute Rechtsverletzung abzuwarten.

Â

c) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Anspruchs auf Aufhebung der Verpflichtungsanordnung ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei der Klage um eine reine Anfechtungsklage handelt; bei der Entscheidung über Anfechtungsklagen wird im Regelfall von der Maßgeblichkeit der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung ausgegangen. Die Anwendung dieses Grundsatzes kommt hier jedoch nicht in Betracht, weil die Verpflichtungsanordnung der Beklagten keinen Bestand haben könnte, wenn sie nach dem zur Zeit der Entscheidung des Revisionsgerichts geltenden Rechtszustand rechtswidrig wäre (*BSG Urteil vom 8.10.2019 – B 1 A 3/19 R – BSGE 129, 156 = SozR 4–2500 – § 11 Nr 6, RdNr 9 mwN*). Daran kann allein der Umstand, dass der Aufsichtsbehörde hinsichtlich des Einschreitens gegen eine Rechtsverletzung ein Entschließungsermessen zukommt, nichts ändern. Hat sich die Verpflichtungsanordnung weder durch Zeitablauf noch auf andere Weise erledigt (*§ 39 Abs 2 SGB X; vgl hierzu BSG Urteil vom 8.10.2019 – B 1 A 1/19 R – BSGE 129, 135 = SozR 4–2400 – § 89 Nr 9, RdNr 13 ff*), richtet sich ihre Rechtmäßigkeit nach der Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (auch) in der Revisionsinstanz. Das von der Aufsichtsbehörde beanstandete Verhalten der KK muss auch (noch) im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung das Recht iS von *§ 89 Abs 1 Satz 1 SGB IV* verletzen. Wenn es wie hier um eine präventive Verpflichtung geht, muss die Rechtsverletzung weiterhin drohen (*vgl BSG Urteil vom 8.10.2019 – B 1 A 3/19 R – BSGE 129, 156 = SozR 4–2500 – § 11 Nr 6, RdNr 9 mwN*).

Ä

35

d) Nach Auffassung der Beklagten verletzt der Vertrag nach dem Auslaufen der Ergänzungsvereinbarung vom 7.8.2018 das Recht in zwei konkreten, voneinander unabhängigen Punkten, nämlich zum einen, weil er die Durchführung auch solcher ambulanten Operationen umfasst, die in der kollektivvertraglichen Versorgung nur stationär erbracht werden könnten, und zum anderen wegen der aus *§ 11 Abs 4* des Vertrags folgenden Beschränkungen bezogen auf die Verordnung häuslicher Krankenpflege. Mit der Verpflichtung zur Kündigung des gesamten Vertrags zum Zeitpunkt des Auslaufens der Ergänzungsvereinbarung wollte die Beklagte ersichtlich allein dem Umstand Rechnung tragen, dass sie den Inhalt der Ergänzungsvereinbarung nicht einseitig festlegen kann und dass auch die Klägerin dazu allein nicht in der Lage ist. Da die Aufsichtsbehörde vom Versicherungsträger nur etwas verlangen darf, was er auch tatsächlich umsetzen kann (*Schirmer/Kater/Schneider, Aufsicht in der Sozialversicherung, ErgLief August 2019, 350, Aufsichtsmittel nach § 89 SGB IV S 8; Plate/Herbst, NZS 2016, 488, 490*), wäre eine Verpflichtung zur Entfristung der geschlossenen Ergänzungsvereinbarung jedenfalls problematisch. Dagegen ist der Versicherungsträger rechtlich in der Lage, den Vertrag einseitig zu kündigen. Auf

die Frage, ob gleichwohl die Verpflichtung zur Vertragsanpassung als mildere Maßnahme in Betracht gekommen wäre, kommt es hier im Ergebnis nicht an. Festzuhalten ist aber, dass die Verpflichtung zur Kündigung hier nicht dazu dient, das Inkrafttreten des Vertrags insgesamt zu verhindern, sondern dass sich die nach Auffassung der Beklagten drohende Rechtsverletzung auf zwei konkrete voneinander abgrenzbare vertragliche Regelungsgegenstände bezieht. Dementsprechend geht die Beklagte in der Begründung des angefochtenen Verpflichtungsbescheids davon aus, dass der Vertrag mit Ergänzungsvereinbarung vom 7.8.2018 für die Zeit bis zum 31.12.2019 rechtskonform angepasst worden ist. Die Verpflichtung zur Kündigung dient also allein dazu, eine Fortführung des Vertrags ohne die Anpassung zu verhindern. Daraus folgt, dass der Verpflichtung zur Kündigung des Vertrags die Grundlage entzogen wird, wenn die beiden vertraglichen Regelungen, die Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Beratung waren und mit der die Beklagte die Kündigung begründet hat, nicht zu beanstanden sind. Das ist hier der Fall. Die Rechtmäßigkeit des Vertrags setzt keine Beschränkung auf solche ambulanten Operationen voraus, die in der kollektivvertraglich organisierten Regelversorgung ambulant erbracht werden dürfen (vgl nachfolgend aa, RdNr 36) und auch die in § 11 Abs 4 des Vertrags getroffene Regelung ist rechtmäßig (vgl nachfolgend bb , RdNr 60 ff). Letzteres hat bereits das LSG entschieden (bb , RdNr 57 ff).

Ä

36

aa) Entgegen der Auffassung des LSG waren die materiellen Voraussetzungen für den Erlass der Aufsichtsordnung in Gestalt der Verpflichtung der Klägerin zur Kündigung des Vertrags nicht deshalb erfüllt, weil der Vertrag abgezogen auf den Zeitraum nach Ablauf der Ergänzungsvereinbarung keine Beschränkung auf die Durchführung solcher ambulanten Operationen enthält, die im Leistungskatalog des Kapitels 31.2 iVm Anhang 2 des EBM- bzw im AOP-Vertrag enthalten sind. Das Fehlen der von der Beklagten geforderten Begrenzung des Leistungskatalogs bewirkt keine Rechtsverletzung. Die Vertragspartner durften in § 11 Abs 1 iVm Anlage 6 des Vertrages zur Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung auch solche ambulanten Operationen zum Gegenstand ihrer vertraglichen Vereinbarungen machen, die im kollektivvertraglichen System nur stationär erbracht werden dürfen.

Ä

37

(1) Nach [§ 115b Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB V](#) haben der Spitzenverband Bund der KKn, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die KVB einen Katalog ambulant durchführbarer Operationen, sonstiger stationärsersetzender Eingriffe und stationärsersetzender Behandlungen zu vereinbaren (sog AOP-Vertrag; zur Erforderlichkeit einer neuen Vereinbarung bis zum 31.1.2022 vgl nachfolgend ,

RdNr 44 f). Als Anlage 1 des Vertrags werden die ambulant durchführbaren Operationen und stationersetzenden Eingriffe aufgelistet (AOP-Katalog). Der Vertrag ist einschließlich der Anlage nach [§ 81 Abs 3 Nr 1](#), [§ 95 Abs 3 Satz 3 SGB V](#) auch für Vertragsärzte verbindlich. Zudem bestimmt Nr 31.2.1 (Praxambel) Nr 2 EBM, dass sich der Vertragsarzt als Voraussetzung für die Berechnung der Gebührenordnungspositionen (GOP) des Abschn 31.2 (Ambulante Operationen) zur Teilnahme am Vertrag gemäß [§ 115b SGB V](#) erklären muss. Weil der EBM für den Regelfall auch festlegt, welche Leistungen innerhalb der vertragsärztlichen Versorgung erbracht werden können (vgl BSG Urteil vom 13.11.1996 [6 RKa 31/95](#) [BSGE 79, 239, 241](#) = [SozR 2500 § 87 Nr 14 S 48](#); BSG Urteil vom 26.6.2019 [B 6 KA 8/18 R](#) [SozR 2500 § 87 Nr 36 RdNr 19](#)), können Vertragsärzte Operationen, die nicht im AOP-Katalog und nicht im EBM enthalten sind, in der kollektivvertraglichen Regelversorgung grundsätzlich nicht ambulant erbringen und abrechnen.

Ä

38

Abweichend davon regelt der zwischen der Klägerin und der m. GmbH & Co KG geschlossene Vertrag zur Besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) über die Durchführung von operativen Eingriffen und deren Qualitätssicherung die ambulant durchführbaren Operationen eigenständig und ohne Bezugnahme auf die aus dem AOP-Vertrag und dem EBM folgenden Beschränkungen. Der in [§ 11 Abs 1](#) des Vertrags in Bezug genommene Leistungskatalog (Anlage 6) enthält zwar Regelungen zur Mindestzahl stationärer Nächte. Diese wird jedoch für zahlreiche operative Leistungen auf 0 festgesetzt, sodass die entsprechenden Operationen sowohl stationär als auch ambulant durchgeführt werden können. Nach Anlage 6 Anhang 1 des Vertrags ist die Entscheidung für eine ambulante oder eine stationäre Versorgung durch den Leistungserbringer nach den Regeln des fachlichen Standards und unter Mitwirkung des hinreichend aufgeklärten Patienten sowie unter Berücksichtigung näher bezeichneter Indikatoren (Allgemeinzustand des Patienten, Lokalbefund, soziale Bedingungen, ua) zu treffen. Damit enthält der Vertrag für die Zeit nach Auslaufen der Ergänzungsvereinbarung vom 7.8.2018 keine Beschränkung auf die im AOP-Katalog enthaltenen ambulanten Operationen. Davon ist auch das LSG ausgegangen und von den Beteiligten wird dies ebenfalls nicht in Zweifel gezogen.

Ä

39

(2) Die nach Auslaufen der Ergänzungsvereinbarung vom 7.8.2018 fehlende Beschränkung auf die im AOP-Katalog und im EBM enthaltenen ambulanten Operationen hat entgegen der Auffassung der Beklagten und des LSG nicht zur Folge, dass der Vertrag insoweit rechtswidrig wäre.

Gesetzliche Grundlage des Vertrags ist [Â§Â 140a AbsÂ 1 SatzÂ 1](#) undÂ 2 SGBÂ V. Maßgebend für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der vertraglichen Regelung ist die zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats geltende Gesetzesfassung (vgl. oben C.Â 2.Â c, RdNrÂ 34) und damit hier die seit dem 1.1.2021 geltende Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung und Pflege (*Gesundheitsversorgungs- und Pflegeverbesserungsgesetz* â GPVG) vom 22.12.2020 (BGBlÂ I 3299). Danach können die KKn Verträge mit den in AbsÂ 3 genannten Leistungserbringern über eine besondere Versorgung der Versicherten abschließen. Die Verträge ermöglichen eine verschiedene Leistungssektoren übergreifende oder eine interdisziplinär fachübergreifende Versorgung (integrierte Versorgung) sowie besondere Versorgungsaufträge unter Beteiligung der Leistungserbringer oder deren Gemeinschaften. Bezogen auf die hier maßgebenden Fragen unterscheidet sich die Regelung nicht von der zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheides geltenden Fassung des GKV-VSG vom 16.7.2015 (BGBlÂ I 1211). Gemäß [Â§Â 140a AbsÂ 3 SatzÂ 1 NrÂ 2 SGBÂ V](#) können Verträge über eine besondere Versorgung auch mit Trägern von Einrichtungen, die eine besondere Versorgung durch zur Versorgung der Versicherten nach dem Vierten Kapitel berechnete Leistungserbringer anbieten, geschlossen werden. Eine solche sog. Managementgesellschaft ist die m. GmbH & Co KG.

Nach [Â§Â 140a AbsÂ 2 SatzÂ 1](#) undÂ 2 SGBÂ V können die Verträge Abweichendes von den Vorschriften dieses â also des Vierten â Kapitels des SGBÂ V, des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, des Krankenhausentgeltgesetzes sowie den nach diesen Vorschriften getroffenen Regelungen beinhalten. Die Verträge können auch Abweichendes von den im Dritten Kapitel benannten Leistungen beinhalten, soweit sie die in Â§Â 11 AbsÂ 6 genannten Leistungen, Leistungen nach den Â§Â 20i, 25, 26, 27b, 37a undÂ 37b sowie ärztliche Leistungen einschließlich neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden betreffen. Nach [Â§Â 140 AbsÂ 2 SatzÂ 3](#) undÂ 4 SGBÂ V gelten die Sätze 1 undÂ 2 insoweit, als der GBA nach [Â§Â 91 SGBÂ V](#) im Rahmen der Beschlüsse nach Â§Â 92 AbsÂ 1 SatzÂ 2 NrÂ 5 SGBÂ V oder im Rahmen der Beschlüsse nach [Â§Â 137c AbsÂ 1 SGBÂ V](#) keine ablehnende Entscheidung über die Eignung der Vertragsinhalte als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung getroffen hat. Die abweichende Regelung muss dem Sinn und der Eigenart der besonderen Versorgung entsprechen, sie muss insbesondere darauf ausgerichtet sein, die Qualität, die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit der Versorgung zu verbessern.

(3) Die in [Â§ 140a Abs 2 SGB V](#) geregelte Abweichungsbefugnis schließt die Möglichkeit ein, die Durchführung von Operationen in ambulanter Form zu vereinbaren, die in der kollektivvertraglichen Regelversorgung nur in stationärer Form durchgeführt werden dürfen. Sowohl die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Regelungen des EBM-Ä ([Â§ 87 Abs 1 Satz 1 SGB V](#)), als auch die Ermächtigungsgrundlage für den AOP-Katalog ([Â§ 115b Abs 1 Satz 1 SGB V](#)) sind Vorschriften des Vierten Kapitels, von denen nach [Â§ 140a Abs 2 Satz 1 SGB V](#) im Rahmen von Verträgen zur besonderen Versorgung abgewichen werden kann. Eine dem heutigen [Â§ 140a Abs 2 Satz 1 SGB V](#) weitgehend entsprechende Abweichungsbefugnis von den Vorschriften des Vierten Kapitels war bereits in [Â§ 140b Abs 4 Satz 1 SGB V](#) in der am 1.1.2000 in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (*GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000*) vom 22.12.1999 (*BGBl I 2626*) enthalten. Ziel war es nach der Gesetzesbegründung ([BT-Drucks 14/1245 S 92](#), zu [Â§ 140b Abs 5 des Gesetzentwurfs](#)) die Qualität, die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit der Versorgung zu verbessern. Hierzu seien möglichst offene Regelungen zu finden, um aus â€˜starrten, verkrusteten Strukturen hin zu effizienteren Versorgungsformenâ€™ zu kommen. Diese Zielsetzung ist mit den nachfolgenden Änderungen nicht aufgegeben, sondern durch die mit dem GKV-VSG in [Â§ 140a Abs 2 Satz 2 SGB V](#) geregelte Befugnis zur Abweichung auch von den im Dritten Kapitel benannten Leistungen betont worden. Hintergrund war nach der Gesetzesbegründung (*BT-Drucks 18/4095 S 127*) die in der Praxis bestehende Rechtsunsicherheit über den zulässigen Leistungsumfang in den besonderen Versorgungsverträgen, insbesondere darüber, ob Leistungen, die nicht zur Regelversorgung gehören, auch Gegenstand der Verträge sein können. Im Sinne einer möglichst großen Gestaltungsfreiheit und zur wettbewerblichen Weiterentwicklung wurde in [Â§ 140a Abs 2 Satz 2 SGB V](#) klargestellt, dass auch Leistungen in den Verträgen vereinbart werden können, die über den Leistungsumfang der Regelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung hinausgehen. Während es sich bei der Regelung in [Â§ 140a Abs 2 Satz 2 SGB V](#) nach der Gesetzesbegründung in erster Linie um eine Klarstellung handelt, gehen Plate und Domscheit (*KrV 2016, 129, 131*) davon aus, dass vor den Änderungen durch das GKV-VSG vom Leistungsrecht ursprünglich nicht abgewichen werden durfte und dass die Gestaltungsspielräume der KKn bei Abschluss von Selektivverträgen nun deutlich erweitert wurden. Das kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls sind nach der hier maßgebenden Rechtslage auch Überschreitungen des Leistungsrahmens der Regelversorgung zulässig, wobei sich Reichweite und Gestalt des Individualanspruchs ohnehin aus dem Zusammenspiel mit den gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen des Leistungserbringungsrechts ergibt (*vgl zB BSG Urteil vom 11.9.2018 â€˜â€˜ B 1 KR 7/18 R â€˜â€˜ BSGE 126, 277 = SozR 4â€˜â€˜7610 Â§ 812 Nr 8, RdNr 14; BSG Urteil vom 17.12.2019 â€˜â€˜ B 1 KR 18/19 R â€˜â€˜ BSGE 129, 290 = SozR 4â€˜â€˜2500 Â§ 138 Nr 3, RdNr 9 jeweils mwN*). Die Abweichungsbefugnis nach [Â§ 140a Abs 2 Satz 2 SGB V](#) bezieht sich ua auf die hier infrage stehenden ärztlichen Leistungen.

Die entgegenstehende Annahme des LSG, nach der durch die Abweichungsbefugnis nach [Â§Â 140a AbsÂ 2 SatzÂ 1 SGBÂ V](#) das Leistungsspektrum der an der besonderen Versorgung teilnehmenden Versicherten nicht erweitert werden kÃ¶nne und der Anwendungsbereich des [Â§Â 140a AbsÂ 2 SatzÂ 2 SGBÂ V](#) voraussetzen wÃ¼rde, dass Gegenstand der Leistungen eine neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode ist, findet im Wortlaut der Regelungen keine Grundlage. Zwar trifft die Auffassung des LSG zweifellos zu, dass allein in der Erbringung einer Operation in ambulanter statt in stationÃ¤rer Form noch keine â€œneue Untersuchungs- und Behandlungsmethodeâ€œ liegt (zum Begriff der *Behandlungsmethode* vgl zB BSG Urteil vom 8.7.2015 â€œÂ BA 3Â KR 5/14Â RÂ â€œ SozR 4â€œ2500 Â§Â 33 NrÂ 47 RdNrÂ 32). Der Wendung, nach der die VertrÃ¤ge Abweichendes von den im Dritten Kapitel benannten Leistungen beinhalten kÃ¶nnen, soweit sie â€œÃ¤rztliche Leistungen *einschlieÃ¼lich* neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethodenâ€œ betreffen, kann eine BeschrÃ¤nkung der Abweichungsbefugnis auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden jedoch nicht entnommen werden.

(4)Â In der fehlenden BeschrÃ¤nkung auf die im EBM-Ãœ und im AOP-Katalog enthaltenen ambulanten Operationen liegt auch kein VerstoÃ¼ gegen [Â§Â 140a AbsÂ 2 SatzÂ 4 SGBÂ V](#) in der seit dem 1.1.2021 geltenden Fassung des GPVG. Danach muss die abweichende Regelung dem Sinn und der Eigenart der besonderen Versorgung entsprechen und sie muss insbesondere darauf ausgerichtet sein, die QualitÃ¤t, die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit der Versorgung zu verbessern. Vor der Ã¤nderung durch das GPVG war die Regelung Gegenstand des [Â§Â 140a AbsÂ 2 SatzÂ 3 SGBÂ V](#) idF des GKV-VSG. Nach der GesetzesbegrÃ¼ndung zum Regierungsentwurf eines GKV-VSG muss der Leistungsinhalt der VertrÃ¤ge danach trotz AbweichungsmÃ¶glichkeiten von gesetzlichen Vorgaben des Dritten und Vierten Kapitels qualitÃ¤tsgesichert und wirtschaftlich erbracht werden und die VertrÃ¤ge mÃ¼ssen die Aussicht auf Verbesserung der Versorgung bieten ([BT-Drucks 18/4095 SÂ 127Â f](#); *kritisch zu dieser Voraussetzung im Hinblick auf deren JustiziabilitÃ¤t* vgl *Huster/SchÃ¼tz, NZS 2016, 645, 648*). Auch nach der AblÃ¶sung der integrierten Versorgung durch die erweiterte Versorgung besteht eines der mit den SelektivvertrÃ¤gen nach [Â§Â 140a SGBÂ V](#) zu verfolgenden Ziele gerade darin, die starren Grenzen zwischen ambulanter und stationÃ¤rer Versorgung zu durchbrechen und den KKn die MÃ¶glichkeit zu erÃ¶ffnen, auÃœerhalb der Regelversorgung alternative Versorgungsstrukturen zu entwickeln (zu [Â§Â§Â 140a ff SGBÂ V](#) idF des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung â€œÂ GMGÂ â€œ vom 14.11.2003, *BGBIÂ I 2190*; vgl BSG Urteil vom 6.2.2008 â€œÂ BA 6Â KA 27/07Â RÂ Â â€œ [BSGE 100, 52](#) =Â [SozR 4â€œ2500 Â§Â 140d NrÂ 1](#), RdNrÂ 15; vgl auch die

Ä

45

Die Ermöglichung ambulanter Operationen unabhängig von den im Kollektivvertragssystem durch den AOP-Katalog gezogenen Grenzen entspricht der genannten Zielsetzung in besonderer Weise: Mit der Änderung des [ÄSÄ 115b SGBÄ V](#) durch ArtÄ 1 NrÄ 7 des Gesetzes für bessere und unabhängigere Prüfungen (MDK-Reformgesetz) vom 14.12.2019 (BGBlÄ I 2789) hat der Gesetzgeber die Vertragspartner des AOP ua verpflichtet auf der Grundlage eines gemeinsam in Auftrag zu gebenden Gutachtens bis zum 30.6.2021 einen neuen AOP-Katalog zu vereinbaren. Mit dem Zweiten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.5.2020 (BGBlÄ I 1018) ist diese Frist bis zum 31.1.2022 verlängert worden. In der Gesetzesbegründung zum MDK-Reformgesetz wird zur Begründung ausgeführt, dass Deutschland zu den Ländern gehöre, in denen im internationalen Vergleich Operationen überdurchschnittlich häufig stationär durchgeführt werden. Einer der Gründe hierfür könne darin gesehen werden, dass der AOP-Katalog nach [ÄSÄ 115b AbsÄ 1 SatzÄ 1 NrÄ 1 SGBÄ V](#) in den Jahren seit 2005 nur marginal überarbeitet worden sei ([BT-Drucks 19/13397 SÄ 55 zu ArtÄ 1 NrÄ 7 BuchstÄ b](#)). Damit übereinstimmend räumt die Beklagte in ihrer Revisionserwiderung ein, dass sich im EBM-Ä und im AOP-Katalog ähnelnderweise nicht der aktuelle Stand der medizinischen Entwicklung wiederfindet. Vor diesem Hintergrund kann kein Zweifel daran bestehen, dass die von der Klägerin angestrebte selektivvertragliche Regelung die Aussicht auf eine Verbesserung der Qualität, der Wirksamkeit und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung bietet. Die in [ÄSÄ 140a AbsÄ 2 SatzÄ 4 SGBÄ V](#) geforderte Ausrichtung auf die dort bezeichneten Ziele ist jedenfalls gegeben.

Ä

46

(5)Ä Eine Bindung der Partner des streitgegenständlichen Vertrags an den AOP-Katalog und den EBM-Ä folgt auch nicht aus der Vereinbarung von Qualitätssicherungsmaßnahmen nach [ÄSÄ 135 AbsÄ 2 SGBÄ V](#) zum ambulanten Operieren (Qualitätssicherungsvereinbarung ambulantes Operieren) vom 28.11.2011 (DÄ 2011, Ä 2678, AnlageÄ 3 zum Bundesmantelvertrag-Ärzte; im Folgenden: Qualitätssicherungsvereinbarung ambulantes Operieren). Gemäß [ÄSÄ 140a AbsÄ 2 SatzÄ 7 SGBÄ V](#) in der seit dem 1.1.2021 geltenden Fassung des GVPG (zuvor SatzÄ 5) gelten für die Qualitätsanforderungen zur Durchführung der Verträge die vom GBA sowie die in den Bundesmantelverträgen für die Leistungserbringung in der vertragsärztlichen Versorgung beschlossenen Anforderungen als Mindestvoraussetzungen entsprechend. Daraus folgt, dass die Abweichungsbefugnis nach [ÄSÄ 140a AbsÄ 2 SatzÄ 1 undÄ 2 SGBÄ V](#) nicht die Befugnis umfasst, Qualitätsstandards zu vereinbaren, die hinter den für die

Regelversorgung geltenden zurückerhalten ([BT-Drucks 18/4095 S. 128](#); *Baumann/Matthäus in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 4. Aufl. 2020, § 140a RdNr. 121 f*; vgl. auch *Roters, Kasseler Komm., Stand der Erg. Lief. September 2017, § 136 SGB V RdNr. 8*).

Ä

47

Die Beklagte möchte aus dem Umstand, dass die Qualitätssicherungsvereinbarung ambulantes Operieren die Qualitätssicherung für die im AOP-Katalog genannten Operationen regelt, herleiten, dass auch im Rahmen der erweiterten Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) keine anderen als die im AOP-Katalog genannten Operationen erbracht werden dürfen. Das trifft jedoch nicht zu. Richtig ist, dass die Qualitätssicherungsvereinbarung ambulantes Operieren die Qualitätsstandards für das ambulante Operieren nach [§ 115b SGB V](#) zum Gegenstand hat. Qualitätsstandards speziell für Operationen, die auf der Grundlage von Verträgen zur besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) erbracht werden, sind dagegen nicht Gegenstand der Vereinbarung und dazu wären die Vertragspartner auch nicht ermächtigt. Daraus folgt aber nicht, dass ambulante Operationen allein auf der Grundlage des [§ 115b SGB V](#) erbracht werden könnten oder dass von den dort genannten Vorgaben im Rahmen von Verträgen zur besonderen Versorgung in keiner Weise abgewichen werden könnten. [§ 140a Abs. 2 Satz 7 SGB V](#) regelt lediglich die entsprechende Geltung der vom GBA sowie der in den Bundesmantelverträgen für die Leistungserbringung in der vertragsärztlichen Versorgung beschlossenen Anforderungen. Daraus folgt, dass auch in den Verträgen zur erweiterten Versorgung die Vorgaben zur fachlichen Befähigung, zu den organisatorischen Voraussetzungen, den hygienischen Voraussetzungen sowie den räumlichen und apparativ-technischen Voraussetzungen ([§ 3 ff. Qualitätssicherungsvereinbarung ambulantes Operieren](#)) nicht unterschritten werden dürfen. Die Qualitätssicherungsvereinbarung enthält jedoch keine Regelung, nach der andere als die im AOP-Katalog aufgeführten Leistungen nicht ambulant erbracht werden dürfen. Für die von der Beklagten angenommene Bindung an den AOP-Katalog auch für die erweiterte Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) bietet die entsprechend anzuwendende Qualitätssicherungsvereinbarung ambulantes Operieren deshalb keine Anknüpfungspunkte.

Ä

48

(6) Auch der Auffassung des LSG, wonach die an dem streitbefangenen Vertrag teilnehmenden Fachärzte ihren Zulassungsstatus überschreiten, wenn sie nicht im AOP-Katalog enthaltene ambulante Operationen durchführen, vermag der Senat nicht zu folgen.

Ä

Zutreffend ist allerdings, dass sich die Abweichungsbefugnis nach [Â§Â 140a AbsÂ 2 SatzÂ 1](#) undÂ 2 SGBÂ V nicht auf sämtliche Vorschriften des Vierten Kapitels bezieht und insbesondere nicht das Erfordernis einer vertragsärztlichen Zulassung umfasst (*zur integrierten Versorgung vgl Beule, Rechtsfragen der integrierten Versorgung, 2003, 164 f; Dahm, MedR 2005, 121, 122 f*). Mit der Zulassung wird dem Berechtigten die Befugnis übertragen, im System der gesetzlichen Krankenversicherung die Versicherten gesetzlicher KKn mit Wirkung für diese zu behandeln (*vgl BSG Urteil vom 10.5.2000 â BÂ 6Â KA 67/98Â RÂ â BSGEÂ 86. 121, 123 =Â SozR 3â5520 Â§Â 24 NrÂ 4 SÂ 16, juris RdNrÂ 20*). Auch die Teilnahme an der selektivvertraglichen Versorgung setzt voraus, dass der Arzt bzw die Einrichtung berechtigt ist, an der Versorgung der Versicherten teilzunehmen (*vgl zB Baumann/Matthäus in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGBÂ V, 4.Â Aufl 2020, Â§Â 140a RdNrÂ 113; Huster in Becker/Kingreen, SGBÂ V, 7.Â Aufl 2020, Â§Â 140a RdNrÂ 29*). Dies folgt auch aus [Â§Â 140a AbsÂ 3 SatzÂ 2 SGBÂ V](#), der vertragliche Regelungen zulässt, nach denen Leistungen auch dann erbracht werden können, wenn deren Erbringung vom Zulassungs-, Ermächtigungs- oder Berechtigungsstatus des jeweiligen Leistungserbringers nicht gedeckt ist. Entsprechende Vereinbarungen dürfen die Vertragspartner nämlich nur auf der Grundlage ihres jeweiligen Zulassungsstatus treffen. Damit wird vorausgesetzt, dass die Leistungserbringer überhaupt über einen Zulassungsstatus verfügen und dass sie im Grundsatz vorbehaltlich der zu treffenden vertraglichen Regelung nur Leistungen erbringen dürfen, die von ihrem Zulassungsstatus umfasst sind.

Â

Die Auffassung des LSG und der Beklagten, dass über die Zulassung eine Bindung der Partner des Vertrags zur erweiterten Versorgung bzw der teilnehmenden Vertragsärzte oder Krankenhäuser an den Leistungskatalog des EBM- oder des AOP-Katalogs zu begründen sei, teilt der Senat jedoch nicht. Die Zulassung wird mit Bezug auf einen Leistungsbereich (zB ambulante vertragsärztliche Versorgung) und im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung auch bezogen auf das Fachgebiet des Arztes erteilt. Sie bezieht sich aber nicht auf einen bestimmten Katalog von Leistungen. Wenn also zB neue Leistungen in den EBM- aufgenommen werden, dann darf der zugelassene Arzt diese bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen erbringen und abrechnen, ohne dass es dazu einer Änderung seiner Zulassung bedürfte. Nichts anderes gilt für eine Erweiterung des Spektrums abrechenbarer Leistungen im Zusammenhang mit der Teilnahme eines Vertragsarztes an einem Selektivvertrag.

Â

Etwas Anderes folgt auch nicht daraus, dass die vertraglichen Bestimmungen über die vertragsärztliche Versorgung gemäß [Â§ 95 Abs 3 Satz 3 SGB V](#) für den zugelassenen Arzt verbindlich sind und dass die Satzung der Kassenärztlichen Vereinigung (KÄV), deren Mitglied der Arzt ist, nach [Â§ 81 Abs 3 SGB V](#) Bestimmungen zu enthalten hat, nach denen ua die von den KÄVen abzuschließenden Verträge verbindlich sind. Zwar gehört zu den danach für den Vertragsarzt verbindlichen Regelungen auch der â gemÃ [Â§ 87 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) als Bestandteil der Bundesmantelverträge zu vereinbarende â EBM-â in seiner Funktion als Verzeichnis der in der vertragsärztlichen Versorgung erbringbaren Leistungen (zu dieser Funktion des EBM-â vgl BSG Urteil vom 13.11.1996 â [6â RKA 31/95](#) â BSGE 79, 239 = [SozR 3â 2500 Â§ 87 Nr 14](#), juris RdNr 18 ff; BSG Urteil vom 16.5.2001 â [B 6â KA 20/00](#) Râ [BSGE 88, 126](#) = [SozR 3â 2500 Â§ 87 Nr 29](#), juris RdNr 23). Allerdings verweisen [Â§ 95 Abs 3 Satz 3 SGB V](#) und die für den Vertragsarzt verbindlichen Satzungsbestimmungen der KÄV nicht isoliert auf die für die kollektivvertragliche Regelversorgung geltenden Bestimmungen, sondern erstrecken sich auch auf die Abweichungsbefugnisse, die der Gesetzgeber ua den Partnern von Selektivverträgen einräumt. Dazu gehören auch [Â§ 140a Abs 2 SGB V](#) und die auf dieser Grundlage vereinbarten, von der kollektivvertraglichen Versorgung abweichenden Regelungen in Verträgen der erweiterten Versorgung.

Â

52

Wenn die Auffassung des LSG und der Beklagten zutreffen wÃrde, dass VertragsÃrzte Ãber ihre Zulassung an die in der kollektivvertraglichen Regelversorgung geltenden Bestimmungen zum Leistungs- und zum Leistungserbringungsrecht einschlieÃlich des EBM-â gebunden wÃren, verbliebe für [Â§ 140a Abs 2 Satz 1](#) und [2 SGB V](#) im Ãbrigen kein Anwendungsbereich. Die mit der EinfÃhrung der selektivvertraglichen Versorgung angestrebten Ziele (vgl C. 2. d. aa und , RdNr 42 bis 45 ff) wÃrden vollstÃndig verfehlt. Auch [Â§ 140a Abs 2 Satz 3 SGB V](#) ergÃbe keinen Sinn. Nach dieser Vorschrift gelten die SÃtze 1 und 2 insoweit, als Ãber die Eignung der Vertragsinhalte als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung der GBA nach [Â§ 91 SGB V](#) im Rahmen der BeschlÃsse nach [Â§ 92 Abs 1 Satz 2 Nr 5 SGB V](#) oder im Rahmen der BeschlÃsse nach [Â§ 137c Abs 1 SGB V](#) keine ablehnende Entscheidung getroffen hat. Damit kÃnnen neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, zu denen der GBA noch keine Empfehlung abgegeben hat, zum Gegenstand der erweiterten Versorgung nach [Â§ 140a SGB V](#) gemacht werden (so auch die soweit ersichtlich allgemeine Meinung in der Literatur, vgl zB Engelhard in Hauck/Noftz, SGB V, KÄ Â§ 140a RdNr 92 f; Engels in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, Â§ 140a RdNr 39; Huster in Becker/Kingreen, SGB V, 7. Aufl 2020, Stand der ErgLief Juni 2016, [Â§ 140a SGB V](#) RdNr 18, jeweils mwN). Dagegen setzt die Erbringung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der vertragsärztlichen Regelversorgung nach [Â§ 135 Abs 1 SGB V](#) grundsÃtzlich eine entsprechende Empfehlung des GBA voraus. Dementsprechend enthÃlt der

EBM-Är regelhaft keine Vergütungsbestimmungen zu neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, für die keine Empfehlung des GBA vorliegt (zum Ineinandergreifen von Entscheidungen des GBA zur Anerkennung einer neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode und des Bewertungsausschusses über die Aufnahme neuer Leistungspositionen in den EBM; vgl BSG Urteil vom 13.11.1996 [6 RKa 31/95](#) [BSGE 79, 239](#) = [SozR 3500 87 Nr 14](#), juris RdNr 21; Axer, *GesR* 2020, 409, 411, mwN). Wenn die an dem Vertrag zur besonderen Versorgung teilnehmenden Leistungserbringer über ihre Zulassung an den EBM in seiner Funktion als Verzeichnis erbringbarer Leistungen gebunden wären, würde die durch [§ 140a Abs 2 Satz 1 bis 3 SGB V](#) geschaffene Möglichkeit zur Einbeziehung noch nicht durch den GBA anerkannter Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in den Vertrag nach [§ 140a SGB V](#) leerlaufen. Eine solche Auslegung stünde auch im Widerspruch zur Auslegung der damit weitgehend übereinstimmenden Regelungen für die HzV in der Rechtsprechung des BSG. Nach [§ 73b Abs 5 Satz 3 und 4 SGB V](#) können HzV-Verträge Leistungen für die teilnehmenden Versicherten vorsehen, die unter Beachtung der sich aus [§ 73b Abs 5 Satz 3 SGB V](#) ergebenden Grenzen über den GKV-Leistungskatalog hinausgehen (BSG Beschluss vom 8.9.2015 [B 1 A KR 19/15 B](#) [juris RdNr 11](#); zu der aus [§ 73b Abs 5 Satz 4 SGB V](#) folgenden Ausnahme vom Grundsatz der Beitragssatzstabilität in der HzV; vgl BSG Urteil vom 25.3.2015 [B 6 A KA 9/14 R](#) [BSGE 118, 164](#) = [SozR 4500 87 Nr 1](#), RdNr 72).

Ä

53

Eine Überschreitung des Zulassungsstatus käme hier allein in Betracht, soweit Krankenhäuser auf der Grundlage des streitgegenständlichen Vertrags ambulante Operationen durchführen. Nach [§ 115b Abs 2 Satz 1 SGB V](#) sind Krankenhäuser zur Durchführung der in dem AOP-Katalog genannten Operationen, stationersetzenden Eingriffen und stationersetzenden Behandlungen zugelassen. Krankenhäuser, die auf der Grundlage des Vertrags Operationen ambulant durchführen, die nicht im AOP-Katalog enthalten sind, können sich also nicht auf den ihnen durch [§ 115b Abs 2 Satz 1 SGB V](#) vermittelten Status stützen. Allerdings ist bereits fraglich, ob der streitgegenständliche Vertrag Krankenhäuser überhaupt in die Durchführung ambulanter Operationen einbezieht. Zwar haben die Partner des streitgegenständlichen Vertrags nach [§ 140a SGB V](#) auf Nachfrage des Senats die Auffassung vertreten, dass die vertraglich vereinbarte Beschränkung ambulanter Operationen auf Einrichtungen mit vertragsärztlicher Zulassung die Erbringung durch Krankenhäuser nicht vollständig ausschließen würde. Der Senat hat jedoch Zweifel daran, dass der Wortlaut des Vertrags eine solche Auslegung zulässt; die Zulassung von Krankenhäusern nach [§ 108 SGB V](#) ist zweifellos keine vertragsärztliche Zulassung und dies gilt nach allgemeiner Meinung auch für die Zulassung von Krankenhäusern zur Durchführung ambulanter Operationen nach [§ 115b Abs 2 Satz 1 SGB V](#) (vgl zB Gamperl in *Kasseler Komm, SGB V*, [§ 115b RdNr 4](#), *Stand der ErgLief* Dezember 2016; Steege in *Hauck/Noftz*,

Ä

54

Selbst wenn aber von einer solchen Einbeziehung von KrankenhÄusern auszugehen wÄre, stÄnden dem jedenfalls keine BeschrÄnkungen aufgrund des Zulassungsstatus entgegen: Nach [Ä§Ä 140a AbsÄ 3 SatzÄ 2 SGBÄ V](#) kÄnnen sich die Partner eines Vertrags Äber eine besondere Versorgung nach AbsÄ 1 auf der Grundlage ihres jeweiligen Zulassungsstatus fÄr die DurchfÄhrung der besonderen Versorgung darauf verstÄndigen, dass Leistungen auch dann erbracht werden kÄnnen, wenn die Erbringung dieser Leistungen vom Zulassungs-, ErmÄchtigungs- oder Berechtigungsstatus des jeweiligen Leistungserbringers nicht gedeckt ist. Das Leistungsfeld fÄr die integrierte Versorgung soll damit von dem Zulassungsstatus âabgestecktâ werden, den die beteiligten Vertragspartner der KKn in die integrierte Versorgung âeinbringenâ (zur VorgÄngerregelung in [Ä§Ä 140b AbsÄ 4 SatzÄ 3 SGBÄ V idF des GMG](#); vgl [BT-Drucks 15/1525 SÄ 130](#), zu BuchstÄ d; [BSG Urteil vom 6.2.2008](#) âÄ BÄ 6Ä KA 27/07Ä RÄ â [BSGEÄ 100, 52](#) =Ä [SozR 4Ä 2500 Ä§Ä 140d NrÄ 1](#), RdNrÄ 23). Wenn die KK den Vertrag wie hier mit einer Managementgesellschaft und nicht mit zugelassenen Leistungserbringern abschlieÄt, kann allerdings nicht auf den jeweiligen Zulassungsstatus der Vertragspartner der KK abgestellt werden. Die Regelung ist in diesem Fall ihrem Sinn entsprechend anzuwenden, indem auf den Zulassungsstatus der Äber eine TeilnahmeerklÄrung in die DurchfÄhrung des Vertrags eingebundenen Leistungserbringer abgestellt wird. Da die Zulassung der am streitgegenstÄndlichen Vertrag teilnehmenden VertragsÄrzte nicht auf die im AOP-Katalog enthaltenen ambulanten Operationen beschrÄnkt ist, kann sich die KlÄgerin mit ihrer Vertragspartnerin, der m. GmbH & Co KG, nach [Ä§Ä 140a AbsÄ 3 SatzÄ 2 SGBÄ V](#) darauf verstÄndigen, dass auch die am Vertrag teilnehmenden KrankenhÄuser die ambulanten Operationen durchfÄhren. Dies entsprÄche im Äbrigen dem mit der EinfÄhrung des [Ä§Ä 140a AbsÄ 3 SatzÄ 2 SGBÄ V](#) unter anderem verfolgten Ziel, die besondere ambulante Ärztliche Versorgung fÄr die Beteiligung durch KrankenhÄuser zu Äffnen (vgl [BT-Drucks 18/5123 SÄ 137](#), zu [Ä§Ä 140a AbsÄ 3](#)).

Ä

Ä

Ä

55

(7)Ä Der Senat Äbersieht nicht, dass sich selbstverstÄndlich nicht alle in der Regelversorgung stationÄr erbrachten Leistungen dazu eignen, ambulant erbracht zu werden. Die Abweichungsbefugnis nach [Ä§Ä 140a AbsÄ 2 SGBÄ V](#) gilt nicht umfassend und sie ermÄglicht insbesondere keine Ausnahmen von dem Gebot, die

Ärztliche Behandlung qualitätsgesichert (vgl. [§ 140a Abs 2 Satz 4 und 7 SGB V](#)) und nach den Regeln der Ärztlichen Kunst (vgl. [§ 28 Abs 1 Satz 1, § 76 Abs 4 SGB V](#)) durchzuführen. Dem wird in Anlage 6 Anhang 1 des streitgegenständlichen Vertrags in Form von Kriterien Rechnung getragen, die der Leistungserbringer bei seiner Entscheidung für eine ambulante oder stationäre Versorgung zu berücksichtigen hat. Darauf kommt es für die Entscheidung im vorliegenden Verfahren indes nicht an. Der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens wird durch den Inhalt des aufsichtsrechtlichen Verpflichtungsbescheids begrenzt, der von der Klägerin nicht etwa die Implementierung bestimmter Kontroll- oder Qualitätsmanagementsysteme verlangt, sondern vielmehr dass sie nur solche ambulanten Operationen zum Gegenstand des streitgegenständlichen Vertrags macht, die im AOP-Katalog bzw im EBM- enthalten sind. Damit würde zB auch die Durchführung solcher ambulanter Operationen ausgeschlossen, die privatärztlich bereits qualitätsgesichert in ambulanter Form erbracht werden. Die von der Beklagten zur Durchsetzung dieser Vorgabe ausgesprochene Verpflichtung zur Kündigung des Vertrags ist aus den genannten Gründen rechtswidrig.

Ä

56

bb) Auch die in [§ 11 Abs 4](#) des streitbefangenen Vertrags getroffene Regelung zur Verordnung häuslicher Krankenpflege im Anschluss an eine stationäre Behandlung ist nicht zu beanstanden.

Ä

57

(1) Der Senat geht davon aus, dass die Entscheidung des LSG insoweit rechtskräftig geworden ist. Zwar hat das LSG die Klage nach dem Inhalt des Tenors insgesamt abgewiesen. Zur Bestimmung der Tragweite des Tenors sind aber namentlich bei klageabweisenden Urteilen die Entscheidungsgründe von wesentlicher Bedeutung (*Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl 2020, § 141 RdNr 7a, 10; W. R. Schenke, VwGO, 26. Aufl 2020, § 121 RdNr 18*). Der Tenor genügt hier nicht, um den Inhalt des Urteils vollständig zu erfassen. Der Umfang der Rechtskraft kann unter diesen Umständen nur unter Berücksichtigung auch der Entscheidungsgründe bestimmt werden (vgl dazu zB *Habschmann in Roos/Wahrendorf/Müller, SGG, § 141 RdNr 37.1*).

Ä

58

Wie oben (*C.2.d. RdNr 35*) bereits dargelegt, ist Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits nicht allein die Frage, ob die im angefochtenen Bescheid ausgesprochene Verpflichtung zur Kündigung des Vertrags im Ergebnis

rechtmäßig ist. Im Vordergrund steht vielmehr die Frage, ob und ggf auf welche der beiden im angefochtenen Verpflichtungsbescheid angegebenen Rechtsverletzungen die zukunftsgerichtete Verpflichtung zur Kündigung gestützt werden kann. Die Verpflichtung zur Kündigung ist hier von der Beklagten nicht deshalb ausgesprochen worden, weil die Vertragspartner einen Vertrag der besonderen Versorgung nach [§ 140a SGB V](#) generell nicht schließen dürften, sondern diese dient ausschließlich im Sinne der präventiven Aufsicht allein dazu, eine künftige und absehbar bevorstehende Rechtsverletzung in Gestalt von zwei konkreten vertraglichen Regelungen auszuschließen. Nachdem die Klägerin und die m. GmbH & Co KG den Vertrag befristet für die Zeit bis zum 31.12.2019 beziehungsweise bis zu dem Zeitpunkt, wenn über eine mögliche Klage gegen den Verpflichtungsbescheid des BVA rechtskräftig entschieden ist bezogen auf die beiden von der Beklagten beanstandeten Regelungsgegenstände geändert hatte, war der Vertrag nach dem Inhalt des angefochtenen Verpflichtungsbescheids zum Zeitpunkt des Erlasses des Bescheids bis zum Ablauf des vertraglich vereinbarten Befristungszeitraums ausdrücklich nicht mehr zu beanstanden. Nach der (befristeten) Vertragsanpassung konnten auch keine Zweifel daran bestehen, dass die Durchführbarkeit des Vertrags nicht insgesamt von den beiden beanstandeten Regelungen abhängt. Damit war Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens in erster Linie die Frage, mit welchem Inhalt der Vertrag nach Ablauf der befristeten Vertragsanpassung weitergeführt werden darf, ohne dass die von der Beklagten ausgesprochene Verpflichtung zur Kündigung eingreift. Die beiden Gesichtspunkte auf die die Beklagte die Verpflichtung zur Kündigung des Vertrags gestützt hat, sind unter diesen Umständen nicht nur als bloße Vorfragen (vgl dazu zB *Habschmann in Roos/Wahrendorf/Müller, SGG, § 141 RdNr 37.1*) anzusehen, die von der materiellen Rechtskraft nicht erfasst werden. Zwischen den beiden im angefochtenen Verpflichtungsbescheid der Beklagten beanstandeten vertraglichen Regelungen besteht auch kein unmittelbarer inhaltlicher Zusammenhang. Eine der beiden Regelungen betrifft das Spektrum der auf der Grundlage des Vertrags durchführbaren ambulanten Operationen und die andere Regelung die Verordnung häuslicher Krankenpflege im Anschluss an eine stationäre Behandlung. Unter diesen Umständen handelt es sich bei der auf zwei ganz unterschiedliche Gründe gestützten zukunftsgerichteten Verpflichtung zur Kündigung des Vertrags um einen teilbaren Streitgegenstand. Das hat zur Folge, dass der angefochtene Bescheid auch nur teilweise aufgehoben werden kann (vgl *Schätz in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 2017, § 131 RdNr 8*).

Ä

59

Das LSG hat in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass es die im angefochtenen Bescheid ausgesprochene präventive Verpflichtung, den streitbefangenen Vertrag nach Auslaufen der Ergänzungsvereinbarung zu kündigen, allein deshalb für rechtmäßig hält, weil dieser dann auch die Durchführung ambulanter Operationen zum Gegenstand hat, die in der Regelversorgung nur stationär durchgeführt werden dürfen. Dagegen seien

die in Â§Â 11 AbsÂ 4 des Vertrags geregelten BeschrÃnkungen bezogen auf die Verordnung hÃuslicher Krankenpflege im Anschluss an eine stationÃre Behandlung nach dem Inhalt der EntscheidungsgrÃnde nicht zu beanstanden. Danach kann das Urteil des LSG nach Auffassung des Senats nur so verstanden werden, dass die KlÃgerin unterlegen ist, soweit sie kÃnftig ambulante Operationen zum Gegenstand des Vertrags nach [Â§Â 140a SGBÂ V](#) machen mÃchte, die nicht im AOP-Katalog und nicht im EBM-Ã enthalten sind, dass sie mit ihrer Klage aber vor dem LSG Erfolg hatte, soweit es um die in Â§Â 11 AbsÂ 4 des Vertrags enthaltenen BeschrÃnkungen bei der Verordnung hÃuslicher Krankenpflege geht. Wenn die Entscheidung des LSG nicht mit Rechtsmitteln angegriffen worden wÃre, hÃtte die Beklagte die KÃndigung des Vertrags unter BerÃcksichtigung der EntscheidungsgrÃnde des Urteils des LSG nicht mehr mit der BegrÃndung verlangen dÃrfen, dass die in Â§Â 11 AbsÂ 4 des Vertrags getroffene Regelung zur Verordnung hÃuslicher Krankenpflege im Anschluss an eine stationÃre Behandlung rechtswidrig ist, weil die Entscheidung des LSG insoweit rechtskrÃftig is des [Â§ 141 SGG](#) geworden wÃre. Nachdem allein die KlÃgerin Revision eingelegt hat, ist der die KlÃgerin begÃnstigende Teil der Entscheidung des LSG dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen.

Â

60

(2)Â Im Ãbrigen teilt der Senat die Auffassung des LSG, nach der Â§Â 11 AbsÂ 4 des streitgegenstÃndlichen Vertrags rechtmÃÃig ist.

Â

61

Â§Â 11 AbsÂ 4 des âVertrages zur Besonderen Versorgung nach [Â§Â 140a SGBÂ V](#) Ãber die DurchfÃhrung von operativen Eingriffen und deren QualitÃtssicherungâ verpflichtet die Leistungserbringer dazu, Patienten erst dann aus einer stationÃren Behandlung zu entlassen, wenn sie sich selbststÃndig im hÃuslichen Umfeld versorgen kÃnnen oder die Versorgung durch im Haushalt lebende Personen sichergestellt ist. HÃusliche Krankenpflege oder Haushaltshilfe gemÃÃ der VertrÃge nach [Â§Â 132, 132a SGBÂ V](#) zulasten der KlÃgerin im Anschluss an die Behandlung nach den Leistungen gemÃÃ AnlageÂ 6 sind ausgeschlossen und mit der VergÃtung der Komplexpauschale abgegolten. Erfolgt eine Verordnung von hÃuslicher Krankenpflege, so kÃnnen die innerhalb von zwei Wochen nach der Entlassung entstehenden Kosten durch die KlÃgerin entsprechend mit anderen Forderungen verrechnet werden. Die Rechte der bei der KlÃgerin versicherten Patienten bleiben hiervon unberÃhrt. Mit einer am 29.6.2017 unterzeichneten (unbefristeten) Protokollnotiz erfolgte eine âKlarstellungâ, wonach weder der Anspruch der teilnehmenden Versicherten auf die Versorgung mit hÃuslicher Krankenpflege noch die Ãrztliche Therapie- und Verordnungshoheit eingeschrÃnkt werde. Es werde lediglich bezweckt, dass der KlÃgerin durch die Verordnung von hÃuslicher Krankenpflege in Form von

Krankenhausvermeidungspflege Mehrkosten [offensichtlich gemeint: keine Mehrkosten] entstehen, soweit die im Rahmen des Vertrags vereinbarte und durch die Komplexpauschale bereits vergütete Aufenthaltsdauer dadurch unterschritten werde. Der Ausgleich erfolge im Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien.

Ä

62

Nach [ÄSÄ 37 AbsÄ 1 SatzÄ 1 SGBÄ V](#) erhalten gesetzlich Krankenversicherte ua in ihrem Haushalt, neben der ärztlichen Behandlung häusliche Krankenpflege durch geeignete Pflegekräfte, wenn Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht ausführbar ist, oder wenn sie durch die häusliche Krankenpflege vermieden oder verkürzt wird. [ÄSÄ 37 AbsÄ 2 SGBÄ V](#) regelt die Voraussetzungen, unter denen Versicherte häusliche Krankenpflege zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erhalten. Haushaltshilfe erhalten Versicherte unter den in [ÄSÄ 38 SGBÄ V](#) im Einzelnen geregelten Voraussetzungen, ua wenn ihnen die Weiterführung des Haushalts wegen häuslicher Krankenpflege nach [ÄSÄ 37 SGBÄ V](#) nicht möglich ist ([ÄSÄ 38 AbsÄ 1 SatzÄ 1 SGBÄ V](#)). Gemäß [ÄSÄ 73 AbsÄ 2 SatzÄ 1 NrÄ 8 SGBÄ V](#) umfasst die vertragsärztliche Versorgung ua die Verordnung häuslicher Krankenpflege, während die Verordnung von Haushaltshilfe in [ÄSÄ 73 AbsÄ 2 SGBÄ V](#) nicht vorgesehen ist. Die Beziehungen der KKn zu den Erbringern von Leistungen der Haushaltshilfe und der häuslichen Krankenpflege ist Gegenstand der [ÄSÄ 132, 132a SGBÄ V](#).

Ä

63

Wie oben im Einzelnen dargelegt können die Vertragspartner in den Verträgen zur besonderen Versorgung nach [ÄSÄ 140 AbsÄ 2 SatzÄ 1](#) und [Ä 2 SGBÄ V](#) Abweichendes sowohl von den Vorschriften des Vierten Kapitels des SGBÄ V als auch von im Dritten Kapitel benannten Leistungen vereinbaren. Ob [ÄSÄ 140 AbsÄ 2 SatzÄ 2 SGBÄ V](#) Vereinbarungen zur Einschränkung des gesetzlich geregelten Leistungsrahmens erlaubt, ist in der Rechtsprechung des Senats nicht geklärt (*ablehnend: Engelhard in Hauck/Noftz, KÄ ÄSÄ 140a SGBÄ V RdNrÄ 83*). Darauf kommt es auch vorliegend nicht an. Die in [ÄSÄ 11 AbsÄ 4](#) des Vertrags und der og Protokollnotiz getroffene Regelung schließt die Verordnung von häuslicher Krankenpflege nicht generell aus, sondern bestimmt, dass die dafür anfallenden Kosten mit der Pauschale abgegolten sind, die die Klägerin nach Anlage des Vertrags für die Durchführung der ambulanten Operation zu entrichten hat. Wenn häusliche Krankenpflege nach [ÄSÄ 37 SGBÄ V](#) verordnet wird, erfolgt also ein Ausgleich im Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien. Verordnet ein teilnehmender Leistungserbringer häusliche Krankenpflege, reduziert sich dadurch im Ergebnis sein Vergütungsanspruch. Dies und die vorgesehene Verrechnung der durch die häusliche Krankenpflege ausgelassenen Kosten setzt gewichtige Anreize, von einer Verordnung abzusehen.

Eine Verordnung von Haushaltshilfe ist dagegen nicht gesetzlich geregelt; die Leistung wird auf Antrag des Versicherten erbracht (*Luthe in Hauck/Noftz*, K [Â§Â 38 SGBÂ V RdNrÂ 27, 73](#); *Hellweg in Orlowski/Remmert*, *GKVâ  Komm SGBÂ V*, 57.Â AL DezemberÂ 2020, Â§Â 38 RdNrÂ 48; *Rixen in Becker/Kingreen*, *SGBÂ V*, 7.Â Aufl 2020, Â§Â 38 RdNrÂ 6). Zwar wird die Notwendigkeit der Haushaltshilfe Ã¼blicherweise Ã¶rtlich bescheinigt. Um eine Verordnung handelt es sich dabei aber nicht, sodass insoweit auch eine Steuerungswirkung von Â§Â 11 AbsÂ 4 des Vertrags nicht ersichtlich ist.

Mit Â§Â 11 AbsÂ 4 des streitgegenstÃ¼ndlichen Vertrags haben die Vertragspartner den ihnen zukommenden Gestaltungsspielraum nicht Ã¼berschritten. Nach der GesetzesbegrÃ¼ndung zum GKV-VSG (*BT-Drucks 18/4095 SÂ 127*) soll den Vertragsparteien mit der besonderen Versorgung nach [Â§Â 140a SGBÂ V](#) gerade die MÃ¶glichkeit gegeben werden, frei Ã¼ber die Inhalte und Ausgestaltung der VergÃ¼tung zu entscheiden. Bereits mit der integrierten Versorgung nach [Â§Â 140a SGBÂ V](#) in der zum 1.1.2004 in Kraft getretenen Fassung des GMG ist das Ziel verfolgt worden, die starren Grenzen zwischen ambulanter und stationÃ¤rer Versorgung zu durchbrechen und den KKn die MÃ¶glichkeit zu erÃ¶ffnen, auÃerhalb der bisherigen Regelversorgung eine alternative Versorgungsstruktur zu entwickeln (*BT-Drucks 15/1525 SÂ 129*, zu NrÂ 113 BuchstÂ a; *BSG Urteil vom 6.2.2008 â  Â BÂ 6Â KA 5/07Â RÂ â   SozR 4â  2500 Â§Â 140a NrÂ 2 RdNrÂ 18*). Daran hat sich im Grundsatz durch die Zusammenfassung der zuvor in [Â§Â 73a](#), [73c](#) und [Â§Â 140a SGBÂ V](#) geregelten MÃ¶glichkeiten zum Abschluss von SelektivvertrÃ¤gen und die Erweiterung der GestaltungsspielrÃ¤ume der KKn beim Abschluss von SelektivvertrÃ¤gen mit der Neufassung des [Â§Â 140a SGBÂ V](#) durch das GKV-VSG (*vgl BT-Drucks 18/4095 SÂ 56, 126Â ff*) nichts geÃ¤ndert. Wie der Senat bereits bezogen auf die HzV nach [Â§Â 73b SGBÂ V](#) entschieden hat, ist auch die Pauschalierung der VergÃ¼tung mit dem Ziel, Anreize fÃ¼r eine mÃ¶glichst wirtschaftliche Leistungserbringung zu setzen, vom Gestaltungsspielraum der Partner des Selektivvertrags umfasst. Danach ist es nicht zu beanstanden, wenn im Rahmen der HzV Leistungen des Allgemeinlabors mit den Pauschalen fÃ¼r die Versorgung eines Versicherten abgegolten werden, um Ã¼berweisungen an LaborÃ¶rzte wirtschaftlich unattraktiv zu machen (*BSG Urteil vom 12.2.2020 â  Â BÂ 6Â KA 25/18Â RÂ â   BSGE 130, 39 = SozR 4â  2500 Â§Â 73b NrÂ 4*).

Auch in der besonderen Versorgung nach [Â§Â 140a SGBÂ V](#) kÃ¶nnen mit

Pauschalen Anreize gesetzt werden, um dem Gebot der Wirtschaftlichkeit ärztlicher Verordnungen nach Möglichkeit besser als in der Regelversorgung gerecht zu werden. Darum geht es bei der in § 11 Abs 4 des Vertrags getroffenen Regelung. In der Regelversorgung kann es für ein Krankenhaus betriebswirtschaftlich sinnvoll sein, einen Versicherten unabhängig von der Höhe der Kosten, die durch eine erforderlich werdende häusliche Krankenpflege ausgelöst werden, bereits zu einem relativ frühen Zeitpunkt aus der stationären Behandlung zu entlassen. Die in § 11 Abs 4 des Vertrags getroffene Regelung kann solchen Anreizen zur frühzeitigen Entlassung entgegenwirken und dazu beitragen, dass auch die Kosten einer im Anschluss an die stationäre Behandlung erforderlich werdenden häuslichen Krankenpflege in die Entscheidung über die Dauer der stationären Behandlung einbezogen werden. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Teilnahme an der selektivvertraglichen Versorgung sowohl für die Versicherten ([§ 140a Abs 4 Satz 1 SGB V](#)) als auch für die Leistungserbringer freiwillig ist, ist das nicht zu beanstanden.

Ä

67

Die Beklagte kann dagegen nicht mit Erfolg einwenden, dass durch die Regelung wirtschaftlicher Druck auf den Arzt ausgeübt werde, seine Therapieentscheidung nicht ausschließlich am medizinisch Notwendigen auszurichten. In der gesetzlichen Krankenversicherung sind die Leistungserbringer verpflichtet, das ua in [§ 12 Abs 1, 70 Abs 1 Satz 2 SGB V](#) verankerte Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten. Nach [§ 12 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) müssen die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein und dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die KKn nicht bewilligen ([Satz 2 aaO](#)). Nach [§ 70 Abs 1 Satz 2 SGB V](#) muss die Versorgung der Versicherten ausreichend und zweckmäßig sein, darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten und muss wirtschaftlich erbracht werden. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne fordert, entsprechend dem Minimalprinzip mit dem geringstmöglichen Aufwand die erforderliche ausreichende und zweckmäßige Leistung zu erbringen (*BSG Urteil vom 13.5.2015* [B 6 KA 18/14 R](#) *SozR 4* 2500 [§ 106 Nr 51 RdNr 37](#); *BSG Urteil vom 17.2.2016* [B 6 KA 3/15 R](#) *SozR 4* 2500 [§ 106 Nr 54 RdNr 18](#)). Entgegen der Auffassung der Beklagten gibt es im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung also keine *Verordnungshoheit*, die es dem Arzt erlauben würde, ohne Berücksichtigung auch wirtschaftlicher Aspekte zu verordnen. Vertragliche Vereinbarungen, die Fehlanreize vermeiden und statt dessen Anreize für ein wirtschaftliches Ordnungsverhalten setzen, entsprechen den mit der besonderen Versorgung angestrebten Zielen in ganz besonderer Weise.

Ä

D. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 Teilsatz 3 SGG](#)
iVm [§ 154 Abs 1 VwGO](#).

Erstellt am: 24.01.2022

Zuletzt verändert am: 21.12.2024