



**Verletzte Grundrechte:**

**Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG**

Ich zeige unter Vorlage auf mich lautender Vollmacht die Vertretung des Beschwerdeführers an und lege gegen die genannten Entscheidungen Verfassungsbeschwerde ein.

**I. Vorbemerkung**

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die nicht angemessene Vergütung der zeitgebundenen und genehmigungspflichtigen psychotherapeutischen Leistungen des Kapitels 35.2 des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs für die ärztlichen Leistungen (EBM-Ä) im Jahr 2013.

Der Beschwerdeführer sieht sich in seinen Grundrechten der Art. 3 und 12 GG verletzt, weil der Bewertungsausschuss bzw. im Falle der fehlenden Einigung innerhalb des Bewertungsausschusses der Erweitere Bewertungsausschuss nach § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V verpflichtet waren, Beschlüsse zur angemessenen Höhe der Vergütung psychotherapeutischer Leistungen je Zeiteinheit zu fassen, um so eine konsistente und im Verhältnis zu den Vergütungen anderer Facharztgruppen gerechte Honorierung für ihre zeitgebundenen zentralen Leistungen zu erreichen, was aber nicht geschehen ist.

## II. Sachverhalt

Im Einzelnen stellt sich der Sachverhalt (einschließlich des rechtlichen Hintergrunds) wie folgt dar:

1. Mit den Urteilen vom 20. Januar 1999 (*BSGE 83, 205 = SozR 3-2500 § 85 Nr.29*), 25. August 1999 (*BSGE 84, 23 5 = SozR 2500 § 85 Nr.33*) sowie vom 12. September 2001 (*BSGE 89,1 = SozR 3-2500 § 85 Nr. 41*) hatte das BSG verfassungsrechtlich abgeleitete Mindeststandards für die Vergütung genehmigungspflichtiger und zeitgebundener psychotherapeutischer Leistungen entwickelt:
  - a) Die Verteilung der Gesamtvergütung durch die KVen müsse dem aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs 1 GG abzuleitende Gebot der Honorarverteilungsgerechtigkeit (*wohl erstmals explizit verwendet im Urteil des BSG vom 12.10.1994 - B 6 RKa 5/94, BSGE 75, 187; siehe auch Axer, NZS 1995, 536 ff.*) genügen (*vgl. bereits BSGE 73, 131 [139,140] = SozR 3—2500 § 85 Nr. 4 S. 29; BSG SozR 3—2500 § 85 Nr. 24 S. 168*). Diesem sei auch ein Differenzierungsgebot immanent. Das Gebot der Honorarverteilungsgerechtigkeit sei verletzt, wenn vom Prinzip der gleichmäßigen Vergütung abgewichen wird, obwohl zwischen den betroffenen Ärzten bzw. Arztgruppen keine Unterschiede von solcher Art und von solchem Gewicht bestehen, dass eine ungleiche Behandlung gerechtfertigt ist. Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG enthalte jedoch nicht nur das Verbot sachwidriger Differenzierung, sondern genauso das Gebot sachgerechter Differenzierung bei Vorliegen wesentlicher Unterschiede. Zwei Gruppen, die sich in verschiedener Lage befinden, dürften nur bei Vorliegen zureichender Gründe gleichbehandelt werden; mit Art. 3 Abs. 1 GG sei unvereinbar, Ungleiches gegen ein zwingendes Gebot gleich zu behandeln. Das dem Gleichheitssatz innewohnende Differenzierungsgebot könne verletzt sein, wenn die Honorierung aller ärztlicher Leistungen nach einem einheitlichen Punktwert infolge eines starken

Anstiegs der Menge der abgerechneten Punkte zu einem massiven Absinken des Punktwertes und als dessen Konsequenz zu einer schwerwiegenden Benachteiligung einer Arztgruppe führt, die wegen der strikten Zeitgebundenheit der von ihr erbrachten Leistungen die Leistungsmenge – im Unterschied zu anderen Arztgruppen – nicht ausweiten kann.

- b) Die Fachärzte für Psychotherapeutische Medizin, die Fachärzte für Psychosomatische Medizin und Psychotherapie, die Psychologischen Psychotherapeuten sowie Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten sowie ausschließlich psychotherapeutisch tätigen Ärzte, die heute begrifflich durch § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 Bedarfsplanungs-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses als Arztgruppe der Psychotherapeuten zusammengefasst werden, erbringen ganz überwiegend – statistisch mit einem Anteil zwischen 85 und 90 % - strikt zeitgebundene Leistungen, die zudem einem Genehmigungsverfahren und nicht dem Konzept der unmittelbaren Inanspruchnahme unterliegen. Sie haben damit nicht in gleichem Maße Steuerungsmöglichkeiten ihres Leistungsverhaltens wie andere Arztgruppen. Ärzte, die ausschließlich zeitabhängige Gesprächs- und Behandlungsleistungen erbringen, befinden sich insoweit in einer der den ausschließlich auftragsabhängig arbeitenden Ärzten vergleichbaren Situation, als sie den Umfang ihrer Leistungen nur sehr eingeschränkt steigern können. U.a. die wesentlichsten Leistungen – dies sind die Sitzungen im Rahmen einer Kurzzeit- oder Langzeittherapie in den einzelnen Richtlinienverfahren nach vormals den GOPen 871 ff. des Abschnittes G IV des EBM, heute nach Kap. 35.2. EBM – haben eine Mindestzeit mit unmittelbarem Kontakt zwischen Behandler und Patient von 50 Minuten als Abrechnungsvoraussetzung, eine Kalkulationszeit von 60 Minuten (welche die unmittelbare Vor- und Nachbereitung der Sitzung einschließt) und eine noch über die Kalkulationszeit hinausgehende Prüfzeit nach Maßgabe der Anlage 3 des EBM zur Durchführung der Plausibilitätsprüfung (heute nach § 106a SGB V) von 70 Minuten je Sitzung.

Während bei den auftragsabhängigen Ärzten die Menge der abgerechneten Leistungen vom Überweisungsverhalten der anderen Ärzte abhängt, bildet bei

den ausschließlich zeitabhängig honorierten Ärzten die eigene Arbeitskapazität eine nicht mehr zu überschreitende Grenze. Eine Handlungspflicht der jeweiligen KV bestehe deshalb jedenfalls, wenn über einen längeren Zeitraum hinweg der vertragsärztliche Umsatz von voll ausgelasteten und wirtschaftlich arbeitenden ausschließlich psychotherapeutisch tätigen Ärzten, erheblich sogar hinter dem durchschnittlichen Praxisüberschuss (Umsatz aus vertragsärztlicher Tätigkeit abzüglich Praxiskosten) vergleichbarer Arztgruppen zurückbleibe.

- c) Durch Urteil vom 25. August 1999 konkretisierte das BSG diese Annahmen, indem seitdem

*„unterstellt wird, daß die Belastungsgrenze für einen vollzeitig tätigen Psychotherapeuten bei 36 zeitabhängig zu erbringenden psychotherapeutischen Leistungen von mindestens 50-minütiger Dauer erreicht ist.“*

Dabei müsse – so das BSG - berücksichtigt werden,

*„dass mit 35, 36 bzw. 38 Stunden reiner Behandlungszeit pro Woche nicht die Arbeitszeit des einzelnen Psychotherapeuten im Rahmen seiner vertragsärztlichen Praxis beschrieben wird, sondern dass diese im Hinblick auf die notwendigen begleitenden Tätigkeiten wie das Abfassen von Berichten, das Erstellen von Anträgen und die Durchführung probatorischer Sitzungen erheblich darüber liegt. Im Rahmen einer fiktiven Berechnung des aus ausschließlich psychotherapeutischer Tätigkeit erzielbaren Praxisumsatzes ist bei der gebotenen typisierenden Betrachtung davon auszugehen, dass der einzelne Arzt den aus dieser Behandlungszeit erzielbaren Wochenumsatz in 43 Wochen je Kalenderjahr erreichen kann. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in einzelnen Wochen des Jahres wegen gesetzlicher Feiertage die als jedenfalls zumutbar angesehenen 36 therapeutischen Sitzungen nicht durchgeführt werden könnten und dass die Ausübung der Praxis in angemessenem Umfang infolge von Urlaub und Fortbildungsmaßnahmen ruht. Im Hinblick auf die enge persönliche Bindung zwischen dem Arzt und seinen Patienten insbesondere im Rahmen von Langzeittherapien besteht außerdem in diesen Zeiträumen typischerweise die Möglichkeit der Fortführung der Praxis durch einen Vertreter nicht.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)*

Zu ergänzen ist, dass § 14 Abs. 3 Satz 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte mit normativer Wirkung für die Vertragspsychotherapeuten bestimmt, dass die Vertretung bei genehmigungspflichtigen psychotherapeutischen Leistungen einschließlich der probatorischen Sitzungen grundsätzlich unzulässig ist.

2. Die Grundsätze speziell für die Honorierung der zeitgebundenen und genehmigungspflichtigen psychotherapeutischen Leistungen nach Abschnitt G IV EBM a.F. wurden mit § 85 Abs. 4 Satz 4 SGB V (in der Fassung des zum 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Art. 1 Nr. 36 des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 - GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 - (GKVRefG 2000) vom 22. Dezember 1999, BGBl. I S. 2626) sodann erstmals kodifiziert. Danach hatten die einzelnen KVen in ihren Honorarverteilungsmaßstäben Regelungen zur Vergütung der Leistungen der Psychotherapeuten und der ausschließlich psychotherapeutisch tätigen Ärzte zu treffen, die „eine angemessene Höhe der Vergütung je Zeiteinheit“ zu gewährleisten. Den Inhalt dieser Regelungen bestimmte gemäß § 85 Abs. 4a Satz 1 letzter Halbsatz SGB V (ebenfalls in der ab dem 1. Januar 2000 geltenden Fassung) erstmalig zum 28. Februar 2000 der Bewertungsausschuss. Die Beschlüsse des Bewertungsausschusses respektive des Erweiterten Bewertungsausschusses waren dabei für die KVen verbindlich und deshalb zwingend der Honorarverteilung und damit auch den Honorarbescheiden zugrunde zu legen.
  - a) Die jeweiligen Beschlüsse des Bewertungsausschusses bzw. des Erweiterten Bewertungsausschusses, die dieses gewährleisten sollten und an welche die KVen im Rahmen der Honorarverteilung gebunden sind, setzten sich strukturell aus folgenden Elementen zusammen:
    - Im ersten Schritt sind die Umsätze aus vertragsärztlicher Tätigkeit – nicht insgesamt aus der Praxistätigkeit – der Vergleichsgruppen zu ermitteln. An bis zum 30. Juni 2002 bildeten die Hausärzte die Vergleichsgruppe; nach der Zuordnung der Psychotherapeuten zu den

Fachärzten sahen die Beschlüsse des Bewertungsausschusses die Ermittlung der Vergleichsumsätze der Fachgruppen der Augenärzte, der Urologen, der Frauenärzte, der Hautärzte, der Chirurgen, der HNO-Ärzte und der Orthopäden vor. Zwischenzeitlich sind die Arztgruppen mit Erträgen über dem Durchschnitt dieser Gruppen – dies sind die Augenärzte und die Orthopäden – aus der Vergleichsbeurteilung ausgeklammert. Von den Umsätzen aus vertragsärztlicher Tätigkeit der Vergleichsgruppen wurden zunächst die normativ festgelegten Kostenquoten, später empirisch ermittelte Kostenquoten zur Ermittlung des durchschnittlichen Gewinnes aus vertragsärztlicher Tätigkeit abgezogen.

- Im zweiten Schritt wird der Soll-Umsatz einer psychotherapeutischen Praxis ermittelt. Dazu wird zu dem Vergleichsertrag der typisierte Betriebskostensatz der voll ausgelasteten Praxis hinzuaddiert. Dabei hatte das BSG im Rahmen der Modellberechnung in den Entscheidungen vom 28.1.2004 hervorgehoben, dass es bei maximalem Arbeitseinsatz eines Psychotherapeuten auch möglich sein müsse, zumindest eine Halbtagskraft für Verwaltungstätigkeiten aus den vertragsärztlichen Umsätzen zu refinanzieren (*Urteile v. 28.1.2004 – u. a. B 6 KA 52/03 R = BSGE 92,87 = SozR 4-2500 § 85 Nr. 8, Rn. 31*). Entsprechend wurden die Personalkosten nicht empirisch, sondern anhand eines fiktionalen, normativen Ansatzes für die Beschäftigung einer Halbtagskraft bestimmt. Diesen normativen Personalkostenansatz hat das BSG in den Entscheidungen vom 28.5.2008 fortgeführt (*Urteile vom 28. Mai 2008 - B 6 KA 8/07 R und B 6 KA 9/07 R, jeweils Rn. 36*).
- Schließlich ergibt sich die konkrete Vergütung je Leistung aus der Ermittlung der angeforderten Punktzahlvolumina einer Praxis mit

einem Leistungsvolumen von 36 Sitzungen in 43 Kalenderwochen. Der Sollumsatz wurde durch dieses Punktzahlvolumen dividiert. Im Ergebnis ergab sich jedenfalls bis zum 31. Dezember 2011 eine einheitlich hohe Vergütung für jede Sitzung nach den GOPen 871 ff. EBM a.F. bzw. nach dem Kap. 35.2 EBM zunächst innerhalb des jeweiligen KV-Bezirktes, dann bundesweit.

Die genaue Berechnung der einzelnen Elemente war bislang immer wieder Gegenstand der Rechtsprechung (Urteile vom 28. Januar 2004 - *u.a. B 6 KA 52/03 R*; vom 28. Mai 2008 - *B 6 KA 8/07 R und B 6 KA 9/07 R*; vom 28. Juni 2017 - ; vom 11. Oktober 2017 - ]

- b) Durch das GKV-WSG (*Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG v. 26.3.2007, BGBl. I S. 378*) wurden erneut die rechtlichen Grundlagen für die Bemessung und Honorierung der vertragsärztlichen Leistungen umgestaltet. Für die Zeit ab 1.1.2009 regelten §§ 87a Abs. 1 Satz 1, § 87 b Abs. 1 Satz 1 und § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V ein neues Vergütungssystem. Gem. § 87 a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 87 Abs. 2e SGB V waren bundeseinheitliche Punktwerte als Orientierungswerte in Euro zur Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen festzulegen. Gem. § 87 a Abs. 2 Satz 6 SGB V waren antragspflichtige psychotherapeutische Leistungen der Psychotherapeuten außerhalb der Regelleistungsvolumina (RLV) zu vergüten, weshalb diese auch kein RLV, sondern ein zeitbezogenes Kontingent zugewiesen bekamen. Auch diese zeitbezogenen Kapazitätsgrenzen basierten nach dem entsprechenden Beschluss des Bewertungsausschusses auf der Annahme eines Leistungsvolumens von 36 Sitzungen in 43 Kalenderwochen.

Durch § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V wurde weiterhin bestimmt, dass die Bewertungen für psychotherapeutische Leistungen – wenngleich eingebettet in den EBM



- eine angemessene Höhe der Vergütung je Zeiteinheit zu gewährleisten haben.  
Dies ist bis heute so.

3. Zur Umsetzung entschied der Erweiterte Bewertungsausschuss in der 38. Sitzung vom 18. Dezember 2013, dass bis zum 30. Juni 2014 zu prüfen sei, ob die Vergütung seit 2009 die angemessene Höhe der Vergütung je Zeiteinheit sicherstellt, wie es § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V gebietet. In seiner 43. Sitzung traf der Erweiterte Bewertungsausschuss einen Beschluss vom 22. September 2015 über die rückwirkende Anhebung der Honorare ab 1. Januar 2012. Dieser Beschluss liegt auch den von dem Beschwerdeführer angegriffenen Honorarbescheiden der Quartale I/2013 und II/2013 einschließlich Nachvergütungsbescheid zugrunde.
  - a) Der Beschluss sah einesteils vor, dass die Bewertung antrags- und genehmigungspflichtiger Leistungen (EBM Kap. 35.2.) rückwirkend ab dem Jahr 2012 um 2,6909 % angehoben wird. In den dergestalt angehobenen Punktzahlvolumina der GOPen 35200 bis 35225 wurden dabei Betriebsausgaben einer maximal ausgelasteten psychotherapeutischen Praxis nach in Höhe von 37.436 € berücksichtigt. Darin sind Personalaufwendungen in Höhe von 3.948 € enthalten. Diese Betriebskosten wurden einem Vergleichsertrag der zum Vergleich herangezogenen Fachgruppen der Gynäkologen, Chirurgen, Hautärzte, HNO-Ärzte und Urologen von EUR 91.549 hinzuaddiert.
  - b) Zum anderen wurden die GOPen 35251 und 35252, ab dem 1.1.2015 zusätzlich auch die GOP 35253 EBM über die sog. Strukturzuschläge eingeführt. Die Strukturzuschläge sind so konzipiert, dass sie bei vollem Versorgungsauftrag und einer Auslastung von 36 Sitzungen zu mindestens je 50 Minuten in 43 Kalenderwochen p.a. zu Einnahmen von EUR 11.045 führen. Dieser Betrag soll die Differenz zwischen den vom Erweiterten Bewertungsausschuss empirisch aus der Kostenstrukturerhebung des Statistischen Bundesamtes 2007 hergeleiteten Personalaufwendungen der Psychotherapeutenpraxen von EUR 3.948 in den

oberen Umsatzklassen – angenommen bei Umsätzen ab EUR 83.000 - und den normativ bestimmten Personalkosten für die Beschäftigung einer Halbtagskraft für die Praxisverwaltung von aus Sicht des Erweiterten Bewertungsausschusses EUR 14.993 abbilden.

Nach Beschlussteil A Ziffer 2 Satz 1 des Beschlusses vom 22.9.2015 sind die GOPen 35251 – 35253 erst abrechnungsfähig, wenn die im Quartalszeitraum abgerechnete Gesamtpunktzahl der GOPen 35200 bis 35225 (also der antrags- und genehmigungspflichtigen, zeitgebundenen Leistungen) mindestens 459.563 Punkte erreicht. Bei hälftigem Versorgungsauftrag wird diese Mindestpunktzahl halbiert. Die GOPen 35251 bis 35253 werden im Quartal als Zuschläge zu allen abgerechneten Leistungen nach den GOPen 35200 bis 35225 zugesetzt. Zu diesem Zweck bestimmt Beschlussteil A Ziffer 4 des Beschlusses, dass eine Quote gebildet wird. Diese ergibt sich aus der Differenz der abgerechneten Gesamtpunktzahl der GOPen 35200 bis 35225 zur Mindestpunktzahl von 459.563 Punkten (bei vollem Versorgungsauftrag). Mit der entsprechenden Quote werden die zugesetzten Strukturzuschläge multipliziert. Im Ergebnis führt die Bildung einer Quote zwar zu einer einheitlichen Vergütung für jede Sitzung in der konkreten Abrechnung. Dahinter steht aber, dass – wiederum bei Annahme eines vollen Versorgungsauftrages - den ersten 193 Leistungen nach den GOPen 35200 bis 35225 innerhalb eines Quartals keine Zuschlagsziffer zugesetzt wird, während ab der 194. antrags- und genehmigungspflichtige Leistung mit mindestens 50 Minuten Dauer im Quartal ein Zuschlag von zunächst EUR 14,30 (aufgestaffelt quotiert) anteilig ausgekehrt wurde.

4. Streitig ist die Höhe der Vergütung psychotherapeutischer Leistungen für das Quartal I/2013 und II/2013. Der Kläger ist als Ärztlicher Psychotherapeut in ... niedergelassen und zur vertragsärztlichen (vertragspsychotherapeutischen) Versorgung zugelassen. Mit Bescheiden vom 21.8.2013 und 20.11.2013 setzte die Beklagte das Honorar für das Quartal I/12013 in Höhe von 21.459,49 € (Brutto) bei 58 Behandlungsfällen und für II/2013 in Höhe von 21.863,86 € bei 58 Behandlungsfällen fest.

Gegen beide Bescheide legte der Kläger mit Schreiben vom 12.09.2013 und 29.12.2013 Widerspruch ein. Zur Begründung führte er insbesondere aus, dass keine rechtskonforme Umsetzung der vorgegebenen Rechtsnormen erfolgt sei, da die Honorierung der psychotherapeutischen Leistungen nicht an die gestiegenen Gewinne der Vergleichsgruppe angepasst worden sei. Bei einem sich aus dem EBM 2010 ergebenden Durchschnittsumsatz der Psychotherapeuten von 18.000,- € pro Quartal (72.000,- € pro Jahr) müsse die Vergütung der Psychotherapeuten - ohne Quotierung der nicht genehmigungspflichtigen Leistungen - zum Orientierungspunkt看 erfolgen. Mit Änderungsbescheiden vom 30.09.2014 und 10.12.2014 wurde das Honorar für I/2013 auf 21.766,05 €, bzw. für II/2013 auf 22.159,81 € festgesetzt. Mit Widerspruchsbescheid vom 17.12.2014 wurden die Widersprüche als unbegründet zurückgewiesen. Zur Begründung führte die Beklagte aus, dass die Honorarverteilung nach den Vorgaben des Bewertungsausschusses nach dem jeweils geltenden Honorarverteilungsmaßstabes (HVM) erfolgt sei. Die Quotierung der nicht genehmigungspflichtigen Leistungen sei rechtmäßig. Soweit die Angemessenheit der Vergütung der genehmigungspflichtigen Leistungen beanstandet werde, sei die Beklagte an die Vorgaben, die auf Bundesebene getroffen würden, gebunden.

Mit seinen Klagen vom 05.01.2015 und 14.01.2015 beim SG Marburg verfolgte der Kläger sein Ziel weiter. Mit verfahrensgegenständlichem Bescheid vom 04.07.2016 wurden die Änderungen aufgrund des Beschlusses des EBweA vom 22.9.2015 im Gerichtsverfahren (§ 96 Abs. 1 SGG) durch die beklagte KV Hessen berücksichtigt und eine Nachvergütung für die genehmigungspflichtigen Leistungen in Höhe von 1.820,68 € für die streitgegenständlichen Quartale festgesetzt. Dies beanstandete der Kläger als unzureichend und rechtswidrig, da die Systematik der Strukturzuschläge auf genehmigungspflichtige Leistungen rechtswidrig sei.

5. Das Sozialgericht Marburg hat der auf eine höhere, angemessene Vergütung zielenden Klage des Beschwerdeführers mit Urteil vom 22. März 2017 (S 11 KA 8/15) stattgegeben und die beklagte KV verpflichtet, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Honorare für I/2013 und II/2013 zu entscheiden.

*Mit der Normierung der "angemessenen Vergütung je Zeiteinheit" habe der Gesetzgeber die überwiegend aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen abgeleitete Rechtsprechung des BSG zur Vergütung psychotherapeutischer Leistungen normativ abgesichert. Eigene Vorgaben zur Bemessung der "Angemessenheit" habe er nicht getroffen, sondern dies im Rahmen zulässiger Delegation der Rechtsetzung dem Bewertungsausschuss (§ 87 Abs. 1 SGB V) übertragen. Das Tatbestandsmerkmal der "angemessenen Höhe der Vergütung je Zeiteinheit" in § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V sei im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des BSG zu konkretisieren. Die Höhe der Vergütung je Therapiestunde sei die entscheidende Berechnungsgröße in dem vom BSG entwickelten Modell für eine dem Gebot der Gleichbehandlung mit anderen Gruppen von Leistungserbringern entsprechende Honorierung der Psychotherapeuten.*

*Die Tatsache, dass sich der Bewertungsausschuss teilweise von Annahmen und Berechnungen des BSG löst, führe für sich genommen zwar nicht dazu, dass sein Beschluss rechtswidrig ist. Allerdings seien die vorgenommenen Modifikationen sowohl auf ihre Vereinbarkeit mit den einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen, als auch das Gesamtgefüge im Lichte des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes zu überprüfen. Das abgeänderte Berechnungsmodell des Bewertungsausschusses beruhe teilweise auf strukturellen Fehlfestlegungen und könne deshalb in seiner Umsetzung durch die KÄVen nicht zu einer angemessenen Vergütung der psychotherapeutischen Leistungen führen. Der Beschluss vom 22.09.2015 sei deshalb rechtswidrig.*

*Der Bewertungsausschuss sei hinsichtlich der anzusetzenden Praxiskosten von der Modellberechnung des BSG abgewichen und habe diesbezüglich eine neue Berechnung vorgegeben. Diese Abweichung wirkt ausschließlich in Richtung einer Reduzierung des Punktwertes für die zeitgebundenen und genehmigungspflichtigen Leistungen. Abweichungen in die andere Richtung, also Annahmen, die zu einer Erhöhung des Punktwertes für die psychotherapeutischen Leistungen führen würden, enthalte der Beschluss nicht. Praxen, welche mindestens die Hälfte der Vollaustattung erfüllten, sei es nach der Beschlussbegründung durch die Schaffung der Zuschlagsziffern weiterhin möglich, eine Halbtagskraft zu beschäftigen.*

*Diese Vorgehensweise sei zu beanstanden. Es bestehe eine Besonderheit in dem Sinne, dass die Einkommenssituation der Psychotherapeuten im Vergleich zu anderen Arztgruppen generell als schlecht zu bezeichnen sei und das BSG bereits in der Vergangenheit entschieden habe, dass es auch einem Psychotherapeuten möglich sein müsse, eine Halbtagskraft anzustellen. Die Bezugnahme auf die faktische Möglichkeit der Anstellung einer Halbtagskraft stelle eine normative Komponente des anzusetzenden Kostensatzes dar, die gerade nicht anhand empirischer Daten verifiziert werden könne. Insoweit sei neben der mathematischen Herleitung des vom Bewer-*

*tungsausschuss angesetzten Betrages in Höhe von 3.948,- € auch die absolute Begrenzung auf die empirisch erhobenen Kosten nicht von seinem Gestaltungsspielraum gedeckt. Aber selbst wenn jene Herleitung noch vom Gestaltungsspielraum des Bewertungsausschusses gedeckt wäre, sei jedenfalls die ausschließliche Heranziehung der tatsächlichen Personalkosten rechtswidrig. Das BSG habe in mehreren Entscheidungen zu der Frage der Vergütung der Psychotherapeuten ausgeführt, dass es einer voll ausgelasteten Psychotherapeutenpraxis möglich sein müsse, eine Halbtagskraft zu beschäftigen, und die normative Festsetzung von Personalkosten vorgegeben. Das BSG gehe also davon aus, dass die tatsächlich erhobenen Daten im Sinne einer normativen Festsetzung zu korrigieren seien, obwohl die empirisch erhobenen Daten belegten, dass psychotherapeutische Praxen häufig ohne Personal arbeiten. An dieser Situation habe sich weder tatsächlich, noch rechtlich etwas geändert, so dass die vom BSG vorgegeben Maßstäbe auch weiterhin Gültigkeit beanspruchten.*

*Dass die fiktiven Kosten einer Halbtagskraft nach dem Beschluss des Bewertungsausschusses in Form eines Zuschlags zu den normalen Gesprächsziffern berücksichtigt würden, gleiche die Unzulänglichkeit der EBM- Bewertung nicht aus. Denn die Ausgestaltung der Zuschlagsziffern sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Zum einen erschließe sich dem Gericht schon nicht, dass der Bewertungsausschuss die normativ ermittelten Personalkosten einer medizinischen Halbtagskraft um die empirisch ermittelten Personalkosten kürzt. Denn ausgehend von der Tatsache, dass Psychotherapeuten im Regelfall - wie andere Ärzte auch - eine Reinigungskraft beschäftigen würden, dürften die empirisch erhobenen Personalkosten - auch in Anbetracht des Betrages - zu einem Großteil auf diese Reinigungskräfte entfallen. Zum anderen hätte der Bewertungsausschuss, so er denn davon ausgeht, dass die empirisch erhobenen Kosten ausschließlich auf eine medizinische Fachangestellte bezogen sind, noch zusätzlich Kosten für eine Reinigungskraft berücksichtigen müssen. Jedenfalls aber stehe die Ausgestaltung der Zuschlagsziffern nicht mit höherrangigem Recht in Einklang, weil sie eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe der psychotherapeutisch tätigen Psychotherapeuten bewirke. Regelungen des EBM-Ä dürften weder unmittelbar noch mittelbar gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art 3 Abs. 1 GG verstoßen. Dem Normgeber sei zwar nicht jede Differenzierung verwehrt. Er verletze das Grundrecht aber dann, wenn er eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandle, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie eine ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Der Schutzbereich des Grundrechts erfasse sowohl ungleiche Belastungen als auch - wie im vorliegenden Fall - ungleiche Begünstigungen. Die hier vorhandene*

*Begünstigung von psychologischen Psychotherapeuten, welche eine bestimmte Leistungsmenge an antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen erbringen, sei nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt.*

*Differenzierungen müssten stets durch Sachgründe gerechtfertigt werden, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Art. 3 Abs. 1 GG verlange insofern auch für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung, der sich "als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht" erweise. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sei umso enger begrenzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken könne. Nach diesen Maßstäben liege eine Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe der Psychotherapeuten vor, da nur die Psychotherapeuten von den normativ ermittelten Personalkosten profitieren, die eine bestimmte Leistungsmenge an antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen erbringen. Darüber hinaus werde der Zuschlag auch erst ab einer bestimmten Punktzahlmenge erbracht, so dass die in der Zuschlagsziffer zum Tragen kommenden normativen Personalkosten (welche Teil der angemessenen Vergütung sind) stets nur anteilig ausgeschüttet werden. Letztlich würden durch die bestehende Regelung Psychotherapeuten mittelbar begünstigt, die lediglich einen halben Vertragsarztsitz haben und durch die Möglichkeit der Ausweitung der antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen innerhalb der Plausibilitätsgrenzen überproportional von den Zuschlagsziffern profitieren. Ein sachlicher Grund dafür sei nicht erkennbar.*

*Anzuerkennende sachliche Gründe könnten sich allein aus Unterschieden ergeben, die innerhalb der Gruppe der Psychotherapeuten bestehen. Solche lägen nicht vor. Die der Regelung zugrunde liegende Vorstellung, Personalkosten entstünden nur bei annähernder Vollausslastung, sei in ihrer Kernaussage zwar zutreffend und die Begünstigung solcher Praxen, stelle im Grunde genommen auch einen legitimen Zweck dar. Allerdings nehme die Regelung nicht in den Blick, dass Psychotherapeuten neben den antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen auch niederschwellige Versorgungsangebote vorhalten müssten. Der Ausbau dieser niederschweligen Therapieangebote sei seit langem in der Diskussion und als gesetzgeberischer Auftrag auch im Versorgungsstärkungsgesetz formuliert worden. Psychotherapeuten, die diesem gesetzgeberischen Auftrag bereits in der Vergangenheit nachgekommen seien und solche Angebote verstärkt angeboten haben, hätten zwangsläufig Leistungen an anderer Stelle - namentlich den antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen – reduzieren müssen. Die Zuschlagsregelung wirke diesbezüglich diametral, da sie den Anreiz schaffe, möglichst viele antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen zu erbringen und unterstelle, dass nur in diesem Fall eine Vollausslastung*

*besteht, die zur Beschäftigung von Personal führt. Der Psychotherapeut müsse sich damit quasi entscheiden, ob er viele antrags- und genehmigungspflichtige Leistungen erbringe und in den Genuss der Zuschlagsregelung komme oder dem Auftrag der niederschweligen Therapieangebote nachkomme und - nach dem Verständnis der Zuschlagsnorm - auf Personal verzichte. Hätte der Bewertungsausschuss die Personalkosten bei der EBM-Bewertung der Hauptleistung belassen, so wären alle Psychotherapeuten entsprechend dem Umfang ihrer Leistungen begünstigt gewesen. Jeder Psychotherapeut hätte damit - wenigstens anteilig und proportional zur Menge der erbrachten Leistungen - von den angesetzten Personalkosten profitiert und dafür eine angemessene Vergütung erhalten.*

Schließlich hat das SG Marburg die Quotierung der nicht genehmigungspflichtigen Leistungen beanstandet und die Beklagte auch insoweit zur Neubescheidung verurteilt.

6. Gegen dieses Urteil haben der Kläger, die Beklagte und der zu 2. beigeladene GKV-Spitzenverband Revision eingelegt.

Der Kläger führt in seiner Revisionsbegründung aus, das SG habe zu Recht nicht beanstandet, dass der EBewA die umsatzstärksten Gruppen der Orthopäden und Augenärzte aus dem Fachgruppenmix herausgenommen habe. Er stimme dem SG auch hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Festsetzung des Kostensatzes auf 37.436 € (für Sachkosten plus Reinigungskraft) zu. Zu den normativ ermittelten Kosten für eine Halbtagskraft seien aber die empirisch ermittelten Personalkosten in Höhe von 3.948 € zu addieren, damit auch eine Reinigungskraft beschäftigt werden könne. Zu Recht rüge das SG die Ungleichbehandlungen durch den Strukturzuschlag. Psychotherapeuten mit einem halben Sitz würden überproportional von der Neuregelung profitieren. Das gesetzgeberische Ziel des Ausbaus niederschwelliger Angebote werde honorarpolitisch unterlaufen. Psychotherapeuten könnten nicht proportional zur Menge der erbrachten Leistungen von den angesetzten Personalkosten profitieren. Die Systematik des EBM-Ä, nach der für jede EBM-Ä Ziffer alle Betriebsausgaben und damit auch die Personalkosten gleichmäßig in die Leistungen eingerechnet würden, werde verlassen. Es finde eine ansonsten beispiellose individualisierte Vergütung statt, die von der Auslastung in einem bestimmten Leistungsspektrum abhängt.

Entgegen der Auffassung des SG hätte der EBewA die im März 2012 veröffentlichten Daten des Praxis-Panels des Zentralinstituts für die kassenärztliche Versorgung (ZI) verwenden müssen. Daraus hätte sich ein Vergleichseinkommen in Höhe von 99.239 € ergeben. Der Rückgriff auf die Daten des Statistischen Bundesamtes sei nicht zweckmäßig, weil diese Daten nur alle vier Jahre erhoben würden und sie etwa hinsichtlich der Personalkosten unvollständig seien. Die Einkommen der in den Einkommensvergleich einbezogenen Arztgruppen hätten nicht durch Abzüge sog. nicht prägender Leistungen weiter minimiert werden dürfen. Nach der Rechtsprechung seien bei Verwendung der Umsätze der Arztgruppen des unteren Einkommensbereichs Abzüge nicht zulässig.

Das SG habe im Übrigen zu Recht die Quotierung der nicht genehmigungspflichtigen Leistungen beanstandet.

Der Kläger beantragte,  
das Urteil des SG Marburg vom 22.3.2017 zu ändern und die Beklagte zu verpflichten, über die Vergütung der von ihm erbrachten antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen nach Änderung des EBM-Ä auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden und die Revisionen der Beklagten und des Beigeladenen zu 2. zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragte,  
das Urteil des SG Marburg vom 22.3.2017 aufzuheben und die Klage abzuweisen sowie die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Sie wies darauf hin, dass sie an die Festsetzungen des BewA gebunden sei. Der BewA habe seinen Gestaltungsspielraum nicht überschritten. Dementsprechend sei der Beschluss auch von der Aufsichtsbehörde nicht beanstandet worden. Die im HVM vorgesehene Quotierung der nicht antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen nach den Abschnitten 35.1 und 35.3 EBM-Ä sei rechtmäßig.

Der Beigeladene zu 2. beantragte,



das Urteil des SG Marburg vom 22.3.2017 insoweit aufzuheben, als das SG den Beschluss des EBewA vom 22.9.2015 als rechtswidrig angesehen und die Beklagte verpflichtet hat, über die Vergütung der antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen nach Änderung des EBM-Ä erneut zu entscheiden, hilfsweise, das Urteil des SG Marburg vom 22.3.2017 aufzuheben und die Klage abzuweisen, sowie die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Für die Ermittlung der Betriebsausgaben der psychotherapeutischen Praxen seien die Daten der am 5.8.2009 veröffentlichten Kostenstrukturerhebung des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 2007 herangezogen worden. Grund hierfür sei zum einen gewesen, dass Daten des ZI nur auf der Datenbasis 2003 bis 2005 vorgelegen hätten. Zum anderen seien nach Einschätzung des Instituts des Bewertungsausschusses (InBA) die Daten des Statistischen Bundesamtes aufgrund der gesetzlichen Auskunftspflicht der Praxen besonders belastbar. Das InBA habe die vom Statistischen Bundesamt erhobenen Mikrodaten eigenständig auf dem Weg der kontrollierten Datenfernverarbeitung beim Forschungsdatenzentrum des Statistischen Bundesamtes ausgewertet.

Der Vergleichsertrag sei auf der Grundlage der von der KÄBV zur Verfügung gestellten ärztlichen Abrechnungsdaten des Jahres 2011 ermittelt worden. Zunächst sei der gewichtete durchschnittliche Ertrag von Augenärzten, Gynäkologen, Hautärzten, HNO-Ärzten, Chirurgen, Urologen, Internisten, Orthopäden, Nuklearmedizinern, Radiologen und N€ologen/Psychiatern ermittelt worden. Aus dem um Laborleistungen, belegärztliche Leistungen, Sachkosten und Wegepauschalen bereinigten Umsatz und der Kostenquote der jeweiligen Arztgruppe, die das InBA anhand der Kostenstrukturerhebung des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 2007 ermittelt habe, habe sich der Ertrag der jeweiligen Arztgruppe ergeben. Unter Gewichtung der Anteile der jeweiligen Gruppe an der Arztzahl sei sodann der durchschnittliche Ertrag aller Fachärzte berechnet worden. Dabei habe sich gezeigt, dass die Orthopäden und Augenärzte nicht zu den Facharztgruppen im unteren Einkommensbereich zählten. Der EBewA habe sich entschieden, den Fachgruppenmix aus denjenigen

Fachgruppen zu bilden, deren Erträge unterhalb des ermittelten Durchschnittswertes von 102.280 € gelegen hätten. Dies seien die Chirurgen, die Gynäkologen, die HNO-Ärzte, die Hautärzte und die Urologen gewesen.

Bei der Ermittlung der Betriebskosten seien nur solche psychotherapeutischen Praxen berücksichtigt worden, deren Umsatz aus Kassenpraxis mindestens 50 % betragen habe und die als Einzel- oder fachgleiche Gemeinschaftspraxen betrieben worden seien. Für die höchste Umsatzklasse sei die Einnahmeschwelle von 83.000 € ermittelt worden. Auf dieser Basis seien Betriebsausgaben in Höhe von 37.436 € und Personalaufwendungen in Höhe von 3.948 € ermittelt worden. Auf der Grundlage des Gehaltstarifvertrages für Medizinische Fachangestellte vom 1.1.2011 hätten sich normative Personalkosten zur Finanzierung einer sozialversicherungspflichtigen Halbtagskraft in Höhe von 14.993 € errechnet. Eine Überprüfung habe ergeben, dass annähernd 75 % der psychotherapeutischen Praxen keine Personalaufwendungen hätten und trotz der Berücksichtigung normativer Personalkosten seit dem Jahr 2003 keine bedeutende Zunahme von Beschäftigungsverhältnissen zu verzeichnen sei. Der BewA sei daher davon ausgegangen, dass erst bei einer Auslastung von mindestens 50 % der hypothetischen Vollauslastung die Beschäftigung von Personal möglich und sinnvoll sei. Die durchschnittlichen Kosten aller Therapeuten lägen bei 1.727 €. Die Differenz zwischen den empirischen und den normativen Personalkosten in Höhe von 11.045 € werde mit den neuen Strukturzuschlägen vergütet. Mit der Neuregelung habe der EBewA die Berücksichtigung normativer Personalkosten sachgerechter ausgestalten wollen, zumal bei anderen Arztgruppen regelmäßig nur die empirischen Betriebskosten berücksichtigt würden. Es habe auch ein Anreiz geschaffen werden sollen, in größerem Umfang für die Versorgung zur Verfügung zu stehen. Vom Zeitpunkt der Überschreitung an werde jede weitere antrags- und genehmigungspflichtige Leistung zusätzlich mit dem einschlägigen Strukturzuschlag vergütet. Mit der Neuregelung würden Personalkosten gezielt bei solchen Praxen berücksichtigt, in denen typischerweise auch Personal beschäftigt werde. Psychotherapeuten mit einem hälftigen Versorgungsauftrag würden nicht privilegiert, sondern in erforderlichem Maße gleichbehandelt, indem bei ihnen eine Vollauslastung bei hälftiger Mindestpunktzahl angenommen werde. Soweit das SG die Quotierung

der Zuschläge beanstande, sei dem entgegenzuhalten, dass auch bei einer Umlegung der normativen Personalkosten auf die Bewertung der Leistungen des Abschnitts 35.2 EBM-Ä die Kosten in voller Höhe erst bei einer Vollauslastung berücksichtigt wären.

Die zu 1. beigeladene KÄBV nahm Bezug auf die Ausführungen des Beigeladenen zu 2. und bekräftigte die Auffassung, dass der Beschluss des EBewA vom 22.9.2015 insgesamt rechtmäßig sei.

7. Das BSG hat der Revision der Klägerin im Urteil vom 11. Oktober 2017 nur in beschränktem Umfang stattgegeben. Und es hat der Revision des Beigeladenen zu 2. hinsichtlich der Strukturzuschläge für genehmigungspflichtige Leistungen stattgegeben, deren Systematik es anders als das SG Marburg für rechtmäßig hält. Gegen beide Punkte richtet sich diese Verfassungsbeschwerde.

Weiterhin hat das BSG der Revision der Beklagten bezüglich der nicht genehmigungspflichtigen Leistungen stattgeben, deren Quotierung das BSG für rechtmäßig erachtet. Dieser Punkt wird mit vorliegender Verfassungsbeschwerde nicht mehr angegriffen.

Der Urteilstenor des BSG lautet:

Auf die Revisionen des Klägers, der Beklagten und des Beigeladenen zu 2. wird das Urteil des Sozialgerichts Marburg vom 22. März 2017 geändert, soweit das Sozialgericht die Beklagte verpflichtet hat, über die Vergütung der antrags- und genehmigungsbedürftigen Leistungen in den Quartalen I/2013 und II/2013 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts nach Änderung des EBM-Ä erneut zu entscheiden. Die Beklagte wird verpflichtet, über die Vergütung der antrags- und genehmigungspflichtigen psychotherapeutischen Leistungen des Kapitels 35.2 EBM-Ä a.F. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden.

Zur Begründung führte das BSG u.a. aus:

*Rechtsgrundlagen für die angefochtenen Honorarbescheide seien § 87b SGB V in der Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung, gültig ab 1.1.2012, der Beschluss des EBewA aus der 43. Sitzung am 22.9.2015 zur Festlegung der angemessenen Höhe der Vergütung ausschließlich psychotherapeutisch tätiger Vertragsärzte und -therapeuten und der Änderung des EBM-Ä gemäß § 87 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 SGB V sowie der HVM der Beklagten für das Jahr 2013 in der Fassung der Ergänzungsvereinbarungen vom 23.2.2013/25.5.2013 und 22.2.2014.*

*Mit § 87b Abs. 4 SGB V idF vom 26.3.2007 sei dem BewA - zusätzlich zu seiner originären Kompetenz der Leistungsbewertung nach § 87 Abs. 2 SGB V a.F. - für die Zeit ab dem 1.1.2009 bis zum 23.9.2011 die Aufgabe übertragen worden, bundeseinheitliche Vorgaben für die Honorarverteilung zu treffen, die von den regionalen Vertragspartnern zu beachten waren. Seit 2009 bestimme der durch das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung eingeführte § 87 Abs. 2c S. 6 SGB V, dass die Bewertungen für psychotherapeutische Leistungen eine angemessene Höhe der Vergütung je Zeiteinheit zu gewährleisten haben. Diese Verschiebung der Regelungsebene von der Honorarverteilung zum EBM-Ä sollte dem Umstand Rechnung tragen, dass ab dem 1.1.2009 Orientierungspunktwerte die Vergütungshöhe bundesweit bestimmen sollen (§ 87 Abs. 2e SGB V). Nach der Rückkehr zu einer regionalen Honorarverteilung verpflichtet § 87b Abs. 2 S. 3 (seit dem 23.7.2015: S. 4) SGB V die KÄV im Verteilungsmaßstab eine angemessene Höhe der Vergütung je Zeiteinheit zu gewährleisten.*

*Nach der Rechtsprechung des Senats hätten die Gerichte die Gestaltungsfreiheit des (E)BewA, wie sie für jede Normsetzung kennzeichnend ist, zu respektieren. Die richterliche Kontrolle untergesetzlicher Normen beschränke sich darauf, ob sich die Norm auf eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage stützen kann und ob die äußersten rechtlichen Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis durch den Normgeber überschritten wurden. Dies sei erst dann der Fall, wenn die getroffene Regelung in einem "groben Missverhältnis" zu den mit ihr verfolgten legitimen Zwecken stehe, dh in Anbetracht des Zwecks der Ermächtigung schlechterdings unverträglich oder unverhältnismäßig ist. Der (E)BewA überschreite den ihm eröffneten Gestaltungsspielraum, wenn sich zweifelsfrei feststellen lasse, dass seine Entscheidungen von sachfremden Erwägungen getragen seien - etwa weil eine Gruppe von Leistungserbringern bei der Honorierung bewusst benachteiligt werde - oder, dass es im Lichte von Art. 3 Abs. 1 GG keinerlei vernünftige Gründe für die Gleichbehandlung*

*von wesentlich Ungleichem bzw. für die ungleiche Behandlung von im Wesentlichen gleich gelagerten Sachverhalten gebe.*

*Sofern eine Norm tatsächliche Umstände zur Grundlage ihrer Regelung mache, erstrecke sich die gerichtliche Überprüfung insbesondere darauf, ob der (E)BewA - soweit mehrere Arztgruppen betroffen sind - nach einheitlichen Maßstäben verfahren sei und inhaltlich darauf, ob seine Festsetzung frei von Willkür sei, dh ob er sich in sachgerechter Weise an Berechnungen orientiert habe und ob sich seine Festsetzung innerhalb des Spektrums der verschiedenen Erhebungsergebnisse halte. Der festgesetzte Zahlenwert müsse "den Bedingungen rationaler Abwägung genügen" Dabei dürfe die gerichtliche Kontrolldichte speziell der Entscheidungen des (E)BewA nicht überspannt werden. Der an den BewA gerichtete gesetzliche Gestaltungsauftrag zur Konkretisierung der Grundlagen der vertragsärztlichen Honorarverteilung umfasse auch den Auftrag zu einer sinnvollen Steuerung des Leistungsgeschehens in der vertragsärztlichen Versorgung. Hierzu bedürfe es komplexer Kalkulationen, Bewertungen, Einschätzungen und Prognosen, die nicht jeden Einzelfall abbilden könnten, sondern notwendigerweise auf generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen angewiesen seien. Die gerichtliche Überprüfung eines komplexen und auch der Steuerung dienenden Regelungsgefüges dürfe sich deshalb nicht isoliert auf die Bewertung eines seiner Elemente beschränken, sondern müsse stets auch das Gesamtergebnis der Regelung mit in den Blick nehmen. Die Richtigkeit jedes einzelnen Elements in einem mathematischen, statistischen oder betriebswirtschaftlichen Sinne sei deshalb nicht Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der gesamten Regelung. Auch die Festsetzung des Betriebskostenansatzes sei angesichts der Bewertungen, von denen sie abhängt, als Normsetzung zu qualifizieren. Die gerichtliche Kontrolle erstrecke sich insbesondere darauf, ob der BewA sich in sachgerechter Weise an vorliegenden Berechnungen orientiert habe und von Annahmen ausgegangen ist, die sich innerhalb des Spektrums vorliegender Erhebungsergebnisse hielten.*

*Bei Anwendung dieser Maßstäbe seien die mit Beschluss des EBewA vom 22.9.2015 getroffenen Regelungen nach § 87 Abs. 2 SGB V im Wesentlichen nicht zu beanstanden. Der EBewA habe seinen Gestaltungsspielraum bei den strukturellen Festlegungen nicht überschritten. Zu beanstanden sei (nur), dass der EBewA teilweise zu weitgehende Bereinigungen der Erlöse der zum Vergleich herangezogenen Arztgruppen vorgenommen und dass er Änderungen in dem von ihm zugrunde gelegten Tarifvertrag nicht berücksichtigt habe.*

*Der EBewA sei weiterhin von dem Berechnungsmodell zur Ermittlung der angemessenen Vergütung psychotherapeutischer Leistungen ausgegangen, das der Senat mit Urteil vom 25.8.1999 (BSGE 84, 235 = SozR 3-2500 § 85 Nr. 33) entwickelt habe. Danach sei die Belastungsgrenze für einen vollzeitig tätigen Psychotherapeuten bei wöchentlich 36 zeitabhängig zu erbringenden - antrags- und genehmigungspflichtigen - psychotherapeutischen Leistungen von mindestens 50-minütiger Dauer erreicht. Bei einer Vergütung je Einzelsitzung von 145 DM sei, so habe der Senat ausgeführt, unter Einsatz der vollen möglichen Arbeitszeit und unter Zugrundelegung von 43 Arbeitswochen im Jahr ein Jahresumsatz von 224 460 DM fiktiv aus vertragsärztlicher Tätigkeit erzielbar, zu dem in der Regel zusätzliche Einkünfte nicht mehr in nennenswertem Umfang hinzutreten könnten. Zur Ermittlung des Kostenaufwands sei es sachgerecht, sich an den im EBM-Ä festgesetzten bundesdurchschnittlichen Praxiskostensätzen von 40,2 % des Umsatzes aus vertragsärztlicher Tätigkeit zu orientieren, soweit für psychotherapeutisch tätige Ärzte keine empirischen Daten über durchschnittliche Betriebskosten vorlägen. Der sich bei dieser Berechnung ergebende fiktive Jahresertrag von 134 227 DM entspreche ungefähr dem durchschnittlichen Honorarüberschuss der Vergleichsgruppen der Ärzte für Allgemeinmedizin (135 014 DM) und der Arztgruppe der Nervenärzte (149 208 DM). Für die Zeiträume ab dem 1.1.2002 gab der BewA den Vergleich mit dem durchschnittlichen Ertrag von sieben großen Arztgruppen aus dem fachärztlichen Versorgungsbereich (Augenärzte, Chirurgen, Frauenärzte, HNO-Ärzte, Hautärzte, Orthopäden und Urologen - sog "Fachgruppenmix") vor. Der Senat habe dies ebenso wenig beanstandet wie die bundesweit festgesetzten Betriebskosten und die Minderung der Gesamtumsätze der Arztgruppen des "Fachgruppenmix" um die Anteile, die auf bestimmte Leistungsbereiche entfielen (BSGE 100, 254 = SozR 4-2500 § 85 Nr. 42). Daran habe sich der EBewA auch bei seinem hier maßgeblichen Beschluss vom 22.9.2015 orientiert.*

*Den Vergleichsertrag, den eine voll ausgelastete psychotherapeutische Praxis mit antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen des Abschnitts 35.2 EBM-Ä erzielen können müsse, habe der EBewA darin rechtmäßig auf 91.549 € festgesetzt. Um den Psychotherapeuten einen entsprechenden Ertrag zu sichern, wurden hierzu 37.436 € empirisch ermittelte Betriebsausgaben addiert. Danach wurde ein Soll-Umsatz von 128.985 € benötigt, um als Psychotherapeut einen Ertrag wie die vertragsärztliche Vergleichsgruppe zu erzielen. Da hieraus unter Zugrundelegung von - modellhaft - 1.548 Therapiestunden eine Vergütung je Sitzung von 83,32 € folgt, habe der EBewA die Bewertung der Leistungen des Abschnitts 35.2 EBM-Ä um 2,6909 % angehoben, was dem Verhältnis von 81,14 €, der Vergütung bis zum 31.12.2011, zur angestrebten Vergütung von 83,32 € entspreche. Anders als*

*im bisherigen Berechnungsmodell habe der EBewA nicht mehr den normativen, sondern einen empirischen Personalkostenansatz bei der Kalkulation des Soll-Umsatzes berücksichtigt. Einen normativen Personalkostenansatz habe der EBewA anhand des Gehaltstarifvertrages für Medizinische Fachangestellte in Höhe von 14.993 € ermittelt. Hiervon habe er die in den Betriebskosten enthaltenen empirischen Personalkosten in Höhe von 3.948 € abgezogen und für die Abgeltung der Differenz in Höhe von 11.045 € die Zuschlagsziffern 35251 und 35252 EBM-Ä eingeführt.*

*Die Ermittlung des Vergleichsertrages genügt den vom Senat formulierten Anforderungen. Der EBewA habe zunächst den gewichteten durchschnittlichen Ertrag der großen Arztgruppen im fachärztlichen Versorgungsbereich - Augenärzte, Gynäkologen, Hautärzte, HNO-Ärzte, Chirurgen, Urologen, Internisten, Orthopäden, Nuklearmediziner, Radiologen sowie N€logen/Psychiater - ermittelt. Dass deren Erträge aus den von der KÄBV übermittelten Abrechnungsdaten des Jahres 2011 (Umsätze und Arzzahlen) und die Kostenansätze aus der Kostenstrukturanalyse des Statistischen Bundesamtes berechnet wurden, begegne keinen durchgreifenden Bedenken. Das InBA habe die Daten jeweils im Wege der kontrollierten Datenfernverarbeitung eigenständig ausgewertet. Nach Bereinigung der Erträge um laborärztliche Leistungen, belegärztliche Operationen, Sachkosten und Wegepauschalen habe sich ein gewichteter durchschnittlicher Ertrag in Höhe von 102.280 € ergeben. Es sei nicht zu beanstanden, dass der EBewA die Orthopäden und Augenärzte aus der bisherigen Vergleichsgruppe herausgenommen hat, nachdem sich gezeigt habe, dass sie mit einem durchschnittlichen Einkommen von 106.815 € (Orthopäden) und 107.937 € (Augenärzte) nicht mehr zu den Facharztgruppen mit unterdurchschnittlichem Einkommen zählen. Nach der Rechtsprechung des Senats könne allein auf fachärztliche Arztgruppen im unteren Einkommensbereich abgestellt werden [...] Der EBewA habe daher die maßgebliche Vergleichsgruppe aus Chirurgen, Gynäkologen, Hautärzten, HNO-Ärzte und Urologen bilden dürfen, deren Einnahmen unterhalb des ermittelten Durchschnittswertes von 102 280 € lagen (zwischen 86 053 € <HNO> und 97 467 € <Urologen>)*

*Ebenfalls nicht zu beanstanden sei im Grundsatz die Bereinigung der Umsätze der Vergleichsarztgruppen um bestimmte nicht prägende Leistungen. Bereits im Urteil vom 28.5.2008 habe der Senat eine Bereinigung der zum Vergleich herangezogenen Honorare um bestimmte Leistungen gebilligt und ausgeführt, speziell bei Vergütungsregelungen, die zur Wahrung vergleichbarer Chancen zur Erzielung von Überschüssen aus vertragsärztlicher bzw vertragspsychotherapeutischer Tätigkeit getroffen würden, dürfe der BewA im Sinne*

*einer Feinsteuerung die zum Einkommensvergleich herangezogenen Ertragsbestandteile in einem Randbereich eigenständig modellieren. Er müsse allerdings darauf achten, dass hierdurch der Funktion der Vergleichsberechnung nicht insgesamt die Grundlage entzogen werde. Umsätze, die die zum Vergleich herangezogenen Arztgruppen im Rahmen der vertragsärztlichen Regelversorgung erzielen und deren Ertragssituation prägend bestimmen würden, dürften nicht unberücksichtigt bleiben. Die Ausklammerung einzelner Umsatzbestandteile sei aber insbesondere dann unbedenklich, wenn entgegen der rechtlichen Verpflichtung in den Vergleich auch Arztgruppen mit überdurchschnittlichen Erträgen einbezogen würden und sich trotz der feinsteuernenden Bereinigung im Randbereich für die (Modell-)Praxis eines voll ausgelasteten und in Vollzeit tätigen Psychotherapeuten eine Vergütung ergebe, die jedenfalls den (ungeschmälernten) Durchschnittsertrag einer vergleichbaren Arztgruppe im unteren Einkommensbereich erreiche. Wie sich aus der Formulierung "insbesondere" ergebe, sei eine Bereinigung entgegen der Auffassung des Klägers nicht nur dann zulässig, wenn in die Vergleichsbeurteilung auch Fachgruppen mit überdurchschnittlichen Erträgen einbezogen sind. Als nicht prägende Leistungen habe der EBewA belegärztliche Leistungen, Sachkosten und Wegepauschalen angesehen. Laborleistungen seien nur bei den Urologen als prägend angesehen worden, weil ihr Anteil am Honorar 14 % ausmache. Dieses Vorgehen sei im Grundsatz mit der bisherigen Senatsrechtsprechung vereinbar. Zum Beschluss des BewA vom 18.2.2005 habe der Senat entschieden, dass die Bereinigung um Umsätze aus belegärztlicher Behandlung, Pauschalerstattungen des vertraglich vereinbarten Kapitels U, Dialysesachkosten, Laborleistungen, regional vereinbarte Kostenerstattungen sowie Honorare aus Modellvorhaben zu respektieren sei (BSGE 100, 254 = SozR 4-2500 § 85 Nr. 42, Rn. 43). Im hier zu beurteilenden Beschluss habe der EBewA demgegenüber Umsätze aus regionalen Vereinbarungen sowie bei den Urologen auch die Laborkosten berücksichtigt [...]*

*Der EBewA habe auch die zu berücksichtigenden Betriebskosten im Grundsatz rechtmäßig berechnet. Er habe sich in seinem Beschluss für die Ermittlung der Betriebskosten psychotherapeutischer Praxen auf die im August 2009 veröffentlichten Daten des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 2007 stützen dürfen. Soweit der Senat mit Urteilen vom 28.6.2017 (B 6 KA 29/17 R - zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen - und B 6 KA 36/16 R) die Verwendung der Daten des ZI für die Festsetzung der Kostensätze für das Jahr 2008 gebilligt habe, folge daraus nicht zwingend, dass in der Folgezeit ebenfalls auf diese Daten abgestellt werden müsse. Den Wechsel der Datengrundlage habe der EBewA nachvollziehbar begründet.*



*Für die Ermittlung der empirischen Personalkosten sei - wie bereits zuvor bei der Verwertung der ZI-Erhebung - auf die Praxen aus dem oberen Einnahmedrittel abgestellt worden. Dieses Vorgehen habe der Senat in der Vergangenheit bereits gebilligt (vgl. Urteile vom 28.6.2017 - B 6 KA 29/17 R - zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen - RdNr 31 und - B 6 KA 36/16 R - RdNr 40; BSGE 100, 254 = SozR 4-2500 § 85 Nr 42, RdNr 34 f). Das InBA habe eine Grenze für diese Umsatzklasse von 83 000 € ermittelt. Für die Bildung der Umsatzklassen habe der EBewA von der KÄBV erhobene ärztliche Abrechnungsdaten des Jahres 2011 genutzt. In die Analyse aufgenommen worden seien nur solche Praxen, deren Umsatz aus Kassenpraxis mindestens 50 % betrug und die als Einzel- oder fachgleiche Gemeinschaftspraxen betrieben wurden. Vor dem Hintergrund der mittlerweile eingetretenen Honorarsteigerungen zeigen die Berechnungen anhand der Kostenstrukturanalyse, dass dieser Betrag durchaus plausibel sei.*

*Soweit der Kläger bemängelt, dass infolge dieser Grenzziehung auch nach der Modellrechnung nicht voll ausgelastete Praxen berücksichtigt worden seien, treffe dies zu. Für die Umsatzklasse mit mehr als 125 000 € Einnahmen aus vertragspsychotherapeutischer Tätigkeit hätten nach den Angaben des Beigeladenen zu 2. (KBV) aber nur 18 Datensätze zur Verfügung, während für die Umsatzklasse von > 83 000 € noch 123 Datensätze ausgewertet werden konnten. Da es sich bei dem Umsatz einer voll ausgelasteten Praxis um eine Modellrechnung handele und nicht um einen rechtlich verbindlichen Soll-Umsatz, bestehe keine Verpflichtung des EBewA, die Ermittlung der empirischen Personalkosten allein an voll ausgelasteten Praxen vorzunehmen. Das dürfe praktisch wohl auch kaum möglich sein. Dementsprechend habe der Senat am 28.6.2017 gebilligt, dass der EBewA die höchste von drei Umsatzklassen für die Ermittlung der empirischen Kosten herangezogen hat (vgl. Urteile vom 28.6.2017 - B 6 KA 29/17 R, Rn. 31 und - B 6 KA 36/16 R – Rn. 40).*

*Auf der Basis der Daten von Praxen mit Einnahmen von 83 000 € und mehr habe der EBewA Betriebsausgaben in Höhe von insgesamt 37 436 € und Personalkosten in Höhe von 3948 € ermittelt. Die Vorgehensweise bei der Ermittlung dieses Betrages sei nicht zu beanstanden. Indem die durchschnittlichen Aufwendungen je Praxisinhaber durch den Durchschnitt der Gesamteinnahmen je Praxisinhaber geteilt wurden, wurde eine Kostenquote ermittelt. Dabei seien nur Praxen berücksichtigt worden, die zu mindestens 50 % vertragspsychotherapeutisch tätig waren, wodurch reine Privatpraxen ausgeschlossen worden seien.*

*Der für die Personalaufwendungen der Praxen mit einem Umsatz von mehr als 83 000 € mit 3.948 € bezifferte Betrag weiche zwar erheblich von dem für die Vorjahre auf der Grundlage der ZI-Analyse ermittelten empirischen Personalkosten der Praxen mit mehr als 70.000 € Umsatz von 14.514 € ab. Auch seien aus einer früheren Kostenstrukturanalyse des Statistischen Bundesamtes bereits für das Jahr 2000 Personalkosten in Höhe von 28.803 DM abgeleitet worden. Der Senat habe indes die Zugrundelegung der ZI-Daten für das Jahr 2008 auch angesichts der Unterschiede zu anderen Erhebungen für vertretbar gehalten und im Hinblick auf den Gestaltungsspielraum des BewA gebilligt. Es bestehe auch insofern keine Verpflichtung, an der einmal gewählten Datengrundlage festzuhalten. Letztlich sei ausschlaggebend, ob durch die Berücksichtigung normativer Personalkosten bei optimaler Auslastung die Beschäftigung einer Halbtagskraft ermöglicht wird.*

*Es sei nicht zu beanstanden, dass der EBewA nur die empirischen Personalkosten in die Bewertung der GOP des Abschnitts 35.2 EBM-Ä hat einfließen lassen und die normativen Personalkosten ausschließlich in den Strukturzuschlägen der GOP 35251 und 35252 EBM-Ä berücksichtigt habe. Maßgeblich sei nach der Rechtsprechung des Senats, dass eine voll ausgelastete psychotherapeutische Praxis in der Lage sein müsse, eine sozialversicherungspflichtige Halbtagskraft zu beschäftigen. Diesem Erfordernis werde auch nach der neuen Konzeption der Vergütung psychotherapeutischer Leistungen genügt. Der Zuschlag sei so berechnet, dass bei einer Vollauslastung nach dem vom Senat entwickelten Modell die normativen Personalkosten für eine halbtags beschäftigte Medizinische Fachangestellte in vollem Umfang bei der Honorierung berücksichtigt würden. Der Beigeladene zu 2. – die KBV- weise auch zu Recht darauf hin, dass Praxen, die unterdurchschnittlich abrechneten und die für die Abrechnung der Strukturzuschläge erforderliche Mindestpunktzahl nicht erreichten, dadurch begünstigt seien, dass die empirisch ermittelten Personalkosten der Praxen mit einem Umsatz von mehr als 83.000 € in die Bewertung der psychotherapeutischen Leistungen im EBM-Ä eingeflossen seien. In der Vergütung ihrer Leistungen sei damit immer noch ein höherer Kostenanteil enthalten als von ihnen empirisch tatsächlich benötigt werde.*

*Dass die Abrechnung der Zuschläge an die Erreichung einer Mindestpunktzahl geknüpft wird, habe der EBewA nachvollziehbar damit begründet, dass erst ab einer bestimmten Praxisgröße ein Bedürfnis für die Beschäftigung einer Hilfskraft bestehe. Der EBewA habe festgestellt, dass 75 % der Praxen tatsächlich keine Hilfskraft beschäftigten. Die Annahme, dass Personal bei ei-*

*nem vollen Versorgungsauftrag erst dann beschäftigt würde, wenn eine Auslastung von mindestens 50 % in Bezug auf die Vollauslastungshypothese erreicht werde, sei ersichtlich nicht willkürlich.*

*Der EBewA habe mit dem gewählten Konzept das System der Leistungsbeurteilung im EBM-Ä nicht verlassen, sondern die Bemessung der Personalkosten der Psychotherapeuten der Vorgehensweise bei den übrigen Vertragsärzten wieder angenähert. Betriebskosten von Arztpraxen würden, sofern sie nicht ausnahmsweise gesondert in GOP des EBM-Ä ausgewiesen und abrechenbar seien, über die Bewertungen der ärztlichen Leistungen im EBM-Ä mit abgegolten.*

*Ebenso wie bei den anderen Vertragsärzten würden nun nach der Konzeption des Beschlusses vom 22.9.2015 die empirisch ermittelten Kosten bei der Bewertung der GOP 35200 bis 35225 EBM-Ä berücksichtigt. Dabei würden die Psychotherapeuten insofern bessergestellt als die übrigen Vertragsärzte, als bei ihnen nicht die Durchschnittskosten, sondern die Kosten der obersten von drei Umsatzgruppen eingestellt wurden. Es sei nicht willkürlich, eine weitere Privilegierung der Psychotherapeuten durch die Berücksichtigung hypothetischer Kosten für die Beschäftigung einer Halbtagskraft nur für die Fälle vorzusehen, in denen es zumindest nicht gänzlich realitätsfern sei, dass eine solche professionelle Personalausstattung nicht nur wünschenswert sei, sondern auch tatsächlich vorgehalten werde.*

*Es sei dem EBM-Ä auch nicht fremd, dass Leistungen in Abhängigkeit von der Häufigkeit ihrer Erbringung unterschiedlich vergütet werde. Der Senat habe die Berücksichtigung der Kostendegression bei steigender Leistungsmenge ebenso gebilligt wie eine zusätzliche Vergütung für die wirtschaftliche Erbringung und Veranlassung von Laborleistungen. Er habe den BewA auch für berechtigt gehalten, das ärztliche Leistungsverhalten durch solche ergänzenden Bewertungsformen zu steuern, die sich nicht als Abstufung oder als Obergrenze qualifizieren ließen. Entgegen der Auffassung des Klägers schließe § 87 Abs. 2 S. 3 SGB V, wonach die Bewertung der Leistungen so festgelegt werden könne, dass sie ab einem bestimmten Schwellenwert mit zunehmender Menge sinke, andere Steuerungsmechanismen nicht aus. Auch mit den Strukturzuschlägen bezwecke der BewA eine Leistungssteuerung. Allerdings gehe es nicht - wie sonst zumeist - darum, die Menge der abgerechneten Leistungen zu begrenzen, sondern umgekehrt darum, gerade einen An-*

*reiz zu setzen für eine Ausweitung des Leistungsangebots je Psychotherapeut. Das sei angesichts der bekannten, von langen Wartezeiten von Patienten einerseits und nicht voll ausgefüllten Versorgungsaufträgen der Leistungserbringer andererseits geprägten Situation in der psychotherapeutischen Versorgung, ein legitimes Steuerungsziel. Wenn mit den Zuschlagsziffern auch auf eine Professionalisierung der Praxisstruktur, etwa hinsichtlich der Erreichbarkeit für Nachfragen von Patienten oder Ärzten und Krankenkassen, hingewirkt werde, sei dies gewollt und sachgerecht.*

*In der Anknüpfung des Strukturzuschlags an die antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen liege keine gleichheitswidrige Benachteiligung der Psychotherapeuten, die vor allem andere psychotherapeutische Leistungen erbringen. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sei dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt werde, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehe, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten. Differenzierungen bedürften stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gelte ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lasse. Gemessen hieran sei das Vorgehen des EBewA nicht zu beanstanden. Die antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen bildeten den Schwerpunkt der vertragspsychotherapeutischen Tätigkeit. Nur sie haben die Besonderheit, dass sie einer Leistungsausweitung nicht ohne weiteres zugänglich sind. Deshalb habe der Senat stets auch für sie eine besondere Vergütung gefordert. Da sich die Modellrechnung des Senats an diesen Leistungen ausrichte, seien auch in der Vergangenheit normative Personalkosten nur in die Bewertung der Leistungen des Abschnitts 35.2 EBM-Ä eingeflossen.*

*Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung liege schließlich nicht darin, dass ein Psychotherapeut, der einen nennenswerten Teil seiner Leistungen für andere Kostenträger erbringe, nicht mithilfe der Zuschläge eine Hilfskraft finanzieren könne. Der BewA sei nicht verpflichtet, Leistungen für andere Kostenträger als die gesetzliche Krankenversicherung zu berücksichtigen. Soweit Psychotherapeuten außerhalb ihres auf gesetzlich versicherte Patienten bezogenen Versorgungsauftrags Leistungen erbrächten, müssten Praxiskosten hierfür nicht aus dem gegenüber der KÄV abzurechnenden Honorar refinanzierbar sein. Insofern unterscheide sich das Konzept der Strukturzuschläge auch nicht von dem Konzept, bei dem der normative Personalkostenanteil in*

*die Bewertung der Leistungen selbst einfließt. Dass der einzelne Psychotherapeut im vom EBewA festgelegten Vergütungssystem erst ab einer bestimmten Leistungsmenge Vergütungsanteile für normativ ermittelte Personalkosten erhalte, rechtfertige sich aus der dargestellten Empirie zum Umfang der Beschäftigung von Hilfskräften sowie der zulässigen Steuerungsintention. Der Beigeladene zu 2. habe im Übrigen zu Recht darauf hingewiesen, dass auch im bisherigen Rechtszustand eine volle Berücksichtigung der Kosten erst bei einer Vollauslastung gewährleistet gewesen sei und sich die Modelle umso mehr annäherten, je näher der Psychotherapeut der hypothetischen Vollauslastungsgrenze kommt.*

*Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung bestünden auch keine Bedenken im Hinblick auf Ziffer 1.4 des Beschlusses vom 22.9.2015. Danach setzt die KÄV die GOP 35251 und 35252 EBM-Ä im Quartal als Zuschläge zu allen abgerechneten Leistungen nach den GOP 35200 bis 35225 EBM-Ä zu. Die Bewertung der zugesetzten GOP werde jeweils mit einer Quote multipliziert, die sich daraus ergebe, dass die Differenz zwischen der abgerechneten Gesamtpunktzahl des Vertragsarztes bzw. -therapeuten des Abschnitts 35.2 EBM-Ä und der in den Zuschlagsziffern geforderten Mindestpunktzahl in ein Verhältnis zur abgerechneten Gesamtpunktzahl der GOP 35200 bis 35225 EBM-Ä des Vertragsarztes bzw. -therapeuten gesetzt werde. Wie sich aus dem Wortlaut "wird wie folgt umgesetzt" und den Erläuterungen des Beigeladenen zu 2. ergebe, diene diese Regelung insbesondere der gleichmäßigen Verteilung der Kosten auf die Krankenkassen. Ziffer 1.3. des Beschlusses bestimme insofern eindeutig, dass die Strukturzuschläge von den Leistungserbringern erst berechnungsfähig seien, sobald im Abrechnungsquartal die erforderliche Gesamtpunktzahl erreicht sei. Wenn zur Umsetzung dieser Regelung zunächst eine Zurechnung der Zuschläge zu allen GOP 35200 bis 35225 EBM-Ä erfolge, bedinge dies in der Folge eine Quotierung der Punktzahl aller Zuschläge, um die im EBM-Ä vorgesehene Bewertung der die Mindestpunktzahl übersteigenden Leistungen zu erreichen.*

Das Urteil des BSG wurde am 5. März 2018 zugestellt. Gegen dessen Entscheidung mit dem Kläger ungünstigen rechtlichen Vorgaben zu den genehmigungspflichtigen Leistungen richtet sich die Verfassungsbeschwerde.

### III. Zulässigkeit, Annahmefähigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und annahmefähig.

#### 1. Zulässigkeit

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Artikel 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG und der §§ 90 ff. BVerfGG liegen vor.

- a) Die Entscheidungen der Kassenärztlichen Vereinigung Hessen, des Sozialgerichts und des Bundessozialgerichts sind Akte öffentlicher Gewalt, die grundsätzlich Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein können.
- b) Die Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers ergibt sich u.a. aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG.
- c) Das Rechtsschutzbedürfnis besteht im vorliegenden Fall, obwohl der Beschwerdeführer beim BSG partiell obsiegt hat unter teilweiser Aufhebung des Urteils des SG Marburg. Das Obsiegen betrifft nur einen kleinen Teil der von dem Beschwerdeführer gerügten Punkte, da das BSG die Bewertung der zentralen psychotherapeutischen Leistungen und die Systematik der Strukturzuschläge in ihren Grundsätzen nicht beanstandet hat. In den entscheidenden Punkten ist damit der Beschwerdeführer mit seinem Antrag unterlegen und in seinen Grundrechten verletzt.
- d) Der Rechtsweg ist mit der Entscheidung des BSG erschöpft (§ 90 Abs. 2 BVerfGG).
- e) Die am 5. April 2018 ablaufende Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG zur Einlegung der Verfassungsbeschwerde ist gewahrt.

#### 2. Annahmefähigkeit (§ 93 a BVerfGG)

Die Verfassungsbeschwerde ist annahmefähig.

**a) § 93 a Abs. 2 Nr. 1 BVerfGG**

Die Verfassungsbeschwerde ist einmal wegen der grundsätzlichen Bedeutung anzunehmen.

aa) Grundsätzliche Bedeutung hat eine Verfassungsbeschwerde, wenn sie eine verfassungsrechtliche Frage aufwirft, die sich nicht ohne weiteres aus dem Grundgesetz beantworten lässt und noch nicht durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung geklärt oder durch die veränderten Verhältnisse erneut klärungsbedürftig geworden ist (*vgl. nur BVerfG NJW 2006, 1783 m.w.N.; std. Rspr.*).

bb) Am Maßstab dieser Kriterien kommt der Verfassungsbeschwerde grundsätzliche Bedeutung zu. Den sich hier stellenden Fragen zur angemessenen und gleichheitskonformen Vergütung der Psychotherapeuten an den Maßstäben der 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 kommt grundsätzliche Bedeutung zu, da das Bundesverfassungsgericht noch nicht zu diesen Fallkonstellationen entschieden hat.

Eine Besonderheit in vorliegender Fallkonstellation besteht überdies in der verstärkten Grundrechtsintensität einer Vergütungsregelung in Bezug auf die Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG, die aus der Abhängigkeit eines gewichtigen Teils der in die für die Psychotherapie zentralen Gebührenpositionen (nachfolgend „GOpEn“) EBM-Ä eingestellten Personalkosten von der individuellen Praxisauslastung und einer vom BSG hieraus abgeleiteten beruflichen Steuerungsfunktion dieser Regelung aus Versorgungsgründen innerhalb der GKV resultiert. Über die Frage, welche Konsequenzen hieraus für die Prüfung nach **Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG** zu ziehen sind, ob dann insbesondere eine über eine bloße Willkürprüfung hinausgehende strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Blick auf die **verstärkt berufsregelnde Funktion** (nicht nur Tendenz) einer solchen **Vergütungs- und Steuerungsregelung** durchzuführen ist und ob ggf. Art. 12 Abs. 1 GG unmittelbar verletzt sein kann, hat

das BVerfG noch nicht entschieden. Vorstehende Frage stellt sich ungeachtet der ebenfalls noch nicht vom BVerfG entschiedenen weiteren Rechtsfrage, ob man im Verhältnis der Gruppe der Psychotherapeuten zu den anderen Arztgruppen von einer Ungleichbehandlung von Personengruppen oder lediglich von Sachverhalten - oder auch von einer weiteren Kategorie - ausgehen muss, welche die Intensität der verfassungsrechtlichen Prüfung beeinflusst (vgl. zur Prüfungsintensität bei Art. 3 Abs. 1 GG mit zahlreichen Beispielen siehe *Britz, NJW 2014, 346 ff.* – näher unten IV.3.c).

**b) § 93 a Abs. 2 Nr. 2 BVerfG**

Die Verfassungsbeschwerde ist zur Durchsetzung des Rechts aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG – aber auch des Art. 3 Abs. 1 GG – anzunehmen, weil die Verletzung dieses grundrechtsgleichen Rechts vorliegend besonderes Gewicht hat (vgl. *BVerfGE 90, 22 <25>*).

aa) Danach ist eine Verfassungsbeschwerde anzunehmen, wenn es zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Grundrechte und grundrechtsähnlichen Rechte „angezeigt“ ist, was nach dem Beispiel des § 93 a Abs. 2 lit. b BVerfGG vor allem der Fall sein kann, „wenn dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entsteht“ (vgl. auch *BVerfG NJW-RR 2010, 204*).

Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. u.a. *NJW 1994, 993*), dass die geltend gemachte Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten besonderes Gewicht haben muss oder den Beschwerdeführer in existentieller Weise betrifft. Besonders gewichtig ist eine Grundrechtsverletzung, die auf eine generelle Vernachlässigung von Grundrechten hindeutet oder wegen ihrer Wirkung geeignet ist, von der Ausübung von Grundrechten abzuhalten. Eine geltend gemachte Verletzung hat ferner dann besonderes Gewicht, wenn sie auf einer groben Verkennung des durch ein Grundrecht gewährleisteten Schutzes oder einem geradezu leichtfer-



tigen Umgang mit grundrechtlich geschützten Positionen beruht oder rechtsstaatliche Grundsätze krass verletzt. Eine existentielle Betroffenheit des Beschwerdeführers kann sich vor allem aus dem Gegenstand der angegriffenen Entscheidung oder einer aus ihr folgenden Belastung ergeben.

bb) Am Maßstab dieser Kriterien ist die Annahme der Verfassungsbeschwerde im vorliegenden Fall zur Durchsetzung der Grundrechte des Bf. angezeigt, § 93a Abs. 2 b BVerfGG. Der Beschwerdeführer hat durch die in Rede stehende nicht angemessene und gleichheitswidrige Vergütung erhebliche Nachteile, welche im Hinblick auf seinen unstreitigen Anspruch auf eine grundrechtskonforme Vergütung nicht mehr hingenommen werden können und der verfassungsgerichtlichen Überprüfung bedürfen.

#### **IV. Begründetheit**

Die zulässige und annahmefähige Verfassungsbeschwerde ist begründet, da der Beschwerdeführer in seinen Grundrechten verletzt ist.

##### **1. Maßgebliche Grundrechte: Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG**

Grundrechtliche Maßstabsnorm zur Beurteilung der Verfassungskonformität von Vergütungsentscheidungen der Vertragsärzte und –psychotherapeuten ist Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG. Die Basis der Rechtsprechung zur Angemessenheit psychotherapeutischer Vergütung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht aus einem materiellen Angemessenheitsbegriff heraus zu verstehen, wie es entgegen der Rechtsprechung des BSG mit Bezug auf das Gebot angemessener Vergütung nach § 72 Abs. 2 SGB V in der Literatur vertreten wurde (*etwa Wimmer, NZS 2000, 588 ff.; ders., MedR 2001, 361 ff.;*

*Schmiedl, MedR 2002, 116 ff.; dagegen z.B. BSG v. 9.12.2004 - B 6 KA 44/03 R, BSGE 94, 50 – juris, Rn. 129 ff.; hierzu auch Wenner, Das Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, S.268 f.), sondern aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG. Dabei ist der Gleichheitssatz die eigentliche Prüfungsgrundlage, während das Grundrecht der Berufsfreiheit hier, wo es nicht um Freiheitseingriffe geht, die Funktion hat, den Prüfungsmaßstab zu begründen.*

## **2. Ungleichbehandlung**

### **a) Vergleich einer optimal ausgelasteten Psychotherapeuten-Praxis mit einer durchschnittlich ausgelasteten Facharztpraxis**

Nach dem vom BSG entwickelten Programm zur Honorarverteilungsgerechtigkeit ist es nicht unangemessen, wenn mit vertragsärztlicher Versorgung optimal ausgelastete Psychotherapeuten (im Sinne der Auslastungsgrenze) einkommensmäßig *cum grano salis* so dastehen wie die Vergleichsgruppe hinsichtlich ihrer vertragsärztlichen Einkommen durchschnittlich dasteht. Das ist mit Blick auf den gemeinsamen übergeordneten Gesichtspunkt des Verdienstes der Arztgruppen, des erforderlichen *tertium comparationis* (*Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 19, 24*), eine ungleiche Situation. Diese Situation beruht auch auf einer Ungleichbehandlung.

Für das Abstellen auf den Durchschnitt einer Vergleichsgruppe gab das BSG keine wirkliche Begründung, sondern stellte lediglich fest, dass bei längerem und erheblichem Zurückbleiben „sogar hinter dem durchschnittlichen Praxisüberschuss (Umsatz aus vertragsärztlicher Tätigkeit abzüglich Praxis-kosten) vergleichbarer Arztgruppen“ die Honorarverteilungsgerechtigkeit verletzt sei (BSG v. 20.1.1999 – juris, Rn. 41). Diesen Ansatz hat das BSG im Urteil vom 25.8.1999 (- B 6 KA 14/98 R- juris, Rn. 27) bestätigt und hat als Vergleichsgröße den Durchschnittsertrag der Ärzte für Allgemeinmedizin

bzw. praktischen Ärzte zugrunde gelegt. Auch in nachfolgenden Entscheidungen, die nun zu entsprechenden Regelungen des Bewertungsausschusses ergingen, hat das BSG sein Festhalten (nur) am Durchschnittsertrag der jeweiligen Vergleichsgruppe als Vergleichsmaßstab nicht weiter begründet (BSG v. 28.1.2004 - B 6 KA 25/03 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 7 – juris, Rn. 19, 24, 33), in der letztgenannten Entscheidung aber noch einmal verdeutlicht, dass die Orientierung am Durchschnitt der Vergleichsgruppe immer noch eine Schlechterstellung der Psychotherapeuten bedeute:

*„Den Psychotherapeuten muss es jedenfalls im typischen Fall möglich sein, bei größtmöglichem persönlichem Einsatz des Praxisinhabers und optimaler Praxisauslastung zumindest den Durchschnittsüberschuss vergleichbarer Arztgruppen zu erreichen. Eine andere Sicht würde die Modellberechnung des Senats hinsichtlich der "angemessenen Höhe der Vergütung je Zeiteinheit" weiter zu Lasten der Psychotherapeuten verschieben. Diese müssen nach diesem Modell bereits hinnehmen, dass die optimal ausgelastete psychotherapeutische Praxis gerade nicht mit einer ebenso optimal ausgelasteten umsatzstarken allgemeinmedizinischen Praxis, sondern nur mit den Ertragsaussichten einer durchschnittlichen Praxis verglichen wird (vgl BSGE 84, 235, 241 = SozR 3-2500 § 85 Nr 33 S 257). Insoweit ist der Modellberechnung des BSG schon eine Begrenzung der Vergütungsansprüche der Psychotherapeuten immanent.“ (a.a.O. juris-Rn. 48).*

Dabei blieb es auch in der nächsten grundsätzlichen Entscheidung zur Honorarverteilungsgerechtigkeit bzw. jetzt genauer zum gesetzlichen Gebot angemessener Höhe der Vergütung psychotherapeutischer Leistungen je Zeiteinheit. Im Urteil vom 28. Mai 2008 (B 6 KA 9/07 R, BSGE 100, 254 – juris, Rn. 23, 27) wird die Orientierung am Durchschnitt nun des Fachgruppenmix erneut bestätigt; dies gilt nach dem hier in Rede stehenden Urteil vom 11.

Oktober 2017 schließlich auch für Orientierung am nunmehr um die überdurchschnittlich verdienenden Fachgruppen bereinigten „kleinen“ Fachgruppenmix ab 1. Januar 2012.

**b) Unterschiedliche Vergütung je Zeiteinheit innerhalb der Gruppe der Psychotherapeuten**

aa) Wenn eine Praxis – übersetzt auf die Hypothese der optimalen Auslastung - z.B. je Quartal je 24 genehmigungspflichtige Sitzungen in 10,75 Wochen und also 258 Sitzungen erbringt, überschreitet sie den „Cut-off-Punkt“ von 18 Sitzungen, ab welchem überhaupt ein Zuschlag gezahlt wird, um 6 Sitzungen je Woche. Der Quotient aus dieser Differenz und der Sitzungszahl von 24 beträgt 0,25. Die Multiplikation des Zuschlags von EUR 14,69 (im Jahr 2013) mit diesem Quotienten ergibt EUR 3,67. Dieser Zuschlag wird für jede Sitzung ausbezahlt. Obwohl eine Praxis mit 24 Sitzungen in 43 Kalenderwochen p.a. damit bereits die vom Erweiterten Bewertungsausschuss zur Bestimmung der Betriebskosten im Übrigen herangezogene Umsatzklasse von größer als EUR 83.000 erreicht, kann sie gerade einmal Personalkosten von EUR 3.787 zzgl. EUR 3.948, insgesamt EUR 7.735 p.a. für das gesamte Personal (Verwaltung und Reinigung) refinanzieren, während der Bruttoarbeitsaufwand einer Halbtagsstelle in der Verwaltung nach dem Ansatz des Erweiterten Bewertungsausschusses (ohne Reinigungspersonal) EUR 14.993 beträgt. Würde für jede erbrachte Sitzung im Sinne einer einheitlichen Vergütung je Zeiteinheit ein Zuschlag von EUR 7,35 gezahlt, erhielte dieselbe Praxis EUR 7.585 zzgl. EUR 3.948, insgesamt also EUR 11.533.

Bei durchschnittlich von den Psychotherapeuten mit vollem Versorgungsauftrag geleisteten 21 Therapiestunden wöchentlich ergeben sich noch ungleich niedrigere Zahlen, da die Zuschläge dann überproportional sinken.

bb) Ein voll zugelassener Psychotherapeut, der 36 Therapiestunden im Wochendurchschnitt leistet, davon allerdings mehrere für Privatpatienten (bspw. in Höhe von ca. 14 % seiner Arbeitszeit entsprechend dem Anteil der privat versicherten Patienten in Deutschland), ist nicht mehr oder weniger auf Personal angewiesen als ein Vertragspsychotherapeut, der diese 36 Sitzungen ausschließlich gegenüber gesetzlich versicherten Patienten erbringt. Die Auslastung mit privaten Therapieleistungen nach GOÄ und GOP wird für die Bemessung der Strukturzuschläge bei den GKV-Leistungen nicht berücksichtigt. Bei gleichem Leistungsvolumen erhält dieser Psychotherapeut mit hin weniger für die gleichen Leistungen als ein Psychotherapeut, der das selbe Leistungsvolumen erbringt, nur eben ausschließlich für GKV-Versicherte. Erbringt er aber beispielsweise ca. 85 % seiner Leistungen (= ca. 30 Sitzungen) im System der GKV und ca. 15 % seiner Leistungen (= ca. 6 Sitzungen) für Privatpatienten, erhält er nur Zuschläge von der 19. bis zur 30. Sitzung, weshalb ihm ein Teil der in die Zuschlagsziffern eingestellten anteiligen Personalkosten zur Refinanzierung des Bruttoarbeitgeberaufwandes einer Halbtagskraft für die Verwaltung fehlt. Wollte der betreffende Psychotherapeut Zuschläge in einem Umfang generieren, die ihn eine Halbtagsstelle refinanzieren lassen, könnte er grundsätzlich nicht mehr privatpsychotherapeutisch tätig sein, weil mit 36 Sitzungen wöchentlich selbst nach Ansicht des BSG eine Belastungsgrenze erreicht ist. Dies ist eine ungleiche Situation, die auf einer Ungleichbehandlung beruht, und zwar umso mehr, als § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V von einer Vergütung „je Zeiteinheit“ ausgeht.

cc) Ebenso muss ein voll zugelassener Psychotherapeut, der 36 Behandlungsstunden pro Woche für GKV-Patienten anbietet, davon aber 6 Stunden mit Gesprächsleistungen aus dem Fachkapitel oder psychosomatische Leistungen, mit weniger Honorar pro Einzelleistung des Kapitels 35.2 auskommen als ein Psychotherapeut, der ausschließlich Kapitel 35.2 Leistungen erbringt. Auch dies stellt eine Ungleichbehandlung dar.

Für einen Vertragspsychotherapeuten, der von 36 antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen einen nennenswerten Teil (abzurechnen über die KV) zu Lasten sonstiger öffentlich-rechtlicher Kostenträger erbringt, gilt Entsprechendes.

dd) Benachteiligt werden überdies alle Vertragspsychotherapeuten mit Arztstellen i.S.d. § 95 Abs. 9 SGB V mit Anrechnungsfaktor 0,25, 0,5 oder 0.75 auf die Bedarfsplanung, da hier die von den Zulassungsgremien vorgegebenen Arbeitszeiten (maximal 10, 20 oder 30 Stunden wöchentlich) mit den Plausibilitätszeiten von 70 Minuten kollidieren und eine (anteilige) Maximalauslastung verunmöglichen.

### **c) Ungleichbehandlung bei der Zulassung von Nebentätigkeiten und privatärztlicher Tätigkeit gegenüber anderen Arztgruppen**

aa) In seiner Rechtsprechung zu § 20 Abs. 1 Ärzte-ZV in der Fassung bis zum Inkrafttreten des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes hat das BSG die mögliche weitere Beschäftigung neben einer Zulassung im Umfang eines vollen Versorgungsauftrages auf 13 Wochenstunden taxiert, und zwar ausgehend von einer vollzeitigen Tätigkeit von 39 Stunden (§ 19a Abs. 1 Ärzte-ZV), sodass insgesamt eine (machbare) Belastung von 52 Stunden entstehe (*Urteil v. 30. Januar 2002, BSGE 89, 134 = SozR 3—5520 § 20 Nr. 3; Urteil v. 11. September 2002 – SozR 3—5520 § 20 Nr. 4; Urteil v. 5. Februar 2003 – SozR 4—2500 § 95 Nr. 2; Beschluss v. 29. November 2006 – SozR 4—1500 § 153 Nr. 3*). Auch wenn die starren Zeitgrenzen nach der Änderung des § 20 Abs. 1 Ärzte-ZV so nicht mehr gelten, ist dies weiterhin der Orientierungswert (*BSG, Urteile v. 5. Dezember 2015 - B 6 KA 5/15 R und B 6 KA 19/15*

R). Jeder Vertragsarzt jeder anderen Facharztgruppe kann in diesem Umfang grundsätzlich einer weiteren Tätigkeit außerhalb seiner Niederlassung nachgehen, ohne dass dies die Vergütung je Leistung auf irgendeine Weise beeinflusst, die er für seine vertragsärztliche Tätigkeit erhält. Würde ein Psychotherapeut, bei dem nach Ansicht des BSG bei 36 Sitzungen eine Belastung von ebenfalls ca. 53 Stunden wöchentlich entsteht, dieselbe Möglichkeit für sich in Anspruch nehmen, hätte er ein geringeres Honorar je Leistung hinzunehmen. Die Gruppe der Psychotherapeuten wird insoweit abweichend behandelt als anderen Fachgruppen.

bb) Ein paralleles Bild ergibt sich, wenn man die Sprechstundenverpflichtungen nach dem Bundesmantelvertrag-Ärzte betrachtet. Diese betragen gemäß § 17 BMV-Ä 20 Stunden wöchentlich (für die vertragsärztliche Versorgung); diese Verpflichtung ermöglicht dem niedergelassenen Arzt in jeder anderen Fachgruppe noch weitere Tätigkeiten ohne Einfluss auf die vertragsärztliche Vergütung. Insbesondere ist es diesen Fachgruppen möglich, privatärztliche Tätigkeit anzubieten, ohne dass deshalb die Vergütung je Leistung für die Versorgung gesetzlicher versicherter Patienten sinkt.

### **3. Prüfungsmaßstab im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG nach der „Neuen Formel“ des BVerfG**

Die Frage nach den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Vergütung vertragsärztlicher Leistungen von Psychotherapeuten entsprechend dem Gebot der Honorarverteilungsgerechtigkeit ist vorrangig eine Frage der Anwendung des Gleichheitsgrundrechts Art. 3 Abs. 1 GG, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass wegen der Einbindung der Honorarfindung in ein System hoheitlicher Regelung der vertragsärztlichen Berufsausübung auch das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) berührt ist. Die Prüfung, ob die Regelungen, welche das Verhältnis der Honorierung der Psychotherapeuten zu derjenigen anderer Ärztegruppen bestimmen, mit dem Gleichheitsgrundrecht vereinbar sind, hängt ihrerseits wieder vom

Prüfungsmaßstab ab, nämlich von der rechtlich gebotenen Prüfungsintensität dafür, ob eine staatliche Ungleichbehandlung durch einen hinreichenden sachlichen Grund gerechtfertigt ist oder nicht. Entsprechendes gilt gegebenenfalls für die Prüfung, ob eine Gleichbehandlung möglicherweise gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, weil wesentliche Unterschiede nicht berücksichtigt wurden. Dieser Prüfungsmaßstab ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von den Umständen des konkreten Falles abhängig, kann also in unterschiedlichen Situationen unterschiedlich sein (*dazu mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG Britz, NJW 2014, 346 ff.*). Im Einzelnen:

- a) Der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG hat in der Rechtsprechung des BVerfG eine Entwicklung genommen, wonach erstens die nach dem Wortlaut der Vorschrift „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ naheliegende Beschränkung auf das Gebot einer gleichen Anwendung des geltenden Rechts ohne Ansehen der Person“ aufgegeben und außer dem Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit auch die Rechtssetzung dem Verfassungsgebot unterworfen ist, Gleiches gleich und Ungleiches gemäß seiner Verschiedenheit zu behandeln, bzw. (inhaltsgleich) dem Verbot, „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich“ zu behandeln (*etwa BVerfG v. 24.3.1976 – 2 BvR 804/75, BVerfGE 42, 64 – juris, Rn. 23*). Zweitens hat sich in der Rechtsprechung des BVerfG eine Entwicklung vollzogen, wonach dieser ursprünglich recht grob formulierte Standard, der mit dem Bezug auf „Willkür“ grundsätzlich eine eher zurückgenommene Prüfungsintensität nahelegt, differenziert worden ist. Das ursprüngliche Kriterium:

*„Erst wenn Gesetzlichkeiten, die in der Sache selbst liegen, und die fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft mißachtet werden, liegt ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz vor (BVerfGE 9, 338 (349); 13, 225 (228))“*

wurde zwischenzeitlich etwas genauer ausdifferenziert. Danach ist der allgemeine Gleichheitssatz durch eine Rechtsnorm verletzt,

*„wenn durch sie eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt wird, obwohl zwischen*



*beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können* (BVerfG v. 07. Mai 2013 - 2 BvR 909/06 u.a., BVerfGE 133, 377, juris-Rn. 76 unter Verweis auf „BVerfGE 55, 72 <88>; 84, 197 <199>; 100, 195 <205>; 107, 205 <213>; 109, 96 <123>; 110, 274 <291>; 124, 199 <219 f.>; 126, 400 <418>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juni 2012 - 2 BvR 1397/09 -, juris, Rn. 56; stRspr“).

- b) Nach dieser Formel (seit den 80er Jahren in der Literatur thematisiert als „Neue Formel“; siehe etwa Robbers, DÖV 1988, 749 ff.; Hesse, in: Festschrift für Lerche, 1993, 121 ff.; Jarass, NJW 1997, 2545 ff.; Britz, NJW 2014, 346 ff.) ist schon im Prüfungsansatz ausgesprochen, dass sich aus Art. 3 Abs. 1 GG situationsabhängig unterschiedliche Standards ergeben können, die – so das BVerfG in der soeben zitierten Entscheidung – „vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen“ (BVerfGE ebd. - juris, Rn. 74 unter Verweis auf „BVerfGE 88, 87 <96>; 117, 1 <30>; 124, 199 <219>; 126, 400 <416>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juni 2012 - 2 BvR 1397/09 -, juris, Rn. 54). Das Willkürverbot lässt sich dabei in die nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten erfolgende Maßstabsbildung integrieren, indem es als besonders großzügige Rechtfertigungsanforderung innerhalb des durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgesteckten Maßstabsrahmens verstanden wird. So hat der Erste Senat seit der Entscheidung vom 21.6.2011 zum BAföG-Rückzahlungsteilerlass mehrmals formuliert, es gelte ein *stufenloser*, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab; aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Der ursprünglich praktisch binäre Maßstab wurde damit verabschiedet.
- c) Dieser prinzipielle beiden Senaten des BVerfG gemeinsame Prüfungsansatz (BVerfG v. 04.12.2002 - 2 BvR 400/98, 2 BvR 1735/00, BVerfGE 107, 27- juris. Rn. 50) hat zu

Ausdifferenzierungen der Kontrollintensität bei unterschiedlichen Typen der Ungleichbehandlung geführt, z.B. der Unterscheidung zwischen der Ungleichbehandlung von Personengruppen und lediglich Sachverhalten (*siehe etwa BVerfG v. 7.10.1980 - 1 BvL 50/79, BVerfGE 55, 72 – juris, Rn. 47-50; Brüning, JA 2001, 611 ff.*) sowie innerhalb der Ungleichbehandlung von Personengruppen:

*„Dies gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten (nur) mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt“ (BVerfG v. 07.5.2013 - 2 BvR 909/06 u.a., BVerfGE 133, 377 – juris, Rn. 75 unter Verweis auf „BVerfGE 101, 54 <101>; 103, 310 <319>; 110, 274 <291>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juni 2012 - 2 BvR 1397/09 -, juris, Rn. 55).*

In einer weiteren Fallgruppe richtet sich die Kontrollintensität nach dem Maß der benachteiligenden Auswirkung der Ungleichbehandlung auf grundrechtlich geschützte Freiheiten (*siehe BVerfG v. 20.3.2001 - 1 BvR 491/96, BVerfGE 103, 192 – juris, Rn.70 m. w. Nachw.*). Je stärker sich die Ungleichbehandlung auf andere Grundrechtspositionen – bei der Annahme einer Belastungsgrenze von 36 Sitzungen in 43 Kalenderwochen p.a. wie auch bei der Systematik des Strukturzuschlages ist dies, wie gleich zu zeigen sein wird, Art. 12 Abs. 1 GG – auswirkt, umso höher muss die Kontrollintensität sein.

Bei der Bestimmung des Prüfungsmaßstabes ist schließlich von Relevanz, ob und in welchem Umfang es Betroffenen möglich ist, durch eigene Dispositionen einer Benachteiligung auszuweichen (*siehe z.B. BVerfG v. 15.7.1998 - BvR 1554/89, BVerfGE, 98, 365 – juris, Rn. 74); BVerfG v. 8.6.2004 - 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412 – juris, Rn. 93).*

In Abhängigkeit von den Besonderheiten des jeweiligen Sachbereichs für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen gibt es demnach ein im Prinzip stufenloses Kontinuum unterschiedlicher Prüfungsintensität von Situationen der Ungleichbehandlung, in welchen erst ein Gleichheitsverstoß festzustellen ist, wenn sich unter keinem denkbaren Gesichtspunkt ein plausibler Grund für die Ungleichbehandlung ergibt (evidente Willkür) bis hin zu Konstellationen, in denen jeder argumentative Schritt der Rechtfertigung zur Überzeugung des Beurteilers (letztlich des Bundesverfassungsgerichts) zutreffend zu begründen ist. Die genannten Fälle, in denen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Gründe für eine eher strenge Prüfung bestehen, sind demgemäß nicht als klassifikatorischer Katalog von Tatbeständen zu verstehen, von denen einer erfüllt sein muss, damit zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung mehr zu verlangen ist, als das Fehlen evidenter Willkür. Sie sind vielmehr nur exemplarische Typen, an denen sich die Einordnung konkreter Fälle in ihrer jeweiligen Besonderheit innerhalb des Kontinuums orientieren kann. Insofern ist es auch möglich, dass sich weitere entsprechende Typen bilden lassen (*so auch Britz, S. 349: „Die Herausbildung weiterer Gesichtspunkte, die eine Ungleichbehandlung harmloser oder bedeutender erscheinen lassen, ist denkbar“*).

#### **4. Prüfungsmaßstab des BSG**

- a) Da sich die Rechtsprechung zum Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit explizit auf Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG stützt, werden auch vom BSG die Formeln zur Konkretisierung des Gleichheitssatzes verwendet. Dies gilt vor allem für die diese Rechtsprechung einleitende Entscheidung vom 20.1.1999, in welcher der Gleichheitssatz zunächst in Anlehnung an die „neue Formel“ konkretisiert wird:

*„Das Gebot der Honorarverteilungsgerechtigkeit ist verletzt, wenn vom Prinzip der gleichmäßigen Vergütung abgewichen wird, obwohl zwischen den betroffenen Ärzten bzw. Arztgruppen keine Unterschiede von solcher Art und von solchem Gewicht bestehen, dass eine ungleiche Behandlung gerechtfertigt ist.“ (BSG v. 20.1.1999 – juris, Rn. 38)*

Allerdings ging das BSG dabei nicht von einer Ungleichbehandlung der Psychotherapeuten gegenüber anderen Vertragsarztgruppen aus, sondern – zutreffend - von einer mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbaren Gleichbehandlung. Kernaussage des Urteils war, es stelle eine relevante Situation der Ungleichheit dar, wenn bestimmte Arztgruppen das im Honorarsystem angelegte Absinken von Punktwerten durch Ausweitung der abzurechnenden Punktmenge kompensieren könnten, während es anderen Gruppen (wie den Psychotherapeuten) wegen der strikten Zeitgebundenheit der von ihnen erbrachten Leistungen nicht möglich sei, und dies müsse durch Differenzierung, d.h. Ungleichbehandlung, korrigiert werden, wenn dies zu einer schweren Benachteiligung der negativ betroffenen Gruppe führe (BSG a.a.O. – juris, Rn. 38).

Auch im hier in Rede stehenden Urteil vom 11. Oktober 2017 greift das BSG die neue Formel auf:

*„Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl BVerfGE 75, 108, 157 = SozR 5425 § 1 Nr 1 S 11; BVerfGE 93, 319, 348 f; 107, 27, 46; 126, 400, 416; 129, 49, 69; 132, 179 RdNr 30; 138, 136 RdNr 121).“ (Rn. 61)*

- b) Wo aber innerhalb der Bandbreite zwischen bloßer Willkürprüfung und „strenger Prüfung“ der vom BSG für die Gewährleistung von Honorarverteilungsgerechtigkeit verwendete Standard zu verorten ist, war von Beginn an schwierig zu bestimmen. Dafür ist schon das Urteil vom 20.1.1999 ein Beispiel. Hier heißt es:

*„Durch die personelle Zusammensetzung des Bewertungsausschusses und den vertraglichen Charakter der Bewertungsmaßstäbe soll gewährleistet werden, dass die unterschiedlichen Interessen der an der vertragsärztlichen Versorgung beteiligten Gruppen zum Ausgleich kommen und auf diese Weise eine sachgerechte Abgrenzung und Bewertung der ärztlichen Leistungen erreicht wird. Das vom Bewertungsausschuß erarbeitete System autonomer Leistungsbewertung kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn Eingriffe von außen grundsätzlich unterbleiben. Den Gerichten ist es deshalb verwehrt, eine im EBM-Ä vorgenommene Bewertung als rechtswidrig zu beanstanden, weil sie den eigenen, abweichenden Vorstellungen von der Wertigkeit der Leistung und der Angemessenheit der Vergütung nicht entspricht. ...Es kann deshalb, wie der Senat wiederholt bekräftigt hat, nicht Aufgabe der Gerichte sein, mit punktuellen Entscheidungen zu einzelnen Gebührenpositionen in ein umfassendes, als ausgewogen zu unterstellendes Tarifgefüge einzugreifen und dadurch dessen Funktionsfähigkeit in Frage zu stellen. Etwas anderes kann nur in den Fällen gelten, in denen sich zweifelsfrei feststellen läßt, dass der Bewertungsausschuß seinen Regelungsspielraum überschritten oder seine Bewertungskompetenz mißbräuchlich ausgeübt hat, indem er etwa eine ärztliche Minderheiten-gruppe bei der Honorierung benachteiligt oder sich sonst erkennbar von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen.“ (BSG v. 20.1.1999 – Juris, Rn. 31)*

Jedenfalls hat das BSG diesen Prüfungsmaßstab aber im Laufe seiner Rechtsprechung verschärft und führt seit den Entscheidungen vom 28. Mai 2008 aus:

*Für die Gerichte hat dieses Regelungskonzept zur Folge, dass sie die Gestaltungsfreiheit des Bewertungsausschusses, wie sie für jede Normsetzung kennzeichnend ist, zu respektieren haben (BSG, aaO, RdNr 19; grundlegend mit Nachweisen der Rspr des Senats und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) BSGE 94, 50 = SozR 4-2500 § 72 Nr 2, jeweils RdNr 86). Die richterliche Kontrolle untergesetzlicher Normen beschränkt sich darauf, ob die äußersten rechtlichen Grenzen der Rechtssetzungsbefugnis durch den Normgeber überschritten wurden. Dies ist erst dann der Fall, wenn die getroffene Regelung in einem "groben Missverhältnis" zu den mit ihr verfolgten legitimen Zwecken steht (BVerfGE 108, 1, 19), dh in Anbetracht des Zwecks der Ermächtigung schlechterdings unvertretbar oder unverhältnismäßig ist (so BVerwGE 125, 384 RdNr 16; vgl auch BSG SozR 4-2500 § 85 Nr 34 RdNr 15). Die gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen des Bewertungsausschusses ist somit im Wesentlichen auf die Prüfung beschränkt, ob sich die untergesetzliche Norm auf eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage stützen kann und ob die Grenzen des Gestaltungsspielraums eingehalten sind.*

Der Terminus des groben Missverhältnisses als Maßstab findet sich auch im hier gegenständlichen Urteil vom 11. Oktober 2017. Zudem beschränkt das BSG nunmehr die Kontrollintensität auf ein Minimum:

*„Dabei darf die gerichtliche Kontrolldichte speziell der Entscheidungen des (E)BewA nicht überspannt werden. Der an den BewA gerichtete gesetzliche Gestaltungsauftrag zur Konkretisierung der Grundlagen der vertragsärztlichen Honorarverteilung umfasst auch den Auftrag zu einer sinnvollen Steuerung des Leistungsgeschehens in der vertragsärztlichen Versorgung (BSGE 88, 126, 129 = SozR 3-2500 § 87 Nr 29 S 147 f; BSGE 100, 254 = SozR 4-2500 § 85 Nr 42, RdNr 19; BSG Urteile vom 28.6.2017 - B 6 KA 29/17 R - zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen - RdNr 14 und - B 6 KA 36/16 R - RdNr 23). Hierzu bedarf es komplexer Kalkulationen, Bewertungen, Einschätzungen und Prognosen, die nicht jeden Einzelfall abbilden können, sondern notwendigerweise auf generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen angewiesen sind (vgl BVerfGE 108, 1, 19; BSGE 100, 254 = SozR 4-2500 § 85 Nr 42, RdNr 19; BSGE 100, 154 = SozR 4-2500 § 87 Nr 16, RdNr 28 mwN im Zusammenhang mit dem EBM-Ä). Die*

*gerichtliche Überprüfung eines komplexen und auch der Steuerung dienenden Regelungsgefüges darf sich deshalb nicht isoliert auf die Bewertung eines seiner Elemente beschränken, sondern muss stets auch das Gesamtergebnis der Regelung mit in den Blick nehmen (vgl BVerfGE 117, 330, 353). Die Richtigkeit jedes einzelnen Elements in einem mathematischen, statistischen oder betriebswirtschaftlichen Sinne ist deshalb nicht Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der gesamten Regelung (vgl BSGE 88, 126, 136 = SozR 3-2500 § 87 Nr 29 S 155 f; BSGE 100, 154 = SozR 4-2500 § 87 Nr 16, RdNr 19; zur Festlegung der Regelleistung der Grundsicherung ähnlich BSGE 100, 94 = SozR 4-4200 § 22 Nr 5, RdNr 22).“*

- c) Es ist also festzuhalten, dass das BSG Kontrolldichte und die Strenge des Prüfungsmaßstabs auf der Skala zwischen einer bloßen Willkürprüfung und einer strengen Prüfung nach Verhältnismäßigkeitskriterien niedrig ansiedelt und auf eine Betrachtung „im Großen und Ganzen“ zur Prüfung eines groben Missverhältnisses reduziert. Die Kontrolldichte wird modifiziert, soweit es um „zahlenförmige Normen“ geht oder das Normprogramm auf tatsächliche Verhältnisse Bezug nimmt:

*„Macht eine Norm tatsächliche Umstände - beispielsweise die bundesdurchschnittlichen Kostenquoten der Arztgruppen in einem bestimmten Jahr - zur Grundlage ihrer Regelung, erstreckt sich die gerichtliche Überprüfung insbesondere darauf, ob die Festlegung frei von Willkür ist. Dies ist der Fall, wenn bei allen Arztgruppen nach denselben Maßstäben verfahren wurde, aber auch dann, wenn weitere Gesichtspunkte - etwa eine unterschiedliche Einkommensentwicklung der Arztgruppen - eine differenzierte Regelung sachlich rechtfertigen (vgl BSGE 89, 259, 265 = SozR 3-2500 § 87 Nr 34 S 193; BSGE 94, 50 = SozR 4-2500 § 72 Nr 2, jeweils RdNr 86; BSG SozR 4-2500 § 87 Nr 14 RdNr 19 f). Enthält eine Honorierungsregelung, die als solche keine Grundrechtsbeeinträchtigung von gewisser Intensität betrifft, als Tatbestandsmerkmale Zahlen oder Formeln, haben die Gerichte zu prüfen, ob sachliche Gründe erkennbar sind, welche die getroffene Festlegung als nicht willkürlich erscheinen lassen (BSGE 88, 126, 137 = SozR 3-2500 § 87 Nr 29 S 156 in Abgrenzung zu BVerfGE 85, 36, 57 f - bezüglich Hochschulzulassungsbeschränkungen).“*

## 5. Korrektur des Prüfungsmaßstabes des BSG

Dieser Prüfungsmaßstab ist aus Sicht des Beschwerdeführers aus mehreren Gründen nicht verfassungskonform; geboten ist vielmehr eine strengere, konsequent am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichtete Prüfung:

- a) Für den Maßstab des „groben Missverhältnisses“ beruft sich das BSG ausdrücklich auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2003 (2 BvL 9/98, 2 BvL 10/98, 2 BvL 11/98 und 2 BvL 12/98 = BVerfGE 108, 1). In diesen Verfahren ging es um die verfassungsrechtliche Prüfung, ob § 120 a Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Universitäten im Lande Baden-Württemberg in der Fassung des Art. 7 des Haushaltsstrukturgesetzes 1997 mit Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 sowie mit Art. 104a bis 108 GG vereinbar ist, soweit danach für die Bearbeitung jeder Rückmeldung eine Gebühr von 100 DM zu entrichten ist. Dort ist ausgeführt:

*„Zur Wahrung des Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers bei der Gebührenbemessung ist die gerichtliche Kontrolldichte am Maßstab finanzverfassungsrechtlicher Rechtfertigungsanforderungen eingeschränkt. Eine Gebührenbemessung ist verfassungsrechtlich jedoch dann nicht sachlich gerechtfertigt, wenn sie in einem "groben Missverhältnis" (vgl. ähnlich zum Äquivalenzprinzip: BVerfGE 83, 363 [392]; BVerwGE 109, 272 [274]; BVerwG, NVwZ-RR 2000, S. 533 [535]; BVerwG, NVwZ 2002, S. 206 [209]) zu den verfolgten legitimen Gebührenzwecken steht.“*

Diese Ausführungen stehen u.E. in keinem Bezug zu Art. 3 Abs. 1 GG. Einschlägig für den Prüfungsmaßstab erscheint demgegenüber der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 2004 (1 BvR 528/04), der sich konkret zur Funktion des EBM und zur Reichweite des Gestaltungsspielraums des Bewertungsausschusses äußert:

*Soweit die Beschwerdeführer durch die Regelungen des EBM in ihrem Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG betroffen*



*sind, ist dieser Eingriff grundsätzlich gerechtfertigt. „Die Leistungsbeschreibungen des EBM dienen dem Gemeinwohlbelang der Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung. Sie sind geeignet und erforderlich, eine gleichmäßige Vergütung der Vertragsärzte sicherzustellen. Auch hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit bestehen im Allgemeinen keine Bedenken, sofern die Vereinbarungen der Kassenz ärztlichen Bundesvereinigungen mit den Spitzenverbänden der Krankenkassen sachgerecht sind. Als Normgeber unterliegt der Bewertungsausschuss denselben verfassungsrechtlichen Bindungen wie jedes andere zur Normsetzung befugte Gremium. Davon sind die Gerichte vorliegend ausgegangen.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)*

- b) Zu berücksichtigen ist, dass die Gewährleistungspflicht für eine angemessene Vergütung je Zeiteinheit auf einer speziellen parlamentarisch-gesetzlichen Anordnung gegenüber dem Bewertungsausschuss als Normgeber des EBM beruht. § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V hat mit § 85 Abs. 4 Satz 4 SGB V a.F. eine Vorgängernorm, die durch das GKVRefG zum 1. Januar 2000 eingeführt worden war. Das BSG hat die gesetzliche Anordnung lediglich als Kodifikation der eigenen Rechtsprechung begriffen:

*„Die Regelungen des § 85 Abs 4 Satz 4 und Abs 4a Satz 1 SGB V knüpfen an die Entscheidungen des BSG zur Vergütung psychotherapeutischer Leistungen, die im Zeitraum bis Ende 1998 erbracht wurden, an. In dem Entwurf der Regierungsfaktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen zu einem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 vom 23. Juni 1999 (BT-Drucks 14/1245) waren entsprechende Vorschriften noch nicht enthalten. Die Vergütung psychotherapeutischer Leistungen wurde im Gesetzgebungsverfahren im Gesundheitsausschuss (Ausschuss-Drucksache Nr 45 (§ 87a SGB V - E)) durch einen Änderungsantrag der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen thematisiert, in dem die später als § 85 Abs 4 Satz 4 bzw Abs 4a Satz 1 SGB V Gesetz gewordenen Textfassungen und ihre Begründung formuliert sind. In der Aussprache über diesen Antrag ist dieser von Vertretern des Bundesministeriums für Gesundheit mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BSG zur Vergütung psychotherapeutischer Leistungen aus dem Jahre 1999 erläutert und von einzelnen Abgeordneten mit Bezug auf diese Rechtsprechung diskutiert worden (32. Sitzung des Bundestagsausschusses für Gesundheit am 27. Oktober 1999, Protokoll S 7).“ (Urt. v. 28.1.2004 – B 6 KA 52/03 R).*

Die genaue Begründung des Gesundheitsausschusses lautete allerdings:

*„Durch die Regelung soll sichergestellt werden, dass bei der Honorarverteilung dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit in Bezug auf die Vergütung der Leistungen der Psychotherapeuten und der ausschließlich psychotherapeutisch tätigen Ärzte Rechnung getragen wird. Durch diese gesetzliche Vorgabe soll erreicht werden, dass bei der Ausgestaltung des Honorarverteilungsmaßstabs die Besonderheiten des Leistungsspektrums dieser Leistungserbringer berücksichtigt werden. Diese Besonderheiten liegen darin, dass die Psychotherapeuten und die genannten psychotherapeutisch tätigen Ärzte (fast) ausschließlich zeitgebundene Leistungen erbringen und damit von den Auswirkungen einer Ausweitung der Menge der von den Ärzten insgesamt abgerechneten Leistungen (Punktwertabsenkung) in besonderem Maße betroffen sind.“*

Bei Schaffung des § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V wurde in der Gesetzesbegründung kein Bezug auf die Rechtsprechung des BSG genommen. Diese markiert nach Ansicht des BSG die Willkürgrenze im Rahmen einer an diesem Maßstab ausgerichteten Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG. § 87 Abs. 2c S. 6 SGB V kann u.E. jedoch **nicht als gesetzgeberisches Gebot verstanden werden, eine gerade noch willkürfreie Vergütung zu normieren und zu zementieren**. Wenn also der parlamentarische Gesetzgeber dem untergesetzlichen Normgeber eine spezielle Verantwortung für die Gewährleistung einer angemessenen Vergütung auferlegt, ist dies auch im Rahmen des Prüfungsmaßstabes für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.

Dies gilt umso mehr, als der BewA nach der ersten Rechtsprechung des BSG zur verteilungsgerechten und angemessenen Höhe der Vergütung mit Einführung des EBM 2000 plus mit Einführung des Standardbewertungssystems (STABS) grundsätzliche Änderungen der Leistungsbewertungen vorgenommen hatte. Mit dem STABS wurden die Kosten einer Leistung aufgeteilt in die Arztleistung (AL) und Technische Leistung (TL), wobei die AL das Arzteinkommen pro jeweiliger Leistung darstellt und die TL sowohl die mit der Leistungserbringung unmittelbar verbundenen Kosten als auch die proportional zugeordneten allgemeinen Praxiskosten zusammenfasst. Mit der Vereinbarung des BewA eines für alle Arztgruppen gleichen Arztlohnes bei voller Auslastung hat dieser neue Maßstäbe gesetzt, anhand welcher die Frage der Gleichbehandlung der Arztgruppen geprüft werden kann. Er hat damit den aus § 87 Abs. 2

SGB V abzuleitenden Gesetzesauftrag im Sinne einer höheren Konvergenz der Verdienstmöglichkeiten konkretisiert:

*„Der einheitliche Bewertungsmaßstab bestimmt den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen und ihr wertmäßiges, in Punkten ausgedrücktes Verhältnis zueinander; soweit möglich, sind die Leistungen mit Angaben für den zur Leistungserbringung erforderlichen Zeitaufwand des Vertragsarztes zu versehen; ... Im Bewertungsmaßstab für die ärztlichen Leistungen ist die Bewertung der Leistungen nach Satz 1 unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweils betroffenen Arztgruppen auf der Grundlage von sachgerechten Stichproben bei vertragsärztlichen Leistungserbringern auf betriebswirtschaftlicher Basis zu ermitteln;...“*

Das BSG hat in seiner danach folgenden Rechtsprechung auf diese Änderung der Bewertungsmaßstäbe nicht Bezug genommen und damit eine gebotene Überprüfung an den der EBM-Kalkulation zugrunde gelegten Normierungen sowie eine entsprechende Anpassung seiner Gleichbehandlungskriterien unterlassen.

- c) Das BSG hat demgegenüber, statt seinen Prüfmaßstab aufgrund der Einführung eines einheitlichen Arzteinkommens im STABS zu lockern, mit der neueren Rechtsprechung seinen Prüfmaßstab noch einmal verschärft. Die optimale Auslastung, vom BSG selbst ursprünglich als Vollauslastungsgrenze gekennzeichnet, hat über die irreführende Bezeichnung „Vollauslastungshypothese des BSG“ seitens des BewA zu der Fehldeutung geführt, dass damit eine Vollauslastung realistisch charakterisiert sei. Auch das BSG hat jetzt diesen größtmöglichen Einsatz als Maßstab für eine regelhafte Vollauslastung genommen.

Ursprünglich ging es dem BSG nicht um die Definition einer realistischen Vollauslastung. Das Modell sollte lediglich dazu dienen, anhand einer auf realistischen Schätzungen beruhenden Maximalauslastungsgrenze ein Kriterium zur Berechnung und Bestimmung der Untergrenze einer dem Gleichheitsgebot (noch) entsprechenden

verteilungsgerechten Vergütung zu definieren. Das Fiktionale der Auslastung betonte das BSG noch in seinem Urteil vom 28.01.2004 (siehe die Zitate oben unter 6.a.aa).

Nur mit der als „Vollauslastungshypothese“ bezeichneten fiktionalen Maximalauslastung, gemessen ausschließlich an der abgerechneten Leistungsmenge an Kapitel 35.2 – Leistungen, kann ein Psychotherapeut den vollen „Tarif-Mindestlohn“ erreichen.

Wie weit außerhalb jeglicher Verhältnismäßigkeit dieser Maßstab ist, erweist sich erst, wenn man in Rechnung stellt, dass die 36 Wochenstunden reiner Behandlungszeit nur mit genehmigungspflichtigen Leistungen zwingend die Erbringung anderer Leistungen erfordern wie probatorische Sitzungen, Berichte zum Gutachterverfahren, kürzere Gesprächsleistungen zur Nachbehandlung etc. Da diese Leistungen durchschnittlich ca. 15 % der Gesamtleistungsmenge ausmachen, erhöht sich der reine patientenbezogene Leistungsbedarf auf 42,35 Wochenstunden. Hinzutreten schließlich in der Regel noch weitere ca. 50 % Arbeitszeit für anfallenden Praxistätigkeiten ohne Patienten, sodass von Psychotherapeuten gemäß der von BewA und BSG als Auslastungsmaßstab gewerteten „Vollauslastungshypothese“ eine **Wochenarbeitszeit von 63 Stunden ausschließlich für GKV-Patienten** erwartet werden.

Der vom BSG verschärfte Prüfmaßstab der Maximalauslastung zur Erreichung einer Leistungsvergütung ohne Vergütungseinschränkungen stellt ein nicht erreichbares Übermaß dar, übersteigt jede Verhältnismäßigkeit und widerspricht auch im Vergleich mit den Anforderungen an andere Arztgruppen dem Gleichheitsgebot.

- d) Bezogen auf die Systematik der Strukturzuschläge tritt hinzu, dass sie u.E. einen **Systembruch** darstellen, der mit Steuerungszwecken gerechtfertigt wird, die unmittelbar auf eine Beschränkung der Berufsausübung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG zielen:

aa) Dass Strukturzuschläge erst ab Erreichen der hälftigen Maximalauslastung gemessen am jeweiligen Umfang des Versorgungsauftrages abrechenbar sind, führt zu

einer ungleichmäßigen Vergütung je Zeiteinheit, obschon § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V dem Wortlaut nach von einer einheitlichen Vergütung jeder gleichen Zeiteinheit auszugehen scheint. Für diese Auslegung spricht auch das Prinzip der leistungsproportionalen Vergütung (*siehe etwa BSG v. 3.2.2010 - B 6 Ka 1/09 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 50 – juris, Rn. 22*). Es spricht – wie es auch der BewA mit der Vereinbarung eines für alle Arztgruppen gleichen Arzteinkommens konkretisiert hat (s.o.) – alles dafür, den Begriff der leistungsproportionalen Honorierung nicht lediglich als Grundsatz für die Orientierung der KVen am EBM zu verstehen, sondern jedenfalls auch als gesetzliche Leitlinie für die Bestimmung des wertmäßigen, in Punkten ausgedrückten Verhältnisses der im EBM als abrechnungsfähig bestimmten Leistungen zueinander (§ 87 Abs. 2 S. 1 SGB V). Dem entspricht auch die ursprüngliche Verwendung des Begriffs der Leistungsproportionalität, welche sich auf die Kassenzarntentscheidung des BVerfG bezog (*BSG v. 29.9.1993 - 6 RKa 1/93, USK 93149 – juris, Rn 18*): „Das Gesetz schreibt vielmehr eine im Grundsatz leistungsproportionale Verteilung vor, die gewährleistet, dass die ärztlichen Leistungen „prinzipiell gleichmäßig“ (vgl. BVerfGE 33, 171, 184) vergütet werden.“). § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V geht mithin grundsätzlich von gleicher Zeithonorierung aus.

Das BSG hat die Systematik der Strukturzuschläge offensichtlich nicht als Bruch mit diesem Prinzip angesehen und auf die Möglichkeit hingewiesen, Kostendegressionen bei steigender Leistungsmenge zu berücksichtigen (*BSG SozR 4-2500 § 85 Nr. 73 Rn. 32; Urteil vom 30. November 2016 - B 6 KA 4/16 R*) sowie eine zusätzliche Vergütung für die wirtschaftliche Erbringung und Veranlassung von Laborleistungen zu gewähren (*BSG SozR 4-2500 § 87 Nr. 9*). Das ist indes nicht dasselbe: Gem. § 87 Abs. 2 Satz 3 SGB V sind die Bewertung der Leistungen und die Überprüfung der wirtschaftlichen Aspekte unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweils betroffenen Arztgruppen auf der Grundlage von sachgerechten Stichproben bei vertragsärztlichen Leistungserbringern auf in bestimmten Zeitabständen zu aktualisierender betriebswirtschaftlicher Basis durchzuführen; der zweite Halbsatz der Norm bestimmt, dass die Bewertung der von einer Arztpraxis oder einem medizinischen Versorgungszentrum in einem bestimmten Zeitraum erbrachten Leistungen dabei

insgesamt so festgelegt werden kann, „dass sie ab einem bestimmten Schwellenwert mit zunehmender Menge sinkt“. Die Gesetzesgrundlage lässt also ausdrücklich eine Berücksichtigung von Kostendegressionen bei steigenden Leistungsmengen zu. Hier handelt es sich um exakt den umgekehrten Fall – bei steigender Leistungsmenge nimmt die Vergütung ab dem „cut-off-Punkte“ der hälftigen Maximalauslastung des Versorgungsauftrages zu. Für diesen umgekehrten Fall hält § 87 Abs. 2 SGB V keine Grundlage bereit. Der Zuschlag zur *augenärztlichen Grundpauschale für ausschließlich konservativ tätige Augenärzte* (BSG SozR 4-5531 Nr. 06225 Nr. 1 Rn. 30) stellt keine Parallele zu den Strukturzuschlägen dar, denn während es bei der augenärztlichen Grundpauschale um eine *Leistung* geht, dienen die Strukturzuschläge dazu, *Kostenbestandteile* der Leistung in eine gesonderte Ziffer zu überführen. Zum Standardbewertungssystem (nachfolgend „STABS“ genannt) des Bewertungsausschusses gehört, dass grundsätzlich sowohl die Sachkosten als auch die Personalkosten der Leistungserbringung einbezogen werden; das STABS beruht auf einer Vollkostenkalkulation. Lediglich Sachkosten werden im Einzelfall extrahiert und durch gesonderte Abrechnungsziffern im EBM refinanziert; auch dies lässt § 87 Abs. 2 Satz 4 SGB V – im Unterschied zur Exzerption von Personalkosten - ausdrücklich zu.

bb) Die Leistungsbewertung im EBM unterteilt sich in die Arztleistung AL und die Technische Leistung TL. In der technischen Leistung TL sind sowohl die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Leistungserbringung stehenden Kosten einkalkuliert als auch anteilig die Kosten, die für den allgemeinen Praxisbetrieb anfallen. Die Arbeit der Hilfskräfte stellt dabei den vom Arzt delegierbaren Leistungsanteil der jeweiligen Leistungsposition dar, sowohl den, der mit dem Leistungsgeschehen unmittelbar zusammenhängt als auch den, der anteilig als Gemeinkosten der Leistung zugeordnet wurde. Eine Auslagerung von Teilen der Technischen Leistung in eigene Ziffern kommt in EBM-Systematik sonst nicht vor und ist mit dem Grundprinzip der gleichmäßigen Leistungsbewertung des STABS und des EBM nicht vereinbar. Sie stellt somit auch einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes dar.

Die Delegation von Leistungen an Hilfskräfte dient der Steigerung der Produktivität, führt daher nicht zu Mehrkosten, sondern zu einer wirtschaftlicheren Leistungserbringung. Von daher steht die Auslagerung von Personalkosten aus der EBM-Leistungsbewertung - wie jetzt mit der Aufteilung in eine basale (zu niedrige) Leistungsbewertung im EBM und in eine neuartige Gebührenordnungsposition ‚Strukturzuschlag‘ - im Widerspruch zur STABS- und EBM-Konzeption und führt im Ergebnis zu einer systematischen gravierenden Fehlkalkulation und Unterfinanzierung der Leistungen im EBM. Denn das Abgelten der Betriebskosten mit der Leistungsvergütung wird verhindert, indem der Leistungsanteil der delegierbaren Leistungen (d.h. die leistungsbezogenen Tätigkeiten, die auch eine Hilfskraft verrichten kann) in einen nur gestaffelt oder unter 18,5 Behandlungssitzungen/Woche gar nicht ausgezahlten Strukturzuschlag verschoben wird.

Es gebietet schon die Logik anzunehmen, dass die delegierbaren Tätigkeiten proportional bei allen Auslastungsgraden anfallen; andernfalls würde eine Hilfskraft Tätigkeiten erbringen, die eigentlich nicht erforderlich sind. Da die delegierbaren Leistungsanteile Teil der Technischen Leistung sind, müssen sie auch wie bei den übrigen Ärzten in die Leistungsbewertung kostenmäßig einfließen.

Wie weit sich das BSG in seinen Bewertungsmaßstäben von den betriebswirtschaftlichen Realitäten gelöst hat, zeigt auch seine Auffassung zu Rn. 49:

*„Da die Annahme nicht fernliegend erscheint, dass - anders als bei anderen Arztgruppen - jedenfalls bei den Psychotherapeuten bei steigenden Umsätzen auch die (Personal-)Kosten steigen, hat sich die Übertragung der Quote für die höchste Umsatzklasse auf die Höhe der empirischen Kosten zugunsten der Psychotherapeuten ausgewirkt“*

Vergütungseinschränkungen durch degressive Kostenberechnung bei geringeren Auslastungsgraden als der fiktional maximalen sind somit betriebswirtschaftlich und sachlich nicht zu begründen. Die systemwidrige Auslagerung von Teilen der Kosten (TL) erweist sich als mit dem Gleichheitsgebot des GG unvereinbar.

- cc) Nach Ansicht des BSG bezweckt der Bewertungsausschuss mit den Strukturzuschlägen eine Leistungssteuerung. Dabei gehe es nicht wie sonst darum, die Menge der abgerechneten Leistungen zu begrenzen, sondern umgekehrt darum, gerade einen Anreiz zu setzen für eine Ausweitung des Leistungsangebots je Psychotherapeut. Dies sei angesichts langer Wartezeiten von Patienten auf einen Therapieplatz einerseits und nicht voll ausgefüllten Versorgungsaufträgen der Leistungserbringer ein legitimes Steuerungsziel. Somit ist die **Systematik der Strukturzuschläge final auf die Lenkung der Berufsausübung gerichtet**. Dabei wird sogar eine **Anreizfunktion für einen anteiligen Zulassungsverzicht** angeführt. Dies berührt unmittelbar den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG, ist aber jedenfalls beim Prüfungsmaßstab und der Kontrolldichte im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung nach Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten.
- e) Unabhängig von der genauen Vorgehensweise zur Ermittlung einer angemessenen Honorierung zeitgebundener Leistungen der Psychotherapeuten nach §§ 87 Abs. 2c Satz 6 und 87b Abs. 2 Satz 3 SGB V ist festzuhalten, dass die nachträgliche Überprüfung der Beschlüsse des (Erweiterten) Bewertungsausschusses auf die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG zu erheblichen Schwierigkeiten bei der angemessenen Durchsetzung von Interessen führt. *Ebsen* hat zutreffend darauf hingewiesen, es handele sich um

*„eine kompensatorische Norm, die dazu dient, eventuelle Defizite der Honorarverteilungsgerechtigkeit auszugleichen, die sich im Prozess der Vergütungsregulierung ergeben. Dieser – letztlich auf nachträgliche Prüfung hinauslaufende – kompensatorische Charakter des „Angemessenheits“-Programms ergibt sich besonders deutlich daraus, dass sowohl die gebotenen Erträge vollausgelasteter Psychotherapeuten als auch die Durchschnittserträge der „vergleichbaren“ Arztgruppen letztlich nur im Nachhinein zu ermitteln sind. Dies zeigt sich auch wieder in der durch den Beschluss des eBewA vom 18.12.2013 (siehe Rz. 11) veranlassten Prüfung, welche die Jahre ab 2009 erfasst.“ (Ebsen, Der Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit als Steuerungs- und Rechtmäßigkeitskriterium für die Honorargestaltung psychotherapeutischer Leistungen in der GKV, Rechtsgutachten im Auftrag der Deutschen Psychotherapeutenvereinigung, Frankfurt am Main im Februar 2015, Rn. 16 – **Anlage Bf. 0**).*



Eine nachträgliche Erhöhung wird nicht durch die Gerichte festgesetzt. Sie steht insofern immer vor dem Problem, dass ihre Durchsetzung auf Kosten anderer – entweder anderer Vertragsarztgruppen oder der Kassen und ihrer Beitragszahler – eigentlich schon abgeschlossene, immer spannungsreiche Verhandlungs- und Verteilungsprozesse wieder eröffnet:

*„Dies dürfte immer für die Gruppe, die eine Veränderung auf Kosten anderer durchsetzen will, gegenüber den originären Verhandlungsprozessen für die auf Veränderung drängende Gruppe eine Erschwerung und damit Benachteiligung darstellen. Dies zeigt eine modellhafte Betrachtung der gegebenen Verhandlungssituation. Diese ist unterschiedlich je nachdem, ob die anzupassende Vergütung innerhalb der Gesamtvergütung oder extrabudgetär geleistet wurde.“ (a.a.O., Rn. 17 f.)*

Ein Bündel von Faktoren ist dafür verantwortlich, dass im Bewertungsausschuss die Vergütungsinteressen der Psychotherapeuten bis heute nicht gleichwertig im Vergleich zu anderen Arztgruppen vertreten werden.

Zum einen stellte unter Budgetbedingungen der fortgesetzte Zuwachs der Gruppe der niedergelassenen Psychotherapeuten eine Alimentierung aus der begrenzten Gesamtvergütung dar. Des Weiteren rief jede nachträgliche Durchsetzung von Vergütungsansprüchen einen zirkulär sich verstärkenden Eindruck hervor, die übrigen Ärzte müssten immer wieder und weiter auf Kosten der Psychotherapeuten aus ihrer Vergütung bezahlen. Zudem verbreitete sich mit der BSG-Rechtsprechung und dem daraus abgeleiteten Recht auf Vergütung zu einem Mindestpunktwert teils deutlich oberhalb der übrigen Auszahlungspunktwerte eine Grundstimmung, dass Psychotherapeuten zu Unrecht vom BSG und vom Gesetzgeber bevorzugt würden. Schließlich waren die Vertreter der KBV im Bewertungsausschuss bei der Be-

schlussfassung immer bestrebt, die auf die KVen zukommenden Nachvergütungsansprüche möglichst niedrig zu halten, um ein weiteres Anwachsen der negativen Stimmung unter den anderen Arztgruppen zu vermeiden.

Inzwischen haben seit der extrabudgetären Vergütung der Kapitel 35.2 – Leistungen (ab 1.1.2013) auch die Vertreter der Krankenkassen ein verstärktes Interesse daran, die Vergütungsansprüche für diese Leistungen möglichst niedrig zu kalkulieren neben der immer noch verfolgten Abwehr von Nachvergütungsverpflichtungen durch die KBV-Vertreter.

Tatsächlich ist es dem Bewertungsausschuss aufgrund dieser Interessenkonstellationen noch nie „gelingen“, einen Beschluss zu fassen, der nicht entweder ganz oder zu Teilen korrigiert werden musste.

Auch Ebsen kommt im Resümee zu dem Schluss:

*„Jedenfalls spricht viel dafür, dass unter solchen Umständen ein Interessengegensatz zwischen den Psychotherapeuten und allen anderen Beteiligten noch klarer zutage träte.“ (a.a.O., Rn. 17 f.).*

Ebsen zufolge birgt das System die latente Gefahr, dass das Interesse an einer angemessenen Vergütung je Zeiteinheit durch die nur modellhaften Vorgaben und den kompensatorischen Charakter im Rahmen einer nachträglichen Überprüfung von anderen Interessenlagen majorisiert wird. Bei einer solchen Sensitivität ist dieses System auf eine deutlich weitergehende Kontrolldichte angewiesen als die Rechtsprechung des BSG dies hergibt.

Insgesamt ist deshalb eine **streng an Verhältnismäßigkeitserwägungen ausgerichtete Prüfung** darauf angezeigt, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist; eine Absenkung des Prüfungsniveaus auf ein grobes Missverhältnis

oder die Grenze zur Überschreitung des Willkürverbotes ist in dieser Situation verfassungswidrig.

## **6. Grundrechtswidrige Auswirkungen der zu niedrig angesetzten Kontrollintensität und des Prüfungsmaßstabes des BSG**

Der insoweit nicht haltbare Prüfungsmaßstab, den das BSG im Urteil vom 11. Oktober 2017 anwendet, führt in doppelter Hinsicht zu grundrechtswidrigen Ergebnissen:

### **a) Fehlende Kontrolle der Annahme einer Belastungsgrenze von 1.548 Sitzungen p.a.**

Wie dargestellt legte der Erweiterte Bewertungsausschuss seinem Beschluss vom 22. September 2015 abermals die ursprünglich vom BSG entwickelte Annahme zu Grunde, dass der Ertrag aus vertragsärztlicher Tätigkeit nur bei größtmöglichem persönlichen Einsatz nicht dauerhaft den Ertrag der Vergleichsgruppe(n) unterschreiten dürfe. Diesen größtmöglichen persönlichen Einsatz definierte es mit 1.548 Sitzungen p.a. (36 Sitzungen x 43 Kalenderwochen) mit Leistungen des Kapitels 35.2 EBM-Ä, stellte dabei in Rechnung, dass eine Vertretung im Rahmen der Richtlinien-Psychotherapie nicht möglich ist und zusätzlich in großem Umfang weitere Aufgaben anfallen, die bei 36 Sitzungen zu einem Arbeitsanfall von ca. 53 Wochenstunden führten.

aa) Diese „Vollauslastungshypothese“ stammt aus dem Jahr 1999 und beruht auf modellhaften, fiktionalen Annahmen. An seinem Modell das BSG in

seinen Entscheidungen vom 28. Januar 2004 (u.a. B 6 KA 52/03 R) festgehalten. Zu seiner Annahme einer zumutbaren Belastungsgrenze von 36 Sitzungen in 43 Kalenderwochen p.a. hob das Gericht nunmehr ausdrücklich hervor, dass es sich um modellhafte Fiktionen handele, die teils kaum realistisch sein dürften:

*„Der Bewertungsausschuss hat bei seiner Beschlussfassung schließlich den vom Senat mehrfach hervorgehobenen Gesichtspunkt vernachlässigt, dass die Berechnungsvorgaben in den Urteilen vom 20. Januar 1999 und 25. August 1999 Modellcharakter haben. Diese Modellberechnungen basieren auf Fiktionen, die regelmäßig nicht in allen Ausprägungen der Wirklichkeit entsprechen können. So dürfte es etwa kaum realistisch sein, dass ein Psychotherapeut in 43 Wochen im Jahr kontinuierlich 35 bzw 36 genehmigungsbedürftige Einzeltherapiestunden abhält, also weder durch plötzliche Terminabsagen von Patienten und Therapieabbrüche betroffen wird noch seinerseits eine Therapiestunde wegen persönlicher Verhinderung verschieben muss. Zwar sind grundsätzlich zahlreiche Arztgruppen von schwankendem Patientenzustrom betroffen, doch können Psychotherapeuten wegen der strikten Zeitbindung des Gros ihrer Leistungen Phasen einer geringeren Inanspruchnahme der Praxis schlechter kompensieren als etwa Hausärzte.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)*

Das BSG sah sich durch die Empirie darin bestätigt:

*„Aus den Ergebnissen einer von der beigeladenen KÄBV vorgelegten Stichprobe aus dem Jahre 1999, also nach Inkrafttreten des PsychThG, ist abzuleiten, dass von 338 erfassten Leistungserbringern lediglich 20 mehr als 30 Wochenstunden an Behandlungsleistungen aufzuweisen hatten, während 112 Psychotherapeuten zwischen 20 und 25 und 147 Psychotherapeuten zwischen 25 und 30 Behandlungsstunden angegeben haben. Sogar wenn in diese - nicht repräsentative - Stichprobe Leistungserbringer einbezogen worden sind, die aus freier Entscheidung ihre Arbeitszeit nicht bis zu der vom BSG angenommenen Vollauslastungsgrenze haben ausweiten wollen, zeigt sich doch, dass der Kreis der Psychotherapeuten, die tatsächlich in der Lage sind, in mehr als 43*

*Wochen im Jahr mehr als jeweils 35 bzw. 36 Einzeltherapiestunden neben den erforderlichen Begleitleistungen zu absolvieren, relativ klein ist.“*

Bereits damals musste also in Rechnung gestellt werden, dass nur wenige Psychotherapeuten an dieser Grenze arbeiten. Zahlreiche Veröffentlichungen und Auswertungen haben immer wieder bestätigt, dass nur ein niedriger Prozentanteil (ca. 2 %) der Psychotherapeuten diese Auslastung erreicht.

Indem aber die fiktionale Maximalauslastung vom Bewertungsausschuss mit der „Vollauslastungshypothese“ - wie inzwischen auch vom BSG - zum Maßstab einer vom Psychotherapeuten zu erwartenden Regelauslastung uminterpretiert wurde, wird von Psychotherapeuten erwartet, dass sie sich entsprechend der Fiktion regelhaft auslasten, und – nach der neuen Beschlussarchitektur – auch nur dann eine Vergütung pro Zeiteinheit erwarten können, die formal die Anstellung einer Halbtagskraft ermöglichen würde, allerdings ohne hinreichende Abdeckung der Sachkosten dieser fiktional-maximal ausgelasteten Praxis und ohne die Abdeckung des unternehmerischen Risikos, das z.B. durch Arbeitsausfall der Halbtagskraft aufgrund von Krankheit oder Schwangerschaft sich konkretisieren lässt.

Es ist auch nicht so, dass Vertragspsychotherapeuten ihren Kassenpatienten geringere Anteile ihrer Arbeitszeit widmen als Vertragsärzte anderer Facharztgruppen. Der sog. ZIPP - Jahresbericht des Zentralinstituts der KBV aus dem Jahr 2015 weist im Gegenteil aus, dass bei den Psychotherapeuten die den GKV- Patienten gewidmete durchschnittliche Arbeitszeit von 33,1 Std./Woche über der durchschnittlichen Arbeitszeit (GKV) im Fachärztlichen Bereich I mit 31,9 Std./Woche und Fachärztlichen Bereich II mit 32,9 Std./Woche lag und nur 3% unter dem gesamtärztlichen Durchschnitt von 34,1 Wochenstunden (**Anlage Bf. 1**). Erkennbar liegt es bei typisierter

Betrachtung also nicht am mangelnden Willen der Psychotherapeuten, mehr Sitzungen zu erbringen.

Demgegenüber entspricht der durchschnittliche Auslastungsgrad der Psychotherapeuten einem zu erwartenden Maß an vertragsärztlicher Tätigkeit. Dieses liegt bei 23 Behandlungsstunden bei 43 reinen Arbeitswochen (**Anlage Bf. 2**) und ist unter Gleichheitsgesichtspunkten zu betrachten.

Bei 23 Behandlungsstunden/Woche werden durchschnittlich davon ca. 15% oder 3 Wochenstunden mit übrigen Leistungen erbracht (probatorische Sitzungen, Gesprächsziffern des Fachkapitels, Gutachtenberichte, Testverfahren etc.), sodass 20 genehmigungspflichtige Behandlungssitzungen übrig bleiben, von denen nur 2 Sitzungen mit dem Strukturzuschlag vergütet werden. Dieser durchschnittliche Auslastungsgrad ist nach Auffassung des Bewertungsausschusses und nach Rechtsmeinung des BSG unter Bezugnahme auf die „Vollauslastungshypothese“ als Zeichen für eine mangelhafte Wahrnehmung der Versorgungsaufträge durch die Psychotherapeuten anzusehen. Damit wird auch gerechtfertigt, dass die meisten Psychotherapeuten nur marginal vom Strukturzuschlag profitieren, quasi leer ausgehen.

Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass zum Auslastungsgrad von 20 Wochenstunden mit Kapitel 35.2 - Leistungen und 3 Stunden für übrige Leistungen noch eine durchschnittliche 11 % - Behandlungstätigkeit für Privatpatienten hinzuaddieren wäre, sodass sich die reine Behandlungszeit auf 25,5 Stunden erhöht. Rechnet man die durchschnittliche Praxistätigkeit ohne Patientenkontakt von 50 % bzw. 12,75 Std. hinzu, ergibt sich für die niedergelassenen Psychotherapeuten eine durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 38 Wochenstunden. Dabei sind aber Zeiten für Supervisions-, Intervisions-, Fortbildungstermine vor Ort mit Fahrzeiten, berufspolitische Termine und KV-Veranstaltungen nicht berücksichtigt. Diese auf Basis von Abrechnungsdaten ermittelte

durchschnittlichen Arbeitszeit der Psychotherapeuten ergibt sich aus Daten sämtlicher abrechnenden Praxen, auch solcher, die sich im Aufbau oder in Reduzierung aus Altersgründen, Krankheitsgründen, aus Gründen von Reha-Maßnahmen oder Erziehungszeiten befanden.

An der durchschnittlichen Wochenarbeitszeit niedergelassener Psychotherapeuten von 38 Stunden lässt sich das Übermaß der von BewA und BSG als Norm angesehenen fiktionalen „Vollauslastung“ ablesen. Die Arbeitszeit bei durchschnittlichem Auslastungsgrad dürfte damit höher sein als diejenige von Klinikärzten mit 39,5 Stunden-Woche, wenn deren Ausfallzeiten durch Krankheit, Erziehungszeiten etc. ebenso berücksichtigt werden.

Der Auslastungsgrad von 1.548 Behandlungssitzungen pro Jahr stellt demgegenüber eine unrealistische Mehrbelastung dar, die nicht anhand der realen Verhältnisse begründet werden kann und die v.a. auch keine Basis dafür darstellen kann, den vollen Strukturzuschlag zu erreichen. Demgegenüber soll die Konstruktion des Strukturzuschlags Psychotherapeuten dazu veranlassen, sich möglichst über die gesamte Dauer Ihrer Niederlassung mehr als maximal auszulasten, dabei möglichst keine anderen Gesprächsleistungen aus den Fachkapiteln oder probatorische Leistungen anzubieten und auch keine Privatpatienten anzunehmen, um nur einen Ertrag erzielen zu können, der noch einmal deutlich unter dem Durchschnitt der Vergleichsarztgruppe aus dem unteren Vergütungssegment liegt.

Die Auswertungen des Zentralinstituts zu den Arbeitszeiten im ZIPP-Jahresbericht 2015 (Kapitel 5.1, Seite 70 ff, und in der Tabelle 7, Seite 30 – **Anlage Bf. 3**) sind im Übrigen eindrucksvoll: Nach den Berechnungen des Überschusses pro Arbeitsstunde, durch welche Unterschiede im Auslastungsgrad zwischen den Fachgruppen adjustiert werden, weisen einen enormen Abstand der Verdienstmöglichkeiten auf: Die Psychotherapeuten

verdienen – bezogen auf eine adjustierte gleiche Arbeitszeit – mit 35,40 € / h faktisch halb so viel wie der Durchschnitt der übrigen Arztgruppen (69 € / h).

bb) Dass dieser Umstand im Rahmen einer reinen Willkürprüfung gleichsam vollkommen untergegangen ist, steht überdies in einem Wertungswiderspruch dazu, dass das BSG in Bezug auf alle anderen Komponenten der Modellrechnung, soweit sie mit Zahlen zu tun haben, danach fragt, ob die Annahmen realitätsgerecht sind. Der Bf. hatte im Verfahren etwa den Einwand erhoben, dass die Betriebskosten, die der Erweiterte Bewertungsausschuss seinem Beschluss vom 22. September 2009 zugrunde gelegt hat, nicht etwa der Empirie für Praxen entnommen wurde, die auch zumindest annähernd einen der angenommenen Vollauslastung von 36 Sitzungen in 43 Kalenderwochen entsprechen, sondern alle Praxen mit Umsätzen ab € 83.000 p.a. herangezogen hatte, was etwa 60 % des Soll-Umsatzes nur aus Kapitel 35.2 – Leistungen entspricht (bei einem Soll-Umsatz von EUR 91.549 [Vergleichsertrag] + EUR 14.993 [Personalkosten] + EUR 33.488 [andere Betriebsausgaben] = EUR 140.030). Das BSG hat diese Annahme daran gemessen, ob sie noch realitätsgerecht ist:

*„Es ist nicht zu beanstanden, dass der EBewA die oberste Umsatzklasse anhand der Abrechnungsdaten der KÄBV bestimmt und die Kostenquote sodann anhand der Kostenstrukturanalyse des Statistischen Bundesamtes berechnet hat. [...] Unabhängig davon entspricht es dem Postulat einer möglichst realitätsgerechten Beurteilung [...], wenn die Einnahmesituation, die sich seit 2009 gegenüber dem von der Kostenstrukturanalyse untersuchten Jahr 2007 aufgrund von Neuordnungen der Leistungsbewertungen im EBM-Ä sowie des Vergütungssystems geändert haben dürfte [...], aktuell aufbereitet wird.“*

Dass stochastische Annahmen im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG ansonsten durch das BSG zumindest auf Realitätsferne und ein Minimum an Reliabilität



überprüft werden, stellt sich nicht nur im Urteil vom 11. Oktober 2017, sondern auch in den letzten vorangegangenen Entscheidungen so dar, etwa im Urteil vom 28. Juni 2017 betreffend die Honorarsituation 2008 (siehe dazu auch **Anlage Bf. 4**):

*„Der empirisch ermittelte Betrag ist zugunsten der Psychotherapeuten durch einen realitätsgerechten normativen Personalkostenansatz ersetzt worden, der nicht unerheblich über die empirischen Kosten hinausging. [...] Auch wenn die Gesamtbetriebskosten der Vergleichserhebungen unter dem Wert der ZI-Analyse liegen, bestehen bei Betrachtung des Gesamtergebnisses der Berechnung keine durchgreifenden Zweifel an einer realitätsgerechten und willkürfreien Kostenerfassung.“ (BSG, Urt. v. 28.6.2017 – B 6 KA 36/16 R, Rn. 46 und Rn. 47 – Hervorhebung durch den Verfasser)*

Und weiter:

*Den Anforderungen an eine realitätsgerechte Bemessung der Personalkosten ist jedenfalls Genüge getan, wenn die Personalkosten für eine sozialversicherungspflichtige Halbtagskraft berücksichtigt sind. (BSG, Urt. v. 28.6.2017 – B 6 KA 36/16 R, Rn. 50 – Hervorhebung durch den Verfasser).*

Dies ist jedoch nicht geschehen bei der Frage der Vollauslastung, obwohl ausreichend Zahlenmaterial für die intellektuelle Überprüfung der zunächst nur fiktionalen Annahme von 36 Sitzungen wöchentlich vorhanden war. Sehr deutlich wird der **Wertungswiderspruch in der Herangehensweise**, wenn das BSG billigt, dass für die Bemessung der Betriebskosten nicht die entsprechenden Praxen aus den statistischen Daten extrapoliert werden,

welche diesen Auslastungsgrad erreichen, weil es viel zu wenige sind, während dann auf der anderen Seite an einem Divisor von 1.548 Sitzungen p.a. für die Bemessung der Vergütung je Zeiteinheit festgehalten wird:

*„Soweit der Kläger bemängelt, dass infolge dieser Grenzziehung auch nach der Modellrechnung nicht voll ausgelastete Praxen berücksichtigt worden seien, trifft dies zu. Für die Umsatzklasse mit mehr als 125.000 € Einnahmen aus vertragspsychotherapeutischer Tätigkeit standen nach den Angaben des Beigeladenen zu 2. aber nur 18 Datensätze zur Verfügung, während für die Umsatzklasse von > 83 000 € noch 123 Datensätze ausgewertet werden konnten.“ (Rn. 46)*

Und weiter:

*„Da es sich bei dem Umsatz einer voll ausgelasteten Praxis um eine Modellrechnung handelt und nicht um einen rechtlich verbindlichen Soll-Umsatz, besteht keine Verpflichtung des EBewA, die Ermittlung der empirischen Personalkosten allein an voll ausgelasteten Praxen vorzunehmen.“ (Rn. 47)*

Dass nur 18 Datensätze zur Verfügung stehen, liegt einzig und allein daran, dass der Auslastungsgrad der Modellpraxis so hoch gewählt wurde, dass er praktisch kaum von jemandem erreicht werden kann und auch bei Umsätzen von 125.000 EUR noch nicht erreicht wäre. Ersichtlich war dies dem BSG bekannt.

Zudem hat das BSG zu den sog. zeitbezogenen Kapazitätsgrenzen der Psychotherapeuten, wie sie zwischen 2009 und 2011 galten, ausgeführt:

*Im Übrigen ist die arzt- bzw. therapeutenbezogene Festlegung der Kapazitätsgrenze entgegen der Auffassung des LSG geeignet, einen Beitrag zur Sicherstellung der Qualität der psychotherapeutischen*

*Versorgung zu leisten [...] Daraus folgt aber nicht, dass es den Vertragspartnern mit der Begrenzung der unquotiert vergüteten Leistungsmenge je Therapeut nicht (auch) darum gegangen sein kann, die ordnungsgemäße Leistungserbringung sicherzustellen. Ferner schließt der Umstand, dass einer Ausweitung von Leistungen auf Kosten der Qualität durch Plausibilitäts- und Wirtschaftlichkeitsprüfungen begegnet werden kann, entgegen der Auffassung des LSG nicht aus, dass Anreize zu unwirtschaftlicher Leistungserbringung oder unrichtiger Abrechnung auch durch die Ausgestaltung der Vergütungstatbestände oder durch Regelungen zur Honorarverteilung vermieden werden. Honorarbegrenzungsregelungen dienen typischerweise unterschiedlichen Zwecken. Dazu gehört es auch zu vermeiden, dass die Qualität der vertragsärztlichen bzw -psychotherapeutischen Behandlung unter einer übermäßigen Ausdehnung des Tätigkeitsumfang leidet (Engelhard in Hauck/Noftz, SGB V, Stand 10/2016, § 85 RdNr 213). Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass bei einer übermäßigen Ausdehnung der vertragsärztlichen Tätigkeit nicht mehr die Gewähr gegeben ist, dass sich der Arzt bzw Therapeut jedem Patienten in dem Maße zuwenden kann, wie es die ihm aufgebene persönliche Leistungserbringung erfordert (BSG SozR 2200 § 368f Nr 14 S 48 f; BSG SozR 3-2500 § 85 Nr 8 S 45, 47 f; BSG SozR 3-2200 § 368f Nr 3 S 5 mwN; vgl auch BSGE 22, 218, 220 ff = SozR Nr 4 zu § 368f RVO, BI Aa 4 ff). Wegen der besonderen Bedeutung der persönlichen Zuwendung bei der Erbringung psychotherapeutischer Leistungen kommt diesem Gesichtspunkt hier ein besonderer Stellenwert zu, dem bei der Ausgestaltung der Vergütungsbestimmungen durch eine Therapeutenbezogenheit anstelle einer Praxisbezogenheit der Begrenzung Rechnung getragen werden kann.“ (BSG, Urteil vom 25. Januar 2017, B 6 KA 6/16 R, Rn. 34)*

Eine unquotierte Abrechnung jenseits von 36 Sitzungen in 43 Kalenderwochen muss also nicht gewährt werden, weil Qualitätsverluste zu besorgen sind und der Sicherstellungsauftrag mit (qualitativ hochwertigen) Leistungen gefährdet würde, während 36 Sitzungen in der Woche im Rahmen einer „angemessenen“ Vergütung jetzt als Maßstab für eine regelhaft zu erwartende Maximalauslastung gesetzt werden.

cc) Bei Anwendung eines strengeren, konsequent an der Verhältnismäßigkeit ausgerichteten Prüfungsmaßstabs, wie ihn die konkrete Situation hier im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG gebietet, besteht aller Grund, die angemessene Vergütung auf der Grundlage eines realistischen Auslastungsgrades zu ermitteln. Es wäre auch ohne weiteres möglich, den Fachgruppendurchschnitt der Gruppe der Psychotherapeuten heranzuziehen, zumindest aber stringent die durchschnittlichen Leistungsdaten derjenigen Psychotherapeuten heranzuziehen, die einen Umsatz von EUR 83.000 p.a. oder mehr erzielen, wie sie auch für die Bemessung der Betriebskosten herangezogen wurden. Es ist unverhältnismäßig, dies nicht zu tun. Mithin: Wenn man davon ausgeht, dass es keinen Grund gibt, den Zeiteinsatz für psychotherapeutische Leistungen niedriger zu bewerten als denjenigen sonstiger Leistungen, dürfte die schlichte Annahme, die Honorierung der Vollaustattung in Psychotherapeutischer Tätigkeit sei angemessen, wenn sie derjenigen bei weniger als Vollaustattung der Vergleichsgruppe entspreche, nicht vertretbar sein. Das wäre einfach eine materielle Einschätzung der jeweiligen Arbeit als unterschiedlich wertvoll.

**b) Das Festhalten am überhöhten Prüfmaßstab und die fehlende Anpassung an die Einführung eines allgemeinen Arzteinkommens führen zu ungleichen EBM-Leistungsbewertungen**

aa) Am Maßstab der BSG-Modellrechnung wurde bei Ausarbeitung des STABS mit 1.548 Sitzungen pro Jahr die Produktivität von 67,5 % mit daraus resultierenden 94.600 Arztminuten = 1.577 Stunden ausgerichtet, als Auslastungsgrad, mit dem das allgemeine Arzteinkommen erzielt werden sollte. Damit ist von vornherein ein verzerrendes Moment im Vergleich zu anderen Arztgruppen in die Leistungsbewertung der Psychotherapeuten eingegangen. Nimmt man den gesetzlichen Auftrag gem. § 87 Abs. 2 Satz 3 SGB V, wonach

*„die Bewertung der Leistungen und die Überprüfung der wirtschaftlichen Aspekte unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweils betroffenen Arztgruppen auf der Grundlage von sachgerechten Stichproben bei vertragsärztlichen Leistungserbringern auf in bestimmten Zeitabständen zu aktualisierender betriebswirtschaftlicher Basis durchzuführen (sind)“,*

als Prüfauftrag ernst, so müssen das Versäumnis einer solchen Kontrolle seitens des BewA und die insuffiziente sozialgerichtliche Kontrolle ohne Anpassung des überhöhten Prüfmaßstabs an die neue EBM-Kalkulationsgrundlage des STABS zu gleichheitswidrigen Leistungsbewertungen führen. Nach der Übertragung der Gewährleistung einer angemessenen Höhe der Vergütung psychotherapeutischer Leistungen je Zeiteinheit auf die Ebene der EBM-Leistungsbewertung durch das GKV-WSG wird somit die gesetzliche Verpflichtung der Bewertungsanpassung im EBM verfehlt.

bb) Ungleiche EBM-Bewertungen im Vergleich zu anderen Arztgruppen.

Anders als nach der dem STABS zugrunde gelegten Vollauslastungshypothese konnten nach dem Gutachten des IGES-Instituts „Plausibilität der Kalkulation des EBM – Expertise im Auftrag des GKV-Spitzenverbands“ (August 2010) – S. 51 f., 74 f. – (**Anlage Bf. 5**) alle Ärzte zusammen (inkl. Psychotherapeuten) bereits im Jahr 2007 (vor den erheblichen Vergütungssteigerungen bei der Neuordnung der Vertragsärztlichen Vergütung 2009) einen durchschnittlichen Reinertrag je Praxisinhaber rein aus vertragsärztlicher Tätigkeit (je nach Berechnungssimulation) zwischen 104.620 € (mit gering ausgelasteten Praxen) und 119.493 € (mit vollzeitig ausgelasteten Praxen) erzielen. Es stellt dazu fest (S. 74):

*„Der Reinertrag aus alleiniger vertragsärztlicher Tätigkeit (GKV) ist für vollzeitig tätige Ärzte nach Simulation höher, als das von den*

*Selbstverwaltungspartnern für die EBM-Kalkulation festgelegte Arzteinkommen in Höhe von 105.572 €. D.h. trotz eines realen Leistungspreises, der 31 % unter dem in der Kalkulation verwendeten kalkulatorischen Punktwert liegt, erzielten Vertragsärzte somit im Durchschnitt regelmäßig einen höheren Reinertrag je Praxisinhaber, als von den Selbstverwaltungspartnern vereinbart wurde.“*

Für die bestehende Diskrepanz wurden mehrere Faktoren genannt, von denen hier nur einer zitiert werden soll:

*„Die im Rahmen der EBM-Kalkulation verwendeten Zeitangaben für die Leistungen (ärztlicher Leistungsanteil) scheinen um durchschnittlich mehr als 30 % (Institut des Bewertungsausschusses 2010) von den tatsächlich erbrachten Zeiten abzuweichen.“*

Das deutet darauf hin, dass zum einen die Differenz von ursprünglichem Kalkulationswert von 10 Pf. und dem Auszahlungspunktwert (ab 2009 bei 3,5 Cent) durch die von der Realität abweichenden Zeitangaben der Leistungsbewertung von den anderen Arztgruppen mehr als kompensiert werden konnten, dass zum zweiten ihr Reinertrag von 104.620 € (hier sind auch nur gering ausgelastete Praxen inbegriffen) statt mit einer Vollauslastung mit einer Durchschnittsauslastung erzielt werden konnte, und dass zum dritten der kalkulatorische Arztlohn nach den erheblichen Vergütungssteigerungen im Rahmen der Neuordnung der vertragsärztlichen Vergütung bis 2013 auch mit einer deutlich geringeren als einer Durchschnittsauslastung erzielt werden konnte.

Demgegenüber entfällt bei den Psychotherapeuten zum ersten der Faktor einer großzügigen Schätzung des Zeitbedarfs pro Leistung aufgrund der Zeitgebundenheit von vornherein. Zum zweiten kommt es bei einer Diskrepanz zwischen kalkuliertem Punktwert und dem tatsächlichen Auszahlungspunktwert (um 3,5 Cent) für sie automatisch zu einer erheblichen Unterkalkulation und einer um 31 % erniedrigten

Leistungsvergütung. Drittens liegt der STABS-Kalkulation mit 1.577 Behandlungsstunden/Jahr bzw. 36,7 Behandlungsstunden/Woche – das entspricht 55 Arbeitsstunden pro Woche - ein überdurchschnittlicher Auslastungsgrad zugrunde, der weit über dem von Fachleuten angegebenen Vollauslastungsgrad von 30 Behandlungsstunden/Woche liegt. Und viertens wird dieser überdurchschnittliche Auslastungsgrad in der EBM-Kalkulation mit einem nur durchschnittlichen Wert für die Betriebskosten kombiniert.

Vor diesem Hintergrund muss die Aussage des BSG (Rn. 60):

*„Der EBewA hat mit dem gewählten Konzept das System der Leistungsbewertung im EBM-Ä nicht verlassen, sondern die Bemessung der Personalkosten der Psychotherapeuten der Vorgehensweise bei den übrigen Vertragsärzten wieder angenähert. ... Es ist nicht willkürlich, eine weitere Privilegierung der Psychotherapeuten durch die Berücksichtigung hypothetischer Kosten für die Beschäftigung einer Halbtagskraft nur für die Fälle vorzusehen, in denen es zumindest nicht gänzlich realitätsfern ist, dass eine solche professionelle Personalausstattung nicht nur wünschenswert ist, sondern auch tatsächlich vorgehalten wird.“*

als Verkennung der dem BewA seit 2010 bekannten Tatsachen der nachweislich deutlichen Benachteiligung der Psychotherapeuten gewertet werden. Das BSG hat offenbar das gesetzliche Erfordernis der Anpassung seiner Bewertungskriterien nicht realisiert.

cc) Infolge dieser ungleichen Bewertung ist das im STABS für alle Arztgruppen gleiche Arzteinkommen von 105.572 € für Psychotherapeuten grundsätzlich nicht erreichbar. Das Verfehlen einer angemessenen und verteilungsgerechten Vergütung lässt sich am Beispiel der Durchschnittsauslastung, der Vollauslastung nach STABS-Definition und der Maximalauslastung nach BSG-Definition darstellen.

(1) Bei einer **Durchschnittsauslastung** der Psychotherapeuten (siehe Anlage Bf. 2), mit 23 Behandlungsstunden pro Woche für GKV-Patienten bei 43 reinen Arbeitswochen im Jahr errechnet sich bei einer Behandlungssitzungsvergütung von 83,99 € im Jahr 2013 einschließlich Strukturzuschlag ein Jahresumsatz von 84.600 € und ein nach Abzug der durchschnittlichen empirisch ermittelten Praxiskosten von 30.000 € ein

**Arzteinkommen = Ertrag aus durchschn. Auslastung von ca. 55.000 €.**

Der durchschnittliche Mindestertrag aller Ärzte 2007 allein aus vertragsärztlicher Tätigkeit (IGES-Gutachten, s.o.) von 104.620 € übersteigt den Durchschnittsertrag der Psychotherapeuten 2013 um nahezu 100 %.

(2) Bei einer **Vollauslastung nach der STABS-Kalkulation** mit 1.577 Behandlungsstunden/Jahr errechnet sich im Jahr 2013 bei 85 % genehmigungspflichtige Leistungen des EBM-Kapitel 35.2 (1.340 Sitzungen) und 15 % übrige Leistungen (237 Std.) ein Jahresumsatz von 136.057 €. Zieht man den nach dem BewA-Beschluss vom 22.09.15 kalkulierten Betriebskostenansatz (einschl. Strukturzuschlag) von 45.539 € ab, so errechnet sich das

**Arzteinkommen = Ertrag aus der Vollauslastung nach STABS von 90.518 €.**

Trotz eines Auslastungsgrads, der nur von wenigen Psychotherapeuten erreicht wird, wird das kalkulierte Arzteinkommen von 105.572 € um ca. 15.000 € verfehlt.

(3) Selbst bei der **fiktiven Maximalauslastung nach BSG-Definition** von 1.548 Behandlungssitzungen nur mit genehmigungspflichtigen Leistungen nur mit GKV-Patienten und einem Jahresumsatz von 136.603 €, zu dem sich noch für die zusätzlich anfallenden übrigen Leistungen ein Betrag von 15.026 € hinzuaddiert zum Gesamtjahresumsatz 151.629 €, ergibt sich nach Abzug der kalkulierten Praxiskosten von 48.841 € ein

**Arzteinkommen = Ertrag aus fiktiver Maximalauslastung von 102.788 €.**



Selbst mit der Maximalauslastung von 63 Wochenarbeitsstunden, einer faktisch nicht zu erbringenden Arbeitsbelastung, bleibt mithin der Ertrag noch hinter dem im EBM kalkulierten Arzteinkommen zurück.

Berechnungen im **Anlage Bf. 6.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es Psychotherapeuten in keinem Fall möglich ist, das im EBM kalkulierte Arzteinkommen zu erwirtschaften, nicht einmal bei fiktiv maximaler Auslastung.

**c) Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung und übermäßige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit durch die Systematik der Strukturzuschläge**

aa) Die Systematik der Strukturzuschläge führt bereits zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von Psychotherapeuten, die sich zugunsten gesetzlich Versicherter an der oberen Belastungsgrenze (s.o. 6.a.cc) mit genehmigungspflichtigen Leistungen auslasten und solchen, die dies selbst gewählt, ggf. auch aus Gründen der Qualität der therapeutischen Zuwendung, nicht tun, weil sie bspw. neben 20 Therapiestunden wöchentlich noch einige (nicht genehmigungspflichtige) probatorische Sitzungen und sonstige niederschwellige Gesprächsleitungen erbringen, ohne dadurch ihren (vollen) Versorgungsauftrag nach § 17 BMV-Ä zu vernachlässigen.

(1) Ihnen werden die nötigen Mittel zur Einstellung einer Hilfskraft weitgehend entzogen, obwohl der EBewA selbst davon ausgeht, dass deren Beschäftigung jedenfalls ab einer hälftigen Auslastung von 18 Therapiestunden ermöglicht werden soll. In Betracht käme hier etwa die Einstellung einer ¼ Teilzeitkraft, die jedoch nicht finanzierbar ist. Keine andere Arztgruppe wird einer derart inkonsistenten Vergütungsregelung mit Strafabschlägen unterworfen, um eine „Vollauslastungserwartung“ an der anderweitig vom BSG selbst so anerkannten Belastungs- und Qualitätsgrenze (s.o. 6.a.cc) durchzusetzen.

- (2) Die Regelung ist im Übrigen auch nicht geeignet, um das vom BSG gebilligte Steuerungsziel einer Vollauslastung mit Möglichkeit der Einstellung einer Halbtagskraft mit der gebotenen Kalkulationssicherheit zu erreichen. So können vorübergehende Ausfälle bzw. Teilausfälle des Praxisinhabers wegen Krankheit, Kindererziehung oder der Pflege naher Angehöriger mit der Folge der vorübergehenden Einschränkung seiner Tätigkeit in Richtung von 20 Therapiestunden wegen überproportionaler Honorarverluste nicht so kompensiert werden, dass die Beschäftigung des Personals ganz oder wenigstens teilweise weitergeführt werden kann. Weiterhin ist in psychotherapeutischen Praxen (besonders bei KJP'en) im 3. Quartal wegen der Sommerferien erfahrungsgemäß die schwächste Nachfrage zu verzeichnen, weshalb eine Auslastung an der Obergrenze in dieser Zeit in der Regel selbst für hoch performierende Praxen nicht erreichbar ist.
- (3) Wenn schon Vergütungsanreize im Interesse der Patientenversorgung gesetzt werden sollen, käme weiterhin als milderer Mittel eine echte Zusatzvergütung für erwünschte Praxismehrauslastung in Betracht, die aber an der Arztleistung anknüpfen müsste, anstatt der Sache nach Strafabschläge zu regeln, die eine kalkulationssichere Beschäftigung von Personal gerade nicht ermöglichen. Angesichts der Tatsache, dass solche Gratifikationszuschläge ein Arbeiten an der oberen Belastungs- und Qualitätsgrenze der Psychotherapeuten fördern würden, erschiene allerdings auch eine derartige Regelung mit Blick auf die zu gewährleistende Qualität der Patientenversorgung problematisch.
- (4) Die Leistungsvergütungen im EBM sollten nach dem Willen des Gesetzgebers mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) kalkulierbar sein. Mit der Einführung des Orientierungspunktwertes und einer Euro-Gebührenordnung sollte eine bundesweit gleichmäßige Vergütung gewährleistet werden. Die zufällig in jedem Quartal sich neu ergebenden Auslastungsgrade mit Kapitel 35.2 - Leistungen bewirken ständig schwankende, in der Höhe bei Leistungserbringung nicht abschätzbare Vergütungen für die gleiche Leistung. Erst nach Quartalsende lässt sich die Vergütungshöhe feststellen. Während beispielsweise bei ärztlichen Leistungen, für die RLV-Regelungen gelten, eine vor Quartalsbeginn mitgeteilte RLV-Zuweisung

die Berechenbarkeit der Vergütung sicherstellt, wird bei den psychotherapeutischen Kern-Behandlungsleistungen die mit der Euro-Gebührenordnung vom Gesetzgeber gewollte Planbarkeit unterlaufen.

- (5) Die gewählte Regelungstechnik der Strukturzuschläge ist den Psychotherapeuten vor diesem Hintergrund jedenfalls nicht zumutbar, dies auch nicht unter Berücksichtigung der mit ihr verfolgten Steuerungszwecke.

bb) Auch und erst recht erscheint die durch die Systematik der Strukturzuschläge entstehende Ungleichbehandlung zwischen Psychotherapeuten, die ihren Versorgungsauftrag erfüllen und gleiche Leistungsvolumina, aber an unterschiedlichen Patientengruppen erbringen, nach dem anzuwendenden Prüfungsmaßstab nicht gerechtfertigt.

- (1) Das BSG führt zur sachlichen Rechtfertigung zum einen an, der Bewertungsausschuss sei nicht verpflichtet, Leistungen für andere Kostenträger als die gesetzliche Krankenversicherung zu berücksichtigen. Soweit Psychotherapeuten außerhalb ihres auf gesetzlich versicherte Patienten bezogenen Versorgungsauftrags Leistungen erbringen, müssten Praxiskosten hierfür nicht aus dem gegenüber der KÄV abzurechnenden Honorar refinanzierbar sein (*Urteil v. 11.10.2017, Rn. 63*). Das ist jedoch schon stochastisch verzerrt und auch sonst kein Rechtfertigungsgrund:

Wie unter III.1. b) aufgezeigt führt die Systematik, erst ab der hälftigen Vollaustattungshypothese Zuschlagsziffern zu vergüten, die dann aber den Psychotherapeuten ab der 19. bis zur 36. Therapiestunde je Ziffer zunehmend mehr Erlösen lassen als es der Fall wäre, wenn die Differenz zwischen den empirischen Personalkosten und den normativen Personalkosten von der ersten Therapiestunde an *gleichmäßig* auf alle Sitzungen verteilt würde, zu einer Ungleichbehandlung.

Es geht also keineswegs darum, eine Quersubventionierung der Vergütung anderer Kostenträger durch die GKV zu vermeiden, sondern lediglich darum, die in die Berechnung der angemessenen Vergütung je Zeiteinheit einzustellenden Personalkosten *gleichmäßig* zu verteilen.

- (2) Zum anderen verweist das BSG darauf, dass auch im bisherigen Rechtszustand eine volle Berücksichtigung der Kosten erst bei einer Vollauslastung gewährleistet gewesen sei und sich die Modelle umso mehr annähernten, je näher der Psychotherapeut der hypothetischen Vollauslastungsgrenze kommt (ebenda). Auch dieser Ansatz stellt keinen Rechtfertigungsgrund dar. Es trifft zwar zu, dass sich die Auswirkungen der beiden Herangehensweisen – gleichmäßige Verteilung der Betriebskosten über alle Sitzungen und Refinanzierung von EUR 11.000 durch Verteilung auf die Sitzungen ab Überschreiten der hälftigen Vollauslastungshypothese des BSG – nivellieren, wenn ein Psychotherapeut 1.548 Sitzungen p.a. erbringt. Da dies aber nur ca. 2 % aller Leistungserbringer können, bleibt es auch für 98 – 99 % aller Psychotherapeuten bei einer Ungleichbehandlung, auch wenn diese abnimmt, je mehr sich ein Psychotherapeut den 1.548 Sitzungen nähert. U.E. kann keinen Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung darstellen, dass es einen kaum zu erreichenden Punkt gibt, an welchem diese nicht mehr existiert. Denn es geht gerade darum, dass die Ungleichbehandlung unterhalb dieses Punktes gerechtfertigt sein muss.
- (3) Es bleibt die Frage, ob die Ungleichbehandlung durch die Systematik der Strukturzuschläge durch eine Anreizfunktion gerechtfertigt werden kann, Versorgungsaufträge stärker auszulasten und zu diesem Zweck nicht-ärztliches bzw. nicht-therapeutisches Personal zu beschäftigen.

Erstens aber hat der Gesetzgeber – wie gezeigt – mit § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V dem Gebot einer leistungsproportionalen Vergütung, also einer gleichmäßigen Vergütung je Leistung, hier besondere Geltung verschafft, weil die psychotherapeutischen Leistungen strikt zeitgebunden sind. Die gleichen Leistungen unter-

schiedlich zu vergüten, kollidiert mit dieser Anordnung; der Beschluss des Erweiterten Bewertungsausschusses vom 22. September 2015 steht in einem axiologischen Widerspruch zu §§ 87 Abs. 2 Satz 1, Abs. 2c Satz 6 SGB V.

Zweitens: Der Beschluss des Erweiterten Bewertungsausschusses ist am 22. September 2015 getroffen worden und musste danach zunächst dem BMG vorgelegt werden. Im Ergebnis wurde die Systematik der Strukturzuschläge für vier Jahre rückwirkend eingeführt. Es liegt auf der Hand, dass ein Anreiz für mehr Praxisauslastung mit genehmigungspflichtigen Leistungen oder Abgabe der hälftigen Zulassung für die vorangegangenen vier Jahre 2012 bis 2015 nicht zu realisieren war. Damit ist auch der zentrale vorgebrachte Grund für die Einführung der Systematik jedenfalls schon im Ansatz nicht zur Rechtfertigung geeignet, soweit es um diesen Zeitraum geht.

Drittens: Von Beginn an war klar, dass ein Psychotherapeut, der im Sinne der Modellrechnung des BSG 1.548 Sitzungen p.a. für gesetzlich versicherte Patienten erbringt, keinen Raum für die Behandlung anderer Patienten (Privatversicherte, Beihilfeberechtigte, Heilfürsorgeberechtigte) mehr haben würde. Für die Gewährleistung einer angemessenen Vergütung für jede Zeiteinheit war dies jedoch unerheblich, solange die Betriebskosten in dieser Modellrechnung gleichmäßig verteilt wurden. Dies liegt nun anders: die vollen Kosten für die Beschäftigung einer Halbtagskraft für die Verwaltung sind nach der Modellrechnung nur noch zu refinanzieren, wenn die Praxis *ausschließlich mit gesetzlich versicherten Patienten* ausgelastet wird – unabhängig von dem schon erörterten Umstand, dass die Annahme von 1.548 Sitzungen p.a. als Belastung realitätsfern ist. Im Ergebnis führt die Systematik der Strukturzuschläge also dazu, dass – über die Erfüllung des Versorgungsauftrages nach den Vorgaben des § 20 Ärzte-ZV und des BMV-Ä hinaus - gesetzlich versicherte Patienten bevorzugt vor anderen behandelt werden müssen. Das ist unverhältnismäßig, weil es zu Lasten der anderen rund 14 % der Bevölkerung gereicht, die nicht gesetzlich versichert sind, aber ebenso versorgt werden müssen und also Anspruch auf eine Infrastruktur haben,

welche die Versorgung mit Psychotherapie gewährleistet. Im Rahmen des § 75 Abs. 3 SGB V ist dies sogar angeordnet, weil sich der Sicherstellungsauftrag auch auf Personen mit Ansprüchen der Heilfürsorge aufgrund dienstrechtlicher Vorschriften erstreckt.

Viertens: Mit den Einschränkungen des Strukturzuschlags sollen erstmalig und einmalig Psychotherapeuten dazu veranlasst werden, sich über das von den Betroffenen selbst gefundene Maß hinaus auszulasten und zu belasten. Der mit den Strukturzuschlägen verfolgte Zweck stellt auch einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG dar. Denn es ist für die Qualität der Behandlung unverzichtbar, dass der Praxisinhaber, ohne zusätzliche wirtschaftliche Nachteile in Kauf nehmen zu müssen, darüber bestimmen kann, in welchem Maß er sich auslastet. Fünf, sechs oder sieben Behandlungssitzungen von Montag bis Freitag sich auf lebensgeschichtlich, persönlich und aktuell meist sehr belastete Menschen und Schicksale einzulassen, erfordert einen hohen Grad an persönlicher Präsenz und Offenheit. Insofern ist es eher erstaunlich, in welchem hohem Maß sich Psychotherapeuten der Versorgung ihrer Patienten zur Verfügung stellen können. Es sollte verständlich sein, dass man unter hohen bzw. zu hohen Belastungsanforderungen eher noch Arbeiten mit handwerklichen Anteilen oder mit kurzen Zuwendungsspannen erledigen kann, während eine über mindestens 50 Minuten aufrechtzuerhaltende personale Zuwendung und Reagibilität nur dann gut möglich und für den Behandlungserfolg förderlich ist, wenn der Psychotherapeut sich nicht überlastet und damit sein wichtigstes Instrument nicht beeinträchtigt. Dem ZiPP-Jahresbericht 2015 (**Anlage Bf. 7**) ist zu entnehmen, dass Psychotherapeuten fast 47 Wochenstunden mit Praxistätigkeiten beschäftigt sind. Eine höhere Belastung als die durchschnittlich von Psychotherapeuten realisierte induzieren zu wollen, gefährdet die vom Psychotherapeuten selbst herzustellenden Balance der Arbeitsbelastung und damit auch eine qualitativ hochwertige Versorgung.

Fünftens: Mit der Billigung der Beschlussarchitektur der Vergütungsregelungen vom 22.09.2015 legt das BSG Psychotherapeuten überdies als Handlungsalternative nahe, bei Auslastungsgraden mit genehmigungspflichtigen Leistungen deutlich unter der BSG-definierten fiktiven Maximalauslastung im Umfang eines hälftigen Versorgungsauftrags auf Ihre Zulassung zu verzichten. Hierzu führt das BSG unter Rn. 63 aus:

*„Mit der Neuregelung wird bei Erreichen der Punktmenge, die eine hälftige Erfüllung des - vollen oder hälftigen - Versorgungsauftrags indiziert, ein normativer Personalkostenansatz berücksichtigt. Damit wird sowohl ein Anreiz gesetzt, den vorhandenen Versorgungsauftrag auch voll auszufüllen, als auch dafür, dass ein mit vollem Versorgungsauftrag zugelassener Psychotherapeut, der tatsächlich diesen Versorgungsauftrag nicht ausfüllt, seinen Versorgungsauftrag dem tatsächlichen Versorgungsgeschehen anpasst und etwa auf eine halbe Zulassung verzichtet. Diese sachlich gerechtfertigte Steuerungsfunktion rechtfertigt die Sonderregelung für Psychotherapeuten mit hälftigem Versorgungsauftrag.“*

Damit wird der Psychotherapeut vor die beiden für ihn nachteiligen Alternativen gestellt,

- entweder den ganzen Versorgungssitz zu behalten und erhebliche Vergütungsnachteile hinnehmen zu müssen, die bis zu 8,7 % seines mit den Psychotherapieleistungen zu erzielenden Umsatzes betragen können – mit noch erheblicheren Auswirkungen auf den zum Lebensunterhalt verbleibenden Nettobetrag,
- oder sich mit Abgabe seines halben Versorgungssitzes eine momentane Höhervergütung zu sichern, jedoch mit der bleibenden Ungewissheit, ob er unter anderen Rahmenbedingungen jemals wieder auf eine volle Zulassung aufstocken kann. Dies ist in den ganz überwiegend überversorgten Planungsbereichen nur schwer möglich.

Weiterhin muss der Praxisinhaber jederzeit damit rechnen, dass die zentralen psychotherapeutischen Leistungen wieder in die morbiditätsbedingte Gesamtvergütung (MGV) eingestellt werden, dies auch verbunden mit einer Wiedereinführung zeitbezogener Kapazitätsgrenzen, wie sie von 2009 bis 2001 bestanden (siehe abermals BSG, Urteil vom 25. Januar 2017, B 6 KA 6/16 R, Rn. 34). Danach wäre die Abrechnung auf Basis eines hälftigen Versorgungsauftrags wieder weit unter das bisherige Maß begrenzt (vgl. *Barth*, Vergütung der Psychotherapeuten innerhalb der GKV, in: Festschrift 20 Jahre ARGE Medizinrecht im DAV, Oktober 2018 (Vorabdruck), unter II. - **Anlage Bf. 8**).

Sechstens: Gemischt, d.h. auch psychotherapeutisch tätige Psychiater erreichen den für die Gewährung der Strukturzuschläge erforderlichen Auslastungsgrad mit Richtlinien-therapien zumeist nicht oder nur in geringem Umfang und werden durch deren Regelung nach Praxisauslastung mit Vergütungsnachteilen bei den Personalkosten konfrontiert, wenn sie ihre gerade auch für die Versorgung der besonders zuwendungsbedürftigen psychiatrischen Patienten wichtige gemischte Tätigkeit weiterführen möchten.

cc) Eine derartige Steuerung der Berufsausübung ist dem Beschwerdeführer in der Bilanz am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG - und ggf. auch des Art. 12 Abs. 1 GG für sich genommen - nicht zumutbar; denn sie findet bei anderen Fachgruppen nicht statt und schränkt ihre Freiheit der Berufsausübung im Übermaß ein. Alle anderen Fachgruppen können das zugewilligte hohe Maß an Flexibilität bei der Erbringung von Sprechzeiten und der Erbringung sonstiger Leistungen jenseits der Verpflichtungen nach §§ 20, 24 Ärzte-ZV, § 17 BMV-Ä (vgl. *Schallen*, *Ärzte-ZV*, 9. Aufl., 2017, § 24, Rn. 36) ausschöpfen, ohne einen vergleichbaren zusätzlichen Vergütungsnachteil hinnehmen zu müssen, der die Möglichkeit der Beschäftigung einer Hilfskraft auch noch drastisch einschränkt. Aus den unter aa) und bb) dargestellten Gründen ist dies nicht gerechtfertigt.



**d) Ergebnis**

Wie zu a) bis c) aufgezeigt wurde, führt das **verfassungsrechtliche Untermaß** der von dem **BSG** für ausreichend gehaltenen **Kontrollintensität** (s.o. 5.) gegenüber dem im Rahmen funktionaler Selbstverwaltung grundsätzlich anzuerkennenden **Gestaltungsspielraum des Bewertungsausschusses** zu grundrechtswidrigen Auswirkungen mit Blick auf folgende Punkte:

- Fehlende Kontrolle der Annahme einer Belastungsgrenze von 1.548 Sitzungen (in 43 Wochen) p.a.,
- fehlende Anpassung an die Einführung des kalkulatorischen Arzteinkommens mit der Folge ungleicher EBM-Leistungsbewertungen,
- nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung und Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit durch die vom EBewA kreierte Systematik der Strukturzuschläge.

Der Bf. wird somit durch die Bescheide der KV Hessen, zum kleinen Teil durch die Bescheidungs Vorgaben des Sozialgerichts Marburg und in wesentlichen zentralen Punkten durch das Urteil des Bundessozialgerichts in seinen Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

## **7. Systemversagen der untergesetzlichen Praxis des (auch Erweiterten) Bewertungsausschusses und der Rechtsprechung zur Psychotherapeutenvergütung auch nach den vom BSG selbst gesetzten Maßstäben**

Die Ausführungen zu 5. und 6. verdeutlichen bereits hinreichend die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde.

Ergänzend hierzu soll noch auf zwei Faktoren hingewiesen werden, die eine angemessene Vergütung psychotherapeutischer Leistungen auch nach den vom BSG 1999 selbst gesetzten höchstrichterlichen Maßstäben, die immerhin verfassungsrechtlich motiviert sind, verhindern.

### **a. Hinausgezögerte Beschlussfassung durch den Bewertungsausschuss**

Schon die mit dem Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG, BGBl I 378) eingeführte Neuordnung der Vertragsärztlichen Vergütung (mit Euro-Gebührenordnung und einheitlichem Orientierungspunktwert) und den unterschiedlichen Vergütungszuwächsen bei den Arztgruppen hätte eine Überprüfung ab 2010 erfordert. Dies auch, weil das Gebot der angemessenen Höhe der Vergütung psychotherapeutischer Leistungen in § 87 Abs. 2c Satz 6 SGB V neu geregelt wurde und künftig die Angemessenheit der Vergütung durch Anpassung der Leistungsbewertungen im EBM-Ä zu gewährleisten war. Die Auswirkungen dieser Neuordnung der vertragsärztlichen Vergütung auf die Honorarverhältnisse der einzelnen Arztgruppen waren nicht sicher vorherzusagen. Es war daher im Sinne eines effektiven Schutzes der angemessenen Höhe der Vergütung je Zeiteinheit erforderlich, dass der Bewertungsausschuss nach der Erprobungs- und Beobachtungszeit in 2009 anhand der vorliegenden Abrechnungsdaten überprüft, ob unter den neuen Vergütungsbedingungen noch gewährleistet war, dass eine nach BSG-Definition optimal ausgelastete Psychotherapiepraxis den Durchschnittsertrag einer Vergleichsarztgruppe erzielen konnte.

Das Unterlassen dieser Überprüfung und erst recht die verspätete Beschlussfassung zum Zeitraum ab 2012 erst im September 2015 lässt die Vergütungsansprüche nach der BSG-Rechtsprechung ins Leere laufen. Denn diese konnten nur offen gehalten werden, indem Psychotherapeuten gegen jeden Honorarbescheid Widerspruch einlegten. Es war aber den Trägerorganisationen des BewA bekannt, dass weniger als 50 % der

Psychotherapeuten dieses Risiko auf sich nahmen. Die um 3 bzw. 5 Jahre hinausgezögerte Beschlussfassung des BewA hat daher einem großen Teil der Psychotherapeuten eine angemessene Mindestvergütung vorenthalten.

Nur eine in angemessenen Zeitabständen durchzuführende zeitnahe aktive Überprüfung der Veränderungen der Kosten- und Ertragsstrukturen anhand verfügbarer Daten seitens des BewA hätte diesen Befund ändern können. Selbst wenn man dem BewA darin zustimmte, dass erst ab dem Jahr 2012 eine Anpassungsverpflichtung bestanden hätte, folgt daraus, dass er die 2012 schon mögliche Beschlussfassung um drei Jahre verzögert hat, da alle entscheidungsrelevanten Daten bereits vorlagen.

Die aus dem erst am 22.09.2015 gefassten Beschluss des EBewA folgende Rückwirkung, auf die oben schon hingewiesen wurde, implizierte außerdem, dass die Psychotherapeuten ihre Praxis in den von 2012 bis 2014 laufenden Quartalen gar nicht danach ausrichten konnten, mit welchen Vergütungsanreizen für welche Leistungen sie später einmal konfrontiert werden sollten. Dies betrifft insbesondere diejenigen Leistungserbringer, die – so auch der Beschwerdeführer - unter dem Regiment der bis 2013 geltenden zeitbezogenen Kapazitätsgrenzen tätig waren, in deren Rahmen wiederum der freie Austausch von (zuschlagsberechtigten) Kapitel 35.2 - Leistungen und anderen Gesprächsleistungen ermöglicht und gefördert worden war.

#### **b. Abweichung des BSG von den von ihm selbst definierten Prüfkriterien**

Das BSG hält sich auch selbst nicht an seine 1999 entworfenen Prüfkriterien.

Im Urteil vom 25.08.1999 (B 6 KA 14/98) konkretisierte das BSG die Verpflichtung zu einer vom Gleichheitsgebot abgeleiteten verteilungsgerechten Vergütung mit seiner Modellrechnung zur Bestimmung einer Mindestvergütung (von 145 DM) bzw. eines Mindestpunktwertes von 10 Pf.

Danach musste ein Psychotherapeut bei optimaler Auslastung nur mit Behandlung von Kassenpatienten mit 1.548 Behandlungssitzungen pro Jahr mit dem erforderlichen (Mindest-) Punktwert von 10 Pf. einen Umsatz von 224.460 DM (= 114.764 €) erzielen können, der ihm nach Abzug von Praxiskosten in Höhe von 40,2 % (= 90.233 DM bzw.

46.135 €) einen Ertrag sichert, der dem Durchschnittsertrag der Vergleichsarztgruppe in etwa entspricht.

Der BewA hat im Rahmen seines gesetzlichen Gewährleistungsauftrags diese Formel mit Billigung des BSG zweimal modifiziert:

In seinem Beschluss vom 29.10.2004 lautete die Formel:

Empirische Praxiskosten – empirische Personalkosten + normative Personalkosten = Praxiskostenansatz

(Vergleichsertrag + Praxiskostenansatz) : 1548 Sitzungen = Mindesthonorar pro Einzelsitzung

Mit dieser Formel wurde bereits eine Reduktion des Praxiskostenansatzes von 46.135 € (BSG-Modellrechnung) auf 40.634 € bewirkt. Die neue Formel des BewA-Beschlusses vom 22.09.2015 für die EBM-Leistungsbewertung lautet jetzt:

Empirische Praxiskosten = Praxiskostenansatz

(Vergleichsertrag + „empirische“ Praxiskosten) : 1548 Sitzungen = Euro-Wert im EBM

Mit dieser neu gefassten Formel wurden alle Kenngrößen der ursprüngliche BSG-Modellrechnung bzw. der vorangegangenen BewA-Beschlüsse - Vergleichsertrag, Sachkostenansatz und Personalkostenansatz soweit modifiziert, dass selbst die vom BSG ursprünglich gezogene Grenze zur Einhaltung einer Mindestvergütung, mit optimaler Auslastung den Ertrag einer Vergleichsgruppe des unteren Umsatzsegmentes erzielen zu können, erheblich unterschritten wird.

aa) Vergleichsertrag

Da die GKV-Einnahmen der Vergleichsarztgruppe neuer Facharzt-Mix das untere Vergütungssegment der Gesamtärzteschaft repräsentieren wie zur Zeit der BSG-Urteile 1999 die Vergleichsarztgruppe der Allgemeinmediziner, führt der vom BSG mit Urteil vom 11.10.2017 gebilligte Abzug von sog. nicht prägenden Leistungen von Vergleichsumsätzen der Arztgruppen des Facharztmix neu zu einer entsprechenden Absenkung

des Vergleichsertrag der optimal ausgelasteten Praxis und damit zu einer proportionalen Absenkung der Höhe der Leistungsvergütung der Kapitel 35.2 – Leistungen im EBM. Ein solcher Abzug lässt sich insbesondere auch insofern nicht begründen, als die Arztgruppen des Facharzt-Mix prozentual deutlich weniger Arbeitszeit den Kassenpatienten widmen als die ursprüngliche Vergleichsarztgruppe der Allgemeinmediziner und somit der in die Formel eingehende Betrag des durchschnittlichen GKV-Ertrags des Facharzt-Mix ohnehin niedriger ausfällt (siehe **Anlage Bf. 9**). Mit den Abzügen nicht prägender Leistungen wird der Vergleichsertrag um ca. 2.000 bis 3.000 € verfehlt.

bb) Massive Absenkung des Betriebskostenansatzes aufgrund der Ersetzung der normativen Personalkosten durch sog. empirische Kosten

Mit der ausschlaggebenden Änderung der Berechnungsformel, wonach die zuvor angesetzten normativen Praxiskosten einer Halbtagskraft durch sog. empirische Kosten ersetzt werden, bewirkt der BewA im jetzigen Beschluss vom 22.9.2015 eine massive Absenkung des Betriebskostenansatzes in der Formel zur Ermittlung der EBM-Leistungsvergütungen der Kapitel 35.2 Leistungen um 11.045 € auf 37.436 €. Der für diesen Differenzbetrag eingeführte Strukturzuschlag, der erst oberhalb von einer abgerechneten Leistungsmenge entsprechend 18 psychotherapeutischen Behandlungssitzungen/Woche und dann erst gestaffelt zur Auszahlung kommt, bewirkt - wie bereits dargestellt -, dass der Großteil der Psychotherapeuten dabei weitgehend leer ausgeht.

Dabei stellte die Einberechnung der normativen Personalkosten in die vorherige Berechnungsformel immerhin eine - wenn auch unzureichende - Kompensation dar für die mangelnde empirische Fundierung, die an dem Umstand festzumachen ist, dass die empirischen Betriebsausgaben der Formel anhand von Praxen ermittelt worden waren (und werden), deren Auslastung erheblich unter dem Niveau der fiktiven maximalen Auslastung der Modellpraxis lagen (siehe **Anlage Bf. 10**). Diese Inkongruenz führt (nach Addition mit dem Vergleichsertrag in der Formel) zur Minderung des Jahresumsatzes der psychotherapeutischen Modellpraxis und entsprechend der daraus errechneten Leistungsvergütung der Psychotherapieleistungen.

Hatte das BSG in seinem Urteil vom 28.01.2004 bereits für die Zeit ab dem Jahr 2000 eine Begrenzung der Praxiskosten der optimal ausgelasteten Modellpraxis auf 66.000

DM bzw. 33.745 € zur Bestimmung der Angemessenheit der Vergütung pro Zeiteinheit als rechtlich unzulässig bewertet, so muss auch der Praxiskostenansatz von 37.436 € im Jahr 2013 – schon bei Berücksichtigung der Teuerungsrate - als unzulässig beurteilt werden.

cc) Ausgebliebene Anpassung der normativen Personalkosten

Zwischen dem Jahr 2000 und dem Jahr 2013 wurde der Ansatz für die normativen Personalkosten (Halbtagskraft) in der Formel von 14.727 € auf lediglich 14.993 €, d.h. um 1,8 % erhöht, dies trotz Lohnsteigerungen in diesem Bereich von über 10 %. Daraus resultiert ein Nachteil hinsichtlich der psychotherapeutischen Vergütungsansprüche, der sich auf ca. 1.500 € beziffern lässt.

dd) Kontrollberechnungen und empirische Daten belegen die Unhaltbarkeit der neuen Vergütungsregelungen und ihrer Begründungen:

Entgegen der Begründung des EBewA für den erniedrigten Kostenansatz von 37.436 €, wonach zu vermeiden sei, „dass Kosten berücksichtigt werden, die gar nicht angefallen sind“, zeigen empirisch fundierten Berechnungen, dass die in den Jahren 2011- 2013 nachgewiesenermaßen angefallenen direkten Kosten nur zu erwirtschaften gewesen wäre, wenn der Betrag des vollen Strukturzuschlags von 11.045 € unmittelbar in die Leistungsbewertungen des Kapitels 35.2 EBM auch eingepreist worden wäre (s. dazu Anlage Bf. 2). Mit dem Kostenansatz von 37.436 € werden somit die real anfallenden Praxiskosten nicht gedeckt.

Sowohl Daten des ZiPP-Praxis-Panel 2008 als auch Daten einer Sonderauswertung des Statistischen Bundesamtes vom 16.07.2010 zur „Kostenstruktur bei Praxen von psychologischen Psychotherapeuten/-innen 2007 in Deutschland“ im Auftrag der Deutschen Psychotherapeutenvereinigung (DPtV) ist zu entnehmen (s. **Anlage Bf. 11**), dass bei Praxen mit einer Auslastung, die der maximal ausgelasteten Modellpraxis entspricht, Betriebskosten von bzw. über 49.000 € empirisch zu ermitteln sind. Auch daraus lässt sich ableiten, dass der volle Strukturzuschlag in die EBM-Leistungsbewertung gleichmäßig einzupreisen wäre.

Betrachtet man die Absenkung des Praxiskostenansatzes in der Formel zur Berechnung der angemessenen Höhe der Vergütung pro Zeiteinheit um 18,9 % (von 46.135 € in der BSG-Formel 1999 auf 37.436 € nach Beschluss vom 22.09.2015) vor dem Hintergrund der statt geübten Teuerungsrate von 28,65 % im gleichen Zeitraum (1998 und 2013), so wird die Rechtswidrigkeit der Vergütungsregelungen des Beschlusses augenscheinlich. Selbst der volle Betriebskostenansatz des BewA-Beschlusses von 48.481 € weist gegenüber dem ursprünglichen Betriebskostenansatz der BSG-Modellrechnung von 46.135 € nur eine Steigerung von 5,1 % in einem Zeitraum von fast 20 Jahren auf.

In der Summe bewirken die genannten drei benachteiligenden Faktoren eine Minderung des Jahresumsatzes in der Berechnungsformel eine Absenkung des Vergleichsertrags um ca.15.000 € und dementsprechend eine proportionale Absenkung der EBM-Leistungsbewertung. Dies entspricht einer Dimension, die das BSG bereits im Urteil vom 28.01.2004 (Az.: B 6 KA 23/03 R) als nicht mit der vom Grundgesetz abgeleiteten Verpflichtung zu einer verteilungsgerechten Vergütung gedeckt beurteilt hatte:

*„Dem Gleichbehandlungsgebot wäre schon dann Genüge getan, wenn die genannte psychotherapeutische Praxis ein Niveau erreichen könnte, das um 15 % hinter demjenigen der Allgemeinmediziner zurückbliebe. Dafür ist eine Rechtfertigung nicht ersichtlich. Den Psychotherapeuten muss es jedenfalls im typischen Fall möglich sein, bei größtmöglichem persönlichem Einsatz des Praxisinhabers und optimaler Praxisauslastung zumindest den Durchschnittsüberschuss vergleichbarer Arztgruppen zu erreichen. Eine andere Sicht würde die Modellberechnung des Senats hinsichtlich der „angemessenen Höhe der Vergütung je Zeiteinheit“ weiter zu Lasten der Psychotherapeuten verschieben. Diese müssen nach diesem Modell bereits hinnehmen, dass die optimal ausgelastete psychotherapeutische Praxis gerade nicht mit einer ebenso optimal ausgelasteten allgemeinärztlichen Praxis, sondern nur mit den Ertragsaussichten einer durchschnittlichen Praxis verglichen wird.“* (Hervorhebung durch Verfasser)

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass selbst die vom BSG in seinem Urteil vom 11.10.2017 grundsätzlich gebilligten Vergütungsregelungen des EBewA-Beschlusses vom 22.09.2015 gegen den Kernsatz der BSG-Rechtsprechung verstoßen, dass es einem Psychotherapeuten bei optimaler Auslastung nur mit Kassenpatienten möglich sein

muss, den durchschnittlichen Ertrag einer Vergleichsarztgruppe aus dem unteren Umsatzsegment zu erzielen.

Auch dies indiziert die Verfassungswidrigkeit des mit der Beschwerde angegriffenen BSG-Urteils. Der seitens des BSG nicht streng genug überprüfte Gestaltungsspielraum des BewA wird wegen der inhomogenen Interessenlage der auf dem korporativen Markt der GKV beteiligten Akteure und der Manipulationsanfälligkeit der komplexen Datengrundlagen auch künftig zu sozialgerichtlichen Auseinandersetzungen über die angemessene Vergütung psychotherapeutischer Leistungen je Zeiteinheit führen, wenn das BVerfG hier nicht mit deutlichen grundrechtlichen Vorgaben eingreift.

## **8. Ergebnis**

Der Bf. wird durch die Bescheide der KV Hessen, mittelbar auch durch den Beschluss des EBewA vom 22.9.2015, zum Teil durch die Bescheidungsvorgaben des Sozialgerichts Marburg und in wesentlichen zentralen Punkten unmittelbar durch das mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Urteil des Bundessozialgerichts vom 11.10.2017 – B 6 KA 35/17 R - in seinen Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG und ggf. auch aus Art. 12 Abs. 1 GG per se verletzt, dies jeweils in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG wegen der (echten) Rückwirkung der Vergütungsregelung mit (auch per se grundrechtswidriger) Steuerungsfunktion.

**Um Annahme der Beschwerde und Urteilsaufhebung wird gebeten.**

Holger Barth  
Rechtsanwalt