

**Der Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit  
als Steuerungs- und Rechtmäßigkeitskriterium für die  
Honorargestaltung psychotherapeutischer  
Leistungen in der GKV**

**Rechtsgutachten**

**im Auftrag der  
Deutschen Psychotherapeutenvereinigung**

von Prof. Dr. Ingwer Ebsen  
Frankfurt am Main

im Februar 2015

**Gliederung**

|  | Rz. |
|--|-----|
| A. Sachverhalt und Problemstellung. . . . .  | 1   |
| B. Gutachten. . . . .  | 12  |
| I. Der Prüfungsumfang. . . . .   | 12  |
| 1. Das Modell nachträglicher Herstellung von Honorarverteilungs-<br>gerechtigkeit als Prüfungsgegenstand. . . . .  | 14  |
| 2. Das System der Anwendung der honorarverteilungsrelevanten<br>Vorschriften als Prüfungsgegenstand. . . . .   | 16  |
| II. Der Prüfungsmaßstab der Gleichheitsprüfung. . . . .  | 21  |
| 1. Die Grundsätze des BVerfG zum Prüfungsmaßstab. . . . .  | 21  |
| 2. Prinzipielle Orientierung auch der Rechtsprechung des BSG zur<br>Honorarverteilungsgerechtigkeit an den vom BVerfG entwickelten<br>Grundsätzen. . . . .   | 25  |
| 3. Interesseninhomogenität als Grund für eine generell eher strenge<br>Gleichheitsprüfung. . . . .   | 33  |
| a) Die Rechtssetzung durch den BewA, die KBV und die KVen<br>als Fälle verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässiger<br>funktionaler Selbstverwaltung. . . . .   | 38  |
| b) Strukturelle Probleme im Hinblick auf Nichtdiskriminierung. . . . .   | 44  |
| c) Bestimmte gesetzliche Vorgaben und strenge Gleichheits-<br>prüfung als Kompensation. . . . .  | 48  |
| III. Das verfassungskonforme gesetzliche System für die vertragsärztliche<br>Preisbildung als Teil des für die Gleichheitsprüfung relevanten Sach-<br>bereichs. . . . .  | 58  |
| 1. Der Honoraranspruch des Leistungserbringers als Ergebnis<br>hoheitlicher Regelungen, für welche der Vorbehalt des Gesetzes und<br>der Parlamentsvorbehalt gelten. . . . .   | 58  |
| 2. Das Prinzip der Honorierung nach typischerweise erforderlicher<br>Behandlungszeit und typischen Kosten bei wirtschaftlichem Handeln<br>als Ausgangspunkt für die Bewertung der abrechnungsfähigen<br>Leistungen durch den BewA und für die Honorarverteilung. . . . . | 65  |
| 3. Die Überprüfungspflicht nach § 87 Abs. 2 S. 2 SGB V . . . . .   | 74  |
| 4. Die Rechtspositionen der Vertragsärzte im Hinblick auf die<br>honorarrelevanten Beschlüsse und Verhaltensweisen des BewA. . . . .   | 75  |
| IV. Eventueller Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG wegen ungleicher vertrags-<br>ärztlicher Zeithonorierung von Psychotherapeuten im Verhältnis zu<br>anderen Vertragsärztegruppen. . . . .  | 81  |
| V. Das aktuelle Modell der Umsetzung von §§ 87 Abs. 2c S. 6, 87b Abs. 2<br>S. 3 SGB V als Ungleichbehandlung von Personengruppen. . . . .  | 88  |
| 1. Der „Fachgruppenmix“ anstelle des Durchschnitts aller Fachärzte. . . . .  | 92  |

|    |  |     |
|----|--|-----|
| a) | Der Tatbestand der Ungleichbehandlung. . . . .   | 92  |
| b) | Die Rechtfertigung einer hypothetisch unterstellten Ungleichbehandlung. . . . .  | 93  |
| 2. | Der Vergleich vollausgelasteter psychotherapeutischer Praxen mit durchschnittlichen Praxen der Vergleichsgruppe. . . . . | 94  |
| a) | Der Tatbestand der Ungleichbehandlung. . . . .   | 94  |
| b) | Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. . . . .   | 97  |
| C. | Zusammenfassung der Ergebnisse. . . . .  | 109 |

## A. Sachverhalt und Problemstellung

- 1 Die Integration der Psychotherapie durch approbierte psychologische Psychotherapeuten sowie Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten in die Leistungserbringungsstrukturen der vertragsärztlichen Versorgung ab 1999 führte auch zu deren Einbeziehung in die vertragsärztliche Honorarverteilung. Über die Angemessenheit der Honorierung der psychotherapeutischen Leistungserbringung in der GKV gab es allerdings von Anfang an Streit, der ab 1999 zu einer Serie von Urteilen des BSG führte. In diesen unternahm es das BSG, Mindeststandards für die Vergütung der antrags- und genehmigungsabhängigen Leistungen der „Psychotherapeuten“ im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 3 SGB V und solcher Ärzte durchzusetzen, die ebenfalls nahezu ausschließlich Psychotherapie entsprechend den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) durchführen und eine Arztgruppe im Sinne von § 92 Abs. 2 SGB V bilden (ab jetzt zusammengefasst unter „Psychotherapeuten“).

- BSG v. 20.1.1999 - B 6 KA 46/97 R, BSGE 83, 205; BSG v. 25.8.1999 - B 6 KA 14/98 R, BSGE 84, 235; BSG v. 28.1.2004 - B 6 KA 25/03 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 7; BSG v. 28.1.2004 - B 6 KA 52/03 R, BSGE 92,87; BSG v. 28.5.2008 - B 6 KA 9/07 R, BSGE 100, 254 -

- 2 Das BSG stützte sich dafür auf den aus Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG hergeleiteten Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit

- wohl erstmals explizit verwendet in BSG vom 12.10.1994 - B 6 RKa 5/94, BSGE 75, 187; siehe auch Axer, NZS 1995, 536 ff. -

und entwickelte einen verfassungsrechtlichen Mindeststandard für die Honorierung der Psychotherapeuten, den es – unabhängig von der Entwicklung der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften über die Bemessung und Vergütung vertragsärztlicher Leistungen – in den genannten Entscheidungen aufrechterhielt. Danach sei der Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit dann verletzt und bedürfe der Korrektur, die notfalls gerichtlich vorzunehmen sei,

„wenn der vertragsärztliche Umsatz voll ausgelasteter psychotherapeutisch tätiger Ärzte, soweit sie überwiegend oder ausschließlich zeitabhängige und seitens der Krankenkasse genehmigungsbedürftige Leistungen erbringen, erheblich sogar hinter dem durchschnittlichen Praxisüberschuß (Umsatz aus vertragsärztlicher Tätigkeit abzüglich Kosten) vergleichbarer Arztgruppen zurückbleib(e)“ (BSG v. 25.8. 1999, juris-Rn. 22).

- 3 Der Gesetzgeber des GKV-GesundheitsreformG 2000

- Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 - GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 v. 22.12.1999, BGBl. I S. 2626 -

nahm die noch zur Rechtslage vor der Integration der Psychotherapeuten in die KVen ergangene Entscheidung auf und fügte in § 85 Abs. 4 SGB V den Satz 4 ein:

„Im Verteilungsmaßstab sind Regelungen zur Vergütung der Leistungen der Psychotherapeuten und der ausschließlich psychotherapeutisch tätigen Ärzte zu treffen, die eine angemessene Höhe der Vergütung pro Zeiteinheit gewährleisten.“

4 Der Gesundheitsausschuss begründete die Einfügung wie folgt:

„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.“

Zugleich regelte er durch § 85 Abs. 4a, dass der Bewertungsausschuss (BewA) „den Inhalt der nach Absatz 4 Satz 4 ... zu treffenden Regelungen“ zu bestimmen habe.

5 Den so durch den Gesetzgeber gestützten und vorrangig dem BewA zur Umsetzung übertragenen Ansatz hat das BSG bis zum Jahr 2008 weiterverfolgt, wobei als vergleichbare Arztgruppen diejenigen akzeptiert wurden, deren Erträge eher unterdurchschnittlich sind.

- Siehe BSG v. 28.5.2008 - B 6 KA 9/07 R, BSGE 100, 254 zur Anerkennung des Durchschnitts von 7 Ärztegruppen (Augenärzte, Chirurgen, Frauenärzte, HNO-Ärzte, Hautärzte, Orthopäden und Urologen), dem sogenannten "Fachgruppenmix" -

Auf dieser Grundlage hatte das BSG die vom (erweiterten) Bewertungsausschuss – (e)BewA – zu treffenden Festlegungen für die Honorare der Psychotherapeuten für die Zeit ab 2002 als grundsätzlich rechtmäßig angesehen.

6 Durch das GKV-WSG

- Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Kranken-

versicherung 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. So wanderte die Aufgabe der Gewährleistung einer angemessenen Höhe der Vergütung der Psychotherapeuten pro Zeiteinheit von § 85 nach § 87 Abs. 2c S. 6 SGB V.

- 7 Auf der Basis dieser Rechtslage hatte der eBewA 2008 zur Vergütung vertragspsychotherapeutischer Leistungen u.a. folgende Beschlüsse gefasst. Im Beschluss vom 27./28.8.2009

- Beschluss des eBewA vom 27./28. August 2008, Teil D, DÄ 2008, A-473 -

wurden mit Wirkung ab 2009 die bis Ende 2008 geltenden Leistungsbewertungen der antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen des Abschnitts 35.2 des EBM um den Faktor 1,2923 angehoben. Dies wurde noch einmal korrigiert,

- Beschluss des eBewA vom 23.10.2008, Teil 1.14, DÄ 2008, A- 577 -

und die Anhebung der Leistungsbewertungen wurde auf den Faktor 1,3196 festgesetzt.

- 8 Zugleich wurde im Beschluss vom 27./28.8.2008 in Teil F, dem Abschnitt über die „Berechnung und zur Anpassung von arzt- und praxisbezogenen Regelleistungsvolumen nach § 87 Abs. 1 und 2 SGB V“, unter Nr. 4 eine Regelung über „zeitbezogenen Kapazitätsgrenzen“ getroffen, die folgenden Inhalt hat:

#### „4. Zeitbezogene Kapazitätsgrenzen

##### 4.1 Anwendungsbereich

Abweichend von den Regelungen für Arztgruppen gemäß Anlage 1 werden für

- Psychologische Psychotherapeuten
- Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten
- Fachärzte für Psychosomatische Medizin und Psychotherapie sowie
- andere ausschließlich psychotherapeutisch tätige Vertragsärzte gemäß den Kriterien der Bedarfsplanungsrichtlinien

zeitbezogene Kapazitätsgrenzen je Quartal durch die Kassenärztlichen Vereinigungen jedem Arzt zugewiesen, um eine übermäßige Ausdehnung der psychotherapeutischen Tätigkeit zu verhindern.

Überschreitet die abgerechnete ärztliche bzw. therapeutische Zuwendungszeit gemessen nach den Prüfzeiten der Leistungen des Anhangs 3 zum Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) in der gültigen Fassung die gemäß 4.2 ermittelte zeitbezogene Kapazitätsgrenze je Arzt, so werden diese Leistungen maximal bis zur 1,5-fachen zeitbezogenen Kapazitätsgrenze mit den abgestaffelten Preisen nach 1.1 vergütet.

#### 4.2 Ermittlung und Festsetzung der Kapazitätsgrenzen

##### 4.2.1 Antrags- und genehmigungspflichtige Leistungen der Psychotherapie

Als Anteil der zeitbezogenen Kapazitätsgrenze für die antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen der in 4.1 genannten Arztgruppen werden je Arzt 27.090 Minuten je Abrechnungsquartal festgelegt.

##### 4.2.2 Nicht antrags- und genehmigungspflichtige Leistungen

Als Anteil der zeitbezogenen Kapazitätsgrenze für die nicht antrags- und genehmigungspflichtigen Leistungen der in 4.1 genannten Arztgruppen wird die arztgruppenspezifische, durchschnittlich abgerechnete ärztliche bzw. therapeutische Zuwendungszeit je Arzt gemessen nach den Prüfzeiten der Leistungen des Anhangs 3 zum Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) in der gültigen Fassung ermittelt.

##### 4.2.3 Zeitbezogene Kapazitätsgrenzen

Je Arzt bzw. Psychotherapeut der in 4.1 genannten Arztgruppen ergibt sich die zeitbezogene Kapazitätsgrenze aus der Addition der Werte in 4.2.1 und 4.2.2."

Diese Regelung betrifft zwar nicht Regelleistungsvolumina im Sinne von § 87b SGB V in der Fassung des GKV-WSG. Sie sollte aber, wie aus der Zweckbestimmung „um eine übermäßige Ausdehnung der psychotherapeutischen Tätigkeit zu verhindern“ ersichtlich ist, ein funktionales Äquivalent zu den Regelleistungsvolumina für die anderen Ärztegruppen sein.

#### 9 Durch das GKV-VStG

- Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung - GKV-Versorgungsstrukturgesetz - GKV-VStG v. 22.12.2011, BGBl. I 2983 -

wurden die Bestimmungen über die Aufgaben des BewA und die Honorarverteilung erneut geändert, wobei § 87b SGB V den KVen einen größeren Spielraum für eine autonome Bestimmung des Verteilungsmaßstabs einräumt, welcher allerdings weiterhin

„Regelungen vorzusehen (hat), die verhindern, dass die Tätigkeit des Leistungserbringers über seinen Versorgungsauftrag nach § 95 Absatz 3 oder seinen Ermächtigungsumfang hinaus übermäßig ausgedehnt wird“ (§ 87b Abs. 2 S. 1 SGB V). Hierfür hat nunmehr nach § 87b Abs. 4 S. 2 SGB V die KBV Vorgaben zu bestimmen, wobei mit dem GKV-Spitzenverband das Benehmen herzustellen ist. Bis die KV einen Verteilungsmaßstab nach den neuen Vorschriften festgesetzt hat, gelten „bisherige Bestimmungen, insbesondere zur Zuweisung von arzt- und praxisbezogenen Regelleistungsvolumen vorläufig fort“ (§ 87b Abs. 1 S. 3 SGB V). Damit ist klargestellt, dass die in Rz. 7 abgedruckten Bestimmungen jedenfalls nicht wegen Verstoßes gegen die neuen Bestimmungen über das Verhältnis von BewA, KBV und KVen rechtswidrig sind.

10 In der Begründung des Regierungsentwurfs zum GKV-VStG wird hierzu ausgeführt:

„In Satz 3 ist festgelegt, dass bei Regelungen in den Honorarverteilungsverträgen zu mengensteuernden Maßnahmen nach Satz 2 zu berücksichtigen ist, dass die zeitgebundenen und vorab von den Krankenkassen zu genehmigenden psychotherapeutischen Leistungen bereits einer Form der Mengensteuerung unterliegen und weiterhin eine angemessene Höhe der Vergütung je Zeiteinheit zu gewährleisten ist. Die antragspflichtigen psychotherapeutischen Leistungen waren nach bisherigem Recht außerhalb der arzt- und praxisbezogenen Regelleistungsvolumen zu vergüten. Da das künftige Recht keine Regelleistungsvolumen vorsieht, haben die Kassenärztlichen Vereinigungen künftig in ihren Honorarverteilungsmaßstäben zur Sicherung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der in diesem Absatz genannten psychotherapeutisch tätigen Leistungserbringer die bisherige Beschlussfassung der gemeinsamen Selbstverwaltung von Ärzten und Krankenkassen im Bewertungsausschuss bei der Vergütung der psychotherapeutischen antragspflichtigen und nicht-antragspflichtigen Leistungen innerhalb zeitbezogener Kapazitätsgrenzen entsprechend zu berücksichtigen. Die Vergütung psychotherapeutischer Leistungen ist demzufolge mittels des Konzepts der zeitlich definierten Obergrenzen zu gestalten, innerhalb derer sich die Summe der nicht antragspflichtigen und der antragspflichtigen Leistungen ohne Abstufungen der Preise der regionalen Euro-Gebührenordnung abbildet.“ (BT-Drs. 17/6906, S. 65)

11 Der eBewA hat am 18.12.2013 beschlossen, zu überprüfen, inwieweit sich im Hinblick auf die Anforderungen nach § 87 Abs. 2c S. 6 SGB V für die Zeit ab 2009 ein Änderungsbedarf ergeben hat.

- Beschluss des eBewA v. 18.12.2013, DÄ 2014 Teil A S. 92:

„Der Bewertungsausschuss wird bis 30. Juni 2014 die antragspflichtigen psychotherapeutischen Leistungen des EBM-Abschnitts 35.2 dahingehend überprüfen, ob die seit dem 1. Januar 2009 gültige Bewertung dieser



Leistungen die angemessene Höhe der Vergütung psychotherapeutischer Leistungen sicherstellt. Bei dieser Überprüfung ist die einschlägige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu berücksichtigen. Sofern im Ergebnis der Überprüfung eine Anpassung der Bewertungen notwendig ist, wird der Bewertungsausschuss einen entsprechenden Beschluss fassen." -

Diese Überprüfung ist noch nicht abgeschlossen.

## **B. Gutachten**

### **I. Der Prüfungsumfang**

- 12 In dem vorliegenden Rechtsgutachten soll untersucht werden, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen zu erfüllen sind, damit die Vergütung vertragsärztlicher Leistungen von Psychotherapeuten dem Gebot der Honorarverteilungsgerechtigkeit entspricht. Dies 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 Ärzteguppen 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. -

- 13 Insofern geht es in diesem Gutachten darum, inwieweit die vertragsärztliche Honorarsituation der Psychotherapeuten auf hoheitlicher Ungleichbehandlung – eventuell auch Nichtberücksichtigung einer faktisch gegebenen ungleichen Situation – beruht und, wenn dies der Fall sein sollte, ob dies nach dem jeweils konkret zu bestimmendem Prüfungsmaßstab durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt ist. In diesem Sinne liegt Honorarverteilungsgerechtigkeit dann vor, wenn die im Ergebnis honorarrelevanten hoheitlichen Entscheidungen und Verhaltensweisen nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Diese Frage wird hier allerdings nicht auf der Ebene der konkreten Honorarverteilungsentscheidungen behandelt, sondern lediglich im Hinblick auf die bundesrechtlichen Vorgaben. Das sind die (evtl. verfassungskonform auszulegenden)

gesetzlichen Vorgaben für die Regelungen des BewA und diese Regelungen selbst, soweit sie in Ausübung von Gestaltungsspielräumen getroffen werden. Auf dieser allgemeinen bundesrechtlichen Ebene kommen zwei Fragenkomplexe für eine Prüfung am Maßstab des Gleichheitsgrundrechts in Betracht, nämlich das im Kern 1999 vom BSG entwickelte Modell der Durchsetzung von Honorarverteilungsgerechtigkeit und – unabhängig von diesem – das System der Leistungsbewertung nach § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V.

### **1. Das Modell nachträglicher Herstellung von Honorarverteilungsgerechtigkeit als Prüfungsgegenstand**

- 14 Hinsichtlich der oben schon skizzierten Rechtsprechung des BSG zur Umsetzung des Grundsatzes der Honorarverteilungsgerechtigkeit auf die Honorierung der Psychotherapeuten (Rz. 1 f.), die mit dem Gebot angemessener Honorierung pro Zeiteinheit im Kern auch gesetzliches Programm geworden ist (Rz. 3 f.), soll nicht untersucht werden, ob die in gemeinsamer Selbstverwaltung getroffenen Festsetzungen zur Honorierung vertragspsychotherapeutischer Leistungen den Standards entsprechen, welche das BSG entwickelt hat. Diese Standards sind hinreichend klar und wurden in den oben (Rz. 1) zitierten Entscheidungen so durchgesetzt, dass ihre Umsetzung auch in Zukunft allenfalls in Randbereichen zweifelhaft werden dürfte. Hingegen sind diese Standards selbst am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu überprüfen. Das gilt insbesondere für die dieser Rechtsprechung zugrunde liegende Annahme, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit nicht festgestellt werden kann, wenn der Ertrag aus vertragsärztlicher Tätigkeit hiermit voll ausgelasteter Psychotherapeuten nicht hinter dem entsprechenden durchschnittlichen Ertrag vergleichbarer Arztgruppen zurückbleibt (Rz. 2).
- 15 Als Ungleichbehandlung ist insoweit einerseits das Abstellen auf Vollauslastung bei den Psychotherapeuten im Gegensatz zum durchschnittlichen Ertrag prüfungswürdig. Zum anderen ist zu fragen, inwieweit in der Auswahl „vergleichbarer Arztgruppen“ eine benachteiligende Ungleichbehandlung der Psychotherapeuten liegt und inwieweit eine solche gegebenenfalls zu rechtfertigen ist.

### **2. Das System der Anwendung der honorarverteilungsrelevanten Vorschriften als Prüfungsgegenstand**

- 16 Unabhängig vom spezifischen Programm für eine „angemessene“ Honorierung der Psychotherapeuten im Sinne von §§ 87 Abs. 2c S. 6 und 87b Abs. 2 S. 3 SGB V ist auch die Anwendung der Normen über die Leistungsbewertung der vertragsärztlichen Leistungen selbst prüfungswürdig. Sie sind dem vom BSG entwickelten Programm gewissermaßen vorgelagert. Sowohl historisch, beginnend 1999 (Rz. 1) als auch in einer systematischen Betrachtung ist das vom BSG entwickelte und heute in §§ 87 Abs. 2c S. 6 und 87b Abs. 2 S. 3 SGB V ausgesprochene Gebot, eine „angemessene“ Vergütung sicherzustellen, 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. Diesem System der „sekundären“ nachträglichen Kompensation lässt sich das der Angemessenheitsprüfung vorgelagerte Normensystem der Honorarfestsetzung und -verteilung als ein solches „Primärverteilung“ entgegensetzen. Angesichts dessen, dass überhaupt die nachträgliche Angemessenheitsprüfung nötig wurde, liegt es nahe, dass in der „Primärverteilung“ systemische Faktoren wirken, die immer erst durch das Angemessenheitsprogramm zu korrigieren sind. Insofern bedarf auch das Primärsystem der Prüfung, inwieweit es selbst schon nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen durch die jeweiligen Normsetzer enthält. Diese eigenständige Prüfung ist nicht etwa wegen der sekundären Kompensation überflüssig. Es macht nämlich einen wirtschaftlichen Unterschied, ob eventuelle aus Gründen der Honorarverteilungsgerechtigkeit zu leistende Vergütungsanteile schon im Normalsystem der Verteilung oder erst nachträglich erbracht werden.

- 17 Noch wichtiger ist aber, dass eine eventuelle nachträgliche Erhöhung von Vergütungen 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. Im ersten Fall führt eine eventuell gebotene rückwirkende Anhebung der Honorare der Psychotherapeuten offensichtlich zu Auseinandersetzungen über einen auszuhandelnden Nachschuss der Kassen, welche im Falle der Nichteinigung in den vorgesehenen Zwangsschlichtungsverfahren zu entscheiden sind, also praktisch durch die Entscheidungen der Neutralen in den Schiedsämtern (§ 89 SGB V) oder dem eBewA (§ 87 Abs. 4 und 5 SGB V). In modellhafter Betrachtung der gegebenen Interessen liegt es nahe, dass nicht nur die anderen Vertragsärzte eine Verschlechterung ihrer Einkünfte bei einer nachträglichen Anhebung der Honorare der Psychotherapeuten befürchten müssen, sondern auch die Kassen mit Forderungen zu Erhöhung der Gesamtvergütungen konfrontiert sind. Demgemäß liegt es ebenfalls nahe, dass typischerweise nicht nur die anderen Vertragsarztgruppen sondern auch die Kassen daran interessiert sein werden, dass eine nachträgliche Anpassung der Honorare der Psychotherapeuten möglichst unterbleibt oder jedenfalls möglichst niedrig gehalten wird. Aus der Sicht der Psychotherapeuten bedeutet dies,

dass sie für die Frage einer nachträglichen Kompensation alle anderen Interessengruppen im System der (gemeinsamen) Selbstverwaltung gegen sich haben.

- 18 Soweit die Leistungen für Psychotherapie aufgrund einer Vereinbarung nach § 87a Abs. 3 S. 5, 2. Halbsatz SGB V auf KV-Bezirksebene außerhalb der morbiditätsbedingten Gesamtvergütung mit den Preisen der Euro-Gebührenordnung zu honorieren sind, dürfte die geschilderte Interessenkonstellation noch deutlicher sein. Hier führte nämlich eine nachträgliche rückwirkende Anpassung des EBM unmittelbar ohne Nachverhandlung zu einer Nachschusspflicht der Kassen. Inwieweit dann wieder die Kassen zu Nachverhandlungen über die Gesamtvergütung nach § 87a Abs. 3 S. 1 SGB V einen rechtlichen Ansatzpunkt haben oder diese Last in den Verhandlungen für spätere Jahre geltend machen könnten, kann hier dahinstehen. Jedenfalls spricht viel dafür, dass unter solchen Umständen ein Interessengegensatz zwischen den Psychotherapeuten und allen anderen Beteiligten noch klarer zutage träte. Soweit ersichtlich, haben sich die Kassen, aus welchen Gründen auch immer, ersichtlich seit 2009 zunehmend und im Laufe des Jahres 2013 flächendeckend in Deutschland auf solche Verträge über extrabudgetäre Vergütung eingelassen.

- Siehe dazu KBV, Honorarbericht für das 3. Quartal 2013. Zahlen und Fakten, S. 69 und 78 -

- 19 Die Interessenkonstellation ist im Falle bereits in den primären Regelungen mit Relevanz für die Honorarverteilung (insbesondere sicherlich im System der Anwendung von § 87 Abs. 2 SGB V) wirkender Mechanismen zur Gewährleistung von Honorarverteilungsgerechtigkeit anders. In diesem Fall bleibt zwar bei gegebener Höhe der Gesamtvergütungen der Interessengegensatz der Psychotherapeuten gegenüber anderen Fachgruppen erhalten – ebenso wie alle Ärztegruppen in ganz unterschiedlichen Konstellationen in der Auseinandersetzung in einem prinzipiellen Interessenkonflikt um die Aufteilung des nicht unbegrenzt vermehrbaren Kuchens stehen. Aber bei diesen Auseinandersetzungen – etwa um die Frage, ob der jeweilige gemäß § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V punktwertrelevante Zeitaufwand für bestimmte Leistungen zutreffend eingeschätzt ist oder einer Überprüfung nach § 87 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB V bedarf – kann es durchaus unterschiedliche Interessenkonstellationen und damit u.U. auch -koalitionen geben, während für die Frage einer nachträglichen Kompensation typischerweise ein einheitliches Interesse der anderen Ärztegruppen gegen dasjenige der Psychotherapeuten gerichtet ist.

- 20 Noch deutlicher ist der Unterschied der Interessenlage auf der Kassenseite. Während sie bei nachträglicher Korrektur ein großes Risiko tragen, dass die zusätzliche Last bei ihnen verbleibt, können sie im System der Leistungsbewertung nach § 87 Abs. 2 SGB V mitwirken, dass alle Leistungen so bewertet werden, dass zugleich Honorarverteilungsgerechtigkeit und eine aus ihrer Sicht vertretbare Gesamthonorarbelastung erreicht wird. Auch dies führt bei modellhafter Betrachtung offensichtlich zu einer Lockerung und Flexibilisierung der Interessenkonstellationen. Im Übrigen würde eine

Anpassung der primären Kriterien vertragsärztlicher Honorierung, welche eine nachträgliche Korrektur unter dem Gesichtspunkt eines „angemessenen“ Verhältnisses zwischen „vergleichbaren“ Ärztegruppen überflüssig machte, das System zwischen der Kassenseite und der Vertragsärzteseite auszuhandelnder und innerhalb letzterer zu verteilender Vergütung vereinfachen.

## **II. Der Prüfungsmaßstab der Gleichheitsprüfung**

### **1. Die Grundsätze des BVerfG zum Prüfungsmaßstab**

- 21 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.

- Siehe etwa BVerfG v. 24.3.1976 – 2 BvR 804/75, BVerfGE 42, 64, juris-Rn. 23 -

- 22 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 nahelegte,

- siehe in der in Rz. 21 zitierten Rechtsprechung juris-Rn. 24: „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))“

etwas genauer ausdifferenziert wurde. 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“).

Nach dieser Formel

- seit den 80er Jahren in der Literatur thematisiert als „neue Formel“; siehe etwa Robbers, DÖV 1988, 749 ff.; Hesse, in: Festschr. Lerche, 1993, 121 ff.; Jarass, NJW 1997, 2545 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; stRspr“) -

### 23 Dieser prinzipielle beiden Senaten des BVerfG gemeinsame Prüfungsansatz

- siehe auch noch 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“) -

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. -

oder der Gefahr, dass eine Ungleichbehandlung zu einer Diskriminierung von Minderheiten führt, insbesondere zur Nähe von zur Unterscheidung führenden personenbezogenen Merkmalen zu den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Kriterien für Diskriminierungsverbote

- siehe etwa BVerfG v. 19.6.2012 - 2 BvR 1397/09, BVerfGE 131, 239 -

oder nach der mehr oder weniger gegebenen Möglichkeit von Betroffenen, 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)

-

- 24 Der Prüfungsansatz des BVerfG kann dahingehend zusammengefasst werden, dass es in Abhängigkeit von den Besonderheiten des jeweiligen Sachbereichs für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen ein im Prinzip stufenloses Kontinuum unterschiedlicher Prüfungsintensität gibt – 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 BVerfG) zutreffend zu begründen ist. Die genannten Fälle, in denen nach der Rechtsprechung des BVerfG 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.

- Siehe hierzu auch Britz (oben Rz. 13), S. 349 -

## **2. Prinzipielle Orientierung auch der Rechtsprechung des BSG zur Honorarverteilungsgerechtigkeit an den vom BVerfG entwickelten Grundsätzen**

- 25 Da sich die Rechtsprechung zum Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit explizit auf Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG stützt, verwundert es nicht, dass auch vom BSG die Formeln zur Konkretisierung des Gleichheitssatzes verwendet werden. Dies gilt vor allem für die diese Rechtsprechung einleitende Entscheidung vom 20.1.1999, in welcher der Gleichheitssatz in unmittelbarer Anknüpfung 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 [Rz. 1], juris-Rn. 38)

26 Allerdings geht das BSG nicht von einer Ungleichbehandlung der Psychotherapeuten gegenüber anderen Vertragsarztgruppen aus, sondern von einer mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbaren Gleichbehandlung. Ausgehend von der entsprechenden Umformulierung der neuen Formel

- „Zwei Gruppen, die sich in verschiedener Lage befinden, dürfen nur bei Vorliegen zureichender Gründe gleichbehandelt werden ..." (BSG ebd.) -

wird die Kernaussage des Urteils begründet, 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 [Rz. 25] juris-Rn. 38).

27 Wo innerhalb des Kontinuums zwischen bloßer Willkürprüfung und „strenger Prüfung“ der vom BSG für die Gewährleistung von Honorarverteilungsgerechtigkeit verwendete Standard zu verorten ist, lässt sich nur schwierig 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 Minderheitengruppe bei der Honorierung benachteiligt oder sich sonst erkennbar von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen.“ (BSG v. 20.1.1999 [Rz. 1]. juris-Rn 31)

28 Das eigentliche Problem, wie intensiv denn die Prüfung zu sein hat, ob eine „missbräuchliche“ Benachteiligung einer Minderheit vorliegt, bleibt ausgeklammert, und in der Sache findet zur Leistungsbewertung psychotherapeutischer gegenüber vergleichbaren Leistungen eine genaue Prüfung statt (a.a.O. juris-Rn. 32-35).

29 Ein weiteres einschlägiges Beispiel ist die Entscheidung vom 28.1.2004:

„Bei der Umsetzung des Regelungsauftrags gemäß § 85 Abs 4a Satz 1 letzter Halbsatz SGB V kommt ihm [dem BewA. I.E.] die für jede Normsetzung kennzeichnende Gestaltungsfreiheit zu, wie er sie nach der Rechtsprechung des Senats bei Erlass des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs (§ 87 Abs 1 SGB V) für sich in Anspruch nehmen kann .... Daher führt die Tatsache, dass sich der Bewertungsausschuss bei der Inhaltsbestimmung für die HVM-Regelungen nach § 85 Abs 4 Satz 4 SGB V teilweise von den Annahmen und Berechnungen des BSG gelöst hat, für sich genommen nicht dazu, dass sein Beschluss rechtswidrig ist. Davon kann vielmehr nur ausgegangen werden, wenn die Konkretisierung der "Angemessenheit der Höhe der Vergütung je Zeiteinheit" iS des § 85 Abs 4 Satz 4 SGB V durch seinen Beschluss vom 16. Februar 2000 auch bei Beachtung der ihm zukommenden Gestaltungs- und Konkretisierungsbefugnis den gesetzlichen Vorgaben und den aus dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot (Art 3 Abs 1 GG) abzuleitenden Anforderungen nicht mehr entspricht.“ (BSG v. 28.1.2004 [Rz. 1], juris-Rn. 34)

Anschließend wird detailliert am Maßstab der vom BSG entwickelten Kriterien geprüft und eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG bejaht.

30 Im letzten einschlägigen Grundsatzurteil vom 28.5.2008 heißt es noch stärker die Gestaltungsfreiheit betonend:

„Die gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen des Bewertungsausschusses ist ... 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 Bewertungsausschuss überschreitet den ihm eröffneten Gestaltungsspielraum, wenn sich zweifelsfrei feststellen lässt, dass seine Entscheidungen von sachfremden Erwägungen getragen sind - etwa weil eine Gruppe von Leistungserbringern bei der Honorierung bewusst benachteiligt wird - oder dass es im Lichte von Art 3 Abs 1 GG keinerlei vernünfti-

ge Gründe für die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem bzw für die ungleiche Behandlung von im Wesentlichen gleich gelagerten Sachverhalten gibt. ...

(Der) an den Bewertungsausschuss gerichtete gesetzliche Gestaltungsauftrag zur Konkretisierung der Grundlagen der vertragsärztlichen Honorarverteilung umfasst auch den Auftrag zu einer sinnvollen Steuerung des Leistungsgeschehens in der vertragsärztlichen Versorgung .... 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 .... 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." (BSG v. 28.5.2008 [Rz. 1], juris-Rn. 17, 19)

31 Auch hieran schließt sich eine detaillierte Prüfung der Festsetzungen durch den BewA und deren Begründungen an (juris-Rn. 21-65), die der Senat diesmal zumeist für plausibel erachtet, in Einzelpunkten aber erneut feinsteuern korrigiert. Man wird gerade im Kontext zum und Vergleich mit dem Urteil zum Beschluss des BewA vom 16.2.2000 (Rz. 28 ) die eher großzügigen Standards, verbunden mit einer in die Details gehenden Prüfung der Überzeugungskraft der für den BewA vorgebrachten Argumente, als Ausdruck der Überzeugung verstehen können, dass der BewA seine „Lektion gelernt“ und nunmehr sachgerecht und in loyaler Umsetzung der vom BSG entwickelten und vom Gesetzgeber bestätigten Grundsätze zur „angemessenen“ Honorierung der Psychotherapeuten gehandelt habe und sich sogar lenkenden obiter dicta wie dem in diesem Urteil gegebenen Hinweis auf neu zu prüfende Betriebskosten (juris-Rn. 39) nicht verschließen werde.

32 Insgesamt wird man den Prüfungsmaßstab, den das BSG für die im Rahmen der Anwendung von (heute) §§ 87 Abs. 2c S. 6 und 87b Abs. 2 S. 3 SGB V vorzunehmende Gleichheitsprüfung zugrunde gelegt hat, auch für die einzelne Prüfungssituation als situationsabhängigen je-desto-Standard anzusehen haben: Je überzeugender insgesamt dargetan ist, dass die untergesetzlichen Festsetzungen für die Anwendungen der genannten Vorschriften die in ihnen gemeinten Grundsätze aus der Rechtsprechung respektieren und loyal umsetzen, umso eher werden im Detail Bewertungs- und Einschätzungsspielräume akzeptiert. Und hierauf hatte der (e) BewA im Wesentlichen loyal reagiert.

### **3. Interesseninhomogenität als Grund für eine generell eher strenge Gleichheitsprüfung**

33 Die geschilderte Bandbreite der Prüfungsintensität in der Rechtsprechung des BSG ist eine Anwendung des auch der Rechtsprechung des BVerfG zugrunde liegenden

flexiblen Prinzips für den Prüfungsmaßstab zu Art. 3 Abs. 1 GG (siehe oben Rz. 24) auf den jeweiligen konkreten Umgang der geprüften Normsetzungsakte mit dem Gebot gerechter Verteilung der Gesamtvergütung unter den Vertragsärzten. Es fragt sich allerdings, ob eine solche faktisch auf den Einzelfall abstellende Bestimmung des Prüfungsmaßstabs noch dem Sinn einer sowohl für die von Normsetzungen Betroffenen als auch für Normsetzer Klarheit schaffenden Standardbildung entspricht.

- 34 Auch setzt eine so weitgehende Flexibilisierung in Wahrheit eine doppelte Prüfung voraus. In einem ersten Schritt bedarf es der Prüfung, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Entscheidungsmacht zur Verteilung von Einkommen nicht allein auf sachlichen, von Gruppeninteressen der Entscheider hinreichend unabhängigen Gründen beruht. Erst wenn es solche Anhaltspunkte nicht gibt, ist der Grund dafür gegeben, die Würdigung der Gründe im Hinblick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG auf dem Niveau eines großzügige Einschätzungs-, Prognose- und Abwägungsspielräume einräumenden Prüfungsmaßstabs vorzunehmen.
- 35 Gerade bei den hier im Mittelpunkt stehenden Entscheidungen des (e)BewA, der KBV – zu deren hier unmittelbar einschlägigen Kompetenzen siehe § 87b Abs. 4 S. 2 SGB V – und der KVen sind, wie das BSG zutreffend betont hat (siehe Rz. 30), nun allerdings dermaßen unterschiedliche und komplex miteinander zusammenhängende Gesichtspunkte zu berücksichtigen und je für sich legitime Ziele miteinander zu vermitteln, dass es häufig nur eine Frage der Intelligenz ist, wie gut aus Partikularinteressen motivierte Entscheidungen sachlich begründet werden. Nun mag es gute Gründe geben, allein die sachliche Überzeugungskraft von Gründen für Normsetzungen – unabhängig von nie auszuschließenden interessengeleiteten Motiven der an der Entscheidung beteiligten Personen – zu würdigen. Dies kann aber kaum gelten, wenn es hinreichende Gründe für einen generellen Verdacht auf interessengeleitete Motive gibt. Ein solcher Verdacht könnte dann nur anhand eines generellen eher strengen Prüfungsmaßstabs neutralisiert werden.
- 36 Dies kann anhand einer Gesamtbetrachtung der seit 1999 zu beobachtenden Auseinandersetzungen um eine dem Gebot der Honorarverteilungsgerechtigkeit entsprechende Vergütung der Psychotherapeuten in der vertragsärztlichen Versorgung verdeutlicht werden. Es dürfte zumindest nicht auszuschließen sein, dass die immer wieder nötige Intervention der Rechtsprechung zugunsten der Psychotherapeuten, also entsprechend die als verfassungswidrig angesehenen untergesetzlichen Normen, jedenfalls auch dahingehend zu verstehen sind, dass innerhalb der Vertragsärzteschaft eine Mehrheit (eventuell auch auf der Basis von Koalitionsbildungen) ihre eigenen Interessen gegen eine Minderheit durchsetzen wollte und dass die im Laufe der Zeit veränderte Haltung primär auf der Erwartung beruht, dass dieser Druck seitens der Rechtsprechung aufrechterhalten bleiben dürfte.
- 37 Insofern kann die Reaktion auf die strenge Gleichheitsprüfung im Urteil vom Januar 2004 (Rz. 29), welche die Urteile vom Mai 2008 (Rz. 30 f.) ermöglichte, nicht wirklich als

hinreichender Grund für eine lediglich auf belegbare Willkür zielende Prüfung gelten. Im Gegenteil ist zu fragen, ob nicht aus den konkreten Erfahrungen mit der untergesetzlichen Rechtssetzung auf systemische, d.h. in den Entscheidungsstrukturen angelegte, Gründe für das Erfordernis einer generell strengeren Gleichheitsprüfung zu schließen ist. Dem soll in der Auseinandersetzung mit der allgemeinen, über die Gleichheitsprüfung hinausgehenden Diskussion zur Rechtssetzung durch die genannten Gremien der (gemeinsamen) Selbstverwaltung nachgegangen werden.

**a) Die Rechtssetzung durch den BewA, die KBV und die KVen als Fälle verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässiger funktionaler Selbstverwaltung**

38 Im Prinzip ist heute die untergesetzliche Rechtssetzung durch Einheiten wie die hier betrachteten (BewA, KBV, KVen) weitgehend unangefochten und insbesondere durch die Rechtsprechung des BVerfG anerkannt. Für die KVen – und das ist übertragbar auf die KBV – ist dies geklärt seit der Kassenarztentscheidung aus dem Jahre 1972, die sich ihrerseits auf die praktisch zeitgleiche sich mit der Rechtssetzung durch Ärztekammern befassende Facharztentscheidung stützt. Die zentrale Aussage der Facharztentscheidung lautet:

„Die Verleihung von Satzungsautonomie hat ihren guten Sinn darin, gesellschaftliche Kräfte zu aktivieren, den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können, eigenverantwortlich zu überlassen und dadurch den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern. Zugleich wird der Gesetzgeber davon entlastet, sachliche und örtliche Verschiedenheiten berücksichtigen zu müssen, die für ihn oft schwer erkennbar sind und auf deren Veränderungen er nicht rasch genug reagieren könnte. Das Bundesverfassungsgericht hat niemals in Zweifel gezogen, dass sich der Autonomiegedanke sinnvoll in das System der grundgesetzlichen Ordnung einfügt (vgl. BVerfGE 1, 91 (94); 10, 89 (102 ff.); 12, 319 (321 ff.); 15, 235 (240)).“ (BVerfGE v. 9.5.1972 - 1 BvR 518/62, BVerfGE 33, 125, juris-Rn. 103)

39 In der Kassenarztentscheidung, in welcher es um Honorarverteilung und KV-Regelungen zur Verhinderung übermäßiger Leistungserbringung ging, bejahte das BVerfG, dass die prinzipiellen Gründe für die Anerkennung von autonomer Rechtssetzung auch hier gölten:

„Die Ermächtigung zum Erlaß von Honorarverteilungsmaßstäben mit Kürzungsregelungen der strittigen Art genügt den danach zu stellenden Anforderungen. Sie betrifft die Verteilung einer Gesamtvergütung zwischen den zugelassenen Mitgliedern der Kassenärztlichen Vereinigungen, also einen für die selbstverantwortliche Ordnung interner Angelegenheiten

naheliegenden und bevorzugt geeigneten Bereich. Im Bericht der Sozialenquete-Kommission ... zur BT-Drucks. V/961 vom 3. Oktober 1966) wird die Honorarverteilung durch Kassenärztliche Vereinigungen als brauchbare, mit der freiheitlichen Ordnung kompatible Kompromißlösung des nahezu unlösbar erscheinenden Problems der Ärztehonorierung gewürdigt (Textnr. 637 ff.)." (BVerfG v. 10.5.1972 - 1 BvR 286/65, BVerfGE 33, 171, juris-Rn. 31)

- 40 Während bei der Berufsregulierung durch die Ärztekammern und der Regulierung der Honorarverteilung durch die KVen und die KBV in der Tat im Wesentlichen diejenigen, die von den Entscheidungen betroffen sind, auch diejenigen sind, welche durch Wahlen die Entscheidungsgremien legitimieren, gilt dies für andere Formen gemeinsamer Selbstverwaltung in der GKV nicht. Darauf bezogen war insbesondere lange streitig, inwieweit die Rechtssetzung des G-BA mangels demokratischer Legitimation verfassungswidrig sei. Auch diese Frage ist seit der Entscheidung des BVerfGE zu den Wasserverbänden Lippeverband und Emschergenossenschaft

- BVerfG v. 5.12.2002 - 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, BVerfGE 107, 59 -

prinzipiell geklärt. Das BVerfG stützt zwar auch hier die „funktionale Selbstverwaltung als organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen“ (juris-Rn. 144) auf den ersten Blick noch auf das Prinzip, dass die von den Entscheidungen Betroffenen diese durch ihre Beteiligung zu legitimieren hätten. Sodann erweitert das Gericht aber den zulässigen Bereich funktionaler Selbstverwaltung:

„Das demokratische Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG erlaubt deshalb, durch Gesetz – also durch einen Akt des vom Volk gewählten und daher klassisch demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers – für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen. Dadurch darf zum einen ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen geschaffen und verwaltungsexterner Sachverstand aktiviert werden. Mit der Übertragung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Formen der Selbstverwaltung darf der Gesetzgeber zum anderen das Ziel verfolgen, einen sachgerechten Interessenausgleich zu erleichtern, und so dazu beitragen, dass die von ihm beschlossenen Zwecke und Ziele effektiver erreicht werden (vgl. BVerfGE 37, 1 <26 f.>; vgl. auch Unruh, VerwArch. 92 <2001>, S. 531 <536 f., 554>). Gelingt es, die eigenverantwortliche Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe mit privater Interessenwahrung zu verbinden, so steigert dies die Wirksamkeit des parlamentarischen Gesetzes. Denn die an der Selbstverwaltung beteiligten Bürger nehmen die öffentliche Aufgabe dann auch im wohlverstandenen Eigeninteresse wahr; sie sind der

öffentlichen Gewalt nicht nur passiv unterworfen, sondern an ihrer Ausübung aktiv beteiligt." (juris-Rn. 144)

- 41 Der Zweck, gesetzgeberische Ziele durch das Zusammenspannen von Partikularinteressen besser zu erreichen und einen sachgerechten Interessenausgleich zu fördern, rechtfertigt demnach Formen der Selbstverwaltung, in denen die von Entscheidungen Betroffenen die Entscheider nicht durch Wahlen legitimiert haben. Diese Deutung wird auch dadurch bestätigt, dass das BVerfG sich hierfür auf seine Entscheidung zum Stabilisierungsfonds für Wein

- BVerfG v. 5.3.1974 - 1 BvL 27/72, BVerfGE 37,1 (siehe dort juris-Rn. 68)

-

stützt, eine Anstalt, deren Verwaltungsrat nach Gesichtspunkten zusammengesetzt war, die zwar sachgerecht sein mochten, aber eine Legitimation der Entscheidungen durch die Betroffenen nicht leisten konnte.

- 42 Auf dieser Grundlage ist sicherlich auch die Mitentscheidung der Kassenseite über Aspekte der Honorarverteilung unter den Vertragsärzten im BewA grundsätzlich unbedenklich. Soweit es bei diesen Mitentscheidungen um die Gesamtvergütungen geht, ist die Legitimation ohnehin unter dem Gesichtspunkt paritätischer kollektiver Vertragsregelung mit Zwangsschlichtung unproblematisch.

- 43 Die geschilderten Grundsätze des BVerfG für autonome untergesetzliche Rechtssetzung auch unabhängig von einer personellen Legitimation durch die Entscheidungsunterworfenen sind auch Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des BSG

- siehe etwa BSG v. 9.12.2004 - B 6 KA 44/03 R, BSGE 94, 50, juris-Rn. 45-47 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BSG und BSG v. 31.5.2006 - B 6 Ka 13/05 R, BSGE 96, 261, juris-Rn. 61 f. -

und damit trotz weiterbestehender Kritik in der Literatur

- kritisch etwa J. Becker, DöV 2004, 910 ff.; Kingreen, NJW 2006, 877 ff.; ders. NZS 2007, 113 ff. Schmidt-De Caluwe, in: Becker/Kingreen, SGB V Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 91 Rn. 48, § 92 Rn. 9 ff. m. w. Nachw. -

faktisch geltend.

- siehe aus der Zeit nach der Wasserverbandsentscheidung noch jeweils m. w. N. auch Musil, DÖV 2004, 116 ff.; Schoch/Wieland, ZG 2005, 223 ff.; Neumann, NZS 2010, 593 ff. -

## b) Strukturelle Probleme im Hinblick auf Nichtdiskriminierung

- 44 Allerdings hat das BVerfG im Wasserverbandsbeschluss für hoheitlich bindende Entscheidungen durch Träger funktionaler Selbstverwaltung neben der Voraussetzung einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage noch ein Erfordernis aufgestellt, das gerade für das Zusammenspannen interesseninhomogener Gruppen in gemeinsamen Entscheidungsgremien bedeutsam ist:

„Wählt der parlamentarische Gesetzgeber für bestimmte öffentliche Aufgaben die Organisationsform der Selbstverwaltung, so darf er keine Ausgestaltung vorschreiben, die mit dem Grundgedanken autonomer Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits unvereinbar wäre. Deshalb müssen die Regelungen über die Organisationsstruktur der Selbstverwaltungseinheiten auch ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür enthalten, dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden ...“ (juris-Rn. 145 unter Verweis auf Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 251 f., und auf BVerfG v. 5.3.1974 - 1 BvL 27/72, BVerfGE 37,1 [Stabilisierungsfonds für Wein, siehe dort juris-Rn. 68])

- 45 Hiermit wird ein Aspekt aufgegriffen, der in der Literatur als Erfordernis hinreichender Interessenshomogenität der von den Selbstverwaltungsorganen Repräsentierten als Voraussetzung einer Vereinbarung von Regelungsmacht in funktionaler Selbstverwaltung mit dem Demokratieprinzip formuliert wird,

- Besonders prägnant Burgi, NJW 2004, 1365 ff. (1366), der eine Aufgabenerfüllung in funktionaler Selbstverwaltung an die Voraussetzung knüpft, dass die Entscheider Repräsentanten eines „gleichgerichteten Interesses sein müssten; zum Nachweis weiterer einschlägiger Stimmen Neumann (oben Rz. 43, Fn. 61) -

und an dem sich das BVerfG schon in der oben (Rz. 39) zitierten Kassenarztsentscheidung etwas gerieben hatte. Wenn dort ohne weitere eigene Vertiefung die Rede der Sozialenquetekommission aus dem Jahre 1966 von der Honorarverteilung durch die KVen als einer „Kompromisslösung des nahezu unlösbar erscheinenden Problems der Ärztehonorierung“ zitiert wird, um dann im Einzelnen darzulegen, warum im konkreten Fall kaum Spielraum der KV für die Ausübung eines heiklen Gestaltungsspielraums bestehe,

- „Abgesehen von der hier nicht interessierenden gesetzlich vorgeschriebenen Prüfung auf Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit der Behandlung bleibt daher im wesentlichen nur Spielraum für die Festlegung mehr

technischer Einzelheiten und für die im vorliegenden Fall strittige Kürzungsregelung. Deren Umfang ist allerdings in § 368 f Abs. 1 Satz 5 RVO nur durch den Begriff "Übermaß" festgelegt. Schon das Bundessozialgericht hat aber zutreffend ausgeführt, dieser Begriff werde inhaltlich dadurch näher bestimmt, dass das Sozialversicherungsrecht eine nach den Regeln der ärztlichen Kunst zweckmäßige und ausreichende, d. h. gründliche und sorgfältige Behandlung durch den Arzt persönlich vorschreibe. Aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung ist daher zu erkennen, dass die Grenze zu einer übermäßigen Ausdehnung der kassenärztlichen Tätigkeit dann überschritten wird, wenn eine solche Behandlung der Patienten infolge Überbeschäftigung des Arztes nicht mehr gewährleistet erscheint. Es kommt hinzu, dass der Honorarverteilungsmaßstab "im Benehmen mit den Verbänden der Krankenkassen" festzusetzen ist, dass die Kassenärztliche Vereinigung der staatlichen Rechtsaufsicht untersteht und dass Honorarverteilungsmaßstäbe zusammen mit den Honorarfestsetzungsbescheiden von den Sozialgerichten auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden können." -

spricht viel dafür, dass eher diese Argumente als die Bejahung einer unproblematischen Entscheidungsstruktur zur Überzeugung des BVerfG geführt hatten, dass Grundrechte der Beschwerdeführer nicht verletzt worden seien. In diese Richtung geht auch noch eine Kammerentscheidung des BVerfG von 2001, in welcher die Gefahren parteilicher Mehrheitsentscheidungen der KVen als solche anerkannt, aber wegen der Wächterrolle der Sozialgerichte über die Honorarverteilungsgerechtigkeit als neutralisiert angesehen werden.

- BVerfG v. (Kammer) v. 30.3.2001 - 1 BvR 1491/99, NZS 2001, 486 f. -

46 Auch die Rechtsprechung des BSG hat diesen Aspekt thematisiert. In dem in Rz. 43 zitierten Urteil heißt es:

„Zwar sind in der Tat vor allem im Honorarbereich die Interessen der verschiedenen Gruppen insofern gegeneinander gerichtet, als auf Grund der - gemäß § 71 Abs 1 und § 85 Abs 3 bis 3c SGB V - beschränkten Erhöhungen der Gesamtvergütungen ein Mehr an Honorar für eine Arztgruppe regelmäßig ein Weniger für andere bedeutet. Dies steht indessen der Zusammenfassung aller vertragsärztlichen und -psychotherapeutischen Leistungserbringer in einer Selbstverwaltungskörperschaft nicht entgegen, vermeidet vielmehr eine - auch organisatorisch problematische - weit gehende Aufsplitterung der Leistungserbringer in zahlreiche verschiedene Körperschaften. Zudem ist die Honorarverteilung nur eine von vielen Aufgaben, die den KÄVen zugewiesen sind. Weitere Aufgabebereiche sind insbesondere die Sicherstellung und Gewährleistung einer



ordnungsgemäßen vertragsärztlichen Versorgung sowie die Interessenvertretung und Öffentlichkeitsarbeit gegenüber Krankenkassen und politischen Institutionen .... Deshalb konnte der Gesetzgeber den Gesichtspunkt, dass bei der Honorarverteilung Interessengegensätze bestehen, als nachrangig ansehen und trotzdem - wegen der übrigen wichtigen gemeinschaftlichen Aufgaben mit weniger gegensätzlicher Interessenausrichtung - die verschiedenen Gruppen der vertragsärztlichen und -psychotherapeutischen Leistungserbringer in einer KÄV zusammenbinden." (BSG, a.a.o. Rn. 47)

- 47 Die sowohl vom BVerfG als auch vom BSG eingeräumte Möglichkeit, dass die Interessenstrukturen in der vertragsärztlichen Selbstverwaltung (KVen und KBV) zu verteilungsrelevanten Entscheidungen führen, die durch Partikularinteressen bestimmter Gruppen geprägt sind, wurde bereits oben (Rz. 17 ff.) im Zusammenhang mit der Bestimmung der zu untersuchenden Gleichbehandlungsthemen durch modelltheoretische Überlegungen gestützt. Dies kann folgendermaßen zusammengefasst werden: In den KVen und in der KBV laden die Entscheidungsstrukturen (Mehrheitsverhältnisse unter den Wahlberechtigten, die sich in den Vertreterversammlungen und den Vorständen abbilden) zu Koalitionsbildungen unter Vertragsarztgruppen zur Förderung des eigenen Vorteils auf Kosten von Minderheiten ein. Dies setzt sich im BewA auf der Vertragsärzteseite unmittelbar fort. Die Kassenseite ist dazu im Prinzip neutral, soweit nicht die Höhe der Gesamtvergütungen und ihre Interessen hinsichtlich der Versorgung der Versicherten berührt sind. Das Kasseninteresse an einer tendenziell eher niedrigen Gesamtvergütung kann einen Anreiz darstellen, mehrheitliche Tendenzen innerhalb der Vertragsärzteseite zu unterstützen, sofern dies dazu beiträgt, die Höhe der Gesamtvergütungen zu begrenzen.

**c) Bestimmte gesetzliche Vorgaben und strenge Gleichheitsprüfung als Kompensation**

- 48 Einerseits gibt es somit bei dieser Entscheidungsstruktur gute Gründe zu bezweifeln, ob hier wirklich das Postulat des BVerfG erfüllt ist, „dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden“ (s.o. Rz. 44). Das gilt in besonderem Maße für das Verhältnis aller anderen Vertragsärztegruppen zu den Psychotherapeuten, die schon durch gesetzliche Regelungen als Sondergruppe ausgewiesen sind (§ 80 Abs. 1 S. 2 SGB V). Auch können die rechtlichen Auseinandersetzungen, die zu §§ 87 Abs. 2c S. 6 und 87b Abs. 2 S. 3 SGB V geführt haben, als Indiz für eine aus den Entscheidungsstrukturen erwachsende unangemessene Interessenberücksichtigung dienen (siehe schon Rz. 30).
- 49 Andererseits gibt es tatsächlich das vom BVerfG angedeutete (Rz. 39) Dilemma, dass eine Honorarverteilung in Selbstverwaltung der Vertragsärzte bei gleichzeitiger Versorgungssteuerung auch unter Verwendung der Honorierung als Anzelelement in gemein-

samer Selbstverwaltung kaum anders als in diesen Strukturen machbar sein dürfte und dass die grundsätzliche gesetzgeberische Entscheidung für (gemeinsame) Selbstverwaltung der GKV auch hinsichtlich der Leistungserbringung nicht nur aus vielen Gründen bewährt und sachgerecht ist, sondern auch als demokratische Entscheidung zu respektieren.

- 50 Schließlich ist es ebenfalls sachgerecht und im Übrigen eine dem Gesetzgeber zukommende Entscheidung, dass diejenigen Leistungserbringer, die hier unter den „Psychotherapeuten“ zusammengefasst sind (siehe Rz.1) in der Selbstverwaltung der Vertragsärzte als eine Fachärztesgruppe integriert sind und nicht eine dritte Säule der Selbstverwaltung neben den Vertragsärzten und Vertragszahnärzten bilden.
- 51 Vor diesem Hintergrund können die Ausführungen des BVerfG und des BSG, mit denen begründet wurde, warum die Strukturen der vertragsärztlichen Honorarverteilung trotz der Gefahr durch Partikularinteressen bestimmter Entscheidungen verfassungsgemäß sind, mit den Anforderungen aus der Wasserverbandsentscheidung (Rz. 40 und 44) dadurch in Übereinstimmung gebracht werden, dass Defizite der Entscheidungsstruktur der Selbstverwaltung durch die übergeordnete Entscheidungsstruktur kompensiert werden, nämlich die gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben einschließlich des Gleichheitssatzes und deren Durchsetzung durch die Rechtsprechung. In diesem Sinne ist die problematische Situation inhomogener Gruppeninteressen in den KVen umso eher akzeptabel, je besser sichergestellt ist, „dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden“.
- 52 Mit diesem Ansatz kann problemlos an die vorhandene Rechtsprechung des BSG und des BVerfG angeknüpft werden. Es geht um das erforderliche Ausmaß der Determinierung durch das Gesetz und der Intensität der Gleichheitsprüfung. Und auch zwischen diesen beiden Mitteln zur Abwehr der Gefahr unangemessener Bevorzugung einzelner Interessen besteht ein Zusammenhang. In dem Maße, in dem die gesetzlichen Vorgaben so bestimmt sind, dass die Aussage des BVerfG aus der Kassenzarntsentscheidung zutrifft, das Gesetz lasse der Selbstverwaltung „im wesentlichen nur Spielraum für die Festlegung mehr technischer Einzelheiten“ (siehe Rz. 45), ist die hier im Mittelpunkt stehende Gefahr unsachlicher Bevorzugung von Partikularinteressen schon dadurch gebannt, dass der demokratische Gesetzgeber auch die Verteilungswirkung seiner Entscheidungen zu verantworten hat.
- 53 Für diesen Ansatz ist eine ältere Entscheidung des BSG ein Beispiel, in welcher es auf das Verfassungsgebot hingewiesen hat, Vorschriften zur Ermächtigung für Abweichungen vom Prinzip leistungsproportionaler Vergütung in einem Sinne auszulegen, dass die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen überprüfbar bleibt.

- Siehe etwa BSG v. 29.9.1993 - 6 RKa 65/91, BSG 71,131: „Voraussetzung [für die Auslegung des seinerzeitigen § 368f Abs. 1 RVO, I.E.] ist

allerdings eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift, die dem Umstand Rechnung trägt, dass der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf autonome Berufsverbände wegen der damit verbundenen spezifischen Gefahren für die Berufsfreiheit der betroffenen Verbandsmitglieder Grenzen gesetzt sind und der Gesetzgeber die für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muß. Das erfordert namentlich bei empfindlicheren Eingriffen in die Berufsfreiheit, wie sie Vergütungsregelungen darstellen, dass die gesetzliche Ermächtigung hinreichend bestimmt ist und erkennen läßt, mit welcher Tendenz und nach welchen Grundsätzen die zur weiteren Rechtssetzung ermächtigten Selbstverwaltungsorgane die Berufsausübung regeln dürfen (BVerfGE 33, 125, 158 ff; 76, 171, 184 f).“ (juris-Rn. 22)

- 54 Es geht in der Entscheidung dann allerdings nicht wirklich um § 368f Abs. 1 RVO als Ermächtigungsgrundlage, sondern um das (ungeschriebene) Gebot einer vorausschauend denkenden Umsetzung von im BewA erkennbaren Zielen der Partner des BMV, die im konkreten Fall als mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar angesehen wurden, und hier hat das BSG sodann einen durchaus strengen Maßstab angewandt und dies sogar, wie hier vorgeschlagen, mit der spezifischen Gefahr der Diskriminierung begründet:

„Berufsausübungsregelungen müssen, auch wenn sie in der gewählten Form prinzipiell zulässig sind, die Unterschiede berücksichtigen, die typischerweise innerhalb der betroffenen Berufsgruppe bestehen. Angesichts der mit der Rechtsetzung durch einen Berufsverband verbundenen Gefahr der Benachteiligung von Minderheiten kommt der Forderung nach Verteilungsgerechtigkeit und ausreichender Differenzierung beim Erlaß von Vergütungsregelungen besonderes Gewicht zu; die den KÄVen eingeräumte Verteilungsautonomie läßt sich im Hinblick auf die Bedeutung des Grundrechts der Berufsfreiheit nur rechtfertigen, wenn damit die Verpflichtung zur strikten Beachtung des Gleichheitsgebots (Art 3 Abs 1 GG) verbunden wird.“ (juris-Rn. 27)

- 55 Jedenfalls bedarf es in dem Maße, in welchem – gegebenenfalls aus durchaus überzeugenden Gründen, nämlich etwa wegen des Ziels flexibler Orientierung an mehreren zugleich zu verfolgenden und komplex miteinander zusammenhängenden Zielen – das Gesetz doch auch wesentliche Spielräume für Verteilungsentscheidungen in (gemeinsamer) Selbstverwaltung belässt, dann wegen der insoweit nicht ausgeräumten „verdächtigen“ Entscheidungsstruktur einer intensiveren Prüfung in Anwendung des Gleichheitssatzes. Auch dieses Verhältnis von inhaltlicher gesetzlicher Bindung und erforderlicher inhaltlicher Angemessenheitskontrolle liegt bis zur Grenze zulässiger Auslegung, also sehr weitgehend, in den Händen der Rechtsprechung, die gesetzliche Vorgaben mehr oder weniger strikt auslegen kann.

- Dazu zutreffend BSG v. 9.12.2004 - B 6 KA 44/03 R (siehe schon Rz. 43): „Der Parlamentsvorbehalt besagt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), dass staatliches Handeln in grundlegenden Bereichen durch Parlamentsgesetz legitimiert sein muss. Der parlamentarische Gesetzgeber ist verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen in ihren Grundzügen selbst zu treffen, und darf dies nicht anderen Normgebern oder der Exekutive überlassen. Wann es danach einer Regelung durch Parlamentsgesetz bedarf und wie weit die parlamentsgesetzlichen Vorgaben ins Einzelne gehen müssen, lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen. ... (juris-Rn. 41)

Das Bestimmtheitsgebot besagt, dass die Rechtsvorschriften so gefasst sein müssen, dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage konkret erkennen kann. Er muss sein Verhalten danach ausrichten können (vgl BVerfGE 108, 52, 75 mwN). Dabei dürfen die Anforderungen an die Klarheit und Bestimmtheit jedoch nicht übersteigert werden. ... Die Regelungen müssen lediglich so genau gefasst sein, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts und mit Rücksicht auf den Normzweck gerechtfertigt ist (vgl BVerfGE 110, 371, 396 mwN). Eine Auslegungsbedürftigkeit macht eine Norm nicht unbestimmt. Dem Bestimmtheitserfordernis ist vielmehr genügt, wenn Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können (vgl BVerfGE 82, 209, 224 ff; 110, 370, 396 f mwN). So können unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, sofern sie der Konkretisierung durch Auslegung zugänglich sind (vgl zB BVerfGE 82, 209, 224 bis 227 zu Begriffen wie Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Kostengünstigkeit).“ (juris-Rn. 42)

- 56 Soweit demgemäß entweder schon aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts oder gemäß einer den Spielraum untergesetzlicher Normierung in (gemeinsamer) Selbstverwaltung eher großzügig deutenden richterlichen Interpretation dieser Spielraum für eine Nutzung zur Durchsetzung bestimmter Partikularinteressen gegen andere im Prinzip zur Verfügung steht, bedarf es dann einer umso weniger großzügigen Anwendung des Gleichheitssatzes. In den Kategorien der Systematisierung gleichheitsrechtlicher Rechtsprechung des BVerfG durch Typenbildung (s.o. Rz. 23 ff.) ist dies ein weiterer Typ gebotener eher strenger Gleichheitsprüfung, nämlich strenge Prüfung zur Kompensation prinzipiell „verdächtiger“ untergesetzlicher Entscheidungsstrukturen. Dieser prinzipielle Ansatz, der hier im Hinblick auf das besonders deutlich problematische Verhältnis der Psychotherapeuten zu den anderen Vertragsärztegruppen entwickelt wurde, ist nicht auf diese beschränkt, denn selbstverständlich kann das Problem der Majorisierung aus partikularen Gruppeninteressen auch zwischen anderen Ärztegruppen auftauchen. So wurde es vermutlich in Konflikten der Vergangenheit zwischen Haus- und Fachärzten aus der Sicht der Hausärzte gesehen, die wohl erst durch Unterstützung aus der Politik

- siehe den Koalitionsvertrag für die aktuelle Bundesregierung in Abschnitt 2.4: „Die Vertreterversammlungen von Kassenärztlicher Bundesvereinigung und Kassenärztlichen Vereinigungen werden zu gleichen Teilen aus Haus- und Fachärztinnen und -ärzten gebildet.“ (<http://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html>)

und das Drohpotential eines Ausstiegs eine gewisse Parität mit der größeren Gruppe der Fachärzte erlangt haben.

57 Auch dieser Ansatz kann in der Sache an die Rechtsprechung des BSG anknüpfen, denn bereits oben (Rz. 30) wurde darauf hingewiesen, dass das BSG auch da, wo es in seinen Worten den Selbstverwaltungsgremien einen weiten Spielraum zugebilligt hatte, es gerade in Anwendung des Grundsatzes der Honorarverteilungsgerechtigkeit zugunsten der Psychotherapeuten bisweilen eher streng geprüft hatte, wo die geprüften Regelungen nicht überzeugend erschienen. Insofern geht es im Folgenden nur, aber immerhin um die Prüfung, ob nicht der partiell strenge Blick der Gleichheitsprüfung noch auf einige Punkte zu richten ist, die bisher noch nicht im Zentrum der Aufmerksamkeit standen, oder ob umgekehrt der Spielraum für autonome Verteilungsentscheidungen eng genug ist, um eine intensive Gleichheitsprüfung zu erübrigen.

### **III. Das verfassungskonforme gesetzliche System für die vertragsärztliche Preisbildung als Teil des für die Gleichheitsprüfung relevanten Sachbereichs**

#### **1. Der Honoraranspruch des Leistungserbringers als Ergebnis hoheitlicher Regelungen, für welche der Vorbehalt des Gesetzes und der Parlamentsvorbehalt gelten**

58 Nicht nur für die Rechtfertigung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch schon für die Bestimmung der zu vergleichenden Regelungen als Ungleichbehandlung von Gleichem oder als Gleichbehandlung von Ungleichen bedarf es einer Betrachtung des jeweiligen Sachbereichs, die jedenfalls auch dann wertende Elemente enthält, wenn der Sachbereich nicht so einfach ist, dass die Gesichtspunkte evident hervortreten, unter denen die Behandlung von Personen und/oder Sachverhalten zu vergleichen sind.

- Siehe dazu auch Heun, in: Dreier (Hrsg), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 25 -

59 Dies gilt ganz besonders, wenn schon der Sachbereich nicht gewissermaßen „natürlich“ vorgegeben, sondern erst selbst durch gesetzgeberische Entscheidungen vorgeprägt ist. Das kann durch folgende hypothetische Überlegung verdeutlicht werden. Wenn die Einbeziehung der Psychotherapeuten in die vertragsärztliche Versorgung nicht wie aus

guten Gründen geschehen als Integration in die KVen, sondern im Wege der Bildung einer dritten Körperschaft neben den KVen und den KZVen erfolgt wäre, welche eigenständig durch kollektivvertragliche Schaffung eines EBM und Aushandlung von Gesamtvergütungen sowie eigenständige innerverbandliche Honorarverteilungsregelungen die „Preise“ für die konkreten Leistungen der auf diese Weise ausgegliederten Psychotherapie als Sachleistung der GKV zu bestimmen hätten, so wäre die Frage, ob die Psychotherapeuten und die in den KVen zusammengefassten Vertragsärzte überhaupt geeignete Vergleichsgruppen sind, zwar nicht von vornherein zu verneinen, aber sicherlich aufgrund ganz anderer Wertungen zu beurteilen als bei der gewählten gesetzlichen Lösung. Bei dieser Lösung liegen die Vergleichbarkeit von Psychotherapeuten und anderen Vertragsärztesgruppen und die Bildung dieser Vergleichsgruppen unter dem gemeinsamen Oberbegriff der in den KVen zusammengefassten vertragsärztlichen Leistungserbringer so nahe, dass dies in der einschlägigen Rechtsprechung soweit ersichtlich noch nicht einmal explizit thematisiert wurde.

- Dies hätte man eigentlich in der ersten einschlägigen Entscheidung des BSG vom 20.1.1999 (Rz. 1) erwarten können, da sie sich noch auf Zeiten vor der Einbeziehung der Leistung von nichtärztlichen Psychotherapeuten in die vertragsärztliche Versorgung bezogen hatte; jedoch war schon damals die gesetzliche Entscheidung zur Einbeziehung ergangen. -

- 60 Ebenso wie die Integration der Psychotherapie in die vertragsärztliche Versorgung gehört das System der vertragsärztlichen Preisbildung zu den relevanten Eigenheiten des zu betrachtenden Sachbereichs. Die vertragsärztlichen Leistungen werden zwar von freiberuflich Tätigen – eventuell auch von juristischen Personen – unternehmerisch erbracht, wobei diese, auch im Wettbewerb untereinander, in vielfältiger Weise selbständig und weisungsfrei entscheiden, welche Leistungen sie auf welche Weise erbringen. Jedoch werden diese Leistungen in der vertragsärztlichen Versorgung – um selektivvertragliche Gestaltungen geht es hier nicht – nicht in einer Weise in marktlichem Wettbewerb erbracht, dass die Preise das Ergebnis von Angebot und Nachfrage sind. Sie sind vielmehr zunächst das Ergebnis von 2 hintereinander geschalteten Aushandlungsprozessen, nämlich auf der Bundesebene zwischen dem GKV-Spitzenverband und der KBV – teilweise direkt und teilweise durch Auslagerung auf den BewA – (§ 87 SGB V) und sodann auf der KV-Ebene zwischen dieser und der Kassenseite „gemeinsam und einheitlich“ (§ 87a SGB V). Daran anschließend findet dann innerhalb des hierdurch geschaffenen Rahmens die Honorarverteilung durch Beschlüsse der Organe der KVen statt. Dies ist ein System staatlich, nämlich durch Träger mittelbarer Staatsverwaltung, administrierter Preise, bei welchem alle preisbestimmenden Faktoren für die erbrachten Leistungen auf hoheitlichen Regelungen beruhen.
- 61 Da alle diese preisbestimmenden Festsetzungen – auch die in (gemeinsamer) Selbstverwaltung getroffenen – für die Vertragsärzte staatliche Berufsausübungsregelungen sind, gilt für sie der Vorbehalt des Gesetzes, d.h. für diese Regelungen bedarf es unstrittig, soweit sie nicht unmittelbar durch das Gesetz selbst getroffen werden, gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG jeweiliger gesetzlicher Ermächtigungen, wobei wie für alle

Grundrechtseingriffe der „Parlamentarvorbehalt“ gilt, so dass also die für die Grundrechtsausübung wesentlichen Fragen im Gesetz selbst geregelt werden müssen.

- Siehe Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 83 -

62 Nun gilt für den Parlamentarvorbehalt – ähnlich wie für den Prüfungsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG – kein starrer Standard, der festlegt, wie genau die gesetzliche Ermächtigung inhaltliche Vorgaben für untergesetzliche Regelungen zu machen hat. Vielmehr gilt, dass diese Vorgaben umso genauer zu sein haben, je empfindlicher die freie berufliche Betätigung beschränkt ist.

- Siehe BVerfG v. 1.7.1980, 1 BvR 23/75, BVerfGE 54, 224 (juris-Rn. 29 ff.; BVerfG v. 22.5.1996 - 1 BvR 744/88 u.a., BVerfGE 94, 327 (juris-Rn. 85) -

63 Für Regelungen zur Honorarverteilung hat das BVerfG in der bereits oben zitierten Kassenarztentscheidung einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG mit dem Argument verneint, es gebe keinen sonderlich großen Spielraum für eigenständige Gestaltungen durch die KVen (siehe oben Rz. 39, 45, 52). Die angegriffenen Kürzungen hat es durch das Gebot des seinerzeitigen § 368f Abs. 1 S. 5 RVO gedeckt gesehen sicherzustellen, „ dass eine übermäßige Ausdehnung der Tätigkeit des Kassenarztes verhütet wird“. Dies wurde dann einigermaßen restriktiv dahingehend interpretiert,

„dass die Grenze zu einer übermäßigen Ausdehnung der kassenärztlichen Tätigkeit dann überschritten wird, wenn eine solche Behandlung der Patienten infolge Überbeschäftigung des Arztes nicht mehr gewährleistet erscheint“. (BVerfG v. 10.5.1972 - 1 BvR 286/65 u.a., BVerfGE 33, 171 [juris-Rn. 31])

Dies wird man dahingehend zu verstehen haben, dass zwar Ermächtigungen zu Berufsausübungsregelungen auch im Wege der Auslegung aus dem Gesamtzusammenhang der Normen für die vertragsärztliche Versorgung zu gewinnen sind, dass dies aber doch auf methodische Weise auf Gesetzesbestimmungen zurückzuführen sein muss.

64 Diesen Grundsätzen folgt auch das BSG in ständiger Rechtsprechung, wie bereits die in Rz. 53-55 abgedruckten Zitate zeigen.

- Siehe auch noch BSG v. 6.9.2006 - B 6 Ka 29/05 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 26 (juris-Rn. 15-17), BSG v. 27.6.2012 - B 6 Ka 37/11 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 71 (juris-Rn. 21)

Auch wenn im Einzelfall fraglich ist, ob eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage wirklich im Wege der „herkömmlichen Methoden“ (vgl. Rz. 55) zu gewinnen war,

- siehe etwa BSG v. 9.4.2008 - B 6 Ka 40/07 R, BSGE 100, 154 (juris-Rn. 22), wo eine Ermächtigungsgrundlage für in die Berufsfreiheit eingreifende Regelungen des BewA aus nichts anderem als § 82 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 87 Abs. 1 S. 1 SGB V hergeleitet wurde, also Vorschriften, die keinerlei inhaltliche Vorgaben enthalten -

ist das Gebot einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage, die „erkennen läßt, mit welcher Tendenz und nach welchen Grundsätzen die zur weiteren Rechtsetzung ermächtigten Selbstverwaltungsorgane die Berufsausübung regeln dürfen“ (oben Rz. 53) unstrittig. Und das gilt auch für das Erfordernis, dass eventuelle unbestimmte Begriffe in der Ermächtigungsgrundlage „mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können“ (oben Rz. 55). Auf dieser Basis sind die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu würdigen.

## **2. Das Prinzip der Honorierung nach typischerweise erforderlicher Behandlungszeit und typischen Kosten bei wirtschaftlichem Handeln als Ausgangspunkt für die Bewertung der abrechnungsfähigen Leistungen durch den BewA und für die Honorarverteilung**

65 Für den hier im Mittelpunkt stehenden Zweck, den rechtlich geprägten Sachbereich für die dann folgende Gleichheitsprüfung auszuleuchten, genügt es, sich auf die spezifisch der vertragsärztlichen Preisbildung dienenden Vorschriften zu konzentrieren. Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass eventuelle weitere Vorschriften, die vom BSG schon als Ermächtigungsgrundlagen für eine untergesetzliche Normsetzung durch die hier betrachteten Institutionen angesehen worden sind – neben dem schon erwähnten § 82 Abs. 1 S. 1 SGB V (vgl. Rz. 64) wäre etwa noch § 72 Abs. 2 SGB V

- siehe zur Anwendung dieser Norm als Ermächtigungsgrundlage BSG v. 6.9.2006 - B 6 KA 29/05 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 26 (juris-Rn. 18, 23, 27)

-

daraufhin zu befragen, ob aus diesem pauschalen Grundsatz wirklich im Wege „herkömmlicher Methoden“ eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage für so empfindliche Eingriffe in die Berufsfreiheit zu gewinnen wäre, wie sie – so das BSG (oben Rz. 53) – Vergütungsregelungen darstellen. Die hier relevanten spezifisch der vertragsärztlichen Preisbildung dienenden Vorschriften finden sich in §§ 87-87b SGB V.

66 Aus diesem Normensystem können im Hinblick auf den begrenzten Untersuchungsgegenstand noch diejenigen Vorschriften ausgeklammert werden, die sich allein auf das Verhältnis der Kassenseite zur Vertragsärzteseite beziehen und keine Bedeutung für die Honorarrelation der Leistungserbringer untereinander haben. Das betrifft außer den meisten Regelungen des § 87a SGB V noch § 87 Abs. 2e und 2g SGB V. Es bleiben somit die sonstigen Vorgaben für den BewA und die Bestimmungen des § 87b SGB V über die Honorarverteilung. Hinzu kommen noch einige honorarverteilungsrelevante



Regelungen und Ermächtigungen in § 87a Abs. 2 S. 3 und Abs. 3 S. 5 SGB V. Auf eventuelle weitere Regelungen, die einmal honorarrelevant werden können, wie etwa solche auf der Basis von Bestimmungen des G-BA zur Qualitätssicherung nach § 137 SGB V, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Sie sind gegebenenfalls Sonderregelungen mit je eigenen Tatbestandsvoraussetzungen. Sie spielen hier keine Rolle.

- 67 Innerhalb des so beschriebenen Systems untergesetzlicher honorarrelevanter Festsetzungen sind die Regelungen des BewA als Bestandteile des Bundesmantelvertrages (§ 87 Abs. 1 S. 1 SGB V) gemäß dessen Rang als von den KVen zu beachtendes Recht – technisch umgesetzt durch seine Qualität als Inhalt der Gesamtverträge (§ 82 Abs. 1 S. 2 SGB V) – grundsätzlich für die über die Honorarverteilung entscheidenden Kassen verbindlich,

- siehe Hess in: Kasseler Komm Hess, § 82 SGB V RdNr 4; siehe auch BSG v. 28.1.2004 - B 6 KA 25/03 R(Rz. 1) juris-Rn. 18 -

soweit nicht eine spezifische Rechtfertigung für Abweichungen vorliegt. Für solche bedarf es, da es um die Beseitigung der gesetzlich vorgesehenen Verbindlichkeit geht, gesetzlicher – eventuell aus Sinn und Zweck im Wege der Auslegung zu gewinnender – Ermächtigungsgrundlagen.

- 68 Dieser prinzipielle Vorrang der Vorgaben des BewA, insbesondere selbstverständlich des EBM, war nach § 85 Abs. 4 S. 3 SGB V bis zur Änderung durch das GKV-VStG (Rz. 10) sowohl für die KVen als auch für die KZVen auch dadurch gesetzlich bestätigt, dass „Art und Umfang der Leistungen der Vertragsärzte zu Grunde zu legen“ sind. Diese Norm gilt heute nur noch für die KZVen, während eine entsprechende Regelung in § 87b SGB V für die KVen fehlt. Das ändert aber nichts an der grundsätzlich auf dasselbe hinauslaufenden Bindung an den EBM. Der in § 85 Abs. 4 S. 3 SGB V formulierte Grundsatz wird in der Rechtsprechung häufig mit dem Prinzip der leistungsproportionalen Honorierung identifiziert.

- Siehe etwa BSG v. 3.2.2010 - B 6 Ka 1/09 R, SozR 4-2500 § 85 Nr 50 (juris-Rn. 22) -

- 69 Es spricht wegen der mitschwingenden Bedeutung im alltäglichen Sprachgebrauch viel 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). Bei einem solchen Begriffsverständnis wäre eine fehlerhafte Festsetzung des wertmäßigen Verhältnisses der vertragsärztlichen Leistungen zueinander eine Verletzung des Grundsatzes der Leistungsproportionalität. Dem entspricht auch die ursprüngliche Verwendung des Begriffs der Leistungsproportionalität, welche sich auf die Kassenarztentscheidung des BVerfG bezog.

- Etwa 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." -

Zur Vermeidung von Missverständnissen soll das in § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V an den BewA adressierte grundsätzliche Gebot etwas umständlich als „Prinzip der Honorierung nach typischerweise erforderlicher Behandlungszeit und typischen Kosten bei wirtschaftlichem Handeln“ (verkürzt: „Prinzip gleicher Zeithonorierung“) bezeichnet werden. Dieses Prinzip ist hinreichend deutlich in § 87 Abs. 2 S. 1, 2. Halbsatz, S. 2 und 3 SGB V ausgedrückt, wo klar auf den vertragsärztlichen Zeiteinsatz und die Kosten bei wirtschaftlichem, auch Rationalisierungsmöglichkeiten nutzendem Handeln abgestellt wird. Die Geltung dieses Prinzips ergibt sich aber auch aus verfassungsrechtlichen Gründen, nämlich Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, soweit nicht eine gesetzliche Ausnahme oder eine hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigung für eine solche Ausnahme durch untergesetzliche Regelung gilt. Das folgt aus dem Charakter der entsprechenden Entscheidung des BewA als wesentliches Element administrativer Preisregelung.

70 Zur Begründung sind das Element vertragsärztlichen Zeiteinsatzes und dasjenige der Kosten bei wirtschaftlichem Handeln zu unterscheiden. Mit der Festsetzung des Punktwertes bei gegebenem Zeitbedarf für eine Leistung entscheidet der BewA – den Kostenanteil einschließlich des Lohns für Personal sowie eventuelle sonstige Elemente hypothetisch herausgerechnet – über den Wert der Arbeitszeit des vertragsärztlichen Behandlers. Ein Urteil über unterschiedliche Wertigkeit dieser Arbeitszeit – den Wert der „Arztminute“ – ist zweifelsfrei eine wesentliche berufsregelnde Entscheidung. Ausnahmen vom Prinzip gleicher Zeithonorierung bedürfen darum einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG).

71 Für die Frage, wie streng die Anforderungen im Hinblick auf hinreichende Bestimmtheit und Regelung der wesentlichen Vorgaben durch das Parlament selbst (siehe oben Rz. 61 f.) sachbereichsbezogen sind, ist die Wirkung jeweiliger Ausnahmen relevant. Hier dürfte insbesondere folgender Unterschied wichtig sein. Ungleiche Zeithonorierungen, welche sich an Gruppenmerkmalen der Vertragsärztegruppen orientieren, etwa Fachärztegruppen oder innerhalb derselben Gruppen mit unterschiedlichen Spezialisierungen, um danach deren Zeiteinsatz einen unterschiedlichen Wert zuzuordnen, sind statusbezogen und darum besonders empfindlich. Für sie gilt darum ein eher strenger Maßstab.

- Zur Frage der Statusrelevanz m.w.N. etwa BSG v. 9.12.2004 - B 6 Ka 84/03 R, USK 2004-146 ( juris-Rn. 146), BSG v. 9.4.2008 - B 6 Ka 40/07 R, BSGE 100, 154 (juris-Rn. 37) -

Hingegen sind ungleiche Zeithonorierungen, die gewissermaßen „quer“ zu solchen statusbegründenden Elementen stehen – Beispiele könnten etwa die Unterscheidung von lediglich Anwesenheit gegenüber eigener therapeutischer oder diagnostischer Aktivität oder die Berücksichtigung von Knappheit jeweiliger Spezialisierungen mit dem Ziel der Lenkung in diese sein – weniger statusbezogen und darum hinsichtlich der Messung gesetzlicher Ermächtigungen am Bestimmtheitsgrundsatz und am Parlamentsvorbehalt großzügiger zu beurteilen.

- 72 Eine genauere Bestimmung der Kriterien wird nur bezogen auf jeweilige Bewertungen nach § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V möglich sein. Wesentlich ist hier zunächst das verfassungskonform zu interpretierende gesetzliche Prinzip. Dieses kann dahingehend zusammengefasst werden, dass der BewA den EBM auf der Basis grundsätzlich gleicher vertragsärztlicher Zeithonorierung nach einem rationalen, nachvollziehbaren und damit auf seine Übereinstimmung mit dem Gesetz überprüfbar Programm festzusetzen hat. Dafür hat er die gesetzlich und durch Grundrechte beschränkte Gestaltungsfreiheit. Sie ist wegen des überprüfbar Programms zu unterscheiden von der Befugnis zu unbegründeten ad-hoc-Bewertungen. Diese aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG und dem Parlamentsvorbehalt hergeleiteten Anforderungen entsprechen im Übrigen denen des Gleichheitsgrundrechts: Nur auf der Basis eines systematischen Gesamtkonzepts der Bewertung lassen sich die notwendigerweise unterschiedlichen Punktzuordnungen zu Leistungen nach § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V als sachgerechte Differenzierungen begründen.
- 73 Den hier aus einer Auslegung des § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V im Lichte der Art. 12 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG hergeleiteten gesetzlichen Anforderungen entspricht, soweit ersichtlich, jedenfalls im Ansatz auch der BewA mit dem „Standardbewertungssystem (StaBS)“, welches im Prinzip einen einheitlichen „Lohn“ für die „Arztminute“ und entsprechend auf die Arztzeit umgelegte Praxiskosten für die Bewertung der abrechnungsfähigen Leistungen zugrundelegt und konsequenterweise den Leistungen kalkulatorische Arbeitszeiten des Vertragsarztes zuzuordnen hat.

- Siehe dazu Wetze/Liebold, Kommentar zu EBM und GOÄ, Online-Ausgabe, Version 2.0, 41. Lieferung Januar 2015, EBM-Kommentar, Einführung, Systematik des EBM -

### **3. Die Überprüfungspflicht nach § 87 Abs. 2 S. 2 SGB V**

- 74 Der BewA hat nach § 87 Abs. 2 S. 2 SGB V eine Überwachungspflicht hinsichtlich des als Rechtsnorm erlassenen BewA. Sie betrifft sowohl die Beschreibung der abrechenbaren Leistungen als auch deren Bewertung. Hier geht es allein um letzteres. Die beiden gesetzlichen Kriterien „Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik“ und „Erfordernis der Rationalisierung im Rahmen wirtschaftlicher Leistungserbringung“ und das Wort „noch“ deuten darauf hin, dass es um die Berücksichtigung von Veränderungen seit dem Zeitpunkt der Verabschiedung des EBM geht. Aber sowohl die Grund-

rechtsrelevanz der Festsetzung des wertmäßigen Verhältnisses der Leistungen zu einander (siehe Rz. 71) als auch Sinn und Zweck einer solchen Überwachung sprechen dafür, dass diese sich insgesamt auf die Kriterien der Festsetzung bezieht und darum auch die Frage umfasst, ob diese Festsetzung evtl. von Anfang an falsch oder zumindest aufgrund nunmehr zutage getretener besseren Informationen verbesserungsbedürftig war. Dafür spricht auch die Pflicht des BewA nach § 87 Abs. 3a SGB V, die Auswirkungen seiner Beschlüsse in verschiedener Hinsicht zu analysieren, u.a. hinsichtlich der vertragsärztlichen Honorare. Für die genannten Aufgaben wird der BewA durch das Institut nach § 87 Abs. 3a SGB V unterstützt.

#### **4. Die Rechtspositionen der Vertragsärzte im Hinblick auf die honorarrelevanten Beschlüsse und Verhaltensweisen des BewA**

- 75 Die von den Beschlüssen des BewA als Normadressaten Betroffenen – Kassen, KVen und Vertragsärzte – stehen in keinem Rechtsverhältnis zu diesem und können im Gegensatz zu den Trägerorganisationen GKV-Spitzenverband und KBV im Verhältnis zum eBewA auch nicht die Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte geltend machen. Folglich sind Vertragsärzte, welche sie betreffende Normen des BewA für rechtswidrig halten, darauf angewiesen, dies in der Rechtsbeziehung (gegebenenfalls auch im Wege der Feststellungsklage) zu klären, an der sie beteiligt sind, also gegenüber der KV.
- 76 In dem Rechtsverhältnis zwischen Vertragsarzt und KV ist, soweit dies relevant ist, zu klären, inwieweit Normen eventuell wegen Rechtswidrigkeit nichtig sind oder inwieweit – dies kann vor allem bei Verletzungen des Gleichheitsgrundrechts in Betracht kommen – die auf unterschiedliche in der Gestaltungsfreiheit des Normsetzers liegende Weisen beseitigt werden kann. Ob Regelungen des EBM rechtmäßig sind oder nicht, kann von Zwecksetzungen abhängen oder auch davon, ob gebotene Ermittlungen, die für eine korrekte Bewertung geboten waren wie beispielsweise der typische Zeiteinsatz des Vertragsarztes für eine jeweilige mit einem Punktwert versehene Leistung, ordnungsgemäß durchgeführt worden sind.
- 77 Hierfür stellt sich die Frage, inwieweit solche für die Rechtmäßigkeit relevanten Fakten bekannt zu machen sind. Dies erfordert eine Auseinandersetzung zum einen mit § 87 Abs. 3 S. 3 SGB V, wonach „ die Beratungen des Bewertungsausschusses einschließlich der Beratungsunterlagen und Niederschriften ... vertraulich“ sind, und zum anderen mit der Frage, inwieweit der BewA die seine Entscheidungen tragenden Erwägungen öffentlich zu machen hat. Die zweite Frage hat Vorrang, soweit sie verfassungsrechtlich ist, da dies für die (verfassungskonforme) Auslegung von § 87 Abs. 3 S. 3 SGB V Bedeutung haben kann.
- 78 Das BSG hat in einem Fall, in dem es um eine normative Festsetzung einer auf tatsächlicher Grundlage zu ermittelnden Größe ging, zu dieser Frage judiziert:
- „Ein Fehler der Festsetzung kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass der Bewertungsausschuss die Festlegung auf 54,1 % nicht näher

begründet hat. Eine generelle Pflicht, die ihn leitenden Erwägungen offen zu legen, besteht nicht. Akte der Rechtsetzung brauchen grundsätzlich nicht begründet zu werden (vgl BSGE 88, 126, 136 f = SozR 3-2500 § 87 Nr 29 S 156 mit Nachweisen aus der Rspr des BVerfG). ... Zu einer Begründung - spätestens im gerichtlichen Verfahren - ist der Normsetzer nur ausnahmsweise verpflichtet, etwa dann, wenn Grundrechtsbeeinträchtigungen von großer Intensität zu besorgen sind oder wenn sachliche Gründe für eine Regelung nicht ohne weiteres erkennbar sind und diese daher als willkürlich erscheinen könnte (BSGE 88, 126, 137 = SozR 3-2500 § 87 Nr 29 S 156 mit Hinweis auf zB BVerfGE 85, 36, 57).“ (BSG v. 15.5.2002 - B 6 KA 33/01 R, BSGE 89, 259 [juris-Rn. 27])

In dem zitierten Urteil des BSG aus dem Jahre 2001 heißt es entsprechend:

„... wie bei jeder Normgebung sind dem – vom betroffenen Kläger insoweit im Kern postulierten – Verlangen nach Transparenz und Offenlegung der Erwägungen des Normgebers im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung Grenzen gesetzt. Die Begründung von Akten der Rechtsetzung ist weder einfachgesetzlich (vgl § 39 Verwaltungsverfahrensgesetz, § 35 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch) noch aus Gründen des Verfassungsrechts geboten (vgl zB Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl 1998, § 39 RdNr 8 mwN in Fußnote 27; Liebetanz in Obermayer, VwVfG, 3. Aufl 1999, § 39 RdNr 14; BVerfG NVwZ 1987, 879; BVerwG NVwZ-RR 1993, 286). Nur wenn Grundrechtsbeeinträchtigungen von gewisser Intensität zu besorgen sind, muß ein Normgeber Annahmen und Wertungen, die ihn zur Schaffung einer Regelung bestimmt haben, spätestens in einem Gerichtsverfahren offenlegen (so BVerfGE 85, 36, 57 zur Festsetzung von Studienplatzkapazitäten durch Verordnung; vgl auch BVerfGE 54, 173, 197; 66, 155, 179 f). Außerhalb dieses Bereichs - wie hier beim Streit über eine einzelne Gebühren-Position des EBM-Ä - ist der Normgeber auf die Rüge hin, eine von ihm geschaffene Bestimmung verstoße gegen höherrangiges Recht, dagegen nicht generell verpflichtet, seinen Prozeß der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung in allen Einzelheiten offenzulegen; dieses gilt jedenfalls dann, wenn überhaupt tragende sachliche Gründe erkennbar sind, die die Regelung als nicht willkürlich erscheinen lassen.“ (BSG v. 16.5.2001 - B 6 KA 20/00 R, BSGE 88, 126 [juris-Rn. 37])

Diese zutreffenden Feststellungen lassen sich relativ einfach dahingehend zusammenfassen, dass Informationen über Zwecke, Wertungen oder Einschätzungen von Rechtssetzungsorganen genau dann gegeben werden müssen, wenn sie erforderlich sind, um die Rechtmäßigkeit und damit Gültigkeit der Norm beurteilen zu können. Wann dies der Fall ist, hängt vom jeweiligen Prüfungsmaßstab ab und ist sachbereichsbezogen wertend zu bestimmen (siehe zusammenfassend dazu oben Rz. 24, 32).

- 79 Soweit es bei Entscheidungen des BewA um Grundrechtspositionen von Vertragsärzten geht – hier also insbesondere um das Gebot der Gleichbehandlung, gegebenenfalls aber auch um die Frage, ob eine untergesetzliche Rechtsnorm nach ihrer Zielrichtung oder gemäß den Einschätzungen des BewA auf eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann –, ergibt sich aus dem Grund für eine Offenbarungspflicht zugleich ein korrespondierendes subjektives Recht des in seinem Grundrecht Betroffenen. Davon ist das BSG in dem oben (Rz. 78) zitierten Urteil, in welchem es eine Beobachtungs- und Überprüfungspflicht des BewA bejaht hatte, ebenfalls ausgegangen (BSG a.a.O. juris-Rn. 31 ff.).
- 80 Für die Auslegung von § 87 Abs. 3 S. 3 und 4 SGB V, die durch das GKV-VStG (dazu Rz. 9) eingefügt wurden, gilt insoweit ohne weiteres, dass das Gebot der Vertraulichkeit jedenfalls nicht einem zutreffend auf Grundrechte gestützten Offenbarungsverlangen entgegengesetzt werden kann. Das widerspricht auch im Übrigen nicht der gesetzgeberischen Intention. In der Begründung zum Regierungsentwurf heißt es hierzu:

„Die Regelung stellt klar, dass das in der Geschäftsordnung des Bewertungsausschusses bereits enthaltene Vertraulichkeitsgebot auch bei Auskunftersuchen nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) gilt. Nach § 3 Nummer 4 IFG besteht kein Anspruch auf Informationszugang, wenn die Information einer durch Rechtsvorschrift geregelten Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht unterliegt. Mit der gesetzlichen Klarstellung werden deshalb Zweifel an der Rechtsnormqualität beseitigt. ... Der Bewertungsausschuss als Teil der gemeinsamen Selbstverwaltung ist oft durch gegensätzliche Interessen geprägt, die von jeder Seite Kompromisse erforderlich machen. Den Teilnehmern am Bewertungsausschuss würde ohne die Zusicherung der Vertraulichkeit eine Äußerung ihrer fachlichen Meinung und die Zustimmung zu Kompromissen erschwert oder unmöglich gemacht, da sie befürchten müssten, dass entsprechende, ggf. im Laufe der Beratungen auch geänderte Positionierungen im Nachhinein öffentlich werden. Die Kompromissfindung und sachbezogene Diskussion als eines der Wesensmerkmale der Selbstverwaltung würde vor diesem Hintergrund deutlich beeinträchtigt.“ (BT-Drs. 17/6906, S. 61)

Es ging dem Gesetzgeber also um den Schutz vor dem generellen Informationsanspruch nach dem Informationsfreiheitsgesetz, nicht aber um die Abwehr von für den Grundrechtsschutz erforderlichen Informationsbegehren. Dies kann im Hinblick auf die doppelte Funktion des BewA einerseits als Gremium des Interessenausgleichs zwischen der Kassenseite und der Vertragsärzteseite und andererseits als hoheitlicher Regulierer des relativen „Wertes“ vertragsärztlicher Leistungen im Verhältnis zu anderen vertragsärztlichen Leistungen konkretisiert werden. Der mit der Einordnung des BewA als Vertragsinstrument notwendig verbunden ist, kann keine Grundlage dafür sein, ihn in seiner Funktion als Normsetzer für in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreifende und dem Gleichheitsgrundrecht unterworfenen Rechtsvorschriften von dem in Rz. 78 formulierten Standard zu befreien.

#### **IV. Eventueller Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG wegen ungleicher vertragsärztlicher Zeithonorierung von Psychotherapeuten im Verhältnis zu anderen Vertragsärztegruppen**

##### **1. Feststellung einer eventuellen Ungleichbehandlung**

- 81 Ausgangspunkt ist die bereits oben (Rz. 70 ff.) begründete Pflicht des BewA, grundsätzlich den Zeiteinsatz der vertragsärztlichen Leistungserbringer im Rahmen der Festsetzungen nach § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V gleich zu bewerten. Deshalb darf der hierauf bezogene Anteil des einer Leistung zugeordneten Punktwerts grundsätzlich allein auf den unterschiedlichen typischen Zeitbedarf des Vertragsarztes gestützt werden. Ausnahmen dafür kommen in Betracht, soweit es dafür eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gibt. Dies ist z.B. nach § 87 Abs. 2 S. 3, 2. Halbsatz und Abs. 2b S. 4 SGB V der Fall. Dieser Grundsatz gleicher Honorierung des typischen Zeiteinsatzes gilt mangels abweichender gesetzlicher Bestimmung auch im Verhältnis der Psychotherapeuten zu anderen Vertragsärztegruppen. Sollte feststehen, dass die Punktwerte für psychotherapeutische Leistungen im Verhältnis zu Leistungen anderer Fachärztegruppen auf einer niedrigeren Bewertung ihres Zeiteinsatzes beruhen, läge darin ein Verstoß gegen das im Wege der Gesetzesauslegung aus § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V herzuleitende Gebot gleicher Honorierung des Zeiteinsatzes, soweit sich dafür keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage findet.
- 82 Zugleich wäre dies eine Ungleichbehandlung, die am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftig wäre. Allerdings ist hier zu beachten, dass es nicht unmittelbar um die Ungleichbehandlung der Gruppen geht, welche der Rechtsprechung des BSG zur Honorarverteilungsgerechtigkeit (Rz.1) zugrunde liegt. Dort geht es um die vom BSG definierte Gruppe der mit nahezu ausschließlich zeitgebundenen und genehmigungsbedürftigen psychotherapeutischen Leistungen voll ausgelasteten Psychotherapeuten. Hier geht es um die Ungleichbehandlung bestimmter im EBM definierter abrechnungsfähiger Leistungen – unabhängig davon wer sie befugterweise erbringt. Das ist zunächst in den oben (Rz. 23) zitierten Kategorien eine Ungleichbehandlung lediglich von Sachverhalten. Inwieweit dies wegen der Verhältnisse des Sachbereichs doch wieder auf eine Ungleichbehandlung von Personengruppen hinausläuft, bedürfte einer Überprüfung am konkreten Fall.
- 83 Diese Überprüfung müsste sich auf die Grundlagen der Bewertungen nach § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V beziehen, also aktuell auf das Standardbewertungssystem und dort sowohl auf die Systemelemente als auch auf die in das System einzugebenden empirischen Annahmen oder normativen Setzungen. Dafür fehlen allerdings derzeit noch die Voraussetzungen. Derzeit ist zwar der Zeiteinsatz für psychotherapeutische Leistungen einfach zu bestimmen, soweit diese Leistungen gem. Vorgaben des G-BA und des BewA nach Minuten bemessen werden und deren Relationen zu weiteren damit verbundenen Arbeiten zutreffen, welche das BSG zur Ermittlung des Zeiteinsatzes für voll ausgelastete Psychotherapeuten zugrundegelegt hat.

- Siehe BSG v. 25.8.1999 (Rz. 1, juris-Rn. 25); BSG v. 11.9.2002 - B 6 KA 41/01 R, USK 2002-95 (juris-Rn. 20); BSG v. 28.5.2008 (Rz. 1, juris Rn. 22, 27) -

Umgekehrt dürfte dies aber für viele Leistungen anderer Vertragsärztegruppen nicht zutreffen. Als Teil des StaBS liegen zu vielen Leistungen in Anhang 3 zum EBM Angaben zu den dafür vom BewA kalkulatorisch zugrundegelegten Zeiten vor. Zu vielen Leistungen aber auch nicht, und soweit sie vorliegen, ist unbekannt, ob es empirisch ermittelte, einfach nur pauschal geschätzte oder „ausgehandelte“ Annahmen sind. Auch ist unbekannt, ob diese Annahmen, sollten sie einmal eine empirische Grundlage gehabt haben, im Laufe der Zeit nach § 87 Abs. 2 S. 2 SGB V überprüft worden sind. In der öffentlich zugänglichen Literatur findet sich wenig hierzu. Allerdings ist ein Rechtsgutachten des IGES-Institut im Auftrag des GKV-Spitzenverbandes aus dem Jahr 2010 öffentlich zugänglich.

- Iges-Institut GmbH, Plausibilität der Kalkulation des EBM. Expertise im Auftrag des GKV-Spitzenverbandes, Berlin, August 2010 (aufgesucht unter [http://www.iges.de/sites/iges.de/myzms/content/e6/e1621/e10211/e5280/e5342/e7150/e7784/attr\\_objjs7786/IGES\\_Institut\\_Expertise\\_EBM\\_ger.pdf](http://www.iges.de/sites/iges.de/myzms/content/e6/e1621/e10211/e5280/e5342/e7150/e7784/attr_objjs7786/IGES_Institut_Expertise_EBM_ger.pdf)) -

Hierin wird behauptet, die Kalkulationszeiten je EBM-Leistung seien „weder empirisch erhoben noch aktualisiert, d. h. nicht an ggf. entstandene Produktivitätsverbesserungen angepasst worden“ (a.a.O. S. 20). Sie seien vielmehr „ohne systematische Zeiterhebungen“ „in Expertengesprächen geschätzt und dann sämtlich normativ festgelegt“ worden (a.a.O. S. 29). Sollte dies zutreffen, wäre die in Rz. 74 zusammengefassten Anforderungen an den BewA nicht erfüllt.

84 Hier stellt sich die Frage nach dem zur Sicherung des Grundrechtsschutzes gebotenen Maß an Überprüfung und Darlegung (dazu Rz. 78). Aus mehreren Gründen dürfte vom BewA zu verlangen sein, dass er mit vertretbarem Aufwand mögliche Überprüfungen durchführt und deren Ergebnisse Betroffenen zugänglich macht sowie umsetzt. Zum einen gilt für die Prüfung der honorarverteilungsrelevanten untergesetzlichen Entscheidungen wegen einer gewissen „Verdächtigkeit“ der Entscheidungsstrukturen in den KVen und der KBV ein eher strenger Prüfungsmaßstab im Rahmen der Gleichheitsprüfung (dazu Rz. 56). Das schlägt auch auf die Entscheidungen des BewA durch, soweit es nur um die Relationen unter den Vertragsärzten bei gegebener Vergütungslast der Kassen geht (siehe Rz. 47). Zum anderen ist auch hier der schon in der Rechtsprechung des BSG zum Tragen gekommene (Rz. 10, 26) Unterschied der zeitgebundenen zu nicht zeitgebundenen Leistungen zu berücksichtigen. Angesichts der starren Zeitabhängigkeit der Hauptmenge der psychotherapeutischen Leistungen ist die Überprüfung der Leistungen von Vergleichsgruppen das einzige Mittel, um die Einhaltung des Gebots gleicher Zeithonorierung durchzusetzen.



- 85 Schließlich zeigt die Erfahrung seit Integration der Psychotherapie in die vertragsärztliche Versorgung, dass es immer wieder in Anwendung der jeweils beschlossenen EBM zu Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG gekommen ist. Es liegt nahe, dass – jedenfalls seit der BewA nach § 87 Abs. 2c S. 6 SGB V für die Gewährleistung von Honorarverteilungsgerechtigkeit zuständig ist – etwaige Verletzungen dieses Grundsatzes überwiegend auf inkorrekten Bewertungen durch den BewA beruhen. Inwieweit die derzeit laufende Überprüfung der Jahre ab 2009 wieder zum Bedarf einer rückwirkenden Korrektur führt, ist noch unbekannt. Jedenfalls wäre dies ein Indiz dafür, dass die vordergründig nur als Ungleichbehandlung von Sachverhalten erscheinenden Bewertungsunterschiede doch auch wieder faktische Ungleichbehandlungen von Personengruppen sind. Jedenfalls ist aber aus den oben (Rz. 16 ff.) genannten Gründen die rückwirkende Anpassung in Erfüllung der Pflicht aus § 87 Abs. 2c S. 6 SGB V kein Grund für einen Abstrich hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs für die primäre Sicherung einer dem Gleichheitsgrundrecht genügenden Honorierung.
- 86 Vor diesem Hintergrund ist der Sachverhalt einer Ungleichbehandlung in zweifacher Hinsicht zu bejahen. Zum einen liegt schon eine Ungleichbehandlung hinsichtlich der zeitgebundenen und der nicht zeitgebundenen Leistungen insofern vor, als nur bei letzteren ein Spielraum für Steuerung des Entgelts durch Annahmen über die Dauer der Leistung möglich ist. Diese Ungleichbehandlung ist aus den in Rz. 85 genannten Gründen relevant und damit auf ihre Rechtfertigung prüfungswürdig. Zum anderen ist angesichts der mangelnden Transparenz hinsichtlich der Gewinnung der Annahmen über den zugrunde gelegten Zeitbedarf derzeit nicht auszuschließen, dass tatsächlich eine „normative“ Setzung vorliegt. Das wäre in den Kategorien des Art. 3 Abs. 1 GG für eine Tatsachenannahme wie diejenige zum typischen Zeitbedarf einer Verrichtung ein Verzicht auf plausible Begründung, also Willkür. Auf dieser Basis wären alle kalkulatorischen Zeitannahmen im Prinzip auf ihre Rechtfertigung prüfungswürdige Ungleichbehandlungen im Verhältnis zu anderen Zeitannahmen. Jedenfalls im Verhältnis zu den Psychotherapeuten mit weit überwiegenden zeitgebundenen Leistungen ist dies auch eine Ungleichbehandlung von Personengruppen.

## **2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung**

- 87 Sollte sich herausstellen, dass den Bewertungen nach § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V in relevantem Maße zu hohe Annahmen über den Zeiteinsatz von Vertragsärzten zugrunde liegen, kämen im Prinzip noch Gründe von solcher Art und von solchem Gewicht in Betracht, dass eine ungleiche Behandlung gerechtfertigt ist (Rz. 25). Das würde allerdings eine plausible Darlegung solcher Gründe voraussetzen, also die Widerlegung des Verdachts der Willkür oder zumindest der unzureichenden empirischen Fundierung der Zeitannahmen. Für solche Gründe würde aber auch der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gelten. Es wären also mögliche zu hohe Annahmen zum Zeitbedarf auf gesetzliche Ausnahmen zum Grundsatz gleicher Zeithonorierung (Rz. 70 ff.) zu stützen. Praktisch wäre dies eine regelungstechnische Nutzung des Zeitelements zur Verfolgung von ganz anderen Zielen. Dies würde zum Beleg dafür, dass keine Willkür vorliegt, jedenfalls eine transparente Trennung der Einschätzung über den tatsächlichen

Zeitbedarf von dem Element erfordern, welches anderen Zielen dient. Ob dies möglich ist und welcher sachbereichsbezogenen Prüfungsmaßstab für diese nicht allein auf mit weit überwiegend zeitgebundene und genehmigungsbedürftige Leistungen abrechnende Psychotherapeuten beschränkte Prüfung gilt, kann nur anhand konkreter Ermittlung des einschlägigen Sachbereichs erörtert werden.

#### **V. Das aktuelle Modell der Umsetzung von §§ 87 Abs. 2c S. 6, 87b Abs. 2 S. 3 SGB V als Ungleichbehandlung von Personengruppen**

88 In den Urteilen, mit welchen das BSG die Rechtsprechung zur kompensatorischen (siehe Rz. 16) Sicherung der Honorarverteilungsgerechtigkeit gegenüber praktisch ausschließlich psychotherapeutisch tätigen Psychotherapeuten einleitete, sah der Senat in der zu beurteilenden Situation anstelle einer Ungleichbehandlung eine der Korrektur bedürftige Gleichbehandlung. Grundlage war die Einschätzung, dass die Bewertung im EBM rechtmäßig war und die angegriffene Honorarverteilung auf der Basis einheitlicher Verwendung der in Punkten ausgedrückten Leistungsbewertungen eine Gleichbehandlung darstelle. Es bestehe aber eine rückwirkend umzusetzende Pflicht zur Ungleichbehandlung, weil die vergleichbaren Ärztegruppen, deren Leistungen nicht zeitgebunden seien, anders als die Psychotherapeuten den stattgefundenen Punktwertverfall nicht durch Leistungsausweitung hätten kompensieren können.

- BSG v. 25.8.1999 (Rz. 1, juris-Rn. 21 f.); siehe auch schon BSG v. 20.1.1999 (Rz. 1, juris-Rn. 38) -

Nun lassen sich regelmäßig gebotene Ungleichbehandlungen auch dadurch in Gleichbehandlungen umformulieren, dass auf einer höheren Abstraktionsebene auf den letztlich relevanten Vergleichsgesichtspunkt rekurriert wird.

- Siehe dazu Heun, in: Dreier (Hrsg), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 24 -

In den auf die Zeit vor 2000 bezogenen Fällen war der Vergleichsgesichtspunkt auf höherer Abstraktionsebene der – in bestimmter Weise charakterisierte – Ertrag aus vertragsärztlicher Tätigkeit, der durch die Honorarverteilung bestimmt wurde. Die erforderliche Gleichbehandlung hinsichtlich dieses Ertrags hatten nach der damaligen Rechtsprechung die KVen durch Ungleichbehandlung im Umgang mit den sich nach dem BewA ergebenden Punktzahlen zu schaffen.

89 Soweit es der Bewertungsausschuss selbst ist, der die gebotene Gleichbehandlung gemäß der Rechtsprechung des BSG zu gewährleisten hat (§ 87 Abs. 2 S. 6 SGB V), bedarf es dieses Umwegs über das Gebot sachgerechter Differenzierung nicht mehr. - Der BewA hat selbst die Gleichbehandlung im Rahmen seiner Bewertung nach § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V zu sichern. Das galt sogar für die ergänzende Pflicht zur Sicherung von Honorarverteilungsgerechtigkeit nach § 87b Abs. 2 S. 3 SGB V, solange hierfür der BewA den KVen nach § 85 Abs. 4a S. 1 SGB V in der bis Ende 2011 geltenden

Fassung inhaltliche Vorgaben zu machen hatte. Seit der Änderung durch das GKV-VStG (Rz. 9) ist diese Kompetenz auf die KBV übergegangen, die hierzu das Benehmen mit dem GKV-Spitzenverband herzustellen hat. Damit kann es wieder zur Konstruktion der Gewährleistung von Honorierungsgleichheit durch ungleichen Umgang bei der Umsetzung von Entscheidungen des BewA kommen.

90 Für den Prüfungsmaßstab hinsichtlich der Gleichheitsprüfung kann dieser ersichtlich allein rechtstechnische Unterschied keine Rolle spielen. Vielmehr geht es in der Sache um das vom BSG seit 1999 entwickelte Programm der Honorarverteilungsgerechtigkeit, welches jetzt in §§ 87 Abs. 2c S. 6 und 87b Abs. 2 S. 3 SGB V als gesetzliches Programm zu verstehen ist. Seine Elemente können ohne weiteres daraufhin gewürdigt werden, ob sie Gleiches gleich und Ungleiches gemäß seiner Verschiedenheit angemessen behandeln. Hierfür soll die aktuelle Grundlage des Modells betrachtet werden, die im EBM umgesetzt worden ist (oben Rz. 7 und 8). Sie beansprucht, durch die Leistungsbewertung antrags- und genehmigungsbedürftiger psychotherapeutischer Leistungen sowie die Normierung zeitbezogener Kapazitätsgrenzen zur Verhinderung einer übermäßigen Ausdehnung der Leistungserbringung anstelle von Regelleistungsvolumen für die ausschließlich psychotherapeutisch tätigen Leistungserbringer das Modell des BSG umzusetzen.

91 Inwieweit dies gelungen ist, soll, wie bereits oben (Rz. 14) gesagt, hier nicht erörtert werden. Auch kann es nicht um Feinheiten der Technik gehen. Vielmehr sollen allein die zentralen Elemente des Modells auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG untersucht werden. Diese zentralen Elemente sind die Vergleichsgruppen, also der „Fachgruppenmix“ im Verhältnis zu den fast ausschließlich zeitgebundene und genehmigungsbedürftige Psychotherapie erbringenden Leistungserbringern, und das Kriterium für die Gleichbehandlung, nämlich der Vergleich des Ertrags aus vertragsärztlicher Tätigkeit vollausgelasteter Psychotherapeuten mit dem entsprechenden durchschnittlichen Ertrag der Fachärzte des „Fachgruppenmix“. Für beide Elemente ist zu klären, inwieweit sie eine Ungleichbehandlung durch den Normsetzer enthalten und ob diese gegebenenfalls gerechtfertigt ist.

## **1. Der „Fachgruppenmix“ anstelle des Durchschnitts aller Fachärzte**

### **a) Der Tatbestand der Ungleichbehandlung**

92 Der Fachgruppenmix aus den Facharztgruppen der Augenärzte, Chirurgen, Frauenärzte, HNO-Ärzte, Hautärzte, Orthopäden und Urologen, den der BewA als Vergleichsgruppe zu Gruppe der Psychotherapeuten bestimmt hatte, wurde durch das BSG als angemessen anerkannt, da eine Vergleichbarkeit grundsätzlich nur mit der Einkommenssituation der Fachärzte der unteren Einkommensgruppen geboten gewesen sei, und der Fachgruppenmix sogar mehr sei als geboten.

Angesichts der generellen Unterschiedlichkeit der typischen Einkommenssituation der verschiedenen Facharztgruppen stellt sich die Frage, ob im Abstellen auf eine unterdurchschnittlich verdienende Gruppe anstelle des Durchschnitts aller Facharztgruppen überhaupt eine Ungleichbehandlung zu sehen ist. So ist nicht ersichtlich, ob ohne den vom BSG angenommenen Grund für das kompensatorische Programm, die überwiegende gleichzeitige Zeitgebundenheit und Genehmigungsbedürftigkeit der psychotherapeutischen Leistungen das Einkommen der Fachgruppe der Psychotherapeuten höher gelegen hätte als dasjenige des Fachgruppenmix.

### **b) Die Rechtfertigung einer hypothetisch unterstellten Ungleichbehandlung**

93 Aber selbst wenn man im Verzicht auf die Einordnung der Psychotherapeuten im Durchschnitt aller Fachgruppen eine Ungleichbehandlung sähe, gäbe es keinen Anhaltspunkt, diese als nicht gerechtfertigt anzusehen. Hierfür ist zu berücksichtigen, dass es in diesem Abschnitt nicht erneut um das Problem unterschiedlicher Bewertung des tatsächlichen Zeiteinsatzes für abrechnungsfähige Leistungen geht (dazu Abschnitt IV), sondern allein um die Ungleichbehandlungen im Modell, welches auf das Gesamtergebnis des Ertrags aus vertragsärztlicher Tätigkeit abstellt. Bezogen auf das Gesamtergebnis gehört nun aber der generelle Sachverhalt, dass die verschiedenen Ärztegruppen unterschiedliche typische Einkommenssituationen haben, zu den Besonderheiten des Sachbereichs, innerhalb dessen die Gleichheitsprüfung anzustellen ist. Selbst ausgehend vom Prinzip grundsätzlich gleicher Zeithonorierung (Rz. 70 ff.) gibt es genügend Gründe, warum die auch andere Aspekte wie den Kapitaleinsatz, die Beschäftigung nicht vertragsärztlichen Personals sowie gesetzliche Ermächtigungen zur Differenzierung berücksichtigende Leistungsbewertung und Honorarverteilung die Erträge unterschiedlich macht. Hinzu kommen weitere mögliche Sachverhalte, die auf unterschiedlichen unternehmerischen Konzepten beruhen. Dies alles gehört zu den allgemeinen Rahmenbedingungen vertragsärztlicher Tätigkeit, welche auch von anderen Fachgruppen hinzunehmen sind.

## **2. Der Vergleich vollausgelasteter psychotherapeutischer Praxen mit durchschnittlichen Praxen der Vergleichsgruppe**

### **a) Der Tatbestand der Ungleichbehandlung**

94 Bereits seit der ersten Entscheidung zu Honorarverteilungsgerechtigkeit mit Bezug auf Psychotherapeuten gehört zum Programm der Herstellung der Gerechtigkeit der Vergleich voll ausgelasteter psychotherapeutischer Praxen mit durchschnittlichen Praxen der Vergleichsgruppe. Dies waren zunächst die Ärzte für Allgemeinmedizin und die praktischen Ärzte

- BSG v. 25.8.1999 (Rz. 1, juris-Rn 27) -

und später der Fachgruppenmix

- BSG v. 28.5.2008 (Rz. 1, juris-Rn. 41) -

Um hierin eine Ungleichbehandlung zu sehen, bedürfte es eines gemeinsamen übergeordneten Gesichtspunktes, des sogenannten tertium comparationis,

- siehe Heun, in: Dreier (Hrsg), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 19, 24 -

bezogen auf welches die Situation aufgrund staatlicher Regelung ungleich ist.

- 95 Dieser übergeordnete Gesichtspunkt ist die Angemessenheit der vertragsärztlichen Einkommenssituation. Nach dem vom BSG entwickelten Programm zur Honorarverteilungsgerechtigkeit ist es jedenfalls unter verfassungsrechtlichem Aspekt nicht unangemessen, wenn mit vertragsärztlicher Versorgung vollausgelastete Psychotherapeuten einkommensmäßig ungefähr so dastehen wie die Vergleichsgruppe hinsichtlich ihrer vertragsärztlichen Einkommen durchschnittlich dasteht. Das ist eine ungleiche Situation.
- 96 Diese Situation beruht auch auf einer Ungleichbehandlung. Das war zunächst eine Ungleichbehandlung durch die Justiz und dürfte mit der prinzipiellen Anerkennung des vom BSG entwickelten Konzepts und der Zuweisung der Umsetzung an den BewA nun auch eine solche durch den Gesetzgeber sein (siehe auch Rz. 3 f.). Angesichts der Vagheit des gesetzgeberischen Auftrags, „eine angemessene Höhe der Vergütung je Zeiteinheit zu gewährleisten“, kann allerdings § 87 Abs. 2c S. 6 SGB V nicht als gesetzgeberisches Gebot verstanden werden, diese Ungleichbehandlung zu normieren. Insofern wäre das Gesetz problemlos einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich.

#### **b) Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung**

- 97 Das BSG hat in der Ausgangsentscheidung vom 20.1.1999 (Rz. 1, juris-Rn. 40) das Abstellen auf eine vollausgelastete psychotherapeutische Praxis zum einem mit dem Argument gerechtfertigt, bei ihr sei der eigentliche Grund dafür erfüllt, überhaupt kompensatorisch unter dem Aspekt der Honorarverteilungsgerechtigkeit vorzugehen, da erst dann der Sachverhalt gegeben sei, dass der Psychotherapeut aufgrund der Zeitgebundenheit seiner Leistungen anders als andere Leistungserbringer sinkende Punktwerte nicht mehr durch Leistungsausweitung kompensieren könne. Zum anderen hatte es, gestützt durch Tatsachen, angenommen, es gebe im Gegensatz zu anderen Fachgruppen zu viele atypisch unausgelastete psychotherapeutische Praxen:

„Bezugspunkt für die Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung der ausschließlich psychotherapeutisch tätigen Ärzte durch die Honorarverteilung einer KÄV kann nicht der durchschnittliche Umsatz psychotherapeutischer Praxen sein. Die von den Klägern dazu im Klage- und Berufungsverfahren vorgelegten und vom LSG teilweise ausgewerteten Unterlagen deuten darauf hin, dass zahlreiche psychotherapeutische Praxen

Umsätze erzielen, die von vornherein Zweifel daran wecken, ob insoweit der oder die Praxisinhaber mit ihrer vollen Arbeitskraft vertragsärztlich tätig sind bzw sein wollen. Zwar wird es sog "Teilzeitpraxen" in zahlreichen Arztgruppen und nicht nur bei den psychotherapeutisch tätigen Ärzten geben, doch setzt in den meisten ärztlichen Fachgebieten die Notwendigkeit erheblicher Investitionen in apparativer, persönlicher und räumlicher Hinsicht den Möglichkeiten, mit Aussicht auf wirtschaftlichen Erfolg eine vertragsärztliche "Teilzeitpraxis" zu führen, enge Grenzen. Insoweit liegen die Dinge hinsichtlich der psychotherapeutischen Tätigkeit anders, weil hier nach den Angaben der Beteiligten lediglich eine minimale Infrastruktur (ein Raum, Bürohilfskraft für wenige Stunden) erforderlich ist, um eine Praxis führen zu können. Maßstab für die Vergleichsprüfung kann deshalb nur eine psychotherapeutische Praxis sein, in der der oder die Praxisinhaber jeweils mit ihrer vollen Arbeitskraft und einem zeitlichen Einsatz, der demjenigen der Ärzte anderer Arztgruppen - wie etwa der Psychiater oder der Allgemeinmediziner - vergleichbar ist, vertragsärztlich tätig sind." (juris-Rn. 42)

- 98 Für das Abstellen auf den Durchschnitt einer Vergleichsgruppe – in diesem Urteil zog das BSG noch als mögliche Gruppe die Psychiater heran – 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 Praxiskosten) vergleichbarer Arztgruppen“ die Honorarverteilungsgerechtigkeit verletzt sei. (BSG v. 20.1.1999, juris-Rn. 41)
- 99 Diesen Ansatz hat das BSG im Urteil vom 25.8.1999 (Rz. 1, juris-Rn. 27) bestätigt und hat als Vergleichsgröße den Durchschnittsertrag der Ärzte für Allgemeinmedizin bzw. praktischen Ärzte zugrunde gelegt. Auch in folgenden Entscheidungen, die nun zu entsprechenden Regelungen des BewA ergingen, hat das BSG sein und nunmehr des BewA Festhalten am Durchschnittsertrag der jeweiligen Vergleichsgruppe nicht weiter begründet,

-BSG v. 28.1.2008 - B 6 KA 25/03 R, SozR 4-2500 § 85 Nr 7 (juris-Rn. 19); BSG v. 28.1.2008 - B 6 Ka 52/03 R (juris-Rn. 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 persönlichen 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 ver-

schieben. 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).

100 Dabei blieb es auch in der letzten grundsätzlichen Entscheidung zur Honorarverteilungsgerechtigkeit bzw. jetzt genauer zum gesetzlichen Gebot angemessener Höhe der Vergütung psychotherapeutischer Leistungen je Zeiteinheit. Im Urteil vom 28.5.2008

- BSG v. 28.5.2008 - B 6 Ka 9/07 R, BSGE 100, 254 (juris-Rn. 23, 27) -

wird die Orientierung am Durchschnitt nun des Fachgruppenmix erneut bestätigt und hinsichtlich der Vergleichsgruppe der Hinweis gegeben, diese sei „typischerweise hauptberuflich in Vollzeit“ tätig (juris-Rn. 29).

101 Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass für die Orientierung am Durchschnitt der jeweiligen Vergleichsgruppe zum einen davon ausgegangen wird, dies sei allenfalls noch akzeptabel (Rz. 97) und zum anderen darauf abgestellt wird – so dürfte das Urteil zu verstehen sein – dass durchschnittliche Praxen der Vergleichsgruppe üblicherweise einer Vollaustattung einigermaßen nahe sein dürften (Rz. 99).

102 Damit die Ungleichbehandlung nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, müssten die Gründe – sie können sicherlich auch dem BewA als untergesetzlichem Normsetzer zugerechnet werden – von solcher Art und solchem Gewicht sein, dass sie in einer Abwägung mit dem Gewicht der Ungleichbehandlung diese rechtfertigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass grundsätzlich das Prinzip gleicher Zeithonorierung gilt (Rz. 70 ff.) und dass weiterhin das Gros der vertragsärztlichen Leistungen nicht zeitgebunden ist.

103 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.

104 Damit bleiben nur praktische Erwägungen zur Rechtfertigung übrig. In die Richtung dürfte die Bemerkung gehen, die sonstigen Vertragsärzte seien „typischerweise hauptberuflich in Vollzeit“ tätig (Rz 99). Eine solche Rechtfertigung, die bei etwas genauerer Ausformulierung lauten könnte, der Unterschied aufgrund der Ungleichbehandlung sei nicht sonderlich groß, während eine Bestimmung der Vergleichsgruppe auf der Basis von Vollaustattung einen großen Ermittlungsaufwand erfordere, ist in der Tat nicht von

der Hand zu weisen. Das würde insbesondere gelten, wenn es gar keine Anhaltspunkte gäbe, wie hoch der Ertrag einer vollausgelasteten Praxis in den Vergleichsgruppen annäherungsweise wäre.

- 105 Sollte dieses Problem bestehen, wäre die Schwierigkeit der annäherungsweisen Bestimmung des Ertrages vollausgelasteter Vergleichspraxen, mit dem oben (Rz. 74, 82 ff.) erörterten möglicherweise gegebenen Defizit hinsichtlich der Bestimmung der Zeiteile jeweiliger Punktmengen für Leistungen verknüpft. Sofern der BewA wie geboten den in den Vergleichspraxen anfallenden Leistungen realistische Zeitkontingente zuordnen könnte, wäre es sicherlich ohne größeren Aufwand möglich den durchschnittlichen Mix jeweiliger von den Vergleichsgruppen erbrachten Leistungen auf eine vollausgelastete Praxis hochzurechnen. Insofern wären praktische Schwierigkeiten kaum ein Grund, die jetzige Ungleichbehandlung beizubehalten. Im Gegenteil dürfte es sogar nach dem Standardbewertungssystem nötig sein, auch für die nicht zeitgebundenen Leistungen kalkulatorisch eine Hochrechnung von Praxen auf ungefähre Vollauslastung mit allein vertragsärztlichen Leistungen vorzunehmen, um zu vermeiden, dass Kostenanteile für privatärztliche Tätigkeiten, IGEL-Leistungen oder Leistungen für andere Sozialleistungsträger wie z.B. die gesetzliche Unfallversicherung in die Leistungsbewertung nach § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V eingehen.
- 106 Eine solche Hochrechnung auf vertragsärztliche Vollauslastung würde noch ein weiteres Problem beseitigen, welches die jetzige Vergleichskonstellation problematisch macht. Während die modellhafte Berechnung für eine vollausgelastete psychotherapeutische Praxis allein vertragsärztliche Leistungen zugrunde legt, ist der Durchschnittsertrag der Vergleichsgruppen schon darum typischerweise von einer Vollauslastung entfernt, weil der Zeitverbrauch für sonstige in Rz. 105 genannte Tätigkeiten nicht einbezogen ist. Dies macht den Vergleich noch weniger akzeptabel und ist auch ein Argument gegen die These, eine Tätigkeit „hauptberuflich in Vollzeit“ sei schon darum der modellhaft errechneten Vollauslastung der psychotherapeutischen Praxis im Wesentlichen vergleichbar.
- 107 Angesichts dieser Situation kann die Ungleichbehandlung hinsichtlich des Auslastungsgrades der psychotherapeutischen Praxen und der Praxen der Vergleichsgruppen nicht als gerechtfertigt angesehen werden.
- 108 Sollte es aktuell – unter Verstoß gegen die Pflicht, den Leistungen nach Möglichkeit typische realistische Zeitkontingente zuzuordnen (Rz. 74, 82 f.) – nicht möglich sein, die in Rz. 104 skizzierte Hochrechnung vorzunehmen, müsste gegebenenfalls gröber geschätzt werden, bis der BewA unter Einsatz des Instituts des BewA zu einer genaueren Bestimmung in der Lage ist.



## 109 C. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Das Gutachten prüft
  - a) die Verfassungsmäßigkeit des Modells zur Herstellung von Honorarverteilungsgerechtigkeit durch den Vergleich vollausgelasteter psychotherapeutischer Praxen mit durchschnittlichen Praxen der vom BewA ausgewählten Facharztgruppen („Fachgruppenmix“) sowie
  - b) die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Leistungsbewertung nach § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V im Hinblick auf die Bewertung der für die jeweilige Leistung typischerweise einzusetzende vertragsärztliche Arbeitszeit.
2. Der Prüfungsgegenstand b) ist wegen des nur kompensatorischen und typischerweise nachträglichen Modells zur Herstellung von Honorarverteilungsgerechtigkeit nicht überflüssig. Das gilt nicht nur wegen des wirtschaftlichen Werts rechtzeitiger angemessener Honorierung, sondern auch wegen aufgrund der gegebenen Interessenstrukturen erwartbarer insgesamt größerer Widerstände in der (gemeinsamen) Selbstverwaltung.
3. In Anwendung des Verfassungsgrundsatzes sachbereichsabhängig unterschiedlicher Prüfungsintensität von Ungleichbehandlungen am Maßstab des Gleichheitsgrundrechts zeichnet sich die Rechtsprechung zur Honorarverteilungsgerechtigkeit im Hinblick auf die Honorierung fast ausschließlich zeitgebundener und genehmigungspflichtiger Psychotherapie durch zwei gegensätzliche Tendenzen aus: Einerseits strikte Prüfung am Maßstab des 1999 entwickelten Modells, andererseits Betonung eines besonders großen Gestaltungsspielraums der zuständigen Organe der (gemeinsamen) Selbstverwaltung.
4. Gemessen an den Kriterien des BVerfG für die Zulässigkeit hoheitlich bindender Entscheidungen von Institutionen funktionaler Selbstverwaltung bestehen wegen der Interesseninhomogenität der Träger der vertragsärztlichen Selbstverwaltung begründete Zweifel, „dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden“ (BVerfGE 107, 59).
5. Der verfassungskonforme Weg zur gleichzeitigen Wahrung des sozialpolitischen Modells der (gemeinsamen) Selbstverwaltung auch für die Honorarrelationen unter den Vertragsärzten ist eine umso strengere Prüfung am Maßstab des Gleichheitsgrundrechts, je weniger strikt die gesetzlichen Vorgaben sind.
6. Die Anforderungen an die gesetzlichen Vorgaben für die untergesetzliche Regelung der vertragsärztlichen Honorierung haben dem Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG und dem Parlamentsvorbehalt für Grundrechtseingriffe zu genügen. Diese Anforderungen sind strenger für Bestimmung der Honorarrelationen zwischen den Fachgruppen als für den Aushandlungsprozess zwischen der Kassen- und der Vertragsärzteseite.
7. § 87 Abs. 1 S. 2 SGB V ist dahingehend auszulegen, dass die Bewertung der vertragsärztlichen Leistungen auszugehen hat von der prinzipiellen Gleichwertig-

keit des Zeiteinsatzes der Leistungserbringer (Prinzip gleicher Zeithonorierung). Bewertungsdifferenzierungen, die zu einer ungleichen Honorierung des Zeiteinsatzes führen, sind darum nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung zulässig, deren Anwendung ihrerseits mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sein muss. Diese Ermächtigung hat umso spezifischer zu sein, je mehr eine Ungleichbehandlung von Leistungen auch eine solche von Personengruppen ist.

8. Zur Erfüllung dieser gesetzlichen Pflicht bedarf es eines nachvollziehbaren Systems der Bewertungsfestsetzung nach § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V, welches die Einzelschritte der Bewertung erkennen lässt. Dieses System hat auch Grundlage der nach § 87 Abs. 2 S. 2 SGB V gebotenen Überprüfung der Bewertungen zu sein. Inwieweit das sogenannte „Standardbewertungssystem“ des BewA diesen Anforderungen genügt, bedarf der Prüfung.
9. Die Pflichten gemäß Nr. 7 und Nr. 8 bestehen auch im Interesse der betroffenen Leistungserbringer. Diese können darum eine eventuelle Rechtswidrigkeit der Bewertungen nach § 87 Abs. 2 S. 1 und Defizite der Überprüfung nach § 87 Abs. 2 S. 2 SGB V auch gegenüber sie betreffenden Honorarverteilungsmaßstäben und darauf beruhenden Honorarbescheiden geltend machen.
10. Soweit Informationen über Zwecke, Wertungen oder Einschätzungen des BewA erforderlich sind, um die Erfüllung der Pflichten nach Nr. 7 und Nr. 8 beurteilen zu können, sind diese in dem zur Überprüfung erforderlichem Umfang bekannt zu geben. Dieser Pflicht entspricht ein subjektives Recht der in ihren Grundrechten Betroffenen. Dem steht das Gebot der Vertraulichkeit gem. § 87 Abs. 3 S. 3 und 4 SGB V nicht entgegen.
11. Sofern aktuell nicht belegbar ist, dass die zeitabhängigen Leistungen im EBM prinzipiell gleich bewertet sind wie die nicht zeitabhängigen Leistungen, ist dieser Sachverhalt rechtswidrig und löst eine Pflicht des BewA zur Überprüfung aus.
12. Eine derartige ungleiche Bewertung ohne hinreichende gesetzliche Ermächtigung ist eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung.
13. Ob die Bildung des aktuellen „Fachgruppenmix“ als Vergleichsgruppe zu derjenigen der „Psychotherapeuten“ eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG darstellt, ist zweifelhaft. Sollte dies der Fall sein, wäre dies gerechtfertigt.
14. Der Vergleich vollausgelasteter psychotherapeutischer Praxen mit lediglich durchschnittlichen Praxen der Vergleichsgruppe gemäß dem Modell der Herstellung von Honorarverteilungsgerechtigkeit ist eine Ungleichbehandlung. Diese ist nicht gerechtfertigt. Im Modell kann der Verstoß nur durch eine Hochrechnung der vorhandenen Daten auf mit vertragsärztlicher Tätigkeit vollausgelastete Praxen der Vergleichsgruppen korrigiert werden.