

Psychotherapeutenkammer Niedersachsen
z.Hd. Herrn Dipl.-Psych.
Werner Köthke
Marienstraße 16

30171 Hannover

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen, unsere Nachricht vom
01-00296-Dr. R./sch

Telefon, Name
Dr.Rüping

Datum
17.07.2002

PKN Beratung

Sehr geehrter Herr Köthke,
sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für die Übersendung der umfangreichen Unterlagen zum **Thema der 68-Jahre-Altersgrenze**. Die vorliegenden höchstrichterlichen Entscheidungen haben eine Reihe von Fragen beantwortet, andere aufgeworfen.

Meine Überlegungen beginne ich mit einer systematischen Betrachtung des § 95 Abs. 7 SGB V, bewerte in diesem Licht die Rechtsprechung des BSG und des BVerfG und versuche zu einem Rat im Hinblick auf die Anrechnung der Kostenerstattungstätigkeiten auf die 20 Jahresfrist des § 95 Abs. 7 zu gelangen.

§ 95 Abs. 7 SGB V lautet wie folgt:

„Die Zulassung endet mit dem Tod, mit dem Wirksamwerden eines Verzichts oder mit dem Wegzug eines Berechtigten aus dem Bezirk seines Kassenarztsitzes. Im übrigen endet ab 01. Januar 1999 die Zulassung am Ende des Kalendervierteljahres, in dem der Vertragsarzt sein 68. Lebensjahr vollendet. War der Vertragsarzt

- 1. zum Zeitpunkt der Vollendung des 68. Lebensjahres weniger als 20 Jahre als Vertragsarzt tätig und**
- 2. vor dem 1. Januar 1993 bereits als Vertragsarzt zugelassen,**

verlängert der Zulassungsausschuss die Zulassung längstens bis zum Ablauf dieser Frist. Satz 3 Nr. 2 gilt für Psychotherapeuten mit der Maßgabe, dass sie vor dem 01. Januar 1999 an der ambulanten Versorgung der Versicherten mitgewirkt haben.....“.

Die Gesetzesmaterialien zu dieser Vorschrift erläutern die Regelung wie folgt:

„Die Begünstigung, über das 68. Lebensjahr hinaus in der vertragsärztlichen Versorgung tätig sein zu dürfen, wird demjenigen Psychotherapeuten eingeräumt, der im Zeitpunkt der Vollendung des 68. Lebensjahres noch nicht 20 Jahre als zugelassener Psychotherapeut tätig gewesen ist und im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes an der ambulanten Versorgung der Versicherten mitgewirkt hat. Damit werden die Psychotherapeuten den Ärzten gleichgestellt, die bei Einführung der 68 Jahresregelung durch das Gesundheitsstrukturgesetz v. 01. Januar 1993 bereits als Vertragsarzt zugelassen waren und damals – ebenso wie diese Psychotherapeuten heute – darauf vertrauen durften, ohne gesetzliche Begrenzung auch im Alter noch behandeln zu dürfen.“ (BtDrs. 13/8035 S. 21).

Hier wird – was m.E. von den Sozialgerichten bislang weitestgehend verkannt wurde, der inhaltliche Gegenstand der Regelung deutlich. Die Einführung der 68 Jahresgrenze ist eine – grundsätzlich verfassungskonforme - Einschränkung der Berufstätigkeit, die bei demjenigen gemildert werden soll, der einen **Vertrauenstatbestand auf die fortgesetzte Praxis bis zu einem Alter beliebiger Höhe** für sich beanspruchen kann.

Sieht man die Sache von der anderen Seite, so heißt der **Grundsatz**: Ende mit Vollendung des 68. Lebensjahres. Nur im **Ausnahmefall** und **soweit der gesetzliche Vertrauensstatbestand des § 95 Abs. 7 Satz 3 SGB V einschlägig** ist, Fortsetzung aufgrund eines Verlängerungsbeschlusses des Zulassungsausschusses.

Das heißt gleichzeitig, dass niemand einen Anspruch auf Verlängerung haben kann, der nicht die Voraussetzungen des § 95 Abs. 7 Satz 3 Ziffer **1.** und **2.** SGB V für sich beanspruchen kann. Da Ziffer 2. in § 95 Abs. 7 Satz 4 SGB V für die Psychotherapeuten mit der Formulierung „Mitwirkung an der ambulanten Versorgung der Versicherten vor dem 01. Januar 1999“ definiert wird, hat also nur derjenige Therapeut Zugang zur Verlängerungsmöglichkeit, der vor dem 01.01.1999 an der ambulanten Versorgung mitgewirkt hat.

Hier ist nun die erste theoretische Weichenstellung möglich. **Wer hat mitgewirkt?** Fraglos der Delegationspsychotherapeut. Aber auch der Kostenerstattungspsychologe? Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Diese Frage können wir nur bejahen, denn schließlich gilt, dass, wer nicht mitgewirkt hat, überhaupt nicht in den Genuss der Verlängerungsmöglichkeit kommen kann. Es muss also unser Credo sein, dass jeder **mitgewirkt**

hat, der eine Abrechnungsbefugnis welcher Art auch immer, wenn auch nur im Einzelfall hatte, denn schließlich hat auch die Summe aller Kostenerstattungspsychologen erst die Versorgung der Versicherten sicherstellen können.

Damit wird das Tatbestandsmerkmal des § 95 Abs. 7 S. 3 Nr. 2 i.V.m. § 95 Abs. 7 **Satz 4** SGB V für alle Ihre Mitglieder bejaht.

Die entscheidende weitere Frage des § 95 Abs. 7 S. 3 Nr. 1 SGB V ist nun, ob der Therapeut im Zeitpunkt der Vollendung des 68. Lebensjahres **weniger als 20 Jahre als Vertragsarzt** tätig war. Da vor Inkrafttreten des PsychthG kein Therapeut direkt als Vertragsarzt tätig gewesen sein kann, ist im Hinblick auf § 72 Abs. 1 S. 2 SGB V die Regelung entsprechend anzuwenden. Das Bundessozialgericht führt dazu – in der Literatur kritisiert – in seiner Entscheidung vom 08.11.2000 B 6 KA 55/00 R PuR 2001, 122 ff aus, „dass das Tatbestandsmerkmal ‘weniger als 20 Jahre als Vertragsarzt tätig’ mit dem Sinngehalt ‘weniger als 20 Jahre als Psychotherapeut tätig’ anzuwenden ist.“, und weiter: „Das bedeutet, dass Psychotherapeuten, die im Zeitpunkt der Vollendung ihres 68. Lebensjahres nach dem 1. Januar 1999 noch keine 20 Jahre an der ambulanten Versorgung der Versicherten **mitwirkten**, eine Verlängerung ihrer Zulassung bis zu einer Gesamttätigkeitsdauer von insgesamt 20 Jahren erhalten können.“ (Hervorhebung von der Verfasserin)

Als Psychotherapeuten waren sowohl Delegations- als auch Kostenerstattungspsychotherapeuten tätig, sodass die Entscheidung des **BSG konsequent lautete: „Zeiten der Tätigkeit im Delegationsverfahren und im Kostenerstattungsverfahren stehen der Tätigkeit als Vertragsarzt gleich und sind auf den Zeitraum von 20 Jahren gem. § 95 Abs. 7 S. 3 Nr.1 SGB V anzurechnen.“**

Das gegen diese Entscheidung angerufene Bundesverfassungsgericht bestätigte mit Beschluss vom 18.05.2001 - 1 BvR 522/01 – PuR 2001,152 f die Entscheidung des BSG, befasste sich allerdings – durch den allein streitigen Fall einer Delegationspsychotherapeutin vorgegeben – nur mit der Anrechnung der Zeiten des Delegationsverfahrens, hier allerdings in einem Fall, in dem die Tätigkeit in eigener Praxis vorgenommen worden war. Über den Umfang der Tätigkeit der Delegationspsychotherapeutin während der 20 Jahre ihrer Tätigkeit schweigen sowohl das BSG als auch das BVerfG. Die Anwendung der Alters- und Anrechnungsregelung auf die gesamten Tätigkeitszeiten dieser Delegationspsychotherapeuten widerspreche Art. 12 GG (Berufsfreiheit) nicht, obwohl die Mitwirkung im Delegationsverfahren keine förmliche Zulassung gewesen sei. Sie habe jedoch eine statusbegründende begünstigende Wirkung gehabt, die einer schwächer ausgeprägten Kassenzulassung entsprochen habe.

Weiter führt das **BVerfG** im nächsten Satz wörtlich aus: „**Wäre die Mitwirkung im Delegationsverfahren außer Betracht zu lassen, fehlte es im übrigen schon an einem schutzwürdigen Vertrauenstatbestand zugunsten der Beschwerdeführerin.**“

In der **Entscheidung vom 12.09.2001 – Az. B 6 KA 7/00 - , eben veröffentlicht in NZS 2002,334 ff, hatte sich das BSG** mit der Anrechnung von Ermächtigungszeiten eines Neurologen zu befassen, der 1986 als Arzt für Psychotherapeutische Medizin zugelassen worden war, nachdem er zuvor 15 Jahre in niedergelassener neurologischer Praxis auf Grund einer Ermächtigung zur tiefenpsychologisch fundierten und analytischen Psychotherapie mit voller Arbeitskraft Versicherte der Primär- und Ersatzkassen behandeln konnte. Darüber, ob der – die **Nichtanrechnung** dieser Ermächtigungszeiten begehrende - Kläger solches auch faktisch getan hatte, schweigt die Entscheidung. Das BSG betont auch hier die statusrechtliche Funktion der Ermächtigung, die von der KÄV ausgesprochen worden war, und beschränkt sich im gesamten Urteilstext auf die Feststellung, dass der ermächtigte Arzt insoweit während der gesamten Zeit seiner Ermächtigung zur Vollzeittätigkeit in niedergelassener Praxis berechtigt gewesen sei.

Das BSG und das BVerfG stimmen offensichtlich darin überein, dass die Tätigkeit als Delegationspsychologe in diesem Sinne Tätigkeit eines „Vertragsarztes“ sei, denn die Delegation begründe einen öffentlich-rechtlichen Status, der eine Sicherheit verliehen habe, die knapp unterhalb der Schwelle der Zulassung liege. Der Delegationspsychologe sei dem Vertragsarzt im Sinne des § 95 Abs. 7 Satz 3 Nr. 1 SGB V insoweit gleichzusetzen. Das bedeutet, dass der Delegationspsychotherapeut aus verfassungsrechtlichen Gründen Zugang zur Begünstigungsmöglichkeit des § 95 Abs. 7 Satz 3 SGB V haben muss. Er muss nicht regulär mit Vollendung seines 68. Lebensjahres aus der Versorgung der GKV-Versicherten aussteigen, weil er auf eine längere Berufsausübung hätte vertrauen dürfen. Er kann, wenn er unter Einrechnung der Delegationszeiten weniger als 20 Jahre praktiziert hat, eine **Verlängerung beanspruchen**. Ermessensspielraum besteht hier für den Zulassungsausschuss nicht. Andererseits werden seine Delegationszeiten auf jeden Fall angerechnet, unabhängig vom effektiven Umfang seiner Tätigkeit und unabhängig davon, ob er sich eine Alterversorge durch ambulante Tätigkeit aufbauen wollte oder tatsächlich aufgebaut hat.

Die Frage des Delegationspsychotherapeuten ist insoweit definitiv ausdiskutiert. Ich sehe keinerlei Rechtsbehelfsmöglichkeiten mehr : Die Tätigkeiten vor dem 01.01.1999 als Delegationspsychotherapeut sind auf den 20 Jahreszeitraum anzurechnen.

Was aber ist zu demjenigen Psychotherapeuten zu sagen, der als Form der Mitwirkung im Sinne des § 95 Abs. 7 S. 3 Nr. 2 SGB V die Kostenerstattungspsychologie ins Feld führt? Sind seine Jahre im Kostenerstattungsverfahren „vertragsarztgleich“ im Sinne des § 95 Abs. 7 Satz 3 **Ziffer 1 SGB V**?

Das BSG hat das eindeutig bejaht und den Begriff der Mitwirkung auf die Nr. 1 und 2 der Norm bezogen, das BVerfG hat dem trotz gegebener Gelegenheit nicht widersprochen.

Demgegenüber könnte man argumentieren, dass Kostenerstattungstätigkeit gerade nicht der Vertragsarztstätigkeit im Sinne des § 95 Abs. 7 S. 3 Nr. 1 SGB V gleichzusetzen sei und folgern, dass diese Psychotherapeutengruppe erst seit ihrer Zulassung nach dem Psychotherapeutengesetz als Vertragsarzt tätig gewesen sein könne. Das würde dazu führen, dass für „alte“ Kostenerstattungspsychologen die Altersgrenze gar nicht greifen könnte: ein Ergebnis, das das Gesetz und die Altersgrenze aushöhlen würde.

Das Bundessozialgericht hat die Kostenerstattungszeiten den Delegationszeiten gleichgestellt und beide – ungeachtet des Mitwirkungsumfanges – auf den 20 Jahreszeitraum angerechnet und dabei (wie in der Ermächtigungsentscheidung) wahrscheinlich auf die **normative Leistungsmöglichkeit** abgestellt. Schließlich hatten beide Psychotherapeutengruppen die rechtliche und faktische Möglichkeit, bei Erfüllung der jeweiligen Abrechnungsvoraussetzungen in geringerem oder vollem Umfang die berufliche Tätigkeit auf die Erbringung von Leistungen der ambulanten Versorgung der GKV-Versicherten einzustellen.

Die allein auf die Delegationspsychotherapeuten abhebende Entscheidung des BVerfG hat in der Fachliteratur die Hoffnung genährt, dass das BVerfG einer Verfassungsbeschwerde von Kostenerstattungspsychotherapeuten stattgeben könnte, wenn diese geltend machen, ihre Kosterstattungszeiten seien nicht anzurechnen, weil sie nicht vertragsarztgleich erbracht worden seien.

Ich halte einen solchen Klageerfolg für extrem unwahrscheinlich, und zwar aus folgenden Gründen:

Das BSG hat sich eindeutig festgelegt und § 95 Abs. 7 S. 3 Nr. 1 und 2 SGB V jeweils im Sinne von **Mitwirkung** (begrifflich nicht mit der Teilnahme gleichzusetzen) festgelegt. Das BVerfG hat dem nicht widersprochen.

In der **maßgeblichen Entscheidung v. 18.05.2001** erklärt –wie oben zitiert – das BVerfG vielmehr, dass, wenn die Mitwirkung im Delegationsverfahren als Vertragsarztstätigkeit außer Betracht zu bleiben hätte, der entsprechende Psychotherapeut erst gar keinen Vertrauenstatbestand erworben haben würde. Ihm käme eine Schutzwirkung des Art. 12 GG nicht zu mit der Konsequenz, dass es in seinem Fall bei der 68 Jahresregelung bleiben könne. Wenn nun gegen eine auf einen Kostenerstattungspsychologen bezogene Entscheidung des BSG ein Beschwerdeführer einwendet, dass seine Kostenerstattungstätigkeit nicht als Vertragsarztstätigkeit zu bewerten sei, fehlt ihm der Vertrauensschutztatbestand, er ist in keinem Grundrecht verletzt. Die Verfassungsbeschwerde wird abgewiesen oder unter Verweis auf die oben zitierte Äußerung schon gar nicht zur Entscheidung angenommen.

Der Duktus der Entscheidung des BVerfG vom 18.Mai 2001 lässt die Annahme zu, dass das BVerfG es sogar für verfassungskonform halten würde, wenn die Sozialgerichtsbar-

keit den Kostenerstattungspsychotherapeuten mangels Vertrauenstatbestandes überhaupt keinen Zugang zur Verlängerungsmöglichkeit des § 95 Abs. 7 Satz 3 und 4 SGB V gewährleisten würde.

Nichts spricht umgekehrt dafür, dass das BVerfG die Kostenerstattungszeiten zwar als **Mitwirkung im** Sinne des § 95 Abs. 7 S. 3 Nr. 2 SGB V annimmt, abweichend von der Entscheidung des BSG aber **nicht als Vertragsarztstätigkeit** versteht mit der Konsequenz, dass der Kostenerstattungspsychotherapeut hinsichtlich der 20 Jahresfrist vor den Delegationspsychotherapeuten bevorzugt würde.

Wenn die Gegenmeinung richtig wäre, hätte ein Antragsteller „seine 20 Jahre“ als Delegationspsychotherapeut verbraucht, als Kostenerstattungspsychotherapeut jedoch in keiner Weise. Er bekäme eine Verlängerung, selbst wenn er sich zu keinem Zeitpunkt mit Investitionen, seiner beruflichen Disposition und Altersvorsorge auf die Tätigkeit in der ambulanten Versorgung eingestellt hätte.

Eine Musterklage mit dem Ziel, in diesem Sinne die Kostenerstattungspsychotherapeuten den Delegationspsychotherapeuten gegenüber besser zu stellen, birgt die Gefahr, dass das BVerfG außerhalb der Delegationspsychotherapie gar keinen Vertrauenstatbestand im Sinne der 20-Jahresfrist zubilligt mit der Konsequenz, dass bei denen, die vor der Zulassung als Kostenerstattungspsychotherapeuten tätig war, die Schranke mit Vollendung des 68. Lebensjahres ohne Verlängerungsmöglichkeit fällt.

Eine solche Entscheidung (oder auch das ebenfalls denkbare Abstellen auf den effektiven Umfang der Kostenerstattungstätigkeit) wäre der worst case, denn sie würde auch demjenigen Kostenerstattungspsychotherapeuten, der im Jahre 2002 68 Jahre alt wird, jedoch vor seiner Zulassung nur 10 Jahre als Kostenerstattungspsychotherapeut tätig war, den Genuss der 20 Jahresfrist verwehren.

Aus diesen Gründen dürfte auch der interessante Ansatz von RA Stellpflug („Die Altersgrenze im Übergangsrecht“) an der Entscheidungsabwehr des BVerfG scheitern.

RA Stellpflug ist – im Gegensatz zum BSG in der Entscheidung zur Altersgrenze - der Auffassung, dass im Sinne des § 95 Abs. 7 S. 3 Nr. 1 SGB V „vertragsarztgleich“ und anrechenbar nur eine solche kostenerstattungspsychotherapeutische Tätigkeit sein könne, die entsprechend der **Teilnahmerechtsprechung des BSG zum Zeitfenster in eigener Praxis mindestens 250 Stunden jährlich oder etwa die Hälfte einer ausgelasteten Praxis umfasst habe**, denn mit weniger Stunden oder einer nur gelegentlichen psychotherapeutischen Nebentätigkeit sei der Aufbau einer Altersversorgung nicht möglich gewesen. Diese aber wolle der Gesetzgeber mit der Verlängerungsmöglichkeit absichern.

Der Gedanke ist bestechend, vernachlässigt aber, dass die Verlängerungsregel als Bestandsschutzregelung nur demjenigen zugute kommen soll oder verfassungsrechtlich zur

Verfügung stehen muss, der seine berufliche Tätigkeit gerade darauf angelegt hat, durch ambulante psychotherapeutische Leistungen im Rahmen der GKV seine Alterssicherung zu betreiben und hierfür auf eine zeitlich unbegrenzte Fortsetzung seiner Praxistätigkeit vertraut hat. Gerade unter Vertrauensschutzgesichtspunkten würde es befremden, wenn derjenige mehr geschützt würde, der weniger Vertrauen in die ambulante Tätigkeit gesetzt hatte und deshalb nur in geringerem Umfang tätig war.

Die Rechtsprechung des BSG ist daher in ihrem pauschalen, die Delegations- und Kostenerstattungszeiten für die Altersreglung gleich bewertenden Ansatz u.E. richtig. Da keine Verfassungsverletzung vorliegt und sich das BVerfG zwischen den Zeilen insoweit bereits festgelegt hat, raten wir von einem weiteren Musterverfahren mit einem Kostenerstattungspsychotherapeuten ab. Ein entsprechendes Musterverfahren könnte schlechtestenfalls sogar die Rechtsprechung des BSG, der Instanzgerichte und die Praxis der Zulassungsausschüsse gefährden, die auch Kostenerstattungspsychotherapeuten über den Begriff der Mitwirkung in § 95 Abs. 7 S. 3 Nr. **1 und 2** SGB V– ohne Prüfung eines Vertrauenstatbestandes - in den Genuss der Verlängerungsregelung kommen lassen.

Mag der einzelne betroffene Antragsteller stattdessen überprüfen, wie viele Jahre ambulanter psychotherapeutischer Tätigkeit er wirklich hinter sich hat. Die Zulassungsausschüsse sind auf seine Darstellungen angewiesen und eine Aufbewahrungspflicht der Abrechnungsunterlagen über 20 Jahre besteht nicht.

Mit freundlichem Gruß

Dr. Uta Rüping
Rechtsanwältin