

## L 12 B 376/99 KA ER

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Vertragsarztangelegenheiten  
Abteilung  
12  
1. Instanz  
SG München (FSB)  
Aktenzeichen  
S 32 KA 1802/99 ER  
Datum  
17.09.1999  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 12 B 376/99 KA ER  
Datum  
20.12.2000  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

1. Auf die Beschwerde der Beigeladenen zu 7) wird der Beschluss des Sozialgerichts München vom 17. September 1999 abgeändert. Der Berufungsausschuss für Ärzte Bayern wird antragsgemäß verpflichtet, den Beschwerdegegner vorläufig bis zur bestandskräftigen/rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zur vertragsärztlichen Versorgung als Psychologischer Psychotherapeuten in ... , 83278 Traunstein, bedarfsunabhängig zuzulassen. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.
2. Die Beigeladene zu 7) hat dem Beschwerdegegner die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu erstatten.

Gründe:

I.

In diesem Beschwerdeverfahren geht es um die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes.

Der 1963 in Innsbruck geborene Beschwerdegegner (Bg.) ist österreichischer Staatsangehöriger. Nach dem Studium der Psychologie war er von 1992 bis 1998 in freier Praxis als Psychoanalytiker in Salzburg tätig. Er behandelte in diesem Zeitraum Patienten, die sowohl bei den österreichischen gesetzlichen Krankenkassen als auch bei den deutschen gesetzlichen Krankenkassen versichert waren. Außerdem war er von 1994 bis 1999 mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von zehn Stunden am Institut für Psychoanalyse in Salzburg beschäftigt. Seit 1998 wirkte er im Delegationsverfahren in Traunstein an der psychotherapeutischen Versorgung der deutschen gesetzlichen Krankenkassen mit.

Am 2. November 1998 beantragte der Bf. beim Bayerischen Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie, Frauen und Gesundheit, ihm eine Approbation nach § 12 des Psychotherapeutengesetzes (PsychThG) zu erteilen. Außerdem stellte er am 5. Dezember 1998 beim Zulassungsausschuss Ärzte Oberbayern Antrag auf bedarfsunabhängige Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung als Psychologischer Psychotherapeut gemäß [§ 95 Abs.10 SGB V](#) für ... , 83278 Traunstein.

Mit Beschluss vom 7. April 1999 lehnte der Zulassungsausschuss Ärzte Oberbayern diesen Antrag ab. Der Bg. habe in der Zeit vom 25. Juni 1994 bis 24. Juni 1997 keine besitzstandswahrende Vortätigkeit im Sinne des [§ 95 Abs.10 Satz 1 Nr.3 SGB V](#) erbracht. Er habe in diesem Zeitraum lediglich 100 Behandlungsstunden von deutschen Patienten nachgewiesen, die über EWG-rechtliche Ausgleichsregelungen von den gesetzlichen Krankenkassen vergütet worden seien.

Seinen dagegen am 13. April 1999 eingelegten Widerspruch stützte der Bg. auf ein Gutachten von Prof. Dr ... , Universität Passau und Universitätsassistent Dr ... , Universität Innsbruck, vom 21. Dezember 1998. Danach seien europarechtlich seine Leistungen für Krankenversicherte der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich zusammen zu rechnen. Andernfalls läge eine nach Art.43 EGV (neu) verbotene verdeckte Diskriminierung vor. Das deutsche Recht sei europarechtskonform auszulegen. Der Bg. legte außerdem eine Bestätigung der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 13. April 1999 vor, wonach er vom 1. Januar 1992 bis 1. Januar 1998 in Österreich Leistungen im Richtlinienverfahren Psychoanalyse für Erwachsene, Jugendliche und Kinder im Rahmen der ambulanten psychotherapeutischen Versorgung in freier Praxis für Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung nach den EG-Verordnungen 1408/71 und 574/72 erbracht habe, dabei im Zeitraum zwischen dem 24. Oktober 1995 und dem 25. Juni 1996 43 Stunden sowie im Zeitraum zwischen dem 25. Juni 1996 und dem 24. Juni 1997 110 Stunden gegenüber deutschen Versicherten.

Am 12. Juli 1999 beantragte der Bg. beim Sozialgericht München, zunächst die beschwerdeführende Beigeladene zu 7) und nach richterlichem Hinweis den Berufungsausschuss für Ärzte Bayern zu verpflichten, ihn vorläufig bedarfsunabhängig zur vertragsärztlichen Versorgung als Psychologischen Psychotherapeuten in ... , 83278 Traunstein, zuzulassen, hilfsweise zu ermächtigen. Auch seine Tätigkeit für

österreichische gesetzliche Krankenversicherte sei besitzstandswahrend zu berücksichtigen, so dass er einen Anspruch auf bedarfsunabhängige Zulassung habe. Durch die ihm erteilte lediglich patientenbezogene Ermächtigung erleide er schwerwiegende Nachteile. Er legte eine weitere Bestätigung der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 21. Oktober 1998 vor, wonach er im Zeitraum zwischen dem 25. Juni 1996 und dem 24. Juni 1997 mehr als 300 Stunden psychotherapeutische Behandlung (psychoanalytische Therapie), davon mehr als 100 Stunden für Personen deutscher Versicherungszugehörigkeit, erbracht habe. Er vertrat die Auffassung, dass nach dem in Art.43 EGV (neu) verankerten Diskriminierungsverbot bzw. Inländergleichbehandlungsgebot Unionsbürger in einem anderen Mitgliedsstaat als in ihrem Heimatstaat eine dauernde selbständige wirtschaftliche Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie Inländer aufnehmen und ausüben dürften. Die Auslegung des [§ 95 Abs.10 Satz 1 Nr.3 SGB V](#), wie sie der Zulassungsausschuss vorgenommen habe, beschränke die Niederlassungsfreiheit in nicht gerechtfertigter Weise. Insbesondere bestünden keine Bedenken gegen die fachliche Befähigung des Bg. Ihm sei die Approbation als Psychologischer Psychotherapeut am 5. Januar 1999 vom Bayerischen Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie, Frauen und Gesundheit erteilt worden. Es sei deshalb eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts geboten. Auch für einen in Deutschland ansässigen Therapeuten sei ein überregionaler Wechsel möglich. Es sei demnach die Tätigkeit des Bg. für gesetzliche Krankenversicherte in Österreich zu berücksichtigen. Diese Tätigkeit habe in ihren wissenschaftlichen Grundlagen, ihrer Durchführung und ihrem Ablauf der jetzt in Deutschland ausgeübten Tätigkeit (Richtlinienverfahren Psychoanalyse, analytische und tiefenpsychologische Psychotherapie) entsprochen. Er habe zudem deutsche und österreichische gesetzlich Krankenversicherte nach denselben Methoden behandelt. Die Behandlung Versicherter der österreichischen gesetzlichen Krankenkassen erfolgte im Rahmen des in Österreich für die Psychotherapie, wie für jede ärztliche Versorgung, geltenden Kostenerstattungsverfahrens. Er habe sich zudem an die Europäische Kommission gewandt. Diese teile die Auffassung im vorgelegten Gutachten von Prof.Dr ...

Die Beigeladene zu 7) beantragte, den Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abzuweisen. Sie vertrat in ihrer Antragserwiderung vom 13. August 1999 die Auffassung, dass in Zulassungssachen der einstweilige Rechtsschutz abschließend im Sozialgerichtsgesetz (SGG) geregelt sei. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in analoger Anwendung des [§ 123 Verwaltungsgerichtsordnung \(VwGO\)](#) sei daher unzulässig. Es liege auch keine indirekte Diskriminierung nach europäischem Gemeinschaftsrecht vor. [§ 95 Abs.10 SGB V](#) bezwecke einen Vertrauensschutz für Psychotherapeuten, die bereits vor In-Kraft-Treten des Änderungsgeetzes zum SGB V ihren Lebensmittelpunkt und ihren Praxissitz in einem gesperrten Zulassungsbereich begründet hätten. Es müssten mindestens 250 Stunden in einem Zeitraum von höchstens zwölf Monaten erbracht worden sein. Dies sei beim Bg. nicht der Fall, denn er habe seinen Praxissitz im vorgegebenen Zeitraum nicht in einem gesperrten Zulassungsbereich gehabt. Er habe auch nicht im erforderlichen Umfang Leistungen zu Lasten der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung erbracht. Unionsbürger hätten kein Recht, in einem anderen Mitgliedsstaat eine dauernde selbständige wirtschaftliche Tätigkeit zu besseren Bedingungen aufzunehmen und auszuüben als Inländer.

Mit Beschluss vom 17. September 1999 ordnete das Sozialgericht Folgendes an: "1. Der Antragsteller darf als in seiner Praxis in D 83278 Traunstein, ... , niedergelassener psychologischer Psychotherapeut ab 23. September 1999 vorläufig nichtärztliche psychotherapeutische Leistungen wie ein bedarfsunabhängig vom Antragsgegner zugelassener erbringen und abrechnen. 2. Die Anordnung in der Ziffer 1 erlischt mit dem Erlass des Widerspruchsbeseids des Antragsgegners ... oder spätestens mit der Rechtskraft des Bescheides des Zulassungsausschusses vom 7. April 1999 oder allerspätestens mit der Rücknahme des Antrags des Antragstellers auf bedarfsunabhängige Zulassung vom 15. Dezember 1998." Im Übrigen wies es den Antrag ab. Diese Entscheidung stütze es im Wesentlichen auf folgende Erwägungen: Der Antrag sei in analoger Anwendung des [§ 123 VwGO](#) statthaft und begründet. Mit dem Tenor gehe die Kammer nicht über den Antrag auf Verpflichtung des Berufungsausschusses hinaus. Der Antrag sei im Lichte der übrigen Ausführungen auszulegen und so zu verstehen, dass der Berufungsausschuss zeitlich nach der Entscheidung der Kammer nicht noch eine eigene, vorläufige Zulassung aussprechen müsse, bevor der Antragsteller Leistungen erbringen und abrechnen dürfe. [§ 95 Abs.10 Satz 1 Nr.3 SGB V](#) sei nach seinem Sinn und Zweck auszulegen. Diejenigen Psychotherapeuten, die im Vertrauen auf die weitere Abrechnungsmöglichkeit im Delegationsverfahren/Kostenerstattungsverfahren hinreichend umfassend für die gesetzliche Krankenversicherung tätig geworden seien, sollten geschützt werden. Der Gesetzgeber verlange im Zeitfenster vom 25. Juni 1994 bis 24. Juni 1997 eine bestimmte Tätigkeit, die einen Besitzstand begründe. Wo dieser Besitzstand erworben worden sei, lasse der Gesetzgeber offen. Es genügen beispielsweise Tätigkeiten in mehreren Bundesländern. Ein Antragsteller, der z.B. ein Jahr lang in Schleswig-Holstein, anschließend zwei Jahre in Bayern im fraglichen Zeitraum tätig gewesen sei, sei in Bayern bedarfsunabhängig zuzulassen. So liege auch der Fall des Bg. Er habe in der dreijährigen Zeitspanne in Österreich sein Erwerbseinkommen durch Teilnahme an der Versorgung (z.B. österreichischer) Versicherter der gesetzlichen Krankenversicherung erzielt. Dass er in Österreich auch deutsche gesetzlich Krankenversicherte behandelt habe, sei unbeachtlich. Maßgeblich sei, dass er schützenswerte Investitionen getätigt habe, auch wenn dies in Österreich geschehen sei. Unbeachtlich sei, dass Österreich erst zum 1. Januar 1995 der Europäischen Union (EU) beigetreten sei, denn maßgeblich nach EU-Recht sei die Leistungserbringung für eine gesetzliche Krankenversicherung, die der deutschen Regelung bereits zu diesem Zeitpunkt weitgehend ähnelte, wie dies bei der österreichischen der Fall gewesen sei. Die Tätigkeit in Österreich für die dortige gesetzliche Krankenversicherung sei auch wirtschaftlich relevant gewesen und habe fachlich derjenigen in Deutschland geähnelt. Die Salzburger Gebietskrankenkasse habe bestätigt, dass der Bg. im Zeitfenster innerhalb eines Jahres mindestens 250 Behandlungsstunden erbracht habe.

Gegen den ihr am 30. September 1999 zugestellten Beschluss hat die Beigeladene zu 7) am 14. Oktober 1999 beim Sozialgericht Beschwerde eingelegt. Sie ist der Auffassung, dass der Antrag auf einstweilige Anordnung unzulässig sei. Der Gesetzgeber habe es in Kenntnis der lückenhaften Regelung des SGG bis heute versäumt, die Lücken zu schließen. Im Übrigen könne in Zulassungssachen nur der Berufungsausschuss gemäß [§ 97 Abs.4 SGB V](#) die sofortige Vollziehung seiner Entscheidung anordnen. Das Gericht könne analog [§ 123 VwGO](#) keine günstige Entscheidung treffen. Im Übrigen sei der Antrag auch unbegründet, denn der Bg. könne sein Begehren auf keinen tragfähigen Anordnungsanspruch stützen. Eine entsprechende Klage hätte keine Aussicht auf Erfolg. In den Genuss des Vertrauensschutztatbestands des [§ 95 Abs.10 SGB V](#) sollten nur diejenigen Psychotherapeuten kommen, die im Vertrauen auf den Fortbestand ihrer bisherigen Praxis geschützt werden müssten. Dies sei beim Bg. nicht der Fall. Er sei im Zeitfenster in freier Praxis in Salzburg tätig gewesen und habe in dieser Zeit nicht im geforderten Umfang Leistungen zu Lasten der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung erbracht. Die Versorgung von Versicherten der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung könne nicht berücksichtigt werden. Auch das Bundesministerium für Gesundheit vertrete die Auffassung, dass es sich bei [§ 95 Abs.10 SGB V](#) um eine Privilegierung derjenigen Psychotherapeuten handle, die im Vertrauen auf den Fortbestand ihrer bisherigen Praxis geschützt werden müssten. Nur derjenige, der in seiner Praxis in der genannten Rahmenfrist in erheblichem Umfang an der Versorgung der gesetzlichen Versicherten teilgenommen habe, habe Anspruch auf Zulassung für diese Praxis. Der Bg. könne sich deshalb nicht auf die Ausnahmeregelung des [§ 95 Abs.10 SGB V](#) stützen. Die Tätigkeit in freier Praxis in Salzburg sei nicht schutzbedürftig. Eine

gemeinschaftsrechtswidrige Diskriminierung bestehe deshalb nicht.

Die Beigeladene zu 7) beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts München vom 17. September 1999 aufzuheben und den Antrag des Bg. auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abzuweisen.

Der Beschwerdegegner beantragt,

die Beschwerde der Beigeladenen zu 7) gegen den Beschluss des Sozialgerichts München vom 17. September 1999 zurückzuweisen.

Er habe aufgrund [Art.19 Abs.4 Grundgesetz \(GG\)](#) und unmittelbar kraft Gemeinschaftsrecht einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz. Dies bedeute, dass ihm einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren sei, weil ihm sonst eine praktisch irreparable Beeinträchtigung seiner beruflichen Existenz drohe. In der Sache wird auf das Vorbringen im Antragsverfahren verwiesen.

Der Berufungsausschuss für Ärzte Bayern beantragt ebenfalls, den Beschluss des Sozialgerichts München vom 17. September 1999 aufzuheben und den Antrag des Bg. auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abzuweisen.

Er schließt sich im Schriftsatz vom 25. November 1999 den Ausführungen der Beigeladenen zu 7) an.

Das Sozialgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Dezember 1999 (Az.: [1 BvR 1657/99](#), [MedR 2000, 192](#)) hat die Beigeladene zu 7) auf Anfrage des Senats mitgeteilt, dass der Bg. auf jeden Fall berechtigt ist, bis zu einer bestandskräftigen/rechtskräftigen Entscheidung über seine bedarfsunabhängige Zulassung weiter nach Maßgabe der Regelungen des Delegationsverfahrens an der ambulanten psychotherapeutischen Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung teilzunehmen. Zur Delegation sei Dr. ..., Traunstein, berechtigt.

Dem Senat liegen die Verwaltungsakten des Zulassungsausschusses und des Berufungsausschusses für Ärzte Bayern sowie die Antragsakte (Az.: [S 32 KA 1802/99 ER](#)) und die Beschwerdeakte (Az.: [L 12 B 376/99 KA-ER](#)) vor, auf deren sonstigen Inhalt ergänzend Bezug genommen wird.

II.

Die gemäß [§§ 172, 173](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Beigeladenen zu 7) ist auch im Übrigen zulässig. In Zulassungsstreitigkeiten ist die Kassenärztliche Vereinigung aufgrund der ihr übertragenen Verantwortung für eine den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entsprechende Durchführung der vertragsärztlichen Versorgung ([§ 75 Abs.1 SGB V](#)) durch Entscheidungen der Zulassungsgremien und daran anschließend der Gerichte stets unmittelbar in eigenen Rechten betroffen (vgl. BSG [SozR 3-2500 § 119 Nr.1 S.2](#); BSG [SozR 3-2500 § 311 Nr.4 S.24](#)). Damit ist sie materiell beschwert und auch als Beigeladene beschwerdebefugt.

Die Beschwerde der Beigeladenen zu 7) ist jedoch nur insoweit begründet, als das Sozialgericht über den Antrag des Bg. hinausgehend im angefochtenen Beschluss vom 17. September 1999 unmittelbar eine eigene Anordnung getroffen hat. Im Übrigen ist die Beschwerde unbegründet. Der Berufungsausschuss für Ärzte Bayern ist deshalb unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses antragsgemäß zu verpflichten, den Bg. vorläufig bis zur rechtskräftigen/bestandskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zur vertragsärztlichen Versorgung als Psychologischen Psychotherapeuten in ... , 83278 Traunstein bedarfsunabhängig zuzulassen (zur Deckungsgleichheit des Anordnungsinhalts mit der Hauptsacheentscheidung: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 123 Rdnr.151).

Der Senat geht davon aus, dass das Begehren des Bg., ihn gemäß [§ 95 Abs.10 SGB V](#) in der Fassung des Gesetzes für die Berufe des Psychologischen Psychotherapeuten und der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, zur Änderung des Fünftens Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze - Einführungsgesetz-PsychThG - vom 16. Juni 1998 ([BGBl.I S.1311](#)) bedarfsunabhängig in Traunstein zuzulassen, mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit in der Hauptsache Erfolg haben wird, spätestens nach einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Es ist ihm deshalb bis zur bestandskräftigen/rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache nicht zuzumuten, lediglich im Delegationsverfahren an der ambulanten psychotherapeutischen Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung mitzuwirken.

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats (vgl. zuletzt Beschlüsse vom 7. September 1999, Az.: L 12 B 166/99 KA ER, vom 17. Dezember 1999, Az.: [L 12 B 359/99 KA ER](#), Breithaupt 2000, 245, vom 18. September 2000, Az.: L 12 B 469/99 KA-ER und vom 26. Oktober 2000, Az.: [L 12 B 205/00 KA-ER](#)) gestattet das Grundrecht auf wirksamen Rechtsschutz ([Art.19 Abs.4 GG](#)) den Sozialgerichten über die im SGG geregelten Fälle hinaus, Lücken des vorläufigen Rechtsschutzes durch entsprechende Anwendung der Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), insbesondere [§ 123 VwGO](#), zu schließen (vgl. [BVerfGE 46, 166](#) (177 f.) = SozR 500 § 95 Nr.1; Meyer-Ladewig, SGG, 6. Auflage, § 97 Rdnrn.13 f., 20 ff.). Bei Vornahmesachen (Erteilung eines begünstigenden Verwaltungsakts) vermögen die Regelungen in [§ 97 Abs.4 SGB V](#), [§ 97 Abs.1 Nr.4 Abs.3 SGG](#)) keinen wirksamen Rechtsschutz zu begründen (vgl. Spellbrink, MedR 1999, 304; Harneit, MedR 1999, 308, 311; Beschluss des Senats vom 21. November 1995, Az.: [L 12 B 211/95 KA-VR](#), [NZS 1996, 93](#)). Will der Antragsteller sofort (zumindest vorläufig) die begehrte Rechtsstellung erhalten, so bleibt nur der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung entsprechend [§ 123 VwGO](#), den hier der Bg. mit Antrag vom 7. Juli 1999, geändert durch Schriftsatz vom 10. August 1999, gestellt hat.

Nach [§ 123 VwGO](#) kann das Gericht schon vor Klageerhebung - ebenso auch schon vor Erlass des das Verwaltungsverfahren abschließenden Bescheids (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 11. Auflage, § 123 Rdnr.18, 22; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 123 Rdnr.106; Meyer-Ladewig, a.a.O., § 97 Rdnr.23b) - auf Antrag in Bezug auf den Streitgegenstand eine einstweilige Anordnung treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder

wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung im Sinne des [§ 123 Abs.1 Satz 1 VwGO](#)). Darüber hinaus sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes im Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint (Regelungsanordnung im Sinne des [§ 123 Abs.1 Satz 2 VwGO](#)).

Eine Regelungsanordnung, die hier mit der Verpflichtung der Erteilung einer vorläufigen bedarfsunabhängigen Zulassung begehrt wird, setzt sowohl einen Anordnungsgrund (Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung, weil ein Abwarten auf eine Entscheidung in der Hauptsache nicht zuzumuten ist) als auch einen Regelungsanspruch (materielles Recht, für das einstweiliger Rechtsschutz geltend gemacht wird) voraus, wobei zwischen Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch eine Wechselbeziehung besteht. An das Vorliegen eines Anordnungsgrundes sind dann weniger strenge Anforderungen zu stellen, wenn bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage das Obsiegen in der Hauptsache sehr wahrscheinlich ist. Ist bzw. wäre eine in der Hauptsache erhobene Klage offensichtlich unzulässig oder mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit unbegründet, so ist wegen fehlenden Anordnungsanspruchs der Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen. Sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen, kommt dem Anordnungsgrund entscheidende Bedeutung zu. In diesem Fall ist unter Berücksichtigung der Interessen des Antragstellers einerseits sowie der öffentlichen Interessen oder der Interessen anderer Personen andererseits zu prüfen, ob es dem Antragsteller zumutbar ist, die Hauptsacheentscheidung abzuwarten (vgl. Beschlüsse des Senats vom 7. September 1999, Az.: L 12 B 116/99 KA ER, vom 17. Dezember 1999, Az.: [L 12 B 359/99 KA ER](#), Breithaupt 2000, 245, vom 18. September 2000 Az.: L 12 B 469/99 KA ER und vom 26. Oktober 2000 Az.: [L 12 B 205/00 KA ER](#)).

Im vorliegenden Fall hält der Senat bei summarischer Prüfung der im Zeitpunkt seiner Entscheidung maßgebenden Sach- und Rechtslage das Obsiegen in der Hauptsache für sehr wahrscheinlich, insbesondere dann, wenn der EuGH mit der Sache befasst wird. Auch wenn es sich bei der Beschwerdeentscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes um eine Entscheidung handelt, die nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, hält sich der Senat nicht für verpflichtet, gemäß Art.234 Abs.3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) in der Fassung des Amsterdamer Vertrages vom 2. Oktober 1997 (BGBl.1998 II S.387, BGBl.1999 II S.416) eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen. Zum einen ist die Frage, ob innerstaatliches Recht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, nur indirekt als Auslegungsfrage nach Art.234 Abs.1 Buchst.a EGV vorlagefähig. Zum anderen wird die nur vorläufige Anordnung im Hauptsacheverfahren überprüft, in diesem Verfahren kann auch eine entsprechende Vorabentscheidung eingeholt werden (vgl. Geiger, EUV/EGV, 3. Auflage, Art.234 Rdnr.19; Oppermann, Europarecht, 2. Auflage, Rdnr.760 jeweils mit Hinweis auf EuGH 1977, 957 ff. - RS 107/76). Der Senat hält zudem zwischenzeitlich die Frage sowohl nach deutschem als auch nach Gemeinschaftsrecht für hinreichend geklärt, so dass er sich imstande sieht, im Rahmen einer summarischen Prüfung die Prognose über die künftigen Erfolgsaussichten dahingehend zu wagen, dass der Bg. mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit bedarfsunabhängig zuzulassen ist.

Das Bundessozialgericht hat mittlerweile über die Auslegung des Begriffs der Teilnahme in [§ 95 Abs.10 SGB V](#) entschieden (vgl. die ungewöhnlich ausführliche Pressemitteilung Nr.71/00 zum Urteil vom 8. November 2000, Az.: [B 6 KA 22/00 R](#)). Es geht davon aus, dass auch für psychologische Psychotherapeuten die bedarfsabhängige Zulassung der Regelfall ist. Eine Ausnahme, nämlich eine bedarfsunabhängige Zulassung, hat der Gesetzgeber nur für die Psychotherapeuten vorgesehen, für die die Verweisung auf eine bedarfsabhängige Zulassung eine unbillige Härte darstellen würde. Nur diejenigen Psychotherapeuten, die in einem Zeitfenster (25. Juni 1994 bis 24. Juni 1997) schon in relevantem Umfang an der Behandlung der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung beteiligt waren, sollen die Möglichkeit erhalten, weiterhin an Ort ihrer Niederlassung tätig zu sein, selbst wenn der Planungsbereich übersorgt ist. Für das Vorliegen eines Härtefalls gemäß [§ 95 Abs.10 Satz 1 Nr.3 SGB V](#) müssen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein: Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung; im Rahmen zugelassener Behandlungsmethoden; in niedergelassener Praxis; eigenverantwortlich; bestimmter Mindestumfang an Behandlungsstunden in einem bestimmten Zeitraum (Zeitfenster). Dabei hält sich die Orientierung der Praxis an einem Behandlungsumfang im sogenannten Zeitfenster von 250 Stunden in einem halben bis einem Jahr innerhalb der vom Bundessozialgericht vorgenommenen Konkretisierung des Begriffs der Teilnahme.

Die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt der Bg. allerdings nur dann, wenn man neben den in Österreich durchgeführten Behandlungen der bei der deutschen gesetzlichen Krankenkassen Versicherten auch die Behandlungen der bei den österreichischen gesetzlichen Krankenkassen Versicherten berücksichtigt. Wie sich aus den Bestätigungen der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 21. Oktober 1998 und 13. April 1999 ergibt, hat er im maßgebenden Zeitfenster (25. Juni 1994 bis 24. Juni 1997) innerhalb eines Jahres (25. Juni 1996 bis 24. Juni 1997) mehr als 300 psychotherapeutische Behandlungsstunden durchgeführt, davon 110 an Patienten, die bei der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung versichert waren; die restlichen über 190 Stunden wurden zu Lasten der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung im Rahmen der dort zugelassenen Behandlungsmethoden durchgeführt. Eine tatbestandliche Gebietsgleichstellung anspruchsbegründender Merkmale nach dem Äquivalenzprinzip des Internationalen Sozialrechts (Gleichwertigkeit der Tatbestandserfüllung im Ausland mit der Tatbestandserfüllung im Inland; dazu: Eichenhofer, Internationales Sozialrecht, Rdnr.199 f.) ergibt sich zwar nicht aus sekundärem Gemeinschaftsrecht, wie der EG-Verordnung Nr.1408/71, denn diese enthält im Wesentlichen nur Vorschriften zum Leistungsrecht (z.B. Art.18 ff. für die Krankenversicherung) nicht jedoch zum Recht der Leistungserbringer. [§ 95 Abs.10 Satz 1 Nr.3 SGB V](#) dürfte jedoch gemeinschaftsrechtskonform dahingehend auszulegen sein, dass nicht nur die psychotherapeutische Versorgung der Versicherten der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung, sondern auch die gleichumfängliche und gleichwertige psychotherapeutische Versorgung der Versicherten in einem Staat, der der Europäischen Gemeinschaft (EG) angehört - wie Österreich seit 1. Januar 1995, als "Teilnahme" im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist. Andernfalls würde die Auslegung deutschen Rechts zu einer nicht gerechtfertigten Beschränkung von EG-Grundfreiheiten, wie der Niederlassungsfreiheit des Art.43 Abs.2 EGV in der Fassung des Amsterdamer Vertrages vom 2. Oktober 1997 (BGBl.1998 II S.387, BGBl.1999 II S.416) und dem damit einhergehenden Gebot der Inländergleichbehandlung bzw. dem sich aus Art.43 Abs.1 EGV ergebenden Verbot der "direkten" oder "indirekten" Diskriminierung führen (vgl. dazu: Geiger, EUV/EGV, 3. Auflage, Art.43 EGV Rdnr.8 ff.; Oppermann, Europarecht, 2. Auflage, Rdnr.1580 ff.; Schweitzer/Hummer, Europarecht, 5. Auflage, Rdnr.1166 ff. mit Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH). Dieses Gebot/Verbot bedeutet, dass natürliche (und juristische) Personen das Recht haben, in einem anderen Mitgliedsstaat als ihrem Heimatstaat eine dauernde selbständige Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie Inländer aufzunehmen und auszuüben, wobei das Diskriminierungsverbot unmittelbar anwendbares Recht ist, das - wie im vorliegenden Fall - unmittelbar gegenüber einer Regelung des Aufnahmestaates geltend gemacht werden kann. Dies hat hier der Bg. zutreffend getan. Er hat, gestützt auf ein europarechtliches Gutachten von Prof.Dr ... , Universität Passau, und Dr ... , Universität Innsbruck, sowohl im Verwaltungsverfahren als auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zur "indirekten" oder "verdeckten" Diskriminierung hingewiesen und eingehend die etwaig für die Ungleichbehandlung von Inländern und EG-Ausländern in Betracht kommenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigungsgründe aufgezeigt

(z.B. Art.46 EGV) und deren Vorliegen verneint. Der Senat hat keine Zweifel, dass der Bg. zutreffend die Rechtsprechung des EuGH wiedergegeben hat. Er sieht deshalb im Rahmen einer summarischen Prüfung davon ab, sich im Einzelnen mit dieser Rechtsprechung auseinander zu setzen. Die Rechtfertigungsgründe werden jedoch im Hauptsacheverfahren noch eingehend zu prüfen sein.

Der Senat hat bei summarischer Prüfung auch keine Zweifel, dass es sich bei der psychotherapeutischen Behandlung im Zeitraum 1996/97 durch einen österreichischen psychologischen Psychotherapeuten um eine Tätigkeit handelt, die derjenigen eines deutschen psychologischen Psychotherapeuten fachlich gleichwertig ist. Im vorliegenden Fall zeigt sich dies zum einen daran, dass der Bg. deutsche und österreichische gesetzlich Krankenversicherte nach denselben Methoden behandelt hat. Die Tätigkeit dürfte zum anderen nach ihren wissenschaftlichen Grundlagen, der Durchführung und dem Ablauf den vom Bundesausschuss für Ärzte und Krankenkassen anerkannten psychotherapeutischen Behandlungs- und Anwendungsformen nach Abschnitt B der damals in Deutschland geltenden Psychotherapie-Richtlinien vom 3. Juli 1987, zuletzt geändert am 7. Dezember 1996 (BAnz 1997 Nr.46, 2946), entsprochen haben. Dies zeigt sich auch darin, dass der Bg. ab dem 1. Januar 1998 ohne weitere Probleme in Traunstein/Deutschland im Delegationsverfahren nach Abschnitt H der Psychotherapie-Richtlinien in Verbindung mit §§ 3, 4 der damals geltenden Psychotherapievereinbarungen (Anlage 1 zum BMV-Ä bzw. zum EKV) an der ambulanten psychotherapeutischen Behandlung von Versicherten der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung mitwirken konnte. Zum Dritten verbindet Deutschland und Österreich dieselbe Sprache, die gerade für psychotherapeutische Behandlungen als im Kern "sprechende Behandlung" von wesentlicher Bedeutung ist. Es bleibt dem Berufungsausschuss für Ärzte Bayern bzw. den Gerichten im Hauptsacheverfahren unbenommen, insoweit noch weitere Ermittlungen durchzuführen, falls sie diese für erforderlich halten ([§ 21 Abs.1 Satz 1 SGB X](#); [§ 103 Satz 1 SGG](#)).

Ohne Belang ist bei summarischer Prüfung auch, dass der Bg. im Zeitraum zwischen dem 25. Juni 1997 (Ende des Zeitfensters des [§ 95 Abs.10 Satz 1 Nr.3 SGB V](#)) und dem 1. Januar 1999 (In-Kraft-Treten des Einführungsgesetzes-PsychThG vom 16. Juni 1998, [BGBl.I S.1311](#)) seine Praxis von Salzburg/Österreich nach Traunstein/Deutschland verlegt hat. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der Regelung des [§ 95 Abs.10 Satz 1 Nr.3 SGB V](#) zwar grundsätzlich um eine Härtefallregelung für diejenigen Psychotherapeuten, die in dem Zeitfenster schon in relevantem Umfang an der Behandlung der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung beteiligt waren. Diese sollen die Möglichkeit erhalten, weiter am Ort ihrer Niederlassung tätig zu sein, selbst wenn der Planungsbereich übertouriert ist. Diese gesetzliche Regelung schließt es jedoch nicht aus, dass sich ein Psychotherapeut, der die Voraussetzungen des [§ 95 Abs.10 SGB V](#) erfüllt, insbesondere einen "Besitzstand" im Sinne der Nr.3 begründet hat, in einem anderen Planungsbereich um eine bedarfsunabhängige Zulassung bewirbt und dort zugelassen wird. Jedenfalls ist die Praxis so verfahren, wie sich aus den Rundschreiben der Beigeladenen zu 7) ergibt, das im Parallelverfahren, Az.: [L 12 B 327/99 KA ER](#), vorgelegt wurde (bedarfsunabhängige Zulassung an einem Ort freier Wahl, ohne Bindung an den bisherigen Praxisort). Dass diese Praxis rechtswidrig war, kann bei summarischer Prüfung anhand der gesetzlichen Voraussetzungen nicht festgestellt werden. Wenn ein Inländer im Zeitraum zwischen dem 25. Juni 1994 bis 24. Juni 1997 in relevantem Umfang in niedergelassener Praxis eigenverantwortlich Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung nach zugelassenen Behandlungsmethoden psychotherapeutisch versorgt hat, bis zum In-Kraft-Treten des Einführungsgesetzes-PsychThG seine Praxis, beispielsweise von Rosenheim nach Traunstein, verlegt und dort - wie der Bg. - im Delegationsverfahren an der psychotherapeutischen Versorgung mitgewirkt hat, hat er Anspruch, auch dort bedarfsunabhängig zugelassen zu werden, sofern die übrigen Voraussetzungen des [§ 95 Abs.10 SGB V](#) vorliegen. Diese Mitnahme einer erworbenen schützenswerten Vortätigkeit dürfte aber nicht nur im Inland möglich sein, sondern auch bei einer grenzüberschreitenden Wanderung innerhalb der EG. Das sich aus Art.43 Abs.1 und 2 EGV ergebende Verbot der "indirekten" Diskriminierung von Ausländern gebietet auch insoweit eine Gleichbehandlung mit den Inländern, wenn der Ausländer eine EG-Binnengrenze überschreitet und sich im Aufnahmestaat auf die Niederlassungsfreiheit beruft. So liegt der Fall hier.

Der Bg. dürfte auch die übrigen Voraussetzungen für eine bedarfsunabhängige Zulassung nach [§ 95 Abs.10 Satz 1 Nrn.1 und 2 SGB V](#) erfüllen. Aus den dem Senat vorliegenden Akten ergibt sich zwar nicht eindeutig, dass der Bg. seine Approbationsurkunde dem Zulassungsausschuss bis zum 31. März 1999 vorgelegt hat (Nr.2). Die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes mit Schriftsatz vom 7. Juli 1999 vorgelegte Approbationsurkunde des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie, Frauen und Gesundheit ist jedoch bereits am 4. Januar 1999 ausgestellt worden, so dass wohl davon auszugehen ist, dass diese Urkunde rechtzeitig beim Zulassungsausschuss eingegangen ist, zumal der Bg. im Antragsformular ausdrücklich auf die Frist zur Vorlage hingewiesen wurde. Er hat auch bis zum 31. Dezember 1998 die Voraussetzungen der Approbation nach § 12 PsychThG und den Fachkundenachweis nach [§ 95 Satz 2 Nr.3 SGB V](#) erfüllt und den Antrag auf Erteilung der Zulassung gestellt (Nr.1). Als im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens (1. Januar 1999) im Rahmen des Delegationsverfahrens nach den Psychotherapie-Richtlinien an der Behandlung der gesetzlichen Krankenversicherten Mitwirkender hat er damit den Fachkundenachweis gemäß [§ 95 c Satz 2 Nr.3 SGB V](#) i.V.m. § 12 Abs.1 Satz 1 PsychThG erbracht (vgl. dazu: Spellbrink, NZS 1999, 1, 5 f; Kingreen, VSSR 2000, 1, 15 f). Da somit das Obsiegen in der Hauptsache sehr wahrscheinlich ist, sind an das Vorliegen des Anordnungsgrundes weniger strenge Anforderungen zu stellen. Der Bg. ist derzeit - unabhängig vom angefochtenen Beschluss des Sozialgerichts vom 17. September 1999 - unstreitig berechtigt, aufgrund des Beschlusses des Bundessozialgerichts vom 22. Dezember 1999, Az.: [1 BvR 1657/99 \(MedR 2000, 192\)](#), bis zur rechtskräftigen/bestandskräftigen Entscheidung über die bedarfsunabhängige Zulassung in der Hauptsache im Delegationsverfahren an der psychotherapeutischen Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen mitzuwirken (vgl. Schreiben der Beigeladenen zu 7) vom 22. Februar 2000). Dieses Verfahren begründet nur ein Recht des ärztlichen Psychotherapeuten, einen psychologischen Psychotherapeuten bei der Leistungserbringung hinzuzuziehen (vgl. § 4 der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Psychotherapievereinbarungen). Es ist damit ein abgeleitetes Recht, das gegenüber einer, wenn auch nur vorläufigen, bedarfsunabhängigen Zulassung eine mindere Rechtsposition einräumt. Angesichts der sehr hohen Erfolgswahrscheinlichkeit und der mit der Beibehaltung des bisherigen Status (Delegationsverfahren) verbundenen Nachteile, ist es dem Bg. nicht zuzumuten, den Ausgang des Hauptsacheverfahrens abzuwarten, zumal bis zur bestandskräftigen/rechtskräftigen Entscheidung noch ein erheblicher Zeitraum vergehen kann und ihm während dieser Zeit wohl eine von [Art.12 Abs.1 GG](#) geschützte Rechtsposition (Anspruch auf Zulassung) in unzumutbarer Weise vorenthalten würde. Sollte sich in der Hauptsache endgültig ergeben, dass der Bg. keinen Anspruch auf eine bedarfsunabhängige Zulassung hat, hat er mit Eintritt der Bestandskraft/Rechtskraft seine Tätigkeit als Psychologischer Vertragspsychotherapeut zu beenden, sofern er bis dahin nicht bedarfsabhängig zugelassen ist.

Aus diesen Gründen ist auf die Beschwerde der Beigeladenen zu 7) der Beschluss des Sozialgerichts München vom 17. September 1999 abzuändern. Der Berufungsausschuss für Ärzte Bayern ist antragsgemäß zu verpflichten, den Bg. vorläufig bis zur bestandskräftigen/rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zur vertragsärztlichen Versorgung als Psychologischen Psychotherapeuten in ... , 83278 Traunstein bedarfsunabhängig zuzulassen. Im Übrigen ist die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 Abs.1 SGG](#). Sie beruht auf der Erwägung, dass der Bg. auch im Beschwerdeverfahren obsiegt hat. Die Abänderung des angefochtenen Beschlusses vom 17. September 1999 hat lediglich klarstellende Funktion, nämlich, dass es, wie beantragt, einer Umsetzung der gerichtlichen Anordnung durch den Berufungsausschuss für Ärzte Bayern bedarf.

Diese Entscheidung ergeht gerichtskostenfrei ([§ 183 SGG](#)) und ist endgültig ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2003-09-19