

Peter Jabornegg
Reinhard Resch
Otfried Seewald

Aktuelle Entwicklungen in der Krankenversicherung

SozRgespräche

2008

Beiträge zu den
Deutsch-Österreichischen
Sozialrechtsgesprächen 2008



CW Haarfeld

Aktuelle Entwicklungen in der Krankenversicherung

Herausgegeben von

O. Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg

Ao. Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch

Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald



Essen 2008

Zitiervorschlag: Autor, in *Jabornegg/Resch/Seewald*, Aktuelle Entwicklungen
in der Krankenversicherung (2008) [Seite]

Aktuelle Entwicklungen in der Krankenversicherung
hrsg. von Peter Jabornegg,
Reinhard Resch und Otfried Seewald
Essen: CW Haarfeld, 2008
ISBN 978-3-7747-1761-9

Printed in Germany

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verarbeitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© 2008 Verlag CW Haarfeld GmbH
Annastraße 32–36, 45130 Essen
Telefon 0201. 72095-5500
E-Mail: service@cw-haarfeld.de
www.cw-haarfeld.de

Vorwort

Die Dynamik der Entwicklungen im Bereich der Krankenversicherung ist ungebrochen. Dabei gibt es „klassische“ Probleme, die vermehrte Bedeutung durch die geänderten demografischen und damit auch finanziellen Rahmenbedingungen sowie angesichts des medizinischen Fortschritts erlangen – beispielsweise die Frage nach dem Bedarf an Gesundheitsleistungen.

Daneben treten zunehmend Fragestellungen in den Vordergrund der rechtswissenschaftlichen Diskussion, die bislang – jedenfalls auf den ersten Blick – eher dem privatrechtlich verfassten Bereich des Gesundheitswesens zugeordnet worden sind. Die Einführung von Regelungen, die bislang als typisch für die private Krankenversicherung betrachtet wurden und künftig auch das Bild der gesetzlichen Krankenversicherung bestimmen könnten, ist ein Beispiel dafür. Weiterhin zeigt sich in vermehrtem Maße, dass es sich beim Krankenversicherungsrecht auch um spezielles Wirtschaftsverwaltungsrecht handelt; verstärkt wird diese Erkenntnis durch Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Demzufolge haben auch Rechtsfragen zum Vergaberecht sowie zum Kartellrecht große aktuelle Bedeutung erlangt.

Die 10. Deutsch-Österreichischen Sozialrechtsgespräche, die Ende Januar 2008 in Passau/Schloss Neuburg veranstaltet wurden, haben die Fragen aufgegriffen. Der vorliegende Tagungsband dokumentiert die Referate. Die Herausgeber danken herzlich den Referenten aus Wissenschaft und Praxis!

Ein weiterer wichtiger Dank gilt den Kooperationspartnern aus dem Bereich der Krankenversicherung, der AOK Bayern – die Gesundheitskasse, der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse sowie dem Fachverlag CW Haarfeld (Essen), der insbesondere durch die Erstellung des Tagungsbandes zur Bereicherung der sozialrechtlichen Diskussion beigetragen hat. Ohne diese Partner – zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch die MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (Wien), die den österreichischen Anteil der Sozialrechtsgespräche verlagsmäßig betreut – wären sowohl die Jubiläumstagung 2008 als auch die vorangegangenen Tagungen nicht realisierbar gewesen.

Passau, im Dezember 2008

O. Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg
Ao. Univ.-Prof. Reinhard Resch
Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald

Inhaltsverzeichnis

| | Seite |
|--|-------|
| Vorwort | III |
| Autorenverzeichnis | VI |
| Abkürzungsverzeichnis | VII |
| <i>Doris Hattenberger</i> | |
| Vergaberecht und Krankenversicherung Länderbericht Österreich | 1 |
| <i>Andreas Neun</i> | |
| Vergaberecht und Krankenversicherung Länderbericht Deutschland | 29 |
| <i>Helmut Platzer</i> | |
| Elemente der privaten Krankenversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung Entwicklung in Deutschland | 47 |
| <i>Konrad Grillberger</i> | |
| Elemente der privaten Krankenversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung Entwicklung in Österreich..... | 57 |
| <i>Stefan Keznickl</i> | |
| Das Kartellrecht in der Krankenversicherung Länderbericht Österreich | 67 |
| <i>Thorsten Kingreen</i> | |
| Das Kartellrecht in der Krankenversicherung Länderbericht Deutschland..... | 75 |
| <i>Thomas Eilmansberger</i> | |
| Die Bedarfsprüfung im österreichischen Krankenanstaltenwesen | 91 |
| <i>Franz Kiesel</i> | |
| Die bedarfsorientierte Angebotsplanung als Eckpfeiler des österreichischen Gesundheitssystems..... | 113 |

Autorenverzeichnis

Ass.-Prof. Dr. Doris Hattenberger
Universität Klagenfurt
Universitätsstraße 65–67, A-9020 Klagenfurt

RA Dr. Andreas Neun
Gleiss Lutz Rechtsanwälte
Friedrichstraße 71, D-10117 Berlin

Dr. Helmut Platzer
AOK Bayern – Die Gesundheitskasse
Zentrale
Carl-Wery-Straße 28, D-81739 München

O. Univ.-Prof. Dr. Konrad Grillberger
Universität Salzburg
Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht
Churfürststraße 1, A-5020 Salzburg

OR Dr. Stefan Keznickl
Bundswettbewerbsbehörde
Praterstraße 31, A-1020 Wien

Prof. Dr. Thorsten Kingreen
Universität Regensburg
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht
Universitätsstraße 31, D-93053 Regensburg

O. Univ.-Prof. DDr. Thomas Eilmansberger
Universität Salzburg
Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht
Churfürststraße 1, A-5020 Salzburg

Mag. Franz Kiesel
Oberösterreichische Gebietskrankenkasse
Gruberstraße 77
Postfach 61, A-4021 Linz

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------|--|
| a. A. | = andere Auffassung |
| Abl | = Amtsblatt der Europäischen Union |
| Analir | = Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares |
| ASVG | = Allgemeines Sozialversicherungsgesetz |
| BayObLG | = Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BKAnw | = Bundeskartellanwalt |
| BGHZ | = halbamtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BKUUVG | = Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz |
| BlgNR | = Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates |
| BVA | = Bundesvergabeamt |
| BWB | = Bundeswettbewerbsbehörde |
| DB | = Der Betrieb (Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht) |
| DVBl | = Deutsches Verwaltungsblatt |
| EGV | = EG-Vertrag |
| EuZW | = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| FENIN | = Federación de Empresas de Tecnología Sanitaria |
| Fn. | = Fußnote |
| GA | = Generalanwalt (EuGH) |
| GesR | = GesR – die Zeitschrift für Gesundheitsrecht |
| GKV-WSG | = Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) |
| GoÄ/GoZ | = Gebührenordnung der Ärzte/Zahnärzte |
| GP | = Gesetzgebungsperiode |

| | |
|----------|--|
| GRUR | = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift) |
| GSVG | = gewerbliches Sozialversicherungsgesetz |
| GWB | = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| i. d. F. | = in der Fassung |
| idgF | = in der geltenden Fassung |
| i. S. d. | = im Sinne des |
| i. S. v. | = im Sinne von |
| i. w. S. | = im weiteren Sinne |
| JBl | = Juristische Blätter |
| JZ | = Juristen Zeitung |
| KAG | = Bundesgesetz über Krankenanstalten |
| KartG | = Kartellgesetz |
| KOG | = Kartellobergericht |
| KZR | = Kartellsachen (BGH) |
| lit a | = Unterpunkt a eines Gesetzes |
| NZBau | = Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht |
| NZS | = Neue Zeitschrift für Sozialrecht |
| OLG | = Oberlandesgericht |
| OÖGKK | = Oberösterreichische Gebietskrankenkasse |
| OÖ LGBI | = Landesgesetzblatt für Oberösterreich |
| ÖSG | = Österreichischer Strukturplan Gesundheit |
| öVVG | = Österreichisches Versicherungsvertragsgesetz |
| PharmaR | = Pharma Recht (Zeitschrift) |
| RL | = Richtlinie |
| Rn. | = Randnummer |
| Rs. | = Rechtssache |

| | |
|--------|---|
| Slg. | = Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz (abgekürzt Slg.) ist die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) herausgegebene amtliche Sammlung von Gerichtsentscheidungen des EuGH (Teil 1) und des Gerichts Erster Instanz (Teil 2). |
| StGB | = Strafgesetzbuch |
| StGG | = Staatsgerichtshof |
| SVA | = Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft |
| TV10 | = in Luxemburg niedergelassene kommerzielle Sendeanstalt |
| UWG | = Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb |
| VAG | = Versicherungsaufsichtsgesetz |
| verbRs | = verbundene Rechtssache |
| VfGH | = Verfassungsgerichtshof |
| VfSlg. | = Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes |
| VgKFB | = Vergabekammer bei der Finanzbehörde |
| VK | = Vergabekammer |
| VOL/A | = Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A (Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen) |
| VwGH | = Verwaltungsgerichtshof (Österreich) |
| wbl | = Wirtschaftsrechtliche Blätter: Zeitschrift für europäisches und österreichisches Wirtschaftsrecht |
| ZESAR | = Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht |
| Zeus | = Zeitschrift für Europarechtliche Studien |
| ZfV | = Zeitschrift für Versicherungswesen |
| ZVB | = Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis |

Vergaberecht und Krankenversicherung*

Länderbericht Österreich

Ass.-Prof. Dr. Doris Hattenberger, Universität Klagenfurt

I. Einleitung

Im Titel dieses Beitrages ist das „Vergaberecht“ mit der „Krankenversicherung“ verklammert, und diese Verklammerung soll mich zunächst veranlassen, den weiteren Ausführungen grundsätzliche Anmerkungen zu diesen beiden Themenbereichen voranzuschicken. Das Vergaberecht und das Recht der Krankenversicherung haben eine Gemeinsamkeit: Beide sind Reaktionen auf Marktversagen. Das Vergaberecht regelt – grob gesprochen – die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber. Im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe versagen Marktkriterien deshalb, weil der öffentliche Auftraggeber, der am Markt als Nachfrager auftritt, sich in mehrfacher Hinsicht von anderen Marktteilnehmern unterscheidet. So wird etwa ökonomisch ineffizientes Handeln im Regelfall nicht unmittelbar vom Markt sanktioniert. Abgesehen davon werden für Beschaffungsakte der öffentlichen Hand öffentliche Gelder eingesetzt, weshalb ein „natürlicher“¹ Anreiz zu sparsamer Mittelverwendung nicht besteht. Da das Bedürfnis zu ökonomisch effizientem Handeln schwächer ausgeprägt ist, ist der öffentliche Sektor auch anfälliger dafür, die Vergabe von Aufträgen nicht nur an wirtschaftlichen Kriterien auszurichten, sondern als Instrument der Wirtschafts-, Sozial- und Umweltpolitik einzusetzen². Ziel des Vergaberechts ist es daher, durch rechtliche Vorgaben für die Entscheidungsfindung bei Beschaffungsakten den effizienten Einsatz der Mittel – d.h. der öffentlichen Gelder – sicherzustellen. Dies dergestalt, als öffentliche Auftraggeber durch das Vergaberecht gezwungen werden, einen organisierten Parallelwettbewerb abzuhalten³. Ziel der europäischen Vergaberechtsregeln ist es darüber hinaus, die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft (EG) zu verwirklichen im Sinne der Herstellung eines grenzüberschreitenden, fairen und gleichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen der Europäischen Gemeinschaft. Die Notwendigkeit der Regulierung dieser Form des privatwirtschaftlichen Handelns des Staates und weiterer – vorerst untechnisch gesprochen – „staatsnaher Einrichtungen“ ergibt sich daher zum einen aus Gründen der Effizienz⁴.

Die Notwendigkeit einer Regulierung der öffentlichen Auftragsvergabe lässt sich zum zweiten mit Rechtsschutzargumenten begründen. Sollen sich Bieter gegen Entscheidungen des Auftraggebers zur Wehr setzen können, bedarf es eines effizienten vergabespezifischen Rechtsschutzinstrumentariums. Ein solches Instrumentarium wiederum setzt eine präzise Regelung des Vergabeverganges selbst voraus⁵.

Auch im Bereich des Gesundheitswesens spricht man – wenn auch aus zum Teil anderen Gründen – vom Marktversagen⁶, weshalb es korrigierender Eingriffe durch den Gesetzgeber bedarf. Als Gründe für das Nichtfunktionieren des Marktes wird zunächst das zwischen den Akteuren bestehende Informationsungleichgewicht genannt, das dazu führt, dass die über den besseren Informationsstand verfügenden Leistungsanbieter Art und Umfang der Nachfrage festlegen (Stichwort: „anbieterinduzierte Nachfrage“) und damit gleichzeitig auch im Sinne der eigenen Einkommensmaximie-

rung tätig werden können⁷; des Weiteren, dass das Bestehen eines Versicherungsverhältnisses das individuelle Verhalten der Versicherten in der Weise verändert, dass die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintrittes steigt. Versicherte agieren einerseits wegen des Bestehens eines Versicherungsverhältnisses risikofreudiger, andererseits werden im Versicherungsfall mehr und teurere Leistungen in Anspruch genommen. Begünstigt wird dieser sogenannte moral hazard, wenn seitens der Anbieter von Gesundheitsleistungen die Preisempfindlichkeit fehlt bzw. durch die Möglichkeit, das eigene Einkommen damit zu bestimmen, auch Anreize für ein Überangebot an Leistungen bestehen⁸. Schließlich wird das Marktversagen im Bereich des Gesundheitswesens auch mit sogenannten externen Effekten begründet. Solche liegen vor, wenn die ökonomische Situation eines Individuums durch das Verhalten eines anderen in positiver oder negativer Weise beeinflusst wird, ohne dass dafür eine Entschädigung oder Gegenleistung gezahlt wird⁹. Aus all diesen Gründen, aber ebenso wiederum, um eine effiziente Verwendung der Mittel sicherzustellen, greift der Gesetzgeber im Wege des Rechtes der Krankenversicherung steuernd ein und regelt einlässlich die Pflicht der Träger der Krankenversicherung, Vorsorge für die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen durch Versicherte zu treffen. Mit den rechtlichen Rahmenbedingungen zum Vertragspartnerrecht geht der Gesetzgeber aber einen dem Vergaberecht geradezu „entgegengesetzten“ Weg. Mit dem Vertragspartnerrecht wird nicht Wettbewerb erzwungen, sondern ein Wettbewerb weitgehend ausgeschaltet bzw. auf ein Minimum reduziert. Da es sich auch in diesem Fall um Beschaffungsakte eines öffentlichen Auftraggebers handelt, stellt sich die Frage, ob und welche Bedeutung dem Vergaberecht im Bereich der Krankenversicherung zukommt, in welchem Verhältnis diese Regelungen zueinander stehen. Ich will mich dieser Problemstellung wie folgt nähern: Zunächst möchte ich die einschlägigen österreichischen vergaberechtlichen Regelungen kurz vorstellen und sodann auf die Frage der Anwendbarkeit des nationalen oder gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts auf Beschaffungsakte der Krankenversicherungsträger näher eingehen. Dabei möchte ich mit Rücksicht auf die Meinungen in der Literatur, aber insbesondere die einschlägigen Entscheidungen nationaler Vergaberechtsschutzbehörden und der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sowie des EuGH (Europäischer Gerichtshof) bestimmte Fallkonstellationen ansprechen.

II. Anwendbares Recht

A. Nationales Vergaberecht

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe ist zwar in Österreich ein relativ junges Rechtsgebiet – die erste einschlägige gesetzliche Regelung wurde erst 1993 im Zuge des bevorstehenden Beitritts Österreichs zur Europäischen Gemeinschaft verabschiedet – es ist aber auch ein besonders dynamisches. Lässt man in diesem Zusammenhang Teilnovellierungen außer Betracht, so halten wir derzeit beim vierten Vergabegesetz, dem BVergG, BGBl I 2006/17 i. d. F. BGBl I 2007/86, und dieses Gesetz besteht nunmehr schon aus mehr als 350 Paragraphen und 19 Anhängen. Dass dieser Bestand an vergaberechtlichen Regelungen zudem durch die neun Landesvergaberechtschutzgesetze der österreichischen Bundesländer ergänzt wird, die den Rechtsschutz für Beschaffungsakte der Länder und Gemeinden bzw. länder- und gemeindenaher Einrichtungen regeln, sei hier nur am Rande erwähnt. Für die Träger der Krankenversicherung gilt, zumal sie „bundesnahe Einrichtungen“ sind, auch im Hinblick auf

den Rechtsschutz das BVergG. Die ungebrochene Dynamik dieses Rechtsgebietes ist zum einen auf die rasche Fortentwicklung des Regelungsbestandes auf europäischer Ebene¹⁰, und dabei insbesondere auf die Weiterentwicklung durch die Spruchpraxis des EuGH, zurückzuführen, die ein stetes Anpassen einfordert. Zudem bewirkt die hohe praktische Bedeutung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe eine umfangreiche Spruchpraxis der Vergaberechtsschutzinstanzen. Diese vermag immer wieder Lücken und Unzulänglichkeiten zu offenbaren, die ein Nachjustieren der gesetzlichen Vorgaben erforderlich machen.

Für die Träger der KV einschlägig ist – wie schon erwähnt – das BVergG, das sowohl das sogenannte materielle Vergaberecht – d.h. das Verfahren der Entscheidungsfindung durch den öffentlichen Auftraggeber – als auch den Rechtsschutz regelt. Einzelne Eckpunkte dieses Gesetzes möchte ich kurz ansprechen: Das BVergG regelt zunächst den persönlichen und sachlichen Wirkungsbereich. Es bestimmt also, wer als öffentlicher Auftraggeber gilt, und definiert die dem Vergaberecht unterliegenden Beschaffungsakte. Erfasst sind nunmehr lückenlos alle Auftragsarten¹¹. Allerdings gilt das Gesetz für bestimmte Auftragsarten wie z. B. die in der weiteren Folge interessierenden nicht prioritären Dienstleistungen (§ 141 BVergG) oder die Dienstleistungskonzessionen (§ 11 BVergG) nur sehr eingeschränkt. Für Letztere kann im Übrigen auch nicht der vergabespezifische Rechtsschutz in Anspruch genommen werden. Das Gesetz differenziert zwischen einem Oberschwellen- und einem Unterschwellenbereich. Die Schwellenwerte liegen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge bei 211 000 EUR des geschätzten Auftragswertes ohne Umsatzsteuer, für Bauaufträge bei 5 278 000 EUR. Die maßgebliche Folge dieser Unterscheidung ist, dass im Unterschwellenbereich Erleichterungen bestehen; beispielsweise kürzere Fristen, geringere Anforderungen an die Bekanntmachung¹² und ein größeres Repertoire an wählbaren Verfahrensarten. So kann beispielsweise im Unterschwellenbereich unter gewissen Voraussetzungen auch die Direktvergabe oder das nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung gewählt werden. Dessen ungeachtet sei festgehalten, dass auch Beschaffungen im Unterschwellenbereich einlässlich geregelt sind. Das ist meines Erachtens deshalb erwähnenswert, weil die Vergaberichtlinien der EG nur für den Oberschwellenbereich gelten und für Beschaffungen im Unterschwellenbereich nur die Prinzipien des EG-Vertrages, wie das Gebot der Gleichbehandlung, die Grundfreiheiten und die Regeln des Wettbewerbsrechts zu beachten sind.

Das Vergaberecht benennt sodann die Grundsätze der Leistungsvergabe (§ 19 BVergG). Es sind dies die Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot, die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter. Vergeben werden darf auch nur an Unternehmerinnen und Unternehmer, die geeignet sind. Und geeignet sind diese dann, wenn sie über eine entsprechende Befugnis verfügen, wenn sie wirtschaftlich und technisch entsprechend leistungsfähig und auch zuverlässig sind. Ein weiterer Grundsatz ist, dass die Vergabe nur zu angemessenen Preisen erfolgen darf.

Das BVergG stellt eine Reihe von unterschiedlichen Verfahrenstypen zur Verfügung; Wahlfreiheit besteht zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung. Alle anderen Verfahrensarten wie beispielsweise das Verhandlungsverfahren mit oder ohne Bekanntmachung, die Rahmenvereinbarung

oder das dynamische Beschaffungssystem stehen nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zur Verfügung. Bestimmte Verfahrensarten (wie beispielsweise die Direktvergabe) sind nur im Unterschwellenbereich zugelassen.

Besonders eingehend geregelt sind Bekanntmachungsvorschriften. Das entspricht der hohen Bedeutung, die dem Prinzip der Transparenz auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene beigemessen wird. Es „beginnt“ mit einer (mittlerweile bloß fakultativen) Vorinformation über die geplanten Beschaffungsakte in den nächsten zwölf Monaten (§ 53 BVergG) und erfasst des Weiteren die Bekanntmachung der konkreten Ausschreibung und die Bekanntgabe von vergebenen Aufträgen (§ 54 BVergG). Detailreich geregelt sind auch die Bedingungen, denen eine Ausschreibung entsprechen muss, wobei als „übergeordnetes“ Gebot die Pflicht zu einer eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung zu beachten ist, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten (§ 96 BVergG). Anzugeben sind auch alle Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung. Für die Erteilung des Zuschlages kann zum einen das Bestbieterprinzip vorgesehen werden, d. h. der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Kann der Qualitätsstandard in der Ausschreibung klar und eindeutig definiert werden, so kann der Zuschlag auch dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden (Billigstbieterprinzip). Hat der Auftraggeber seine Auswahlentscheidung getroffen, muss er zunächst die sogenannte Zuschlagsentscheidung bekannt geben. Es ist dies eine noch nicht verbindliche Absichtserklärung an die im Verfahren verbliebenen Bieter, an welchen Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Diese Mitteilung hat unverzüglich und nachweislich zu erfolgen. Mit der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung beginnt eine Frist von 14 Tagen zu laufen, innerhalb derer der Zuschlag nicht wirksam erteilt werden kann. Die Bedeutung dieser Verpflichtung zur Bekanntgabe einer vorerst noch nicht verbindlichen Zuschlagsentscheidung besteht darin, den Bietern eine wirksame Bekämpfung derselben zu ermöglichen. Könnte nämlich sogleich der Zuschlag erteilt werden, entstünde damit Bindungswirkung für den öffentlichen Auftraggeber, und dem (vermeintlich) übergangenen Best- oder Billigstbieter könnte nicht mehr der konkrete Auftrag erteilt werden. Er wäre bloß auf Schadensersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber verwiesen¹³.

Wie schon an anderer Stelle erwähnt, sieht das BVergG auch einen spezifischen Rechtsschutz für Vergaben durch den Bund oder bundesnahe Einrichtungen vor. Die Besonderheit besteht zum einen darin, dass mit der Nachprüfung eine eigene Behörde, nämlich das Bundesvergabeamt (BVA), betraut ist. Dieses ist eine oberste Kollegialbehörde eigener Art, die durch eine spezielle Verfassungsbestimmung abgesichert ist. Ihre Mitglieder sind in Ausübung ihres Amtes unabhängig und weisungsfrei, und sie ist auch ermächtigt, die Entscheidungen oberster Bundesorgane – also beispielsweise der Bundesminister und -ministerinnen – zu kontrollieren. Grundsätzlich entscheidet das BVA in Dreiersenaten, die aus einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern bestehen. Von diesen Beisitzern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und einer dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Auch sozialpartnerschaftlicher Einfluss wird durch das Gesetz gesichert. Bei der Erstellung von Vorschlägen für die Mitglieder der Auftragnehmerseite hat die Bundesregierung auf Vorschläge der Wirtschaftskammer

Österreich und der Bundes-Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer Bedacht zu nehmen. Zumindest ein Mitglied der Vollversammlung ist auf Vorschlag der Bundesarbeiterkammer in den Vorschlag der Bundesregierung aufzunehmen.

Die zweite Besonderheit dieses Rechtsschutzes besteht in der Verfahrensgestaltung, die vor allem auch eine – und das ist eine Vorgabe des Gemeinschaftsrechts¹⁴ – rasche Entscheidungsfindung sichern soll. Vor dem BVA finden drei Arten von Verfahren statt. Zum einen das Nachprüfungsverfahren. Ein solches kommt nur für Entscheidungen der vergebenden Stellen in Betracht, die vor der Erteilung des Zuschlages getroffen wurden; also inklusive der Zuschlagsentscheidung. Die Zuschlagserteilung selbst kann nicht mehr im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens überprüft werden. Das BVA ist ermächtigt, im Rahmen eines solchen Verfahrens Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers für nichtig zu erklären. Dabei ist zu beachten, dass nur ausdrücklich als gesondert anfechtbar qualifizierte Entscheidungen zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden können. Eine taxative Liste dieser Entscheidungen findet sich in § 2 Z 16 BVergG; dazu zählen beispielsweise in allen Verfahrensarten die Ausschreibung, das Ausscheiden eines Angebotes oder die Zuschlagsentscheidung. Die Rechtswidrigkeit anderer Entscheidungen kann erst im Wege der Bekämpfung der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung releviert werden. Zu beachten ist des Weiteren, dass die Anfechtung von gesondert anfechtbaren Auftragnehmerentscheidungen nur innerhalb einer bestimmten Frist möglich ist. Verstreicht diese Frist – sie beträgt im Oberschwellenbereich grundsätzlich 14 Tage und im Unterschwellenbereich sieben Tage –, ist eine Anfechtung dieser Entscheidung im weiteren Verfahrensverlauf nicht mehr möglich. Durch dieses „System“ wird das Vergabeverfahren gegliedert und gleichzeitig verhindert, dass Fehler, die zu Beginn des Verfahrens gemacht werden (also z. B. in der Ausschreibung), erst in einem sehr weit fortgeschrittenen Stadium desselben aufgegriffen werden. Das BVA ist bei der Prüfung an die vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte gebunden und hat seine Entscheidung unverzüglich, spätestens aber innerhalb von sechs Wochen zu treffen (§ 326 BVergG).

Ein weiterer Verfahrenstyp ist das Provisorialverfahren, das in die Entscheidung einer einstweiligen Verfügung münden soll. Ein Nachprüfungsverfahren hat nämlich keine aufschiebende Wirkung. Um nun zu verhindern, dass während eines solchen Verfahrens durch den Auftraggeber vollendete Tatsachen geschaffen werden – und damit die Entscheidung im Nachprüfungsverfahren wirkungslos wird –, kann der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt werden. Das BVA hat eine Interessenabwägung vorzunehmen: das allfällige besondere öffentliche Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegen die voraussehbaren negativen Folgen der zu treffenden Maßnahme für den Antragsteller, die sonstigen Bewerber und Bieter und den Auftraggeber. Über die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss unverzüglich, spätestens aber innerhalb einer Woche entschieden werden.

Der dritte in Betracht kommende Verfahrenstyp vor dem BVA ist das Feststellungsverfahren. Ein solches kommt erst nach Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung oder Widerruf in Betracht. Gegenstand eines Feststellungsverfahrens sind die das Verfahren abschließenden Entscheidungen. Da das Verfahren abgeschlossen ist, kann durch das BVA eben nur mehr die Rechtswidrigkeit dieser

Entscheidungen festgestellt werden. Auf Antrag können folgende Feststellungen getroffen werden:

- dass die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig war;
- dass der Zuschlag in rechtswidriger Weise nicht dem Best- oder Billigstbieter erteilt wurde;
- dass die Widerrufserklärung rechtswidrig war;
- dass die Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, offenkundig unzulässig war.

Derartige Feststellungen durch das BVA eröffnen den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten und schaffen die Möglichkeit, dass der in rechtswidriger Weise nicht zum Zug gekommene Bieter Schadensersatz verlangen kann. „Umgekehrt“ kann auch der Zuschlagsempfänger oder der Auftraggeber feststellen lassen, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Zu beachten ist, dass ein Feststellungsverfahren dann unzulässig ist, wenn die Rechtswidrigkeit bereits in einem Nachprüfungsverfahren hätte geltend gemacht werden können. Praktische Bedeutsamkeit erlangt dieses Verfahren daher dort, wo mangels Transparenz keine Möglichkeit bestand, von einem Vergabevorgang Kenntnis zu erlangen¹⁵.

B. EG-Recht

Aus der Sicht des Europäischen Gemeinschaftsrechts wird der Vergabe öffentlicher Aufträge im Rahmen der Verwirklichung des EG-Binnenmarktes besondere Bedeutung zugemessen. Dies zum einen deshalb, weil die wirtschaftliche Bedeutung der öffentlichen Beschaffung hoch ist¹⁶, und zum anderen, weil gerade in diesem Bereich die Neigung zur Begünstigung des heimischen Marktes groß ist. Das wiederum führt zur unerwünschten Abschottung der nationalen Märkte¹⁷.

Auf der Ebene des Primärrechts sind zum einen das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV sowie die Grundfreiheiten von Relevanz. Jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist verboten. Von den Grundfreiheiten ist für Lieferverträge insbesondere die Warenverkehrsfreiheit von Bedeutung; bei der Vergabe von Bau- und Dienstleistungsverträgen sind die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit einschlägig. Wird die Leistung von einem Auftragnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat durch eigenes Personal erbracht, ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu beachten. Voraussetzung für die Anwendung dieser primärrechtlichen Vorgaben auf Beschaffungsakte ist, dass ein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist. Der EuGH ist allerdings geneigt, diesen „sehr rasch“ anzunehmen, z. B. schon dann, wenn Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ein Interesse am Auftrag haben könnten¹⁸. Ein solches wird insbesondere dann zu verneinen sein, wenn die wirtschaftliche Bedeutung eines Auftrages eine geringe ist.

Aus den genannten primärrechtlichen Vorgaben hat der EuGH für die öffentliche Auftragsvergabe eine Reihe von Verpflichtungen abgeleitet. So zunächst die Verpflichtung zu Transparenz¹⁹, wonach Auftraggeber einen angemessenen Grad an Öffentlich-

keit zugunsten potenzieller Bieter herzustellen haben; des Weiteren das Gebot, einen effektiven Rechtsschutz für Bieter zu gewährleisten²⁰, und zuletzt den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und Bewerber.

Diesen primärrechtlichen Vorgaben kommt insbesondere bei jenen Beschaffungsakten Bedeutung zu, die von den Vergaberichtlinien oder vom BVergG gar nicht²¹ oder nur eingeschränkt erfasst werden, wie beispielsweise nicht prioritäre Dienstleistungen (§ 141 BVergG) oder Dienstleistungskonzessionen (§ 11 BVergG)²². In diesem Zusammenhang möchte ich darauf hinweisen, dass die Handhabung der aus dem Primärrecht abgeleiteten Gebote und Verbote so weitreichend einerseits und so stringent andererseits ist, dass im Ergebnis oft kaum Unterschiede zu jenen Vergaben bestehen, die vom Vollarwendungsbereich der Vergaberichtlinien oder des BVergG erfasst sind²³.

Mit den EG-Vergaberichtlinien wurden die mitgliedstaatlichen Vorschriften betreffend die öffentliche Auftragsvergabe harmonisiert. Sie finden auch dann Anwendung, wenn eine Auftragsvergabe keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweist. Für die Beschaffungsakte der Krankenversicherungsträger sind zwei Richtlinien (RL) von Bedeutung. Zum einen die Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge²⁴ sowie die dazu einschlägige Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG²⁵. Letztere verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, ein wirksames und insbesondere rasches Nachprüfungsverfahren zur Verfügung zu stellen (Art. 1 Abs. 1 RM-RL).

Abgesehen von der Verpflichtung zur fristgerechten Umsetzung dieser RL in nationales Recht liegt die Bedeutung der RL auch darin, dass das nationale Umsetzungsrecht im Zweifel richtlinienkonform auszulegen ist und, sofern die Umsetzung unrichtig oder mangelhaft erfolgte und sich die RL zur unmittelbaren Anwendbarkeit eignet, wegen des geltenden Anwendungsvorranges unmittelbar anzuwenden wäre. Unmittelbare Anwendbarkeit wurde für die Liefer-, Bau- und DienstleistungsRL, nicht hingegen die RechtsmittelRL angenommen²⁶.

III. Krankenversicherungsträger als öffentliche Auftraggeber

Wenn ich mich nun den für Krankenversicherungsträger spezifischen vergaberechtlichen Fragestellungen zuwende, ist zuerst die Frage zu klären, ob die Träger der Krankenversicherung vom persönlichen Anwendungsbereich des BVergG bzw. der Vergaberichtlinie 2004/18/EG erfasst sind. Soweit zu sehen, wird diese Frage einheitlich bejaht²⁷. Zwar sind die Träger der Sozialversicherung seit dem BVergG 2002 nicht mehr ausdrücklich als öffentliche Auftraggeber genannt, es bestehen allerdings im Ergebnis²⁸ keine Zweifel, dass die Träger der KV die Definitionsmerkmale der „Einrichtungen öffentlichen Rechts“ gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG erfüllen. Demnach ist die Auftraggebereigenschaft dieser Einrichtungen gegeben, wenn drei Kriterien zutreffen. Sie müssen zum einen zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind; sie müssen zweitens zumindest teilrechtsfähig sein, und sie müssen drittens in einer spezifischen Nahebeziehung zur öffentlichen Hand stehen. Diese Definitionsmerkmale entsprechen nahezu wörtlich jenen der einschlägigen Vergaberichtlinie (Art. 1 Abs. 9 RL 2004/18/EG). Die bestehenden Abweichungen sind im gegebenen Zusammenhang nicht von Relevanz²⁹. Daraus folgt aber des Weiteren, dass es sich um „Gemeinschafts-

begriffe“ handelt, die autonom und einheitlich unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhanges und des mit der Regelung verfolgten Zwecks auszulegen sind³⁰.

Bei der Auslegung dieser Kriterien ist zu beachten, dass der Begriff des Auftraggebers funktionell zu verstehen ist. Maßgebend ist demnach nicht die Zugehörigkeit einer Einrichtung zur Staatsorganisation, sondern die von dieser Einrichtung wahrgenommene Aufgabe. Ist diese eine „staatliche“, so ist die betreffende Einrichtung öffentlicher Auftraggeber³¹. Als Auslegungsleitlinie gilt die vom EuGH geprägte Formel, wonach solche Einrichtungen der öffentlichen Hand nahestehen, und bei denen Grund zur Annahme besteht, dass sie sich bei ihren Vergabeentscheidungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen können³².

Zu diesen Kriterien im Einzelnen: Die Krankenversicherungsträger sind gemäß § 32 Abs. 1 ASVG Körperschaften öffentlichen Rechts, die mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet und daher im Sinne der Definitionsmerkmale sogar „mehr“ als „zumindest teilrechtsfähig“ sind. Nicht weiter in Zweifel zu ziehen ist auch der Umstand, dass die Träger der KV Aufgaben wahrnehmen, die im Allgemeininteresse liegen. Die Pflicht zur Vorsorge für Gesundheitsdienstleistungen für die Versichertengemeinschaft dient unzweifelhaft (auch) einem öffentlichen Interesse³³. Das Erfüllen dieses Kriteriums ist auch insoweit nicht weiter zu prüfen, als der Begriff des Allgemeininteresses durch den EuGH sehr weit verstanden wird und bereits dann schon als erfüllt angesehen wird, wenn öffentliche Interessen bloß mittelbar gefördert werden³⁴. So wurde beispielsweise auch die Veranstaltung von Messen als im Allgemeininteresse liegend angesehen, da es dadurch Verbrauchern ermöglicht werde, ihre Wahl unter optimalen Bedingungen zu treffen und davon wiederum Impulswirkungen für den Handel ausgingen³⁵.

Die Auftraggebereigenschaft besteht des Weiteren nur dann, wenn diese Einrichtung Aufgaben „nicht gewerblicher Art“ erfüllt. Zu fragen ist, ob die betreffende Einrichtung unter Marktbedingungen agiert oder ob sie über eine privilegierte Position verfügt, sodass – entsprechend der genannten Formel – die Gefahr besteht, dass sie sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt. Indizien für das Vorliegen einer derart bevorzugten Position und damit des Wahrnehmens von Aufgaben nicht gewerblicher Art sind beispielsweise das Fehlen der Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen eines entwickelten Wettbewerbes, wenn einer Einrichtung die Erfüllung bestimmter Aufgaben ausschließlich vorbehalten wurde, oder das Bestehen eines Mechanismus zum Ausgleich etwaiger Verluste³⁶. Auch dieses Kriterium ist für die Träger der KV ohne Zweifel zu bejahen³⁷. Die Träger der Sozialversicherung stehen am Versicherungsmarkt nur in einem sehr untergeordneten Ausmaß im Wettbewerb; zudem fehlt die Gewinnerzielungsabsicht. Kein Zweifel kann auch daran bestehen, dass der Gründungszweck der Krankenversicherungsträger in der Erfüllung dieser im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art liegt.

Zuletzt ist noch eine Nahebeziehung zum Staat im weiteren Sinne gefordert. Diese Nahebeziehung kann zum einen darin bestehen, dass die betreffende Einrichtung von den Gebietskörperschaften oder anderen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen überwiegend finanziert wird. Es ist fraglich, ob dieses Kriterium im gegebenen Zusammenhang erfüllt wird. Die Finanzierung der Krankenversicherungsträger erfolgt durch (Zwangs-)Beiträge der Versicherten, die auf der Grundlage gesetzlicher

Bestimmungen erhoben werden und deren Zahlung auch exekutiert werden kann (§§ 44 ff. ASVG). Insofern könnte man meines Erachtens durchaus argumentieren, dass die Krankenversicherungsträger von der öffentlichen Hand überwiegend finanziert werden, weil die öffentliche Hand ebendiese Mechanismen zur Finanzierung zur Verfügung stellt. Und auch der EuGH will vom Begriff der Finanzierung all jene Zuwendungen erfasst wissen, die nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb erzielt werden³⁸. Sieht man die Erfüllung dieses Kriteriums als zweifelhaft an, kann das geforderte Naheverhältnis auch noch auf zweierlei andere Art erwiesen werden: Die Auftraggebereigenschaft ist auch dann erfüllt, wenn die betreffende Einrichtung „hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere“ unterliegen. Mit dem Begriff der „Letzteren“ sind unzweideutig bloß die „Z2-Auftraggeber“ gemeint, also Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die die genannten Kriterien erfüllen, nicht hingegen die Gebietskörperschaften³⁹. Da nun die Träger der KV der Aufsicht des Bundes unterstehen (§ 448 ASVG) und nicht jener anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts, ist auch die Erfüllung dieses Kriteriums ungewiss⁴⁰. Keine Zweifel bestehen meines Erachtens aber dahingehend, dass das dritte Kriterium zutrifft. Die öffentliche Auftraggebereigenschaft wird nämlich auch dann begründet, wenn die Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die von Auftraggebern nach Z 1 – das sind der Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände – oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind. Die Verwaltungsorgane der Krankenversicherungsträger setzen sich nämlich aus Versicherungsvertretern zusammen, die von den Kammern bestellt werden (§ 421 ASVG). Und diese Kammern sind wohl als Z2-Einrichtungen anzusehen⁴¹. Nicht zuletzt lassen sich allenfalls noch bestehende Zweifel dadurch beseitigen, als in den Materialien⁴² zur identischen Vorgängerbestimmung⁴³ erwähnt wird, dass die Sozialversicherungsträger auch weiterhin vom Anwendungsbereich des BVergG erfasst sein sollen.

IV. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des BVergG und auch der einschlägigen VergabeRL 2004/18/EG ist nunmehr ein lückenloser. Erfasst sind Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, Baukonzessionen und Dienstleistungskonzessionen (§§ 4 bis 8 BVergG; Art. 1 Abs. 2 lit b bis d und Abs. 3 und 4 RL 2004/18/EG). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Begriff des Dienstleistungsauftrages gewissermaßen eine „Restgröße“ darstellt. Alles, was nicht Bau- oder Lieferauftrag ist, ist als Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren. In Bezug auf Dienstleistungen wird zwar auf die Aufzählung von Dienstleistungskategorien in den Anhängen III und IV des BVergG verwiesen, dort findet sich allerdings auch die Kategorie der „sonstigen Dienstleistungen“, womit jede weitere, nicht ohnehin schon ausdrücklich erwähnte Vergabe von Dienstleistungen gemeint ist.

Ganz allgemein erfasst das Gesetz die Beschaffung von Leistungen (Aufträge) durch öffentliche Auftraggeber auf der Grundlage eines entgeltlichen Vertrages. Soweit zu sehen sind die vom Geltungsbereich des BVergG ausgenommenen Auftragsarten für die Träger der KV nicht von Relevanz; auch dem in der Praxis eine bedeutsame Rolle spielenden In-House-Privileg dürfte hinsichtlich der Krankenversicherungsträger keine Bedeutung zukommen, zumal die Leistungserbringung entweder durch eigene, und zwar unselbstständige, Einrichtungen erfolgt oder aber im Wege der Vorsorge durch Vertrag mit andern Leistungsanbietern (§ 23 Abs. 5 ASVG) („Sachleistungsvorsorge“).

V. Beschaffungsakte der Krankenversicherungsträger und Anwendbarkeit des Vergaberechts

A. Bedarfsdeckungsverwaltung

Die Diskussion um die Bedeutung des Vergaberechts für Krankenversicherungsträger ist eine Diskussion darüber, ob das Vergaberecht überhaupt anzuwenden ist. Um sich dieser Frage zu nähern, soll zunächst versucht werden, das „Beschaffungswesen“ der Krankenversicherungsträger zu strukturieren. Ganz unstrittig Anwendung findet das Vergaberecht auf Auftragsvergaben durch die Krankenversicherungsträger dann, wenn es sich um sogenannte Bedarfsdeckungsverwaltung handelt, d.h., wenn jene Leistungen oder Waren für die Krankenversicherungsträger beschafft werden, die nötig sind, damit diese arbeiten können. Das sind beispielsweise Bauleistungen, um „Amtsgebäude“ oder eine sogenannte eigene Einrichtung zu errichten oder zu sanieren, die Beschaffung von Büromitteln oder von Reinigungsleistungen für die eigenen Einrichtungen. Als Auftragsarten kommen sowohl Bau-, Liefer- als auch Dienstleistungsverträge in Betracht.

Das Vergaberecht gilt aber unstrittig wohl auch für alle anderen „Direktbeschaffungen“ durch die Krankenversicherungsträger, auch wenn die dadurch angeschafften Waren sodann an Dritte, nämlich die Versicherten, abgegeben werden. Unter Direktbeschaffung verstehe ich jedenfalls jene Einkäufe, in dem die Träger der Krankenversicherung mit dem Vertragspartner in eine direkte Austauschbeziehung treten.

B. Sachleistungsvorsorge

Wesentlich schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob auch jene Verträge vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst sind, die die Träger der KV unter dem Titel Sachleistungsvorsorge abschließen. § 23 Abs. 5 ASVG verpflichtet die Träger der Krankenversicherung, für die Krankenversicherung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen. § 133 Abs. 2 letzter Satz des ASVG bestimmt, dass die Leistungen der Krankenbehandlung, soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, als Sachleistungen erbracht werden. Dieser „Verpflichtung“ zur Sachleistungsvorsorge kommen die Krankenversicherungsträger zum einen dadurch nach, dass die Heilbehandlung von ihnen selbst erbracht wird. Allerdings spielt die Leistungserbringung durch eigene Einrichtungen nur eine untergeordnete Rolle. Überwiegend erfolgt die Sachleistungsvorsorge durch den Abschluss von Verträgen mit den freiberuflich tätigen Ärztinnen, Dentisten, Zahnärztinnen, klinischen Psychologen, Psychotherapeutinnen, Apothekern, Hebammen und anderen Erbringenden von „Gesundheitsleistungen“. Die Leistungen, die diese Vertragspartner den Anspruchsberechtigten gegenüber erbringen, werden direkt mit den Trägern der Krankenversicherung verrechnet. Das System der Sachleistungsvorsorge verschafft den Begünstigten daher eine kostenfreie Heilbehandlung⁴⁴. Wird kein Vertragspartner in Anspruch genommen, entfällt die Direktverrechnung. Es besteht „bloß“ ein Anspruch auf Kostenerstattung. Der Versicherte ist daher zur finanziellen Vorleistung verpflichtet. Zu beachten ist weiters, dass der Kostenersatz nicht in voller Höhe gebührt. Erstattungsfähig sind nur 80 Prozent jenes Betrages, der bei Inanspruchnahme der entsprechenden Vertragspartner des Versicherungsträgers von diesem aufzuwenden gewesen wäre.

Die Antwort auf die Frage, ob das BVergG auch für den Zukauf von Dienstleistungen und Waren durch die Krankenversicherungsträger im Rahmen der Sachleistungsvorsorge gilt, ist umstritten. Während die Literatur – wenn ich richtig sehe – überwiegend, wenn auch zum Teil mit einer gewissen Vorsicht, die Anwendbarkeit des BVergG bejaht⁴⁵, ist die Spruchpraxis des BVA und auch des VfGH eher ablehnend; dies mit wechselnder und in sich nicht widerspruchsfreier Begründung; ein Vorwurf, den es im Folgenden freilich noch zu untermauern gilt. Unter dem Gesichtspunkt der Anwendbarkeit des BVergG möchte ich die Sachleistungsvorsorge am Beispiel der Vertragsärzte exemplarisch „durchspielen“. Der Grund für die beispielhafte Wahl der Vertragsärzte ist, dass das Thema „Vertragsarztauswahl und Vergaberecht“ sowohl in der Literatur als auch in der Entscheidungspraxis der Nachprüfungsinstanzen die mit Abstand größte Aufmerksamkeit auf sich zieht. Regelmäßig werde ich aber auf die Gemeinsamkeiten und Besonderheiten der Vertragsbeziehungen zu anderen Vertragspartnern der Krankenversicherungsträger hinweisen. Zuletzt möchte ich auf jene Besonderheiten eingehen, die bei der Beschaffung von Heilbehelfen und Hilfsmitteln bzw. bei Krankentransporten zu beachten sind.

1. Beispiel Vertragsärzte

a. Prinzip der Sachleistungsvorsorge und Auswahl der Vertragsärzte und -ärztinnen

Die Sachleistungsvorsorge für die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe wird durch den Abschluss von Gesamtverträgen und Einzelverträgen verwirklicht (§§ 338 ASVG). Gesamtverträge sind privatrechtliche Verträge⁴⁶, die vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger mit der örtlich zuständigen Interessenvertretung der Ärzte abgeschlossen werden. Sie bedürfen der Zustimmung jenes Krankenversicherungsträgers, für den sie abgeschlossen werden. Gesamtverträge regeln vor allem auch die Beziehungen zwischen den Trägern der Krankenversicherung und den freiberuflich tätigen Ärzten (§ 341 ASVG). Als Mindestinhalte des Gesamtvertrages sieht das Gesetz beispielsweise die Festsetzung der Zahl und der örtlichen Verteilung der Vertragsärzte vor mit dem Ziel der Sicherung einer ausreichenden ärztlichen Versorgung, die Auswahl der Vertragsärzte und den Abschluss und die Lösung der mit diesen zu treffenden Abmachungen, die Rechte und Pflichten der Ärzte und insbesondere ihre Ansprüche auf Vergütung (§ 342 ASVG). Kommt ein Gesamtvertrag zustande, so sind nicht automatisch alle Ärzte in dieses Vertragsarztssystem eingebunden. Es bedarf dazu vielmehr noch des Abschlusses eines Einzelvertrages. Der Inhalt dieses Einzelvertrages ist allerdings vollständig durch den Gesamtvertrag determiniert⁴⁷; d. h., die einzelne Ärztin hat auf den Inhalt keinerlei Einfluss. Sie hat die Möglichkeit, sich den durch Gesamtvertrag vorgegebenen Bedingungen zu „unterwerfen“ oder auf einen Kassenvertrag zu verzichten. Die Auswahl der Vertragsärzte und der Abschluss eines Einzelvertrages zwischen der Ärztin und dem Krankenversicherungsträger erfolgt auf der Grundlage der Bestimmungen des Gesamtvertrages. Es muss das Einvernehmen mit der Ärztekammer hergestellt werden. Die Auswahlentscheidung hat zudem auf der Grundlage einer Verordnung zu erfolgen, die die Kriterien für die Reihung der Bewerberinnen und Bewerber festzulegen hat. Das Gleichbehandlungsgebot, die Erwerbsausübungsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit sowie die Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention sind zu beachten (§ 343 Abs. 1 ASVG)⁴⁸.

Dieses Modell einer zwingenden Kombination von Gesamtvertrag und Einzelvertrag gilt nicht nur für die Leistungen der Ärztinnen, sondern auch für jene der Zahnärzte (§ 343 c und 343 d ASVG) und der Dentistinnen (§ 349 Abs. 1 ASVG). Dem Grunde nach ist dieses System auch für das Verhältnis der Krankenversicherungsträger zu den freiberuflich tätigen klinischen Psychologen und den freiberuflich tätigen Psychotherapeutinnen vorgesehen (§ 349 Abs. 2 ASVG). Das Gesetz trifft hier allerdings Vorsorge für den Fall, dass kein Gesamtvertrag zustande kommt. Diesfalls können Einzelverträge zwischen dem Hauptverband und den Angehörigen der genannten Berufsgruppen abgeschlossen werden. Der Abschluss eines Gesamtvertrages mit anderen Vertragspartnern wie beispielsweise den Hebammen, den Optikern, den Hörgeräteakustikerinnen oder den Bandagisten ist nur fakultativ. Es können sowohl Gesamtverträge und Einzelverträge oder nur Einzelverträge oder nur Gesamtverträge ohne Einzelverträge geschlossen werden. In letzterem Fall kann der Gesamtvertrag bestimmen, dass die im Gesamtvertrag angeführten Verbandsangehörigen die Sachleistungen für Rechnung des Krankenversicherungsträgers zu erbringen haben (§ 349 Abs. 4 ASVG)⁴⁹.

b. Grundlegende Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Vergaberechts

Bewertet man nun dieses System der Vorsorge für Gesundheitsdienstleistungen unter dem Gesichtspunkt der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, des Grundrechtes der freien Erwerbsausübung und des Wettbewerbsprinzips, muss zunächst konstatiert werden, dass durch einen Gesamtvertrag beträchtliche Beschränkungen des Wettbewerbs und der genannten Freiheiten vorgenommen werden. Die verpflichtend vorgesehene Limitierung der Zahl der Vertragsärzte ist eine Form der Zugangsbeschränkung. Diese Beschränkung wird freilich etwas abgemildert⁵⁰ durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Wahlärztinnen und die dann gebührende Kostenerstattung. Des Weiteren werden mit der Festlegung der Rechte und Pflichten der Vertragsärzte und insbesondere auch der Vergütung jene Parameter vorweg bestimmt, auf deren Grundlage der Wettbewerb der Konkurrentinnen ansonsten stattfindet. Mit anderen Worten: Durch die weitreichende Determinierung der Leistungspflichten durch den Gesamtvertrag wird die Möglichkeit, im Rahmen der Einzelvertragsvergabe einen Wettbewerb durchzuführen, auf ein sehr geringes Maß reduziert. Ob derart weitreichende Beschränkungen der Grundfreiheiten des EG-Vertrages zulässig sind, soll im Rahmen dieses Beitrages nicht vertieft werden. Hat man aber die „Hürde“ der Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten „genommen“ und nimmt Gemeinschaftsrechtskonformität dieses Systems an, was – soweit zu sehen – die überwiegende Meinung sein dürfte⁵¹, so sei im gegebenen Zusammenhang auf den Umstand dieser sehr weitreichenden Reduktion der Möglichkeit zu Konkurrenzverhalten deshalb hingewiesen, weil das Vergaberecht seinerseits gerade zur Veranstaltung eines Wettbewerbes zwingt. Man steht also vor dem „Dilemma“, dass einerseits das Vergaberecht zur Abhaltung eines Wettbewerbes anhält und andererseits das vorgestellte System der Sachleistungsvorsorge kaum mehr Wettbewerb zulässt. Das führt zu der schon eingangs gestellten, ganz grundsätzlichen Frage, ob das BVergG auf die Beschaffung der genannten Gesundheitsdienstleistungen im Wege der Sachleistungsvorsorge überhaupt Anwendung finden kann.

Es wurde auch verschiedentlich argumentiert, dass eine Anwendung des BVergG auf Verträge, die im Rahmen der Verpflichtung zur Sachleistungsvorsorge abgeschlossen werden, schon deshalb nicht in Betracht komme, weil der Preis der ärztlichen Leistung durch zwingende Vorgabe im Gesamtvertrag bereits feststehe, das Vergaberecht aber begriffsnotwendig einen Preiswettbewerb verlange⁵². Für diese Auffassung spricht manches: vor allem der Umstand, dass das BVergG für die Erteilung des Zuschlages entweder die Anwendung des Billigst- oder des Bestbieterprinzips verlangt. Steht der Preis der Leistung schon fest, kommt das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises erst gar nicht in Betracht. Aber auch die Anwendung des Bestbieterprinzips ist fraglich, weil der Bestbieter definitionsgemäß jener Bieter ist, der das „technisch und wirtschaftlich günstigste“ Angebot vorgelegt hat. Nun ist es meines Erachtens nicht gänzlich auszuschließen, dass die wirtschaftliche Günstigkeit trotz eines vorgegebenen Preises ermittelt werden kann, etwa beispielsweise durch „besondere“ Nebenleistungen wie Service, Beratung usw.; allerdings handelt es sich dabei durchwegs um Kriterien, die gemäß der Reihungskriterien-Verordnung⁵³ im Verfahren zur Auswahl eines Vertragsarztes nicht zur Anwendung kommen können.

Mit dem Vergaberecht einerseits und dem Vertragspartnerrecht des ASVG andererseits stoßen zwei völlig unterschiedliche „Systeme“ der Beschaffung aufeinander; die grundlegenden Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Vergaberechts lassen sich noch fortführen: So darf etwa die Auswahl der Vertragsärztin vom Auftraggeber, dem Krankenversicherungsträger, nur im Einvernehmen mit der Ärztekammer vorgenommen werden. Das betrifft das gesamte Verfahren der Entscheidungsfindung von der Ausschreibung bis zur „Zuschlagserteilung“. Es widerspricht nun aber geradezu den Zielsetzungen des Vergaberechts, dass im Verfahren der Entscheidungsfindung die Interessenvertretung der Auftragnehmerseite gleichberechtigt mitzuwirken berechtigt ist, dass also der Auftraggeber in der Artikulation seines Beschaffungswunsches und der Auswahl des besten Angebotes – abgesehen von den ohnedies sehr engen rechtlichen Rahmenbedingungen – nicht autonom entscheiden kann.

Hinzuweisen ist auch auf einen weiteren ganz grundlegenden Unterschied zwischen Vergaberecht und Sachleistungsvorsorge gemäß ASVG. Laut BVergG hat der Zuschlag gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien zu erfolgen. Das ist bei der Wahl des Billigstbieterprinzips der Preis; bei der Wahl des Bestbieterprinzips kommen neben dem Preis Parameter wie beispielsweise die Qualität, der technische Wert, die Zweckmäßigkeit, Betriebskosten, Rentabilität, Lieferungs- und Ausführungsfrist infrage⁵⁴. Regelmäßig handelt es sich um „auftragsbezogene“ Kriterien, d. h. um Kriterien, die die Qualität der Leistung betreffen. Bieterbezogene Kriterien kommen darin nicht vor. Ja, man könnte sagen im Gegenteil: Zuschlagskriterien sind von den bieterbezogenen Kriterien – wie den Auswahl- und Eignungskriterien (§ 2 Z 20 lit a und c BVergG) – strikt zu trennen. Und die Frage der Eignung eines Unternehmens ist im Vergabeverfahren gewissermaßen eine Vorfrage im Auswahlverfahren; ihre Bejahung ist Voraussetzung dafür, dass das Angebot im Weiteren überhaupt geprüft wird⁵⁵. Im Rahmen der Auswahl eines Vertragsarztes bleibt aber für auftragsbezogene Kriterien kein Raum; diese sind durch den Gesamtvertrag fest vorgegeben. Nach dem vorgesehenen Verfahren kann und soll allein die Qualität der Bewerberinnen und Bewerber den Ausschlag geben.

Gegen diese grundsätzlichen Bedenken lässt sich Folgendes einwenden: Meiner Einschätzung nach handelt es sich bei den Dienstleistungen, die von den Ärztinnen und den anderen genannten Berufsgruppen erbracht werden, um nicht prioritäre Dienstleistungen im Sinne der Kategorie 25 des Anhangs IV zum BVergG⁵⁶. Für diese gilt das BVergG nur sehr eingeschränkt (§ 141 BVergG). Die Bedingungen der Ausschreibung, die weiteren Bestimmungen im Auswahlverfahren und die Verpflichtung zur Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung kommen bei nicht prioritären Dienstleistungen nicht zur Anwendung. Die Pflichten der Auftraggeber sind nur sehr allgemein gehalten. Sie sind verpflichtet, ein dem Wert und dem Gegenstand des Auftrages angemessenes Verfahren mit mehreren Unternehmen durchzuführen, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes entspricht. Bei derart offenen Vorgaben wird den Auftraggebern bei der Beschaffung ein denkbar großer Freiraum eingeräumt. Die Begründung dafür liegt ausweislich der Materialien zum BVergG⁵⁷ darin, dass sich nicht prioritäre Dienstleistungen nicht in gleicher Weise für ein Vergabeverfahren eignen wie prioritäre Dienstleistungen. Bei einer solcherart offenen und losen Vorherbestimmung ist es vertretbar, dass ein Vergabeverfahren allein nach den Kriterien der Qualifikation der Bieter durchgeführt wird.

Des Weiteren ist zu bedenken, dass das Vergaberecht Beschaffungsakte der öffentlichen Hand lückenlos erfasst und nur einzelne ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausnimmt. Gesundheitsdienstleistungen sind in den Ausnahmetatbeständen nicht zu finden; im Gegenteil: Dienstleistungen im Bereich des Gesundheitswesens werden als eigene Kategorie der dem Gesetz (und der einschlägigen RL) unterworfenen Beschaffungsakte genannt. Auch dieser Umstand spricht für die Anwendung des BVergG auf die Vergabe von Einzelverträgen.

Die vorgebrachten grundlegenden Bedenken sprechen daher meines Erachtens nicht gegen die Anwendbarkeit des BVergG auf die Einzelvertragsvergabe. Die überwiegende Meinung in der Literatur spricht sich – wie schon erwähnt – (wenn auch mit einer gewissen Vorsicht) für die Anwendung des Vergaberechts auf die Einzelvertragsvergabe aus. Und auch in der Entscheidungspraxis der Nachprüfungsinstanzen werden derart grundlegende Bedenken nicht geäußert. Es sei aber noch einmal darauf hingewiesen, dass das vom ASVG vorgegebene System einen Wettbewerb nur in sehr eingeschränkter Form zulässt.

c. ASVG als *lex specialis* gegenüber dem BVerG?

Gegen die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Einzelvertragsvergabe wurde des Öfteren vorgebracht, dass das Verfahren der Vergabe von Einzelverträgen im ASVG geregelt sei und dieses als *lex specialis* dem BVerG vorgehe⁵⁸. Dieses Argument ist überzeugend, allerdings nur insoweit, als die Bestimmungen des ASVG auch tatsächlich Spezielleres anordnen. So enthält das ASVG insbesondere keinen dem BVerG gleichwertigen Rechtsschutz der übergangenen Bewerberin⁵⁹. Und subsidiär, d.h. soweit keine spezialgesetzlichen Vorgaben bestehen, gilt das BVerG aber meines Erachtens sehr wohl. Selbst wenn man die völlige Verdrängung des BVerG durch das ASVG annähme, gilt es immer noch zu bedenken, dass die primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrages wie etwa Gleichbehandlungsgebot, Pflicht zu angemessener Transparenz und Beachtung der Grundfreiheiten gleichwohl Anwendung finden. An diesen sind dann die Bestimmungen des ASVG zu messen.

d. Einordnung der ärztlichen Krankenbehandlung in eine Auftragskategorie und Anwendbarkeit des BVerG?

In der Spruchpraxis des BVA spielte vor allem die Frage der Einordnung der ärztlichen Krankenbehandlung in die Auftragskategorien des BVerG immer wieder eine Rolle. Strittig ist, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession handelt. Diese Frage hat vor dem Hintergrund wechselnder rechtlicher Grundlagen unterschiedliche Auswirkungen. Regelmäßig geht es aber um die Frage der Anwendbarkeit bzw. der Reichweite der Anwendbarkeit des BVerG. Waren Dienstleistungskonzessionen nach dem BVerG 1997 vom Anwendungsbereich noch völlig ausgenommen⁶⁰, so sind sie seit dem BVerG 2002 von diesem, wenn auch nur sehr eingeschränkt, erfasst. Die Bestimmungen des vergabespezifischen Rechtsschutzes sind auf Dienstleistungskonzessionsverträge nach wie vor nicht anzuwenden (§ 11 BVerG).

Als Dienstleistungsaufträge definiert das BVerG jene entgeltlichen Aufträge, die keine Bau- und Lieferaufträge sind und die Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III und IV erfassen (§ 6 BVerG). Dabei benennt Anhang III die prioritären, also die nicht begünstigten Dienstleistungen, die dem Anwendungsbereich des BVerG voll unterliegen, und der Anhang IV die nicht prioritären, demnach die begünstigten Dienstleistungen, die dem Geltungsbereich des BVerG nur sehr eingeschränkt unterworfen sind. Dienstleistungskonzessionsverträge unterscheiden sich von den Dienstleistungsaufträgen insofern, als die Gegenleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Nutzungsrecht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (§ 8 BVerG).

Das BVA nahm in einer Entscheidung aus dem Jahre 2002⁶¹ zur Ausschreibung der Vergabe einer Kassenarztstelle das Vorliegen einer (damals) vergaberechtsfreien Dienstleistungskonzession an. Dies deshalb, weil der Umfang, in dem die Dienstleistungen zu erbringen sind, nicht vom Auftraggeber, dem Krankenversicherungsträger, festgelegt werde, sondern das diesbezügliche Risiko ausschließlich den Dienstleistungserbringer, d.h. die Ärztin, treffe. Mit dem genannten Argument der Risikotragung durch den Dienstleister als für die Dienstleistungskonzession bestimmendes Merkmal wird Bezug genommen auf die Judikatur des EuGH zur Abgrenzung zwi-

schen Dienstleistungen und Dienstleistungskonzessionen⁶². Die Begründung vermag indes nicht zu überzeugen. Zum einen ist festzuhalten, dass auch bei einem Dienstleistungsauftrag der Umfang der Gegenleistung, d.h. des Entgelts nach der Rechtsprechung des EuGH, nicht von vornherein dem Umfang nach bestimmt sein muss⁶³. Nach meinem Dafürhalten ist der Kassenvertrag als Rahmenvertrag⁶⁴ zu qualifizieren, der die Vertragsbedingungen für den Abruf der Leistungen im Einzelfall präzise vorgibt, der auch Bindungswirkung gegenüber den Parteien entfaltet und als Auftrag (hier: Dienstleistungsauftrag) im Sinne des BVergG zu qualifizieren ist⁶⁵. Abgesehen davon ist zu beachten, dass im Zusammenhang mit der Vergabe einer Kassenarztstelle das wirtschaftliche Risiko des Arztes aufgrund des vorgegebenen Vergabesystems, nämlich auf der Grundlage eines Stellenplanes, der die Zahl und die örtliche Verteilung der Vertragsärztinnen limitiert und bestimmt, doch gemindert ist. Vertragsärzte können aufgrund dieser Zugangsbeschränkung doch mit einer bestimmten Auslastung und damit auch mit einer gewissen wirtschaftlichen und sozialen Absicherung rechnen⁶⁶. Selbst wenn man aber das Kriterium des Tragens des wirtschaftlichen Risikos durch die Vertragsärztin als erfüllt ansieht, ist meines Erachtens von einer Dienstleistungskonzession deshalb nicht auszugehen, weil der Vertragsärztin kein „Recht auf Nutzung der Dienstleistung“ zukommt. Die Gegenleistung für die vertragsärztliche Leistung ist das durch den Gesamtvertrag zwingend vorgegebene Honorar. Eine „Nutzung“ der Dienstleistung kann daher wohl nicht angenommen werden. Im Gegenteil: Dem Vertragsarzt ist eine Nutzung der Dienstleistung im Sinne des Verlangens einer Zuzahlung ausdrücklich untersagt⁶⁷. Davon abgesehen wird es als für die Dienstleistungskonzession charakteristisch angesehen, dass der Konzessionär seine Vergütung vom Benutzer der Dienstleistung erhält⁶⁸. Das ist aber gerade beim System der Sachleistungsvorsorge nicht der Fall. Die Vergütung erhält die Vertragsärztin im Wege der Direktverrechnung vom Krankenversicherungsträger. Und zuletzt ist meines Erachtens zu bedenken, dass die Leistungspflicht des Vertragsarztes durch den Gesamt- und Einzelvertrag weitgehend vorherbestimmt ist. So besteht beispielsweise Behandlungspflicht gegenüber allen Anspruchsberechtigten⁶⁹, die Vertragsärztin ist zur Einhaltung bestimmter Ordinationszeiten⁷⁰ sowie zur Teilnahme am Sonn- und Feiertagsdienst verpflichtet⁷¹. Insofern kann meines Erachtens nicht mehr von einem „Recht“ auf Nutzung ausgegangen werden.

Die Erbringung einer ärztlichen Leistung ist daher nach meiner Auffassung ein Dienstleistungsauftrag. Es handelt sich dabei um eine Dienstleistung im Bereich des Gesundheitswesens gemäß der Kategorie 25 des Anhanges IV zum BVergG, d.h. um eine nicht prioritäre Dienstleistung, die vom Anwendungsbereich des Gesetzes nur sehr eingeschränkt erfasst ist (§ 141 BVergG).

e. Vergabe einer Kassenarztstelle als „Direktverrechnungsvertrag“, der keinen Beschaffungsakt im Sinne des BVergG darstellt?

In der jüngeren Spruchpraxis – beginnend mit einem Erkenntnis des VfGH aus dem Jahr 2002 – taucht verstärkt die Argumentationsfigur des „Direktverrechnungsvertrages“ auf, der nach Ansicht der entscheidenden Behörden vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen sei. Die erste diesbezügliche Entscheidung des VfGH⁷² betraf Verträge der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse (NÖGKK) mit einigen Unternehmen, aufgrund derer die Transportkosten mit dem Krankenversicherungsträger direkt verrechnet werden konnten, wenn der Anspruchsberechtigte diese Unternehmen in Anspruch nahm. Der VfGH argumentierte, dass mit einem derartigen Verfahren weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag für die Erbringung einer Dienstleistung erteilt werde. Auftraggeber der Transportdienstleistungen sei der jeweilige Anspruchsberechtigte, dem der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen Kostenersatz zu leisten hätte. Solcherart Direktverrechnungsverträge seien nicht entgeltliche Dienstleistungen, sondern bloß eine Form der Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Kostenersatzanspruches.

Eine zweite im Ergebnis gleichlautende Entscheidung des VfGH⁷³ betraf die „Vergabe“ eines Kassenarztvertrages. Das BVergG finde keine Anwendung, weil – so der VfGH in der Begründung – es sich weder um eine nicht prioritäre Dienstleistung noch um eine Dienstleistungskonzession handle. Nach grundsätzlichen Ausführungen zu dem für die ärztliche Hilfeleistung vorgesehenen System der Sachleistungsvorsorge hielt der VfGH fest, dass der Unterschied zwischen Vertragsarzt und Wahlarzt bloß darin bestehe, dass bei Inanspruchnahme des letzteren die Direktverrechnung entfalle. Der Vertrag über die ärztliche Dienstleistung werde aber zwischen dem Arzt und dem Patienten geschlossen. Demgegenüber regle das BVergG die Vergabe einer Leistung, die ein privater Auftragnehmer einem öffentlichen Auftraggeber gegen Entgelt erbringt. Wird aber eine Kassenplanstelle vergeben, so werde eine solche Leistung, die vom Auftraggeber abzugelten wäre, nicht erbracht. Der Abschluss des Einzelvertrages bewirke allein, dass der Vertragsarzt die gegenüber dem Versicherten erbrachte Leistung direkt mit dem Krankenversicherungsträger abrechnen kann. Ein Kassenvertrag betreffe daher nicht eine entgeltliche Dienstleistung, die der Arzt dem Versicherungsträger gegenüber erbringt, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger bestehenden Kostenersatzanspruches.

Mit der Argumentationsfigur des „Direktverrechnungsvertrages“ ist nunmehr wohl endgültig die „Flucht aus dem Vergaberecht“ geglückt. Überzeugend finde ich dieses Argument indes nicht. Abgesehen davon erachte ich diese Argumentation auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH für nicht haltbar. Dies aus folgenden Gründen: Der VfGH verneint das Vorliegen eines dem BVergG unterliegenden Auftrages sinngemäß damit, dass der Auftragnehmer – im gegebenen Zusammenhang also die Kassenärztin – die Leistung nicht gegenüber dem Auftraggeber, dem Krankenversicherungsträger, erbringt. Nun meine ich aber, dass das Vorliegen eines vergaberechtlich relevanten Beschaffungsaktes wohl nicht mit der Begründung verneint werden kann, dass der Begünstigte aus der Auftragsvergabe ein Dritter ist. Maßgebend ist meines Erachtens, dass der Auftraggeber den Leistungsgegenstand definiert

und für seine Erbringung ein Entgelt bezahlt. Dies ist durch das System der Sachleistungsvorsorge aber durchaus gewährleistet. Durch das System Gesamtvertrag – Einzelvertrag werden ärztliche Leistungen im Einzelvertrag bestimmt, die der Krankenversicherungsträger der Vertragsärztin bei „Abruf im Einzelfall“ vergütet. Dass der Versicherungsträger auf die Inanspruchnahme der Dienstleistung im Einzelfall nur beschränkt Einfluss nehmen kann, weil die erforderliche Leistung dann aufgrund medizinischer Indikation erst festgelegt werden muss, schadet meines Erachtens nicht. Zu bedenken ist des Weiteren, dass das BVergG ebenso wie das gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht Dienstleistungen im Bereich des Gesundheitswesens ausdrücklich, wenngleich nur sehr eingeschränkt, seinem Anwendungsbereich unterstellt. Nun dürfte es aber für Dienstleistungen im Bereich des Gesundheitswesens geradezu typisch sein, dass der Leistungsempfänger nicht der öffentliche Auftraggeber selbst ist, sondern ein Dritter. Auch scheint eine derart formalistische Sichtweise – Leistungsempfänger ist ein Dritter und nicht der Krankenversicherungsträger selbst – vor dem Hintergrund eines funktionell geprägten Verständnisses, das der EuGH in Vergabesachen zu vertreten pflegt, höchst anzweifelbar⁷⁴. In der Judikatur des EuGH kommt die Argumentationsfigur des vergaberechtsfreien Direktverrechnungsvertrages jedenfalls nicht vor. Im Gegenteil: Aus zwei Entscheidungen (allerdings nicht zu Vertragsärzten) lässt sich meines Erachtens herauslesen, dass Beschaffungen im Rahmen der Sachleistungsvorsorge sehr wohl dem Vergaberecht unterliegen. In der Rechtssache Tögel⁷⁵ qualifizierte der EuGH – auf ein Vorabentscheidungsersuchen des BVA hin – Verträge zur Erbringung von Krankentransporten unter Begleitung eines Sanitäters als gemischte⁷⁶ Dienstleistungsverträge, also immerhin als Verträge, die dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegen. In einer jüngst ergangenen Entscheidung des EuGH⁷⁷ ging es um die Anschaffung von häuslichen Atemtherapien und anderen Ventilationstechniken, die die spanische staatliche Sozialversicherungsanstalt ausschrieb. Diese Dienstleistungen wurden den Auftragnehmern direkt von der spanischen Sozialversicherungsanstalt vergütet. Der EuGH bewertete diese Dienstleistungen – gerade auch wegen des Umstandes der direkten Vergütung durch den Auftraggeber – als nicht prioritäre Dienstleistung. Und er qualifizierte als Leistungsempfängerin die Sozialversicherungsanstalt, obwohl die ausgeschriebenen Therapien von den Versicherten konsumiert werden. Insbesondere vor dem Hintergrund dieser Entscheidung meine ich, dass Verträge im Rahmen der den Krankenversicherungsträgern aufgegebenen Sachleistungsvorsorge sehr wohl vom Anwendungsbereich des BVergG erfasst sind⁷⁸.

Im Gefolge des ersten VfGH-Erkenntnisses betreffend die Krankentransporte hat sich das BVA in einer Entscheidung aus 2004 mit dem Begriff des „Direktverrechnungsvertrages“ intensiver auseinandergesetzt und Differenzierungen herauszuarbeiten versucht⁷⁹. Vertragsgegenstand war die „Abgabe“ näher beschriebener Inkontinenzartikel auf Rechnung der Wiener Gebietskrankenkasse durch den Auftragnehmer an die Versicherten und deren anspruchsberechtigte Angehörigen. Das BVA ortete einen Unterschied zu den Verträgen mit den Krankentransportdienstleistungsunternehmen darin, dass in diesen Verträgen mit den Krankentransportunternehmen nur die Höhe des direkt verrechenbaren Entgelts festgelegt worden sei, nicht aber die Erbringung der Dienstleistung selbst. Gegenstand des von der Wiener Gebietskrankenkasse ausgeschriebenen Vertrages wäre aber auch die Abgabe der beschafften Waren an die Anspruchsberechtigten auf Rechnung der Wiener Gebietskrankenkasse, die

auch Beratungsleistungen und die Einrichtung der Abgabestellen umfasse. Im Fall der Beschaffung von elektrischen Krankenbetten durch die Oberösterreichische Gebietskrankenkasse⁸⁰ ging das BVA hingegen – der Argumentation des VfGH folgend – von einem vergaberechtsfreien Direktverrechnungsvertrag aus.

Auch in der Folge des zweiten Erkenntnisses des VfGH zu den Kassenarztverträgen zeigt sich das BVA unentschlossen, die Figur des Direktverrechnungsvertrages konsequent anzuwenden. In einem Fall ging es um die Beschaffung von enteralen Nahrungsmitteln, Sonden- und Trinknahrung⁸¹, die samt Zubehör direkt an die Anspruchsberechtigten auszuliefern waren, ein anderes Mal um die Anschaffung von Rollstühlen, die von Auftragnehmern wiederum direkt an die Leistungsberechtigten abgegeben werden sollten⁸². Beide Male ging das BVA davon aus, dass die jeweiligen Beschaffungsakte als Lieferaufträge voll dem BVergG unterliegen. Und ich kann auch zwischen diesen beiden Fallbeispielen und der vorhin schon erwähnten (nach Ansicht des BVA vergaberechtsfreien) Beschaffung von elektrischen Krankenbetten keinen Unterschied erkennen.

f. Zwischenresümee

In einem „Zwischenresümee“ zur Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Einzelverträge mit Ärzten lässt sich Folgendes festhalten: Nach der Rechtsprechung des VfGH unterliegt die Auswahl der Vertragsärzte nicht dem Vergaberecht. Es liegt mangels eines direkten Austauschverhältnisses zwischen dem Krankenversicherungsträger und dem die Dienstleistung erbringenden Arzt kein dem Vergaberecht unterliegender Beschaffungsvorgang vor. Mit dieser Argumentation des VfGH wird das gesamte Sachleistungsvorsorgesystem vergaberechtsfrei gestellt. Es ist auf sämtliche Vertragspartnerbeziehungen übertragbar, egal auf welcher Rechtsgrundlage – Gesamtvertrag mit und ohne Einzelvertrag oder nur Einzelvertrag oder nur Gesamtvertrag oder der in der Praxis zuweilen auffindbare Rahmenvertrag – sie beruhen. Ich habe schon deutlich gemacht, dass ich diese Auffassung für anzweifelbar und insbesondere auch für gemeinschaftsrechtswidrig halte. Nicht nur aus diesem Grund, sondern auch mit Rücksicht auf die Meinungen in der Literatur und auf noch andere Entscheidungen, die ebenfalls von der Anwendbarkeit des Vergaberechts ausgehen, möchte ich daher diesen Gedanken weiterführen.

g. Welche Auswirkungen hat die Anwendung des Vergaberechts auf Kassenarztverträge?

Hält man das Vergaberecht auf die Einzelvertragsvergabe für anwendbar, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies hat. Diese sind im Bereich des materiellen Vergaberechts denkbar gering, weil nach der Einordnung der Einzelvertragsvergabe als nicht prioritäre Dienstleistung im Bereich des Gesundheitswesens nur wenige Bestimmungen des Vergaberechts gelten. Grundlegend ist die Bestimmung des § 141 BVergG. Diese verlangt für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen zunächst die Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und des Diskriminierungsverbots. Sodann sind diese Dienstleistungen grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmen zu vergeben, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes entspricht. Die zuletzt genannte Verpflichtung besteht allerdings nur, „soweit

dies aufgrund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint“. Verlangt ist demnach eine öffentliche, wenngleich keine europaweite Ausschreibung, eine Anforderung, der die Praxis durch die Ausschreibung der Kassenstellen wohl genügt. § 141 BVergG ordnet des Weiteren an, dass die Bestimmung betreffend technische Spezifikationen anzuwenden ist. Dieser Anordnung kommt in Bezug auf die Auswahl einer Vertragsärztin wohl keine Bedeutung zu, zumal die zu vergebende Leistung bereits durch den Gesamtvertrag zwingend vorgegeben ist. Von Interesse ist dann noch die Regelung des § 132 Abs.3 BVergG, die Nichtigkeit für den Fall anordnet, dass eine Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer erfolgte, ohne dass andere Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt waren. Nicht Anwendung finden hingegen die sonstigen Bestimmungen über das Verfahren der Entscheidungsfindung; insbesondere auch nicht die Bestimmung über die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung⁸³. Das ist jene Entscheidung, die der Zuschlagserteilung voranzugehen hat, um den Beteiligten am Vergabeverfahren noch eine wirksame Überprüfung des Zuschlages an den in Aussicht genommenen „Gewinner“ des Verfahrens zu ermöglichen. Die Bestimmungen des auf nicht prioritäre Dienstleistungen anzuwendenden Rechts sollen demnach nur vor einer völlig intransparenten Vergabe schützen, eine Vorgehensweise, die gemäß den Vorgaben des ASVG zur Vergabe von Einzelverträgen unzulässig ist. Den in dieser Hinsicht wesentlich allgemeineren Vorgaben des BVergG ist daher durch das ASVG „entsprochen“; letztere gehen aufgrund ihres spezielleren Charakters den Bestimmungen des BVergG vor.

Gravierender sind hingegen die Auswirkungen in Bezug auf den Rechtsschutz. Die Bestimmungen über den vergabespezifischen Rechtsschutz sind nämlich auch auf nicht prioritäre Dienstleistungen anzuwenden, und diese sehen einen Anspruch des übergangenen Bieters auf Nachprüfung sämtlicher im Zuge des Vergabeverfahrens getroffener Entscheidungen vor⁸⁴. Eine derartige Nachprüfungsmöglichkeit durch die nicht zum Zuge gekommene Mitbewerberin um eine Kassenstelle sieht das ASVG nicht vor. Die Landesschiedskommission ist nämlich nur zuständig, Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien (also dem Hauptverband und der Ärztekammer) über die Anwendung des Gesamtvertrages zu schlichten oder zu entscheiden, und sie kann auch nur von diesen beiden Parteien angerufen werden (§ 345 a Abs. 2 lit a ASVG). Der Rechtsweg zum BVA muss dem „übergangenen“ Mitbewerber daher offenstehen⁸⁵. Allerdings ist zu beachten, dass – wie vorhin erwähnt – die Dichte der Vorherbestimmung des Vergabeverfahrens bei nicht prioritären Dienstleistungen eine vergleichsweise wesentlich geringere ist. Und dementsprechend sollte auch der Kontrollmaßstab durch die Nachprüfungsbehörde angelegt werden⁸⁶.

2. Andere Vertragspartner

Was zur Vertragsarzttauswahl ausgeführt wurde, gilt sinngemäß auch für das Verhältnis der Krankenversicherungsträger zu den Zahnärztinnen und Dentisten, zumal das ASVG ebenfalls die zwingende Kombination von Gesamtvertrag und Einzelvertrag vorsieht. Auch ordnet das ASVG ausdrücklich an, dass die Bestimmungen über den Gesamtvertrag und den Einzelvertrag mit den Ärztinnen sinngemäß Anwendung finden (§ 349 Abs. 1 ASVG). Gleiches gilt auch für die Beziehungen zwischen den Trägern der Krankenversicherung und den freiberuflich tätigen klinischen Psychologen bzw. den freiberuflich tätigen Psychotherapeuten, wenn ein Gesamtvertrag zustande

kommt. Auch dann gelten nämlich die Vorschriften über den Gesamt- und Einzelvertrag mit den Ärzten sinngemäß (§ 349 Abs. 2 ASVG). Steht hingegen kein Gesamtvertrag in Geltung, so kann der Hauptverband für die Träger der Krankenversicherung und mit deren Zustimmung Einzelverträge nach gleichförmigen Bedingungen abschließen. Diese müssten aber wohl gemäß den Bestimmungen des BVergG vergeben werden.

Sieht man von den Beziehungen zu den Apotheken und den Krankenanstalten einmal ab, ist der Abschluss von Gesamtverträgen mit anderen Vertragspartnern bloß fakultativ. Mehrere Spielarten sind hier möglich: zum einen wiederum die Kombination Gesamtvertrag und Einzelvertrag, zum anderen der Abschluss bloß von Einzelverträgen oder aber auch der Abschluss eines Gesamtvertrages ohne Abschluss von Einzelverträgen (§ 349 Abs. 4 ASVG), bei dem sämtliche Verbandsangehörigen die Sachleistungen für Rechnung des Versicherungsträgers zu erbringen haben. Für die beiden erstgenannten „Spielarten“ wäre von der Warte des Vergaberechts betrachtet wiederum der Einzelvertrag nach den Bestimmungen des BVergG zu vergeben. Die zuletzt genannte Variante „Gesamtvertrag ohne Einzelvertrag“ führt indes zu einer vergaberechtsfreien Beschaffung.

Während Gegenstand obligatorischer Gesamtverträge regelmäßig (nicht prioritäre) Gesundheitsdienstleistungen i.S.v. Anhang IV des Gesetzes sind, können der Gegenstand von fakultativen Gesamtverträgen auch prioritäre Dienstleistungen oder Lieferaufträge sein. Für diese gilt das BVergG ohne Einschränkungen. Insofern sind also die Auswirkungen der Anwendbarkeit des Vergaberechts im Vergleich zu den Kassenarztverträgen wesentlich gravierender.

3. Vertragsloser Zustand

Fraglich ist, was im Falle eines vertragslosen Zustandes gelten soll; ein Zustand, der eintreten kann, weil sich die Vertragsparteien nicht auf einen Gesamtvertrag einigen können oder aber, weil der Gesamtvertrag von einer Partei aufgekündigt wurde. Diesbezüglich ist zu differenzieren zwischen den „obligatorischen“ und den bloß fakultativen Gesamtverträgen. Gemäß der Diktion im Gesetz sind die Beziehungen zu den Ärztinnen, den Gruppenpraxen, den Zahnärztinnen, den Apothekern, den Dentistinnen und den klinischen Psychologen und Psychotherapeutinnen verpflichtend durch Gesamtvertrag zu regeln. Allerdings ist diese Verpflichtung eine nicht sanktionierte⁸⁷. Für den Fall des vertragslosen Zustandes bei obligatorischen Gesamtverträgen wird ganz überwiegend die Auffassung vertreten, dass dann ein Einzelvertragsverbot besteht. Diese Meinung wurde kürzlich in der Literatur grundlegend infrage gestellt und die Zulassung der Vergabe von Einzelverträgen im Fall des vertragslosen Zustandes vertreten⁸⁸. Das BVergG wäre in diesem Fall anzuwenden. Eine Ausnahme besteht diesbezüglich nur für die klinischen Psychologinnen und Psychotherapeuten. Für diese Berufsgruppen wird im Fall des Fehlens eines Gesamtvertrages der Abschluss eines Einzelvertrages ausdrücklich vorgesehen⁸⁹.

Kommen hingegen bloß fakultative Gesamtverträge nicht zustande, können Einzelverträge selbstverständlich abgeschlossen werden. Diese unterliegen dem BVergG ebenso wie die Vergabe jener Lieferungen und Leistungen, die im Gesamtvertrag nicht geregelt wurden. Diesfalls ist für die Anwendung des am Wettbewerbsprinzip orientierten Vergaberechts auch genügend Raum, weil die weitgehende Vorherbestimmung der zu beschaffenden Leistung inklusive ihrer Honorierung entfällt.

In der Praxis soll es vorkommen, dass Krankenversicherungsträger dann, wenn kein Gesamtvertrag besteht, mit den Interessenvertretungen potenzieller Leistungserbringer Rahmenverträge aushandeln und abschließen. Auf der Grundlage dieser Rahmenverträge werden sodann Einzelverträge ausgeschrieben oder sämtlichen Verbandsangehörigen zur Annahme angeboten. Diese Vorgehensweise ist dem System Gesamtvertrag – Einzelvertrag nachgebildet. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage ist meines Erachtens darin aber eine unzulässige Umgehung des Vergaberechts zu sehen.

4. Heilbehelfe und Hilfsmittel

Als Leistungen im Rahmen der Krankenversicherung sind auch Heilbehelfe und Hilfsmittel vorgesehen⁹⁰. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Leistungen ist schwierig, Überschneidungen sind durchaus möglich⁹¹. Werden Heilbehelfe und Hilfsmittel angeschafft – sei es im Weg des Direkteinkaufes, im Wege eines Einzelvertrages auf der Grundlage eines Gesamtvertrages oder auf Basis eines Rahmenvertrages –, so ist, wie schon ausgeführt, das BVergG anzuwenden. Bei Heilbehelfen und Hilfsmitteln kann sich allerdings die Frage der Einordnung in die unterschiedlichen Auftragskategorien des BVergG stellen. Heilbehelfe und Hilfsmittel können „reine“ Lieferaufträge sein, sie können aber auch Liefer- und Dienstleistungselemente verbindende, demnach gemischte Verträge sein – dann nämlich, wenn der Behelf oder das Mittel an die spezifischen Bedürfnisse des Anspruchsberechtigten anzupassen ist. Die Frage der Einordnung ist deshalb von Bedeutung, weil Lieferaufträge dem Vollenwendungsbereich des Vergaberechts unterliegen, Dienstleistungen des Gesundheitswesens – wie derartige Anpassungsleistungen – aber als nicht prioritäre Dienstleistungen nur sehr eingeschränkt von diesem erfasst sind. Für die Zuordnung gilt gemäß § 9 Abs. 1 BVergG das Überwiegensprinzip. Ist der Wert der Lieferung höher als der Wert der Dienstleistung, dann ist ein Lieferauftrag anzunehmen. Ist hingegen die Dienstleistung höher zu bewerten als die gelieferte Ware, sind die Regelungen betreffend Dienstleistungsaufträge anzuwenden.

5. Krankentransporte

Die gesonderte Erwähnung der Krankentransporte erscheint mir aus zwei Gründen gerechtfertigt: Zum einen stellt sich auch hier ein Einordnungsproblem, zum anderen waren Krankentransporte bereits Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Vergaberechtsschutzinstanzen. Zunächst zum Einordnungsproblem: In der Rechtssache Tögel⁹² stellte das vorliegende BVA die Frage nach der Einordnung von Krankentransporten unter Begleitung eines Sanitäters. Nach Ansicht des EuGH ist bei derartiger Ausgangssituation sowohl von einer prioritären als auch einer nicht prioritären Dienstleistung auszugehen. Die Dienstleistung sei sowohl von der Kategorie 2 des Anhangs 1A „Landverkehr“ als auch von der Kategorie 25

„Dienstleistungen des Gesundheitswesens“ des Anhanges IB erfasst. Da das BVergG auf prioritäre Dienstleistungen im vollen Umfang anzuwenden ist, auf nicht prioritäre hingegen nur sehr eingeschränkt, stellt sich die Frage nach der Zuordnung. Diese ist nach BVergG (§ 9 Abs. 3) wiederum nach der Überwiegensregel zu beantworten. Ist die Beförderungsleistung höher einzustufen, so ist von einer prioritären Dienstleistung auszugehen. Liegt hingegen der Wert der medizinischen Leistung über dem der Transportleistung, so gilt der gesamte Auftrag als nicht prioritäre Dienstleistung. Reine Ambulanzfahrten, d.h. Fahrten ohne eine medizinische Betreuung, liegen, zumal es sich dann um eine prioritäre Dienstleistung handelt, im Vollenwendungsbereich des BVergG.

Erinnert sei in diesem Zusammenhang an die schon dargestellte Entscheidung des VfGH aus dem Jahre 2002, in der der Gerichtshof Vereinbarungen zwischen der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse und Transportunternehmen als reine „Direktverrechnungsverträge“ qualifizierte, die ohne Bindung an das BVergG vergeben werden könnten. Mit der Rechtsprechung des EuGH steht diese Erkenntnis wohl nicht im Einklang.

VI. Schlussbemerkung

Das Thema Vergaberecht und Krankenversicherung ist durch zahlreiche Spannungen gekennzeichnet. Das Vergaberecht einerseits und das Recht der Krankenversicherung andererseits verfolgen gegensätzliche Richtungen – ersteres verlangt Wettbewerb, letzteres schränkt denselben aber im Rahmen des Vertragspartnerrechts doch deutlich ein. Die Diskussion in Österreich „kreist“ noch immer um die Frage, ob das Vergaberecht auf Verträge der Krankenversicherungsträger im Rahmen der sogenannten „Sachleistungsvorsorge“ Anwendung findet. Folgt man der Auffassung des VfGH (Stichwort: „Direktverrechnungsvertrag“), muss man sich um das Vergaberecht nicht weiter kümmern. Diese Auffassung ist aber meines Erachtens aus mehreren Gründen bedenklich und insbesondere vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zu gleich gelagerten Konstellationen nicht haltbar.

- * Im Sinne eines geschlechtergerechten Sprachgebrauchs werden weibliche und männliche Sprachform dort, wo das Geschlecht eine Rolle spielt (also beispielsweise nicht beim Auftraggeberbegriff oder bei den KV-Trägern) – allerdings im Interesse der Begrenzung des Aufwandes auf ein vernünftiges Maß nicht konsequent –, abwechselnd verwendet. Das jeweils andere Geschlecht ist (selbstredend) mitgemeint.
- ¹ Weil eben nicht eigene Mittel eingesetzt werden müssen
 - ² Holoubek/Fuchs, Vergaberecht, in: Holoubek/Potaacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht 2, Band 1 (2007) 793 (797 f.) m. w. N.
 - ³ Korinek, Vergaberecht, in: Raschauer (Hrsg.), Wirtschaftsrecht 2 (2003) Rn. 703
 - ⁴ Holoubek/Fuchs, Vergaberecht (Fn. 2) 797
 - ⁵ Korinek, Vergaberecht (Fn. 3) Rn. 703
 - ⁶ Vgl. dazu Österle, Markt und Wettbewerb im Gesundheitswesen, in: Grillberger/Mosler (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 173 ff.
 - ⁷ Österle, Markt und Wettbewerb (Fn. 6) 185 ff.
 - ⁸ Österle, Markt und Wettbewerb (Fn. 6) 189 f.
 - ⁹ Österle, Markt und Wettbewerb (Fn. 6) 191 ff.
 - ¹⁰ 2004 wurden die neuen Vergaberichtlinien der EG verabschiedet. Es sind dies die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Abl L 134/144 vom 30. 4. 2004) sowie die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Abl L 134/1 vom 30. 4. 2004).
 - ¹¹ Was nicht unter die Kategorie Bau- oder Lieferauftrag fällt, ist ein Dienstleistungsauftrag (§ 6 BVergG) und als DL-Aufträge gelten gemäß Kategorie 27 des Anhangs IV des Gesetzes auch die sogenannten „sonstigen Dienstleistungen“. Zu beachten sind freilich einzelne Ausnahmetatbestände wie beispielsweise Arbeitsverträge oder Aufträge über Erwerb, Entwicklung Produktion oder Koproduktion von Programmen, die zur Ausstrahlung durch Rundfunk- oder Fernsehanstalten bestimmt sind, oder die Ausstrahlung von Sendungen.
 - ¹² Eine europaweite Ausschreibung ist beispielsweise nicht verpflichtend.
 - ¹³ Anlass dieser Differenzierung war die vom EuGH in der Rechtssache Alcatel Austria (EuGH 28. 10. 1999, C-81/98) getroffene Feststellung, dass die dem Vertragsabschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter er den Vertrag schließen werde, einem Nachprüfungsverfahren zugänglich gemacht werden müsse, in dem ein Antragsteller die Aufhebung dieser Entscheidung erwirken könne. Vgl. auch Aicher, in: Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar (2005) § 100 Rz. 1
 - ¹⁴ Art. 1 Abs. 1 RL 89/665/EWG, Abl L 395/33 vom 30. 12. 1989
 - ¹⁵ Holoubek/Fuchs, Vergaberecht (Fn. 2) 900
 - ¹⁶ Das gemeinschaftsweite Volumen öffentlicher Aufträge wurde im Jahre 2004 auf ca. 1 500 Mrd. EUR geschätzt. Das entspricht etwa 16 Prozent des gesamten BIP der Europäischen Union. Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 3. 2. 2004 (IP/04/149), nachgewiesen bei Holoubek/Fuchs, Vergaberecht (Fn. 2) 801.
 - ¹⁷ Holoubek/Fuchs, Vergaberecht (Fn. 2) 810
 - ¹⁸ EuGH Rs. C-87/94 (Wallonische Busse), Slg. 1996, I-2043, Rz. 31ff.; EuGH Rs. C-231/03 (Coname), Slg. 2005, I-7287, Rz. 20
 - ¹⁹ z. B. Rs. C-324/98, (Teleaustria), Slg. 2000, I-10745, Rz. 91
 - ²⁰ Holoubek/Fuchs, Vergaberecht (Fn. 2) 812 stellen in diesem Zusammenhang die Frage, ob auf der Grundlage des vom EuGH entwickelten Äquivalenzgrundsatzes, wonach für gemeinschaftsrechtlich begründete Ansprüche ein vergleichbar effektiver Rechtsschutz im innerstaatlichen Recht vorgesehen sein muss wie für vergleichbare innerstaatliche Rechtsansprüche, für die lediglich den primärrechtlichen Vorgaben unterliegenden Beschaffungsakte ein dem BVergG und den Landesvergaberechtsgesetzen vergleichbares Rechtsschutzsystem zur Verfügung gestellt werden muss. Die Meinung der Kommission scheint in diese Richtung zu gehen.
 - ²¹ Die Vergaberichtlinien (nicht das BVergG) nehmen Vergaben im Unterschwellenbereich vom Anwendungsbereich aus. Zur Verpflichtung, diese Grundsätze bei jedweder Vergabe zu beachten EuGH 14. 6. 2007, Rs. C-6/05; EuGH Rs. C-324/98 (Teleaustria), Rs. C-231/03 (Coname), Rs. C-458/03 (Parking Brixen).
 - ²² Problematisiert wird diese Übertragung der aus dem Primärrecht abgeleiteten Prinzipien für die öffentliche Auftragsvergabe auf von den Richtlinien nur eingeschränkt erfasste Auftragsarten durch Holoubek/Fuchs, Vergaberecht (Fn. 2) 809. Die bewusste Einschränkung des Anwendungsbereiches werde dadurch übergangen.
 - ²³ Erst kürzlich EuGH 27. 10. 2005, C-234/03 = ZVB 2006/9 m. Anm. von Grasböck
 - ²⁴ Abl L 134/144 vom 30. 4. 2004
 - ²⁵ Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, Abl L 395/33 vom 30. 12. 1989
 - ²⁶ EuGH 24. 9. 1998, Rs. C-76/97 (Tögel)

- ²⁷ Herzig, Prinzipien und Zielsetzungen des europäischen Wirtschaftsrechts, in: Grillberger/Mosler (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 47 (100); Mosler, Auswahl der Vertragsärzte und Ärztengesamtvertrag, in: Grillberger/Mosler (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 399 (419); Resch, Auswahl der Vertragspartner durch den Versicherungsträger in Österreich, in: Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg.), Der Vertragsarzt (1999) 149 (154) mit Hinweis auch auf EuGH 17. 9. 1988, Rs. C-323/96, BVA 15. 3. 2004, 7N-15/04-8; BVA 30. 3. 2004, 17N-22/04-15; BVA 26. 5. 2004, 5N-68/03-32; BVA 15. 6. 2006, 7N-05/06-34
- ²⁸ Die Anwendbarkeit einzelner Tatbestandsmerkmale wirft im Einzelnen aber doch Fragen auf. Dazu gleich unten
- ²⁹ So ist beispielsweise nach der Richtlinie (volle) Rechtspersönlichkeit gefordert, während nach § 3 Abs. 1 Z 2 lit b) BVergG Teilrechtsfähigkeit genügt.
- ³⁰ Statt vieler Holoubek/Fuchs, in: Schramm/Aicher/Fruhmhann/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar (2005) § 7 Rz. 22 m. w. N.
- ³¹ Zum funktionellen Auftraggeberbegriff siehe EuGH Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, I-4635 Rz. 11; EuGH Rs. C-360/96 (BFI Holding), Slg. 1998, I-6821 Rz. 62
- ³² EuGH Rs. C-470/99 (Universale Bau) Slg. 2002, I-11617 Rz. 52; Potacs, Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2002, in: Grillner/Holoubek (Hrsg.), Grundfragen des BVergG 2002 (2004) 43 (46 f.)
- ³³ So auch BVA 15. 3. 2004, 7N-15/04-8 (BGKK)
- ³⁴ Potacs, Der persönliche Geltungsbereich (Fn. 32) 50 ff.
- ³⁵ Holoubek/Fuchs, in: Aicher u. a. (Hrsg.), (Fn. 30) § 7 Rz. 46 f.
- ³⁶ Vgl. Potacs, Der persönliche Geltungsbereich (Fn. 32) 52 ff.
- ³⁷ Vgl. BVA 15. 3. 2004, 7N-15/04-8.
- ³⁸ EuGH Rs. C-380/98, Slg. 2000, I-08035; RV 1171 BlgNR 22. GP 25
- ³⁹ Zweifeln diesbezüglich Mosler, Auswahl der Vertragsärzte (Fn. 27) 419. Mosler ist insofern zuzustimmen, als mit Bedachtnahme auf den Zweck der Regelung es höchst eigenartig anmutet, dass die Aufsicht durch andere öffentlich-rechtliche Einrichtungen, nicht aber durch den Staat im engeren Sinne – also Bund, Länder und Gemeinden –, das geforderte Naheverhältnis konstituieren kann. Dagegen lässt sich einwenden, dass in der Aufzählung der drei Fälle eines die Auftraggeberreigenschaft begründenden Naheverhältnisses jeweils differenziert wird (zweimal werden Z 1 und Z 2 Auftraggeber ausdrücklich genannt, einmal eben nur die „letzteren“), was meines Erachtens dafür spricht, dass der Gesetzgeber sorgfältig formuliert und daher bewusst differenziert hat.
- ⁴⁰ Siehe Fn. 39.
- ⁴¹ Mosler, Auswahl der Vertragsärzte (Fn. 27) 420
- ⁴² EV 1087 BlgNR 21. GP 15
- ⁴³ Das ist der § 7 des BVergG 2002.
- ⁴⁴ Zur Sachleistungsvorsorge siehe Mosler, Probleme der „Vergabe“ von Kassenverträgen an Ärzte/Ärztinnen, RdA 1996, 430; ders., in: Strasser (Hrsg.), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995) 28; ders., Die Bewirtschaftung des Kassenvertrages, in: Kneihis u. a. (Hrsg.), Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht? 144
- ⁴⁵ So Mosler, Auswahl der Vertragsärzte (Fn. 27) 419 ff.; ders., Bewirtschaftung (Fn. 44) 144. Resch, Auswahl der Vertragspartner (Fn. 27) 152 ff.; Kietiaibl, Das Einzelvertragsverbot bei Fehlen eines Gesamtvertrages im Lichte eines geänderten rechtlichen Umfeldes, ZAS 2007/9, 52 (56 ff.), allerdings für den vertragslosen Zustand
- ⁴⁶ § 338 Abs. 1 ASVG
- ⁴⁷ Mosler, in: Strasser (Fn. 44) 107 ff. spricht von einem „Normenvertrag mit normativer Wirkung“, der den Einzelvertrag wie eine gesetzliche Regelung gestaltet.
- ⁴⁸ Bemerkenswert ist, dass in dieser Reihungskriterienverordnung „auch“ (!) die fachliche Eignung der Bewerber und Bewerberinnen sowie die zeitliche Reihenfolge der Bewerbung um Einzelverträge zu berücksichtigen ist. Angesichts der Tatsache, dass der Leistungsinhalt weitgehend durch den Gesamtvertrag festgelegt ist, kann ein sachliches Kriterium im Sinne der Sicherstellung der bestmöglichen Versorgung der Anspruchsberechtigten mit ärztlichen Leistungen wohl fast nur in der fachlichen Qualifikation liegen. Ob hingegen die zeitliche Reihenfolge der Bewerbung um Einzelverträge ein sachliches Kriterium ist, ist fraglich, weil sie meines Erachtens kein geeignetes Mittel ist, um das Ziel einer bestmöglichen Gesundheitsversorgung zu fördern.
- ⁴⁹ Siehe auch die Aufstellung bei Mosler, Bewirtschaftung (Fn. 44) 146.
- ⁵⁰ Um eine bloße Abmilderung handelt es sich meines Erachtens deshalb, weil die bei Entfall der Direktverrechnung bestehende Pflicht zur finanziellen Vorleistung durch die Versicherten in Verbindung mit dem Umstand, dass Kostenersatz nur zu 80 Prozent gewährt wird, doch ein spürbares Hemmnis bei der Inanspruchnahme von Wahlärzten sein dürfte.
- ⁵¹ Ausführlicher dazu Mosler, Bewirtschaftung (Fn. 44) 150 ff. m. w. N.
- ⁵² Mosler, Auswahl der Vertragsärzte (Fn. 27) 420; Kietiaibl, Einzelvertragsverbot (Fn. 45) ZAS 2007/9, 57
- ⁵³ BGBl II 2002/486 i. d. F. BGBl II 2005/475
- ⁵⁴ § 2 Z 20 lit d BVergG

- ⁵⁵ So sind gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG Angebote von Bietern, die über die erforderliche Eignung nicht verfügen „vor der Wahl der Zuschlagsentscheidung“ auszuschneiden.
- ⁵⁶ Dies entspricht Kategorie 25 des Anhanges IIB zur VergabeRL.
- ⁵⁷ RV 1171 BlgNR, 22. GP 91
- ⁵⁸ Mosler, Auswahl der Vertragsärzte (Fn. 27) 420 mit Hinweis auf eine Entscheidung der Bundesvergabekontrollkommission (GZ S-38/02-4); ders, Bewirtschaftung (Fn. 44) 155; Kietaiabl, Einzelvertragsverbot (Fn. 45) ZAS 2007/9, 57; Herzig, Prinzipien (Fn. 27) 104; Holoubek/Fuchs, Vergaberecht (Fn. 2) 833 und Fn. 147, mit einem meines Erachtens nach unrichtigen Verweis auf VfSlg. 17.367/2004
- ⁵⁹ Die Landesschiedskommission kann nur vom Krankenversicherungsträger und der Ärztekammer, nicht aber von einem übergangenen Interessenten angerufen werden.
- ⁶⁰ § 3 Abs. 2 BVergG 1997
- ⁶¹ BVA 13. 8. 2002, 07N-139/03-23
- ⁶² z. B. EuGH 27. 10. 2005, C-234/03, Slg. 2005 I-09315 = ZVB 2006/9; Schlussanträge des GA Alber in der Rs. C-108/98, Slg. 1999 I-05219 (RISAN). Aus der Literatur z. B. Holoubek/Fuchs, Vergaberecht (Fn. 2) 838 m. w. N.; Heid/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht2 (2004) 161 f.
- ⁶³ EuGH Rs. C-272/91, Slg. 1994 I-01409; Preslmayr & Partner Rechtsanwälte (Hrsg.), Vergabe von Dienstleistungsaufträgen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber 35; Kluth in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EUV und EGV3 (2007) Art. 50 EGV Rz. 9 ff.
- ⁶⁴ Nicht zu verwechseln mit der Rahmenvereinbarung, die gemäß BVergG einen eigenen Verfahrenstyp darstellt (§ 25 Abs. 7 BVergG)
- ⁶⁵ Vgl. zum Rahmenvertrag und insbesondere zur Abgrenzung von der Rahmenvereinbarung Heid/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht2 (Fn. 62) 87.
- ⁶⁶ Mosler, Probleme (Fn. 44) RdA 1996, 430
- ⁶⁷ Mosler, Auswahl der Vertragsärzte (Fn. 27) 421 f.
- ⁶⁸ Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 (Fn. 62) 162 m. w. N.
- ⁶⁹ § 11 Abs 1 Gesamtvertrag vom 1. 8. 1972 in der Fassung des Zusatzübereinkommens vom 28. 5. 2004
- ⁷⁰ § 11 Abs. 2 Gesamtvertrag
- ⁷¹ § 16 Gesamtvertrag
- ⁷² 25. 11. 2002, B 46/00
- ⁷³ VfGH 30. 11. 2004, B 1278/02
- ⁷⁴ So Lienbacher, Krankentransporte (ohne Hubschrauberrettung), in: Grillberger/Mosler (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 523 (556)
- ⁷⁵ EuGH 24. 9. 1998, C-76/97
- ⁷⁶ D. h. sowohl Elemente eines prioritären (Landverkehr) als auch nicht prioritären (Gesundheitsdienstleistung) Dienstleistungsauftrages umfassend
- ⁷⁷ EuGH 27. 10. 2005, C-234/03, Slg. 2005 I-09315 = ZVB 2006/9
- ⁷⁸ Vgl. auch die Glosse zu dieser Entscheidung von Grasböck, in: ZVB 2006/9.
- ⁷⁹ BVA 7. 6. 2004, 07N-39/04-29 = ZVB 2004/72 mit Glosse von Etliner
- ⁸⁰ BVA 20. 10. 2005, 07N-83/05-33
- ⁸¹ BVA 2. 2. 2006, 07N-05/06-34
- ⁸² BVA 27. 9. 2005, 07N-78/05-29
- ⁸³ Nach BvergG 2002 war die Verpflichtung zur Trennung zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung noch anzuwenden.
- ⁸⁴ Gemäß § 141 BVergG gilt § 2 Z 16, der die gesondert anfechtbaren Entscheidungen bestimmt, für nicht prioritäre Dienstleistungen nicht.
- ⁸⁵ So Mosler, Auswahl der Vertragsärzte (Fn. 27) 427; Kietaiabl, Einzelvertragsverbot (Fn. 45) 57
- ⁸⁶ Vgl. Holoubek/Fuchs, Vergaberecht (Fn. 2) 837: Es wäre verfehlt davon auszugehen, dass die Einzelregelungen des BVergG die allgemeinen Grundsätze des § 141 Abs. 2 BVergG auch für Zwecke der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen konkretisieren.
- ⁸⁷ Mosler, in: Strasser (Fn. 44) 45 ff., meint, dass die Krankenversicherungsträger eine Bemühungspflicht treffe und eine Ablehnung des Vertragsabschlusses aus unsachlichen Motiven nicht zulässig sei. Allerdings lässt sich diese Bemühungspflicht nicht durchsetzen.
- ⁸⁸ Kietaiabl, Einzelvertragsverbot (Fn. 45) ZAS 2007/9, 56 ff.

⁸⁹ E contrario könnte aus dieser ausdrücklichen Zulassung eines Einzelvertrages geschlossen werden, dass bei den anderen Berufsgruppen und Einrichtungen mit obligatorischem Gesamtvertrag ein Einzelvertragsverbot besteht.

⁹⁰ § 133 Abs. 1 Z 2 und 3 und §§ 136 und 137 ASVG

⁹¹ Karl, Heilbehelfe, Hilfsmittel, in: Grillberger/Mosler (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 337 (338 f.). Als Heilbehelfe gelten Behelfe, die dem Heilungszweck dienen; Behelfe also, die der Heilung, Linderung oder Verhütung von Verschlimmerungen der Krankheit dienen. Hilfsmittel kommen hingegen erst nach „Abschluss“ des Heilungsprozesses zum Einsatz.

⁹² EuGH 24. 9. 1998, C-76/97, Slg. 1998 I-05357

Vergaberecht und Krankenversicherung

Länderbericht Deutschland

*Dr. Andreas Neun, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht;
Glüss Lutz Rechtsanwälte, Berlin*

I. Die Umsetzung des EG-Vergaberechts in Deutschland

Bis zum Inkrafttreten des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) am 1. Januar 1999¹, sog. Kartellvergaberecht, war das Vergaberecht Teil des Haushaltsrechts.

1. Bis zum 31. Dezember 1998 Haushaltsvergaberecht

Die Vergabebestimmungen waren in den §§ 57 a bis c Haushaltsgrundsätzegesetz als nicht einklagbares Binnenrecht verankert.

Die dem Haushaltsrecht zuzuordnende Sozialversicherungshaushaltsverordnung² regelt bis heute für die gesetzlichen Sozialversicherungsträger:

§22 Öffentliche Ausschreibung

(1) Dem Abschluß von Verträgen über Lieferungen und Leistungen mit Ausnahme der Verträge, die der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen, muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen. Hier- von kann abgesehen werden, sofern die Natur des Geschäfts oder besondere Um- stände dies rechtfertigen.

(2) Beim Abschluß der Verträge ist nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren, wie sie insbesondere in den jeweils geltenden Verdingungsordnungen enthalten sind.

Eine wesentliche Trennlinie, die das Sozialrecht (und möglicherweise ja auch das Vergaberecht) kennzeichnet, ist damit bereits vorgezeichnet. Es bestehen mit Händen zu greifende Unterschiede zwischen – von gesetzlichen Krankenkassen anzubahnenden und abzuschließenden – Verträgen, die „der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen (unmittelbar) dienen“, und klassischen fiskalischen Beschaffungsvorgängen, die gesetzliche Krankenkassen auch vornehmen (etwa Gebäudesanierungen, IT-Systeme oder Büromaterialien betreffend) und die ihren gesetzlichen und satzungsmäßigen Aufträgen nur mittelbar zugute kommen. Auf diese Unterscheidung wird noch zurückzukommen sein.

2. Seit dem 1. Januar 1999: Kartellvergaberecht

In Umsetzung der Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien³ wurde 1999 – die Eröffnung des Anwendungsbereichs vorausgesetzt – ein einklagbarer subjektiver Anspruch auf Einhaltung des sog. Kartellvergaberechts (d.h. der §§ 97 bis 129 GWB, der auf diesem Gesetz beruhenden Vergabeverordnung und des 2. Abschnitts der hier vornehmlich zu betrachtenden VOL/A, auf den die VgV verweist) geschaffen worden (§ 97 Abs. 7 GWB).

3. Vorrang des Gemeinschaftsrechts: Richtlinie 2004/18/EG

Aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts folgt, dass sämtliche deutschen Vorschriften zum Vergaberecht (und nicht nur diese) im Lichte der Zielsetzung der europäischen Vergaberechts-Richtlinien – hier: der Richtlinie 2004/18/EG – auszu-legen sind.

4. Europäisches Primärrecht: Organisation des Gesundheitswesens in den Mitgliedstaaten

Leicht in Vergessenheit gerät allerdings, dass auch die Richtlinien der EG ihrerseits im Lichte des europäischen Primärrechts zu interpretieren sind. Diese zweite Auslegungsmaxime wird in der aktuellen juristischen Diskussion in Deutschland um die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Vorgänge, welche die Kernaufgaben der gesetzlichen Krankenkassen betreffen, nicht selten erstaunlich rasch abgehandelt, um nicht zu sagen ausgeblendet.

Gemäß Art. 152 Abs. 5 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) gilt zunächst:

Bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt.

Auch nach der Rechtsprechung des EuGH lässt das Gemeinschaftsrecht die Rechtsetzungsbefugnis und die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihres Systems der Sozialversicherungen unberührt⁴. Wie der Gerichtshof entschieden hat, lässt das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten. Ferner hat der EuGH entschieden:

„(15) Die Kassen wenden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben die Gesetze an und haben daher keine Möglichkeit, auf die ... Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen.“⁵

Die Regelungen der Art. 46 Abs. 1, 55 EG und die Rechtsprechung des Gerichtshofes erkennen besondere mitgliedstaatliche Erfordernisse des Gesundheitsschutzes auch im Bereich der Grundfreiheiten an. Diesen Grundfreiheiten will die Richtlinie 2004/18/EG Geltung verschaffen; die Richtlinie ist also im Lichte der primärrechtlichen Beschränkbarkeit der Grundfreiheiten aus Gründen des Gesundheitsschutzes auszulegen. So hat der Gerichtshof etwa zur Warenverkehrsfreiheit für den Fall des Ausschlusses bestimmter Arzneimittel von der Versorgung der Patienten mit dem Urteil vom 7. Februar 1984 (Duphar) entschieden, dass solche Maßnahmen im Rahmen eines nationalen Systems der Pflichtversicherung gegen Krankheit mit Art. 30 EWG vereinbar seien, wenn bei der Auswahl der auszuschließenden Arzneimittel eine Diskriminierung aufgrund des Ursprungs der Erzeugnisse unterbleibt und die Auswahl auf objektiven, überprüfbaren Kriterien beruht. Dass solchen Auswahlentscheidungen des Gesundheitswesens zwingend Vergabeverfahren nach Maßgabe bereits damals geltender Richtlinien der EWG vorzugehen müssen, hat der Gerichtshof seinerzeit gerade nicht verlangt. Er hat sich darauf beschränkt, objektive, überprüfbare und diskriminierungsfreie Kriterien für die Produktauswahl zu verlangen. Dies ist ein „Minus“ gegenüber der Anwendung der Vergabe-Richtlinien. Die Aussage des Gerichts-

hofs aus dem Urteil Duphar muss also erst recht gelten für eine vertragliche Auswahl von bestimmten Leistungserbringern (und von deren Produkten und Dienstleistungen). In diesem Zusammenhang ist schließlich Art. 86 Abs. 2 EG zu berücksichtigen, wonach für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, die Vorschriften des EG nur insoweit gelten, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Während das Primärrecht die Besonderheiten eines nationalen solidarischen Gesundheitssystems anerkennt, nehmen die querschnittartigen Bestimmungen der Richtlinie 2001/18/EG nur sehr eingeschränkt auf die strukturellen Besonderheiten von Verträgen zur Versorgung von Krankenversicherten Rücksicht. Diese Besonderheiten sind teilweise auch bei äußerster Sorgfalt der Krankenkassen im Hinblick auf die Gestaltung der Verfahrensunterlagen und -abläufe mit bestimmten Anforderungen des Vergaberechts nicht in Einklang zu bringen. Hierzu zählen etwa das Gebot der präzisen Leistungsbeschreibung und das Verbot der Aufbüdung von Risiken, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluss hat. Denn Leistungserbringerverträgen des Gesundheitswesens ist immanent, dass sich sowohl die Mengenvolumina als auch die denkbaren Leistungsabläufe nicht im Voraus beschreiben lassen. Die Bestimmung des Leistungsumfangs und die Auslösung entsprechender Vergütungsverpflichtungen obliegt nämlich nicht den gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland, sondern primär den Ärzten, teilweise unter Einschaltung weiterer Leistungserbringer. Sie hängt ferner vom Gesundheitszustand der Versicherten ab.

Es ist zweifelhaft, ob die Richtlinie, die mit dem Recht der Beschaffung öffentlicher Aufträge eine typische Querschnittsmaterie betrifft, nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers die Besonderheiten der Leistungsbeziehungen innerhalb der Systeme der sozialen Sicherung in den Mitgliedstaaten ausblenden wollte. Denn in den Begründungserwägungen der Richtlinie heißt es auch

„(3) Die Koordinierungsbestimmungen sollten die in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Verfahren und Verwaltungspraktiken so weit wie möglich berücksichtigen.“

Zudem enthält die Richtlinie eine Reihe von primärrechtlich getriebenen Ausnahmen (etwa für die Programmbeschaffung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern). Die Anwendung des EG-Vergaberechts auf Leistungserbringerverträge, welche die deutschen Krankenkassen schließen, kann gerade auch mit Blick auf die primärrechtlichen Besonderheiten noch nicht als geklärt betrachtet werden.

5. Vergaberechtsregime

Lässt man diesen Befund außer Acht und unterstellt, dass die Richtlinie 2004/18/EG keine Rücksicht auf die Besonderheiten des deutschen Gesundheitssystems nimmt und auch nicht nehmen muss, wäre das Kartellvergaberecht anwendbar, wenn

- die ausschreibenden gesetzlichen Krankenkassen als „öffentliche Auftraggeber“ i.S.d. § 98 Nr.2 GWB zu qualifizieren wären,
- Leistungserbringerverträge „öffentliche Aufträge“ i.S.d. § 99 Abs.1 GWB wären, wobei auch eine Angrenzung zu den nicht vergaberechtsunterworfenen Dienstleistungskonzessionen (Art.17 der Richtlinie 2004/18/EG) vorzunehmen ist (s. dazu sogleich unten),
- keine Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ersichtlich sind (vgl. insbesondere § 100 Abs. 2 GWB und § 69 SGB V) und
- der Schwellenwert von derzeit 211 000 EUR (§ 100 Abs.1 GWB i.V.m. § 2 Nr.3 VgV und der entsprechenden Verordnung der EG) überschritten ist.

Bei Anwendbarkeit des EG- und Kartellvergaberechts wird man den vergaberechtlichen Rahmen grundsätzlich wie folgt skizzieren können:

| Unterhalb | Schwellenwert (geschätztes Nettoauftragsvolumen ⁶) | Oberhalb |
|---|---|---|
| Nationale Verfahren, § 22 SVHV (nicht bei Verträgen mit Leistungserbringern) eingeschränkter (Primär-) Rechtsschutz: bei zivilrechtlichen Verträgen vor den Zivilgerichten (Einzelheiten sind streitig), bei öffentlich-rechtlichen Verträgen vor den Sozialgerichten | Für die hier interessierenden Liefer- und Dienstleistungsaufträge seit 1. 1. 2008: 206 000 EUR (ohne MwSt.) | EU-weite ⁷ Verfahren, – §§ 97 f. GWB – VgV – VOL/A, 2. Abschnitt Primärrechtsschutz streitig (durch Nachprüfungsverfahren und/oder sozialgerichtliche Verfahren) |

6. Besonderheiten für Dienstleistungsaufträge des Gesundheitswesens

Auch oberhalb des Schwellenwertes von 211 000 EUR ist allerdings durch Art. 21 der Richtlinie 2004/18/EG vorgegeben, dass Dienstleistungen des Gesundheitswesens (Kategorie 25 des Anhangs II B der Richtlinie) als sog. nicht prioritäre Dienstleistungen – die weniger binnenmarktrelevant sind – nur wenigen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG unterliegen (den Bestimmungen über die Technischen Spezifikationen und über die „ex-Post Transparenz für vergebene Aufträge“), während der nationale Gesetzgeber im Übrigen freie Hand hat.

Für solche Dienstleistungsaufträge gelten daher auch nach nationalem Recht wegen § 1 a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A verschiedene Privilegien, die daraus resultieren, dass – bis auf die beiden oben genannten Ausnahmen – nicht der 2. Abschnitt der VOL/A, sondern deren 1. Abschnitt anwendbar ist. Auch hinsichtlich der Wahl der Verfahrensart gilt dann der 1. Abschnitt der VOL/A (§ 3 VOL/A). Wäre ein Vertrag über eine Hilfsmittelversorgung also vergaberechtlich als Dienstleistungsauftrag einzustufen, dann könnte das deutsche Sozialrecht (etwa über § 127 SGB V, auf den gleich zurückzukommen sein wird) trotz der Richtlinie 2004/18/EG abweichende Vorgaben für die Wahl des („Vergabe“-)Verfahrens machen (Ausschreibung oder freihändige Vergabe durch exklusive Verhandlungen mit einzelnen Leistungserbringern oder deren Verbänden). Die Anwendung des 1. Abschnitts der VOL/A hat auch zur Folge, dass Ausschreibungen nur national bekannt gemacht werden könnten (also nicht EU-weit bekannt gegeben werden müssten). § 17 a VOL/A gilt ja gerade nicht.

Entscheidend für die Abgrenzung des Dienstleistungsauftrags zum Lieferauftrag (Lieferaufträge des Gesundheitswesens sind nicht privilegiert) ist bei Verträgen, die sowohl den Einkauf von Waren als auch die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben, der wertmäßige Schwerpunkt des Auftrags (§ 99 Abs. 6 Satz 1 GWB). Mit anderen Worten: Für eine Einordnung als Dienstleistungsauftrag muss der Wert der Dienstleistungen den Wert der Waren übersteigen. Auf der anderen Seite bestimmt die Richtlinie auch, dass ein öffentlicher Auftrag über die Lieferung von Waren, der das Verlegen und Anbringen lediglich als Nebenarbeiten umfasst, als öffentlicher Lieferauftrag gilt (Art. 1 Abs. 2 lit. c) Unterabsatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG). Im Umkehrschluss: Erscheinen die mit der Lieferung einer Ware verbundenen Dienstleistungen nicht lediglich als Nebenarbeiten, wäre ein Dienstleistungsauftrag anzunehmen.

Nur bei einem Dienstleistungsauftrag führt das Kartellvergaberecht selbst die Hilfsmittelverträge hinsichtlich des Verfahrens für die Vertragsanbahnung aus dem Anwendungsbereich der EG-Vergaberechts-Richtlinien und des Kartellvergaberechts heraus.

Eine Einordnung der zu erbringenden Leistungen als Lieferauftrag hätte – immer das Vorliegen der sonstigen Anwendungsvoraussetzungen der Richtlinie 2004/18/EG unterstellt – hingegen ganz anders gelagerte Konsequenzen: Mangels einer Art. 21 der Richtlinie entsprechenden Vorschrift, die lediglich Art. 23 und Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie auf bestimmte Arten von Dienstleistungen für anwendbar erklärt, wären die Vorschriften der Richtlinie auf Lieferaufträge des Gesundheitswesens vollumfänglich anzuwenden.

7. Besonderheiten von Dienstleistungskonzessionen

Darüber hinaus kommt auch das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession in Betracht. Dann wären wegen Art. 17 der Richtlinie 2004/18/EG, aus dem die nationale Rechtsprechung folgert, dass Dienstleistungskonzessionen keine „öffentlichen Aufträge“ i.S.d. Art. 1 Abs.2 der Richtlinie 2004/18/EG sind, für die Vertragsanbahnung nur die Vorgaben des europäischen Primärrechts zu beachten⁸. Die Grundfreiheiten und die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts fordern ein transparentes und (etwa im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit und den Sitz der Marktteilnehmer) diskriminierungsfreies Verfahren.

Nach Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG sind Dienstleistungskonzessionen Verträge,

„die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“

Im Zusammenhang mit der Einordnung von Leistungserbringerverträgen als Konzessionen stellt sich allerdings die Frage nach der Abgrenzung zu Rahmenvereinbarungen gemäß Art.1 Abs.5 der Richtlinie 2004/18/EG; danach ist als Rahmenvereinbarung einzuordnen

„eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge.“

Für Rahmenvereinbarungen gilt nach Art.32 Abs.2 der Richtlinie 2004/18/EG:

*„(2) ... Aufträge, die auf einer Rahmenvereinbarung beruhen, werden nach den in den Absätzen 3 und 4 beschriebenen Verfahren vergeben. **Diese Verfahren sind nur zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Wirtschaftsteilnehmern anzuwenden, die von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind.**“*

Wie etwa das OLG Düsseldorf⁹ mit Recht herausgearbeitet hat (ohne allerdings die gebotenen Schlussfolgerungen hieraus zu ziehen), gibt die Krankenkasse mit der Erteilung des Zuschlags (für die angebliche Rahmenvereinbarung) das weitere Verfahren aus der Hand. Es gibt im strengen Sinne keine „Einzelaufträge“ der Kassen, die jedoch zum Wesen einer Rahmenvereinbarung i.S.d. Art.32 der Richtlinie gehören. Diese Konstellation ist charakteristisch für Konzessionen i.S.v. Art.1 Abs.4 der Richtlinie 2004/18/EG: Nachdem der Auftraggeber dem Auftragnehmer die entsprechende Befugnis erteilt hat, nutzt dieser seine Möglichkeit zur Leistungserbringung gegenüber Dritten. Diesen Dritten obliegt die Entscheidung darüber, ob sie die Leistung in Anspruch nehmen oder nicht. Die Annahme einer Rahmenvereinbarung liegt schon begrifflich eher fern, wenn der Rahmenvertragspartner des Sachleistungsschuldners die Einzelabrufe nicht in der Hand hat.

Auch die Risikoverteilung kommt der einer Dienstleistungskonzession zumindest nahe. Es findet i. d. R. schon bei der Vertragsanbahnung eine Risikoverlagerung auf den späteren Vertragspartner statt; die Vergütung erfolgt zwar (hauptsächlich) durch die Kassen, allerdings ohne dass diese Einfluss auf die Anzahl der abgerufenen Lieferungen und Leistungen und damit auf die Frage nehmen können, ob der Auftrag für den Vertragspartner (unter Berücksichtigung etwa seiner Vorhaltekosten) lukrativ ist oder nicht.

All dies spricht dafür, dass viele Leistungserbringerverträge durchaus in den Genuss der mit dem Konzessionscharakter verbundenen Privilegierungen kommen könnten. Die gerichtliche Klärung dieser Fragen steht noch aus.

II. Problemstellungen

Jenseits der Abgrenzung zwischen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen des Gesundheitswesens und Dienstleistungskonzessionen ranken sich die wesentlichen aktuellen Auseinandersetzungen um die folgenden Rechtsfragen,

- ob gesetzliche Krankenkassen in Deutschland „öffentliche Auftraggeber“ sind (s. u. III.),
- ob Verträge der gesetzlichen Krankenkassen mit Leistungserbringern zur Erfüllung des Sachleistungsanspruchs der Versicherten i. S. d. § 2 Abs. 2 SGBV, also Verträge die in den §§ 69 ff. SGBV geregelt sind, „öffentliche Aufträge“ sind (s. u. IV.),
- ob ungeachtet dieser etwa zu bejahenden Frage für solche Leistungserbringerverträge ein Sonderregime gilt oder auch nur gelten kann (s. u. V.) und schließlich – heftig umkämpft –,
- welche Instanzen (Behörden und Gerichte) in Deutschland zur Entscheidung all dieser Rechtsfragen aufgerufen sind (s. u. VI.).

III. Gesetzliche Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber

Während frühe Vergabekammer-Entscheidungen ohne Umschweife die Eigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland als öffentliche Auftraggeber i. S. d. Vergabekoordinierungs-Richtlinien der EG und des § 98 Nr. 2 GWB bejahten (etwa die 1. Vergabekammer des Bundes und die Vergabekammer Hamburg¹⁰), ist das BayObLG in einer ausführlich begründeten Entscheidung vom 24. Mai 2004¹¹ zum gegenteiligen Ergebnis gelangt.

Ausgehend von den kumulativ geltenden Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB sind die Krankenkassen, welche die Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung aus dem SGB V wahrnehmen, nahezu unstreitig juristische Personen des öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Zu fragen ist allerdings, ob die von der Norm weiter geforderte, besondere Staatsverbundenheit vorliegt, die bei gesetzlichen Krankenkassen nur dadurch hergestellt wird, dass es staatlicher Gründungsakte und Finanzierungsregelungen (in Gestalt von Gesetzen) bedarf und eine staatliche (Rechts-)Aufsicht in Gestalt besteht, wobei die Behörden auch dem autonom gesetzten Satzungsrecht der Krankenkassen zustimmen müssen. Auf der anderen Seite ist

angesichts der sozialrechtlichen Regelungen unverkennbar, dass es sich bei den Kassen um Selbstverwaltungskörperschaften handelt, die nur zum geringen Teil aus den Staatshaushalten finanziert werden und (jedenfalls noch) zum ganz überwiegenden Teil ihre Finanzmittel aus selbst festgesetzten Mitgliedsbeiträgen generieren. All dies hatte das BayObLG sorgfältig gegeneinander abgewogen. Es ist dabei zu dem Schluss gekommen, dass weder eine überwiegende Finanzierung durch andere öffentliche Auftraggeber noch die staatliche Aufsicht über die Leitung der Krankenkassen das Niveau erreicht, welches § 98 Nr. 2 GWB verlangt¹².

Der Entscheidung des BayObLG sind die Vergabekammern (VK) teilweise gefolgt¹³, teilweise nicht gefolgt¹⁴, teilweise wurde die Frage offengelassen¹⁵.

Dabei scheint es wichtig festzuhalten, dass es bei klassischen Beschaffungsvorgängen in den Kassen keine Vorbehalte gegen das insoweit durch § 22 SVHV ja unzweifelhaft seit jeher vorgeschriebene Vergaberecht gab und gibt, und dass es eine Vielzahl vergaberechtlich nicht zu beanstandender, auch EU-weiter Ausschreibungen der Krankenkassen – getrieben durch § 22 SVHV, auf freiwilliger Basis in Bereichen, in denen die Aufsichtsbehörden (etwa das Bundesversicherungsamt in Akkreditierungsbescheiden zu Disease-Management-Programmen für Datenstellen-Dienstleistungen) dies verlangt haben, oder zur Minimierung kartellrechtlicher Risiken – gegeben hat.

Spätestens seit einer Entscheidung der 1. VK des Bundes vom 9. Mai 2007¹⁶ zu einer Hilfsmittelausschreibung und vor allem seit dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 23. Mai 2007¹⁷ (der ebenfalls patientenindividuelle Hilfsmittelversorgungen [orthopädische Schuhe] im Rahmen einer integrierten Versorgung betraf) scheint die Frage in der deutschen Vergaberechtsprechung¹⁸ nunmehr dahingehend entschieden, dass die gesetzlichen Krankenkassen als „öffentliche Auftraggeber“ einzuordnen sind. Jedenfalls das OLG Düsseldorf hat dies – ebenfalls ausführlich begründet – so gesehen¹⁹, die Frage aber nicht selbst entschieden, sondern dem EuGH im Wege des Art. 234 EG vorgelegt²⁰.

Vielfach wird die Frage durch das Urteil des EuGH vom 13. Dezember 2007 (Rs. C-337/06) zu den deutschen Rundfunkanstalten, welche danach „öffentliche Auftraggeber“ sind, als bereits entschieden angesehen.

Die Parallelen (etwa der Finanzierung der Rundfunkanstalten nicht aus dem Staatshaushalt, sondern aus Teilnehmergebühren, und ihrer verfassungsrechtlich verbürgten Staatsferne trotz ihrer Konstituierung als Anstalten des öffentlichen Rechts) sind nicht zu verkennen.

Allerdings gibt es durchaus gewichtige rechtliche Unterschiede. Anders als im Bereich des Rundfunks (mit den Rundfunkgebührenstaatsverträgen) kann etwa keine Rede davon sein, dass die Beitragssätze der einzelnen im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsautonomie handelnden Krankenkassen durch Gesetz festgelegt werden.

Eine ganze Reihe von anhängigen Gerichtsverfahren sind mit Blick wegen der Voreiligkeit der EuGH-Entscheidung ausgesetzt worden, was paradoxerweise die Implementierung wettbewerblich ermittelter Vergütungen für Arznei- und Hilfsmittel und für Dienstleistungen des Gesundheitswesens in vielen Fällen verhindert hat²¹ (mit der Folge, dass teils deutlich unwirtschaftlichere Altverträge nicht beendet werden konnten oder gar verlängert werden mussten, um einen vertragslosen Zustand und damit die Nicht-Versorgung der Versicherten zu verhindern²²).

IV. Leistungserbringerverträge als öffentliche Aufträge?

Zugleich hat das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 23. Mai 2007 – in vermeintlich zwingender gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung – die Erkenntnis an den Rand gedrängt, dass es sich bei Leistungserbringerverträgen nicht um typische Beschaffungsvorgänge handelt (weil die Krankenkassen dabei lediglich – in Anwendung der Gesetze – ihrer Haupttätigkeit nachgehen) und dass viele Besonderheiten des deutschen Gesundheitssystems mit den Vorstellungen und Grundannahmen des EG-Vergaberechts gar nicht, jedenfalls aber nur eingeschränkt in Einklang zu bringen sind. Solche Besonderheiten könne der deutsche Sozialgesetzgeber – so das OLG Düsseldorf vergleichsweise lapidar – zwar berücksichtigen, allerdings nur in den Grenzen der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2004/18/EG²³.

An der Einordnung solcher Verträge als „öffentliche Aufträge“, also als entgeltliche Verträge über die Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen, ändern diese Besonderheiten nach Auffassung des OLG Düsseldorf nichts. Allerdings hat das OLG Düsseldorf die für das „Ob“ und „Wie“ der Anwendung des Vergaberechts durchaus gewichtigen Fragen,

- wann Liefer- oder Dienstleistungsaufträge des Gesundheitswesens vorliegen und
- ob in bestimmten Konstellationen von Dienstleistungskonzessionen ausgegangen werden kann,

ebenfalls zum Gegenstand seines Vorlagebeschlusses gemacht²⁴. Auch über diese Fragen wird also der EuGH im Rahmen des dort unter der Rs. C-300/07 geführten Verfahrens zum Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf zu befinden haben²⁵.

1. Mögliche Konfliktsituationen

Die – der Diskussion um einen Liefer- oder Dienstleistungsschwerpunkt der Verträge zwingend vorgelagerte – Frage, ob es sich bei Leistungserbringerverträgen gemäß dem Vierten Kapitel des SGBV (§§ 69ff. SGBV) überhaupt um öffentliche Aufträge handelt, stellt sich in ganz verschiedenen Konstellationen, wobei hier nur einige Beispiele herausgegriffen werden sollen:

- Bei Arzneimitteln wird man fragen dürfen, ob insbesondere Rabattverträge nach § 130 a Abs. 8 SGBV, die lediglich Rückvergütungen pharmazeutischer Unternehmen zum Gegenstand haben, entgeltliche Verträge sind. Denn eine Vergütungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen wird durch solche Verträge weder geregelt noch begründet (diese Verpflichtung ergibt sich aus den gesetzlichen Regelungen und den ärztlichen Verordnungen sowie aus dem Abgabeverhalten der Apotheken, worauf die Krankenkassen jedenfalls insoweit keinen Einfluss haben, als im Vordergrund des Sachleistungs- und Versorgungsgeschehens stets die Heilung oder Linderung der Krankheit des Patienten/Versicherten stehen muss²⁶).
- Hinsichtlich der Verträge über Hilfsmittelversorgungen lassen sich die §§ 33, 127 SGBV nicht anders verstehen als dass hier primär Ausschreibungen stattfinden sollen (§ 127 Abs. 1 SGBV), wobei die Gesetzesbegründung auf die Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Bestimmungen verweist. Dies wirft mit Blick auf § 69 SGBV (nach dem klaren Wortlaut dieser auch für die Auslegung des § 127 Abs. 1 SGBV zentralen Bestimmung gelten die §§ 97 ff. GWB gerade nicht) Fragen auf, die noch nicht endgültig geklärt sind und denen gleich noch gesondert nachgegangen werden soll.

Weitere potenzielle Anwendungsbereiche für das Kartellvergaberecht sind:

- Verträge zur integrierten Versorgung, §§ 140 a, 129 Abs. 5 b SGBV,
- Verträge über die hausarztzentrierte Versorgung, § 73 b SGBV,
- Verträge über die besondere ambulante ärztliche Versorgung, § 73 c SGBV,

wobei insoweit die Dienstleistungselemente überwiegen dürften (fraglich sein kann dies im Einzelfall nur bei der integrierten Versorgung²⁷) und – wenn das Vergaberecht schon anwendbar sein soll (falls das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession zu verneinen wäre) – die Privilegierungen des § 1 a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A (Anwendung des 1. Abschnitts der VOL/A und nur der §§ 8 a, 28 a des 2. Abschnitts). Folge wäre u. a., dass jedenfalls eine EU-weite Vergabebekanntmachung nicht erfolgen müsste.

2. Sozialrechtliche Rahmenbedingungen am Beispiel der Hilfsmittelversorgung

Die sozialrechtlichen Rahmenbedingungen seien beispielhaft für die Verträge über Hilfsmittelversorgungen aufgezeigt.

a. Sachleistungsprinzip

Zunächst gilt generell das sog. „Sachleistungsprinzip“. Danach stellen die gesetzlichen Krankenkassen den Versicherten Leistungen zur Verfügung. Die relevanten Bestimmungen lauten:

„§ 2 Leistungen

(1) Die Krankenkassen stellen den Versicherten die im Dritten Kapitel genannten Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12) zur Verfügung, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden. ...

(2) Die Versicherten erhalten die Leistungen als Sach- und Dienstleistungen, soweit dieses oder das Neunte Buch [des SGB] nichts Abweichendes vorsehen. ... Über die Erbringung der Sach- und Dienstleistungen schließen die Krankenkassen nach den Vorschriften des Vierten Kapitels Verträge mit den Leistungserbringern.“

b. Leistungserbringerrecht

Seit dem 1. April 2007 gilt eine neue – durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG vom 26. März 2007²⁸) eingeführte Fassung des § 127 SGBV für Verträge mit Leistungserbringern von Hilfsmitteln. Die Bestimmung, die systematisch im Vierten Kapitel des SGBV („Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern“) und dort im Sechsten Abschnitt („Beziehungen zu Leistungserbringern von Hilfsmitteln“) steht, hat u. a. folgenden Wortlaut:

§ 127 Verträge

(1) ¹Soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist, sollen die Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern oder zu diesem Zweck gebildeten Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln, die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Versorgungungen oder die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum schließen. ... ⁴Für Hilfsmittel, die für einen bestimmten Versicherten individuell angefertigt werden, oder Versorgungungen mit hohem Dienstleistungsanteil sind Ausschreibungen in der Regel nicht zweckmäßig.

(2) Soweit Ausschreibungen nach Absatz 1 nicht zweckmäßig sind, schließen die Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften Verträge mit Leistungserbringern oder Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln, deren Wiedereinsatz, die Qualität der Hilfsmittel und zusätzlich zu erbringender Leistungen, die Anforderungen an die Fortbildung der Leistungserbringer, die Preise und die Abrechnung. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend. Die Absicht, über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln Verträge zu schließen, ist in geeigneter Weise öffentlich bekannt zu machen. ...“

Grundsätzlich sollen die Krankenkassen also Verträge mit Leistungserbringern im Wege der Ausschreibung schließen, „soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist. I. d. R. nicht zweckmäßig sind Ausschreibungen

- für „Hilfsmittel, die für einen bestimmten Versicherten individuell angefertigt werden“ oder
- für (Hilfsmittel-), „Versorgungungen mit hohem Dienstleistungsanteil“.

Schon nach früherem Recht war anerkannt, dass es:

„... weder gegen das Pluralitätsgebot noch gegen sonstige sozialversicherungsrechtliche Grundsätze [verstößt], wenn eine Krankenkasse zur Versorgung ihrer Mitglieder mit wiederverwendbaren Hilfsmitteln für einen bestimmten Zeitraum nur solche Leistungserbringer zulässt, die sich vorher in einem Ausschreibungsverfahren durchgesetzt haben“²⁹.

Das Pluralitätsgebot (vgl. § 2 Abs. 3 SGBV) ist seit dem 1. April 2007 für den Bereich der im Wege der Ausschreibung geschlossenen Verträge zur Hilfsmittelversorgung grundsätzlich eingeschränkt. Vom Gesetzgeber ist eine „praktisch exklusive Versorgungsberechtigung einzelner Leistungserbringer“ beabsichtigt, die vorher im Wege der Ausschreibung (also in einem wettbewerblichen Verfahren) ermittelt werden. Ziel ist bewusst die „Stärkung des Vertragswettbewerbs“.

Die Intentionen und klaren Regelungen des (Sozial-)Gesetzgebers besagen also, dass Ausschreibungen von Hilfsmittelverträgen seit dem 1. April 2007 der Grundsatz, freihändige bzw. direkte Vertragsverhandlungen mit einzelnen Leistungserbringern (oder deren Verbänden) die – rechtfertigungsbedürftige – Ausnahme sind. Dies ist die wesentliche Neuerung in § 127 SGBV (i. d. F. des GKV-WSG).

c. Leistungsrecht

Für das „Recht der Leistungen der Krankenversicherung“ (§§ 11 ff. SGBV), speziell die „Leistungen bei Krankheit“ (§ 27 ff. SGBV), bedeutet dies: Unverändert besteht nach § 33 Abs. 1 Satz 1 SGBV zunächst weiterhin für Versicherte von gesetzlichen Krankenkassen ein Anspruch auf Versorgung mit Hilfsmitteln. Dieser Anspruch gilt dann, wenn die Hilfsmittel nötig sind, um den Erfolg der Krankenbehandlung zu sichern, einer drohenden Behinderung vorzubeugen oder eine Behinderung auszugleichen. Eingeschlossen ist auch die notwendige Änderung, Instandsetzung und Ersatzbeschaffung von Hilfsmitteln sowie die Ausbildung in ihrem Gebrauch (§ 33 Abs. 1 Satz 4 SGBV).

§ 33 Abs. 6 Satz 2 SGBV bestimmt sodann:

„Hat die Krankenkasse Verträge nach § 127 Abs. 1 SGBV über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln geschlossen [das sind Vertragsschlüsse nach Ausschreibung], erfolgt die Versorgung durch einen Vertragspartner [Leistungserbringer = Hersteller, Sanitätshaus etc.], der den Versicherten von der Krankenkasse zu benennen ist.“

Der Versicherte kann auch – ausnahmsweise – einen anderen Leistungserbringer wählen, wenn ein berechtigtes Interesse besteht, muss allerdings eventuelle Mehrkosten selbst tragen; in diesem Fall erstattet die Krankenkasse (wenn es für das Hilfsmittel keinen Festbetrag gibt) nur den Preis, der mit dem von der Krankenkasse benannten Leistungserbringer nach Ausschreibung vereinbart wurde (§ 33 Abs. 6 Satz 3 SGBV).

Leistungserbringer, mit einer Zulassung nach dem bisherigen § 126 SGBV, sind für eine Übergangszeit bis 31. Dezember 2008 versorgungsberechtigt (§§ 126 Abs. 2, 33 Abs. 6 Satz 1 SGBV). Im Gesetz nicht explizit geklärt ist, ob diese Übergangszeit auch gilt, soweit die Krankenkasse Verträge nach § 127 Abs. 1 SGBV (also im Wege einer Ausschreibung) geschlossen hat. Während die Bundesregierung in mehreren Schreiben für den Fall der Ermittlung von Ausschreibungsgewinnern nach § 127 Abs. 1

SGBV ihre Auffassung verlautbart hat, dass die früher zugelassenen Versorgungsberechtigten grundsätzlich nicht mehr – auch nicht bis zum 31. Dezember 2008 – neben den Ausschreibungsgewinnern versorgen dürfen, hat die Sozialrechtsprechung überwiegend den Fortbestand der Versorgungsberechtigung der zugelassenen Leistungserbringer für den gesetzlichen Übergangszeitraum anerkannt.

Die Einhaltung der vergaberechtlichen Anforderungen (eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung; keine Überbürdung ungewöhnlicher Wagnisse auf die Bieter) hat das nicht einfacher gemacht. Lange umstritten war auch, ob die in § 127 Abs. 1 Satz 3 SGBV vorgesehene Beachtung der Anforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses vergaberechtskonform von den Bietern gefordert werden kann³⁰. Die Einhaltung der formalen Anforderungen des Vergaberechts hat sich als nahezu unmöglich erwiesen; Schwierigkeiten bereitet der Umgang mit § 127 Abs. 1 und 2 SGBV, die sich nur teilweise in Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen bringen lassen, jedenfalls dann, wenn man grundsätzlich bei Hilfsmittelversorgungen von Lieferaufträgen ausgehen würde. Vor allem aber ist der Vergaberechtsschutz mit seinem automatischen Suspensiveffekt dazu genutzt worden, Neuabschlüsse von Verträgen über Hilfsmittelversorgungen zu verhindern, wobei die Durchsetzung des Kartellvergaberechts nicht selten erkennbar vorgeschoben war³¹.

V. Ausnahme vom Anwendungsbereich des EG- bzw. Kartellvergaberechts?

Schon wegen des im Raume stehenden Vorrangs des Gemeinschaftsrechts wird die Lösung für Verträge über Hilfsmittelversorgungen ohnehin nicht allein bei § 127 SGBV zu suchen sein, dessen Ausschreibungsverbot (§ 127 Abs. 2 SGB V) dem Vergaberecht fremd ist.

Ein Ausnahmetatbestand vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts i. S. d. § 100 Abs. 2 GWB ist für Leistungserbringerverträge nicht ersichtlich. Konstruieren ließe sich allenfalls das Vorliegen einer primärrechtlich begründeten Ausnahme; den Vergabenachprüfungsinstanzen ist dies aber bislang keine nähere Überlegung wert. Es bleibt noch abzuwarten, wie die Sozialgerichte diese Frage bewerten.

Problematisch ist mit Blick auf das Gemeinschaftsrecht auch § 69 SGBV. Die Norm, welche die Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern (und in diesem Zusammenhang: auch mit Dritten) regelt, bestimmt zwar

„§ 69 Anwendungsbereich

Dieses Kapitel sowie die §§ 63 und 64 [betreffen Modellvorhaben zur Weiterentwicklung der Versorgung] regeln abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden, ... Die §§ 19 bis 21 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten entsprechend; dies gilt nicht für Verträge von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt. Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und ihren Verbänden werden abschließend in diesem Kapitel, in den §§ 63, 64 und in dem Krankenhausfinanzierungsgesetz, dem Krankenhausentgeltgesetz sowie den

hiernach erlassenen Rechtsverordnungen geregelt. Für die Rechtsbeziehungen nach den Sätzen 1 und 2 gelten im Übrigen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend, soweit sie mit den Vorgaben des § 70 und den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel vereinbar sind. Die Sätze 1 bis 3 gelten auch, soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind.“

Der Wortlaut ist eindeutig (und stellt damit auch die Auslegungsgrenze dar): § 69 SGBV bestimmt die abschließende Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern durch Viertes Kapitel des SGBV (und §§ 19-21 GWB analog). Die §§ 97 ff. GWB sollen gerade nicht anzuwenden sein, auch nicht entsprechend³².

Unklar ist allerdings das Konkurrenzverhältnis zu § 104 Abs. 2 GWB, der seinerseits eine Rechtswegkonzentration beabsichtigt (s. dazu noch unten), der aber keine Aussage dazu enthält, ob Ansprüche aus Kartellvergaberecht (insbesondere der Anspruch nach § 97 Abs. 7 GWB auf Einhaltung des Kartellvergaberichts) überhaupt in Betracht kommen können.

Zum Kern des Problems führt die Frage, ob § 69 SGBV gemeinschaftsrechtskonform ist, was sicher nicht der Fall ist, wenn gesetzliche Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind, Leistungserbringerverträge öffentliche Aufträge darstellen und der Schwellenwert von 206000 EUR überschritten ist. Folge wäre aber – nach hier vertretenen Auffassung – nicht eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der Norm (danach gelten die §§ 97 ff. GWB nun einmal nicht), sondern eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG, soweit dies nach allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts in Betracht kommt.

VI. Rechtsweg

Am Rechtsweg zu den Sozialgerichten nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG³³ würde die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie allerdings nichts ändern³⁴. Inzwischen halten auch die mit der Rechtswegfrage bisher befassten Vergabesenate – der ganz überwiegenden Auffassung unter den Sozialgerichten folgend – mehrheitlich die Zuständigkeit der Sozialgerichte für gegeben, und zwar selbst dann, wenn das materielle Vergaberecht des GWB gelten sollte³⁵. Hintergrund ist, dass die nach wie vor maßgebliche Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG den Mitgliedstaaten nicht vorschreibt, vor welchen Instanzen Vergabeentscheidungen und -verfahren in den Mitgliedstaaten überprüft werden können (und bisher auch keinen automatischen Suspensiveffekt von Vergaberechtsmitteln vorsieht, den das SGG derzeit zweifellos nicht sicherstellen würde).

Der „Krieg der Gerichte um Pharmarabatte“³⁶, der Ende 2007/Anfang 2008 entbrannt war, hat hinsichtlich der Rechtswegfrage auf andere Leistungserbringerverträge übergreifen und wird zur Befriedung wohl einer erneuten gesetzgeberischen Entscheidung bedürfen.

VII. Ausblick

Entsprechende Initiativen des Gesetzgebers gibt es längst, wobei es naturgemäß ganz unterschiedliche Auffassungen darüber gibt, ob die Vergabenachprüfungsinstanzen oder die Sozialgerichte zur Entscheidung an dieser Schnittstelle zwischen dem Sozialrecht und dem Vergaberecht berufen sind. Gänzlich „ungeschoren“ werden weder in Bezug auf die Leistungserbringerverträge das Vergaberecht noch das Sozialrecht aus dieser Auseinandersetzung hervorgehen können, das gilt vermutlich auch für die jeweiligen Prozessordnungen (§§ 102 ff. GWB; SGG).

Bis zur Realisierung von Rechtsänderungen – und bis zur Klärung der Frage, ob der Anwendungsbereich des EG-/Kartellvergaberechts im Bereich der Leistungserbringerverträge überhaupt eröffnet ist³⁷ – wird aus Sicht der Krankenkassen kein Weg daran vorbeiführen, im Rahmen des Möglichen eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibungen zur Verfügung zu stellen (§ 8 Nr.1 Abs.1 VOL/A), obwohl versichertenindividuelle Versorgungsszenarien häufig gerade nicht erschöpfend beschreibbar sein werden. Kalkulationsgrundlagen sind nach der Rechtsprechung (auch des LSG Baden-Württemberg³⁸) soweit wie möglich zu liefern (unter Verwendung des vorhandenen Zahlenmaterials zu früheren Versorgungsgeschehen). Ferner ist die Aufbürdung ungewöhnlicher Wagnisse auf die Bieter zu vermeiden (§ 8 Nr.1 Abs.3 VOL/A), was Folgen etwa für die Vertragsgestaltung (Preisanpassungsklauseln, Vertragsstrafen) und für die Forderung von Sicherheiten hat³⁹. Den Belangen mittelständischer Unternehmen ist etwa durch Fach- und Teilloosbildung angemessen Rechnung zu tragen, was angesichts bundesweiter oder europäischer Märkte leicht gesagt und nicht so leicht umzusetzen ist.

Der „Länderbericht Deutschland“ zum Thema „Vergaberecht und Krankenversicherung“ kann daher mit Stand Januar 2008 nur eine sehr vorläufige Bestandsaufnahme bilden. Von den Entwicklungen sowohl des Gemeinschaftsrechts als auch des nationalen Rechts wird weiter zu berichten sein.

- ¹ Infolge des Vergaberechtsänderungsgesetzes vom 26. August 1998, BGBl I S. 2512
- ² Vom 21. Dezember 1977
- ³ Für den hier interessierenden Bereich der „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber waren materiell die Dienstleistungskoordinierrichtlinie 92/50/EWG vom 18. Juni 1992, die Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG vom 14. Juni 1993 und die Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993, welche inzwischen – seit dem 30. April 2004 – abgelöst sind durch die Vergabekoordinierrichtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004, über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, die bis Ende Januar 2006 umzusetzen war. Prozessual zu beachten und ins nationale Recht umzusetzen war die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989; inzwischen maßgeblich geändert durch Art. 1 der Richtlinie 2007/66/EG vom 11. Dezember 2007 (zur Änderung der bisherigen Rechtsmittelrichtlinien im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge), wobei die Änderungen umzusetzen sind bis zum 20. Dezember 2009.
- ⁴ Urteil vom 10. 2. 1993, Rs. C-159 und 160/91 – Poucet und Pistre, Slg. 1993, I-637, im Anschluss an EuGH, Urteil vom 7. 2. 1984 in der Rs. 238/82, Slg. 1984, 523, Rn. 16 – Duphar
- ⁵ EuGH, Urteil vom 10. 2. 1993, Rs. C-159 und 160/91 – Poucet und Pistre, Slg. 1993, I-637, Rn. 15
- ⁶ Die praktische (und rechtlich bisher nicht befriedigend gelöste) Schwierigkeit besteht allerdings darin, dass sich der Auftragswert bei Leistungserbringerverträgen wegen der vielen „Unbekannten“ im künftigen patientenindividuellen Versorgungsgeschehen schwerlich prognostizieren lässt, jedenfalls dann nicht, wenn es sich um neuartige Vertragsformen oder Versorgungsformen handelt.
- ⁷ Zu den Besonderheiten für Dienstleistungsaufträge und Konzessionen s. gleich noch unten.
- ⁸ Ob auch Lieferkonzessionen anzuerkennen sind und ob die Vorgaben der Richtlinie auch auf solche Lieferkonzessionen unanwendbar wären, ist umstritten.
- ⁹ Beschluss vom 23. 5. 2007 – VII-Verg 50/06
- ¹⁰ VK Bund, Beschluss v. 5. 9. 2001 – VK 1-23/01; VK Hamburg, Beschluss v. 21. 4. 2004 – VgKFB 1/04
- ¹¹ Verg 6/04
- ¹² Die dritte Alternative des § 98 Nr. 2 GWB (Bestimmung von mehr als der Hälfte der Mitglieder der Leitungsorgane) ist nach allgemeiner Ansicht nicht erfüllt.
- ¹³ VK Brandenburg, Beschl. v. 23. 7. 2007 – 1 VK 26/07 (und weitere parallele Entscheidungen)
- ¹⁴ VK Düsseldorf, Beschl. v. 31. 8. 2006 – VK 38/2006
- ¹⁵ 3. VK des Bundes, Beschl. v. 27. 10. 2005 – VK 3-127/05, wobei die 3. VK des Bundes der Ansicht des BayObLG zuneigte
- ¹⁶ VK 1-26/07
- ¹⁷ VII-Verg 50/06
- ¹⁸ Die Sozialrechtsprechung hatte diese Frage überwiegend offen gelassen und stattdessen unter Berufung auf § 69 SGB V die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB verneint – vgl. etwa, kurz nach Inkrafttreten des GKV-WSG, LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 4. 4. 2007 – L 5 KR 518/07 ER-B –, wird aber insoweit natürlich den demnächst zu erwartenden Vorgaben des EuGH folgen.
- ¹⁹ Dabei hat das OLG Düsseldorf auch die ab dem 1. 1. 2009 geltende Rechtslage, wonach die Krankenkassen bestimmte Beiträge nicht mehr selbst festsetzen, schon mit berücksichtigt und konnte die eigene Entscheidungsbefugnis nur bejahen, weil es die Auftragswertschätzung der Kasse (die unter Zugrundelegung früherer Versorgungsszenarien und -fallzahlen für die – kurze – Vertragslaufzeit ein Nettoauftragsvolumen weit unterhalb des EU-Schwellenwertes prognostiziert hatte) durch eigene Erwägungen ersetzt hat.
- ²⁰ Die Vorlagefragen lauten insoweit wörtlich: „Ist das Tatbestandsmerkmal der ‚Finanzierung durch den Staat‘ des Art. 1 Absatz 9, 2. Unterabsatz, lit. c), 1. Alternative der Richtlinie dahin auszulegen, dass der Staat die Mitgliedschaft in einer Krankenversicherung sowie die Pflicht zur Zahlung von Beiträgen – deren Höhe vom Einkommen abhängig ist – an die jeweilige Krankenkasse anordnet, wobei die Krankenkasse den Beitragssatz festlegt, die Krankenkassen aber durch ein in den Gründen näher geschildertes System der solidarischen Finanzierung miteinander verbunden sind und die Erfüllung der Verbindlichkeiten jeder einzelnen Krankenkasse gesichert ist? Ist das Tatbestandsmerkmal in Art. 1 Absatz 9, 2. Unterabsatz, lit. c) 2. Alternative, demzufolge die Einrichtung ‚hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt‘, dahin auszulegen, dass eine staatliche Rechtsaufsicht, die auch noch laufende oder zukünftige Geschäfte betrifft – gegebenenfalls zuzüglich weiterer in den Gründen geschilderter Eingriffsmöglichkeiten des Staates –, für die Erfüllung des Merkmals ausreicht?“

- ²¹ Verhindert worden sind solche Aussetzungen teilweise, indem die Krankenkassen diese Frage unstreitig gestellt und einen Eilantrag auf vorzeitige Zuschlagsgestattung gestellt haben – vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. 4. 2008 – VII-Verg 15/08.
- ²² Solche freihändigen Vertragsverlängerungen dürften auf der Basis des Dringlichkeitstatbestandes der §§ 3 und 3 a VOL/A im Bereich der unmittelbaren Daseinsvorsorge zulässig sein. Jedenfalls hat das angeblich anwendbare Vergaberecht hier noch keine Alternativen aufgezeigt.
- ²³ In einer neueren Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. 4. 2008 – VII-Verg 15/08 – weist das Gericht nunmehr mit Recht – allerdings noch schwer greifbar – darauf hin, dass die Hilfsmittelausschreibung einer gesetzlichen Krankenkasse „möglicherweise nicht oder nicht ausschließlich der von den Verfahrensbeteiligten diskutierten Anwendung des § 97 GWB und der VOL/A unterliegt, sondern in erster Linie den Bestimmungen, die § 127 Abs. 1 SGB V für diesbezügliche Auftragsvergaben aufstellt“.
- ²⁴ Die Vorlagefragen lauten insoweit: Falls die erste Vorlagefrage – in a) oder b) – mit „ja“ zu beantworten ist, sind die lit. c) und lit. d) von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie dahin auszulegen, dass die Zurverfügungstellung von Waren, die in ihrer Form individuell nach den Erfordernissen des jeweiligen Kunden hergestellt und angepasst sowie über deren Nutzung die jeweiligen Kunden individuell zu beraten sind, als „Lieferaufträge“ oder als „Dienstleistungsaufträge“ einzustufen? Ist dabei nur der Wert der jeweiligen Leistungen zu berücksichtigen? 3. Falls die in Frage 2 genannte Zurverfügungstellung als „Dienstleistung“ einzustufen ist oder sein könnte, ist Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie – in Abgrenzung zu einer Rahmenvereinbarung im Sinne des Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie – dahin auszulegen, dass unter einer „Dienstleistungskonzession“ auch eine Auftragserteilung in der Form zu verstehen ist, bei der
- die Entscheidung darüber, ob und in welchen Fällen der Auftragnehmer mit Einzelaufträgen beauftragt wird, nicht vom Auftraggeber, sondern von Dritten getroffen wird,
 - die Bezahlung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber erfolgt, weil allein Letzterer kraft Gesetzes alleiniger Vergütungsschuldner und den Dritten gegenüber zur Erbringung der Dienstleistung verpflichtet ist, und
 - der Auftragnehmer vor Inanspruchnahme durch den Dritten keine Leistungen irgendwelcher Art erbringen oder vorhalten muss?“ Letzteres stellt allerdings eine Sachverhaltsannahme dar, die das OLG Düsseldorf nicht aus den Vorträgen der Beteiligten geschöpft hat.
- ²⁵ Nach der mündlichen Verhandlung vor dem EuGH am 19. 6. 2008 sind die Schlussanträge des Generalanwalts für den 23. Oktober 2008 angekündigt.
- ²⁶ So die Haltung der Bundesregierung in ihrer Mitteilung an die Kommission im laufenden Verfahren Nr. 000557/4410 zum Aufforderungsschreiben der Europäischen Kommission vom 23. 10. 2007; anders die Haltung der Kommission, der Vergabekammern, soweit diese hierzu Stellung genommen haben (VK Düsseldorf, Beschl. v. 31. 10. 2007 – VK 33/2007-L, 2. VK des Bundes in einer Reihe von Beschlüssen im Anschluss an die Beschl. v. 15. 11. 2008 (VK 2-102/07 u. a.); 3. VK des Bundes, Beschl. v. 14. 11. 2007 – VK 3-124/07), und des OLG Düsseldorf (u. a. Beschl. v. 19. 12. 2007 – VII-Verg 51/07 u. a.) sowie die herrschende Meinung im Schrifttum.
- ²⁷ Wie schwierig es ist, Sozialrecht und Vergaberecht in Einklang zu bringen, lässt sich anhand der integrierten Versorgung gut veranschaulichen: Die Teilnahme der Versicherten an den integrierten Versorgungsformen ist freiwillig (§ 140 a Abs. 2 SGB V); es kann also auch sein, dass hierzu geschlossene Verträge in der Versorgungspraxis komplett scheitern. Ferner sieht § 140 b SGB V den Vertragsbeitritt Dritter (auch Leistungserbringer) vor, und zwar mit Zustimmung aller Vertragspartner (also auch der bisherigen privaten Leistungserbringer) – ein Instrument, das dem Vergaberecht fremd ist. Man stelle sich ein Ausschreibungsverfahren vor, dass dann an der fehlenden Zustimmung privater Dritter scheitert.
- ²⁸ BGBl I. S. 378
- ²⁹ BGH, Urteil v. 24. 6. 2003 – KZR 18/01
- ³⁰ Dies ist inzwischen durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. 4. 2008 – VII-Verg 15/08, geklärt.
- ³¹ Wenn die Krankenkassen nach § 127 Abs. 1 SGB V ausschrieben, wurde aus § 127 Abs. 2 SGB V teilweise ein Ausschreibungsverbot konstruiert, während bei einem Verfahren nach § 127 Abs. 2 SGB V stattdessen ein EU-weites Offenes Verfahren gefordert wurde.
- ³² Dass der Ausschluss anderer Normen nach der Entstehungsgeschichte auf kartellrechtliche Vorschriften des GWB und auf das UWG beschränkt sein und das GWB-Vergaberecht nicht erfassen soll – so das OLG Düsseldorf –, vermag so nicht zu überzeugen, vgl. inzwischen in Bezug auf den (Teil-)Ausschluss der prozessualen Regelungen der §§ 97 ff. GWB das BSG, Beschl. v. 22. 4. 2008 – B 1 SF 1/08 R; weitergehend OLG Rostock, Beschl. v. 16. 6. 2008 – 17 Verg 4/07; OLG Brandenburg, Beschl. v. 7. 8. 2008 – Verg W 12/08; schon früher auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 19. 11. 2007 – 17 Verg 11/07.
- ³³ Vgl. für Rabattvereinbarungen über Arzneimittel den speziellen § 130 a Abs. 9 SGB V.
- ³⁴ Auch die aktuelle Rechtsprechung, wonach die Einhaltung der §§ 97 ff. GWB unter Konkurrenten über Ansprüche aus UWG vor den Zivilgerichten durchgesetzt werden kann (BGH, Urt. v. 3. 7. 2008 – I ZR 145/05), sollte nicht greifen, weil das UWG ja wegen § 69 SGB V gerade nicht gilt, nach der bisherigen BGH-Rechtsprechung zu Leistungserbringerverträgen auch nicht zwischen zwei Leistungserbringern (da § 69 SGB V auch die Rechtsbeziehungen zu Dritten regelt).

- ³⁵ Unter den Vergabesenaten hält – soweit ersichtlich – nur noch das OLG Düsseldorf an der Zuständigkeit der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen fest, die erstinstanzliche Zuständigkeit der VKn bejaht das BSG, während die VK Karlsruhe, das OLG Karlsruhe, das OLG Rostock und das OLG Brandenburg sowie das SG Stuttgart, die LSGs Baden-Württemberg und Nordrhein Westfalen von Anfang an allein die Sozialgerichte für zuständig erachten (anders noch SG Düsseldorf).
- ³⁶ FAZ, Nr. 3 v. 4. 1. 2008, S. 12; vgl. auch „Handelsblatt“ v. 3. 1. 2008, S. 4.
- ³⁷ Zur Frage der Auftragberei- genschaft der Krankenkassen wird der EuGH voraussichtlich Anfang 2009 in der Rs. C-300/07 entscheiden. Im Bereich der Arzneimittel-Rabattvereinbarun- gen wird das laufende Vertragsverletzungs- verfahren der Kommission wohl Klarheit darüber bringen, ob es sich dabei um (Liefer-)Rahmenvereinbarun- gen handelt.
- ³⁸ Beschluss v. 27. 2. 2008 – L 5 KR 6123/07 ER-B
- ³⁹ Vgl. zur Unzulässigkeit von einseitigen Preisanpassungsklauseln etwa die 2. VK des Bundes, Beschluss v. 15. 11. 2007 – VK 2-102/05; zur grundsätzlichen Zulässigkeit von (angemessenen) Vertragsstrafen- und Bürgschaftsforderungen jetzt OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17. 4. 2008 – VII-Verg 15/08 (a. A. noch 3. VK des Bundes, Beschluss v. 9. 1. 2008, VK 3-145/07).

Elemente der privaten Krankenversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung

Entwicklung in Deutschland

Dr. Helmut Platzer, AOK Bayern, München

Man stelle sich einmal das Jahr 2020 in Deutschland vor: Nehmen wir – rein hypothetisch – an, dass in dieser nicht mehr allzu fernen Zukunft längst keine gesetzlichen Krankenkassen (GKV) mehr existieren. Den Krankenversicherungsmarkt werden die 50 privaten Krankenversicherungsunternehmen (PKV) unter sich aufgeteilt haben. Jeder siebte Bundesbürger und damit über zehn Mio. Menschen werden dann – wie in den USA jetzt schon traurige Wirklichkeit – keinen oder keinen ausreichenden Versicherungsschutz im Krankheitsfall haben. Und für die Gesundheitsversorgung dieser überwiegend armen und alten Menschen müssten – wie in den USA durch die staatlichen Medicare- und Medicaidprogramme – die Steuerzahler mit Milliardensummen aufkommen.

Nehmen wir des Weiteren an, dass sich die Kosten im Gesundheitswesen bis zum Jahr 2020 tatsächlich – wie die Süddeutsche Zeitung (17. 1. 2008) eine Untersuchung von Price Waterhouse und Coopers zitierte – verdreifachen werden: Das wären – wenn man als Ausgangsbasis nur die bisherigen Ausgaben der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung fortschreibt – 20 Prozent des dann erzielten Bruttoinlandsproduktes von schätzungsweise 3 Bio. EUR oder anders ausgedrückt 600 Mrd. EUR Gesundheitsausgaben. Nur zum Vergleich: Heute belaufen sich die Leistungsausgaben der GKV auf 140 Mrd. EUR und der PKV auf knapp 20 Mrd. EUR.

Wenn das eingangs erwähnte ultimative Zukunftsszenario einträte und im Jahre 2020 nur noch die PKV existierte, dann hätte sie in weniger als 13 Jahren ihr Geschäftsvolumen verdreifacht.

Ich bin mir sicher, neben der PKV und zahlreichen Leistungserbringern im Gesundheitswesen sowie manchen Wissenschaftlern liebäugeln nicht wenige Politiker mit einer derartigen „schönen neuen Gesundheitswelt“ in Deutschland.

Aber nun zurück in die Gegenwart. Heute sind wir mit der harten Wirklichkeit des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes (GKV-WSG) konfrontiert. Und die sieht – zum Glück – doch noch etwas anders aus. Die gesetzlichen Krankenkassen existieren weiterhin, auch wenn zu Beginn des Jahres 2009 mit dem Gesundheitsfonds und staatlich festgelegten, für alle Kassen und Arbeitgeber einheitlichen Beitragssätzen eine neue Ära des Wettbewerbs eingeläutet wird. Und für diesen neuen Wettbewerb „dürfen“ die gesetzlichen Krankenkassen jetzt schon einmal „üben“. Denn seit Inkrafttreten des GKV-WSG am 1. April 2007 haben die Kassen neue Instrumente für den Kassenwettbewerb in die Hand bekommen, die aus dem Reich der privaten Assekuranz „entlehnt“ sind.

Um diese „Elemente der privaten Krankenversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung“ geht es in meinen heutigen Ausführungen. Dabei drängen sich unter anderem die Fragen auf,

- ob damit etwa doch die ersten Schritte hin zu der eingangs skizzierten (Schreckens-) Vision eines rein privaten Krankenversicherungssystems in Deutschland gemacht werden,
- wie die gesetzlichen Kassen und vor allem ihre Versicherten mit diesen neuen Wettbewerbselementen umgehen und
- ob dadurch eventuell eine Konvergenz der Versicherungssysteme festzustellen ist.

Um auf diese und noch einige Fragen mehr eine hinreichende Antwort zu finden, müssen zunächst die grundlegend unterschiedlichen Systematiken der beiden Vollversicherungssysteme der privaten und gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland erläutert werden.

Nachdem in Holland 2006 die bisherige Trennung zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung aufgehoben und das Krankenversicherungssystem auf eine einheitliche Bürgerversicherung mit einem komplizierten System aus Pauschalprämien, Steuerzuschüssen und einkommensabhängigen Arbeitgeberbeiträgen umgestellt wurde, ist Deutschland das einzige Land in der Europäischen Union mit einer substitutiven privaten Krankheitskostenvollversicherung zumindest für eine bedeutende Bevölkerungsgruppe – die freiwillig Versicherten in der GKV.

An dieser „Demarkationslinie“ – der Trennlinie zwischen GKV und PKV – entzünden sich denn auch die zentralen Diskussionen, welche Bedeutung die jeweiligen systemprägenden Prinzipien der GKV und PKV haben und welche systemspezifischen Vor- und Nachteile damit verbunden sind.

Prinzipien der privaten und der sozialen Krankenversicherung

Das Äquivalenzprinzip in der PKV

In der PKV wird der Risikoausgleich nach dem versicherungstechnischen Äquivalenzprinzip kalkuliert. Die vom Versicherten zu zahlenden Prämien beruhen auf den vereinbarten Leistungen, auf den in der Person des Versicherten zum Zeitpunkt des Versicherungsbeginns feststellbaren individuellen Risiken sowie den daraus abzuleitenden Wahrscheinlichkeiten des Risikoeintritts. Diese individuellen Risiken sind vor allem Vorerkrankungen, aber auch die Faktoren Alter und Geschlecht.

Auch in der PKV gibt es einen versicherungstechnischen, im weitesten Sinne solidarischen Ausgleich zwischen Gesunden und Kranken. Nur mit dem kleinen, aber zentralen Unterschied, dass die PKV strikt nach dem versicherungstechnischen Äquivalenzprinzip jeden Interessenten nach seinem Gesundheitsstatus einstuft (Individualäquivalenz). Frauen zahlen höhere Versicherungsprämien als gleichaltrige Männer. Lediglich das bisher nur von den Frauen in der PKV getragene Kostenrisiko der Schwangerschaft wird seit Beginn dieses Jahres durch Änderungen im Versicherungsvertragsgesetz auch von den in der PKV versicherten Männern (die sind ja schließlich für Schwangerschaften mitverantwortlich) mitgetragen. Ansonsten führen Vor-

erkrankungen in der PKV zu Risikozuschlägen sowie Leistungsausschlüssen und im Extremfall erhalten Kranke überhaupt keinen privaten Krankenversicherungsschutz. Die PKV unterliegt im Gegensatz zur GKV grundsätzlich keinem Kontrahierungszwang. Mit dem GKV-WSG ist die PKV lediglich dazu verpflichtet worden, ehemals privat Krankenversicherte, die ihren Versicherungsschutz verloren haben, in einen sogenannten Basistarif wieder aufzunehmen. Von den vom Bundesgesundheitsministerium vermuteten ca. 200 000 bis 300 000 in Deutschland nicht krankenversicherten Menschen hat jedoch bislang nur ein kleinerer Teil (davon ca. 90 000 ehemals gesetzlich Versicherte, die wieder in den Schoß der GKV zurückgekehrt sind) von diesem Rückkehrrecht Gebrauch gemacht.

Grundätzlich kann sich die PKV aber auch weiterhin ihr Versichertenkollektiv praktisch weitgehend selbst aussuchen. Das Risikoäquivalenzprinzip (und das gewählte Leistungspaket) bestimmt maßgeblich die Höhe der Krankenversicherungspolice – und dies ein (privates Versicherungs-)Leben lang. An die Stelle der Leistungsfähigkeit als Parameter tritt das persönliche Risiko. Eine Heranziehung der individuellen finanziellen Leistungsfähigkeit zur Deckung des kollektiven Gesamtrisikos aller Versicherten (Kollektiväquivalenz) wie in der GKV üblich gibt es in der PKV nicht.

Das Solidarprinzip in der GKV

Die GKV beruht auf dem in zweifacher Weise nach dem sozialversicherungstypischen Solidaritätsprinzip modifizierten Individualversicherungsprinzip. Zum einen werden die Beiträge der Mitglieder nach ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit, wenn auch nur bis zur Beitragsbemessungsgrenze, festgelegt. Zum anderen werden die medizinischen und gesundheitlichen Leistungen nur nach dem medizinischen Bedarf gewährt. In der GKV gilt für alle Krankenversicherungsunternehmen Kontrahierungszwang für jeden Bewerber. Und seit letztem Jahr müssen ehemals gesetzlich Versicherte, die ihren Versicherungsschutz verloren haben, wieder von ihrer Krankenkasse aufgenommen werden (§ 5 SGB V). Geschlechtsspezifische Unterschiede zwischen Männern und Frauen in der Beitragshöhe sowie Risikoausschlüsse bzw. Risikozuschläge wie in der PKV gibt es in der GKV nicht.

Das Solidaritätsprinzip in der GKV gebietet die Beitragserhebung nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip: je höher das Einkommen oder die Rente, desto höher der Beitrag. Gleichzeitig werden die Leistungen der GKV nach dem Bedarfsprinzip – unabhängig von der individuellen Leistungsfähigkeit des Versicherten – gewährt. Das für die GKV konstitutive Solidaritätsprinzip bedeutet im Kern eine materielle Umverteilung von den finanziell leistungsfähigeren zu den weniger leistungsfähigen Versicherten. Das Solidaritätsprinzip in der GKV steht außerdem für den Ausgleich zwischen Jung und Alt, zwischen Alleinstehenden und Familien mit Kindern, zwischen Männern und Frauen und – nicht zu vergessen – zwischen Gesunden und Kranken.

Die solidarische Umverteilung als konstitutives Element der sozialen Krankenversicherung hat – und das nicht nur einmal – vom Bundesverfassungsgericht deutliche Rückenstärkung erhalten – zuletzt in einem Urteil vom 4. Februar 2004:

„Da die gesetzliche Krankenversicherung ebenso wie die Rentenversicherung ganz wesentlich auf dem Gedanken der Solidarität ihrer Mitglieder sowie des sozialen Ausgleichs beruht, benötigt sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch diese besonders leistungsfähigen Versicherten zur solidarischen Absicherung der Familienversicherten sowie der altersbedingt vermehrt krankheitsanfälligen Personen und aller Versicherten mit niedrigen Einkünften.“ (Bundesverfassungsgericht, 1BvR 1103/03 vom 4.2.2004, Abs. 28)

Die Interdependenz der Prinzipien der Solidarität und Leistungsfähigkeit ist in der GKV im Vergleich zu den übrigen Sozialversicherungszweigen am stärksten ausgeprägt. Spielt das Äquivalenzprinzip – also die mehr oder weniger starke Abhängigkeit der Leistungshöhe von der Höhe der eingezahlten Beiträge – in der gesetzlichen Rentenversicherung und auch in der Arbeitslosenversicherung eine bedeutende Rolle, so beschränkt es sich in der GKV im Wesentlichen auf die Krankengeldleistung.

Auf der Finanzierungsseite der Krankenversicherung gibt es jedoch – geradezu widersprüchlich – eine einzige, aber umso folgenschwerere systematische Ausnahme vom Geltungsbereich des Solidaritätsprinzips. Die zahlenmäßig relativ kleine, aber einkommensstarke Personengruppe der freiwillig Versicherten ist von der grundsätzlichen Versicherungspflicht sozialversicherungspflichtig Beschäftigter in der GKV ausgenommen. Dies betrifft rund 15 Prozent der Bevölkerung, die in der Regel über ein Einkommen oberhalb der Versicherungspflichtgrenze (für 2008: 4012,50 EUR monatliches bzw. 48150 EUR jährliches Einkommen) verfügen und sich individuell – allerdings in der Regel nur einmal im Erwerbsleben – frei entscheiden können, ob sie der GKV weiterhin als als freiwillig Versicherte angehören möchten oder in die PKV wechseln.

So findet in der Krankenversicherung – als einzigem Zweig der Sozialversicherung – ein begrenzter Systemwettbewerb zwischen GKV und PKV statt. Dieser Systemwettbewerb unterliegt allerdings der Besonderheit, dass er sich zwischen zwei Systemen mit völlig unterschiedlichen Regeln bzw. Prinzipien abspielt (siehe den Vergleich zwischen Äquivalenz- und Solidarprinzip) und sich ausschließlich um die Personengruppe der freiwillig Versicherten dreht. Dies wäre weit weniger problematisch, ginge es nicht gerade um den leistungsfähigsten Teil der gesamten versicherten Population, der sich – je nach Einschätzung des eigenen Gesundheitsrisikos und des individuellen Nutzens – für die private oder für die gesetzliche Krankenversicherung entscheiden kann.

Diese willkürlich gezogene Grenze zwischen GKV und PKV bewirkt eine Risiko-selektion in mehrfacher Hinsicht:

- Krankenversicherte Personen mit Einkommen oberhalb der Versicherungspflichtgrenze stellen ein besseres Einnahmerisiko für die GKV dar. Deren Abwanderung zur „privaten Konkurrenz“ entzieht den verbleibenden Pflichtversicherten der GKV für die Einkommensumverteilung dringend notwendige Finanzmittel.

- Personen mit höheren Einkommen bzw. Vermögen haben – wie in mehreren wissenschaftlichen Studien analysiert wurde – eine höhere Lebenserwartung und weisen tendenziell einen besseren Gesundheitsstatus auf. Der aktuelle Gesundheitsstatus des Versicherungsnehmers beim Versicherungseintritt ist ein wesentliches Kalkulationselement für die risikoäquivalente Prämiengestaltung der PKV.
- Personen mit höheren Einkommen bzw. Vermögen haben die Möglichkeit, zusätzliche medizinische Leistungen gegen Direktzahlungen oder mittels privater Zusatzversicherungen nachzufragen. Damit wird einer Tendenz zur „Zwei-Klassen-Medizin“, zumindest aber einer schleichenden „Risikoselektion im bzw. ab dem Wartezimmer“ (schnellerer Zugang zur Gesundheitsversorgung), Vorschub geleistet.

Die Versicherungspflichtgrenze in der GKV stellt eine eklatante Gerechtigkeitslücke dar. Darüber hinaus ist sie systemdestabilisierend sowohl für die gesamte Krankenversicherung als auch für ein bedarfs- und leistungsgerechtes sowie effizienzsteigerndes Vergütungssystem aller Leistungserbringer im Gesundheitswesen.

Bemerkenswert deutlich fällt auch die Beurteilung der Versicherungspflichtgrenze in der GKV durch das Bundesverfassungsgericht im Verfahren über die Verfassungsbeschwerde zweier privater Krankenversicherungsunternehmen vom 4. Februar 2004 gegen die außerordentliche Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze durch das Beitragssatzsicherungsgesetz vom 23. Dezember 2003 aus. Die Verfassungsrichter betonten ausdrücklich, dass die Solidarität der GKV nicht an einer fixen Einkommensgrenze endet und nicht nur für bestimmte Bürger gilt. Das Bundesverfassungsgericht bekräftigt, „... dass es sich bei der Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung um einen überragend wichtigen Gemeinwohlbelang handelt (...).“ (Bundesverfassungsgericht, 1BvR 1103/03 vom 4.2.2004, Abs. 17)

Und weiter führt das Bundesverfassungsgericht in der Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde aus:

„Soll die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung mit Hilfe eines Sozialversicherungssystems erreicht werden, stellt auch dessen Finanzierbarkeit einen überragend wichtigen Gemeinwohlbelang dar, von dem sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Systems leiten lassen darf (...).“ (Bundesverfassungsgericht, 1BvR 1103/03 vom 4.2.2004, Abs. 24).

Dieser oberste Richterspruch lässt an Deutlichkeit wohl nichts zu wünschen übrig. Die Versichertengemeinschaft der GKV ist auf die Solidarität auch der besser Verdienenden angewiesen. Dazu wäre ohne weiteres eine weitere Anhebung der Versicherungspflichtgrenze – möglicherweise sogar deren Aufhebung – geeignet und wohl auch verfassungskonform.

Es gibt keine hinreichende Begründung dafür, warum für den solidarischen Ausgleich zwischen Jung und Alt, zwischen Alleinstehenden und Familien mit Kindern, zwischen Männern und Frauen und zwischen risikobelasteten Kranken und Gesunden nicht alle Bürger entsprechend ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit herangezogen werden sollen. Daraus ergibt sich als einzige logische Konsequenz zur Sicherstellung

der gegenseitigen Solidarität aller Arbeitnehmer und Rentner, dass die Versicherungspflichtgrenze aufgehoben wird. Allen Versicherten stünde dann weiterhin die Möglichkeit offen, über private Zusatz-Krankenversicherungen individuellen zusätzlichen Bedarf an Gesundheitsleistungen einzukaufen.

Wahltarife in der GKV

Genau an dieser Stelle kommt die Neuregelung der Wahltarife im GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) ins Spiel. Den (eben beschriebenen) mutigen Schritt in Richtung eines gerechteren Krankenversicherungssystems, indem die Versicherungspflichtgrenze ganz aufgehoben wird, hat die Politik nicht getan. Damit wären eindeutig die Weichen für die Bürgerversicherung (eine Kernforderung der SPD) gestellt worden. Welchen Weg aber hat nun der Gesetzgeber im GKV-WSG eingeschlagen? Da zwischen den Koalitionspartnern weder eine Gesundheitsprämie noch eine Bürgerversicherung mehrheitsfähig war, glaubte man, zumindest dem Anspruch des Gesetzes an mehr Wettbewerb gerecht werden zu müssen: Man führte mit den sogenannten Wahlтарifen wenigstens ein paar neue Wettbewerbselemente für die GKV ein, die in ähnlicher Form die PKV schon länger kennt. Seit dem 1. April 2007 sind nun unterschiedliche Wahltarife auch in der GKV zulässig, die gemäß § 53 SGB V in der jeweiligen Satzung der Krankenkasse zu verankern sind:

- Prämienzahlungen bei einem Selbstbehalt (§ 53 Abs. 1 SGB V),
- Prämienzahlungen bei Leistungsfreiheit (auch Beitragsrückgewähr genannt, § 53 Abs. 2 SGB V),
- spezielle Prämienzahlungen bei Kostenerstattung (§ 53 Abs. 4 SGB V),
- spezielle Prämienzahlungen für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen (§ 53 Abs. 5 SGB V) und
- Prämienzahlungen bei Leistungsbeschränkungen (§ 53 Abs. 7 SGB V).

Beurteilung des Wettbewerbsinstruments Wahltarife in der GKV

Neben dem „Pflichtangebot“ an Tarifalternativen (besondere Versorgungsformen nach § 53 Abs. 3 SGB V, wie z.B. Hausarztтарife sowie Krankengeldtarife nach § 53 Abs. 6 SGB V), die nach dem GKV-WSG alle gesetzliche Krankenkassen ihren Versicherten anbieten müssen, haben viele Krankenkassen seit April letzten Jahres zunächst einmal die sogenannten Selbstbehaltstarife auf den Markt gebracht. Wahltarife, zu denen die Selbstbehaltstarife gehören, stellen in erster Linie ein zusätzliches Instrument für den Wettbewerb der Krankenkassen untereinander dar. Bei einem ansonsten identischen medizinischen Leistungskatalog der GKV können damit die Kassen ihren Versicherten eines der wenigen gesetzlich erlaubten, in ihrer jeweiligen Satzung festgelegtes, differenziertes Wahlтарифpaket anbieten. Insbesondere ab dem kommenden Jahr, wenn für alle Kassen ein gleich hoher Beitragssatz vom Gesetzgeber festgelegt wird und die bisher im Kassenwettbewerb für die Versicherten ausschlaggebenden Beitragssatzunterschiede der Vergangenheit angehören werden, sind Service (Kundenfreundlichkeit), Leistungsqualität (als Ergebnis des Vertragswettbewerbs zwischen Kassen und Leistungserbringern) und eben diese Wahltarife die wichtigsten Wettbewerbsparameter.

Da bislang die meisten Kassen lediglich Variationen von Selbstbehaltstarifen anbieten und weitergehende Wahltarife erst noch entwickelt werden, soll in aller Kürze die gesetzliche Grundlage der Selbstbehaltstarife erläutert und deren Wirkungsweise beurteilt werden. § 53 Abs. 1 SGB V lautet:

„Die Krankenkasse kann in ihrer Satzung vorsehen, dass Mitglieder jeweils für ein Kalenderjahr einen Teil der von der Krankenkasse zu tragenden Kosten übernehmen können. Die Krankenkasse hat für diese Mitglieder Prämienzahlungen vorzusehen.“

Außerdem gilt für Wahltarife eine Mindestbindungsfrist von drei Jahren. So lange muss das Mitglied dann in der Regel auch seiner Kasse die Treue halten, selbst wenn in dieser Zeit die Kasse ihre Beiträge bzw. Prämie erhöht. Das Sonderkündigungsrecht nach § 175 Abs. 4 SGB V greift in diesem Fall nicht.

Im Selbstbehaltstarif kann das Mitglied – gestaffelt nach Einkommensklassen – 20 Prozent seiner jährlichen Beiträge bis zu maximal 600 EUR pro Jahr an Prämien erhalten, wenn das Mitglied bereit ist, ein Risiko zu übernehmen, das je nach Kasse zwischen 12 und 20 Prozent über diesem Maximal-Bonus liegt. In Kombination mit weiteren Tarifen (z.B. Teilnahme an gesundheitsfördernden Maßnahmen sowie Prämienrückzahlungen nach § 242 Abs. 2 SGB V) dürfen maximal 30 Prozent der jährlichen Beiträge bis zu maximal 900 EUR an das Mitglied an Prämien gezahlt werden.

Die Aufwendungen für jeden Wahltarif müssen nach § 53 Abs. 9 SGB V aus Einnahmen, Einsparungen und Effizienzsteigerungen, die durch die Wahltarife erzielt werden, finanziert werden. Dies müssen die Kassen alle drei Jahre gegenüber der Rechtsaufsicht nachweisen. So soll eine Quersubventionierung durch Versicherte der Krankenkasse, die keinen Wahltarif wählen, ausgeschlossen werden.

In diesen Bedingungen besteht der wesentliche Unterschied zu Selbstbehaltstarifen der PKV: Dort verabschieden sich Versicherte, die einen Selbstbehaltstarif gewählt haben, aus der Solidarität mit den übrigen Versicherten in anderen Tarifen des PKV-Unternehmens, da in der PKV jeder Tarif separat kalkuliert wird und nur für die Versicherten gilt, die ihn gewählt haben. In der GKV bleiben hingegen alle Versicherten der Solidargemeinschaft ihrer gesetzlichen Krankenkasse mit ihren Beiträgen erhalten. Nur die nachgewiesenen Einsparungen durch Wahltarife dürfen „ausgeschüttet“ werden. Damit ist das Instrument Selbstbehaltstarif in der GKV auch kein Instrument der Risikoselektion und Risikodifferenzierung wie in der PKV, sondern eher ein sogenanntes Halteinstrument, um auch gute Risiken in der jeweiligen Krankenkasse zu halten. Damit sind Selbstbehaltstarife auch ein Angebot an die gut verdienenden freiwillig Versicherten, denen die Wechselmöglichkeit zur PKV offen steht, weiterhin in der GKV zu bleiben und mit ihren in der Regel positiven Nettobeiträgen die Solidargemeinschaft der gesamten GKV zu stärken.

Außerdem sind Wahltarife eine Möglichkeit, den Versicherten – neben dem „normalen“ gesetzlichen Krankenversicherungsschutz – auch Zusatzversicherungen und Tarifalternativen „aus einer Hand“ anzubieten, die bislang der PKV vorbehalten waren. Ein Wechsel vor allem von freiwillig Versicherten zur privaten Konkurrenz soll dadurch „unattraktiv“ werden. Vor dem GKV-WSG war es den gesetzlichen Kassen nur in Kooperation mit privaten Krankenversicherungsunternehmen erlaubt, ein der-

artiges Zusatzversicherungsangebot zu vermitteln. Das eigentliche Zusatzversicherungsgeschäft macht dabei ausschließlich das kooperierende PKV-Unternehmen. Die gesetzlich Versicherten profitieren bei der Wahl solcher Kooperationstarife in Form eines Prämienrabatts (ca. 10 Prozent). Die AOK Bayern hat über seinen Kooperationspartner der Bayerischen Versicherungskammer diverse Zusatzversicherungen, wie zum Beispiel für Zahnersatz, Krankenhaustagegeld, Chefarztbehandlung, Auslandsrankenversicherung, oder eine Pflegezusatzversicherung im Angebot. Die AOK Bayern wird diese Kooperation mit der Bayerischen Versicherungskammer aller Voraussicht nach weiterführen, gleichzeitig aber eigene Tarife entwickeln, was auch schon in der Vergangenheit der Fall war.

So bietet die AOK Bayern bereits seit „Vor-WSG-Zeiten“ eine Kombination aus Selbstbehaltstarif und Gesundheitsbonus zur Förderung von gesundheitsbewusstem Verhalten an. Durch diese Kombination „belohnt“ die AOK Bayern die regelmäßige Inanspruchnahme von qualitätsgesicherten Leistungen zur Primärprävention, von Leistungen zur Früherkennung (Gesundheits- und Kinderuntersuchungen) oder von öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen mit einem Bonus.

Mit einem eigenen „echten“ Selbstbehaltstarif mit sieben verschiedenen, nach der Höhe der beitragspflichtigen Einnahmen der Versicherten gestaffelten Tarifklassen ist die AOK Bayern seit April letzten Jahres am Markt, was ich anhand dieser Übersicht darstellen werde:

| Tarifklasse | Beitragspflichtige Einnahmen pro Jahr; in EUR | Grundbonus je Kalenderjahr; in EUR | Pauschaler Selbstbehalt je Arztkontakt, der mit einer Arzneimittel- oder einer Heilmittelverordnung zulasten der AOK einhergeht; in EUR | Pauschaler Selbstbehalt je Krankenhausaufenthalt; in EUR | Höchstbetrag der zu tragenden Selbstbehalte je Kalenderjahr; in EUR |
|-------------|---|------------------------------------|---|--|---|
| 1 | bis 12000 | 50,00 | 12,50 | 25,00 | 125,00 |
| 2 | 12001 – 18000 | 100,00 | 25,00 | 50,00 | 175,00 |
| 3 | 18001 – 24000 | 150,00 | 37,50 | 75,00 | 225,00 |
| 4 | 24001 – 30000 | 200,00 | 50,00 | 100,00 | 275,00 |
| 5 | 30001 – 36000 | 250,00 | 62,50 | 125,00 | 325,00 |
| 6 | 36001 – 42000 | 350,00 | 87,50 | 175,00 | 425,00 |
| 7 | ab 42001 | 500,00 | 125,00 | 250,00 | 575,00 |

Bisher haben ca. 8.000 Versicherte der AOK Bayern einen Selbstbehaltstarif gewählt.

Fazit: Konvergenz der Systeme oder Stärkung der GKV?

Wahltarife werden ab 2009 unter Gesundheitsfonds-Bedingungen durchaus eine stärkere Rolle spielen. Dann zahlen alle Versicherten einen gleich hohen prozentualen Einheitsbeitrag, und die Kassen werden sich durch ihren Service, durch eventuelle Zusatzprämien und eben durch zusätzliche Tarifalternativen unterscheiden. Selbstbehaltstarife sowie weitere Wahltarife werden jedoch für die Wahl der Krankenkasse für

die weitaus überwiegende Zahl der Versicherten nicht die entscheidende Rolle spielen. Viel mehr Wert werden preis- und qualitätsbewusste Versicherte auf sehr guten Service und eine hohe Qualität der medizinischen Gesundheitsleistungen legen.

Denn ein weiteres, aber schließlich eines der zentralen Unterscheidungsmerkmale im Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen untereinander sowie zu ihren privaten Pendanten ist der Vertragswettbewerb der Kassen mit den Leistungserbringern. Das Vertragsgeschäft der Krankenkassen mit Krankenhäusern, Vertragsärzten, Heil- und Hilfsmittelerbringern und seit dem letzten Jahr sogar mit den Arzneimittelherstellern ist der PKV völlig fremd, ja es ist ihr sogar gesetzlich untersagt. Diesem Wettbewerb um die preisgünstigste und zugleich qualitativ beste medizinische Versorgung wird angesichts einer immer älter werdenden Bevölkerung und der damit einhergehenden Zunahme an chronischen und degenerativen Krankheiten eine immer größere Bedeutung zugemessen. Bisherige Umfragen unter gesetzlich Versicherten bestätigen diese Annahme: Zwei Drittel der Versicherten legen größeren Wert auf eine qualitativ gute und medizinisch fortschrittliche Behandlung als auf möglichst niedrige oder nicht weiter steigende Beiträge. Einen wesentlichen Beitrag dazu leistet insbesondere die kompetente gemeinsame Selbstverwaltung aus Kassen und Leistungserbringern, die die Versorgung der Versicherten mit qualitätsgesicherten Gesundheitsleistungen vor Ort sicherzustellen hat.

Die Gesundheitsversorgung in der GKV wird auch in Zukunft unter den neuen Finanzierungsbedingungen eines Gesundheitsfonds – angereichert mit Wettbewerbselementen wie zum Beispiel Wahltarifen – kein „Markt für Schnäppchenjäger“. Bei einer älter werdenden Bevölkerung mit tendenziell mehr chronischen und degenerativen sowie aufwändig zu behandelnden Volkskrankheiten kann die Gesundheitsversorgung langfristig niemals billiger, sondern allenfalls effizienter werden.

Eine Konvergenz der Systeme von gesetzlicher und privater Krankenversicherung ist – nicht zuletzt wegen des fehlenden Vertragswettbewerbs in der PKV – bislang zumindest nicht festzustellen. Die GKV wird durch zusätzliche PKV-ähnliche Angebote, wie es zum Beispiel die Wahltarife sind, sicher nicht zu einer mehr oder weniger „besseren PKV“. Das will sie aus ihrem Selbstverständnis auch überhaupt nicht. Wer echte (risiko-)selektive Tarifalternativen sucht, bei der man sich aus der Solidarität mit den anderen „Durchschnittskranken“ eines Versichertenkollektivs verabschieden kann, der ist beim Original – der PKV – gut aufgehoben. Wer jedoch eine „echte“ Kranken-„voll“-versicherung sucht, die ihm auch in „schlechten Tagen“ beisteht und keinerlei Risikoausschlüsse kennt, der ist immer noch am besten beim wirklichen Original – der GKV – aufgehoben.

Elemente der privaten Krankenversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung

Entwicklung in Österreich

o. Univ.-Prof. Dr. Konrad Grillberger, Universität Salzburg

1. Vorbemerkung

Die Finanzierung des Gesundheitswesens ist sowohl in Deutschland als auch in Österreich seit langer Zeit Gegenstand politischer und wissenschaftlicher Diskussion. Als ein Mittel zur Steigerung der Effizienz wird dabei auch der Einbau von Elementen der privaten Krankenversicherung in die gesetzliche Krankenversicherung angesehen. Man kann es auch anders formulieren: Es soll der Wettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung gefördert werden. Für die jüngste, wohl aber nicht die letzte deutsche „Gesundheitsreform“ (2007) wurde deshalb die Bezeichnung „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung“ gewählt. Von einem derartigen Gesetz oder Gesetzesvorhaben war und ist derzeit in Österreich keine Rede. Möglicherweise wartet man ab, welche Resultate der Wettbewerb in Deutschland erzielt. Für die gegenwärtige Rechtslage in Österreich müsste der Titel meines Referates daher besser lauten: „Spurenelemente der privaten Krankenversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung“.

2. Elemente der privaten Krankenversicherung

2.1. Privatrecht

Bevor man sich auf die Spurensuche begibt, scheint es nützlich, die wichtigsten Elemente oder Kennzeichen der privaten Krankenversicherung kurz zu beschreiben. Der Name private Krankenversicherung zeigt an, dass man es mit einer Versicherung zu tun hat, die dem Privatrecht angehört. Dort herrscht bekanntlich das Prinzip der Privatautonomie. Dazu gehört vor allem, dass die Beteiligten selbst darüber entscheiden, ob überhaupt und wenn ja, zu welchen Bedingungen ein Versicherungsvertrag abgeschlossen werden soll. Vollständige Vertragsfreiheit hat es im privaten Versicherungsrecht nur im 19. Jahrhundert gegeben. Die daraus resultierenden Missstände haben zunächst zur Einführung einer behördlichen Genehmigungspflicht für Allgemeine Versicherungsbedingungen, in der Folge zur Einrichtung einer Versicherungsaufsicht und am Beginn des 20. Jahrhunderts zur Schaffung eines VersicherungsvertragsG geführt¹.

Alle diese Maßnahmen haben die Privatautonomie der Versicherungsunternehmen im Interesse der Versicherten eingeschränkt. Für die private Krankenversicherung sei etwa auf den Ausschluss der ordentlichen Kündigung durch den Versicherer verwiesen². Die Genehmigungspflicht von allgemeinen Versicherungsbedingungen wurde zwar durch EU-Recht wieder abgeschafft. Von einer Rückkehr in das 19. Jahrhundert zu sprechen, wäre aber nicht angebracht. Die Kontrolle der Versicherungsbedingungen erfolgt statt dessen über den Verbraucherschutz durch die Gerichte³.

Trotz vielfältiger Regulierung des Privatversicherungsrechts bildet die Privatautonomie aber nach wie vor das wesentliche Merkmal der Privatversicherung und auch der privaten Krankenversicherung. Das gilt jedenfalls für Österreich. Im Wesentlichen folgt daraus:

2.2. Abschlussfreiheit

Zur Privatautonomie gehört die Abschlussfreiheit. Es gibt keinen Kontrahierungszwang und auch keine Versicherungspflicht. Das gilt sowohl für die Versicherungsunternehmen als auch für den (potenziellen) Versicherungsnehmer. Die Abschlussfreiheit eröffnet daher für die Versicherer die Möglichkeit zur Risikoprüfung. Regelmäßig hat der Versicherungsnehmer vor Abschluss des Vertrages Angaben über seinen Gesundheitszustand zu machen. Eine schuldhaftige Verletzung dieser Aufklärungspflichten berechtigt den Versicherer zum Rücktritt vom Vertrag. In der privaten Krankenversicherung allerdings nur innerhalb von drei Jahren nach Vertragsabschluss (§ 178k öVVG). Je höher das Risiko, umso geringer ist die Bereitschaft des Versicherers zum Abschluss. Bei einem Lebensalter über 60 wird praktisch kein Vertrag mehr abgeschlossen.

2.3. Umfang des Versicherungsschutzes

In der Privatversicherung hängt auch der Umfang des Versicherungsschutzes von der Vereinbarung ab. Vorerkrankungen werden nicht selten von der Deckung ausgeschlossen. Arztkosten werden gelegentlich nur bis zu einer vereinbarten Obergrenze ersetzt. Häufig gibt es Wartezeiten, z.B. bei Schwangerschaften bis zu neun Monaten und Risikoausschlüsse bei missbräuchlicher Verwendung von Alkohol und Suchtgiften⁴. Für die Vereinbarung von Wartezeiten zieht das VVG aber bestimmte Grenzen (§ 178d öVVG).

2.4. Höhe der Prämien

Die private Krankenversicherung arbeitet nach dem Prinzip der Kapitaldeckung. Es sind also versicherungsmathematische Grundsätze, die für die Höhe der jeweiligen Prämie maßgebend sind⁵. Überdies ist eine Altersrückstellung zu bilden, um zu verhindern, dass die Prämie allein wegen des Alterwerdens des Versicherten steigt. All das verhindert natürlich nicht, dass die Prämie vom Eintrittsalter beim Vertragsabschluss abhängig gemacht wird. Selbstverständlich spielt auch der Umfang des Versicherungsschutzes eine Rolle. Wer z.B. die Kosten eines Zahnersatzes absichern will, zahlt mehr.

Die Prämie fällt geringer aus, wenn ein Selbstbehalt vereinbart wird. Zum wirtschaftlich gleichen Ergebnis – nämlich zur Verringerung der Prämie – führt es, wenn eine Prämienrückerstattung für den Fall vorgesehen ist, dass über eine vereinbarte Periode keine Leistungen in Anspruch genommen werden.

2.5. Einseitige Erhöhung der Prämie

Die Versicherer behalten sich regelmäßig das Recht vor, nachträglich die Prämie zu erhöhen. Das VVG setzt dafür aber bestimmte Grenzen. Nur bestimmte, im Gesetz genannte Umstände dürfen für eine Erhöhung vereinbart werden⁶.

Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Vereinbarung, dass allein das Älterwerden oder die Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Versicherten eine Prämien-erhöhung rechtfertigen soll. Zur Einhaltung dieser Kautelen sieht das Gesetz als Wächter zahlreiche Institutionen vor (§ 178g ÖVVG). Das sind vor allem diverse Kammern und der Österreichische Gewerkschaftsbund. Der Versicherer hat die Änderung der Prämie diesen Institutionen mitzuteilen und auf Verlangen Einsicht in die Kalkulationsgrundlagen zu gewähren. Sie haben das Recht, binnen drei Monaten ab ihrer Verständigung auf Unterlassung zu klagen, wenn die Erhöhung der Prämie dem Gesetz oder den allgemeinen Versicherungsbedingungen, die den Verträgen zugrunde gelegt werden, widerspricht.

2.6. Geldleistung

Die private Krankenversicherung ersetzt die Kosten für die medizinisch notwendige Heilbehandlung (§ 178b öVVG). Der Versicherte ist also Schuldner des Arztes oder der Krankenanstalt. Ist strittig, ob eine Heilbehandlung medizinisch notwendig war, trifft den Versicherten die Beweislast. Die gesetzliche Krankenversicherung beruht dagegen auf dem Sachleistungsprinzip. Das entlastet den Versicherten von Zahlungspflichten gegenüber dem Arzt.

3. Merkmale der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung

3.1. Allgemeines

Von Besonderheiten oder Merkmalen der gesetzlichen Krankenversicherung lässt sich sinnvoll wohl nur vor dem Hintergrund der privaten Versicherung sprechen. Die grundsätzlichen Unterschiede zwischen diesen Formen der Versicherung sollen hier nicht im Einzelnen ausgebreitet werden. Sie sind in Österreich und in Deutschland gleich, und auch die Gründe für die Unterschiede zur privaten Krankenversicherung sind dieselben. Einige Hinweise sollten genügen.

Es handelt sich um öffentliches Recht und nicht um Privatrecht. Die Versicherungsträger sind Körperschaften des öffentlichen Rechts und nicht auf Gewinnerzielung gerichtete Aktiengesellschaften.

Die gesetzliche Krankenversicherung ist eine Pflichtversicherung. Es kommt also nicht darauf an, ob sie der Einzelne für nötig hält oder nicht. Die Versicherungsfälle und die gebührenden Leistungen sind gesetzlich festgelegt. Dasselbe gilt in Österreich für die Beiträge. Sie richten sich auch nicht nach der Höhe des Risikos, sondern nach der Höhe des beitragspflichtigen Einkommens. Man sagt deshalb, dass die Leistungsfähigkeit für die Beiträge maßgebend ist, obwohl bekanntlich Kapitaleinkünfte nicht herangezogen werden und eine Höchstbeitragsgrundlage besteht. Sieht man davon ab, dass es sowohl in der privaten Krankenversicherung wie auch in der gesetzlichen Krankenversicherung darum geht, ein Risiko durch gemeinsame Aufbringung von Geld abzudecken, so ist die gesetzliche Krankenversicherung gerade das Gegenteil einer privaten Versicherung. Welche Merkmale der gesetzlichen Krankenversicherung verfassungsrechtlich und europarechtlich relevant sind, soll hier nicht überprüft werden⁷. Hervorgehoben seien nur jene Merkmale der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung, die sie von der deutschen Rechtslage unterscheiden.

3.2. Einbeziehung aller Erwerbstätigen

Auch das österreichische Sozialversicherungsrecht knüpft an die Erwerbstätigkeit an. Seit 1997 gilt aber der Grundsatz, dass alle Erwerbstätigkeiten der Sozialversicherung unterliegen, sofern das daraus erzielte Einkommen eine bestimmte Mindestgrenze übersteigt. Das gilt nicht nur für die Krankenversicherung, sondern auch für die Pensionsversicherung. Es gibt also keine Ausnahmen für Beamte oder Selbstständige. Auch gibt es keine Möglichkeit für „Besserverdiener“, aus der gesetzlichen Krankenversicherung oder sonst einem Zweig der Sozialversicherung auszuschneiden und auf private Weise vorzusorgen. Deshalb hat die private Krankenversicherung in Österreich im Vergleich zur BRD nur eine geringe Bedeutung. Sie dient im Wesentlichen zur Absicherung der Kosten eines Krankenhausaufenthaltes in der Sonderklasse einer öffentlichen Krankenanstalt oder in einer privaten Krankenanstalt.

3.3. Keine Wahl des Krankenversicherungsträgers

Die gesetzliche Krankenversicherung knüpft an die Erwerbstätigkeit an. Sie ist aber berufsständisch und teilweise territorial organisiert: In Österreich gibt es 13 größere Krankenversicherungsträger. Dazu kommen neun kleine Betriebskrankenkassen, die der Gesetzgeber des ASVG fortleben ließ. Genau genommen müssten dazu noch einige Krankenfürsorgeeinrichtungen gezählt werden, die für bestimmte Gruppen von Landes- oder Gemeindebeamten aufgrund landesgesetzlicher Regelungen bestehen⁸. Die Masse der Arbeitnehmer ist bei einer von neun Gebietskrankenkassen pflichtversichert. Die meisten Beamten und Vertragsbediensteten der Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden) sind bei der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA) versichert. Die Beschäftigten bei Eisenbahnen und Bergbaubetrieben gehören der Versicherungsanstalt für Eisenbahn und Bergbau (VAEB) an. Für die Selbstständigen ist die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) zuständig, allerdings mit Ausnahme der Land- und Forstwirtschaft: Dort ist es die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB). Eine Fusion dieser beiden Träger ist zwar angestrebt, scheint aber nicht recht voranzukommen.

Diese Zuordnungen sind gesetzlich festgelegt. Es gibt also keine Möglichkeit für die Versicherten, den Krankenversicherungsträger zu wechseln. Nur wenn er eine andere Art der Erwerbstätigkeit ausübt, ändert sich auch der Krankenversicherungsträger. Dasselbe gilt auch in jenen Fällen, in denen jemand verschiedene Arten von Erwerbstätigkeit nebeneinander ausgeübt. Es kommt zu einer mehrfachen Versicherung und dementsprechend zur Zuständigkeit mehrerer Versicherungsträger.

Eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung würde im bestehenden System auch kaum Sinn machen: Die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung sind gesetzlich festgelegt und von den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung nicht wesentlich beeinflussbar. Gar kein Spielraum besteht bei den Beiträgen. Die Krankenversicherungsträger können sie weder senken noch erhöhen. Sie haben auch keine Möglichkeit, nur für die eigenen Versicherten unterschiedliche Tarife anzubieten, etwa geringere Beiträge gegen einen Verzicht auf freie Arztwahl. Das kann man rechtspolitisch bedauern, weil damit Wege bzw. Anreize zum Aufbau alternativer Versorgungsformen durch die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung so gut wie verbaut sind.

Wenn im Folgenden nach Elementen der privaten Krankenversicherung in der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung gesucht wird, kann das Ergebnis im Vergleich zur Rechtslage in der BRD nur sehr bescheiden ausfallen. Ich habe lediglich vier Fälle gefunden, die zum Thema gehören könnten.

4. Elemente der privaten Krankenversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung

4.1. Freiwillige Versicherungen

4.1.1. Selbstversicherung

Seit 1976⁹ besteht für jenen sehr kleinen Anteil der Bevölkerung, der keiner gesetzlichen Krankenversicherung unterliegt, die Möglichkeit, sich selbst zu versichern. Voraussetzung ist nur, dass der Wohnsitz in Österreich liegt (§ 16 ASVG). Bei welchem Träger bzw. nach welchem Gesetz diese Selbstversicherung erfolgen kann, ist aber wiederum gesetzlich geregelt. War der Betreffende bereits vorher pflichtversichert, ist dieser Träger zuständig. Wer noch nicht pflichtversichert war, wird grundsätzlich einer Gebietskrankenkasse (GKK) zugewiesen (§ 16 Abs. 4 und 5 ASVG).

Welche Personengruppen kommen für diese Selbstversicherung in Betracht? Die Hauptmasse sind die geringfügig Beschäftigten (§ 19 a ASVG). Sie sind zwar erwerbstätig, erzielen aber daraus nur ein Einkommen, das die Geringfügigkeitsgrenze nicht übersteigt, und sind daher nicht pflichtversichert. Diese Grenze beträgt im Jahr 2008 349,01 EUR pro Monat bei Dienstnehmern. Sie haben einen pauschalen Beitrag von 49,20 EUR pro Monat zu leisten. Das ist wenig, wenn man noch dazu bedenkt, dass die Selbstversicherung der geringfügig Beschäftigten auch die Pensionsversicherung einschließt¹⁰.

Als weitere Personengruppe für eine Selbstversicherung kommen Studierende in Betracht, die aus der Mitversicherung als Kinder ausgeschieden sind. Dafür kann es vor allem zwei Gründe geben. Sie haben das Studium nicht bis zur Vollendung des 27. Lebensjahres beendet oder es bis dahin nicht ernsthaft und zielstrebig betrieben, sodass sie (auch) den Anspruch auf Familienbeihilfe verloren haben¹¹. Für diese Gruppe bestimmt das Gesetz ebenfalls den zuständigen Versicherungsträger. Es legt zudem die Beiträge fest¹².

Für die genannten zwei Gruppen sind die Beiträge gering, der Anreiz zum Eintritt in die gesetzliche Krankenversicherung hoch. Für andere potenzielle Interessenten gilt das nicht in gleichem Ausmaß. Es wird ein relativ hoher Beitrag festgesetzt. Im Jahr 2008 sind es 333,59 EUR pro Monat. Allerdings kann der Krankenversicherungsträger die Beiträge herabsetzen, wenn dies in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Versicherten oder – im Falle einer Ehescheidung – in den Verhältnissen des unterhaltspflichtigen ehemaligen Ehegatten gerechtfertigt ist.

Die gesetzliche Krankenversicherung steht, wie gesagt, allen offen, die ihren Wohnsitz in Österreich haben. Das würde auch bedeuten, dass die Selbstversicherung auch für solche Personen attraktiv sein könnte, die von den Leistungen der Sozialhilfe leben bzw. leben müssen. Der Gesetzgeber hat aber eine Hürde eingebaut. Solche Personen müssen immer den hohen Beitrag zahlen (§ 76 Abs. 2 ASVG). Dahinter steckt

die Überlegung, dass die Kosten der Sozialhilfe nicht auf die gesetzliche Krankenversicherung verschoben werden sollen. Die Sozialhilfe ist nämlich von den Bundesländern zu finanzieren. Wäre die Selbstversicherung z. B. so günstig, wie bei den geringfügig Beschäftigten oder bei den Studierenden, könnten die Kosten auf die gesetzliche Krankenversicherung verschoben werden, indem Empfänger von Sozialhilfe zur Stellung entsprechender Anträge auf Selbstversicherung verpflichtet werden.

Ein Wahlrecht zwischen einer Krankenversicherung nach ASVG oder GSVG oder einer anderen, auch privaten Form der Krankenversicherung haben Angehörige freier Berufe, sofern sie einer gesetzlichen Standesvertretung angehören. Das betrifft z. B. selbstständige Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater und Architekten, war aber keine strategische Entscheidung des Gesetzgebers, um Elemente der privaten Versicherung einzuführen. Die Optionsmöglichkeiten für diese Berufsgruppen hängen vielmehr damit zusammen, dass auch sie von der 1997 erfolgten Ausweitung der Sozialversicherung erfasst sein sollten. Da aber zum Teil bereits kammerinterne Versorgungssysteme bestanden haben oder, sofern das nicht der Fall war, der Wunsch nach Einrichtung eigener Sicherungssysteme vorgebracht wurde, ist ihnen der Gesetzgeber entgegengekommen¹³.

Die skizzierten Möglichkeiten der Selbstversicherung und vor allem die teilweise damit verbundenen Begünstigungen können nur auf den ersten Blick als Elemente der Privatversicherung angesehen werden. In der Sache geht es dem Gesetzgeber darum, möglichst allen Einwohnern einen sozialrechtlichen Schutz vor den finanziellen Folgen einer Krankheit zu bieten. Mit der historischen Grundidee der Sozialversicherung, nämlich Angehörige bestimmter Berufsgruppen zu einer Risikogemeinschaft zusammenzuschließen, lassen sich die Möglichkeiten freilich nicht leicht vereinbaren.

4.1.2. Zusatzversicherung

Als Element der privaten Krankenversicherung ist am ehesten die Möglichkeit einer Zusatzversicherung anzusehen. Diese Variante einer freiwilligen Versicherung gibt es für Selbstständige, die nach GSVG versichert sind (§ 9 GSVG). Eine neue Entwicklung ist das nicht. Die Zusatzversicherung war schon in der Stammfassung des GSVG (1978) vorgesehen. Sie dient dazu, dem Selbstständigen einen Anspruch auf Krankengeld im Falle der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und auf Taggeld bei Krankenhausaufenthalt zu verschaffen. Mit der privaten Krankenversicherung verwandt ist die Zusatzversicherung nicht nur, weil sie freiwillig ist, sondern auch deshalb, weil dafür ein Zusatzbeitrag zu leisten ist. Seine Höhe ist durch die Satzung des Trägers so festzulegen, dass dadurch der laufende Aufwand gedeckt wird (§ 31 GSVG).

Von Interesse könnte das für jene Selbstständige sein, die als „Einpersonenunternehmen“ tätig sind. Das sind zunehmend mehr, selbst wenn man die Zahl der Scheinselbstständigen abziehen könnte.

Nach den verfügbaren Statistiken wird aber von der Zusatzversicherung nur relativ wenig Gebrauch gemacht. 2006 gab es ca. 303 000 Pflichtversicherte, die selbstständig erwerbstätig waren. Freiwillig versichert waren nur 1 388. Wahrscheinlich deshalb hat die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) im Jahr 2007

durch entsprechende Regeln in der Satzung die Zusatzversicherung attraktiver gestaltet. Der Beitragssatz wurde von 4,25 Prozent auf 2,5 Prozent gesenkt. Je nach Höhe des beitragspflichtigen Einkommens sind daher monatlich zwischen ca. 13 und 114 EUR zu zahlen. Das Krankengeld pro Tag liegt ebenfalls ungefähr innerhalb dieser Bandbreite.

4.2. Kostenerstattung statt Sachleistung

Die private Krankenversicherung verfährt nach dem Prinzip der Kostenerstattung. Das österreichische Recht sieht für die gesetzliche Krankenversicherung den Grundsatz der Sachleistung vor. Die Versicherten haben also keine Wahl zwischen den Leistungsarten. Das gilt jedenfalls, solange die Sachleistungsvorsorge durch Verträge mit der Ärztekammer sichergestellt ist und die Versicherten einen Vertragsarzt in Anspruch nehmen. Wenn die Versicherten nicht einen Vertragsarzt des Krankenversicherungsträgers aufsuchen, haben sie Anspruch auf Kostenerstattung. Sie erfolgt aber nicht zu „Marktpreisen“, sondern gebührt nur zu 80 Prozent jener Tarife, die für die Behandlung bei einem Vertragsarzt gelten (§ 131 ASVG). Diese Wahlmöglichkeit des Versicherten hat freilich mehr mit den Interessen der Ärzteschaft und weniger mit Elementen der privaten Krankenversicherung zu tun.

Anders verhält es sich mit den Optionsmöglichkeiten der Selbstständigen, wie sie das GSVG vorsieht¹⁴. Der praktisch wohl wichtigste Punkt ist, dass alle Sachleistungsberechtigten Kostenerstattung wählen können. Dabei bestehen zwei Möglichkeiten: Der Versicherte kann sich entweder nur für Kostenerstattung im Falle eines Krankenhausaufenthalts in der Sonderklasse entscheiden oder darüber hinaus auch die Kostenerstattung bei ambulanter Behandlung wählen. Solche Versicherte kommen als „Privatpatienten“ zum Arzt¹⁵.

Wer von seinem Wahlrecht auf Kostenerstattung Gebrauch macht, muss einen Zusatzbeitrag entrichten. Die Höhe bestimmt der Träger in seiner Satzung. Im Jahr 2007 waren für die Wahl der Sonderklasse im Monat 65,56 EUR und für die volle Geldleistungsvariante 81,90 EUR zu entrichten. Das Ausmaß der Kostenerstattung richtet sich nach Vergütungstarifen der Satzung, maximal dürfen aber – nach dem Gesetz – 80 Prozent der tatsächlich entstandenen Kosten ersetzt werden.

4.3. Selbstbehalte (Kostenbeteiligungen)

Selbstbehalte oder Kostenbeteiligungen der Versicherten gibt es in der gesetzlichen Krankenversicherung in großer Zahl. Sie sind überwiegend gesetzlich geregelt. Das gilt z.B. für die Rezeptgebühr, die für alle Versicherten gleich hoch ist¹⁶, und für Heilmittel und Heilbehelfe. Für Arztbesuche haben die Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die nach dem BKUVG versichert sind, darüber hinaus einen Selbstbehalt von 20 Prozent zu tragen. Gleiches gilt für die Selbstständigen. Diese Selbstbehalte bzw. Kostenbeteiligungen sind offenkundig keine Elemente der privaten Krankenversicherung. Es handelt sich nicht darum, dass die Versicherten im Gegenzug geringere Beiträge zu zahlen hätten. Selbstbehalte und Kostenbeteiligungen sind in erster Linie Finanzierungsmaßnahmen für die gesetzliche Krankenversicherung. Ob sie auch Steuerungseffekte haben, ist mehr als zweifelhaft¹⁷.

Der Gesetzgeber war offenkundig anderer Meinung. Seit 2002 gibt es nämlich bei den Selbstständigen die Möglichkeit, die Höhe der Kostenbeteiligung im Wege der Satzung zu variieren, und zwar bis zum Ausmaß von 30 Prozent (§ 86 GSVG i. d. F. BGBl I 272002) zu erhöhen. Bei der Festsetzung der Höhe ist auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des Versicherungsträgers, Art und Frequenz der Leistungsbringung, gesundheitspolitische Zielvorgaben und auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Versicherten Bedacht zu nehmen. Begründet wurde die Neuregelung mit privatwirtschaftlichen Leistungsanreizen und Steuerungs-elementen. Sie soll dazu beitragen, dass das Leistungsangebot der gesetzlichen Krankenversicherung für die Versicherten attraktive Leistungspakete bereitstellt. Der Versicherungsträger soll daher auch die Möglichkeit haben, den Kostenanteil individuell niedrig festzusetzen, wenn der Versicherte an Vorbeugemaßen teilnimmt (z. B. Gesundenuntersuchung, Rauchentwöhnungsprogramme)¹⁸. Die hochgesteckten Erwartungen des Gesetzgebers sind aber nicht in Erfüllung gegangen. Bislang enthält die Satzung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA) nur die pauschale Kostenbeteiligung von 20 Prozent. Kenntnisreiche Praktiker erklären das plausibel damit, dass der Verwaltungsaufwand höher sei als der erwartbare Nutzen.

4.4. Beitragspflichtige Mitversicherung

Auch das österreichische Sozialversicherungsrecht kennt seit langem die beitragsfreie Mitversicherung von Angehörigen. Das ist im Wesentlichen ein Ausgleich von Familienlasten innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung. Mit Merkmalen einer privaten Versicherung hat sie offenkundig gar nichts zu tun. Der österreichische Gesetzgeber hat 2002 allerdings einen Schritt in Richtung Elemente der privaten Versicherung gesetzt¹⁹. Als Grundregel ist vorgesehen, dass für Angehörige ein Zusatzbeitrag von 3,4 Prozent der Beitragsgrundlage zu leisten ist. Er entfällt zur Gänze auf den Versicherten (§ 51 d Abs. 1 ASVG). Bei besonderer Schutzbedürftigkeit, d. h. bei geringem Einkommen, ist der Beitrag herabzusetzen oder zu verringern.

Vom Zusatzbeitrag gibt es aber so viele Ausnahmen, dass diese in Wahrheit die Regel bilden. In der Hauptsache läuft es darauf hinaus, dass der Zusatzbeitrag nur für Ehegatten und Lebensgefährten zu entrichten ist, die keine im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder erziehen oder nicht mindestens vier Jahre hindurch Kinder erzogen haben²⁰.

Es handelt sich bei der beitragspflichtigen Mitversicherung somit um eine Mischung von Elementen der Privatversicherung und der Familienpolitik.

5. Zusammenfassung

Gegenwärtig sind in der gesetzlichen Krankenversicherung nur wenige Elemente der privaten Versicherung anzutreffen. Der Grund liegt darin, dass der Schutz durch die gesetzliche Krankenversicherung dem Ziel folgt, möglichst alle Einwohner vor den finanziellen Folgen einer Krankheit zu schützen. Der Schutz soll außerdem möglichst gleichmäßig und von den Einkommensverhältnissen unabhängig sein. Mit den Mitteln des Privatrechts lässt sich das nicht erreichen. Das schließt aber nicht aus, den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung und den Versicherten mehr Dispositionsmöglichkeiten einzuräumen, insbesondere, um kostengünstigere Behandlungsmöglichkeiten

zu erproben. Welche Formen das sein könnten, ist eine Frage, die in erster Linie die Politik mit Hilfe von Gesundheitsökonomen zu beantworten hat. Solange das System der Pflichtversicherung und des sozialen Ausgleichs nicht verlassen wird, sind vom juristischen Standpunkt keine grundsätzlichen Bedenken zu erkennen. Das dürfte für das nationale Verfassungsrecht ebenso gelten wie für das Europarecht. Der EuGH hat bekanntlich die deutschen AOKs nicht als wirtschaftliche Unternehmen angesehen, obwohl sie bereits untereinander im Wettbewerb standen, also über die Beitragshöhe selbst entscheiden durften und die Versicherten ihre Kasse wählen konnten. Das Gericht hob hervor, dass sie gesetzlich verpflichtet sind, ihren Mitgliedern im Wesentlichen gleiche Pflichtleistungen anzubieten, die unabhängig von der Beitragshöhe sind. Der Spielraum der Krankenkassen für den Wettbewerb um Mitglieder zwingt zu keiner anderen Beurteilung. Er diene nur dem Zweck, die Krankenkassen zur effizienten und kostengünstigen Tätigkeit zu veranlassen²¹.

Endlos kann aber der Spielraum wohl nicht erweitert werden. Wo die Grenzen liegen, weiss vielleicht der EuGH. Im nationalen Verfassungsrecht verhält es sich ähnlich. Es geht einmal um die Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Er ist für das „Sozialversicherungswesen“ zuständig. Welche Grundsätze die Sozialversicherung verfassungsrechtlich determinieren, ist weitgehend unklar bzw. umstritten²².

Soziale Grundrechte kennt das österreichische Verfassungsrecht ebenso wenig wie eine Sozialstaatsklausel. Der künftigen Einführung von Elementen der privaten Versicherung, etwa in Form von Bonuszahlungen bei Nichtinanspruchnahme von Leistungen oder in Gestalt von Selbstbehalten gegen geringere Beiträge, dürften daher kaum rechtliche Hindernisse aus der Verfassung entgegenstehen. Ob sie rechtspolitisch sinnvoll sind, insbesondere zur Kostendämpfung beitragen, muss sich freilich erst erweisen.

- ¹ Zur österreichischen Entwicklung vgl. Schauer, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht, 3. Auflage (1995) 11 ff. m. w. N.
- ² § 178 Abs. 2 öVVG
- ³ Zu einem wichtigen Teilbereich Fenyes, Das Transparenzgebot aus der Sicht des Versicherungsvertragsrechts, Versicherungsrundschau 2007, 36 ff.
- ⁴ Schauer, Österreichisches Versicherungsvertragsrecht³ 481. § 178 d öVVG
- ⁵ Vgl. Pröls/Martin, Versicherungsvertragsrecht²⁷ Rn. 1, 4 zu § 178 f öVVG.
- ⁶ § 178 f. ÖVVG. Dazu zählen etwa Änderungen eines im Vertrag genannten Index; Änderungen der durchschnittlichen Lebenserwartung; Entgelterhöhungen bei den Leistungserbringen.
- ⁷ Verfassungsrechtlich geht es z. B. um die Kompetenzverteilung bei der Gesetzgebung, sowie darum, ob in der Sozialversicherung zwischen guten und schlechten Risiken überhaupt unterschieden werden darf und die Beitragsbemessung nach der Leistungsfähigkeit verfassungsrechtlich geboten ist. Dazu zuletzt Pöschl, Höchstbeitragsgrundlage und Mehrfachversicherung als Instrumente der Umverteilung und als verfassungsrechtliches Problem, in: Kneihs/Lienbacher/Runggaldier, Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht (2005) 109 ff.
- ⁸ Eine Aufzählung findet sich in § 2 BKUVG.
- ⁹ 32. Novelle zum ASVG. BGBl 704/1976
- ¹⁰ § 77 Abs. 2 a ASVG. Dort ist vorgesehen, dass 27,3 Prozent dieses Betrages auf die Krankenversicherung entfallen.
- ¹¹ § 123 Abs. 4 ASVG
- ¹² § 76 Abs. 1 ASVG: 46,52 EUR pro Monat. Davon trägt aber der Bund die Hälfte.
- ¹³ Näheres z. B. bei Mosler, Wettbewerb in der GKV – Verhältnis zur PKV, in: Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg.), Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung (2006) 52; Frank, Opting-in, Opting-out: Die Eigenvorsorge der freien Berufe auf dem Prüfstand, in: Kneihs/Lienbacher/Runggaldier (Fn. 7), 106 ff.
- ¹⁴ § 85 a GSVG. 27. Novelle. BGBl I 141/2002
- ¹⁵ Es gibt auch noch eine dritte gegenteilige Variante. Sie hängt damit zusammen, dass es bei den Selbstständigen schon seit langem eine Sachleistungsgrenze gibt. Wer mit seinem Einkommen bei oder über der Höchstbeitragsgrundlage liegt, hat nur Anspruch auf Geldleistung. Seit 2003 können diese Versicherten auch für die Sachleistung optieren.
- ¹⁶ 2008: 4,80 EUR für jedes verordnete Heilmittel. § 136 Abs. 3 ASVG
- ¹⁷ Vgl. z. B. Meggeneder, Selbstbehalte und ihre Wirkung, in: Pichler/Grillberger (Hrsg.), Selbstbehalte in der gesetzlichen Krankenversicherung aus ökonomischer und rechtlicher Sicht (2005) 117 ff. m. w. N.
- ¹⁸ Vgl. Teschner/Widlar, GSVG, Anm. 4 a zu § 86.
- ¹⁹ § 51 d ADVG i. d. F. BGBl I 2002/1. Gleiche Regeln finden sich in den Sondergesetzen für Beamte, Selbstständige, Bauern.
- ²⁰ § 51 d Abs. 3 ASVG. Dort gibt es noch Ausnahmen für den Fall, dass der Ehegatte sich der Pflege des Versicherten widmet oder der mitversicherte Ehegatte (Lebenspartner) selbst pflegebedürftig ist und Anspruch auf Pflegegeld zumindest nach Stufe 4 hat.
- ²¹ EuGH 16. 3. 2004 Rs. C-264/01 AOK Bundesverband, RandNr. 52, 56
- ²² Dazu Wiederin, Sozialversicherung als Instrument der Umverteilung und der Gesundheitsökonomie, in: Kneihs/Lienbacher/Runggaldier (Fn. 7), 79 ff. sowie Pöschl, Höchstbeitragsgrundlage mit Mehrfachversicherung, ebendort 106 ff.

Das Kartellrecht in der Krankenversicherung

Länderbericht Österreich

OR Stefan Keznickl, Bundeswettbewerbsbehörde, Wien

I. Allgemeines

Das neue (österreichische) Kartellgesetz 2005 (KartG), welches am 1. 1. 2006 in Kraft getreten ist, hat wie in vielen anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine Anpassung der Kartellrechtsvorschriften – vor allem über wettbewerbsbeschränkende Absprachen (Kartelle) und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung – an das europäische Wettbewerbsrecht gebracht. So ist durch die Reform 2005¹ das Kartellverbot samt Nichtigkeitsfolge und Ausnahmetatbeständen (§§ 1 f. KartG) dem Artikel 81 EG – sogar im Wortlaut – angepasst worden. § 1 Abs. 1 KartG lautet: „Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).“ Die bis dahin im (alten) KartG 1988 enthaltene Differenzierung in viele verschiedene Kartelltypen wurde beseitigt². Eine wesentliche (materiellrechtliche) Besonderheit gegenüber Artikel 81 EG ist die Gleichstellung von Empfehlungskartellen (das sind einseitige Erklärungen) in § 1 Abs. 4 KartG mit Kartellen nach § 1 Abs. 1 KartG. Ebenfalls wurde aus dem EG-Recht (VO 1/2003³) das Prinzip der „Legalausnahme“ übernommen, nach dem wettbewerbsbeschränkende Absprachen nicht mehr (bei der Kartellbehörde) angemeldet bzw. von dieser freigestellt werden können – sie sind ex lege ausgenommen. Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§§ 4 ff. KartG) war schon seit der Kartellgesetznovelle 2002 an Artikel 82 EG angeglichen worden. Es gelten auch hier einige strengere Besonderheiten wie zum Beispiel das Verbot des Verkaufes unter dem Einstandspreis als Missbrauchstatbestand oder Sonderregelungen für Medienunternehmen⁴. Außerdem gibt es für die Marktbeherrschung gesetzliche (widerlegbare) Vermutungstatbestände, auf die in Kapitel III noch eingegangen wird. Zudem sind nach dem KartG – zusätzlich zu den §§ 1 und 5 – die Artikel 81 und 82 EG unmittelbar und direkt anwendbar, die – im Zweifel – Anwendungsvorrang vor dem nationalen Kartellrecht haben (Artikel 3 VO 1/2003).

Die Fusionskontrolle wurde in Österreich 1993 eingeführt und stellt – im Unterschied zur EG-Fusionskontrollverordnung – auf den Marktbeherrschungstest ab⁵.

Im institutionellen Bereich wurde schon durch die Kartellgesetz-Novelle 2002 revolutionäres geändert. Dem schon damals existierenden Kartellgericht (als Entscheidungsbehörde 1. Instanz) bzw. dem Kartellobergericht (2. Instanz) wurden zwei Amtsparteien „zur Seite“ gestellt: die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) als unabhängige und weisungsfreie Aufgriffs-, Ermittlungs- und Antragsbehörde sowie den (dem Bundesministerium für Justiz) weisungsgebundenen Bundeskartellanwalt (BKAnw). Im Gegensatz zur Situation in Deutschland (und den meisten anderen Mitgliedstaaten), wo eine einzige Behörde ermittelt und entscheidet, sind in Österreich diese Befugnisse auf die Amtsparteien BWB und BKAnw (als Antragsbehörden⁶) einerseits und auf

die Entscheidungsbehörde Kartellgericht andererseits aufgeteilt. Die beiden Amtsparteien arbeiten eng zusammen. In der Praxis werden mehr als 90 Prozent aller Verfahren von der Amtspartei BWB in Abstimmung mit dem BKANw erledigt (bspw. alle Zusammenschlussverfahren, die in Phase 1 freigegeben werden). Neben den Amtsparteien sind außerdem antragsberechtigt: Behörden, die durch besondere Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtet sind („Regulatoren“), die Sozialpartner, sowie alle Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung haben. Zur Veranschaulichung der Institutionen vgl. Abb. 1.

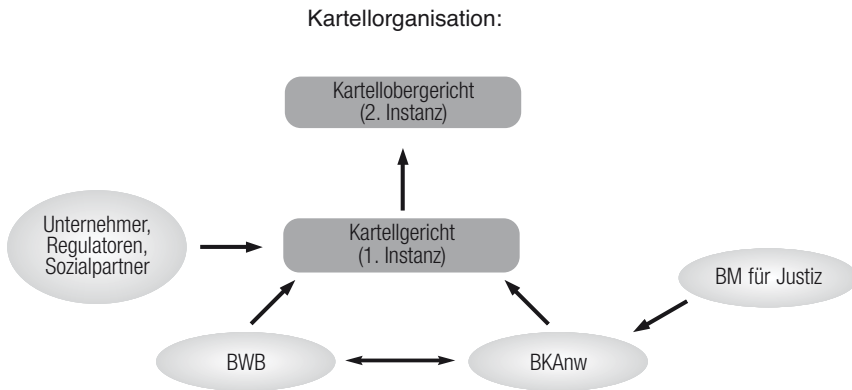


Abb. 1: Behördenorganisation im österreichischen Kartellrechtsvollzug

Als zentrale Institution im österreichischen Kartellrechtsvollzug hat die BWB „funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen und Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Sinne des KartG 2005 ... in Einzelfällen entgegenzutreten“ (§ 1 Abs. 1 Wettbewerbsgesetz)⁷.

II. Gesetzliche Krankenversicherung (GKV)

Unter Sozialleistungen „versteht man staatlich organisierte oder überwachte Hilfe, die für bestimmte Lebenslagen gewährt wird, die aus sozialen Überlegungen heraus als besonders schützenswert angesehen werden“⁸. Sozialleistungen wie die GKV sind also vom Solidarprinzip getragen, das im Gegensatz zur privaten Krankenversicherung

- a. den Äquivalenzgrundsatz durchbricht (also keine Äquivalenz zwischen Risiko und Höhe der Beiträge bzw. Leistungen sind von der Höhe der Beiträge unabhängig),
- b. nach der Umlagefinanzierung funktioniert (d.h., es werden innerhalb einer Periode alle anfallenden Ausgaben vollständig auf die Einnahmen umgelegt; im Gegensatz dazu bilden Kapitaldeckungsverfahren Rückstellungen) und
- c. vom Versicherungszwang geprägt ist.

Die (österreichische) Sozialversicherung (bzw. die GKV) trägt diesem Prinzip Rechnung⁹:

- Anknüpfung an eine bestimmte Erwerbstätigkeit des Versicherten
- Prinzip der Risikogemeinschaft für nahezu alle Berufe (verschiedene Berufsgruppen werden je zu einer Gemeinschaft zusammengefasst)
- Die Beitragspflicht knüpft an das Erwerbseinkommen des Versicherten an (beispielsweise beträgt der Beitrag für Angestellte insgesamt 7,65 Prozent, wovon 3,82 Prozent der Dienstnehmer und 3,83 Prozent der Dienstgeber zu leisten hat)
- Sie ist eine gesetzliche Pflichtversicherung (mit Meldepflicht)
- Öffentlich-rechtlicher Leistungsanspruch des Versicherten

Die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung werden in Österreich von eigenen Behörden – von „Sozialversicherungsträgern (SV-Träger)“ – erbracht, die juristische Personen des öffentlichen Rechts und als Selbstverwaltungskörper organisiert sind. Über allen Sozialversicherungsträgern steht der „Hauptverband (HV) der österreichischen Sozialversicherungsträger“, der ebenfalls eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist und dem alle SV-Träger ex lege angehören. Seine Hauptaufgaben bestehen in der Vertretung der SV-Träger nach außen, in Koordinierungsaufgaben, in der Erlassung von Richtlinien und Mustersatzungen sowie im Abschluss von Gesamtverträgen (z.B. mit Ärzten und anderen Leistungsbringern)¹⁰.

Das KartG enthält eine Reihe von Bereichsausnahmen und ist „auf staatliche Monopolunternehmen, soweit sie in Ausübung der ihnen gesetzlich übertragenen Monopolfunktion tätig werden“, nicht anzuwenden (§ 24 Abs. 3 Z. 2). Unter den kartellgesetzlichen Bereichsausnahmen sind SV-Träger bzw. ihre Tätigkeiten ausdrücklich nicht angeführt. Fraglich ist, ob SV-Träger überhaupt „Unternehmen“ (ob Monopol oder nicht) sind.

Nach dem KartG und nach EG-Kartellrecht sind Normadressaten der Vorschriften „Unternehmen“. Die Kapitelüberschrift im betreffenden Abschnitt des EG-Vertrages richtet sich ausdrücklich an Unternehmen („Vorschriften für Unternehmen“ im Gegensatz vom nachfolgenden Abschnitt, der sich an „Mitgliedstaaten“ wendet). Die österreichische Rechtsprechung hat gemäß den vom EuGH entwickelten Kriterien einen funktionalen Unternehmensbegriff entwickelt und legt diesen weit aus¹¹. Darunter wird eine organisierte Erwerbsgelegenheit¹² verstanden. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich, und auch die Rechtsform ist unerheblich. Es sind also auch staatliche Einrichtungen sowie im Staatseigentum stehende Unternehmen erfasst. Beispielsweise fallen staatliche Telekommunikationsbehörden¹³ darunter. Die (österreichische) Bundeswettbewerbsbehörde hat z.B. auch öffentliche Bestattungsunternehmen „unter Beobachtung“ gestellt bzw. eine Öffnung dieses Marktes im Verhältnis zu privaten Bestattern erreicht¹⁴. Ebenso war der Zusammenschluss der (staatlichen) Post- und Bahnbusunternehmen Gegenstand eines vor dem Kartellgericht anhängigen Fusionskontrollverfahrens¹⁵.

Hingegen ist die Vorschreibung einer Gebühr durch die Austro Control (Luftüberwachungsbehörde) eine Tätigkeit im Rahmen der Hoheitsverwaltung und der Kontrolle durch das Kartellgericht entzogen¹⁶.

Nach einer Reihe von Entscheidungen hat sich die österreichische Kartellrechtsjudikatur letztlich gegen eine Anwendung des KartG auf SV-Träger ausgesprochen. Anfangs war das Kartellobergericht (KOG) jedoch anderer Meinung.

Anlässlich der Kündigung eines Kassenvertrages durch eine Gebietskrankenkasse/GKK hat sich ein Ambulatorium vor dem Kartellgericht beschwert, weil die GKK seine marktbeherrschende Stellung missbrauche. Das KOG verneinte zwar das Vorliegen eines Missbrauches (die Kündigung des Ambulatoriums war wegen wiederholter Missstände sachlich gerechtfertigt), bejahte jedoch ausdrücklich die Passivlegitimation der GKK, weil sie ein Unternehmen im Sinne des KartG ist. SV-Träger sind von der Anwendung des KartG nicht grundsätzlich befreit. Im Verhältnis zu den ärztlichen und nichtärztlichen Anbietern von Leistungen handeln KV-Träger privatwirtschaftlich. Krankenkassen sind bei ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit als Nachfrager von ärztlichen Leistungen, Heilmitteln und Heilbehelfen daher Unternehmer¹⁷.

In einem anderen Verfahren gegen den Hauptverband (HV) der österreichischen SV-Träger hat das Kartellobergericht¹⁸ die Anwendung des KartG ausgeschlossen. Dabei ging es um die Aufnahme von Medikamenten in das Heilmittelverzeichnis. Der Hersteller eines Heilmittels wurde vom HV veranlasst den Preis zu senken, sonst würde die Aufnahme ins Heilmittelverzeichnis verweigert werden. Das Pharmaunternehmen sah darin den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verwirklicht. Das KOG verneinte dies, weil das Heilmittelverzeichnis eine Verordnung im Sinne des Art. 139 B-VG ist und die Aufnahme in dieses Verzeichnis ein (hoheitliches) Verfahren nach dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG). Das Kartellobergericht hat daher – ohne Widerspruch zu 16 Ok 12/03 – die Zulässigkeit des Rechtsweges ausgeschlossen.

Mit diesen beiden Entscheidungen war die Grenzlinie zwischen privatwirtschaftlichem Handeln und hoheitlicher Tätigkeit von gesetzlichen Krankenversicherungen gezogen. Die „Wende“ kam – vermutlich in Anlehnung an die Judikatur des EuGH in der Sache AOK-Bundesverband¹⁹. Die Antragstellerin, Rechtsträgerin eines Ambulatoriums für physikalische Medizin, hatte als Leistungserbringerin mit der zuständigen GKK einen Vertrag über die physiotherapeutische Behandlung von Versicherten auf Rechnung des Versicherungsträgers. Die Antragsgegnerin (GKK) teilte der Antragstellerin (Ambulatorium) vertragskonform mit, dass für den Folgevertrag eine Neuregelung der Tarife beschlossen wurde, die die Anzahl der Leistungen pro Periode auf maximal 115 000 festlegt und den durchschnittlichen Behandlungswert mit maximal 5,72 EUR deckelt. Die beabsichtigte Deckelung stand mit der einnahmenorientierten Ausgabenpolitik des Hauptverbandes der österreichischen SV-Träger in engem Zusammenhang (Zielvereinbarung mittels eines Zielsteuerungssystems), die wiederum mit der präkeren Finanzlage des österreichischen SV-Systems zu tun hatte. Die Antragstellerin weigerte sich, die Vereinbarung abzuschließen, und wurde daraufhin gekündigt, wogegen sie beim Kartellgericht einen Antrag (auf Abstellung des Missbrauches der marktbeherrschenden Stellung der GKK) stellte. Unter ausdrücklicher

Berufung auf die EuGH-Judikatur in der Sache AOK-Bundesverband überprüfte das Kartellobergericht seine bisherige Judikatur, in der es die Unternehmereigenschaft der SV-Träger – zumindest teilweise – bejahte und kam dann zu folgendem Ergebnis: „Zusammengefasst lässt sich daher feststellen, dass die Gebietskrankenkassen, wenn sie zur Sicherstellung des gesetzlich vorgegebenen Sachleistungssystems mit den Leistungserbringern privatrechtliche Verträge abschließen (und auflösen), eine Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht entfalten, mit der sie zur Verwaltung des gesetzlichen Krankenversicherungssystems nach dem ASVG betraut sind und die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht, der durch die beschriebene Gestaltung der Finanzierung (risikounabhängige Beitragsmessung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit) und die im Wesentlichen gesetzliche Bestimmung des Leistungsumfanges verwirklicht wird. Sie kommen damit einer gesetzlichen Pflicht nach, die vollständig zur Tätigkeit der Krankenkassen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung gehört. Insoweit verfolgen sie nach den Kriterien des EuGH einen rein sozialen Zweck und üben keine wirtschaftliche Tätigkeit aus.“ Und weiter führt das KOG aus: „Da auch dem Kartellgesetz ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde liegt, ist kein Grund ersichtlich, bei sonst gleichem Begriffsverständnis die vom EuGH zur Einstufung der Tätigkeit von Krankenkassen im Rahmen der Anwendung der Art. 81, 82 EG entwickelten Abgrenzungskriterien nach der klärenden Entscheidung des Gerichtshofes zu negieren.“²⁰

III. Private Krankenversicherung (PKV)

Die PKV ist in Österreich beliebt (2005 war 1 Million Österreicher privat krankenversichert), aber tendenziell werden sinkende Zahlen gemeldet. Das Leistungsvolumen beträgt 971 Mio. EUR, das Prämienvolumen 1,34 Mrd. EUR (beides bezogen auf das Jahr 2004²¹). Die PKV ist eine private und freiwillige Zusatzversicherung als Ergänzung zur GKV. Sie besteht in der Form des Ersatzes der Krankenhauszusatzkosten (Hotelkomponente, freie Arztwahl u. Ä.) oder in Form einer Taggeldversicherung. Es besteht kein Annahmewang für den Versicherungsgeber.

Grundsätzlich gibt es keine kartellgesetzliche Ausnahmen oder Sondervorschriften für die PKV. Zahlreiche Zusammenschlüsse in Österreich, die private (Kranken-)Versicherungen betrafen, unterlagen der österreichischen (bzw. der europäischen) Fusionskontrolle. Wie für das gesamte österreichische Kartellrecht, so gilt auch für die Fusionskontrolle (§§ 9 ff. KartG) das Wirkungsprinzip des § 24 Abs. 2 KartG, wonach das Kartellrecht nur anzuwenden ist, „soweit sich ein Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirkt, unabhängig davon, ob er im Inland oder im Ausland verwirklicht worden ist“.

Gleiches gilt für das Kartellverbot und für das Missbrauchsverbot. Wobei bei Letzterem vor allem eine Besonderheit zu beachten ist. Es bestehen in Österreich neben der allgemeinen Definition der Marktbeherrschung gesetzliche (und widerlegbare) Vermutungstatbestände für die Marktbeherrschung (§ 4 Abs. 2 Z 1 bis 3 KartG), die auch von privaten Krankenversicherern zu beachten sind. Zunächst nimmt das KartG bei einem Marktanteil von mindestens 30 Prozent eine Marktbeherrschung für das Unternehmen an. Auch wer bloß einen Marktanteil von mehr als 5 Prozent hat und dem Wettbewerb von höchstens zwei Unternehmen ausgesetzt ist, gilt als marktbe-

herrschend. Weiters (3. Vermutungstatbestand) wird vermutet, wenn die vier größten Unternehmen (C 4) auf einem Markt insgesamt mindestens 80 Prozent Marktanteil haben, dass jeder, der mindestens 5 Prozent Marktanteil hat, marktbeherrschend ist. Diese Vermutungstatbestände sind widerlegbar; jedoch muss derjenige, der über den Tatbestandsgrenzen liegt, beweisen, dass er nicht marktbeherrschend ist (Umkehr der Beweislast). Die Vermutungstatbestände gelten auch bei Anwendung des Art. 82 EG, weil VO 1/2003 bei einseitigen Maßnahmen strengeres nationales Recht zulässt.

An einem Beispiel erläutert bedeutet dies, dass z.B. in Österreich auf dem Markt für private Krankenzusatzversicherung Uniq (ca. 50 Prozent Marktanteil), Wiener Städtische (21 Prozent Marktanteil), Merkur (14 Prozent Marktanteil) und Generali (13 Prozent Marktanteil)²² insgesamt über 80 Prozent, nämlich 98 Prozent, Marktanteil haben und von jedem vermutet wird, dass er marktbeherrschend ist, weil jeder mindestens 5 Prozent Marktanteil hat²³.

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (nach dem KartG) kann auch ein Verstoß gegen § 1 (österreichisches) UWG (Verstoß gegen die guten Sitten) sein. Der OGH hat in einem UWG-Verfahren²⁴ festgestellt, dass zwischen einem Versicherer und einem Versicherungsmakler ein Wettbewerbsverhältnis besteht: „Ist ein Versicherer als ein marktbeherrschendes Unternehmen in diesem Geschäftszweig anzusehen, weil er im Verhältnis zu seinem Geschäftspartnern (wie Versicherungsnehmer oder Versicherungsmakler) eine überragende Marktstellung einnimmt und diese zur Vermeidung schwerwiegender wirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sein können, dann kann die generelle Abschlußverweigerung auch unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer solchen marktbeherrschenden Stellung sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG sein, wenn der Versicherer etwa ohne ausreichende sachliche Gründe jegliche ‚Zusammenarbeit‘ (und nicht etwa nur konkrete Vertragsabschlüsse) mit einem Versicherungsmakler ablehnt.“

IV. Bieterabsprachen

In Österreich gibt es seit der Kartellgesetznovelle 2002 auf Anregung des Rechnungshofes mit § 168b StGB einen Straftatbestand für Submissionsabsprachen (Bieterabsprachen), der unabhängig zum KartG (welches ja nur gegen Unternehmen Anwendung findet) gilt und für die Auftragsvergabe eines SV-Trägers Anwendung findet: „Wer bei einem Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag stellt, ein Angebot legt oder Verhandlungen führt, die auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen, die darauf abzielt, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren zu bestrafen.“

§ 168b StGB findet allgemein auf Vergabeverfahren Anwendung, unabhängig von der Art des Verfahrens (offenes Verfahren usw.)²⁵. Wie allgemein im Strafrecht ist auch hier der Versuch strafbar; Abs. 2 der Bestimmung sieht tätige Reue vor, die ein Strafaufhebungsgrund ist.

- ¹ Näheres zur Reform Reidlinger/Hartung, Das neue österreichische Kartellrecht, Ein Handbuch für Praktiker (2006), 20
- ² Petsche, in: Petsche/Urlesberger/Vartian, (Hrsg.), KartG 2005 (2007) § 1, 3
- ³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl 2003 L 1 S 1-25
- ⁴ Näheres vgl. Vartian, in: Petsche/Urlesberger/Vartian, (Hrsg.), KartG 2005 (2007), § 5, 4.
- ⁵ Näheres vgl. Reidlinger/Hartung, Das neue österreichische Kartellrecht, Ein Handbuch für Praktiker (2006), 145.
- ⁶ Der Bundeskartellanwalt hat keine Ermittlungsbefugnisse, er ist nur antragslegitimiert.
- ⁷ Näheres zu den Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde vgl. Matousek, in: Petsche/Urlesberger/Vartian, (Hrsg.), KartG 2005 (2007), WettbG § 2, 1
- ⁸ Resch, Sozialrecht3 (2005), 2
- ⁹ Resch, Sozialrecht3 (2005), 9 ff.
- ¹⁰ Näheres vgl. Resch, Sozialrecht (2005), 38 ff.
- ¹¹ KOG 14. 6. 2004, 16 Ok 5/04
- ¹² Reidlinger/Hartung, Das neue österreichische Kartellrecht, Ein Handbuch für Praktiker (2006), 34 und Gippini-Fournier, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 1, S. 52 ff.
- ¹³ Gippini-Fournier, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 1, S. 54
- ¹⁴ Vgl. die Meldung der BWB vom 19. 9. 2006: www.bwb.gv.at
- ¹⁵ KOG 10. 3. 2003, 16 Ok 20/02
- ¹⁶ KOG 20. 12. 1999, 16 Ok 9/99
- ¹⁷ KOG 15. 12. 2003, 16 Ok 12/03
- ¹⁸ KOG 17. 11. 2003, 16 Ok 3/03
- ¹⁹ EuGH v. 16. 3. 2004, Rs. C-264/01, C-306/01, Rs. C-354/01 und C-355/01, Slg. 2004, I-2493
- ²⁰ KOG 14. 6. 2004, 16 Ok 5/04
- ²¹ Alle Zahlen stammen vom Versicherungsverband Österreichs; Näheres vgl. www.vvo.at.
- ²² Die Zahlen sind der Homepage des österreichischen Versicherungsverbandes entnommen: www.vvo.at
- ²³ Vgl. C. Duller, Die österreichische Krankenversicherung – Ein Monopol?, Austrian Journal of Statistics Vol. 34 (2005), Number 4, 345-359.
- ²⁴ OGH 5. 5. 1999, 4 Ob 44/99 v
- ²⁵ Fabrizy, StGB9 § 168 b, 3

Das Kartellrecht in der Krankenversicherung

Länderbericht Deutschland

Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg

I. Einleitung

Die Geschichte des Kartellrechts in der deutschen Krankenversicherung ist wechselhaft. Im Wesentlichen kann man drei Phasen unterscheiden:

Die erste Phase ist durch eine eher pragmatische Rechtsprechung der Zivilgerichte geprägt. Die Krankenkassen seien zwar Körperschaften des öffentlichen Rechts nach § 29 SGB IV. Wenn sie aber, etwa in Gestalt von Verträgen mit Leistungserbringern, am allgemeinen Geschäftsverkehr teilnahmen, legten sie eine wirtschaftliche Betätigung an den Tag und seien daher an das Kartellrecht gebunden¹. Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurden nur anerkannt, wenn „die öffentlich-rechtliche Fürsorgeaufgabe des Sozialversicherungsträgers ohne den Abschluss eines wettbewerbsbeschränkenden privatrechtlichen Vertrages nicht erfüllt werden könnte“².

In einer zweiten Phase, ab 2000, setzte sich eine eher formalistische Sichtweise durch, die sich wieder vermehrt an öffentlich-rechtlichen Rechtsformen und sozialen Zielen orientierte. Der deutsche Gesetzgeber entzog der Rechtsprechung der Phase I mit § 69 S. 1 SGB V den Boden, indem er die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringer allein dem öffentlichen Recht zuordnete, das Wettbewerbs- und Kartellrecht ausschloss und, um auch ganz sicher zu gehen, den Zivilgerichten die Zuständigkeit für die Beurteilung des Leistungserbringungsverhältnisses entzog (§§ 51 Abs. 2 S. 2 SGG, 87 Abs. 1 S. 3, 96 S. 2 GWB). Zu einem wichtigen Kollisionsfall dieser Phase entwickelte sich, durchaus überraschend³, der EuGH, der die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen bei der Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel nach § 35 SGB V unter Hinweis auf die damit verfolgten sozialen Zwecke verneint hat⁴.

Mit der zum 1. 4. 2007 in Kraft getretenen Gesundheitsreform wird aber nun eine dritte Phase in der Geschichte des Verhältnisses zwischen Gesundheits- und Kartellrecht eingeleitet, die einen allmählichen Abschied von dieser formalistischen Betrachtungsweise einläuten könnte. Dafür verantwortlich sind

- (1) die Stärkung des Wettbewerbs zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern durch Einzelverträge, die die Krankenkassen in die Lage versetzen, Leistungen gezielt einzukaufen (dazu II.), und
- (2) die zunehmende Annäherung von gesetzlicher und privater Krankenversicherung (III.).

II. Die Krankenkassen als Einkäufer

Deutschland hat, meint jedenfalls die Bundesregierung, „ein modernes und leistungsfähiges Gesundheitswesen“. Es setze seine Mittel aber nicht überall effizient ein, „sodass es teilweise zu Über- und Unterversorgung kommt, die Qualität der Versorgung erheblich variiert und Ressourcen nicht nur an den Schnittstellen nicht optimal eingesetzt werden“⁵. Das nicht ausgeschöpfte Rationalisierungspotenzial wird zunehmend auch als Steuerungsproblem formuliert. Der Schlüssel für mehr Effizienz, so heißt es in der jüngsten Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, liegt „in der Schaffung wettbewerblicher Strukturen, die Akteuren im Gesundheitswesen mehr Anreize zur Wirtschaftlichkeit setzen“⁶.

1. Alternative Versorgungsmodelle

Der Gesetzgeber reagiert auf diesen Befund mit einer Fülle von Maßnahmen, die man – wegen ihrer Vielfalt notwendigerweise etwas unscharf – als alternative Versorgungsmodelle bezeichnen kann. Gemein ist ihnen, dass sie für die Krankenkassen jeweils Handlungsoptionen eröffnen, die vom herkömmlichen Steuerungsmodell des jeweiligen Versorgungsbereiches abweichen. Zur Illustration nur zwei Beispiele:

a) Integrierte Versorgung

Im Bereich der ärztlichen Versorgung zielt die Maxime „Stärkung des Wettbewerbs“ weniger auf den stets unter Regulierungsverdacht stehenden Staat, als vielmehr auf die in diesem Ausmaß wohl einzigartige Steuerung des Gesundheitswesens durch Verbände. In der vertragsärztlichen und in der Krankenhausversorgung hat der sogenannte Korporatismus weitgehend verselbstständigte Aushandlungs- und Vergütungssysteme mit einem bisweilen geradezu autistischen Eigenleben hervorgebracht. Daraus ist eine auch im internationalen Vergleich ungewöhnliche Segmentierung des Versorgungsgeschehens entstanden, die als eine der Hauptursachen für die beklagten Koordinations- und Effizienzprobleme gilt. Beklagt werden insbesondere die Trennung von ambulanter und stationärer Versorgung mit Vorhaltung einer doppelten Facharztstruktur, zwischen Akutversorgung und Rehabilitation sowie zwischen medizinischer und pflegerischer Versorgung sowie sozialer Betreuung⁷.

Der Gesetzgeber bemüht sich daher seit einigen Jahren, diesem Problem mit transsektoralen Steuerungskonzepten entgegenzuwirken, die sich nicht an den Grenzen der Versorgungssegmente, sondern an den Bedürfnissen der Patienten orientieren; es geht also gewissermaßen um die Entwicklung von „Park-and-Ride-Konzepten“ für das Gesundheitswesen. Große Bedeutung hat insbesondere die integrierte Versorgung. Gemäß § 140a Abs. 1 S. 1 SGB V können die Krankenkassen Einzelverträge über eine verschiedene Leistungssektoren übergreifende Versorgung der Versicherten u. a. mit Ärzten und Krankenhäusern abschließen. Entscheidend ist, dass diese Verträge planungs- und vergütungsrechtlich aus dem kollektivvertraglichen System ausgelagert sind: Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind als Vertragspartner nicht vorgesehen (§ 140b SGB V)⁸, die Sicherstellungsaufträge gehen von den korporatistischen Akteuren auf die Vertragsparteien über (§ 140a Abs. 1 S. 2 SGB V), und auch die Finanzierung erfolgt außerhalb der Vergütungssysteme im Vertragsarzt- und im Krankenhausrecht (§ 140c SGB V).

b) Rabattverträge in der Arzneimittelversorgung, § 130a Abs. 8 SGB V

Im Bereich der Arzneimittelversorgung dienen Einzelverträge vor allem der Steuerung der Endverbraucherpreise. Gemäß § 130a Abs. 8 SGB V können nämlich die Krankenkassen oder ihre Verbände mit pharmazeutischen Unternehmen zusätzlich zu den gesetzlich vorgesehenen Abschlägen Rabatte für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel vereinbaren⁹. Diese Möglichkeit haben vor allem die Allgemeinen Ortskrankenkassen genutzt und 2007 Verträge mit elf pharmazeutischen Unternehmen abgeschlossen, die Preisnachlässe von bis zu 37 Prozent für insgesamt 43 Wirkstoffe beinhalten. Das ist auch deshalb bemerkenswert, weil die Allgemeinen Ortskrankenkassen einen Anteil von ca. 40 Prozent am Verordnungsvolumen repräsentieren. Die Ausschreibungen für 2008 und 2009, die ein noch größeres Volumen vorsehen, liegen allerdings derzeit wegen vergaberechtlicher Bedenken auf Eis.

2. Der neue § 69 Satz 2 SGB V

Durch diese neuen Versorgungsformen wird zum einen der Wettbewerb unter den Leistungserbringern gestärkt, die Leistungspakete im Wettbewerb untereinander entwickeln und mit den Krankenkassen aushandeln müssen. Die Kassen wachsen damit in die Verantwortung für die Qualitätssicherung hinein, die bis in die jüngste Vergangenheit weitgehend allein Angelegenheit der ärztlichen Selbstverwaltung gewesen ist¹⁰. Zum anderen soll der Wettbewerb unter den Krankenkassen aktiviert werden, der sich bislang weitgehend auf die Beitragsseite beschränkt, nunmehr aber auch die Qualität und den Preis der im Wege der Einzelverträge eingekauften Leistungen einbeziehen soll, zwischen denen die Patienten wählen können.

Insbesondere die großen Krankenkassen verfügen allerdings über eine Marktmacht, die sie in die Lage versetzt, Vertragsbedingungen einseitig zu diktieren. Historische Erfahrungen zeigen, dass ein Preisdumping Versorgungssicherheit und -qualität gefährden und damit das Wettbewerbsmodell letztlich diskreditieren kann. Man darf nämlich nicht vergessen, dass das korporatistische Modell das Einzelvertragsmodell im vertragsärztlichen Bereich gerade deshalb abgelöst hat, weil die Ärzte ein Gegengewicht zur Marktmacht der Krankenkassen benötigten und gedroht hatten, das Kollektivvertragsmodell notfalls auch mit flächendeckenden Streikmaßnahmen durchzusetzen¹¹. In den letzten Geburtswehen der Gesundheitsreform 2007 hat sich der Gesetzgeber daher dazu durchgerungen, vom kategorischen Ausschluss des Kartellrechts aus dem Krankenversicherungsrecht vorsichtig abzurücken. Gemäß § 69 Satz 2 SGB V sollen nunmehr die §§ 19-21 GWB für solche Verträge gelten, zu deren Abschluss die Krankenkassen nicht verpflichtet sind oder bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung droht.

Daraus ist zu folgern, dass die §§ 19-21 GWB für den Abschluss von Kollektivverträgen grundsätzlich nicht gelten. Denn Kollektivverträge müssen die beteiligten Parteien regelmäßig abschließen (vgl. etwa §§ 82, 83 SGB V). Einzelvertragliche Vereinbarungen können die Vertragsparteien hingegen treffen, müssen dies aber zumeist nicht. Selbst dort, wo sie zum Abschluss von Einzelverträgen verpflichtet sind (z. B. §§ 73 b Abs. 4, 127 Abs. 1 SGB V), fehlt es an der Regelungszuständigkeit eines Schiedsamtes. Daher gilt § 69 Satz 2 SGB V grundsätzlich für alle leistungserbringungsrechtlichen Einzelverträge. Im Einzelnen sind das Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung (§ 73 b

Abs.4 SGB V), zur Umsetzung der besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung (§ 73c Abs. 3 SGB V), zur Hilfsmittelversorgung (§ 127 SGB V), ferner für Verträge mit Apothekern (§ 129 Abs. 5b SGB V), Arzneimittel-Rabattvereinbarungen (§ 130a Abs. 8 SGB V), Verträge zu integrierten Versorgungsformen (§ 140b SGB V) und mit Leistungserbringern im EU- oder EWR-Ausland (§ 140e SGB V). § 69 Satz 2 SGB V gilt hingegen nicht für Versorgungsverträge im Krankenhausrecht im Sinne von Satz 3¹². Das folgt zum einen aus der systematischen Stellung von Satz 2, der als Ausnahme zu Satz 1, nicht aber zu Satz 3 konzipiert ist, zum anderen aus teleologischen Erwägungen: Denn bei den in Betracht kommenden Bestimmungen (§§ 109 Abs. 1 Satz 1, 111, 116b Abs. 1 SGB V) handelt es sich nicht um alternative Modelle gegenüber der kollektivvertraglichen Steuerung, mit denen ein Vertragswettbewerb etabliert werden soll, sondern um Bausteine einer übergeordneten Krankenhausplanung. Die Krankenhäuser haben dabei, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, jeweils einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages, der gesetzlich in erheblichem Maße determiniert ist.

Auch hinsichtlich des anzuwendenden Kartellrechts ist zu differenzieren. § 69 Satz 2 SGB V eröffnet, im Wege einer Rechtsfolgenverweisung, nur den Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots (§ 19 GWB), des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots (§ 20 GWB) und des Boykottverbots (§ 21 GWB). Die praktisch vor allem bedeutsamen §§ 19 und 20 GWB gelten dabei nur für marktbeherrschende bzw. marktstarke Unternehmen, was man – entsprechend übertragen auf die Krankenkassen – wohl nur bei den größeren Krankenkassen wird annehmen können. Der allgemeine Verbotsbestand des § 1 GWB hingegen gilt nicht. Eher zweifelhaft ist auch, ob bei Verstößen gegen die §§ 19-21 GWB Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach § 33 GWB in Betracht kommen¹³. Denn § 33 GWB wird in § 69 Satz 2 SGB V nicht genannt. Theoretisch denkbar sind aber Ansprüche aus Amtshaftung (Art. 34 GG, § 839 BGB) sowie ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch. Wegen des nur begrenzten Verweises auf die §§ 19-21 GWB ist schließlich auch eine Prüfungskompetenz der Kartellbehörden (§ 48 GWB) ausgeschlossen¹⁴.

Insgesamt handelt es sich also nur um eine sehr zaghafte Öffnung des Kartellrechts, die angesichts des Problemdrucks, der von der Marktmacht der Krankenkassen ausgeht, aber kaum das letzte Wort sein dürfte.

III. Annäherung zwischen gesetzlichen Krankenkassen und privaten Krankenversicherungsunternehmen

Ein weiterer wichtiger Baustein der Gesundheitsreform ist die Annäherung der rechtlichen Regelungen für gesetzliche Krankenkassen und private Krankenversicherungsunternehmen.

- § 53 Abs. 1 und 2 SGB V, der die Krankenkassen ermächtigt, in ihren Satzungen wSelbstbehalte und Beitragsrückerstattungen und als Gegenleistung Prämienzahlungen zu regeln.
- § 53 Abs. 4 SGB V, wonach die Krankenkassen in ihrer Satzung vorsehen können, dass Mitglieder für sich und ihre Familienangehörigen Tarife für Kostenerstattung wählen können.

- § 221 Abs. 1 SGB V, wonach den Krankenkassen 2007 und 2008 2,5 Mrd. EUR zur Verfügung gestellt werden; in den Folgejahren soll dieser Betrag allmählich auf 14 Mrd. EUR anwachsen.
- ▢▢ § 12 Abs. 1 a VAG, der die privaten Krankenversicherungsunternehmen verpflichtet, allen Personen, die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert sind, einen Basistarif anzubieten, dessen Vertragsleistungen mit den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung vergleichbar sein müssen.

Diese Regelungen sollen den Wettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen und außerhalb des Pflichtversicherungssegments auch zwischen gesetzlichen Krankenkassen und privaten Versicherungsunternehmen aktivieren, und sie sollen die Leistungsfähigkeit der Krankenkassen im Hinblick auf den Abschluss von Einzelverträgen stärken. Nur auf den ersten Blick erscheinen sie kartellrechtlich unverdächtig. Tatsächlich führen sie allerdings zu einer Aufweichung des Solidarprinzips, das die kartellrechtliche Immunität der Krankenkassen bislang noch trägt.

1. Das Solidarprinzip

Das Solidarprinzip besteht nach der Rechtsprechung des EuGH im Wesentlichen aus drei Komponenten¹⁵:

- **Durchbrechung des Äquivalenzprinzips.** Das Solidarprinzip durchbricht die versicherungstechnische Äquivalenz zwischen Beitrag und Risiko (sog. horizontales Solidarprinzip), indem es die Beitragshöhe, ja zum Teil überhaupt die Beitragsverpflichtung nicht nach Alter, Geschlecht oder gesundheitlichen Risiken bemisst, sondern nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Durch die Standardisierung des Leistungskataloges koppelt es zudem den Leistungsumfang von der Höhe der geleisteten Beiträge ab (vertikales Solidarprinzip)¹⁶.
- **Umlagefinanzierung.** Die Umlagefinanzierung ist nicht durch das Ansparen eigener Beiträge gekennzeichnet, sondern durch Beitragsleistungen für andere. Sie beruht also nicht auf der Bildung von Vermögen, sondern auf der Kontinuität der Versicherung¹⁷. Nach Ansicht von Generalanwalt Jacobs kann „ein nach dem Umverteilungsprinzip arbeitendes Versicherungssystem von einem privaten Versicherer nicht angeboten werden, weil niemand bereit wäre, die gegenwärtigen Renten anderer zu finanzieren, ohne dass garantiert ist, dass die nächste Generation dasselbe tun wird“¹⁸.
- **Versicherungszwang.** Während das Solidarprinzip den spezifischen Charakter beschreibt, der eine bestimmte Tätigkeit dem Einfluss des Kartellrechts entzieht, ist der Versicherungszwang das unabdingbare Mittel zu seiner Etablierung. Ein Versicherungsunternehmen, dessen Kunden Vertragsfreiheit genießen und jederzeit das Recht zur Kündigung besitzen, kann sozialen Ausgleich nicht verwirklichen. Solidarprinzip und Versicherungszwang gehören daher nach der Rechtsprechung des EuGH auch untrennbar zusammen; fehlt der Versicherungszwang, wird die unternehmerische Tätigkeit bejaht¹⁹.

Bei den vorgenannten Dimensionen des Solidarprinzips handelt es sich um Idealtypen.

Problematisch, aber weitaus öfter anzutreffen als der Idealtypus, sind aber Mischsysteme, die „irgendwo in der Mitte des Spektrums“²⁰ zwischen versicherungsmäßiger Proportionalität auf der einen und umfassender horizontaler und vertikaler Disproportionalität von Beitrag, Risiko und Leistung auf der anderen Seite liegen. In ihnen wird das binäre „Entweder-oder“ von Privat- oder Sozialversicherung und damit von Wettbewerb oder Solidarprinzip zugunsten von graduellen und damit weichen Wertungen und Gewichtungen durchbrochen. Insoweit lässt sich der Rechtsprechung des EuGH nicht viel mehr entnehmen, als dass die Wahrscheinlichkeit einer Bejahung der Unternehmenseigenschaft in dem Maße steigt, in dem das Solidarprinzip durch Elemente der versicherungstechnischen Äquivalenz und die Finanzierung im Wege der Kapitaldeckung abgeschwächt wird. Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die von der sozialen Zwangsversicherung ausgehen, bleiben dann nicht mehr, als gleichsam notwendige Folge des Solidarprinzips, unhinterfragt, sondern werden zur rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme. Zu prüfen ist dann nach Art. 86 Abs. 2 EGV, ob die verbliebenen „Solidaritätsreste“ eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Versicherungszwang und Ausschluss privater Anbieter legitimieren²¹.

2. Relativierungen des Solidarprinzips durch die Gesundheitsreform 2007

Indem sie das solidarisch geprägte Versicherungsprodukt modifizieren, tragen die genannten Neuregelungen dazu bei, dass die Krankenkassen ihren kartellrechtlichen Sonderstatus verlieren könnten²²:

a) Selbstbehalt, Beitragsrückerstattung, § 53 Abs. 1, 2 SGB V

Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 SGB V kann die Krankenkasse in ihrer Satzung vorsehen, dass Mitglieder für jeweils ein Kalenderjahr einen Teil der von der Krankenkasse zu tragenden Kosten übernehmen können (Selbstbehalt). Für diese Mitglieder hat die Krankenkasse gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB V Prämienzahlungen vorzusehen, die § 53 Abs. 8 Satz 4 SGB V der Höhe nach beschränkt (20 Prozent und höchstens 600 EUR bzw. 30 Prozent und höchstens 900 EUR bei Kumulation mehrerer Wahltarife). Ein Selbstbehalt verändert die Risikoverteilung zwischen dem Versicherten und der in der Krankenversicherung zusammengeschlossenen Versichertengemeinschaft. Indem die Krankenkasse für einen bestimmten Schadensanteil nicht aufkommt, wird das finanzielle Risiko von Erkrankungen von der Versichertengemeinschaft auf den Versicherten übertragen. Das Leistungsgeschehen wird also in dem durch den Selbstbehalt und die Prämienzahlungen radizierten Umfang den für die Versicherung geltenden Mechanismen entzogen. Es gilt strikte Individualäquivalenz: Wer keine oder nur wenige Leistungen in Anspruch nimmt, profitiert aufgrund der Prämienzahlung vom Selbstbehalt; wer hingegen viele Leistungen in Anspruch nimmt, muss mit einem negativen Saldo durch den Selbstbehalt rechnen. Selbstbehalte sind daher tendenziell attraktiver für gesunde als für kranke Versicherte und kommen daher auch für junge eher als für alte Versicherte in Betracht, bei denen die Wahrscheinlichkeit, innerhalb der Mindestbindungsfrist von drei Jahren (§ 53 Abs. 8 Satz 1 SGB V) zu erkranken, statistisch wesentlich höher ist. Für alte und/oder kranke Menschen sind daher Selbstbehalte nicht interessant; sie kommen daher auch nicht in den Genuss der in § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB V vorge-

sehenen Prämienzahlungen. Junge/gesunde Versicherte werden hingegen regelmäßig Selbstbehalte wählen, aber dann mit zunehmendem Alter zum „Vollschutz“ zurückkehren und so die Solidargemeinschaft belasten, zu der sie selbst in jungem Alter aufgrund ihrer Prämienansprüche weniger beigetragen haben²³. Selbstbehalte ermöglichen also eine Risikoselektion und schwächen damit das horizontale Solidarprinzip zugunsten horizontaler Äquivalenz. Die finanzielle Belastung des einzelnen Versicherten hängt nicht mehr nur von der Leistungsfähigkeit, sondern auch von der Wahrscheinlichkeit ab, innerhalb des vereinbarten Zeitraums krank zu werden.

Die in § 53 Abs. 2 SGB V vorgesehenen Beitragsrückerstattungen haben im Prinzip eine mit Selbstbehalten vergleichbare Funktion und Wirkung. Sie sollen den Versicherten motivieren, möglichst keine Leistungen zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung in Anspruch zu nehmen. Kranke Versicherte, die auf die Inanspruchnahme von Leistungen nicht verzichten können, kommen also nicht in ihren Genuss. § 53 Abs. 2 SGB V relativiert darüber hinaus aber auch die solidarische Umverteilung zwischen Alleinstehenden und Familien: § 53 Abs. 2 Satz 1 SGB V bezieht nämlich Leistungen an nach § 10 SGB V mitversicherte Angehörige grundsätzlich ein, wenn diese das 18. Lebensjahr vollendet haben (§ 53 Abs. 2 Satz 3 SGB V). Einbezogen sind also neben Ehegatten und Lebenspartnern auch Kinder, die unter § 10 Abs. 2 Nr. 2-4 SGB V fallen, behinderte Kinder etwa also ein Leben lang. Mit zunehmender Anzahl der Mitversicherten steigt aber die Wahrscheinlichkeit, dass Leistungen in Anspruch genommen werden müssen und daher eine Beitragsrückerstattung ausscheidet.

b) Kostenerstattung, § 53 Abs. 4 SGB V

Die erstaunlichste Karriere macht derzeit der in § 53 Abs. 4 SGB V vorgesehene Wahltarif. Danach kann die Krankenkasse in ihrer Satzung vorsehen, dass Mitglieder für sich und ihre nach § 10 SGB V Mitversicherten Kostenerstattung wählen können.

Viele gesetzliche Krankenversicherungen sehen in dieser Norm offenbar eine Ermächtigungsgrundlage für das Angebot von Zusatzversicherungen. Dazu zählen etwa die Chefarztbehandlung und die Unterbringung im Einzel-/Zweibettzimmer im Bereich der Krankenhausversorgung, ferner Zahnersatzversicherungen und Auslandskrankenversicherungen. Alle diese Zusatztarife sind von Aufsichtsbehörden bereits genehmigt worden. Ein privates Krankenversicherungsunternehmen hat gegen die Genehmigung eines Zusatztarifs der AOK Rheinland/Hamburg Klage eingelegt²⁴.

Die Frage ist europa- und sozialrechtlich gleichermaßen brisant. Wenn § 53 Abs. 4 SGB V eine Ermächtigungsgrundlage für die Krankenkassen wäre, den Leistungsinhalt weitgehend privatautonom festzulegen, würde ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung eingeebnet werden. Es wird eine Leistung angeboten, die keinen spezifischen Bezug zum Solidarprinzip hat, sodass die Unternehmenseigenschaft der Krankenkasse, die ein solches Produkt anbietet, offensichtlich wäre.

Allerdings dürften die angebotenen Tarife schon teilweise sozialrechtlich unzulässig sein. Gemäß § 31 SGB I dürfen Rechte und Pflichten in allen Sozialleistungsbereichen und damit auch im Krankenversicherungsrecht nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt.

Damit wird der rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes im einfachen Sozialleistungsrecht konkretisiert: Leistungen, die gesetzlich vorgesehen sind, müssen erbracht werden, ebenso wie Leistungen, die nicht gesetzlich vorgesehen sind, nicht erbracht werden dürfen. Jede gesetzliche Leistung ist daher zugleich eine gesetzwidrige²⁵, wobei zu betonen ist, dass unter „Gesetz“ im Sinne der Vorschrift nicht nur formelle Parlamentsgesetze, sondern etwa auch Rechtsverordnungen und die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses fallen.

§ 53 Abs. 4 SGB V ist nun allerdings nicht die gesetzliche Regelung, die § 31 SGB I fordert. Er regelt nämlich nur eine vom Regelfall Sachleistungsprinzip abweichende Form der Leistungsabwicklung: Es werden nicht Sachleistungen erbracht, sondern Kosten erstattet. Nicht geregelt wird hingegen der Leistungsinhalt, d. h., der eigentliche Leistungskatalog wird durch § 53 Abs. 4 SGB V gar nicht berührt²⁶. Die Krankenkassen dürfen also wegen § 31 SGB I nur diejenigen Leistungen anbieten, die Teil des durch das Gesetz, Rechtsverordnungen und Richtlinien des Bundesausschusses konkretisierten Leistungskataloges sind. Sie dürfen damit weder Leistungen anbieten, die das Gesetz ausschließt (das betrifft die Versicherung des Rücktransportes aus dem Ausland im Krankheitsfalle, den § 60 Abs. 4 SGB V ausdrücklich ausschließt), noch dürfen sie Leistungen anbieten, die gesetzlich nicht vorgesehen sind; das dürfte den Bereich des Zahnersatzes betreffen. Zulässig ist es allerdings, Leistungen, die Bestandteil des Leistungskataloges sind, abweichend vom kollektivvertraglichen Vergütungsrecht, zu vergüten²⁷. Es ist daher – auch ausweislich der Gesetzesbegründung²⁸ – zulässig, etwa ärztliche und zahnärztliche Leistungen mit dem 2,3-fachen Satz nach der GoÄ/GoZ zu honorieren. Auch die Chefarzt- und die Zwei-/Einbettzimmer-Zusatzversicherung dürfte damit zulässig sein, weil es letztlich nicht um eine Ausweitung des Leistungskataloges geht, sondern um eine andere Honorierung erbrachter Leistungen, die übrigens in der knappschaftlichen Krankenversicherung in Gestalt einer sogenannten Aufstockungsversicherung seit langem praktiziert wird. Diese Tarife sind daher zwar sozialrechtlich zulässig. Für die europarechtliche Ausgangsfrage nach der Angleichung der Rahmenbedingungen zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung bedeutet das freilich, dass insoweit auch § 53 Abs. 4 SGB V den Angleichungsprozess forciert.

c) **Steuerfinanzierung des Solidarausgleichs, § 221 Abs. 1 SGB V**

Gemäß § 221 SGB V muss der Bund zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen einen Zuschuss leisten, der von 1 Mrd. EUR im Jahre 2004 auf 4,2 Mrd. EUR 2006 angestiegen ist. 2007 und 2008 waren jährlich 2,5 Mrd. EUR vorgesehen; danach erhöhen sich die Zuschüsse um jährlich 1,5 Mrd. EUR bis zu einer Summe von 14 Mrd. EUR, § 221 Abs. 1 Satz 2 SGB V. Damit ließe sich etwa die beitragsfreie Mitversicherung der Kinder, die ein zentrales Element des Solidarausgleichs ist, ohne Weiteres finanzieren²⁹.

Das ist der ohne Zweifel gravierendste Eingriff in den solidarischen Charakter der gesetzlichen Krankenversicherung. Wenn nämlich ein sozialer Ausgleich im Sozialversicherungssystem selbst nicht mehr angestrebt wird, kann dieser durch die Konkurrenz mit privaten Versicherungsunternehmen nicht mehr gefährdet und muss der Wettbewerb durch das Sozialversicherungsmonopol nicht mehr unterbunden werden.

In dem Maße also, in dem nicht mehr einzelne Gruppen von Versicherten, sondern die Gesamtgesellschaft den solidarischen Ausgleich trägt, verliert die gesetzliche Krankenversicherung ihren spezifischen Charakter als binnensolidarische Veranstaltung. Kartellrechtlich formuliert: Eine solidarische Versicherung, in der die Umverteilungseffekte nicht durch Beiträge einzelner Versicherungsnehmer (nämlich die Besserverdienenden bzw. die Träger der sog. besseren Risiken), sondern aus allgemeinen Quellen finanziert werden, kann von einem privatwirtschaftlich handelnden Versicherungsunternehmen ebenso angeboten werden wie von einer gesetzlichen Krankenkasse und müsste daher als wirtschaftliche Betätigung im Sinne von Art. 81 EGV eingeordnet werden. So könnte ein steuerfinanzierter Solidarausgleich auch privaten Versicherungsunternehmen zugute kommen, die sich gewissermaßen als Gegenleistung zur beitragsfreien Mitversicherung der Kinder verpflichten. Nur am Rande sei auf die merkwürdigen Konsequenzen einer Steuerfinanzierung der beitragsfreien Mitversicherung der Kinder in der gesetzlichen Krankenversicherung aufmerksam gemacht: Sie wird dadurch nämlich auch von den Privatversicherten mitfinanziert, deren privat versicherte Kinder aber nicht in den Genuss der Steuerfinanzierung der Krankenversicherung der Kinder kommen.

d) Der Basistarif, § 12 Abs. 1 a Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)

Gemäß § 12 Abs. 1 a Satz 1 VAG müssen private Krankenversicherungsunternehmen einen Basistarif anbieten, dessen Vertragsleistungen in Art und Höhe mit den Leistungen nach dem 3. Kapitel des SGB V vergleichbar sind. Gemäß § 12 Abs. 1 c Satz 1 VAG darf der Beitrag für den Basistarif für Einzelpersonen den durchschnittlichen Höchstbetrag der gesetzlichen Krankenversicherung und für Ehegatten/Lebenspartner 150 Prozent des durchschnittlichen Höchstbetrages der gesetzlichen Krankenversicherung nicht übersteigen. Risikozuschläge oder Leistungsausschlüsse wegen Vorerkrankungen sind unzulässig³⁰. Die Versicherungsunternehmen, die einen Basistarif anbieten, müssen sich daher nach Maßgabe von § 12 g VAG einem Ausgleichssystem unterwerfen, das einen dauerhaften und wirksamen Ausgleich der unterschiedlichen Belastungen sicherstellt.

Der Basistarif berührt zwar naturgemäß den Solidarausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht. Dadurch, dass er Teilelemente des Solidarprinzips enthält, nähert er aber die private der gesetzlichen Krankenversicherung an, stellt also den Sonderstatus der Letztgenannten gewissermaßen von der anderen Seite infrage. Wenn gesetzliche und private Krankenversicherung ein vergleichbares Produkt anbieten, kann das nur bedeuten, dass sie insoweit kartellrechtlich gleich behandelt werden müssten. Entweder sind beide Unternehmen oder beide nicht.

3. Das Solidarprinzip auf der schiefen Ebene

Die vorstehend aufgeführten Bestimmungen schwächen das Solidarprinzip, indem sie Elemente versicherungsmäßiger Äquivalenz etablieren (§ 53 Abs. 1 und 2 SGB V) bzw. die Finanzierung der solidarischen Umverteilung aus der Krankenversicherung partiell auslagern (§ 221 SGB V). Für sich gesehen handelt es sich dabei noch um verhältnismäßig marginale Verdünnungen des Solidarprinzips³¹:

Selbstbehalts- und Beitragsrückerstattungsregelungen (§ 53 Abs. 1 und 2 SGB V) schwächen – wenn sich die Krankenkassen zu ihrer Einführung entschließen sollten – zwar das horizontale Solidarprinzip im Verhältnis zwischen Gesunden und Kranken, zwischen Jungen und Alten und gegebenenfalls auch zwischen Besser- und Schlechterverdienenden. Sie verstetigen und erweitern damit allerdings einen Trend, der bereits durch die Zuzahlungen (§ 61 SGB V) in Gang gesetzt worden ist und mittlerweile fast alle Leistungsbereiche erfasst. Ihre negativen Auswirkungen auf das Solidarprinzip hängen zudem wesentlich von der Ausgestaltung durch die einzelne Krankenkasse ab³². Der Wahltarif Kostenerstattung (§ 53 Abs. 4 SGB V) ermöglicht zwar, jedenfalls nach dem Verständnis der gesetzlichen Krankenkassen, ein zusätzliches Leistungsangebot, das nicht solidarisch finanziert wird. Es besteht sogar die Gefahr, dass immer mehr Leistungen in diese Zusatztarife verlagert werden. Die solidarische Grundversorgung bleibt aber trotzdem bestehen. Die Beteiligung des Bundes an den finanziellen Aufwendungen der Krankenkassen (§ 221 SGB V) lagert zwar den Solidarausgleich in einem durchaus erheblichen Umfang aus der Krankenversicherung aus. So ließe sich mit dem avisierten Staatszuschuss von 14 Mrd. EUR die gesamte beitragsfreie Mitversicherung der Kinder bestreiten³³. Weitgehend unberührt bleiben durch die vorgesehenen Regelungen allerdings die beiden anderen Dimensionen des Solidarprinzips: die Umlagefinanzierung und der Versicherungszwang.

Alle genannten Veränderungen stellen damit, jede für sich gesehen, den solidarischen Charakter der gesetzlichen Krankenversicherung nicht grundsätzlich infrage. Allerdings handelt es sich um einen schleichenden Prozess gradueller Veränderungen, der sich mit dem aus der griechischen Philosophie stammenden Haufenargument (das seinerseits in den Argumentationszusammenhang der sog. schiefen Ebene gehört) trefflich beschreiben lässt³⁴: Werden aus einer solidarischen Sozialversicherung geringfügige Elemente des sozialen Ausgleichs entfernt, so bleibt sie solidarisch. Dieser Prozess lässt sich beliebig fortsetzen – um im Bilde des Sorites-Paradox zu bleiben: bis zum letzten Sandkorn. Jede Abschwächung des Solidarprinzips lässt sich dabei mit zwei Argumenten als vernachlässigenswert relativieren. Erstens lässt sich stets sagen, dass die einzelne Maßnahme für sich gesehen doch nur geringe Auswirkungen habe, also das Gesamtkonstrukt nicht infrage stelle. Zweitens kann darauf hingewiesen werden, dass sie doch nur einen Prozess fortsetze, der bereits mit vorangegangenen Veränderungen begonnen worden ist. So reiht sich eine Relativierung an die nächste, ohne dass sich ein Umschlagspunkt bestimmen ließe, an dem das System seine charakteristische Eigenschaft verliert.

Mit den dargestellten Veränderungen befindet sich die gesetzliche Krankenversicherung daher ohne Zweifel auf dem Weg zu einer zunehmenden Verdünnung des Solidarprinzips. Es ist allerdings ein hochspekulatives Unterfangen, den kartellrechtlichen Rubikon zu definieren, also die Linie, bei deren Überschreiten die Krankenkassen als Unternehmen angesehen werden müssten und das Versicherungsmonopol damit einer besonderen Legitimation bedürfte. Es lassen sich aber einzelne Bedingungen bestimmen, die die Wahrscheinlichkeit, dass die Krankenkassen als Unternehmen anzusehen sind, jedenfalls substanziell erhöhen. Das wäre insbesondere der Fall, wenn sich die Tendenz fortsetzen sollte, dass der Solidarausgleich in noch weiterem Umfang als bislang nicht mehr intern durch die Versichertengemeinschaft, sondern extern

durch die Gesamtheit der Steuerzahler finanziert würde. Die von der CDU/CSU propagierte einheitliche Gesundheitsprämie, bei der der Solidarausgleich weitgehend auf die Gesamtgesellschaft verlagert würde, wäre ohne Zweifel das Ende des Solidarprinzips in der Sozialversicherung.

Im Übrigen ist es unabdingbar, die das Solidarprinzip verdünnenden Maßnahmen nicht jeweils isoliert zu betrachten, sondern als Teile eines Ganzen, die zwar für sich gesehen kartellrechtlich unbedeutend sind, in der Summe aber das Solidarprinzip infrage stellen. So wird etwa der Selbstbehalt (§ 53 Abs. 1 SGB V) letztlich durch die Höhe der Prämienzahlungen (§ 53 Abs. 8 S. 4 SGB V) zugunsten der Versicherten gesteuert. In dem Maße, in dem die Prämienzahlungen heraufgesetzt würden, wird sich auch das Volumen des Selbstbehalts ausweiten. Kombiniert man dieses dann noch mit den ohnehin vorhandenen Zuzahlungspflichten (§ 61 SGB V), lässt sich das Solidarprinzip auch auf diesem Wege erheblich abschwächen.

Nicht nur wegen § 69 Satz 2 SGB V, sondern auch wegen der zunehmenden Annäherung von privater und gesetzlicher Krankenversicherung eröffnet damit die Gesundheitsreform die Chance für eine Renaissance des Kartellrechts. Schon in der Festbetragsentscheidung schließt der EuGH ja ein unternehmerisches Verhalten der Kassen nicht *eo ipso*, sondern nur für die Festbetragsfestsetzung aus, die nicht durch Vertrag zustande kommt, sondern als gesetzlich weitgehend determinierter Verwaltungsakt ergeht. Das ist die Konsequenz aus dem funktionalen Unternehmensbegriff und entspricht letztlich auch der Auslegung von § 69 Satz 2 SGB V³⁵: Wenn und soweit die Krankenkassen ihren gesetzlichen Pflichten innerhalb des Kollektivvertragssystems nachkommen, sind sie nicht an das Kartellrecht gebunden. Wenn sie aber jenseits dieses gesetzlich vorgegebenen Rahmens agieren, sind sie Nachfrager, die Leistungspakete individuell und mit erheblichen Freiräumen³⁶ aushandeln, auch um sich im Wettbewerb um Versicherte zu profilieren. Es spricht daher Vieles dafür, die Krankenkassen jedenfalls dann als Unternehmen im Sinne des Art. 81, 82, 86 EGV anzusehen, wenn sie außerhalb des Kollektivvertragsrechts Leistungen nachfragen³⁷. Wer Wettbewerb sät, wird irgendwann auch Wettbewerbsrecht ernten.

IV. Das Verhältnis zwischen Kartell- und Vergaberecht

Die Renaissance des Kartellrechts in der gesetzlichen Krankenversicherung fällt zusammen mit einem High Noon im Vergaberecht. Das OLG Düsseldorf hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Krankenkassen bei der Nachfrage im Rahmen von integrierten Versorgungsverträgen als öffentliche Auftraggeber anzusehen sind³⁸, und mehrere Vergabekammern haben Ausschreibungen für Rabattverträge in der Arzneimittelversorgung unter Hinweis auf die Eigenschaft der Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber und die Nichtbeachtung der formalen Regeln des Vergaberechts vorläufig gestoppt³⁹. Sie weichen damit von der Linie des Bayerischen Obersten Landesgerichts ab, das die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Krankenkassen, die Hilfsmittelverträge abschließen⁴⁰, noch 2004 abgelehnt hatte.

Nachdem es also bis vor Kurzem noch nach einer wettbewerbsrechtlichen Nulllösung hinsichtlich der Bindung der Krankenkassen beim Abschluss von Einzelverträgen ausgesehen hatte, scheint nun ein wettbewerbsrechtlicher Doppelbeschluss beabsichtigt zu sein: Die Krankenkassen sollen als Unternehmen dem Kartellrecht und als

öffentliche Auftraggeber dem Vergaberecht unterliegen. Die Frage, ob die Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind, ist auch in diesem Band ausführlich behandelt worden und hier daher nicht noch einmal aufzugreifen. Ganz grundsätzlich ist allerdings zu bezweifeln, dass das Vergaberecht wirklich der passende Maßstab ist. Man kann diese Frage bereits am Merkmal der Nichtgewerblichkeit im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB festmachen. Nichtgewerblichkeit liegt vor, wenn die Aufgabenerfüllung nicht unter dem Druck des Wettbewerbs, sondern kraft einer vom Staat herbeigeführten Sonderstellung erfolgt⁴¹. Wenn ein Auftraggeber nämlich nicht dem Wettbewerb ausgesetzt ist, besteht stets die Gefahr, dass er sich bei der Vergabe von Aufträgen nicht von Qualität und Wirtschaftlichkeit, sondern von sachfremden Kriterien leiten lässt. Das Vergaberecht simuliert also letztlich die Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs. Ein Wettbewerber hingegen, der nicht das beste Angebot annimmt, schädigt sich selbst und benötigt für seine Entscheidungen nicht noch die vergaberechtlichen Regularien, die im Übrigen mit erheblicher Bürokratie und Kosten verbunden sind⁴².

Es fällt nun etwas schwer, die Krankenkassen kartellrechtlich als Wettbewerber anzusehen, ihre Tätigkeit aber zugleich als nichtgewerblich einzustufen. Gegen die Nichtgewerblichkeit im vergaberechtlichen Sinne sprechen der Mitgliederwettbewerb, die Einführung von Wahlтарifen und die einzelvertraglichen Versorgungsformen, mithin alle Veränderungen, die die kartellrechtliche Adressatenstellung der Krankenkassen begründen. Es fällt auf, dass der Stern des Vergaberechts aufging, als das Kartellrecht an Bedeutung verlor. Die vergleichsweise junge Materie wurde dankbar und euphorisch als Hoffnungsschimmer für einen fairen Wettbewerb auf den Gesundheitsmärkten angesehen. Was nicht passte, wurde und wird noch immer passend gemacht. Dabei ist etwas in Vergessenheit geraten, dass das klassische Instrument gegen den Missbrauch von Marktmacht das Kartellrecht ist, das übrigens auch die privaten Krankenversicherungsunternehmen bindet, die aber wiederum nicht an das Vergaberecht gebunden sind. Auch insoweit spricht alles dafür, die gesetzlichen nicht anders als die privaten Krankenkassen zu behandeln.

Die Änderung des § 69 Satz 2 SGB V und der nochmals verstärkte Wettbewerb unter den Kassen sollten Anlass sein, das allgemeine Kartellrecht als Mittel gegen Machtmissbrauch auf nationaler und europäischer Ebene wiederzuentdecken. Das heißt nicht, dass Ausschreibungen im Einzelfall nicht sinnvoll, ja auch grundrechtlich geboten sein können, um Diskriminierungsfreiheit und Teilhabe sicherzustellen. Letztlich stellt sich sogar die Frage, ob der Gesetzgeber nicht den bereits partiell beschrittenen Weg (§§ 73 b Abs. 4 Satz 4, 127 Abs. 2 Satz 2 SGB V) weiterverfolgen sollte, ein spezifisches Gesundheitswettbewerbsrecht zu etablieren, das den Besonderheiten der Materie angepasst ist. Er würde damit an Erfahrungen aus anderen Komplexmärkten wie dem Telekommunikations- und dem Energiesektor anknüpfen, in denen mittlerweile ebenfalls sektorspezifische Wettbewerbsregeln gelten.

V. Schluss

Die Diskussion über das Kartellrecht in der gesetzlichen Krankenversicherung konzentriert sich derzeit vor allem auf die Krankenkassen. Man darf dabei aber nicht übersehen, dass auch im Bereich der Leistungserbringer ein grundlegender Konzentrationsprozess vonstatten geht. Nicht nur das Bild des Apothekers in seiner Apotheke,

das derzeit durch europarechtliche Entwicklungen „Kratzer“ erhält⁴³, sondern auch das des Arztes in seiner Praxis könnten bald einer vergangenen Welt angehören. Der Trend zu größeren Einheiten wird durch den weiter zunehmenden Kommunikations- und Koordinationsbedarf eines ausdifferenzierten Systems und durch die Notwendigkeit begünstigt, mit den marktmächtigen Krankenkassen auf Augenhöhe zu verhandeln. Noch ist die Marktmacht der Krankenkassen allein im Fokus wettbewerbs- und konkurrenzrechtlicher Streitigkeiten. Das Blatt kann sich aber schnell wenden. Nicht auszuschließen ist, dass sich aufgrund des Wettbewerbsmodells auch aufseiten der Leistungserbringer eine Gegenmacht mit erheblicher Marktmacht entwickelt. Mit dem Medizinischen Versorgungszentrum als einer fachübergreifenden ärztlich geleiteten Einrichtung (§ 95 Abs. 1 Satz 2 SGB V) hat der Gesetzgeber jedenfalls die Voraussetzungen nicht nur für eine medizinische Versorgung aus einer Hand, sondern auch für die Bildung größerer Einheiten im Leistungserbringungsrecht geschaffen.

Kartelle sind das Produkt von Privatautonomie und Gewerbefreiheit. Warum sollte sich diese Geschichte nicht auch im Gesundheitswesen wiederholen, das ja bislang noch nicht als Hort individueller Freiheit bekannt geworden ist? Möglicherweise verhält es sich also mit den Versorgungsstrukturen im Gesundheitswesen wie mit einem Karussell: Irgendwann kommt man wieder da an, wo man eingestiegen ist. Noch heißt dabei das Motto: vom Einzelvertrag über den Korporatismus zurück zum Einzelvertrag. Lässt man die Geschichte aber etwas später beginnen und wagt einen Blick in die Zukunft, so könnte es auch lauten: vom Korporatismus über den Einzelvertrag zurück zu einem durch das Wettbewerbs- und Kartellrecht gesteuerten Korporatismus.

- ¹ BGHZ 36, 91 (101); ferner etwa BGHZ 97, 312 (315); 102, 280 (284 ff.); 107, 40 (42)
- ² BGHZ 36, 91 (102)
- ³ Für eine Bindung der Krankenkassen an das Kartellrecht im Leistungserbringungsverhältnis zuvor etwa OLG Düsseldorf, EuZW 1999, 188 (189 f.); P. Axer, Europäisches Kartellrecht und nationales Krankenversicherungsrecht, NZS 2002, 57 (62); R. Giesen, Die Vorgaben des EG-Vertrages für das internationale Sozialrecht, 1999, S. 113 f.; A. Hänlein/J. Kruse, Einflüsse des Europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2000, 165 (168); T. Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 548 ff.
- ⁴ EuGH, Rs. C-264/01, Slg. 2004, I-2493, Rn. 51 ff. (AOK-Bundesverband u. a.); vgl. ferner EuGH, Rs. C-205/03, Slg. 2006, I-6295, Rn. 25f. (FENIN).
- ⁵ BT-Drucks. 16/3100, S. 1; vgl. auch Gutachten 2005 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, BT-Drucks. 15/5670, Ziff. 1-3; ferner: Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie: Mehr Wettbewerb im System der gesetzlichen Krankenversicherung v. 13. 5. 2006.
- ⁶ Gutachten (Fn. 5), Ziff. 3
- ⁷ F. Knieps, Neue Versorgungsformen, in: F. E. Schnapp/P. Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 12 Rn. 2
- ⁸ Sie können aber, durch die Gründung von Dienstleistungsgesellschaften, ihre Mitglieder beim Abschluss von Verträgen beraten, § 77 a Abs. 2 Nr. 1 SGB V.
- ⁹ B. Sträter/A. Natz, Rabattverträge zwischen Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen, PharmaR 2007, 7 ff.
- ¹⁰ R. Rosenbrock/T. Gerlinger, Gesundheitspolitik, 2. Aufl. 2006, S. 245
- ¹¹ Dazu etwa P. Axer, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: M. von Wulffen/O. E. Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 339 (342 ff.); D. Boerner, Normenverträge im Gesundheitswesen, 2003, S. 22 ff.
- ¹² a. A. U. M. Gassner, Kartellrechtliche Re-Regulierung des GKV-Leistungsmarkts, NZS 2007, 281 (283)
- ¹³ So W. Möschel, Gesetzliche Krankenversicherung und das Kartellrecht, JZ 2007, 601 (604); W.-H. Roth, Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, 645 (655)
- ¹⁴ Möschel (Fn. 13), S. 604; a. A. Gassner (Fn. 12), S. 284 ff.
- ¹⁵ Vgl. zum Folgenden die Entscheidungen EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 (Höfner und Elser); Verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-637 (Poucet und Pistre); EuGH, Rs. C-244/94, Slg. 1995, I-4013 (Fédération française des sociétés d'assurance u. a.); Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (Albany); Verb. Rs. C-115-117/97, Slg. 1999, I-6025 (Brentjens); Rs. C-219/97, Slg. 1999, I-6121 (Bokken); Verb. Rs. C-180-184/98, Slg. 2000, I-6451 (Pavlov); Rs. C-218/00, Slg. 2002, I-691 (Cisal). Zur Aufarbeitung dieser Entscheidungen näher T. Kingreen, Soziale und private Krankenversicherung: Gemeinschaftsrechtliche Implikationen eines Annäherungsprozesses, ZESAR 2007, 141 (143 ff.)
- ¹⁶ Näher zu den Dimensionen des Solidarprinzips T. Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 268 ff.
- ¹⁷ R. Waltermann, Sozialrecht, 6. Aufl. 2006, Rn. 324
- ¹⁸ GA Jacobs, Schlussantrag Rs. C-218/00, Slg. 2002, I-691, Ziff. 56 (Cisal)
- ¹⁹ EuGH, Rs. C-244/94, Slg. 1995, I-4013, Rn. 17 ff. (Fédération française des sociétés d'assurance u. a.)
- ²⁰ GA Jacobs, Schlussantrag Rs. C-218/00, Slg. 2002, I-691, Ziff. 66 (Cisal)
- ²¹ GA Jacobs, Schlussantrag Rs. C-218/00, Slg. 2002, I-691, Ziff. 67 (Cisal)
- ²² Zum Folgenden ausführlicher Kingreen (Fn. 15), S. 145 ff.
- ²³ C. Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, S. 95; S. Sahmer, Krankenversicherung in Europa, NZS 1997, 260 (265 f.)
- ²⁴ Die Klage ist beim Sozialgericht Dortmund anhängig. Einen Antrag des Verbandes der privaten Krankenversicherung auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen Tarife der AOK für Ein- oder Zweibettzimmer im Krankenhaus, für Krankenhauszuzahlungen, für Leistungen im Ausland und für die Kostenersatzung bei Zahnersatz hat das Sozialgericht Köln (§ 5 KR 169/07 ER) abgelehnt.
- ²⁵ H.-J. Papier, Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht, in: B. von Maydell/F. Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl. 2003, B. 3 Rn. 131
- ²⁶ Wie hier auch J. Isensee, Wahltarif „Krankenhauskomfort“ – Chefarztbehandlung und Ein-/Zweibettzimmer als Wahlleistungen der Kassen – Sicht des Sozial- und des Verfassungsrechts, NZS 2007, 449 (450 f.)
- ²⁷ a. A. insoweit Isensee (Fn. 26), S. 450
- ²⁸ BT-Drucks. 16/3100, S. 108 f.
- ²⁹ Sein Volumen wird auf etwa 12,8 Mrd. EUR veranschlagt, vgl. J. Althammer/H. Romahn, Reform der monetären Familienpolitik – Notwendigkeit und Optionen, in: J. Althammer/U. Klammer (Hrsg.), Ehe und Familie in der Steuerrechts- und Sozialordnung, 2006, S. 24 (45).

- ³⁰ BT-Drucks. 16/3100, S. 208
- ³¹ Die folgenden Ausführungen entstammen weitgehend aus Kingreen (Fn. 15), S. 149 f.
- ³² Das betrifft insbesondere die Wahltarife.
- ³³ Für die gesamte beitragsfreie Mitversicherung nach § 10 SGB V wurden für 2003 etwa 25,7 Mrd. EUR veranschlagt, wobei 12,8 Mrd. EUR auf die Gruppe der unter 20-Jährigen entfallen und 12,9 Mrd. EUR den Ehegatten zugerechnet werden; vgl. Althammer/Romahn, Reform der monetären Familienpolitik – Notwendigkeit und Optionen, in: Althammer/Klammer (Hrsg.), Ehe und Familie in der Steuerrechts- und Sozialordnung, 2006, S. 24 (45).
- ³⁴ Das sogenannte Sorites-Paradox wird zumeist anhand eines Sandhaufens demonstriert. Entfernt man von einem Haufen ein Sandkorn, so bleibt er immer noch ein Haufen. Ebenso, wenn man ein weiteres Korn entfernt. Da es keine Abbruchsbedingung bzw. keinen Umschlagspunkt gibt, führt dies dazu, dass ein einziges Sandkorn ebenfalls einen Haufen bildet. Gleiches gilt für ein großes Objekt, das man Millimeter für Millimeter verkleinert. Die Ursache der Paradoxie des Haufens liegt darin, dass die Gestalt eines Haufens nicht durch die Anzahl seiner Elemente bestimmt ist; vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Paradoxie_des_Haufens.
- ³⁵ Vgl. oben II. 2.
- ³⁶ Vgl. auch die Begründung zum Gesetzentwurf zum GKV-Modernisierungsgesetz, BT-Drucks. 15/1525, S. 129, wonach die integrierte Versorgung „den Akteuren vor Ort Freiheit zur Gestaltung in Eigenverantwortung“ ermöglichen solle.
- ³⁷ Vgl. bereits zuvor U. Becker, Gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf das Vertragsarztrecht, in: F. E. Schnapp/P. Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 25 Rn. 65 und T. Kingreen, Das Gesundheitsrecht im Fokus von Grundfreiheiten, Kartell- und Beihilfenrecht, GesR 2006, 193 (196 f.).
- ³⁸ OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 525/526 ff.
- ³⁹ Vergabekammer, Bezirksregierung Düsseldorf v. 31. 10. 2007 sowie Vergabekammer des Bundes v. 15. 11. 2007
- ⁴⁰ BayObLG, NZS 2005, 26 ff.
- ⁴¹ BayObLG, NZS 2005, 26 (27) unter Hinweis auf M. Dreher, Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, DB 1998, S. 2579 (2582 f.)
- ⁴² J. Eschenbruch, in: H. P. Kulartz/A. Kus/N. Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2006, § 98 Rn. 140
- ⁴³ Vgl. zur Problematik des apothekenrechtlichen Fremd- und Mehrbesitzverbotes M. Martini, Doc Morris ante portas – zu Risiken und Nebenwirkungen der Niederlassungsfreiheit des Art. 48 EG für das Berufsrecht der Apotheker, DVBl. 2007, S. 10 ff.; R. Streinz/C. Herrmann, Und wieder DocMorris: Das apothekenrechtliche Mehr- und Fremdbesitzverbot aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts, EuZW 2006, S. 455 ff.; vgl. auch bereits R. Zuck/C. Lenz, Der Apotheker in seiner Apotheke, NJW 1999, 3393.

Die Bedarfsprüfung im österreichischen Krankenanstaltenwesen¹

Univ.-Prof. DDr. Thomas Eilmansberger, Universität Salzburg

I. Thema des Beitrags

A. Die Rechtslage in Österreich im Überblick

Die Errichtung und der Betrieb von Krankenanstalten, und dazu zählen nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften auch Zahnambulatorien², bedürfen in Österreich einer Bewilligung der Landesregierung³. Diese Bewilligung darf jedoch nur dann erteilt werden, wenn im Hinblick auf die von der beantragten Krankenanstalt angebotenen Leistungen ein Bedarf besteht. Dabei wird, etwas vereinfacht ausgedrückt, auf das Angebot solcher Einrichtungen abgestellt, die im weiteren Sinn gemeinnützig ausgerichtet sind oder deren Leistungen auch mit öffentlichen Mitteln finanziert werden (wie etwa Kassenvertragsärzte)⁴. Mit diesen Bestimmungen wird also ein Konkurrenz- bzw. Bestandsschutz zugunsten der betreffenden Einrichtungen (öffentliche, private gemeinnützige und sonstige Krankenanstalten mit Kassenverträgen) und niedergelassener Ärzte (Kassenvertragsärzte) verwirklicht.

Diese Vorschriften, bzw. ihre Vorgängerbestimmungen, waren bereits mehrfach Gegenstand von Verfahren vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof. Aus diesen Erkenntnissen ergibt sich jedoch, dass die gegenwärtige Bedarfsprüfungsregelung verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt⁵ – insbesondere auch den Anforderungen des Grundrechts der Erwerbsfreiheit.

B. Das Vorlageersuchen des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH)

Seit Kurzem steht die Bedarfsprüfung im österreichischen Krankenanstaltenwesen aber auch auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts. Beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) ist ein Vorabentscheidungsverfahren anhängig, in dem der österreichische Verwaltungsgerichtshof um eine Beurteilung der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit von nationalen Vorschriften dieses Inhalts ersucht wird. Das nationale Ausgangsverfahren gründet auf einer Beschwerde des Unternehmens Hartlauer, genauer der Hartlauer Gesellschaft m. b. H. (Deutschland), gegen Bescheide der Wiener Landesregierung bzw. der Oberösterreichischen Landesregierung, in denen jeweils die Bewilligung zur Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbstständigen Ambulatoriums abgelehnt wurde.

Im Einzelnen beziehen sich die Zweifel des VwGH an der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Bedarfsprüfung auf die Niederlassungsfreiheit; er verweist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf den Sitz des Beschwerdeführers in Deutschland. Die Regelung sei zwar nicht diskriminierend, könne aber doch die Ausübung dieser Freiheit zumindest behindern oder weniger attraktiv machen und dürfte somit nur zulässig sein, wenn sie einer spezifischen Rechtfertigung zugänglich sei⁶.

Im Einzelnen lege der VwGH dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) nun folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor⁷:

1. Steht Art. 43 (i.V.m. Art. 48) EG der Anwendung einer nationalen Regelung entgegen, nach der für die Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbstständigen Ambulatoriums für Zahnheilkunde (Zahnambulatorium) eine Errichtungsbewilligung erforderlich ist und diese Bewilligung zu versagen ist, wenn nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem vorgesehenen Leistungsangebot im Hinblick auf das bereits bestehende Versorgungsangebot durch niedergelassene Kassenvertragsärzte, kasseneigene Einrichtungen und Vertragseinrichtungen der Kassen sowie niedergelassene Dentisten mit Kassenvertrag kein Bedarf an dem geplanten Zahnambulatorium besteht?

2. Ändert sich etwas an der Beantwortung von Frage 1, wenn in die Prüfung des Bedarfs zusätzlich auch das bestehende Versorgungsangebot der Ambulanzen von öffentlichen, privaten gemeinnützigen und sonstigen Krankenanstalten mit Kassenvertrag einzubeziehen ist?

C. Untersuchungsziel

Ich werde nachfolgend versuchen, die Antwort des EuGH auf diese Fragen zu antizipieren, bzw. die aus meiner Sicht richtige Antwort darauf zu geben. Mein Beitrag sollte ursprünglich nur auf die Tatbestandsmäßigkeit der Regelung nach Art. 43 EGV eingehen. Ich werde aber auch auf die Rechtfertigungsfähigkeit der Regelung, jedenfalls den rechtlich-analytischen Rahmen für die Rechtfertigungsprüfung erörtern. Im nachstehenden Beitrag wird Herr Kiesel dann das relevante empirische Anschauungsmaterial liefern und damit diesen rechtlich-analytischen Rahmen mit Fakten ausfüllen und konkrete Schlussfolgerungen ziehen.

II. Tatbestandsmäßigkeit der Bedarfsprüfung nach Art. 43 EGV

A. Allgemeines

Damit eine nationale Bestimmung vom Verbot des Art. 43 EGV erfasst ist, müssen im Wesentlichen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Es muss sich, erstens, um eine staatliche Maßnahme handeln bzw. muss eine staatliche Verantwortung im weiteren Sinn für diese vorliegen; es bedarf, zweitens, eines grenzüberschreitenden Bezugs (d.h. eine Anwendung der Maßnahme auf einen grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgang); und es muss, drittens, die Maßnahme eine relevante Beschränkung des Niederlassungsvorgangs bewirken.

Im vorliegenden Fall sind nur die letzten beiden Tatbestandsmerkmale zu prüfen, da es sich hier ganz unzweifelhaft um eine staatliche, unmittelbar dem nationalen Gesetzgeber zuzuordnende Maßnahme handelt. Die nachfolgende Analyse kann sich also auf die beiden Fragen konzentrieren, ob der vorliegende Fall einen hinreichend ausgeprägten grenzüberschreitenden Bezug aufweist sowie ob das auf den Bedarf abstellende Bewilligungserfordernis überhaupt eine relevante Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt.

B. Grenzüberschreitender Bezug oder interner Sachverhalt

1. Tatsächlich grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben?

Der VwGH geht in seinem Vorlagebeschluss ohne weitere Begründung davon aus, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihres unstrittig in der Bundesrepublik Deutschland liegenden Sitzes von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen will, und die Anwendung des Bedarfsprüfungsregimes auf das Unternehmen somit am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu prüfen ist⁸.

Meines Erachtens ist es jedoch keineswegs so eindeutig, dass es sich im vorliegenden Fall um einen von der Niederlassungsfreiheit erfassten Sachverhalt handelt. Das Unternehmen Hartlauer ist bekanntlich ein österreichisches Unternehmen, dessen übrige Aktivitäten auch ganz auf das Gebiet der Republik Österreich ausgerichtet sind. Ebenso bekannt ist, dass die Errichtung und der Betrieb eines Zahnambulatoriums seit langem das Anliegen eben der österreichischen Stammgesellschaft dieses Unternehmens darstellt. Die als Antragsteller und Beschwerdeführer auftretende Hartlauer-Gesellschaft in Deutschland scheint demgegenüber keine relevanten wirtschaftlichen Aktivitäten zu entfalten. Eine selbst vorgenommene Internetrecherche brachte diesbezüglich jedenfalls keinerlei Hinweise.

Jedenfalls dürfte man davon ausgehen können, dass diese Gesellschaft nicht über die Ressourcen und Qualifikationen verfügt, ein Zahnambulatorium zu errichten und zu betreiben, sondern dass es die österreichische Stammgesellschaft wäre, die die Anstalt errichten und betreiben würde. Die Rolle dieser deutschen Konzerngesellschaft beschränkt sich daher wohl darauf, als Klägerin gegen die österreichische Regelung zu fungieren. Das bedeutet aber auch, dass man diesen Vorgang de facto nicht als grenzüberschreitenden Niederlassungsversuch, sondern als innerstaatlichen Vorgang betrachten könnte.

2. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Gemeinschaftsrecht?

Wäre der Umstand, dass es sich bei dem Antragsteller und Beschwerdeführer um eine Briefkastenfirma handelt, die in dem Verfahren als Stellvertreter für das Stammhaus in Österreich nur deshalb auftritt, um einen grenzüberschreitenden Bezug herzustellen und auf diese Weise die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit anwendbar zu machen, für die gemeinschaftsrechtliche Analyse überhaupt relevant?

Beim derzeitigen Stand der Rechtsentwicklung kann diese Frage wohl noch nicht abschließend beantwortet werden. Der Gerichtshof hat zwar bereits mehrfach anerkannt, dass die Berufung auf eine Grundfreiheit rechtsmissbräuchlich erfolgen kann bzw. es unstatthaft ist, wenn der grenzüberschreitende Bezug des Sachverhalts allzu künstlich hergestellt wird. Diese Urteile betrafen jedoch, soweit ersichtlich, eine andere als die hier vorliegende Konstellation.

Es ging dabei nämlich jeweils um Sachverhalte, in denen die betreffende nationale Rechtsordnung günstigere Vorschriften für EU-Ausländer vorsah, und zwar um die Vorgaben einer Grundfreiheit des Binnenmarkts oder abgeleiteter sekundärrechtlicher Bestimmungen, z.B. von Anerkennungsrichtlinien betreffend Berufsqualifikationen, umzusetzen. Wenn Inländer ihren Sitz ins Ausland nun nur deshalb verlagert

hatten, um in den Genuss des vergleichsweise großzügigeren Regimes für EU-Ausländer zu kommen, wäre es nach dieser Rechtsprechung des EuGH zulässig, den Fall als internen Sachverhalt zu behandeln. Es wäre im Einzelnen dann möglich, anstelle der günstigeren gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen (bzw. der darauf gründenden günstigeren Vorschriften des nationalen Rechts) das strengere Regime für eigene Staatsangehörige zur Anwendung zu bringen. Voraussetzung dafür ist aber eben, dass die Tätigkeit der betreffenden Person primär auf das Inland ausgerichtet war und die Sitznahme im Ausland offenkundig nur dem Ziel diene, sich den strengeren nationalen Vorschriften zu entziehen.

Im Fall Veronica Omroep etwa stellte der Gerichtshof fest, dass einem Mitgliedstaat „nicht das Recht zum Erlass von Vorschriften abgesprochen werden [kann], die verhindern sollen, dass der Erbringer einer Leistung, dessen Tätigkeit ganz oder vorwiegend auf das Gebiet dieses Staates ausgerichtet ist, sich die durch Artikel 59 garantierte Freiheit zunutze macht, um sich den Regelungen zu entziehen, die auf ihn Anwendung fänden, wenn er im Gebiet dieses Staates ansässig wäre“⁹.

In der Rechtsprechung wurde mittlerweile auch klargestellt, dass es rechtsmissbräuchlich ist, wenn sich jemand zum Zweck der Anerkennung seiner im EU-Ausland erworbenen Qualifikationen auf die Niederlassungsfreiheit beruft, wenn diese Person sich in den anderen Mitgliedstaat nur deshalb begeben hat, um mit dem Erwerb der ausländischen Qualifikation das inländische Berufszugangsregime zu unterlaufen. Die Mitgliedstaaten hätten nämlich ein berechtigtes Interesse daran zu verhindern, dass sich eigene Staatsangehörige missbräuchlich den strengeren Vorschriften entziehen¹⁰.

Im Urteil Centros¹¹ verneinte der Gerichtshof zwar das Vorliegen einer rechtsmissbräuchlichen Ausübung der Niederlassungsfreiheit im Fall einer dänischen Gesellschaft, die in England eine Briefkastenfirma registriert hatte, um dann später mit der Zweiggesellschaft dieser englischen Gesellschaft in Dänemark geschäftlich tätig zu werden. Nach Ansicht des EuGH stellt das Recht zur Gesellschaftsgründung den jedenfalls zu garantierenden Kernbereich der Niederlassungsfreiheit dar. Der Gerichtshof wies jedoch auch in diesem Urteil darauf hin, dass die Mitgliedstaaten selbst solche ausländischen Gesellschaften im Hinblick auf die Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeiten den strengeren inländischen Rechtsnormen unterwerfen dürfen¹².

Dem vorliegenden Fall liegt jedoch eine andere Konstellation zugrunde. Das Unternehmen Hartlauer bezweckt nicht, durch die Einschaltung der in Deutschland registrierten Konzerngesellschaft gemeinschaftsrechtlich bedingte günstigere Sonderregeln in Anspruch zu nehmen. Das österreichische Recht sieht solche vergleichsweise einfacheren Zulassungsvorschriften für EU-Ausländer, die Hartlauer durch die Sitznahme im Ausland bzw. Antragstellung aus dem Ausland nützen könnte, noch nicht vor. Die einschlägigen nationalen Einschränkungen gelten für jedermann.

Die künstliche Herstellung eines grenzüberschreitenden Bezugs eröffnet Hartlauer aber immerhin die Möglichkeit, diese Beschränkungen unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit zu bekämpfen. Der mögliche Rechtsmissbrauch bestünde hier also noch nicht darin, dass das Unternehmen durch Berufung auf Art. 43 EGV ein vergleichsweise erleichtertes Niederlassungsregime beansprucht, sondern darin, dass sich das Unternehmen durch die Antragstellung aus dem Ausland die Möglichkeit verschafft, die nationale Zugangsregelung auch gemeinschaftsrechtlich anzugreifen.

Anders als in der zuerst beschriebenen Kategorie von Fällen, in denen das nationale Recht bereits den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts entspricht (indem dieses jedenfalls im Hinblick auf den Berufszugang zwischen dem inländischen und grenzüberschreitenden Marktzutritt unterscheidet) und in der der Rechtsmissbrauch darin besteht, dass der Inländer sich durch Herstellung eines grenzüberschreitenden Bezugs der Anwendung des strengeren Regimes für Inländer entziehen will, wird das Gemeinschaftsrecht in der zweiten, hier offenbar vorliegenden Konstellation zunächst nur dazu verwendet, um eine – jedenfalls bei Anwendung auf grenzüberschreitende Sachverhalte – gemeinschaftsrechtswidrige Norm anzugreifen.

Soweit ersichtlich, hatte sich der Gerichtshof mit der Frage des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs in Konstellationen dieses Typs bisher noch nicht zu beschäftigen. Aus dem Urteil Guimont¹³ (und verschiedenen Nachfolgeurteilen zu ähnlich gelagerten Fällen¹⁴) kann man aber wohl doch ableiten, dass die Berufung auf Gemeinschaftsrecht mit dem Ziel, eine Beurteilung der Gemeinschaftsrechtskonformität nationalen Rechts zu erwirken, für sich noch keinen relevanten Rechtsmissbrauch begründet.

In diesem Fall erachtete der Gerichtshof nämlich ein Vorlageersuchen als zulässig, obwohl der dem nationalen Ausgangsverfahren zugrunde liegende Sachverhalt unbestritten kein einziges grenzüberschreitendes Element aufwies (es ging um die Anwendung eines nationalen Verbotes auf die Vermarktung eines nationalen Produktes durch ein inländisches Unternehmen). Der Gerichtshof begründet dies damit, dass dem Gericht seine Antwort nämlich dann von Nutzen sein könne (und damit auch das Erforderlichkeitskriterium in Art. 234 EGV erfüllt wäre), wenn „sein nationales Recht in einem Verfahren der vorliegenden Art vorschreibe, dass einem inländischen Erzeuger die gleichen Rechte zustehen, die dem Erzeuger eines anderen Mitgliedstaats in der gleichen Lage kraft Gemeinschaftsrechts zustünden“¹⁵.

Wenn es vom EuGH aber sogar als unproblematisch angesehen wird, dass die Frage der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer nationalen Vorschrift in einem Fall ohne jeden grenzüberschreitenden Bezug geltend gemacht und diese Frage dann sogar im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens geklärt wird, würde er es wohl auch nicht als problematisch ansehen, wenn diese Klärung in einem Verfahren mit zweifelhaftem grenzüberschreitendem Bezug stattfindet.

Selbst wenn die Berufung auf Gemeinschaftsrecht zur Beanstandung nationaler Rechtsnormen grundsätzlich nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, folgt daraus aber noch nicht zwingend, dass der EU-ausländische Kläger oder Beschwerdeführer aus einer festgestellten Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer nationalen Zugangsbeschränkung konkret Nutzen ziehen, d.h. sich im nationalen Zulassungs- oder Bewilligungsverfahren in der Folge tatsächlich auf die Niederlassungsfreiheit berufen

kann, um eine positive Erledigung seines Antrags zu bewirken. Selbst wenn der Gerichtshof es ablehnt, die Vorlagefrage wegen eines offenkundig künstlich hergestellten Zwischenstaatsbezugs mangels Erforderlichkeit zurückzuweisen und die im österreichischen Recht für Krankenanstalten vorgesehene Bestandsprüfung als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit qualifiziert, könnten nationale Behörden oder Gerichte also meines Erachtens immer noch die oben dargestellte Missbrauchsdoctrin anwenden und feststellen, dass sich der Antragsteller nur zum Zweck der Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ins Ausland begeben hat (bzw. wie in der vorliegenden Konstellation eine im Ausland registrierte Konzerngesellschaft als Antragsteller vorgeschoben hat), um sich den strengen nationalen Zugangsregeln zu entziehen.

Nationale Behörden und Gerichte könnten meines Erachtens also sehr wohl auch nach der Feststellung des EuGH, dass die Bestandsprüfung gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, feststellen, dass die Anwendung dieser Errichtungs- und Bewilligungsvoraussetzung im konkreten Fall deshalb nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, weil es sich bei der Errichtung des beantragten Zahnambulatoriums im konkreten Fall nicht um einen grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgang, sondern um die Errichtung einer Betriebsstätte durch ein inländisches Unternehmen handelt.

3. Anspruch wegen Inländerdiskriminierung

Im vorliegenden Fall besteht allerdings das Problem, dass der VwGH bisher kein Interesse zeigte, den Zwischenstaatsbezug des ihm vorliegenden Sachverhalts einer näheren Überprüfung zu unterziehen, und bisher ohne Weiteres davon ausging, dass die Niederlassungsfreiheit hier grundsätzlich Anwendung findet. Es wäre daher unter Umständen nützlich, wenn man durch ein entsprechendes Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vielleicht noch eine Feststellung des Gerichtshofs, oder eine Erinnerung daran, erreichen könnte, dass unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs EU-ausländische Antragsteller unter bestimmten Voraussetzungen für die Zwecke der Anwendung der Grundfreiheiten des Binnenmarkts als Inländer zu betrachten sind.

Die vom EuGH angebotene Begründung dafür, warum es auch für die Entscheidungsfindung in einem rein innerstaatlichen Sachverhalt nach Art. 234 EGV erforderlich sein könnte, die nationale Rechtslage im Hinblick auf ihre Gemeinschaftsrechtskonformität zu beurteilen, weist aber darauf hin, dass sich für das Unternehmen Hartlauer – die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Bedarfsgründung vorausgesetzt – ein Anspruch auf Durchführung eines Bewilligungsverfahrens ohne Bedarfsprüfung auch dann ergeben könnte, wenn dieses Unternehmen von der Berufung auf die Niederlassungsfreiheit abgeschnitten wäre.

Nach österreichischem Recht haben Inländer nämlich aufgrund des Gleichheitssatzes der Verfassung die gleichen Rechte, die auch EU-Ausländern in der gleichen Lage kraft Gemeinschaftsrechts zustehen¹⁶. Nach dem Grundsatzerkennnis des Verfassungsgerichtshofs (VfGH) vom 1. 3. 2004¹⁷ ergibt sich eine verfassungsrechtlich bedenkliche Inländerdiskriminierung nicht nur in den Fällen, in denen die nationale Norm selbst Inländer schlechter stellt, sondern auch dann, wenn die Schlechterstellung sich erst aus dem Anwendungsvorrang ergibt. Auch wenn im vorliegenden Fall somit ein innerstaatlicher Sachverhalt angenommen wird, könnte sich der Anspruch von Hartlauer auf ein Absehen von einer Bedarfsprüfung auf der Grundlage des

nationalen Gleichheitssatzes ergeben, sollte der EuGH in dem Vorabentscheidungsverfahren in Bezug auf diese Regelung einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit feststellen¹⁸.

III. Relevante Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

A. Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs

Nach Auffassung des VwGH¹⁹ begründet die Bedarfsprüfung bzw. die Bewilligungsvoraussetzung des Vorhandenseins eines hinreichenden Bedarfs eine relevante Einschränkung der Niederlassungsfreiheit. Durch diese Bedarfsregel werde die Ausübung der Freiheit nach Ansicht dieses Gerichts behindert oder zumindest weniger attraktiv gemacht. Der VwGH geht daher davon aus, dass diese Maßnahme nur dann zulässig sein dürfte, wenn sie einer Rechtfertigung zugänglich ist²⁰.

Im Ergebnis dürfte dem VwGH zuzustimmen sein. Die Tatbestandsmäßigkeit des Bedarfsprüfungserfordernisses liegt umgekehrt aber auch nicht so klar auf der Hand, dass man dazu nicht einige vertiefte Überlegungen anstellen bzw. auf eine nähere Begründung ohne Weiteres verzichten könnte.

B. Einschlägige Rechtsprechung

Geboten ist dies schon deshalb, weil es eine unmittelbar einschlägige Rechtsprechung, d.h. Judikatur zur Tatbestandsmäßigkeit nationaler Bedarfsprüfungsvorschriften nach Art. 43 EGV – soweit ersichtlich – nicht gibt. Es gibt zwar eine Reihe von Urteilen, in denen die (wenig überraschende) Klarstellung getroffen wird, dass der Zuzug von EU-Ausländern nicht von einem Bedarf nach deren Leistungen abhängig gemacht werden darf²¹.

Allgemein und diskriminierungsfrei anwendbare Bedarfsprüfungsvorschriften haben den Gerichtshof aber nach meinem Kenntnisstand erst einmal beschäftigt, nämlich in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich²². Auch dieses Urteil ist für den vorliegenden Sachverhalt aber nur bedingt relevant. Zum einen sind die Ausführungen des Gerichtshofs zu nationalen Bedarfsprüfungsregeln dort doch recht kursorisch²³. Das Urteil bezieht sich zum anderen auf eine andere Grundfreiheit, nämlich auf die Dienstleistungsfreiheit. Dies ist deshalb bedeutsam, weil diese Freiheit bekanntlich weiter reicht, d.h. nationale Beschränkungen einem vergleichsweise strengeren Maßstab unterwirft als dies die Niederlassungsfreiheit tut. Was nach der Dienstleistungsfreiheit somit als Eingriff gilt, muss nicht unbedingt nach der Niederlassungsfreiheit bedenklich sein. Aus diesem Grund ist es auch nur bedingt aussagekräftig, dass die Dienstleistungsrichtlinie²⁴ in Art. 14 Abs. 5 bestimmt, dass die Mitgliedstaaten die Aufnahme der Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit in ihrem Hoheitsgebiet nicht von einer wirtschaftlichen Überprüfung im Einzelfall, bei der die Erteilung der Genehmigung an den Nachweis eines wirtschaftlichen Bedarfs oder einer Marktnachfrage geknüpft wird, abhängig machen dürfen.

Es soll daher nachfolgend versucht werden, die Tatbestandsmäßigkeit von Bedarfsprüfungsregeln nach Art. 43 EG anhand einiger grundsätzlicher Überlegungen zu beurteilen.

C. Vertiefte Überlegungen zur Tatbestandsmäßigkeit

1. Nicht diskriminierender und nicht stärker belastender Charakter der Regelung

Zunächst ist dabei festzuhalten, dass es sich bei der Bedarfsprüfungsregelung unbestritten um eine Marktzutrittsbeschränkung (auch) für ausländische Betreiber von solchen Ambulatorien handelt, sogar um eine solche mit einem bedeutenden quantitativen Element. Diese Einschränkung ist damit gravierender als die, die von qualitativen Einschränkungen wie z. B. Qualifikationsnachweisen ausgeht, da sie von dem ausländischen Antragsteller aus Eigenem nicht überwunden werden kann.

Gleichzeitig handelt es sich zweifellos aber auch um eine Marktzugangsbeschränkung, die nicht nur nicht diskriminiert, d.h. formal keinerlei Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Antragstellern macht, sondern auch faktisch ausländische Antragsteller in keiner Weise schlechter stellt als inländische Antragsteller²⁵. Eine versteckte Diskriminierung ergibt sich meines Erachtens auch nicht daraus, dass das Bedarfsprüfungserfordernis Ambulatorien gegenüber Ärzten und Gruppenpraxen benachteiligt, die sich – jedenfalls nach Auffassung des VwGH – äußerlich oft kaum von Ambulatorien unterscheiden werden. Eine gemeinschaftsrechtlich bedenkliche faktische Schlechterstellung von Ausländern könnte sich daraus nämlich nur dann ergeben, wenn Ambulatorien typischerweise durch EU-Ausländer betrieben würden und Ärzte und Gruppenpraxen dagegen typischerweise inländische Staatsangehörige sind bzw. von diesen betrieben werden. Ohne dies nun empirisch näher nachgeprüft zu haben, scheint es mir aber wenig wahrscheinlich, dass diese Annahmen zutreffen. Ich gehe eher davon aus, dass sowohl Ambulatorien als auch Ärzte und Gruppenpraxen ganz vorwiegend Inländer sind bzw. letztere von Inländern betrieben werden.

Es ist auch nicht davon auszugehen, dass die grenzüberschreitende Erbringung ärztlicher Leistungen vor allem und eher im Rahmen von Ambulatorien erfolgen müsste, während die innerstaatliche Erbringung dieser Leistungen durch Gruppenpraxen oder niedergelassene Ärzte erfolgen könnte. Zutreffend ist nur, dass juristische Personen, d. h. Betreiber von Krankenanstalten, ihre Leistungen in anderen Mitgliedstaaten natürlich ebenfalls nur in Form von Krankenanstalten bzw. Ambulatorien anbieten können. Gleiches gilt aber für inländische juristische Personen und Betreiber von Krankenanstalten.

2. Diskriminierungsfreiheit als notwendige, aber noch nicht hinreichende Voraussetzung für Vereinbarkeit mit Niederlassungsfreiheit

Die nun zu klärende Frage ist jedoch, ob es überhaupt eine notwendige Voraussetzung für das Eingreifen der Niederlassungsfreiheit ist, dass die infrage stehende nationale Vorschrift zumindest geeignet ist, EU-Ausländer faktisch schlechter zu stellen oder den grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgang stärker zu belasten als den vergleichbaren staatlichen Niederlassungsvorgang. In *Sodemare*²⁶, einem im Hinblick auf den Sachverhalt durchaus einschlägigen Fall²⁷, weist der Gerichtshof zwar auf den nicht diskriminierenden Charakter der Regelung hin. Dies war aber wohl als Argument im Zusammenhang mit der Rechtfertigungsfähigkeit der betreffenden Regelung zu verstehen, nicht als Begründung dafür, warum die betreffende nationale Regelung nicht von der Niederlassungsfreiheit erfasst ist.

Die Anwendung einer solchen Tatbestandsvoraussetzung könnte aber vielleicht damit begründet werden, dass die Grundfreiheiten ja wohl nur Binnenmarkthindernisse beseitigen und damit nur solche nationalen Maßnahmen erfassen sollen, die spezifisch den grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Austausch beschränken²⁸.

Bei der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs hat dieser gedankliche Ansatz bereits konkreten Niederschlag gefunden. Spätestens mit der Rechtssache Keck²⁹ wurde klargestellt, dass Art. 28 EGV nicht auf eine allgemeine Ausweitung des Warenabsatzes abzielt, sondern nur auf eine Beseitigung jener Einschränkungen, die spezifisch den grenzüberschreitenden Handel belasten. Die sogenannten Vertriebsmodalitäten werden in dieser Rechtssache aus dem Anwendungsbereich von Art. 28 EGV ausgenommen, wenn und soweit sie den Absatz in- und ausländischer Produkte tatsächlich, rechtlich und faktisch in gleicher Weise belasten³⁰.

Nun verwendet der Gerichtshof im Kontext der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zwar eine andere als die Keck-Formel. Er stellt hier darauf ab, ob die nationale Maßnahme geeignet ist, die Ausübung dieser beiden Freiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen³¹. Bei der Anwendung dieser Formel schien der Gerichtshof aber doch in einigen Fällen der Keck-Logik zu folgen.

So entschied der Gerichtshof in der Rechtssache Pfeifer, dass solche nationalen Maßnahmen als relevante Beschränkungen des Zugangs zu bestimmten Tätigkeiten im Niederlassungsmitgliedstaat anzusehen sind, die Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber Gesellschaften des Niederlassungsmitgliedstaates tatsächlich oder rechtlich schlechter stellen, und er bejaht dies schließlich in Bezug auf das infrage stehende nationale Verbot der Verwendung einer bestimmten Geschäftsbezeichnung, da dieses geeignet sei, die Durchführung einer gemeinschaftsweit einheitlichen Werbekonzeption durch die betreffenden Unternehmen zu beeinträchtigen³². In der Rechtssache Cipolla entschied der Gerichtshof, dass die Dienstleistungsfreiheit der Anwendung solcher nationalen Vorschriften entgegensteht, die die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen vergleichsweise stärker belasten als die rein innerstaatliche Dienstleistungserbringung, und hält dies in Bezug auf eine nationale Gebührenregelung für Rechtsanwälte für grundsätzlich möglich, da diese EU-ausländischen Rechtsanwälte die Möglichkeit nehme, durch geringere Honorarforderungen bereits niedergelassenen Rechtsanwälten Konkurrenz zu machen³³.

Für die Relevanz des Kriteriums der vergleichsweise stärkeren Belastung des grenzüberschreitenden gegenüber dem rein innerstaatlichen Vorgang auch im Kontext der Dienstleistungs- und Personenfreiheiten spricht schließlich auch, dass der Gerichtshof nationale Berufsausübungsbeschränkungen (z. B. Eintragungserfordernisse) differenziert danach beurteilt, ob es sich um einen Anwendungsfall der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit handelt³⁴. Die Ratio dieser Differenzierung kann nämlich meines Erachtens nur darin liegen, dass Vorschriften betreffend die Ausübung bestimmter beruflicher oder gewerblicher Tätigkeiten in der Regel niedergelassene in- und ausländische Unternehmen gleichermaßen belasten und daher nicht geeignet sind, spezifisch grenzüberschreitende Niederlassungsvorgänge zu beschränken, während die Anwendung solcher ausübungsbezogener Vorschriften auf Unternehmen, die nur gelegentlich und vorübergehend in dem betreffenden Mitgliedstaat tätig werden

wollen, häufig sehr wohl zu einer vergleichsweise stärkeren Belastung dieser Unternehmen führt, vor allem, wenn diese Ausübungsbeschränkungen eine Doppelbelastung des Dienstleistungserbringers bewirken.

3. Bedarfsprüfung als Marktzutrittssperre

Bei der Bedarfsprüfungsregelung handelt es sich allerdings um eine besonders gravierende Beschränkung. Es ist dies eine Regelung, die sich nicht darauf beschränkt, die Erbringung bestimmter Leistungen bestimmten Vorgaben zu unterwerfen und die daher lediglich dazu führt, dass die Leistung auf andere Weise oder unter Beachtung bestimmter Auflagen erbracht oder in Anspruch genommen wird. In Bezug auf solche Beschränkungen könnte man wohl auf der Grundlage obiger Überlegungen in der Tat überzeugend argumentieren, dass es darauf ankommen sollte, ob die Beschränkungen spezifisch die grenzüberschreitende Leistungserbringung qua Niederlassung oder auf andere Weise behindern oder die Erbringung oder Inanspruchnahme der Leistungen ganz allgemein (ohne stärkere Belastung des grenzüberschreitenden Vorgangs)³⁵.

Das gegenständliche Bedarfsprüfungserfordernis stellt jedoch eine ganz besonders gravierende Tätigkeitsbeschränkung dar, nämlich eine Zugangsschranke, die dem EU-ausländischen Anbieter den Marktzutritt überhaupt verschließen kann. Die Neutralität der Regelung, d.h., der Umstand, dass Gleiches für den inländischen Betreiber von Krankenanstalten gilt, vermag für sich allein die Unbedenklichkeit der Maßnahme unter dem Blickwinkel der Niederlassungsfreiheit meines Erachtens nicht zu begründen. Solche Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind von der obigen Formel, nach der die Ausübung dieser beiden Freiheiten nicht behindert oder weniger attraktiv gemacht werden darf, wohl erfasst.

Auch im Warenverkehrskontext wird für solche marktverschließende Regelungen im Übrigen eine Anwendbarkeit des Art. 28 EGV angenommen, und zwar auch dann, wenn diese völlig neutral sind. Schon in Keck begründet der Gerichtshof die Herausnahme von bestimmten Verkaufsmodalitäten aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit damit, dass die Anwendung solcher Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet ist, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren (oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut)³⁶.

Den Marktzugang potenziell völlig verschließende Normen dürften daher auch unter dem Regime der Niederlassungsfreiheit einem erhöhten Rechtfertigungsbedarf unterliegen³⁷. Es dürfte nicht ausreichen, dass die Regelung insoweit In- und EU-Ausländer rechtlich und faktisch in gleicher Weise behindert. In diesem Sinne stellte der Gerichtshof auch im Fall *Mac Quen* in Bezug auf eine nationale Vorschrift, die bestimmte Tätigkeiten bestimmten Berufsträgern vorbehalten und damit anderen Selbstständigen bzw. Unternehmen die Ausübung dieser Tätigkeiten untersagte (und damit ein Niederlassungshindernis errichtete), fest, dass eine solche Einschränkung der Niederlassungsfreiheit ungeachtet ihrer gänzlich diskriminierungsfreien Ausgestaltung nur dann zulässig ist, wenn sie einer besonderen Rechtfertigung zugänglich ist³⁸.

4. Fazit

Aus alledem folgt: Es ist wohl anzunehmen, dass der Gerichtshof in dem anhängigen Vorabentscheidungsverfahren im ersten Schritt der Analyse davon ausgehen wird, dass die Bedarfsprüfungsregelung im österreichischen Krankenanstaltenrecht grundsätzlich in die Niederlassungsfreiheit EU-ausländischer Unternehmen, die in Österreich Krankenanstalten errichten und betreiben wollen, eingreift – es sich also um eine relevante Behinderung von Niederlassungsvorgängen im Sinne der zitierten Vorjudikatur handelt und tatsächlich, wie dies der VwGH auch annimmt, um eine Regelung, die die Ausübung dieser Freiheit behindern oder weniger attraktiv machen kann³⁹.

IV. Rechtfertigungsfähigkeit der Bedarfsprüfungsregelung

A. Rechtfertigungsgründe und -voraussetzungen

Nationale Vorschriften, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit behindern, können nicht nur mit den in Art. 46 Abs. 1 genannten Gründen (zu denen auch der Gesundheitsschutz zählt) gerechtfertigt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind einschränkende Maßnahmen darüber hinaus auch noch dann zulässig, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllen: Sie müssen (1) in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, (2) aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und (3) geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten und letztlich nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist⁴⁰.

B. Nicht diskriminierende Anwendung

Die Frage des diskriminierenden Gehalts der Bedarfsregelung wurde bereits weiter oben untersucht⁴¹. Ich bin dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Regelung weder formell noch materiell diskriminiert, d.h. weder offen noch versteckt auf die Staatsangehörigkeit des Antragstellers und Bewilligungswerbers abstellt. Darüber hinaus ist die betreffende Norm auch nicht geeignet, Krankenanstaltenbetreiber aus anderen EU-Staaten faktisch stärker zu belasten als ihre inländischen Mitbewerber. Sie erschwert den grenzüberschreitenden Verkehr in gleicher Weise wie den innerstaatlichen Niederlassungsvorgang.

Selbst wenn man aber nun – meines Erachtens unzutreffend – davon ausgeht, dass sich bei dieser Regelung eine versteckte Diskriminierung daraus ergibt, dass ein vergleichbarer Vorgang, nämlich die Errichtung von Gruppenpraxen, bewilligungsfrei und damit bevorzugt ist und dieser Niederlassungsvorgang typischerweise von Inländern verwirklicht wird, während bewilligungspflichtige Krankenanstalten die typische Niederlassungsform für EU-Ausländer sind, stünde dies der Rechtfertigungsfähigkeit der Bedarfsprüfungsregelung aus zwei Gründen nicht entgegen.

Zum einen setzt die Anwendbarkeit des Rechtfertigungsgrundes Gesundheitsschutz nicht voraus, dass die nationale Vorschrift nicht diskriminiert.

Zum anderen sind Diskriminierungen dieses Typs, die sich daraus ergeben, dass eine bestimmte Personengruppe (z.B. Inländer oder Männer) in der rechtlich bevorzugten Kategorie stärker repräsentiert ist als eine andere Personengruppe (z.B. EU-Ausländer oder Frauen), im Gegensatz zu Vorschriften, bei denen sich die Diskri-

minierung daraus ergibt, dass offen oder versteckt auf das zulässige Unterscheidungsmerkmal (Staatsangehörigkeit, Geschlecht) abgestellt wird, einer sachlichen Rechtfertigung sehr wohl zugänglich.

So entscheidet der Gerichtshof in Bezug auf die Geschlechtergleichbehandlung in ständiger Rechtsprechung, dass eine nationale Regelung zwar eine mittelbare Diskriminierung enthält, wenn sie, obwohl neutral gefasst, tatsächlich prozentual erheblich mehr Frauen als Männer benachteiligt, dass solche Maßnahmen aber durch objektive Faktoren gerechtfertigt werden können, die mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nichts zu tun haben⁴². Diese Grundsätze wendet der Gerichtshof auch in seiner Grundfreiheitenjudikatur an⁴³.

C. Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder Allgemeininteresses

Die gegenständliche Bedarfsregelung ist Bestandteil eines Regelungssystems, das letztlich das Ziel einer umfassenden und hochwertigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung einerseits und andererseits das Interesse verfolgt, die der öffentlichen Hand daraus entstehenden finanziellen Belastungen gering zu halten⁴⁴. Durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist nun schon seit längerem geklärt, dass das Ziel, eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrecht zu erhalten, sogar zu den Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit nach Art. 46 Abs. 1 EGV zählen kann, soweit dieses Ziel zur Erreichung eines hohen Niveaus des Gesundheitsschutzes beiträgt⁴⁵.

Der Gerichtshof hat des Weiteren bereits mehrfach anerkannt, dass die Sicherung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt⁴⁶.

Es ist daher nachfolgend zu klären, ob die Bedarfsprüfung geeignet ist, einen Beitrag zur Erreichung dieser gemeinschaftsrechtlich anerkannten Regelungsziele zu leisten, und ob diese Regelung insoweit auch verhältnismäßig ist, d.h. die Niederlassungsfreiheit nicht stärker einschränkt, als notwendig ist, um die betreffenden Ziele zu erreichen.

D. Eignung und Verhältnismäßigkeit

Um Eignung und Verhältnismäßigkeit der Bedarfsprüfungsregelung im Hinblick auf die genannten Regelungsziele beurteilen zu können, wird es notwendig sein, die mit dieser Regelung verfolgten Zielsetzungen möglichst präzise zu bestimmen. Die Regelungsziele der umfassenden und hochwertigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung – und die Kontrolle der daraus entstehenden finanziellen Belastung für die öffentliche Hand – sind noch zu allgemein, um unmittelbar als Anknüpfungspunkt für den Verhältnismäßigkeitstest dienen zu können. Im Einzelnen könnten es nun folgende Subziele sein, die mit dieser Regelung konkret verfolgt werden.

Zum einen soll die Regelung wohl gemeinwirtschaftliche bzw. im weiteren Sinne öffentlich finanzierte Einrichtungen für die Erbringung von Gesundheitsleistungen in ihrem Bestand schützen. Mit dem Ziel einer Kontrolle der finanziellen Belastungen durch das System der Gesundheitsvorsorge steht das insoweit im Zusammenhang, als ein Konkurrenzschutz zugunsten dieser öffentlich finanzierten Einrichtungen einen

effizienten Einsatz öffentlicher Ressourcen in diesem Bereich ermöglichen sollte. Dieser Bestands- oder Konkurrenzschutz kann auch im Zusammenhang mit dem Ziel der Gewährleistung einer flächendeckenden medizinischen Versorgung der Bevölkerung gesehen werden.

Zum anderen kann die Bedarfsprüfungsregelung schließlich noch einen weiteren Beitrag zur Kontrolle der der öffentlichen Hand entstehenden finanziellen Belastung im Bereich der Gesundheitsvorsorge leisten. Durch die damit bewirkte Begrenzung des Angebots medizinischer Leistungen, bzw. durch die damit mögliche Ausrichtung dieses Angebots am bestehenden Bedarf, könnte das Entstehen einer hauptsächlich angebotsinduzierten Nachfrage verhindert und damit der Finanzierungsaufwand für die Subventionierung medizinischer Dienstleistungen insgesamt begrenzt werden (Verhinderung einer angebotsinduzierten Nachfrage).

1. Schutz gemeinwirtschaftlicher bzw. im weiteren Sinne öffentlich finanzierter Gesundheitseinrichtungen

Aus den beiden Bedarfsprüfungsregelungen, auf die der VwGH in seinen Vorlagefragen Bezug nimmt, lässt sich klar ableiten, welche Einrichtungen es konkret sind, die durch diese Regelung vor Wettbewerb und einer Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz geschützt werden sollen: Es sind dies niedergelassene Kassenvertragsärzte, kasseneigene Einrichtungen und Vertragseinrichtungen der Kassen sowie niedergelassene Dentisten mit Kassenvertrag (§ 4 Abs. 2 lit a Wiener Krankenanstaltengesetz⁴⁷) bzw. zusätzlich auch noch Ambulanzen von öffentlichen, privaten gemeinnützigen und sonstigen Krankenanstalten mit Kassenvertrag (§ 5 Abs. 2 OÖ Krankenanstaltengesetz 1997⁴⁸).

a) Schutz gemeinwirtschaftlicher Krankenanstalten

Es stellt sich daher die Frage, ob ein Konkurrenz- und Bestandsschutz all dieser Einrichtungen geeignet und vor allem auch erforderlich ist, um die beiden Ziele einer Kostenkontrolle und Gewährleistung einer flächendeckenden und qualitativ hochwertigen Versorgung mit Gesundheitsleistungen zu erreichen; bzw. umgekehrt: ob eine unbegrenzte Zulassung erwerbswirtschaftlicher Krankenanstalten (im vorliegenden Fall von Zahnambulatorien) tatsächlich geeignet ist, die genannten gemeinwirtschaftlichen oder im weiteren Sinn öffentlich finanzierten Erbringer von Gesundheitsdienstleistungen (hier konkret: zahnärztlicher Dienstleistungen) in ihrem Bestand zu gefährden.

Hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlich zulässigen Nutznießer bedarfsorientierter Einschränkungen kann zunächst darauf hingewiesen werden: Der Gerichtshof hat bereits mehrfach anerkannt, dass Mitgliedstaaten ein gerechtfertigtes Interesse an der genauen Planung des Angebotes von Krankenanstalten haben⁴⁹. Im Urteil Smits und Peerbooms führt der Gerichtshof aus, dass die Zahl der Krankenhäuser, ihre geographische Verteilung, ihr Ausbau und die Einrichtungen, über die sie verfügen, aber auch die Art der medizinischen Leistungen, die sie anbieten können, Gegenstand einer Planung sein müssen. Denn zum einen bezwecke diese Planung im betreffenden Staat zu gewährleisten, dass ein ausgewogenes Angebot qualitativ hochwertiger Krankenhausversorgung ständig in ausreichendem Maß zugänglich ist. Zum anderen solle sie dazu beitragen, die Kosten zu beherrschen und soweit wie möglich jede Verschwendung

finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen zu verhindern. Eine solche Verschwendung wäre nach Ansicht des EuGH umso schädlicher, als der Sektor der Krankenversorgung bekanntlich erhebliche Kosten verursacht und wachsenden Bedürfnissen entsprechen müsse, während die für die Gesundheitspflege bereitgestellten finanziellen Mittel unabhängig von der Art und Weise ihrer Finanzierung nicht unbegrenzt seien⁵⁰. Auf die Zulässigkeit einer Sicherstellung der Auslastung inländischer Krankenhäuser unter eben diesen Gesichtspunkten und damit eine mögliche Rechtfertigung für eine Beschränkung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs in diesem verwies im Übrigen bereits GA Tesouro in der Rechtssache Kohll⁵¹.

Wenn nun, aber das wäre empirisch natürlich noch näher nachzuweisen, die unbegrenzte Zulassung privater erwerbswirtschaftlich geführter Krankenanstalten tatsächlich dazu führen würde, dass gemeinwirtschaftliche Krankenanstalten, wenn auch nicht in ihrem Bestand gefährdet, aber doch in ihrer wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit beeinträchtigt werden, etwa weil sie durch eine Art Rosinenpicken daran gehindert werden, wichtige Arten von Einnahmen zu erzielen (z. B. Einnahmen aus den sogenannten „Hotelleistungen“⁵²), oder weil sie mangels Auslastung bereitzustellender Ressourcen im Sach- und Personalbereich keine ausreichende Kostendeckung mehr erzielen können, ist mit dem VfGH davon auszugehen, dass eine solche Bedarfsregelung nicht nur innerstaatlich unter dem Blickwinkel der in Art. 6 StGG garantierten Erwerbsfreiheit, sondern auch unter dem Blickwinkel der gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt wäre⁵³. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass der EuGH vor allem an den empirischen Nachweis dieser Zusammenhänge wohl strengere Anforderungen stellen dürfte als der VfGH⁵⁴. Gerade im Bereich der Zahnmedizin dürfte dieser Nachweis vielleicht doch schwerfallen.

b) Schutz niedergelassener Ärzte und Einrichtungen mit Kassenverträgen

Ein möglicher Knackpunkt der Rechtfertigungsprüfung ist die Einbeziehung von Kassenärzten und Einrichtungen mit Kassenverträgen in die Bedarfsfeststellung, d.h. der Umstand, dass auch diese an sich gewinnorientierten Personen und Einrichtungen durch dieses Regime vor dem Wettbewerb durch Krankenanstaltenbetreiber geschützt werden. Auf den ersten Blick erscheint dies deshalb problematisch, da Kassenvertragsärzte und Krankenanstalten mit Kassenvertrag ja nicht strukturell defizitär sind und damit auch keine Verlustabdeckung durch öffentliche Mittel beanspruchen, sodass das Argument der Kontrolle der finanziellen Belastung der öffentlichen Hand jedenfalls vordergründig nicht durchschlägt. Bei näherer Prüfung werden aber Zusammenhänge erkennbar, die einen Wettbewerbs- und Existenzschutz vielleicht auch in Bezug auf diese Personen und Einrichtungen als gerechtfertigt erscheinen lassen. Diese bestehen, um dies vorweg zusammenzufassen, darin, dass es sich bei diesen Ärzten und Einrichtungen mit Kassenverträgen um tragende Pfeiler unseres Sachleistungssystems handelt.

Vom VfGH wurde dieser Rechtfertigungsgedanke bei der Beurteilung der Vorschrift am Maßstab der in Art. 6 StGG verankerten Erwerbsfreiheit bereits akzeptiert⁵⁵. Er lautet im Einzelnen wie folgt: Das österreichische sozialversicherungsrechtliche Leistungssystem orientiert sich am Sachleistungsprinzip. Dabei handelt es sich zweifellos um eine auch gemeinschaftsrechtlich zulässige und unbedenkliche System-

entscheidung⁵⁶. Das Sachleistungsprinzip setzt nun das Bestehen entsprechender Einrichtungen voraus. Es müssen also entweder eigene Einrichtungen der Sozialversicherungsträger oder von diesen beauftragte Vertragspartner vorhanden sein, die die betreffenden Gesundheitsleistungen auf Rechnung der Sozialversicherungsträger erbringen⁵⁷.

Der Gesetzgeber hat nun die gemeinschaftsrechtlich wohl ebenfalls kaum zu beanstandende Grundsatzentscheidung getroffen, dass diese Leistungen jedenfalls auch, wenn nicht sogar primär, durch (mit einem Kassenvertrag ausgestattete) niedergelassene freiberufliche Ärzte erbracht werden sollten⁵⁸. Dementsprechend besteht selbst für die Errichtung eigener Einrichtungen der Sozialversicherungsträger eine besondere Genehmigungspflicht. Gemäß § 23 Abs. 6 ASVG dürfen Ambulatorien nur dann errichtet oder erweitert werden, wenn die Behörde einen entsprechenden Bedarf feststellt. In diesem Verfahren haben die Interessenvertreter der Vertragsärzte ein gewisses Mitspracherecht⁵⁹. Weiterer Ausdruck dieser „Systementscheidung gegen einen Gesundheitsdienst“⁶⁰ ist auch die gesetzliche Anordnung (§ 135 Abs. 2 ASVG), dass im Fall des Bestehens eigener Einrichtungen eine Wahlmöglichkeit zwischen der Behandlung durch diese Einrichtung oder einen oder mehreren Vertragsärzten (bzw. Wahlärzten) möglich sein muss. Sozialversicherungsträger eigener Einrichtungen dürfen daher diese Leistungen nicht zu günstigeren Bedingungen erbringen, und es müssen insbesondere auch die Zuzahlungen jeweils gleich hoch sein.

Vor diesem Hintergrund wird hinreichend deutlich, dass die niedergelassenen Kassenärzte der tragende Pfeiler des sozialversicherungsrechtlichen Leistungssystems sind, und dass der öffentliche Versorgungsauftrag der Sozialversicherung betreffend medizinische Leistungen auch und primär durch Kassenvertragsärzte erfüllt wird⁶¹. In Anbetracht dieser Bedeutung niedergelassener Kassenvertragsärzte (aber auch anderer Einrichtungen mit Kassenverträgen, die ja ebenfalls nur bei entsprechendem Bedarf bewilligt und mit einem Kassenvertrag ausgestattet werden) für das Vorhandensein einer flächendeckenden, leicht zugänglichen ärztlichen Versorgung der sozialversicherten Personen (damit praktisch der nahezu gesamten Bevölkerung) erscheint es doch gerechtfertigt, durch eine Kontrolle des Angebots von Gesundheitsdienstleistungen diesen Kassenvertragsärzten bzw. Kassenvertragseinrichtungen einen gewissen Existenzschutz angedeihen zu lassen⁶².

Diese Rechtfertigung müsste meines Erachtens grundsätzlich auch für eine allfällige Behinderung der Niederlassungsfreiheit gelten⁶³.

Der Umstand, dass die Bedarfsprüfung einen gewissen Bestands- und Konkurrenzschutz auch für niedergelassene Ärzte und Krankenanstalten ohne Kassenvertrag herbeiführt, sollte die grundsätzliche Konsistenz der Regelung (und der skizzierten Rechtfertigungsargumentation) nicht infrage stellen⁶⁴. Denn eine (wiederum bedarfsabhängige) Bewilligungspflicht für Wahlärzte bzw. einen Zusammenschluss von Wahlärzten zu einer Gruppenpraxis wäre wohl als ein zu gravierender Eingriff in die Erwerbsfreiheit dieser Personen zu betrachten gewesen. Im Hinblick darauf, dass diese erhebliche zeitliche und finanzielle Ressourcen in ein berufsausbildendes Studium investiert haben, wäre eine solche quantitative Zugangsbeschränkung ein unverhältnismäßig starker Eingriff.

In dem Verfahren vor dem EuGH wird es aber jedenfalls erforderlich sein, die genannten Zusammenhänge, insbesondere die möglichen oder wahrscheinlichen Auswirkungen von unbegrenzten Zulassung von Krankenanstalten auf die wirtschaftliche Situation von Kassenvertragsärzten und anderen „Systemeinrichtungen“ (eigene Einrichtungen, gemeinwirtschaftliche Krankenanstalten, Einrichtungen mit Kassenverträgen), plausibel darzustellen.

Dabei wird nachzuweisen sein, dass eine unbegrenzte Zulassung von Ambulatorien ein entsprechendes Gefährdungspotenzial auch dann aufweist, wenn diese keinen Kassenvertrag erhalten. Dies erfordert plausible Prognosen, wie viele Ambulatorien dann auf den Markt drängen würden, und welches Nachfragesegment von diesen voraussichtlich vorrangig angesprochen würde. In diesem Zusammenhang wäre wohl auch zu prüfen, in Bezug auf welche Leistungen konkret die beantragte Krankenanstalt, hier also das Zahnambulatorium, den in ihrer Existenz zu schützenden Kassenvertragsärzten bzw. öffentlich finanzierten Einrichtungen voraussichtlich Konkurrenz machen wird. Wäre dies etwa vorrangig der Zahnersatz oder eher kosmetische zahnärztliche Leistungen, die vom österreichischen Sozialversicherungssystem gegenwärtig ohnehin nur zu einem sehr geringen Teil bezuschusst werden, wäre das Existenzschutzargument sicherlich geschwächt. Man könnte dann auch einwenden, dass das österreichische Gesundheitsvorsorgesystem in dieser Hinsicht ohnehin kein besonders hohes Schutzniveau anstrebt⁶⁵. Es wird dann wohl aber auch darauf ankommen, ob und inwieweit Zahnärzte typischerweise auf Einnahmen aus der Erbringung gerade dieser Leistungen angewiesen sind (diesfalls käme wieder das oben schon in Bezug auf öffentlich finanzierte Krankenanstalten ausgeführte Argument des Rosinenpickens zum Tragen) und ob das beantragte Zahnambulatorium wirklich eine so große Nachfrageverlagerung nach sich ziehen kann, dass niedergelassene Kassenvertragsärzte und andere Kassenvertragseinrichtungen einen spürbaren Einnahmeverlust erleiden würden.

Ein relevanter Gesichtspunkt in diesem Kontext mag schließlich aber auch sein, dass Zahnambulatorien gerade im Hinblick auf diese kosmetischen zahnärztlichen Leistungen für mehr Wettbewerb sorgen und damit durchaus zu einer Verbilligung dieser Leistungen führen könnten. Dies mag auf die Höhe der Zuzahlungen durch die Sozialversicherungsträger keinen Einfluss haben, für den Patienten, der diese Leistungen in Anspruch nimmt, wäre dies aber doch ein signifikanter Vorteil, der in die Abwägung mit einfließen dürfte.

2. Verhinderung einer angebotsinduzierten Nachfrage- und Kostensteigerung

Die Kontrolle der Kosten im Gesundheitswesen ist, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich ein taugliches Rechtfertigungsargument. Der EuGH hat wiederholt darauf hingewiesen, dass rein wirtschaftliche Gründe eine Beschränkung einer Grundfreiheit zwar nicht rechtfertigen könnten, eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit jedoch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstelle, der bestimmte Beschränkungen rechtfertigen kann⁶⁶.

Auch auf die Notwendigkeit, die Kosten im Gesundheitswesen zu kontrollieren und, soweit wie möglich, eine Verschwendung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen zu verhindern, hat der EuGH bereits ausdrücklich hingewiesen⁶⁷.

In diesem Zusammenhang wird der EuGH also davon zu überzeugen sein, dass die unbegrenzte Zulassung von Zahnambulatorien eine derartig massive Nachfragesteigerung nach sich ziehen würde, dass erhebliche Auswirkungen auf das finanzielle Gleichgewicht des Systems auch dann zu befürchten sind, wenn Versicherte in Bezug auf Leistungen solcher Ambulatorien nur eine Wahlartzkostenerstattung erhalten (d.h. 80 Prozent jenes Betrages, den die Krankenversicherung bei einem Vertragspartner aufwenden würde). Da es sich in absoluten Beträgen dennoch um bedeutende Summen handelt, ist dies zwar durchaus nicht denkunmöglich; auch dieser Nachweis wird aber wohl nicht leichtfallen⁶⁸.

Dabei wird man zwar glaubhaft darauf hinweisen können, dass dieser Nachfragesteigernde Effekt noch dadurch verstärkt werden könnte, dass Zahnambulatorien jedenfalls die vergleichsweise teuren zahnärztlichen Leistungen eher kosmetischer Natur deutlich billiger anbieten könnten als dies niedergelassene Ärzte tun. Gerade wegen der geringen Zuzahlung durch die Krankenkassen könnte dies durchaus zu einer spürbaren Nachfragesteigerung (möglicherweise auch durch eine Umlenkung der Nachfrage von günstigen ausländischen Anbietern wieder zurück zu inländischen Anbietern) führen. Auch in diesem Zusammenhang ist aber natürlich zu berücksichtigen, dass eine Verbilligung dieser nur geringfügig bezuschussten Leistungen für den Konsumenten eine positive Entwicklung ist, die bei der Abwägung wohl entsprechend zu berücksichtigen wäre.

Dessen ungeachtet wird zur faktischen Untermauerung des Arguments der angebotsinduzierten Nachfragesteigerung darzulegen sein, dass die Zulassung zusätzlicher Zahnambulatorien nicht bloß zu einer Nachfrageverlagerung von den im weiteren Sinne öffentlich finanzierten Einrichtungen zu den Ambulatorien hin führt, sondern zu einer Nachfrageerhöhung insgesamt. Dabei ist aber darauf zu achten, dass kein Widerspruch zu dem oben ausgeführten Konkurrenzschutzargument entsteht. Führt die Zulassung von Ambulatorien nämlich dazu, dass diese eine zusätzliche Nachfrage generieren, würden sie bestehenden Einrichtungen und Einzelpraxen möglicherweise gar kein, oder jedenfalls nur wenig „Geschäft“ wegnehmen. Eine bedarfsorientierte Begrenzung solcher Ambulatorien könnte also mit Bestandsschutzerwägungen kaum gerechtfertigt werden.

Auch im Kontext dieses Rechtfertigungsgrundes könnte schließlich mit Hinweis auf die Abwesenheit einer Bewilligungspflicht im ambulanten Bereich (Wahlärzte und Gruppenpraxen) der Einwand mangelnder Regelungskohärenz kommen. Auch Wahlärzte stellen ein potenziell nachfragesteigerndes Angebot dar. Das Gegenargument könnte aber auch in diesem Zusammenhang die Abwägung mit der Erwerbsfreiheit dieser Gruppe sein.

E. Problembereich Verfahren

Die beiden dem Vorlagebeschluss des VwGH zugrunde liegenden Verwaltungsverfahren in Wien und Oberösterreich zeigen, dass die Bedarfsprüfungsregelung auf doch recht unterschiedliche Weise zur Anwendung kommen kann. Dies liegt nicht an der Kompetenzlage, d.h. nicht daran, dass die Länder zuständig sind, durch eigene Krankenanstaltengesetze die Grundsatzbestimmungen des Bundesgesetzes über Krankenanstalten näher auszuführen. Auch die in Bezug auf die Durchführung der Bedarfsprüfung erlassenen Länderregeln – jedenfalls gilt dies für die beiden verfahrensgegenständlichen Krankenanstaltengesetze von Wien und Oberösterreich – unterscheiden sich im Hinblick auf die verfahrensrechtliche oder materiell-rechtliche Regelung der Bedarfsprüfung nur unwesentlich. Beiden ist gemeinsam, dass sie die Durchführung dieser Prüfung in inhaltlicher Hinsicht nur schwach determinieren. Genau darin liegt aber auch die Ursache dafür, dass der Bedarf in den beiden Bundesländern, auch in den betreffenden Verwaltungsverfahren, auf unterschiedliche Weise geprüft wurde.

In gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht ist aber nicht so sehr problematisch, dass der Bedarf in Wien und Oberösterreich nach unterschiedlichen Kriterien festgestellt wird, sondern dass diese Kriterien nicht hinreichend bestimmt sind. In Wien wird maßgeblich auf die Bevölkerungszahl pro Zahnarzt, in Oberösterreich dagegen auf die durchschnittliche Wartezeit für Schmerz- und Routinepatienten abgestellt; die jeweils relevanten Kennziffern sind aber offenbar nicht festgelegt.

Dass sich hier ein gemeinschaftsrechtlicher Angriffspunkt ergibt, wird mit einem Blick auf die EuGH-Judikatur betreffend die Zulässigkeit behördlichen Ermessens bei potenziell Grundfreiheiten beschränkenden Maßnahmen deutlich. Es gibt bereits zahlreiche Urteile, in denen die Durchführung von Zulassungs- oder Genehmigungsverfahren zwar als grundsätzlich gerechtfertigt angesehen wird, die betreffenden Zulassungs- und Bewilligungsverfahren jedoch als übermäßig restriktiv oder auf andere Weise zur unverhältnismäßigen Einschränkung der Grundfreiheit geeignet qualifiziert werden. Wiederholt stieß sich der EuGH in diesem Zusammenhang an Verfahrensvorschriften, die den zuständigen Behörden zuviel an Ermessen einräumen. In *Analir*⁶⁹ stellte der Gerichtshof fest, dass das dort infrage stehende System einer vorherigen behördlichen Genehmigung zwar grundsätzlich gemeinschaftsrechtlich zulässig war, keinesfalls jedoch eine Ermessensausübung der nationalen Behörden im Rahmen dieses Verfahrens gerechtfertigt ist, die den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ihre praktische Wirkung nehmen könnte. Damit ein solches Genehmigungssystem trotz eines Eingriffs in eine Grundfreiheit gerechtfertigt sei, müsse es daher auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, die den betroffenen Unternehmen im Voraus bekannt sind, damit dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern. Ähnliche Feststellungen finden sich in den Urteilen betreffend die Zulässigkeit einer Genehmigungspflicht für die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Ausland⁷⁰.

Zumindest in diesem Bereich ist also meines Erachtens ein gemeinschaftsrechtlich bedingter Sanierungsbedarf gegeben.

- ¹ Der Vortragstil wurden beibehalten und nur die wesentlichen Nachweise ergänzt.
- ² Bundesgesetz über Krankenanstalten (KAG), BGBl I/1957, § 2 Abs. 1 Ziff. 7 i. d. F. BGBl I 64/2002
- ³ § 3 Abs. 1 KAG i. d. F. BGBl I 155/2005
- ⁴ § 3 Abs. 2 lit a KAG i. d. F. BGBl I 155/2005
- ⁵ z. B. VfSlg. 15.456; VfSlg. 15.449; VfSlg. 15.838; VfSlg. 17.848
- ⁶ Beschluss des VwGH vom 22. 2. 2007, 2002/11/0021, S 12 f.
- ⁷ Beschluss des VwGH vom 22. 2. 2007, 2002/11/0021, S 1; EuGH, Rs. C-169/07, Hartlauer, Abl 2007 C 155/8
- ⁸ Beschluss des VwGH vom 22. 2. 2007, 2002/11/0021, S 12: „Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz unstrittig in der Bundesrepublik Deutschland, somit in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Errichtung der in dem Beschwerdefällen in Rede stehenden beiden Zahnambulatorien geplant ist. Es dürfte außer Zweifel stehen, dass die Beschwerdeführerin damit von ihrer Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 43 (i. V. m. Art. 48) EG Gebrauch machen will.“
- ⁹ EuGH Rs. C-148/91, Veronica Omroep. Slg. 1993, I-487 Rn. 12; ähnlich Rs. C-23/93, TV10, Slg. 1994, I-4795 Rn. 20
- ¹⁰ EuGH Rs. 115/78, Knoors, Slg. 1979, 399 Rn. 25
- ¹¹ EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459
- ¹² Centros (Fn. 11) Rn. 19
- ¹³ EuGH Rs. C-448/98, Guimont, Slg. 2000, I-10663
- ¹⁴ EuGH verbRs C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99, Reisch, Slg. 2002, I-2157 Rn. 25 f; Rs. C-239/02, Douwe Egberts, Slg. 2004, I-7007 Rn. 57
- ¹⁵ Guimont (Fn. 13) Rn. 23
- ¹⁶ Guimont (Fn. 13) Rn. 23
- ¹⁷ VfSlg. 17.150
- ¹⁸ Daraus folgt wohl nicht, dass nun grundsätzlich in jedem Fall auch eine gemeinschaftsrechtliche Bewertung aller restriktiven Bestimmungen vorgenommen werden muss. Die Inländerdiskriminierungsjudikatur kommt möglicherweise nur zur Anwendung, wenn die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der betreffenden Vorschrift bereits feststeht. Letztere Voraussetzung wäre im vorliegenden Fall aber eben aufgrund der EuGH-Vorabentscheidung erfüllt.
- ¹⁹ Beschluss des VwGH v. 22. 2. 2007, 2002/11/0021, S. 13
- ²⁰ Beschluss des VwGH v. 22. 2. 2007, 2002/11/0021, S. 13
- ²¹ z. B. EuGH Rs. C-63/99, Gloszczuk, Slg. 2001, I-6369 Rn. 59
- ²² EuGH Rs. C-255/04, Kommission/Frankreich, Slg. 2006, I-5251
- ²³ s. Rn. 29: „Wie die französische Regierung einräumt, stellt eine nationale Regelung, die die Erteilung einer Lizenz zur Ausübung einer Tätigkeit wie jener der Künstlervermittlung vom Bedarf an Künstlervermittlungen abhängig macht, eine Beschränkung dar; sie zielt auf eine Begrenzung der Zahl der Dienstleister ab. Die französische Regierung hat keinen Grund vorgetragen, mit dem sich diese Beschränkung rechtfertigen ließe.“
- ²⁴ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Abl 2006 L 376/36
- ²⁵ So auch Schneider, Ärztliche Ordinationen und selbstständige Ambulatorien (2001) 135; Runggaldier, Bedarfsprüfung für private Ambulatorien aus verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Sicht, FS Krejci (2001), 1653, 1665; Windisch-Graetz, Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das österreichische Krankenanstaltenrecht, ZfV 2002, 734, 745
- ²⁶ EuGH Rs. C-70/95, Slg. 1997, I-3395 Rn. 33
- ²⁷ Es ging um ein nationales Verbot, nach dem Gesellschaften, die einen Erwerbszweck verfolgen, sich nicht automatisch an der Durchführung eines gesetzlichen Systems der Sozialhilfe eines Mitgliedstaats durch den Abschluss eines Vertrages beteiligen können, der einen Anspruch auf Erstattung der Kosten von gesundheitsbezogenen Leistungen der Sozialhilfe durch die Behörden vorsieht.
- ²⁸ Ausführliche Entwicklung dieses Gedankens bei Eilmansberger, Zur Reichweite der Grundfreiheiten des Binnenmarkts, JBI 1999, 345, 355 ff.
- ²⁹ EuGH verbRs. C-267/91 u. C-268/91, Keck, Slg. 1993, I-6097
- ³⁰ Keck (Fn. 29) Rn. 16
- ³¹ z. B. EuGH Rs. C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663 Rn. 32; Rs. C-299/02, Kommission/Niederlande, Slg. 2004, I-9761 Rn. 15; Rs. C-140/03, Kommission/Griechenland, Slg. 2005, I-3177 Rn. 27; Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37
- ³² EuGH Rs. C-255/97, Pfeifer, Slg. 1999, I-2835 Rn. 19 f.
- ³³ EuGH Rs. C-94/04, Cipolla, Slg. 2006, I-11421 Rn. 57 ff.

- ³⁴ So kann etwa die Verpflichtung zur Eintragung in ein Berufsregister nach Ansicht des EuGH unbedenklich (und damit mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar), in Bezug auf nur gelegentlich in dem Mitgliedstaat tätige Unternehmen aber (mit der Dienstleistungsfreiheit) unvereinbar sein; EuGH Rs. C-58/98, Corsten, Slg. 2000, I-7919 Rn. 45.
- ³⁵ In diesem Sinne auch Runggaldier (Fn. 25) 1667
- ³⁶ Keck (Fn. 30) Rn. 17
- ³⁷ So auch Lafontaine, National Law on Pharmacies and its Non-Application by a Member State's Public Authorities – DocMorris again leading the way to accomplish Freedom of Establishment, ZeuS 2006, 301, 314
- ³⁸ EuGH Rs. C-108/96, Mac Quen, Slg. 2001, I-837 Rn. 25 f.
- ³⁹ So auch Schneider, Ärztliche Ordinationen (Fn. 25) 136; ders. (hinsichtlich Apotheken), Bedarfsprüfung für Apotheken EU-konform? wbl 2007, 149, 150; Windisch-Graetz, ZfV 2002, 744 f.; Kaluscha, Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit – am Beispiel der österreichischen Bedarfsprüfung für Krankenanstalten (Universität Graz 2000) 237 f.; zweifelnd Runggaldier (Fn. 25) 1666; zur (allerdings nicht ganz vergleichbaren) Bedarfszulassung von Rehabilitationseinrichtungen im deutschen Recht Bold, Die Vereinbarkeit der Bedarfszulassung von Rehabilitationseinrichtungen mit nationalem und europäischem Recht (Universität Konstanz 2003) 111 ff., 126
- ⁴⁰ Statt vieler z. B. Kraus (Fn. 31) Rn. 32
- ⁴¹ Vgl. C.1.
- ⁴² z.B. EuGH Rs. C-322/98, Kachelmann, Slg. 2000, I-7505 Rn. 23; Rs. C-25/02, Rinke, Slg. 2003, I-8349 Rn. 33; Rs. C-313/02, Wippel, Slg. 2004, I-9483 Rn. 43; zuletzt wieder Rs. C-300/06, Voß, Urteil vom 6. 12. 2007, noch nicht in Slg. veröff. Rn. 42
- ⁴³ Für die Niederlassungsfreiheit zuletzt etwa EuGH Rs. C-383/05, Talotta, Slg. 2007, I-2555 Rn. 19
- ⁴⁴ Vorbringen der österreichischen Bundesregierung im VfGH-Verfahren Erkenntnis vom 7. 3. 1992, VfSlg. 13.023
- ⁴⁵ EuGH Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931 Rn. 50; Rs. C-157/99, Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473 Rn. 73; Rs. C-358/99, Müller-Fauré, Slg. 2003, I-4509 Rn. 67; Rs. C-444/05, Stamatelaki, Slg. 2007, I-3185 Rn. 31
- ⁴⁶ Kohll (Fn. 45) Rn. 41; Smits und Peerbooms (Fn. 45) Rn. 72; Müller-Fauré (Fn. 45) Rn. 73; Stamatelaki (Fn. 45) Rn. 30
- ⁴⁷ Wiener Krankenanstaltengesetz 1987, Wr LGBl 23/1987 i. d. g. F.
- ⁴⁸ Oberösterreichisches Krankenanstaltengesetz 1997, OÖ LGBl 132/1997 i. d. g. F.
- ⁴⁹ Vgl. auch Windisch-Graetz, ZfV 2002, 745.
- ⁵⁰ Smits und Peerbooms (Fn. 45) Rn. 76 ff.; zuletzt auch wieder EuGH Rs. 372/04, Yvonne Watts, Slg. 2006, I-4325 Rn. 108 ff.
- ⁵¹ Kohll (Fn. 45) Rn. 57 ff.
- ⁵² Insoweit skeptisch (dass solche Ausfälle hinreichend spürbar sind) allerdings Kaluscha (Fn. 39) 255 f.
- ⁵³ So auch Runggaldier (Fn. 25) 1669 f.; Windisch-Graetz, ZfV 2002, 745; sowie zumindest andeutungsweise VfSlg. 15.456
- ⁵⁴ So auch Schneider, Ärztliche Ordinationen (Fn. 25) 137
- ⁵⁵ VfSlg. 15.456
- ⁵⁶ Der EuGH hat zwar schon wiederholt festgestellt, dass auch im Rahmen des Sachleistungsprinzips erbrachte Leistungen vom Anwendungsbereich des Vertrages erfasst sind (z. B. Smits und Peerbooms (Fn. 45) Rn. 55). Daraus folgt aber natürlich nicht, dass der Schutz dieses Systems nicht bestimmte Einschränkungen der betreffenden Grundfreiheit rechtfertigen könnte.
- ⁵⁷ Dass das Sachleistungsprinzip durch eine unbegrenzte Zulassung von Ambulatorien unmittelbar ausgehöhlt und unterlaufen würde, lässt sich wohl kaum behaupten. Dieses Argument trägt schon deshalb nicht, weil gerade im Bereich der zahnärztlichen Behandlung das Sachleistungsprinzip ja ohnehin nur eingeschränkt verwirklicht ist. Aus dem Sachleistungsprinzip lässt sich aber ein Bestandsschutzargument gewinnen, denn das System erfordert, dass hinreichend viele Anbieter vorhanden sind. Dazu näher im Anschluss.
- ⁵⁸ Vgl. auch § 338 Abs. 2 ASVG: „Durch die Verträge nach Abs. 1 ist die ausreichende Versorgung der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen sicherzustellen. Eigene Einrichtungen des Versicherungsträgers dürfen für die Versorgung mit diesen Leistungen nur nach Maßgabe der hierfür geltenden gesetzlichen Vorschriften herangezogen werden.“
- ⁵⁹ Gemäß § 339 ASVG haben die örtlich zuständigen Ärztekammern vor der beabsichtigten Errichtung, Erwerbung oder Erweiterung eigener Einrichtungen ein Recht zur Stellungnahme, und gemäß § 339 Abs. 2 ASVG haben diese Interessensvertretungen im behördlichen Verfahren Parteistellung i. S. v. § 8 AVG.
- ⁶⁰ So VfGH in VfSlg. 15.456 (unter Berufung auf Selb, in: Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts 572)
- ⁶¹ Vgl. auch Runggaldier (Fn. 25) 1660
- ⁶² Dass der Schutz bzw. die Verwirklichung des Sachleistungssystems gewisse Beschränkungen rechtfertigen kann, ergibt sich aus Müller-Fauré (Fn. 45) Rn. 108: „Folglich ist im Licht der dem Gerichtshof vorgetragene Umstände und Argumente nicht ersichtlich, dass die Aufhebung des Erfordernisses einer vorherigen Genehmigung, die die Krankenkassen ihren Versicherten für die Inanspruchnahme einer Gesundheitsversorgung – insbesondere wenn sie außerhalb eines Krankenhauses erfolgt – in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Versicherungszugehörigkeit erteilen, geeignet wäre, die wesentlichen Merkmale des niederländischen Krankenversicherungssystems zu beeinträchtigen.“

-
- ⁶³ So auch Runggaldier (Fn. 25) 1670
- ⁶⁴ Zur Notwendigkeit einer konsistenten Verfolgung der vorgebrachten Regelungsziele zuletzt vor allem EuGH verbRs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Placanica u. a., Slg. 2007, I-1891 Rn. 53.
- ⁶⁵ Dies ist nach Ansicht des EuGH aber ein wichtiges Element der gesundheitsschutzbezogenen Rechtfertigung von Einschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in diesem Bereich; s. z. B. Watts (Fn. 50) Rn. 104, Stamatelaki (Fn. 45) Rn. 31, Smits und Peerbooms (Fn. 45) Rn. 71; Kohll (Fn. 45) Rn. 50.
- ⁶⁶ EuGH Rs. C-120/95, Decker, Slg. 1998, I-1831 Rn. 39; Rs. C-15/96, Kohll (Fn. 45) Rn. 41; Smits und Peerbooms (Fn. 45) Rn. 72; Müller-Fauré (Fn. 45) Rn. 73; Watts (Fn. 50) 103; Stamatelaki (Fn. 45) Rn. 30
- ⁶⁷ z. B. Smits und Peerbooms (Fn. 45) Rn. 79; vgl. auch Windisch-Graetz, ZfV 2002, 745
- ⁶⁸ Vgl. auch Schneider, Ärztliche Ordinationen (Fn. 25) 136 f.
- ⁶⁹ EuGH Rs. C-205/99, Analir, Slg. 2001, I-1271 Rn. 35 ff.
- ⁷⁰ z. B. Müller-Fauré (Fn. 45) Rn. 84; Smits und Peerbooms (Fn. 45) Rn. 90

Die bedarfsorientierte Angebotsplanung als Eckpfeiler des österreichischen Gesundheitssystems

Mag. Franz Kiesel, Oberösterreichische Gebietskrankenkasse, Linz

I. Einleitung

Nach der österreichischen Rechtslage ist für die Errichtung einer privaten Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbstständigen Ambulatoriums (das sind z.B. Ambulatorien für physikalische Medizin; Institute für radiologische Schnittbilddiagnostik; Zahnambulatorien) eine Errichtungsbewilligung erforderlich. Diese Bewilligung ist zu versagen, wenn nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem vorgesehene Leistungsangebot im Hinblick auf das bereits bestehende Versorgungsangebot

- durch Ambulanzen von öffentlichen, privaten, gemeinnützigen und sonstigen Krankenanstalten mit Kassenvertrag,
- durch niedergelassene Kassenvertragsärzte,
- durch kasseneigene Einrichtungen und
- durch Vertragseinrichtungen der Kassen,
- bei Zahnambulatorien auch im Hinblick auf niedergelassene Kassenvertragszahnärzte und Kassenvertragsdentisten

kein Bedarf an dem geplanten Ambulatorium besteht¹.

Aufgrund von Beschwerden gegen die Abweisung von Errichtungsbewilligungen für ein Zahnambulatorium in Wien und in Oberösterreich stellte der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage, ob diese Bestimmungen im österreichischen Krankenanstaltenrecht dem Artikel 43 (in Verbindung mit Artikel 48) des EG-Vertrages, also „der Niederlassungsfreiheit“, widersprechen.

Die konkrete Darstellung dieses Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH und die rechtlichen Ausführungen dazu finden sich im Beitrag von Thomas Eilmansberger in diesem Band. Mein Beitrag soll die Bedeutung der bedarfsorientierten Angebotsplanung für das hohe Niveau der österreichischen Gesundheitsversorgung und für das finanzielle Gleichgewicht des österreichischen Gesundheitssystems darstellen. Beide Aspekte können im Sinne der Rechtsprechung des EuGH einen Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen.

Zum besseren Verständnis der Ausgangslage des Vorabentscheidungsverfahrens gebe ich zunächst einen kurzen Überblick über die Organisation der Krankenbehandlung/Zahnbehandlung im österreichischen Sozialversicherungsrecht und über die aktuelle Finanzsituation der österreichischen Krankenversicherungsträger. Ich beschränke mich dabei auf das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG) und auf die Situation im Bereich der Gebietskrankenkassen, bei denen etwa 80 Prozent der österreichischen Bevölkerung pflichtversichert bzw. anspruchsberechtigt sind. Das Phänomen der angebotsinduzierten Nachfrage- und Kostensteigerung, auf deren Verhinderung ja jede bedarfsorientierte Angebotsplanung abzielt, wird anhand einiger

empirischer Beispiele aus dem Bereich der OÖ Gebietskrankenkasse nachgewiesen. Danach versuche ich, das Planungs- und Steuerungssystem im österreichischen Gesundheitswesen in den Grundzügen darzustellen. Schließlich möchte ich verdeutlichen, dass und warum eine bedarfsorientierte Angebotsplanung im öffentlichen Interesse liegt und geeignet ist, einen Eingriff in die nach dem EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen.

Personenbezogene Bezeichnungen sind nur in männlicher Form angeführt; sie beziehen sich auf Frauen und Männer in gleicher Weise.

II. Organisation der Krankenbehandlung und Zahnbehandlung im ASVG

Die Krankenversicherung gewährt aus dem Versicherungsfall der Krankheit unter anderem Krankenbehandlung; das sind ärztliche Hilfe, Heilmittel (= Arzneimittel) und Heilbehelfe². Die ärztliche Hilfe (und auch die Zahnbehandlung) wird erbracht durch freiberuflich tätige Ärzte (Zahnärzte und Dentisten), Gruppenpraxen, eigene Einrichtungen (Vertragseinrichtungen) der Krankenversicherungsträger sowie durch Krankenanstalten in der Rechtsform selbstständiger Ambulatorien³. Die Leistungen der Krankenbehandlung (und auch der Zahnbehandlung) werden grundsätzlich als Sachleistungen erbracht⁴. Nehmen die Anspruchsberechtigten einen Wahlarzt bzw. eine Wahl Einrichtung (das sind niedergelassene Ärzte bzw. ambulante Einrichtungen, die keinen Vertrag mit dem Krankenversicherungsträger des Anspruchsberechtigten haben) in Anspruch, sind die Kosten der Behandlung vom Patienten selbst zu bezahlen; der Krankenversicherungsträger hat eine Kostenerstattung grundsätzlich in Höhe von 80 Prozent des Betrages zu leisten, der von ihm bei Inanspruchnahme des entsprechenden Vertragspartners aufzuwenden gewesen wäre⁵. Erfolgt die Inanspruchnahme des Wahlarztes bzw. der Wahl Einrichtung auf Grund eines Unfalles oder ist die Versorgung mit Vertragspartnern nicht ausreichend sichergestellt, hat der Krankenversicherungsträger eine höhere Kostenerstattung zu leisten⁶.

In Österreich ist somit von der sozialen Krankenversicherung auch das Angebot von Wahlärzten und Wahl Einrichtungen zum Großteil zu finanzieren. Den Anspruchsberechtigten der Kasse verbleibt dabei ein Selbstbehalt, dessen Höhe von der Tarifgestaltung des Wahlarztes bzw. der Wahl Einrichtung abhängt. Verlangen der Wahlarzt bzw. die Wahl Einrichtung z. B. lediglich 80 Prozent des Vertragstarifes (was insbesondere dann vorkommt, wenn sich der Wahlarzt bzw. die Wahl Einrichtung „auf dem Markt positionieren“ will), verbleibt dem Anspruchsberechtigten keinerlei Selbstbehalt.

III. Finanzsituation der österreichischen Gebietskrankenkassen

Etwa 80 Prozent der österreichischen Bevölkerung sind bei einer Gebietskrankenkasse krankenversichert; und zwar entweder als Pflichtversicherte oder als Angehörige. Die Finanzlage der Gebietskrankenkassen ist besorgniserregend (vgl. Abb. 1). Im Kalenderjahr 2007 werden demnach alle österreichischen Gebietskrankenkassen in der Bilanz einen negativen Saldo aufweisen. Das Defizit der Kassen beträgt dabei zwischen 0,67 Prozent (OÖ Gebietskrankenkasse) bis zu 5,89 Prozent (Kärntner Gebietskrankenkasse) des Gesamtaufwandes. In der Summe (alle Gebietskrankenkassen) beträgt es ca. 405 Mio EUR; das sind 4,1 Prozent des Gesamtaufwandes.

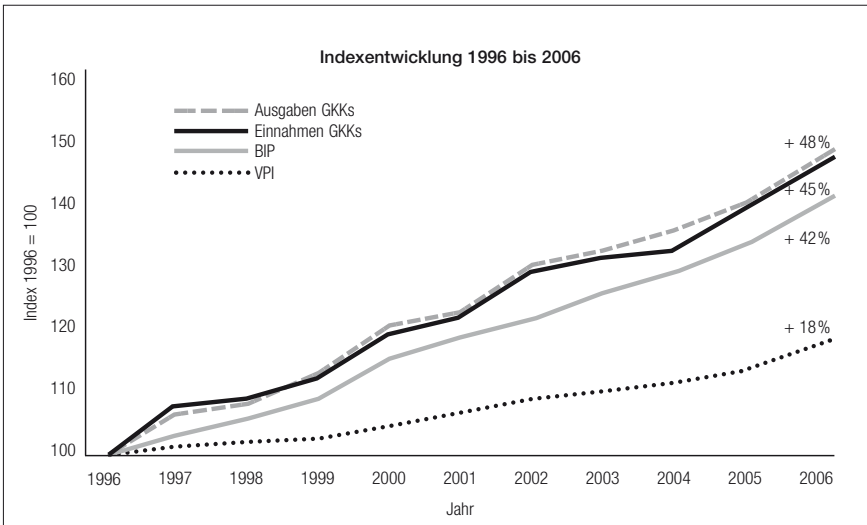
| Kasse | Fehlbetrag | Anteil am Gesamtaufwand |
|---------------------------|--------------------------|--------------------------------|
| Burgenländische GKK | - 9 100 000 EUR | 3,30 % |
| Kärntner GKK | - 36 653 100 EUR | 5,89 % |
| Niederösterreichische GKK | - 77 050 747 EUR | 4,54 % |
| Oberösterreichische GKK | - 10 862 673 EUR | 0,67 % |
| Salzburger GKK | - 20 852 300 EUR | 3,38 % |
| Steiermärkische GKK | - 75 972 201 EUR | 5,88 % |
| Tiroler GKK | - 17 329 200 EUR | 2,33 % |
| Vorarlberger GKK | - 16 548 500 EUR | 3,87 % |
| Wiener GKK | - 140 595 978 EUR | 5,50 % |
| alle GKKs | - 404 964 699 EUR | 4,1 % |

Quelle: HVB; vorläufige Gebarungsergebnisse 2007 (Stand November 2007)

Abb. 1: Defizite der österreichischen Gebietskrankenkassen im Kalenderjahr 2007

Die Ursachen dieser Finanzprobleme können ganz kurz wie folgt zusammengefasst werden:

- Die Einnahmen der Kassen beziehen sich fast ausschließlich auf die Löhne und Gehälter der Versicherten. Nur in der Krankenversicherung der Pensionisten gibt es einen Zuschuss aus Steuermitteln, der allerdings im Kalenderjahr 2007 nur ca. 796 Mio EUR ausmachte, das sind 8,3 Prozent der gesamten Einnahmen der Gebietskrankenkassen. Eine Verbreiterung der Beitragsgrundlage (z.B. durch Einbeziehung von Mieteinkünften und Zinserträgen oder durch Einführung einer sogenannten Wertschöpfungsabgabe) wird zwar schon längere Zeit diskutiert; für eine rasche Umsetzung fehlt es allerdings am politischen Konsens.
- Der Beitragssatz in der Krankenversicherung ist gesetzlich festgelegt (7,65 Prozent des Bruttolohnes bis zur Höchstbeitragsgrundlage von monatlich 3930 EUR im Kalenderjahr 2008); die Beitragsgrundlage (also die Bruttolöhne und -gehälter) ist konjunkturabhängig.
- Die Ausgaben der Krankenversicherung steigen dynamischer als die Einnahmen und das Bruttoinlandsprodukt (vgl. Abb. 2).



Quelle: Finanzstatistik HVB 2006

Abb. 2: Ausgaben-/Einnahmen-Entwicklung der Gebietskrankenkassen im Vergleich zur Entwicklung vom Verbraucherpreisindex sowie BIP (1996 bis 2006)

Diese dynamische Ausgabenentwicklung ist insbesondere durch eine Ausweitung des medizinischen Angebotes (mehr Ärzte, Therapeuten, Ambulatorien usw.) bedingt. Zum Teil ist diese Ausweitung des Versorgungsangebotes natürlich notwendig, um einen objektiv bestehenden Versorgungsbedarf (der insbesondere durch die demografische Entwicklung und den medizinischen Fortschritt ständig steigt) abzudecken. Allerdings führt die Ausweitung des medizinischen Angebots auch dazu, dass Gesundheitsdienstleistungen ohne zugrunde liegenden Bedarf erbracht bzw. nachgefragt werden. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer „angebotsinduzierten Nachfrage“.

IV. Angebotsinduzierte Nachfrage

Die sogenannte angebotsinduzierte Nachfrage wird in der wissenschaftlichen Literatur sehr ausgiebig diskutiert⁷. Vielfach wird dabei allerdings die Angebots- mit einer Anbieterinduzierung gleichgesetzt. Von einer Angebotsinduzierung in diesem Sinne wird dann gesprochen, wenn der Arzt (bzw. der sonstige Anbieter einer Gesundheitsdienstleistung) bei der Behandlung die eigenen Interessen über die der Patienten stellt und seine Position dazu nutzt, mehr Leistungen zu erbringen als er als „perfekter Sachwalter“ des Patienten erbringen würde. Ein Zusammenhang zwischen der Zahl der Ärzte (Gesundheitsdienstleister) und der Häufigkeit der Inanspruchnahme ärztlicher/medizinischer Leistungen (Zahl der Fälle) gilt als Indikator dafür, ob Ärzte (Gesundheitsdienstleister) in der Lage sind, die Nachfrage zu beeinflussen⁸. Die (oft ungerechtfertigte) Ausnützung des (vermehrten) Angebotes durch die Patienten tritt bei dieser Betrachtung in den Hintergrund.

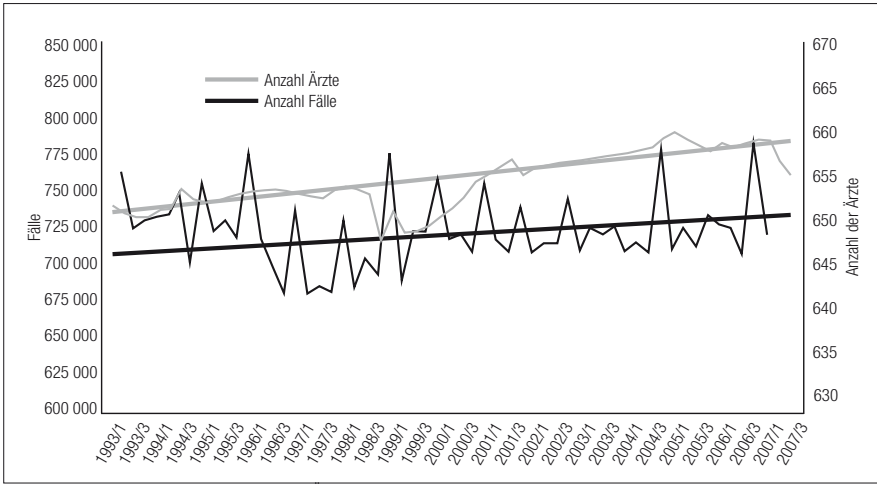
Ausgehend von dieser engen Definition der angebotsinduzierten Nachfrage, welche den Gesundheitsdienstleistern unterstellt, dass sie im eigenen Interesse die Präferenzen der Patienten verändern, indem sie ihren Wissens- und Informationsvorsprung ausnützen (Stichwort „asymmetrische Information“), und dem zu kurz greifenden Indikator (Zusammenhang zwischen der Zahl der Ärzte und der Häufigkeit der Inanspruchnahme gemessen an der Zahl der Fälle), kommen die zahlreichen wissenschaftlichen Studien hinsichtlich der Existenz der angebotsinduzierten Nachfrage zu widersprüchlichen Ergebnissen.

In meiner langjährigen Tätigkeit als Gestalter des Vertragspartnerbereiches der OÖ Gebietskrankenkasse konnte ich beobachten, dass eine Ausweitung des medizinischen Angebots insgesamt zu einer Erhöhung der Nachfrage nach den Angeboten der Gesundheitsdienstleister und damit auch zu einer Erhöhung der Ausgaben führt. Diese Nachfrage- und Ausgabensteigerung ist meines Erachtens sowohl anbieterinduziert als auch durch eine höhere Patientenbegehrlichkeit bedingt.

Die Patientenbegehrlichkeit kann auf die Abdeckung eines objektiven Bedarfs (Beseitigung einer Unterversorgung) gerichtet sein, sie kann aber auch zu einer Überinanspruchnahme von Leistungen („Moral Hazard“) führen. Diese „Versuchung“, zu viele Leistungen nachzufragen – also auch solche, die nur sehr wenig oder überhaupt nichts nützen –, wird dadurch begünstigt, dass die Leistungen der ärztlichen Hilfe und der gleichgestellten Leistungen (physiotherapeutische, logopädisch-phoniatrisch-audiologische oder ergotherapeutische Leistungen; diagnostische Leistungen eines klinischen Psychologen; psychotherapeutische Behandlungen und Leistungen eines Heilmasseurs)⁹ im Bereich der ASVG-Krankenversicherungsträger grundsätzlich als Sachleistung und ohne Kostenbeteiligung in Anspruch genommen werden können¹⁰.

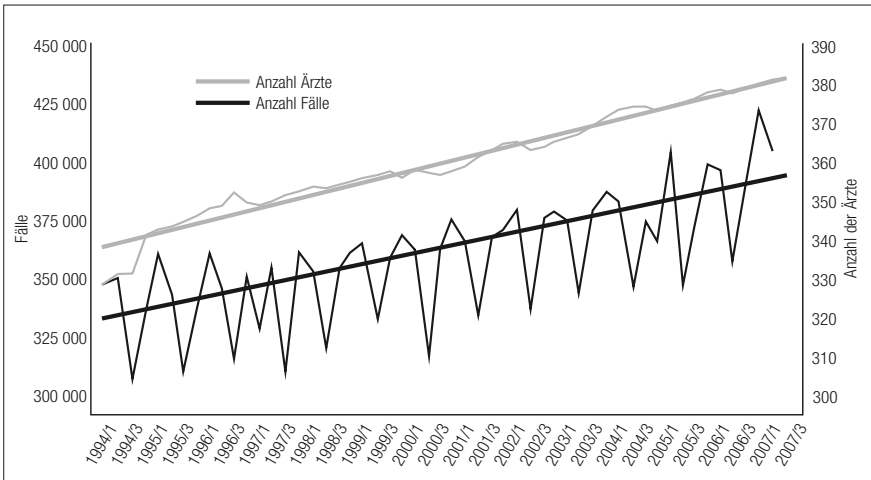
Ein „Moral Hazard“ steht auch hinter der in der Literatur beschriebenen Anbieterinduzierung. Wenn durch eine zunehmende Angebotsdichte die Patientenkontakte bzw. Fälle insgesamt nicht ansteigen, würden sich bei den bestehenden Anbietern letztere zwangsweise reduzieren; und im gleichen Ausmaß würde auch der bisherige Umsatz sinken. Um diese Entwicklung zu vermeiden, wird der Anbieter versuchen, dem Absinken der Fälle entgegenzuwirken (z.B. durch vermehrte Wiederbestellungen) und mehr Leistungen pro Fall anzubieten. Dieses „Versuchen“ des Arztes bzw. Gesundheitsdienstleisters wird durch die im ambulanten Bereich verbreitete Vergütung nach Einzelleistungen erheblich erleichtert.

Die folgenden Abbildungen 3, 4 und 5 zeigen anhand von Daten der OÖ Gebietskrankenkasse den Zusammenhang zwischen der Anzahl der Leistungsanbieter und der Zahl der Fälle. Steigendes Angebot bewirkt also eindeutig auch (insgesamt) steigende Fallzahlen!



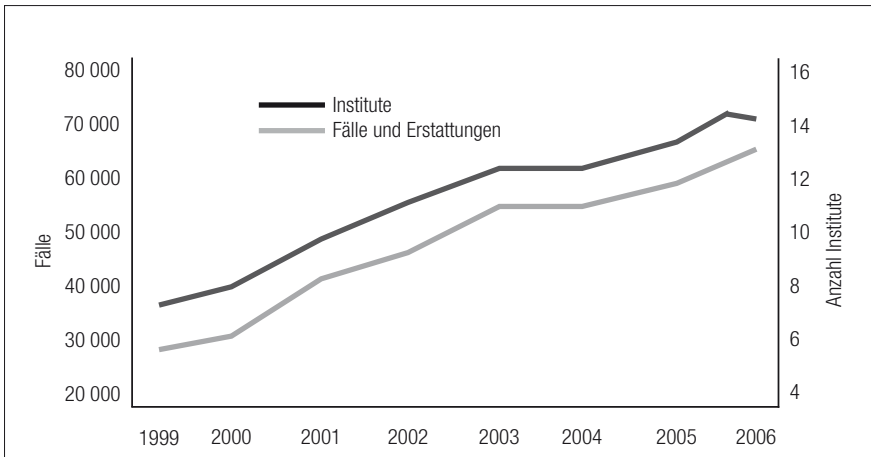
Quelle: Controllingbericht ärztliche Hilfe OÖGKK 2006

Abb. 3: Entwicklung der Fälle und Anzahl der Ärzte je Quartal (Allgemeinmediziner, OÖGKK)



Quelle: Controllingbericht ärztliche Hilfe OÖGKK 2006

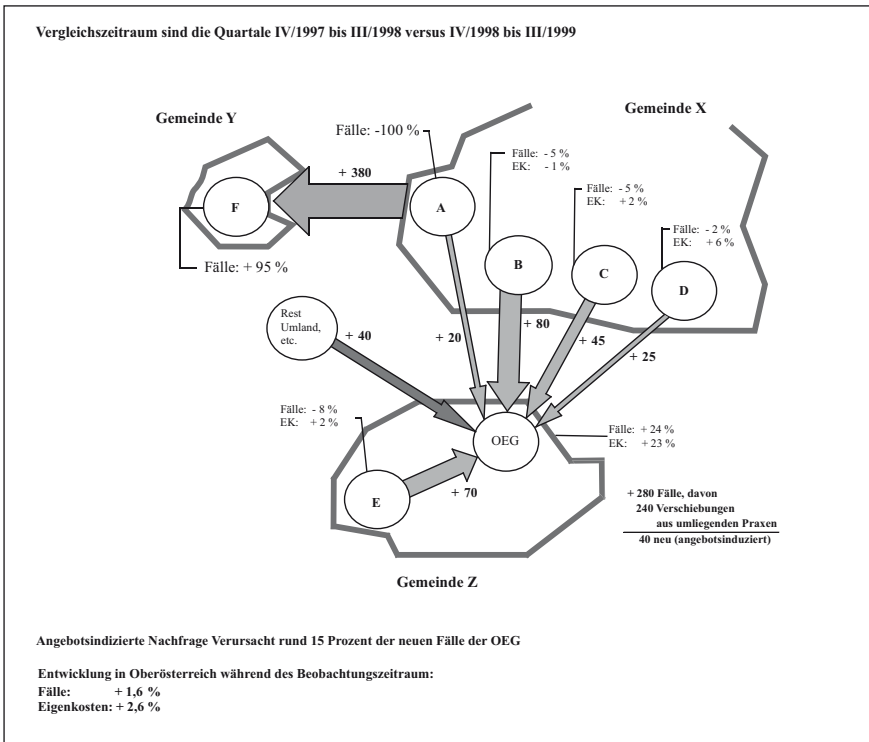
Abb. 4: Entwicklung der Fälle und Anzahl der Ärzte je Quartal (Allgemeine Fachärzte, OÖGKK)



Quelle: FOKO und UDW, Wahl- und Vertragseinrichtungen, Fälle und Anzahl Kostenerstattungen

Abb. 5: Anzahl der Institute (CT/MR) und Fälle; Entwicklung 1999 bis 2006; OÖGKK

Einen weiteren Nachweis für angebotsinduzierte Nachfrage, mit dem von mir angesprochenen Aspekt, dass steigendes Angebot nicht nur zu einer Erhöhung der gesamten Fälle, sondern auch zu einer Erhöhung des Fallwertes führt, zeigt die Abb. 6. Hier wurde von der OÖ Gebietskrankenkasse analysiert, wie sich eine Angebotsvermehrung im Bereich der Allgemeinmedizin (Gruppenpraxis statt Einzelpraxis) in der Gemeinde Z auf die Fallentwicklung und auf die Kostenentwicklung (EK = Eigenkosten) der Allgemeinmediziner in dieser Gemeinde sowie in den umliegenden Gemeinden auswirkt. Einerseits zeigte es sich, dass die Fälle in der neu geschaffenen Gruppenpraxis (OEG) mehr stiegen als sie sich bei den umliegenden Ärzten reduzierten (280 Fälle mehr, wovon 240 von umliegenden Arztpraxen kamen und 40 neu entstanden). Andererseits – und das ist wohl die wichtigere Erkenntnis aus dieser Analyse – wurde die Fällereduktion bei den umliegenden Ärzten offenbar durch eine erhebliche Steigerung der Fallwerte ausgeglichen. Bei den Ärzten C, D und E stiegen nämlich die Eigenkosten trotz des Fallrückganges; beim Arzt B gingen die Fälle um 5 Prozent zurück, die Eigenkosten jedoch nur um 1 Prozent¹¹.



Quelle: Analyse OÖGKK 2004

Abb. 6: Entwicklung bzw. Migration der Fälle bei Erhöhung des Angebots an Allgemeinmedizinern sowie Auswirkung auf die Fallwerte

Aufgrund der langjährigen Erfahrung im Bereich der OÖ Gebietskrankenkasse, die durch zahlreiche weitere Beispiele ergänzt werden könnte, kann zusammenfassend festgehalten werden, dass eine Angebotsvermehrung zu einer entsprechenden Ausgabensteigerung führt. Diese Ausgabensteigerung ergibt sich nicht nur durch mehr Patientenkontakte (also mehr Fälle), sondern auch durch eine Vermehrung der Leistungen pro Fall. Es ist dabei davon auszugehen, dass das vermehrte Leistungsangebot nur teilweise der Abdeckung eines objektiven Bedarfs (Beseitigung einer Unterversorgung) dient. Zum anderen Teil ist die gestiegene Nachfrage bedingt durch das Interesse der Anbieter, ein adäquates Einkommen zu erzielen bzw. die Rentabilität ihrer Praxen zu erhalten und durch eine Überinanspruchnahme seitens der Patienten („Moral Hazard“ sowohl auf der Anbieter- als auch auf der Nachfragerseite).

V. Planung und Steuerung des österreichischen Gesundheitswesens

1. Vereinbarungen über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens

Der evidente Zusammenhang zwischen der Angebotsdichte und -struktur sowie der Ausgabenentwicklung wurde von der österreichischen Gesundheitspolitik erkannt. Die logische Konsequenz dieser Erkenntnis ist es, die Angebotsdichte und -struktur bedarfsorientiert zu steuern und zu planen. Zu diesem Zweck schließen Bund und Länder regelmäßig Vereinbarungen gemäß Art. 15 a B-VG (sog. „Gliedstaatsverträge“) über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens ab. Die Sozialversicherung ist nicht Vertragspartner dieser Vereinbarungen, sie wird aber vom Bund in die Verhandlungen einbezogen.

Die aktuelle Art. 15 a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens gilt vom 1. 1. 2008 bis 31. 12. 2013 (im Folgenden: Art. 15 a-Vereinbarung)¹². Sie intensiviert die gemeinsame Steuerung und Planung des gesamten österreichischen Gesundheitswesens inklusive der Nahtstellen zum Pflegebereich.

2. Eckpfeiler der Art. 15 a-Vereinbarung

Die Eckpfeiler der bedarfsorientierten Planung und Steuerung in der aktuellen Art. 15 a-Vereinbarung sind folgende:

- Implementierung einer „integrierten Gesundheitsstrukturplanung“, welche den stationären und ambulanten Bereich, die Rehabilitation, die Pflege sowie die Palliativ- und Hospizversorgung umfasst.
- Verbindliche Grundlage der „integrierten Gesundheitsstrukturplanung“ ist der „Österreichische Strukturplan Gesundheit“ (ÖSG) mit quantitativen (bedarfsorientierten) und qualitativen Planungsaussagen für alle Versorgungsbereiche.
- Die Detaillierung der stationären und ambulanten Versorgungsplanung erfolgt auf Basis des ÖSG durch Land und Sozialversicherung über die „Regionalen Strukturpläne Gesundheit“ (RSG). Die Abstimmung der RSG erfolgt in den „Gesundheitsplattformen“¹³.
- Die RSG sind die Grundlage für die krankenanstaltenrechtliche Bedarfsprüfung im stationären und im ambulanten Bereich sowie für die Vertragsabschlüsse der Sozialversicherung mit den Ärztekammern im Bereich der niedergelassenen Ärzte. Die stationäre Krankenanstalten-Planung der RSG ist durch eine Verordnung des jeweiligen Landes zu erlassen.

3. Umsetzung der Art. 15 a-Vereinbarungen durch Bundes- und Landesgesetze

Die Art. 15 a-Vereinbarungen sind kein unmittelbar anwendbares Recht. Bund und Länder verpflichten sich aber, diese Vereinbarungen durch entsprechende Bundes- und Landesgesetze umzusetzen.

Im Folgenden ein kurzer Überblick über die im Zusammenhang mit der (bedarfsorientierten) Angebotsplanung maßgeblichen Rechtsbestimmungen:

3.1. Krankenanstaltenrechtliche Regelungen

In Österreich ist die Kompetenz für das Krankenanstaltenwesen zwischen Bund und Ländern geteilt. Der Bund ist zuständig für die Grundsatzgesetzgebung; die Länder sind zuständig für die Ausführungsgesetzgebung sowie für die Vollziehung¹⁴. Im gegenständlichen Zusammenhang sind folgende Bestimmungen aus dem Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG) maßgeblich:

- § 3 KAKuG verlangt die Berücksichtigung der „Landeskrankenanstaltenpläne“ im krankenanstaltenrechtlichen Bedarfsprüfungsverfahren.
- § 10 a Abs. 1 KAKuG bindet die „Landeskrankenanstaltenpläne“ an den Österreichischen Strukturplan Gesundheit, der für jedes Land durch den Regionalen Strukturplan Gesundheit konkretisiert wird.
- § 10 a Abs. 2 KAKuG regelt die Grundsätze, um eine verbindliche österreichweite Krankenanstalten- und Großgeräteplanung mit integrierter Leistungsangebotsplanung zu gewährleisten.
- § 27 b Abs. 5 KAKuG verlangt die Übereinstimmung mit den maßgeblichen Plänen (ÖSG und Krankenanstaltenpläne) als Voraussetzung dafür, dass der Träger der Krankenanstalt finanzielle Mittel auf der Grundlage der Art. 15 a-Vereinbarung erhält.
- § 59 c KAKuG normiert, dass bei Planungsverstößen Mittel der Bundesgesundheitsagentur (das ist ein öffentlich-rechtlicher Fonds des Bundes zur Wahrnehmung der Aufgaben auf Grund der Art. 15 a-Vereinbarung)¹⁵ solange zurückbehalten werden, bis der zuständige Landesgesundheitsfonds die entsprechenden Planungsvorgaben umgesetzt hat.

3.2. Sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen

Die Sozialversicherung ist Bundessache sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Vollziehung¹⁶. Die folgenden Bestimmungen aus dem ASVG stellen sicher, dass die Planungsgrundlagen und Steuerungsmechanismen aus der Art. 15 a-Vereinbarung auch von den Sozialversicherungsträgern und den Interessenvertretungen der Vertragspartner zu beachten sind. Die Bestimmungen im ASVG finden sich sinngemäß auch in allen übrigen Sozialversicherungsgesetzen und gelten damit grundsätzlich für alle österreichischen Krankenversicherungsträger.

- § 84 a Abs. 1 ASVG normiert, dass sich die Sozialversicherung an der regionen- und sektorenübergreifenden Planung, Steuerung und Finanzierung des Gesundheitswesens zu beteiligen hat. Die Ergebnisse der Planung (z.B. ÖSG) sind dabei zu beachten.
- Nach § 338 Abs. 2 ASVG müssen sich die Krankenversicherungsträger beim Abschluss von Verträgen an den Großgeräteplan, der nunmehr ein Teil des ÖSG ist, halten. Widersprechende Verträge sind ungültig, und es gibt auch keine Kostenerstattung, wenn die Leistung mit einem Großgerät (z.B. Magnetresonanz-Untersuchung) in einer Einrichtung erbracht wurde, die im Großgeräteplan (mangels Bedarfes) nicht enthalten ist.

- § 342 ASVG regelt die Stellenplanung von Ärztekammer und Sozialversicherung, die eine ausgewogene Versorgung der Bevölkerung mit niedergelassenen Vertragsärzten sicherzustellen hat und wobei auch auf den jeweiligen Regionalen Strukturplan Gesundheit Bedacht zu nehmen ist.

Die angeführten sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen determinieren das Verhalten der Krankenversicherungsträger und ihrer institutionellen Vertragspartner im Bereich der Angebotsplanung sehr stark. Auf die spannende Frage, inwieweit mit diesen Regelungen in die Selbstverwaltung der regionalen Krankenversicherungsträger und Ärztekammern eingegriffen wird und es damit zu einer Zentralisierung des Gesundheitssystems kommt, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

4. Bedarfsprüfung für Apotheken

Die Bedarfsorientierung als wesentliches Element der Angebotsplanung und Steuerung im Gesundheitswesen findet sich nicht nur in den dargestellten Art. 15a-Vereinbarungen über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens bzw. in den dazu ergangenen Bundes- und Landesgesetzen, sondern auch im österreichischen Apothekengesetz.

Der Betrieb einer öffentlichen Apotheke ist nur aufgrund einer besonderen behördlichen Bewilligung (Konzession) zulässig. Die Konzession ist nur zu erteilen, wenn ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht¹⁷.

Auch die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke, die einem Arzt für Allgemeinmedizin auf Antrag erteilt werden kann, ist vom Vorliegen eines Bedarfes abhängig¹⁸.

5. Angebotsplanung im öffentlichen Interesse

Wie schon aus den vorstehenden Ausführungen erkennbar, dient das dargestellte Planungs- und Steuerungssystem nicht dazu, die bestehenden (privaten) Gesundheitsdienstanbieter vor Konkurrenz zu schützen bzw. ihnen ein adäquates Einkommen zu sichern, sondern die Steuerung der Angebotsdichte und -struktur erfolgt ausschließlich im öffentlichen Interesse. Konkret sollen damit folgende Ziele erreicht werden:

- Sicherstellung eines regional ausgewogenen, allen zugänglichen Versorgungsangebotes¹⁹.
- Verhinderung von Überversorgung und damit von nicht gerechtfertigten Kostensteigerungen, die durch eine angebotsinduzierte Nachfrage entstehen würden²⁰.
- Sicherstellung bzw. Unterstützung einer betriebswirtschaftlich sinnvollen Auslastung der primär öffentlich finanzierten Spitäler sowie der Ambulanzen von öffentlichen, privaten, gemeinnützigen und sonstigen Krankenanstalten mit Kassenvertrag. Auch wenn nämlich die oben beschriebene angebotsinduzierte Nachfrage dazu führt, dass sich bei einer Ausweitung des Leistungsangebotes die Gesamtmenge der Leistungen erhöht, so kann es durch zusätzliche Anbieter dennoch zu Leistungsreduktionen bei öffentlich finanzierten Gesundheitsdienstanbietern kommen, welche zu einer Unrentabilität dieser Einrichtungen führen. Im Ergebnis würden sich dann die insgesamt mehr gewordenen Leistungen in einer unwirt-

schaftlichen Weise auf die mehr gewordenen Anbieter verteilen, wodurch die Gesamtausgaben steigen, die Effizienz des Gesamtsystems sinkt und öffentliche Mittel verschwendet werden²¹.

- Ausgabenstabilität für die öffentlichen Finanzierer (Krankenversicherung und Gebietskörperschaften).
- Qualitätssicherung durch Mindestfrequenzen für bestimmte Leistungen bzw. Versorgungssicherheit durch einen gesicherten Lagerbestand bei den öffentlichen Apotheken.

Zur Erreichung dieser Ziele greift der Gesetzgeber auf Regelungsmechanismen zurück, welche durchaus zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen können. Eine Errichtungsbewilligung oder eine Konzession, womit bereits das Entstehen eines Angebotes verhindert werden kann, stellen zweifellos das wirksamste Steuerungsinstrument dar. Es wird damit aber auch am gravierendsten in die Niederlassungsfreiheit eingegriffen. Die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe im Sinne der Judikatur des EuGH (hohes Niveau des Gesundheitsschutzes oder zwingende Gründe des Allgemeininteresses) sind hier am strengsten.

Die Angebotssteuerung über die Vergabe von Verträgen²² ist gegenüber der Errichtungsbewilligung/Konzession ein gelinderes Mittel. Der Gesundheitsdienstleister, der keinen Vertrag erhält, kann seine Leistungen am Markt anbieten, hat allerdings ohne Vertrag den Nachteil, dass seine Patienten die Leistungen zunächst bezahlen müssen und die Kosten dann (teilweise) rückvergütet bekommen. Falls in diesem Steuerungsinstrument überhaupt eine (faktische) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu sehen ist, kann diese wesentlich leichter mit der Zielsetzung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen sowie allen zugänglichen medizinischen Versorgung (Ausnahme des Art. 46 EG-Vertrages) gerechtfertigt werden.

Der österreichische Gesetzgeber ist erkennbar darum bemüht, die verschiedenen Steuerungsmittel verhältnismäßig einzusetzen und hat sich dabei von der wirtschaftlichen Bedeutung des zu steuernden Sektors leiten lassen. Die Errichtung einer Krankenanstalt oder eines selbstständigen Ambulatoriums bewirkt natürlich eine ganz andere Kostenbelastung als z.B. die Niederlassung eines Vertragsarztes. Auch die in den letzten Jahren entstandenen ärztlichen Gruppenpraxen, die gesetzlich nur als Offene Gesellschaften geführt werden dürfen, sind eher mit niedergelassenen Einzelpraxen zu vergleichen als mit selbstständigen Ambulatorien in der Rechtsform einer Krankenanstalt, sodass es für diese Gruppenpraxen ebenfalls keiner Errichtungsbewilligung bedarf.

VI. Zusammenfassung

1. Die bedarfsorientierte Angebotsplanung ist ein Eckpfeiler des österreichischen Gesundheitswesens.
2. In Teilbereichen (Krankenanstalten, Apotheken) kommt es dadurch zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 43 EG-Vertrag.
3. Die Intensität der Beschränkung hängt von der wirtschaftlichen Bedeutung des Anbieters ab. Es erfolgt eine angemessene Steuerung über Errichtungsbewilligungen bzw. Konzessionen oder (nur) über die Vergabe bzw. Nicht-Vergabe von Verträgen.
4. Ein Wegfall der bedarfsorientierten Angebotsplanung (inklusive des krankenanstaltenrechtlichen Bewilligungsverfahrens) würde
 - die Zahl der Gesundheitsdienstanbieter und damit die Leistungsanspruchnahme über einen objektiven Bedarf hinaus erhöhen,
 - die Ausgaben der Krankenversicherungsträger und der öffentlichen Hand explosiv steigen lassen und
 - die Kassen zwingen, Leistungen einzuschränken und/oder Verträge zu kündigen, wodurch das Sachleistungsprinzip sowie das hohe Niveau des österreichischen Gesundheitswesens massiv gefährdet wären.
5. Die bedarfsorientierte Angebotsplanung und Steuerung des Gesundheitswesens sind unverzichtbar zur Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen sowie allen zugänglichen ärztlichen und klinischen Versorgung (also für ein hohes Niveau des Gesundheitsschutzes) sowie zur Sicherung des finanziellen Gleichgewichts des österreichischen Gesundheitssystems. Diese Ziele rechtfertigen im Sinne der Rechtsprechung des EuGH die in Teilbereichen bewirkten Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit.

- ¹ § 3 Abs. 1 Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG), wobei diese Grundsatzbestimmung durch die Krankenanstaltengesetze der Länder ausgeführt wird
- ² Vgl. § 133 Abs. 1 ASVG.
- ³ Vgl. §§ 135 Abs. 1 und 153 Abs. 3 ASVG.
- ⁴ Vgl. §§ 133 Abs. 2 letzter Satz und 153 Abs. 3 erster Satz ASVG.
- ⁵ Vgl. § 131 Abs. 1 erster Satz ASVG.
- ⁶ Vgl. § 131 Abs. 3 und 6 ASVG sowie §§ 25 Abs. 1 und 35 der Satzung der OÖ Gebietskrankenkasse.
- ⁷ Vgl. Mosler, in: Strasser (Hrsg.), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* (1995) 254 m. w. N.
- ⁸ Said, *Zusammenhänge zwischen Gesundheit und Versorgungskosten – Konsequenzen der Finanzierung und Steuerung des österreichischen Gesundheitswesens*, Masterarbeit Universität Graz (2004) 26 f.
- ⁹ Vgl. § 135 Abs. 1 ASVG.
- ¹⁰ Ich will hier keinesfalls einem (generellen) Selbstbehalt für ärztliche oder der ärztlichen Hilfe gleichgestellte Leistungen das Wort reden, weil Selbstbehalte als Steuerungsinstrument umstritten und als Finanzierungsinstrument sozial ungerechtfertigt sind; sie treffen vor allem chronisch Kranke und Ältere sowie benachteiligte Menschen mit geringem Einkommen.
- ¹¹ Arzt A hat aufgehört und wurde in Gemeinde X nicht nachbesetzt.
- ¹² Die Kundmachung der aktuellen Art. 15 a-Vereinbarung im Bundesgesetzblatt war bei Redaktionsschluss noch ausständig. Vgl. daher vorerst den Beschluss des Nationalrates 308 BlgNR 23. GP.
- ¹³ Die Gesundheitsplattform ist das oberste Organ des in jedem Bundesland bestehenden Landesgesundheitsfonds (vormals Krankenanstaltenfonds), dem u. a. die Finanzierung der öffentlichen sowie der privaten gemeinnützigen Krankenanstalten im Bundesland obliegt (vgl. dazu Art. 18 ff. der Art. 15 a-Vereinbarung).
- ¹⁴ Art. 12 Abs. 1 Z 1 B-VG
- ¹⁵ Vgl. Art. 14 ff. der Art. 15 a-Vereinbarung.
- ¹⁶ Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG
- ¹⁷ Vgl. §§ 9 ff. Apothekengesetz.
- ¹⁸ Vgl. §§ 28 ff. Apothekengesetz.
- ¹⁹ Zum Beispiel würden sich ohne bedarfsorientierte Stellenplanung die Vertragsärzte dort niederlassen, wo die besten Verdienstmöglichkeiten zu erwarten sind; also primär in Ballungsräumen. Ländliche Regionen würden erheblich benachteiligt. Mit dem Stellenplan werden die Vertragsarztstellen bedarfsorientiert auf das gesamte Bundesland verteilt.
- ²⁰ Siehe dazu oben IV.
- ²¹ Vgl. OGH 1. 6. 1999, 4 Ob 148/99 i.
- ²² Vgl. §§ 338 ff. ASVG.



CW Haarfeld
Annastraße 32-36
45130 Essen

ISBN 978-3-7747-1761-9