

Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung

Herausgegeben von

O. Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg

Ao. Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch

Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald

VERLAG

R. S. SCHULZ

•R•S•S•

Starnberg • Wien 2000

Verlag R. S. Schulz GmbH

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: Autor, in *Jabornegg/Resch/Seewald*, Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung (2000) [Seite]

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme
Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist bei
Der Deutschen Bibliothek erhältlich.
ISBN 3-7962-0577-1

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.

© 2000 Verlag R. S. Schulz GmbH
Berger Straße 8–10
82319 Starnberg
Telefon: (0 81 51) 91 44-0
E-Mail: rss@rss.de
Internet: www.rss.de
Druck und Bindung: Lingenhöl/München

Vorwort

Die „Deutsch-Österreichischen Sozialrechtsgespräche“ haben sich bei ihrer diesjährigen Tagung, die am 27. und 28. Januar 2000 auf Schloß Neuburg, dem Tagungszentrum der Universität Passau, stattgefunden hat, mit dem Thema „Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung“ befasst. Dies ist auch der Titel des Tagungsbandes, mit dem die Beiträge der Referenten einem größeren Interessentenkreis vorgestellt werden.

Mit dem Thema der Tagung sowie dieses Tagungsbandes ist ein Teilaspekt des „großen“ Themas des Wettbewerbs im Gesundheitswesen angesprochen. Wettbewerb – dieser Begriff setzt Freiheit voraus einschließlich der Autonomie, der Freiheit, über Bindungen selbst zu entscheiden. Es ist kein Zufall, dass dieser Begriff in der Zeit der Aufklärung als Leitidee des ökonomischen Idealismus erscheint. Die damaligen Verhältnisse in Staat und den mit ihm eng verbundenen Gesellschaftsschichten waren weitgehend durch ein hohes Maß an persönlicher Unfreiheit und ein umfassendes staatliches Regulierungssystem gekennzeichnet. Adam Smith hat diese Gegebenheiten scharfsinnig analysiert; sein Vorschlag (und praktisch auch der von David Ricardo) war die Forderung nach dem „freien Spiel der Kräfte“; der Staat habe nur bestimmte Rahmenbedingungen zu setzen – und die ökonomischen Probleme würden sich optimal lösen, nicht nur für das Wohlergehen des Staates selbst, sondern auch für jeden Einzelnen; darin steckt die Forderung nach einem im Wesentlichen staatsfreien Wettbewerb. Die Vorstellung, dass damit gleichsam eine Harmonie prästabiliert werde, hat sich im Laufe des 19. Jahrhunderts nicht verwirklicht. Die soziale Entwicklung im Zeitalter des Liberalismus, vor allem gegen Ende des 19. Jahrhunderts, hat zu einer staatlichen Regulierung geführt, die im 20. Jahrhundert sich nicht nur verstetigt, sondern in bemerkenswerter Weise ausgedehnt und verfeinert hat.

Zu Beginn des 21. Jahrhunderts stellt sich wiederum die Frage nach dem Maß an Freiheit und Wettbewerb, auch im Bereich des Gesundheitswesens, einerseits und nach der Notwendigkeit staatlicher Regulierung andererseits, verschärft durch ökonomische Faktoren, die nicht zuletzt durch den zusammenwachsenden europäischen Markt und das Zusammenwachsen des Weltmarkts entstanden sind. Gelöst werden müssen diese Probleme (auch) in jedem einzelnen Staat. Die rechtsvergleichende Betrachtungsweise der „Deutsch-Österreichischen Sozialrechtsgespräche“ verspricht auch im Hinblick auf die Frage des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung Erkenntnisse, die über die Betrachtung nur eines Regelungssystems hinausgehen.

Diese Tagung wurde auch in diesem Jahr gemeinsam vorbereitet und veranstaltet durch das Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Universität

Linz und den Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Sozialrecht, der Universität Passau; zur Seite gestanden haben in thematisch-inhaltlicher Hinsicht die AOK Bayern – Die Gesundheitskasse – sowie die Fachverlage CW Haarfeld GmbH, Essen, MANZ, Wien und R. S. Schulz, Starnberg.

Linz/Passau

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis	V
Autorenverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	IX
<i>Franz Zehetner</i>	
Wettbewerbsrecht unter besonderer Berücksichtigung der öffentlichen Unternehmen – eine Bestandsaufnahme –	1
<i>Armin Jungbluth</i>	
Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen	25
<i>Melanie Paulus</i>	
Wettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung und im Verhältnis zur privaten Krankenversicherung – Rechtslage in Deutschland –	33
<i>Rudolf Mosler</i>	
Wettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung und im Verhältnis zur privaten Krankenversicherung – Rechtslage in Österreich –	45
<i>Horst Dieter Schirmer</i>	
Wettbewerb und ärztliches Berufsrecht in Deutschland	65
<i>Wolfgang Mazal</i>	
Wettbewerb und ärztliches Berufsrecht	85
<i>Andreas Wagener</i>	
Wettbewerb und Krankenanstalten in Deutschland	101
<i>Konrad Grillberger</i>	
Krankenanstalten und Wettbewerb in Österreich	109

Autorenverzeichnis

O. Univ.-Prof. Dr. Konrad Grillberger,
Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht,
Universität Salzburg, Churfürststr. 1, A-5020 Salzburg

Regierungsdirektor Dr. Armin Jungbluth,
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal,
Institut für Arbeits- und Sozialrecht,
Universität Wien, Heßgasse 1/3, A-1010 Wien

Ao. Univ.-Prof. Dr. Rudolf Mosler,
Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht,
Universität Salzburg, Churfürststr. 1, A-5020 Salzburg

Melanie Paulus,
Monopolkommission, Köln

Rechtsanwalt Horst Dieter Schirmer,
Kassenärztliche Bundesvereinigung/Bundesärztekammer, Köln

Rechtsanwalt Andreas Wagener,
Deutsche Krankenhausgesellschaft, Düsseldorf

O. Univ.-Prof. Dr. Franz Zehetner,
Institut für Rechtswissenschaft,
Technische Universität Wien, Karlsplatz 13, A-1040 Wien

Abkürzungsverzeichnis

Abl.	Amtsblatt
Abl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Ausgabe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen Ausgabe L: Rechtsvorschriften
Abs.	Absatz
ApG	Apothekengesetz RGBI. 1907/5
Art.	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz BGBl. 373 (WV)
Ärzte-ZV	Zulassungsverordnung für Ärzte
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASRÄG	Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl. 1955/ 189
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
B-KUVG	Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz BGBl. 1967/200
BMAGS	Bundesminister(ium) für Arbeit, Gesundheit und Soziales (früher: Arbeit und Soziales)
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSVG	Bauern-Sozialversicherungsgesetz BGBl. 1978/559
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DRdA	Das Recht der Arbeit
EG WettbewerbsR	Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft
EGKS-Vertrag	Vertrag über die Gründung der Europäischen Ge- meinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemein- schaften
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHSlg.	Entscheidungssammlung des Europäischen Gerichts- hof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europäisches Recht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
GA	1. Genfer Abkommen 2. Gutachten
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GKV-GRG	Gesundheitsreformgesetz der gesetzlichen Krankenversicherungen
GSG	Gesundheitsstrukturgesetz
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz BGBl. 1978/560
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen BGBl. 1966 I 37
h.M. Hrsg.	herrschende Meinung Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne der/des
i.V.m.	in Verbindung mit
KAG	Krankenanstaltengesetz BGBl. 1957/1
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MBO-Ä	Musterberufsordnung für deutsche Ärztinnen und Ärzte
MedR	Medizinrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
ÖVP	Österreichische Volkspartei
PKV	Verband der privaten Krankenversicherung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdM	Recht der Medizin
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rs.	Rechtssache (bei europäischen Gerichten)
SGB V	Fünftes Buch Sozialgesetzbuch
SGG	Suchtgiftgesetz BGBl. 1951/234

SozSi	Soziale Sicherheit, Zeitschrift für die österreichische Sozialversicherung
SSV-NF	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs in Sozialrechtssachen, herausgegeben von Resch/Bauer
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 BGBl. 448 (WV)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg.	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes, Neue Folge
VO	Verordnung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Sozialrecht

Franz Zehetner

Wettbewerbsrecht unter besonderer Berücksichtigung der öffentlichen Unternehmen – eine Bestandsaufnahme –

0. Einleitung

Öffentliche *Unternehmen* sind ein weltweit bekanntes Phänomen, welches auch durch die Privatisierungswelle der letzten Jahre nicht an Bedeutung verloren hat. Im Gegenteil: Unter dem facettenreichen Schlagwort „new public management“ lassen sich Phänomene zusammenfassen, die – aus verschiedenen Motiven – auf eine intensivere Inanspruchnahme „unternehmerischer Staatstätigkeit“ im Bereich der Verwaltungsaufgaben hinauslaufen. Diese Privatisierung von Verwaltungsaufgaben äußert sich in einem Übergang zu privatrechtlichen Organisationsformen mit dem Ziel, den auf diese Weise verselbstständigten Verwaltungseinheiten einerseits erweiterte Handlungsspielräume zu schaffen und andererseits diese gezielt dem Wettbewerb auszusetzen.

Die Veranstalter der Deutsch-Österreichischen Sozialrechtsgespräche haben in ihrer Einladung konstatiert, dass die derzeitige Forderung nach Ökonomisierung von Staat und Gesellschaft vor dem Gesundheitswesen nicht Halt macht und auch für den Wirkungsbereich der gesetzlichen Krankenversicherung ein Wettbewerb zwischen Nachfragern und zwischen Anbietern von Leistungen verlangt wird. Der Umsetzung dieser politischen Forderung stehen unter anderem noch rechtliche Unklarheiten entgegen.

Die folgende Bestandsaufnahme des auf europäischer Ebene für öffentliche Unternehmen geltenden Wettbewerbsrechts soll für die weiteren Diskussionen einen gewissen Orientierungsrahmen¹ bieten. Die detaillierteste Berücksichtigung des Phänomens der öffentlichen und/oder privilegierten

1) Eine umfassendere, ausführlichere und umfangreicher dokumentierte Zusammenstellung des für öffentliche Unternehmen geltenden europäischen Wettbewerbsrechts findet sich in der Untersuchung von *Müller-Graff, P.-Ch., Zehetner, F.*, Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Linz 1991; vgl. auch *Burgi, M.*, Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1997, S. 261 ff.

Unternehmen im Rahmen des primären Gemeinschaftsrechts findet sich in Art. 86 EG-Vertrag, dem der erste Schwerpunkt dieser Bestandsaufnahme gewidmet ist.

1. Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag

„Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.“

1.1. Normzweck

1.1.1. Öffentliche Unternehmen im Schutzsystem gegen Wettbewerbsverfälschungen

Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag dient der Einbindung der öffentlichen und privilegierten Unternehmen in das Wettbewerbssystem des EG-Vertrags. Die Errichtung eines Systems, das den *Wettbewerb* innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor *Verfälschungen* schützt, zählt nach Art. 3 lit. g EG-Vertrag zu den Grundtätigkeiten der EG. Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag verfolgt nach Ansicht des EuGH zusammen mit einer Reihe von anderen Vertragsbestimmungen das Ziel, „dass auf einem Markt, der die Merkmale eines einzigen Marktes aufweist, ein wirksamer, unverfälschter Wettbewerb hergestellt wird“². Es gilt das Prinzip der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen³.

Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag geht von der Maßgeblichkeit der allgemeinen, für *alle Unternehmen* geltenden Regelungen, insbesondere der Artt. 81 ff. EG-Vertrag, auch für die öffentlichen Unternehmen aus⁴. Er konkretisiert das allgemeine, an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot des Art. 10 Abs. 2 EG-Vertrag, wonach die Verwirklichung der Vertragsziele nicht gefährdet werden darf. Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag versteht sich aber darüber hinaus als ein Instrument zur Bewältigung jener Probleme, die für den Bereich des Wettbewerbs aus der Verbindung staatlicher und unternehmerischer Tätigkeit entstehen können und begründet in diesem Sinn eine Art gemeinsame „Schnittstelle“ für die *staatsbezogenen* und die *unternehmensbezogenen* Vorschriften des EG-Vertrags⁵.

2) EuGH, Rs. 85/76 (Hoffmann-La Roche), EuGHSlg. 1979, S. 461 ff., S. 554.

3) GA Reischl, Rs. 188–190/80 (Transparenzrichtlinie), EuGHSlg. 1982, S. 2545 ff.; S. 2588.

4) EuGH, Rs. 13/77 (INNO), EuGHSlg. 1977, S. 2115 ff., S. 2145.

5) In diesem Sinn *Mestmäcker*, E.-J., Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht, RabelsZ 52 (1988), S. 526 ff., S. 527.

Freilich kann die Funktion von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag nicht ohne Berücksichtigung von Art. 295 EG-Vertrag gewürdigt werden, wonach der EG-Vertrag die *Eigentumsordnung* in den verschiedenen Mitgliedstaaten *unberührt* lässt. Die Mitgliedstaaten, in denen unterschiedliche Vorstellungen betreffend die Rolle der öffentlichen Wirtschaft bestehen, können demnach grundsätzlich frei über den Bestand und die Ausgestaltung ihrer öffentlichen Unternehmen entscheiden; insbesondere ist durch Art. 295 EG-Vertrag auch das Recht der Mitgliedstaaten zu *Verstaatlichungsmaßnahmen* grundsätzlich erhalten geblieben.

1.1.2. Verbot mittelbarer Vertragsverletzungen durch die Mitgliedstaaten

Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag enthält ein *Verbot mittelbarer Vertragsverletzungen durch die Mitgliedstaaten* kraft ihres Einflusses auf die öffentlichen und privilegierten Unternehmen. Das hat zur Folge, dass *öffentliche und privilegierte Unternehmen*, die dem beherrschenden Einfluss eines Mitgliedstaates unterliegen, im Ergebnis *Verpflichtungen* aus dem EG-Vertrag unterworfen werden, welche die übrigen Unternehmen nicht treffen. Das gilt insbesondere für das Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG-Vertrag) und die Regeln über den freien Waren-, Dienstleistungs- und Personenverkehr.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung von privaten und öffentlichen Unternehmen wird also insoweit *zulasten* der öffentlichen Unternehmen durchbrochen, als ihnen – entsprechend ihrer besonderen Position – mittelbar besondere Pflichten obliegen⁶.

Als unter Umständen sogar gewünschter Nebeneffekt ist aber zu beobachten, dass durch Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag ein gewisser Grad an Unabhängigkeit von vertragswidrigen Einflussnahmen der Mitgliedstaaten im Sinne einer Gleichbehandlung mit privaten Unternehmen sichergestellt wird.

1.2. Zum Unternehmensbegriff

Im Hinblick auf die anschließend zu erörternden Abgrenzungsfragen ist es erforderlich, sich einleitend mit dem Unternehmensbegriff auseinander zu setzen, der den einschlägigen Bestimmungen des EG-Vertrags zugrunde zu legen ist. Es zeigt sich, dass der Unternehmensbegriff im EG-Vertrag selbst *nicht definiert* wurde.

Hinsichtlich der Stellung und Funktion von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag besteht ein weitgehender Konsens darüber, dass der dort verwendete Begriff des Unternehmens demjenigen der Artt. 81 ff. des EG-Vertrags entspricht. Obwohl sich auch im EGKS-Vertrag – trotz Art. 80 mit der diesbezüglich viel versprechenden Einleitung „Unternehmen im Sinne dieses Vertrags sind

6) EuGH, Rs. 188–190/80 (Transparenzrichtlinie), EuGHSlg. 1982, S. 2545 ff., S. 2577; zu den Grenzen des Gleichbehandlungsgebots vgl. auch EuGH, Rs. 209–215 und 218/78 (van Landewyck), EuGHSlg. 1980, S. 3125 ff., S. 3249.

diejenigen Unternehmen ...“ – keine Legaldefinition des Unternehmensbegriffs findet, wird die Rechtsprechung des EuGH zum EGKS-Vertrag⁷ auf das Kartellrecht des EG-Vertrags übertragen. Damit schließt sich der Kreis der Argumentation: Der von der Rechtsprechung für den EGKS-Vertrag entwickelte Unternehmensbegriff ist auch für Art. 86 EG-Vertrag maßgeblich.

Als Unternehmen im Sinne des EG-Vertrags versteht man demnach eine „einheitliche, einem selbstständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren, mit welcher auf Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird“. Besonders hervorzuheben ist dabei die funktionale Ausrichtung dieses gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriffs.

Speziell im Hinblick auf die anschließend vorrangig interessierende Subkategorie der öffentlichen Unternehmen ist es erforderlich, hoheitliches staatliches Handeln von unternehmerischem Handeln zu unterscheiden. Entsprechend dem Zweck des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag sollen aus der Sonderbeziehung von öffentlicher Hand und unternehmerischem Handeln keine Wettbewerbsvorteile gegenüber privaten Wettbewerbern erwachsen. Umgekehrt will Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag aber nicht die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben durch den Staat verhindern oder erschweren. Die Abgrenzung wird vom EuGH anhand des Kriteriums vorgenommen, ob die fragliche Körperschaft im öffentlichen Interesse oder zu Erwerbszwecken tätig wird⁸.

Ob unter diesem Gesichtspunkt das öffentliche Unternehmen eine selbstständige Rechtspersönlichkeit oder eine relative Selbstständigkeit von der Verwaltung hat oder nicht, ist nicht entscheidend. Zum Teil wird demgegenüber gefordert, dass eine vom Staat als Hoheitsträger zu trennende Einrichtung vorhanden ist, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Aus dem Zweck der Vorschrift ergibt sich jedoch, dass es weniger darauf ankommt, ob die Einrichtung rechtlich autonom gegenüber dem Staat ist, sondern allein darauf, ob sie mit anderen Unternehmen der Gemeinschaft unmittelbar oder mittelbar im Wettbewerb steht. Andernfalls könnte ein Mitgliedstaat durch die rechtliche Zuordnung eines Unternehmens dieses der unmittelbaren Anwendung der Wettbewerbsvorschriften entziehen, was zu einer unterschiedlichen Anwendung des Vertrags auf gleichartige wirtschaftliche Tätigkeiten führen würde⁹.

1.3. Zum Begriff des öffentlichen Unternehmens

Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag bezieht sich ausdrücklich auf „öffentliche Unternehmen“, ohne diesen Begriff näher zu definieren. Aus der Sicht des EG-Vertrags, der – wie schon erörtert – ja auch keine Definition des Unterneh-

7) EuGH, Rs. 17 und 20/61 (Klöckner/Hoesch), EuGHSlg. 1962, S. 653 ff., S. 687; EuGH, Rs. 19/61 (Mannesmann), EuGHSlg. 1962, S. 717 ff., S. 750.

8) EuGH, Rs. 94/74 (IGAV), EuGHSlg. 1975, S. 699 ff., S. 713; GA Trabucchi Rs. 2/73 (Geddo), EuGHSlg. 1973, S. 865 ff., S. 894.

9) In diesem Sinne auch EuGH, Rs. 118/85 (Kommission/Italien), EuGHSlg. 1987, S. 2599 ff.

mensbegriffs enthält, erscheint diese Enthaltbarkeit konsequent. Die Praxis wird allerdings nicht umhinkommen, den Begriff des öffentlichen Unternehmens exakt abzugrenzen.

1.3.1. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens in der Transparenzrichtlinie

Eine Umschreibung des Begriffs „öffentliches Unternehmen“ findet sich in Art. 2 der Transparenzrichtlinie¹⁰. Sie umfasst jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Es wird vermutet, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt oder über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Anwendungsbereich der Transparenzrichtlinie mit dem Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag nicht identisch ist. Insbesondere bezweckt Art. 2 der Transparenzrichtlinie nicht eine Definition des Begriffs des öffentlichen Unternehmens, wie er in Art. 86 EG-Vertrag enthalten ist. Art. 2 der Transparenzrichtlinie will vielmehr nur die Kriterien festlegen, anhand derer die Gruppe der Unternehmen zu ermitteln ist, für deren finanzielle Beziehungen zur öffentlichen Hand die Informationspflicht nach der Richtlinie gilt¹¹. Die Kommission, welche die Transparenzrichtlinie erlassen hat, wäre auch gar nicht befugt, Begriffe des EG-Vertrags und damit den EG-Vertrag selbst verbindlich zu ändern oder zu erweitern. Die Befugnis zum Erlass der Transparenzrichtlinie ergibt sich aus Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag, wonach der Kommission die Überwachung der Anwendung dieses Artikels obliegt¹². Demnach kann die Definition in Art. 2 der Transparenzrichtlinie nur für die Anwendung der Richtlinie, nicht jedoch für die Auslegung von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag herangezogen werden.

1.3.2. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens in Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag

Der Begriff des öffentlichen Unternehmens in Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag erscheint zunächst primär „deskriptiv“ im Sinne einer wirtschaftlichen Umschreibung („public corporation“, „public enterprise“). Seine Qualität als

10) Richtlinie (80/723/EWG) der Kommission vom 25.6.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG 1980 Nr. L 195/35.

11) EuGH, Rs. 188–190/80 (Transparenzrichtlinie), EuGHSlg. 1982, S. 2545 ff., S. 2578.

12) Vgl. dazu GA Reischl, Rs. 188–190/80 (Transparenzrichtlinie), EuGHSlg. 1982, S. 2545 ff., S. 2597.

juristischer Begriff wird infrage gestellt¹³. Bei der Formulierung von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag wurde bewusst davon abgesehen, den Begriff des öffentlichen Unternehmens zu definieren, um den in den verschiedenen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlichen Vorstellungen über Rang, Wert und Notwendigkeit öffentlicher Unternehmen Rechnung zu tragen¹⁴.

Dennoch ist der in Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag verwendete Terminus ein Begriff des Gemeinschaftsrechts, der somit für alle Mitgliedstaaten nur einheitlich ausgelegt werden kann¹⁵. Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag soll im Interesse des Funktionierens des Gemeinsamen Marktes verhindern, dass der Einfluss der öffentlichen Hand auf Unternehmen zu versteckten Diskriminierungen und Wettbewerbsverfälschungen missbraucht wird. Eine solche Gefahr der Vertragsumgehung kann aber nur dann bestehen, wenn die Mitgliedstaaten auf bestimmte Wirtschaftseinheiten – in welcher Form auch immer – einen bestimmenden Einfluss ausüben können. Es entspricht dem Erfordernis einer vertragskonformen Auslegung, Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag hinsichtlich der Bestimmung des öffentlichen Unternehmens dahingehend auszulegen, dass – ohne Rücksicht auf die Rechtsform des staatlichen Einflusses – auf *den beherrschenden Einfluss der öffentlichen Hand auf das Wirtschaftsunternehmen* abgestellt wird¹⁶.

Öffentliche Unternehmen unterscheiden sich also von privaten Unternehmen dadurch, dass die öffentliche Hand auf die Geschäftsführung von öffentlichen Unternehmen *einen besonderen beherrschenden Einfluss* ausüben kann, ohne auf die allgemeinen hoheitlichen Maßnahmen angewiesen zu sein. Im Einzelnen wird ein solcher beherrschender Einfluss in folgenden Fällen angenommen:

Zu öffentlichen Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag zählen auf jeden Fall *Unternehmen des öffentlichen Rechts*. Öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag können Anstalten, Stiftungen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts sein, aber auch Eigenbetriebe und Sondervermögen. Auch vollkommen in die staatliche Verwaltung integrierte „Unternehmen“ sind als öffentliche Unternehmen des öffentlichen Rechts in den Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag einzubeziehen.

Im Hinblick auf die Finalität von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag ist es selbstverständlich, dass die Qualifikation als öffentliches Unternehmen nicht von der Rechtsform des Unternehmens abhängig ist. Sofern die Möglichkeit des beherrschenden Einflusses durch die öffentliche Hand gegeben ist, können auch *Unternehmen in den Rechtsformen des Privatrechts* „öffentliche Unternehmen“ sein.

13) GA *Duheillet de Lamothe*, Rs. 10/71 (Hafen von Mervort), EuGHSlg. 1971, S. 723 ff., S. 738.

14) GA *Reischl*, Rs. 188–190/80 [Fn. 12], S. 2596.

15) GA *Reischl*, ebd.

16) GA *Reischl*, ebd.

1.4. Zum Begriff der widersprechenden Maßnahmen

Die Mitgliedstaaten sind nach Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag gehalten, in bezug auf die genannten Unternehmen keine dem Vertrag, insbesondere Art. 12 und Art. 81–89 EG-Vertrag widersprechenden *Maßnahmen* zu treffen oder beizubehalten.

Der Begriff der Maßnahme ist umstritten. Nach wohl überwiegender Auffassung, die den Begriff der Maßnahme weit auslegt, ist unter einer Maßnahme jedes rechtliche oder tatsächliche Einwirken eines Mitgliedstaates auf ein Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag zu verstehen, wenn dieses Einwirken zu einem dem Vertrag widersprechenden Ergebnis führt oder führen kann. Auf die rechtliche Qualität der Maßnahme kommt es dabei nicht an. In Betracht kommen hoheitliche oder privatrechtliche, generelle oder individuelle Rechtsakte oder tatsächliches Verhalten.

Vereinzelt werden *Maßnahmen in Gesetzesform ausgenommen*. Dagegen spricht allerdings die Überlegung, dass dann durch die Wahl der Rechtsnatur der Maßnahmen die Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag in das Belieben der Mitgliedstaaten gestellt würde. Die Rechtsprechung des EuGH nimmt demgemäß Gesetze nicht von den Maßnahmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag aus¹⁷. Dieser Judikatur entspricht die Entscheidungspraxis der Kommission¹⁸.

Bei Gesetzen und Verordnungen ist allerdings die *Zielgerichtetheit des Maßnahmenbegriffs* besonders zu beachten. Generelle Rechtsnormen werden daher als „Maßnahmen“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag nur in Betracht kommen, so weit sie Spezialregelungen für öffentliche Unternehmen oder Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten treffen.

Durch die nach Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag erforderliche Konkretisierung der Maßnahme „in Bezug auf“ die genannten Unternehmen sind nur spezielle Maßnahmen erfasst, die *allein* die in Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag angeführten Unternehmen berühren. Sie können allgemeinen Charakter allenfalls dann haben, wenn in einem bestimmten Wirtschaftsbereich eines Mitgliedstaats ausschließlich öffentliche oder privilegierte Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag tätig sind. Umgekehrt sind somit gesetzliche oder sonst hoheitliche Regelungen, die ihrer Natur nach *jedes Unternehmen* treffen können, keine Maßnahmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag.

Zu diskutieren ist, ob bei den Maßnahmen „in Bezug auf“ die Unternehmen des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag Letztere als Objekt oder als Instrument der Maßnahme anzusehen sind. Fraglich ist nämlich, ob der Tatbestand des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag voraussetzt, dass die Mitgliedstaaten eine Maßnahme *zugunsten* der genannten Unternehmen treffen,

17) EuGH, Rs. 94/74 (IGAV/ENCC), EuGHSlg. 1975, S. 699 ff., S. 713; vgl. auch GA *Trabucchi*, ebd. S. 723 sowie in Rs. 2/73 (Geddo/Enre Nationale Risi), EuGHSlg. 1973, S. 865 ff., S. 894.

18) Vgl. Entscheidung (87/359/EWG) der Kommission vom 22.6.1987 über die Tarifiermächtigungen im Luft- und Seeverkehr, die ausschließlich den Bewohnern der Kanarischen Inseln und Balearen vorbehalten sind (Spanische Inselflüge), ABl. EG 1987 Nr. L 194/28.

oder ob vielmehr eine Maßnahme *mithilfe* der genannten Unternehmen gemeint ist. Die Praxis der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH deuten in die Richtung, tendenziell beide Bezugsformen zu erfassen.

Durch die Formulierung „*treffen oder beibehalten*“ in Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag wird klargestellt, dass nicht nur neue Maßnahmen, sondern auch das Beibehalten bereits bestehender, vertragswidriger Maßnahmen den Tatbestand von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag erfüllt¹⁹. Zum Teil wird auch die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte selbst bereits als das Treffen einer Maßnahme im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag angesehen²⁰. Nach anderer Auffassung werden jedoch unter Berufung auf den Wortlaut und den Zweck von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag diese beiden Tatbestandsmerkmale *unterschieden*. Danach ist, wenn die vertragswidrige Maßnahme nur in der Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte liegt, statt Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag Art. 10 Abs. 2 EG-Vertrag anzuwenden. Diese Frage ist von der bereits erörterten Frage nach dem Begriff der „Maßnahme“ zu unterscheiden. Hier geht es nicht um die inhaltliche Reichweite des Maßnahmebegriffs, sondern darum, ob die Anwendung von Art. 86 Abs. 1 (und Abs. 3!) *zwei verschiedene* Akte des Staates voraussetzt (Einräumung der Sonderstellung *und* davon verschiedene Förderungsmaßnahmen) oder einen einzigen Akt genügen lässt (Förderungsmaßnahme *durch* Einräumung der Sonderstellung).

2. Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag

„Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, so weit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“

2.1. Normzweck

Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag wirkt auch gegenüber dem Tatbestand des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag nach beinahe einhelliger Ansicht als *Legal Ausnahme*. Die Mitgliedstaaten können sich in Bezug auf Maßnahmen nach Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag darauf berufen. Der Normzweck dieser Legal Ausnahme ist darin zu sehen, den Konflikt zwischen dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln einerseits und dem öffentlichen Interesse an der Erfüllung besonderer Aufgaben durch bestimmte Unternehmen andererseits zu harmonisieren. Auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag

19) EuGH, Rs. C-41/90 (Macrotron), EuGRZ 1991, S. 162 ff., S. 169 „Beibehalten einer Gesetzesbestimmung“.

20) Vgl. z. B. Richtlinie über die Telekommunikations-Endgeräte.

können sich daher auch *Unternehmen* – und zwar auch private und unabhängig davon, ob sie auch unter Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag zu subsumieren sind – im Falle eines an sich wettbewerbswidrigen Verhaltens berufen, wenn die noch zu erörternden tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind. Als *einschränkende* Norm ist Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag eng auszulegen²¹.

2.2. Die erfassten Unternehmen

Nach dem Wortlaut von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag werden unterschiedslos sowohl öffentliche als auch private Unternehmen erfasst²². In der Regel wird es sich aber um öffentliche oder (öffentliche oder private) privilegierte Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag handeln, da andere Unternehmen kaum bereit sein werden, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu erbringen oder die Aufgaben eines Finanzmonopols zu erfüllen; allerdings erfordert die Inanspruchnahme des Privilegs von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag nicht die Gewährung von Sonderrechten, sondern eine *Aufgabenübertragung*.

2.2.1. Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind

Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, müssen folgende Voraussetzungen erfüllen:

2.2.1.1. Dienstleistungen

Der Begriff der Dienstleistung im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag umfasst anders als in Art. 50 EG-Vertrag auch das Bereithalten, Bereitstellen und Verteilen von Sachleistungen. Unter die Vorschrift fallen daher nicht nur die typischen Dienstleistungsunternehmen der Massenbeförderung von Personen, Waren und Informationen, wie namentlich die Eisenbahn oder die Kommunikationsdienste von Post, Telefon und Telegrafenanstalten, sondern auch Unternehmen der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung hinsichtlich der Daseinsvorsorge.

Dienstleistungen erbringen ferner Luftverkehrsunternehmen, Fährbetriebe, Banken, *Versicherungsunternehmen*, Schlachthöfe, Gesellschaften zur Verwertung von Urheberrechten sowie Rundfunk und Fernsehen.

2.2.1.2. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Die Dienstleistungen dieser Unternehmen müssen jedoch von *allgemeinem Interesse* sein. Dieser Begriff wurde nach einhelliger Ansicht bewusst unbestimmt gefasst, um ihm einen möglichst weiten Anwendungsbereich²³ zu geben. Er ist gemeinschaftsrechtlich zu definieren. Er ist zwar nicht mit dem Gemeinschaftsinteresse identisch, aber jedenfalls für alle Mitgliedstaaten einheitlich zu qualifizieren. Ein allgemeines Interesse im Sinne des Art. 86

21) EuGH, Rs. 127/73 (BRT/SABAM), EuGHSlg. 1974, S. 313 ff., S. 318.

22) EuGH, Rs. 127/73 (BRT/SABAM), EuGHSlg. 1974, S. 313 ff., S. 318.

23) GA *Duheillet de Lamothe*, Rs. 10/71 (Hafen von Mertert), EuGHSlg. 1971, S. 723 ff., S. 739; GA *Mayras*, Rs. 127/73 (BRT-II), EuGHSlg. 1974, S. 323 ff., S. 327.

Abs. 2 EG-Vertrag setzt nicht notwendig voraus, dass die Dienstleistung im Interesse der Gesamtheit der Bevölkerung des Gemeinsamen Marktes oder eines Mitgliedstaates liegt. Ausreichend ist vielmehr die Wichtigkeit einer Dienstleistung für die Bevölkerung eines Landes, einer Region oder auch einer Gemeinde. Der allgemeine Charakter fehlt demgegenüber, wenn die Dienstleistung nur im Interesse einzelner Personen oder Personengruppen oder nur im Interesse einzelner Industriezweige erbracht wird.

Ein allgemeines Interesse kann unter Umständen vermutet werden, wenn die im Betrauungsakt festgelegte Zwecksetzung das Unternehmen zu Tätigkeiten zwingt, die, unter rein privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten gesehen, dem Eigeninteresse des Unternehmens zuwiderlaufen. Beispiele dafür sind Kontrahierungszwänge, Beratungspflichten oder der Zwang zu unrentablen, aber im Interesse einer gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung gebotenen Leistungsangeboten.

2.2.1.3. Dienstleistungen von wirtschaftlichem Interesse

Die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse müssen zusätzlich durch ein wirtschaftliches Interesse gekennzeichnet sein. Dienstleistungsunternehmen, die sich karitativen, fürsorgerischen, sozialen oder kulturellen Zwecken widmen, können sich daher nicht auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag berufen, unterliegen also grundsätzlich den an die Unternehmen gerichteten Vorschriften des EG-Vertrags. Abgrenzungsprobleme können entstehen, wenn derartige Einrichtungen (etwa Fernsehen und Rundfunk mit Schul- und sonstigen kulturellen Sendungen, Universitäten, Schulen, Museen, Theater), sofern sie im Einzelfall dem Unternehmensbegriff unterfallen, kulturelle, soziale oder politische Dienstleistungen mit wirtschaftlichen Interessen verbinden. Kennzeichnend für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Interesses ist eine *Wettbewerbssituation mit anderen Unternehmen*.

2.2.1.4. Betrauung

Die Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag setzt voraus, dass die Unternehmen mit den genannten Dienstleistungen *betraut* sind.

Die Betrauung kann durch einen Mitgliedstaat, aber auch durch andere juristische Personen des öffentlichen Rechts erfolgen (Land, Gemeinde, Anstalt).

Umstritten ist, ob die Betrauung eine bestimmte Rechtsform (Verwaltungsakt, Gesetz, privatrechtlicher Vertrag) erfordert. Die Frage lässt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift wegen der unterschiedlichen Formulierungen in den verschiedenen Vertragssprachen und angesichts der Unterschiede in den einzelnen Rechtsordnungen nicht beantworten. Nach der Rechtsprechung des EuGH, der seine Auffassung mit einer Analogie zu den Finanzmonopolen begründet, muss die Aufgabe jedenfalls durch einen *Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt* übertragen werden²⁴.

²⁴ EuGH, Rs. 127/73 (BRT-II), EuGHSlg. 1974, S. 313 ff., S. 318; EuGH, Rs. 172/80 (Züchner), EuGHSlg. 1981, S. 2021 ff., S. 2030.

2.2.2. Unternehmen, die den Charakter eines Finanzmonopols haben

Den Charakter eines Finanzmonopols haben Unternehmen, die durch Übertragung eines ausschließlichen Rechts durch Hoheitsakt²⁵ zu dem Zweck geschaffen werden, dem öffentlichen Haushalt eine besondere Einnahmequelle zu sichern. Insoweit handelt es sich stets um Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag.

Da es nach dem Wortlaut von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag genügt, dass die Unternehmen den „Charakter eines Finanzmonopols“ aufweisen, ist der Begriff funktionell zu verstehen.

Die Errichtung eines Produktionsmonopols allein kann danach nicht ausreichen, selbst wenn es den erwirtschafteten Gewinn an den Staat abführen muss: Eine Gewinnabführungspflicht ist typisch für jedes Unternehmen im Verhältnis zu seinem Eigentümer und nicht als Sicherung einer besonderen Einnahmequelle für den öffentlichen Haushalt anzusehen. Der Charakter eines Finanzmonopols ist meist auch zu verneinen, wenn Unternehmen, denen die öffentliche Hand ausschließliche Rechte gewährt, auch zusätzliche fiskalische Aufgaben übertragen werden, wie z. B. die Erhebung und Abführung einer Verbrauchssteuer. Diese Aufgabe ist nämlich in der Regel der allgemeinen Pflicht zur ordnungsgemäßen Abführung von Steuern gleichzusetzen.

Von einem Finanzmonopol lässt sich erst dann sprechen, wenn die Übertragung des Monopols *allein durch fiskalische Gründe* mit dem Ziel motiviert ist, eine *besondere Einnahmequelle* zu erschließen. Beispiele für Finanzmonopole sind Tabak-, Zündwaren-, Branntwein- oder Sprengstoffmonopole.

2.3. Die rechtliche oder tatsächliche Verhinderung der übertragenen besonderen Aufgaben

Ein Zurücktreten der Vertragsvorschriften gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag setzt voraus, dass die Anwendung einer Vorschrift die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Erforderlich ist also eine Unvereinbarkeit zwischen der fraglichen Wettbewerbsvorschrift und der Erfüllung der besonderen Aufgabe.

An das Merkmal der „Verhinderung“ der besonderen Aufgabe werden strenge Anforderungen gestellt²⁶. Eine bloße Behinderung im Sinne einer Erschwerung genügt nicht²⁷. Insbesondere kommt eine Einschränkung der

²⁵ EuGH, Rs. 127/73 (BRT-II), EuGHSlg. 1974, S. 313 ff., S. 318.

²⁶ Vgl. z. B. EuGH, Rs. 258/78 (Nungesser), EuGHSlg. 1982, S. 2015 ff., S. 2056 f.

²⁷ Entscheidung der Kommission vom 10.12.1982, ABl. EG 1982 Nr. L 360/36 (42) (British Telecommunications).

Geltung der Wettbewerbsregeln nur für den Fall in Betracht, dass das Unternehmen über keine anderen technisch und wirtschaftlich realisierbaren Mittel verfügt, um seine Aufgabe zu erfüllen²⁸. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln muss mit der Aufgabenerfüllung *nachweislich* unvereinbar sein²⁹. Da es sich bei Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag um eine Ausnahmevorschrift handelt, ist auch hier eine strenge Prüfung angezeigt³⁰.

Die Einschränkung der Geltung der Vertragsvorschriften darf schließlich nicht weitergehen, als es für die Aufgabenerfüllung unbedingt erforderlich ist³¹. Daraus folgt, dass im Falle eines Finanzmonopols eine Vertragsverletzung kaum damit zu rechtfertigen sein wird, dass auf diese Weise höhere Einnahmen erzielt werden können.

2.4. Die Grenze der Einschränkung

(Art. 86 Abs. 2 letzter Satz EG-Vertrag)

Zusätzlich ist es für die Inanspruchnahme des Privilegs von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag erforderlich, dass die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

2.5. Subsidiarität von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag

Vor einer allfälligen Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag müssen vorrangig die im EG-Vertrag für *alle Unternehmen* vorgesehenen Freistellungsverfahren³² oder Sondergenehmigungsverfahren³³ *tatsächlich* in Anspruch genommen werden. Für die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ist erst dann – subsidiär – Raum, wenn kein sonstiges im Vertrag vorgesehenes Verfahren zum Ausgleich der widerstreitenden Interessen geführt hat.

28) Entscheidung der Kommission vom 17.12.1982 (NAVEWA-ANSEAU), ABl. EG 1982 Nr. L 167/39 (48). In dieser Entscheidung ging es um ein Etikett für Waschmaschinen und ähnliche Geräte, das eine umweltfreundliche Wasserverwendung garantieren sollte und ausschließlich von einem öffentlichen Unternehmen zu erhalten war.

29) EuGH, Rs. 155/73 (Sacchi), EuGHSlg. 1974, S. 409 ff., S. 431; zuletzt EuGH, Rs. C-41/90 (Macrotron), EuGRZ 1991, S. 162 ff., S. 169.

30) GA Roemer, Rs. 82/71 (SAIL), EuGHSlg. 1972, S. 119 ff., S. 146.

31) Entscheidung der Kommission vom 26.7.1976 (BNIA), ABl. EG 1976 Nr. L 231/24.

32) Wie z. B. die Einzelfreistellung oder Gruppenfreistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag.

33) Vgl. etwa das Verfahren nach Art. 88 Abs. 2 Satz 3 EG-Vertrag.

Die Beweislast für die „Erschöpfung des gemeinschaftsrechtlichen Instanzenzugs“ liegt aufseiten des Unternehmens bzw. des Mitgliedstaats. Allgemeiner – und auf alle Tatbestandsmerkmale von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag bezogen – formuliert: Die Beweislast trifft denjenigen, der sich auf diese Legal Ausnahme beruft. Da für die „Maßnahme“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag der Mitgliedstaat verantwortlich sein muss, wird die Beweislast in erster Linie den Mitgliedstaat treffen. In diese Richtung geht auch die Praxis der Kommission³⁴.

3. Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag

„Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten.“

Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag hat einen doppelten Normzweck:

Erstens wird die Kommission beauftragt, auf die Anwendung des Art. 86 EG-Vertrag zu achten. Aus dem zweiten Satzteil „erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten“ zu richten, ist die Klarstellung zu entnehmen, dass die Kommission zwar selbst die Anwendung des Artikels 86 „zu achten“ hat, dass der zentrale Normzweck aber darin liegt, die *Beachtung* des Art. 86 EG-Vertrag *durch die Mitgliedstaaten* sicherzustellen. „Achtung“ im Sinne von Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag ist daher als „Überwachung“ zu verstehen.

Zweitens wird klargestellt, dass der Kommission zum Zweck der Überwachung sowohl die allgemeinen und speziellen Eingriffs- und Überwachungsbefugnisse des EG-Vertrags als auch „erforderlichenfalls“ der Erlass geeigneter „Richtlinien und Entscheidungen“ an die Adresse der Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen. Im Urteil vom 19.3.1991³⁵ zur Telekommunikations-Endgeräte-Richtlinie hat der EuGH die Überwachungsfunktion der Kommission extensiv ausgelegt und im Hinblick auf die Richtlinienkompetenz betont, dass die Aufsichtsbefugnis die Möglichkeit umfasst, die sich aus dem Vertrag ergebenden *Verpflichtungen zu präzisieren*³⁶.

34) Vgl. Entscheidung (90/16/EWG) der Kommission vom 20. Dezember 1989 über die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen in den Niederlanden. ABl. EG 1990 Nr. L 10/47, Rn. 16 sowie Entscheidung (90/456/EWG) der Kommission vom 1. August 1990 betreffend die Erbringung internationaler Eil-Kurierdienstleistungen in Spanien, ABl. EG 1990 Nr. L 233/19, Rn. 13.

35) EuGH, EuZW 1991, S. 345 ff.

36) Von Burchard, F., Die Kompetenzen der EG-Kommission nach Art. 90 III EWGV. Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 19.3.1991 zur Telekommunikations-Endgeräte-Richtlinie, EuZW 1991, S. 339 ff.

4. Die zu beachtenden Vertragsregeln

Die Maßnahmen der Mitgliedstaaten in Bezug auf die öffentlichen und privilegierten Unternehmen dürfen nicht dem EG-Vertrag, insbesondere nicht Art. 12 und den Artt. 81 bis 89 EG-Vertrag widersprechen. Der Inhalt der Verhaltenspflicht, die Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag statuiert, ist also in der Vorschrift selbst nicht geregelt. Man kann daher bei Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag entsprechend seinem Normzweck, die Einhaltung des Vertrags auch im Hinblick auf öffentliche Unternehmen sicherzustellen, von einem „offenen Tatbestand“ (Blankettnorm) sprechen. Die zu beachtenden Vertragsregeln können dabei an das Unternehmen oder aber an den Mitgliedstaat gerichtet sein.

4.1. Unternehmen als Normadressaten

Von den Vertragsvorschriften, die sich an die Unternehmen richten, sind vor allem Art. 81 und Art. 82 EG-Vertrag von Bedeutung, die für alle (also auch für öffentliche) Unternehmen gelten. Art. 86 EG-Vertrag spielt aber dann keine Rolle, wenn das wettbewerbsrelevante Verhalten des öffentlichen Unternehmens allein auf die Ausübung autonomer Entscheidungsrechte des Unternehmens zurückzuführen ist.

Andererseits setzt die Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag grundsätzlich nicht voraus, dass die betreffenden Unternehmen tatsächlich eine Vertragsverletzung begehen. Entscheidend ist, ob eine Situation geschaffen wird, die gegen den EG-Vertrag und dessen Ziele verstößt. Man kann insoweit von einer *mittelbaren* Verletzung dieser unternehmensbezogenen Normen durch die Mitgliedstaaten sprechen.

4.1.1. Wettbewerbsrelevante Vereinbarungen oder Beschlüsse (Art. 81 EG-Vertrag)

Für die Relevanz von Art. 81 EG-Vertrag kann die Vorfrage von Bedeutung sein, wie das Verhältnis der öffentlichen Hand zu den von ihr abhängigen Unternehmen zu beurteilen ist. Hierbei geht es um die Frage, ob eine konzernähnliche Einheit zwischen der öffentlichen Hand und den von ihr abhängigen Unternehmen und das Fehlen eines beschränkbarer Wettbewerbs zwischen den Beteiligten anzunehmen ist.

Diese Frage ist noch nicht abschließend geklärt. Man wird aber von einer wirtschaftlichen Einheit, innerhalb derer ein beschränkbarer Wettbewerb nicht stattfindet, dann ausgehen können, wenn mehrere öffentliche Unternehmen von *derselben* öffentlichen Stelle oder Körperschaft abhängig sind und ein autonomes Verhalten der abhängigen Gesellschaften nicht möglich ist. Die Praxis der Kommission neigt dazu, das Verhältnis der öffentlichen Unternehmen zueinander mit der Stellung von *Konzerntöchtern* zu vergleichen, deren Verhalten durch die gemeinsame Mutter bestimmt und koordiniert wird³⁷. In diesem Falle wäre Art. 81 EG-Vertrag auf Koordinierungsmaßnahmen nicht

37) Vgl. Entscheidung der Kommission vom 2.4.1982 (Usinor/Sacilor/Normandie). ABl. EG 1982 Nr. L 139/1 (zu Art. 66 EGKS-Vertrag).

anwendbar; Art. 81 EG-Vertrag ist aber anwendbar, wenn die Unternehmen der Leitung verschiedener Körperschaften des öffentlichen Rechts unterstehen.

Zum Teil wird auch je nach der gesetzlich garantierten Selbstständigkeit der fraglichen Unternehmen vom Staat unterschieden.

Von diesen Sonderproblemen konzernähnlicher, interner Koordination und Kooperation abgesehen, sind auf jeden Fall Kartelle zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen denkbar. Ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag wird etwa dann vorliegen, wenn ein öffentliches Unternehmen und ein privater Wettbewerber Absprachen zur Marktaufteilung vornehmen, ihre Rationalisierungsmaßnahmen aufeinander abstimmen und technisches Know-how exklusiv untereinander austauschen. Allerdings wird ein solches Verhalten, wie es ansonsten auch unter privaten Unternehmen vorkommt, aufseiten der öffentlichen Unternehmen nicht ohne weiteres auf einer besonderen *staatlichen* Einflussnahme (= einer Maßnahme im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag) beruhen. Wenn eine solche besondere staatliche Einflussnahme *nicht nachgewiesen* oder *vermutet* werden kann, ist das öffentliche Unternehmen nach Art. 81 EG-Vertrag selbst verantwortlich und für eine Anwendung von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag bleibt kein Raum³⁸.

4.1.2. Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EG-Vertrag)

Mit der Übertragung ausschließlicher Rechte erlangt ein dadurch privilegiertes Unternehmen oft auch eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag. Das bedeutet aber nicht, dass ein Monopol zugunsten eines Unternehmens, dem ein Staat ausschließliche Rechte im Sinne von Art. 86 EG-Vertrag gewährt hat, schon allein deswegen mit Art. 82 unvereinbar ist³⁹. Aber auch für die anderen, von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag erfassten öffentlichen Unternehmen kann Art. 82 EG-Vertrag einschlägig sein:

Die Sonderbeziehung zwischen öffentlicher Hand und Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag bietet in erster Linie *Möglichkeiten* zur Verletzung gerade von Art. 82 EG-Vertrag. An Beispielen sind Preisregelungen⁴⁰ oder die Bevorzugung bei der Vergabe von Aufträgen⁴¹ oder bei

38) So die Entscheidungspraxis der Kommission, vgl. etwa Entscheidung vom 2.12.1985 (85/560/EWG), ABl. EG 1985 Nr. L 369/6 (BP/Kellogg); Entscheidung vom 4.12.1986 (87/3 EWG), ABl. EG 1987 Nr. L 5/13 (ENI/Montedison); Entscheidung vom 22.12.1987 (88/87/EWG), ABl. EG 1988 Nr. L 50/18 (Enichem/ICI); Entscheidung vom 23.1.1985 (85/121/EWG), ABl. EG 1985 Nr. L 46/51 (Olympic Airways) einerseits; andererseits Entscheidung vom 24.4.1985 (85/276/EWG), ABl. EG 1985 Nr. L 152/25 (Griechische Versicherungen).

39) Vgl. EuGH, Rs. 311/84 (CBEM), EuGHSlg. 1985, S. 3261 ff., S. 3275; EuGH, Rs. C-41/90 (Macrotron), EuGRZ 1991, S. 162 ff., S. 169; zuletzt EuGH, Rs. C-260/89 (ERT/DEP) EuZW 1991, S. 507 ff., S. 509.

40) Entscheidung (90/16/EWG) der Kommission vom 20. Dezember 1989 über die Erbringung von Eil-Kurierdienstleistungen in den Niederlanden, ABl. EG 1990 Nr. L 10/47.

41) Vgl. Entscheidung der Kommission vom 24.4.1985 (85/276/EWG) ABl. EG 1985 Nr. L 152/25 (Griechische Versicherungen).

Lieferungen zu nennen. Nimmt ein öffentliches Unternehmen bereits eine marktbeherrschende Stellung ein, so kann auch die Erweiterung dieser Stellung durch Erwerb eines konkurrierenden Unternehmens einen Missbrauch im Sinne des Art. 82 EG-Vertrag darstellen. Ebenso kann ein gesetzlich eingeräumtes Monopol⁴² bzw. die Ausdehnung eines gesetzlich eingeräumten Monopols auf *komplementäre* Märkte unter Art. 82 EG-Vertrag fallen. Wie schon zu Art. 81 EG-Vertrag ausgeführt, sind aber öffentliche und privilegierte Unternehmen für die Respektierung von Art. 82 EG-Vertrag grundsätzlich selbst verantwortlich, soweit keine „Maßnahme“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag nachgewiesen oder vermutet werden kann:

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang das Urteil des EuGH zum *Arbeitsvermittlungsmopol* der deutschen Bundesanstalt für Arbeit hinsichtlich der Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft⁴³. Demnach verstößt der Mitgliedstaat selbst bereits gegen das Verbot von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag, wenn er eine Lage schafft, in der das privilegierte Unternehmen (hier: die Bundesanstalt für Arbeit) *zwangsläufig* gegen Art. 86 EG-Vertrag *verstoßen muss*. Der EuGH hat den Missbrauch der beherrschenden Stellung darin gesehen, dass einerseits das öffentliche Unternehmen, dem ein ausschließliches Recht zur Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft eingeräumt wurde, offensichtlich nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen, und andererseits die tatsächliche Ausübung einer solchen Vermittlungstätigkeit durch private Personalberatungsunternehmen durch die Beibehaltung einer Gesetzesbestimmung unmöglich gemacht wird, die diese Tätigkeiten bei Strafe der Nichtigkeit der entsprechenden Verträge verbietet. Da dieser Missbrauch aufgrund der „Zwangsläufigkeit“ letztlich vom Mitgliedstaat durch die „Beibehaltung einer Gesetzesbestimmung“ veranlasst wird, ist *nicht* das privilegierte Unternehmen nach Art. 81 EG-Vertrag, sondern der Mitgliedstaat selbst nach dem spezielleren Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag verantwortlich.

4.1.3. Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

Mit der auf die Artt. 83 und 308 EG-Vertrag gestützten Verordnung zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁴⁴ wurde auch für den Anwendungsbereich des EG-Vertrags eine präventive Fusionskontrolle eingeführt.

Im Zusammenhang mit den Sonderbeziehungen der öffentlichen Hand zu den von ihr abhängigen Unternehmen sind zwei Probleme zu erörtern, die vom Grundkonzept her zusammenhängen und bei der Frage nach dem

42) Entscheidung (90/456/EWG) der Kommission vom 1. August 1990 betreffend die Erbringung internationaler Eil-Kurierdienstleistungen in Spanien, ABl. EG 1990 Nr. L 233/19.

43) EuGH, Rs. C-41/90 (Macrotron), EuGRZ 1991, S. 162 ff.

44) Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 1989 Nr. L 395/1.

sachlichen Anwendungsbereich dieser „Fusionskontrollverordnung“ zu berücksichtigen sind:

Erstens ist der Zusammenschlusstatbestand nach Art. 3 Abs. 1 lit. a dieser Verordnung nur zwischen „bisher voneinander unabhängigen Unternehmen“ möglich. Wie bereits im Zusammenhang mit den unternehmensbezogenen Verpflichtungen aus Art. 81 EG-Vertrag dargelegt wurde, werden die Beziehungen der öffentlichen Hand zu den von ihr beherrschten Unternehmen zum Teil als „konzernähnliche Einheit“ betrachtet. Dieser Ansatz hätte zur Konsequenz, dass „Fusionen“ im öffentlichen Sektor eines Mitgliedstaates nicht als Zusammenschlüsse im Sinne der Fusionskontrollverordnung, sondern als konzerninterne Umstrukturierungsmaßnahmen zu qualifizieren wären, die einer präventiven Fusionskontrolle durch die Kommission von vorneherein entzogen sind. Zu einem anderen Ergebnis käme man dann, wenn man innerhalb des öffentlichen Sektors eines Mitgliedstaates verschiedene „wirtschaftliche Einheiten“ unterscheidet, zwischen denen – trotz identischer Eigentumsverhältnisse, aber wegen autonomer Entscheidungsbefugnisse – ein beschränkbarer Wettbewerb existiert. Was den Handlungsspielraum der öffentlichen Hand betrifft, so erscheint es auf den ersten Blick tatsächlich komfortabler, den gesamten öffentlichen Sektor zumindest soweit als „konzernähnliche Einheit“ zu betrachten, als er derselben Gebietskörperschaft zuzuordnen ist. Diese Auffassung hat allerdings eine Kehrseite, die zum Überdenken dieses Ansatzes zwingt:

Zweitens ist nämlich zu prüfen, ob für den Fall, dass das Tatbestandselement des „Zusammenschlusses“ bejaht werden kann bzw. muss, auch ein Zusammenschluss von *gemeinschaftsweiter Bedeutung* im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung vorliegt. Dabei kommt es auf verschiedene *Gesamtumsätze* an, die zwischen allen beteiligten Unternehmen bzw. von mindestens zwei beteiligten Unternehmen erzielt werden. Bei Anwendung von Art. 5 der Fusionskontrollverordnung betreffend die Berechnung des Umsatzes ist dann die Frage zu beantworten, welche Unternehmen bei der Ermittlung des Konzernumsatzes heranzuziehen sind. Wenn man – wie vorhin skizziert – den öffentlichen Sektor eines Mitgliedstaates als konzernähnliche Einheit betrachtet, dann wird im Fall eines Zusammenschlusses mit einem (noch) privaten Unternehmen der Grenzwert betreffend den weltweiten Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen auf jeden Fall überschritten. Die für Zusammenschlüsse *im* öffentlichen Sektor komfortable Betrachtungsweise würde also problematisch, wenn es um die Ausdehnung des öffentlichen Sektors auf den privaten Bereich geht. Tatsächlich wird in der 12. Begründungserwägung zur Fusionskontrollverordnung diese Betrachtungsweise ohnehin verworfen: Unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor wird dort die Ansicht vertreten, dass „im öffentlichen Sektor bei der Berechnung des Umsatzes eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens unabhängig von den Eigentumsverhältnissen oder den für sie geltenden Regeln der verwaltungsmäßigen Zuordnung die Unternehmen zu berücksichtigen (sind), die eine mit einer autonomen Entscheidungsbefugnis ausgestattete wirtschaftliche Einheit bilden“.

Fraglich ist nun, ob diese Klarstellung für den Bereich des „Zusammenrechnens der Umsätze“ dazu führen kann, dass auch ein Zusammenschluss im öffentlichen Sektor eines Mitgliedstaates, an dem zwei Unternehmen aus verschiedenen, mit autonomer Entscheidungsbefugnis ausgestatteten wirtschaftlichen Einheiten beteiligt sind, der präventiven Fusionskontrolle der Kommission unterliegen kann. Die hier aufgeworfene Frage wäre zweifellos einfacher zu beantworten, wenn der Begriff der „mit einer autonomen Entscheidungsbefugnis ausgestatteten wirtschaftlichen Einheit“ aussagekräftiger wäre; es wird daher zweckmäßig sein, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor stärker zu beachten. Dabei fällt auf, dass zwischen dem Begriff des „(un)abhängigen Unternehmens“ in Art. 3 Abs. 1 lit. a und dem Begriff des „beteiligten Unternehmens“ in Art. 5 Abs. 4 der Fusionskontrollverordnung doch ein bemerkenswerter inhaltlicher und funktioneller Unterschied besteht: Der Begriff des abhängigen Unternehmens erscheint umfassender und dürfte den Begriff des beteiligten Unternehmens einschließen; der Begriff des bzw. der beteiligten Unternehmen dürfte nämlich auch beim privaten Konzern nur das unmittelbar beteiligte Unternehmen, dessen Tochter- und Enkelunternehmen sowie das Mutterunternehmen und die dem Mutterunternehmen nachgeordneten Tochter- und Enkelunternehmen (= Geschwister- bzw. Nichtenunternehmen des unmittelbar beteiligten Unternehmens) umfassen. Es wäre daher in funktioneller Hinsicht vielleicht zweckmäßig, den in Art. 5 Abs. 4 der Fusionskontrollverordnung beschriebenen „Konzernausschnitt“ mit der „mit einer autonomen Entscheidungsbefugnis ausgestatteten wirtschaftlichen Einheit“ gleichzusetzen.

4.1.4. Zusammenfassung

Das Verhältnis zwischen den auf Unternehmen anwendbaren Wettbewerbsregeln und Art. 86 EG-Vertrag lässt sich abschließend beinahe thesenartig anhand folgender drei Fallkonstellationen zusammenfassen, die die Kommission wie folgt (mustergültig) formuliert hat⁴⁵:

- „Wenn das Verhalten eines öffentlichen Unternehmens oder eines Unternehmens, dem ein Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, allein auf die Ausübung der autonomen Entscheidungsrechte dieses Unternehmens zurückzuführen ist, so kann dieses Verhalten nur nach den Artikeln 81 und 82 geahndet werden.
- Wenn das Verhalten jedoch durch staatliche Maßnahmen (Rechtsvorschriften oder Verwaltungsmaßnahmen) erzwungen wurde, sodass den betreffenden Unternehmen keine freie Wahl blieb, dann ist neben den Artikeln 81 und 82 ggf. Artikel 86 gegen den betreffenden Staat anwendbar. In diesem Fall werden bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 auf das Verhalten des Unternehmens die Beschränkungen

45) Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABl. EG 1991 Nr. C 233/2 Rz. 14; die Artikelbezeichnungen wurden im Sinne des Vertrags von Amsterdam adaptiert.

berücksichtigt, die den Unternehmen durch die staatlichen Maßnahmen auferlegt wurden.

- Wenn das Verhalten schließlich auf der freien Entscheidung der betreffenden Unternehmen beruht, der Staat jedoch Maßnahmen ergriffen hat, durch die dieses Verhalten gefördert oder in seiner Wirkung verstärkt wird, so sind die Artikel 81 und/oder 82 auf das Verhalten der Unternehmen anwendbar, während die staatlichen Maßnahmen ggf. unter die Artikel 5 und 86 fallen. Dies könnte u. a. eintreten, wenn der Staat das Ergebnis des Verhaltens der Unternehmen (z. B. Tarife) gutgeheißt und/oder legalisiert hat.“

Die Verwendung der Abkürzung „ggf.“ signalisiert die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Betrachtungsweise.

4.2. Mitgliedstaaten als Normadressaten

Als weitere Konsequenz ergibt sich aus der Sonderbeziehung zwischen der öffentlichen Hand und den von ihr abhängigen Unternehmen, dass die an die Mitgliedstaaten gerichteten Gebote und Verbote des Vertrags auch für das Handeln öffentlicher oder privilegierter Unternehmen zu beachten sind. Denn nach Art. 86 EG-Vertrag sollen sich die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht ihren allgemeinen Verpflichtungen dadurch entziehen können, dass sie durch öffentliche Unternehmen handeln.

4.2.1. Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG-Vertrag)

Die öffentlichen Unternehmen unterliegen insbesondere dem Diskriminierungsverbot von Art. 12 EG-Vertrag. Ein Verstoß gegen Art. 12 EG-Vertrag wird im vorliegenden Zusammenhang meist darin bestehen, dass der Mitgliedstaat sein öffentliches Unternehmen veranlasst, zwischen In- und Ausländern im Sinne einer Bevorzugung der Inländer zu unterscheiden⁴⁶. Diskriminierung wird dagegen nicht gerade der typische Fall einer besonderen Förderung von öffentlichen Unternehmen sein.

4.2.2. Das Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag

Art. 87 Abs. 1 enthält ein allgemeines Beihilfeverbot. Danach sind, soweit im EG-Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Entsprechend dem Zweck des Art. 87 im Gesamtsystem des EG-Vertrags, dem

46) Vgl. z. B. Entscheidung (87/359/EWG) der Kommission vom 22.6.1987, Spanische Inselflüge [Fn. 18].

Ziel des Art. 3 lit. g EG-Vertrag zu dienen, ist nach allgemeiner Auffassung der Begriff der Beihilfe extensiv auszulegen.

Entscheidend für die Qualifikation als Beihilfe sind nicht (tatsächliche oder nur vorgegebene) Motive oder Ziele, sondern ist die *Wirkung*. Für die Beihilfeneigenschaft ist daher nicht nach der Rechtsform einer Begünstigung zu unterscheiden, etwa nach Verwaltungsakt, Vertrag, Steuervergünstigung oder faktisch-wirtschaftlicher Begünstigung, die nicht auf einem Rechtsakt beruht. Unbeachtlich ist auch der Begünstigungsmechanismus. Beihilfen sind daher z. B. auch Deckungszuweisungen an Dritte für Geschäfte mit bestimmten Unternehmen und verwendungsgebundene Verbraucherbeihilfen. Unerheblich ist weiter der betriebswirtschaftliche Ansatzpunkt. Es spielt also keine Rolle, ob die Begünstigung z. B. Investitions- oder Beschäftigungskosten mindert, Vertriebs- oder Vermarktungsaufwendungen senkt oder die Erlöse erhöht.

Eine Beihilfe „gleich welcher Art“ muss weiterhin entsprechend dem Wortlaut des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag *begünstigend* wirken:

Dazu zählen offen interventionistische Maßnahmen der öffentlichen Hand, die dem Nutznießer zum Maßnahmezeitpunkt am Markt nicht oder nur zu ungünstigeren Bedingungen zugänglich gewesen wären. Zu nennen sind verlorene Zuschüsse, Zulagen, Prämien, Kostenübernahmen aller Art⁴⁷; weiters Zuschüsse zu Investitions- und Innovationsprojekten, zur Beschäftigung und Einstellung, zur Zinslastverminderung⁴⁸ sowie zur Umwelthaftung. Der Begünstigungscharakter etwa eines übernommenen Arbeitgeberzuschusses zur Sozialversicherung⁴⁹ wird auch nicht durch eine im Gegenzug übernommene Verpflichtung zur Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen beseitigt, da zu dieser Bedingung auf dem Kapitalmarkt in der Regel kein Geld erlangbar wäre. Beihilfen sind auch unverzinsliche oder nicht marktkonform zinsgünstige oder nur bei Gewinn rückzahlbare Darlehen⁵⁰ sowie Darlehen in Fällen, in denen ein Gewinn nicht zu erwarten ist; schließlich auch Bürgschaftsübernahmen, Garantieerklärungen (auch Wechselkursgarantien) auch ohne Eintritt des Haftungsfalles⁵¹, sofern sie von Privatbanken nur zu ungünstigeren Konditionen zu bekommen gewesen wären.

Begünstigend können neben den offen interventionistischen Maßnahmen aber auch solche sein, die sich als ökonomisch nicht gerechtfertigtes Nachfrageverhalten der öffentlichen Hand darstellen: z. B. ein deutlich überhöhtes, ökonomisch nicht rechtfertigbares Entgelt für eine Unternehmensleistung. Umstritten ist in diesem Zusammenhang der Beihilfecharakter einer Bevorzugung bei Erteilung eines öffentlichen Auftrags. Umgekehrt ist

47) Vgl. z. B. EuGH, Rs. 223/85 (RSV), EuGHSlg. 1987, S. 4617 ff.

48) Vgl. EuGH, Rs. 259/85 (DEFI) EuGHSlg. 1987, S. 4393 ff.

49) Vgl. EuGH, Rs. 203/82 (Arbeitgeberbeiträge), EuGHSlg. 1983, S. 2525 ff.; EuGH, Rs. 171/83 R (Sozialversicherungsbeiträge), EuGHSlg. 1983, S. 2621 ff.

50) Vgl. EuGH, Rs. 5/86 (Polypropylen), EuGHSlg. 1987, S. 1773 ff.

51) Vgl. Entscheidung der Kommission vom 18.5.1979 (79/519/EWG), ABl. EG 1979 Nr. L 138/30.

auch ein Angebotsverhalten der öffentlichen Hand begünstigend, wenn es unter Berücksichtigung eines kaufmännischen Beurteilungsspielraums ökonomisch nicht vertretbar erscheint⁵².

Begünstigend kann schließlich auch das unternehmerische Engagement der öffentlichen Hand wirken. Diese Fallgruppe ist typischerweise ganz besonders im Hinblick auf öffentliche Unternehmen relevant. Wie bereits erwähnt, ist der Beihilfecharakter zu bejahen, wenn der „private reasonable investor's test“ nicht bestanden wird.

Als Formen staatlicher Maßnahmen unternehmerischen Engagements kommen Kapitalbeteiligungen an privaten Unternehmen, die Kapitalversorgung bereits eigener Unternehmen in Form von Kapitalerhöhungen, Wandelschuldverschreibungen, Darlehen oder Zuschüssen, als Verlustausgleich für eigene Unternehmen, Verzicht auf normale Verzinsung oder auf Gewinnanteile in Betracht. Sanierungsverstaatlichungen lassen sich unter dem Begünstigungsaspekt nicht anders beurteilen als einfache Kapitalhilfen und können im Interesse des Gemeinsamen Marktes auch nicht grundsätzlich gemäß Art. 295 EG-Vertrag von der Beihilfeaufsicht ausgenommen sein⁵³.

Die Beihilfe muss *freiwillig* geleistet werden. Die Freiwilligkeit fehlt z. B. bei der Rückerstattung von zu Unrecht erhobenen Beiträgen durch staatliche Stellen. Das Kriterium der Freiwilligkeit ist aber erfüllt, wenn die Rückerstattung infolge *rückwirkender* Festlegung der Rechtsgrundlosigkeit vorhersehbar bestimmte Unternehmen begünstigt. Die Beihilfe ist hingegen auch dann *freiwillig*, wenn sie unter erheblichem innenpolitischen Interessendruck zustande kommt oder zum Ausgleich höherer Inlandsbelastungen im Vergleich zu denjenigen in anderen Mitgliedstaaten erfolgt.

Als weiteres Kriterium für eine Beihilfe wird ein *Finanzopfer* der öffentlichen Hand durch die Begünstigung gefordert. Demnach sind beispielsweise alle öffentlichen Public-Relations-Maßnahmen zugunsten eines Unternehmens *ohne substantiell zurechenbaren Kostenaufwand*, z. B. die Aufforderung durch die Regierung zum Kauf von Inlandwaren oder werbewirksame Auftritte von Landespolitikern für einheimische Unternehmen (z. B. bei Firmeneröffnungen), nicht als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag zu qualifizieren. Für den Begriff „Beihilfe“ entscheidend ist also die durch die Maßnahme verursachte Inanspruchnahme öffentlicher Finanzmittel⁵⁴.

Gleiches gilt für hoheitliche Produktions- und Vermarktungsregelungen, z. B. die Festsetzung von Mindestpreisen, Preisbindungspflichten, Füllmengenregelungen oder technische Spezialmaße, die den Preisvorteil anderer Wettbewerber zunichte machen, deren Produktion verteuern oder eine Wettbewerbsbeteiligung unattraktiv machen. Schließlich sind auch die von keinerlei Kostenzuschuss begleiteten hoheitlichen Verpflichtungen Privater zur

52) Vgl. auch EuGH, Rs. 67, 68, 70/85 (Vorzugstarif), Rn. 28 ff., Rn. 40, EuGHSlg. 1988, S. 219 ff.; EuGH, Rs. 169/84 (COFAZ), EuGHSlg. 1986, S. 391 ff.

53) EuGH, Rs. 323/82 (Intermills), EuGHSlg. 1984, S. 3809 ff., S. 3826.

54) Vgl. EuGH, Rs. 249/81 („Kauft Irisch“), EuGHSlg. 1982, S. 4005 ff.

Begünstigung bestimmter Unternehmen, z. B. durch Beimischungsgebote, nicht als Beihilfe erfassbar.

Eine von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag erfasste Beihilfe muss *staatlich* oder *aus staatlichen Mitteln* gewährt sein. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die konkrete rechtstechnische Ausgestaltung des Gewährungsvorgangs unerheblich ist und es ausschließlich auf die „staatliche Herkunft“ der Mittel ankommt. Bei folgenden Fallgruppen spielt das Tatbestandselement der staatlichen Herkunft eine bedeutende und mitunter *Probleme verursachende* Rolle:

Hinsichtlich der Beihilfen der Gebietskörperschaften ist inzwischen geklärt, dass Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag Beihilfen aller partikulären öffentlichen Gewalten innerhalb des Gemeinsamen Marktes erfasst, also auch diejenigen von Gemeinden, Gemeindeverbänden, Kreisen, Departements, Regionen, Provinzen u. a.⁵⁵. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Adressaten der Verpflichtungen aus Artt. 86, 87 und 88 EG-Vertrag allein die *Mitgliedstaaten* sind.

Die parafiskalisch durch *Zwangsabgaben* der Privatwirtschaft und ohne finanzielle Beteiligung des Staates aufgebracht, von Ausgleichskassen und ähnlichen Einrichtungen nach bestimmten Zielvorgaben verteilten Unterstützungen sind im Unterschied zu den Unterstützungen infolge wirklich freiwilliger Zuwendungen Privater als staatlich zurechenbar anzusehen, weil die Einrichtung des Unterstützungssystems auf staatlichem Rechtsakt beruht⁵⁶.

Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag setzt weiter voraus, dass durch die Beihilfe Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt werden, also nicht private Haushalte oder Träger öffentlicher Gewalt. Die Begünstigung öffentlicher Unternehmen wird von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag allerdings gerade in den Anwendungsbereich des Art. 87 EG-Vertrag einbezogen. Beihilfen, die *anderen* als den von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag genannten Adressaten gewährt werden, aber mit Verwendungszweckbindungen zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produkte verbunden sind, fallen jedoch in den Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag.

Von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag sollen weiterhin nur *selektive* oder *spezifische Begünstigungen* erfasst werden, nicht aber Maßnahmen allgemeiner Wirtschaftsförderung oder Infrastrukturpolitik, deren Zulässigkeit nach Art. 96 f. EG-Vertrag zu beurteilen ist. Zur Abgrenzung ist auch infolge der durch Art. 3 lit. g EG-Vertrag gebotenen, folgeorientierten Sicht auf die *Eignung* einer Maßnahme zur selektiv wirkenden Begünstigung abzustellen⁵⁷. Für deren Ermittlung werden oftmals Intention, Zweck, Motiv und politische Darstellung eine Analysehilfe geben.

55) EuGH, Rs. 248/84 (Regionalförderungsprogramm), EuGHSlg. 1987, S. 4013 ff.

56) Vgl. z. B. EuGH, Rs. 2/73 (Geddo/Ente Nazionale Risi), EuGHSlg. 1973, S. 865 ff., EuGH, Rs. 94/74 (IGAV/ENCC), EuGHSlg. 1975, S. 699 ff.

57) EuGH, Rs. 310/85 (DEUFIL), EuGHSlg. 1987, S. 901 ff.

Das Erfordernis der *Wettbewerbsverfälschung* ist im Anschluss an das Ziel des Art. 3 lit. g EG-Vertrag unabhängig vom Begriff der Wettbewerbsverfälschung in Art. 81 EG-Vertrag auszulegen und meint jede begünstigungsverursachte Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Begünstigten im aktuellen oder potenziellen Wettbewerb. Maßgeblich ist der Vergleich zu der in zeitlicher Hinsicht vor der Maßnahme gegebenen Lage, im Verhältnis zu Konkurrenten aus dem In- oder Ausland. Dabei sind auch der Substitutionswettbewerb und der *potenzielle Wettbewerb* entsprechend zu berücksichtigen.

Eine *drohende* Verfälschung des Wettbewerbs muss aber durch konkrete, gegenwärtige und nicht außerhalb vernünftiger Wahrscheinlichkeit liegende Anhaltspunkte substantiiert sein.

Der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag ist allerdings nur dann erfüllt, wenn die Beihilfe den *Handel zwischen den Mitgliedstaaten* beeinträchtigt.

Fraglich könnte sein, ob auch eine bloß „*drohende*“ Beeinträchtigung zur Anwendung von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag ausreicht. Anlass für diesbezügliche Überlegungen bietet der Textvergleich von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag („... welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen *geeignet sind* ...“) mit Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag („... soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten *beeinträchtigen*“). Nach überwiegender Auffassung genügt die Eignung zur Handelsbeeinträchtigung. Erheblich ist nicht nur die Eignung zur künstlichen Einfuhrerschwerung oder Ausfuhrerleichterung, sondern auch zur künstlichen Ausfuhrerschwerung oder Einfuhrerleichterung, die ebenfalls das freie Spiel des Wirtschaftsaustauschs im Gemeinsamen Markt künstlich beeinflussen.

Die Verbesserung der Wettbewerbsposition gegenüber Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten begründet eine Vermutung für die Handelsbeeinträchtigung. Außer Betracht bleiben die nur innerhalb eines Mitgliedstaates verfälschend wirkenden Begünstigungen sowie die nur im Verhältnis zu Drittstaaten verfälschend wirkenden Beihilfen. Auf die *Spürbarkeit* der Handelsbeeinträchtigung kommt es nach überwiegender Auffassung nicht an⁵⁸.

5. Ausblick

Der EuGH ist in seiner bisherigen Judikatur⁵⁹ zu Systemen der sozialen Sicherheit davon ausgegangen, dass das Konzept einer nationalen Solidarität offenbar nicht in einem Wettbewerb mit privaten Unternehmen (die zum Zweck der Gewinnerzielung tätig werden) funktionieren kann. Der EuGH ist dabei sogar so weit gegangen, der Tätigkeit der Krankenkassen und der Einrichtungen, die bei der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen

58) EuGH, Rs. 259/85 (DEFI), EuGHSlg. 1987, S. 4393 ff.

59) EuGH, Rs. C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistr), EuGHSlg. 1993, S. I-637 ff.

Sicherheit mitwirken, den Charakter einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit der Folge abzusprechen, dass er sie auch nicht als (öffentliche) Unternehmen beurteilt hat. Es sei dahin gestellt, ob diese Schlussfolgerung, dass es sich nicht um „Unternehmen“ handelt, wirklich erforderlich gewesen ist, um die Systeme der sozialen Sicherheit von der Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags auszunehmen, weil die vom EuGH eingeschlagene Argumentationslinie ohnehin im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zum selben Ergebnis geführt hätte⁶⁰.

Die in der Einleitung beschriebene Diskussion, den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherungen dem für öffentliche Unternehmen geltenden europäischen Wettbewerbsrecht zu unterstellen, wird daher nicht umhin können, die Kernfrage des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zu beantworten, ob die Anwendung der europäischen Wettbewerbsvorschriften nicht die Erfüllung der den gesetzlichen Kranken- bzw. Sozialversicherungen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert.

60) Vgl. dazu *Burgi* [Fn. 1], S. 265.

Armin Jungbluth

Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen

I. Ausgangslage

1. Rechtslage und Rechtsprechung im deutschen Recht bis zum 31.12.1999

Nach herkömmlicher Ansicht im deutschen Recht sind sowohl das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) nur auf privatrechtlich geordnete Rechtsbeziehungen anwendbar (vgl. Jungbluth in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 8. Aufl. 1998, § 98 Abs. 1 Rn. 8). Diese relativ klare Abgrenzung hat zur Folge, dass das Kartellrecht automatisch als Prüfmaßstab ausscheidet, wenn der Staat durch ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung eine Rechtsbeziehung öffentlich-rechtlich gestaltet. Das deutsche öffentliche Recht geht davon aus, dass Hoheitsträger im Bereich der Leistungsverwaltung häufig die Wahl haben, ob sie ein Leistungsverhältnis privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich regeln (so können etwa Gemeinden die Benutzung von Einrichtungen wie z. B. Freibädern oder Bibliotheken privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich regeln; auch der Anschluss an kommunale Wasserversorgungsunternehmen ist manchmal öffentlich-rechtlich geregelt). Nimmt man an, dass die Geltung des Kartellrechts – ganz formal – von der Rechtsnatur des Leistungsverhältnisses abhängt, so würde dies dazu führen, dass die Anwendbarkeit des Kartellrechts je nach dem Belieben der maßgeblichen öffentlichen Körperschaft ausgeschaltet werden könnte.

Die Rechtsprechung hat sich jedoch von dieser rein formalen Betrachtungsweise gelöst (vgl. Nachweise bei Jungbluth, a.a.O., Rn. 10). Sie nimmt an, dass Rechtsbeziehungen auch dann dem GWB unterfallen können, wenn das Leistungsverhältnis öffentlich-rechtlich geregelt ist. Voraussetzung dafür soll sein, dass der Staat bzw. die öffentliche Körperschaft ihre Leistung neben anderen auf dem Markt anbietet oder nachfragt (Jungbluth, a.a.O., Rn. 10). Zu der Frage, wann das GWB anwendbar ist und wann nicht, existiert eine unübersehbare Kasuistik (Jungbluth, a.a.O., Rn. 13ff.). Speziell im Bereich der Sozialversicherungsträger gab es sehr feine Unterscheidungen. So wurden die Beziehungen der Sozialversicherungsträger zu den Heil- und Hilfsmittel-

lieferanten als privatrechtlich angesehen (Jungbluth, a.a.O., Rn. 19). Die Beziehungen der Kassen zu den Mitgliedern und den kassenärztlichen Vereinigungen, die öffentlich-rechtlich geregelt sind, sollen dagegen nicht dem GWB unterliegen (Jungbluth, a.a.O., Rn. 24).

2. Europäisches Recht

Für das europäische Recht ist zunächst festzuhalten, dass die Wettbewerbsregeln unabhängig von der Rechtsform gelten. Es ist daher unerheblich, ob eine öffentliche Körperschaft privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Organisationsformen wählt und ob die Leistungsbeziehungen privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind (so ausdrücklich Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band I, 1997, Art. 85 Abs. 1 Rn. 27). Ein interessantes Beispiel ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Sachen British Telecom (vgl. Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band II, 1997, Art. 37, 90, Seite 1540, Rn. 4). British Telecom war ermächtigt, Tarife durch eine Benutzungsverordnung, also öffentlich-rechtlich, zu regeln. Der EuGH bejahte gleichwohl die Anwendbarkeit des Art. 86 EG-Vertrag (jetzt Art. 82).

Die Tatsache allein, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Rechtsbeziehung öffentlich-rechtlich regelt, reicht als solche also nicht aus, um das europäische Kartellrecht „auszuhebeln“. Auch das europäische Recht kennt jedoch Bereiche, die von der Geltung des Kartellrechts ausgenommen sind. Ausnahmen gibt es insbesondere im Bereich der Sozialversicherung (Mestmäcker, a.a.O., Rn. 11; Bieback, Die Kranken- und Pflegeversicherung im Wettbewerbsrecht der EG, EWS 1999, S. 361 ff.). So sind nach Auffassung des EuGH die französischen gesetzlichen Krankenkassen von der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln ausgenommen, weil sie ausschließlich Aufgaben der sozialen Sicherheit erfüllen. Wie weit diese Rechtsprechung geht, ist nicht klar. Insbesondere stellt sich die Frage, ob es für die Entscheidung darauf ankommt, ob Leistungen auch von Privaten erbracht werden können. Die Rechtswissenschaft neigt zu einer Differenzierung in diesem Sinne, der EuGH hat sich bisher nicht zu dieser Frage geäußert (Mestmäcker, a.a.O., Rn. 12).

II. Hintergrund der Bemühungen um eine gesetzliche Regelung

In der letzten Legislaturperiode hatte die Regierungskoalition von CDU/CSU und F.D.P. mit den beiden GKV-Neuordnungsgesetzen vom 23. Juni 1997 (BGBl. I S. 1518 und BGBl. I S. 1520) neue Wettbewerbselemente in die gesetzliche Krankenversicherung eingeführt. Dies hat den Blick sowohl der Leistungsanbieter als auch der Krankenkassen sowie der Gerichte dafür geschärft, dass auch bei Sachverhalten im Bereich des Gesundheitswesens das Wettbewerbsrecht anzuwenden ist. Weder national noch im europäischen Rahmen gibt es einen kartellrechtlichen Ausnahmereich für das Gesund-

heitswesen. Die Gerichte waren deshalb zunehmend mit kartellrechtsrelevanten Sachverhalten aus dem Gesundheitswesen befasst.

Aktuelles Beispiel ist die 1993 mit dem Gesundheitsreformgesetz eingeführte Festbetragsregelung, wonach die Spitzenverbände der gesetzlichen Krankenkassen die Festbeträge für Arzneimittel festsetzen. Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf kam im Juli 1999 (vgl. Pharm. Ind. 1999, S. 705) zu dem Ergebnis, dass das Verfahren der Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel in toto gegen das Kartellverbot nach Art. 81 (ex-Art. 85) Abs. 1 EG-Vertrag verstößt. Das Gericht hat die gesetzlichen Krankenkassen und ihre Spitzenverbände als Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen angesehen. Dies gilt hinsichtlich der von ihnen vorgenommenen marktrelevanten Beeinflussung der Preise im Zusammenhang mit ihrer Position als stärkster Nachfrager im Gesundheitswesen. Das OLG Düsseldorf hat den klagenden Arzneimittelherstellern auch Schadensersatz für den ihnen aus dieser Festbetragsfestsetzung entstandenen Schaden zugesprochen. Entscheidend für die Einstufung des Handelns der Verbände als Verstoß gegen europäisches Kartellrecht durch die Gerichte war, dass diese bei der Festbetragsfestsetzung als Unternehmen handeln und als marktmächtige Nachfrager zumindest mittelbar die Preise für die betreffenden Arzneimittel festsetzen.

Kritik hat diese Rechtslage von denjenigen erfahren, die befürchteten, dass das Kartellrecht die Funktionsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung beeinträchtigen würde; andere gingen trotz fehlendem Ausnahmereich von einem geschlossenen System der Krankenversicherung aus. Die Gesundheitspolitik sah in der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen und ihre Verbände auch eine Gefahr für die mit der „Gesundheitsreform 2000“ angestrebte Kostensteuerungsfunktion durch die Kassen und suchte deshalb nach einer Möglichkeit, die Anwendung der Wettbewerbsregeln auszuschließen. Insbesondere geschah dies auch mit Blick auf das neu einzuführende Modell der „integrierten Versorgung“.

III. Gang des Gesetzgebungsverfahrens

1. Mit der „Gesundheitsreform 2000“ ist beabsichtigt, die ambulante und stationäre Versorgung zu verzahnen. Hierzu erhalten die Krankenkassen die gesetzliche Möglichkeit, Verträge über sog. integrierte Versorgungsformen (Praxisnetze) mit ambulanten Leistungserbringern bzw. Gruppen von Leistungserbringern und Krankenhäusern abzuschließen. Die integrierte Versorgung soll z. B. durch die Vermeidung von teuren Mehrfachuntersuchungen zur Kostendämpfung beitragen. Nach Auffassung der Gesundheitspolitik ist es zur Gewährleistung der Kostensteuerungsfunktion der Krankenkassen im Zusammenhang mit der integrierten Versorgung unabdingbar, dass alle Streitigkeiten, die im Zusammenhang mit Vereinbarungen zur integrierten Versorgung zwischen den Kassen und den Leistungserbringern entstehen – auch sofern Rechte Dritter betroffen sind – der Sozialgerichtsbarkeit (und nicht den

Kartellgerichten) zugewiesen sind. Dies soll ausdrücklich auch für wettbewerbsrechtlich zu beurteilende Sachverhalte gelten.

2. Um dies zu erreichen, hatte das Bundesministerium für Gesundheit in seinem Referentenentwurf zur Gesundheitsreform vom Mai 1999 in § 51 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG), der den Rechtsweg zu den Sozialgerichten regelt, die Einfügung der folgenden Sätze vorgeschlagen:

„Die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit entscheiden auch über Streitigkeiten, die aufgrund von Vereinbarungen und Empfehlungen nach §§ 140a bis 140e des Fünften Buches Sozialgesetzbuch entstehen. Satz 2 findet auch Anwendung, wenn es sich zugleich um eine wettbewerbsrechtlich oder kartellrechtlich zu beurteilende Angelegenheit handelt.“

Mit der Änderung des SGG sollten der Begründung zufolge alle Streitigkeiten, die aufgrund von Integrationsversorgungsverträgen, Rahmenvereinbarungen zur Integrationsversorgung und Empfehlungen zur Integrationsversorgung entstehen, ausschließlich den Sozialgerichten auch dann zugewiesen werden, wenn sie das Wettbewerbsrecht betreffen. Hiergegen erhoben sowohl das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie als auch das Bundesministerium der Justiz Einwände. Im Rahmen der 6. GWB-Novelle war nämlich gerade die bisherige Zersplitterung der Zuständigkeiten (Differenzierung nach kartellrechtlicher Haupt- und Nebenfrage) durch eine ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte für Kartellrechtsfragen ersetzt worden. Die vom Bundesministerium für Gesundheit vorgeschlagene Regelung hätte diese Entscheidung des Gesetzgebers konterkariert. Das Bundesministerium für Gesundheit ließ diesen Vorschlag daraufhin fallen, hielt aber an seiner Auffassung fest, dass eine Regelung gefunden werden müsse, die im Ergebnis dazu führe, dass das Handeln der Krankenkassen und ihrer Verbände nicht der Kontrolle durch das Wettbewerbsrecht unterliegt.

3. In dem Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen vom 30. Juni 1999 zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 war zwar keine Änderung des § 51 Abs. 2 SGG mehr vorgesehen. Stattdessen fand sich in dem Entwurf folgender, neugefasster § 69 SGB V (vgl. BT-Drs. 14/1245, S. 8):

*„§ 69 Anwendungsbereich
Dieses Kapitel und § 142 (Globalbudget) regeln abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden, einschließlich der Beschlüsse der Bundes- und Landesausschüsse nach den §§ 90 bis 94. Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und ihren*

Verbänden werden abschließend in diesem Kapitel, in § 142 und in dem Krankenhausfinanzierungsgesetz sowie den hier-nach erlassenen Rechtsverordnungen geregelt. Für die Rechtsbeziehungen nach Satz 1 und 2 gelten im Übrigen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend, so weit sie mit den Vorgaben des § 70 und den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel und § 142 vereinbar sind. Die Sätze 1 bis 3 gelten auch, so weit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind.“

In der Begründung heißt es, dass die Krankenkassen und ihre Verbände in diesen Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag erfüllen und daher nicht als „Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts“ handeln. Aus der Vorgabe der abschließenden Regelung folge zudem, dass nunmehr einheitlich alle Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern sozialversicherungsrechtlicher Natur seien. Worum es dem Gesetzgeber darüber hinaus noch geht, wird deutlich, wenn man die Begründung zu Satz 4 des neuen § 69 SGB V liest. Diese Vorschrift soll klarstellen, dass auch die Rechte Dritter sozialversicherungsrechtlicher Natur sind, sodass „folglich (...) auch bei Klagen Dritter gegen Regelungen dieser Vertragsbeziehungen die Sozialgerichte nach § 51 Abs. 2 SGG bzw. die Verwaltungsgerichte“ entscheiden. Wegen der bisher von der Rechtsprechung angenommenen Doppelnatur des Handelns der gesetzlichen Krankenkassen sei es zu „Unklarheiten bei der Rechtswegzuweisung“ gekommen. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf wäre Wettbewerbsrecht dann nicht mehr anwendbar und für Rechtsstreitigkeiten zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen wären allein die Sozialgerichte zuständig.

4. Der Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages hat in seiner Beschlussempfehlung vom 3.11.1999 eine Vielzahl von Änderungen dieses Gesetzentwurfs beschlossen. § 69 SGB V blieb im Wesentlichen unverändert. Der Ausschuss schlug jedoch zusätzlich noch vor, das GWB und das SGG zu ändern, und bezeichnete dies als klarstellende Folgeregelung zu § 69 SGB V (BT-Drs. 14/1999, S. 20, 131f., 189). Die §§ 87 und 96 GWB wurden so geändert, dass für Rechtsstreitigkeiten, die sich aus den in § 69 SGB V genannten Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern ergeben, auch so weit dadurch Rechte Dritter betroffen sind, ausschließlich die Sozialgerichte zuständig sind. Folgerichtig wurde auch eine Änderung des § 51 SGG vorgenommen, wonach die §§ 87 und 96 des GWB keine Anwendung finden. Nach der Beschlussbegründung stellt diese Ergänzung auch im GWB klar, dass für die sich aus den in § 69 SGB V genannten Rechtsbeziehungen ergebenden Rechtsstreitigkeiten die Sozialgerichte bzw. die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Dies gilt auch, so weit Rechte Dritter betroffen sind. Schließlich soll die Änderung des § 96 GWB klarstellen, dass dies

auch für die sich aus den Artikeln 81 (85 alt) und 82 (86 alt) des EG-Vertrags ergebenden Rechtsstreitigkeiten gilt. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die im Rahmen der 6. GWB-Novelle zum 1.1.1999 eingeführte Konzentration der Zuständigkeiten der Kartellgerichte für Kartellrechtsfragen zum 1.1.2000 für Streitigkeiten im Gesundheitsbereich zugunsten der Sozial- und Verwaltungsgerichte wieder aufgehoben wurde. Das Plenum des Bundestages hat den Gesetzentwurf am 4.11.1999 so beschlossen (BR-Drs. 609/99 und zu Drucksache 609/99).

5. Nachdem der Bundesrat den Gesetzesbeschluss abgelehnt hatte, wurde im Vermittlungsausschuss ein um die zustimmungspflichtigen Teile bereinigter Gesetzentwurf beraten. Die Änderungen des GWB und des SGG sind zustimmungsfrei und verblieben im endgültig von Bundestag und Bundesrat verabschiedeten Gesetz (vgl. BGBl. I S. 2626).

IV. Kritik

Das Vorhaben des Gesetzgebers zur Einschränkung der Anwendbarkeit des Kartellrechts im Gesundheitswesen ist bereits während des Gesetzgebungsverfahrens im kartellrechtlichen Schrifttum kritisiert worden (vgl. Neumann, Verbannung des Kartell- und Wettbewerbsrechts aus der gesetzlichen Krankenversicherung? WuW 1999, S. 961 ff.; Eingabe der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht zur geplanten Änderung des § 69 SGB V, WuW 1999, S. 968). Allein die per Gesetz vorgenommene Definition der Rechtsbeziehungen zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den Leistungserbringern als „öffentlich-rechtlich“ (§ 69 SGB V) führe nicht zwangsläufig dazu, dass das Wettbewerbsrecht nicht mehr anwendbar sei. Entscheidend sei nicht die Rechtsform, sondern das tatsächliche Handeln.

Einen Ausweg im Sinne der Gesundheitspolitiker bietet die jetzt erfolgte Aufnahme von ausdrücklichen Ausnahmeregelungen in Bezug auf die Gerichtszuständigkeit im SGB V, im SGG und im GWB nach meiner Auffassung tatsächlich nicht. Die mit § 69 SGB V und den damit verbundenen Folgeregelungen beabsichtigten Wirkungen sind jedoch aus wettbewerbspolitischer Sicht negativ zu bewerten. Denn es ist zu erwarten, dass die Sozialgerichte im Fall von Rechtsstreitigkeiten eher dazu neigen, die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen abzulehnen. Wenn die Krankenkassen jedoch nicht als Unternehmen angesehen werden, sondern als Institutionen, die in Wahrnehmung ihres gesetzlichen Auftrags quasi hoheitlich handeln, ist (zumindest nationales) Wettbewerbsrecht nicht anwendbar. Für diesen Fall würde dann die wettbewerbspolitisch unerwünschte Folge eintreten, dass das Handeln der Krankenkassen nicht mehr am Maßstab des Kartell- und Wettbewerbsrechts gemessen würde.

Die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts und die darauf gestützte Geltendmachung von Ansprüchen Betroffener kann eine nationale

Ausnahmeregelung allerdings nicht verhindern. Hierfür hat der nationale Gesetzgeber keine Regelungskompetenz. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des primären und sekundären Europarechts bleibt bestehen. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob die EU zugleich die Kompetenz hat, in einem bestimmten Bereich auch Recht zu setzen. Auch dort, wo die Zuständigkeit den Mitgliedstaaten vorbehalten ist – wie im Bereich des Gesundheitswesens – kann keine der sonstigen Bestimmungen des EU-Vertrags außer Kraft gesetzt werden. Im Gegenteil – nach Art. 3g), 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 EU-Vertrag haben die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrags gefährden; betroffen ist hier der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb sowie damit zusammenhängend das Praktizieren eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt. Der Unternehmensbegriff der Art. 81 und 82 EG-Vertrag erfasst sowohl private als auch öffentliche Unternehmen; es kommt auch nicht darauf an, ob die Leistungsbeziehungen privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind. Entscheidend ist vielmehr, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Die deutschen gesetzlichen Krankenkassen fallen damit bei ihrer Beschaffungstätigkeit unter den Unternehmensbegriff der Art. 81 und 82 EG-Vertrag. Eine Anwendung der Wettbewerbsregeln wäre allenfalls dann auszuschließen, wenn nach Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag der Nachweis erbracht werden könnte, dass die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung der den gesetzlichen Krankenkassen obliegenden Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Ein „Ausnahmebereich Krankenkassen“ wird mit den dargestellten Regelungen (obwohl vielleicht beabsichtigt) daher nicht geschaffen. Dies wäre nur direkt im GWB möglich, indem dort analog z. B. zur Landwirtschaft Sonderregelungen für die Krankenkassen formuliert würden. Im EG-Recht ist dies – wie gesagt – ohnehin nicht der Fall. Die Definition der Rechtsbeziehungen als öffentlich-rechtlich und die Änderung der Rechtswegzuweisung ändern deshalb m.E. nichts an der grundsätzlichen Weitergeltung des Wettbewerbs- und Kartellrechts. Ebenso bleibt die Zuständigkeit der Kartellbehörden für die Anwendung und Durchsetzung des GWB und für den Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts unberührt. Die beschlossene Änderung kann deshalb weiterhin zu Konflikten und Rechtsunsicherheit für die Betroffenen hinsichtlich der (ausschließlich) zuständigen Gerichte führen, da Rechtsmittelinstanz für Entscheidungen des Bundeskartellamts die Zivilgerichte (OLG Düsseldorf, BGH) sind. Demgegenüber wären nach der neuen gesetzlichen Regelung z. B. für Streitigkeiten im Zusammenhang mit der integrierten Versorgung für die gleichen Sachverhalte die Sozialgerichte zuständig.

Melanie Paulus

Wettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung und im Verhältnis zur privaten Krankenversicherung – Rechtslage in Deutschland –

1. Einführung

Ich begrüße Sie, meine Damen und Herren, und bedanke mich ganz herzlich bei Herrn Prof. Seewald für die freundliche Einladung. Für jeden Vortragenden stellt sich ja gleichermaßen das Problem, sein Zeitbudget einzuhalten. Im Zusammenhang mit dem deutschen Gesundheitswesen werde ich dieses Ziel besonders im Auge behalten, denn es könnte ja durchaus sein, dass ich ansonsten haften müsste.

Zu Beginn meines Vortrags möchte ich Ihnen kurz erläutern, welche Aufgaben die Monopolkommission hat und warum sie den Gesundheitssektor analysiert hat:

Nach ihrem gesetzlichen Auftrag (der im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen umschrieben ist) untersucht die Monopolkommission die Unternehmenskonzentration in Deutschland, begutachtet die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und erstattet in so genannten Ministererlaubnisfällen ein Gutachten, das der Wirtschaftsminister bei seiner Entscheidung berücksichtigt. Darüber hinaus hat sie die Freiheit, auch Themen nach eigenem Ermessen aufzugreifen. Dabei richtet sie ihre Aufmerksamkeit schwerpunktmäßig auf die bisherigen bzw. noch bestehenden Ausnahmebereiche wie zum Beispiel Telekommunikation, leitungsgebundene Energie, Versicherungs- und Verkehrswirtschaft und auch auf das Gesundheitsversorgungssystem. Im September 1998 hat sie ihr XII. Hauptgutachten veröffentlicht. Darin wurde dieser Thematik ein umfangreiches Sonderkapitel gewidmet. Neben einer allgemeinen Analyse des bestehenden Systems und der Unterbreitung von Vorschlägen für eine Reformierung des Krankenversicherungsschutzes hat sie auch den Sektor der Freien Wohlfahrtspflege untersucht.

Die Bundesregierung betont in ihrer Stellungnahme zum Gutachten der Monopolkommission die Besonderheiten des Gesundheitsmarktes und die

Bedeutung einer sozial gerechten Gesundheitspolitik. Wenn man sich für ein wettbewerblich ausgerichtetes Reformmodell ausspricht, so müssen die Unvollkommenheiten der betroffenen Märkte und die Besonderheiten des Gutes „Gesundheit“ natürlich im Auge behalten werden. So sehr die Gesundheit geschätzt werden mag, so wenige Erkenntnisse liegen jedoch darüber vor, welche Zahlungsbereitschaft für dieses Gut tatsächlich vorhanden ist. Die Festsetzung eines vom Lohneinkommen abhängigen Beitragssatzes impliziert letztendlich eine Preisfixierung.

Versicherungs- wie auch Gesundheitsmärkte stellen keine idealtypischen Märkte im Sinne der ökonomischen Theorie dar. Die Informationsverteilung ist auf beiden Märkten ungleich. Der Arzt verfügt gegenüber dem Patienten über einen Wissensvorsprung. Die Versicherungen sind nur eingeschränkt über die Krankheitsrisiken informiert. Aufgrund des umfassenden Versicherungsschutzes handeln die Versicherten unter Umständen weniger sorgsam. Da die Leistungen nicht von der Höhe des gezahlten Beitrags abhängen, können die Versicherten versucht sein, übermäßig viele Leistungen in Anspruch zu nehmen. Ein ähnliches Problem mag auf der Seite der Leistungserbringer auftreten, denen das Honorierungssystem zusätzliche Anreize zur Mengenausweitung verleiht.

Solche Marktversagenstatbestände lassen sich jedoch eingrenzen. Die schlechter informierte Marktseite könnte sich darum bemühen, zusätzliche Informationen zu erlangen. Die besser informierten Marktteilnehmer haben in einem wettbewerblichen Umfeld ein Interesse daran, glaubwürdige Informationen über ihre Qualität zu vermitteln.

2. Der Markt für Krankenversicherungen

Das System des Krankenversicherungsschutzes ist in Deutschland zweigliedrig organisiert. Träger des Versicherungsschutzes sind zum einen die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) und zum anderen die Private Krankenversicherung (PKV). Etwa 90 % der deutschen Bevölkerung sind in den Schutz der GKV einbezogen. Dieser Versicherungsträger ist ein Hauptbestandteil des deutschen Gesundheitssystems; somit stehen die Entwicklungen in diesem Bereich zumeist im Mittelpunkt des Interesses und vor allem von Reformmaßnahmen.

Das System der GKV

In ihrem Leistungskatalog sind die gesetzlichen Krankenkassen weitgehend durch das Fünfte Buch des Sozialgesetzbuches gebunden; es handelt sich hierbei um Bundesrecht. Darin werden die Ziele benannt, die Aufgaben der Krankenkassen umrissen und die verschiedenen Arten von Krankenkassen aufgeführt. Neben diesen allgemeinen Vorschriften enthalten die weiteren Kapitel des SGB V Regelungen zum versicherten Personenkreis und die Leistungen, welche die Krankenkassen zu erbringen haben. Weiterhin sind die

Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, die Organisation, die Verbände und die Finanzierung in diesem Gesetz geregelt.

Gegenüber ihren Versicherten stellen die gesetzlichen Versicherungen ihre Leistungen hauptsächlich als Sachleistungen zur Verfügung. Dazu gehören z. B. ambulante ärztliche und zahnärztliche Behandlungen, die Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln, die Krankenhausbehandlung und Leistungen bei Schwanger- und Mutterschaft. Neben Sachleistungen erbringen die GKV-Kassen auch Geldleistungen in Form von Krankengeld. Im Bereich der ambulanten Versorgung haben die Versicherten die freie Arztwahl.

Die GKV finanziert ihre Ausgaben hauptsächlich aus Beiträgen und in geringem Umfang aus staatlichen Zuschüssen. Die Krankenversicherungen setzen ihre Beitragssätze selbst fest. Die Höhe der Beitragssätze variiert je nach Finanzbedarf. Arbeitgeber und Arbeitnehmer tragen jeweils 50 % der an die GKV zu leistenden Beiträge.

Der in der GKV versicherte Personenkreis ist in Pflichtmitglieder, freiwillige Mitglieder und mitversicherte Familienangehörige zu unterteilen. Bei einem Arbeitseinkommen unterhalb der Beitragsbemessungsgrenze besteht automatisch eine Pflichtmitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenkasse. Übersteigt das Einkommen diese Grenze, so haben die Versicherten die Wahl, als freiwilliges Mitglied einer gesetzlichen Kasse anzugehören oder ihren Versicherungsschutz bei einem privaten Unternehmen abzudecken. Selbstständige und Freiberufler sind ebenfalls privat versichert.

Die GKV arbeitet auf der Grundlage des Umlageverfahrens. Die Beiträge werden als prozentualer Bestandteil des Arbeitseinkommens erhoben, die Leistungsgewährung ist hingegen einkommensunabhängig.

Auf diese Weise zahlen

- Versicherte mit einem höheren Arbeitseinkommen für diejenigen, die ein geringeres Einkommen erzielen (Einkommensumverteilung),
- Mitglieder mit einem niedrigeren Krankheitsrisiko für diejenigen, die ein höheres Krankheitsrisiko aufweisen (Risikoausgleich),
- Singles bzw. Familien mit einem Kind für die Kinderreichen (Familienlastenausgleich) und
- die jüngeren Versicherten für die Älteren (Generationenausgleich).

Hierin manifestiert sich das Solidarprinzip.

Einschneidende Veränderungen brachten das Gesundheitsreformgesetz aus dem Jahre 1988 und das Gesundheitsstrukturgesetz aus dem Jahre 1992. Der Gesetzgeber verfolgte jeweils das Ziel, das Ausgabenwachstum einzudämmen. Für die Jahre 1993 bis 1995 wurden die Ausgaben für die ambulante ärztliche Behandlung und Krankenhäuser gesetzlich budgetiert. In diesen Jahren durften die Ausgaben nicht stärker steigen als die Beitragseinnahmen der Kassen.

Seit 1993 gilt ein Arznei- und Heilmittelbudget, dessen Ausgangswert vom Gesetzgeber definiert wurde und der von den Ärzten und Krankenkassen

vertraglich weiterentwickelt wird. Im Arzneimittelsektor wurden mit dem GSG weiterhin Selbstbeteiligungsregelungen für Patienten eingeführt. Das Arzneimittelbudget hat einen maßgeblichen Einfluss auf das Verschreibungsverhalten der Ärzte, denn sie müssen bei Überschreitungen haften.

Seit dem Jahre 1996 gilt die freie Kassenwahl auch im Bereich der GKV. Zur Vorbereitung auf den Wettbewerb der Krankenkassen ist 1994 ein Risikostrukturausgleich zwischen den Krankenversicherungen eingeführt worden. Er soll dafür sorgen, dass ungünstige Mitgliederstrukturen bei einzelnen Kassen nicht zu Wettbewerbsnachteilen bei den Einnahmen führen. Der Risikostrukturausgleich sieht daher Ausgleichsleistungen von Kassen mit günstigeren Risikostrukturen zu solchen mit ungünstigeren Risikostrukturen vor. Kriterien für die Berechnung der Ausgleichszahlungen sind die Höhe der beitragspflichtigen Einkommen, die Anzahl der beitragsfrei Mitversicherten, das Alter und Geschlecht der Versicherten sowie die Anzahl der Erwerbsunfähigkeits-/Berufsunfähigkeitsrentner sowie der Versicherten mit bzw. ohne Krankengeldanspruch.

Die Neuordnungsgesetze aus dem Jahre 1997 ermöglichen es den Krankenkassen bzw. ihren Verbänden, neue Modelle für die Versorgung, für die Honorierung und für die Struktur der medizinischen Behandlung zu erproben. Dabei ist Folgendes zu berücksichtigen: Modelle, die die vertragsärztliche Versorgung berühren, müssen von den jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigungen mitgetragen werden. Struktur- und Leistungsmodelle können nur mit zugelassenen Leistungserbringern, also auch nur mit Krankenhäusern im Krankenhausbedarfsplan vereinbart werden. Die Zustimmungspflicht durch die Kassenärztlichen Vereinigungen schränkt die Möglichkeiten der Kassen naturgemäß ein Stück weit ein.

Das System der PKV

Die in der PKV anzutreffenden privaten Rechtsformen sind die Aktiengesellschaften oder die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Das Versicherungsaufsichtsgesetz bildet den Grundpfeiler der staatlichen Regulierung. Das Versicherungsvertragsgesetz regelt die Versicherungsbedingungen.

Im Vergleich zur GKV verfügen die mehr als 100 privaten Versicherungsunternehmen über Gestaltungsfreiheiten hinsichtlich des anzubietenden Leistungsspektrums. In Abhängigkeit von den gewählten Tarifen erhalten die Versicherten bei ihrer privaten Versicherung Leistungen, die über das Angebot in der GKV hinausgehen können. Die Versicherten können ihren Versicherungsschutz auch stärker nach ihrem individuellen Bedarf wählen.

Im PKV-System tritt der Eigenvorsorgegedanke stark in den Vordergrund. Daher ist hier kein Versicherungsschutz für andere – wie z. B. Familienangehörige – enthalten. Die PKV bietet auch eine sekundäre Absicherung in Form der Krankentagegeld- und der Krankenhaustagegeldversicherung an. Daneben gibt es die so genannten Zusatztarife, die auch gesetzlich Krankenversicherte abschließen können. Der stationäre Zusatztarif erstattet beispielsweise die Kosten für die Chefarztbehandlung und für das Einzelzimmer.

Grundsätzlich gilt das Kostenerstattungsprinzip, d.h., die Versicherten begleichen die Rechnungen zunächst selbst und erhalten die Kosten nachträglich von der Versicherung erstattet. Auf diese Weise sind sie über die Kosten und Leistungen informiert. Die Finanzierung erfolgt über das Kapitaldeckungsverfahren unter Bildung von Alterungsrückstellungen.

Das Verhältnis der GKV zur PKV

Im Bereich der GKV spielt die Verdrängung schlechter durch gute Risiken keine große Rolle, da sie eine Pflichtversicherung für einen umfangreichen Personenkreis darstellt. In der PKV liegt eine andere Situation vor: Der Wettbewerb beschränkt sich auf die neu zu versichernde, zumeist junge Klientel. Diese werden mit attraktiven Eintrittsprämien umworben. Ein besonderes Problem besteht darin, dass die angesammelten Alterungsrückstellungen im Falle eines Versicherungsverwechslens nicht mitgenommen werden können. Die neue Versicherung wird eine entsprechend höhere Prämie berechnen, denn die Kapitaldecke ist von neuem und innerhalb eines kürzeren Zeitraums aufzubauen. In der Folge lohnt sich ein solcher Wechsel selten; eine einmal getroffene Entscheidung für ein privates Versicherungsunternehmen ist kaum zu revidieren. Im Unterschied zur GKV kann die PKV vor Vertragsabschluss eine ungefähre Einschätzung des Risikos vornehmen, denn sie verlangt Angaben zum Gesundheitszustand. Je nach Ergebnis werden Risikozuschläge erhoben.

Während in der privaten Krankenversicherung Prämien nach dem jeweiligen Ausgabenrisiko zu leisten sind, arbeitet die gesetzliche Versicherung auf der Grundlage des Solidarprinzips. In der Folge präferieren Personen mit günstigem Versicherungsrisiko (z.B. Jüngere und Alleinstehende) die für sie prämiengünstige private Versicherung, wohingegen Personen mit ungünstigem Versicherungsrisiko (z.B. chronisch Kranke und Familien) sich vorzugsweise in der GKV versichern.

3. Leistungserbringer im deutschen Gesundheitswesen

Das deutsche Gesundheitsversorgungssystem zeichnet sich durch seine Aufteilung in verschiedene Versorgungsbereiche aus. Hierzu zählen

- die ambulante Versorgung,
- die stationäre Versorgung und
- die Versorgung mit Arzneimitteln.

1. Die ambulante Versorgung

Im System der GKV nimmt der niedergelassene Arzt eine Schlüssel-funktion ein. Er kann aufgrund seines Fachwissens entscheiden, ob im speziellen Fall eine Krankheit vorliegt oder nicht und welche Leistungen erforderlich sind. Weiterhin beeinflusst er die Arbeitsteilung im Gesundheits-

sektor, denn er entscheidet, ob ein Wechsel in die stationäre Versorgung oder die Behandlung durch einen Facharzt notwendig erscheint.

Das Abrechnungssystem für ärztliche Leistungen ist ein zweistufiges Verfahren, das auf der ersten Stufe zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen organisiert ist. Zwischen Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen wird zunächst ein Gesamtvertrag ausgehandelt. Nach Maßgabe dieses Gesamtvertrags entrichtet die Krankenkasse eine Gesamtvergütung für die vertragsärztliche Versorgung an die Kassenärztliche Vereinigung. In einem zweiten Schritt wird die Gesamtvergütung anhand eines Honorarverteilungsmaßstabes von der Kassenärztlichen Vereinigung an die einzelnen Vertragsärzte verteilt. Der Honoraranspruch der Ärzte wiederum berechnet sich nach den erbrachten Einzelleistungen. Dieses Honorierungsverfahren wird kritisiert, denn es bietet einen Anreiz zur Mengenausweitung.

2. Die stationäre Versorgung

Die Krankenhäuser nehmen ebenfalls eine bedeutende Stellung in der Gesundheitsversorgung Deutschlands ein. Ein Drittel der Ausgaben der GKV wird in diesem Sektor getätigt. Krankenhäuser werden nach der Art der Trägerschaft in öffentliche, private und gemeinnützige eingeteilt.

Wesentliche Determinanten dieses Bereichs sind die Krankenhausplanung und die Finanzierung der Krankenhäuser. Gesetzliche Grundlagen sind das Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) sowie ergänzende Landeskrankenhausgesetze. Die Bundesländer stellen Krankenhauspläne und Investitionsprogramme auf. Der Krankenhausplan weist im Wesentlichen die betriebenen Krankenhäuser und ihre Betten aus.

Die Finanzierung der Krankenhäuser erfolgt auf der Grundlage des so genannten dualen Finanzierungssystems:

- Für die in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhäuser tragen die Bundesländer die Investitionskosten. Dies betrifft vornehmlich die Kosten für die Errichtung, die Erstausrüstung mit notwendigen Anlagegütern und die Wiederbeschaffung so genannter langlebiger Anlagegüter.
- Die laufenden Betriebs- und Behandlungskosten werden durch die Patienten und ihre Kostenträger über die Pflegesätze finanziert.

3. Die Versorgung mit Arzneimitteln

Auf der Angebotsseite ist der deutsche Arzneimittelsektor durch seine dreistufige Gliederung gekennzeichnet:

- Forschung, Entwicklung und Produktion der Medikamente leistet die pharmazeutische Industrie, die einen Zweig der Chemischen Industrie darstellt.
- Als Mittler zwischen der Pharmaindustrie und der Einzelhandelsstufe fungiert der pharmazeutische Großhandel, der ungefähr 90 % der an die Apotheken gelieferten Medikamente verteilt.
- Die Einzelhandelsstufe umfasst zum einen die öffentlichen Apotheken, zum anderen die in Krankenhäusern vorhandenen Apotheken.

Die wesentlichen Charakteristika der Arzneimittelversorgung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Vor allem die Patienten – und in gewissem Maß gilt dies ebenso für Ärzte und Apotheker – haben nur eine geringe Marktübersicht. Sie verfügen nicht über die nötige fachliche Kompetenz und unterliegen überdies einem Leidensdruck. Die Komplexität der Wirkungszusammenhänge erschwert die Marktübersicht zusätzlich.
- Die Preiselastizität der Nachfrage ist niedrig: Aufgrund der dreigeteilten Nachfrage wird den Arzneimittelherstellern kein nennenswerter Preisdruck entgegengesetzt. Somit ist der Preis kein wesentlicher Wettbewerbsparameter.

Im Bereich der öffentlichen Apotheken existieren umfängliche Regulierungen und Reglementierungen, die unternehmerische Entscheidungsspielräume erheblich einengen. Die wesentlichen gesetzlichen Grundlagen sind

- das Gesetz über das Apothekenwesen,
- die Apothekenbetriebsverordnung und
- die Arzneimittelpreisverordnung.

Nach § 1 des Gesetzes über das Apothekenwesen hat der Apotheker die Sicherstellung der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zu garantieren.

Einzelne Regulierungsmaßnahmen erfassen u.a.

- Zulassungsbeschränkungen bei der Ausbildung (Numerus clausus im Fach Pharmazie)
- die Berufsausübung (Voraussetzung ist die Approbation)
- die Organisationsfreiheit des Apothekers (alle Apotheker sind zwangsweise Mitglied in den jeweiligen Apothekerkammern der Bundesländer)
- die Geschäftsführung (z.B. gibt es eine Anwesenheitspflicht des Apothekers während der Geschäftszeiten)
- die Produktpalette und die Vertriebskanäle (Beschränkung auf „apothekenübliche“ Waren) und
- auf die Preisgestaltung (Höchstzuschläge auf der Großhandelsebene, Festzuschläge auf der Einzelhandelsebene und Festbeträge). Mithilfe der Preisgestaltung für apothekenpflichtige Arzneimittel wird die Einheitlichkeit der Preise in Deutschland gewährleistet. Gesetzliche Grundlage ist die Arzneimittelpreisverordnung.

Die am häufigsten diskutierten Regulierungsmaßnahmen sind das Fremd- und Mehrbesitzverbot und das Verbot, Medikamente per Versandhandel zu verteilen. Insgesamt betrachtet wird also sehr weitreichend in unternehmerische Dispositionen eingegriffen.

Seit 1983 grenzt eine Negativliste Arzneimittel aus der Erstattung durch die GKV aus. Die Negativliste führt nach Indikationsgebieten ausgeschlossene Medikamente auf. Dazu zählen zum Beispiel Arzneien gegen Erkältungskrankheiten, Abführmittel und Medikamente gegen Reisekrankheiten. Eine konkrete Präparatliste ist nicht benannt. Neben Arzneimitteln gegen sog. Bagatellerkrankungen sind auch solche Medikamente von der Erstattung ausgenommen, die mehr als drei Wirkstoffe kombinieren.

Das am 1. Januar 1989 in Kraft getretene Gesundheitsreformgesetz beinhaltet vor allem eine Umorientierung des Arzneimittelsektors. Kernpunkt war die Einführung der Festbetragsregelung. Grundlage der Festbetragsregelung ist die Preisdifferenz zwischen Originalpräparaten und Generika. Die GKV erstattet nur noch den Festbetrag, der sich am Preis des Generikums orientiert. Die Differenz zu dem tatsächlichen Preis muss der Patient bezahlen. Die Höhe der Festbeträge wird von den Spitzenverbänden der Krankenkassen festgelegt.

4. Mangelnde Verzahnung des ambulanten und stationären Sektors

Die deutliche Grenze zwischen diesen beiden Versorgungssegmenten ist ein besonderes Kennzeichen des deutschen Gesundheitssystems. Es erscheint nahe liegend, dass eine bessere Koordination und Integration der Behandlungsabläufe – d. h. eine sektorenübergreifende Versorgung – Wirtschaftlichkeitsreserven erschließen könnte. Mit der starren Abgrenzung der einzelnen Sektoren werden verschiedene Probleme in Verbindung gebracht. Zu nennen sind hier beispielsweise Fehlbelegungen im Krankenhaus, unnötige Doppeluntersuchungen, Informationsverluste, die langen Verweildauern und die hohe Einweisungsfrequenz in Krankenhäuser.

Entgegenwirkende Tendenzen sind bereits erkennbar. In zunehmendem Maße etablieren sich solche Modelle, die auf eine stärkere Integration der Sektoren ausgerichtet sind. Hierzu zählen das ambulante Operieren, das Belegarztwesen, Praxiskliniken sowie vor- und nachstationäre Behandlungen. Die aktuelle Gesundheitsreform, auf die ich gleich noch eingehen werde, intendiert ebenfalls eine Wirkung in diese Richtung.

4. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen seit dem 1.1.2000

Wie ich bereits erwähnte, sind die gesetzlichen Grundlagen der GKV im Fünften Buch des Sozialgesetzbuches niedergelegt. Daneben gibt es natürlich eine Fülle von Einzelvorschriften, die zum Teil ja auch schon angesprochen wurden (Beispiele: KHG, die Vielzahl gesetzlicher Bestimmungen im Arzneimittelbereich usw.). Um den Beitragssatz zur GKV stabil zu halten, wurden seit den Siebzigerjahren zahlreiche Reformprojekte – teils widersprüchlicher Art – umgesetzt. Auf all diese Reformen kann und will ich an dieser Stelle nicht eingehen; anderenfalls müsste ich Ihnen noch das kommende Wochenende rauben. Ich beschränke mich deshalb auf die wesentlichen Regelungen, die im Rahmen der Gesundheitsreform 2000 Gesetzeskraft erlangt haben.

Stärkere Verzahnung von ambulanter und stationärer Versorgung

Dieses Ziel ist sehr zu begrüßen, denn – wie ich vorhin schon ausgeführt habe – zwischen diesen beiden Sektoren besteht ein gewisses Konkurrenzverhältnis, das in gewisser Weise zu einer Ressourcenverschwendung beiträgt. Die angestrebten integrierten Versorgungsformen – z. B. Praxisnetze

– sollen das Ergebnis frei ausgehandelter Verträge zwischen den Leistungserbringern und den Krankenkassen darstellen. Für die ambulante Versorgung werden Rahmenvereinbarungen zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und den Spitzenverbänden der Krankenkassen im Grundsatz festgelegt. Die Leistungsvergütung wird darin ebenfalls geregelt. Für den stationären Sektor werden die Verträge zwischen der Deutschen Krankenhausesellschaft und den Spitzenverbänden der Krankenkassen abgeschlossen.

Die Krankenkassen können nunmehr ihr Angebot erweitern, indem sie ihren Versicherten solche integrierten Versorgungsmodelle anbieten, bei denen verschiedene Leistungserbringer koordiniert zusammenwirken. Den Versicherten steht es frei, ob sie derartige Angebote in Anspruch nehmen oder die traditionellen Versorgungsformen vorziehen.

Die Position des Hausarztes erfährt eine besondere Hervorhebung

Ziel dieser Regelung: Doppeluntersuchungen und überflüssige Behandlungen nach Möglichkeit zu vermeiden. Aufgabe des Hausarztes ist es, die verschiedenen Behandlungsmaßnahmen der ärztlichen und nicht ärztlichen Spezialisten zu organisieren und koordinieren. Er dokumentiert die gesamte Behandlung und nicht nur die Schritte, die er selbst leistet. Weiterhin sollen die Hausärzte in kooperative Praxisformen integriert werden. Der ärztlichen Selbstverwaltung obliegt es, eigenständige Honoraranteile für die hausärztliche Versorgung zu vereinbaren.

Die Versicherten sind jedoch nicht gezwungen, stets zuerst den Hausarzt aufzusuchen; die freie Arztwahl wird in keiner Weise eingeschränkt. Sie entscheiden sich freiwillig für oder gegen ihre Teilnahme am Hausarztsystem. Den Krankenkassen steht es frei, ein Bonussystem zu erproben, mit dem die Wahl des Hausarztes finanziell honoriert wird.

Einführung einer Positivliste für Arzneimittel

Diese Positivliste für Arzneimittel soll alle Medikamente enthalten, die für eine notwendige, ausreichende und wirtschaftliche Versorgung der Patienten sinnvoll sind; d. h. alle diejenigen Arzneimittel, die bei behandlungspflichtigen Gesundheitsstörungen und Krankheiten wirksam und zweckmäßig einsetzbar sind. Es sollte noch erwähnt werden, dass die Liste keine Fertigarzneimittel aufführt, sondern Wirkstoffe und Wirkstoffkombinationen. Zur Erstellung dieser Liste wird ein „Institut für die Arzneimittelversorgung in der GKV“ beim Bundesministerium für Gesundheit gegründet.

Die Krankenkassen erstatten dann ausschließlich diejenigen Arzneimittel, die in der Positivliste genannt sind.

Mehr Transparenz im stationären Bereich

Für den Krankenhausbereich wird angestrebt, die Leistungen und Preise transparenter zu gestalten. Die Selbstverwaltung von Krankenhäusern und Krankenkassen soll bis zum 1. Januar 2003 ein umfassendes Preissystem für Krankenhäuser einführen. Bislang sei eine Vergleichbarkeit von eindeutig zuzuordnenden Leistungen nicht möglich. Denn: Die verschiedenen Arten von

Pflegesätzen (Fallpauschalen, Sonderentgelte, Abteilungs- und Basispflegesätze) lassen eine leistungsorientierte Bewertung von Krankenhausleistungen nur in Ansätzen zu. Durch das neue Preissystem sollen hier grundlegende Änderungen eintreten; Genaueres kann hierzu noch nicht gesagt werden.

Verschärfung der Grenze zwischen GKV und PKV

An dieser Stelle weiche ich mit meiner Überschrift stark von der Terminologie der Gesetzesbegründung ab, die hier von „Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung“ spricht. Da hier jedoch per se kaum von Wettbewerb gesprochen werden kann, bevorzuge ich die genannte Überschrift.

Aus Sicht des Gesundheitsministeriums liegt ein besonderes Problem darin, dass sich viele Personen in jungen Jahren privat versichern – denn dies ist die günstigere Alternative – und in späteren Jahren in die nunmehr günstigere gesetzliche Versicherung wechseln; Letzteres zum Beispiel durch Aufnahme einer Teilzeitbeschäftigung. Dieser Wechsel wird erschwert. Gleichzeitig wird die soziale Schutzfunktion des Standardtarifs in der PKV ausgebaut und gestärkt (insbesondere durch Absenken der Altersgrenze von 65 auf 55 Jahre).

5. Ausblick: Wettbewerbliche Rahmenordnungen im Gesundheitswesen

Im Gesundheitswesen kann Wettbewerb auf drei Ebenen stattfinden:

- Auf der Finanzierungsebene: In diesem Fall existieren Konkurrenzbeziehungen der Versicherungen um die Kunden.
- Auf der Leistungsebene: Hier findet der Wettbewerb zwischen den Ärzten, Krankenhäusern, Apotheken und anderen Anbietern um die Kunden statt.
- Zwischen der Finanzierungs- und der Leistungsebene: Die Leistungserbringer konkurrieren um die besten Verträge mit den Versicherungen.

Im bestehenden System könnte Wettbewerb sowohl zwischen der GKV und der PKV als auch innerhalb der jeweiligen Systeme stattfinden. Woran der Wettbewerb innerhalb der PKV scheitert, habe ich bereits ausgeführt.

Zwischen den privaten und den gesetzlichen Versicherungen kann um die Kunden geworben werden, deren Arbeitseinkommen die Beitragsbemessungsgrenze übersteigt. Aufgrund ihrer hohen Beiträge sind sie für die gesetzlichen Kassen attraktive Mitglieder. Allerdings ist der Wechsel von der privaten zurück in die gesetzliche Versicherung kaum möglich. Angesichts dieser Austrittsbarrieren wird die Entscheidung für eine private Versicherung in der Regel zu einer endgültigen. Dies schreckt potenzielle Kunden der PKV u.U. von vorneherein ab. Die aktuelle Gesundheitsreform trägt Zusätzliches dazu bei, die Grenze zwischen beiden Systemen zu verhärten. Die gesetzlich

errichteten Marktabgrenzungen schränken den potenziellen Wettbewerb zwischen GKV und PKV somit erheblich ein.

Die Pflichtmitglieder der gesetzlichen Krankenkassen können von dem beschriebenen Wettbewerb per se nicht profitieren. Jedoch können sie seit einigen Jahren zwischen den verschiedenen gesetzlichen Kassen wählen. Die Einführung der freien Kassenwahl ist positiv zu beurteilen. Da der Leistungsumfang weiterhin gesetzlich reglementiert ist, beschränken sich wettbewerbliche Entwicklungen in erster Linie auf den Preisbereich. So differieren beispielsweise die Beitragssätze der Betriebskrankenkassen in Deutschland zwischen 11 % und 14,5 % (Stand: 1. Januar 2000). Für die Wahl einer Krankenkasse spielt jedoch nicht allein die Höhe des Beitragssatzes eine Rolle. Aus Sicht der Versicherten sind auch Faktoren wie Service, Erreichbarkeit der Geschäftsstelle und ein vertrauter Ansprechpartner von nicht unerheblicher Bedeutung.

Für darüber hinausgehende wettbewerbliche Prozesse wäre eine konzeptionelle Rahmenordnung erforderlich, die den Versicherungen mehr Gestaltungsmöglichkeiten an die Hand gibt und zugleich die demographischen Entwicklungen zu berücksichtigen vermag.

Elemente einer wettbewerbsorientierten Rahmenordnung

- Umwandlung des gesetzlichen Leistungskatalogs in eine obligatorische Grundabsicherung mit der Option freiwillig zuwählbarer Zusatzleistungen,
- Abkopplung des Versicherungsverhältnisses vom Arbeitsvertrag,
- Einführung von Managed-Care-Elementen; ich möchte an dieser Stelle ausdrücklich betonen, dass damit keinesfalls die Umsetzung des amerikanischen Systems vorgeschlagen werden soll und
- Verlagerung der verteilungspolitischen Anliegen in das allgemeine Steuersystem.

Das Ziel sollte sein, einen Leistungswettbewerb zwischen den Krankenkassen zu schaffen, der ihren schwerpunktmäßigen Tätigkeitsbereich – die Risikoabsicherung – betrifft. Da die Gestaltung der Versicherungsleistungen den entscheidenden Wettbewerbsparameter der Krankenkassen darstellt, müssen die Kassen dort über einen größeren Handlungsspielraum verfügen können.

Die Krankenkassen erbringen Grundleistungen, wobei die Definition des Umfangs dieser Grundabsicherung dem Gesetzgeber obliegt. Darüber hinaus können sie den Versicherten Angebote für freiwillige Zusatzversicherungen im ambulanten und stationären Bereich sowie bei der zahnärztlichen Versorgung unterbreiten. Die Höhe der Beitragssätze wird von den Krankenkassen bestimmt. Die Grundleistungen bleiben lohnbezogen und die Wahlleistungen werden risikoäquivalent kalkuliert. Die beitragsfreie Mitversicherung von Familienangehörigen wird auf Kinder und nicht erwerbstätige Ehepartner, die Kinder erziehen oder Familienangehörige pflegen, begrenzt.

Solange einkommensabhängige Beiträge erhoben werden, sollte der Arbeitgeberanteil auf die Arbeitnehmer übertragen werden; gleichzeitig hätte eine entsprechende Anpassung des Bruttolohns zu erfolgen. Zum Schutz der Versicherungsnehmer wären die Beitragssätze genehmigungspflichtig; zustän-

dige Instanz ist das Bundesversicherungsamt. Der Familienlastenausgleich wäre teilweise oder ganz dem allgemeinen Steuer- und Transfersystem anzuvertrauen. Zwecks Verbesserung der Preis-Leistungs-Kontrolle und der Qualitätskontrolle müsste eine intensivere Zusammenarbeit zwischen den Patienten und den Kassen erfolgen.

Gegenüber den Leistungserbringern sollte den Kassen die vollständige Vertragsfreiheit eingeräumt werden. Für den ambulanten Bereich implizieren wettbewerbliche Vertragsoptionen, dass die Krankenkassen direkt oder indirekt über ihre Vereinigungen vereinbaren, welche Leistungen in welcher Form und Qualität zu erbringen sind und wie sie vergütet werden. Es sollte den Kassen überlassen werden, ob sie unmittelbar Ärzte und Zahnärzte unter Vertrag nehmen wollen. Im stationären Bereich verfügen die Krankenkassen über die Möglichkeit, mit den Krankenhäusern Versorgungsverträge abzuschließen; sie können auch Krankenhäuser in eigener Regie betreiben. Welche Versorgungsformen von den verschiedenen Kassen angeboten werden, sollte dem Wettbewerb überlassen bleiben. Daher sollte keine vorzeitige Festlegung auf bestimmte Modelle – wie z. B. das Hausarztssystem oder HMO-Modelle – erfolgen.

Vorstellbar wäre eine darüber hinausgehende Reform, die die Trennung der Systeme aufhebt. Ein privates Versicherungspflichtsystem für alle wäre die Folge. Die Beiträge für die Grundleistungen könnten als pauschale Kopfprämie ausgestaltet sein. Die Alterungsrückstellungen dürften dann allerdings nicht durchschnittlich berechnet werden, sondern müssten vielmehr individuell kalkuliert sein. Ansonsten treten die für die PKV dargelegten Wettbewerbsprobleme auf.

Diese letzten Ausführungen sollten nur ein kurzer Ausblick sein. Wie wir alle wissen, sind grundlegende Reformen aufgrund des Widerstandes der betroffenen Interessengruppen nur schwer durchsetzbar. Im politischen Entscheidungsprozess müssen daher immer wieder Kompromisse eingegangen werden.

Rudolf Mosler

Wettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung und im Verhältnis zur privaten Krankenversicherung – Rechtslage in Österreich –

Gliederung

1. Allgemeine Überlegungen zum Thema Wettbewerb in der Krankenversicherung – mögliche Wettbewerbsfelder
2. Wettbewerb und Organisation der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung
3. „Spurenelemente“ des Wettbewerbs innerhalb der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung
4. „Spurenelemente“ des Wettbewerbs im Verhältnis zur privaten Krankenversicherung
5. Wettbewerb im Leistungserbringungsrecht
6. Wettbewerbsbeschränkungen und Verfassungsrecht
7. Wettbewerbsbeschränkungen und EG-Recht

1. Allgemeine Überlegungen zum Thema Wettbewerb in der Krankenversicherung – mögliche Wettbewerbsfelder

Wettbewerb und gesetzliche Krankenversicherung stehen sozusagen in einem natürlichen Spannungsverhältnis. „Wettbewerb“ bedeutet im Sport wie in der Ökonomie eine Auseinandersetzung zwischen Konkurrenten auf der Basis des Leistungsprinzips, ist also auf Differenzierung, Auslese und egoistische Verfolgung eines Ziels ausgelegt. Ein freier Wettbewerb setzt einen freien Markt voraus, Eingriffe von außen sind nur insoweit systemkonform und zulässig, als sie faire Spielregeln gewährleisten. Die gesetzliche Krankenversicherung in Österreich ist hingegen durch staatliche Festlegung der gegenseitigen Leistungen und der Mittel zur Zielerreichung, durch Solidarität, sozialen Ausgleich und Umverteilung charakterisiert. Dies steht zweifellos in einem Gegensatz zu einer freien Wettbewerbsordnung, in der sich die

Leistungsstärksten ohne Rücksicht auf staatliche Vorgaben durchsetzen. Freilich ist die staatsnahe, wettbewerbsfeindliche Organisation der Krankenversicherung kein Naturgesetz. Es wäre selbstverständlich möglich, eine Gesundheitsversorgung in einer freien, marktwirtschaftlich orientierten Wettbewerbsordnung aufzubauen. Es gibt ja durchaus Staaten, die die Gesundheitsversorgung wenigstens teilweise dem Markt überlassen. Dazu kommt, dass es zwischen dem freien Markt und staatlichen Beinahe-Monopolen Mischvarianten gibt. So könnte auch bei privatwirtschaftlicher Organisation des Gesundheitswesens durch Preisregulierung, Kontrahierungszwang, Qualitäts- und Quantitätsvorgaben sowie einer Qualitätskontrolle in den Markt eingegriffen werden. Dafür gab und gibt es viele Beispiele insbesondere im Bereich lebensnotwendiger Güter und Dienstleistungen (z.B. Stromunternehmen). Es könnte aber auch die staatliche Organisation der Gesundheitsversorgung beibehalten und nur die Monopolisierung aufgegeben werden. Damit würden private mit öffentlichen Krankenversicherungsträgern in einen Wettbewerb treten. Fraglich ist bei all dem freilich, ob die derzeitigen Ziele der gesetzlichen Krankenversicherung, insbesondere die Verteilung von Gesundheitsgütern und -dienstleistungen nach sozialen Gesichtspunkten, mit einem Marktmodell in gleicher Weise erreicht werden können¹. Darauf werde ich später noch zurückkommen.

Aus dem Titel meines Beitrags ergibt sich zunächst eine wichtige Differenzierung. Es geht einerseits um einen bloß internen Wettbewerb zwischen den öffentlichen Krankenversicherungsträgern und andererseits um den Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Einrichtungen. Soweit nur innerhalb des öffentlich-rechtlichen Systems Konkurrenz zugelassen wird, handelt es sich um einen sehr eingeschränkten Wettbewerb im ökonomischen Sinn. Die öffentlichen Versicherungsträger können ja nicht frei auf diesem Markt agieren, sondern haben vom Staat vorgegebene Ziele mit beschränkter Freiheit bei der Wahl der Mittel zu verfolgen. In Wahrheit geht es daher nicht um einen freien Wettbewerb, sondern um eine mehr oder weniger große Wahlfreiheit der „Konsumenten“, den Versicherungsträger selbst zu bestimmen. Die Wettbewerbsfelder sind dabei auf einige wenige beschränkt. Der Wettbewerb mit privaten Versicherern könnte hingegen ein relativ freierer sein. Das Leistungsangebot stünde genauso wie der Preis der Leistung in einem Konkurrenzverhältnis. Die Wettbewerbsfelder könnten daher durchaus denen eines klassischen privatwirtschaftlichen Wettbewerbs entsprechen.

1) Vgl. Kühn, Wettbewerb im Gesundheitswesen und sozial ungleiche Versorgungsrisiken, Sozialer Fortschritt 1998, 131ff.

Diese Überlegungen führen als Nächstes zur Frage, welche Wettbewerbsfelder nun überhaupt in Betracht kommen. Wie könnten sich Krankenversicherungsträger voneinander unterscheiden, um Versicherte von ihren Leistungen zu überzeugen und für sich zu gewinnen?² In erster Linie kommen ein gutes und umfassendes Leistungsangebot und möglichst geringe Beiträge bzw. ein interessantes Preis-Leistungs-Verhältnis in Betracht. Weiters könnte in Bereichen wie Qualitätsstandards/Innovationen, Service/Versichertenbetreuung/Administration, Information/Image/Werbung sowie in der Präsenz vor Ort ein Wettbewerb geführt werden. Man kann die Wettbewerbsfelder wohl in vier wesentliche Kategorien zusammenfassen: Beitragssatz, Leistungen, Service und Marketing. Damit es sinnvollerweise zu einem Wettbewerb auf diesen Gebieten kommen kann, muss erstens eine Freiheit der Konsumenten zur Auswahl unter mehreren Wettbewerbern bestehen und müssen zweitens die Wettbewerber, also die Versicherungsträger, eine Dispositionsfreiheit haben, die es ihnen erlaubt, Maßnahmen zu setzen und Entscheidungen zu treffen, die für die Auswahlentscheidung von Relevanz sind. Schon ein erster Blick auf das österreichische Krankenversicherungsrecht genügt, um festzustellen, dass weder das eine noch das andere gesetzlich vorgesehen ist. Diese allgemeine Feststellung ist aber vor allem deshalb näher zu untersuchen, weil verfassungsrechtliche und europarechtliche Vorgaben bestehen, die Monopolisierung und Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich als unzulässig erscheinen lassen, wenn nicht ein ausreichender Rechtfertigungsgrund vorliegt. Zunächst ist daher ein kurzer Blick auf die Organisation der österreichischen Krankenversicherung und die vorhandenen „Spurenelemente“ eines Wettbewerbs notwendig.

2. Wettbewerb und Organisation der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung

Die österreichische gesetzliche Krankenversicherung ist bekanntlich so organisiert, dass öffentlich-rechtliche Versicherungsträger mit Pflichtmitgliedschaft Versicherungsleistungen erbringen. Es gibt 24 Krankenversicherungsträger, regional und nach Berufsgruppen gegliedert. Die Zahl täuscht freilich, weil den neun Gebietskrankenkassen, die vor allem für die Dienstnehmer des jeweiligen Bundeslandes zuständig sind, überwiegend kleine Kassen, nämlich zehn Betriebskrankenkassen (als historische Überbleibsel) gegenüberstehen. Dazu kommen noch die Versicherungsanstalten des Bergbaus, der Eisenbahnen, der öffentlich Bediensteten, der gewerblichen Wirtschaft und der Bauern. Die Versicherungsleistungen sind ganz überwiegend und die dafür zu leistenden Beiträge der Versicherten sowie – soweit es die Unselbstständigen betrifft – auch ihrer Dienstgeber zur Gänze gesetzlich festgelegt. Ca. 99% der

2) Vgl. Voß, Mögliche Wettbewerbsfelder der GKV, ihre Besetzung und Weiterentwicklung, Sozialer Fortschritt 1996, 117 ff. (118 ff.); Schulz-Nieswandt, Wahlfreiheit, Kontrahierungszwang und Wettbewerb in der GKV, Sozialer Fortschritt 1996, 203 ff.; Schöffski/Galas/v. d. Schulenburg, Der Wettbewerb innerhalb der GKV unter besonderer Berücksichtigung der Kassenwahlfreiheit, Sozialer Fortschritt 1996, 293 ff. (298 f.).

österreichischen Bevölkerung sind aufgrund einer Pflichtversicherung, einer freiwilligen Selbstversicherung oder einer Mitversicherung als Angehöriger in die soziale Krankenversicherung einbezogen und daher leistungsberechtigt. Auch die selbstständigen Unternehmer sind – sieht man von einigen freien Berufen ab – in aller Regel innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert. Man kann daher von einem Beinahe-Monopol der gesetzlichen Krankenversicherung als Anbieter von Versicherungsleistungen im Bereich der Gesundheitsversorgung sprechen. Private Anbieter haben in diesem System nur insoweit Platz, als sie Zusatzleistungen anbieten, die durch die gesetzliche Krankenversicherung nicht abgedeckt sind (insbesondere die zusätzlichen „Hotelleistungen“ in den Krankenanstalten, Kosten unkonventioneller Behandlungsmethoden) oder als die Selbstbehalte bei den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung übernommen werden. Diesem Angebotsmonopol steht eine Beschränkung des Wettbewerbs auf der Nachfrageseite gegenüber, die oft auch als Nachfragemonopol bezeichnet wird³. Ganz richtig ist diese Bezeichnung freilich nicht, weil es eine erhebliche Anzahl von Gesundheitsdienstleistern gibt, die unabhängig von der gesetzlichen Krankenversicherung ihre Leistungen anbieten und am Markt ohne weiteres bestehen können⁴. Dies betrifft jedenfalls die so genannten „Wahlärzte“, die immerhin ca. ein Drittel aller niedergelassenen Ärzte ausmachen, und die privaten Krankenanstalten, die keinen Kassenvertrag haben. Im Arzneimittelbereich kommt die Situation allerdings einem Monopol sehr nahe. Sowohl der Absatz ist durch das Heilmittelverzeichnis und die Richtlinien des Hauptverbandes stark eingeschränkt als auch die Abgabe der Heilmittel. Die Apotheken besitzen einerseits eine Art Gebietsschutz und sind andererseits durch Betriebspflicht und zwingende Einbindung in den Kassenvertrag an die Sozialversicherung gekettet.

Das System der österreichischen Krankenversicherung enthält also bei einer Betrachtung aus der Sicht des Wettbewerbs folgende wesentliche Elemente:

- ▶ Die potenziellen Konsumenten von Versicherungsleistungen sind mit nur geringfügigen Ausnahmen zwingend krankenversichert.
- ▶ Die Krankenversicherung besteht bei einem vom Gesetz bestimmten Versicherungsträger, ein Wahlrecht des Versicherten existiert grundsätzlich nicht.
- ▶ Die Zahl der Versicherungsträger ist – im internationalen Vergleich – relativ gering, die Gliederung ist nach regionalen und berufsgruppenspezifischen Gesichtspunkten erfolgt.
- ▶ Private Anbieter sind auf Randbereiche verwiesen, weil die Kernbereiche durch die gesetzliche Krankenversicherung abgedeckt werden.
- ▶ Es besteht allerdings keine rechtliche Wettbewerbsbeschränkung, sondern nur eine wirtschaftliche: Private Krankenversicherungen dürfen zwar tätig sein, sie finden aber nur einen geringen Markt vor.

3) So etwa *Marhold*, Europäischer Wettbewerb im Gesundheitswesen, in Tomuschat/Kötz/von Maydell, Europäische Integration und nationale Rechtskulturen (1994), 451 ff. (454).

4) Vgl. dazu unten 5.

- ▶ Auch die Nachfrage nach Gesundheitsdienstleistungen ist streng reguliert: Es gibt weder bei der ambulanten ärztlichen Hilfe (also im extramuralen Bereich), noch bei den stationären Leistungen in Krankenanstalten, noch bei den Heilmitteln und Heilbehelfen einen freien Zugang zum Markt.

Setzt man diese Systemkomponenten in Bezug zu den zuerst dargestellten möglichen Wettbewerbsfeldern Beitragssatz, Leistungen, Service und Marketing, so lässt sich folgender Befund erstellen: Kein Gestaltungsspielraum besteht für den einzelnen Versicherungsträger bei den Beiträgen, sie sind im Gesetz zwingend festgelegt. Auch die Leistungen sind weitgehend vom Gesetz vorgegeben, allerdings kann in der Satzung des Versicherungsträgers in bestimmten Fällen eine eigenständige Regelung getroffen werden: z. B. Fahrtkosten bei Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe, Höchstbetrag des Kostenersatzes bei Heilbehelfen, Verlängerung und Erhöhung des Krankengeldes. Dazu kommt, dass die Versicherungsträger die Verträge mit den Leistungserbringern zumindest maßgeblich beeinflussen können. Die Gesamtverträge werden zwar für die Krankenversicherungsträger vom Hauptverband mit den örtlich zuständigen Ärztekammern abgeschlossen, sie bedürfen aber der Zustimmung der Krankenversicherungsträger. Bei Service und Marketing scheint der Dispositionsfreiraum am größten zu sein, weil es hier nur wenige gesetzliche Vorschriften gibt. Allerdings ist wenigstens bezüglich des Marketings zu bedenken, dass es wegen des nicht vorhandenen Wettbewerbs kaum Veranlassung für Werbemaßnahmen gibt. Soweit Krankenkassen überhaupt werben, hat das i.d.R. einen überwiegend gesundheitspolitischen Zweck (z.B. Ankündigung einer Präventionsmaßnahme in den Medien) und dient weniger der eigenen Präsentation.

3. „Spurenelemente“ des Wettbewerbs innerhalb der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung

Wo gibt es schon derzeit Ansätze eines Wettbewerbs im österreichischen Krankenversicherungsrecht?

Wie schon erwähnt ist ein Recht der Versicherten, ihren Krankenversicherungsträger auszuwählen, in der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung nicht vorgesehen. Die Sozialversicherungsgesetze sehen eine verpflichtende Zuständigkeit der jeweiligen Träger vor, die einerseits von der Art der Erwerbstätigkeit (z.B. gewerblich selbstständig) bzw. der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe (z.B. öffentlich Bedienstete, Eisenbahner), andererseits (bei den Dienstnehmern) vom Beschäftigungsort abhängt. Wahlmöglichkeiten für den Versicherten bestehen in gewissem Umfang dann, wenn aufgrund mehrfacher Beschäftigung bzw. Tätigkeit eine Mehrfachversicherung und dadurch die Zuständigkeit mehrerer Krankenversicherungsträger gegeben ist.

Bis zum 1.1.2000 haben diese Wahlmöglichkeiten allerdings nur bei mehrfacher Versicherung aufgrund mehrerer Pflichtversicherungen nach dem ASVG oder einer Pflichtversicherung nach dem B-KUVG und dem ASVG eine Rolle gespielt. Im Wesentlichen waren also Dienstnehmer mit mehreren Dienstverhältnissen in verschiedenen Bundesländern, Eisenbahner und Berg-

leute mit einer Nebenbeschäftigung als Dienstnehmer nach dem ASVG und Beamte mit einer Nebentätigkeit als Dienstnehmer betroffen. Hingegen entstand bei Tätigkeiten als Dienstnehmer oder Beamter einerseits und als gewerblich Selbstständiger oder als Selbstständiger in der Land- und Forstwirtschaft andererseits keine mehrfache Versicherungspflicht. Die Selbstständigen-Krankenversicherung war also gegenüber der Unselbstständigen-Krankenversicherung subsidiär. Seit 1.1.2000 besteht diese Subsidiarität nicht mehr. Es kommt daher bei allen Kombinationen zwischen einer Pflichtversicherung als Dienstnehmer nach dem ASVG, als Beamter (oder Vertragsbediensteter des Bundes, dessen Dienstverhältnis nach dem 31.12.1998 begründet wurde) nach dem B-KUVG, als Selbstständiger mit oder ohne Gewerbeberechtigung bzw. Wirtschaftskammerzugehörigkeit nach dem GSVG und als Selbstständiger in der Land- und Forstwirtschaft nach dem BSVG zur Mehrfachversicherung und damit zur Möglichkeit der Wahl zwischen den einzelnen Krankenversicherungsträgern. Wie sieht dieses Wahlrecht nun aus?

Nach § 128 ASVG sind Sachleistungen sowie an deren Stelle gebührende Kostenerstattungen und Kostenzuschüsse für ein und denselben Versicherungsfall nur einmal zu gewähren, und zwar von dem Versicherungsträger, den der Versicherte zuerst in Anspruch nimmt. Der Versicherte hat also im einzelnen Versicherungsfall die Wahl, von welchem Träger er die Leistung beansprucht. Besteht die Mehrfachversicherung deshalb, weil jemand im Zuständigkeitsbereich zweier Gebietskrankenkassen (z.B. in Oberösterreich und in Salzburg) als Dienstnehmer tätig ist, sind die Unterschiede für den Betroffenen gering. Die Leistungen richten sich in beiden Fällen nach dem ASVG, bloß bei den satzungsmäßigen Mehrleistungen und u.U. aus den verschiedenen Verträgen mit den Ärzten und sonstigen Leistungserbringern könnten sich gewisse Differenzen ergeben, die aber in aller Regel zu vernachlässigen sein werden. Anders ist es freilich, wenn jemand in mehreren Subsystemen der gesetzlichen Krankenversicherung versichert ist. So sind die Leistungen für die öffentlich Bediensteten nach dem B-KUVG teilweise günstiger gestaltet als nach dem ASVG, Beamte und Selbstständige haben aber – anders als die Dienstnehmer nach dem ASVG – einen generellen Selbstbehalt bei der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe zu leisten. Es kann daher für einen Beamten oder Selbstständigen mit ASVG-Nebenbeschäftigung u.U. günstiger sein, wenn er die Leistungen der Gebietskrankenkasse wählt, es ist aber auch der umgekehrte Fall – insbesondere für Beamte – denkbar. Die Regelung für Leistungen bei mehrfacher Krankenversicherung wurde im ASRÄG 1997⁵ hinsichtlich der Versicherten geändert, die nach verschiedenen Gesetzen krankenversichert sind. Anstelle des Wahlrechts des Versicherten im einzelnen Leistungsfall wurde eine Reihenfolge der Leistungszuständigkeit festgelegt. Danach ist zuerst der Krankenversicherungsträger nach dem B-KUVG, danach der nach dem ASVG, der nach dem GSVG und schließlich der nach dem BSVG zuständig. Der Versicherte kann aber auf Antrag die Sachleistungen bei einem anderen Träger, bei dem er versichert ist, in

5) BGBl. I 1997/139; Änderung durch BGBl. I 1999/173.

Anspruch nehmen. An die dadurch getroffene Wahl ist der Versicherte gebunden, ein Wechsel ist nur einmal pro Kalenderjahr möglich. Zum finanziellen Ausgleich zwischen den Krankenversicherungsträgern wurde beim Hauptverband ein Ausgleichsfonds zur Aufteilung der Krankenversicherungsbeiträge bei mehrfacher Versicherung eingerichtet (§ 447h ASVG). Diese Neuregelungen sind mit 1.1.2000 in Kraft und gleich wieder rückwirkend und befristet außer Kraft getreten. Nach allerneuester Regelung sollen nämlich aus verwaltungsökonomischen Gründen die Neuregelungen erst wieder mit 1.1.2002 in Kraft treten, wenn die sogenannte Chipkarte flächendeckend eingeführt ist und den Krankenschein abgelöst hat⁶. Es gilt bis zu diesem Zeitpunkt daher wieder das Wahlrecht des Versicherten für den einzelnen Leistungsfall. Da die Subsidiarität der Selbstständigen-Krankenversicherung nicht wieder eingeführt wurde, kann zwischen den Versicherungsträgern (bzw. Versicherungen) nach ASVG, B-KUVG, GSVG und BSVG gewählt werden, sofern entsprechende Versicherungen bestehen.

4. „Spurenelemente“ des Wettbewerbs im Verhältnis zur privaten Krankenversicherung

Ein Wettbewerb im Verhältnis zur privaten Krankenversicherung findet wie schon erwähnt aufgrund der fast vollständigen Einbeziehung aller Erwerbstätigen und ihrer Angehörigen in die gesetzliche Krankenversicherung kaum statt. Ein Wettbewerb kommt daher nur dann in Betracht, wenn weder eine Erwerbstätigkeit oder eine hinsichtlich der Pflichtversicherung in der Krankenversicherung gleichgestellte Tätigkeit noch die Angehörigeneigenschaft gegeben ist. Dies betrifft etwa

- Personen, die ausschließlich von ihren Kapitalerträgen ihren Lebensunterhalt bestreiten und nicht über die Angehörigeneigenschaft mitversichert sind;
- Personen, die sich in einer Schul- oder Berufsausbildung befinden, wenn sie das 27. Lebensjahr vollendet haben (das wird vor allem bei Studierenden manchmal zutreffen);
- geringfügig Beschäftigte, wenn das Einkommen aus einer oder mehreren Erwerbstätigkeiten den Betrag von öS 3.977,- nicht übersteigt;
- Angehörige von einigen freien Berufen (Wirtschaftstreuhänder und selbstständige Buchhalter, Rechtsanwälte, Notare), denen ein so genanntes „opting out“ zugestanden wurde, d. h. die Möglichkeit aus der gesetzlichen Pflichtversicherung hinauszuoportieren.

Die Personen, die von ihren Kapitalerträgen leben, können sich nach § 16 ASVG selbst versichern. Diese Bestimmung verlangt nur das Fehlen einer Pflichtversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung und einen Wohnsitz im Inland. Das Gleiche gilt auch für die Schüler und Studierenden über 27, sie können die Selbstversicherung sogar zu wesentlich günstigeren Beitragsbedingungen in Anspruch nehmen. Geringfügig Beschäftigte haben eine eigene Möglichkeit der Selbstversicherung in § 19a ASVG, die ihnen für öS 560,- im Monat einen vollen Kranken- und Pensionsversicherungsschutz

6) § 572 Abs. 1 Z 4a (BGBl. I 2000/2).

verschafft. Alle drei Beispielgruppen haben also grundsätzlich die Wahl, ob sie sich in der gesetzlichen Krankenversicherung freiwillig versichern, eine private Krankenversicherung abschließen oder sich gar nicht versichern. Jedenfalls bei den Studierenden und den geringfügig Beschäftigten wird wegen der äußerst günstigen Bedingungen der gesetzlichen Selbstversicherung eine private Versicherungsgesellschaft kaum konkurrenzfähig sein. Im Übrigen wird tatsächlich ein volles Krankenversicherungspaket von privaten Krankenversicherern kaum angeboten, diese beschränken ihr Angebot auf Rand- und Zusatzleistungen.

Bei den angesprochenen Angehörigen der freien Berufe ist die Situation etwas anders. Seit der Neuregelung der Sozialversicherungspflicht im ASRÄG 1997 sind grundsätzlich auch fast alle selbstständig Erwerbstätigen pflichtversichert, wenn ihr Einkommen die Versicherungsgrenze, die der Einkommensteuergrenze von öS 88.800,- im Jahr entspricht, übersteigt. Für Selbstständige, die nicht als gewerblich Selbstständige der Wirtschaftskammer zugehören, sondern Pflichtmitglied bei einer anderen gesetzlichen beruflichen Vertretung sind, sieht bzw. sah § 5 GSVG die Möglichkeit des „opting out“ vor. Sofern die betroffenen Freiberufler gegenüber einer Einrichtung der zuständigen Kammer Anspruch auf Leistungen haben, die den gesetzlichen Leistungen nach dem GSVG gleichartig bzw. zumindest annähernd gleichwertig sind, konnte die jeweilige Kammer die Ausnahme von der Pflichtversicherung in der Krankenversicherung für den gesamten Berufsstand beim (damals zuständigen) Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales (BMAGS) beantragen. Von diesem „opting out“ haben fast alle betroffenen Berufsgruppen (Wirtschaftstreuhänder und selbstständige Buchhalter, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Architekten, Ärzte, Apotheker, Tierärzte) Gebrauch gemacht. Die Gleichwertigkeit der jeweiligen Kammereinrichtung wurde vom BMAGS anerkannt. Die einzelnen Kammerzugehörigen haben nun die Wahl zwischen einer Selbstversicherung nach dem GSVG, die einer Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG gleichzuhalten ist, d. h. die Situation, die ohne Hinausoptieren für alle betroffenen Kammermitglieder gegolten hätte, einer Selbstversicherung nach dem ASVG, die ja nur das Fehlen einer Pflichtversicherung und den Wohnsitz im Inland voraussetzt, und einer Versicherung bei der Kammereinrichtung. Die ASVG-Selbstversicherung ist allerdings nicht möglich, wenn noch eine andere Erwerbstätigkeit und daher eine Mehrfachversicherung vorliegt. Als Kammereinrichtung wurden Gruppen-Krankenversicherungsverträge mit privaten Versicherern anerkannt, bei der die jeweilige Kammer als Versicherungsnehmer auftritt⁷. In diesem Fall ist also tatsächlich ein gewisser Wettbewerb zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung gegeben. Freilich besteht ein Wahlrecht des einzelnen Kammermitglieds genau genommen auch nur zwischen den Angeboten verschiedener öffentlich-rechtlicher Körperschaften. Dem Angebot der Kammer liegt aber ein privatrechtlicher Versicherungsvertrag zugrunde, der als Gruppenvertrag relativ günstige Konditionen aufweist. Das Ganze ist der

7) Bei den Ärzten gibt es im Fall der Krankheit Unterstützungsleistungen aus dem Wohlfahrtsfonds der Ärztekammer, vgl. §§ 105 f. Ärztegesetz 1998.

Versuch, das Prinzip der generellen Pflichtversicherung aufrechtzuerhalten und gleichzeitig Besonderheiten bei den freien Berufen zu berücksichtigen.

5. Wettbewerb im Leistungserbringungsrecht

Das Leistungserbringungsrecht der österreichischen Sozialversicherung ist weitgehend privatrechtlich gestaltet. Die Leistungen der Krankenbehandlung werden grundsätzlich als Sachleistungen gewährt (§ 133 Abs. 2 Satz 3 ASVG), wobei die Krankenversicherungsträger die Leistungen nur ausnahmsweise selbst erbringen (z.B. in versicherungseigenen Ambulatorien)⁸. Überwiegend werden zur Sicherstellung des Versorgungsauftrages Verträge mit den Leistungserbringern abgeschlossen (§ 338 ASVG)⁹. Die Zugang zum Kassenvertrag und damit zum Markt der Sozialversicherten ist i.d.R. beschränkt. Es sind also nicht alle Leistungserbringer in das System einbezogen. Im Detail bestehen große Unterschiede zwischen den einzelnen Leistungsbereichen, die hier nur grob und beispielhaft skizziert werden können. Bei den Verträgen mit den Ärzten erfolgt die Zugangsbeschränkung über den Stellenplan. Nach § 342 Abs. 1 Z 1 ASVG ist im Gesamtvertrag, der zwischen dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger und den Ärztekammern abzuschließen ist und der der Zustimmung der beteiligten Krankenversicherungsträger bedarf, die Zahl und die örtliche Verteilung der Vertragsärzte festzulegen. Dadurch soll eine ausreichende ärztliche Versorgung einschließlich einer gewissen Wahlfreiheit zwischen mehreren in Betracht kommenden Ärzten sichergestellt werden. Die Auswahl der Vertragsärzte ist nach § 342 Abs. 1 Z 2 ASVG genauso im Gesamtvertrag zu regeln wie auch die Bedingungen der Leistungserbringung (§ 342 Abs. 1 Z 3 ASVG). Der einzelne Arzt hat keinen Anspruch auf einen Kassenvertrag und auch keinen Einfluss auf die Gestaltung der Vertragsbedingungen. Der versicherte Patient kann grundsätzlich zwischen allen geeigneten Ärzten wählen. Als kostenfreie Sachleistung ist allerdings nur die Inanspruchnahme eines Vertragsarztes möglich. Bei der Behandlung durch einen Nichtvertragsarzt („Wahlarzt“) gebührt eine Kostenerstattung in Höhe von 80% des jeweiligen Vertragsstarifes. Im Ergebnis führt diese „Planstellenbewirtschaftung“ also dazu, dass die Wahlärzte zwar nicht vom Markt der Sozialversicherten ausgeschlossen sind, aber doch eine nicht unerhebliche Beschränkung in der Erwerbsausübung gegeben ist¹⁰. Die Versicherten haben zwar grundsätzlich die Möglichkeit, alle Ärzte auf Kassenkosten zu konsultieren. Bei der Behandlung durch Wahlärzte muss allerdings das Honorar vorfinanziert werden. Zudem wird nur ein Teil der tatsächlichen Kosten rückerstattet. Ein Wettbewerb findet daher allenfalls innerhalb der Vertragsärzte bzw. innerhalb der Wahlärzte statt. Bei den

8) Zur stationären Pflege in einer Krankenanstalt vgl. den Beitrag von Grillberger in diesem Buch.

9) Vgl. Grillberger, Österreichisches Sozialrecht⁴ (1998), 46 ff.; Selb/Schrammel, in Tomandl (Hrsg.), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (Loseblatt am Stand 31.7.1999), 568 ff.

10) Vgl. dazu näher Mosler in Strasser (Hrsg.), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995), 237 ff.

Vertragsärzten kann es im Übrigen durch die Festlegung der Honorare im Gesamtvertrag und das Verbot der Zuzahlungspflicht¹¹ jedenfalls keinen Preiswettbewerb geben.

Auch bei der Zulassung und Abgabe von Arzneimitteln ist der Wettbewerb durch das Sozialversicherungsrecht erheblich eingeschränkt. Nach § 350 Abs. 1 ASVG dürfen Heilmittel und Heilbehelfe für Rechnung der Krankenversicherungsträger nur abgegeben werden, wenn sie vom Arzt verordnet und nach dem Heilmittelverzeichnis bzw. nach den Richtlinien über die ökonomische Verschreibeweise frei verschreibbar sind oder eine chefärztliche Bewilligung vorliegt. Liegt weder eine freie Verschreibbarkeit noch eine Bewilligung des Chefarztes des Krankenversicherungsträgers vor, übernimmt die Kasse keine Kosten. Die Abgabe der Heilmittel erfolgt ausschließlich durch Apotheken und Hausapotheken führende Ärzte. Der Betrieb einer Apotheke ist nur nach Prüfung des Bedarfs möglich, die Apothekenbetreiber haben daher einen Gebietsschutz. Der Vertrag mit den Krankenkassen ist eine unmittelbare Folge der Konzessionserteilung und verpflichtet zur Abgabe der Heilmittel und Heilbehelfe auf Rechnung der Krankenversicherungsträger¹².

6. Wettbewerbsbeschränkungen und Verfassungsrecht

Das Angebotsmonopol der Krankenversicherungsträger ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Dies ergibt sich schon daraus, dass das „Sozialversicherungswesen“ in Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG ausdrücklich als zur Bundeskompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung gehörig angeführt wird. Die Krankenversicherung in ihrer heutigen Ausprägung als Pflichtversicherung gehört unbestrittenermaßen zum Sozialversicherungswesen¹³. Der VfGH hat zudem die sukzessive Ausdehnung der Sozialversicherungspflicht als zulässig beurteilt und wenigstens implizit als verfassungskonform anerkannt, dass das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung beinahe die gesamte Bevölkerung erfasst¹⁴.

Hingegen wurden gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen auf der Nachfrageseite schon mehrfach Bedenken geäußert. So gibt es Stimmen in der Literatur, die den Ausschluss der Wahlärzte von den Kassenverträgen als Verstoß gegen die Erwerbsausübungsfreiheit bewerten¹⁵.

11) BSK 1994/SSV-NF 8, A 1 (Zuzahlung für eine Kassenleistung ist auch dann unzulässig, wenn sie von einer Privatversicherung bezahlt wird).

12) Vgl. dazu näher *Selb/Schrammel* (Fn. 9), 616 ff.

13) Vgl. *Günther*, Verfassung und Sozialversicherung (1994), 31 ff.

14) Vgl. die Nachweise bei *Günther* (Fn. 13), 40 ff.

15) *Raschauer*, Die Bedeutung der Erwerbsfreiheit für das Sozialversicherungsrecht, in Tomandl (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts (1989), 79 ff. (89); *Schrammel*, Ausgewählte Probleme des ärztlichen Gesamtvertrags, in Tomandl (Hrsg.), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen (1996), 79 ff. (87 ff.).

Die Diskussion ist an dieser Stelle nicht zu vertiefen. Es gibt m.E. gute Argumente, die für die Verfassungskonformität des Vertragsärztesystems sprechen¹⁶. Erst jüngst hat der VfGH zudem die (bloß) 80%ige Kostenerstattung bei der Inanspruchnahme von Wahlärzten als verfassungskonform angesehen¹⁷. Der VfGH ist dabei – ohne das Problem anzusprechen – offenkundig davon ausgegangen, dass das Gesamtsystem mit dem Ausschluss der Wahlärzte von den Kassenverträgen keine verfassungswidrige Einschränkung der Erwerbsfreiheit darstellt.

Auch die Wettbewerbsbeschränkungen bei den Apotheken hat der VfGH dem Grunde nach als verfassungskonform angesehen¹⁸. Regelungen, die im Bereich der Heilmittelversorgung der Bevölkerung die Zulassung zur Erwerbsausübung (auch) von dem Umstand abhängig machen, ob eine Existenzgefährdung bestehender öffentlicher Apotheken eintritt, sind danach ein grundsätzlich zulässiger Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit. Hingegen sei eine Bedarfsprüfung, die einen Bedarf verneint, wenn die künftige Betriebsstätte nicht eine Mindestzahl an zu versorgenden Personen erreicht, verfassungswidrig, weil sie nicht öffentlichen Interessen, sondern eher dem Schutz des Konzessionswerbers vor unrentablen Investitionen dient¹⁹.

7. Wettbewerbsbeschränkungen und EG-Recht

Auch nach dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags besteht kein Zweifel, dass die Schaffung und Ausgestaltung sozialer Sicherungssysteme in der Kompetenz der Mitgliedstaaten bleibt²⁰. Das gilt auch für den Gesundheitsschutz. In Art. 152 (ex-Art. 129) Abs. 1 EGV wird ausdrücklich hervorgehoben, dass die Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich des Gesundheitswesens die Politik der Mitgliedstaaten ergänzt. Die Kompetenzen des Rates beschränken sich daher im Wesentlichen auf „Fördermaßnahmen, die den Schutz und die Verbesserung der menschlichen Gesundheit zum Ziel haben, unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ (Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV). Mit qualifizierter Mehrheit können zudem auf Vorschlag der Kommission Empfehlungen erlassen werden²¹. Berührungspunkte des Krankenversicherungsrechts mit dem EG-Recht ergeben sich ferner noch im Zusammenhang

16) Vgl. *Mosler* (Fn. 10), 239 ff.; *Kopetzki*, Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich, in *Jabornegg/Resch/Seewald*, Der Vertragsarzt (1999), 31 ff. (42 ff.).

17) VfGH 2000/G 24-26/98 u.a.

18) Vgl. schon VfGH 1985/VfSlg 10.386.

19) VfGH 1998/RdM 1998, 118 ff.; dazu *Schwamberger*, Zum Bedarfsprüfungsverfahren des ApG nach dem Erk VfGH 2.3.1998, G 37/97 u.a., RdM 1998, 111 ff.

20) Vgl. z. B. v. *Maydell*, Auf dem Wege zu einem gemeinsamen Markt für Gesundheitsleistungen in der Europäischen Gemeinschaft, VSSR 1999, 3 ff. (9).

21) Vgl. zum Ganzen *Hollmann/Schulz-Weidner*, Der Einfluss der EG auf das Gesundheitswesen der Mitgliedstaaten, ZIAS 1998, 180 ff.

mit der Koordinierung der Sozialvorschriften der Mitgliedstaaten. Mit den entsprechenden Regelungen, insbesondere den VO (EWG) 1408/71 und 574/72, soll verhindert werden, dass Arbeitnehmer(innen) oder Selbstständige sozialrechtliche Nachteile erleiden, wenn sie von der Freizügigkeit oder der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen²². Ein einheitliches Sozialrecht wird durch diese VO weder herbeigeführt noch angestrebt. Das EG-Koordinierungsrecht setzt vielmehr gedanklich den Fortbestand der nationalen Sozialsysteme voraus²³.

Die an sich unbeschränkte Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung des Krankenversicherungsrechts bedeutet aber nicht, dass dieses dem EG-Recht völlig entzogen ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH gelten die EG-Grundfreiheiten auch für den „Gesundheitsmarkt“²⁴. Schon in der Entscheidung *Duphar* wurde festgestellt, dass auch Maßnahmen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, die sich auf den Absatz medizinischer Produkte und (mittelbar) auf deren Einfuhrmöglichkeit auswirken können, den EG-Regeln über den freien Warenverkehr unterliegen²⁵. In den Entscheidungen *Kohll* und *Decker* wurde der Ausschluss einer Kostenerstattung bei Kauf einer Brille bzw. bei Zahnbehandlung im Ausland als Verstoß gegen den EGV angesehen und dabei ebenfalls auf die Freiheit des Warenverkehrs sowie die Dienstleistungsfreiheit abgestellt²⁶. Daneben sind bei der Regelung von Gesundheitssicherungssystemen noch die Niederlassungsfreiheit und das europäische Wettbewerbsrecht zu beachten²⁷.

Welche Auswirkungen hat nun die grundsätzliche Anwendbarkeit des europäischen Wirtschaftsrechts im Bereich der sozialen Sicherheit für das österreichische Krankenversicherungsrecht? Zur Beantwortung dieser Frage ist auf die oben getroffene Unterscheidung zwischen dem (Beinahe-)Angebotsmonopol der Krankenversicherungsträger und der Beschränkung des Wettbewerbs auf der Nachfrageseite zurückzukommen. Das Angebotsmonopol dürfte wegen der primären Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung

22) Vgl. die Beiträge in Pfeil (Hrsg.), Soziale Sicherheit in Österreich und Europa. Durchführung der Verordnung (EWG) 1408/71 in Österreich (1998).

23) Vgl. v. Maydell, VSSR 1999, 9 f., der aber zu Recht darauf hinweist, dass die Organe der EG, vor allem mittels soft law, langfristig einen Konvergenzprozess zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit fördern.

24) Vgl. den präzisen Überblick bei Kötter, Marktsteuerung im Gesundheitswesen und europäische Markt- und Wettbewerbsordnung, Sozialer Fortschritt 2000, 27 ff.; Köck, Die Auswirkungen des EG-Wettbewerbsrechts auf die österreichische Sozialversicherung, in Tomandl (Hrsg.), Der Einfluss europäischen Rechts auf das Sozialrecht (2000), 27 ff.

25) EuGH 1984, Slg. 1984, 523.

26) EuGH 1998, öSozSi 1999, 37 und 34; dazu statt vieler Eichenhofer, Das Europäische koordinierende Krankenversicherungsrecht nach den EuGH-Urteilen Kohll und Decker, VSSR 1999, 101 ff.

27) Vgl. Kötter, Sozialer Fortschritt 2000, 30 f.

der sozialen Sicherheit derzeit „ungefährdet“ sein²⁸. Der österreichische Gesetzgeber muss daher keineswegs vom durchgehenden Pflichtversicherungssystem abgehen und ein System der freiwilligen Versicherung oder der Versicherungspflicht unter Beteiligung privater Versicherungsanbieter einführen²⁹. Der EuGH betont bei der Rechtfertigung des Sozialversicherungsmonopols immer wieder die Merkmale „ausschließlich sozialer Charakter“, „Solidarität“ und „ohne Gewinnzweck“³⁰. In diesem Sinne hat der Gerichtshof es jüngst als zulässig angesehen, wenn bei einem Rentenfonds, der mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betraut ist, die Mitgliedschaft verbindlich vorgeschrieben ist.³¹ Die Pflichtmitgliedschaft ist neben der solidarischen Ausgestaltung der Finanzierung und der Leistungen sogar ein wesentliches Merkmal für die Abgrenzung der sozialen Krankenversicherung von der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens i.S.d. Art. 81 ff. EGV.³² Die österreichische soziale Krankenversicherung erfüllt diese Anforderungen in hohem Maße: Sie ist eine Pflichtversicherung, die Beitragsbemessung ist einkommensorientiert, Familienmitglieder sind kostenlos mitversichert, die Leistungen sind weitgehend gesetzlich festgelegt und bedarfsorientiert, sie werden auch bei „erhöhter Schadensneigung nicht reduziert“³³. Diese Grundsätze gelten im Übrigen auch für die Sozialversicherung von Selbstständigen, weshalb die in den letzten Jahren erfolgte Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung europarechtlich unproblematisch ist³⁴. Die oben (3.) geschilderten Wahlmöglichkeiten der Versicherten zwischen verschiedenen Versicherungsträgern ändern nichts an diesem Befund, weil sie nur bei mehrfacher Versicherung aufgrund mehrfacher (selbstständiger bzw. unselbstständiger) Erwerbstätigkeit bestehen und wegen der bloß geringfügigen Unterschiede in den Leistungen die Auswahloptionen eng beschränkt sind.

28) Vgl. Marhold (Fn. 3), 454; Schulz-Weidner/Felix, Die Konsequenzen der europäischen Wirtschaftsverfassung für die österreichische Sozialversicherung, öSozSi 1997, 1120 ff. (1144 ff.).

29) So auch Spiegel, Der EuGH als (wiederentdecktes) Feindbild, öSozSi 1998, 665 ff. (666); Schulz-Weidner/Felix, öSozSi 1997, 1144 ff., die zu Recht darauf hinweisen, dass auch die Dienstleistungsfreiheit nicht die Abkehr von der Pflichtversicherung gebietet.

30) Vgl. dazu neben den oben zitierten Urteilen auch Schulz-Weidner/Felix, öSozSi 1997, 1128 ff.; Fuchs, Die Vereinbarkeit von Sozialversicherungsmonopolen mit dem EG-Recht, ZIAS 1996, 338 ff. (351).

31) EuGH 1999, NZA 2000, 201 ff. Stichting Bedrijfspensioensfonds.

32) Schulz-Weidner/Felix, öSozSi 1997, 1129 ff.

33) Vgl. Schulz-Weidner/Felix, öSozSi 1997, 1146.

34) Der EuGH hat im Zusammenhang mit der Sozialversicherung von Selbstständigen sowohl die Unternehmenseigenschaft gemäß Art. 85, 86 und 90 (nunmehr Art. 81, 82 und 86) EGV der beteiligten Sozialversicherungsträger als auch die Geltung der Vorschriften über die Abschaffung von Monopolen im Versicherungswesen nach der Richtlinie 92/49/EWG verneint, vgl. EuGH 1993, Slg. 1993, I-637 Poucet und Pistre; EuGH 1996, EAS EG-Vertrag Art. 61 Nr. 1 Garcia.

Fraglich ist, wie die verschiedenen Formen freiwilliger Versicherung innerhalb der gesetzlichen Sozialversicherung³⁵ aus der Sicht des EG-Rechts zu beurteilen sind. Eine Monopolstellung besteht aufgrund der Freiwilligkeit des Abschlusses gerade nicht. Es könnte allenfalls eine Benachteiligung privater Versicherungsträger darin gelegen sein, dass besonders günstige Tarife angeboten werden, die nicht „kostendeckend“ sind³⁶. Dies ist innerhalb der Krankenversicherung wahrscheinlich (entsprechende wirtschaftliche Daten und Zahlen stehen mir nicht zur Verfügung) bei der freiwilligen Selbstversicherung nach § 19a ASVG für geringfügig Beschäftigte und den ermäßigten Beiträgen (z.B. für Studierende) im Rahmen der allgemeinen Selbstversicherung nach § 16 ASVG der Fall. Abgesehen davon, dass es sich um einen sehr kleinen, wirtschaftlich fast unbedeutenden Markt handelt, ist hier zu bedenken, dass es um eine Annexregelung zur Pflichtversicherung geht und die günstigen Beiträge bei diesen Arten der Selbstversicherung genauso mit dem Prinzip des sozialen Ausgleichs verbunden sind wie die Beitragsgestaltung bei der Pflichtversicherung. So wird etwa keine Risikoanalyse vorgenommen, der Beitrag ist auch nicht leistungsorientiert. Soweit im Rahmen der allgemeinen Selbstversicherung des § 16 ASVG höhere Beiträge zu entrichten sind, also keine Begünstigung eingreift, dürfte es sich ohnehin um eine „marktkonforme“ Lösung handeln, die private Unternehmen nicht benachteiligt³⁷.

Paradoxerweise ist die einzige Regelung im österreichischen Krankenversicherungsrecht, die einen gewissen Wettbewerb erlaubt, nämlich das „opting out“ bei den Freiberuflern (vgl. oben 4.), wettbewerbsrechtlich bedenklicher als der völlige Ausschluss von Konkurrenz. Der einzelne Selbstständige (z.B. ein Wirtschaftstreuhänder) kann zwischen drei Optionen wählen: Selbstversicherung nach dem GSVG, Selbstversicherung nach dem ASVG und der Kammereinrichtung, der ein Gruppenversicherungsvertrag mit einer privaten Versicherung zugrunde liegt. Beim Gruppenversicherungsvertrag ist das Solidaritätsprinzip jedenfalls eingeschränkt. So sind etwa die Beiträge nicht vom Einkommen, sondern vom Einstiegsalter abhängig, es ist auch nur ein Angehöriger beitragsfrei mitversichert. Andererseits ist der Versicherungsnehmer eine öffentlich-rechtliche Körperschaft,³⁸ es wird das Prinzip der Pflichtmitgliedschaft dem Grunde nach aufrechterhalten, es erfolgt keine

35) Vgl. den Überblick bei *Petridis*, Formen der freiwilligen Versicherung in der gesetzlichen Sozialversicherung, ASoK 2000, 135 ff.

36) Darin könnte ein Verstoß gegen das Beihilfeverbot der Art. 87 ff (ex-Art. 92 ff) EGV liegen, vgl. dazu *Schulz-Weidner/Felix*, öSozSi 1997, 1152 ff.

37) Auf die Zusatzversicherung nach § 9 GSVG und die Familienversicherung nach § 10 GSVG kann hier nicht näher eingegangen werden. Obwohl bei diesen Formen der freiwilligen Versicherung im Unterschied zur Selbstversicherung nach dem ASVG ein schon bestehender Sozialversicherungsschutz auf zusätzliche Leistungen bzw. Angehörige erweitert wird, dürfte die Konformität mit dem EG-Recht mit ähnlichen Argumenten wie bei der Selbstversicherung begründbar sein.

38) Die Rechtsform ist allerdings für den Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts und damit für die Anwendbarkeit der Regeln der Art. 81, 82 und 86 EGV nicht entscheidend. Vgl. EuGH 1991, Slg. 1991, I-1979 Höfner und Elser.

Risikoanalyse und es wird die Gleichwertigkeit der Gruppenversicherung mit der sozialen Krankenversicherung vom zuständigen Ministerium überprüft³⁹. Dies spricht dafür, doch noch eine Sozialversicherungseinrichtung oder jedenfalls eine zulässige Einschränkung des Wettbewerbs aus der Perspektive des EG-Rechts anzunehmen. Freilich zeigt dieses Beispiel eines: Je mehr Wettbewerbselemente in das soziale Krankenversicherungsrecht einfließen, desto näher liegt die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts. Dies wäre jedenfalls zu bedenken, wenn auch in Österreich erwogen werden sollte, ein allgemeines Wahlrecht des Versicherten zwischen verschiedenen Krankenversicherungsträgern einzuführen⁴⁰.

Während die weitgehende Monopolisierung des Leistungsrechts der Krankenversicherung mit dem europäischen Recht im Wesentlichen vereinbar ist, lässt sich eine so deutliche Feststellung für das Leistungserbringungsrecht nicht treffen. Die Funktion der Krankenkassen als Nachfrager von Gesundheitsleistungen unterscheidet sich – wie oben ausgeführt – von der Funktion als Anbieter von Versicherungsleistungen ganz wesentlich. Die Leistungserbringung ist in Österreich privatwirtschaftlich organisiert. Die Krankenkassen schließen, um ihre Anbieterrolle erfüllen zu können, Verträge mit Ärzten, Krankenanstalten, Apothekern, Optikern usw. Da es sich um „private“ Märkte handelt, liegt es hier jedenfalls näher, die marktorientierten Grundsätze (insbesondere) des Wettbewerbsrechts zur Anwendung zu bringen⁴¹. Zulassungsbeschränkungen für Ärzte, Krankenanstalten und Arzneimittel sehen sich daher dem Verdacht der Wettbewerbsverzerrung ausgesetzt. Es spricht tatsächlich einiges dafür, die Krankenkassen diesbezüglich als Unternehmen i.S.d. europäischen Wettbewerbsrechts anzusehen⁴². Immerhin hat der EuGH die deutsche Bundesanstalt für Arbeit hinsichtlich der Vermittlung von Führungskräften als Unternehmen beurteilt, das eine wirtschaftliche Tätigkeit erbringe und daher der Missbrauchskontrolle des Art. 82 (ex-Art 86) EGV unterliege⁴³. Die Vermittlung von Führungskräften gegen Entgelt ist zwar nicht unmittelbar mit der Organisation der Leistungserbringung im Gesundheitswesen vergleichbar und es handelt sich bei der Bundesanstalt für Arbeit auch gerade nicht um einen Sozialversicherungsträger im eigentlichen Sinn⁴⁴.

39) Vgl. die Information der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, Alternative und Ergänzung zur gesetzlichen Kranken- und Pensionsvorsorge (1999), 52 f.

40) Die bisherige politische Diskussion ging eher in die Gegenrichtung, nämlich Zentralisierung durch Zusammenlegung von Sozialversicherungsträgern. Wobei man allerdings kaum von „politischer Diskussion“ sprechen kann. Es handelte es sich bei der Forderung nach Zusammenlegung von Sozialversicherungsträgern mehr um dumpfe politische Parolen vor allem einer Partei, die keineswegs von Sachkenntnis und vom Willen zu einer echten Organisationsreform geprägt waren. Erst in jüngster Zeit gibt es einzelne Stimmen, die eine Entwicklung in Richtung deutsches Modell fordern, so etwa die steirische ÖVP in Österreichische Ärztezeitung 4/2000, 14. Auch diese Ideen sind freilich noch sehr unausgegrenzt und wenig problembewusst.

41) So v. *Maydell*, VSSR 1999, 11.

42) *Marhold* (Fn. 3), 454 ff.

43) EuGH 1991, Slg. 1991, I-1979 Höfner und Elser.

44) Darauf weist zu Recht *Fuchs*, ZIAS 1996, 351, hin.

Für die Anwendung des Unternehmensbegriffs⁴⁵ auf Krankenversicherungsträger (soweit sie nachfrageseitig tätig werden) spricht aber zweifellos, dass mit den Leistungserbringern, das sind ganz überwiegend selbstständige Unternehmer, privatrechtliche Verträge geschlossen werden. Ein weiterer, nicht unerheblicher Aspekt ist in diesem Zusammenhang, dass die Entscheidung darüber, ob bzw. unter welchen Bedingungen Verträge mit Leistungserbringern geschlossen werden, unmittelbar „marktrelevant“ ist⁴⁶. Mit anderen Worten: Die Versicherten werden wegen der für sie günstigeren Bedingungen eher einen Arzt aufsuchen, der einen Kassenvertrag hat, als einen Wahlarzt und sie werden eher ein Arzneimittel wählen, das von der Kasse bezahlt wird. Auch das Verhalten der Ärzte hinsichtlich der Verordnung von Heilmitteln und Heilbehelfen wird durch die Praxis der Leistungsgewährung der Kasse beeinflusst. Eines wird bei der Anwendung von Marktordnungsregeln auf das Leistungserbringungsrecht der Krankenversicherung allerdings gerne übersehen. Die Erbringung von Leistungen der Gesundheitsversorgung stellt keineswegs einen reglementierten Sektor in einem nach den Grundsätzen der freien Marktwirtschaft organisierten Bereich dar. Vielmehr sind die Verträge mit den Leistungserbringern in ein staatlich organisiertes und streng reglementiertes Umfeld eingebettet. Dem Anspruch der Versicherten auf ärztliche Hilfe, stationäre Pflege in einer Krankenanstalt, Heilmittel etc. in Form der Sachleistung liegt eine Pflichtversicherung mit einer gesetzlichen Beitragspflicht zugrunde. Ökonomisch gesehen erzeugt der Staat eine auf Gesundheitsleistungen gerichtete Kaufkraft, die ohne Pflichtversicherung jedenfalls wesentlich geringer wäre⁴⁷. Diese staatlichen Regulierungen im Gesundheitsbereich sind nicht nur in Österreich, sondern – in unterschiedlicher Ausprägung – in allen EG-Mitgliedstaaten vorhanden. Die Steuerung des Gesundheitswesens wird allgemein zu den wesentlichen Staatsaufgaben gezählt. Dazu kommt als weitere Abweichung von üblichen Marktbedingungen, dass der Preis der Leistung bei der Nachfrage eine untergeordnete Rolle spielt, weil die Kosten überwiegend von den Krankenversicherungsträgern übernommen werden und die „Konsumenten“ daran nur beteiligt werden oder die Leistung sogar kostenfrei bekommen. Dieser Faktor ist deshalb nicht unerheblich, weil die Nachfrage nach Gesundheitsdienstleistungen sehr wesentlich von den Leistungsanbietern beeinflusst wird. Nur diese bestimmen aufgrund ihrer Fachkenntnis i.d.R. die Art der Behandlung und entscheiden damit auch über deren Kosten. Eine ökonomische Sichtweise zeigt also gravierende Abweichungen von einem Marktmodell, die nicht erst durch das

45) Zu diesem vgl. den Beitrag von Zehetner in diesem Buch.

46) Hänlein/Kruse, Einflüsse des Europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2000, 165 ff. (166) betonen diesen Zusammenhang im Hinblick auf Arzneimittel.

47) Sehr anschaulich formuliert bei v. Maydell/Pietzcker, Begrenzung der Kassenarztzulassung (1993), 33: „Der staatliche Zwangsakt gegenüber den Versicherten schafft also eine ganz wesentliche Bedingung für das Ausmaß der Nachfrage nach ärztlichen Leistungen.“

System der Leistungserbringung geschaffen werden, sondern schon im Konzept der staatlich organisierten Gesundheitsversorgung begründet liegen.

Es zeigt sich in diesem Zusammenhang auch, dass die Funktionen der Krankenkassen als Anbieter und Nachfrager zwar unterschieden, aber letztlich nicht völlig getrennt werden können. Die Wettbewerbsbeschränkungen, also z. B. das Zulassungssystem für Vertragsärzte, werden in erster Linie im Interesse der Erfüllung der Aufgaben der Krankenversicherung als Versicherer getroffen. Dies sei am Beispiel der Zulassungsbeschränkungen für Ärzte gezeigt. Diese verfolgen einmal das Ziel, durch Festlegung eines Planstellensystems eine ausgewogene regionale Verteilung der Vertragsärzte zu erreichen. Damit soll insbesondere verhindert werden, dass es zu einem Überangebot von Ärzten in Stadtgebieten und zu Versorgungsdefiziten am Land kommt. Weiters soll eine unkontrollierte Steigerung der Zahl der Vertragsärzte verhindert werden, die aufgrund der Besonderheiten der Vertragsarztstätigkeit mit großer Wahrscheinlichkeit zu einer Vermehrung der erbrachten Leistungen und damit zu einer erhöhten wirtschaftlichen Belastung der Krankenversicherungsträger führen würde. Zusätzlich werden auch die schon tätigen Vertragsärzte vor zu viel Konkurrenz geschützt. Auch dies ist aber kein Ziel an sich, sondern soll letztlich negative Auswirkungen auf die Versorgung mit Gesundheitsdienstleistungen verhindern⁴⁸. Ein völlig unbeschränkter Zugang zum Kassenvertrag könnte nämlich mittelfristig dazu führen, dass durch einen scharfen Konkurrenzkampf unter den Ärzten deren wirtschaftliches Überleben – vor allem in städtischen Ballungsgebieten – gefährdet wäre. Das Planstellensystem wirkt einer derartigen Entwicklung bisher erfolgreich entgegen.

Andererseits wird das europäische Wirtschaftsrecht unzweifelhaft einen nicht unerheblichen Legitimationsdruck auf die gesetzlich vor Konkurrenz geschützten Systeme der Leistungserbringung im Gesundheitswesen ausüben. Wettbewerbsbeschränkungen müssen als notwendige Maßnahmen zur Sicherung des sozialen Charakters der Krankenversicherung definiert und begründet werden. Die Ergebnisse dieser Entwicklung sind noch nicht genau absehbar. Jedenfalls sind differenzierte Antworten gefordert. Am wenigsten scheint das Krankenanstaltenrecht „gefährdet“. Es spricht viel dafür (Bedarfsplanung, Finanzierung, besonders gravierende gesundheitspolitische Interessen), dass die stationäre Pflege in Krankenanstalten generell nicht unter die

48) Vgl. auch das oben (Fn. 19) zitierte Urteil des VfGH zur Bedarfsprüfung bei Apotheken, in dem hervorgehoben wird, dass ein Konkurrenzschutz zulässig sein kann, wenn er ein geeignetes Mittel darstellt, eine Existenzgefährdung bestehender Apotheken zu verhindern und damit die Sicherung einer bestmöglichen Heilmittelversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten. Die Prüfung des VfGH erfolgte zwar im Hinblick auf das Grundrecht der Erwerbsfreiheit, das primär den einzelnen Bürger davor schützt, dass ihm der Staat Erwerbsmöglichkeiten verbaut. Indirekt wird dadurch aber auch ein funktionierender Wettbewerb gesichert, was sich daran zeigt, dass in vielen Entscheidungen der Schutz bestehender Unternehmen vor zusätzlicher Konkurrenz als Verstoß gegen die Erwerbsfreiheit angesehen wurde (vgl. die Übersicht bei Mosler [Fn. 10]). Erwerbsfreiheit und Wettbewerbsschutz stehen daher durchaus in einer engen Nahebeziehung.

wettbewerbsrechtlichen Grundsätze fällt⁴⁹. Auch das Vertragsarztsystem und die darin enthaltenen Zugangsbeschränkungen dürften insgesamt mit gesundheitspolitischen Argumenten gerechtfertigt werden können. Daran ändern auch die Entscheidungen Kohll⁵⁰ und Decker⁵¹ wenig, weil nach § 131 Abs. 1 ASVG ein genereller Anspruch auf Kostenersatz bei Behandlung durch Nichtvertragsärzte besteht und es dabei nicht darauf ankommt, ob diese Behandlung im Inland oder im Ausland erfolgt^{52,53}. In Teilbereichen ist das ärztliche Vertragspartnerrecht aber EG-rechtlich nicht haltbar. So kann es mittlerweile kaum mehr einen Zweifel geben, dass die Zugangsbeschränkungen bei der Auswahl der Vertragsärzte, die unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung von EWR-Bürgern führen, dem Diskriminierungsverbot des Art. 12 (ex-Art. 6) EGV und dem Verbot der Beschränkung der freien Niederlassung des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV widersprechen. Dies gilt etwa für Reihungsrichtlinien, die die Geburt im Bundesland, die Heirat mit einem/einer Ortsansässigen oder die Familiennachfolge privilegieren⁵⁴.

Unter noch größerem Rechtfertigungsdruck als das ärztliche Vertragspartnerrecht steht der gesamte Bereich der Versorgung mit Heilmitteln, Heilbehelfen und Hilfsmitteln. Die Bedarfsprüfung bei Apotheken kann u.U. noch mit der Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln und der Qualitätssicherung begründet werden⁵⁵. Ob die durch das Heilmittelverzeichnis und die Gesamtverträge herbeigeführten Absatzbeschränkungen und Preisabsprachen mit Kostenbegrenzung und Qualitätssicherung gerechtfertigt werden können, ist jedenfalls fraglich. Das im internationalen Vergleich offenbar relativ hohe Niveau der Arzneimittelpreise und die in den letzten Jahren erfolgte Preisexplosion lassen gewisse Zweifel aufkommen, ob das derzeitige System zur Kostendämpfung überhaupt geeignet ist⁵⁶. Immerhin hat aber der EuGH Maßnahmen zur Regulierung des Arzneimittelbedarfs und der

49) Vgl. *Spiegel*, öSozSi 1998, 667 unter Hinweis auf die Schlussanträge von Generalanwalt Tesaro in den Urteilen Kohll und Decker.

50) EuGH 1998/öSozSi 1999, 37 ff.

51) EuGH 1998/öSozSi 1999, 34 ff.

52) Vgl. *Felix*, Das Leistungsrecht der Krankenversicherung im Licht der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechtes, öSozSi 1998, 371 ff. (374); *Felix*, Gesundheitsleistungen ohne Grenzen in der Europäischen Union, öSozSi 1999, 31 ff.

53) Die Widersprüche zwischen der Kostenerstattung nach Kohll/Decker und der nach dem Verfahren der VO (EWG) 1408/71 sind ein Problem des EG-Rechts und gehören dort gelöst, vgl. *Eichenhofer*, Das Europäische koordinierende Krankenversicherungsrecht nach den EuGH-Urteilen Kohll und Decker, VSSR 1999, 101 ff.; *Felix*, öSozSi 1999, 32.

54) H.M., vgl. zum Ganzen *Mosler*, Probleme bei der „Vergabe“ von Kassenverträgen an Ärzte/Ärztinnen, DRdA 1996, 430 ff.; *Wallner*, Auswahl von Bewerbern von Kassenstellen aus Sicht des EU-Rechts, RdM 1999, 67 ff.; *Resch*, Die Auswahl der Vertragspartner durch den Versicherungsträger in Österreich, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg.), *Der Vertragsarzt* (1999), 149 ff.

55) Vgl. oben 6.

56) Sehr kritisch *Marhold* (Fn. 3), 458 f.

Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Krankenversicherungssysteme der Mitgliedstaaten grundsätzlich als EG-rechtskonform angesehen. Sogar der Ausschluss eines Arzneimittels von der Kostenerstattung sei kein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, wenn bei der Auswahl der nicht erstattungsfähigen Arzneimittel eine Diskriminierung importierter Arzneimittel unterbleibe und die Auswahl auf objektiven überprüfbaren Kriterien beruhe⁵⁷. Ob diese Kriterien durch das österreichische Recht der Heilmittelversorgung eingehalten werden, bedürfte näherer Untersuchung. Die Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem europäischen Wirtschaftsrecht werden zunehmend stärker, je mehr man zu den „Randbereichen“ des Gesundheitswesens vordringt. Wenn ausländische Anbieter von Heilbehelfen und Hilfsmitteln wie Brillen, orthopädischen Schuheinlagen oder Prothesen durch Gesamtverträge faktisch vom Markt ausgeschlossen werden, kann dies mit der Dienstleistungsfreiheit und dem europäischen Wettbewerbsrecht kaum mehr in Einklang gebracht werden, weil auch die sozialen und gesundheitspolitischen Interessen weniger hoch zu bewerten sind.⁵⁸

57) EuGH 1984, Slg. 1984, 523 Duphar.

58) Vgl. *Marhold* (Fn. 3), 459.

Horst Dieter Schirmer

Wettbewerb und ärztliches Berufsrecht in Deutschland

I.

„Wettbewerb und ärztliches Berufsrecht“ reflektiert auf ein wettbewerbles Verhältnis unter Ärzten. Wettbewerb unter Ärzten mit der Zielrichtung auf Patienten oder – soweit die rechtlichen Möglichkeiten bestehen – Wettbewerb um Verträge mit Versicherungen oder anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens oder sektoriell Wettbewerb um Gesundheitsnachfrage in Konkurrenz zu anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens wie z. B. Krankenhäusern oder auch Heilpraktikern ist heute dem Arztberuf nichts prinzipiell Fremdes, sofern das Grundverständnis und die Identität der Angehörigen dieses Heilberufs als nach der ärztlichen Berufsordnung zum Wohle des Patienten und in unabhängiger medizinischer Entscheidung zu diesem Wohle professionell Handelnde gewahrt bleibt. Mit der Frage, ob dabei Wettbewerb im allgemeinen Sinne seiner Definition – also als Ausschöpfen von Marktchancen bis hin zur Verdrängung von Konkurrenten – im Gesundheitswesen angesichts wiederum der Besonderheit einer Nachfrage von Patienten nach Gesundheitsleistungen sachlogisch möglich ist, wünschbar ist, will ich mich nur mittelbar beschäftigen, weil der Wettbewerb unter Ärzten in einer spezifischen Weise normativ bestimmt ist und sich auch die Entwicklungen, welche sich in diesem Felde zeigen, weniger aus gesundheitsökonomischen Vorstellungen ableiten, als vielmehr aus dem Berufsstand erwachsen oder durch geänderte rechtliche Rahmenbedingungen entstehen. Die maßgeblichen Regeln ihrerseits implizieren gerade diese Frage durch eine wertende Vorgabe: Indem die berufsrechtlichen Regeln Wettbewerb nur in begrenzter Weise gestatten, reflektieren sie die Besonderheiten des Arzt-Patienten-Verhältnisses und respektieren das eingangs beschriebene professionelle Selbstverständnis des Arztes, welches normativ bestimmt in der Berufsordnung seinen Ausdruck findet:

„Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung. Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf . . .“

„Der Arzt übt seinen Beruf nach seinem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus. Er darf keine Grundsätze anerkennen und keine Vorschriften und Anweisungen beachten, die mit seiner Aufgabe nicht vereinbar sind und deren Befolgen er nicht verantworten kann.“

Die Präambel der Muster-Berufsordnung der Bundesärztekammer aus dem Jahre 1997 stellt Folgendes fest:

„Mit der Festlegung von Berufspflichten der Ärzte dient die Berufsordnung zugleich dem Ziel,

- das Vertrauen zwischen Arzt und Patient zu erhalten und es zu fördern;*
- die Qualität der ärztlichen Tätigkeit im Interesse der Bevölkerung sicherzustellen;*
- die Freiheit und das Ansehen des Arztberufes zu wahren;*
- berufswürdiges Verhalten zu fördern und berufswidriges Verhalten zu verhindern.“*

Damit ist bereits angezeigt, dass die Berufsordnung gleichsam die spezifische Wettbewerbsordnung der Ärzte ist, ergänzt, aber auch bestimmt durch allgemeines Wettbewerbsrecht und verständlicherweise Europäisches Gemeinschaftsrecht, geprägt, aber auch korrigiert durch Verfassungsrecht. Diese Gemengelage wird nicht einfacher, wenn die moderne Gesetzgebung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung im so genannten Leistungserbringerrecht – also dem Rechtskreis, welcher die Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen als zur Sachleistung verpflichtete Leistungsträger zu den diese Leistungen verfügbar machenden Ärzten, Zahnärzten, Krankenhäusern usw. in öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen kollektivvertraglicher Art kleidet – in den gesetzlichen Vorgaben wettbewerbliche Akzente setzt, wie beispielsweise neuerdings in der Gestaltung von wettbewerblich orientierten Versorgungsverträgen zwischen Krankenkassen und Gemeinschaften von Ärzten und Krankenhäusern zur so genannten integrierten Versorgung. Auch dieses Leistungserbringerrecht enthält im Falle der Ärzte eine Wettbewerbsordnung.

II.

Zunächst einige systematische Bemerkungen zur Berufsordnung:

Rechtssystematisch gesehen sind die Berufsordnungen – wie im Übrigen auch die Facharztordnungen – ärztliches Berufsrecht im engeren Sinne.

Das rechtliche Charakteristikum ist die Eigenart der Rechtsquelle: die autonome Rechtssetzung durch die Landesärztekammern. Sie sind mit dieser Rechtssetzungsautonomie durch die Entscheidung des staatlichen Gesetzgebers aufgrund von Ermächtigungen in den Kammer- oder Heilberufsgesetzen begabt.

Es erscheint zweckmäßig, den Stellenwert dieses Berufsrechts im Gefüge der Normenhierarchie des Arztrechts auch im Verhältnis von Bundes- und Länderrecht kurz zu erläutern.

1. Wir unterscheiden in Deutschland rechtssystematisch Berufszulassungsrecht und Berufsausübungsrecht. Das Berufszulassungsrecht ist aufgrund der Bundeskompetenz – wie schon bemerkt – in der Bundesärzteordnung geregelt. Es enthält die abschließenden Bestimmungen für die Frage, unter welchen Voraussetzungen, insbesondere nach welcher Ausbildung, ein Arzt eigenverantwortlich und selbstständig seinen Beruf aufzunehmen vermag.

Über diesen Regelungsauftrag hinaus hat der Bundesgesetzgeber keine Kompetenz. Das Berufsausübungsrecht der Ärzte – wie überhaupt der gesamten Heilberufe – ist Landesrecht. Berufspflichten, ergänzende berufliche Qualifikationen und Spezialisierung, Fortbildung, Qualitätssicherung und die Regelung berufsethischer Fragen sind Gegenstand des Berufsausübungsrechts. Den Rahmen bilden die Kammer- und Heilberufsgesetze der Länder. Die institutionelle Organisation und Selbstorganisation mit dem Ziel der Wahrnehmung der beruflichen Interessen der Ärzte und der ergänzenden Entwicklung berufsrechtlicher und berufsethischer Normen obliegt den dazu gebildeten Landesärztekammern. Es ist nicht nur Ausdruck staatlicher Konkretisierung des Subsidiaritätsgebots, sondern auch Korrelat der besonderen rechtlich geschützten freien Berufsausübung der Ärzte, wenn die berufsrechtlichen und berufsethischen Normen durch die Kammern in autonomer Rechtssetzung geschaffen werden können. Ärztliche Selbstverwaltung ist notwendiges Korrelat der freien Berufsausübung der Ärzte, wie sie auch in § 1 der Bundesärzteordnung gesetzlich begründet ist. Wenn dort davon die Rede ist, dass der Arzt seiner Natur nach ein freier Beruf ist, so meint dies nicht ausschließlich die besondere Berufsausübungsform der Tätigkeit des niedergelassenen Arztes in freiberuflicher Praxis, sondern den Bezug auf das innere Wesen und den eigentlichen Sinn der ärztlichen Berufsausübung.

2. Die besondere Freiheit der Berufsausübung, derer sie bedarf, die aber auch gesichert werden muss, ergibt sich aus dem ärztlichen Standesrecht. Das Standesrecht regelt die Berufspflichten und die Berufsrechte, ohne nach selbstständigen, angestellten oder beamteten Ärzten zu unterscheiden. Nach den Gesetzesmaterialien will die Bundesärzteordnung klarstellen,

„dass grundsätzlich die Freiheit ärztlichen Tuns gewährleistet sein muss, unabhängig davon, in welcher Form der Beruf ausgeübt wird“.

Die verantwortliche Freiheit des Entscheidens als Voraussetzung jedes ärztlichen Handelns bleibt verbindliches Berufsprinzip, gleichviel in welcher Position der Arzt seinen Dienst tut. So hat auch der Krankenhausträger gegenüber dem bei ihm angestellten Arzt grundsätzlich keine Weisungsbefugnisse im Hinblick auf die ärztliche Tätigkeit im eigentlichen Sinne.

3. Die Rechtsregeln des Standesrechts finden sich als Grundsatznormen in den Kammer- und Heilberufsgesetzen der Länder und in der Einzelkonkretisierung in den Satzungen der Landesärztekammern über die Regelungsgegenstände, die nach den Gesetzen getroffen werden dürfen, darunter die Berufsordnung und die Weiterbildungsordnung. Die Berufsordnungen legen fest, was der Arzt im Einzelnen bei der Ausübung seines Berufs zu beachten und unter Vermeidung berufserichtlicher Sanktionen zu unterlassen hat. Die beruflichen Vorschriften der Landesärztekammern bedürfen durchweg der Genehmigung der nach Landesrecht zuständigen staatlichen Aufsichtsbehörden. Sie erlangen als Satzungsrecht Wirksamkeit und verpflichten unmittelbar die Mitglieder der Kammern.
- Indem die öffentlich-rechtlich verfasste Ärzteschaft sich dieser gesetzlich eingeräumten Satzungs Gewalt bedient, bewahrt sie ihre Berufsfreiheit. Der Berufsstand hat nicht nur das Recht und die Pflicht, angemessene Regeln für die Berufsausübung, für das Verhältnis zum Patienten, für die fachlichen Standards zu entwickeln und fortzuentwickeln, sondern er hat auch angemessene Regeln für die Organisation der Ärzteschaft und für den ärztlichen Dienst eigenverantwortlich aufzustellen.

III.

Im Laufe der Entwicklung sind die Akzente über die Funktion ärztlichen Standesrechts sicherlich unterschiedlich gesetzt worden. Bemerkenswerterweise tritt aber neben dem Verständnis, Standesordnung als Element der legitimen Interessenvertretung der Ärzteschaft zu verstehen, ein Außenaspekt bereits frühzeitig hervor, wie einem Zitat des Korrespondenzblatts der Ärztlichen Kreis- und Bezirksvereine im Königreich Sachsen vom 1.2.1898 zu entnehmen ist, welches ich – weil es das Charakteristikum einer Standesordnung auch in moderner Sicht zum Ausdruck bringt – Ihnen nicht vorenthalten möchte:

„Die Ärzteschaft muss nicht bloß durch die staatliche Approbation beweisen, dass sie allein befähigt ist, den ärztlichen Beruf als Wissenschaft und Kunst in solcher Weise auszuüben, wie es Staat und Gesellschaft zur Erreichung der Zwecke dieses Berufs und zur Verhütung von Schädigungen des Heiles der leidenden Menschheit zu fordern berechtigt ist, sondern sie muss dem Staat und der Gesellschaft feste und greifbare Gewähr dafür bieten, dass sie in Bezug auf Moral und Ehrenhaftigkeit diesen verantwortungsvollen Beruf allein voll und ganz zu erfüllen im Stande ist. Das ist bei der Ausübung der Heilkunde ebenso wichtig und notwendig wie das Erste. Diese Gewähr wird aber nur dadurch geboten, dass sich die Ärzteschaft einer vom Staate anerkannten Standes-

und Ehrengerichtsordnung unterwirft und dass sie damit alles die Ehre und die gute Sitte hintansetzende Treiben bei der Ausübung der Heilkunde in den Reihen ihrer Mitglieder ausschließt, bzw. unter Strafe stellt. ... Der Staat und die bürgerliche Gesellschaft haben deshalb ein ebenso großes Bedürfnis und Recht, die Aufstellung und Durchführung einer ärztlichen Standesordnung zu verlangen, wie die Ärzteschaft selbst.“

Ärztliches Berufsrecht hat entstehungsgeschichtlich Doppelbedeutung: Es enthält Binnenregeln ärztlichen Verhaltens und gesellschaftlich relevante Regeln ärztlichen Verhaltens im Umgang miteinander und gegenüber dem Patienten.

Es liegt nur auf einer **anderen** Ebene der rechtspolitischen Wertung, wenn das Bundesverfassungsgericht in der verfassungsrechtlich berühmten so genannten Facharztentscheidung das Verhältnis von Gesetzgeber und Satzungsgeber über die Gestaltung so genannter autonomer Rechte grundlegend festlegt und damit auch die Zukunft des ärztlichen Standesrechts im Verhältnis von **gesetzgeberischen** Regelungen einerseits und satzungsaunomen Zuständigkeiten der Kammern andererseits bestimmt. Weil der Gesetzgeber sich seiner Rechtssetzungsbefugnis nicht völlig begeben und seinen Einfluss auf den Inhalt der durch Körperschaften erlassenen Normen nicht gänzlich preisgeben darf, ergeben sich Beschränkungen für die Autonomieeinräumung sowohl aus dem Prinzip des Rechtsstaates wie aus dem der Demokratie.

In dem erwähnten Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht die Grenzen wie folgt umrissen:

Es entschied – und dies lässt sich über den Bereich des Facharztwesens hinaus **verallgemeinern** –, dass jedenfalls die **statusbildenden Normen**, d. h. etwa diejenigen Regeln, welche die Voraussetzungen der Facharztanerkennung, die zugelassenen Facharzttrichtungen, die Mindestdauer der Ausbildung, das Verfahren der Anerkennung, die Gründe für eine Zurücknahme der Anerkennung sowie endlich auch die allgemeine Stellung der Fachärzte innerhalb des gesamten Gesundheitswesens betreffen, in den Grundzügen durch ein **förmliches Gesetz** festgelegt werden müssen. Ergänzende Regeln können nach dem Ermessen des Landesgesetzgebers dem Satzungsrecht der Kammern überlassen bleiben. Die Rechtssetzungsautonomie stößt also auf umso engere Grenzen, je stärker die Regelung in Grundrechte der Verbandsmitglieder eingreift oder außenstehende Dritte berührt. Grundsätzlich können der Satzungsautonomie nur berufsständisch-interne Regeln entspringen. Dazu zählt das Bundesverfassungsgericht – wie sich aus anderen Entscheidungen ergibt – z. B. das Werbeverbot.

Der Verpflichtung zu einer gesetzlichen Rahmenregelung sind die Landesgesetzgeber im Anschluss an diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts durch Konkretisierungen des Ermächtigungsrahmens auch für die Berufsordnungen nachgekommen.

IV.

Die ersten Standesordnungen waren trotz der bereits zu Ende des 19. Jahrhunderts markanten rechtlichen Außenwirkung vor allem von Regeln über den Umgang der Ärzte untereinander unter dem Gesichtspunkt der Kollegialität geprägt.

Sie waren nicht so konzentriert und einfach wie es der Große Kurfürst in der Medizinalordnung vom 12.11.1685 geregelt hatte:

„Anfänglich sollen die Medici unter sich selbst friedlich und einträchtig miteinander umgehen. ... Keiner soll zwar dem andern seine Patienten abspenstig zu machen oder an sich zu bringen noch sich in eines oder andern Cur zu mengen und solche zu tadeln oder zu cavilliren befugt seyn.“

Es wurden jedoch vor allem Regelungen im Hinblick auf das kollegiale Verhalten untereinander getroffen. Im Laufe der Zeit detaillierten sich diese Regelungen, wie beispielsweise die Sächsische Standesordnung von 1904 zeigt, welche Bestimmungen enthält über die öffentliche Anpreisung (Reklame), den Kauf und Verkauf der ärztlichen Praxis, die Übernahme eines Kranken aus der Behandlung eines anderen Arztes, die Hinzuziehung eines Konsiliarius – dies wurde im Übrigen ungemein eingehend geregelt –, das Abhalten von Sprechstunden außerhalb des eigenen Wohnorts und über die Honorierung. Erst in den Standesordnungen der Zwanzigerjahre des 20. Jahrhunderts schlug sich die in der Literatur schon früher häufiger hervorgehobene Betonung der Gemeinwohlverpflichtung des Arztberufes deutlich nieder und bewirkte eine stärkere Betonung der Normen gegenüber den Belangen der Patienten. Dieser Wandel ist – wie *Taupitz* in seiner Darstellung über die Standesordnungen der freien Berufe meint – nicht zuletzt auf die kritischen Stimmen gegenüber der starken „Binnenorientierung“, welche die früheren Standesordnungen auswies, zurückzuführen. Diese Kritik wurde auch aus Ärztekreisen geübt. Es bedurfte der weiteren Entwicklung, um die Notwendigkeit stärker patientenbezogener Ausgestaltung der eigenen Kodifikationen ärztlicher Normen zu erkennen und durchzusetzen. *Taupitz* stellt in seiner historischen Betrachtung über die Entwicklung des Standesrechts fest, dass die einseitige Ausrichtung des Standesrechts an den Interessen der Ärzteschaft aus heutiger Sicht deutlich zu den Postulaten kontrastierte, ohne Einmischung vonseiten des Staates auch die Rechte der Patienten wahrzunehmen willens und in der Lage zu sein. Man wird andererseits feststellen müssen, dass die heutigen Berufsordnungen diesem Anspruch gerecht werden.

V.

Aufgrund der modernen Rechtsentwicklung und der Gestaltung einer Normenhierarchie zwischen Kammergesetzen und autonomer Rechtssetzung

durch die ärztliche Selbstverwaltung im Wege des Satzungsrechts stellen die Berufsordnungen eine Konkretisierung der gesetzlichen Generalpflichtenklauseln in den Kammergesetzen dar. In allgemeiner Übereinstimmung des Wortlauts solcher Regeln in den Kammer- oder Heilberufsgesetzen obliegt es den Ärzten,

„ihren Beruf gewissenhaft auszuüben und dem ihnen im Zusammenhang mit dem Beruf entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen“.

Im Gefolge der erwähnten Facharztentscheidung des Bundesverfassungsgerichts enthalten die Gesetze weitere konkrete Berufspflichten.

So bestimmen beispielsweise weitgehend übereinstimmend die Kammer- und Heilberufsgesetze der Länder Folgendes:

„Die Ärzte, die ihren Beruf ausüben, haben insbesondere die Pflicht,

- 1. sich im fachlichen Rahmen ihrer Berufsausübung beruflich fortzubilden und sich dabei über die für ihre Berufsausübung geltenden Bestimmungen zu unterrichten,*
- 2. soweit sie in eigener Praxis tätig sind, am Notfall- und Bereitschaftsdienst teilzunehmen,*
- 3. über in Ausübung ihres Berufs gemachte Feststellungen und getroffene Maßnahmen Aufzeichnungen zu fertigen.“*

Nur der Ergänzung halber sei darauf hingewiesen, dass die beispielsweise in einem anderen Regelungsbereich, nämlich dem Weiterbildungsrecht, aufgenommene Pflicht der Beschränkung auf das Fachgebiet für den Arzt, der eine entsprechende Gebietsbezeichnung führt, ebenfalls eine Berufspflicht gesetzlicher Art darstellt.

Auch die Ermächtigungsgrundlage für die Ausgestaltung der Berufsordnung enthält Bestimmungen darüber, was insbesondere **„in den Berufsordnungen geregelt werden darf“**. So heißt es beispielsweise in einer solchen Ermächtigungsregelung:

“. . . Die Berufsordnung kann weitere Vorschriften über Berufspflichten enthalten, insbesondere über

- 1. die Einhaltung der Schweigepflicht und der sonst für die Berufsausübung geltenden Rechtsvorschriften,*
- 2. die Ausstellung von Gutachten und Zeugnissen,*
- 3. die Praxisankündigung und Praxiseinrichtung,*
- 4. die Durchführung von Sprechstunden und Hausbesuchen,*
- 5. die gemeinsame Ausübung der Berufstätigkeit,*
- 6. die Angemessenheit und die Nachprüfbarkeit des Honorars,*
- 7. die Werbung,*

8. die Verordnung und Empfehlung von Heil- und Hilfsmitteln,
9. das berufliche Verhalten gegenüber anderen Berufsangehörigen und die Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Berufe,
10. die Beschäftigung von Vertretern, Assistenten und sonstigen Mitarbeitern und
11. die Ausbildung von Personal.“

Die **Muster-Berufsordnung** der Bundesärztekammer ist eine Empfehlung zu allgemeiner Konkretisierung dieser Regelungen. In spezifizierender Entfaltung der Generalpflichtenklausel und in Ausgestaltung der als Regelungsprogramme angesprochenen Sachverhalte entwickelt die Muster-Berufsordnung ein System von Berufspflichten, die insbesondere folgende Fragen betreffen:

1. Art und Weise der Berufsausübung und die Verpflichtung, Behandlungsverhältnisse nach Maßgabe nur des Berufsrechts einzugehen;
2. Aufklärungspflicht als Grundlage der Einwilligung des Patienten zu medizinischen Maßnahmen;
3. Schweigepflicht und der Umgang mit dieser Berufspflicht im Verhältnis zu anderen Ärzten und bei besonderen Situationen;
4. Regelungen über die Zusammenarbeit der Ärzte untereinander, über die Verpflichtung zur Fortbildung und, sofern er dazu befugter Arzt ist, zur Weiterbildung;
5. Verpflichtung zur Qualitätssicherung;
6. die Verpflichtung, eine Haftpflichtversicherung einzugehen;
7. Regelungen über die Ausübung der Praxis, insbesondere auch über kollegiales Verhalten, über die Behandlung von Patienten anderer Ärzte, über den Einsatz von Vertretern und Mitarbeitern, über die gemeinsame Berufsausübung und über den ärztlichen Notfalldienst;
8. Berufspflichten für den Bereich von Werbung und Information unter Ärzten sowie das berufliche Wirken in der Öffentlichkeit betreffend. Dies umfasst auch die Regelungen über Anzeigen und Verzeichnisse, in die sich Ärzte eintragen lassen dürfen, sowie die Ankündigung der Praxis durch Praxisschilder, die Ankündigung auf Briefbögen und im sonstigen Schriftverkehr;
9. Regelungen über die Verordnungen, die der Arzt bei seinen Patienten ausstellt, und die Zusammenarbeit mit Apothekern, Arznei- und Heilmittelherstellern.

Eine Reihe von Vorschriften betreffen besondere ärztliche Situationen, für welche die Berufsordnung Berufspflichten aufstellt, für welche aber die Kammer- und Heilberufsgesetze ausdrückliche Regelungsgrundlagen nicht enthalten; die Befugnis hierzu besteht jedoch in Ausschöpfung der Ermächtigungsnorm, die den Themenkatalog möglicher Regelungsprogramme **nur beispielhaft** aufzählt. Solche Regelungen betreffen zum Beispiel die Zulässigkeit von Sterilisationen oder die Pflicht, vor Durchführung klinischer

Versuche am Menschen eine bei der Ärztekammer oder einer medizinischen Fakultät gebildete Ethikkommission anzurufen.

In diesen Themenbereich fällt schließlich auch das die ethische Grundlage des Arztberufs beschreibende Gelöbnis, das vom altgriechischen hippokratischen Eid abgeleitet ist.

„Der ärztliche Beruf verlangt“, so heißt es in den Berufsordnungen, „dass der Arzt seine Aufgabe nach seinem Gewissen und nach den Geboten der ärztlichen Sitte erfüllt.“

Daraus folgt, dass der Arzt nicht nur medizinische Techniken beherrschen muss, sondern auch moralische Kompetenz besitzen soll.

VI.

Funktional gesehen konstituiert die Berufsordnung eine berufsspezifische Wettbewerbsordnung mit in einer Reihe von Grundsätzen, welche maßgeblich den „Wettbewerb“ unter Ärzten bestimmen, indem sie gleichartige Rahmenbedingungen im Wettbewerb um Patienten begründet – geleitet vom ideal des freiberuflich tätigen niedergelassenen Arztes, welcher im Kollegialitätsgebot in Zusammenarbeit mit anderen Ärzten zum Wohle des Patienten tätig ist. Diese Rahmenbedingungen zielen darauf ab, die Unabhängigkeit des Arztes in seinen medizinischen Entscheidungen zu sichern und vor allem den klassischen Impetus des Wettbewerbs, gezielte Verdrängung des Konkurrenten vom Markt, auszuschließen, auch dies wiederum um der besonderen Situation des Kranken Rechnung zu tragen. Diesem Ziel entsprechen:

- inhaltliche Freiberuflichkeit und Nichtgewerblichkeit („Unvereinbarkeiten“),
- grundsätzlich persönliche Leistungserbringung,
- Niederlassungsgebot und Verbot der multilokalen Berufsausübung,
- Berufsausübung in Selbstständigkeit und Unabhängigkeit (auch wenn dies Beschäftigungsverhältnisse nicht untersagt),
- Verbot der Zuweisung von Patienten gegen Entgelt,
- Fachgebietsbeschränkung,
- Regeln der beruflichen Kommunikation (d.h. Ankündigung und Führen von Titeln, Spezialitäten, Information, Werbung, einschließlich der Regeln über die Eintragung in Verzeichnisse),
- Regeln über die Zusammenarbeit in Form von Gemeinschaftspraxen, Praxisgemeinschaften, Praxisverbänden.

VII.

Wandel der Anschauungen, Veränderungen der Rahmenbedingungen der ärztlichen Berufsausübung in gesellschaftlicher und ökonomischer Hinsicht, neue medizinisch-ethische Fragestellungen, aber auch der medizinisch-technische Fortschritt, dessen Bewältigung arbeitsteilige Spezialisierung erfordert, schließlich auch Veränderungen der Rechtsordnung und Entwicklungen der Rechtsprechung bedingen einen Wandel der in den Berufspflichten zum Ausdruck gebrachten Regeln und Anschauungen. In der Entwicklungsgeschichte der Standesordnungen lässt sich dies anschaulich nachvollziehen.

Zwei kurze Beispiele, welche im thematischen Zusammenhang diese Problematik erhellen können, mögen dies verdeutlichen:

1. Praxisverkauf

Die ärztliche Standesordnung in Sachsen aus dem Jahre 1904 bestimmte in § 4:

„Der Kauf und der Verkauf der ärztlichen Praxis sowie das gewerbsmäßige Vermitteln derartiger Verkäufe und Verkäufe durch Ärzte ist unstatthaft.“

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts bestätigte diese Auffassung mittelbar durch Anerkennung der Nichtigkeit entsprechender Kaufverträge, wie es sich aus einer Entscheidung aus dem Jahre 1907 ergibt. In gleicher Weise hat der Preußische Ehrengerichtshof für Ärzte im Jahre 1904 den Verkauf der ärztlichen Praxis als standesunwürdig angesehen. Der Ehrengerichtshof sieht einen Verstoß gegen die Standesehre darin, dass in dem Kauf und Verkauf der Praxis der ideelle Wert des persönlichen Vertrauens in Geld umgesetzt werde. In gleicher Weise entschied das Reichsgericht im Jahre 1904, dass eine Konkurrenzklausele unter Vertragsstrafe zwischen approbierten Ärzten gegen die guten Sitten verstoße und dementsprechend nichtig sei. In diesem Urteil befinden sich im Übrigen bemerkenswerte Sätze, die auf eine Entscheidung des Pariser Kassationsgerichtshofes aus dem Jahre 1861 zurückgehen und in denen Konkurrenzklauseln zwischen Ärzten – wie aber auch zwischen Rechtsanwälten – im besonderen Maße als anstößig angesehen werden:

„Es ziemt nach allgemeiner Anschauung den Vertretern dieser wissenschaftlichen, staatlich geordneten, den wichtigsten Gemeininteressen dienenden Berufen nicht, der Berufsausübung irgendeine Beschränkung (nach Ort, nach Zeit oder gegenständlich) aufzuerlegen oder auferlegen zu lassen. Diese Berufe müssen frei sein kraft der ihnen innewohnenden sittlichen Würde im öffentlichen Interesse. Es verletzt das öffentliche Interesse unmittelbar, wenn für die Ausübung dieser Berufe private Monopole irgendwelcher Art geschaffen und diese der Allgemeinheit gewidmeten Funktionen im privaten Interesse und zu privatem Nutzen irgend gehemmt und gebunden werden.“

Wie anders wir dies heute beurteilen, zeigt § 103 Abs. 4 SGB V.

2. Gemeinschaftspraxis

Anfänglich war die Gemeinschaftspraxis – soweit erkennbar – nicht geregelt, wohl auch wegen fehlender praktischer Bedeutung. Die Muster-Berufsordnung von 1956 drückte dann einen größeren Vorbehalt gegen diese praktizierte Form der ärztlichen Berufsausübung aus, indem die Errichtung einer Gemeinschaftspraxis „nur in Ausnahmefällen und mit Genehmigung der Ärztekammer“ als zulässig angesehen wurde. Die Ärzteschaft hat in der Folgezeit darüber erhebliche Diskussionen geführt, zumal auch von politischer Seite die Gemeinschaftsbildung für die ärztliche Berufsausübung gefördert wurde. Da die Liberalisierungstendenzen innerhalb der Ärzteschaft zunahmen und sich viele Gruppierungen gegen restriktive Bestimmungen in dieser Hinsicht wandten, wurden zunächst einige Kammerordnungen geändert, bevor auf dem 71. Deutschen Ärztetag 1968 eine großzügigere Fassung der Muster-Berufsordnung beschlossen wurde, wie sie noch heute Gültigkeit hat:

„Der Zusammenschluss von Ärzten zur gemeinsamen Ausübung des Berufes, zur gemeinsamen Nutzung von Praxisräumen, diagnostischen und therapeutischen Einrichtungen ist der Ärztekammer anzuzeigen.“

Heute steht eine viel weitergehende Diskussion um Praxisverbände und integrierte Versorgungsformen im Vordergrund.

VIII.

Unter den Berufspflichten der Ärzte verlangt das ärztliche Werbeverbot besondere Aufmerksamkeit. Die sich verschlechternden Rahmenbedingungen der Berufsausübung durch wachsende Arztzahlen und der damit wachsende Konkurrenzdruck, aber auch die ökonomischen Zwänge, welche die Berufsausübung im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung durch die Vorschriften der gesetzlichen Krankenversicherung belasten, führen in der Praxis immer wieder zur Diskussion über die Nützlichkeit des Werbeverbots. Auch ist zunehmend festzustellen, dass die berufsrechtliche aus Kollegialitätsgebot einerseits und aus dem vorrangigen verfassungsrechtlichen Gebot des Schutzes der Volksgesundheit andererseits abzuleitende Verpflichtung zur Zurückhaltung der Ärzte in der öffentlichen Präsentation und Darstellung ihrer Leistungen infrage gestellt wird. Es kommt nicht von ungefähr, dass sich deshalb auch der 100. Deutsche Ärztetag in Eisenach bei der Beschlussfassung über die (Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä 1997) mit diesem Problem befasst und eine Neuorientierung beschlossen hat.

Die grundlegende Vorschrift in diesem Zusammenhang ist § 27 MBO-Ä, der generalklauselartig die Gegensatzpaare „Unerlaubte Werbung“ und „Erlaubte sachliche Information“ bestimmt. Die nähere Konkretisierung dieser Regelungen findet sich in Abschnitt D (Ergänzende Bestimmungen zu

einzelnen ärztlichen Berufspflichten) Kapitel I (Regeln der beruflichen Kommunikation, insbesondere zulässiger Inhalt und Umfang sachlicher Informationen über die berufliche Tätigkeit) mit den Unterabschnitten „Information anderer Ärzte“ (Nr. 1), „Praxisschilder“ (Nr. 2), „Anzeigen und Verzeichnisse“ (Nr. 3), „Ankündigungen auf Briefbögen, Rezeptvordrucken, Stempeln und im sonstigen Schriftverkehr“ (Nr. 4), „Patienteninformation in den Praxisräumen“ (Nr. 5) und „Öffentlich abrufbare Arzthinformationen in Computernetzwerken“ (Nr. 6). Zu letzterem hat die Bundesärztekammer Empfehlungen erarbeitet („Darstellungsmöglichkeiten des Arztes im Internet“).

Das berufsrechtliche Werbeverbot muss sich am Grundrecht der freien Berufsausübung – Art. 12 Abs. 1 GG – messen lassen, denn in den Bereich berufsbezogener Tätigkeit fällt auch die berufliche Außendarstellung des Grundrechtsträgers. Staatliche Maßnahmen, die ihn dabei beschränken, sind Eingriffe in diese Freiheit. Dementsprechend – es nimmt nicht wunder – war auch das berufsrechtliche Werbeverbot für Ärzte mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Sie ist gekennzeichnet durch eine zunehmende Lockerung der bisher geltenden strengen Grundsätze. Zunächst ist festzuhalten, dass in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Werbeverbot nach wie vor als eine durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigte Einschränkung der Berufsfreiheit angesehen wird. So z. B. in einem Beschluss vom 11.2.1992 (BVerfGE 85, 248 ff.):

„Das Werbeverbot soll eine Verfälschung des ärztlichen Berufsbildes verhindern, die einträte, wenn der Arzt Werbemethoden verwendet, wie sie in der gewerblichen Wirtschaft üblich sind. Hinter diesem Zweck steht wiederum das Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung. Die ärztliche Berufsausübung soll sich nicht an ökonomischen Erfolgskriterien, sondern an medizinischen Notwendigkeiten orientieren. Das Werbeverbot beugt einer gesundheitspolitischen unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs vor. Dieser Zweck rechtfertigt das Werbeverbot, und – da es dieses vor Umgehung bewahrt – auch das Duldungsverbot.“

Das Bundesverfassungsgericht hat Anforderungen an eine verfassungskonforme Auslegung des in den Berufsordnungen für Ärzte [ebenso wie für Notare] enthaltenen absoluten Werbeverbots festgelegt (vgl. u. a. Beschlüsse vom 19.11.1985 – 1 BvR 934/82 –, BVerfGE 71, 162, vom 11.2.1992 – 1 BvR 1531/90 – BVerfGE 85, 248 <257> und vom 24.7.1997 – 1 BvR 1863/96 – NJW 1997, 2510). Zwar wird das generelle Werbeverbot nicht grundsätzlich missbilligt, weil es auf der Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit vereinbar sei. Einerseits greife ein Werbeverbot auf der untersten Stufe des Regelungsbereichs in dieses Grundrecht ein. Andererseits diene es dem Schutz der Volksgesundheit, weil es einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs vorbeuge. Überdies solle es eine Verfälschung des ärztlichen Berufsbildes verhindern, die

entrete, wenn der Arzt Werbemethoden verwende, wie sie in der gewerblichen Wirtschaft üblich seien (vgl. Beschluss vom 11.2.1992 – 1 BvR 1531/90 – a.a.O. S. 260). Es werde vermieden, dass die Bevölkerung in einem besonders sensiblen Bereich verunsichert werde und Befürchtungen aufkommen könnten, dass die Behandlung des Arztes sich mehr an wirtschaftlichen Interessen als an medizinischen Notwendigkeiten ausrichte (vgl. Beschluss vom 19.11.1985 – 1 BvR 934/82 – a.a.O. S. 174). Zugleich hat das Bundesverfassungsgericht aber darauf hingewiesen, dass dem Arzt trotz des Wortlauts der Berufsordnungen, die ihm „jegliche Werbung“ untersagen, neben der auf seiner Leistung und seinem Beruf beruhenden Werbewirkung eine Reihe von Ankündigungen mit werbendem Charakter unbenommen seien. Er dürfe rechtmäßig erworbene Titel und Facharztbezeichnungen führen, seine Tätigkeit durch ein Praxischild und durch bestimmte Presseanzeigen sowie durch Aufnahme in Adressbücher und sonstige Verzeichnisse nach außen kundtun. Auch dürfe er selbstverständlich wissenschaftliche Beiträge in Fachzeitschriften unter seinem Namen veröffentlichen sowie an aufklärenden Veröffentlichungen medizinischen Inhalts in den Medien mitwirken und eine Vortrags- und Lehrtätigkeit ausüben. Diese schon in den Berufsordnungen enthaltenen Einschränkungen des Werbeverbots ließen die Auslegung zu, dass dem Arzt nur eine berufswidrige Werbung untersagt sei (vgl. Beschluss vom 19.11.1985 – 1 BvR 934/82 – a.a.O. S. 174). Diese Einschränkung sei auch verfassungsrechtlich geboten.

Eine Definition, was unter einer berufswidrigen Werbung zu verstehen ist, findet sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings nicht. Sie muss, wie die Herleitung dieser Einschränkung zeigt, aus dem Zusammenspiel zwischen traditionell zulässigen Darstellungsmöglichkeiten und der jeweiligen Abwägung auf der Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gewonnen werden (so jetzt BVerwG vom 13.11.1997 – 3 C 44.96 –). So hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, durch das Werbeverbot solle nicht lediglich eine unsachliche oder gar marktschreierische Werbung, sondern auch eine Werbung mit sachlichen Aussagen verhindert werden, die einen den Laien mehr verwirrenden als aufklärenden Umfang erreiche (Beschluss vom 19.11.1985 – 1 BvR 38/78 – BVerfGE 71, 183, 198). Außerdem hat es festgestellt, für interessengerechte und sachangemessene Informationen, die keinen Irrtum erregen, müsse im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben (Beschluss vom 21.4.1993 – 1 BvR 166/89 – NJW 1993, 2988 f.). In einer jüngeren Entscheidung, die die Briefbogengestaltung durch Anwaltsnotare betrifft, hat das Bundesverfassungsgericht maßgeblich auf den Unterschied zwischen **werbewirksamem Verhalten** und **gezielter Werbung** im engeren Sinne abgehoben (vgl. Beschluss vom 24.7.1997 – 1 BvR 1863/96 – a.a.O.). Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 13.11.1997 (BVerwG – 3 C 44.96 –) diese Unterscheidung (gezielte Werbung berufswidrig; zulässiges, wenn auch werbewirksames Verhalten) für die Frage von Angaben in den „Gelben Seiten“ fruchtbar gemacht (gesonderte Telefonnummer und Anschrift für den Herzkatheter-Messplatz eines Kardiologen).

Mehr und mehr tritt das Bedürfnis in den Vordergrund, auch über Ärzte qualifikatorische Informationen zu vermitteln. Wer ist ein Spezialist in

bestimmten medizinischen Leistungen? Wer erbringt besondere Untersuchungs- und Behandlungsmethoden? Auch: Wer erbringt Leistungen der besonderen Therapierichtungen wie Homöopathie, anthroposophische Medizin, phytotherapeutische Medizin? Die Vergangenheit war rechtlich durch die mit der Rechtsfigur des Verbots der mittelbaren Werbung verbundene Auffassung geprägt, dass Dritten weder selektive Informationen noch die Herausgabe von strukturierten Informationen erlaubt sein dürfte – solche Aktivitäten wurden unter dem Tatbestandsmerkmal der Förderung fremden Wettbewerbs oder der wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung dem Verdikt des UWG unterstellt. Die Ärztekammer ist rechtlich befugt, solche Störungen des Wettbewerbs unter Ärzten zu verfolgen. Ergebnis auch hier: faktisch eine informationelle oder publizistische Enthaltensamkeit oder eine generelle Unstrukturiertheit der Informationen. Keiner soll hervorgehoben werden oder wenn schon in Informationen Ärzte erwähnt werden: Alle sollen gleichermaßen eine Chance haben, in Listen oder Verzeichnisse aufgenommen zu werden, und zwar ohne jede über die Angabe der autorisierten Bezeichnungen wie Fachgebiet, Schwerpunkt, Zusatzbezeichnung hinausgehende Charakterisierung.

Die neuerliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt insoweit zu einer Tendenzwende. Auslöser waren Veröffentlichungen im Nachrichtenmagazin „Focus“. Während eine erste Serie „Die 500 besten Ärzte Deutschlands“ noch vom Bundesgerichtshof als ein Wettbewerbsverstoß charakterisiert wurde, wurde die zweite Serie von den Gerichten akzeptiert: Das Urteil des OLG München, gegen das die Bayerische Landesärztekammer Revision zum Bundesgerichtshof eingelegt hatte, wurde durch Nichtannahme der Revision rechtskräftig. Das OLG gibt dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit Vorrang vor der standesrechtlichen Gleichmäßigkeit, wenn die strukturierenden Informationen nicht reklamehaft überzogen sind oder – wie das OLG sich ausdrückt – es „an einer übermäßig werbenden Darstellung, die den Rahmen einer sachlich veranlassten Information über die Spezialisierung und die Qualifikation der Ärzte in Deutschland verlässt“, fehlt. Ein weiteres Zitat aus dem Urteil sei gestattet:

„... Es lässt sich in der Tat nicht bestreiten, dass für namentliche Zusammenstellungen qualifizierter, besonders spezialisierter Fachärzte weithin ein Bedürfnis besteht. Der Ansicht des Landgerichts ist beizupflichten, dass es wegen der zunehmenden Differenzierung der ärztlichen Kunst eine Fehlvorstellung wäre, zu glauben, die Ärzte eines Fachgebiets seien für alle Anforderungen, die sich aufgrund der unterschiedlichen medizinischen Fallgestaltungen ergeben, gleichermaßen qualifiziert. Viele Patienten wissen aus eigener Erfahrung, dass dies nicht der Fall ist. Es besteht sonach durchaus ein sachlich begründetes Bedürfnis der Allgemeinheit, über spezialisierte, besonders qualifizierte Fachärzte unter namentlicher Nennung informiert zu werden. Die dabei mitspielende Absicht, diese Ärzte im Wettbewerb zu fördern,

mit der notwendigen Folge, dass die nicht genannten Ärzte insoweit benachteiligt werden, tritt hier weitgehend hinter die Beweggründe der sachlichen Information und der journalistischen Berichterstattung über eine Angelegenheit von allgemeinem Interesse zurück . . .“

Dieser Entwicklung entspricht die Gesundheitspolitik neuerdings, soweit sie das – wie auch immer zu bestimmende – Informationsbedürfnis der Patienten anerkennt und fördert, aber eher an den Kammern oder Kassenärztlichen Vereinigungen vorbei durch Dritte, deren Objektivität politisch anscheinend höher geschätzt wird, obwohl es Belege dafür nicht gibt, als die Sachnähe der beruflichen Organisationen. So enthält § 65 b SGB V in der Fassung des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 einen Auftrag an die Krankenkassen in Deutschland mit jährlich insgesamt zehn Millionen DM „Einrichtungen zur Verbraucher- oder Patientenberatung, die sich die gesundheitliche Information, Beratung und Aufklärung von Versicherten zum Ziel gesetzt haben“, zu fördern. Im Zusammenhang mit der Einführung von Verträgen zur integrierten Versorgung, auf die noch einzugehen sein wird, gibt das Gesetz in § 140 a Abs. 3 SGB V den an solchen Versorgungsweisen teilnehmenden Versicherten „das Recht, von ihrer Krankenkasse umfassend über die Verträge zur integrierten Versorgung, die **teilnehmenden Leistungserbringer, besondere Leistungen** und vereinbarte Qualitätsstandards informiert zu werden.“

Ein neuerlicher „Prüfstein“ solcher Informationsstrategie wird die Frage sein, welcher Informationswert Ankündigungen von selbst gewählten Tätigkeitsschwerpunkten zukommt und ob diese angesichts der Sensibilität der gesundheitlichen Informationen akzeptiert werden können, da die Einschätzung nahe liegt, dass die Angabe solcher Tätigkeitsschwerpunkte zugleich den Anschein besonderer Qualifikation anmutet. Auch insoweit zeichnet sich ein Wandel in der Rechtsprechung ab, wobei allerdings widersprüchliche Judikatur zu konstatieren bleibt. So hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht die Unterlassungsverfügung einer Ärztekammer gegen einen Arzt, der auf seinem Praxisschild den Hinweis „Akupunktur“ führt, bestätigt, weil es sich um „anlockende Werbung“ handele. Das Gericht geht dabei davon aus, dass auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Ankündigungen auf Praxisschildern oder Briefbögen dann berufswidrige Werbung darstellten, „wenn sie in Zusammenhang mit den geregelten Qualifikationsbezeichnungen und Titeln bei dem heilungssuchenden Publikum zu Irrtümern führen können und auf diese Weise einen unzulässigen kommerziellen Werbeschwerpunkt hervorrufen.“ Da im Rahmen des Facharztrechts in Deutschland in geregelter Weise eine Zusatzbezeichnung wie Akupunktur nicht erworben werden kann, stelle das Führen einer solchen Bezeichnung oder ihrer Ankündigung darüber hinaus **eine irreführende Information** des Patienten dar, weil er nicht zwischen den in geregelter Erwerb und auf andere Weise erworbenen Bezeichnungen unterscheiden könne. Es sei daher rechtens, wenn die Berufsordnungen nur die Angabe solcher geregelter Bezeichnungen gestatteten. Demgegenüber gelangt der Hessische Verwaltungsgerichtshof als Landesberufsgericht für Heilberufe

einem ähnlich gelagerten Rechtsstreit zu einer anderen Einschätzung der bisherigen Verfassungsrechtsprechung. Er führt aus:

„Im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG und unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs kann deshalb ein Hinweis auf einen bestimmten Tätigkeitsschwerpunkt eines Freiberuflers in Briefköpfen und dergleichen allenfalls dann als standeswidrig angesehen werden, wenn er von der Form her unangemessen ist oder nach der Art und Weise der Verwendung dieses Hinweises eine Irreführung der Adressaten zu befürchten ist. Dabei unterliegt die Relevanz des herausgestellten Tätigkeitsschwerpunkts weitgehend der Selbsteinschätzung des Verwenders, der in eigener Verantwortung zu beurteilen hat, ob der wahrheitsgemäße Hinweis auf einen bestimmten Tätigkeitsschwerpunkt geeignet ist, beim Publikum die beabsichtigten positiven Assoziationen zu wecken. Der Verwender trägt auch das Risiko, dass der Hinweis die beabsichtigte Wirkung verfehlt ...“

Es bleibt abzuwarten, zu welcher Entwicklung sich die Ärzteschaft durchringt. Ein Vorbild könnte die Regelung des Anwaltsberufs sein, dem die Angabe selbst gewählter Tätigkeitsschwerpunkte gestattet ist. Das schon erwähnte Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht hat sich mit diesem Argument unter Gesichtspunkten der Gleichbehandlung auseinander gesetzt und wegen der Besonderheiten des Gesundheitswesens ein Bedürfnis gesehen, gerade solche Angaben zum Zwecke des Schutzes der Patienten zu verhindern.

IX.

Ein vergleichbares Beispiel von wettbewerblicher Relevanz bilden die berufsrechtlichen Regelungen über die Kooperationsmöglichkeit von Ärzten. Es liegt auf der Hand, dass insoweit regulierende Bestimmungen, insbesondere im möglichen Interessenkonflikt von in Gemeinschaft ihren Beruf ausübenden Ärzten und in Einzelpraxis niedergelassenen Ärzten, aber künftighin auch in Zusammenschlüssen mit Angehörigen anderer Heilberufe, einen Ausgleich erstreben.

Die Muster-Berufsordnung der Bundesärztekammer enthält folgende Grundsatzbestimmung:

„Zur gemeinsamen Berufsausübung sind die ... Berufsausübungsgemeinschaften von Ärzten (Gemeinschaftspraxis, Ärztepartnerschaft), Organisationsgemeinschaften unter Ärzten (z.B. Praxisgemeinschaften, Apparategemeinschaften) und die medizinischen Kooperationsgemeinschaften sowie der Praxisverbund zugelassen.“

Es ist hier nicht die Zeit, die im Einzelnen in der Berufsordnung enthaltenen Regeln nachzuzeichnen. Mit der folgenden allgemeinen Bemerkung soll es zunächst getan sein:

Im bisherigen **berufsrechtlich** geprägten Sprachgebrauch hat sich für eine diesbezügliche Systematisierung der Formen der Zusammenarbeit von Ärzten die Unterscheidung in „Gemeinschaftspraxis“ und „Praxisgemeinschaft“ durchgesetzt (ähnlich der Unterscheidung im anwaltlichen Berufsrecht in „Sozietät“ und „Bürogemeinschaft“). Im Hinblick auf die Bindungswirkung des gemeinsamen Zwecks (§ 705 BGB) handelt es sich bei Ersterer um eine „Berufsausübungsgemeinschaft“ (also eine **gemeinsame Berufsausübung**) und bei Letzterer um eine „Organisationsgemeinschaft“: Im ersten Falle vereinbaren die Vertragspartner nämlich, den ärztlichen Beruf gemeinsam – unbeschadet der Beschränkungen, welche das Berufsrecht über die Bindung an das Fachgebiet bewirkt – auszuüben. Rechtlich entscheidendes Merkmal für die Gemeinschaftspraxis als einer Berufsausübungsgemeinschaft ist dementsprechend, dass der Behandlungsvertrag mit den Patienten aufseiten der Ärzte gemeinschaftlich geschlossen wird und sie gemeinschaftlich (nach Maßgabe ihrer berufsrechtlichen Kompetenz) seine Erfüllung schulden (ggf. auch mit gemeinsamer Haftung). Demgegenüber stellt die Praxisgemeinschaft eine unterhalb der Ebene der ärztlichen Berufsausübung vereinbarte Art der Zusammenarbeit dar, die auf die gemeinsame Organisation als Basis und Rahmen für die je einzeln verantwortete ärztliche Berufsausübung zielt. Üblich sind hierbei die gemeinsame Nutzung von Praxisräumen, medizinisch-technischen Geräten, auch die gemeinsame Anstellung von Hilfspersonen (vgl. auch § 33 Ärzte-ZV). Nach Inkrafttreten des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes neu hinzugekommen ist in diesen Kontext die Möglichkeit, auch zur gemeinsamen Berufsausübung eine Ärztepartnerschaft zu bilden.

X.

[EG-Recht]

Nahe liegend ist die Frage, in welchem Ausmaß das europäische Gemeinschaftsrecht auf die berufsrechtlichen Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland einwirkt. Auch hier – der Kürze halber – eine Beschränkung auf die beiden Handlungsparameter einer freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit:

- Werbung
- arbeitsteilige Berufsausübung in überregionaler Form.

Soweit es das **deutsche Werbeverbot** angeht, dürften gemeinschaftsrechtliche Einwände nicht bestehen. Eine explizite Entscheidung des EuGH zur Frage, ob das **nationale Werbeverbot** für Ärzte den innergemeinschaftlichen Handel mit Dienstleistungen behindert, ist bisher nicht ergangen.

Indessen könnten Erkenntnisse aus der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit analog auf die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit übertragen werden. In der neueren Rechtsprechung des EuGH seit der Entscheidung „Keck“ werden sog. Verkaufsmodalitäten als Regelungen eines Mitgliedstaates rechtlich nicht als mit Art. 30 EGV in Widerspruch stehend angesehen, wenn sie gleichartig für inländische wie ausländische Produkte gelten. Zu solchen Verkaufsmodalitäten zählt der EuGH in der Entscheidung „Hünernmund“ auch Werberegulungen. In der genannten Entscheidung hat der EuGH das Werbeverbot für Apotheker als nicht mit Art. 30 EGV unvereinbar bewertet. Diese Erwägungen sind m. E. auf die Dienstleistungsfreiheit übertragbar. Anders stellt sich der Sachverhalt dar, wenn sekundäres Gemeinschaftsrecht eine Regelung trifft. Die Richtlinie über die Zulässigkeit vergleichender Werbung enthält allerdings einen Regelungsvorbehalt der Mitgliedstaaten zugunsten der Perpetuierung von berufsrechtlichen Werberegulungen und wirkt sich rechtlich nicht aus.

Allerdings ergibt sich aus dem Richtlinienprojekt über rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Hinblick auf die Bereitstellung eines innergemeinschaftlichen Rechtsrahmens für Internet-Dienstleistungsangebote eine Überlagerung nationaler berufsrechtlicher Beschränkungen, soweit es Aktivitäten der beruflichen Kommunikation angeht. Die endgültige Beschlussfassung bleibt abzuwarten. Tendenziell scheint die Öffnung dahin zu gehen, dass die Darstellung des eigenen Angebots nach dem Herkunftslandprinzip geregelt werden soll, also die rechtlichen Maßstäbe des Mitgliedstaats, in welchem der Arzt niedergelassen ist, für seine Werbemöglichkeiten gelten. Dies wird einen Harmonisierungsdruck auf Berufsregeln ausüben, dem die Richtlinie – vernünftigerweise – mit der Möglichkeit autonomer Normsetzung europäischer Verbände Rechnung tragen will.

Ein zweites Beispiel von beträchtlicher Tragweite ist die Möglichkeit transnationaler Kooperation über **Zweigpraxisbildung** in anderen Mitgliedstaaten. Schon vor Jahren hat der EuGH aufgrund der Niederlassungsfreiheit nationale Verbote der Zweigpraxisbildung als gemeinschaftsrechtswidrig bewertet – mit der in Deutschland auffälligen Folge, dass ein deutscher Arzt aus Köln zwar eine Zweigpraxis in Belgien oder den Niederlanden errichten kann, nicht jedoch in Bonn oder Düsseldorf.

XI. [Kassenarztrecht]

Das deutsche Kassenarztrecht als öffentlich-rechtlich ausgestaltetes Leistungserbringerrecht kann an den Wettbewerbsbedingungen unter Ärzten zunächst nichts ändern. Der Vertragsarzt ist als Arzt der Hülle des Berufsrechts, an das er gebunden ist, nicht entkleidet, wenn er die Zulassung erhalten hat. Es besteht wohl auch Einigkeit darüber, dass die bundesrechtlichen Normen des Sozialrechts landesrechtliches Berufsrecht nicht ändern können. Neuerdings hat das Bundesverfassungsgericht in Entscheidungen über die

Funktionsteilung in hausärztliche und fachärztliche Versorgung sowie die Einschränkung der Tätigkeit von Laborärzten auf Überweisungsaufträge im System der vertragsärztlichen Versorgung unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten solche Regelungen für verfassungskonform angesehen, weil dem Gesetzgeber des Krankenversicherungsrechts auch die Befugnis zusteht, für das Funktionieren des ambulanten Versorgungssystems notwendige Regelungen zu treffen, auch wenn damit mittelbar ärztliches Berufsrecht berührt wird. Anscheinend hat sich der Gesetzgeber des GKV-Reformgesetzes 2000 „ermutigt gesehen“, auch vorzuschreiben, dass der Hausarzt im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung dies auf dem Praxisschild anzukündigen hat – eine Regelung, die ersichtlich konflikthaft in den Kern des landesrechtlichen Berufsrechts eingreift, zumal nach den Berufsordnungen der Landesärztekammern diese Angabe nicht erlaubt ist; darüber hinaus eine Regelung, welche Wettbewerbsbedingungen schafft, da eine gleichartige Befugnis der an der fachärztlichen Versorgung teilnehmenden Fachärzte nicht besteht.

Dessen ungeachtet liegt der Schwerpunkt wettbewerblicher Bedeutung dieses Rechtskreises – wie das vorgenannte Beispiel andeutet – in den Möglichkeiten zur Strukturierung von Tätigkeitsmerkmalen für Vertragsärzte, so dass dies statusrechtlichen und qualifikatorischen Einschränkungen der Vertragsarztstätigkeit rechtlich neben den ggf. gegebenen Verstößen gegen kassenarztrechtliche Vorschriften auch wettbewerbsrechtlich auf der Grundlage des UWG von Belang sind. So hat das BSG (25.11.1998 – B 6 Ka 75/97 R –) – aufgrund einer bindenden Rechtswegverweisung zuständig – einem auf § 1 UWG gestützten Schadensersatzanspruch niedergelassener Vertragsärzte gegen einen Krankenhausarzt stattgegeben, welcher ohne wirksame Ermächtigung ambulant Leistungen gegenüber Versicherten erbracht hatte. Anerkannt ist auch, dass bei systematischem Verstoß eines Arztes gegen Fachgebietsgrenzen – unbeschadet der berufsrechtlichen Sanktionen – diejenigen Ärzte, deren Fachgebiet die unzulässig erbrachten Leistungen enthält, einen wettbewerbsrechtlich begründeten Abwehrensanspruch gegen den sein Fachgebiet überschreitenden Arzt haben, wie z. B. das OLG Schleswig-Holstein – im Ergebnis für die Kläger unbegründet – für die Unterlassungsklage von Radiologen gegen Orthopäden entschieden hat, welche MRT-Untersuchungen ausgeführt haben. Eine maßgebliche Wettbewerbsstruktur stellen die Regelungen über Abrechnungsgenehmigungen dar, welche an spezielle Fachkunden geknüpft sind, welche wiederum die berufsrechtlich über die Fachgebietsqualifikationen eröffneten Möglichkeiten des Arztes in der Berufsausübung als Vertragsarzt einschränken. Damit stellt das Regelungswerk auch eine Vergabe von Betätigungschancen dar und eine Steuerung von Angeboten ärztlicher Leistungen angesichts begrenzter Vergütungssummen.

XII. [Integrationsversorgung]

Die über untergesetzliche Normsetzung, insbesondere kollektivvertraglich zwischen den Krankenkassenverbänden und den Pflichtkörperschaften der Kassenärzte, den Kassenärztlichen Vereinigungen, organisierte Struktur der ambulanten Versorgung der Versicherten ist seit langem Gegenstand von Kritik hinsichtlich ihrer fehlenden Wettbewerbsorientiertheit. Vorschläge zur „Abhilfe“ zielen in die Richtung einer Auflösung des Vertragsmonopols der Kassenärztlichen Vereinigungen. blieb es bisher bei entsprechenden wissenschaftlichen und politischen Initiativen und gesetzlichen Regelungen über Modellversuche, so hat das GKV-GRG 2000 erstmals einen entsprechenden Schritt zur Auflösung des „KV-Monopols“ in die Wege geleitet. Verträge über sog. integrierte Versorgung sollen neben der kollektivvertraglich organisierten allgemeinen vertragsärztlichen Versorgung wettbewerbliche Versorgungsaufträge in Einzelverträgen zwischen Krankenkassen und Leistungsgemeinschaften von Vertragsärzten und anderen wie z. B. Krankenhäusern ermöglichen. Dieser Wettbewerb wirft eine Reihe von Fragen auf, welche nicht nur die Konflikte zwischen Berufsordnung und „Wettbewerbsfreiheit“ in gezielter Konkurrenz zu anderen Ärzten betreffen, sondern z. B. auch die Anwendbarkeit kartellrechtlicher Regelungen. Misst man den Krankenkassen und ihren Verbänden die Qualität marktbeherrschender Unternehmen i.S.d. GWB zu, sind alle Vertragskonzepte, welche Beziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten unmittelbar regeln sollen, auch am GWB zu messen, wenn nicht gar auch am europäischen Kartellrecht. Dies zu vertiefen, würde aber den Rahmen dieser Überlegungen sprengen. Dennoch sollte dies nicht unerwähnt bleiben, um den Rahmen des Themas wenigstens stichwortartig zu erfassen.

Wolfgang Mazal

Wettbewerb und ärztliches Berufsrecht

1. Einleitung

Das Thema meines Vortrags wird in Ihnen möglicherweise gemischte Gefühle erzeugen, weil Sie fürchten, dass ich Sie mit wettbewerbsrechtlichen Fragen des ärztlichen Berufsrechts im engen Sinn konfrontiere: Mit den wettbewerbsrechtlichen Fragen der Konkurrenz zwischen Ärzten, welche die Judikatur der Disziplinarsenate der österreichischen Ärztekammer widerspiegelt: In der Tat nehmen bei diesen Spruchinstanzen wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte der ärztlichen Tätigkeit einen breiten Raum ein und wecken Entscheidungen etwa zur Frage, unter welchen Bedingungen ein Zeitungsinterview als marktschreierische Werbung anzusehen ist oder unter welchen Bedingungen ein Arzt in einer Fernsehsendung auftreten darf, regelmäßig Interesse innerhalb der Ärzteschaft. Hier geht es zwar selten um die gesamte Existenz, häufig aber doch um individuelles Wohl und Wehe, wenn beispielsweise ein Arzt, der in eine bestimmte Therapiemethode investiert hat, diese jedoch nicht bewerben darf, in seiner finanziellen Bewegungsfreiheit doch erheblichen Zwängen ausgesetzt sein kann. Ich möchte diese Facette des Wettbewerbsrechts im ärztlichen Berufsrecht als Recht des „Wettbewerbs im Kleinen“ bezeichnen.

Allerdings vermute ich, dass Sie dieses Thema, das die Disziplinarsenate in Gratwanderung zwischen der grundrechtlichen gesicherten Meinungsfreiheit und den standesrechtlichen Erfordernissen ausgewogen handhaben, weniger interessiert als die in den letzten Jahren verstärkt ins Licht des Interesses der Fachöffentlichkeit getretenen Aspekte des Wettbewerbs „im Großen“. Hier geht es um Fragen des Wettbewerbs innerhalb des Gesundheitswesens, um die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs, um fundamentale Systemvorgaben, die für die Entfaltung erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit im Gesundheitswesen relevant sind. Dazu zählt etwa die Gestaltung von Arzneimittelpreisen, die Gestaltung der kassenärztlichen Tarife, der Wettbewerb zwischen den Kassenärzten und der nicht zur kassenärztlichen Behandlung zugelassenen Ärzteschaft, der Wettbewerb zwischen Ärzten und Krankenanstalten. Dieser Wettbewerb „im Großen“ rührt sowohl an das

Schicksal Einzelner als auch an Grundfesten des Gesundheitssystems unserer Länder und soll daher auch den Gegenstand meines Vortrags bilden.

Ich möchte Ihnen daher – nicht ohne mit dem Veranstalter Rücksprache gehalten zu haben – Überlegungen zu diesen Fragen aus österreichischer Sicht vorstellen. Sie sind in der innerösterreichischen Diskussion einerseits durch kartellrechtliche Gesichtspunkte und andererseits durch europarechtliche Gesichtspunkte bestimmt. Allerdings ist festzuhalten, dass Diskussion dieser Fragen in Österreich erst langsam im Anlaufen ist: Sieht man von Ausführungen Kopetzkis, Grabenwarters und Reschs, die im Rahmen eines Vortrags und einer Publikation zur kassenärztlichen Zulassung angestellt wurden¹, ab, findet sich neben einigen kurzen Beiträgen, die Praktiker im Bereich der Sozialversicherung, der Ärztekammer und des BMAGS verfasst haben, nur der Beitrag eines einschlägig befassen Rechtsanwalts, in dessen Mittelpunkt detaillierte europarechtliche Überlegungen zum Kassenarztrecht stehen².

Ich war so gesehen nicht gezwungen, bei der Vorbereitung dieses Vortrags gänzlich Neuland zu beschreiten, doch ist die Suppe der Diskussion, die in Österreich zu diesen Fragen gekocht wird – dies mögen Sie diesem Befund immerhin entnehmen – noch mit relativ wenigen Ingredienzien versehen, sodass ich es als interessante Aufgabe empfand, hier einiges an Würze zuzusetzen.

Kostet man von der bisher gerührten Suppe, ist vor allem auffallend, wie stark die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung und ihre Position innerhalb des Gesundheitswesens im Mittelpunkt des Interesses stehen: Die gesetzliche Krankenversicherung wurde über Jahre und Jahrzehnte in Österreich aus meiner Sicht nicht primär unter Wettbewerbs- und Marktgesichtspunkten gesehen, sondern als quasistaatliche Einrichtung, welche die Erbringung der Sachleistungen garantiert, nicht weiter unter Marktgesichtspunkten infrage gestellt.

Unter einer größeren Perspektive gesehen sind jedoch heutige Diskussionen um die wettbewerbsrechtliche Stellung der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung innerhalb des Gesundheitssystems nur Fortsetzungen von wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen, die bereits knapp nach der Entstehung der Sozialen Krankenversicherung eingesetzt haben. Deren Erfolg, der in einer geradezu explosionsartigen Ausdehnung des Kreises der Versicherten bzw. der Anspruchsberechtigten sichtbar wurde, führte schon um die Wende vom 19. ins 20. Jahrhundert zu massiven Wettbewerbsstörungen im Gesundheitsmarkt: Kassenärzte sahen sich bald so gravierendem Honorardruck ausgesetzt, dass bekanntlich regelrechte Kassenarztstreiks organisiert wurden; auch der Wettbewerb zwischen Kassenärzten und Nichtkassenärzten wurde empfindlich gestört empfunden.

1) In: *Jabornegg/Resch/Seewald*, Der Vertragsarzt im Spannungsfeld zwischen gesundheitspolitischer Steuerung und Freiheit der Berufsausübung (1999), 149.

2) *Köck*, Die Auswirkungen des EG Wettbewerbsrechts auf die österreichische Sozialversicherung, in: Tomandl (Hrsg.): Einfluss des europäischen Rechts auf das Sozialrecht (Wien 2000), 27 ff.

Die Vorgenerationen haben als Antwort auf diese Probleme ein System der kollektiven Verhandlungen entwickelt, das zwei wettbewerbsrelevante Effekte hatte. Zum einen wurden Marktgleichgewichte innerhalb des Kassenarzteswesens dadurch ausgeglichen, dass der Marktmacht der Krankenversicherung eine gebündelte Marktmacht der Kassenärzte gegenübergestellt wurde. Hierin ähneln einander die Gesundheitssysteme Österreichs und Deutschlands in vielen Systemelementen. Für beide Staaten gilt insbesondere grosso modo, dass das System der kollektiven Verhandlungen einen Wettbewerb zwischen den Kassenärzten über die Leistungspalette und über den Preis praktisch ausschließt, weil beides durch Gesetz und Kassenvertragsrecht limitiert ist. Der Vorteil dieses Systems liegt vor allem darin, dass nicht einzelne Kassenärzte dem Verhandlungsdruck der Krankenversicherungsträger ausgesetzt sind, sondern die Kassenärzteschaft als ganze gebündelte Marktmacht entfalten kann. Dies gibt der Ärzteschaft eine adäquate Marktchance, mag sie auch von den Verhandlern aufseiten der Ärzteschaft nach wie vor als unzulänglich gegenüber dem Marktdruck der Krankenkassen empfunden werden.

Zum anderen entfaltet dieses System wettbewerbsrelevante Effekte im Hinblick auf die Stellung der Kassenärzte innerhalb der Gesamtärzteschaft. Hier sind Österreich und Deutschland bekanntlich unterschiedliche Wege gegangen. Das Deutsche System hat über viele Jahrzehnte die praktisch unbeschränkte kassenärztliche Zulassung gekannt, mit der jedem Arzt der Zugang zur kassenärztlichen Versorgung ermöglicht wurde. Die österreichische Rechtsordnung hat demgegenüber im ASVG weiterhin den beschränkten Zugang zum Kassenvertrag mit einem Stellenplansystem normiert, es dem Patienten jedoch freigestellt, dass er auch einen anderen als einen Vertragsarzt konsultiert, und dabei Anspruch auf Kostenerstattung im Ausmaß der Tarifikosten hat³. De facto hat diese Wahlarzthilfe jedoch seit jeher einen verschwindenden Anteil an der Sachleistungserbringung; sie ist heute zudem auf 80% der Tarifikosten reduziert.

Ein solches System hat das Deutsche Bundesverfassungsgericht^{4, 5} zu Beginn der Sechzigerjahre als unzulässigen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Erwerbsfreiheit qualifiziert: Warum in Österreich nie jemand vor dem VfGH versucht hat, eine ähnliche Wende herbeizuführen, erklärt sich meines Erachtens zum einen daraus, dass der VfGH bis Mitte der Achtzigerjahre eine formale Auslegung des Gesetzesvorbehalts judizierte, unter dem die Erwerbsfreiheit in Österreich zugesichert ist, sodass mit einer Aufhebung des Stellenplansystems nicht zu rechnen war; zum anderen war nach der Judikaturwende – heute judiziert der VfGH den Gesetzesvorbehalt ähnlich

3) *Marhold*, Europäischer Wettbewerb und Gesundheitswesen in: *Tomuschat/Kötz/Maydell*, Europäische Integration und nationale Rechtskulturen (1993) 458; *Kopetz*, Kassenarzt – Wahlarzt, RdM 1996, S 17.

4) *Boecken*, Vertragsärztliche Bedarfsplanung aus rechtlicher Sicht NZS 9/1999, 417.

5) 23.3.1960 BVerfGE 11,30; *Becker* zur verfassungsrechtlichen Stellung der Vertragsärzte am Beispiel der zulassungsbezogenen Altersgrenze, BNZS, 11/1999, S 21.

wie das BVerfG materiell und lässt eine Einschränkung nur bei Wahrung der Verhältnismäßigkeit zu – auch die Limitierung des Zugangs zur kassenärztlichen Versorgung in Deutschland bereits angerissen. Und schließlich konnte allenfalls aufkeimender Unmut mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Wahlarzthilfe mit Kostenerstattung abgefangen werden.

Auffallend ist allerdings, dass die kassenärztliche Versorgung in Österreich praktisch nie explizit als Problem der Grundrechte, der Erwerbsfreiheit – und damit auch als Problem des Wettbewerbs – gesehen wurde: Dies mag nicht nur auf ein über weite Strecken unterentwickeltes Grundrechtsbewusstsein der österreichischen Politik, sondern letztlich auch auf die kleinräumige Struktur des Gesundheitswesens zurückzuführen sein, wo angesichts der geringen Zahl von Sozialversicherungsträgern und des überschaubaren Kammersystems der Gedanke an Wettbewerb fremdartig erscheint.

Durch den Beitritt zur EU einerseits und die dadurch bewirkte grundlegende rechtliche, ökonomische und gesellschaftliche Klimaveränderung andererseits hat sich freilich auch eine neue Kultur der Infragestellung entwickelt: Man analysiert die österreichische Rechtsordnung heute als ganze nicht nur in gewohnten Denkmustern, sondern instrumentalisiert auch europarechtliche Argumentationsmuster, um als unbefriedigend empfundene Situationen rechtlich aufzubrechen.

Und Unbehagen besteht im österreichischen Gesundheitswesen allemal: Die Gesundheitsausgaben steigen nach wie vor deutlich stärker als das BIP und die meisten anderen Branchenindizes; die Ärzte klagen über verstärkten Honorardruck und ihnen unzumutbar erscheinende Kassentarifangebote; die Patienten beklagen die zum Teil als unzumutbar empfundene Versorgungslage; nach wie vor ist das System nicht in der Lage, flächendeckende Versorgung mit Fachärzten bestimmter Disziplinen zu gewährleisten usw. Der Gesetzgeber hat durch eine Vielzahl von Maßnahmen, die aus meiner Sicht durchaus problematisch sind, allen Beteiligten – den Krankenkassen etwa durch mangelnde Beitragshoheit, den Ärzten durch die Bindung der Krankenkassen an den Großgeräteplan usw. – nur einen engen Handlungsspielraum belassen, in dem nun – man ist versucht zu sagen: gnadenlos – Verhandlungsgleichgewichte der anderen Marktteilnehmer genutzt werden.

Dabei sind die Rollen durchaus ambivalent verteilt: Aus der Sicht der Kassenärzte und der Pharmaindustrie (diese steht allerdings nicht im Kernbereich des Vortragsthemas) ist es nahe liegend, die Sozialversicherungsträger als übermächtige Verhandlungspartner darzustellen, deren Preisdiktat sie sich zu beugen hätten; die Sozialversicherungsträger sehen sich ihrerseits den Behandlungsvorstellungen und der Verschreibungspraxis der Ärzte ausgeliefert, gegen die sie letztlich keine tauglichen Mittel zur Missbrauchs-kontrolle sehen.⁶

Dass Konfliktparteien in einer derartigen Situation auch nach normativen Regelungen Ausschau halten, die ihre Verhandlungsposition unter-

6) Tomandl, Sozialentwicklung und Medikamentenpreise, 647; Liebscher, Heilmittelverzeichnis und EU-Recht, RdM 1997, vgl. dazu auch jüngst OLG Düsseldorf, 28.8.1998 M 19/98 – EuZW 1999, 188.

mauern könnten, ist nahe liegend: Der Schritt ins Wettbewerbsrecht ist damit getan.

Ich möchte Ihnen nun kurz aus meiner Sicht eine kurze Skizze der europarechtlichen Wettbewerbsregeln vorstellen, so weit sie für die vorliegende Thematik einschlägig sind; daran anschließend möchte ich einige Auswirkungen auf das österreichische Kassenarztrecht erörtern. Ich bitte Sie dabei um Verständnis, dass ich angesichts der Zeitvorgabe für diesen Vortrag EU-Wettbewerbsregeln nicht in extenso darlegen werde – und dies auch nicht in der Schriftfassung nachreichen will, weil es hier bereits einschlägige österreichische und ausländische Publikationen gibt⁷; ich möchte vielmehr nur jene Punkte aufgreifen, die mir für die weitere Untersuchung des österreichischen Rechts wesentlich erscheinen.

2. Rechtsgrundlagen

2.1. Primärrecht

Ausgangspunkt der europarechtlich-wettbewerbsrechtlichen Betrachtungen sind die drei wettbewerbsrechtlichen Zentralbestimmungen des EGV:

- Gem. Art. 81 EGV sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen von Unternehmen verboten und soweit rechtsförmlich erfolgt nichtig; Ausnahmen sind unter bestimmten engen Voraussetzungen zulässig.
- Gem. Art. 82 EGV ist – wiederum auf Unternehmen bezogen – der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten.
- Gem. Art. 86 EGV sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, öffentlichen und monopolartigen Unternehmen keine Vorrechte einzuräumen, die dem Diskriminierungsverbot in Art 12 EGV oder den Wettbewerbsregeln des EGV widersprechen. Enge Ausnahmen sind hier für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben.

2.2. Judikaturtendenzen

Diese Normen, deren Texte für sich genommen bereits grundsätzliche Präferenz zugunsten marktwirtschaftlichen Wettbewerbs erkennen lassen, wurden durch die Judikatur in einer großen Zahl von Entscheidungen überaus wettbewerbsfreundlich ausgelegt.

7) Felix/Schulz-Weidner, Die Konsequenzen der europäischen Wirtschaftsverfassung für die österreichische Sozialversicherung SozSi 1997, 1120; Marhold, Europäisches Wettbewerbsrecht für öffentliche Unternehmen in: Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts; FS Frotz (1993) 645; Eichdorfer, Export von Sozialleistungen nach Gemeinschaftsrecht, Sozialgerichtsbarkeit 1999, S. 7, jeweils m.w.N.

Für Zwecke dieses Vortrags möchte ich dabei einige zentrale Judikaturlinien aufgreifen, die ich in ihrem Kern in wenigen Thesen zusammenfassen möchte.

These 1: Die Krankenversicherung ist als öffentliches Dienstleistungsmonopol anzusehen und unterliegt als solche den Wettbewerbsregeln, soweit diese die Erfüllung ihrer Aufgaben nicht rechtlich oder tatsächlich verhindern.

Diese These geht vom Umstand aus, dass die Soziale Krankenversicherung zwar in sich gegliedert ist, dass es jedoch unter verschiedenen Gesichtspunkten zu einer monopolartigen Stellung der Sozialversicherung als Ganze im Bereich der Nachfrage nach Gesundheitsleistungen kommt: Dabei spielt zum einen die Verhandlungskonzentration aufseiten der Sozialversicherungsträger im Hauptverband eine Rolle; die größere Rolle spielt jedoch aus meiner Sicht die Verhandlungskonzentration aufseiten der Anbieter von Gesundheitsleistungen in den Ärztekammern: Evident ist, dass ein Arzt, der zur Behandlung sozialversicherter Patienten zugelassen sein will, am Kassenvertragssystem nicht vorbeikommt. Dabei spielt m.E. auch keine Rolle, dass die Möglichkeit der Wahlärztliche besteht – also jeder Arzt sozialversicherte Patienten auch dann behandeln kann, wenn er selbst nicht an der kassenärztlichen Versorgung teilnimmt: Angesichts der quantitativ marginalen Bedeutung der Wahlärztliche sind vielmehr deren Bedingungen selbst auf ihre Konformität mit den Wettbewerbsregeln zu prüfen.

Geht man von der monopolartigen Stellung des Kassenvertragssystems aus, und akzeptiert man mit der Judikatur des EuGH wohl auch deren grundsätzliche Zulässigkeit i.S.v. Art 86 Abs. 2 EGV, ist allerdings festzuhalten, dass auch solche Einheiten nicht bar jeder Wettbewerbsschranken agieren dürfen; vielmehr ist eine Beschränkung nur zulässig, soweit sie nicht zu „akzessorischen Wettbewerbsverfälschungen“ führen. *Köck*⁸ hat dabei zu Recht darauf hingewiesen, dass unter diesem Blickwinkel nicht das Verhalten des Dienstleistungsmonopols, sondern die staatliche Maßnahme einer Prüfung unterzogen wird, die zur Einrichtung des Dienstleistungsmonopols geführt hat: Bereits aus der Entscheidung *Höfner/Elser*⁹ lässt sich ableiten, dass der Staat bei der Errichtung von Dienstleistungsmonopolen nicht schrankenlos ist, sondern etwa darauf zu achten hat, ob das Dienstleistungsmonopol zur Erfüllung seiner Versorgungsaufgabe (in concreto jener Entscheidung die Arbeitsvermittlung im Bereich der Führungskräfte) in der Lage ist.

Legt man bei einer solchen Beurteilung jene Wertmaßstäbe zugrunde, die heute letztlich europaweit für die Beurteilung der Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen verwendet werden, kann allgemein formuliert werden: Ein Dienstleistungsmonopol darf nur eingerichtet werden, wenn es 1) eine Dienstleistung erbringt, die von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist, wenn es 2) geeignet ist, die angestrebten Versorgungsaufgaben zu erfüllen, und wenn 3) die wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen nicht über jenes Maß

8) *Köck*, Die Auswirkungen des EG-Wettbewerbsrecht auf die österreichische Sozialversicherung, (Hrsg. *Tomandl*), in Druck.

9) EuGH Rs C-41/90, Slg. 1991, I. 2010.

hinausgehen, das zur Sicherung der Dienstleistung geboten ist¹⁰. Letztlich handelt es sich hier um die Anwendung eines in der verfassungsrechtlichen Judikatur wurzelnden Beurteilungsschemas, mit dem geprüft werden kann, ob ein Eingriff in eine gewährleistete Rechtsposition adäquat ist.

These 2: Krankenversicherungsträger sind keine Unternehmen i.S.d. Wettbewerbsregeln, unterliegen jedoch als Nachfrager nach Waren und Dienstleistungen den Wettbewerbsregeln.

Ausgangspunkt dieser Judikaturlinie war die Entscheidung *Poucet und Pistre*¹¹, nach der die Krankenversicherungsträger bei der Besorgung der Sozialen Sicherheit eine öffentliche Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter erfüllen und in dieser Tätigkeit nicht als Unternehmen anzusehen seien; in den späteren Entscheidungen *Federation Français des Sociétés d'Assurances*¹² und in den Entscheidungen *Albany*¹³ wurden die Wettbewerbsregeln allerdings auf Rechtspersonlichkeiten angewendet, die allesamt jene Kriterien aufweisen, die für österreichische Krankenversicherungsträger prägend sind: Hier hat der EuGH die Eigenschaft als Unternehmen iSd Wettbewerbsregeln angenommen, obwohl es sich – etwa in *Federation Français des Sociétés d'Assurances* bzw. in *Albany* – um Einrichtungen handelt, die durch Pflichtmitgliedschaft geprägt sind, oder – so in *Federation Français des Sociétés d'Assurances* – bei denen die Beiträge einkommensabhängig und gedeckelt waren, das System ohne Gewinnerzielungsabsicht betrieben wurde und insofern vom Solidaritätsprinzip geprägt war, als einkommensschwache Personen im Krankheitsfall von der Beitragsleistung befreit waren¹⁴.

Angesichts dieser Entscheidungen ist mE durchaus vertretbar, Krankenversicherungsträger als Unternehmen iS der Wettbewerbsregeln des EGV anzusehen; dennoch besteht – letztlich in Anlehnung an die *E Poucet und Pistre* – eine weithin gefestigte Auffassung, dass Sozialversicherungsträger nicht als Unternehmen i.S.v. Art. 81 EGV anzusehen sind und daher ihre Tätigkeit als solche gegenüber dem Wettbewerbsregeln des EGV immun ist¹⁵.

Mit dieser Qualifikation ist freilich nur die Tätigkeit der Sozialversicherungsträger in einem engen Sinn immun gegen die Wettbewerbsregeln: Letztlich bedeutet dies nur, dass es zulässig ist, dass ein Staat Sozialversicherungsträger schafft, denen er monopolartig das Recht einräumt, von Pflichtversicherten Beiträge einzuheben und diesen Leistungen zu gewähren.

10) Vgl. *Marhold*, Europäisches Wettbewerbsrecht für öffentliche Unternehmer, FS Frotz (1993) 645 mwN.

11) EuGH RS C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-637.

12) EuGH RS C-244/94 Slg. 1995, I-4013.

13) EuGH RS C-67/96, C 115-117/97, in der Slg. noch nicht veröffentlicht.

14) Vgl. dazu jüngst *Hatenberg*, Europarechtliche Perspektiven der ärztlichen Berufsausübung, MedR 2/2000, SS m.w.N.

15) Vgl. dazu *Köck*, Die Auswirkungen des EG-Wettbewerbsrechts auf das österreichische Sozialversicherungsrecht, 46 ff. m.w.N.

Anderes gilt freilich für die Tätigkeit der Sozialversicherungsträger als Nachfrager nach Waren und Dienstleistungen. In diesem Bereich darf ein Sozialversicherungsträger daher beispielsweise eine allenfalls bestehende marktbeherrschende Stellung nicht missbräuchlich nutzen; darauf wird noch näher einzugehen sein.

3. Einzelfragen

3.1. Anwendung der Wettbewerbsregeln auf das Vertragspartnerrecht

Fokussiert man nun Einzelfragen, ist im Kontext dieses Vortrags zunächst die Frage zu klären, ob die Wettbewerbsregeln überhaupt auf das Vertragspartnerrecht Anwendung finden¹⁶. Immerhin könnte man der Auffassung sein, dass nach der herrschenden österreichischen – und deutschen – Auffassung die Sachleistungsverpflichtung der Krankenversicherungsträger nicht in der unmittelbaren Leistungserbringung selbst besteht, sondern in der Schaffung eines Systems, innerhalb dessen der Versicherte in der Lage ist, die Leistungen kostenfrei zu konsumieren. Anders als beim Einkauf für den inneren Betrieb geht es ja bei der Sachleistungserbringung nicht darum, dass die Sozialversicherungsträger Waren oder Dienstleistungen für ihren eigenen Bedarf einkaufen, sondern darum, dass sie letztlich die Bedarfsbefriedigung für den Patienten organisieren. So gesehen könnte man der Auffassung sein, dass als Nachfrager etwa der ärztlichen Behandlungsleistung der Versicherte selbst auftritt, während der Versicherungsträger nur die Konditionen der Leistungserbringung bzw. der Honorierung gestaltet.

Dennoch steht für mich die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf diese Konstellation außer Zweifel: Ich gehe davon aus, dass der Sozialversicherungsträger – jedenfalls in Österreich – letztlich von Gesetzes wegen verpflichtet ist, einen Leistungsauftrag zu erfüllen, indem er die Sachleistungserbringung organisiert. So gesehen mag es zwar der Patient sein, der selbst die Sachleistung nachfragt, doch bleibt es die Sozialversicherung, die ihrerseits Nachfrager nach dem System ist, innerhalb dessen die konkrete Sachleistung konsumiert werden kann. Insoweit tritt die Sozialversicherung jedenfalls gegenüber der Ärzteschaft – mutatis mutandis gilt dies zweifellos auch für andere Sachleistungserbringer – als Nachfrager auf und unterliegt den Wettbewerbsregeln.

16) *Hatzenberg*, Europarechtliche Perspektiven der ärztlichen Berufsausübung, *MedR* 2/2000, SS LG Düsseldorf 6.1.1999 – 340/Kart) 182/989v; LG Hamburg 31.3.1999, 3150 143/99; Weißbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG-Vertrag (Abl. 1999, C 132, S. 1).

3.2. Marktbeherrschende Stellung der Sozialversicherungsträger

Einzugehen ist auch auf die Frage, ob die Krankenversicherungsträger für sich genommen bzw. ob die Krankenversicherung insgesamt eine marktbeherrschende Stellung im Gesundheitswesen besitzen. Dieser Gesichtspunkt ist sowohl bei der Beurteilung, ob ein Dienstleistungsmonopol vorliegt, als auch bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln von entscheidender Bedeutung.

Hier ist es mir wichtig, darauf hinzuweisen, dass eine differenzierte Betrachtung notwendig ist, weil die Sozialversicherung nicht als fest gefügte rechtliche oder wirtschaftliche Einheit existiert, sondern aus historischen Gründen in Österreich – viel mehr noch in Deutschland – gegliedert ist. Insofern besteht theoretisch die Möglichkeit zu argumentieren, dass weder ein Krankenversicherungsträger noch die Krankenversicherung als Ganze eine marktbeherrschende Stellung besitzt; hier könnte auch das Wahlarztssystem unterstützend ins Treffen geführt werden.

Trotz dieser Notwendigkeit der Differenzierung ist allerdings zumindest in jenem Bereich, der im Zusammenhang mit dem heutigen Thema von Interesse ist, kaum zu bezweifeln, dass die Sozialversicherungsträger für sich genommen und die Sozialversicherung als Ganze eine marktbeherrschende Stellung innehaben, jedenfalls für Österreich: Da praktisch die gesamte Wohnbevölkerung in der Krankenversicherung pflichtversichert ist, ist die Erbringung von Behandlungsleistungen durch niedergelassene Ärzte außerhalb der Sozialversicherung letztlich geringfügig: Obwohl die Patienten eine wachsende Bereitschaft zeigen, Behandlungsleistung als Privatpatient zu konsumieren, kommt, wer sozialversicherte Patienten behandeln will, am Kassenvertrag de facto nicht vorbei.

Mir ist es wichtig zu betonen, dass diese marktbeherrschende Stellung der Träger der Krankenversicherung auch vorliegt, obwohl wir eine Mehrzahl von Sozialversicherungsträgern kennen, die keineswegs flächendeckend einheitliche Verhandlungen führen: Nicht zu bezweifeln ist dies m.E. jedenfalls für die Gebietskrankenkassen und die Betriebskrankenkassen, die ein letztlich einheitliches Kassenvertragsregime kennen, das für mehr als drei Viertel der Wohnbevölkerung maßgeblich ist. Zu überlegen wäre allenfalls, eine marktbeherrschende Stellung der „kleinen Kassen“ zu verneinen: Man könnte argumentieren, dass sie selbstständige Verhandlungen führen und im Hinblick auf ihre relevanten Teilmärkte – Selbstständige, öffentlich Bedienstete, Eisenbahner – mit anderen Nachfragern – nämlich den Gebietskrankenkassen usw. – in Konkurrenz stehen.

Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass die marktbeherrschende Stellung sich auch bei diesen Krankenkassen daraus ergibt, dass der Anbieter, wenn er die von diesen Kassen abgedeckten Teilmärkte bedienen will, letztlich de facto nur die Wahl hat, mit den Kassen abzuschließen.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass sich die marktbeherrschende Stellung der Krankenversicherung als Ganze auch daraus ergibt, dass für die Behandlung der sozialversicherten Patienten letztlich – auch wenn sie im Einzelfall im Rahmen der freien Honorarvereinbarung überschritten werden – die Kassentarife maßgeblich sind: Will er krankenversicherte Patienten

behandeln, kommt ein Arzt de facto nicht an den Marktkräften vorbei, die der Kassentarif entfaltet.

Obwohl die Krankenversicherung uns heute als gegliederte Organisation entgegentritt, schließt dies so gesehen weder die Qualifikation der Sozialversicherung als Dienstleistungsmonopol noch die marktbeherrschende Stellung der Krankenversicherungsträger aus. Vielmehr ist die Krankenversicherung als monopolartige Struktur zu sehen, deren Ausgestaltung selbst den für Dienstleistungsmonopole maßgeblichen wettbewerbsrechtlichen Schranken unterliegt.

3.3. Zulässigkeitschranken des Dienstleistungsmonopols

Aus dem Umstand, dass die Sozialversicherung als Dienstleistungsmonopol anzusehen ist, folgt, dass sie dem Anspruch genügen muss, zur Verfolgung der öffentlichen Interessen unter dem Blickwinkel der Eignung und des Übermaßverbots geeignet zu sein.

Dabei kann ich mich kurz fassen: Ich habe keinen Zweifel daran, dass es für sich als allgemeines wirtschaftliches Interesse i.S.v. Art. 86 Abs. 2 EGV anzusehen ist, ein System zu etablieren, das weiten Kreisen der Bevölkerung den Zugang zu kostenfreier bzw. kostengünstiger Gesundheitsversorgung sicherstellen soll¹⁷. Persönlich halte ich es auch für nicht zu bezweifeln, dass das System der sozialen Krankenversicherung grundsätzlich geeignet ist, diesem Ziel Rechnung zu tragen: Ich bin seit jeher ein massiver Befürworter des Systems der auf Pflichtversicherung, Sachleistungsprinzip und Selbstverwaltung beruhenden Bismarck'schen Sozialversicherung.

In den letzten Jahren bin ich jedoch – was die Eignung der Zielerreichung betrifft – skeptisch geworden, weil einzelne Phänomene auftreten, die einen Zweifel an der Eignung aufkeimen lassen: Mir bereitet Kopfzerbrechen, dass es Bereiche gibt, in denen eine flächendeckende Versorgung mit bestimmten Kassenärzten nicht erreicht werden kann, ohne dass massive Gegenmaßnahmen gesetzt werden. Mir bereitet auch Kopfzerbrechen, dass das System aus Kostengründen verstärkt versucht, in die Behandlungsfreiheit einzugreifen, und dass es verstärkt versucht, durch rigide Honorargestaltung Kostenbegrenzungen durchzusetzen.

Ich bin mir dessen durchaus bewusst, dass man für diese Maßnahmen die Begrenztheit der öffentlichen Mittel als Rechtfertigung heranziehen kann: Allerdings ist evident, dass mit diesem Argument nicht jede beliebige kostenbegrenzende Maßnahme gerechtfertigt werden kann; vielmehr kommt es hier zu einer Substruktur der vorhin erwähnten Beurteilung einer staatlichen Maßnahme, die in eine gewährleistete Rechtsposition eingreift, auf ihre Adäquanz: Zu fragen ist, ob die konkrete Maßnahme gerechtfertigt, geeignet und maßvoll ist, die Finanzierungsgrundlagen des Systems zu wahren.

17) Vgl. EuGH 21.9.1999, C-67/96; C 115-117/97 (RS Albany); 17.2.1993 c-159/91 C-160/91, Slg. SI 637 (RS Poucet und Pistre).

Eine besondere Bedeutung kommt dabei der These von der angebotsinduzierten Nachfrage¹⁸ zu: Mit ihr wird vielfach versucht, Maßnahmen zu legitimieren, einem angeblichen oder tatsächlichen Druck der Ärzteschaft auf Ausweitung der Behandlungsleistungen gegenzusteuern. Ich kann mich – wie die meisten anderen in diesem Raum auch – hier nur darauf zurückziehen, dass ich nicht Ökonom bin und diese These nicht überprüfen kann, wohl aber für plausibel halte, weil es der *conditio humana* entspricht, tatsächlich oder vermeintliche Erwerbchancen zu nutzen und auszuweiten. Aus meiner Sicht möchte ich allerdings davor warnen, die These von der angebotsinduzierten Nachfrage über die Maßen zu strapazieren: Wir wissen heute aus der medizinrechtlichen Judikatur, dass Ärzte in der Erbringung von Behandlungsleistungen unter einem enormen berufsrechtlichen Haftungsdruck stehen, der sie dazu zwingt, gegenüber Patienten die in der Medizin zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen. Es ist heute unstrittig, dass das Krankenversicherungsrecht keinen Vorrang vor dem ärztlichen Berufsrecht hat, sondern jedenfalls die Schranken des ärztlichen Berufsrechts achten muss, weil kein Arzt sich zu einer Leistung verpflichten darf, die den Schranken seines Berufsrechts zuwiderläuft. Unter diesem Blickwinkel ist es jedenfalls unzulässig, die These von der angebotsinduzierten Nachfrage zur Rechtfertigung von Normen heranzuziehen, die berufsrechtlich unzulässig wären. Ich sehe den Anwendungsbereich der These von der angebotsinduzierten Nachfrage daher eher im Bereich der Zulassungsbeschränkungen als im Bereich der Ausübungsbeschränkungen.

Im Übrigen möchte ich diese Überlegungen im Folgenden anhand einiger Beispiele konkretisieren, in denen ich die Wettbewerbskonformität des Dienstleistungsmonopols infrage gestellt sehe. Dabei ist es nahe liegend, diese Prüfung anhand der Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 81 EGV vorzunehmen.

3.4. Wettbewerbskonformität des Dienstleistungsmonopols

3.4.1. Gestaltung der Honorarordnungen

Hier ist zunächst auf das Gebot der angemessenen Preisgestaltung hinzuweisen (Art. 81 Abs. 1 lit. a EGV), wobei ich nicht verkenne, dass dieses Gebot in der Praxis nur schwer justiziabel ist. Unter diesem Blickwinkel eröffnen sich jedoch theoretisch Möglichkeiten, einzelne Aspekte der Honorarordnungen, einzelne Punktwerte, Deckelungen usw. infrage zu stellen.

Große praktische Bedeutung besitzt die Verpflichtung zur angemessenen Preisgestaltung aus meiner Sicht im Zusammenhang mit dem Verbot der Einschränkung oder der Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung oder der Investition, das Art. 81 Abs. 1 lit. b EGV

18) Vgl. auch Köck, Die Auswirkungen des EG-Wettbewerbsrecht auf das österreichische Sozialversicherungsrecht m.w.N.

nennt¹⁹: Kann man unter diesem Blickwinkel wirklich rechtfertigen, dass eine Leistung, die ein Kassenarzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst lege artis erbringt, überhaupt nicht mehr honoriert wird, wie dies bei gedeckelten Honoraren der Fall sein kann?

3.4.2. Marktregulierung

Was die Aufteilung der Versorgungsmärkte oder Versorgungsquellen (Art 81 Abs 1 lit c EGV) betrifft, gilt es zunächst, kurz das Stellenplansystem zu prüfen: Ich bin der Auffassung, dass ein Stellenplansystem²⁰ grundsätzlich geeignet ist, wenn die These von der angebotsinduzierten Nachfrage zutrifft, eine flächendeckende Versorgung sicherzustellen und zugleich zu gewährleisten, dass die Behandlungsleistungen nicht ausufern, weil eine Mehrzahl von Behandlern auftritt. Für mich steht das Stellenplansystem allerdings dort infrage, wo es sich als nicht effektiv erweist, die flächendeckende Versorgung sicherzustellen.

Von großer aktueller Bedeutung ist weiters die Frage, ob die Beschränkung der Kostenerstattung bei Wahlärzten auf 80% nicht eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung darstellt. Dazu ist ein verfassungsgerichtliches Verfahren²¹ anhängig, dessen Ausgang unmittelbar bevorsteht und zu dem ich mich daher nicht äußern kann: Ich bin jedenfalls gespannt, ob der VfGH auch europarechtliche Gesichtspunkte in seine Bewertung einfließen lässt.²²

Ein in Österreich aktuelles Problem sind schließlich Regelungen, die den Zugang zur Kassenplanstelle betreffen. Hier ist ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, weil in einigen Bundesländern die Ärztekammern für Fachärzte und Ärzte für Allgemeinmedizin Richtlinien beibehalten, die für die Bewerber um eine Kassenplanstelle vorteilhaft sind, die aus einem Bundesland stammen, in dem der Antrag gestellt wird, oder österreichische Staatsbürger sind oder ständig in einem Bundesland wohnen, in dem der Antrag gestellt wird, oder Kind eines Kassenarztes sind. Dieses Verfahren wird unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) geführt, doch kann man diese Regelungen – insbesondere die massive Bevorzugung von Kindern – auch als einen Verstoß gegen die Wettbewerbskonformität der Ausgestaltung des Dienstleistungsmonopols sehen, soweit hier eine nicht adäquate Zugangsbeschränkung existiert. Dass hier auch vergaberechtliche Probleme der Dienstleistungs-RL sowie der Rechtsschutz-RL

19) Reichweite des Art. 81 Abs. 1 EG ist sehr weit, vgl. *Lenz*, EG-Vertrag Kommentar (1994) Rz 54-78 zu Art. 85.

20) *Felix*, Gesundheitsleistungen ohne Grenzen in der Europäischen Union, SozSi 199, 31.

21) Antrag gem. Art. 89 Abs. 2 B-VG des OGH 16.3.1999, 10 Ob S 51/99, Antrag des OLG Graz 23.4.1998, 7 Rs 272/97t, des OLG Innsbruck 2.12.1997, 25 Rs 122/97w ablehnend OLG Linz 9.2.1997, 12 Rs 241/97s.

22) Immerhin könnte im Hinblick auf die mögliche Dienstleistungserbringung im Ausland auch eine Verletzung der EG-rechtlichen Dienstleistung vorliegen. Vgl. dazu auch *Köck*, Die Auswirkungen des EG-Wettbewerbsrecht auf das österreichische Sozialversicherungsrecht, 50 m.w.N.

angesprochen sind, hat im Übrigen *Resch* bei der vorjährigen Tagung überzeugend dargestellt.²³

Zu erwähnen ist schließlich auch die Praxis von Krankenversicherungsträgern, Sachmittel im Großeinkauf einzukaufen und diese dann den Ärzten kostenlos zur Verfügung zu stellen. Hier liegt m.E. jedenfalls ein Verstoß gegen ein innerstaatlich aus dem System der krankenversicherungsrechtlichen Leistungserbringung abzuleitendes Selbstabgabeverbot vor; europarechtlich ist freilich nicht *dieser*, sondern der Gesichtspunkt der Bevorzugung der Vertragspartner relevant, weil die Sozialversicherung hier die Wahlärzte benachteiligt, ohne dass dafür eine Rechtfertigung ersichtlich ist: Hier kann man jedenfalls von einem – um ein in Deutschland derzeit offenbar geflügeltes Wort zu gebrauchen – Anfangsverdacht der Wettbewerbsverzerrung sprechen.

Übrigens: Trotz seiner Marginalität sollte man diesen Gesichtspunkt nicht unterbewerten: Immerhin ist er Ausdruck eines Selbstverständnisses der Sozialversicherungsträger, die Kassenärzte letztlich nicht als gleichberechtigte Vertragspartner, sondern als Empfänger von Vergünstigungen zu sehen: Oder können Sie sich vorstellen, dass Sie dem Fotografen, von dem Sie die Bilder vom Firmenjubiläum anfertigen lassen, einen Film schenken? Bitte verstehen Sie mich nicht falsch: Ich halte es für wichtig, wenn es gelingt, durch Großeinkauf Kosten zu sparen; doch wäre dies für mich nicht Aufgabe der Nachfrageseite, sondern der Leistungsanbieter. Insofern kommt auch in dieser Marginalie letztlich zum Ausdruck, dass die Sozialversicherungsträger nicht die Leistung bei jenen Marktteilnehmern einkaufen, die am günstigsten anbieten (wie es wettbewerblichen Strukturen adäquat wäre), sondern jene, mit denen sie in Vertragsbeziehungen stehen, gegenüber jenen, mit denen sie nicht in Vertragsbeziehungen stehen, in den Gesteuerungskosten begünstigen: Dies ist wettbewerblichen Strukturen inadäquat.

3.4.3. Sonstige Vertragsbedingungen

Was die sonstigen Vertragsbedingungen (Art. 81 Abs 1 lit. e EGV) betrifft, könnte man das Gebot der grundsätzlichen Höchstpersönlichkeit der Leistung oder das Verbot, zwischen Kassenpatienten und Privatpatienten hinsichtlich der Ordinationszeiten und der Wartezimmer zu differenzieren²⁴, erwähnen. Bei beiden Vertragsbestimmungen ist fraglich, ob sie dem Wesen des Arztberufs adäquat und bei freiem Spiel der Marktkräfte Vertragsinhalt wären.

Ich möchte hier allerdings differenzieren: Ich halte es für legitim, einen Arzt im Rahmen des Zumutbaren zur höchstpersönlichen Erfüllung des Behandlungsvertrags zu verpflichten – dies ist auch regelmäßig bei der freien Vertragsgestaltung zwischen Arzt und Patient der Fall. In gleicher Weise halte ich es für legitim, wenn die Krankenversicherung, die eine entsprechende

23) *Resch*, Die Auswahl der Vertragspartner durch die Versicherungsträger, in *Jabornegg/Resch/Seewald*, Der Vertragsarzt (Wien 1999), 149, insbesondere 154 ff.

24) *Köck*, Die Auswirkung des EG-Wettbewerbsrechts, 50; *Krejci*, Untergang der Kassenärzte (1998) 38.

Verpflichtung in den Vertrag aufnimmt, solange dem Arzt in wichtigen Fällen ein Substitutionsrecht zuerkannt ist.

Anders verhält es sich hingegen beim Verbot der Differenzierung in der Behandlung von Kassenpatienten und Privatpatienten: Dieses Verbot ist aus der Sicht der Krankenkassen zwar möglicherweise wünschenswert, um ihre Versicherten vor unangenehmen Situationen zu schützen; aus der Sicht des Wettbewerbsrechts sehe ich jedoch keinerlei Rechtfertigung, das Wettbewerbsverhalten eines Vertragspartners gegenüber *anderen* Kunden vertraglich zu beschränken.

Pro futuro ist es mir wichtig, darauf hinzuweisen, dass ich bei der Gestaltung von Verträgen im Zusammenhang mit Gruppenpraxen oder mit sonstigen Vertragspartnern der Auffassung bin, dass überschießende Vertragsbestimmungen – etwa eine Bestimmung, durch die ein Kassenvertrag mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters der Gruppenpraxis automatisch endet – bereits nach österreichischem Recht unzulässig wären; das europäische Wettbewerbsrecht würde aus meiner Sicht hier eine zusätzliche Handhabe gegen solche Bestimmungen offerieren.

3.5. Grenzüberschreitender Wettbewerb

Nach dieser kursorischen Überprüfung der innerstaatlichen Regulierung und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkte möchte ich mich noch mit dem grenzüberschreitenden Wettbewerb auseinandersetzen. Im Kontext der Wettbewerbsregeln gibt es dafür nur den einen Anhaltspunkt, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 82 EGV verboten ist, wenn er dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Ich sehe hier nicht die Gefahr, dass es bei der ärztlichen Berufsausübung zu einem Konflikt mit dieser Bestimmung kommt, weil der Aktionsradius eines Arztes im Regelfall so beschränkt ist, dass es zu einer marktbeherrschenden Stellung – sieht man vom theoretisch denkbaren Ausnahmefall eines singulären Spezialisten ab – wohl nicht kommen wird.

Unmittelbare Bedeutung besitzt diese Bestimmung freilich für die Sozialversicherung als Gesamtsystem, wenn man sie in ihrem engen Konnex zur grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsfreiheit sieht.

Hier komme ich nicht umhin, den im sattsam bekannten Verfahren *Kohl/Decker*²⁵ ausgesprochenen Grundsatz zu referieren, nach dem die Sachleistungserbringung der Krankenversicherungsträger den Regeln über den freien Waren und Dienstleistungsverkehr unterliegt. Dieser Satz hat – wie es *Köck* formuliert hat – Schockwellen durch die europäischen Krankenversicherungssysteme ausgesandt und stellt doch letztlich nur eine Fortsetzung

25) EuGH 28.4.1998, C-148/96, Slg. SI-1931 (Rs Kohl); EuGH 28.4.1998, C-120/95 Slg. SI-1831 (Rs Decker); vgl. dazu *Hatenberg*, Europarechtliche Perspektiven der ärztlichen Berufsausübung, MedR 2/2000, 55.

der altbekannten Judikatur des EuGH²⁶ zur Freiheit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs dar, nach der jede Einschränkung dieser Grundfreiheit einer zwingenden Rechtfertigung bedarf. Soweit eine solche fehlt, ist eine Beschränkung der Waren- und Dienstleistungsfreiheit unzulässig.

Diese Entscheidung hat in Österreich deutlich weniger Staub aufgewirbelt als in anderen EU-Ländern, weil man sich mit wenigen Ausnahmen in der Sicherheit wiegte, dass die Kostenerstattungsregelung in § 131 ASVG das *Kohl/Decker*-Urteil vorweggenommen hat. In der Tat spielt es für den Anspruch auf Kostenerstattung nach österreichischem Recht keine Rolle, ob der Leistungserbringer seinen Sitz in Österreich oder im Ausland hat; ausschlaggebend ist nur, ob die Leistung von einem gleichwertigen Leistungserbringer (Arzt) und zumindest der österreichischen Qualität gleichwertig erbracht wurde.

Damit wird auf der Grundlage der Dienstleistungsfreiheit eine massive Ausweitung des tatsächlichen Wettbewerbs möglich: Die Behandlung durch einen deutschen Arzt in Freilassung löst in Österreich einen Anspruch auf Kostenerstattung gegen den österreichischen Träger der Krankenversicherung ebenso aus wie die Behandlung durch den deutschen Arzt in Österreich ebenso einen Anspruch auf Kostenerstattung auslöst, sobald er nach den Regelungen des ÄrzteG in Österreich tätig werden darf.

Damit ist die Dienstleistungsfreiheit auch unter Wettbewerbsgesichtspunkten insofern relevant, als sie bewirkt, dass der Wettbewerb nicht an den Grenzen des Mitgliedstaates endet, sondern sowohl den Arzt als auch die Sozialversicherung als Ganze dem grenzüberschreitenden Wettbewerb aussetzt.

An den Grenzen des ärztlichen Berufsrechts stehen noch jene wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkte, die im vergaberechtlichen Zusammenhang normiert sind:

Ich möchte hier auf die Entscheidung in der RS *Tögl* hinweisen, nach der auf Leistungen, bei denen der medizinische Wert nicht im Vordergrund steht, die Vergaberegeln Anwendung finden.

Dieser Grundsatz ist der Entscheidung in der RS *Tögl*²⁷ zu entnehmen, welche die Erbringung von Transportleistungen durch Rettungs- und Krankentransportunternehmen betraf. Hier hat der EuGH die Anwendung der Vergaberegeln der RL 89/665/EWG des Rates vom 21.9.1989 und der RL 92/50/EWG des Rates von 18.6.1992 ohne weiteres bejaht und dabei ausgeführt, dass im Einzelfall geprüft werden muss, ob der Wert der medizinischen Leistung oder der Wert der anderen Leistung überwiegt. Diese Entscheidung hat im Übrigen – worauf ebenfalls *Köck* hingewiesen hat – eine klare Fortsetzung in der Entscheidung *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-GesmbH*²⁸ gefunden.

26) Vgl. EuGH anhängiges Verfahren C-157/99, B.S.M. Geraets-Smit/Stichting Ziekenfonds VGZ und H.T.M. Peerbooms/Stichting CZ Groeg Zorgverzekeringen. ABl. 1999, C 226, S 12.

27) EuGH Rs C-76/97, Slg 1998, I-5338, (Rs Tögl).

28) EuGH 4.3.1999, Rs C-258/997.

4. Schlussbemerkung

Meine Damen und Herren! Ich habe Ihnen einige Gedanken zu den wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten der ärztlichen Tätigkeit dargelegt.

Mir bereitet auch Sorge, dass das System nach Außen – in die Bevölkerung und in die Politik – über weite Strecken nur mehr kommuniziert, dass es nicht leistungsfähig ist, anstatt auf seine grundsätzliche Leistungsfähigkeit hinzuweisen; und mir bereitet auch Sorge, dass es wegen des Kostendrucks verstärkt versucht, Marktmacht auszuspielen, anstatt Freiheit einzuräumen: Ich weiß nicht, wo die Zulässigkeitsschranken der Wettbewerbsbeschränkung im Einzelnen erreicht sind, doch ist evident, dass ein Dienstleistungsmonopol je weniger es für sich genommen geeignet ist, sein Ziel zu erfüllen, desto mehr wettbewerbsfreundlich sein muss: Ich fürchte, dass die aus meiner Sicht falschen Tendenzen in Kombination rasch dazu führen werden, dass die Zulässigkeitsschranken des Dienstleistungsmonopols erreicht sind.

Andreas Wagener

Wettbewerb und Krankenanstalten in Deutschland

Einführung

Seit Anfang der 90er-Jahre versucht man Wettbewerb - oder besser gesagt wettbewerbliche Elemente - vermehrt in das Gesundheitswesen zu implementieren. Insbesondere das Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen untereinander ist hiervon geprägt. Aber auch der Krankenhausbereich ist hiervon berührt worden. Zeitweise konnte man den Eindruck gewinnen, Wettbewerb im Krankenhaus sei zu einem beherrschenden Thema geworden. Meines Erachtens handelt es sich bei dieser Diskussion um ein Abfallprodukt eines gesamtwirtschaftlichen und gesamtgesellschaftlichen Trends, der Wettbewerb und Markt zum Credo erhoben hat. Dies betrifft somit auch solche Bereiche, die bis dato weitgehend von marktwirtschaftlichen Mechanismen verschont geblieben sind.

1. Die Frage, die wir uns zunächst stellen müssen, lautet: Welchen Spielraum hat Wettbewerb im Krankenhaus überhaupt? Dass der Begriff „solidarischer Wettbewerb“ ein Widerspruch in sich ist, dürfte mittlerweile unbestritten sein. Wettbewerb selbst setzt Konkurrenz, Markt, Nachfrage und Angebot voraus. Im Krankenhausbereich und im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung existiert allerdings – im Gegensatz zur freien Wirtschaft – ein dichtes Netz von reglementierenden Regelungen. Beispielhaft sei darauf hingewiesen, dass das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung im SGB V grundsätzlich eine Beschränkung auf das Notwendige, also eine ausreichende Versorgung vorsieht, wie es in § 39 Abs. 1 SGB V und § 2 Abs. 2 BPfIV zum Ausdruck kommt. Dies steht aber im Widerspruch zu einer wettbewerbsorientierten Unternehmensstrategie, denn grundsätzlich ist Wettbewerb auf Expansion angelegt. Hinzu kommt, dass ein für wettbewerbliche Strukturen absolut notwendiges Marketing – im Krankenhausbereich sicherlich eher als Öffentlichkeitsarbeit bezeichnet – ebenfalls über das übliche Maß hinaus reglementiert ist. Durch das Heilmittelwerbegesetz und insbesondere das Berufsrecht der Ärzte wird

lediglich einem gewissen Informationsbedürfnis auf möglichst sachlicher Grundlage Rechnung getragen. Gerade aus dem Berufsrecht der Ärzte, das grundsätzlich nicht für den Krankenhausträger selbst gilt, aber über die Fürsorgepflichten eines Arbeitgebers gegenüber seinen angestellten Ärzten auch auf ihn durchschlägt, ergeben sich zahlreiche Hemmnisse, die heute Morgen bereits ausführlich dargestellt worden sind. Auf der anderen Seite fordern Krankenhausträger von ihren leitenden Ärzten aber „Öffentlichkeitsarbeit“ und akquisitorische Maßnahmen.

2. Weiter ist zu beachten, dass auch die Ausgangsüberlegungen und Interessen, die sich durch die gesetzlich verbrieft Krankenhausträgerpluralität in Deutschland ergeben (§ 1 Abs. 2 KHG), höchst unterschiedlich sind. Der humanitäre, karitative Ansatz der meisten Krankenhausträger und das aus der Vergangenheit tradierte Bewusstsein, dass der Mensch, das medizinisch Machbare, absolut im Vordergrund stehen und ökonomische Zwänge demgegenüber nachrangig sind, erschweren die Einführung wettbewerblicher Elemente. Insofern ist es geradezu fatal, Maxime der Privatwirtschaft aus anderen Bereichen ohne Reflexion auf den Gesundheitsbereich im Allgemeinen und das Krankenhauswesen im Besonderen zu übertragen. Zu vergegenwärtigen ist dabei insbesondere,

- dass sich der Patient durch seine Krankheit in einer Position der Schwäche und Hilfsbedürftigkeit befindet;
- dass er auf Krankenhausleistungen nicht verzichten kann, wie ggf. auf Konsumgüter oder andere Dienstleistungen und
- dass er teilweise nicht einmal zeitlich oder inhaltlich über die Leistungen disponieren kann.

Dies hat auch die Bundesregierung erkannt, die in ihrer Stellungnahme zum 12. Hauptgutachten der Monopolkommission 1996/ 1997 (Bundestagsdrucksache 14/1274 vom 25. Juni 1999) darauf hinweist, dass die Erkenntnisse über wettbewerbliche und marktorientierte Steuerungsmechanismen anderer Wirtschaftszweige nicht ohne weiteres auf das Gesundheitswesen übertragen werden können.

Die Monopolkommission hat am 7. Juli 1998 ihr 12. Hauptgutachten „Marktöffnung umfassend verwirklichen“ vorgelegt. Im Ergebnis vertritt die Monopolkommission eine grundlegende Reform des deutschen Gesundheitswesens durch einen stärker wettbewerblich ausgerichteten Ordnungsrahmen für den Krankenversicherungsschutz und die Versorgung mit sozialen Diensten. Unter anderem wird eine weitgehende Einführung von Steuerungsinstrumenten im Sinne von Managed-Care-Konzepten befürwortet.

3. Wenn wir also unter den dargestellten Voraussetzungen und Rahmenvorgaben über Wettbewerb im Krankenhaus sprechen, muss ferner die Frage geklärt werden, an wen richten sich die wettbewerblichen Bemühungen? An den Patienten, den niedergelassenen (einweisenden) Arzt, die Krankenkassen oder gar die Behörden als diejenigen, die für die Investitionsfinanzierung und Krankenhausplanung der Krankenhäuser in Deutschland zuständig sind?

Gerade im Hinblick auf das „Zielobjekt“ Patient möchte ich Herrn Prof. Deppe von der Universität Frankfurt sinngemäß zitieren, der einmal gesagt hat: „Wettbewerb bedeutet per se Selektion; der ideale Patient ist derjenige, der die höchste Rentabilität verspricht und die großzügigste Krankenversicherung hat.“

Dem ist in dieser Deutlichkeit wenig hinzuzufügen. Es gibt sicherlich keinen Wettbewerb um multimorbide, arme Patienten.

Natürlich ist auch der niedergelassene Arzt, der den Patienten in das Krankenhaus einweist, grundsätzlich Adressat, auf den der Wettbewerb ausgerichtet ist. Auch wenn seine Einweisungsentscheidung im Sozialrecht (§ 73 Abs. 4 SGB V) grundsätzlich nicht unreglementiert ist und er die beiden nächst gelegenen geeigneten Krankenhäuser in seiner Einweisung berücksichtigen muss, so hat er dennoch viel Spielraum bis hin zur konsequenten Nichtbeachtung dieser Vorschrift. Die niedergelassenen Ärzte tragen maßgeblich durch ihr Einweisungsverhalten zur Inanspruchnahme und auch zum Ruf eines Krankenhauses bei. Aber auch dieser Wettbewerb bei den niedergelassenen Ärzten kann durchaus negative Konsequenzen entfalten. Denkt man daran, welche Rolle dem Krankenhausarzt nach § 39 SGB V zugeordnet worden ist – nämlich die Kontrollfunktion über das Einweisungsverhalten der niedergelassenen Kollegen auszuüben – so wird in Gesprächen mit Krankenhausärzten immer wieder festzustellen sein, dass man Reaktionen der einweisenden Ärzte fürchtet, sofern man die eingewiesenen Patienten als ambulant weiterbehandlungsfähig einstufen würde. Dies gilt insbesondere in den Bereichen mit großer Krankenhausdichte wie z. B. in städt. Ballungsräumen, wo mehrere Krankenhäuser mit ähnlichen Leistungsstrukturen zur Verfügung stehen.

Ferner richten sich Wettbewerbsbemühungen sowohl an die Krankenkassen als Vertragspartner für die laufende Betriebskostenfinanzierung als auch – und das ist sicherlich ungewöhnlich – an die zuständigen Landesbehörden, die für die Investitionsentscheidungen zuständig sind. Dies gilt zumindest solange, wie in Deutschland noch das duale Krankenhausfinanzierungssystem Gültigkeit besitzt. Letzteres gilt auch in Beziehung zu dieser Behörde, sofern sie als Planungsinstanz dafür zuständig ist, ob und mit welcher Planbettenanzahl ein Krankenhaus in den Krankenhausplan aufgenommen bleibt. Ob man in diesen Belangen insgesamt von Wettbewerb oder wettbewerblichen Elementen sprechen kann, dürfte zumindest zweifelhaft sein, insbesondere wenn man sich vergegenwärtigt, dass in diesem Zusammenhang auch politische Entscheidungen getroffen werden, die durchaus auch von sachfremden Erwägungen geleitet sind.

4. Wettbewerb im Krankenhausbereich, wie ihn die Deutsche Krankenhaugesellschaft versteht, ist ein Qualitäts- und Leistungswettbewerb innerhalb des bestehenden Systems, der dazu beiträgt, die Effizienz des deutschen Gesundheitssystems zu erhöhen. Ein derartiger Wettbewerb wird durch die für das deutsche Krankenhaussystem charakteristische Trägerpluralität gefördert, die eine trägerbezogene Motivation der

Mitarbeiter und Ausrichtung der Leistungserbringung ermöglicht. Dabei stehen zwei zentrale Begriffe zurzeit in der Diskussion im Vordergrund:

- das Thema Zertifizierung, d. h. Qualitätswettbewerb insbesondere bezogen auf die medizinische und pflegerische Kompetenz eines Krankenhauses, Verfahrens-, Organisationsabläufe verbessern. In Deutschland ist ein Prozess in Gang gesetzt worden – in einem in der Entwicklung befindlichen Verfahren – zwischen Bundesärztekammer, dem Verband der Angestellten-Krankenkassen und Deutscher Krankenhausgesellschaft Parameter für ein krankenhausspezifisches Zertifizierungsverfahren zu finden. Weitere Krankenkassenbereiche werden folgen.
- Wir haben einen Trend in Richtung Benchmarking und Leistungswettbewerb, d. h. Leistungsvergleich mit den besten der Region oder Branche.

Beobachtet werden muss allerdings, unter welchen Bedingungen eine Ausweitung des Wettbewerbs kontraproduktive Effekte erzeugt. Natürlich ist der Preis neben Umfang und Qualität der Dienstleistung ein wesentlicher Wettbewerbsfaktor – insbesondere gegenüber den Kostenträgern. Aber auch hier muss beachtet werden, dass ein Wettbewerb, bei dem der Preis entscheidender Parameter im Wettbewerb um Behandlungsfälle ist, mit grundlegenden ordnungspolitischen Prinzipien der deutschen Krankenhausversorgung kollidiert:

- In einem System mit Preiswettbewerb ist kein Platz für den staatlichen Sicherstellungsauftrag. Wenn der Preis im Wettbewerb das entscheidende Kriterium für Ort und Anzahl der bereitgestellten Krankenhausleistungen ist, kann es keine Krankenhausplanung, keinen Versorgungsauftrag, keinen Kontrahierungszwang und keine Behandlungspflicht der Krankenhäuser geben. Der Behandlungsort des Patienten wird dann ausschließlich von der Krankenkasse bestimmt. Im Übrigen würde uneingeschränkter Preiswettbewerb im Krankenhausbereich spezielle kartellrechtliche Regelungen erfordern, um einen ruinösen Wettbewerb zu verhindern. Es muss ferner beachtet werden – worauf schon hingewiesen wurde –, dass es sich bei der Krankenhausbehandlung um eine Dienstleistung handelt, die nicht nur ökonomisch, sondern mindestens gleichrangig ethisch gesehen werden muss.

Ähnliche Probleme ergeben sich im Rahmen des Vertragswettbewerbs. Hierunter werden vielfach sog. Einkaufsmodelle verstanden, die den Kostenträgern, d. h. vorrangig den Krankenkassen das Recht einräumen würden, ausschließlich auf vertraglicher Basis Leistungsmengen bei einzelnen Krankenhäusern „einzukaufen“.

Damit verbunden wäre die faktische Übertragung des staatlichen Sicherstellungsauftrags auf demokratisch nicht hinreichend legitimierte Krankenkassen. Die Krankenkassen würden letztlich definieren, was „Bedarfsgerechtigkeit“ bedeutet. Es muss hierbei befürchtet werden, dass

die Einkaufsentscheidungen der Krankenkassen maßgeblich von bedarfsfremden Parametern wie z. B. dem Kassenwettbewerb und dem Grundsatz der Beitragsstabilität beeinflusst würden. Es würde zu einer erheblichen Machtkonzentration aufseiten der Krankenkassen kommen. Zudem setzen Einkaufsmodelle von im Wettbewerb stehenden Krankenkassen erhebliche Anreize zur Risikoselektion. Internationale Erfahrungen zeigen zudem, dass Einkaufsmodelle zu erhöhten administrativen Kosten führen. Allein der Vergleich mit den USA zeigt, dass ein überwiegend wettbewerblich bis marktwirtschaftlich orientiertes Gesundheitswesen einen Verwaltungsaufwand zwischen 20 bis teilweise 30 % verschlingt, während der Verwaltungsaufwand in Deutschland z.Zt. lediglich rund 6 % beträgt. Dies hat der Sachverständigenrat für die Konzentrierte Aktion im Gesundheitswesen in seinem Sondergutachten im Oktober 1996 so festgestellt. Zudem würde der Übergang zu einem sog. Einkaufsmodell darüber hinaus die Frage aufwerfen, wie etwa mit Blick auf nicht an den Pflegesatzvereinbarungen Beteiligte verfahren werden soll, deren Interessen bisher von den Pflegesatzparteien aufseiten der Sozialversicherungsträger mit wahrgenommen werden. Die bisherige Allgemeinverbindlichkeit der Krankenhausvergütungen für alle Patienten, wie sie in § 17 KHG festgelegt ist und weitgehend die sonstigen Rahmenbedingungen, die flankierend eine Krankenhausbehandlung einkleiden, würden entfallen müssen. Erfahrungen in den USA zeigen, dass mit Managed Care erhebliche soziale Kosten verbunden waren. So wurden hier inzwischen zahlreiche Gesetze zur Regulierung der Managed Care, die z. B. den Zugang zu fachärztlichen Behandlungen oder die Mindestdauer nach Geburten zum Gegenstand haben, erlassen. Die Unzufriedenheit der Ärzte wegen umfangreicher externer Kontrollen hat inzwischen zur Gründung von Ärztegewerkschaften geführt. Die starke Zunahme des Anteils von Risikotarifen zeigt darüber hinaus, dass die Managed-Care-Organisationen in den USA inzwischen zunehmend zur Risikoselektion übergehen. Auch die Bundesregierung hat in ihrer bereits erwähnten Stellungnahme zum 12. Hauptgutachten der Monopolkommission 1996/1997 zur Managed-Care-Diskussion festgestellt, dass die Entwicklungen in den USA auf erhebliche Fehlsteuerungen mit Qualitätseinbußen und Gefahr der Rationierung hindeuten.

Fazit

Die Finanzierung und die Bereitstellung sowie die Versorgung mit Gesundheitsdienstleistungen über einen uneingeschränkten Wettbewerbsprozess ist abzulehnen. Maßgeblich für diese Bewertung sind die ökonomischen Besonderheiten auf der Angebots- und Nachfrageseite für Gesundheitsdienstleistungen und der mit einer uneingeschränkten wettbewerblichen Organisation unausweichlich verbundene Widerspruch zu sozialstaatlichen Zielen. Rein wettbewerblich organisierte Gesundheitssysteme würden den gleichen Zugang

aller Bürger sowie die Qualität der medizinischen Versorgungsstruktur wie auch die Qualität der Leistungen gefährden und auch eine flächendeckende, bürgernahe Versorgung infrage stellen. Notwendig ist vielmehr ein leistungs- und qualitätsfördernder Wettbewerb innerhalb unseres bestehenden Systems, wobei kontraproduktiven Effekten und der Besonderheit der Gesundheitsdienstleistung Rechnung getragen werden muss.

Quellennachweis:

- ▶ Positionen der Deutschen Krankenhausgesellschaft zur Weiterentwicklung im Gesundheitswesen vom 18. März 1999
- ▶ „Solidarität und Wettbewerb im Gesundheitswesen“ von Prof. Dr. Henke und Dipl.-Volksw. Rachold
- ▶ Marktöffnung umfassend verwirklichen, Zwölftes Hauptgutachten der Monopolkommission gem. § 24b Abs. 5 Satz 1 GWB – 1996/1997
- ▶ Zwölftes Hauptgutachten der Monopolkommission 1996/1997, Stellungnahme der Bundesregierung: Bundestagsdrucksache 14/1274
- ▶ Das Krankenhaus: Wirtschaftsfaktor mit Wirtschaftlichkeitsreserven?, Anmerkungen der DKG zum Sondergutachten 1996, in „das Krankenhaus“ 2/97, S. 87 ff.
- ▶ Wettbewerb im Krankenhaus – droht eine Polarisierung der Krankenversorgung?, Prof. Dr. H.-U. Deppe in „das Krankenhaus“ 7/97, S. 527 ff.
- ▶ Das flexible Krankenhaus mit wettbewerbsorientiertem Leistungsangebot, Eugen Münch in „das Krankenhaus“ 8/97, S. 463 ff.
- ▶ Hemmnisse und Perspektiven für ein wettbewerbsorientiertes Krankenhaus aus rechtlicher Sicht, Prof. Dr. K. Redeker in: „das Krankenhaus“ 7/97, S. 394 ff.

Konrad Grillberger

Krankenanstalten und Wettbewerb in Österreich

I. Fragestellungen

Das Thema Wettbewerb und Krankenanstalten hat so zahlreiche und verschiedene Aspekte, dass man darüber leicht ein Buch schreiben könnte. Ich beschränke mich im Wesentlichen auf zwei Seiten – nicht eines Buches, sondern unseres Themas:

1. Wie ist die rechtliche Lage auf der Anbieterseite? Welche Beschränkungen bzw. Regulierungen bestehen bezüglich der Errichtung und dem Betrieb von Krankenanstalten sowie der Vergütung der Leistungen?
2. Wie ist die Situation im Hinblick auf die Nachfrageseite? Hier geht es vor allem um die Frage, inwieweit die Patienten in der Auswahl von Krankenanstalten eingeschränkt sind.

Nicht behandelt wird somit die ganz wichtige (rechtspolitische) Frage, ob die österreichische Rechtslage im Hinblick auf das Wettbewerbsrecht der EU problematisch ist. Ferner werde ich nur ganz am Rande auf das Verhältnis zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenanstalten eingehen. Nötig ist allerdings eine kurze Vorbemerkung zur kompetenzrechtlichen Situation in Österreich. Des Weiteren sind einige Anmerkungen darüber erforderlich, was in Österreich unter einer Krankenanstalt überhaupt verstanden wird.

II. Kompetenzrechtliche Lage

Die Übersicht über die Rechtslage wird nicht nur für einen ausländischen Beobachter durch den österreichischen Föderalismus erheblich erschwert. Zu beachten ist nämlich, dass bei den genannten Fragestellungen drei verschiedene Kompetenzbereiche angesprochen werden, die alle untereinander verflochten sind. Erstens ist das *Sozialversicherungsrecht* von Bedeutung und zwar hauptsächlich in Bezug auf die Nachfrageseite. Für diese Angelegenheiten ist der *Bund* zuständig, und zwar sowohl für die Gesetzgebung und Vollziehung (Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG). Dasselbe gilt für die Regelungen betreffend *ärztliche Ordinationen* oder allgemeiner: für Regelungen der

Berufsausübung selbstständiger Ärzte. Das gehört in österreichischer Terminologie zum *Gesundheitswesen*, das gem. Art. 10 Abs. 1 Z 12 wiederum zur Gänze dem Bund zugewiesen ist. Anders liegen die Dinge bei den *Krankenanstalten*: Hier ist gem. Art. 12 Abs. 1 Z 1 B-VG der Bund nur für die Grundsatzgesetzgebung zuständig. Den Ländern obliegt die Ausführungsgesetzgebung und die Vollziehung¹. Diese Art der Kompetenzverteilung auf dem Gebiet der Krankenanstalten hat rein rechtstechnisch zur Folge, dass in Österreich ein Grundsatzgesetz des Bundes existiert. Das ist derzeit das KAG 1957 mit natürlich zahlreichen Novellen. Dazu kommen neun Ausführungsgesetze der Länder. Es ist unmöglich im gegebenen Rahmen auf Details, also auf Abweichungen in den einzelnen Bundesländern einzugehen. Ich werde mich daher auf die prinzipiellen Regelungen des Grundsatzgesetzes beschränken.

Die angesprochene Frage der Kompetenzverteilung führt aber weiters auch dazu, dass die Frage „Was ist eine Krankenanstalt und was ist eine ärztliche Ordination bzw. eine ärztliche Praxis?“ auch verfassungsrechtlich von Bedeutung ist. Es sind auch aus diesem Grunde noch einige Anmerkungen zum Krankenanstaltenbegriff erforderlich.

III. Krankenanstalten

Keine Probleme gibt es im Allgemeinen, wenn man ganz laienhaft vom Nächstliegenden ausgeht und beim Wort „Krankenanstalt“ an eine Einrichtung denkt, die die stationäre Behandlung und Pflege von Kranken in zahlreichen Fachabteilungen mit einer großen Anzahl von Ärzten und sonstigem Personal besorgt. Blickt man auf die §§ 1 und 2 KAG, so zeigt sich, dass in Österreich das Element der *stationären Versorgung kein entscheidendes Kriterium* für den Begriff der Krankenanstalt ist. § 2 Abs. 1 Z 7 KAG zählt zu den Krankenanstalten nämlich auch „*selbstständige Ambulatorien*“ und nennt beispielhaft Röntgeninstitute, Zahnambulatorien und ähnliche Einrichtungen. Es wird auch ein Definitionsversuch gemacht. Selbstständige Ambulatorien sind danach „*organisatorisch selbstständige Einrichtungen, die der Untersuchung oder Behandlung von Personen dienen, die einer Aufnahme in die Anstaltspflege nicht bedürfen*“. Dann heißt es weiter: „*Der Verwendungszweck eines selbstständigen Ambulatoriums erfährt auch dann keine Änderung, wenn dieses Ambulatorium über eine angemessene Anzahl von Betten verfügt, die für eine kurzfristige Unterbringung zur Durchführung ambulanter diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen unentbehrlich sind*.“ Es gibt daher in Österreich auch Krankenanstalten, die sich für den unbefangenen Laien von der Ordination eines Arztes kaum unterscheiden. Die Abgrenzung ist aber von erheblicher Bedeutung. Bedauerlich ist daher, dass die Unter-

1) Art. 12 Abs. 1 Z 1 B-VG spricht im Übrigen nicht von Krankenanstalten, sondern von Heil- und Pflegeanstalten.

scheidung von Krankenanstalten in Form von selbstständigen Ambulatorien und ärztlichen Ordinationen auch rechtlich nicht ganz klar ist.

Daran ändert auch § 2 Abs. 3 KAG nicht viel. Nach dieser Bestimmung sind „*Einrichtungen, die eine gleichzeitige Behandlung von mehreren Personen ermöglichen und deren Organisation der einer Anstalt entspricht, nicht als Ordinationsstätten von Ärzten anzusehen. Sie unterliegen den Bestimmungen des KAG*.“ Daraus folgt zunächst nur eines mit Sicherheit: Ärztliche Behandlungsstätten können nur entweder Ordinationen, für die das ÄrzteG 1998 gilt, oder Krankenanstalten sein, die dem Krankenanstaltenrecht unterliegen. Eine dritte Variante ist glücklicherweise nicht möglich. Was die Abgrenzung selbst betrifft, so bewirkt die Möglichkeit einer gleichzeitigen Behandlung von mehreren Personen nicht automatisch die Qualifikation als Krankenanstalt. Abs. 3 der genannten Bestimmung verlangt ja noch, dass die Organisation der einer Anstalt entsprechen muss.² Was freilich unter einer anstaltsmäßigen Organisation zu verstehen ist, liegt im Dunkeln. Der VfGH hat sich zur Abgrenzungsfrage folgendermaßen geäußert: „*Das maßgebliche Kriterium für eine Krankenanstalt in Form eines selbstständigen Ambulatoriums bildet somit das Vorliegen einer organisatorischen Einheit sowie der Abschluss eines Behandlungsvertrags nicht (nur) mit dem Arzt, sondern (auch) mit dieser Einrichtung und die sanitäre Beaufsichtigung derselben*.“ Aus diesen Äußerungen des VfGH und aus einem Vergleich mit dem ÄrzteG wird man wohl den Schluss ziehen können, dass jedenfalls dann eine Krankenanstalt vorliegt, wenn der Rechtsträger der *Behandlungseinrichtung eine juristische Person ist* und die Behandlungsverträge daher z. B. mit dieser Dialyse-GmbH geschlossen werden. Dasselbe wird gelten, wenn der Arzt andere Ärzte zur Behandlung von Patienten anstellt.³ Auch hier kann der Partner des Behandlungsvertrags eine andere Person als der behandelnde Arzt sein. Offen bleibt also, was sein soll, wenn ein einzelner Arzt – als natürliche Person – Inhaber der Behandlungsstätte ist und keine anderen Ärzte angestellt hat. Ist dies dann jedenfalls eine Ordination und keine Krankenanstalt?

Das wird man auch im Hinblick auf § 2 Abs. 3 KAG nicht bejahen können. Vielmehr hängt es dann wohl von der Größe und von der Ausstattung dieser Behandlungsstätte ab: Wenn dem Arzt die genaue Beaufsichtigung aller Hilfspersonen nicht mehr möglich ist, spricht das für eine Krankenanstalt.⁴

2) Z. B. VfGH 1992/VfSlg. 13.023.

3) In diesem Sinne Grillberger in Strasser (Hrsg.), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung, 323 f.; Windisch-Graetz, RdM 1995, 146 f.

4) Zutreffend Windisch-Graetz, RdM 1995, 148, die diesbezüglich das im ÄrzteG vorgezeichnete Bild einer Ordination zum Vergleich heranzieht.

IV. Angebotsseite – Bedarfsprüfung

1. Allgemeines

Die vorstehend angedeutete Abgrenzung spielt im Hinblick auf das Stichwort „Wettbewerb“ eine wichtige Rolle, weil nur für *Krankenanstellen* eine *Bedarfsprüfung* vorgesehen ist. Hingegen kann der einzelne selbstständige Arzt seinen Berufssitz frei bestimmen. Er braucht diesen der Ärztekammer nur mitzuteilen.⁵ Für Krankenanstellen und zwar auch in Form selbstständiger Ambulatorien ist dagegen eine vorherige Bewilligung nötig. Diese ist u. a. nur zu erteilen, wenn vorher ein Bedarf festgestellt wurde (§ 3 KAG). Dasselbe gilt konsequenterweise auch für nachträgliche wesentliche Veränderungen in der Ausstattung oder im Leistungsangebot der Krankenanstalt (§ 4 KAG). Der Zweck einer Bedarfsprüfung ist ohne weiteres klar. Es soll versucht werden, einen Wildwuchs an Krankenanstellen zu verhindern, also ein überflüssiges Angebot an Leistungen hintanzuhalten. Gleichzeitig soll damit auch für die Auslastung bestehender Einrichtungen gesorgt werden. Es handelt sich also um Planwirtschaft und nicht um Wettbewerb. Diese Planwirtschaft hat auf dem Sektor der Krankenanstellen früher ganz allgemein gegolten. Die derzeitige Fassung der Bedarfsprüfung in § 3 Abs. 2 lit. a KAG hat ihren Grund darin, dass der VfGH die vorherige Regelung als zu weitgehende Beschränkung des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit aufgehoben hat.

2. Kein Konkurrenzschutz für erwerbswirtschaftliche Anstalten

Die frühere Regelung hat wie gesagt, eine Bedarfsprüfung ganz generell für Krankenanstellen vorgesehen. Damit waren auch solche Rechtsträger erfasst, die auf Gewinnerzielung gerichtet waren, insbesondere Betreiber von selbstständigen Ambulatorien und Sanatorien. Das hat der VfGH als zu weitgehend empfunden und die einschlägigen Vorschriften aufgehoben.⁶ Einen Konkurrenzschutz zugunsten bestehender erwerbswirtschaftlich geführter Unternehmen dürfe es nicht geben. Nach der derzeitigen Regelung ist daher die Bedarfsprüfung nur mehr im Hinblick auf das bestehende Versorgungsangebot „*öffentlicher, privater gemeinnütziger und sonstiger Krankenanstellen mit Kassenverträgen sowie bei Errichtung einer Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbstständigen Ambulatoriums auch im Hinblick auf das Versorgungsangebot durch niedergelassene Kassenärzte, kasseneigene Einrichtungen und Vertragseinrichtungen der Kassen*“ vorzunehmen. Ein bestehendes Angebot anderer Anstalten ist somit bei der Ermittlung des Bedarfes nicht mehr zu berücksichtigen. Die praktische Hauptbedeutung des Konkurrenzschutzes liegt wohl auf dem Gebiet der selbstständigen Ambulatorien. Dazu kann auch noch der Betrieb von Sanatorien kommen, die höheren Ansprüchen in Bezug auf Unterbringung und Verpflegung genügen sollen. Darauf deutet jedenfalls die Rechtsprechung hin, die sich fast ausschließlich mit solchen Fällen zu

5) § 45 ÄrzteG 1998.

6) VfGH 1992/VfSlg. 13.023.

befassen hat. Mit dem Betrieb anderer Krankenanstellen lässt sich offenbar kein oder nicht genügend Geld verdienen.

3. Schutz von Kassenärzten und anderen Sachleistungserbringern

Es konnte nicht ausbleiben, dass auch die derzeitige Regelung der Bedarfsprüfung beim VfGH angefochten wurde. Dem Verfahren lag ein Antrag eines Facharztes für Radiologie zugrunde, der ein selbstständiges Ambulatorium, also eine Krankenanstalt betrieb. Er beantragte die Erweiterung seiner Anstalt um eine Kernspintomografie. Diese wurde ihm mangels Bedarf nicht bewilligt. Der VfGH hat die derzeitige Regelung gebilligt.⁷ Er hat die Bedarfsprüfung für Ambulatorien unter anderem deshalb für gerechtfertigt gehalten, weil sie erforderlich ist, um jene nachteiligen Auswirkungen hintanzuhalten, welche bei einer Ausweitung des Angebotes in erster Linie für die wirtschaftliche Situation niedergelassener Ärzte und in weiterer Folge auch für eine flächendeckende, leicht zugängliche Versorgung sozialversicherter Personen entstehen würden. Mit anderen Worten: Die niedergelassenen Ärzte mit Kassenverträgen verdienen einen Konkurrenzschutz vor Ambulatorien. Aus den Ausführungen des VfGH lässt sich aber auch erkennen, dass die Absicherung des Sachleistungsprinzips eine wesentliche Rolle für diese Entscheidung gespielt hat. Nur daraus ist nämlich zu erklären, dass er die Bedarfsprüfung auch im Hinblick auf das bestehende Angebot durch kasseneigene Einrichtungen und Vertragseinrichtungen der Kasse – also insbesondere durch Ambulatorien mit Kassenverträgen – gebilligt hat.

4. Kein Schutz von öffentlichen Krankenanstellen bei ambulanten Leistungen

Die großen öffentlichen Krankenanstellen sind aber durch die Bedarfsprüfung vor einer Konkurrenz durch private Ambulatorien bzw. Tageskliniken nicht geschützt. Unter „großen“ Krankenanstellen sind in erster Linie die allgemeinen öffentlichen Krankenanstellen zu verstehen. Diese sind gemäß § 26 KAG verpflichtet, in gewissen Fällen auch ambulante Behandlungen und Untersuchungen durchzuführen. Das betrifft vor allem Erste Hilfe und solche Behandlungen, die außerhalb der Anstalt nicht in geeigneter Weise zur Verfügung stehen.

Aus dieser Bestimmung bzw. aus gleichartigen Vorschriften der Länder leitet der VfGH – und zwar offenbar mit Billigung des VfGH – ab, dass im Bereich der nicht stationären Versorgung die allgemeinen Krankenanstellen hinter den anderen Einrichtungen zurückzustehen haben. Wenn also z. B. eine private Tagesklinik eine Erweiterung ihres Tätigkeitsfeldes um zusätzliche Operationen beantragt, dann darf der Bedarf nicht mit dem Argument abgelehnt werden, in den allgemeinen Krankenanstellen können diese Leistungen ohnedies in ausreichendem Umfang erbracht werden. Mit anderen

7) VfGH 1999/RdW 1999, 151.

Worten: Die ambulanten Leistungen sind nur subsidiär in Krankenanstalten zu erbringen. Der so genannte extramurale Bereich genießt den Vorrang.⁸

5. Konkurrenzschutz vor privaten Sanatorien

Der Konkurrenzschutz öffentlicher Krankenanstalten beschränkt sich somit nach dem Gesagten auf die stationäre Behandlung. In diesem Zusammenhang stellt sich unter anderem die Frage, ob er auch für den „gehobenen“ Sektor gilt. Die öffentlichen Krankenanstalten sind nämlich berechtigt, eine *Sonderklasse* einzurichten, und zwar höchstens bis zu einem Viertel der gesamten Bettenanzahl. In Konkurrenz dazu stehen die privaten Sanatorien, die ihre Existenz ebenfalls hauptsächlich mit solchen Patienten bestreiten, die zusätzlich zur gesetzlichen Versicherung private Krankenversicherungsverträge abgeschlossen haben. Die Frage ist daher, ob im Zuge der Bedarfsprüfung für die Zulassung eines privaten Sanatoriums auch die Sonderklassenbetten in allgemeinen öffentlichen Krankenanstalten mitgezählt werden dürfen. Der VwGH hat diese Frage zum KAG bejaht. Sonderklasse und Privatsanatorien sind vergleichbar. Begründet wird dies mit der Neudefinition der Sonderklasse durch die KAG-Novelle 1988 (BGBl. 1988/282). Diese Novellierung sei gerade zu dem Zweck erfolgt, bestehende Sonderklassenbetten in öffentlichen Spitälern bei der Bedarfsprüfung zu berücksichtigen.⁹

6. Konkurrenzschutz vor Sozialversicherungsträgern

Krankenanstalten können auch von Sozialversicherungsträgern errichtet und betrieben werden. Soll eine *allgemeine* Krankenanstalt von einem Sozialversicherungsträger errichtet werden, gibt es keine Bedarfsprüfung. Sie ist der Landesregierung nur anzuzeigen (§ 3 Abs. 5 KAG). Dahinter steht offenbar die Erwägung, dass der Betrieb solcher Krankenanstalten ohnehin nicht besonders lukrativ ist, sowie weiters der Umstand, dass die Mittel der Sozialversicherungsträger gesetzlich und de facto begrenzt sind.

Anders ist es aber, wenn ein Krankenversicherungsträger ein eigenes Ambulatorium errichten will. Hier geht es wieder um den Schutz der niedergelassenen freiberuflich tätigen Ärzte. Deshalb ist die Errichtung eines selbstständigen Ambulatoriums durch eine Krankenversicherung nur zulässig, wenn zwischen dem Krankenversicherungsträger und der Ärztekammer diesbezüglich ein Einvernehmen erzielt wurde (§ 339 ASVG). Stimmt die Ärztekammer nicht zu, dann kommt es wieder zu einer Bedarfsprüfung.

7. Krankenanstaltenpläne

Der Vollständigkeit halber ist noch auf die verschiedenen Krankenanstaltenpläne einschließlich der Großgeräteplanung hinzuweisen. Zur Erlassung solcher Pläne sind die Länder verpflichtet. Dadurch soll eine bedarfsgerechte und wirtschaftliche Versorgung ermöglicht werden. Es geht unter anderem um

8) VwGH 27. 4. 1993, ZI 92/11/0176; 20. 1. 1998, ZI 96/11/0103.

9) VwGH 7. 10. 1997, ZI 95/11/0405.

eine Konzentration bzw. Aufteilung des Behandlungsangebotes auf die verschiedenen Anstalten. Die Neuerrichtung und Ausweitung bestehender Anstalten hat sich an diese Pläne zu halten. Das heißt, eine Bewilligung zur Errichtung bzw. zu einer wesentlichen Änderung einer bestehenden Anstalt darf nur erteilt werden, wenn dem jeweiligen Krankenanstaltenplan des Landes entsprochen ist (§ 3 Abs. 2a, § 4 KAG). Das gilt aber wieder nur für öffentliche Krankenanstalten. Nur diese haben nämlich Anspruch auf öffentliche Finanzierung. Die Finanzierung erfolgt durch Beiträge des Bundes, der Länder und der Sozialversicherung. Alle Beiträge sind aber nach einem bestimmten Schlüssel fixiert. Es gibt also im Ergebnis eine „Deckelung“ der Ausgaben bzw. eine Gesamtaufgabenbegrenzung. Von diesem System sind aber wie gesagt nur öffentliche Krankenanstalten betroffen. Wie sich aus den §§ 14 ff. KAG ergibt, sind das aber nicht bloß Krankenanstalten, deren Rechtsträger Länder oder Gemeinden sind. Vielmehr können noch andere Einrichtungen insbesondere religiöse Orden oder sonstige juristische Personen, als Träger in Betracht kommen. Öffentlich heißt eben nur „Krankenanstalten mit Öffentlichkeitsrecht“. Dieses Recht wird nur verliehen, wenn der Betrieb der Anstalt nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist und auch noch jene anderen Bedingungen erfüllt sind, die in § 16 KAG aufgezählt werden. Die Übereinstimmung mit den Krankenanstaltenplänen ist wohl eine besondere, generalisierende Art von Bedarfsprüfung. Jedenfalls aber lässt sich sagen, dass solche Krankenanstalten nicht beliebig Kapazitäten ausbauen oder einschränken können, sondern sich dabei (auch) an die Vorgaben des Krankenanstaltenplanes zu halten haben. Die Wettbewerbsmöglichkeiten auf diesem Sektor der Krankenanstalten sind also noch zusätzlich eingeschränkt.

8. Preisregelung

Es ist nichts Neues, dass für öffentliche Krankenanstalten auch Preisregulierungen bestehen. Sie wurden 1996 grundlegend neu gestaltet. Auf Einzelheiten dieser Materie einzugehen, würde zu weit führen. Das Prinzip ist jedenfalls eine leistungsorientierte Vergütung nach einheitlichen Diagnosefallgruppen. In jedem Land besteht ein Landesfonds, der die schon angesprochenen Pauschalbeträge von Bund, Land, Gemeinden und Sozialversicherungsträgern erhält. Der Fonds führt dann die Abrechnung und Kontrolle der Krankenanstalten durch. Was das Verhältnis zu den Patienten betrifft, sind bis auf wenige Ausnahmen mit den Zahlungen des Fonds alle erbrachten Leistungen der Krankenanstalt abgegolten. Das Gesetz sieht noch ausdrücklich vor, dass ein anderes als das gesetzlich vorgesehene Entgelt von den Pfinglingen oder deren Angehörigen nicht verlangt werden darf (§ 27 Abs. 5 KAG). Gesetzlich festgelegt sind aber auch solche Leistungen, die durch die Mittel der verschiedenen Landesfonds nicht abgedeckt werden. Das gilt insbesondere für jene Patienten, die sich in der Sonderklasse behandeln lassen. Auch hier ist also die einzelne Krankenanstalt nicht frei in ihrer Preisgestaltung.

9. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden: Im Bereich der stationären Versorgung durch Krankenanstalten besteht eine umfassende Bedarfsprüfung. Erwerbswirtschaftlich geführte Anstalten dürfen nur errichtet oder erweitert werden, wenn der Bedarf nicht schon durch öffentliche und das heißt im Wesentlichen gemeinnützige Anstalten gedeckt ist.

Für ambulante Leistungen von Krankenanstalten ist die Lage nach der herrschenden Rechtsprechung dagegen anders. Hier haben die öffentlichen Anstalten grundsätzlich den Nachrang. Ihr diesbezügliches Angebot wird bei der Bedarfsprüfung nicht berücksichtigt. Der Wettbewerb ist hier nur insoweit eingeschränkt, als erwerbswirtschaftlich geführte Ambulatorien bzw. Tageskliniken nur bewilligt werden, wenn der Bedarf nach ihren Leistungen nicht bereits durch vorhandene Kassenärzte oder sonstige Vertragspartner der Kassen bzw. kasseneigenen Einrichtungen gedeckt wird.

Was die Preisgestaltung betrifft, so kann es nicht überraschen, dass auch auf diesem Gebiet ein Wettbewerb nicht möglich ist. Jedenfalls nicht, soweit es sich um öffentliche Krankenanstalten handelt.

V. Nachfrageseite

1. Vorbemerkung

Beim Stichwort Wettbewerb muss man auch auf Regelungen blicken, die die Nachfrage des Unternehmens bzw. der Krankenanstalt beeinflussen können. Hier ist in erster Linie das gesetzliche Krankenversicherungsrecht zu nennen. Da in Österreich fast die gesamte Bevölkerung in irgendeiner Weise gesetzlich krankenversichert ist, haben Umfang und Ausgestaltung der Ansprüche auf Behandlung in Krankenanstalten erhebliche Bedeutung. Die große Mehrzahl von Patienten wird nämlich Anstalten bevorzugt, die nach dem Sachleistungsprinzip funktionieren. Mit anderen Worten: Anstalten, die die Kosten der Behandlung nicht direkt dem Patienten verrechnen.

2. Öffentliche Krankenanstalten

Die Mehrheit der Bevölkerung ist in Österreich nach dem ASVG versichert. Dieses Gesetz regelt u. a. die Krankenversicherung für unselbstständig Erwerbstätige. Aus den §§ 144, 149 ASVG ergibt sich, dass der versicherte Erkrankte, der einer Anstaltspflege bedarf, in einer öffentlich finanzierten (= landesfondsfinanzierten) Krankenanstalt zu behandeln ist und zwar in der allgemeinen Gebührenklasse. Diesem sozialversicherungsrechtlichen Anspruch entspricht die gesetzliche Pflicht dieser Krankenanstalten, zugewiesene sozialversicherte Patienten jedenfalls aufzunehmen. Das sieht die Grundsatzgesetzgebung in § 148 Z 1 ASVG vor, dem die Landesgesetze allesamt entsprechen. Freilich wird diese Pflicht unter dem Vorbehalt vorhandener Möglichkeiten stehen.

3. Vertragsanstalten

Es gibt auch nicht öffentliche Krankenanstalten, die Anstaltspflege als Sachleistung erbringen. Dazu ist erforderlich, dass sie darüber einen schriftlichen Vertrag mit der Sozialversicherung abgeschlossen haben. Es ist Sache der Sozialversicherung, ob und mit welchem Inhalt, also insbesondere zu welchem Entgelt, sie solche Verträge abschließt. Im Einzelnen ist die Rechts- bzw. die Gesetzeslage freilich unklar. Sicher scheint nur, dass es nach dem Gesetz eine möglichst einheitliche, zentralisierte vertragliche Regelung geben soll. Auch die dafür aufzuwendenden Mittel sind gesetzlich begrenzt: Der Maximalbetrag für diese Zwecke orientiert sich derzeit an jenem Finanzvolumen, das die Krankenversicherungsträger in den Jahren 1994 bis 1997 dafür aufgewendet haben (§ 567 Abs. 6 ASVG). Sicher ist auch, dass sich die Verträge mit den privaten Krankenanstalten bei sonstiger Ungültigkeit an den vom Bund festgelegten Großgeräteplan zu halten haben (§ 338 Abs. 2a ASVG). Unklar ist aber nach wie vor, wer aufseiten der Sozialversicherung eigentlich der Vertragspartner sein soll.¹⁰ § 149 Abs. 1 ASVG spricht nämlich vom leistungszuständigen Versicherungsträger, der mit der Krankenanstalt in einem Vertragsverhältnis steht. Nach Abs. 3 derselben Bestimmung sind aber die Höhe der Verpflegskosten und die Zahlungsbedingungen durch Verträge festzulegen, die „für die Träger der Sozialversicherung vom Hauptverband“, also zentral, abzuschließen sind. In dieser Frage sollen die einzelnen Krankenversicherungsträger also nicht selbst entscheiden dürfen. Dagegen soll die Frage, ob überhaupt ein Vertragsverhältnis zu einer Krankenanstalt bestehen soll, offenbar eine Entscheidung der einzelnen Krankenversicherungsträger sein. Wie man dieses vorgezeichnete Ziel rechtstechnisch erreichen kann, ist zumindest mir rätselhaft. Das Sachproblem ist wohl ähnlich wie bei den Gesamtverträgen mit den niedergelassenen Ärzten. Ein wesentlicher Unterschied besteht freilich: Für die Vertragskrankenhäuser gibt es keine normativ und zwingend wirkenden Gesamtverträge. Die gesetzliche Interessenvertretung dieser Anstalten (= Wirtschaftskammern) kommt als Vertragspartner der Sozialversicherungsträger oder des Hauptverbandes gar nicht vor. Auf dem Papier, also nach dem Gesetzestext, scheint es daher so zu sein, dass jede einzelne Anstalt isoliert dem Sozialversicherungsträger gegenübersteht. In der Realität dürften die Dinge freilich anders liegen.¹¹ Der wesentliche Vertragsinhalt wird nämlich in Verhandlungen zwischen der gesetzlichen Interessenvertretung der Anstalten und dem Hauptverband festgelegt. Eine rechtliche Verbindlichkeit haben diese dort abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen bzw. Musterverträge aber nicht.

4. Private Krankenanstalten

Schließlich gibt es Krankenanstalten, die ohne öffentliche Mittel finanziert werden und die auch keinen Vertrag mit einem anderen Krankenver-

¹⁰ Vgl. dazu *Th. Radner*, Anstaltspflege (1995) 191 ff.

¹¹ Vgl. die Darstellung bei *Radner/Haslinger/Reinberg/Blumberger*, Krankenanstaltenrecht zu § 39 KAG.

sicherungsträger haben. Ihre Kundschaft sind jene Personen, die entweder so vermögend sind, dass sie sich die Behandlung aus eigenen Mitteln leisten können oder (private) Krankenversicherungsverträge abgeschlossen haben, die die Kosten für eine solche Anstalt decken. Was die große Masse von Sozialversicherten betrifft, die über solche Mittel nicht verfügen, gibt es für sie nur im *Notfall* die Möglichkeit zur Behandlung in derartigen Anstalten. Auf die Ungereimtheiten in den sozialversicherungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen sei hier nur am Rande hingewiesen. Es gibt nämlich eine doppelte Regelung: § 131 Abs. 3 ASVG spricht von „*Unfällen, plötzlichen Erkrankungen und ähnlichen Ereignissen*“, bei denen ein Kassenarzt oder eine Vertragskrankenanstalt nicht rechtzeitig die notwendige Hilfe leisten kann. In solchen Fällen kann die „*nächst erreichbare Krankenanstalt*“ in Anspruch genommen werden. Das heißt also auch eine private Krankenanstalt, die keinen Vertrag mit der Sozialversicherung hat. In solchen Fällen hat der Patient die Rechnung zunächst selbst zu bezahlen. Er hat aber Anspruch auf Kostenerstattung, deren Höhe in der Satzung des Krankenversicherungsträgers festzulegen ist. Neben § 131 Abs. 3 ASVG existiert aber noch § 150 ASVG. Dort ist ebenfalls eine Art Kostenerstattung geregelt. Sie heißt „*Pflegekostenzuschuss*“. Diese Leistung gebührt dem Versicherten aber unter anderem nur, wenn die Anstaltspflege „*notwendig und unaufschiebbar*“ war und deshalb der Erkrankte in einer privaten Anstalt untergebracht wurde. Man kann über das Verhältnis der beiden Vorschriften und ihren genaueren Inhalt wieder einigermaßen rätseln.¹² Was das Thema Wettbewerb betrifft, so genügt jedenfalls die Feststellung, dass private Krankenanstalten – anders als niedergelassene Ärzte – nicht nach Wahl des Versicherten im Wege der Kostenerstattung in Anspruch genommen werden können. Das ist jedenfalls die Lage nach dem Gesetzestext.¹³ Nach nationalem Verfassungsrecht, genauer nach der schon genannten Entscheidung des VfGH¹⁴ sollte das im Hinblick auf die Erwerbsfreiheit dieser privaten Krankenanstaltenbetreiber aber keine Bedenken hervorrufen.

Hinzuweisen ist freilich noch auf den Umstand, dass die privaten und vertragslosen Krankenanstalten für andere Versichertengruppen in einer besseren Lage sind. Für Versicherte nach dem GSVG und B-KUVG, also vereinfacht für Selbstständige und Beamte, gibt es die Einschränkung auf Notfälle nicht. Es ist fraglich, ob darin eine unsachliche Benachteiligung der ASVG-Versicherten – oder allenfalls eine unsachliche Bevorzugung der beiden anderen Gruppen – erblickt werden kann, die verfassungsrechtlich bedeutsam wäre. Im Allgemeinen lehnt es der VfGH nämlich ab, im Sozialversicherungsrecht Vergleiche über die verschiedenen Gruppen hinweg anzustellen und daraus allein auf Unsachlichkeiten zu schließen.

12) Vgl. dazu insbesondere A. Radner, SozSi 1990, 131.

13) Die Praxis verschiedener Krankenversicherungsträger ist eine andere Sache. Sie sind zum Teil großzügiger.

14) RdM 1999, 151.

VI. Zusammenfassung

Der Befund, dass im Krankenanstaltenwesen nicht Wettbewerb, sondern Planwirtschaft besteht, ist wohl kaum eine Überraschung. Der Gesundheitsmarkt unterscheidet sich von anderen Märkten nämlich in wesentlichen Punkten. Ob sich diese Auffassung, die letztlich hinter den zahlreichen Regelungen steht, auf Dauer halten kann, lässt sich nicht verlässlich voraussagen. Anhänger der gegenteiligen Sicht sollten jedenfalls bedenken, dass die Spielregeln des Marktes gewiss nicht zwangsläufig eine ausreichende Versorgung mit Gesundheitsgütern sicherstellen. Dafür gibt es gegenwärtige und historische Beispiele. Ihre Darstellung würde freilich eine eigene Tagung rechtfertigen.

