

Robert Rebhahn

Krankenversicherung zwischen Leistungsanspruch und Selbstbestimmung Verfassungsrecht, Unionsrecht und Ethik

Thema meines Beitrags ist, inwieweit in der Krankenversicherung (KV) die Selbstbestimmung der Versicherten zum Tragen kommen kann und soll. Daher gehe ich auf Interessen der Leistungserbringer, etwa die Forderung der Ärzte nach Behandlungsfreiheit, nicht ein. Ferner ist es wohl im Sinne der Veranstalter, wenn ich nicht auf das Verhältnis von Pflichtversicherung und Selbstbestimmung eingehe, zumal es gegen eine Pflichtversicherung weder verfassungs- noch unionsrechtliche Bedenken gibt. Auch die Frage eines Wahlrechts zwischen verschiedenen Kassen klammere ich im Hinblick auf den Titel der Veranstaltung aus.

Auch so verbleiben ausreichend *Problemfelder*. Ich gehe auf *fünf* ein: Grenzen der Selbstbestimmung bei Wahl der Leistungserbringer und Behandlungsmethoden; Wahlmöglichkeiten beim Leistungsprogramm und damit Wahltarife; informationelle Selbstbestimmung der Versicherten; sowie finanzielle Folgen für die Versicherten bei individueller Risikoerhöhung und generell bei Inanspruchnahme von Leistungen. In Anbetracht der Fülle der damit angesprochenen Fragen können diese nicht erschöpfend behandelt werden.¹⁾

Die Veranstalter haben aufgegeben, neben verfassungs- und unionsrechtlichen Aspekten auch über ethische zu sprechen. Das ist schwierig, weil es zumindest vier Grundpositionen dazu gibt: Tugendbezogene, kontraktualistische, deontologische und konsequentialistische Ethik.²⁾ Ich müsste eine davon auswählen und dann deren Grundannahmen anwenden. Dafür fehlt mir aber schon die Kompetenz. Ich wähle daher einen etwas simpleren Ansatz in Bezug auf ethische bzw sozialphilosophische Aspekte und gehe davon aus, dass Selbstbestimmung nicht nur ein positiv besetzter Wert ist, sondern auch als ein Wert gesehen wird, dem ein *prima-facie* Vorrang zukommt. Eine Einschränkung der Selbstbestimmung kann dann nur insoweit begründet werden, als legitime Interessen anderer

¹⁾ Ich danke den an der Diskussion Teilnehmenden für wichtige Hinweise, insb zur Rechtfertigung des Ausschlusses eines Wahlrechts bei ärztlichen Leistungen und zur Erforderlichkeit der Gesundheitsdaten für die Krankenbehandlung unter geänderten Umständen.

²⁾ Vgl *Ach/Bayertz/Siep* (Hrsg), Grundkurs Ethik 1 (2011).

dies erfordern. Kollektivinteressen sind dabei nur insoweit anzuerkennen, als sie Individualinteressen repräsentieren.

1. Wahlbehandler

Ich beginne bei dem Problem, das am besten bekannt ist. Bei all jenen Leistungen der KV, die nicht in einer Ware bestehen, ist fraglich, inwieweit Versicherte die Behandler frei aussuchen können. Derzeit kann bei ärztlicher Hilfe jeder geeignete Arzt in Anspruch genommen werden; allerdings leistet die Kasse, wenn ein Nichtvertragsarzt aufgesucht wird, nur 80 % des Kassentarifes.³⁾ Einschränkungen gibt es überdies in manchen Fällen in Bezug auf die Eignung aus Sicht der KV. Bei Anstaltspflege besteht Anspruch auf Behandlung nur in der nächsten geeigneten Krankenanstalt, die Praxis dürfte bei Behandlung im Inland großzügiger sein.⁴⁾

1.1 Verfassungsrecht

Zum österr Verfassungsrecht ist hier, wie zu den meisten der anzusprechenden Fragen, primär der Gleichheitssatz relevant. Dieser verlangt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, und enthält überdies ein Sachlichkeitsgebot. Die Beschränkung des Kostenersatzes bei Inanspruchnahme eines Wahlarztes hat der VfGH im Jahr 2000 für mit dem Gleichheitssatz vereinbar gehalten.⁵⁾ Nach dem VfGH darf der Gesetzgeber mit den Mehraufwendungen durch die Inanspruchnahme von Wahlärzten die Verursacher belasten, muss also diese Mehraufwendungen nicht auf alle Versicherten verteilen, insb wenn die Inanspruchnahme von Wahlärzten zunimmt und die Zusatzkosten die Kassen übermäßig belasten können. Das Gesetz darf die tatsächlichen Verwaltungsmehrkosten berücksichtigen, die durch Kostenerstattung und besondere Kontrollmaßnahmen entstehen, wie auch andere potentielle Kostenfaktoren, etwa eine erschwerte Sicherstellung der Beachtung ökonomischer Grundsätze. Es ist verfassungsrechtlich zulässig, solche Mehraufwendungen im Wege einer vergrößernden Regelung zu berücksichtigen. An der Zulässigkeit ändert es nichts, wenn die im Interesse der Systemerhaltung erzielte Kostenersparnis allenfalls eine gewisse Schranke des Zuganges zu Wahlärzten mit sich bringt.

Ich halte diese Begründung nach wie vor für überzeugend. Allerdings muss man sehen, was damit implizit gesagt wird: Das Interesse an der Erhaltung des Vertragsarztsystems, das für die Versichertengemeinschaft als vorteilhaft gesehen wird, geht dem Interesse der Versicherten vor, selbst zu bestimmen, welchen geeigneten Behandler sie auf Kassenkosten auswählen. Dies ist allerdings keine Besonderheit einer sozialen KV. In den USA geben private Krankenversicherer genau vor, welche Ärzte sie bezahlen. Allerdings verlangt der VfGH, dass die Einschränkung der Wahlfreiheit sachlich begründet wird.

³⁾ Vgl ausführlich *Grillberger* in *Grillberger/Mosler*, Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012) 240 ff.

⁴⁾ Vgl *Mitschka/Schörghofer*, DRdA 2013, 484 ff; OGH 13. 3. 2012, 10 Obs 20/12g.

⁵⁾ VfGH 18. 3. 2000, G 24/98 ua VfSlg 15.787 – 15.865/2000.

Man kann dann fragen, worin bei Anstaltspflege die Begründung für die Beschränkung liegt. Diese muss hier wohl stärker ausfallen als bei den Wahlärzten, weil es nicht nur um einen finanziellen Beitrag geht, sondern um die Auswahl des Dienstleiters. Der Grund liegt wohl darin, dass Krankenanstalten beträchtliche Investitionen erfordern. Sie werden für ein bestimmtes Versorgungsgebiet geplant und finanziert. Eine freie Wahl der Patienten, in welcher Krankenanstalt sie sich behandeln lassen, könnte diese Planung unterlaufen. Diese Erwägung hat auch den EuGH bewogen, bei stationären Leistungen mehr Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zuzulassen als bei ambulanten Leistungen.⁶⁾

In Bezug auf besondere Voraussetzungen für Leistungserbringer, die über die berufsrechtlichen Erfordernisse hinausgehen, wird von der Judikatur des OGH und in der Literatur vertreten, dass die Gesamtverträge die Verrechnung bestimmter Leistungen auf Ärzte bestimmter Fachgruppen beschränken können.⁷⁾ Damit ist auch die Kostenerstattung bei Inanspruchnahme eines Wahlarztes entsprechend beschränkt.⁸⁾ Der OGH verlangt allerdings, dass die Beschränkung auf bestimmte Dienstleister sachlich begründbar ist. Dies entspricht der Geltung des Gleichheitssatzes im Verhältnis Kasse – Versicherte. Der Ausschluss von Leistungen, zu denen ein Arzt berufsrechtlich berechtigt ist, von der Leistungspflicht der KV ist daher nur zulässig, wenn er auch sachlich ist. Dies wird zutreffen, wenn die Versichertengemeinschaft ein legitimes Interesse daran hat, dass ihre Mittel möglichst erfolversprechend verwendet werden. Rechtfertigungsgrund kann daher etwa der Vorrang einer spezialisierten Gruppe von Ärzten oder die typischerweise zu geringe Häufigkeit der Behandlungen sein. Jüngst hat die Ärztekammer kritisiert, dass Allgemeinmediziner nicht Messung des Lungenvolumens, Ultraschalluntersuchung und EKG verrechnen können. Jedenfalls bei Ultraschall und Lungenummessung dürfte einer der genannten Rechtfertigungsgründe vorliegen.

Der VfGH hat sich mit der eben angesprochenen Frage, soweit zu sehen, noch nicht näher befassen. Dies gilt auch für das Erkenntnis aus 2011 zum Kostenersatz für Psychotherapeuten.⁹⁾ Die Satzung der Salzburger GKK sah für Therapeuten mit erhöhter Erfahrung einen um fast 50 % höheren Kostenzuschuss vor. Der VfGH war auf die Prüfung der Satzung anhand der Bedenken des antragstellenden Gerichts beschränkt, das primär die Grundrechte der Therapeuten im Auge hatte. Der VfGH konnte keine gesetzliche Grundlage¹⁰⁾ für die Differenzierung zwischen verschiedenen Gruppen von Therapeuten sehen. Eine Legitimation durch die Erwägung, dass die besondere Qualifikation für die Behandlung schwerer Fälle erforderlich wäre, kam nicht in Betracht, weil die Satzung darauf nicht abstellte. Der VfGH hat daher nicht über die Frage abgeprochen, in wel-

⁶⁾ Vgl EuGH (GK) 5. 10. 2010, C-173/09, *Elchinov*, Rn 41 ff mwN.

⁷⁾ Vgl *Mosler* in *Grillberger/Mosler*, *Ärztliches Vertragspartnerrecht* 275 f.

⁸⁾ RIS-Justiz RS0111711.

⁹⁾ VfGH 25. 2. 2010, V 21/09 VfSlg 19.005/2010. Auch die Erkenntnisse VfGH G 24/98 VfSlg 15.787/2000 und B 1658/01 VfSlg 16.607/2002 sagen nichts zur Beschränkung auf bestimmte Behandler.

¹⁰⁾ § 131b Abs 1 ASVG sagt: „Der Versicherungsträger hat das Ausmaß dieser Zuschüsse unter Bedachtnahme auf seine finanzielle Leistungsfähigkeit und das wirtschaftliche Bedürfnis der Versicherten festzusetzen.“

chen Fällen ein Qualifikationserfordernis, das über die berufsrechtlichen Erfordernisse hinausgeht, sachlich wäre.¹¹⁾

In Bezug auf die Versicherten weist der VfGH darauf hin, dass diese ein anerkennenswertes Interesse haben, leicht zu erkennen, welche Erstattung in Betracht kommt. Bezeichnet sich ein Nichtvertragsarzt als „Wahlarzt“ oder gar als „Wahlarzt aller Kassen“, so wird ihn eine (vor)vertragliche Pflicht treffen, die Patientent darüber aufzuklären, welche Leistungen die Kasse (etwa aufgrund von Verrechnungsbeschränkungen schon bei Vertragsärzten) nicht ersetzt.

1.2 Unionsrecht

Das Unionsrecht enthält derzeit noch keine konkreten Vorgaben in Bezug auf den Umfang der Leistungen der KV. Art 168 AEUV mit dem Titel Gesundheitswesen verpflichtet die Union zwar, bei ihrer Tätigkeit ein hohes Niveau des Gesundheitsschutzes sicherzustellen, ermächtigt die Union aber nicht allgemein (über die in Art 168 Abs 4 AEUV genannten Bereiche hinaus) zu verbindlichen Vorgaben zum Niveau der Krankenversorgung.¹²⁾ Auch auf Basis der sozialpolitischen Kompetenz nach Art 153 AEUV wurden noch keine Vorgaben zur KV erlassen; überdies gibt es für die Ausübung der Kompetenz zahlreiche Schranken.¹³⁾

Sehr wohl für die Wahl des Behandlers relevant sind Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Nach der ausufernden Judikatur des EuGH werden diese bereits behindert, wenn die Regelung die Ausübung der Freiheit weniger attraktiv macht.¹⁴⁾ Dann ist die Regelung nur zulässig, wenn sie gerechtfertigt werden kann. Dies setzt voraus, dass die Regelung einem zwingenden Allgemeininteresse dient, für dessen Verwirklichung geeignet wie erforderlich ist, und die Freiheit überdies nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt. Die größte Hürde ist häufig das letztgenannte Erfordernis.

Zuerst zur Beschränkung durch Vertragspartnersystem und Begrenzung der Kassenleistung auf 80 %.¹⁵⁾ Für ausländische Ärzte behindert dies die Niederlassung und die Behandlung von Kassenpatienten, für Versicherte behindert es die Inanspruchnahme von Ärzten im Ausland. In der österr Literatur wird häufig gesagt, die Behinderung könnte nur gerechtfertigt werden, wenn sie erforderlich wäre, das finanzielle Gleichgewicht der KV aufrechtzuerhalten. Dies treffe aber nicht zu, weil die Zahl der Fälle, in denen österr Versicherte sich in einem anderen Mitgliedstaat behandeln lassen, auch dann nur sehr gering wäre, wenn

¹¹⁾ Ich danke Herrn *Dr. Kletter* von der Salzburger GKK für den Hinweis darauf in der Diskussion.

¹²⁾ Vgl *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV⁴ (2011) Art 168 AEUV Rz 4 f; *Mayer/Stöger/Schneider*, EUV/AEUV (2012) Art 168 insb Rz 33 f.

¹³⁾ Vgl *Schwarze/Rebhahn/Reiner*, EU-Kommentar³ (2012) zu Art 153.

¹⁴⁾ Dies gilt für die meisten Freiheiten; zB EuGH (GK) 16. 4. 2013, C-202/11, *Anton Las*, Rn 23 (Arbeitnehmer); 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, Rn 36 (Niederlassung); 12. 9. 2013, C-475/11, *Konstantinides*, Rn 44 (Dienstleistungen).

¹⁵⁾ Vgl ausführlich *Grillberger* in *Grillberger/Mosler*, Ärztliches Vertragspartnerrecht 248 ff.