

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 Kostenersatz 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 Dienstleisters. 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 Lungenmessung dürfte einer der genannten Rechtfertigungsgründe vorliegen.

Der VfGH hat sich mit der eben angesprochenen Frage, soweit zu sehen, noch nicht näher befasst. 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 abgesprochen, 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 Patienten 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 Mitgliedsstaat 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.

die Kasse 100 % des Kassentarifes ersetzen würde.¹⁶⁾ Faktisch ist die Aussage zur Häufigkeit und zu den unmittelbaren Folgen sicher richtig. Allerdings bleiben *mittelbare* Folgen ausgeblendet. Muss die KV bei Auslandsbehandlung 100 % ersetzen, dann wird alsbald gefordert werden, auch bei Inanspruchnahme aller inländischer Anbieter 100 % zu ersetzen. Eine weitere Beschränkung auf 80 % wäre dann schon politisch schwer durchzuhalten. Überdies wird dann fraglich, ob die Schlechterbehandlung der inländischen Anbieter zulässig ist. Das Unionsrecht verbietet bisher die Inländerdiskriminierung nicht. Im österr Verfassungsrecht ist eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten, die sich nur aufgrund des vorhandenen oder fehlenden Unionsbezuges ergibt, aber am Gleichheitssatz zu messen. Versicherte und Ärzte würden nun bei Behandlung im Inland durch einen Wahlarzt schlechter gestellt als bei Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat. Dies kann nicht allein durch das Einwirken des Unionsrechts gerechtfertigt werden. Vielmehr ist dafür eine besondere Rechtfertigung erforderlich.¹⁷⁾ Diese dürfte mE schwer zu finden sein. Dies soll hier dahinstehen. Zum Unionsrecht ist nämlich fraglich, ob sehr wahrscheinliche Fernwirkungen einer allfälligen Verletzung einer Freiheit bei der Beurteilung überhaupt zu berücksichtigen sind. Der EuGH scheint sie nicht zu berücksichtigen. Eine abgewogene Beurteilung müsste dies aber wohl tun, auch wenn dies aus Sicht des EuGH schwierig sein mag.

Vor dem Unionsrecht tendenziell leichter zu rechtfertigen sind fachliche Anforderungen an Behandler. Wie gesagt, verlangt das Unionsrecht keine absolute Höhe der Leistungsberechtigung. Sehr wohl verlangen die ökonomischen Freiheiten aber überzeugende Gründe für Einschränkungen der Verrechenbarkeit von Leistungen, die ein Dienstleister nach dem Berufsrecht auch über die Grenze erbringen darf.

2. Wahlleistungen

2.1 Problem

Als nächstes sei angesprochen, ob Versicherte anstelle der Leistung, welche die KV zu bezahlen bereit ist, eine andere Behandlung verlangen können, weil der Arzt des Vertrauens und die Patientin letztere für wirksamer halten oder weil sie eine Nebenwirkung der Kassenleistung vermeiden wollen.

Die KV zahlt bekanntlich nur Leistungen, die – verkürzt formuliert – ausreichend therapeutisch wirksam sind.¹⁸⁾ Die Kosten sind jedenfalls bei gleich wirksamen Leistungen relevant; inwieweit sie darüber hinaus relevant sind kann hier dahinstehen.¹⁹⁾ Die Versicherten können nach hM keine andere Leistung verlangen, auch wenn diese nicht mehr kostet oder wenn sie bereit sind, die Preis-

¹⁶⁾ Vgl. *Windisch-Graetz*, Europäisches Krankenversicherungsrecht (2003) 61; *Karl*, DRdA 2002, 23 f.; *Resch* VR 2007 H 4, 23.

¹⁷⁾ Vgl. zB VfGH 6. 10. 2011, G 41/10 ua VfSlg 19.529/2011 (Hartlauer).

¹⁸⁾ Medizin, Psychotherapie.

¹⁹⁾ Vgl. *Mosler/Felten* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Der SV-Komm (Loseblatt ab 2013, zuletzt 113. Lfg 2014) § 133 ASVG Rz 49 ff; *Rebhahn* in SV-Komm (2013) § 136 ASVG Rz 24 ff.

differenz selbst zu zahlen. Das Recht auf Wahlleistung bzw Mischverrechnung wird also grds abgelehnt.²⁰⁾ Bei Heilmitteln zahlt die Kasse daher idR nur das Medikament aus dem EKO, und der Arzt soll nach Auffassung der KV nur das preisgünstigste der geeigneten Medikamente daraus verschreiben. In Deutschland können die Versicherten hingegen bei wichtigen Medikamentengruppen auch ein teureres als das von der Kasse bezahlte Medikament teilweise auf Kassenkosten erlangen, wenn sie die Preisdifferenz zahlen. Dort gibt es also in diesen Fällen ein Wahlmedikament.²¹⁾

Näher interessieren hier zwei Fragen. Sollen die Versicherten ein Recht auf eine therapeutisch ausreichend wirksame Leistung haben, die teurer als die Kassenleistung ist, wenn sie die Preisdifferenz selbst zahlen? Soll die Kasse – zweitens – auch Leistungen bezahlen, deren Wirksamkeit aus Sicht der KV nicht ausreichend ist? In Österreich wird Letzteres unter Alternativ- bzw Außenseiterbehandlung diskutiert. Nach dem OGH soll die KV diese zahlen müssen, wenn die schulmedizinische Behandlung bereits nicht erfolgreich war oder wenn diese unzumutbare Nebenwirkungen hat, und überdies die andere Behandlung bereits erfolgreich war oder aufgrund eines Erfahrungssatzes erfolgreich sein kann.²²⁾ Allerdings bleiben die dafür zentralen Begriffe „Unzumutbarkeit“ der Nebenwirkungen, „erfolgreich“ sowie „Erfahrungssatz“ vage.²³⁾ Ist die Erfahrung zur Wirksamkeit ausreichend groß, dann wird die Methode ohnehin in die Schulmedizin Eingang finden; andernfalls ist fraglich, worauf sich die angebliche Erfahrung in intersubjektiv nachgeprüfter Weise stützt.

2.2 Verfassungsrecht

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung gehe ich zuerst auf Alternativ- bzw Außenseitermedizin ein. Der VfGH hat sich damit noch nicht befasst, und auch der OGH findet seine Auffassung ohne Rekurs auf die Verfassung. Hilfreich ist der Blick nach *Deutschland*. Auch dort muss die KV grds nur Leistungen erbringen, welche ausreichend therapeutisch wirksam sind. Einen Anspruch auf andere Leistungen, Alternativ- bzw Außenseitermethoden, hat das BVerfG allerdings in seinem „Nikolausbeschluss“ vom 6. 12. 2005 eröffnet.²⁴⁾ Es sieht in der Beschränkung der Heilmethoden auf jene, deren Wirksamkeit bereits anerkannt ist, dann eine Verletzung des Versicherten in seinen Grundrechten, wenn folgende drei Voraussetzungen vorliegen: Es liegt (1) eine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödlich verlaufende Erkrankung vor, für die (2) eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht,

²⁰⁾ Zuletzt OGH 3. 5. 2011, 10 ObS 38/11b SSV-NF 25/44 = SZ 2011/59 mwN; RIS-Justiz RS0112196. AA insb *Binder*, RdM 1997, 39 ff.

²¹⁾ In Österreich besteht ein Wahlrecht nur in Bezug auf die Nichtvertragsärzte, das es wiederum in Deutschland nicht gibt. Allerdings geht es hier nicht um die Leistung, sondern um den Leistungserbringer.

²²⁾ Vgl *Mosler/Felten* in SV-Komm (2013) § 133 ASVG Rz 59 ff; *Rebhahn* in SV-Komm (2013) § 136 ASVG Rz 80 ff.

²³⁾ Vgl *Rebhahn* in SV-Komm (2013) § 136 ASVG Rz 31 f, 80 ff.

²⁴⁾ BVerfG 6. 12. 2006, 1 BvR 347/98 NJW 2006, 891 ff.

und (3) besteht für die beim Versicherten ärztlich angewandte, nicht allgemein anerkannte Behandlungsmethode eine „auf Indizien gestützte“ nicht ganz fern liegende Aussicht auf Heilung oder wenigstens auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf. Diese Vorgabe beruht auf der Überlegung, dass es sich bei der gesetzlichen KV um eine Zwangsversicherung handelt, die eine alternative Absicherung (durch eine weitergehende private Versicherung) für die meisten entbehrlich oder finanziell unzumutbar sein lässt. Die gesetzliche KV dürfe Versicherte in lebensbedrohenden Situationen nicht „im Stich lassen“. Die Auffassung des BVerfG wurde inzwischen durch über 200 Urteile der Sozialgerichte konkretisiert.²⁵⁾ Für uns ist daraus primär relevant, dass Gerichte und Gesetzgeber in Deutschland für alle Krankheiten, die nicht lebensbedrohend sind, am Erfordernis der nachgewiesenen therapeutischen Wirksamkeit festhalten.

Der Inhalt dieser deutschen Judikatur kann wegen der unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Lage nicht ohne weiteres auf Österreich übertragen werden. Allerdings wird die Verfassung in Österreich die KV *jedenfalls nicht zu mehr* an Alternativmedizin verpflichten als in Deutschland. Gerade eine Einrichtung wie die KV muss darauf achten können, dass die aufgrund einer Pflichtversicherung beigetriebenen Mittel nur für Zwecke verwendet werden, die aus Sicht der Gesamtheit ausreichend sinnvoll sind, bei denen also die ausreichende therapeutische Wirksamkeit gesichert ist. Dieses Argument wird verfassungsrechtlich nicht dadurch entkräftet, dass der Staat Mittel auch für Zwecke ausgibt, an deren Sinnhaftigkeit viele zweifeln, etwa für Löcher in Bankbilanzen oder in manchen Bergen. Auf Ebene der Verfassung handelt es sich dabei um verschiedene Wirkungszusammenhänge, die nicht miteinander verrechnet werden können. Folgt man dem Gesagten, dann ist die erwähnte Judikatur des OGH zu Außenseitermethoden durchaus fragwürdig, insb soweit sie bei allen Krankheiten einen sog „Erfahrungssatz“ ausreichen lässt.

Verfassungsrechtlich problematischer ist der Ausschluss der Leistungspflicht dann, wenn die Patientin bereit ist, die Mehrkosten für eine Behandlung zu zahlen, die auch aus Sicht der KV ausreichend therapeutisch wirksam ist. Letzteres trifft etwa bei Medikamenten zu, wenn das Mittel ohnehin im EKO ist, aber im Gelben und nicht im Grünen Bereich, oder wenn die Aufnahme in den EKO erst aufgrund der ökonomischen Evaluation abgelehnt wurde.²⁶⁾ Der Ausschluss der Zuzahlungsmöglichkeit muss sich hier, wiederum im Hinblick auf den Zwangscharakter der KV, vor dem Gleichheitssatz rechtfertigen lassen. Dafür kommen wohl nur folgende drei Erwägungen in Betracht:

Erstens könnte die Zuzahlungsmöglichkeit zu hohe administrative Kosten verursachen. Dies ist jedenfalls bei Heilmitteln in vielen Fällen nicht sehr überzeugend, wie das deutsche Beispiel zeigt, zumal der zusätzliche Kontrollaufwand bei Heilmitteln die Apotheken träfe. Zweitens könnte vorgebracht werden, dass

²⁵⁾ Vgl zB *Joussen*, § 2 Abs 1a SGB V – Die Umsetzung des Nikolausbeschlusses des BVerfG, SGB 2011/12, 625 ff; *Bohmeier/Penner*, WzS 2009, 65 ff. Vgl auch *Kingreen*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011) 152 ff.

²⁶⁾ Auch die Möglichkeit, den Anspruch beim Sozialgericht einzuklagen, wird hier nicht weiterhelfen, weil die Kassenleistung ja ausreichend wirksam ist.

die Zuzahlungsmöglichkeit die Leistungserbringer motivieren könne/werde, über das Leistungsprogramm der KV hinausgehende Leistungen – uU auch aus finan-
ziellem Eigeninteresse – anzubieten, die aus Sicht der KV therapeutisch nicht
erforderlich sind; dies würde das Sachleistungssystem in Frage stellen. Diese Be-
denken können aber wohl nur bei Leistungen relevant sein, bei denen der die
teurere Leistung Anratende diese auch selbst erbringt.²⁷⁾ Bei diesen Leistungen,
also insb bei ärztlichen Leistungen, wird das Gesetz wegen dieser Bedenken die
Zuzahlungsmöglichkeit ausschließen dürfen. Bei Heilmitteln greift dieses Beden-
ken an sich nicht (außer das Pharmaunternehmen motiviert die Verschreiben-
den durch individuelle Vorteile). Drittens könnte, gerade bei Heilmitteln, vorge-
bracht werden, die KV müsse den Verbrauch an Medikamenten auf bestimmte
Mittel konzentrieren, um bei diesen einen niedrigeren Preis zu erreichen. Phar-
maunternehmen werden wohl jedenfalls in manchen Fällen einen geringeren
Kassenpreis akzeptieren, wenn sie erwarten können, dass dann die Behandlung
einer Indikation auf Kassenkosten primär mit ihrem Produkt erfolgen werde.
Ob und inwieweit diese Annahme faktisch zutrifft, kann ich nicht beurteilen,
der Gesetzgeber hat hier eine Einschätzungsprärogative. Trifft die Annahme zu,
dann wäre verfassungsrechtlich zwischen diesen finanziellen Interessen der Ver-
sichertengemeinschaft und dem Interesse an Selbstbestimmung der Versicherten
abzuwägen. Der VfGH würde wohl der Einschätzung des Gesetzgebers folgen.

2.3 Unionsrecht

Aus dem Unionsrecht ist hier meist die Dienstleistungsfreiheit relevant, bei
Heilmitteln und Hilfsmitteln die Warenverkehrsfreiheit. Beide Freiheiten fordern
aber keinen bestimmten Umfang der Leistungsansprüche gegen die heimische
Kasse, dieser Umfang ergibt sich vielmehr allein aus dem Recht jenes Staates, das
den Leistungsanspruch gibt.²⁸⁾ Allein dieses Verständnis entspricht dem Zweck
der Freiheiten. Diese sollen nur Hindernisse abbauen, die sich aus dem Neben-
einander mehrerer Mitgliedstaaten ergeben, aber nicht das Anspruchsniveau
erhöhen. Nur wenn der Staat der Versicherung den Leistungsanspruch zwar in
allgemeiner Umschreibung grds gibt (wie dies in Österreich der Fall ist), der An-
spruch in diesem Staat aber nicht oder nicht in angemessener Frist durch eine Be-
handlung erfüllt werden kann, welche „ebenso wirksam“ ist wie die Behandlung
im anderen Mitgliedstaat, verlangt die Dienstleistungsfreiheit, dass die KV die
Behandlung im Ausland bezahlt.²⁹⁾ Der EuGH erweitert damit, entgegen seinen
Aussagen, jedenfalls für jene Mitgliedstaaten, welche die zu bezahlenden Behand-
lungsmethoden nicht ausdrücklich (zB durch Ausschlussbestimmungen) regeln,
die Leistungspflicht der KV, weil es dann auf den höheren Leistungsstandard in
einem anderen Mitgliedstaat ankommt. Für unsere Frage folgt auch aus dieser

²⁷⁾ Es geht hier um ein ähnliches Problem wie bei Inanspruchnahme eines Vertrags-
arztes als Wahlarzt für Leistungen, die vom Gesamtvertrag nicht erfasst sind; vgl dazu
Grillberger in Grillberger/Mosler, Ärztliches Vertragspartnerrecht 242 ff.

²⁸⁾ Vgl EuGH (GK) 5. 10. 2010, C-173/09, *Elchinov*, Rn 56 ff mwN.

²⁹⁾ Vgl EuGH (GK) 5. 10. 2010, C-173/09, *Elchinov*, Rn 62 ff; 9. 10. 2014, C-268/13,
Petru, Rn 29 ff.

Judikatur aber nicht das Recht auf eine Wahlleistung dann, wenn die Kasse eine Leistung wegen nicht ausreichender Wirksamkeit ablehnt, und die abgelehnte Leistung nach den medizinischen Standards tatsächlich nicht ebenso wirksam ist wie die von der KV bezahlte.

Mehr Probleme aus Sicht der Freiheiten bereitet der *Ausschluss der Zuzahlung* für teurere Leistungen. Sie macht den Zugang zu diesen ohne Zweifel weniger attraktiv. Bei ärztlichen Leistungen wird zu prüfen sein, ob die Behinderung, wie zum Verfassungsrecht, durch die Erwägung gerechtfertigt sein kann, dass die Möglichkeit zu Zuzahlungen aufgrund des Eigeninteresses der Behandler dazu führen werde, dass die Versicherten in weitem Umfang Leistungen nur mehr mit Zuzahlungen in Anspruch nehmen. Dies würde das Sachleistungs- und Vertragsarztsystem selbst in Frage stellen und zu einem System führen, bei dem die KV nur mehr einen Kostenersatz leistet, ohne dass gesichert wäre, dass die Wirksamkeit der Leistungen dann typischerweise höher wäre als jene der Kassenleistungen. Es ist fraglich, ob der EuGH diese Rechtfertigung akzeptiert, insb wenn er – wie häufig – nur den Einzelfall betrachtet. Bei Heilmitteln kommt es, wie zum Verfassungsrecht, primär darauf an, ob die Chance, dass Medikamente dadurch für die KV billiger werden, zur Rechtfertigung ausreicht.

2.4 Ethik

Aus ethischer Sicht stellen sich in Bezug auf die Möglichkeit, eine andere Behandlung als die Kassenleistung durch Zuzahlung zu erlangen, kaum andere Fragen als eben zum Gleichheitssatz angesprochen. Etwas schwieriger ist die Frage der Leistungspflicht bei therapeutisch nicht ausreichend wirksamen Leistungen insb dann, wenn die Krankheit nicht lebensbedrohend ist. Aus ethischer Sicht könnten hier Aspekte einzubeziehen sein, die aus rechtlicher Sicht ausgeblendet bleiben können, nämlich ob der Staat aus zwangsweise beigetriebenen Mitteln andere Dinge bezahlt, die jedenfalls weniger sinnvoll scheinen als die Außenseitermethode.

3. Wahltarife

3.1 Problem

Selbstbestimmung der Versicherten kann ferner bedeuten, den Versicherten mehr Möglichkeiten bei der Bestimmung des Leistungsumfanges der KV zu geben. Die KV bietet derzeit allen Versicherten einer Versichertengemeinschaft dasselbe Leistungsangebot. In Bezug auf den Inhalt der Leistungen gibt es auch kaum Unterschiede zwischen ASVG, GSVG und B-KUVG. Nur bei der Anstaltspflege scheint die Sonderklasse für Versicherte nach B-KUVG leichter zugänglich zu sein. Größere Unterschiede dürfte es zwischen der KV und den Krankenfürsorgeeinrichtungen der Länder und Gemeinden geben; diese zahlen manche Leistungen, etwa bei Zahnärzten und nichtärztlichen Leistungserbringern, welche die bundesgesetzlich vorgesehenen Kassen nicht erbringen. Bei den Selbst-behalten gibt es hingegen die bekannten Unterschiede schon innerhalb der KV. Insb sehen B-KUVG und GSVG für Leistungen des niedergelassenen Bereichs

einen Selbstbehalt von 20 % des Kassentarifes vor. Im GSVG wurde jüngst eine Reduktion dieses Selbstbehalts eingeführt, wenn die Versicherten ein bestimmtes Gesundheitsprogramm positiv erfüllen. Überdies gibt es Unterschiede bei den Zuzahlungen zur Anstaltspflege. Ferner sind die Honorare der Kassen für die Vertragspartner sehr verschieden, nicht nur bei Ärzten, was die Leistungsmotivation der Vertragspartner beeinflussen könnte. Insb zahlen die kleinen Kassen Vertragsärzten und vielleicht auch anderen Vertragspartnern für dieselbe Leistung höhere Tarife als die ASVG-Kassen. Manche Ärzte, die alle Kassen haben, behandeln daher angeblich Versicherte der kleinen Kassen lieber. Schließlich eröffnet das GSVG die Wahl zwischen Geld- und Sachleistungsbezug.

Die soziale Krankenvorsorge kennt also schon derzeit beträchtliche *Unterschiede* auch im Leistungsumfang und kann damit leben. Allerdings haben die Versicherten in den meisten Fällen keinen direkten Einfluss darauf, welche Regelung für sie zum Tragen kommt. Nur das GSVG eröffnet eine Option zwischen Geld- und Sachleistung. Im Übrigen haben die Versicherten keine Wahlmöglichkeiten. Die Erwerbstätigen können sich nur entscheiden, wie und bei wem sie arbeiten, was kaum je von den Unterschieden in der KV beeinflusst sein wird.

Hier ist dann fraglich, ob die KV mehr Möglichkeiten zur Selbstbestimmung einräumen soll. Zu denken wäre vor allem an Wahltarife. Zum einen könnte ein Tarif mit Selbstbehalt und einer ohne zur Wahl gestellt werden. Zum anderen könnte auch das Leistungsspektrum etwas ausdifferenziert werden, va bei nicht-ärztlichen Leistungen. Ein Tarif bietet Psychotherapie in hohem, der andere nur in geringerem Umfang. Wahlmöglichkeiten könnten auch kombiniert werden. Wir finden all diese Wahlmöglichkeiten bereits im Ausland, auch in der gesetzlichen KV, wenn wohl auch nicht sehr häufig. Die Einführung von Wahlтарifen würde sich insb anbieten, wenn die Zahl der Sozialversicherungsträger – wie von der Wirtschaftskammer vorgeschlagen – deutlich verringert werden sollte. Die Vereinfachung der Organisation machte Kapazitäten für eine Differenzierung des Angebots frei.

Probleme kann bei Wahlтарifen die Festsetzung der Beitragshöhen bereiten. In Österreich macht dies, auch im GSVG, stets der Gesetzgeber, während in Deutschland die KV-Träger die Höhe der Beiträge zeitweise in einem allerdings geringeren Teil selbst festsetzen konnten. Bei Wahlтарifen stellt sich die Frage, inwieweit die einzelnen Tarifgemeinschaften für sich jeweils ausgeglichen bilanzieren müssen und wie ein allfälliger Staatszuschuss auf die Tarifgemeinschaften aufgeteilt werden müsste. Schon rechtspolitisch läge es nahe, den Grundsatz der Globaläquivalenz auch auf die Tarifgemeinschaften für sich anzuwenden, und einen Staatszuschuss nach Köpfen aufzuteilen.

3.2 Ethik

Aus ethischer Sicht ist zu Wahlтарifen primär anzumerken, dass die Wahlmöglichkeit Selbstbestimmung – und damit auch Eigenverantwortung oder zumindest den Eindruck davon – erhöht. Dies ist ethisch prima facie nie falsch, solange es nicht gewichtige Gegengründe gibt. Gegen das Mehr an Selbstbestimmung kann allgemein uU eingewendet werden, dass damit Gleichbehandlung und Solidarität geschwächt werden. Allerdings ist der Eingriff in die Gleichbe-