



Zusatzkriterien für nichtärztliche Leistungserbringer und ihre Auswirkung auf die Kostenerstattung



Ao. Univ.-Prof. Dr. Michaela Windisch-Graetz

lehrt Arbeits- und Sozialrecht sowie Europäisches Wirtschaftsrecht am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien. Die Schwerpunkte ihrer zahlreichen Publikationen liegen im Bereich des Krankenversicherungsrechts.

1 Ausgangspunkt

In Vereinbarungen zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherungsträgern über den ärztlichen Leistungen gleichgestellte Leistungen (z. B. von klinischen Psychologen und Physiotherapeuten) werden für die Invertragnahme der Berufsangehörigen bestimmte Qualitätskriterien verlangt, die über die allgemeinen Zulassungskriterien der jeweiligen Berufsgesetze hinausgehen. Im Kern geht es um das Erfordernis einer zusätzlichen Praxiszeit – grundsätzlich im Rahmen eines Dienstverhältnisses – in einer Krankenanstalt. Es stellt sich die Frage, ob diese Zusatzkriterien für die Invertragnahme rechtlich zulässig sind. Weiters ist fraglich, ob diese Kriterien in der Folge auch auf die Kostenerstattung für Wahlpartnerleistungen angewendet werden dürfen und ob der gänzliche Ausschluss eines Kostenersatzes zulässig ist, wenn die Voraussetzungen, die für Vertragspartner gelten, von Wahlpartnern nicht erfüllt werden.

2 Gesetzliche Rahmenbedingungen

Die Versicherten haben im Versicherungsfall der Krankheit Anspruch auf Krankenbehandlung, die u. a. ärztliche Hilfe umfasst. Ärztliche Hilfe wird gemäß § 135 ASVG durch Vertrags- oder Wahlärzte oder durch Vertragseinrichtungen bzw. eigene Einrichtungen der Versicherungsträger erbracht. Der ärztlichen Hilfe ist gemäß § 135 Abs. 1 ASVG die Leistungserbringung bestimmter anderer Berufsgruppen gleichgestellt: so insbesondere die erforderliche physiotherapeutische, logopädisch-phoniatrisch-audiologische oder ergotherapeutische Behandlung durch Personen, die nach dem Bundesgesetz über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-Gesetz) zur freiberuflichen Ausübung dieser Berufe berechtigt sind; weiters klinisch-psychologische Diagnostik durch klinische Psychologen, die nach dem Psychologengesetz zur selbstständigen Ausübung des psychologi-

schen Berufes berechtigt sind; außerdem Psychotherapie durch Personen, die zur selbstständigen Ausübung der Psychotherapie nach dem Psychotherapiegesetz berechtigt sind.

Der Versicherte kann diese Leistungen entweder als Sachleistungen oder in Form von Kostenerstattung oder eines Kostenzuschusses in Anspruch nehmen. Die Versicherungsträger trifft nach herrschender Meinung¹ eine Organisationspflicht, ein entsprechendes Sachleistungssystem zu errichten. Dazu schließen die Versicherungsträger gemäß § 338 ASVG privatrechtliche Verträge mit den freiberuflich tätigen Angehörigen der genannten Berufsgruppen. Der Gesetzgeber sieht je nach Berufsgruppe unterschiedliche Regelungen für die Vertragsbeziehungen vor (§ 341, 349 ASVG). Während die Einbeziehung der Ärzte durch Abschluss von Gesamt- und Einzelverträgen (GV, EV) zu erfolgen hat, ist der Abschluss eines GV für die Berufsgruppen der klinischen Psychologen und der Psychotherapeuten optional. Stehen keine GV in Geltung, kann der Hauptverband (HVB) mit einzelnen freiberuflich tätigen klinischen Psychologen und Psychotherapeuten EV nach einheitlichen Gesichtspunkten abschließen (§ 349 Abs. 2 ASVG). Die Beziehungen zu „anderen Vertragspartnern“ als Ärzten, ..., klinischen Psychologen und Psychotherapeuten können durch GV geregelt werden. An die Stelle der Ärztekammer tritt die zuständige gesetzliche berufliche Vertretung. Da es für die Berufsgruppen der Physiotherapeuten, Ergotherapeuten etc. keine gesetzliche Interessenvertretung, sondern lediglich freiwillige berufliche Interessenvertretungen auf vereinsrechtlicher Grundlage gibt, fehlt für diese Berufsgruppen eine abschlussfähige GV-Partei. Mit diesen Interessenvertretungen können daher lediglich Schablonenverträge ausgearbeitet werden, nach deren Muster in der Folge Verträge (in der Folge: Individualverträge) zwischen den KV-Trägern und den einzelnen Berufsausübenden abgeschlossen werden.

Nimmt der Versicherte nicht die Vertragspartner der KV-Träger in Anspruch, hat er gemäß § 131 ASVG Anspruch auf Kostenersatz im Ausmaß von 80 % des Betrages, der bei Inanspruchnahme der entsprechenden Vertragspartner des KV-Trägers von diesem aufzuwenden gewesen wäre.

3 Rechtsschranken des Handelns der KV-Träger

3.1 Bindung der Vertragspartner an das Gesetz

Die Vertragsparteien haben sich bei der Ausgestaltung der Verträge an die Vorgaben der Sozialversicherungsgesetze zu halten. §§ 338 ff. ASVG enthal-

ten formale und inhaltliche Voraussetzungen für den Abschluss von Verträgen mit den Vertragspartnern. Dabei sind die Vorgaben für den Abschluss von Individualverträgen, wie sie mit jenen Berufsangehörigen abgeschlossen werden müssen, für die es mangels GV-fähiger Interessenvertretung keine GV geben darf, rudimentär. Aus § 338 Abs. 1 ASVG geht lediglich hervor, dass die Verträge der Schriftform bedürfen. Abs. 2 verlangt, dass durch die Verträge die ausreichende Versorgung der Anspruchsberechtigten sichergestellt werden muss.

Vorgaben für den Inhalt von GV werden dagegen detaillierter geregelt. Für GV, die mit der Interessenvertretung der klinischen Psychologen abgeschlossen werden, sind §§ 341, 342 und 343 Abs. 1 bis 3 ASVG anzuwenden. Gemäß § 342 ASVG hat der GV insbesondere einen Stellenplan zu enthalten, die Auswahl der Vertragspartner ist festzulegen, die Rechte und Pflichten der Vertragspartner und eine Honorarordnung sind zu regeln. § 342 Abs. 2a ASVG normiert die Parameter für die Gestaltung der Honorarordnung, die das Ziel einer qualitativ hochwertigen Versorgung der Versicherten, eine nachhaltig ausgeglichene Gebarung der KV-Träger und eine angemessene Honorarentwicklung im Interesse der Vertragspartner verfolgen soll. § 342 ASVG enthält, wie das Wort „insbesondere“ deutlich macht, keine abschließende Aufzählung zulässiger GV-Inhalte. Da GV Normwirkung für Dritte haben, muss man davon ausgehen, dass die GV-Parteien im normativen Teil des GV lediglich Inhalte vereinbaren dürfen, die mit den in § 342 ASVG geregelten Inhalten grundsätzlich insofern vergleichbar sind, als sie das Verhältnis zwischen KV-Trägern und Leistungserbringern im Hinblick auf eine ausreichende und qualitativ hochwertige Versorgung der Versicherten regeln. Darüber hinaus gehende Regelungen müssten gemäß § 879 ABGB als gesetzwidrig qualifiziert werden.

Die eingangs erwähnten Regelungen spezifischer Qualifikationserfordernisse für den Zugang zum Vertragspartnersystem bewegen sich m. E. im gesetzlich vorgegebenen Rahmen. Solche Regelungen stehen in engem Zusammenhang mit Regelungen über die Auswahl der Vertragspartner, die gemäß § 342 Abs. 1 Z 2 ASVG getroffen werden müssen, und dienen dem Ziel des Vertragspartnerrechts, eine qualitativ hochwertige Versorgung der Versicherten mit Leistungen der Krankenbehandlung sicherzustellen. Der Unterschied zwischen spezifischen Qualifikationskriterien für eine Invertragnahme und Aufnahmekriterien im Sinne von Reihungskriterien ist lediglich graduell. In beiden Fällen geht es um die Frage, ob ein Berufsangehöriger

Spezifische Qualifikationskriterien für die Invertragnahme sind ein zulässiger Inhalt von Gesamtverträgen.

¹ Für viele Resch, Sozialrecht⁶ (2011), 73.

aufgrund bestimmter Kriterien für den Abschluss eines Vertrages mit einem KV-Träger in Betracht kommt. Während bei der Voraussetzung spezifischer Qualifikationserfordernisse für Personen, die diese nicht erfüllen, von vornherein klar ist, dass ihre Invertragnahme ausgeschlossen ist, bleibt im Fall von Reihungskriterien, die sich auf die fachliche Qualifikation beziehen, für weniger qualifizierte immerhin die theoretische Chance auf eine Invertragnahme gewahrt. Die Vereinbarung spezifischer Qualifikationserfordernisse in Gesamtverträgen weicht somit ihrem Inhalt nach nicht von jenen ausdrücklich aufgezählten Regelungsinhalten des § 342 Abs. 1 Z 1 ASVG ab, die typischerweise in Gesamtverträgen geregelt werden dürfen

3.2 Bindung der Privatwirtschaftsverwaltung an die Grundrechte

Sowohl der HVB als auch die KV-Träger handeln im vorliegenden Fall der Einbindung von Leistungserbringern in das Kassenvertragssystem ausschließlich mit Mitteln des Privatrechts. Nicht nur die Individual- und Einzelverträge, die mit den einzelnen Berufsangehörigen abgeschlossen werden, sondern auch der Gesamtvertrag als Normenvertrag wird von der ganz herrschenden Meinung² als privatrechtlicher Vertrag angesehen.

Bei der Ausgestaltung der Verträge sind neben den gesetzlichen Grenzen, wie sie sich insbesondere aus dem ASVG ergeben, die Grundrechte zu beachten. Neben dem Staat sind auch die Selbstverwaltungsträger und andere selbstständige, aber öffentliche Aufgaben besorgende Rechtsträger an die Grundrechte gebunden, wenn sie in privatrechtsförmiger Weise typisch staatliche („öffentliche“) Aufgaben erfüllen.³ Die von HVB und KV-Trägern abgeschlossenen Gesamt-, Einzel- und Individualverträge sind daher insbesondere im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz (Art. 2 StGG; Art. 7 B-VG) und die Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG) zu überprüfen. Vertragsklauseln, die gegen die Grundrechte verstoßen, sind nach § 879 ABGB nichtig.⁴

4 Beurteilung der Vereinbarung von Qualifikationskriterien für die Invertragnahme

Das ASVG bestimmt selbst keine Kriterien für die Auswahl der Vertragspartner, sondern delegiert die Bestimmung solcher Kriterien an die GV-Parteien. Vorgegeben ist nur, dass der GV Regelungen über

die Auswahl der Vertragspartner zu enthalten hat. Für jene Berufsgruppen, für deren Leistungserbringung kein GV abgeschlossen werden kann, gibt es überhaupt keine spezifischen gesetzlichen Vorgaben. Um die Zulässigkeit der Auswahlkriterien im GV für klinische Psychologen/Psychologinnen und in Individualverträgen von KV-Trägern mit Physiotherapeuten/-therapeutinnen beurteilen zu können, sind daher die allgemeine Zielsetzung des Krankenversicherungsrechts, berufsrechtliche Vorgaben und die Grundrechtsbindung des HVB und der KV-Träger zu berücksichtigen.

Beim Abschluss des GV ist die Bindung der Vertragspartner an den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz von zentraler Bedeutung. Beim Abschluss von Individualverträgen zwischen dem KV-Träger und einzelnen Vertragspartnern ist der KV-Träger an die Grundrechte gebunden. Nach der Rechtsprechung des OGH verlangt der Gleichheitsgrundsatz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die Bewerber/-innen gleich zu behandeln und nicht zu diskriminieren. Der Gleichheitsgrundsatz verbietet unsachliche Differenzierungen, also die Anwendung sachlich nicht gerechtfertigter Auswahlkriterien. Daher muss etwa die Vergabe eines Kassenvertrages auf objektiven und nachprüfbareren Erwägungen beruhen, die transparent und sachlich gerechtfertigt sind.⁵ Auch die vom VfGH entwickelte Prüfungsformel stellt darauf ab, dass der Gleichheitsgrundsatz nur „sachlich gerechtfertigte“ Differenzierungen zulässt. Nach der Rechtsprechung ist eine Differenzierung nur sachlich begründet, wenn sie nach objektiven Unterscheidungsmerkmalen („aus Unterschieden im Tatsächlichen“) erfolgt.

4.1 Gesamtvertrag für klinische Psychologen

Der GV für klinische Psychologen, abgeschlossen zwischen dem HVB und dem Berufsverband Österreichischer Psychologinnen und Psychologen, enthält in § 5 folgende Regelung der Auswahl der Vertragspartner: Ein Vertragsabschluss ist nur mit klinischen Psychologen zulässig, die nach Erwerb der Berufsausübungsbefugnis als klinische Psychologen/Psychologinnen gemäß § 10 Psychologengesetz eine mindestens zweijährige klinisch-psychologische Tätigkeit im Bereich der klinisch-psychologischen Diagnostik in einer einschlägigen Einrichtung, die auch berechtigt ist, die Ausbildung zum klinischen Psychologen durchzuführen (§ 8 Abs. 4 PsychG), sowie

2 Grillberger/Mosler, Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012), 73; Kopetzki, Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt (1999), 31 (34); Mosler in Strasser (Hrsg.), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995), 104; OGH 7 Ob 3/05z; 7 Ob 299/00x; VfGH VfSlg 17.412; 15.697.

3 Grundlegend Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993), 146 ff.; Kopetzki, Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt (1999), 31 (38).

4 OGH 7 Ob 299/00x; Grillberger/Mosler, Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012), 78. Erst im Einzelfall kann geklärt werden, ob bloß die einzelne Vertragsklausel oder der gesamte Vertrag nichtig wird.

5 OGH 4 Ob 31/02s; 7 Ob 299/00x.

Die Sozialversicherungsträger sind beim Abschluss von Verträgen an die Grundrechte gebunden.

100 (anonyme) eigendiagnostizierte Fälle nachweisen.⁶ Ziel dieser Regelung ist die Absicherung der KV-Träger, dass die Vertragspartner ausreichende Erfahrung in der Krankenbehandlung erworben haben. Es ist zweifellos ein legitimes Ziel des Vertragspartnerrechts, eine qualitativ hochwertige Versorgung der Versicherten sicherzustellen. Dieses Ziel lässt sich u. a. aus § 343 Abs. 1a ASVG ableiten, der für die Auswahl von Vertragspartnern die Berücksichtigung der fachlichen Eignung der Vertragspartner verlangt. Die Ausbildung für klinische Psychologen ist im PsychG geregelt. § 3 umschreibt den Beruf der klinischen und Gesundheitspsychologie. Das Berufsbild des klinischen Psychologen ist breit gefächert. Es reicht von der Prävention über die Diagnostik bis zur psychologischen Beratung und Behandlung. Die von den KV-Trägern den Versicherten im Rahmen der Krankenbehandlung zu erbringende klinisch-psychologische Diagnostik ist demgegenüber nur ein kleiner Ausschnitt des gesamten beruflichen Spektrums klinischer Psychologen. Insbesondere sind die klinisch-psychologische Beratung und Behandlung keine Kassenleistungen. Der Breite des Berufsbildes entsprechend garantiert die Berufsausbildung der klinischen Psychologen/Psychologinnen nicht, dass im Rahmen der praktischen Ausbildung speziell Kompetenzen in der klinisch-psychologischen Diagnostik im Hinblick auf krankheitswertige Störungen erworben werden. Es ist vielmehr möglich, dass die Auszubildenden z. B. nur in der psychologischen Beratung und Behandlung oder im Erstellen von Präventionskonzepten eingesetzt werden. Die Breite des möglichen Tätigkeitsspektrums und die Notwendigkeit der Sicherstellung einer ausreichenden Qualität der Leistungserbringung waren auch dem Berufsgesetzgeber bewusst. Er verpflichtet daher in § 13 Abs. 5 PsychG klinische und Gesundheitspsychologen, sich bei der Ausübung ihres Berufes auf jene psychologischen Arbeitsgebiete und Behandlungsmethoden zu beschränken, in denen sie nachweislich ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen erworben haben. Es ist daher schon aus berufsrechtlicher Sicht festzustellen, dass in der Berufsliste eingetragene klinische Psychologen/Psychologinnen, die keine ausreichende Praxis in der klinisch-psychologischen Diagnostik erworben haben, diese Leistungen nicht erbringen dürfen. Soweit ersichtlich, wird dies in der Praxis jedoch von den nach dem Berufsgesetz zuständigen Behörden nicht kontrolliert. Von diesen wurden auch, soweit ersichtlich, keine Standards festgelegt, die sowohl die



Das Berufsbild des klinischen Psychologen ist breit gefächert. Es reicht von der Prävention über die Diagnostik bis zur psychologischen Beratung und Behandlung.

Art der Nachweise als auch das notwendige Ausmaß von Kenntnissen und Praxiserwerb näher definieren. Vor diesem Hintergrund entspricht es den berufsgesetzlichen Vorgaben, dass die KV-Träger nur solche Personen unter Vertrag nehmen, die eine entsprechende Erfahrung in jenem Segment klinisch-psychologischer Tätigkeit nachweisen können, das Gegenstand einer Kassenleistung sein kann.⁷ Die GV konkretisieren damit lediglich die im Berufsrecht verwendeten unbestimmten Gesetzesbegriffe und gehen m. E. nicht über den darin liegenden Interpretationsrahmen hinaus. Dass die Erfahrung in einem Anstellungsverhältnis erworben worden sein muss und dass eine selbstständige Tätigkeit in eigener Praxis nicht ausreicht, ist im Hinblick auf die Qualifizierung der klinischen Psychologen sinnvoll. Dies entspricht den Vorgaben des § 6 PsychG für die praktische Ausbildung in anerkannten Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens. Die klinisch-psychologische Diagnostik ist im ASVG als Hilfsleistung im Zusammenhang mit einer ärztlichen oder psychotherapeutischen Behandlung konzipiert. Klinisch-psychologische Diagnostik erfordert eine ärztliche oder psychotherapeutische Zuweisung unter Einschluss einer Verdachtsdiagnose und einer konkreten Fragestellung. Die Tätigkeit in einer Krankenanstalt (bzw. gleichge-

⁶ Hierzu sind Varianten im Gesamtvertrag vereinbart, wonach bei zeitlich kürzerem Einsatz bis zu einem Jahr mehr eigendiagnostizierte Fälle – bis zu 300 – nachgewiesen werden müssen. Außerdem ist eine teilweise Anrechnung von Praxiszeiten im Rahmen der Ausbildung möglich.

⁷ In diesem Sinn hält auch Grillberger in Grillberger/Mosler, *Ärztliches Vertragspartnerrecht* (2012), 275, fest, dass die Gesamtverträge der Ärzte Beschränkungen der Verrechenbarkeit enthalten dürfen, um die medizinische Versorgung im Hinblick auf Qualität und Wirtschaftlichkeit zu steuern. Dies sei insbesondere bei Leistungen der Fall, die eine besondere Qualifikation des Arztes erfordern.



© Wavebreakmedia/Micro - Fotolia.com

Die Qualifikation von Physiotherapeuten soll durch eine einjährige Berufspraxis in einer Krankenanstalt sichergestellt werden.

stellten Einrichtung) in Zusammenarbeit mit Ärzten/Ärztinnen und/oder Psychotherapeuten/-therapeutinnen ist daher speziell geeignet, die für eine Vertragspartnertätigkeit notwendige Qualifikation in klinisch-psychologischer Diagnostik im Rahmen der Krankenbehandlung zu erwerben.

Bei der Beurteilung der Sachlichkeit der Regelung in Gesamtverträgen ist im Anschluss an die Judikatur des VfGH darüber hinaus zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber durch die Übertragung der Regelungsmacht an die GV-Parteien offenkundig davon ausgeht, dass das Ergebnis ein kollektiv erungener Interessenausgleich ist, der eine rechtliche und wirtschaftliche Richtigkeit für sich hat.⁸ Die Vereinbarung spezifischer Qualifikationserfordernisse in § 5 GV für klinische Psychologen/Psychologinnen ist somit im Wesentlichen als Konkretisierung der in § 13 Abs. 5 PsychG geregelten berufsrechtlichen Tätigkeitsschranken zu sehen. Durch diese Regelung wird sichergestellt, dass nur jene Personen in Vertrag genommen werden, die auch die aus berufsrechtlicher Sicht geforderten ausreichenden Kenntnisse und Erfahrungen in einem Teilgebiet der klinischen Psychologie, nämlich der klinisch-psychologischen Diagnostik, erworben haben.

4.2 Invertragnahme von Physiotherapeuten

In ähnlicher Weise wie mit klinischen Psychologen/Psychologinnen schließen die KV-Träger nur mit solchen zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Physiotherapeuten Individualverträge ab, die im Anschluss an ihre Berufsausbildung eine zumindest einjährige Angestellten-tätigkeit im Ausmaß von 40 Wochenstunden in einer Krankenanstalt nachweisen können.

Anders als das Berufsrecht der klinischen Psycho-

logen enthält das Berufsrecht der Physiotherapeuten keine berufsrechtlichen Beschränkungen auf Gebiete, in denen sie ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen erworben haben. Der physiotherapeutische Dienst umfasst gemäß § 2 MTD-Gesetz die eigenverantwortliche Anwendung aller physiotherapeutischen Maßnahmen nach ärztlicher Anordnung im intra- und extramuralen Bereich, unter besonderer Berücksichtigung funktioneller Zusammenhänge auf den Gebieten der Gesundheitserziehung, Prophylaxe, Therapie und Rehabilitation. Die Ausbildung für den physiotherapeutischen Dienst dauert gemäß § 18 MTD-Gesetz drei Jahre. Seit 2006 erfolgt die Ausbildung an Fachhochschulen. Die Gesamtstundenanzahl an praktischer Ausbildung, die während der drei Jahre erfolgen muss, erfolgt in allen relevanten medizinischen und präventiven Bereichen und umfasst rund 1.250 Stunden (diese werden in der Regel in ein paar Wochen dauernden Praktika erbracht).⁹

Ähnlich wie bei klinischen Psychologen ist auch bei Physiotherapeuten nicht garantiert, dass eine spezialisierte Ausbildung im Bereich der Krankenbehandlung erfolgt. Die Praxiserfahrung besteht im Wesentlichen in einem „Hineinschnuppern“ in die Praxis, dabei ist in der Regel davon auszugehen, dass die Auszubildenden keineswegs sämtliche berufsrelevante Krankheitsbilder auch nur „gesehen“ haben, selbst wenn für gewöhnlich versucht wird, dass die Auszubildenden zumindest die wichtigsten Stationen wie etwa Orthopädie, Neurologie, Unfallchirurgie kennengelernt haben. Diese Art von Ausbildung entspricht eher den Famulaturen der Mediziner und ist keinesfalls mit der mehrere Jahre (drei für Ärzte für Allgemeinmedizin, sechs für Fachärzte) dauernden Turnusausbildung der Ärzte vergleichbar. Die Vergleichbarkeit fehlt insbesondere in Bezug auf die zunehmend selbstständige Ausübung des ärztlichen Berufes mit fortschreitender Ausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin oder Facharzt. Ein solches Hineinwachsen in die selbstständige Tätigkeit ist im Rahmen der kurzen praktischen Ausbildung der Physiotherapeuten nicht möglich.

Es ist daher sachlich gerechtfertigt, wenn die KV-Träger spezifische Qualifikationskriterien für die Invertragnahme ihrer Vertragspartner festlegen, die einen spezialisierten Praxiserwerb in einer Einrichtung des Gesundheitswesens im Rahmen der Krankenbehandlung sicherstellen. Es ist sachlich gerechtfertigt, dass ein KV-Träger, der den Versicherten gegenüber verpflichtet ist, Leistungen auf hohem qualitativem Niveau zu erbringen, auch von anderen Leistungserbringern als Ärzten verlangt,

⁸ Vgl. VfGH 15.698.

⁹ Damit wurde die Stundenzahl für den Praxiserwerb um rund die Hälfte gegenüber der früheren Ausbildung an den medizinisch-technischen Akademien reduziert.

dass diese eine gewisse berufliche Erfahrung aufweisen. Auch wenn die Leistungen von Physiotherapeuten/-therapeutinnen nur nach ärztlicher Verschreibung erfolgen dürfen, ist während der konkreten Leistungserbringung in eigener Praxis keinerlei Anweisung oder Kontrolle von Berufseinsteigern mehr möglich.

Dieses Ergebnis stimmt auch mit den Wertungen der Judikatur zu Beschränkungen der Verrechenbarkeit bestimmter Leistungen in den ärztlichen Gesamtverträgen überein. So führt der OGH im Verfahren 10 ObS 403/98g¹⁰ in Übereinstimmung mit der Bundesschiedskommission (R5-BSK/98, SSV-NF 12/A 7) detailliert aus, dass GV die Verrechenbarkeit von ärztlichen Leistungen auf bestimmte Vertragspartner einschränken dürfen, so dass nicht jeder berufsrechtlich befugte Arzt jede Leistung auf Kassenkosten erbringen darf. Solche Beschränkungen dienen vorrangig dazu, die flächendeckende medizinische Versorgung im Hinblick auf Qualität und Wirtschaftlichkeit zu steuern.¹¹ Auch wenn Ärzte berufsrechtlich zur Leistungserbringung berechtigt sind, dürfen die Gesamtverträge die Verrechenbarkeit ihrer Leistungen auf ein Teilspektrum beschränken.

Das Auseinanderfallen von berufsrechtlicher Zulassung und Beschränkung der Möglichkeiten, Leistungen auf Kassenkosten zu erbringen, zeigt sich insbesondere bei Ärzten für Allgemeinmedizin, die berufsrechtlich zur Ausübung der gesamten Medizin berechtigt sind. Anders als Fachärzte, die sich gemäß § 31 Abs. 3 ÄrzteG auf ihr Sonderfach zu beschränken haben, sind Ärzte für Allgemeinmedizin gemäß § 31 Abs. 1 ÄrzteG 1998 zur Ausübung einer „allgemeinärztlichen Berufstätigkeit“ berechtigt, worunter die ärztliche Berufstätigkeit auf allen Fachgebieten der medizinischen Wissenschaft zu verstehen ist.¹² Dennoch ist es unbestritten, dass die Gesamtverträge Beschränkungen der Verrechenbarkeit allgemeinärztlicher Leistungen vornehmen dürfen sowie festlegen dürfen, dass die Erbringung bestimmter Leistungen Fachärzten vorbehalten ist.¹³

5 Zulässigkeit der Beschränkung der Kostenerstattung

5.1 Praxis der KV-Träger

Nimmt der Versicherte nicht die Vertragspartner der KV-Träger in Anspruch, hat er gemäß § 131 ASVG Anspruch auf Kostenerstattung im Ausmaß von 80 % des Betrages, der bei Inanspruchnahme der entsprechenden Vertragspartner des KV-Trä-

gers von diesem aufzuwenden gewesen wäre. Die gemäß § 30 Abs. 4 Musterkrankenordnung erlassenen Krankenordnungen der KV-Träger sehen vor, dass „bei der Ermittlung der Kostenerstattung die in den Honorarordnungen vertraglich vorgesehenen Verrechnungsbeschränkungen in qualitativer (z. B. Ausbildungserfordernisse, Fachgebietsbeschränkungen) und quantitativer (z. B. Limitierungen) Hinsicht entsprechend anzuwenden sind“.

Die KV-Träger beschränken demnach die Kostenerstattung auf Leistungen bei solchen Wahlpartnern, die die gleichen Zusatzqualifikationen aufweisen, wie sie ein Vertragspartner aufgrund des GV für klinische Psychologen/Psychologinnen oder der Individualverträge für Physiotherapeuten/-therapeutinnen, Ergotherapeuten/-therapeutinnen etc. aufweisen muss. Neben den Vertrags- und Wahlpartnern mit Zusatzqualifikationen gibt es damit de facto eine dritte Gruppe von Berufsangehörigen, für deren Leistungen der Versicherte keine Kostenerstattung erhalten kann. Diese Personen sind zwar nach den öffentlich-rechtlichen Berufsregelungen zur selbstständigen Ausübung ihres Berufes berechtigt, eine Leistungserbringung im Rahmen des Krankenversicherungssystems soll für sie allerdings nicht in Betracht kommen. Fraglich ist, ob das Verwaltungshandeln der KV-Träger, die Kostenerstattung auf speziell qualifizierte Wahlpartner zu beschränken, rechtmäßig ist.

5.2 Regelung des ASVG über die Kostenerstattung

5.2.1 Beschränkung auf „entsprechende“ Wahlpartner

Gemäß § 131 ASVG erhält der Versicherte Kostenerstattung, gemessen an dem Betrag, den ein „entsprechender Vertragspartner“ erhalten hätte. § 30 der Musterkrankenordnung und der von den einzelnen Versicherungsträgern darauf beruhenden Krankenordnungen konkretisieren als „entsprechenden Vertragspartner“ jenen, der insbesondere der gleichen Berufsgruppe und Organisationsform wie der Wahlpartner zugehört. In den Krankenordnungen wird betont, dass bei der Ermittlung der Kostenerstattung die in den Honorarordnungen vertraglich vorgesehenen Verrechnungsbeschränkungen in qualitativer (z. B. Ausbildungserfordernisse, Fachgebietsbeschränkungen) und quantitativer (z. B. Limitierungen) Hinsicht entsprechend anzuwenden sind. Diese für die Ärzte normierte Regelung gilt gemäß § 34 Abs. 3 Musterkrankenordnung sinngemäß auch für der ärztlichen Hilfe gleichgestellte Leistungen.

Die Auslegung der KV-Träger, die Kostenerstattung

Neben Vertrags- und Wahlpartnern gibt es eine dritte Gruppe von Berufsangehörigen, deren Leistungen nicht mit der Krankenkasse verrechenbar sind.

¹⁰ DRdA 2000/16 (zust. Kiesel).

¹¹ Ebenso Grillberger in Grillberger/Mosler, *Ärztliches Vertragspartnerrecht* (2012), 275.

¹² VwGH 2006/15/0122; 2002/10/0026: So kann aus berufsrechtlicher Sicht etwa eine zum Fachgebiet der Gynäkologie und Geburtshilfe zählende ärztliche Berufstätigkeit nicht nur vom entsprechenden Facharzt, sondern – in Abhängigkeit von seinen Kenntnissen und Fähigkeiten – ebenso vom Arzt für Allgemeinmedizin wahrgenommen werden.

¹³ Vgl. auch Grillberger in Grillberger/Mosler, *Ärztliches Vertragspartnerrecht* (2012), 69.

auf speziell qualifizierte Wahlpartner zu beschränken, stützt sich auf die Krankenordnung und setzt am Wortlaut des Gesetzes, nämlich am Begriff „entsprechend“ an. Will man einen hohen qualitativen Leistungsstandard der Krankenbehandlung erreichen, indem man an die Vertragspartner besondere Anforderungen stellt, soll dies nicht dadurch umgangen werden, dass Wahlpartner ein geringeres Qualifikationsprofil aufweisen dürfen.

Diese Auslegung hat die Judikatur des OGH auf ihrer Seite. Im Verfahren 10 ObS 403/98g hatte der OGH über die Kostenerstattung für PSA-Wert-Bestimmungen zu entscheiden: Im GV war die Verrechenbarkeit von PSA-Wert-Bestimmungen auf bestimmte Fachärzte beschränkt, sodass diese Leistungsposition nicht von jedem allenfalls berufsrechtlich in Betracht kommenden Vertragsarzt verrechnet werden durfte. Der OGH hielt zunächst fest, dass diese gesamtvertragliche Beschränkung der Verrechenbarkeit grundsätzlich zulässig sei, weil sie in der Regel berechtigten Interessen beider Vertragsparteien entspreche (Kostenbegrenzung, Qualität). Der OGH hält weiters fest, dass eine Beschränkung der Verrechnungsmöglichkeit von bestimmten Leistungen bei Vertragsärzten auch auf Wahlärzte anzuwenden sei. Andernfalls könnten der Qualitätssicherung oder dem Wirtschaftlichkeitsgebot dienende Maßnahmen unterlaufen werden.¹⁴ Dass der Arzt nach ärztlichem Berufsrecht zur Vornahme derartiger Untersuchungen berechtigt ist, führte noch nicht zur Verrechenbarkeit von Leistungen gegenüber dem Krankenversicherungsträger und letztlich zur Kostenerstattungspflicht gegenüber dem Versicherten.¹⁵ Im Verfahren 10 ObS 336/00k wiederholt der OGH diese Rechtsauffassung zur Echokardiographie, deren Erbringung bestimmten Ärzten vorbehalten ist. Eine derartige gesamtvertragliche Einschränkung der Verrechenbarkeit sei zulässig. Sie führe dazu, dass ein Versicherter bei Erbringung der Leistung durch einen Arzt aus einem anderen Fachgebiet keinen Kostenerstattungsanspruch habe und eine solche Leistung nur als „Privatpatient“ auf eigene Kosten in Anspruch nehmen könne.

Der OGH legt den Verweis des § 131 ASVG auf „entsprechende Vertragspartner“ so aus, dass gesamtvertragliche Beschränkungen bei der Vergleichbarkeit der Leistung berücksichtigt werden müssen. Werden an den Vertragspartner oder an seine Leistungen bestimmte Bedingungen verknüpft, besteht eine „Entsprechung“ der Leistungserbringer nur, wenn auch der Wahlpartner dieselben Bedingungen erfüllt. Diesbezüglich halten Grillberger¹⁶ und Kletter¹⁷ fest, dass sich

der Rechtsbegriff „entsprechender Vertragspartner“ nicht nur auf die Leistungsart, sondern auch auf den Leistungserbringer bezieht. Diese Interpretation orientiert sich am Wortlaut und am Zweck des Krankenversicherungsrechts, eine qualitativ hochwertige Behandlung zu vernünftigen Kosten zur Verfügung zu stellen.

5.2.2 Differenzierung zwischen Ärzten und anderen Leistungserbringern

In den verschiedenen Verfahren ging es allerdings jeweils nur um einzelne Beschränkungen des Leistungsspektrums von Ärzten, deren Leistungen davon abgesehen als Vertrags- oder Wahlpartnerleistungen mit den KV-Trägern verrechenbar waren. In den hier zu prüfenden Fällen würden jedoch Leistungen von Personen, die nach Berufsrecht zur selbstständigen Ausübung ihrer Berufe berechtigt sind, mangels Aufweisen zusätzlicher Qualifikationen vom Krankenversicherungssystem völlig ausgeschlossen.

Es ist daher zu prüfen, ob die Regelungen des ASVG eine Auslegung zulassen, die zu einem solchen Ergebnis führt. Dabei ist zunächst die Entstehungsgeschichte des Vertragspartnerrechts zu berücksichtigen. In der Stammfassung des ASVG 1955 waren lediglich Ärzte in das Vertragspartnersystem einbezogen. Die Regelung des § 131 ASVG über die Kostenerstattung war eine Neuerung gegenüber der früheren Rechtslage. In der Krankenversicherung der Arbeiter und Angestellten waren beim Vorhandensein von eigenen oder Vertragseinrichtungen der Versicherungsträger für die Gewährung der Arzthilfe Kostenvergütungen bei Inanspruchnahme anderer ärztlicher Hilfe lediglich bei plötzlichen Erkrankungen und Unfällen vorgesehen. Die Einführung der Wahlarzthilfe war die Reaktion des Gesetzgebers auf die Forderung der Ärzteschaft, die bei den Vorberatungen des Gesetzesentwurfes mit Nachdruck die Zulassung aller freiberuflich tätigen Ärzte zur Tätigkeit im Rahmen der Sozialversicherung verlangt hat.¹⁸ Eine historische Auslegung des ASVG in Bezug auf die Berufsgruppe der Ärzte führt daher m. E. zu dem Ergebnis, dass für Ärzte grundsätzlich keine Differenzierungen getroffen werden dürfen, die zu einem gänzlichen Ausschluss bestimmter Gruppen von Wahlärzten führen. Mit den Novellen 31/1973 und BGBl. 676/1991 wurde das Leistungsspektrum des ASVG erweitert. Der ärztlichen Hilfe wurde zunächst die aufgrund ärztlicher Verschreibung erforderliche physiotherapeutische und logopädisch-phoniatrisch-audiometrische Behandlung durch Personen gleichgestellt, die nach dem MTD-Gesetz zur freiberuflichen Ausübung des physiotherapeutischen bzw. des logopä-

Im Sinn einer Qualitätssicherung dürfen Wahlpartner kein geringeres Qualifikationsprofil aufweisen als Vertragspartner.

14 DRdA 2000/16 (zust. Kiesl); so auch unter Hinweis auf den Vorrang des Sachleistungssystems Kletter, Kostenerstattungen und Sachleistungsvorsorge, Soziale Sicherheit 1994, 27 ff.

15 Ähnlich zu MRT-Untersuchungen, wobei hier eine gesetzliche Rücksichtnahmepflicht auf den Großgeräteplan geregelt ist: OGH 265/98v.

16 In Strasser (Hrsg.), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995), 422.

17 Kletter, Kostenerstattungen und Sachleistungsvorsorge, Soziale Sicherheit 1994, 27 ff.

18 RV 599 BlgNR 7. GP.

Der ärztlichen Hilfe wurde zunächst die aufgrund ärztlicher Verschreibung erforderliche physiotherapeutische und logopädisch-phoniatriisch-audiometrische Behandlung durch Personen gleichgestellt, die nach dem MTD-Gesetz zur freiberuflichen Ausübung des physiotherapeutischen bzw. des logopädisch-phoniatriisch-audiometrischen Dienstes berechtigt sind.

disch-phoniatriisch-audiometrischen Dienstes berechtigt sind. 1991 erfolgte die Gleichstellung der klinisch-psychologischen Diagnostik und der Psychotherapie, jeweils in Bezug auf die Personengruppen, die durch die 1990 neu geschaffenen Berufsgesetze (PsychG, PThG) zur selbstständigen Ausübung der klinischen Psychologie und der Psychotherapie berechtigt wurden. Außerdem wurde die Leistung der Ergotherapie einbezogen. Im Gegensatz zur Entwicklung der Einbeziehung der Ärzte in das Kassensystem finden sich in den Materialien keinerlei Hinweise auf eine umfassende Einbeziehung der gesamten Berufsgruppen. Im Vordergrund der Überlegungen stand die Ausdehnung des Leistungsspektrums für die Versicherten. Überlegungen zur Versorgung der Leistungsanbieter finden sich keine. Vielmehr finden sich in den Materialien¹⁹ Diskussionen über die Reichweite des Berufsbildes von Psychologen nach dem PsychG und Psychotherapeuten nach dem PThG, aus denen deutlich hervorgeht, dass die Berufsbilder dieser Gesetze wesentlich weiter sind als das, was Kassenleistung im Rahmen der Krankenbehandlung sein darf.²⁰ Die Beschränkung der Berufsangehörigen auf einen – zum Teil recht engen – Teilbereich ihres Berufsbildes ist ein zentraler Punkt der Novelle 1991.

Aufgrund der Entwicklung der Erweiterung des Leistungsspektrums zugunsten der Versicherten und der damit verbundenen Einbeziehung anderer Berufsgruppen in das ASVG kann man daher m.E. keinesfalls durch einen Analogieschluss zur Rechtslage für Ärzte zu der Ansicht gelangen, dass auch jeder Psychotherapeut oder klinische Psychologe Anspruch auf Teilnahme am Kassensystem hat. Vielmehr verdeutlichen die Materialien zur Novelle 1991 die Intention des Gesetzgebers, die Einbeziehung dieser Berufsgruppen möglichst eng im Hinblick auf die Zielsetzung der KV zu gestalten. Eine Vertragsgestaltung und ein Verwaltungshan-



© shootingankauf - Fotolia.com

deln der KV-Träger, das spezifische Qualitätsanforderungen für die Verrechenbarkeit von Leistungen dieser Berufsgruppen stellt, entsprechen daher m. E. durchaus der Intention des Gesetzgebers.

5.2.3 Recht auf freie Wahl des Leistungserbringers?

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Frage einzugehen, ob eine Einbeziehung sämtlicher zur selbstständigen Berufsausübung zugelassenen Personen in das Kassensystem aufgrund eines möglichen Rechts des Versicherten auf freie „Arzt“wahl, das sich aus § 135 Abs. 2 ASVG und § 342 Abs. 1 Z 1 ASVG ergibt, erfolgen muss. Aus dem Wortlaut des § 135 Abs. 2 ASVG lässt sich in keiner Weise ableiten, dass dem Versicherten die Inanspruchnahme eines jeden möglichen Berufsangehörigen im Rahmen des Kassensystems offenstehen muss. Es muss vielmehr eine gewisse Wahlfreiheit ermöglicht werden, was insbesondere eine Vorgabe an die GV-Parteien (vgl. § 342 Abs. 1 Z 1 ASVG) bzw. die KV-Träger beim Abschluss von Individualverträgen für die Stellenplanung bedeutet. Man muss daraus auch ableiten, dass es Wahlpartner geben muss – ein gänzlicher Ausschluss solcher wäre wohl gesetzwidrig –, das Gesetz ist aber nicht dahin gehend auszulegen, dass jeder Berufsberechtigte als Wahlpartner qualifiziert werden muss.

Der Grundsatz der freien „Arzt“wahl ist, wie der VfGH betont, kein Verfassungsgrundsatz. Er ist vielmehr der einfachgesetzlichen Ausgestaltung vorbehalten und kann eingeschränkt werden, sofern die Einschränkung nicht ihrerseits verfassungsrechtli-

¹⁹ RV 284 idalt: ASVG F 50/18. GP.

²⁰ Vgl. dazu Kletter, Psychotherapie – Abwege oder Umwege zur Erfüllung des Versorgungsauftrages? Soziale Sicherheit 2008, 238.



© shootingankauf - Fotolia.com

**Es gibt kein Recht
des Versicherten auf
Wahl jedes beliebigen
berufsberechtigten
Physiotherapeuten als
Wahlpartner.**

chen Bedenken begegnet. Für den VfGH war es im Erkenntnis zur Höhe der Kostenerstattung nicht ersichtlich, aus welchem Grund durch eine Beschränkung der Kostenerstattung der Grundsatz der freien Arztwahl betroffen wäre, da der krankenversicherte Patient keinem bestimmten Arzt zugewiesen werde, sondern seinen Vertrauensarzt unter mehreren Vertragsärzten, allenfalls auch unter Wahlärzten weiterhin frei wählen könne.²¹ Der OGH setzt sich im Urteil 365/98v mit Einschränkungen des Grundsatzes der freien Arztwahl im Zusammenhang mit Verrechnungsbeschränkungen für MRT-Untersuchungen auseinander und verneint ihn dort.

Den in der Judikatur behandelten Fällen lagen allerdings nur Sachverhalte zugrunde, die kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient erforderten, da es sich um diagnostische Leistungen mit Großgeräten oder im Labor handelte. Demgegenüber kommt es in der persönlichen Behandlung durch Physiotherapeuten sehr wohl zu einem persönlichen Behandlungsverhältnis, bei dem das Vertrauen des Patienten eine wichtige Rolle spielt. Dennoch ist eine Beschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten in den vorliegenden Fällen, in denen aufgrund der rudimentären Ausbildung von Physiotherapeuten von den KV-Trägern zusätzliche Qualifikationen gefordert werden, keineswegs unsachlich. Im Gegenteil ist eine solche Maßnahme geeignet, das Vertrauen der Versicherten dahingehend aufzubauen, dass jene Physiotherapeuten/-therapeutinnen, deren Leistungen über die Krankenkassen abgerechnet werden können, tat-

sächlich ausreichend und umfassend auf dem Gebiet der Krankenbehandlung qualifiziert sind.

5.3 Verletzung der Erwerbsfreiheit?

Eine der Kernfragen ist jedoch, ob eine Auslegung des ASVG und der Krankenordnungen, die zu einem Ausschluss der Verrechenbarkeit von nicht speziell qualifizierten Leistungserbringern kommt, verfassungskonform ist bzw. ob § 131 i. V. m. § 135 ASVG in verfassungskonformer Interpretation anders ausgelegt werden muss. Werden durch eine Ablehnung der Kostenerstattung für Leistungen von Berufsangehörigen, die spezifische Qualitätsanforderungen nicht erfüllen, diese Berufsangehörigen von der Teilnahme am Kassensystem gänzlich ausgeschlossen, könnten diese dadurch in ihrem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit verletzt sein.

5.3.1 Eingriff in die Erwerbsfreiheit?

In der Literatur wurde bisher vor allem zur Frage der Grundrechtskonformität der Stellenplanung in den ärztlichen Gesamtverträgen Stellung genommen. Der VfGH hat das Vertragspartnerrecht bis jetzt noch nicht im Hinblick auf mögliche Verletzungen der Erwerbsfreiheit geprüft, insbesondere nicht in seinem Erkenntnis G 24/98²² zur Begrenzung der Kostenerstattung für Wahlarzthilfe. Er hat die Herabsetzung der Kostenerstattung für Wahlarzthilfe von 100 % auf 80 % der Vertragstarife lediglich im Hinblick auf einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz geprüft und die Differenzierung im Ergebnis für sachlich gerechtfertigt erachtet. Die Mehrzahl der Autoren hält fest, dass die ärztliche Stellenplanung, die den Zugang von freiberuflich tätigen Ärzten zu einer Tätigkeit als Vertragsarzt beschränkt, die Erwerbsfreiheit jedenfalls berührt. Zusammenfassend wird im Wesentlichen – geprägt vor allem durch das Kassenarzturteil des dt. BVerfG²³ – gesagt, dass eine beschränkte Anzahl von Vertragspartnerstellen eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit sei.²⁴ Mosler kommt nach eingehender Prüfung der Rechtfertigungsgründe letztlich zu dem Ergebnis, dass die Beschränkung der Vertragsarztstellen eindeutig im öffentlichen Interesse liegt und auch verhältnismäßig ist, sodass die Regelungen über den Stellenplan und die Vertragsarztwahl im ASVG keine verfassungswidrige Einschränkung des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit darstellen.²⁵

Demgegenüber kommen Kopetzki²⁶ und Müller²⁷ zu dem Ergebnis, dass die Beschränkungen durch den

²¹ VfSlg 15.787.

²² VfSlg 15.787.

²³ BVerfG 11, 30, 41.

²⁴ Ausführlich Mosler in Strasser (Hrsg.), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* (1995), 252; Schrammel, *Ausgewählte Probleme des ärztlichen Gesamtvertrages*, in Tomandl (Hrsg.), *Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen* (1996), 90; knapp Günther, *Verfassung und Sozialversicherung* (1994), 154; Raschauer, *Die Bedeutung der Erwerbsfreiheit für das Sozialversicherungsrecht*, in Tomandl (Hrsg.), *Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts* (1989), 88.

²⁵ Mosler in Strasser (Hrsg.), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* (1995), 264.

²⁶ *Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich*, in Jabornegg/Resch/Seewald, *Der Vertragsarzt* (1999), 31 (43).

²⁷ *Der Erstattungsanspruch nach Inanspruchnahme eines Wahlarztes*, in Geppert et al. (Hrsg.), *Sozialpolitik ist Gesellschaftspolitik – Festschrift Josef Cerny* (2001), 533 (555).

ärztlichen Stellenplan die Erwerbsfreiheit von Ärzten nicht einmal berühren. Kopetzki weist auf die Unterschiede der deutschen und österreichischen Grundrechtskonzeption hin: Eine Leistungs- und Teilhabe-komponente ist der Berufs- und Erwerbsfreiheit des StGG, anders als nach Art. 12 Grundgesetz, fremd.²⁸ Die Autoren betonen, dass sich Ärzte trotz der Zugangsbeschränkungen zum Sachleistungssystem überall niederlassen können, ohne dafür eine Zulassung zu benötigen. Das Vertragsarztsystem beschränkt Ärzte nicht rechtlich darin, sozialversicherte Patienten als Wahlarzt zu behandeln. Nicht-Vertragsärzte mögen lediglich wirtschaftlich betroffen sein, insofern als durch das Wahlarztsystem ihr faktischer Zugang zum Markt erschwert sein kann. Gemessen an der bisherigen Judikatur des VfGH sei es nach Müller fraglich, ob die Erwerbsfreiheit die richtige „Adresse“ sei, auf die man sich berufen könne, wäre doch der Eingriff – wenn man einen solchen bejaht – bloß eine wirtschaftliche Reflexwirkung des Vertragsarztsystems. Wendet man diese Überlegungen auf die hier interessierenden Sachverhalte an, ist Folgendes festzuhalten: In keinem Fall ist durch eine Nichtverrechenbarkeit der Leistungen von nicht spezifisch qualifizierten Berufsangehörigen deren Zugang zur Erwerbstätigkeit verschlossen. Ihnen steht weiterhin die Möglichkeit offen, ihren Beruf in Österreich gegen private Bezahlung – sei es durch die Patienten selbst oder durch private Krankenversicherungen – auszuüben. Wenn, dann könnte man im generellen Ausschluss der Kostenerstattung für nicht speziell qualifizierte Berufsangehörige eine Beschränkung der Ausübungsmöglichkeiten dieser Berufsangehörigen sehen.²⁹ Aber auch diesbezüglich bedeutet der Ausschluss der Kostenerstattung keine rechtliche Beschränkung der Erwerbsausübung, sondern lediglich eine wirtschaftliche. Sozialversicherte Patienten suchen wahrscheinlich eher jene Leistungserbringer auf, für deren Leistungen sie Kostenerstattung durch die KV-Träger erhalten können. Den nicht speziell qualifizierten Berufsangehörigen wird somit bloß der faktische Zugang zu einem bestimmten Markt erschwert. Die Erwerbsfreiheit könnte zwar durchaus berührt sein, wenn Hemmnisse in Teilsektoren des Marktes bestehen. Voraussetzung bleibt jedoch, dass die Beeinträchtigung in diesen Sektoren eine rechtliche ist.³⁰ Bloß mittelbare, wirtschaftliche und faktische Beein-

trächtigungen der Erwerbsfreiheit fallen nach herrschender Ansicht und der Judikatur des VfGH grundsätzlich nicht in den Schutzbereich.³¹

In diesem Sinn hält auch der OGH in einem Verfahren über die Klage eines Psychotherapeuten, der die Qualifikationskriterien für eine Aufnahme in einen psychotherapeutischen Versorgungsverein nicht erfüllt, fest, dass mögliche wirtschaftliche Auswirkungen des Bestehens der Landesversorgungsverträge Psychotherapie auf den Geschäftserfolg des Klägers als rein wirtschaftliches Interesse zu beurteilen sind, das ein rechtliches Interesse als notwendige Voraussetzung eines Feststellungsurteils nicht ersetzen kann.³²

Der Ausschluss der Kostenerstattung für bestimmte Berufsangehörige könnte ausnahmsweise dann als Eingriff in die Erwerbsfreiheit qualifiziert werden, wenn dadurch zwar nur eine faktische Marktzugangsbeschränkung erreicht wird, diese die Freiheit der Erwerbsbetätigung aber praktisch völlig beseitigt.³³ Dies ist in der vorliegenden Konstellation aber nicht der Fall. Physiotherapeuten/-therapeutinnen und klinischen Psychologen/Psychologinnen, die die spezifischen Qualifikationserfordernisse für die Kostenerstattung nicht erfüllen, bleibt dennoch eine Vielzahl von selbstständigen und unselbstständigen Erwerbsmöglichkeiten außerhalb des Kassensystems offen. Die betreffenden Berufsbilder sind wesentlich weiter und erfassen nicht bloß den Teilbereich der Krankenbehandlung. Die Erwerbsmöglichkeiten in den anderen Teilgebieten des Berufsfeldes bzw. die Erwerbsmöglichkeit gegen private Bezahlung – und hier sind die privaten Krankenversicherungen nicht zu unterschätzen – sind unter Einbeziehung unselbstständiger Erwerbstätigkeit ausreichend groß, um eine Berührung der Erwerbsfreiheit im vorliegenden Fall zu verneinen.³⁴

5.3.2 Rechtfertigung eines Eingriffs in die Erwerbsfreiheit?

Angesichts des oben wiedergegebenen geteilten Meinungsstandes zu einem Grundrechtseingriff des ärztlichen Stellenplanes sollen im Folgenden dennoch eventuelle Rechtfertigungsgründe für den Fall geprüft werden, dass der Ausschluss einer Gruppe von nicht speziell qualifizierten Berufsangehörigen vom Marktsegment „sozialversicherte Patienten“ als Eingriff in die Erwerbsfreiheit qualifiziert würde. Der VfGH prüft Eingriffe in die Erwerbsfreiheit nach

Zusatzqualifikationen für klinische Psychologen und Physiotherapeuten verstoßen nicht gegen die Erwerbsfreiheit.

28 Kopetzki, Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt (1999), 31 (45).

29 Dafür Mosler in Strasser (Hrsg.), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995), 252; Schrammel, Ausgewählte Probleme des ärztlichen Gesamtvertrages, in Tomandl (Hrsg.), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen (1996), 90.

30 Kopetzki, Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt (1999), 31 (43); aA Raschauer, Bedeutung der Erwerbsfreiheit für das Sozialversicherungsrecht, in Tomandl, Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts (1989), 79 (88).

31 Walter/Mayer/Kucsko-Stadmayer, Bundesverfassungsrecht, Rn. 1496.

32 OGH 4 Ob 93/09v.

33 Vgl. VfGH VfSlg 3118 – Verstaatlichung.

34 Vgl. Kopetzki für die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Stellenplanung in den Gesamtverträgen, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt (1999), 31 (44).

Physiotherapeuten/-therapeutinnen und klinischen Psychologen/Psychologinnen, die die spezifischen Qualifikationserfordernisse für die Kostenerstattung nicht erfüllen, bleibt dennoch eine Vielzahl von selbstständigen und unselbstständigen Erwerbsmöglichkeiten außerhalb des Kassensystems offen.

folgendem Schema: Beschränkungen der Erwerbsfreiheit sind zulässig, wenn sie durch ein öffentliches Interesse geboten und zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind.³⁵ Der VfGH umschreibt damit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dem Gesetzgeber kommt dabei je nach Art des Eingriffs ein unterschiedlicher Gestaltungsspielraum zu. Geht man mit einem Teil der Lehre davon aus, dass eine Beschränkung der Wahlpartnerhilfe durch spezielle Qualifikationserfordernisse eine Ausübungsbeschränkung darstellt, ist zu prüfen, ob mit dieser Regelung ein Ziel im öffentlichen Interesse verfolgt wird. Dem einfachen Gesetzgeber wird bei der Entscheidung, welche Ziele er mit seinen Regelungen verfolgt, ein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum eingeräumt. Das Vertragspartnerrecht verfolgt das Ziel, den Versicherten eine ausreichende Versorgung hoher Qualität mit den gesetzlich zustehenden Leistungen unter Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Krankenversicherung zur Verfügung zu stellen. Diese Zielsetzung des ASVG lässt sich u. a. deutlich § 342 Abs. 2a ASVG entnehmen, der als Parameter für Honorarvereinbarungen eine qualitativ hochwertige Versorgung, eine nachhaltig ausgeglichene Gebarung der KV-Träger und eine angemessene Honorarentwicklung im Interesse der Vertragspartner vorsieht. Die Zielsetzung, eine hohe Qualität der Leistungserbringer durch Ausbildung und Erfahrungsnachweise sicherzustellen, ist im Hinblick auf die Judikatur des VfGH jedenfalls ein legitimes Ziel im öffentlichen Interesse, das Eingriffe in die Erwerbsfreiheit rechtfertigen kann.³⁶

Das angewendete Mittel muss zur Verfolgung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles allerdings auch geeignet und erforderlich sein. Unter allen geeigneten Mitteln muss das gewählte Mittel das geringste sein, d. h. jenes, das die Grundrechtsposition so wenig wie möglich einschränkt. Zwischen dem öffentlichen Interesse und der durch den Eingriff verkürzten Grundrechtsposition muss eine angemessene Relation bestehen. Eingriffe in die Erwerbsfreiheit müssen bei einer Gesamtabwägung zwischen der

Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein.³⁷ Bereits oben wurde gezeigt, dass die Ausbildungsordnung für klinische Psychologen, Psycho- und Physiotherapeuten nicht Gewähr dafür leistet, dass diese Personengruppen ausreichend in der Krankenbehandlung ausgebildet werden. Anders als nach dem ÄrzteG gibt es bei den Berufsausbildungen der klinischen Psychologen und Psychotherapeuten/-therapeutinnen, ebenso wie bei Physiotherapeuten/-therapeutinnen keine spezifische Fachausbildung und dementsprechend keine Beschränkung der Berufsangehörigen auf ihre Fächer. Sie sind vielmehr Allrounder – den Ärzten für Allgemeinmedizin gleichzuhalten –, die zwar berufsrechtlich sämtliche ärztlichen Tätigkeiten ausüben dürfen, dies aber aufgrund der Breite des Berufsfeldes praktisch nicht in jedem Bereich in hoher Qualität tun können. Die Forderung der KV-Träger nach dem Erlangen eines Erfahrungsnachweises durch eine einschlägige Praxiszeit in einer Einrichtung zur Krankenbehandlung ist daher durchaus geeignet, das Ziel einer hohen qualitativen Leistungserbringung im Interesse der KV-Träger sicherzustellen. Es ist auch erforderlich, da gerade in diesen Bereichen eine nachprüfende Kontrolle einer qualitativ hochwertigen Behandlung im Einzelfall praktisch unmöglich ist.

6 Unionsrechtliche Implikationen

Zuletzt ist zu überlegen, ob die Anwendung der für Vertragspartner normierten Zusatzkriterien auch auf die Kostenerstattung für im Ausland erbrachte Leistungen zulässig ist.³⁸ Die in Art. 56 AEUV normierte Dienstleistungsfreiheit gibt dem Versicherten das Recht, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort Dienstleistungen, wie etwa ärztliche Hilfe, Physiotherapie etc., diskriminierungsfrei in Anspruch zu nehmen. Jede nationale Regelung, die die Leistung von Diensten zwischen den Mitgliedstaaten gegenüber der Dienstleistung im Inneren eines Mitgliedstaates erschwert, verstößt gegen Art. 56 AEUV.³⁹ Die SV-Träger sind daher verpflichtet, für im Ausland erbrachte ärztliche Hilfe oder dieser gleichgestellte

³⁵ Zum Beispiel VfSlg 17.960/2006.

³⁶ Vgl. dazu das legitime Ziel, eine klaglos funktionierende Heilmittelversorgung aufrechtzuerhalten: VfSlg 15.103, 17.682, 18. 513; eine funktionierende und flächendeckende medizinische Versorgung der Bevölkerung zu erhalten: 15.456; weiters findet sich in der Rechtsprechung das öffentliche Interesse des Patientenschutzes und der Patientensicherheit: VfSlg 18.608; außerdem liegen standardisierte Ausbildungsgänge, die ein gewisses Niveau fachlicher Leistungen sichern, im öffentlichen Interesse: VfSlg 14.414.

³⁷ Öhlinger, Verfassungsrecht, Rn. 888–892.

³⁸ Eine eingehende Untersuchung dieser Rechtsfrage muss allerdings aus Platzgründen einem eigenen Beitrag vorbehalten bleiben. Vgl. zur grundsätzlichen Problematik auch Mosler, Auswahl der Vertragsärzte und Ärzte-Gesamtvertrag, in Grillberger/Mosler, Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003), 431 ff.

³⁹ Zum Beispiel EuGH C-158/96 Kohll.

Leistungen Kostenerstattung unter den gleichen Bedingungen wie für im Inland erbrachte Leistungen zu gewähren.

Der EuGH entschied, dass dem Versicherten bei der Versorgung in einem anderen Mitgliedstaat die Voraussetzungen für eine Leistungsgewährung entgegengehalten werden können, soweit sie weder diskriminierend sind noch die Freizügigkeit behindern. Das gelte insbesondere für das Erfordernis, vor einem Facharzt zunächst einen Allgemeinarzt zu konsultieren.⁴⁰ Wird die Kostenerstattung für Wahlpartnerhilfe an bestimmte Zusatzausbildungen der Behandler geknüpft und dabei nicht nach in- und ausländischen Leistungen differenziert, wird der grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr nicht gegenüber jenem in Österreich erschwert.⁴¹ Wird von den Krankenkassen eine Wahlpartnerliste geführt, wie dies etwa bei den klinischen Psychologen/Psychologinnen der Fall ist, sollten auch ausländische Behandler, insbesondere in Grenzregionen, die Möglichkeit haben, dort eingetragen zu werden. Andernfalls haben die KV-Träger in jedem Einzelfall die Verpflichtung zu prüfen, ob der Wahltherapeut die geforderten Zusatzqualifikationen aufweist.⁴²

7 Zusammenfassung

- Die Regelungen spezifischer Qualifikationserfordernisse für den Zugang zum Vertragspartnersystem bewegen sich grundsätzlich im gesetzlich vorgegebenen Rahmen. Sie stehen in engem Zusammenhang mit den Regelungen über die Auswahl der Vertragspartner, die gemäß Art. 342 Abs. 1 Z 2 ASVG getroffen werden müssen, und dienen dem Ziel des Vertragspartnerrechts, eine qualitativ hochwertige Versorgung der Versicherten mit Leistungen der Krankenbehandlung sicherzustellen.
- Die Auswahlkriterien des § 5 GV für klinische Psychologen/Psychologinnen sind insofern sachlich gerechtfertigt, als nur solche Personen unter Vertrag genommen werden, die eine entsprechende Erfahrung in jenem Segment klinisch-psychologischer Tätigkeit nachweisen können, das Gegenstand einer Kassenleistung sein kann. Im Übrigen sind klinische Psychologen/Psychologinnen berufsrechtlich auf jene Tätigkeiten beschränkt, für die sie nachweislich über die erforderlichen Kenntnisse verfügen.
- Ähnlich wie bei klinischen Psychologen/Psychologinnen ist auch bei Physiotherapeuten/-therapeutinnen nicht garantiert, dass eine ausreichende und spezialisierte Ausbildung im Bereich der Krankenbehandlung erfolgt. Es ist daher auch bei Physiotherapeuten/-therapeutinnen sachlich gerechtfertigt, zusätzliche Kriterien für die Invertragnahme vorzusehen, die eine spezialisierte Ausbildung in einer Einrichtung im Rahmen der Krankenbehandlung sicherstellen.
- Der Ausschluss eines Teils von berufsrechtlich zur selbstständigen Ausübung ihrer Berufe zugelassenen Berufsangehörigen von der Verrechenbarkeit ihrer Leistungen auf Kosten der sozialen Krankenversicherung ergibt sich folgerichtig aus dem Verweis des Gesetzgebers auf eine Kostenerstattung für „entsprechende Vertragspartner“. Eine solche Auslegung entspricht auch dem Grundkonzept des ASVG. Dieses garantiert für andere Berufsgruppen als Ärzte keine umfassende Einbeziehung in das Krankenversicherungssystem. Der teilweise Ausschluss verletzt auch nicht das Recht auf freie Wahl der Leistungserbringer des Versicherten.
- Der Ausschluss der Verrechenbarkeit verletzt auch nicht das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit der betreffenden Berufsangehörigen. Diesen stehen ausreichend Erwerbsmöglichkeiten in den anderen Teilgebieten des Berufsfeldes bzw. die Erwerbsmöglichkeit gegen private Bezahlung – und hier sind die privaten Krankenversicherungen nicht zu unterschätzen – offen. Im Übrigen rechtfertigt das öffentliche Interesse an einer hochqualitativen Versorgung der Versicherten mögliche Beschränkungen.



© RioPatuca Images - Fotolia.com

40 EuGH C-385/99 Müller-Fauré.

41 So im Ergebnis auch Resch für Psychotherapeuten: Psychotherapeuten und Psychologen, in Grillberger/Mosler, Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003), 469.

42 So auch Resch, Psychotherapeuten und Psychologen, in Grillberger/Mosler, Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003), 468.