

Wie wird die Gesetzliche Krankenversicherung in Europa bestehen?

Vorgaben des EG-Vertrages für die Struktur der Gesetzlichen Krankenversicherung am Beispiel der vertragsärztlichen Versorgung, von **Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.** und **wiss. Mitarbeiterin Daniela Beer, Bonn***

Das System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) in Deutschland ist – und damit stellt es sowohl im internationalen als auch im europäischen Vergleich keinen Einzelfall dar¹⁾ – nicht primär wettbewerbsorientiert. Vielmehr werden die relevanten Märkte in der GKV in erheblichem Umfang staatlich reguliert. Induziert ist dieser Tatbestand durch den speziellen Umgang des Marktes mit dem „besonderen Gut Gesundheit“.²⁾ Dieser Beitrag soll am Beispiel der vertragsärztlichen Versorgung untersuchen, inwiefern das System der deutschen GKV mit den Vorgaben, die das europäische Primärrecht setzt, in Einklang zu bringen ist und ob die Organisationsstruktur der deutschen GKV, insbesondere das Vertragsarztssystem, im Ergebnis gegebenenfalls einer Reform bedarf. Dabei wird sich die Untersuchung maßgeblich an der Rechtfertigungssystematik für Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit orientieren.

I. Die grenzüberschreitende Leistungserbringung im Rahmen der GKV

Im Zuge der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes hat sich die grenzüberschreitende Erbringung und Inanspruchnahme von Dienstleistungen auch auf solche im Gesundheitssektor ausgeweitet. Die Bürger der Europäischen Gemeinschaft nehmen auf der Suche nach optimaler Versorgung verstärkt ärztliche und zahnärztliche Leistungen grenzüberschreitend in Anspruch. Allerdings stößt die grenzüberschreitende Leis-

tungserbringung nicht zuletzt aufgrund der vielfältigen hoheitlichen Regulierungsmechanismen in der GKV auf Probleme.

So sind die Träger der GKV in Deutschland, also die gesetzlichen Krankenkassen, Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung.³⁾ Gemäß §§ 2 Abs. 2, 11 SGB V sind die Krankenkassen verpflichtet, den Versicherten die Leistungen als Sachleistungen zur Verfügung zu stellen (sog. Sachleistungsprinzip). Zwischen den innerhalb der GKV tätig werdenden Leistungserbringern und den versicherten Patienten entstehen durch die Leistungsanspruchnahme diesbezüglich somit keine unmittelbaren vertraglichen Beziehungen. Um ihrer Sachleistungspflicht zu genügen, schließen vielmehr die Kassen bzw. ihre Verbände gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 SGB V Verträge mit den Leistungserbringern.⁴⁾ Im Hinblick auf die vertrags(zahn)ärztliche Versorgung ist zu beachten, dass die einzelnen Ärzte die Verträge nicht selbst schließen, sondern dabei von ihrer Kassenärztlichen Vereinigung (KV) vertreten werden. Mitglied einer solchen KV werden die Vertrags(zahn)ärzte mit der Zulassung, um die sich jeder Arzt bewerben kann, der seine Eintragung in das Arzt- oder Zahnarztregister nachweist⁵⁾. Die Zulassung erfolgt für den Ort der Niederlassung als Arzt⁶⁾, der sich auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland befinden muss. Dies ergibt sich aus dem Territorialitätsgrundsatz, denn die KV übt als Zwangskörperschaft des öffentlichen Rechts⁷⁾ Hoheitsgewalt aus, die nicht auf staatsfremdes Territorium erstreckt werden kann.

Die KVen werden für jedes Bundesland gebildet und stellen zusammen die Kassen(zahn)ärztliche Bundesvereinigung dar. Die Steuerung der vertragsärztlichen Leistungserbringung sowie die Vergütung der Vertragsärzte erfolgt im Wesentlichen mit Hilfe öffentlich-rechtlicher Kollektivverträge zwischen den KVen bzw. der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und den Verbänden der Krankenkassen (sog. Gesamt- und Bundesmantelverträge §§ 82, 83, 87 SGB V). Darüber hinaus wird der Inhalt der vertragsärztlichen Versorgung maßgeblich durch die Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen bestimmt (§ 92 SGB V). An die kollektivvertraglich ausgehandelten Beschlüsse des Bundesausschusses sind die einzelnen Vertragsärzte als Zwangsmitglieder ihrer KV gebunden. Die Vergütung der Ärzte und Zahnärzte erfolgt durch die KVen durch Verteilung der Gesamtvergütung, die die Krankenkassen an die KVen nach Maßgabe des geschlossenen Gesamtvertrages entrichtet haben⁸⁾. Insgesamt beruht somit die Planung und

*) Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Universität Bonn. Daniela Beer ist dort wissenschaftliche Mitarbeiterin.

1) Vgl. die Übersicht bei Graf Schulenburg/Greiner, Gesundheitsökonomik, 2000, S. 179.

2) Vgl. zu den Besonderheiten im Überblick Graf Schulenburg/Greiner, ebenda, S. 66 f.

3) Das Organisationsrecht der Kassen ist in den §§ 143-206 SGB V und §§ 29 ff. SGB IV, dort vorbehaltlich spezieller Bestimmungen des SGB V, geregelt.

4) Vgl. Waltermann, Sozialversicherungsrecht, 2002, § 8 III 1 Rn. 166, § 8 IV 1 Rn. 190 ff., die vertraglichen Beziehungen richten sich im Einzelnen nach den §§ 69 ff. SGB V.

5) Diese wiederum kann unter den Voraussetzungen des § 95 a SGB V, also unter der Voraussetzung der Approbation als Arzt und der Facharztausbildung oder einem durch die Vorschrift diesen Voraussetzungen gleichgestelltem Abschluss erworben werden.

6) Vgl. § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V.

7) Vgl. § 77 Abs. 5 SGB V.

8) Vgl. § 85 SGB V.

Kostensteuerung hinsichtlich der vertragsärztlichen Versorgung auf öffentlich-rechtlichen Mechanismen, die in ihrer Wirkung auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt sind.

Trotz dieser auf das Inland beschränkten Regulierungen ist dem System der deutschen GKV, unter dessen Schutz über 70 Millionen Menschen stehen,⁹⁾ eine Inanspruchnahme ausländischer Leistungserbringer nicht fremd. In § 18 SGB V sieht das Gesetz – allerdings ohne zwischen dem EG-Ausland und dem übrigen Ausland zu unterscheiden – die Möglichkeit einer Kostenübernahme bei Behandlungen im Ausland vor, und zwar dann, wenn eine dem allgemeinen Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung nur im Ausland möglich ist. § 18 Abs. 1 SGB V begrenzt die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung auf die Möglichkeit einer Kostenerstattung. Die grenzüberschreitende Erbringung von Sachleistungen ausländischer Ärzte ist dagegen nicht möglich. Folglich müssen alle Ärzte, die zu Lasten der deutschen GKV Sachleistungen erbringen dürfen, in Deutschland als Vertragsärzte niedergelassen sein. Als Sachleistungen können Behandlungen im Ausland grundsätzlich nicht gewährt werden. Dies ergibt sich für den Bereich der vertragsärztlichen Versorgung neben § 18 SGB V auch aus dem bereits dargestellten vertragsärztlichen Zulassungssystem (§§ 95 ff. SGB V). Außerdem ist die Erstattung der Kosten für eine geplante Auslandsbehandlung abhängig von der Voraussetzung einer nicht ausreichenden Behandlungsmöglichkeit in Deutschland. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, kann die Krankenkasse die Kosten der Behandlung erstatten. Hinsichtlich des „ob“ und „wie“ der Kostenerstattung ist der Krankenkasse zudem ein weites Ermessen eingeräumt. Konkrete Kriterien und Maßstäbe, wie das Ermessen durch die Kasse ausgeübt werden soll, lassen sich dem Gesetzestext nicht entnehmen.¹⁰⁾

Fraglich ist nun, ob dieses System den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben genügt, oder ob ein Änderungsbedarf besteht, um eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Vertragsarztsystems zu vermeiden.

II. Die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Öffnung der GKV für die grenzüberschreitende Leistungserbringung

Zunächst ist festzustellen, dass das Gemeinschaftsrecht nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt lässt.¹¹⁾ Aufgrund des in Art. 152 EG festgeschriebenen Harmonisierungsverbots¹²⁾ des einschlägigen Rechts auf Gemeinschaftsebene, bestimmt das Recht eines jeden Mitgliedstaats, unter welcher Voraussetzung ein Recht auf Anschluss an ein System der sozialen Sicherheit oder eine Verpflichtung hierzu besteht.¹³⁾ Allerdings haben die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser ihnen zustehenden Befugnis das Gemeinschaftsrecht zu beachten.¹⁴⁾

1. Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit

Die Überprüfung der gesetzlichen Vorgaben des Vertragsarztsystems in der deutschen GKV – insbesondere der Ausschluss der grenzüberschreitenden Sachleistungserbringung und die nur begrenzte Möglichkeit der Kostenerstattung – am Maßstab des EG-Vertrages (hier der Dienstleistungsfreiheit der Art. 49 f. EG) setzt zunächst die Anwendbarkeit dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften voraus.

Die Leistungserbringung im Rahmen der GKV müsste demnach eine Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrages sein. Darunter fallen (auch) freiberufliche Tätigkeiten, für die in der Regel ein Entgelt erwartet wird und die nicht bereits der Regelungsmaterie anderer Grundfreiheiten unterliegen. Medizinische Dienstleistungen, wie sie unter anderem von Vertragsärzten erbracht werden, werden nach ständiger Rechtsprechung von Art. 49, 50 EG umfasst.¹⁵⁾ Nach der Rechtsprechung des EuGH führen auch die Besonderheiten bestimmter Dienstleistungen nicht dazu, dass diese nicht unter die Marktfreiheiten fallen.¹⁶⁾ Dementsprechend steht auch das oben dargestellte Sachleistungsprinzip einer Einordnung der Leistungserbringung in der GKV als Dienstleistung nicht entgegen. Dem Argument, es fehle hier an einer Entgeltlichkeit, ist der EuGH zu Recht nicht gefolgt.¹⁷⁾ Mit dem EuGH kann man in der Zahlung der gesetzlichen Krankenkassen an die Leistungserbringer ohne weiteres ein Entgelt für die erbrachten Sachleistungen sehen. Denn Art. 49, 50 EG verlangen nach richtiger Ansicht des Gerichtshofs nicht, dass die Leistung von demjenigen bezahlt wird, dem sie zugute kommt (das wäre dann der Versicherte).¹⁸⁾ Damit sind die Regelungen des EG-Vertrages über die Dienstleistungsfreiheit einschlägig.

2. Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit kommt unter zwei Aspekten in Betracht. Es ist zum einen zu prüfen, ob die Freiheit, ärztliche Leistungen im Rahmen des Vertragsarztsystems grenzüberschreitend zu erbringen, durch die Regelung des § 18 SGB V beschränkt wird, zum anderen kann man in den Reglementierungen des Zulassungssystems zur vertragsärztlichen Versorgung eine Beschränkung sehen.

9) *Buddee*, Der Arztvertrag nach dem SGB V (Dissertation Universität Tübingen), 1997, S.1, <http://www.g-k-v.com/datenzahlen.html#blick>.

10) *Peters*, in: *Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht*, Stand April 2002, § 18 SGB V, Rn. 6.

11) EuGH, Slg. 1984, 523, Rn. 16 — *Duphar*; EuGH, Slg. 1997, I-3395, Rn. 27 — *Sodemare* u.a.; EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 17 — *Kohll*.

12) Vgl. *Koenig/Haratsch*, *Europarecht*, 2000, Rn. 743.

13) EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 18 — *Kohll*.

14) Mittlerweile gefestigte EuGH-Rspr., vgl. EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 19 — *Kohll*; EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 46 — *Smits und Peerbooms*.

15) EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 53 — *Smits und Peerbooms*; EuGH, Slg. 1984; I-377, Rn. 16 — *Luisi und Carbone*; *Koenig/Haratsch* (Fn. 12), Rn. 585.

16) EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 54 — *Smits und Peerbooms*; EuGH, Slg. 1981, I-3305, Rn. 10 — *Webb*; EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 20 — *Kohll*.

17) EuGH, Slg. 2001; I-5473, Rn. 58 — *Smits und Peerbooms*.

18) EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 57 — *Smits und Peerbooms*; EuGH, Slg. 2000, I-2549, Rn. 56 — *Deliège*.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH¹⁹⁾ stellt jede nationale Regelung, die die zwischenstaatliche Leistung von Diensten gegenüber der Dienstleistungserbringung auf dem nationalen Markt erschwert, eine Beschränkung des Art. 49 EG dar.

a) § 18 SGB V

Im Hinblick auf § 18 SGB V liegt eine solche Beschränkung bereits darin, dass es für die Kostenübernahme der im Ausland in Anspruch genommenen Leistungen einer Genehmigung bedarf. Nach § 18 SGB V setzt die Kostenübernahme voraus, dass der Versicherte zuvor einen entsprechenden Antrag bei der Krankenkasse stellt und dessen Bescheidung abwartet.²⁰⁾ Bereits dieses Genehmigungserfordernis führt dazu, dass die grenzüberschreitende im Vergleich zur innerstaatlichen Leistungsinanspruchnahme erschwert ist, weil der Versicherte aufgrund des umständlichen Verfahrens mit ungewissem Ausgang von der Möglichkeit einer Auslandsbehandlung von vornherein Abstand nimmt. Die Beschränkung wird noch dadurch verstärkt, dass den Krankenkassen bei der Entscheidung über die Erstattung der Kosten ein weiter Ermessensspielraum zukommt. Es besteht keine gebundene Pflicht zur Genehmigung, sondern selbige kann erteilt werden, sofern die Behandlung nur im Ausland erbracht werden kann, d.h. wenn eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Kenntnisse entsprechende Behandlung im Inland unmöglich ist. Geplante Auslandsbehandlungen²¹⁾ werden nach § 18 SGB V folglich nur bei einer inländischen Versorgungslücke in die Leistungspflicht der GKV einbezogen.²²⁾ Auch dieses weite Ermessen bewirkt demzufolge eine faktische Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs, da der Versicherte aufgrund der Unklarheit über die Finanzierung seiner Behandlung von der Inanspruchnahme eines nicht in Deutschland niedergelassenen Anbieters abgeschreckt wird.²³⁾

19) EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 61 — *Smits und Peerbooms*; EuGH, Slg. 1994, I-5145, Rn. 17 — *Kommission/Frankreich*; EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 33 — *Kohll*.

20) *Wagner*, in: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, Stand Dezember 2001, § 18 SGB V, Rn. 3.

21) Die Kosten für unverzüglich erforderliche, ungeplante Behandlungen während eines Auslandsaufenthaltes des Versicherten muss die Krankenkasse nach Maßgabe des § 18 Abs. 3 SGB V übernehmen.

22) *Wagner*, in: *Krauskopf* (Fn. 20) § 18 SGB V Rn. 5.

23) EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 69 — *Smits und Peerbooms*; EuGH, Slg. 1992, I-249, Rn. 31 — *Bachmann*; EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 35 — *Kohll*.

24) Vgl. *Koenig/Haratsch* (Fn. 12), Rn. 603; ständige EuGH-Rspr. seit EuGH, Slg. 1979, I-649, Rn. 8 — *Cassis de Dijon*.

25) EuGH, Slg. 1988, 2085, Rn. 32 — *Bond van Adverteerders*.

26) EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 41 — *Kohll*.

27) EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 76 — *Smits und Peerbooms*.

28) EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 78 — *Smits und Peerbooms*.

29) Diesen Erwägungen würde – dies hat der EuGH festgestellt – nicht gerecht, wenn die Versicherten ohne vorherige Genehmigung vollkommen frei entscheiden könnten, ob sie einen innerstaatlichen oder einen Anbieter aus dem Ausland für ihre Dienste beanspruchen, denn die staatliche Regulierung kalkuliert nur mit einer inländischen Leistungserbringung und -inanspruchnahme. Vgl. EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 79 ff. — *Smits und Peerbooms*. Das hat der Gerichtshof in der Entscheidung EuGH, Slg. 1998, I-1931 — *Kohll* noch anders beurteilt.

30) EuGH, Slg. 1999, I-2517, Rn. 16 — *Ciola*.

b) Zulassungssystem

Darüber hinaus verhindert das Zulassungssystem zur vertragsärztlichen Versorgung, dass ein im EG-Ausland niedergelassener Arzt an der Versorgung im Rahmen der deutschen GKV teilnehmen kann, da der Ort der Niederlassung als Arzt sich im Inland befinden muß.

3. Rechtfertigung der Beschränkung

a) Art 55 EG i.V.m. Art 46 EG und zwingende Gründe des Allgemeinwohls

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt, wenn sie entweder der Verwirklichung eines der in Art. 46 EG aufgeführten Rechtfertigungsgründe oder der Verfolgung ungeschriebener zwingender Gründe des Allgemeininteresses dienen²⁴⁾ und verhältnismäßig sind. Die Dienstleistungsfreiheit weniger beschränkende Maßnahmen dürfen also nicht in Betracht kommen.

Im Hinblick auf die Frage, ob die ungeschriebenen Rechtfertigungstatbestände lediglich auf sog. nichtdiskriminierende, d.h. unterschiedslos für In- und EG-Ausländer geltende, staatliche Maßnahmen anwendbar sind, lässt sich keine klare Rechtsprechungslinie des EuGH erkennen. Nachdem zunächst die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe als auf diskriminierende Maßnahmen nicht anwendbar erachtet wurden²⁵⁾, hat der Gerichtshof in der *Kohll*-Entscheidung zwingende Gründe des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung einer diskriminierenden Regelung herangezogen. Betroffen war eine luxemburgische Regelung, die die Kostenübernahme für im EG-Ausland in Anspruch genommene ärztliche Leistungen im Gegensatz zu Behandlungen im Inland von einer vorherigen Genehmigung abhängig machte. Im Einzelnen hat der EuGH entschieden, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann, der eine solche diskriminierende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann.²⁶⁾ Der Gerichtshof führte zudem aus, dass medizinische Leistungen innerhalb eines gesetzlichen Krankenversicherungssystems in Bezug auf ihren Auftritt am Markt zahlreichen Besonderheiten unterliegen. So müssen z.B. das Leistungsangebot und die dafür benötigten finanziellen Aufwendungen stets planbar sein,²⁷⁾ um ein Angebot an qualitativer Versorgung zu gewährleisten²⁸⁾ und die Kosten beherrschbar zu machen.²⁹⁾ In einer anderen Entscheidung³⁰⁾ hat der Gerichtshof in Anlehnung an seine ursprüngliche Rechtsprechung hingegen geurteilt, dass eine Anwendung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe auf Diskriminierungen nicht in Betracht kommt.

Hinsichtlich der durch §§ 18 und 95 SGB V bewirkten Beschränkung der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung kommt als Rechtfertigungsgrund insbesondere die Sicherung der finanziellen Stabilität des Krankenversicherungssystems in Betracht, da die Mechanismen zur Kostensteuerung in der GKV in ihrer bisherigen Ausgestaltung nur bei Behandlungen im Inland greifen. Allerdings hat die festgestellte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aufgrund der An-

knüpfung an den Ort der Niederlassung des behandelnden Arztes diskriminierenden Charakter. Deshalb bestehen Bedenken, ob hier die finanzielle Stabilität als zwingender Grund des Allgemeinwohls als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden kann.

Daneben könnte jedoch auch eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Gesundheit gemäß Art. 46 Abs. 1 EG möglich sein. Art. 46 EG ist zur Rechtfertigung diskriminierender Regelungen grundsätzlich geeignet. Er könnte vorliegend insofern einschlägig sein, als die finanzielle Stabilität des GKV-Systems mittelbar zur Sicherstellung einer flächendeckenden und qualitativ hochwertigen ärztlichen Versorgung und damit indirekt auch zum Gesundheitsschutz beiträgt. In der Entscheidung Kohll hat der Gerichtshof jedoch explizit zwischen den beiden Aspekten Qualitätssicherung und finanzielle Stabilität unterschieden. Eine solche Differenzierung wiederum fehlt indessen in der im Hinblick auf Krankenhausleistungen ergangenen Entscheidung Geraets-Smits/Peerbooms. Angesichts dieser inkonsistenten Rechtsprechung ist eine Anwendung des Art. 46 Abs. 1 EG zweifelhaft. Zwar spricht viel dafür, Qualitätssicherung und finanzielle Stabilität als Aspekte eines umfassenden Gesundheitsschutzes zu betrachten. Wie die Entscheidung des Gerichtshofs ausfallen würde, wenn er das marktabschottende deutsche Vertragsarztsystem am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu beurteilen hätte, kann jedoch aufgrund der unklaren Rechtsprechungslinie nicht sicher vorhergesagt werden. Vorliegend soll von einem Szenario ausgegangen werden, in dem der EuGH eine Rechtfertigung aufgrund von Art. 46 EG ablehnt, und auch zwingende Gründe des Allgemeinwohls nicht heranzieht. Für diesen Fall stellt sich die Frage, ob ein weiterer Rechtfertigungsgrund zur Anwendung gelangt, der möglicherweise sogar besser auf die angestrebten Ziele der finanziellen Stabilität und der Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, flächendeckenden Versorgung zugeschnitten ist.

b) Art. 86 Abs. 2 EG

Betrachtet man die Vertragsärzte als mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen, kommt als Rechtfertigungstatbestand für die nachgewiesene Beschränkung der im EG-Vertrag normierten Dienstleistungsfreiheit auch Art. 86 Abs. 2 EG in Betracht. Diese Regelung schafft die Möglichkeit einer Befreiung von den Vorschriften des EG-Vertrages, wenn deren Anwendung die Erfüllung der bestimmten Unternehmen übertragenen Dienstleistungen

von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verhindern würde. Die Norm stellt eine Kompromisslösung zwischen dem Vertragsziel des unverfälschten Wettbewerbs und der wirtschafts- und wohlfahrtspolitischen Gestaltungskompetenz der Mitgliedstaaten dar.

Im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge, zu dem auch die Leistungserbringung im Gesundheitswesen gehört, haben die Mitgliedstaaten zum einen traditionell und zum anderen häufig sachnotwendig aus sozialen und solidarischen Aspekten heraus ein Interesse am Einsatz bestimmter Unternehmen als Instrument der Wirtschafts- und Sozialpolitik. Die wirtschaftspolitischen Ziele der Mitgliedstaaten werden durch Einschaltung bestimmter Unternehmen und unter bestimmten Regulierungsvorschriften verfolgt. Die Neueinführung des Art. 16 EG in den EG-Vertrag durch den Vertrag von Amsterdam hat außerhalb von Art. 86 Abs. 2 EG ihr Übriges zur Aufwertung und Absicherung der gemeinwohlverpflichteten Wirtschaftsformen beigetragen.³¹⁾ Dasselbe gilt für die Festschreibung des Zugangs zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Art. 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Eine spätere primärrechtliche Inkorporation der Charta würde ein weiteres Mal zu einer Aufwertung führen.³²⁾ Einstmals eher stiefmütterlich behandelt und zum Teil als obsolete Norm angesehen, weil „weder rechtlich noch tatsächlich Fälle vorstellbar seien, in denen die Gemeinschaftsorgane Durchbrechungen der Grundfreiheiten oder der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages auf der Grundlage dieser Bestimmung zulassen würden“³³⁾, hat die Änderung der jüngeren EuGH-Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG zu einer deutlich großzügigeren Tendenz bei der Anwendung dieser Ausnahmebestimmung beigetragen.

Unter Beachtung der neueren Rechtsprechung erscheint es möglich, in der Vorschrift einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund zu sehen, der die Mitgliedstaaten bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nicht nur von den Wettbewerbsvorschriften, sondern auch von der Einhaltung der Bestimmungen der Grundfreiheiten freistellt.

aa) Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EG

Die Rechtsfolge des Art. 86 Abs. 2 EG besteht in einem Abweichen von den Vertragsbestimmungen. Unklar ist allerdings, von welchen Vorschriften dispensiert werden soll. Man könnte annehmen, die Befreiungsmöglichkeit beschränke sich auf die unternehmensbezogenen Vorschriften, weil die Regelung ausdrücklich auf Unternehmen abstellt, die mit besonderen Aufgaben betraut sind.³⁴⁾ Das hieße, dass die Verletzungen solcher Vertragsvorschriften, die sich ausschließlich an die Mitgliedstaaten wenden, wie etwa die Grundfreiheiten oder die Beihilferegulungen nicht am Maßstab des Art. 86 Abs. 2 EG zu prüfen wären. So hat auch der EuGH in einem bereits länger zurückliegenden Urteil ausdrücklich entschieden, dass Art. 86 Abs. 2 EG einen Mitgliedstaat, der ein Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut hat, nicht von dem Verbot befreit, zugunsten dieses Unternehmens und zum Schutze seiner Tätigkeit Maßnahmen zu ergreifen, die gegen die Vertragsvorschriften über den freien

31) Die neueste Entwicklung in diesem Komplex zeigt sich in den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rechtssache *TNT Traco/Poste Italiane*. In diesen wurde Art. 16 EG zur Auslegung von Art. 86 Abs. 2 EG herangezogen und Art. 86 Abs. 2 EG zu „einer grundlegenden Wertentscheidung des Gemeinschaftsrechts“ erklärt; siehe GA Alber zur Rechtsache C-340/99, Rn. 94 — *TNT Traco/Poste Italiane*.

32) *Koenig/Kühling*, Totgeglaubte Vorschriften leben länger: Bedeutung und Auslegung der Ausnahmeklausel des Art. 86 Abs. 2 EG, ZHR 2002 (im Erscheinen).

33) *von Wilimowsky*, Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag, ZHR 1991 (155), S. 545 (545).

34) *Hochbaum*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EU/EG-Vertrag, Band 2/II, 1999, Art. 90, Rn. 50.

Warenverkehr verstoßen.³⁵⁾ In seiner späteren Rechtsprechung hat der EuGH diesen Weg jedoch aufgegeben.³⁶⁾ Dort deutet sich bereits eine Erweiterung des Anwendungsbereiches des Art. 86 Abs. 2 EG an. In einer jüngeren Entscheidung hat der Gerichtshof nunmehr ausdrücklich festgestellt, dass auch die Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung von Verstößen gegen Art. 31 EG auf Art. 86 Abs. 2 EG zurückgreifen können.³⁷⁾ Der EuGH zieht als Begründung für diesen Schritt die Regelung des Art. 86 Abs. 1 EG heran, die es den Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen oder solchen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten verbietet, Maßnahmen zu treffen, die dem Vertrag widersprechen. Hierdurch werden mittelbar auch die Mitgliedstaaten zu Verbotsadressaten solcher Normen des EG-Vertrages, die grundsätzlich unternehmensgerichtet sind. Aus dem engen Zusammenhang zwischen Art. 86 Abs. 1 EG und Art. 86 Abs. 2 EG folgt nun, dass Art. 86 Abs. 2 EG als Rechtfertigungstatbestand für etwaige Ausnahmen in diesem Kontext zu sehen ist. Deshalb müssen sich auch die Mitgliedstaaten auf diese Vorschrift berufen können, wenn sie von den Vorgaben des EG-Vertrages abweichen wollen. So kann z. B. eine Betrauung i.S.d. Art. 86 Abs. 2 EG eine nach Art. 86 Abs. 1 EG verbotene Maßnahme sein. Bereits für die Legitimation der Betrauung muss der Mitgliedstaat folglich Normadressat des Art. 86 Abs. 2 EG sein.

Darüber hinaus erscheint eine Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG auf staatsgerichtete Wettbewerbsnormen auch deswegen angebracht, weil es für Unternehmen keinen Unterschied macht, ob sie von einem Abweichen von unternehmensbezogenen Regeln profitieren oder von einer Befreiung von staatsgerichteten Bestimmungen. In beiden Konstellationen erlangen sie einen erweiterten unternehmerischen Handlungsspielraum. Im Übrigen ist in teleologischer Hinsicht nicht ersichtlich, warum ein Abweichen von staatsgerichteten Wettbewerbsbestimmungen, wie etwa den Beihilfebestimmungen nicht möglich sein soll, wo gerade die durch staatliche Beihilfen geförderte Sicherstellung der Sonderaufgaben von besonderer Bedeutung ist.³⁸⁾

Fraglich ist jedoch, ob der Anwendung der Norm bei einer Rechtfertigung einer Grundfreiheitenbeschränkung a priori ihre systematische Stellung im Kapitel über die Wettbewerbsregeln im Abschnitt über die Vorschriften für Unternehmen entgegensteht. Dagegen kann bereits eine Wortlautauslegung des Art. 86 Abs. 2 EG angeführt werden, da nur insbesondere die Vorschriften des Wettbewerbsrechts neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot zu beachten sind. Zwar sahen wohl die

Staaten bei den Verhandlungen über die Römischen Verträge den Schwerpunkt der Norm bei den Wettbewerbsvorschriften³⁹⁾. Der Regelungsgehalt von Art. 86 Abs. 2 EG bezieht sich jedoch auf den gesamten Vertrag. So urteilte der EuGH in der Entscheidung *Corsica Ferries*, dass es bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG auf die Frage einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gar nicht ankommt, weil sie, wenn sie vorliegen würde, jedenfalls durch Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt wäre.⁴⁰⁾ Zentrales Anliegen der Norm ist die Schaffung einer Ausnahmeregelung für solche Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind. Die Norm würde verkannt, wenn man ihre Bedeutung lediglich für die Wettbewerbsregeln als prägend ansähe. Auch ein Abweichen von den übrigen Vertragsbestimmungen, wie den Grundfreiheiten, muss anhand der Vorschrift überprüfbar sein. Nur so kann eine einheitliche Rechtspraxis in Bezug auf die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen gewährleistet werden. Auch die neu fokussierte Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 EG für die Befreiung der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von den Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages und eben auch anderen Vertragsbestimmungen deuten auf eine bereichsübergreifende Anwendung dieses Rechtfertigungstatbestandes hin.

Im Ergebnis ist Art. 86 Abs. 2 EG also als Ausnahmevorschrift im Falle von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit jedenfalls dann anwendbar, wenn die grundfreiheitsspezifischen Rechtfertigungstatbestände nicht eingreifen. Schließlich ist mittlerweile geklärt, dass Art. 86 Abs. 2 EG auch unmittelbar durch die nationalen Behörden und Gerichte anwendbar ist. Diese haben selbst zu entscheiden, ob eine Betrauung mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorliegt und ob deren Erfüllung durch die Anwendung der vertraglichen Vorschriften verhindert wird.⁴¹⁾

bb) Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG im Einzelnen

(1) Die Vertragsärzte als mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen

Ein Eingreifen des Art. 86 Abs. 2 EG setzt zunächst voraus, dass die vertragsärztliche Leistungserbringung durch Unternehmen erfolgt, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.

Der EG-Vertrag enthält keine Legaldefinition des Unternehmensbegriffes. Rechtsprechung und Schrifttum gehen von einem einheitlichen, funktionalen Unternehmensbegriff des EG-Wettbewerbsrechts aus, der auch auf Art. 86 EG anwendbar ist. Ein Unternehmen ist demnach „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.⁴²⁾ Auf der Grundlage dieses weiten Begriffs sind die Vertragsärzte ohne weiteres als Unternehmen einzuordnen. Die Erbringung medizinischer Leistungen durch niedergelassene Ärzte stellt eine selbstständige wirtschaftliche und damit eine unternehmerische Tätigkeit dar.⁴³⁾ Weder das Sachleistungsprinzip noch die dem Solidarprinzip entspringenden Besonderheiten des Systems der GKV sprechen

35) EuGH, Slg. 1984, 2727, Rn.19 — *Campus Oil*.

36) EuGH, Slg. 1993, I-2533 — *Corbeau*; EuGH, Slg. 1994, I-1477 — *Almelo*.

37) EuGH, Slg. 1997, I-5815, Rn. 49 — *Monopole bei Strom und Gas*.

38) *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 2003 (im Erscheinen).

39) von *Burchard*, in: *Schwarze(Hrsg.)*, EU-Kommentar, 2000, Art. 86, Rn. 3.

40) EuGH, Slg. 1998, I-3949, Rn. 59 — *Corsica Ferries*.

41) *Jung*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2002, Art. 86, Rn. 8 f.

42) *Koenig/Kühling* (Fn. 32).

43) EuGH, Slg. 2000, I-6451, Rn. 77 — *Pavel Pavlov*.

gegen die Einordnung der Vertragsärzte als Unternehmen. Aus der Unternehmenseigenschaft der Ärzte folgt zudem die Qualifizierung der KVen als Unternehmensvereinigungen, da sie bei den Verhandlungen mit den Krankenkassen die wirtschaftlichen Interessen der Ärzte wahrnehmen.

Unter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i.S.d. Art. 86 Abs. 2 EG werden marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden, verstanden.⁴⁴⁾ Dies umfasst v.a. wirtschaftliche Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge. Nach der EuGH-Rechtsprechung sind alle diejenigen Leistungen umfasst, die zugunsten sämtlicher Nutzer im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erbracht werden, ohne Rücksicht auf die Wirtschaftlichkeit des Vorgangs.⁴⁵⁾ Entscheidend ist das Vorliegen eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses, eine Begrifflichkeit an dessen exakter Definition es auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene mangelt. Vielmehr sollen laut EuGH die nationalen Regierungen festlegen, was darunter zu verstehen ist, wobei ihnen ein weiter Ermessensspielraum zukommt.⁴⁶⁾ Nicht ausreichend ist aber die Wahrnehmung reiner Individual- oder Gruppeninteressen. Die Dienstleistungen müssen also zumindest auch im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden, wobei selbst das Interesse eines Teils der Bevölkerung genügt. Ein starkes Indiz für das Handeln zugunsten der Allgemeinheit wird darin erkannt, dass die Unternehmen auch dort tätig werden, wo dies ihren eigenen wirtschaftlichen Interessen widerspricht, so z.B. bei unrentablen Leistungen, die zur gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung gleichwohl flächendeckend erbracht werden müssen (wie in den Bereichen der Telekommunikation und der Postdienstleistungen, in denen eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung hergestellt werden muss, auch in Gebieten, in denen der Erschließungsaufwand höher ist als die erwirtschafteten Beträge)⁴⁷⁾. Wenn die Zweckerfüllung eines per definitionem wirtschaftlich handelnden Unternehmens inhaltlich in sozialen oder fürsorglichen Belangen besteht, so ist dies unschädlich.⁴⁸⁾ Denn bei Art. 86 Abs. 2 EG geht es immer um die Befreiung einer wirtschaftlichen Tätigkeit aufgrund außerökonomischer Ziele. Ein solches Ziel stellt etwa die flächen-

deckende medizinische Grundversorgung der Bevölkerung zu sozial gerechten und gleichzeitig wirtschaftlichen Bedingungen dar, die angesichts der zur Aufgabenerfüllung erforderlichen unternehmerischen Betätigung in einem wirtschaftlichen Kontext erfolgt und insoweit ein allgemeines wirtschaftliches Interesse begründet. Die flächendeckende, preisstabile und dabei qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen durch Vertragsärzte stellt folglich eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dar.

Dem Unternehmen müssen in einem Betrauungsakt aktiv hoheitlich Zuständigkeiten und Kompetenzen für eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verliehen worden sein. Der Hoheitsakt kann in einem Gesetz oder Verwaltungsakt bestehen.⁴⁹⁾ Auch in diesem Bereich ist der EuGH von einer eher restriktiven Rechtsprechung unter Anlegung strenger Maßstäbe an den Akt der Betrauung abgewichen. Nunmehr weist er darauf hin, dass es sich bei dem Betrauungsakt nicht um eine Rechtsvorschrift handeln muss.⁵⁰⁾ In der Daseinsvorsorgemitteilung 2000⁵¹⁾ hat die Kommission festgestellt, dass auch Verträge für eine Betrauung ausreichen. Schließlich hat der EuGH implizit anerkannt, dass im Akt der Gründung eines Betriebsrentenfonds und der Festschreibung der Pflichtmitgliedschaft in diesem Fonds bereits eine Betrauung gesehen werden kann.⁵²⁾ Im Hinblick auf die Einbindung der Vertragsärzte in das System der GKV ist eine Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darin zu sehen, dass das Gesetz sie beauftragt, die Versorgung der Bevölkerung mit ärztlichen Leistungen sicherzustellen und dabei ihre Zwangsmitgliedschaft in der KV konstituiert.⁵³⁾ Gleichzeitig werden die KVen als Unternehmensvereinigungen damit betraut, durch die kollektivvertraglichen Mechanismen eine planbare, qualitativ hochwertige und wirtschaftliche ärztliche Versorgung zu gewährleisten.

(2) Verhinderung der Aufgabenerfüllung

(a) Verhinderungs- statt Gefährdungsmaßstab

Die Befolgung der Vorschriften des EG-Vertrages muss die Erfüllung der übertragenen Aufgabe verhindern. Die Prüfung der Verhinderung ist der elementarste Punkt bei Feststellung der Reichweite der Ausnahmeklausel.⁵⁴⁾ Nach der Rechtsprechung des EuGH muss hier ein konkreter Konflikt bestehen, im Sinne einer tatsächlichen Verhinderung und nicht lediglich einer Beeinträchtigung oder Erschwerung der Aufgabenerfüllung. Die Durchführung der Aufgabe selbst muss unmöglich werden. Dabei wird im Hinblick auf die Praktikabilität von Art. 86 Abs. 2 EG jedoch keine logische Unmöglichkeit gefordert, sondern die Unzumutbarkeit der Aufgabenerfüllung nach wirtschaftlichen Kriterien.⁵⁵⁾ Zur Feststellung, ob eine Verhinderung i. S. d. Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG vorliegt, prüft der Gerichtshof im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, ob die Bevorzugung des betrauten Unternehmens erforderlich war, damit die betreffende Einrichtung ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe wahrnehmen kann, und zwar unter wirtschaftlich tragbaren und annehmbaren Bedingungen.⁵⁶⁾ Nachdem der EuGH und die Kommission bis zum Ende der 80er

44) Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission, KOM(2000), 580, endgültig, Anhang II S. 42.

45) EuGH, Slg. 1993, I-2533, Rn.15 — *Corbeau*; EuGH, EuZW 2002, S. 25, Rn. 55 — *Ambulanz Glöckner*.

46) *Jung* (Fn. 41), Art. 86 Rn. 36, 37.

47) *Jung* (Fn. 41), Art. 86 Rn. 37, 38.

48) Missverständlich daher die Äußerungen von *Jung* (Fn. 41), Art. 86 EG Rn. 38; *Hochbaum* (Fn. 34), Art. 90 EG Rn. 56.

49) *Jung* (Fn. 41) Art. 86 Rn. 39.

50) EuGH, Slg. 1994, I-1477, Rn. 47 — *Almelo*.

51) Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission, KOM(2000), 580, endgültig, Rn. 22.

52) EuGH, Slg. 1999, I-5751, Rn. 98 ff. — *Albany*.

53) Vgl. §§ 15, 72, 95 SGB V.

54) *Koenig/Kühling* (Fn. 32).

55) *Jung*, (Fn. 41), Art. 86, Rn. 45.

56) EuGH, Slg. 1993, I-2533, Rn. 16 — *Corbeau*; EuGH Slg. 2000, I-825, Rn. 49 — *Deutsche Post AG*.

Jahre hinein so strenge Anforderungen an den Nachweis der Verhinderung stellten, dass es den beteiligten Unternehmen bzw. Mitgliedstaaten in keinem Fall gelang, diese hohe Hürde zu überwinden, zeichnet sich seit Beginn der 90er Jahre eine Lockerung des Verhinderungsmaßstabes ab. Ausgehend von der Formulierung, dass eine Nichtbeachtung der Vertragsvorschriften notwendig sein müsse, um die Dienstleistung überhaupt erbringen zu können, urteilte der EuGH in der Corbeau-Entscheidung (und verfolgt und erweitert diese Ansicht seither in ständiger Rechtsprechung), dass die Verpflichtung zu einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Postdienstleistungen zu einheitlichen Tarifen (Universaldienst) die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den nicht rentablen Tätigkeitsbereichen (Quersubventionierung) erlaubt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs durch andere Unternehmen in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt.⁵⁷⁾ Ansonsten, so die Ansicht des EuGH, könnten sich nach der Methode des „Rosinenpickens“ einzelne Unternehmen auf rentable Bereiche konzentrieren und dort günstiger als das betraute Unternehmen anbieten, da diese Unternehmen nicht auf die Erwirtschaftung von Monopolrenditen zur Quersubventionierung der nicht rentablen Bereiche angewiesen sind. In einer Reihe von Urteilen hat der EuGH den Verhinderungsmaßstab dann auch sprachlich zu einem bloßen „Gefährdungsmaßstab“ abgeschwächt.⁵⁸⁾

Diese Tendenz in Richtung Gefährdungsmaßstab birgt die Gefahr einer Aufweichung des Anwendungsbereiches der Vorschrift in sich. Das aus den genannten Gründen grundsätzlich begrüßenswerte „Ins-Licht-Rücken“ der lange Zeit etwas vernachlässigten Norm verliert seine Bedeutung in dem Maße, wie Art. 86 Abs. 2 EG zum Einfallstor einer Rechtfertigung für eine zu große Zahl von Begünstigungen „missbraucht“ wird. Anwendung der Norm als Prüfungsmaßstab? Ja! Inflationär gebrauchter Rechtfertigungstatbestand? Nein! Einer Abschwächung der Verhinderung zu einer bloßen Gefährdung steht auch der Wortlaut der Norm als Grenze der Auslegung⁵⁹⁾ entgegen, der eindeutig von einem „Verhindern“ spricht. Es gilt folglich, einen engen Prüfungsmaßstab anzulegen. Die Befreiung von der Beachtung der vertraglichen Vorgaben erfolgt nur, soweit die Erfüllung der besonderen Aufgabe andernfalls verhindert wird. Dies ist nicht der Fall, wenn die Aufgabenerfüllung auch auf andere, mit dem EG-Vertrag in Einklang stehende Weise möglich ist.

(b) Keine Verhinderung der Aufgabenerfüllung aufgrund von binnenmarktfreundlichen Alternativmodellen

Die Planbarkeit der Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen, die Sicherstellung derselben und ihre

57) EuGH, Slg. 1993, I-2533, Rn. 17 — *Corbeau*.

58) EuGH, Slg. 1999, I-5751, Rn. 107 — *Albany*; Slg. 1999, I-6121, Rn. 97 — *Maatschappij Drijvende Bokken BV*; EuGH, Slg. 2000, I-825, Rn. 50 — *Deutsche Post AG*.

59) *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 320 f.

60) Dies sei hier unterstellt; einer weiteren Untersuchung bleibt vorbehalten, ob alle Bereiche der Gesundheitsfürsorge der Regulierung bedürfen, oder ob nicht einzelne Bereiche dem Wettbewerb vollumfänglich geöffnet werden sollten.

ständige Finanzierbarkeit kann aus vielfältigen Gründen (nur) durch bestimmte staatlich beeinflusste Regulierungen erreicht werden.⁶⁰⁾ Es bleibt zu fragen, ob dazu zwingend die faktische Abschottung des inländischen Marktes vor Wettbewerbern aus dem (EG)-Ausland, wie sie sich aus der oben dargestellten bisherigen Rechtslage ergibt, erforderlich ist.

Als milderer, die Dienstleistungsfreiheit weniger beeinträchtigendes Mittel, kommt ein von vornherein auf grenzüberschreitende Inanspruchnahme ausgerichtetes medizinisches Versorgungssystem in Betracht. Denkbar wäre die Einrichtung einer Europäischen Kassenärztlichen Vereinigung (EKV), in der alle im EG-Ausland niedergelassenen Ärzte auf fakultativer Basis Mitglied werden können. Es erfolgt somit eine Unterwerfung dieser Leistungserbringer unter die durch die EKV ausgehandelten, kollektivvertraglichen Regulierungen. In dieser EKV, die organisatorisch der höchsten Organisationsstufe der Vertragsärzte angegliedert werden könnte (der Kassenärztlichen Bundesvereinigung), erbringen diejenigen Leistungserbringer ihre Dienste, die ein Interesse am grenzüberschreitenden Leistungsangebot haben. Die in der GKV Versicherten haben dann ohne weiteres Zugang zu diesen Anbietern, auf ihrer Seite bedarf es keiner Erklärung, ob sie an diesem neuen System beteiligt werden wollen. Die Kostenregulierung erfolgt nach den Maßstäben des Versicherungsstaates, d.h. deutsche GKV-Versicherte können von Ärzten anderer Mitgliedstaaten, die Mitglieder der EKV sind, Sachleistungen erhalten. Nach diesem Regelungsvorschlag bliebe das deutsche Vertragsarztsystem bis auf die Frage der grenzüberschreitenden Leistungserbringung unberührt. Auch würden die innerstaatlichen Steuerungsmechanismen eingreifen, da die Leistungserbringer im EG-Ausland hierbei zu Vertragspartnern werden und sich den deutschen Regelungen unterwerfen. Auf diese Weise wird die Anwendung öffentlich-rechtlicher Regelungen auch außerhalb des deutschen Territoriums möglich.

Freilich wird die Möglichkeit des Beitritts zur EKV vornehmlich bei den in Grenz- oder Urlaubsgebieten niedergelassenen Ärzten, die mit einer regelmäßigen Behandlung deutscher Patienten rechnen können, auf Interesse stoßen. Nichtsdestotrotz stellt die durch die EKV ermöglichte Öffnung des Vertragsarztsystems eine binnenmarktfreundliche Alternative zum derzeit geltenden, marktabschottenden Zulassungssystem dar. Das vertragsärztliche System ist daher in der geltenden Fassung nicht durch Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt und verstößt somit gegen Art. 49 EG. Neben der Reform des Zulassungssystems zum Vertragsarzt, welche die Einbeziehung der EG-Ausländer nach dem dargestellten Vorschlag ermöglicht, muss deshalb auch § 18 SGB V dahingehend geändert werden, dass er nur dann eingreift, wenn sich GKV-Patienten durch Ärzte im EG-Ausland behandeln lassen, die nicht EKV-Mitglied, also keine Vertragsärzte sind.

Für diese Fälle stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Voraussetzungen, die § 18 SGB V für die Kostenübernahme für Behandlungen bei Nichtvertragsärzten aufstellt, mit Art. 49 EG vereinbar sind. Denn selbst wenn § 18 SGB V nicht mehr zwischen In- und Ausland, sondern zwischen Vertragsärzten und Nichtvertragsärzten unterscheidet, bleibt eine faktische

Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bestehen, da die meisten ausländischen Ärzte keine Vertragsärzte sein werden.

Klärungsbedürftig ist somit, ob es durch Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt ist, wenn § 18 SGB V die Kostenübernahme für Behandlungen durch Nichtvertragsärzte — außer bei unvorhergesehenen Notfällen — von einer Genehmigung abhängig macht. Grundsätzlich muß von einer solchen Rechtfertigung ausgegangen werden, da der Genehmigungsvorbehalt erforderlich ist, um eine kostenstabile, flächendeckende und qualitativ hochwertige Versorgung mit medizinischen Leistungen sicherzustellen.⁶¹⁾ Ohne jeglichen Genehmigungsmechanismus würde die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach den oben dargestellten Maßstäben verhindert, da die innerstaatlichen Regulierungen nur bei Vertragsärzten greifen. Die KVen könnten bei einer unkontrollierten grenzüberschreitenden Leistungsanspruchnahme ihre Steuerungs- und Planungsaufgaben nicht erfüllen. Erforderlich kann eine Maßnahme jedoch nur dann sein, soweit sie willkürfrei und nichtdiskriminierend ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind diesbezüglich gewisse Anforderungen zu beachten. So ist es ständige Rechtsprechung des EuGH, dass Systeme nationaler behördlicher Genehmigungen nicht zu einem Ermessensspielraum führen dürfen, die das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die Marktfreiheiten faktisch aushöhlen.⁶²⁾ Das Ermessen der Krankenkassen muss daher insofern beschränkt werden, als im Vorfeld der Entscheidung objektive, transparente und nichtdiskriminierende Kriterien feststehen müssen, die ein solches Leerlaufen der Grundfreiheiten verhindern. Dies ist hier gerade deswegen nicht der Fall, weil die Erstattungsfähigkeit der Leistungen davon abhängt, dass eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Kenntnisse entsprechende Behandlung (weiter Beurteilungsspielraum) im Inland nicht möglich ist und dass die Krankenkasse darüber hinaus das ihr eingeräumte Ermessen zugunsten des Antragstellers ausübt. Bereits das Kriterium der Üblichkeit der Behandlung kann zu Diskriminierungen führen, wenn es so verstanden wird, dass ein innerstaatlicher Üblichkeitsmaßstab anzulegen ist. Dagegen kann ein Abstellen auf internationale ärztliche Kreise ein objektives Kriterium für die Erteilung einer Genehmigung darstellen. Wie der EuGH daher im Urteil *Geraets-Smits/Peerbooms*⁶³⁾ entschieden hat, müssen die nationalen Behörden dann, wenn ein Mitgliedstaat die Üblichkeit in ärztlichen Kreisen als Kriterium für die Voraussetzung der Kostenübernahme vorsieht, alle verfügbaren Aspekte berücksichtigen, die zur Ermittlung der Feststellung der Üblichkeit auf internationaler Ebene zur Verfügung

stehen. Dazu zählen die vorhandenen wissenschaftlichen Veröffentlichungen und Untersuchungen, die Urteile von Sachverständigen und auch die Frage, ob die betreffende medizinische Leistung vom GKV-System des Mitgliedstaates, in dem sie vorgenommen wird, gedeckt wird. Daneben sind die Kassen nach dem Wortlaut des § 18 SGB V bisher nicht gehindert, ihr Ermessen auch unter anderen Gesichtspunkten wie etwa den Vermögensverhältnissen des Versicherten oder der Häufigkeit der Leistungsanspruchnahme auszuüben. Um den Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrags gerecht zu werden, muss § 18 SGB V anhand der aufgezeigten Kriterien restriktiv ausgelegt und das Ermessen gemeinschaftsrechtskonform reduziert werden. Freilich wäre eine Neufassung der Norm im Hinblick auf Rechtssicherheit und Transparenz einer bloßen gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung vorzuziehen. Hierbei müssten die für eine Genehmigung zu erfüllenden Voraussetzungen transparent ausgestaltet und bei deren Erfüllung eine Genehmigungspflicht statuiert werden.

III. Fazit

Zusammenfassend ist zunächst festzustellen, dass — bei einem Versagen von Art. 46 EG und zwingenden Gründen des Allgemeinwohls als Rechtfertigungsgründe — Art. 86 Abs. 2 EG als weitere Norm für die Prüfung einer Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das deutsche System der GKV heranzuziehen ist. Die Vorschrift ist zudem auf die Besonderheiten der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie die vertragsärztliche Versorgung, zugeschnitten. Das Modell der EKV, in der auf fakultativer Basis Ärzte aus EG-Mitgliedstaaten Mitglied werden und dann unter dem Reglement des Versicherungsstaates grenzüberschreitend Leistungen erbringen können, stellt gegenüber der momentanen Rechtslage eine binnenmarktfreundlichere Regelung dar. Für die Fälle der grenzüberschreitenden Leistungsanspruchnahme, in denen der Leistungserbringer nicht die Möglichkeit der Mitgliedschaft in der EKV wahrgenommen hat, ist § 18 SGB V anzuwenden. Die Vorschrift muss jedoch an die Öffnung des Vertragsarztsystems angepasst und die Genehmigungskriterien transparent und diskriminierungsfrei gestaltet werden.

Das System der EKV ist nicht nur geeignet, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der vertragsärztlichen Leistungserbringung abzubauen. Es belebt durch eine Öffnung des Marktes für Leistungsanbieter aus dem EG-Ausland auch den Wettbewerb auf den relevanten Märkten und trägt damit wiederum zu einer umfassenden, qualitativ hochwertigen gesundheitlichen Versorgung bei. Auf diese Weise kann der scheinbar unüberwindbare Konflikt zwischen gesetzlicher Krankenversicherung und dauerhaft finanzierbarer, umfassender medizinischer Versorgung auf höchstem Niveau doch noch aufgelöst werden.

61) EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 77-80 — *Smits und Peerbooms*.

62) EuGH, Slg. 1995, I-361, Rn. 25 — *Bordessa u.a.*, EuGH, Slg. 1995, I-4821, Rn. 23-28 — *Sanz de Lera u.a.*, EuGH, Slg. 2001, I-1271, Rn. 37 — *Anatir*.

63) EuGH, Slg. 2001, I-5473, Rn. 93-97 — *Smits und Peerbooms*.