

zung von Vertragsärzten und Wahlärzten in möglichst gleicher Weise zu gewährleisten. Allerdings dürfe der Zugang der Versicherten zu anderweitiger ärztlicher Versorgung nicht erschwert oder gar verunmöglicht werden, wenn die Inanspruchnahme des Wahlarztes für den KV-Träger keine höheren Kosten verursache als bei einem Vertragsarzt. Dies sei aber sehr wohl der Fall und zwar in einem Ausmaß, das die Begrenzung der Kostenerstattung auf 80 % sachlich rechtfertigt. Der VfGH hat hier also nur die Verfassungskonformität im Hinblick auf den Gleichheitssatz geprüft. Eine Prüfung im Hinblick auf eine allfällige Verletzung des Grundrechts auf *Erwerbsfreiheit* (Art 6 StGG), bei der nicht die sachliche Rechtfertigung, sondern die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffes zu beurteilen wäre, kann wohl zu keinem anderen Ergebnis führen.⁵⁸⁾

Nach einem wachsenden Teil der österr Lehre müsste die Sache gemeinschaftsrechtlich ganz anders gesehen werden. So wird vertreten, die Kostenerstattungsregelung wäre – zumindest mittelbar – diskriminierend.⁵⁹⁾ Außerdem würde sie einen Verstoß gegen das Beschränkungsverbot im Hinblick auf die Warenverkehrs- bzw die Dienstleistungsfreiheit darstellen, und zwar sowohl passiv – als Abschreckung der Patienten, diese Freiheiten zu nutzen, als auch aktiv – iS eines Hindernisses für die ausländischen Anbieter.⁶⁰⁾ Solche Verstöße könnten – wie oben (2.1. bzw 2.2.) ausgeführt – nur gerechtfertigt werden, wenn dadurch eine Systemgefährdung verhindert werden soll. Eine solche sei aber nicht erkennbar, weil die Inanspruchnahme von Leistungen im Ausland nur in sehr wenigen Fällen erfolgt sei. Besonders pointiert wurde dies von *Resch* formuliert, der aus dieser Gemeinschaftsrechtswidrigkeit noch dazu Rückwirkungen im Inland ableitet.⁶¹⁾ Wegen des aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz abzuleitenden Verbots der *Inlän-*

derdiskriminierung müsste auch bei Inanspruchnahme inländischer Wahlärzte eine Kostenerstattung in Höhe von 100 % des Vertragsarzttarifes gebühren, da eine sachliche Rechtfertigung der Differenzierung zwischen aus- und inländischen Behandlern nicht erkennbar sei.

Diese Argumente überzeugen letztlich nicht. Zunächst kann *keine Diskriminierung* vorliegen: Zum einen differenziert die 80 %-Regelung gerade nicht zwischen in- und ausländischen Wahlärzten. Zum anderen ist zwar nicht zu bestreiten, dass letztere mittelbar mehr betroffen sein könnten, denn wenn man alle Ärzte in den anderen Mitgliedstaaten heranzieht, sind das natürlich wesentlich mehr als die knapp 8000 im Inland niedergelassenen Ärzte, die keinen Kassenvertrag haben.⁶²⁾ Diese Argumentation konsequent weitergedacht würde aber bedeuten, dass zur Vermeidung einer derartigen wohnsitzbezogenen Diskriminierung auch mit allen ausländischen Ärzten Verträge abgeschlossen werden müssten, eine fast absurde Vorstellung.⁶³⁾ Insofern ist diese mittelbar eintretende Differenzierung sachlich zu rechtfertigen. Immerhin hat auch der EuGH selbst festgestellt, dass Einschränkungen bei der Kostenerstattung möglich sind, wenn sie nur objektiv, nicht diskriminierend und transparent sind.⁶⁴⁾

Was nun die Frage der *Beschränkung* betrifft, sollten wir uns zunächst vergegenwärtigen, dass diese im Hinblick auf die *Versicherten* weniger von der 80 %-Regelung als solcher ausgehen dürfte, sondern in hohem Maß von Sprachbarrieren oder – gerade bei kranken Menschen, die im Inland keine aus ihrer Sicht adäquate Behandlung finden – eingeschränkter Mobilität. Weiters sollte bedacht werden, dass es jenen, die in der Lage sind, sich im Ausland eine medizinische Leistung zu organisieren, vielfach egal sein wird, ob sie nun 80 oder 100 % des inländischen Vertragstarifs bekommen. Und jenen, die mit der Höhe der Erstattung ein (zumal wirtschaftliches) Problem haben, wird auch mit einem Ersatz in Höhe des gesamten Inlandstarifs nicht geholfen sein. Dazu bedürfte es einer kompletten Erstattung der tatsächlichen Kosten und eine solche ist ja wohl auch nach weitestmöglicher Ansicht nicht zu leisten.

Im Hinblick auf die behaupteten Beschränkungen zu Lasten der *Anbieter* von medizinischen Leistungen gilt es festzuhalten, dass diese sehr wohl aus der Legitimität des Schutzes des *Sachleistungsprinzips* zu rechtfertigen sind. Wie (oben 3.1.) ausgeführt, hat der EuGH in der Rs Hartlauer ausdrücklich klargestellt, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, dem Sachleistungssystem Vorrang einzuräumen, damit jeder Patient im gesamten Inland leicht Zugang zu den Dienstleistungen der Vertragsärzte hat. In dieser E wurde das bisherige (Miss-?)Verständnis beseitigt, das vor allem nach den Rs Geraets-Smits/Peerboms bzw Müller-Fauré/van Riet entstanden ist, wonach hinsichtlich der Legitimation von Beschränkungen zwischen stationären und ambulanten Leistungen zu unterscheiden sei.⁶⁵⁾ Nun ist klar, dass auch bei letzteren eine Steuerung zulässig, ja sogar unerlässlich sein kann, um Lücken zu schließen bzw Doppelversorgung zu vermeiden.⁶⁶⁾ Der Schutz der Vertragspartner ist daher nicht bloß eine Frage einer rein wirtschaftlichen (und

⁵⁸⁾ So auch bereits *Herzig* in *Grillberger/Mosler* (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht 92.

⁵⁹⁾ *Binder*, Krankenbehandlung im Ausland, DRdA 2001, 527.

⁶⁰⁾ Neben *Binder*, DRdA 2001, 527, vor allem *Karl*, Die Auswirkungen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf die Kostenerstattung, DRdA 2002, 15 ff; sowie *Windisch-Graetz*, Europäisches Krankenversicherungsrecht 61 ff.

⁶¹⁾ Anspruch auf Kostenerstattung bei Wahlarzthilfe im Ausmaß von 100%?, VR 2007, 24.

⁶²⁾ Vgl die mit Stichtag 31.12.2008 (ohne Zahnärzte) ausgewiesenen Zahlen in *Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger* (Hrsg), Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2009, 28.

⁶³⁾ So wohl auch *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Sozialversicherungsträger und Hauptverband 19 f.

⁶⁴⁾ Rs Müller-Fauré/van Riet, Rn 107; ähnlich 18.3.2004, Rs C-8/02, Leichte, Slg 2004, I-2641, Rn 48; vgl auch *Herzig* in *Grillberger/Mosler* (Hrsg), Europäisches Wirtschaftsrecht 93 f.

⁶⁵⁾ Diese Differenzierung wurde etwa von *Becker/Walser*, Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr – von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU, NZS 2005, 449 ff, aufgegriffen; kritisch dagegen bereits etwa *Bieback* in *Fuchs* (Hrsg), Europäisches Sozialrecht⁴, Art 22 VO 1408/71 Rz 49a f.

⁶⁶⁾ EuGH Rs Hartlauer, Rn 52.