

RPG

Band 24 | Heft 3 | 2018

3 | 2018

RECHT UND POLITIK IM GESUNDHEITSWESEN

■ Übersicht

**Krankenkassenstrukturreform
in Österreich
Anmerkungen mit dem
Erfahrungshintergrund der
Entwicklung in Deutschland**

■ Wissenschaftspreis

**Die zivilrechtliche Arzthaftung
bei der Entscheidung nach § 10
Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TPG**

■ Mitteilungen der Gesellschaft

**5. gevko/GRPG Symposium 2018
2 Jahre eHealth-Gesetz – Vision und
Wirklichkeit von AMNOG bis vesta**

HERAUSGEBER

V. Ulrich
G. Marckmann,
J. Taupitz
E. Wille
S. Moser
J. Stoschek (Schriftleiter)

MITHERAUSGEBER

St. Allroggen
B. Brennecke
A. Elmer
R. von Eisebeck
G. Fischer
O. Kirst
M. Linz
K. Maag
M. Meyer
G. Noelle
H. Platzer
U. A. Richter
G. Schneider
G. Schulte
K. Schulz-Asche
A. Tecklenburg
J. Zerth

Autoren des Heftes

Helmut Platzer
Johannes Weigel

Editorial

In unserem Nachbarland Österreich plant die Regierung eine grundlegende Strukturreform der Sozialkassen: Die derzeit 21 Sozialversicherungen sollen auf maximal fünf reduziert, die neun Gebietskrankenkassen für Arbeitnehmer und Pensionisten in eine „Österreichische Gesundheitskasse“ (ÖGK) fusioniert werden. Mit rund sieben Millionen Versicherten – und 14,5 von insgesamt 18,5 Milliarden Euro Beitragseinnahmen – soll die ÖGK den Großteil der gesamten Krankenversicherung in Österreich verwalten. Durch die Kassenfusionen sollen bis 2023 eine Milliarde Euro eingespart werden.

Weil ein Blick über die Grenzen häufig zusätzliche Erkenntnisse zu vermitteln vermag, könnten für eine Bewertung der österreichischen Reformpläne Anmerkungen aus deutscher Sicht mit dem Erfahrungshintergrund zu Fusions- und Zentralisierungsprozessen bei Krankenkassen durchaus hilfreich sein. Einen aktuellen Übersichtsartikel dazu finden Sie in diesem Heft.

Eine empfehlenswerte Lektüre sind auch die Überlegungen zu Verteilungs- und Gerechtigkeitsfragen in der Transplantationsmedizin, die der Träger unseres 22. Wissenschaftspreises für Sie zusammengefasst hat.

Jürgen Stoschek
Geroldsreuth 61
95179 Geroldsgrün

Übersicht

Krankenkassenstrukturreform in Österreich
Anmerkungen mit dem Erfahrungshintergrund
der Entwicklung in Deutschland

Helmut Platzer 47

Wissenschaftspreis

Die zivilrechtliche Arzthaftung bei der Entscheidung
nach § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TPG

Johannes Weigel 55

Mitteilungen der Gesellschaft

5. gevko/GRPG Symposium 2018

2 Jahre eHealth-Gesetz –

Vision und Wirklichkeit von AMNOG bis vesta 60

Wissenschaftspreis im Gesundheitswesen

Die Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen (GRPG) hat sich die Förderung des interdisziplinären Austausches und der wissenschaftlichen Auseinandersetzung auf den verschiedenen Gebieten des Gesundheits- und Sozialrechtes aber auch im Bereich der Gesundheits- und Sozialpolitik zum Ziel gesetzt. Durch eine Vertiefung rechtlicher, volkswirtschaftlicher, ethischer und medizinischer Gesichtspunkte will die GRPG zu einer Verbesserung des gegenseitigen Verständnisses im Gesundheitswesen beitragen.

Zu diesem Zweck hat die GRPG einen Jahrespreis in Höhe von 2.500 Euro für herausragende wissenschaftliche Arbeiten ausgeschrieben, der bevorzugt an Nachwuchswissenschaftler vergeben wird. Das Thema der Arbeit soll den Zielen der GRPG entsprechen. Die Annahme des Preises verpflichtet zur Erstpublikation der Arbeit oder deren Zusammenfassung in der Zeitschrift „Recht und Politik im Gesundheitswesen“. Sie darf in gleicher oder ähnlicher Form nicht bereits andernorts publiziert sein. Die Arbeiten müssen beim Präsidium der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen (GRPG), Widenmayerstraße 29, 80538 München, bis spätestens zum 31. Mai des laufenden Jahres eingegangen sein.

Recht und Politik im Gesundheitswesen

Organ der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen (GRPG)

Herausgeber

Prof. Dr. rer. pol. Volker Ulrich
Lehrstuhl VWL und Gesundheitsökonomie
Universität Bayreuth
Universitätsstraße 30, 95447 Bayreuth

Prof. Dr. med. Georg Marckmann, MPH
Institut für Ethik, Geschichte und Theorie
der Medizin, Universität München
Lessingstraße 2, 80336 München

Prof. Dr. iur. Jochen Taupitz
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivil-
prozessrecht, Internationales Privatrecht
und Rechtsvergleichung
Universität Mannheim
Schloss Mittelbau West
68131 Mannheim

Prof. Dr. Eberhard Wille
Mitglied des Sachverständigenrates
Universität Mannheim, L7, 3–5,
68131 Mannheim

Dipl.-Ingenieurin Susanne Moser
Kederbacherstraße 42
81377 München

Dipl.-Volkswirt Jürgen Stoschek
(Schriftleiter)
Geroldsreuth 61
95179 Geroldsgrün

Mitherausgeber

St. Allroggen
B. Brennecke
A. Elmer
R. von Esebeck
G. Fischer
O. Kirst
M. Linz
K. Maag
M. Meyer
G. Noelle
H. Platzer
U. A. Richter
G. Schneider
G. Schulte
K. Schulz-Asche
A. Tecklenburg
J. Zerth

Die Zeitschrift Recht und Politik im Gesundheitswesen (RPG) ist Publikationsorgan der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen (GRPG).

Sie versteht sich als wissenschaftliches Forum, das der umfassenden und interdisziplinären Erörterung aller Fragen der Gesundheits- und Sozialpolitik sowie des Arzt-, Apotheken-, Arzneimittel-, Pharma und Gesundheitsrecht und des Rechts der assistierenden Berufe dient.

Veröffentlicht werden Beiträge aus medizinischer, juristischer, ökonomischer, sozialwissenschaftlicher und ethischer Perspektive. Jenseits von Verbands- und Parteiinteressen werden theoretische und empirische Ergebnisse zu praxisnahen Lösungskonzepten verknüpft.

Die Notwendigkeit der GRPG ergibt sich aus dem Interesse, in das das Gesundheitswesen in den vergangenen Jahren durch die steigenden Kosten gerückt ist. Die dadurch ausgelösten Diskussionen krankten neben einer teilweise verständlichen Interessengebundenheit vornehmlich an mangelnder medizinischer Ergebnisorientierung sowie einer zeitlich kurzfristigen und fachlich isolierten Perspektive.

Die Zeitschrift Recht und Politik im Gesundheitswesen (RPG) will dazu beitragen, diese Einseitigkeiten zu überwinden, um zu besseren Lösungen zu kommen.

Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich.

Bestellungen (ISSN 0948–3209) nimmt jede Buchhandlung oder der Verlag entgegen.

Bezugspreis: 2016 (4 Hefte) Euro 170,– zuzüglich Versandkosten. Für Mitglieder ist der Bezugspreis mit dem Mitgliedsbeitrag abgegolten worden.

Der Bezugspreis ist im voraus zahlbar. Bestellungen nehmen jede Buchhandlung oder der Verlag entgegen. Die Lieferung läuft weiter, wenn sie nicht bis zum 30.9. eines Jahres abbestellt wird.

Bei Adressenänderungen muss neben dem Titel der Zeitschrift die neue und alte Adresse angegeben werden. Adressenänderungen sollten mindestens 6 Wochen vor Gültigkeit gemeldet werden.

Hinweis gemäß § 4 Abs. 3 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Bezieher kann die Deutsche Bundespost POSTDIENST dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes bei unserer Frankfurter Verlagsanschrift widersprechen.

Verlag

PLANiMED
Gesellschaft für Strukturdaten
und Kommunikation mbH
Holmblick 10
24857 Fahrdrorf
Telefon 04621 39 29 951
Telefax 04621 39 29 949
E-Mail: info@planimed-online.de

Bankverbindung: Volksbank Ulm-Biberach
BLZ: 630 901 00 • Kto: 189 809 000 •
Gerichtsstand: Schleswig • Anzeigenpreisl-
ste: Es gilt die Preisliste Nr. 11 • Layout
und Produktion: creative vision, 44534
Lünen

Alle Rechte vorbehalten. Geschützte
Warenzeichen werden nicht immer
besonders kenntlich gemacht. Aus
dem Fehlen eines solchen Hinwei-
ses kann nicht geschlossen wer-
den, dass es sich um einen freien
Warennamen handelt. Die Zeitschrift und
alle in ihr enthaltenen Beiträge und Ab-
bildungen sind urheberrechtlich geschützt.
Mit Ausnahme der gesetzlich zugelas-
senen Fälle ist eine Verwertung ohne Ein-
willigung des Verlages strafbar. Weder
Herausgeber noch Verlag haften für
Inhalte, Informationen sowie die Richtig-
keit der Aktenzeichen, die verlagsseitig
mit aller Sorgfalt wiedergegeben wurden.

© 2018 PLANiMED
Gesellschaft für Strukturdaten
und Kommunikation mbH

Artikel aus dieser Zeitschrift werden referiert und geindext in der Online-Datenbank HECLINET (Health Care Literature Information Network) und dem **Informationsdienst Krankenhauswesen**.

Helmut Platzer

Krankenkassenstrukturreform in Österreich

Anmerkungen mit dem Erfahrungshintergrund der Entwicklung in Deutschland¹

1. Vorbemerkungen

Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion über eine Krankenkassenstrukturreform in Österreich aus deutscher Sicht wirft zunächst zwangsläufig die Frage nach der Legitimation eines solchen Beitrages aus österreichischer Sicht auf. Aus deutscher Sicht ist von Interesse, ob Absichten und Tendenzen, wie derzeit in Österreich aktuell, Rückschlüsse auf Problemstellungen im deutschen Gesundheitswesen zulassen, oder geeignet sind, abgelaufene Entwicklungen einer Neubewertung zuzuführen.

Im Regierungsprogramm 2017–2022 (S. 114 ff) kündigen die die neue österreichische Bundesregierung tragenden Parteien an, im Rahmen einer umfassenden Reform der Sozialversicherung eine Österreichische Krankenkasse (ÖKK) an Stelle der bestehenden selbständigen Träger neu zu errichten. Erklärtes Ziel ist generell die Senkung von Verwaltungskosten und die Hebung von Synergieeffekten, konkret unter anderem durch Aufgabenbündelung, Gesamtvertrags-Verhandlungen, regionale Zu- und Abschlüsse, regionale Planung incl. Stellenplanung und zentralen Versicherten- und Vertragspartnerservice. Am 22.5. wurde dies bei der Vorstellung der Regierungsziele durch den Kanzler noch einmal bestätigt, mit dem Hinweis, man mache keine Gesundheits-

reform, sondern Struktur- und Verwaltungsreform. Als Motiv wird jedoch ausdrücklich genannt, man wolle 1 Mrd. Euro umsteuern und als Synergiegewinn künftig in eine noch bessere Versorgung der Versicherten investieren. Die Idee, durch eine Verringerung der Anzahl der Kassen Verwaltungskosten einzusparen, ist auch der deutschen Reformdiskussion nicht fremd.

Damit ist eine sehr tiefgreifende Auseinandersetzung vorprogrammiert, wird doch nach fast 130 Jahren ein überaus bewährtes System der Absicherung gegen das Lebensrisiko Krankheit im Rahmen einer Gesamtreform der sozialen Sicherungssysteme in Frage gestellt.

Die Ausgangssituation ist der in Deutschland durchaus nach wie vor sehr ähnlich. Beide Länder haben sich historisch in der Auseinandersetzung zwischen „Bismarck und Beveridge“ dezidiert entschieden und damit hoch anerkannte Erfolgsmodelle für die Daseinsvorsorge kreiert. In Deutschland entstand nun in den letzten 25 Jahren ein Erfahrungshintergrund, der alle Varianten der Umsteuerung mit dem Aufsetzpunkt Kassenorganisation einbezieht. Als Beispiel genannt seien die Wettbewerbsöffnung in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) in den Neunzigerjahren des letzten Jahrhunderts, die Einführung eines ausgefeilten Finanzausgleichssystems, und die Reduktion der Kassenanzahl zwischen 1995 und 2017 von knapp 1000 auf 113, davon alleine im AOK-System im gleichen Zeit-

raum von 92 (davon 39 in Bayern) auf verbliebene 11, nachdem 1995 bereits eine große Anzahl von ursprünglichen AOKen in Landes-AOKen aufgegangen waren.

Auch die Idee einer weitergehenden Zentralisierung auf Bundesebene wurde und wird seit Jahren intensiv vertreten und diskutiert und tendenziell sogar ansatzweise umgesetzt, z.B. durch die Schaffung eines GKV-Spitzenverbandes im Jahre 2007. Es bestehen also intensive Erfahrungen in beide Richtungen, sowohl im Umgang mit unvermeidlichen Zusammenlegungen, insbesondere, um im Kassenwettbewerb überhaupt bestehen zu können, als auch in der Abwehr von Zentralisierungs- und Verstaatlichungstendenzen, die das System nachhaltig gefährdet hätten, kurz in der Durch- und Umsetzung von Fusionen, wie auch in der Argumentation gegen diese.

Die letzten Fusionsprozesse im AOK-System, die der grundsätzlichen Neuaufstellung im Wettbewerb geschuldet waren, fanden 1995 statt, die späteren (AOK Rheinland Hamburg, AOK Plus, AOK Nordost, AOK Nordwest) folgten wie auch die in den anderen Kassenarten bereits einer anderen Rationale, darauf wird zurückzukommen sein.

Die „lessons learned“ aus dieser Historie liegen den folgenden Anmerkungen zu Grunde. Dabei liegt der Schwerpunkt nicht auf der spannenden Frage der systemsprengenden ordnungspolitischen Wirkungen des Vorhabens, die nur kurz angesprochen werden, sondern auf der

¹ Schriftliche Zusammenfassung eines Vortrages an der Johannes-Kepler-Universität Linz am 11. Juni 2018

Frage der betriebswirtschaftlichen und organisatorischen Rationale hinter dieser Entscheidung der Politik. Inwieweit dogmatische oder ideologische Aspekte dabei eine Rolle spielen (dürfen), bleibt unbeachtet.

Als Leitthese bietet sich an: Kassenzusammenlegungen lösen per se kein Problem, machen es aber eventuell unerkennbar – politisch kann dies durchaus Charme entfalten. In Deutschland hat die Auseinandersetzung darüber die Debatte in der ersten Dekade des Jahrhunderts durchaus mitbestimmt, wenn auch nicht bereichert, vor allem mit Blick auf die Auswirkungen der hochproblematischen Versorgungsstrukturen in den größten deutschen Städten und insbesondere deren Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit von Regionalkassen.

2. Ordnungspolitische Metaebene

2.1 Selbstverwaltete, „staatsferne“ Träger

Selbstverwaltete, „staatsferne“ Träger sind ein Wesensmerkmal der Krankenversicherung in Österreich und in Deutschland, sie sind im Wesentlichen auch über weite Phasen hinweg Voraussetzung für die Krisenresistenz der Systeme gewesen. Historisch haben bei der oft auf den griffigen Nenner gebrachten Entscheidung „Bismarck oder Beveridge“ Österreich und Deutschland sehr ähnliche Entscheidungen getroffen. Sie haben selbstverwaltete Krankenversicherungssysteme eingeführt, die im Wesentlichen aus Abgaben von Versicherten und Arbeitgebern, also beitragsgestützt, finanziert werden. Staatszuschüsse aus Steuermitteln spielen allenfalls eine untergeordnete Rolle und korrelieren im Wesentlichen mit versicherungsfremden Leistungen, die die Krankenversicherungen mitverantworten müssen. Daraus ist nicht zu schließen, dass

sich die Staaten aus ihrer Verantwortung im Rahmen der Daseinsvorsorge zurückgezogen haben, sie haben insofern lediglich eine Delegationsvariante zu Gunsten mittelbarer Staatsverwaltung gewählt. In beiden Ländern ist deren Bestand verfassungsrechtlich abgesichert.

Drei Grundrichtungen haben sich dabei herausgebildet, nämlich regionale oder zentrale Einheitsversicherungen, betriebliche, berufliche und regionale Pflichtversicherungen (wie in Österreich), bzw. gegliederte Systeme mit freier Kassenvahl und -wettbewerb (wie in Deutschland).

Demgegenüber beruht das Beveridge-system auf staatlichen, aus Steuern finanzierten Versorgungsnetzen, zu denen alle Bewohner Zugang haben sollen. Neben dem Mutterland Großbritannien gehen in Europa vor allem die skandinavischen Länder, Italien und Spanien diesen Weg. Gemeinsam haben alle „Bismarck-Varianten“, dass der Gesetzgeber der Selbstverwaltung wichtige Aufgaben übertragen hat, wie z.B. auch die Definition des Leistungsanspruchs und letztlich damit des versicherten Risikos, dass ihr alle haushalterischen Entscheidungen überlassen sind, also die Finanzierung der Leistungen wie die gesamte Mittelverwendung, innerhalb der gesetzlichen Grenzen, staatsfern stattfindet, d.h. auch ohne Zugriff des Staates auf die dort bewirtschafteten öffentlichen Mittel, und damit weder eine Abhängigkeit von alljährlichen fiskalischen Entscheidungen noch eine im Wesentlichen über die Rechtsaufsicht hinausgehende Überwachung stattfindet.

Aus dieser Grundkonstruktion resultieren immer wieder auch Legitimationsfragen, die sich in den beiden Ländern allerdings nicht deckungsgleich darstellen. Während in Deutschland mit Ausnahme der Ersatzkassen die paritätischen Selbstverwaltungen dominieren, die nur zum Teil

in echten Wahlhandlungen (Urwahlen) zusammengesetzt werden, und ansonsten durch konsentrierte Listen der Trägerorganisationen (Friedenswahlen) entstehen, ist in Österreich die Selbstverwaltung mit einem deutlichen Übergewicht der Dienstnehmer (Versichertenvertreter) konstruiert. Auch Wahlhandlungen sind dem österreichischen System fremd. Es verwundert nicht, dass sich in der aktuellen Debatte auch Forderungen nach einer anderen Form von Legitimation der Selbstverwaltung zu Wort melden. Erfahrungen im deutschen System lassen aber nicht unbedingt erwarten, dass damit eine höhere Akzeptanz oder gerechtere Verteilung von Verantwortung zu erreichen wären. Immerhin hat auch die Aufhebung der paritätischen Finanzierung durch Einführung von Zusatzbeiträgen für Versicherte in spürbarer Höhe zum 1.1.2015 durch das GKV-FQWG vom 21.7.2014 nicht dazu geführt, dass sich die Tätigkeit der und vor allem in der Selbstverwaltung wesentlich verändert hätte. Auch muss die Rolle der Arbeitgeber in der Selbstverwaltung sicher differenzierter gesehen werden, als nur in der Vertretung eines „proratisierbaren Zahlerinteresses“.

2.2 Steuerfinanzierte Leistungsgesetze

Während die Versicherten in den beitragsgestützten Systemen einen Leistungsanspruch haben, der durch Beitragsleistung erworben wird und auch weitestgehenden verfassungsrechtlichen Schutz genießt, setzen Ansprüche im steuerfinanzierte Leistungssystem grundsätzlich Bedürftigkeit voraus. (Hinweis: Dies muss nicht zwingend Wesensmerkmal steuerfinanzierter Leistungsgesetze sein.)

Vor allem aber unterliegen die Leistungsversprechen stets einem permanenten Haushaltsvorbehalt, also der Gefahr von Kürzungen nach Kassenlage. Angesichts des hohen Anteils der Lohn- und Ein-

kommensteuer tendieren sie im Übrigen deutlich zur im Wesentlichen eigenfinanzierten Arbeitnehmersversicherung. Dadurch wird die ohnehin auch in den beitragsgestützten Systemen problematische Bemessung der Leistungsfähigkeit als Parameter für den individuellen Anteil an der Finanzierung der solidarischen Sicherungssysteme angesichts der sinkenden Bedeutung der Lohnsummen noch einmal erschwert, bleiben doch andere Arten der Wertschöpfung außer Acht.

Wichtig ist, in diesem Zusammenhang auch festzuhalten, dass auch Übergangs- oder Zwischenlösungen, die zu einer größeren Zentralisierung und tendenziellen „Verstaatlichung“ im Rahmen eines Selbstverwaltungssystems führen, zu keiner Verbesserung, in welchem Sinne auch immer, geführt haben und führen können. Ein Beispiel dafür ist die Schaffung eines Spitzenverbandes der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahre 2007 (§ 217 f SGB V; eingeführt durch das GKV-WSG. WSG steht für „WettbewerbsstärkungsG“), der neben unterstützenden Aufgaben für die Träger nach § 217 f Abs.2 nach dem dortigen Abs. 1 auch eigene gesetzlich zugewiesene Aufgaben erfüllt, vor allem aber nach Abs.3 verbindliche Grundsatzentscheidungen trifft. Von größter Wichtigkeit ist allerdings die Rolle, die er als Vertretung der Krankenversicherung im Gemeinsamen Bundesausschuss und als Verhandlungspartner der Leistungserbringer-Spitzenorganisationen bei der Vereinbarung von Rahmenregelungen innehat, die die Verhandlungspartner auf regionaler Ebene weitgehend präjudizieren und binden. Diese Parallele könnte bei der Bewertung des Vorhabens der österreichischen Bundesregierung von besonderer Bedeutung sein. Die Erfahrungen in Deutschland mit der Einschränkung der Verhandlungsfreiheit der ergebnisverantwortlichen Vertragspartner auf regionaler Ebene

sind kritisch zu sehen. Nicht zuletzt sind schwierige gerichtliche Auseinandersetzungen bis in die dritte Instanz ein Ausfluss dieser Konstruktion.

2.3 Wettbewerbsmodell Wettbewerbsföderalismus

Wettbewerbsmodell Wettbewerbsföderalismus bezeichnet einen Diskussionsansatz, der in Deutschland seit den Neunzigerjahren nicht nur in der gesetzlichen Krankenversicherung aber eben auch dort die Weiterentwicklung der Idee des föderalen Staates stark mitgeprägt hat. Naturgemäß kamen die wesentlichen Impulse dafür aus den Ländern, insbesondere denen, die für sich in Anspruch nahmen und nehmen, durch die Ausgleichsmechanismen unter den Ländern und in der Sozialversicherung besonders stark in Anspruch genommen zu werden. Normenkontrollanträge der Länder Bayern, Baden-Württemberg und Hessen im Jahre 1998 hatten insbesondere die rechtlichen Aspekte in den Vordergrund gerückt (2 BvF 2-4/98). Aber auch die ökonomischen Konsequenzen wurden kontrovers diskutiert, insbesondere welche (Fehl-) Anreizwirkungen von der Intensität eines Wettbewerbs auf Länderebene ausgeht, bzw. von dessen Aufgabe. In der gesetzlichen Krankenversicherung bestand dazu besonderer Klärungsbedarf, nachdem die Kassen seit 1993 in einen Wettbewerb ganz eigener Art gesandt worden waren. Eine der Besonderheiten dieses Wettbewerbs besteht nach wie vor darin, dass dabei bundesweit agierende und regionale Träger, vor allem die AOKen, konkurrieren, die Rechtsaufsicht aufgeteilt ist zwischen einem Bundesversicherungsamt auf der einen Seite und den zuständigen Landesministerien auf der anderen Seite, ein überregionales Finanzausgleichssystem zur Absicherung des Wettbewerbs eingeführt und inzwischen vielfach weiterentwickelt wurde, sowie

seit 2007 ein GKV-Spitzenverband mit konkreten gesetzlichen Aufgaben und die Notwendigkeit im Vertragsgeschäft vielfach einheitlich und gemeinsam zu handeln, dafür sorgen, dass die Diskussion um das Auseinanderfallen von Ergebnisverantwortung und Steuerungsmöglichkeiten – völlig zu Recht – nie nachgelassen hat.

Wesentliche Kriterien für einen funktionierenden Wettbewerb „anderer Art“ auf föderaler Basis sind

- eine entsprechende Adaption von Wettbewerbsverständnis und -gestaltung
- die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips
- Solidarität im Sinne von Bestandsgarantie und Überforderungsvermeidung.

Die Ausgangsthese ist schlicht: Wettbewerb ist optimales Ordnungsprinzip für jedes Wirtschaften, auch von an sich nicht oder atypisch konkurrierenden Körperschaften. Die leistungsfördernde Wirkung eines Aneinander-Messens von regionalen Trägern nach ihrem Geschäftserfolg ist offenkundig, auch wenn es letztlich um einen virtuellen Wettbewerb ohne Konkurrenz geht.

Erforderliche Instrumente zur Ermöglichung und Bewahrung dieses Wettbewerbs sind

- Handlungsfreiheit
- Leistungsprinzip
- Markttransparenz, sowie
- Adaption an spezifische Bedingungen.

Stehen diese Elemente zur Verfügung, findet ein leistungsförderndes Messen aneinander, eine entsprechende Begleitung durch „den Kunden“ und ein hoher Druck auf politische Entscheidungen zur bestmöglichen Nutzung regionaler Potenziale statt. Daraus und aus dem Zwang zum „internen Lernen“ entsteht ein Maximum an volkswirtschaftlichem Nutzen durch maximale Leistungsanreize für die Teilstrukturen.

Die größte Gefahr für diese gewünschten Entwicklungen droht von den Fehl-

anreizen, die durch gewillkürte Ergebnisangleichung, insbesondere in finanzieller Hinsicht ausgehen. Sie führen zu einem qualitätsgefährdenden Verzicht auf Reinvestitionen und fehlende Anreize für Verantwortungsträger „vor Ort“.

Mit Transparenz ist in diesem Zusammenhang nicht nur die Einsehbarkeit von Zusammenhängen, Daten und Fakten gemeint, sondern der Konnex von Verantwortlichkeit, Steuerungsmöglichkeiten und Finanzströmen.

Subsidiarität bezeichnet die optimale Aufgabenverteilung zwischen den Ebenen Bürger/Staat, aber auch Kommunen/Land/Bund/EU. Die föderalistische Aufgabenverteilung folgt dabei idealerweise auch der ökonomischen Rationalität. Wer Zuständigkeiten erhalten soll, richtet sich primär auch nach der Fähigkeit zur wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung und objektiv bestehenden Rahmenbedingungen. Für die Krankenversicherung in Österreich ist dabei in besonderem Maße und insofern deutlich bedeutsamer als im deutschen System, das erfolgreiche Zusammenwirken im Bereich der stationären Versorgung zwischen Ländern, Kostenträgern und Leistungserbringern erfolgswirksam.

Solidarität kann nicht den Zweck verfolgen, unterschiedliche Ergebnisse zu verhindern; die Zurechnung von Erfolg und Misserfolg muss möglich bleiben.

Solidarität in diesem wohlverstandenen Sinne erfordert Verantwortungshierarchien, ausgehend von der Eigenverantwortung über einen solidarischen Ausgleich nicht zu verantwortender Defizite mit einer zu definierenden Obergrenze, einen Überforderungsschutz, wie ihn z.B. in Deutschland die Rechtsprechung mit einem Anspruch auf Behalt von 50 % erwirtschafteter Vorteile definiert, hin zu einer Schlussabsicherung in Form einer Bestandsgarantie nach Abwicklung eines gemeinsamen suffizienten Risikomanagements.

Hier gilt die Annahme, dass die Strukturpolitik in einem Land Versorgungsstrukturen und damit deren Erfolg oder Misserfolg beeinflusst, weshalb es angezeigt ist, dass ein Teil der Effekte und die Kontrolle dort verbleiben.

Festzuhalten wäre hier zur gegenständlichen Problematik, dass föderaler Wettbewerb die Wirkung von verantwortlichen Entscheidungen sichtbar macht, Leistungsanreize schafft, die Verantwortung für politische Entwicklungen sachgerecht zuordnet und bürgernahe Kontrolle und Einflussnahme ermöglicht. Der Wert dieser Wirkungen in einem System, das die üblichen Belohnungen und Sanktionen für wirtschaftliches und sachgerechtes Verhalten nicht abzubilden vermag, zeigt sich am deutlichsten, wenn man das Alternativszenario betrachtet: Die Nivellierung von Erfolg und Misserfolg, Belohnung und Qualität. Der gänzliche Verzicht auf einen abstrakten, quasi virtuellen Wettbewerb unter den Kassen hätte eine schnelle Erosion der Qualität im Leistungsangebot der Kassen zur Folge, sei es in der Beratungs- und Betreuungsqualität, sei es im Wettstreit um überlegene Versorgungskonzepte. Dies gilt sogar nachweislich für die AOK-Gemeinschaft, die sich gerne auch als AOK-Familie versteht, was an vielen konkreten Beispielen deutlich wird. Genannt werden soll hier nur die unterschiedliche Vorgehensweise beim Abschluss von Selektivverträgen, der Priorisierung der Themen bei der Marktbearbeitung und im Vertrieb oder den ersten Umsetzungsschritten auf dem Weg zur Digitalisierung.²

² Die Betrachtung der Fragestellung aus verfassungsrechtlicher Sicht, namentlich der österreichischen Verfassung –Art. 2 B-VG–, bleibt ausdrücklich zurückgestellt.

3. Ökonomische und administrative Ebene

3.1 Fusionsmotive

Fusionsmotive können im Wesentlichen vier Aspekte aufnehmen.

Sogenannte *Rettungsfusionen* sind im deutschen Recht ausdrücklich vorgesehen (§ 172 SGB V). Der Gesetzgeber war nach Einführung der Insolvenzfähigkeit der Kassen genötigt, Regelungen zu treffen, wie bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einer Kasse vorzugehen wäre. Für diesen Fall ist vorgegeben, dass nach Durchlaufen einer Handlungskaskade die zuständige Aufsichtsbehörde im Benehmen mit dem GKV-Spitzenverband die Vereinigung der Kasse mit einer anderen anordnen und durchsetzen kann. Aber auch unterhalb der gesetzlich angeordneten Eskalationsstufe kann dieses Fusionsmotiv tragen. Im AOK-System fanden nach 1996 drei kassenarteninterne Fusionen statt, die im Wesentlichen dadurch motiviert waren, dass in bestimmten Bereichen konkurrenzfähige Strukturen nicht mehr herzustellen waren und ursprünglich für die Überbrückung von prekären finanziellen und strukturellen Ausgangslagen gedachte Strukturhilfeflüsse zu „verlorenen Subventionen auf Dauer“ zu werden drohten. Sie hatten auch das Motiv, politische Ansinnen, die darauf gerichtet waren, die ursprünglichen Probleme durch Schaffung einer Bundes-AOK zu camouflieren einerseits, und die interne Diskussion um sog. weiße Flecken in der Regionalkassenlandschaft andererseits zurückzudrängen.

Dieses Fusionsmotiv „Rettungsfusion“ ist aber unmittelbarer Ausfluss der besonderen Situation im deutschen Kassenwettbewerb und auf andere Ausgangslagen nicht übertragbar, kann also hier außer Betracht bleiben.

Das Motiv der *Stärkung der eigenen Position im Kassenwettbewerb* kann sich auf

unterschiedliche Wettbewerbsparameter beziehen, wurde aber jedenfalls im deutschen System bereits herangezogen und umgesetzt. Die Ermöglichung eines wettbewerbsfähigeren Beitragssatzes ist ebenso als eher kurzfristiger Treiber denkbar, wie auch eine mittel- und langfristige Optimierung des Versichertenportfolios, so systemwidrig dies auch bewertet werden mag, angesichts der strikten Ablehnung aller Risikoselektionsbestrebungen. Im Rahmen der Neukonstituierung der AOKen (aber nicht nur dort) nach Statuierung des Wettbewerbssystems in den neunziger Jahren war im Grunde genommen diese Motivlage aufzunehmen. So wurde aus 39 bayerischen AOKen eine AOK Bayern, nicht als Antwort auf Zentralisierungswünsche, sondern aus der Notwendigkeit heraus, auf die völlig unterschiedliche Wettbewerbsfähigkeit der bestehenden Kassen zu reagieren. Schon der Blick auf die Größenverhältnisse macht dies nachvollziehbar, waren doch die größten Kassen München oder Nürnberg etwa 30-fach größer als die kleinste in Lindau. Heute ist noch deutlicher als damals erkennbar, dass unter diesen Voraussetzungen keine einheitliche Wettbewerbsfähigkeit herstellbar gewesen wäre und zusätzliche Herausforderungen aus den letzten 20 Jahren zur unmittelbaren Überforderung vieler Kassen geführt hätte, man denke nur an die zusätzlichen Aufgaben, die der Gesetzgeber im Versicherteninteresse den Kassen stellt (etwa Behandlungsfehlermanagement oder Fehlverhaltensbekämpfung), die Bewirtschaftung des RSA oder auch die großen Herausforderungen an die IT, die heute als selbstverständlich gelten.

Erweiterte Handlungsmöglichkeiten im Verhandlungsgeschäft mit Vertragspartnern als weiteres denkbare Motiv sind zwar ein starker Treiber, müssen nicht unbedingt zu Fusionsvorhaben führen. Tatsache ist, dass das Vertragsgeschäft

insbesondere dort, wo nicht „einheitlich und gemeinsam“ vorzugehen ist, wie auf jedem anderen Markt Größenvorteile kennt. Deren Erreichung kann allerdings auch über zielorientierte Formen der Kooperation sichergestellt werden, wie im AOK-System seit vielen Jahren erfolgreich praktiziert. Herausragendes Beispiel ist die Umsetzung von § 130 a Abs. 8 SGB V, beim Abschluss und der Bewirtschaftung von Generika-Rabattverträgen.

An dieser Stelle wird ein wichtiger, stark risikobehafteter Themenkreis deutlich, dessen Bedeutung für die hier gegenständliche Problematik nicht unterschätzt werden sollte. Sowohl in den nationalen Wettbewerbsrechten, wie auch im europäischen Rechtskreis wird die Frage der Konsequenzen bestehender Regelungen für das Vertragsgeschäft gesetzlicher Krankenkassen immer wichtiger. Die spannende Frage, inwieweit der Wettbewerb von Kassen untereinander dadurch tangiert wird, kann hier ausgeblendet bleiben, für die Auseinandersetzung damit gibt die Situation in Österreich keinen Anlass. Allerdings kann die Betrachtung der Kostenträger in ihrer Eigenschaft als Nachfrager nicht unterbleiben. Die Privilegierung als Institutionen wie auch aufgrund ihrer gesetzlichen Aufgabe erodiert seit Jahren. Immer nachdrücklicher wird die Auffassung vertreten, auf Krankenkassen seien die Kriterien des europäischen und der nationalen Kartellrechte uneingeschränkt anzuwenden, letztlich um die Leistungserbringer vor erheblichen Nachteilen zu schützen (vgl. z.B. Sodan u.a., Handbuch des KVRrechts, § 14, Rdnr. 42, 44 ff). Der Verfasser sieht nach wie vor gute Gründe für die Privilegierung von Sozialversicherungsträgern ohne, dass dies hier auszuführen wäre, schließlich handeln die Kassen nicht als am eigenen wirtschaftlichen Erfolg orientierte Unternehmen sondern als „Umsetzungsbeauftragte“ eines Daseins-

vorsorgeauftrages des Staates mit Verfassungsrang. Die Relevanz der Diskussion für die hier gegenständliche Fragestellung ist allerdings offensichtlich. Bereits jetzt bestehen in der österreichischen Krankenversicherung sehr nachfragemächtige Institutionen, die allerdings regional begrenzte Märkte bearbeiten. Bei einer Zusammenfassung auf gesamtösterreichischer Ebene entsteht eine neue Situation, die zumindest dazu führen sollte, dass regionale Lose gebildet werden müssen, wenn z.B. Leistungen oder Waren ausgeschrieben werden. Stichworte wie „marktbeherrschende Stellung“ oder „diskriminierungsfreies Vorgehen“ werden in die Überlegungen Eingang finden müssen. Im österreichischen Kartellrecht spielt der Begriff der Marktbeherrschung eine doppelte Rolle, als Parameter für die Zulässigkeit von Zusammenschlüssen wie auch als Verbotstatbestand für den Missbrauch von Marktmacht, sowohl als Nachfrager, wie als Anbieter.

Damit verpufft ein wichtiger möglicherweise angestrebter Effekt einer Zentralisierung voraussichtlich folgenlos aufgrund von Restriktionen bei der Nutzung der entstandenen Konzentration als Nachfrager.

Synergieeffekte aufgrund einer Zusammenlegung von Organisationen sind sicher das klassische Motiv und die typische Erwartung von Fusions-Befürwortern, durchaus auch im öffentlich-rechtlichen Bereich. Die die österreichische Bundesregierung tragenden Parteien haben dazu eine klare These formuliert. Auf Seite 114 des Regierungsprogrammes heißt es expressis verbis: „Darüber hinaus müssen die sich aus der Struktur der derzeit bestehenden 22 Sozialversicherungsträger und ihrer Doppel- und Mehrgleisigkeiten ergebenden Verwaltungskosten gesenkt, sowie Einsparungs- und Optimierungspotenziale gehoben werden, um aus den dadurch frei gewordenen Mit-

ÜBERSICHT

teln den Menschen einen Gesundheitsbonus und eine noch bessere Versorgung zu sichern.“

Im Folgenden soll versucht werden, die Belastbarkeit dieser Erwartungen an den Erfahrungen zu messen, die in den letzten Jahren im deutschen System aufgrund vergleichbarer Vorgänge zu sammeln waren.

3.2 Betriebswirtschaftliche Effekte

3.2.1 Transaktionsaufwände

In dieser Frage greift es zu kurz, betriebswirtschaftliche Effekte nur an Transaktionskosten messen zu wollen, deshalb werden hier Transaktionsaufwände in einem wesentlich weiteren Verständnis betrachtet. Auch die zeitliche Dimension darf nicht außer Acht gelassen werden. Kurz-, mittel- und langfristige Effekte einzelner Aufwände differieren stark, so dass eine Stichtagsbetrachtung zu einem bestimmten Zeitpunkt nach einer Fusion, zu dem das Kosten-Nutzen-Verhältnis ermittelt werden soll, schwerlich möglich ist.

Zur Illustration dieses Umstandes sollen einige wenige Beispiele dienen:

- Typische Transaktionsaufwände entstehen durch die externe Begleitung, die in der Regel erforderlich ist, um entsprechende Prozesse in einem überschaubaren Ablauf zu Ende zu bringen. Die Erfahrung zeigt, dass die „Eindringtiefe in die Organisation“ und die Umsetzungsgeschwindigkeit dabei erhöht werden können, während inhaltliche Beiträge externer Berater in der Regel nicht zu erwarten sind, da nur selten Expertise beigebracht werden kann, die beim Träger nicht auch mobilisierbar gewesen wäre. Diese Aufwände bestimmen vordergründig die (in der Regel sehr hohen) Honorare, aber darüber hinaus auch der hohe Input an Arbeitskraft, der selbst in die Projekte eingebracht

werden muss. Auch erfordert die Situation über längere Zeit typischerweise verstärkte Anstrengungen, um zu verhindern, dass die Organisation sich nur noch mit sich selbst beschäftigt oder zumindest bei den Kunden dieser Anschein entsteht.

- Ein erhebliches auch langfristiges Investment erfordert die Angleichung von Organisations- und vor allem Führungsstrukturen und die Herstellung eines einheitlichen Führungsverständnisses. Eigene Erfahrungen zeigen, dass über eine komplette Generation von Führungskräften hinweg ständige Begleitung und Projektarbeit erforderlich ist, mit der konkreten Gefahr retardierender Momente.
- Der vordergründig zu erwartende und auch populär verkäufliche Effekt des Einsparens von Top-Führungskräften wird je nach Größe der fusionierten Einheit nahezu bis überkompensiert, durch die Notwendigkeit, die Beherrschbarkeit der Organisation durch Einziehen neuer Führungsebenen sicher zu stellen. Dies gilt vor allem, wenn Zentralisierung eben nicht im lokalen Sinn verstanden werden soll. Ist das Ziel, trotz einer Fusion auf hoher Aggregationsebene eine Regionalstruktur weiter vorzuhalten, was in der Regel Kundeninteresse ist, sind hierarchische wie fachlich anleitende Ebenen zwangsläufig einzuziehen. Darauf wird im Folgenden noch näher eingegangen.
- Was die inhaltlich getriebenen Problemkreise angeht, sollten zunächst die Folgen für das Kerngeschäft bedacht werden. Die Überzeugung der Kunden, dass durch die Zentralisierung einer Organisation kein Nachteil für ihre Betreuung vor Ort entsteht, hat sich als aufwändiges Unterfangen erwiesen. Erfolgsfaktor ist häufig ein

noch zu steigender Aufwand für die Präsenz vor Ort, z.B. durch die Schaffung neuer Stützpunkte oder aufwendigere Beratungs- und Servicestrukturen. Der Verzicht darauf wird in der Regel kundenseits umgehend problematisiert.

Das zweite Standbein des Kerngeschäfts, die Bewirtschaftung der Vertragspartnerschaften, ist in der Regel an gewachsenen Regionalstrukturen orientiert, die ggf. einer „disruptive innovation“ unterzogen werden müssen. Dies generiert nicht nur Widerstände, sondern führt vor allem auch dazu, dass regionale Besonderheiten immer mehr vernachlässigt werden; auf bereits unter 3.2 gegebene Hinweise wird nochmals Bezug genommen. Zu erwarten ist dabei, dass nicht nur die Wirtschaftlichkeit der Versorgung, sondern auch die Versorgungsqualität in Mitleidenschaft gezogen werden. Neben der bereits vorgenommenen rechtlichen Einordnung (s.o.) drängt sich dabei eine organisationstechnische und ökonomische Problematik auf. Das Aufeinandertreffen von zentraler Trägerschaft auf Nachfragerseite und regionaler Strukturierung auf Leistungserbringerseite bedarf einer Reaktion. Entweder muss konsequenterweise auch eine bundesweite Aufstellung der Leistungserbringervertretung erfolgen oder ein höchst komplexer Mechanismus installiert werden, um in zentralen Verhandlungen mit den dezentralen Verbänden ein Gesamtergebnis zu aggregieren.

- Noch deutlicher zeigt sich vor allem am Beispiel der IT-Unterstützung der Verwaltung ein immer wieder zu beobachtendes Phänomen, das Synergieerwartungen nicht nur reduziert, sondern häufig sogar widerlegt. Die Erfahrungen zeigen, dass in der Regel über lange Jahre sehr unterschiedliche und stark in die individuelle Organisation eingewachsene Struk-

turen bestehen, die sowohl hardware- wie softwareseitig auch noch durch in der Regel konkurrierende Anbieter mitgeprägt werden. Beobachtet wurden im Wesentlichen drei Reaktionsansätze darauf, die kurz charakterisiert werden können wie folgt.

Häufig wird die unterschiedliche Ausstattung und Praxis stillschweigend fortgeführt, was die Fehleranfälligkeit und Steuerbarkeit und den Administrations-, Pflege- und Schulungsaufwand enorm steigert und das ohnehin anspruchsvollere Controlling der größeren Einheit belastet. Gelegentlich wurde unter dem Druck des Kampfes jeder einzelnen Einheit für das „eigene System“ jenseits der bestehenden Lösung eine neue $x + 1$ entwickelt, um nicht Sieger und Verlierer zu produzieren. Soweit der Kraftakt gelingt, eine der bestehenden Lösungen zu der künftig unternehmensweiten zu erklären, entsteht die Situation, dass in allen umzusteuern den Einheiten quasi bei Null begonnen werden muss, was angesichts der jahrzehntelangen Prägung aller Einheiten durch IT-Systeme und der ersten Digitalisierungsansätze, die bereits auf den Weg gebracht sind, eine Herkulesaufgabe darstellt, gegen die mit gewaltigen Widerständen gerechnet werden muss.

3.2.2. Outcome

Die Erwartungen der österreichischen Bundesregierung sind ausweislich des Regierungsprogrammes unmissverständlich. Es geht ihr um ein österreichweit gleiches Leistungsangebot, die Senkung von Verwaltungskosten und die Hebung von Einsparungs- und Optimierungspotenzialen, um dadurch freiwerdende Mittel in noch bessere Versorgung zu investieren. Eine Festlegung auf eine starke Zentralisierung der Erfüllung der Aufgaben der Krankenkasse hat stattgefunden.

Die Frage, ob wirklich eine absolute Angleichung der Leistungsangebote und

damit vice versa ein völliger Verzicht auf eine flexible Anpassung an regional unterschiedliche Bedarfslagen erstrebenswert sind, ist letztlich eine rein politische und kann hier außer Acht bleiben, wengleich auch dazu der Blick auf die Landschaft im deutschen Gesundheitswesen erhellend sein könnte, wo Länder aus der Förderung höchst unterschiedlicher Verhältnisse, z.B. im Rahmen von Selektivverträgen geradezu ein föderales Wettbewerbsfeld gemacht haben.

Die Senkung der Verwaltungskosten kann nach den oben geschilderten Erfahrungen in Zweifel gezogen werden, inwieweit jetzt zu erbringende Investitionen in den Zentralisierungsprozess rein rechnerisch jemals eine Refinanzierung erfahren werden, ist kaum zu beantworten, da langfristige Entwicklungen der Wirtschaftlichkeit großer Verwaltungseinheiten nie monokausal erklärbar sind. Gegenzurechnen sind aber jedenfalls auch die dargestellten Risiken hinsichtlich Versorgungsqualität, Betreuungsdichte und Kundenzufriedenheit.

3.3 Führung und Entscheidung

Ob die Voraussetzungen für das Führen einer großen Einheit und das Treffen schneller, sachgerechter und verantwortlicher Entscheidungen durch die jeweils richtige Entscheidungsebene durch die angedachten Maßnahmen verbessert werden, muss in Zweifel gezogen werden. Im deutschen System haben an vielen Stellen Schritte zu einer Zentralisierung und Quasi-Verstaatlichung stattgefunden, die eher nachteilig wirken. Im österreichischen System scheint derzeit ein einzelner, aber wesentlich weitergehender Schritt bevorzuzustehen. Ein wesentlicher Gesichtspunkt für dessen Bewertung muss die Erkenntnis sein, dass das Auseinanderentwickeln von Steuerungsmöglichkeiten, Ergebnisverantwortung und Nutzen von Benefit bei positiven Ergeb-

nissen negativ wirkt. Die Diskussionen über die Verantwortung für Erfolg und Misserfolg von Maßnahmen, die nicht mit der Beteiligung am Entscheidungsprozess korreliert, die Neiddebatte über Fehlsteuerung zu Gunsten derer, die zum Ergebnis nicht adäquat beigetragen haben, oder das Gefühl der Basis, von den Führungskräften nicht mitgenommen zu werden, bestimmen die hier gegenständlichen Prozesse schmerzhaft.

In vielen aktuellen Veröffentlichungen wird derzeit das Ende der Hierarchien und das Erschrecken vor Komplexität beschworen, hier droht demgegenüber eine Rückwärtsbewegung.

3.4 Risikomanagement

Ganz aktuell geführt wird in Deutschland derzeit eine Diskussion über das richtige Risikomanagement in einem an sich gegliederten System der sozialen Sicherung, das am Ende eine systemische Gesamtverantwortung herbeiführt, sollte ein Träger in Probleme geraten. Es gilt eine Haftungskaskade ausgehend von der einzelnen Kasse über die Kassenart bis hin zum GKV-Spitzenverband und damit der Gesetzlichen Krankenversicherung in ihrer Gesamtheit. Nachdem das österreichische System die wettbewerbliche Gliederung nicht kennt, allerdings derzeit noch regional aufgestellt ist, kann daraus kein unmittelbarer Schluss gezogen werden, es bietet sich aber an, zu betrachten, wie auf der mittleren Haftungsebene das AOK-System, als Gemeinschaft nicht konkurrierender regionaler Träger damit umgegangen ist. Schließlich wird eine Parallele durchaus ersichtlich, nämlich die, dass einzelne regionale Kassen in Österreich wesentlich größere Risiken zu bewältigen haben als andere, wenn es um spezifische, regional unterschiedliche Gegebenheiten geht. Eine Krankenhauszene in Wien unterscheidet sich von der in Vorarlberg, ein Engpass in der

ambulanten ärztlichen Versorgung in den ländlichen Gebieten muss mit der großstädtischen Situation wo auch immer nicht vergleichbar sein, und vieles mehr. Es greift nach unseren Erfahrungen zu kurz, dabei auf reinen Finanztransfer als Ausdruck gemeinsamen Risikomanagements zu setzen, auch wenn der RSA in Deutschland insofern von herausragender Bedeutung ist. Dies bedeutet allerdings nicht zwangsläufig auf Vereinigungslösungen zu setzen. Sogar unterhalb der gesetzlichen Regelungsebene, im selbstregulierten Bereich der AOK-Gemeinschaft gelingt es immer besser, durch klare Verantwortlichkeiten, ein hohes Maß an Transparenz und die Bereitschaft zum gemeinsamen Kraftakt im pathologischen Fall mittels einer starken Gemeinschaft die individuelle Stabilität des einzelnen Mitglieds zu stärken. Es ist zu raten, über ähnliche Mechanismen präventiven gemeinsamen Risikomanagements nachzudenken, bevor zu dem Mittel der gleichmacherischen Zusammenlegung gegriffen wird. Ansätze dazu sind dem österreichischen System derzeit, abgesehen von einem eher rudimentären Finanzausgleich, eher wesensfremd.

4. Zusammenfassung und Ausblick

Als Fazit bieten sich zusammenfassend drei Aussagen an:

- Der Effekt der ins Auge gefassten Maßnahmen bleibt nicht im verwaltungsökonomischen oder organisationstechnischen Umfeld stehen sondern tangiert die ordnungspolitische Grundausrichtung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung innerhalb der sozialen Sicherungssysteme und möglicherweise darüber hinaus sogar konstitutionelle Substanz.
- Die Rechtfertigung dafür in einer verbesserten Wirtschaftlichkeit und einer steigenden Sicherungs- und Versorgungsqualität für die Bevölkerung zu sehen, lässt sich durch in Deutschland gemachte Erfahrungen nicht erhärten.
- Wichtige wünschenswerte Weiterentwicklungsziele für die österreichische Krankenversicherung lassen sich voraussichtlich auf anderem Weg risikoärmer und erfolgsversprechender angehen.

Die angedachten Strukturreformen haben nicht den Charakter einer evolutionären

Zukunftsplanung sondern verändern bereits jetzt und noch stärker im Rahmen einer absehbaren, weiter gehenden, fast zwangsläufigen Folgeentwicklung die Grundlagen eines seit 130 Jahren bewährten und höchst anerkannten Systems. Der nächste Diskussionsschritt in Richtung „steuerfinanziertes Leistungsgesetz“ scheint fast unvermeidlich. Im Rahmen einer politischen Güterabwägung ist dies vor allem gegenüber höchst zweifelhaften Synergieerwartungen einerseits und gegenüber einer absehbaren Gefährdung der Versorgungsqualität andererseits zu evaluieren.

Autor:

**Dr. jur. Helmut Platzer
ehem. Vorstandsvorsitzender
der AOK Bayern –
Die Gesundheitskasse
Flossmanstr. 6
85560 Ebersberg**

Johannes Weigel

Die zivilrechtliche Arzthaftung bei der Entscheidung nach § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TPG

Wie auf kaum einem anderen Rechtsgebiet stehen auf dem Gebiet des Transplantationsrechts Verteilungs- und Gerechtigkeitsfragen hinsichtlich der Überlebenschancen der Patienten einer beispiellosen, vom Gesetzgeber wesentlich mitverursachten Rechtsunsicherheit gegenüber. Neben durchgreifenden Zweifeln an der grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit des Regelungssystems¹ sind insbesondere die Mitwirkungspflichten der Transplantationszentren bei der Aufnahme der Patienten in die Warteliste zur Organvermittlung von einer tiefen Rechtsunsicherheit geprägt. Besonders in der Kritik steht die Struktur des Regelungssystems, wonach die Bundesärztekammer über Richtlinien die vom Gesetzgeber vorgegeben (vagen und strukturell gegenläufigen) Kriterien der Erfolgsaussicht und Notwendigkeit der Organübertragung (§ 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TPG) ausfüllen darf. Für diejenigen Patienten, die bei entsprechender medizinischer Indikation als potentielle Organempfänger in Betracht kommen, sind die Kriterien für die Aufnahme in eine Warteliste in ungewöhnlichem Maße von *rechtlichen* Wertungen abhängig², die durch die

Gesetzeslektüre allein von den behandelnden Ärzten nicht abgrenzungssicher bestimmt werden können. So ist im Ergebnis weitgehend unklar, wie zentrale Wertungskriterien im *Einzelfall* auszulegen sind und ob Festsetzungen der Bundesärztekammer für vermeintliche Kontraindikationen im Zweifel ignoriert werden müssen, wenn die darin getroffenen, normativen Wertungen im Widerspruch zu höherrangigem Recht stehen. Die damit aufgeworfenen Fragen können im Übrigen auch für die zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen Behandlungsträger und Patient nicht folgenlos bleiben, wenn man die Pflicht zur ordnungsgemäßen Aufnahmeentscheidung nach § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TPG als Pflicht aus dem Behandlungsvertrag nach §§ 630a ff. BGB begreift.³

I. Neuer Tiefstand an Organübertragungen in 2017

Ausgangspunkt des Verteilungsverfahrens sowie des gesamten Transplantationsrechts ist ein struktureller Mangel an implantationsfähigen Spenderorganen, was sich insbesondere in § 1 TPG und der darin enthaltenen Zweckbestimmung äußert, wonach es das Ziel des Gesetzes sei, die Bereitschaft zur Organspende in Deutschland zu fördern.

Zum Stichtag des 31.12.2017 befanden sich in Deutschland insgesamt 10.101 Patienten⁴ auf verschiedenen Wartelisten für eine Organvermittlung, die bei Eurotransplant als einheitliche Warteliste geführt werden. Im Vergleich zu dieser großen Zahl an Patienten im Wartestand wurden lediglich 2.594 Organübertragungen⁵ von insgesamt 797 deutschen Organspendern⁶ durchgeführt, wobei die Anzahl an postmortal gespendeten Organen stark rückläufig ist. So sind 2017 gegenüber 2016 insgesamt 273 Organe weniger entnommen worden, was einem erneuten Rückgang um 9,5 % im Vergleich zum historischen Negativstand des Vorjahres entspricht. Im Vergleich zum Jahr 2010 sind rund 500 Organspender und damit 1.611 weniger Organübertragungen zu verzeichnen gewesen.⁷

Von den insgesamt 2.232 „organspendebezogenen Kontakten“ der *Deutschen Stiftung Organtransplantation* (DSO) im Jahr 2017 kam es lediglich bei 797 Personen tatsächlich zu einer Organspende, was einem Ausschöpfungsanteil von lediglich 36 % entspricht.⁸ Ein organspendebezogener Kontakt entsteht dabei nach

1 Vgl. etwa die monographischen Untersuchungen bei Bader, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 173 ff., 291 ff.; Mohammadi-Kangarani, Die Richtlinien der Organverteilung im TPG – verfassungsgemäß?, 2011, S. 99 ff.; Norba, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin, 2009, S. 195 ff.; Schneider, Verfassungsmäßigkeit des Rechts der Organallokation, 2015, S. 33 ff.; Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 62 ff.

2 Vgl. Opper, Die gerechte und rechtmäßige Verteilung knapper Organe, 2008, S. 29.

3 Insbesondere hinsichtlich der Folgen für die zivilrechtliche Haftung Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 201 ff., 232 ff.

4 DSO, Jahresbericht 2017, S. 64.

5 DSO, Jahresbericht 2017, S. 64.

6 DSO, Jahresbericht 2017, S. 58, 64, was durchschnittlich 3,3 entnommenen Organen pro postmortalem Organspender entspricht; im Vergleich zu den ebenfalls niedrigeren Vorjahreszahlen stellt dies einen neuen absoluten Tiefpunkt an quantitativen Organspenden dar.

7 DSO Jahresbericht 2010, S. 20; Jahresbericht 2017, S. 64.

8 DSO, Jahresbericht 2017, S. 46.

den ersten Anzeichen eines Hirntodes und erstreckt sich mit Unterstützung der DSO über die gesamte Dauer des Organspendeverfahrens. Von diesen organspendebezogenen Kontakten endeten 47 % mit einer Ablehnung der Organentnahme,⁹ von denen bundesweit 47 % auf medizinische Kontraindikationen und 14 % auf eine fehlende Feststellung des Hirntodes zurückzuführen waren.¹⁰ Rechtspolitisch am relevantesten ist der Patientenanteil mit definitivem und irreversiblen Hirnfunktionsausfall, bei denen nach §§ 3, 4 TPG keine Zustimmung zur Organentnahme erfolgte. Diese Konstellation traf im Jahre 2017 auf 369 Personen zu, was einem prozentualen Anteil von 35 % der 1.054 im Jahre 2017 abgelehnten potentiellen Organspender entspricht.¹¹ Vernachlässigt man die Zahl derjenigen Patienten, bei denen im Ergebnis ohnehin kein Hirntod diagnostiziert werden konnte, relativiert sich der Anteil der verweigerten Zustimmungen zur Organentnahme nur leicht auf 24 % aller möglichen Spender.¹² Der chronische und sich zunehmend verschärfende Mangel an übertragbaren Spenderorganen ist dabei eng mit dem geltenden Transplantationsrecht verknüpft. Es ist offensichtlich, dass nur ein rationales und rechtspolitisch wie ethisch überzeugendes Allokationsrecht in der Lage ist, die gesamtgesellschaftliche Bereitschaft für Organspenden zu fördern. Auch vor diesem Hintergrund sind einzelne Inhalte der BÄK-Richtlinien als äußerst problematisch anzusehen.¹³

9 DSO, Jahresbericht 2017, S. 48.

10 DSO, Jahresbericht 2017, S. 50.

11 DSO, Jahresbericht 2017, S. 50 f.

12 DSO, Jahresbericht 2017, S. 52.

13 Zu den diskutierten Gründen für den Organmangel und hinsichtlich der empirischen Analyse des Spendeverhaltens in den letzten fünf Jahren Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 22 ff.

II. Rechtsnatur der Entscheidung über Wartelistenaufnahme

Zu Beginn der Betreuung eines potentiellen Organempfängers stellt sich die bedeutende Frage, ob dieser nach dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TPG in die Warteliste aufgenommen werden kann. Dies soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers dann der Fall sein, wenn hinreichende Notwendigkeit und Erfolgsaussicht der Organübertragung vorliegen. Die Konkretisierung dieser Begriffe ist gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TPG der Bundesärztekammer anvertraut. Halten sich die behandelnden Ärzte an den jeweiligen Richtlinieninhalt, wird nach § 16 Abs. 1 Satz 2 TPG zu ihren Gunsten vermutet, den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft beachtet zu haben.

Der Entscheidung über die Aufnahme in die Warteliste kommt als Anstoß für die weitere transplantationsmedizinische Behandlung sowie die etwaige Vermittlungsentscheidung durch Eurotransplant eine entscheidende Bedeutung zu, die sich entweder als privatrechtliche Pflicht aus dem Behandlungsvertrag oder als öffentlich-rechtliche Pflicht im Sinne einer Beleihung als eine eigenverantwortliche Ausübung hoheitlicher Befugnisse des Transplantationszentrums verstehen lässt. Dabei ist die Frage nach der Rechtsnatur der Pflicht zur Wartelistenführung und der konkreten Organzuteilung bis heute Gegenstand der transplantationsrechtlichen Diskussion. Obwohl der historische Gesetzgeber bei Verabschiedung des TPG eindeutig davon ausging, eine privatrechtliche Pflichtenverteilung konstruiert zu haben¹⁴, wird die privatrechtliche Natur der Pflichten aus § 10 Abs. 2 Satz 1

14 Vgl. etwa BT-Drs. 13/4355, S. 14.

Nr. 1, 2 TPG sowie § 12 Abs. 3 TPG zunehmend in Frage gestellt. Die Brisanz der aufgeworfenen Problematik zeigt sich vor allem hinsichtlich des eröffneten Rechtswegs. Je nach Gericht wurde bisher sowohl der Weg vor die ordentlichen Gerichte als auch der Verwaltungsrechtsweg als eröffnet angesehen.¹⁵ Trotz dieser erheblichen Unsicherheit hält das BVerfG aber nach wie vor die der Verfassungsbeschwerde aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG vorgelagerte Rechtswegerschöpfung nicht für unzumutbar i.S.d. § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG, sodass auch kein Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG anzunehmen sei.¹⁶

1) Öffentlich-rechtliche Qualifikation

Die Auffassung, dass die Pflicht zur ordnungsgemäßen Wartelistenaufnahmeentscheidung öffentlich-rechtlicher Natur sei, hat in letzter Zeit bedeutend an Unterstützung gewonnen.¹⁷ Begründet wird dies zum einen mit dem Zweck der Wartelistenaufnahme, die als Verwirklichung der Chancengleichheit und derivativen Teilhaberechte der Patienten ebenso wie die Aufgabe der Organver-

15 Den Weg vor die Zivilgerichte bejahten LG Essen, Urt. v. 21.11.2007 – 1 O 312/07 (juris) sowie LG Gießen, Beschl. v. 19.09.2014 – 3 O 290/14 (juris); dagegen hielt das VG München den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet, VG München, Urt. v. 26.6.2014 M 17 K 13.808 = BeckRS 2014, 55077, Rn. 29. Zur gesamten Problematik Höfling/Lang, NJW 2014, 3398, 3399; Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 125 ff., 134 ff.

16 Mit Blick auf § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG BVerfG, Beschl. v. 18.08.2014 – 1 BvR 2271/14 = BeckRS 2014, 57411 Rn. 3 f.; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 06.07.2016 – 1 BvR 1705/15 Rn. 18 (juris).

17 Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs beispielsweise bejahend VG München, Urt. v. 26.06.2014 – M 17 K 13.808 = BeckRS 2014, 55077; Augsberg, GesR 2009, 78 (78); Clement, Der Rechtsschutz der potentiellen Organempfänger, 2007, S. 106; Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, 2005, § 10 Rn. 14; Lang, in: Höfling, TPG, 2. Aufl. Nachtr. 2013, Einf. Rn. 45 ff.; wohl auch Schroth, NSTZ 2013, 437 (440, 446): „Ausübung von Hoheitsrechten (...), jedoch keine rechtliche Legitimation“; Schneider, Verfassungsmäßigkeit des Rechts der Organallokation, 2015, S. 98 f.

mittlung als klassische Mangelverwaltung dem öffentlichen Recht zuzuordnen sei.¹⁸ Entscheidend sei zudem eine verfassungskonforme Auslegung der vermittlungsentcheidenden Normen als öffentlich-rechtliche Ermächtigungen, da ansonsten die Grenzen der öffentlichen Aufgabenprivatisierung überschritten seien.¹⁹ Das Argument, dass der Gesetzgeber mit der Ausarbeitung des TPG eine staatliche Aufgabenwahrnehmung konstituiert habe, wird auch unter dem Begriff der „Mangelverwaltung“ vorgebracht. So seien die Organvermittlung und die ihr vorgelagerten Entscheidungen Maßnahmen der Verwaltung knapper Ressourcen, an denen die Grundrechtsträger ein derivatives Teilhaberecht hätten, und die Allokationsregelungen somit per se dem öffentlichen Recht zuzuordnen.²⁰ Der Rückgriff auf die Gesetzesbegründung sei, soweit überhaupt von Bedeutung²¹, verfehlt, da dem Gesetzgeber nicht klar gewesen sei, dass das Problem der Organvermittlung nicht allein mit medizinischen Kriterien zu lösen sei, und dieser daher die Dimension der Mangelverwaltung verkannt habe.²² Das Gesamtsystem der Organvermittlung und auch die vorgeschaltete Problematik der Wartelistenführung sei öffentlich-rechtlicher Natur, sodass sich auch hieraus der Verwaltungsrechtsweg eröffne.²³ Besonders

18 Clement, Der Rechtsschutz der potentiellen Organempfänger, 2007, S. 106; Hollenbach, Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis, 2003 S. 335.

19 Clement, Der Rechtsschutz der potentiellen Organempfänger, 2007, S. 111 ff.

20 VG München, Urt. v. 26.06.2014 – M 17 K 13.808 = BeckRS 2014, 55077, Rn. 29; besprochen bei Höfling/Lang, NJW 2014, 3398, 3399; Hufen, JuS 2015, 574 (574 ff.); ähnlich auch Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, 2005, § 10 Rn. 14.

21 Kritisch hierzu Clement, Der Rechtsschutz der potentiellen Organempfänger, 2007, S. 105; anders aber Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 215.

22 VG München, Urt. v. 26.06.2014 – M 17 K 13.808 = BeckRS 2014, 55077, Rn. 29.

23 Neft, NZS 2010, 16, 21.

pointiert trägt Augsberg die in diese Richtung zielende Kritik vor, wonach mit der zivilrechtlichen Charakterisierung „ein multipolares, verschachteltes und (...) undurchsichtiges System in einer äußerst pragmatischen, aber auch unterkomplexen Weise auf ein vertragliches Synallagma heruntergebrochen“²⁴ werde.

2) Privatrechtliche Qualifikation

Die Gegenauffassung, welche nach wie vor von einer privatrechtlichen Qualifikation ausgeht²⁵, knüpft primär an den insoweit relativ klaren historischen Willen des Gesetzgebers an, der mit § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TPG auf die Schaffung einer privatrechtlichen Pflicht abzielte.²⁶ Für eine weitgehende Grundrechtsbindung sei die Frage der Qualifikation der Norm auch nicht erforderlich. Über den bisherigen Streit- und Meinungsstand hinaus führt im Ergebnis eine weitreichende Auslegung von § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TPG hinsichtlich des Sinn und Zwecks der Entscheidungsfindung auch im heutigen Normumfeld zu einer privatrechtlichen Qualifikation.²⁷ So lässt sich die Pflicht

24 Augsberg, GesR 2009, 78 (78); ebenso Engels, MedR 2011, 541 (541).

25 Vgl. LG Gießen, Beschl. v. 19.09.2014 – 3 O 290/14 = BeckRS 2014, 19527; LG Essen, Urt. v. 21.11.2007 – 1 O 312/07 (juris); für die Literatur vgl. Conrads, Rechtliche Grundsätze der Organallokation, 2000, S. 98 f.; Kreße, MedR 2016, 491 (493 ff.); Middel/Scholz, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, TPG, § 10 Rn. 4; Schmidt-Aßmann, in: Humaniora, Festschrift Laufs, 2006, S. 1049 (1062); ders., Grundrechtspositionen, 2001, S. 101; Spickhoff, VersR 2006, 1569 (1576); für Privatpatienten Zuck, GesR 2009, 244 (248 f.); ders., in: Quaa/Zuck, Medizinrecht, 2014, § 68 Rn. 160; Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 153; im Zusammenhang mit Gewebeübertragungen im Ergebnis ebenfalls für die privatrechtliche Qualifikation Böning, Kontrolle im Transplantationsgesetz, 2009, S. 53; Gott, Schnittstellen zwischen Organ- und Gewebespenden, 2014, S. 178 f.

26 BT-Drs. 13/4355, S. 22: „Die Annahme zur Organübertragung und die Aufnahme in die Warteliste sind Voraussetzung und Bestandteil eines Vertrages über die Krankenhausbehandlung zum Zwecke der Organtransplantation.“

27 Zur Auslegung der Vorschrift Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 134 ff.

zur Entscheidung über die Wartelistenaufnahme bereits denklogisch nicht von der Pflicht aus dem Behandlungsvertrag zur Behandlung auf Grundlage des medizinischen Standards gemäß § 630a Abs. 2 BGB trennen, eine Entscheidung über die Wartelistenaufnahme wird vielmehr gerade erst durch das Arzt-Patienten-Verhältnis als spezifisches, privatrechtliches Vertrauensverhältnis ermöglicht.²⁸ Diese der Regierungsbegründung zugrunde liegende Vorstellung des schlechthin untrennbaren Sachzusammenhangs beansprucht auch heute gleichermaßen Gültigkeit. Die Voraussetzungen für eine Vernachlässigung des Willens des historischen Gesetzgebers liegen dagegen nicht vor. Die Regelung des § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TPG entfaltet gerade keine Wirklichkeit, „die über das hinausgeht, was der Gesetzgeber beabsichtigt hatte“²⁹ und der etwa das öffentlich-rechtliche Normumfeld nicht „zu übersehen vermochte“³⁰.

III. Entscheidung nach rechtswidrigen Allokationskriterien der BÄK-Richtlinien

Dass die Richtlinieninhalte der Bundesärztekammer umfassend und unmittelbar an grundrechtlichen Wertungen zu messen sind, wurde bereits mehrmals gezeigt.³¹ Maßstab für die einzelnen Allokationskriterien ist dabei der aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG hergeleitete Grundsatz der Lebenswertindifferenz, der es im transplantationsrechtlichen Kontext nur ermöglicht, die Erfolgsaussicht des konkreten Transplantationsein-

28 Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, S. 137 ff., 149.

29 Larenz/Canaris, Methodenlehre, 1995, S. 138.

30 Larenz/Canaris, Methodenlehre, 1995, S. 138.

31 Zur Herleitung sowie zur hoch umstrittenen dogmatischen Einordnung der BÄK-Richtlinien überblicksartig Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 56 ff., 62 ff.

griffs im Sinne einer Mindestnutzenschwelle zu berücksichtigen.³² Darüber hinausgehende Abstufungen der Empfangswürdigkeit, wie etwa eine pauschale Bezugnahme auf das Alter vor dem Hintergrund einer wie auch immer prognostizierten Restlebensdauer, die ihre Grundlage nicht in konkreten Erfolgsaussichten der Organübertragung haben, scheiden damit von vornherein als Allokationsmaßstäbe aus.³³ Richtigerweise sollten nur *perioperative* Risiken zur Bestimmung der Erforderlichkeit im Sinne des § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TPG herangezogen und auf normative *social-worth*-Kriterien verzichtet werden.³⁴

1) Merkmal der non-Compliance

Besonders im Zentrum der Kritik an einzelnen Allokationskriterien steht dabei das weit auslegbare und konturlose Tatbestandsmerkmal der sog. „Compliance“.³⁵ Stellt der behandelnde Arzt beim Patienten eine „non-Compliance“ im Sinne einer fehlenden „Bereitschaft und Fähigkeit des Patienten, an den erforderlichen Vor- und Nachuntersuchungen und -behandlungen mitzuwirken“³⁶, fest, scheidet die Aufnahme in die Warteliste aus. Dabei handelt es sich um eine aus der non-Compliance geschlussfolgerte medizinisch titulierte Kontraindikation, die in der Praxis zum Teil eine gefährlich weite Auslegung erfahren hat. Dies zeigen Beispiele der jüngeren Rechtsprechung, in

denen das Merkmal zum Teil in unvertretbarer Weise mit sachfremden Erwägungen bejaht wurde.³⁷ So ist beispielsweise eine Patientin aufgrund einer zuvor stattgefundenen, schriftlichen Auseinandersetzung zwischen ihrem Ehegatten sowie des behandelnden Arztes wegen der Besuchszeiten der Klinik mit dem Verweis auf eine daraus geschlussfolgerte non-Compliance von der Warteliste genommen worden.³⁸

2) Grober Behandlungsfehler

Sieht man hierin – in Übereinstimmung mit der Rechtswegzuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit – eine Pflichtverletzung aus dem Behandlungsvertrag nach § 630a Abs. 2 BGB, wird man ebenfalls einen groben Behandlungsfehler im Sinne des § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB bejahen müssen. Darunter fällt ein Fehlverhalten des Arztes, das aus „objektiver Sicht und bei ex-ante Betrachtung nicht mehr verständlich und verantwortbar ist, weil einem Arzt ein solcher Fehler schlechterdings nicht unterlaufen darf“³⁹. Erforderlich ist insoweit ein fundamentaler Irrtum bzw. elementarer Fehler des Arztes, der in diesem Fall wohl unstreitig zu bejahen wäre, da zum einen jeder sachliche Bezug zu einem späteren operativen Eingriff fehlt und zum anderen eine Zurechnung des Verhaltens schon mangels einer insoweit in Betracht kommenden Zurechnungsnorm – auch für den juristischen Laien offenkundig – fehlt.⁴⁰ In dieser Konstellation würde die eingreifende Kausa-

litätsvermutung des § 630h Abs. 5 BGB hinsichtlich späterer Schadensposten zu einer Haftung führen. Eine teleologische Reduktion des § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB aufgrund einer typischen Kausalitätsbeweisnot im Transplantationsrecht kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Vorschrift nach ganz überwiegender und zutreffender Ansicht ein Zugeständnis aus Billigkeitsgründen zugunsten des beweisbelasteten Patienten darstellt, die gerade keiner verschlechterten Beweisnot im *Einzelfall* Rechnung tragen will.⁴¹

3) Kein unverschuldeter Rechtsirrtum

Die sich sodann aufdrängende Frage eines unverschuldeten Rechtsirrtums muss im Ergebnis auch zu Lasten des behandelnden Arztes entschieden werden. Zum einen sind die hohen Anforderungen der Rechtsprechung an einen unverschuldeten Rechtsirrtum wohl kaum als gewahrt anzusehen. Erforderlich wäre nämlich der Nachweis, dass alle zumutbaren Beratungsquellen ausgenutzt wurden und danach mit einer Rechtswidrigkeit des Kontraindikationstatbestands nicht mehr zu rechnen war, was aber bereits aufgrund der vom Patienten regelmäßig vorgetragenen Gegenansicht und der auch für den juristischen Laien ersichtlichen Negativevidenz dieser Fallkonstellation ausscheiden muss.⁴² Zum anderen entfalten die Richtlinien der Bundesärztekammer auch keine Richtigkeitsgewähr privat gesetzten Rechts, wie sie etwa für Tarifverträge des Kollektivarbeitsrechts bejaht wird.⁴³

32 Zuletzt Sternberg-Lieben, ZIS 2018, 130 (132); ausführlich sowohl zur Herleitung der Konkretisierungen, als auch zum verfassungsrechtlichen Maßstab Bader, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 334 ff., 374 f.

33 Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, 2005, § 12 Rn. 45.

34 Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 87 f.

35 Bader, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 344; Weigel, in: Spickhoff, Aktuelle Fragen des Medizinrechts, 2018, 119 (127); Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, S. 88 ff.

36 Stellvertretend für alle Richtlinien BÄK-Richtlinie Leber, Glp. A.I.4.

37 Bereits Bader, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 210 f.; in jüngerer Zeit Sternberg-Lieben, ZIS 2018, 130 (132) sowie Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 89.

38 VG München NJW 2014, 3467 (3467 ff.); Besprechung im Rahmen der zivilrechtlichen Haftungsfolgen Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 222 ff.

39 BGH NJW 2012, 227 (227 f.) sowie in Anlehnung an die frühere BGH-Rechtsprechung BT-Drs. 17/10488, S. 30.

40 Höfling/Lang, NJW 2014, 3398 (3400): „offen rechtswidrig“.

41 Zum teleologischen Normhintergrund Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 630h Rn. 14; zur denkbaren Konstruktion der teleologischen Reduktion Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 230 ff.

42 Ausführlich Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 240 ff.

43 Zur Herleitung der Richtigkeitsgewähr und Übertragbarkeit auf die BÄK-Richtlinien Weigel, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 241 ff.

4) Kriterien der fehlenden Sprachkenntnisse

Ebenso unzulässig ist die Annahme einer auf vermeintlicher non-Compliance beruhenden Kontraindikation aufgrund fehlender Deutschkenntnisse. Angenommen und begründet wurde diese Kontraindikation mit der Erwägung, dass das spezifische (transplantationsmedizinische) Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient eine jederzeitige, 24-stündige Kommunikationsmöglichkeit erfordert und dafür gute Deutschkenntnisse unabdingbare Voraussetzung seien. Während diese Qualifikation in der Literatur größtenteils als „*evident unverhältnismäßig*“ angesehen wurde⁴⁴, trat die Rechtsprechung dem zum Teil mit der Erwägung entgegen, dass sprachliche Schwierigkeiten als „*mangelnde Möglichkeit der jederzeitigen Kontaktaufnahme sowie der nicht möglichen Nachbetreuung*“⁴⁵ für das Kontraindikationsmerkmal der non-Compliance ausreichen. Das Bundesverfassungsgericht trat dem entgegen. Danach sei Prozesskostenhilfe zu bewilligen, da es sich hierbei um eine schwierige und in der Rechtsprechung nicht geklärte, im konkreten Fall aber entscheidungserhebliche Frage handele, die auch nicht ohne weiteres mit der herkömmlichen Methodenlehre beantwortet werden könne.⁴⁶ Auf die strittige Frage, ob Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG mit dem Differenzierungsverbot aufgrund der „*Sprache*“ auch

fehlende Deutschkenntnisse erfasst⁴⁷, kommt es im Ergebnis nicht an. Jedenfalls ist hierin eine sachwidrige und unverhältnismäßige, von Art. 3 Abs.1 GG erfasste Differenzierung zu sehen, die nicht aufgrund von Kostenerwägungen, wie sie das Landgericht Bielefeld⁴⁸ anstellt, gerechtfertigt werden kann. Von der Warteliste ausgeschlossen wären im Ergebnis nicht nur nicht Deutsch sprechende Ausländer, sondern ebenso taube oder stumme Körperbehinderte, die ebenfalls die (auch in der Praxis nicht zu fordernde) jederzeitige unmittelbare Kommunikationsmöglichkeit nicht gewährleisten können.⁴⁹ Dieses hohe Erfordernis, das im Übrigen durch Dolmetscher ausgeglichen werden kann, führt vielmehr dazu, dass ganze Personengruppen von vornherein keine Organvermittlungs- und damit Überlebenschance erhalten. Dieser Umstand kann auch für die im Rahmen des Art. 3. Abs. 1 GG gelegentlich geforderte Evidenz der Unverhältnismäßigkeit der vergleichensgruppenspezifischen Ungleichbehandlung herangezogen werden.⁵⁰

IV. Zusammenfassung

In Zeiten des sich weiter verschärfenden Organmangels geraten wieder in zunehmendem Maße die im Wesentlichen vom Gesetzgeber der Bundesärztekammer überlassenen Allokationskriterien in den Blick der juristischen Diskussion. Die darin enthaltenen Festsetzungen, die zu

vermeintlichen Kontraindikationen führen sollen, sind, allen voran das Merkmal der non-Compliance, nicht nur fragwürdig unbestimmt. Sie führen bei der einzelfallbezogenen Anwendung zu unverhältnismäßigen Ergebnissen, welche die Frage der Haftung der Rechtsträger der Transplantationszentren sowie der behandelnden Ärzte nach sich ziehen. Während die meisten zivilrechtlichen Ersatzansprüche der Patienten an der im Regelfall nicht beweisbaren Kausalität hinsichtlich etwaiger Primärschäden scheitern dürften, kann es im Anwendungsbereich des § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB zu Ersatzansprüchen kommen. Die Annahme eines groben Behandlungsfehlers ist auch im Rahmen der Wartelistenentscheidung nach § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TPG möglich. Bisherige Rechtsprechungsfälle im Rahmen des Primärrechtsschutzes auf die Wartelistenaufnahme geben dafür erste Beispiele. Die sich daran anschließende Frage nach einem unverschuldeten Rechtsirrtum des Zentrums, das auf Grundlage der BÄK-Richtlinieninhalte handelt, insbesondere eine etwaige Richtigkeitsgewähr, scheiden im Ergebnis auf Grundlage der Rechtsprechungsanforderungen an einen unverschuldeten Rechtsirrtum aus.

Autor:
Dr. Johannes Weigel
Ludwig-Maximilians-
Universität München
Lehrstuhl für Bürgerliches
Recht und Medizinrecht
Ludwigstraße 29/1
80539 München.

44 Etwa *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 381 f.; *Lang*, MedR 2005, 269 (279); *Schneider*, Verfassungsmäßigkeit des Rechts der Organallokation, 2015, S. 181. Zuletzt auch *Sternberg-Lieben*, ZIS 2018, 130 (135); *Weigel*, in: Spickhoff, Aktuelle Fragen des Medizinrechts, 2018, 119 (127); *Weigel*, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 92 ff.

45 So etwa im Rahmen eines Antrags auf Prozesskostenhilfe LG Bielefeld, Beschluss v. 30.6.2011 – 4 O 106/11 (juris) sowie in der sofortigen Beschwerde OLG Hamm, Beschluss v. 22.12.2011 – 26 W 21/11 (juris).

46 BVerfG NJW 2013, 1727, 1728.

47 So etwa *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 381 f.; ablehnend hingegen *Weigel*, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 93.

48 LG Bielefeld, Beschl. v. 30.06.2011 – 4 O 106/11, Rz. 12 (juris).

49 *Weigel*, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 95; zustimmend *Sternberg-Lieben*, ZIS 2018, 130 (135).

50 Ebenso dürfte bereits aufgrund des abstrakten Wertverhältnisses der Überlebenschancen der Patienten mit Blick auf ihr derivatives Teilhaberecht bei der Organvermittlung Kostenerwägungen für Dolmetscher von vornherein ausscheiden, vgl. *Weigel*, Organvermittlung und Arzthaftung, 2017, S. 94 ff.

5. gevko/GRPG Symposium 2018

**2 Jahre eHealth-Gesetz – Vision und Wirklichkeit von AMNOG bis vesta
11. und 12. September 2018 in Berlin, H4 Hotel Berlin Alexanderplatz**

Ein Jahr nach der Bundestagswahl befindet sich ein neues eHealth-Gesetz in Vorbereitung. Neben einer Bewertung des bislang geltenden Gesetzes stellt sich die Frage nach den Wünschen und Erfordernissen an das neue Gesetz. Diese Fragen stehen im Fokus der hochkarätig besetzten Veranstaltung mit über 300 zu erwartenden Teilnehmern aus allen Bereichen der Gesundheitswirtschaft.

Tag 1 | 11. September 2018

Moderation: H.-B. Henkel-Hoving – Chefredakteur G+G

10:30–11:00 Uhr	Einschreibung Teilnehmer
11:00–11:15 Uhr	Eröffnung & Begrüßung Prof. Dr. Guido Noelle Geschäftsführer gevko GmbH Prof. Dr. Jürgen Zerth Beisitzer Verwaltung / Ökonomie GRPG
11:15–12:00 Uhr	Keynote Martin Litsch Vorstandsvorsitzender AOK Bundesverband
12:00–13:00 Uhr	Pause
13:00–14:30 Uhr	Gelebte Realitäten in der Versorgung – Gesundheitsakten, Portale & Vernetzungslösungen Dr. Alexander Schachinger Geschäftsführer (EPatient RSD) Dr. Stefan Bales Ministerialrat (Bundesministerium für Gesundheit) Christian Klose Chief Digital Officer (AOK Nordost) Dr. Klaus Koch Ressortleiter Gesundheitsinformation (IQWiG)
14:30–16:00 Uhr	Wieviele eHealthgesetz 2.0 braucht das Land? Tino Sorge Mitglied des Bundestags Dirk Heidenblut Mitglied des Bundestags Maria Klein-Schmeink Mitglied des Bundestags (angefragt) Dr. Florian Fuhrmann Geschäftsführer KV Telematik GmbH Prof. Dr. med. Andreas Sönnichsen Universität Witten/Herdecke Prof. Dr. Jürgen Zerth Beisitzer Verwaltung / Ökonomie GRPG
16:00–17:00 Uhr	Abschlussdiskussion
ab 19:00 Uhr	Dinner und live Band Sunset-Deluxe!

Tag 2 | 12. September 2018

09:00–12:00 Uhr	Konsens oder Dissens der Verbände? Ziele für ein digitales Gesundheitswesen 2021 Update und Upgrade der beim 4. Symposium begonnenen Veranstaltungsreihe Dr. Ilona Köster-Steinebach designierte Geschäftsführerin Aktionsbündnis Patientensicherheit e.V. Ralph Lägell Mitglied im Vorstand Bundesverband Managed Care e.V. Prof. Dr. Guido Noelle Beisitzer Digitale Gesundheit GRPG DNVF angefragt
	Innovative Vernetzungs- und Versorgungsprojekte – mit den neuen Lösungen der gevko zur digitalen Versorgung Dr. Florian Hartge PL AOK Nordost (Digitales Gesundheitsnetzwerk / GeN) - angefragt Angelique Gampe-Schmidt AOK Hessen (Digitale Verordnungs- und Genehmigungsverfahren) André Grave AOK NordWest (Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung) - angefragt
	DSGVO – Datenschutz im Gesundheitswesen – Stigma vs. Chance Jens Dommel General Manager BU LIFE (CGM Mobile GmbH) Dr. Stefan Streit Hausarzt & Autor
12:00–13:00 Uhr	gemeinsames Mittagessen & Abschluss
13:00 Uhr	Ende

Anmeldeunterlagen und weitere Informationen finden Sie unter: www.gevko.de/de/symposium