

**Die Steuerung der Leistungserbringung in Gesundheitssystemen
unter Berücksichtigung der Verträge zwischen Leistungsträgern
und Leistungserbringern**

Ein Rechtsvergleich von Deutschland und Brasilien

Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades an der Fakultät für Rechtswissenschaften
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Ana Tereza de Freitas Quintão Américo

Hamburg, 2019

Erstgutachter: Prof. Dr. Dagmar Felix

Zweitgutachter: Dr. Judith Brockmann

Datum des Kolloquiums: 30. Oktober 2019.

Gliederung

Literaturverzeichnis	VII
Einleitung	1
A. Das Gesundheitswesen als zentrales politisches Handlungsfeld	1
I. Die individuelle und gesellschaftliche Bedeutung der Gesundheitsversorgung	1
II. Typologie der Gesundheitssysteme	2
B. Sinnhaftigkeit eines Rechtsvergleichs zwischen Deutschland und Brasilien	4
I. Die deutsche gesetzliche Krankenversicherung	5
II. Das brasilianische Gesundheitssystem	7
III. Ist ein Rechtsvergleich überhaupt möglich?	10
C. Der konkrete Betrachtungsgegenstand und Fragestellungen	13
D. Zielsetzung und Methode	16
E. Gang der Untersuchung	18
1. Kapitel: Das deutsche und das brasilianische Gesundheitssystem – ein Überblick	22
A. Das deutsche Gesundheitssystem	22
I. Die historische Entwicklung	22
1. Die gesetzliche Krankenversicherung von 1883	24
2. Vom Berliner Abkommen von 1913 bis zur Zeit des Nationalsozialismus	26
3. Die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg	28
4. Die wichtigsten Reformen der GKV	29
II. Die Grundlagen der GKV	35
1. Prinzipien der GKV	35
2. Die Leistungsträger der GKV	39
a. Die Krankenkassen	39
b. Die Verbände der Krankenkassen	41
3. Die Leistungserbringer der GKV	42
a. Die Vertragsärzte	42
b. Die Kassenärztlichen Vereinigungen	43
4. Weitere Akteure der GKV	44
a. Die Schiedsämter	44
b. Der Gemeinsame Bundesausschuss	45
5. Finanzierungsgrundlagen der GKV	46
a. Versicherungsbeiträge	47
b. Der Gesundheitsfonds	48
III. Die Grundlagen der privaten Krankenversicherung	49
IV. Zum Verhältnis zwischen der privaten und gesetzlichen Krankenversicherung	51
B. Das brasilianische Gesundheitssystem	52
I. Die historische Entwicklung	52
1. Die sozialen Versicherungsgesetze	55
2. Die Gesundheitsbewegung und die Redemokratisierung des Staates	62

II. Die Grundlagen des SUS	67
1. Die Prinzipien des SUS	69
2. Die öffentlichen Leistungsträger	75
a. Die ambulante Behandlung	77
b. Die stationäre Behandlung	79
3. Die im SUS integrierten privaten Leistungserbringer	80
4. Die Finanzierungsgrundlagen des SUS	82
a. Die Beteiligung der drei Regierungsebenen	85
b. Der Gesundheitsfonds	87
III. Die privaten Leistungserbringer	89
IV. Das Verhältnis zwischen SUS und privaten Leistungserbringern	95
2. Kapitel: Die Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in Deutschland und in Brasilien	97
A. Die Vertragsgestaltung in Deutschland	97
I. Das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern	97
1. Das Kollektivvertragssystem	98
2. Das Selektivvertragssystem	104
II. Ausgewählte Vertragstypen des Leistungserbringungsrechts	109
1. Die Kollektivvertragstypen	109
a. Der Bundesmantelvertrag	111
b. Der Gesamtvertrag	113
2. Selektivvertragstypen	114
a. Modellvorhaben	114
b. Hausarztzentrierte Versorgung	119
c. Besondere Versorgung (Integrierte Versorgung)	123
B. Die Vertragsgestaltung in Brasilien	127
I. Die Vereinbarungen der öffentlichen Leistungsträger untereinander	128
1. Die Vereinbarungen außerhalb einer Regierungsebene	129
2. Die Vereinbarungen innerhalb einer Regierungsebene	132
II. Rechtsverhältnisse zwischen öffentlichen Leistungsträgern und Leistungserbringern	133
1. Die öffentlichen Leistungserbringer	134
2. Die privaten Leistungserbringer	138
III. Ausgewählte Vertrags- und Vereinbarungstypen zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern	139
1. Der Verwaltungsvertrag	139
2. Die Kooperationsvereinbarung	145
3. Der Leitungsvertrag	151
4. Der Partnerschaftsvertrag	158
5. Der administrative Konzessionsvertrag der Public Private Partnership (PPP)	164
3. Kapitel: Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern als Steuerungsinstrument	173
A. Steuerungssysteme der Leistungserbringung	173
I. Steuerung	173
1. Steuerungstheorie	173

2. Steuerungssubjekte, -objekte, -instrumente und -ziele	180
II. Das Steuerungssystem der Leistungserbringung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland	183
1. Ebenen, Akteure und relevante Steuerungsinstrumente	183
a. Makroebene	183
b. Mesoebene	185
c. Mikroebene	191
2. Die Rolle der Verträge im Steuerungssystem der GKV	196
III. Das Steuerungssystem der Leistungserbringung im Rahmen des brasilianischen Gesundheitssystems (SUS)	197
1. Ebenen, Akteure und relevante Steuerungsinstrumente	200
a. Bundesebene	200
b. Landesebene	203
c. Gemeindeebene	205
2. Die Rolle der Verträge im Steuerungssystem des SUS	207
B. Rechtliche Bewertung der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern	209
I. Verträge im Rahmen der GKV	209
1. Kollektivverträge	209
2. Selektivverträge	213
a. Modellvorhaben	214
b. Hausarztzentrierte Versorgung	217
c. Besondere Versorgung (Integrierte Versorgung)	220
3. Verträge als Steuerungsinstrument	225
II. Verträge im Rahmen des SUS	226
1. Verträge mit privaten Leistungserbringern	227
a. Verwaltungsverträge	227
b. Kooperationsvereinbarungen	232
c. Leitungsverträge	233
d. Partnerschaftsverträge	236
e. Administrative Konzessionsverträge der Public Private Partnership (PPP)	237
2. Verträge und Vereinbarungen als Steuerungsinstrument	239
4. Kapitel: Ergebnisse des Rechtsvergleichs	242
A. Zu den allgemeinen Parallelen und Unterschieden zwischen Deutschland und Brasilien	242
I. Ausgestaltung und Entwicklung der Gesundheitssysteme	242
1. Entstehung und Einrichtung der Gesundheitsversorgung	242
2. Die Ausdehnung des geschützten Personenkreises und der gesundheitsbezogenen Leistungen	246
3. Die juristische Natur des Anspruchs auf gesundheitsbezogene Leistungen	247
4. Die Leistungserbringung durch private Leistungserbringer	249
5. Die Koexistenz von privater und gesetzlicher Krankenversicherung bzw. staatlichem Gesundheitssystem	251
II. Aufbau der Leistungserbringung	253
1. Die Ausrichtung der Leistungsträger und Leistungserbringer	253
2. Das Ziel der Einbeziehung der privaten Leistungserbringer in die Gesundheitssysteme	256

3. Das Teilhaberecht der Leistungsempfänger an der Versorgungsgestaltung	258
B. Ähnlichkeiten und Unterschiede in der Anwendung der Verträge als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung	260
I. Zweckmäßigkeit des Steuerungsinstruments Vertrag	260
II. Die Verträge als Steuerungsinstrument in Deutschland	262
III. Die Verträge als Steuerungsinstrument in Brasilien	264
C. Deutschland als Modell für Brasilien?	266
I. Die Gesetzlichen Vorgaben zur Leistungserbringung	266
II. Vertragssysteme	268
III. Steuerung von Qualität und Vergütung der Leistungen	272
1. Die Qualitätssicherung	272
2. Das Vergütungssystem	276
5. Kapitel: Ein Ausblick auf die Zukunft	280
A. Deutschland	280
I. Stabilität der Leistungserbringung durch Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern	281
II. Weiterentwicklung der Marktelemente in der GKV	282
B. Brasilien	284
I. Gefährdung des SUS	284
II. Verstärkung der privaten Leistungserbringung	287
C. Fazit: Ökonomisierung des Gesundheitswesens	289

Literaturverzeichnis

Alber, Jens, Der Sozialstaat in der Bundesrepublik 1950-1983, Frankfurt/Main 1989

Alber, Jens, Das Gesundheitswesen der Bundesrepublik Deutschland: Entwicklung, Struktur und Funktionsweise, Frankfurt/Main 1992

Albuquerque, Ceres/Piovesan, Márcia Franke/Santos, Isabela Soares/Martins, Ana Cristina Marques/Fonseca, Artur Lourenço/Sasson, Daniel/Simões, Kelly de Almeida, A situação atual do mercado de saúde no Brasil e apontamentos para o futuro, *Ciência & Saúde Coletiva* 2008, S. 1421- 1430

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1994

Almeida, Celia, Parcerias público-privadas (PPP) no setor saúde: processos globais e dinâmicas nacionais, *Cadernos de Saúde Pública* 2017, S. 1-16

Alvarenga, José Eduardo, Parcerias Público-Privadas: breves comentários, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* 2005, S. 1-13, abrufbar im Internet unter: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-JOSE%20ALVARENGA.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Alves, Cândice Lisbôa, Direito à saúde. Efetividade e proibição do retrocesso social, Belo Horizonte 2013

Alves, Josenildo de Sousa/Assis, Marluce Maria Araújo, Gestão do trabalho: abordagens teóricas e políticas no contexto do Sistema Único de Saúde, *Revista Baiana de Saúde Pública* 2011, S. 55-67, abrufbar im Internet unter: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-0233/2011/v35nSup11/a2298.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Alves, Sheila Maria Parreira/Coelho, Maria Carlota de Rezende/Borges, Luiz Henrique/Cruz, Cesar Albenes de Mendonça/Massaroni, Leila/Maciel, Paulete Maria Ambrósio, A flexibilização das relações de trabalho na saúde: a realidade de um Hospital Universitário Federal, *Ciência & Saúde Coletiva* 2015, S. 3043-3050

- André, Maristela Afonso*, Contrato de Gestão, contradição e caminhos da Administração Pública, Revista de Administração de Empresa (RAE) 1995, S. 6-12
- Aragão, Alexandre dos Santos*, As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito brasileiro, Revista de Direito Administrativo 2005, S. 105-146
- Aragão, Alexandre dos Santos*, Fundações públicas de direito privado, Revista de Direito Administrativo 2008, S. 31-37
- Arnade, Johannes*, Kostendruck und Standard. Zu den Auswirkungen finanzieller Zwänge auf den Standard sozialversicherungsrechtlicher Leistungen und den haftungsrechtlichen Behandlungsstandard, Heidelberg 2010
- Bahia, Ligia/Scheffer, Mario/Poz, Mario Dal/Travassos, Claudia*, Planos privados de saúde com coberturas restritas: atualização da agenda privatizante no contexto da crise política e econômica no Brasil, Cadernos de Saúde Pública 2016, S. 1-5
- Bahia, Ligia*, As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde, Ciência & Saúde Coletiva 2008, S. 1385-1397
- Bahia, Ligia*, Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado, Trabalho, Educação e Saúde 2006, S. 159-169
- Bahia, Ligia*, Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90, Ciência & Saúde Coletiva 2001, S. 329-339
- Baier, Jochen*, Kartellrechtliche Auswirkungen des Arzneimittelmarktneuordnungsgesetzes auf die Beziehungen der Leistungserbringer zu gesetzlichen Krankenkassen sowie der Krankenkassen untereinander, MedR 2011, S. 245-350
- Ballast, Thomas*, Wettbewerbliche Steuerungsinstrumente aus Sicht der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, VSSR 2012, S. 239-245
- Bandeira de Mello, Celso Antônio*, Curso de Direito Administrativo, 27. Auflage, São Paulo 2009

Baptista, Tatiana Vargas de Faria/Machado, Cristiani Vieira/Lima, Luciana Dias, Responsabilidade do Estado e Direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes, Ciência & Saúde Coletiva 2009, S. 829-839

Barbosa, Estela Capelas, 25 anos do Sistema Único de Saúde: conquistas e desafios, Revista de Gestão em Sistema de Saúde 2013, S. 85-102

Barbosa, Nelson Bezerra/Elias, Paulo Eduardo Mangeon, As Organizações Sociais de Saúde como forma de gestão público/privado, Ciência & Saúde Coletiva 2010, S. 2484-2495

Batich, Mariana, Previdência do trabalhador. Uma trajetória inesperada, São Paulo em Perspectiva 2004, S. 33-44

Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Verwaltungskooperation. Public Private Partnership und Public Public Partnership, Potsdam 2008

Bäune, Stefan, Rechtsschutzfragen in der integrierten Versorgung, GesR 2006, S. 289-298

Becker, Ulrich, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Vertragsärzte am Beispiel der zulassungsbezogenen Altersgrenzen, NZS 1999, S. 521-530

Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht – Zur geplanten Ausdehnung der Anwendung des GWB auf das Handeln der Krankenkassen, NZS 2010, S. 417-423

*Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten, Kommentar, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Becker/Kingreen, SGB V, §, Rn.)*

Becker, Ulrich/Meeßen, Iris/Neueder, Magdalena/Schlegelmilch, Michael/Schön, Markus/Vilaclara, Ilona, Strukturen und Prinzipien der Leistungserbringung im Sozialrecht, VSSR 2011, S. 323-359 (1.Teil), VSSR 2012, S. 1-73 (2.Teil)

*Berchtold, Josef/Huster, Stefan/Rehborn, Martin, Kommentar, Gesundheitsrecht, SGB V und SGB XI, Baden-Baden 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, §, S.)*

- Berthold, Norbert/Kosturkova, Nadya/Müller, Andreas*, Die Bundesländer im Standortwettbewerb – gestern, heute und morgen, Info Schnelldienst 2010, S. 15-20
- Bieback, Karl-Jürgen*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, Baden-Baden 2005
- Binenbojm, Gustavo*, As Parcerias Público-Privadas (PPP) e a Constituição, Revista de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro 2005, S. 159- 175
- Bittencourt, Sônia Azevedo/Camacho, Luis Antônio Bastos/Leal, Maria do Carmo*, O sistema de informação hospitalar e a sua aplicação na saúde coletiva, Cadernos Saúde Pública 2006, S. 19-30
- Blanke, Thomas/Fedder, Sebastian (Hrsg.)*, Privatisierung. Ein Rechtshandbuch für die Verwaltungspraxis, Personal- wie Betriebsräte und deren Berater, 2. Auflage, Baden-Baden 2010
- Böckmann, Roman*, Quo vadis, PKV? Eine Branche mit dem Latein am Ende, Wiesbaden 2011
- Boeckh, Jürgen/Huster, Ernst-Ulrich/Benz, Benjamin*, Sozialpolitik in Deutschland. Eine systematische Einführung, 2. Auflage, Wiesbaden 2006
- Boerner, Dietmar*, Die Neuregelung des § 69 SGB V und ihre Bedeutung für die Leistungserbringungsverträge, SGB 2000, S. 389-393
- Boerner, Dietmar*, Normenverträge im Gesundheitswesen, München 2003
- Bogan, Aaron*, Wettbewerb durch Selektivverträge in der vertragsärztlichen Versorgung – ein Auslaufmodell? SGB 2012, S. 433-439
- Borges, Danielle da Costa Leite/Ugá, Maria Alicia Dominguez*, As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial, Revista de Direito Sanitário 2009, S. 13-38

Borges, Danielle da Costa Leite/Ugá, Maria Alicia Dominguez, *Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005*, *Cadernos de Saúde Pública* 2010, S. 59- 69

Borlini, Leandra Maria, *Há pedras no meio do caminho do SUS. Os impactos do neoliberalismo na saúde do Brasil*, *Textos & Contextos* 2010, S. 321-333

Boschetti, Ivanete, *Seguridade social na América Latina após o dilúvio neoliberal*, in: *Observatório da Cidadania, Dignidade e Direito. Seguridade Social como direito universal*, Rio de Janeiro 2007, abrufbar im Internet unter: <<http://www.socialwatch.org/node/9346>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Botzem, Sebastian, *Governance-Ansätze in der Steuerungsdiskussion: Steuerung und Selbstregulierung unter den Bedingungen fortschreitender Internationalisierung*, Arbeitspapier, Wissenschafts-zentrum Berlin für Sozialforschung, Berlin 2002, abrufbar im Internet unter: <http://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/11333/ssoar-2002-botzem-governance-ansatze_in_der_steuerungsdiskussion.pdf?sequence=1>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Brandenburg, Hermann/Kohlen, Helen (Hrsg.), *Gerechtigkeit und Solidarität im Gesundheitswesen. Eine multidisziplinäre Perspektive*, Stuttgart 2012

Bravo, Maria Inês Souza/Pereira, Potyara A. P., *Política social e democracia*, 2. Auflage, Rio de Janeiro 2002

Brechtel, Christian, *Das Gesellschaftsmodell – Option für eine echte Public Private Partnership*, Hamburg 2010

Buchner, Reimar/Bosch, Klaas, *Befangenheitsanträge gegen Schiedsamtmitglieder – Verfahrensrechtliche Fragestellungen*, *SGb* 2011, S. 21-27

Budäus, Dietrich/Eichhorn, Peter (Hrsg.), *Public Private Partnership*, Baden-Baden 1997 (zitiert: *Bearbeiter* in: *Budäus/Eichhorn, Public Private Partnerships*, S.)

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Gesundheitswirtschaft. Fakten & Zahlen, Ausgaben 2016, abrufbar im Internet unter: <<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/gesundheitswirtschaft-2016-medizinprodukte-medizintechnik.pdf?blob=publicationFile&v=20>>, zuletzt besucht am 17.01.2019

Butterwegge, Christoph, Krise und Zukunft des Sozialstaates, 6. Auflage, Wiesbaden 2018

Butterwegge, Christoph/Lösch, Betina/Ptak, Ralf, Kritik des Neoliberalismus, 3. Auflage, Wiesbaden 2017

Câmara Municipal de São Paulo, Relatório Final da Subcomissão criada para analisar e acompanhar a execução dos contratos firmados pela municipalidade com as Organizações Sociais na área de saúde, DOM vom 20.01.2012, S. 229, abrufbar im Internet unter: <<http://www.donatopt.com.br/Arquivos%20PDF/Relat%C3%B3rio%20Final%20da%20Subcomiss%C3%A3o%20das%20OSS.pdf>>, zuletzt besucht am 24.01.2019

Canotilho, J. J. Gomes, Direito Constitucional, 6. Auflage, Coimbra 1993

Carlidge, Duncan, Public Private Partnerships in Construction, London 2006

Cassel, Dieter/Ebsen, Ingwer/Greß, Stefan/Jacobs, Klaus/Schulze, Sabine/Wasem, Jürgen, Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, Gutachten im Auftrag des AOK-Bundesverbandes 2006, abrufbar im Internet unter: <http://wido.de/fileadmin/wido/downloads/pdf_gesundheitssystem/wido_ges_gutachten_2_1006.pdf>, zuletzt besucht am 28.01.2019

Castro, J. A/Modesto, L. (Hrsg.), Bolsa Família 2003-2010: avanços e desafios, Brasília 2010

Coenen, Michael/Haucap, Justus, Krankenkassen und Leistungserbringer als Wettbewerbsakteure, Ordnungspolitische Perspektiven 2014, Düsseldorf University Press, abrufbar im Internet unter: <http://dupress.de/fileadmin/redaktion/DUP/054_OP_Coenen_Haucap.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Collin, Peter, Das Berliner Abkommen von 1913 im Spannungsfeld rechtshistorischer Entwicklungstendenzen, VSSR 2014, S. 173-194

Conselho Nacional de Saúde, As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público como instrumento de gestão pública na área de Saúde, abrufbar im Internet unter: <<http://www.redehumanizaus.net/sites/default/files/terceirizacaonosus-parecerdocns1.doc>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Conselho Nacional de Secretários da Saúde (CONASS), SUS: avanços e desafios, Brasília 2006

Conselho Nacional de Secretários da Saúde (CONASS), Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde, Brasília 2015, abrufbar im Internet unter: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/Alternativas-de-Gerencia-de-Unidades-Publicas-de-Saude.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Conselho Nacional de Secretários da Saúde (CONASS), Gestão do trabalho e da educação na saúde, Para entender o SUS, Brasília 2011, abrufbar im Internet unter: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/atualizacao-2015/L09Gestao-do-trabalho-e-educacao-na-Saude_jun2015.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), Regulação em Saúde. Coleção para entender a gestão do SUS, Brasília 2011, abrufbar im Internet unter: <<http://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro10.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Conselho Nacional de Secretários da Saúde (CONASS), Segundo levantamento da organização, estrutura e recursos da área de Recursos Humanos das Secretarias Estaduais de Saúde, Documenta 29, Brasília 2015, abrufbar im Internet unter: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/Conass_Documenta_29.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), O Financiamento da Saúde, Coleção para entender a Gestão do SUS, Brasília 2015

Costa, Nelson Nery/Alves, Geraldo Magela, Constituição Federal anotada e explicada, 3. Auflage, Rio de Janeiro 2006

Cruz, Adriane/Rosa, Tatiana, O desafio profissional no SUS, Consensus 2012, S. 14-26, abrufbar im Internet unter: <http://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/consensus_4.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Dain, Sulamis/Ocké-Reis, Carlos Octávio/Geiger, Fernando/Castro, Kleber/Noronha, José Carvalho, Regime fiscal dos estabelecimentos e empresas de planos e seguros privados de saúde, Relatório Final, Rio de Janeiro 2015

Dallari, Sueli Gandolfi, A construção do Direito à saúde no Brasil, Revista de Direito Sanitário 2009, S. 9-34

Dal Paz, Mario Roberto, A crise da força de trabalho em saúde, Caderno de Saúde Pública 2013, S. 1924-1926

Danwitz, Thomas, Was ist eigentlich Regulierung? DÖV 2004, S. 977-985

Da Silva, Lara Lúcia/Da Costa, Thiago de Melo Teixeira, A formação do sistema previdenciário brasileiro: 90 anos de história, Administração Pública e gestão social 2016, S. 159- 173

Da Silva, Jose Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, 34. Auflage, São Paulo 2011

D'Ávila, Luciana Souza/Saliba, Graciane Rafisa, A efetivação do Direito à saúde e a sua interface com a justiça social, Revista de Direito Sanitário 2016, S. 15-18

De Carvalho, Guido Ivan/Santos, Lenir, Sistema Único de Saúde, comentários à Lei Orgânica da Saúde, 3. Auflage, Campinas 2002

Deppe, Hans-Ulrich, Zur sozialen Anatomie des Gesundheitssystems, Neoliberalismus und Gesundheitspolitik in Deutschland, Frankfurt 2000

Deppe, Hans-Ulrich/Burkhardt (Hrsg.), Solidarische Gesundheitspolitik. Alternativen zur Privatisierung und Zwei-Klassen-Medizin, Hamburg 2002

De La Fontaine, Dana/Stehnken, Thomas (Hrsg.), Das politische System Brasiliens, Heidelberg 2012

De Matos, Carlos Alberto/Pompeu, João Cláudio, Onde estão os contratos? Análise da relação entre os prestadores privados de serviços de saúde e o SUS, *Ciência e Saúde Coletiva* 2003, S. 629-643

Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), Boletim Trabalho na Saúde, Nr. 1, 2009, S. 1-11, abrufbar im Internet unter: <<https://www.dieese.org.br/estudosetorial/2009/2009pedsetoriaissaude.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Diederich, Adele/Koch, Christoph/Kray, Ralph/Sibber, Rainer (Hrsg.), Priorisierte Medizin. Auswege oder Sackgasse der Gesundheitsgesellschaft, Wiesbaden 2011

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Parcerias na Administração Pública, 8. Auflage, São Paulo 2011

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 25. Auflage, São Paulo 2012

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, O Consórcio Público na Lei 11.107 de 06.04.2005. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado 2006, abrufbar im Internet unter: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-MARIA%20SILVIA.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Ditterich, Rafael Gomes/Moysés, Simone Tetu/Moysés, Samuel Jorge, O uso de contrato de gestão e incentivos profissionais no setor público de saúde, *Cadernos de Saúde Pública* 2012, S. 615-627

Dos Santos, Wanderley Guilherme, Cidadania e Justiça: A política social na ordem brasileira, Rio de Janeiro 1979

Dos Santos, Nelson Rodrigues, Desenvolvimento do SUS, rumos estratégicos e estratégias para a visualização dos rumos, *Ciência & Saúde Coletiva* 2007, S. 429-435

Duarte, Lígia Schiavon/Pessoto, Umberto Catarino/Guimarães, Raul Borges/Heimann, Luiza Serman/Carvalho, José da Rocha/Cortizo, Carlos Tato/Ribeiro, Eduardo Augusto Wernek, Regionalização da saúde no Brasil: uma perspectiva de análise, *Saúde e Sociedade* 2015, S. 472-485

Düring, Ruth, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 1992

Eibenschutz, Catalina (Hrsg.), Política de Saúde: o público e o privado, Rio de Janeiro 1996

Eichenhofer, Eberhard, Sozialrecht, 10. Auflage, Tübingen 2017

Eichenhofer, Eberhard/Wenner, Ulrich, Kommentar, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Köln 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, §, S.)

Eichhorn, Annika, Gerechte Rationierung durch Einführung einer Prioritätensetzung im deutschen Gesundheitswesen, Hamburg 2011

Elias, Paulo Eduardo, Reforma ou Contra-Reforma na proteção social à saúde, Lua Nova 1997, S. 193-215

Elsner, Gine/Gerlinger, Thomas/Stegmüller, Klaus (Hrsg.), Markt versus Solidarität. Gesundheitspolitik im deregulierten Kapitalismus, Hamburg 2004

Engelmann, Klaus, Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien, NZS 2000, S. 1-8 (Teil 1); S. 76-84 (Teil 2)

Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.)

Escorel, Sarah, Reviravolta na saúde: origem e articulação do Movimento Sanitário, Rio de Janeiro 1998

Escorel, Sarah/Giovanella, Lígia/Medonça, Maria Helena Magalhães/Senna, Mônica de Casto Maia, O programa de Saúde da Família e a construção de um novo modelo para atenção básica no Brasil, Panam Salud Publica 2007, S. 164-175

Esping-Andersen, Gøsta, The Three Worlds of Welfare Capitalism, Princeton 1990

Ewert, Benjamin, Vom Patienten zum Konsumenten? Nutzerbeteiligung und Nutzeridentitäten im Gesundheitswesen, Gießen 2012

Fehling, Michael, Die „neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ – Problem oder Lösung. Innovation durch Kanonisierung? *Die Verwaltung* 2017, S. 65-103

Fehling, Michael/Ruffert, Matthias, Regulierungsrecht, Tübingen 2010 (zitiert: *Bearbeiter in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht*, S.)

Felix, Dagmar, Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung. Bestandsaufnahme, Problemanalyse und Weiterentwicklung, Berlin 2018

Felix, Dagmar (Hrsg.), Die Finanzierung der Sozialversicherung, Münster 2007

Felix, Dagmar/Brockmann, Judith, Zu den Voraussetzungen der Anschubfinanzierung im Rahmen der Integrierten Versorgung, *NZS* 2007, S. 623-631

Ferreira, Ana Sofia, Do que falamos quando falamos de regulação em saúde? *Análise Social* 2004, S. 313-337

Ferreira, Mariana Ribeira Jansen/Mendes, Aquila Nogueira Mendes, Mercantilização nas reformas dos sistemas de saúde alemão, francês e britânico, *Ciência & Saúde Coletiva* 2018, S. 2159-2170

Filho, Marçal Justen, *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*, 15. Auflage, São Paulo 2012

Fillippon, Jonathan, A abertura da saúde nacional ao capital estrangeiro: efeitos do mercado global no Brasil, *Saúde e Debate* 2015, S. 1127-1137

Finkelman, Jacobo (Hrsg.), *Caminho da saúde pública no Brasil*, Rio de Janeiro 2002 (zitiert: *Bearbeiter in: Finkelman, Caminhos da saúde pública no Brasil*, S.)

Fischer, Mattias G., Der Sachleistungsgrundsatz – ein unantastbares Urprinzip der GKV? *SGb* 2008, S. 461-466

Fischer, Mattias G./Meyer, Stephan (Hrsg.), *Gesundheit und Wirtschaftswachstum. Recht, Ökonomie und Ethik als Innovationsmotoren für die Medizin*, Heidelberg 2010

Franzius, Claudio, Bedarfsplanung als spezifisches Regulierungsrecht, VSSR 2012, S. 49- 73

Franzius, Claudio, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 2006, S. 335-371

Franzese, Cibele/Abrucio, Fernando Luiz, Federalismo e políticas públicas: uma relação de reciprocidade no tempo, 33 Encontro anual da ANPOC 2009, abrufbar im Internet unter: < https://www.researchgate.net/publication/242213262_Federalismo_e_politicas_publicas_o_impacto_das_relacoes_intergovernamentais_no_Brasil>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Franzius, Claudio, Governance und Regelungsstruktur, VerwArch 2006, S. 186-219

Frech, Siegfried, Grabendorff, Wolf (Hrsg.), Das politische Brasilien. Gesellschaft, Wirtschaft, Politik & Kultur, Schwalbach 2013

Fuchs, Maximilian/Preis, Ulrich, Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Köln 2009

Füchtner, Hans, Die brasilianischen Arbeitergewerkschaften, ihre Organisation und ihre politische Funktion, Frankfurt am Main 1972

Garbois, Júlia Arêas/Vargas, Liliana Angel/Cunha, Fátima Teresinha Scarpar, O Direito à saúde na Estratégia da Saúde da Família: uma reflexão necessária, Revista de Saúde Coletiva 2008, S. 27-44

Gärdiz, Klaus Ferdinand, Die „neue Verwaltungsrechtswissenschaft“. Alter Wein in neuen Schläuchen? Die Verwaltung 2017, S. 105-145

Gasparini, Diógenes, Direito Administrativo, 9. Auflage, São Paulo 2004

Gaßner, Maximilian, Wettbewerbliche Steuerungsinstrumente aus Sicht des Bundesversicherungsamtes, VSSR 2012, S. 213-225

Gaßner, Maximilian/Eggert, Albrecht, Wettbewerb in der GKV – Kartellrecht versus Sozialrecht, NZS 2011, S. 249-255

Gentili, Pablo (Org.), Golpe en Brasil. Genealogia de una farsa, Buenos Aires 2016

Gerlinger, Thomas, Zwischen Korporatismus und Wettbewerb: Gesundheitspolitische Steuerung im Wandel, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Discussion Paper Nr. P 02-204, Berlin 2002, abrufbar im Internet unter: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/47384/1/359591736.pdf>>, zuletzt besucht am 07.06.2018

Gerlinger, Thomas, Die Bedeutung der gemeinsamen Selbstverwaltung im Steuerungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung, Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften 2011, S. 141-161

Gerlinger, Thomas, Ökonomisierung und korporatistische Regulierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, Gesundheit und Sozialpolitik (GuS) 2009, S. 12-17

Gerlinger, Thomas, Privatisierung – Liberalisierung – Re-Regulierung. Konturen des Umbaus des Gesundheitssystems, WSI-Mitteilungen 2004, S. 501-506

Gerschman, Silvia, A democracia inconclusa: um estudo da Reforma Sanitária Brasileira, 2. Auflage, Rio de Janeiro 2004

Glaeske, G./Lauterbach, K. W./Rürup, B./Wasen, J., Weichenstellungen für die Zukunft. Elemente einer neuen Gesundheitspolitik, Berlin 2001, abrufbar im Internet unter: <<http://library.fes.de/fulltext/asfo/01160.htm>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Giovanella, Ligia/Porto, Marcelo Firpo de Souza, Gesundheitswesen und Gesundheitspolitik in Brasilien, Arbeitspapier 25 des Instituts für Medizinische Soziologie des Klinikums der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main 2004, abrufbar im Internet unter: <http://www.links-netz.de/K_texte/K_giovanella_brasilien.html>, zuletzt besucht am 20.01.2019

*Giovanella, Lígia/Escorel, Sara/Lobato, Lenaura de Vasconcelos Costa Lobato/Noronha, José Carvalho/Carvalho, Antônio Ivo (Hrsg.), Políticas e sistemas de saúde no Brasil, Rio de Janeiro 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S.)*

Gitter, Wolfgang, Strukturen der Reform der gesetzlichen Krankenversicherung, SGB 1991, S. 85-90

Godim, Roberta/Grabois, Victor/Mendes, Walter (Orgs.), Qualificação de gestores do SUS, Rio de Janeiro 2011 (zitiert: *Bearbeiter* in: Godim/Grabois/Mendes, Qualificação de gestores do SUS, S.)

Gottwald, Sina, Die rechtliche Regulierung medizinischer Innovationen in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 2016

Grimm, Dieter, Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerfähigkeit des Rechts. Baden-Baden 1990 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, S.)

Hajen, Leonhard/Paetow, Holger/Schumacher, Harald, Gesundheitsökonomie, 4. Auflage, Stuttgart 2012

Hänlein, Andreas/Schuler, Rolf (Hrsg.), Nomoskommentar, Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, 5. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hänlein/Schuler, SGB V, §, Rn.)

Harada, Kiyoshi, Parecer sobre PPP para a Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo 2005, abrufbar im Internet unter: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/advocacia-publica/pareceres/parecer-parcerias-publico-privada>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Harney, Anke/Huster, Stefan/Recktenwald, Britta, Das Recht der Qualitätssicherung im SGB V, rechtliche Grundlage und Systematisierung, MedR 2014, S. 273-282 (1. Teil); 365-372 (2. Teil)

Hase, Friedhelm, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, Tübingen 2000

Hase, Friedhelm, Die Legitimität der untergesetzlichen Regelbildung in der GKV. Zum Verfassungsstreit über die Normsetzung des G-BA, MedR 2018, S. 1-12

Hauck, Ernst, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) – ein unbequemes Kind unserer Verfassungsordnung? NZS 2010, S. 600-612

- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Hrsg.),* Kommentar, Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, Berlin 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hauck/Noftz, SGB V, §, S.)
- Hensel, Christian,* Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht, Baden-Baden 2010
- Hentschel, Volker,* Geschichte der deutschen Sozialpolitik, Frankfurt am Main 1983
- Hermes, Hansjörg,* Die Ökonomisierung des Gesundheitswesens – Begriff, Bedeutung, Folgen: Exemplarisch dargestellt am Beispiel der Wirtschaftlichkeitsproblematik des Krankenhauses als Medizinbetrieb, Dissertationsthese, Osnabrück 2002
- Herrmann, Boris,* Es geht um das Überleben der Demokratie in Brasilien, Süddeutsche Zeitung (09.10.2018), abrufbar im Internet unter: <<https://www.sueddeutsche.de/politik/brasilien-bolsonaro-kommentar-1.4160980>>, zuletzt besucht am 20.01.2019
- Hesse, Konrad,* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1999
- Hochheim, Martin,* Deutschland – ein Land ohne Ärzte? Über den Ärztemangel und dessen Auswirkungen, Hamburg 2015
- Hodge, Graeme A/Greve, Carsten,* Public-Private Partnerships: An International Performance Review, Public Administration Review 2007, S. 545-558
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.),* Grundlagen des Verwaltungsrechts, München 2006 (zitiert: *Bearbeiter* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlage des Verwaltungsrechts, S.)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.),* Reform des Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Reform des Verwaltungsrechts, S.)
- Hölzl, Marcus,* Brasilien auf dem Weg zum Global Player. Das politische Vermächtnis Lulas, Frankfurt am Main 2011

Hugaro, Luis Alberto, As transformações da gestão pública e o governo por contratos: a contratualização das políticas públicas, Revista Digital de Direito Administrativo 2016, S. 367-384

Hurrelmann, Klaus/Razum, Oliver, Handbuch Gesundheitswissenschaften, 6. Auflage, Weinheim 2016

Huster, Stefan/Schütz, Joachim, Die Neuordnung der selektivvertraglichen Versorgung durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, NZS 2016, S. 645-652

Huster, Stefan, Die qualifizierte Gemeinschaft als Partner der Verträge zur Durchführung einer hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b Abs. 4 S. 1 SBG V, NZS 2010, S. 69-72

Huster, Stefan, Die Zulässigkeit von Add-on-Verträgen zur Durchführung einer hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b SGB V, SGB 2010, S. 253-256

Huster, Stefan, Anmerkung, BVerfGE, Beschluss v. 6.12.2005, JZ 2006, S. 463-468

Iamamoto, Marilda Villella, O Brasil das desigualdades: questão social, trabalho e relações sociais, Ser Social 2013, S. 261-384

Igl, Gerhard (Hrsg.), Verbraucherschutz im Sozialrecht. Sozialleistungsberechtigte als Verbraucher, Nutzer und Mitgestalter sozialer Leistungen: Auf dem Weg zu einem eigenständigen Verbraucherschutz im Sozialrecht, Berlin 2011

Immenga, Ulrich/Körper, Torsten (Hrsg.), Wettbewerb im Gesundheitswesen, Baden-Baden 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in: Immenga/Körper, Wettbewerb im Gesundheitswesen, S.)

Isensee, Josef, Wahltarif „Krankenhauskomfort. Chefarztbehandlung und Ein-/Zweibettzimmer als Wahlleistungen der Kassen – Sicht des Sozial- und des Verfassungsrechts, NZS 2007, S. 449-455

Isensee, Josef, „Bürgerversicherung“ im Koordinationssystem der Verfassung, NZS 2004, S. 393-401

Jabornegg, Peter/Resch, Reinhard/Seewald, Otfried, Steuerung der Versorgung, Hürth 2014

- Jinkings, Ivana/Doria, Kim/Cleto, Murilo (Orgs.),* Por que gritamos golpe? Para entender o impeachment e a crise política no Brasil, São Paulo 2016
- Jörg, Michael,* Das neue Kassenarztrecht, München 1993
- Jung, Eberhard,* Das Recht auf Gesundheit, München 1982
- Jung, Eberhard,* Die integrierte Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahre 2009, SGB 2009, S. 385-391
- Jung, Karl/Gawlik, Christian/Gibis, Berhard/Pötsch, Rüdiger/Rheinberger, Paul/Schmacke, Norbert/Schneider, Günther,* Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen. Ansprüche der Versicherten präzisieren, Deutsches Ärzteblatt 2000, S. 365-370
- Junior, Júlio César Monteiro dos Santos,* Avaliação Médica: o consumo na medicina e a mercantilização da saúde, Revista Brasileira de Coloproctologia 2006, S. 75-85
- Junior, Tércio Sampaio Ferraz,* O Judiciário frente a divisão dos Poderes: um princípio em decadência? Revista da Universidade de São Paulo (USP) 1994, S. 13-21
- Kaltenborn, Markus,* Die Sozialgesetzgebung des Reichskanzlers Fürst Otto von Bismarck, JZ 1998, S. 770-773
- Kämmerer, Jörn Axel,* Privatisierung und Staatsaufgaben: Versuch einer Zwischenbilanz, DVerwBl 2008, S. 1005-1015
- Kassenärztliche Bundesvereinigung,* Positionierung zum Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD zum Abschnitt Gesundheit und Pflege, 18. Legislaturperiode, abrufbar im Internet unter: <http://www.kbv.de/media/sp/2014_03_24_KBV_Positionierung_Koalitionsvertrag.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019
- Kanter, Anna-Maria,* Das Steuerungsinstrument der vertragsärztlichen Zulassung im Wandel der Gesundheitsreformen, Hamburg 2013

Kingreen, Thorsten/Kühling, Jürgen, Monistische Einwohnerversicherung, Konzeptionelle und rechtliche Fragen der Transformation der dualen in eine integrierte Krankenversicherungsordnung, Baden-Baden 2013

Kingreen, Thorsten, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtssetzung des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, S. 877-880

Kirchhof, Ferdinand, Verfassungsrechtliche Probleme einer umfassenden Kranken- und Renten- „Bürgerversicherung“, NZS 2004, S. 1-7

Kirchhoff, Guido, Die Rechtsnatur von Verträgen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern gemäß §§ 69 ff. SGB V, SGB 2005, S. 499-508

Kleba, Maria Elisabeth, Dezentralisierungsprozess des Gesundheitssystems in Brasilien: Grenzen und Möglichkeiten einer Strategie des Empowerments, Diss. Bremen 2000, abrufbar im Internet unter: <http://elib.suub.uni-bremen.de/publications/dissertations/E-Diss68_Kleba_M2000.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Kluth, Winfried, Der Gemeinsame Bundesausschuss aus der Perspektive des Verfassungsrechts, GesR 2017, S. 205-211

Köhler, Andreas, Wettbewerbliche Steuerungsinstrumente aus Sicht der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, VSSR 2012, S. 227-231

König, Klaus/Benz, Angelika (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997 (zitiert: *Bearbeiter*, in: König/Benz, Privatisierung und staatliche Regulierung, S.)

Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd/Rolfs, Cristian (Hrsg.), Kassler Kommentar, Sozialgesetzbuch V, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kasseler Kommentar, SGB V, §, Rn)

Koslowski, Peter/Kreuzer, Philipp/Löw, Reinhard (Hrsg.), Chancen und Grenzen des Sozialstaats, Tübingen 1983

Krause, Peter, Das Kassenartzrecht, SGB 1981, S. 404-412

- Kriedel, Thomas*, Die Zukunft des Korporativismus: Wettbewerbselemente für das KV-System, Deutsches Ärzteblatt 2006, S. 2294-2296
- Kück, Karen*, Die sozialwissenschaftliche Steuerungstheorie und privatrechtliche Gesetzgebung, Hamburg 2015
- Kuhli, Milan*, Zur Verfassung von Weimar. Eine Einführung, JURA 2009, S. 321-329
- Kumaranayake, Lilani/Lake, Sally/Mujinja, Phare/Hongoro, Charles/Mpembeni, Rose*, How do countries regulate the health sector? Evidence from Tanzania and Zimbabwe, Health Policy and Planning 2000, S. 357-367
- Lammers, Lutz*, Die haushaltsrechtliche Kontrolle von Public Private Partnership, DÖV 2018, S. 303- 314
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger (Hrsg.)*, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S.)
- Leonhardt, Ute/Müller, Einke-Christian*, Selektivverträge als sinnvolle Ergänzung, Ersatzkasse Magazin 2014, S. 38-39
- Levy, Dan Rodrigues*, O Direito à saúde na Constituição Federal de 1988: uma interface entre o Direito Previdenciário e o Direito Ambiental, Revista Brasileira de Previdência 2012, S. 85-94
- Lima, Carolina Caiado*, Convênios Administrativo Colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de formento público, Tese de Doutorado, São Paulo 2010, abrufbar im Internet unter: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-135755/en.phpfile:///E:/Contratos/Convenio/Carolina_Caiado_Lima_DO.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019
- Lima, Dartel Ferrari/Lima, Lohran Anguera*, O controle social no Sistema Único de Saúde: um olhar crítico à Resolução Nr. 453/2012, Saúde em Debate 2017, S. 1168-1176
- Lobitz, Thomas*, Bewältigungsstrategien für die Krise des Sozialstaats, Wettenberg 1996

Lobato, Lenaura de Vasconcelos Costa, A questão social no projeto BRICS, *Ciência & Saúde Coletiva* 2018, S. 2133-2146

Lucchese, Patricia T. R., Equidade na gestão descentralizada do SUS: desafios para a redução de desigualdades em saúde, *Ciência & Saúde Coletiva* 2003, S. 439-448

Machado, Cristiani Vieira, *Direito Universal, Política Nacional: o papel do Ministério da Saúde na política de saúde brasileira de 1990 a 2000*, Rio de Janeiro 2007

Mance, Euclides, *Falácias de Moro. Análise lógica da sentença condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva*, Passo Fundo 2017

Mânica, Fernando Borges, *O Setor privado nos serviços públicos de saúde*, Belo Horizonte 2010

Manzei, Alexandra/Schmiede Rudi (Hrsg.), *20 Jahre Wettbewerb im Gesundheitswesen. Theoretische und empirische Analysen zur Ökonomisierung*, Wiesbaden 2014

Marrara, Thiago, Identificação de convênios administrativo no Direito Brasileiro, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 2005, S. 551-571, abrufbar im Internet unter: [file:///C:/Users/Staples%20\(D\)%20GmbH/Downloads/67683-89112-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Staples%20(D)%20GmbH/Downloads/67683-89112-1-PB%20(1).pdf), zuletzt besucht am 20.01.2019

Marques, Rosa Maria/Mendes, Aquila, SUS e seguridade social: em busca do elo perdido, *Saúde e Sociedade* 2005, S. 39-49

Martins, Ricardo Marcondes, *Contratos Administrativos*, *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 2009, S. 1-48, abrufbar im Internet unter: <http://www.awmconsultoria.com.br/rotalicitacoes/Contratos%20Administrativos%20%20Prof.%20Ricardo%20Marcondes%200Martins.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Auflage, München 2017

Maydell, Bernd von/Ruland, Franz/Becker, Ulrich, *Sozialrechtshandbuch (SRH)*, 5. Auflage, Baden-Baden 2012 (zitiert: *Bearbeiter* in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S.)

- Mayntz, Renate*, Soziale Dynamik und politische Steuerung, Theoretische und methodologische Überlegung, Frankfurt 1997
- Mayntz, Renate*, Über Governance. Institutionen und Prozesse politischer Regelung, Frankfurt 1990
- Meirelles, Hely Lopes*, Direito Administrativo Brasileiro, 29. Auflage, São Paulo 2004
- Mendes, Eugênio Vilaça*, 25 anos do Sistema Único de Saúde: resultados e desafios, Estudos Avançados 2013, S. 27-34
- Menicucci, Telma Maria Gonçalves*, Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil, Rio de Janeiro 2007
- Ministério da Saúde*, Manual técnico operacional SIA/SUS, Sistema de Informações Ambulatoriais, Brasília 2010, abrufbar im Internet unter: <http://saude.am.gov.br/docs/programas/bucal/manual_sia/MANUAL_OPERACIONAL_SIA.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019
- Ministério da Saúde*, Orientações técnicas sobre auditoria na assistência ambulatorial e hospitalar no SUS, Brasília 2005, abrufbar im Internet unter: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/auditoria_assistencia_ambulatorial_hospitalar_v3.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019
- Ministério da Saúde*, O SUS de A a Z, 3. Auflage, Brasília 2009
- Ministério da Saúde*, O consórcio e a gestão municipal em saúde. Brasília 1997, abrufbar im Internet unter: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd05_14.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019
- Ministério da Saúde*, Manual de orientação para contratação de serviços no Sistema Único de Saúde, Brasília 2007, abrufbar im Internet unter: <http://portales.saude.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid&gid=2689&Itemid=82>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Ministério da Saúde, Política de recursos humanos para o SUS: balanço e perspectivas, Brasília 2002, abrufbar im Internet unter: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd03_16.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Ministério da Saúde, Programa Nacional de Avaliação dos Serviços de Saúde, Brasília 2015, abrufbar im Internet unter: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnass_programa_nacional_avaliacao_servicos.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Ministério da Saúde, Programa Mais Médicos. Dois anos: mais saúde para os brasileiros, Brasília 2015, abrufbar im Internet unter: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/agosto/03/livro-maismedicos-2015.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Fundação estatal, metas, gestão profissional e direitos preservados, Brasília 2007, abrufbar im Internet unter: <<file:///E:/Adm-Pub/081003/PFEArqcartilha.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Modesto, Paulo/Junior; Luiz Arnaldo Pereira da Cunha (Orgs.), Terceiro Setor e parcerias na área de saúde, Belo Horizonte 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Modesto/Junior, Terceiro Setor e parcerias na área da saúde, S.)

Montaño, Carlos, Terceiro Setor e Questão Social: crítica ao padrão emergente de intervenção social, 2. Auflage, São Paulo 2010

Mojone, Giandomenico, Transformação do Estado regulador, Revista de Direito Administrativo 2013, S. 11-43

Morais, Ana Paula Arruda, Gestão Pública em Saúde. Contratos Administrativos, São Luis 2016

Moreira, Marta Rodrigues Mafféis, O contrato de plano de saúde e a sua função social, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 2015, S. 251-276

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, Organizações Sociais de Colaboração. Revista de Direito Administrativo 1997, S. 183-194

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, 14. Auflage, Rio de Janeiro 2005

Morosini, Márcia Valéria Guimarães Cardoso/Fonseca, Angélica Ferreira/Lima, Luciana Dias, Política Nacional de Atenção Básica 2017: retrocessos e riscos para o Sistema Único de Saúde, *Saúde & Debate* 2018, S. 11-23

Mortágua, Mariana/Costa, Jorge, Privatária. Quem ganha e quem perde com as privatizações em Portugal, Lisboa 2015

Muckel, Stefan/Ogorek, Markus, Sozialrecht, 5. Auflage, München 2018

Muckel, Stefan, Verfassungsrechtliche Grenzen der Reformvorschläge zur Krankenversicherung, *SGb* 2004, S. 583-593 (Teil 1); 670-677 (Teil 2)

Mühlenkamp, Holger, Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships. Discussion Paper des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung 2010, abrufbar im Internet unter: <<http://192.124.238.248/fbpdf/dp-055.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Münch, Antje, Das Spannungsverhältnis zwischen funktionaler Privatisierung und demokratischer Legitimation, Baden-Baden 2014

Nascimento, Carlos Valder, O Congresso contra a soberania popular. A inconstitucionalidade do impeachment sem crime de responsabilidade, Ilhéus 2018

Naumann, Peter/Skibbe, Benedikt, Das Versorgungsstrukturgesetz in der Praxis. Chance und Risiken für niedergelassene Ärzte, Nürnberg, 2012

Negri, Barjas/Viana, Ana Luiza D'Avila (Orgs.), O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafios, São Paulo 2002

Nelson, Rocco Antônio Rangel Rosso/Nelson, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso/Nelson, Natasha Rangel Rosso, Comentários sobre a lei federal instituidora das Parcerias Público Privadas, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* 2017, S. 187-212

- Neto, Gonzalo Vecina/Malik, Ana Maria*, Tendências na assistência hospitalar, *Ciência & Saúde Coletiva* 2007, S. 825-839
- Nettesheim, Martin*, Rationierung in der Gesundheitsversorgung – verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, *VerwArch* 2002, S. 315-349
- Neumann, Volker*, Prioritätensetzung und Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, *NZS* 2005, S. 617-623
- Neumann, Volker*, Verantwortung, Sachkunde, Betroffenheit, Interesse: Zur demokratischen Legitimation der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, *NZS* 2010, S. 593-600
- Neves, Marcelo*, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin 2002
- Nishijima, Marislei/Cyrillo, Denise Cavallini/Júnior, Geraldo Biasoto*, Análise econômica da interação entre a infraestrutura da saúde pública e privada no Brasil, *Economia e Sociedade* 2010, S. 589- 611
- Noronha, José Geraldo/Pereira, Telma Ruth (Orgs.)*, A saúde no Brasil em 2030 – prospecção estratégica do sistema de saúde Brasileiro. Estrutura do financiamento e gasto setorial, Rio de Janeiro 2013
- Oliveira, Jaime A. de Araújo/Teixeira, Sonia M. Fleury*, (Im)previdência Social, Petrópolis 1986
- Olivetti, Caroline Pereira*, O modelo de ajuste adotado para a Saúde Complementar no ano 1988, Contrato de Gestão com as Organizações Sociais, *Revista Digital de Direito Administrativo* 2015, S. 637-665
- Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)*, Deutschland: Länderprofil Gesundheit 2017, abrufbar im Internet unter: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264285200-de.pdf?expires=1525252848&id=id&accname=ocid49017929&checksum=5AC10E94ACCAB1CC43D147AFD5B0125B>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Paes, José Eduardo Sabo, Fundação pública instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado, Revista de Artigos do Ministério Público do Distrito Federal 2010, S. 97-128

Paim, Jairnilson/Travassos, Cláudia/Almeida, Célia/Bahia, Ligia/Macinko, James, Health in Brazil 1. The Brazilian health system: history, advances and challenges, Lancet 2011, S. 1778-1797, abrufbar im Internet unter: <[https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(11\)60054-8.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(11)60054-8.pdf)>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Paiva, Carlos Henrique Assunção/Teixeira, Luiz Antônio, Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores, História, Ciência, Saúde 2014, S. 15-35

Paiva, Silvia Maria Caldeira/Rocha, C. Alexandre A., O papel do senado federal na discussão e aprovação da lei No. 11.079 de 2004, Consultoria Legislativa do Senado 2005, abrufbar im Internet unter: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao / td - 25 -a-parceria-publico-privada-o-papel-do-senado-federal-na-discussao-e-aprovacao-da-lei-no-11.079-de-2004>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Palermo, Fernanda Kellner de Oliveira, A reestruturação do Sistema Único de Saúde através das parcerias público-privadas, Âmbito Jurídico 2006, abrufbar im Internet unter: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1279>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Papier, Hans-Jürgen, Der Wesentlichkeitsgrundsatz – am Beispiel des Gesundheitsreformgesetzes, VSSR 1990, S. 123-137

Paula, Patrícia Aparecida Baumgratz/Alves, Terezinha Noemides Pires/Vieira, Rita de Cássia Padula Alves/Souza, Auta Iselina Stephan, Política de Medicamentos: da universalidade de direitos aos limites da operacionalidade, Revista de Saúde Coletiva 2009, S. 1111-1125

Paulani, Leda, Neoliberalismo, distopias e Bolsonaro, GNN-Jornal de todos os Brasis (10.11.2018), abrufbar im Internet unter: <<https://jornalggn.com.br/noticia/neoliberalismo-distopias-e-bolsonaro-por-leda-paulani>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Peci, Alketa/Sobral, Filipe, Parcerias Público-Privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira, Cadernos Ebape 2007, S. 1-14, abrufbar im Internet unter: <<http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/viewFile/5026/3760>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Penner, Andreas/Bohmeier, André, Off-Label-Use in der ambulanten Palliativmedizin: Keine Würde auf Rezept? GesR 2011, S. 526-535

Perin, Gabriela/Bozzetti, Gustavo Covalan/Krauss, Bruno Silva, Percepções da realidade da Administração Pública em saúde a partir do Programa Nacional de Avaliação dos Serviços de Saúde (PNASS): um relato de experiência, Nau Social 2017, S. 43-55

Peters, Horst, Die Geschichte der sozialen Versicherung, 3. Auflage, Düsseldorf 1978

Peters, Horst, 100 Jahre Krankenversicherung, ZSR 1983, S. 257-270

Pfohl, Andreas/Sichert, Markus, Der Gesundheitsfonds: Sondervermögen des Bundes oder der Krankenkassen? NZS 2009, S. 71-79

Pierantoni, Célia Regina, As reformas do Estado, da saúde e recursos humanos: limites e possibilidades, Ciência & Saúde Coletiva 2001, S. 341-360, abrufbar im Internet unter: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v6n2/7007.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Pierantoni, Célia Regina/Varella, Thereza Christina/Santos, Maria Ruth/França, Tânia/Garcia, Ana Cláudia, Gestão do trabalho e da educação em saúde: recursos humanos em duas décadas do SUS, Revista de Saúde Coletiva 2008, S. 685-703

Pinheiro-Machado, Rosana/Scalco, Lucia Mury, The Bolsonaro Effect, Jacobin Magazin (04.10.2018), abrufbar im Internet unter: <<https://www.jacobinmag.com/2018/10/brazil-election-bolsonaro-corruption-security-pt>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Pires, Denise, Reestruturação produtiva e trabalho em saúde no Brasil, Revista Brasileira de Enfermagem 2000, S. 251-263

Pitschas, Rainer, Die Gesundheitsreform 2011 – Ein Komplexes Programm für die Re-Regulierung des Gesundheitsrechts, VSSR 2012, S. 157-182

Pitschas, Rainer, Versorgungsqualität und Qualitätssicherung nach dem GKV-VStG als (verfassungs-)rechtliche Gratwanderung und interdisziplinäre Verwaltungsaufgabe regulativer Gesundheitspolitik, VSSR 2012, S. 377-382

Pitschas, Rainer, Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb. Auf dem Weg zu einer wirklichen Gesundheitsreform, Frankfurt am Main 2008

Pitschas, Rainer, Mediatisierte Patientenbeteiligung im Gemeinsamen Bundesausschuss als Verfassungsproblem, MedR 2006, S. 451-457

Plettner, Susanne, Vertragswettbewerb in der GKV unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten, Frankfurt 2010

Presidência da República, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, Brasília 1995, abrufbar im Internet unter: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Proença, Jadir Dias/da Costa, Patricia Vieira/Montagner, Paula, Desafios da regulação no Brasil, Brasilia 2006

Pruns, Katrin, Kartell- und vergaberechtliche Probleme des selektiven Kontrahierens auf europäischer und nationaler Ebene: eine Darstellung am Beispiel der hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b SGB V und der integrierten Versorgung nach §§ 140a ff., Münster 2008

Purdy, Sean, Here's what Jair Bolsonaro Thinks, Jacobin Magazin (28.10.2018), abrufbar im Internet unter: <<https://www.jacobinmag.com/2018/10/jair-bolsonaro-quotes-brazil-election>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Rabelo, Claudia Parente, As Parcerias Público-Privadas na saúde em Portugal: análise crítica, Dissertação de Mestrado, Lisboa 2004

Reiner, Hartmut, Mythen der Gesundheitspolitik, Bern 2011

Reiners, Hartmut, Privat oder Kasse? Politische Ökonomie des Gesundheitswesens, Hamburg 2017

Ribeiro, José Mendes/Costa, Nilson do Rosário, Consórcios Municipais no SUS. Texto para Discussão No. 669, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Brasília 1999

Ribeiro, Lauro Luis Gomes/Berardi, Luciana Andrea Accorsi (Orgs.), Estudos de Direito Constitucional: homenagem à professora Maria Garcia, São Paulo 2008

Ricardi, Luciani Martins/Shimizu, Helena Eri/Santos, Leonor Maria Pacheco, As Conferências Nacionais de Saúde e o processo de planejamento do Ministério da Saúde, Saúde em Debate 2017, S. 155-170

Robert Koch-Institut (Hrsg.), Daten und Fakten: Ergebnisse der Studie „Gesundheit in Deutschland aktuell 2012“, Beiträge zur Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Berlin 2014

Rodrigues, Paulo Henrique de Almeida/Santos, Isabela Soares (Orgs.), Políticas e riscos sociais no Brasil e na Europa: convergências e divergências, 2. Auflage, Rio de Janeiro 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Rodrigues/Santos, Políticas e riscos sociais no Brasil e na Europa, S.)

Rödder, Andreas (Hrsg.), Weimar und die deutsche Verfassung. Zur Geschichte und Aktualität von 1919, Stuttgart 1999 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Rödder, Weimar und die deutsche Verfassung, S.)

Rohwer, Anja, Bismarck versus Beveridge. Ein Vergleich von Sozialversicherungssystemen in Europa, Ifo Schnelldienste, Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich 2008, S. 26-29

Rohwer-Kahlmann, Harry, Die Kaiserliche Botschaft vom 17. November 1881, ZSR 1981, S. 657- 662

Romão, Luis Ferando de França, As políticas públicas no paradoxo privatização versus Constitucionalismo do Direito Administrativo, Revista Digital de Direito Administrativo 2015, S. 150-162, abrufbar im Internet unter: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/98643/107563>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Rompf, Thomas, 125 Jahre Kaiserliche Botschaft – die Entstehung und Entwicklung des Kassenarztrechts, VSSR 2007, S. 1-392

Rosenbrock, Rolf/Gerlinger, Thomas, Gesundheitspolitik, eine systematische Einführung, 3. Auflage, Bern 2014

Rügemer, Werner, Heuschrecken im öffentlichen Raum. Anatomie eines globalen Finanzinstruments, Bielefeld 2008

Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Gutachten 2000/2001: Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, Kurzfassung Bd. III: Über-, Unter- und Fehlversorgung, abrufbar im Internet unter: <http://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/user_upload/Gutachten/2000-2001/Kurz-f-de-01.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2001

Gutachten 2003, Finanzierung, Nutzerorientierung und Qualität, abrufbar im Internet unter: <http://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/user_upload/Gutachten/2003/kurz-f-de03.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Gutachten 2005, Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, abrufbar im Internet unter: < http://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/user_upload/Gutachten/2005/Kurz-fassung.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Gutachten 2007, Kooperation und Verantwortung. Voraussetzung einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, abrufbar im Internet unter: <http://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/user_upload/Gutachten/2007/Kurz-fassung_2007.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Gutachten 2009, Koordination und Integration, abrufbar im Internet unter: <http://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/user_upload/Gutachten/2009/Kurz-fassung-2009.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Sacker, Jürgen/Kaeding, Nadja, Die wettbewerbsrechtliche Kontrolle von Vereinbarungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern nach Maßgabe des § 69 Abs. 2 SGB V, MedR 2012, S. 15- 24

Sader, Emir/Gentili, Pablo (Orgs.), Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático, Rio de Janeiro 1995

Saliba, Nemre Adas/Moimaz, Suzely Adas Saliba/Ferreira, Nelly Foster/Custódio, Lia Borges de Machado, Conselhos de Saúde: conhecimento sobre as ações de saúde, Revista de Administração Pública 2009, S. 1369-1378

Sano, Hironobu/Abrucio, Fernando Luiz, Promessas e resultados na nova gestão pública no Brasil: o caso das Organizações Sociais de Saúde em São Paulo, Revista de Administração de Empresa (RAE) 2008, S. 64-80

Santos, Paola Lorena Pinto, Mercantilização da saúde e cidadania perdida: o papel do SUS na reafirmação da saúde como direito social, Revista do Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE) 2013, S. 1-19

Santos, Isabela Soares, O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: elementos para a regulação da cobertura duplicada, Tese de Doutorado, Rio de Janeiro 2009

Santos, Isabela Soares/Ugá, Maria Alicia Domingues/Porto, Silvia Marta, O mix público-privado no sistema de saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviço de saúde, Ciência & Saúde Coletiva 2008, S. 1431-1439

Santos, Lenir, A natureza jurídica pública dos serviços de saúde e o regime de complementariedade dos serviços privados à rede pública do Sistema Único de Saúde, Saúde em Debate 2015, S. 815-829

Santos, Lenir/Andrade, Luis Odorico Monteiro, Redes interfederativas de saúde: um desafio para o SUS nos seus 20 anos, Ciência & Saúde Coletiva 2011, S. 1671-1680

Santos, Lenir/Campos, Gastão Wagner de Sousa, SUS Brasil: a região de saúde como caminho. Saúde e Sociedade 2015, S. 438-446

Santos, Josiane Soares, Particularidades da “questão social” no Brasil: Elementos para debate, Temas e Matizes 2010, S. 125-150

*Santos, Nelson Rodrigues/Amarante, Paulo Duarte de Carvalho (Orgs.), Gestão pública e relação público privado na saúde, Rio de Janeiro 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Santos/Amarante, *Gestão Pública*, S.)*

Santos, Nelson Rodrigues, Política pública de saúde no Brasil: encruzilhada, buscas e escolha de rumos, *Ciência e Saúde Coletiva* 2008, S. 2009-2018

Santos, Maria Angélica Borges/Gerschman, Silvia, As segmentações da oferta de serviços de saúde no Brasil – arranjos institucionais, credores, pagadores e provedores, *Ciência & Saúde Coletiva* 2004, S. 795-805

Sarlet, Ingo Wolfgang, A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional, 11. Auflage, Porto Alegre 2012

Sarlet, Ingo Wolfgang, Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Berlin 1997

Sarlet, Ingo Wolfgang/Figueiredo, Mariana Filchtiner, Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988, *Revista de Direito do Consumidor* 2008, S. 122-172

Sarlet, Ingo Wolfgang, Das Recht auf Gesundheit in Brasilien: Entwicklungen, Perspektiven und Herausforderungen, *ZIAS* 2009, S. 267-289

Scliar, Moacyr, Do mágico ao social, a trajetória da saúde pública, 2. Auflage, São Paulo 2005

Scheiwe, Kirsten, Was ist ein funktionales Äquivalent in der Rechtsvergleichung? Eine Diskussion an Hand von Beispielen aus dem Familien- und Sozialrecht, *KritVj* 2000, S. 30-51

Schiller, Herbert, Kollektiv- und Selektivvertrag: Zwei Vertragssysteme im Überblick, *Bayerisches Ärzteblatt* 2008, S. 82-83

Schirmer, Horst Dieter, Verfassungsrechtliche Probleme der untergesetzlichen Normsetzung im Kassenarztrecht, *MedR* 1996, S. 404-417

Schilling, Claunara/Reis, Afonso Teixeira (Orgs.), A política de regulação do Brasil, Desenvolvimento de sistemas e serviços de saúde, Brasília 2006

Schimmelpfeng-Schütte, Ruth, Die Entscheidungsbefugnisse des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2006, S. 567-572

Schmehl, Arndt/Wallrabenstein, Astrid, Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Band 3: Kontrolle, Tübingen 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmehl/Wallrabenstein, Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, S.)

Schmidt-De Caluwe, Reimund, Das Behandlungsverhältnis zwischen Vertragsarzt und sozialversichertem Patienten, VSSR 1998, S. 207-232

Schmitt, Jochem, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, München 1990

Schnapp, Friedrich E., Einmal Behörde – immer Behörde? Überlegung zum Behördenbegriff im Sozialrecht, NZS 2010, S. 241-247

Schnapp, Friedrich E./Wigge, Peter (Hrsgs.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Auflage, München 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, §, Rn.)

Schneider, Günther, Kassenarztrecht: Rechtsbeziehungen zwischen Kassenarzt, Kassenärztlicher Vereinigung und Krankenkasse, Köln 1983

Schneider, Günther, Handbuch des Kassenarztrechts, Köln 1994

Schneider, Hans, Das Ermächtigungsgesetz vom 24.03.1933. Bericht über das Zustandekommen und Anwendung des Gesetzes, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte (VfZ) 1953, S. 198-221

Schöder, Jürgen/Röhrig, Daniela, Bundesmantelvertrag, Kassenärztliche Bundesvereinigung, Berlin 2014, abrufbar im Internet unter: <http://www.kbv.de/media/sp/2015_02_03_Bundesmantelvertrag.pdf>, zuletzt besucht am 21.01.2019

Schölkopf, Martin/Pressel, Holger, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich. Gesundheitssystemvergleich, Länderberichte und europäische Gesundheitspolitik, 3. Auflage, Berlin 2017

Schönig, Werner/L'Hoest, Raphael (Hrsg.), Sozialstaat wohin? Umbau, Abbau oder Ausbau der Sozialen Sicherung, Darmstadt 1996

Schöpfer, Gerald, Sozialer Schutz im 16.-18. Jahrhundert, Graz 1976

*Schroeder, Wolfgang (Hrsg.)/Paquet, Robert, Gesundheitsreform 2007. Akteure, Interessen und Prozesse. Wiesbaden 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schroeder/Paquet, Gesundheitsreform 2007, S.)*

Schröder, Jutta, Bürgerversicherung und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausweitung von Versicherungspflicht und Beitragsbemessungsgrundlage in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 2008

*Schulin, Bertram, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Krankenversicherungsrecht, München 1994 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, S.)*

Schulteis, Thomas, Hausarztzentrierte Versorgung. Ein Beitrag zum Spannungsverhältnis zwischen optimierter medizinischer Versorgung und Wirtschaftlichkeit am Beispiel der hausarztzentrierten Versorgung, Baden-Baden 2007

*Schuppert, Gunnar Folke/Zürn, Michael (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, Wiesbaden 2008 (zitiert: *Bearbeiter* in: Schuppert/Zürn, Governance in einer sich wandelnden Welt, S.)*

Schuppert, Gunnar F., Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel. Von Planung über Steuerung zu Governance, AöR 2008, S. 79-106

Schuppert, Gunnar F., Was ist und wozu Governance? Die Verwaltung 2007, S. 463-511

Schütz, Joachim, Selektivverträge als Alternative zum Kollektivvertrag, MedR 2015, S. 162-167

Schütz, Joachim/Knieps Franz, Wettbewerb in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung. Vorschläge zur Stärkung der hausärztlichen Versorgung und zur Neubestimmung des Verhältnisses von Kollektivverträgen zu Selektivverträgen, ZRP 2012, S. 164-168

- Schütze, Bernd (Hrsg.)*, Sozialgesetzbuch X, Kommentar, 8. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wulffen/Schütze, SGB X, §, Rn.)
- Schwanenflügel, Matthias*, Moderne Versorgungsformen im Gesundheitswesen, NZS 2006, S. 285-291
- Seewald, Otfried*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, Köln 1981
- Segura, Fabiano Fernandes*, A questão previdenciária na Primeira República. A excepcionalidade da Lei Eloy Chaves, Dissertação de Mestrado, São Paulo 2017
- Shirvani, Foroud*, Wettbewerb in der ambulanten ärztlichen Versorgung durch Selektivverträge nach § 73c SGB V, VSSR 2011, S. 361-381
- Simon, Michael*, Das Gesundheitssystem in Deutschland. Eine Einführung in Struktur und Funktionsweise, 6. Auflage, Hannover 2017
- Simsa, Ruth/Meyer, Michael/Badelt, Christoph (Hrsg.)*, Handbuch der Nonprofit-Organisation, Strukturen und Management, 5. Auflage, Stuttgart 2013
- Siqueira, José Eduardo*, 25 anos do SUS: o que há para comemorar? O Mundo da Saúde 2013, S. 56-64
- Sodan, Helge (Hrsg.)*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, §, Rn.)
- Sodan, Helge*, Die institutionelle und funktionelle Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, NZS 2000, S. 581-628
- Sodan, Helge*, Normsetzungsverträge im Sozialversicherungsrecht, NZS 1998, S. 305-313
- Sodan, Helge/Gast, Olaf*, Die Relativität des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität nach SGB V Verfassungs- und Europarecht, NZS 1998, S. 497-505
- Sodan, Helge/Schaks, Nils*, Konvergenz der Versicherungssysteme, VSSR 2011, S. 289-320

Souza, Celina, Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e aliança, *Revista de Ciências Sociais* 2001, S. 513-560

Souza, Jessé, A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado, Rio de Janeiro 2016

Spickhoff, Andreas, *Medizinrecht*, München 2018

Stamm, Andreas, Schwellen- und Ankerländer als Akteure einer globalen Partnerschaft: Überlegungen zu einer Positionsbestimmung aus deutscher entwicklungspolitischer Sicht, Discussion Paper 1/2004, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, abrufbar im Internet unter: <https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/11819/ssoar-2004-stamm-schwellen-undankerlander_als_akteure.pdf?sequence=1>, zuletzt besucht am 21.01.2019

Stelkens, Paul/Bonk, Joaquim Heimz/Sachs, Michael (Hrsg.), *Kommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Auflage, München 2014

Stember, Jürgen (Hrsg.), *Public Private Partnerships, Zukunftsmodelle für öffentliche Verwaltung*, Ostbevern 2005 (zitiert: *Bearbeiter* in: *Stember, Public Private Partnerships*, S.)

Stolleis, Michael, Hundert Jahre Gesetzliche Krankenversicherung, *ZSR* 1983, S. 612-623

Stolleis, Michael, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart 2003

Tamano, Luana Tieko Omena, O Movimento Sanitarista no Brasil: a visão da doença como mal nacional e a saúde como redentora, *Khronos (Revista da História da Ciência)* 2017, S. 102-115

Tennstedt, Florian, Vorgeschichte und Entstehung der Kaiserlichen Botschaft vom 17. November 1881, *ZSR* 1981, S. 663-710

Tettinger, Peter J., Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, *DÖV* 1996, S. 764- 770

Todero, Domingos Roberto, Dos convênios da Administração Pública, Dissertação de Mestrado, Porto Alegre 2006, abrufbar im Internet unter: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055010.PDF>>, zuletzt besucht am 21.01.2019

Travagin, Leticia Bona, O avanço do capital na Saúde: um olhar crítico às Organizações Sociais de Saúde, *Saúde em Debate* 2017, S. 995-1005

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Comparação de hospitais estaduais paulistas: estudo comparativo entre o gerenciamento da Administração Direta e das Organizações Sociais da Saúde, São Paulo 2010, abrufbar im Internet unter: <http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/2011-10-03-Comparacao_de_hospitais_estaduais_paulistas-estudo_compara.pdf>, zuletzt besucht am 21.01.2019

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Contratos de Parcerias Público-Privada, Guia Prático, São Paulo 2005, abrufbar im Internet unter: <https://www.4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/guia-basico-2005-ppp_0.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Tribunal de Contas da União, Relatório sobre a análise da experiência internacional e nacional em matéria de Parcerias Público Privadas, Brasília 2006, S. 1-213, abrufbar im Internet unter: <<https://www.portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?filed>>, zuletzt besucht am 20.01.2019

Trute, Von Hans-Heinrich/Denkhaus, Wolfgang/Kühlers, Doris, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Die Verwaltung* 2004, S. 452-473

Ugá, Maria Alicia/Piola, Sérgio Francisco/Porto, Sílvia Marta/Vianna, Solon Magalhães, Descentralização e alocação de recursos no âmbito do Sistema Único de Saúde, *Ciência & Saúde Coletiva* 2003, S. 417-437

Uhlenbruck, Wilhelm, Rechtliche Grenzen einer Rationierung in der Medizin, *MedR* 1995, S. 427-437

Ullrich, Nils, Finanzierungslücken bei medizinischen Innovationen? Rechtliche Rahmenbedingungen der Finanzierung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden sowie innovativer Arzneimittel, Baden-Baden 2013

United Nations. Department of Economic and Social Affairs, Handbook on Nonprofit Institutions in the System of National Accounts, New York 2003, abrufbar im Internet unter: <http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesF/SeriesF_91E.pdf>, zuletzt besucht am 21.01.2019

Varella, Thereza Christina/Piarantoni, Célia Regina, Mercado de trabalho: revendo conceitos e aproximando o campo da saúde. A década de 90 em destaque, Revista de Saúde Coletiva 2008, S. 521-544, abrufbar im Internet unter: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v18n3/v18n3a09.pdf>>, zuletzt besucht am 21.01.2019

Vaz, Inês Andreia Souza, As Parcerias Público-Privadas, O caso da Scutvias. Dissertação de Doutorado, Lisboa 2011, abrufbar im Internet unter: <http://repositorio-iul.icte.pt/bitstream/10071/4086/1/Tese%20de%20Mestrado%20PPP_%20In%C3%AAs%20Vaz.pdf>, zuletzt besucht am 21.01.2019

Ventura, Miriam/Simas, Luciana/Pepe, Vera Lúcia Edais/Schramm, Fermin Roland, Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetivação do direito à saúde, Revista de Saúde Coletiva 2010, S. 77-99

Vieira, Fabiola Sulpino/Benevides, Rodrigo Pucci de Sá, Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à Saúde no Brasil, Nota Técnica 28 do Instituto de Pesquisa Econômica (IPEA) 2016, S. 1-25

Vießmann, Thomas, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V, Baden-Baden 2009

Violin, Tarso Cabral, Terceiro Setor e parcerias com a Administração Pública, Belo Horizonte 2006

Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Recht als Instrument der Politik, Opladen 1986

von Alemann, Florian/Scheffczyk, Fabian, Selektivverträge in der GKV – Aktuelle Rechtsfragen der hausarztzentrierten Versorgung, NZS 2012, S. 45-51

Wagner, Regine/Knittel, Stefan/Baier, Gerhard, Kommentar, Soziale Krankenversicherung und Pflegeversicherung, Stuttgart 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wagner/Knittel, SGB V, §, S.)

Wallrabenstein, Astrid, Das Wettbewerbsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2015, S. 48-55

Walter, Ute, Das neue Patientenrechtegesetz, Praxishinweise für Ärzte, Krankenhäuser und Patienten, München 2013

Waltermann, Raimund, Sozialrecht, 12. Auflage, Heidelberg 2016

Wang, Daniel Wie Liang, Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF, Revista de Direito GV 2008, S. 539-568

Wasem, Jürgen/Staudt, Susanne, Wie muss Wettbewerb weiter ausgestaltet werden? VSSR 2012, S. 201-212

Wegrich, Kai, Das Leitbild „Better Regulation“. Ziele, Instrumente, Wirkungsweise, Berlin 2011

Weinberg, Harald, Eine solidarische Bürgerinnen- und Bürgerversicherung ist möglich, Standpunkte 2011, S. 1-4, abrufbar im Internet unter: <http://edoc.vifapol.de/opus/volltexte/2014/5453/pdf/Standpunkte_27_2011.pdf>, zuletzt besucht am 21.01.2019

Welti, Felix, Selbstverwaltung im sozialen Gesundheitswesen, SGB 1981, S. 404-412

Wendt, Claus, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? Gesundheitssysteme im Vergleich, 3. Auflage, Wiesbaden 2013

Wendt, Claus/Frisina, Lorraine/Rothgang, Heiz, Healthcare System Types: A Conceptual Framework for Comparison. Social Policy & Administration 2009, S. 70-90

Wendt, Claus/Wolf, Christof (Hrsg.), Soziologie der Gesundheit, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Wiesbaden 2006

Wendt, Claus/Rothgang, Heinz, Gesundheitssystemtypen im Vergleich. Konzeptionelle Überlegungen zur vergleichenden Analyse von Gesundheitssystemen, TranState Working Papers Nr. 61/2007, S. 1-29, abrufbar im Internet unter: <https://www.researchgate.net/publication/46458150_Gesundheitssystem_typenim_Vergleich_konzeptionelle_Uberlegungen_zur_vergleichen_Analyse_von_Gesundheitssystemen>, zuletzt besucht am 21.01.2019

Weselski, Silke, Modelle zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2006, S. 25-67

Wigge, Peter, Integrierte Versorgung und Vertragsarztrecht, NZS 2001, S. 17-24 (Teil 1); S. 66-71 (Teil 2)

Wigge, Peter/Harney, Anke, Selektivverträge zwischen Ärzten und Krankenkassen nach dem GKV- WSG, MedR 2008, S. 139-149

Wille, Marion/Koch, Erich, Die Gesundheitsreform 2007, München 2007

Wimmer, Raimund, Beitragssatzstabilität in der gesetzlichen Krankenversicherung – und keine angemessene vertragsärztliche Vergütung? MedR 2001, S. 361-363

Wolff, Bodo, Zur Zulässigkeit von Mindestmengen am Beispiel der Versorgung von Frühgeborenen – zugleich ein Beitrag zur demokratischen Legitimation des GBA nach seiner Umstrukturierung, NZS 2009, S. 184-193

Wollenschläger, Ferdinand, Eine Einheitliche Gebührenordnung für ambulante ärztliche Leistungen, NZS 2018, S. 385-392 (Teil 1); S. 445-452 (Teil 2)

Zimmermann, Christian, Der Gemeinsame Bundesausschuss, Heidelberg 2012

Zimmermann, Markus, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, Berlin 2009

Züll, Thomas, Regulierung im politischen Gemeinwesen, Tübingen 2014

Einleitung

A. Das Gesundheitswesen als zentrales politisches Handlungsfeld

I. Die individuelle und gesellschaftliche Bedeutung der Gesundheitsversorgung

Förderung, Erhalt und Wiederherstellung der Gesundheit sind sowohl für das Individuum als auch für die Gesellschaft äußerst wichtig. Ohne Gesundheit fehlt die Grundlage für die Entfaltungsmöglichkeit eines jeden Menschen sowie die Voraussetzung für die Leistungsfähigkeit des Gemeinwesens. Die Zunahme des selbstbestimmten gesundheitsorientierten Handelns in vielen Ländern der Welt zeigt, dass das Bewusstsein für den hohen Stellenwert von Gesundheit im Wachstum begriffen ist.¹ Auf dem Weg zu mehr Wohlbefinden hat sich auch das Verhältnis der Menschen zur Umwelt verändert. In diesem Zusammenhang wird im Rahmen der Gesundheitsforschung bspw. untersucht, wie bestimmte Umweltfaktoren sich auf die Gesundheit auswirken. Auch der Arbeitsplatz ist eine Lebenswelt,² in der Gesundheitsrisiken durch Prävention verhindert und vermindert werden sollen.³ Die gestiegene Wahrnehmung für die Bedeutung von Gesundheit und der gleichzeitig stattfindende demografische Wandel führen zu einer Steigerung der Nachfrage nach Gesundheitsleistungen und somit zu höheren Ausgaben für das Gesundheitswesen. Auch die ständigen medizinischen Innovationen,⁴ die immer neue Möglichkeiten der Diagnostik, Therapien, Präventionsmaßnahmen und Gesundheitsförderung eröffnen, haben zu der erhöhten Nachfrage und dem damit verbundenen Kostenanstieg beigetragen. Zur Deckung der steigenden Nachfrage ist das Vorhandensein eines leistungsfähigen Gesundheitssystems eine Grundvoraussetzung. Da finanzielle Mittel zur Gesundheitsversorgung nirgendwo auf der Welt in beliebiger Art und

¹ Laut einer Studie des Robert Koch-Instituts von 2012 achten immer mehr Menschen in Deutschland auf ihre Gesundheit, bspw. ist die Raucherquote gesunken und der Anteil der Sporttreibenden gestiegen, vgl. *Robert Koch-Institut, Daten und Fakten*, S. 8. In Deutschland wurde 2015 das Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention – Präventionsgesetz (BGBl. I, S. 1368) verabschiedet. Gesundheitsfördernde und primärpräventive Maßnahmen sollen das Verhalten des Einzelnen beeinflussen, damit Krankheiten verhindert werden, Kinder und Jugendliche gesund aufwachsen und die Lebensqualität steigt, vgl. Gesetzentwurf des Präventionsgesetzes, BT-Drucks. 18/4282, S. 21.

² Der § 20a SGB V definiert die Lebenswelt als das für die Gesundheit bedeutsame, abgrenzbare soziale System insbesondere des Wohnens, des Lernens, des Studierens, der medizinischen und pflegerischen Versorgung sowie der Freizeitgestaltung einschließlich des Sports.

³ Die gesetzlichen Krankenkassen bieten seit 2000 Leistungen der primären Prävention an, vgl. etwa. § 20 SGB V. Unter Primärprävention versteht man die Verminderung von Ursachen bestimmter Erkrankungen oder Krankheit überhaupt, *Rosenbrock/Kümpers*, in: *Wendt/Wolf, Soziologie der Gesundheit*, S. 246.

⁴ Zu medizinischen Innovationen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung siehe u. a. *Gottwald, Die rechtliche Regulierung medizinischer Innovationen in der gesetzlichen Krankenversicherung*, S. 63 ff.; *Ullrich, Finanzierungslücken bei medizinischen Innovationen?*, S. 84 ff.

Menge zur Verfügung stehen, werden Organisation, Struktur, Funktion und Leistungen von Gesundheitssystemen immer wieder in Frage gestellt. Bei jedem Regierungswechsel⁵ ist das Gesundheitswesen ein zentrales Thema, das Diskussionen auslöst und Reformvorhaben hervorbringt. In diesem Zusammenhang wird immer wieder überprüft, ob das jeweilige Gesundheitssystem insbesondere in Bezug auf seine zentralen Aspekte, nämlich Leistungserbringung, Finanzierung und Regulierung, effizient genug ausgestaltet wurde, um den steigenden Bedarf der Bevölkerung nach immer besseren Gesundheitsleistungen zu decken.

II. Typologie der Gesundheitssysteme

Jedes Gesundheitssystem besitzt eine tragende soziale und wirtschaftliche Bedeutung⁶. Das Gesundheitswesen ist eine der Säulen jegliches sozialen Sicherungssystems, das historisch gewachsen ist. Je umfassender die institutionalisierten Sozialleistungsprogramme eines Staates sind, desto sozialer ist dieser ausgeprägt.⁷ Ein Indikator für die Sozialstaatlichkeit eines Staates ist, ob jeder Bürger,⁸ unabhängig von seiner Beschäftigungsfähigkeit, die Möglichkeit hat, ein Leben in Würde zu führen.⁹

Auch wenn Sozialstaaten aufgrund ihrer unterschiedlichen sozialpolitischen Entwicklungen sehr individuell ausgestaltet sind, können die Unterschiede auf eine begrenzte Zahl von Variablen reduziert werden, welche die unterschiedlichen Wohlfahrtsstaatstypen definieren. Durch eine Unterscheidung nach der Rolle des Marktes, der Gesellschaft und des Staates bei der Erbringung der sozialstaatlichen Leistungen wurde Anfang der 1990er Jahre von *Esping-Andersen*¹⁰ eine Typologie von Wohlfahrtsstaatsregimen entwickelt, die Ausgangspunkt für

⁵ Zu programmatischen Prioritäten hinsichtlich der Gesundheit und Pflege, die bei der Regierungsbildung 2018 vereinbart wurden, siehe den Koalitionsvertrag zwischen CDU (Christlich Demokratische Union), CSU (Christlich-Soziale Union) und SPD (Sozialdemokratische Partei Deutschlands), S. 95 ff. Der Koalitionsvertrag ist abrufbar im Internet unter: <https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/Koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1>, zuletzt besucht am 13.01.2019.

⁶ Die Gesundheitswirtschaft entspricht ca. 12 % des Bruttoinlandprodukts und beschäftigt über 4,5 Mio. Erwerbstätige. Damit gehört sie zu den wichtigsten Pfeilern der deutschen Wirtschaft. Dazu vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Gesundheitswirtschaft 2016, S. 2; *Ranscht/Ostwald*, in: Fischer/Meyer, Gesundheit und Wirtschaftswachstum, S. 31.

⁷ Die Begriffe Sozialstaat und Wohlfahrtsstaat werden in dieser Arbeit als Synonyme verwendet. Zur Abgrenzung des Begriffs Wohlfahrtsstaat vgl. *Alber*, Der Sozialstaat in der Bundesrepublik 1950-1983, S. 30; *Deppe*, Zur sozialen Anatomie des Gesundheitssystems, S. 210 f. Zur Abgrenzung unterschiedlicher Formen von Sozialstaatlichkeit vgl. *Boschetti*, Observatório da Cidadania 2007, S. 91 ff.

⁸ Für die Bezeichnung von Personen wird aufgrund einer besseren Lesbarkeit nur die männliche Form verwendet. Die Frauen sind jedoch mit impliziert.

⁹ Vgl. hiermit *Butterwegge*, Krise und Zukunft des Sozialstaates, S. 16.

¹⁰ *Esping-Andersen*, The three worlds of welfare Capitalism, S. 23 ff.

eine weitere Systematisierung von Wohlfahrtsstaatstypen war. Nach diesen Kriterien unterscheidet man drei Wohlfahrtsstaatsmodelle, nämlich das liberale, das konservative und das sozialdemokratische.¹¹ Bei liberalen Wohlfahrtsstaatsregimen, wie z. B. in den USA, Kanada und Australien gegeben, überwiegt eine private Absicherung, bei welcher der freie Markt und die Familie eine wichtige Rolle spielen.¹² Bei konservativen Regimen, z. B. Deutschland, Österreich, Italien und Frankreich, wirken Staat und Markt zusammen in der Leistungserbringung, auch wenn der Staat einen starken Einfluss auf den Markt hat.¹³ Dieses Konzept ist durch das Bismarcksche Sozialversicherungsmodell geprägt.¹⁴ Für sozialdemokratische Regime, die sich etwa in Schweden, Dänemark oder Norwegen finden, sind vom Staat produzierte universale Leistungen und das Streben nach Gleichheit auf hohem Niveau charakteristisch.¹⁵

Die Untersuchung verschiedener Arten von Wohlfahrtsstaaten regte die Entwicklung von Typologien der Gesundheitssysteme an.¹⁶ Eine davon nutzt als Abgrenzungskriterien¹⁷ drei institutionelle Dimensionen des Gesundheitssystems, nämlich die Erbringung, Finanzierung und Regulierung der Gesundheitsleistungen. Diese Typologisierung unterscheidet drei bedeutsame Idealtypen, und zwar das *State Healthcare System* (z. B. England), das *Societal Healthcare System* (z. B. Deutschland) und das *Private Healthcare System* (z. B. USA).¹⁸

Beim *State Healthcare System* (Beveridge-Modell) werden Erbringung, Finanzierung und Regulierung der Gesundheitsleistungen hauptsächlich von der Regierung und den Behörden gelenkt und aus Steuermitteln finanziert. Ansprüche werden nach dem Prinzip der Bedarfsgerechtigkeit gewährt und erfüllt, unabhängig von geleisteten Beiträgen.¹⁹ Der Staat steht im Mittelpunkt der Gesundheitsversorgung und die Regulierung des Gesundheitssystems findet

¹¹ Esping-Andersen, *The three worlds of welfare Capitalism*, S. 26 f.

¹² Esping-Andersen, *The three worlds of welfare Capitalism*, S. 26.

¹³ Esping-Andersen, *The three worlds of welfare Capitalism*, S. 27.

¹⁴ Zur Beschreibung des Bismarck-Sozialversicherungsmodells siehe 1. Kap A I 1.

¹⁵ Esping-Andersen, *The three worlds of welfare Capitalism*, S. 27.

¹⁶ Da die von Esping-Andersen vorgeschlagene Typologie von Wohlfahrtsstaaten eine zentrale Dimension der Gesundheitssysteme als Unterscheidungsmerkmale nicht berücksichtigt, nämlich die sozialen Dienstleistungen, wurde diese Typologie als unangemessen für die Unterscheidung von Gesundheitssystemen angesehen und weitere Typologien wurden entwickelt, vgl. dazu Rothgang, in: Wendt/Wolf, *Soziologie der Gesundheit*, S. 299.

¹⁷ Zu den weiteren Kriterien zur Abgrenzung verschiedener Gesundheitssystemtypen voneinander vgl. Rothgang, in: Wendt/Wolf, *Soziologie der Gesundheit*, S. 300.

¹⁸ Wendt/Rothgang, *Gesundheitssystemtypen im Vergleich*, S. 9 ff.

¹⁹ Vgl. Schölkopf/Pressel, *Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich*, S. 2.

überwiegend durch eine Kombination von staatlichen und hierarchischen Instrumenten (wie Gesetze, Rechtsverordnungen und Ministerialerlasse) statt.²⁰

Im *Societal Healthcare System* (Bismarck-Modell) tragen korporatistische Organisationen (Körperschaften der medizinischen Versorgung und ihre Verbände) die Verantwortung für die Erbringung und Regulierung der Leistungen. Die Ansprüche werden nach dem Sozialversicherungsprinzip gewährleistet und das System wird vor allem durch Sozialversicherungsbeiträge der Versicherten und der Arbeitgeber finanziert.²¹ Die Regulierung wird überwiegend durch eine Kombination von korporatistischen Mechanismen (Selbstverwaltung und Verhandlung) sowie durch Wettbewerb realisiert.²²

Beim *Private Healthcare System* tragen private Einrichtungen die Verantwortung für die Leistungserbringung. Die Finanzierung wird hier über private Krankenversicherungsbeiträge sowie private Selbst- und Zuzahlungen gewährleistet.²³ In diesem Modell werden vor allem wettbewerbliche und marktwirtschaftliche Eingriffe als Regulierungsinstrumente gesehen.²⁴

Die Diversität von Gesundheitssystemen, die von vielfältigen politischen, kulturellen und sozio-technischen Wandlungsprozessen geprägt sind, wird durch ihre Typologisierung auf einige Grundformen reduziert. Die Idealtypen von Gesundheitssystemen kommen in ihrer Reinform bei realen Staaten jedoch nicht vor. Vielmehr findet eine Annäherung an einen Gesundheitssystemtypus statt.²⁵

B. Sinnhaftigkeit eines Rechtsvergleichs zwischen Deutschland und Brasilien

Um die Sinnhaftigkeit dieses Rechtsvergleichs zu beleuchten, wird im Folgenden zunächst ein Überblick über die Gesundheitssysteme von Deutschland und Brasilien gegeben.

²⁰ Vgl. *Wendt*, in: *Wendt/Wolf*, *Soziologie der Gesundheit*, S. 283.

²¹ Vgl. *Schölkopf/Pressel*, *Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich*, S. 2.

²² Vgl. *Wendt*, in: *Wendt/Wolf*, *Soziologie der Gesundheit*, S. 283.

²³ *Wendt/Rothgang*, *Gesundheitssystemtypen im Vergleich*, S. 5 f.

²⁴ Vgl. *Wendt*, in: *Wendt/Wolf*, *Soziologie der Gesundheit*, S. 283.

²⁵ *Schölkopf/Pressel*, *Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich*, S. 3.

I. Die deutsche gesetzliche Krankenversicherung

Die Bundesrepublik Deutschland erstreckt sich über eine Fläche von 357.385,71 km², hat ca. 82,7 Mio. Einwohner²⁶ und ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat,²⁷ der seit 1990 durch die deutsche Wiedervereinigung aus 16 Bundesländern besteht. Es herrscht insgesamt eine positive wirtschaftliche und soziale Entwicklung in allen Bundesländern dieses Industriestaates vor. Es gibt jedoch Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern in Bezug auf das Wirtschaftswachstum, die Erwerbstätigkeit, die Arbeitslosenrate und die soziale sowie die innere Sicherheit.²⁸ Eine große wirtschaftliche, soziale und räumliche Disparität zwischen den Bundesländern existiert jedoch nicht.

Der Gesundheitszustand der deutschen Bevölkerung ist insgesamt gut.²⁹ Das gegenwärtige deutsche Gesundheitssystem ist das Ergebnis der Entwicklung von mehr als einem Jahrhundert Sozialpolitik.³⁰ Es handelt sich um ein Krankenversicherungssystem, das in eine gesetzliche Krankenversicherung (GKV) und eine private Krankenversicherung (PKV) unterteilt ist. Eine funktionierende Krankenversicherung, die einen bestimmten Teil der Bevölkerung abdeckt, gibt es in Deutschland erst seit 1883.³¹ Der deutschen GKV wird häufig eine weitgehende Deckung mit dem Bismarck-Modell nachgesagt.³² In diesem Modell erfolgt die Finanzierung der Krankenversicherung vor allem über bruttolohnbezogene Beiträge von Arbeitgebern und Arbeitnehmern³³ und die vertragsärztliche Leistungserbringung ist vom Grundsatz der Selbstverwaltung geprägt.³⁴

²⁶ Die Daten stammen von der Webseite des Statistischen Bundesamts, Jahr 2017, abrufbar im Internet unter: <<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Bevoelkerungsstand.html;jsessionid=1F2FF3778326668E39788F87A8E26B37.InternetLive2>>; <<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/LaenderRegionen/Regionales/Gemeindeverzeichnis/Administrativ/Aktuell/02Bundeslaender.html>>, zuletzt besucht am 11.09.2018.

²⁷ Art. 20 Abs. 1 GG.

²⁸ Zum Vergleich der Erfolgs- und Aktivitätsindizes der Bundesländer siehe *Berthold/Kosturkova/Müller*, Info Schnelldienst 2010, S. 15 ff.

²⁹ Zwischen 2014 und 2016 lag die Lebenserwartung in Deutschland bei 78,3 Jahren für Männer und bei 83,2 Jahren für Frauen. Die Daten stammen von der Webseite des Statistischen Bundesamts, abrufbar im Internet unter: <<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Sterbefaelle/Sterbefaelle.html>>, zuletzt besucht am 17.01.2019.

³⁰ Zur historischen Entwicklung der sozialen Sicherung im letzten Jahrhundert vgl. *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 13 ff. Siehe dazu 1. Kap A I.

³¹ Das Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeit vom 15.06.1883 gilt als Grundlage der ersten Krankenversicherung in Deutschland. Vgl. dazu *Stolleis*, ZSR 1983, S. 613; *Peters*, ZSR 1983, S. 257.

³² Vgl. *Wendt/Frisina/Rothgang*, Social Policy & Administration 2009, S. 81 ff. Siehe dazu 1. Kap. A II.

³³ Vgl. dazu 1. Kap. A II 5.

³⁴ Vgl. dazu 1. Kap. A II 2; 3.

Die GKV hat in den Nachkriegsjahrzehnten durch die Integration eines wachsenden Teils der Bevölkerung und die Ausweitung des Leistungskatalogs eine positive Entwicklung erlebt³⁵ und wurde wiederholt reformiert. Die Gründe hierfür waren der medizinisch-technische Fortschritt, die steigenden Erwartungen an die Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems sowie die demografische Entwicklung, mit welcher auch ein Kostenanstieg der Gesundheitsversorgung einherging.³⁶ Die Kostendämpfungspolitik in der GKV begann 1977 mit verschiedenen Gesetzen, die darauf abzielten, den schnellen Anstieg der Gesundheitsausgaben abzubremsen.³⁷ Eine Ausgabenbegrenzung sowie Anreize zur Steigerung der technischen und allokativen Effizienz zu schaffen, war Zweck von weiteren Strukturreformen im Gesundheitswesen in den Folgejahren. Obwohl einige defizitäre Bereiche in der GKV zu diagnostizieren sind, bspw. das gleichzeitige Bestehen von Über-, Unter- und Fehlversorgung,³⁸ kann im internationalen Vergleich von einer qualitativ hochwertigen Gesundheitsversorgung gesprochen werden³⁹. Es ist Deutschland im Laufe der Zeit gelungen, quasi die gesamte Bevölkerung zu versichern.⁴⁰

³⁵ Alber, Das Gesundheitswesen der Bundesrepublik Deutschland, S. 24 ff.

³⁶ Zur Strukturveränderung der GKV im Laufe der Zeit siehe Hänlein/Schuler, in: Hänlein/Schuler, SGB V, Einleitung, Rn. 10.

³⁷ Zu den wichtigsten Reformen der GKV siehe 1. Kap. A I 4.

³⁸ Trotz der Regulierung der Versorgung bestehen Überkapazitäten in städtischen Ballungsgebieten neben Ärztemangel in ländlichen Gebieten. Siehe dazu *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001, S. 31 ff. und 65 ff. Zur Problematisierung des Ärztemangels siehe Hochheim, Deutschland – ein Land ohne Ärzte? S. 23 ff.; Naumann/Skibbe, Das Versorgungsstrukturgesetz in der Praxis, S. 19 ff. Zur hausärztliche Versorgung in den Kreisfreien Städten im Vergleich zu den Landkreisen vgl. etwa für den Freistaat Bayern den Bericht der Enquete-Kommission „Gleichwertige Lebensverhältnisse in ganz Bayern“ vom 30.01.2018, LT-Drucks. 18/4095, S. 56.

³⁹ Deutschland steht zwar an der Spitze hinsichtlich der Gesundheitsausgaben, erzielt aber in Bezug auf die Versorgung nur mittelmäßige Ergebnisse im internationalen Vergleich, bspw. belegt Deutschland den 17. Platz hinsichtlich der Lebenserwartung. Vgl. dazu *OECD*, Deutschland: Länderprofil Gesundheit 2017, S. 2 ff.; Rosenbrock/Gerlinger, in: Hurrelmann/Razum, Handbuch Gesundheitswissenschaften, S. 1019; Knieps in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 21; Gerlinger, in: Manzei/Schmiede, 20 Jahre Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 41.

⁴⁰ 2011 waren ca. 99 % der Bevölkerung krankenversichert; davon waren ca. 87,5 % gesetzlich und ca. 11,7 % privat versichert. Die Daten stammen von der Webseite des Statistischen Bundesamts, Gesundheit und soziale Sicherung, Auszug aus dem Datenreport 2016, S. 290, abrufbar im Internet unter: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Datenreport/Downloads/Datenreport2016Kap10.pdf?__blob=publicationFile>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

II. Das brasilianische Gesundheitssystem

Mit einer Fläche von 8.502.728,3 km² und ca. 209,2 Mio. Einwohnern⁴¹ ist Brasilien eines der größten Länder der Welt und flächenmäßig ca. 23 Mal größer als Deutschland. Die präsidentiale Bundesrepublik ist in 27 Bundesstaaten unterteilt. Für ein Land mit diesen Dimensionen sowie großen wirtschaftlichen, sozialen und räumlichen Disparitäten zwischen den 27 Staaten ist es eine riesige Herausforderung, ein umfassendes nationales Gesundheitssystem einzuführen. Dennoch hat Brasilien in den vergangenen 30 Jahren große Fortschritte im Bereich der Gesundheitsversorgung erzielt.⁴² Ab 1987, nach Ende der Militärdiktatur, veränderte sich die Struktur des Gesundheitssystems grundlegend und ein Teil des vorherigen Sozialversicherungsmodells wurde in ein staatliches Gesundheitssystem umgewandelt. Zurzeit hat Brasilien daher ein steuerfinanziertes Gesundheitssystem mit freiem Zugang für alle Bürger. Das *Sistema Único de Saúde* – SUS (Einheitliches Gesundheitssystem) wurde in der Brasilianischen Bundesverfassung von 1988 (BBV/88)⁴³ festgeschrieben und danach durch verschiedene Gesetze⁴⁴ und Rechtsverordnungen⁴⁵ umgesetzt.

Die Verankerung des SUS in der BBV/88 zeigt, dass man 1988 ein neues Modell eines Gesundheitssystems für sinnvoll hielt, jedoch war der Zeitpunkt, zu dem das SUS eingeführt wurde, ungünstig für die Umsetzung eines staatlichen Gesundheitssystems.⁴⁶ Der Grund dafür war die Krise des Sozialstaats in Europa und in Deutschland, der in der Mitte der 1970er Jahre nach einer Expansion in der Nachkriegszeit in finanzielle und politische Schwierigkei-

⁴¹ Die Daten stammen von der Webseite des *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* (Brasilianisches Institut für Geografie und Statistik), Jahr 2017, abrufbar im Internet unter: <<https://ww2.ibge.gov.br/apps/pulacao/projecao/>>, zuletzt besucht am 17.05.2018.

⁴² Zu den Fortschritten des SUS seit seiner Einrichtung siehe u. a. *Mendes*, *Estudos Avançados* 2013, S. 27 ff.; *Siqueira*, *O Mundo da Saúde* 2013, S. 60 ff.; *Paim/Travassos/Almeida/Bahia/Macinko*, *Health in Brazil* 1, *Lancet* 2011, S. 1778 ff.; *Giovanella/Porto*, *Gesundheitswesen und Gesundheitspolitik in Brasilien*, S. 4; *Barbosa*, *Revista de Gestão em Sistemas de Saúde* 2013, S. 93 ff.; *CONASS*, *SUS: avanços e desafios*, S. 31 ff.

⁴³ Vom 05.10.1988, DOU vom 06.10.1988.

⁴⁴ Gesetz Nr. 8.080 vom 19.09.1990 (DOU vom 20.09.1990) und Gesetz Nr. 8.142 vom 28.12.1990 (DOU vom 31.12.1990).

⁴⁵ Die untergesetzlichen Normen umfassen in Brasilien vor allem *Decretos* (Rechtsverordnungen) und *Portarias* (Ministerialerlasse), die jeweils von dem Präsidenten und dem Bundesminister unterschrieben werden. In der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011 (DOU vom 29.06.2011) wird der Inhalt des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.90 konkret geregelt.

⁴⁶ Zur Beschreibung des historischen Kontextes, zu dem das SUS eingerichtet wurde, siehe *Barbosa*, *Revista de Gestão em Sistemas de Saúde* 2013, S. 91.

ten kam. Von den Wirtschafts- und Beschäftigungskrisen waren auch sozialstaatliche Strukturen und Leistungen betroffen.⁴⁷ In diesem Zusammenhang wurde die Notwendigkeit eines Sozialstaates zur Vermeidung sozialer Ungleichheit in Zweifel gezogen⁴⁸ und neoliberale politische Leitlinien gewannen an Bedeutung.⁴⁹ Im wirtschaftlichen Teil der Theorie des Neoliberalismus wird das freie Wirken der Marktkräfte für erfolgreich gehalten. Infolgedessen werden staatliche Eingriffe in Sozial- und Wirtschaftsebenen abgelehnt.⁵⁰ Staatliche Maßnahmen sollen demnach nur stattfinden, um die Wirtschaft eines Landes funktions- und konkurrenzfähig zu halten.⁵¹ In Brasilien intensivierte sich in den 1990er Jahren die neoliberale Politik und daher wurde die Einführung und Entwicklung von wohlfahrtsstaatlichen politischen Leitlinien letztlich nicht vollstreckt.⁵²

Trotz dieses negativen Hintergrunds entwickelt sich das SUS seit 1988 ständig weiter, um seiner Aufgabe gerecht werden zu können, nämlich der gesamten brasilianischen Bevölkerung eine Gesundheitsversorgung in Form aller präventiven, kurativen und rehabilitierenden Behandlungen anzubieten.⁵³ Heute ist das SUS eine wichtige Errungenschaft für die Bevölkerung. Auch wenn nach 30 Jahren der Festlegung von Normen, die das Recht auf Gesundheit gewährleisten sollen, die Qualität und der Zugang zur Gesundheitsversorgung noch unzureichend sind, hat das SUS die brasilianische Gesundheitsversorgung deutlich verbessert. Die Fortschritte lassen sich nicht nur am Rückgang der Kindersterblichkeit festmachen, sondern auch am verbesserten Zugang zu Gesundheitsleistungen. Es wurden gesundheitsbezogene regionale Unterschiede verringert und es wurde vermehrt in die Aus- und Weiterbildung

⁴⁷ Vgl. *Butterwegge*, Krise und Zukunft des Sozialstaates, S. 79.

⁴⁸ Zur Debatte um die Krise des Sozialstaats vgl. u. a. *Alber*, Der Sozialstaat in der Bundesrepublik, S. 232 ff.; *Zacher*, in: Koslowski/Kreuzer/Löw, Chancen und Grenzen des Sozialstaats, S. 66 ff.; *Lobitz*, Bewältigungsstrategien für die Krise des Sozialstaats, S. 12 ff.; *Schönig/L'Hoest*, in: Schönig/L'Hoest, Sozialstaat wohin? S. 1 ff.; *Butterwegge*, Krise und Zukunft des Sozialstaates, S. 73 ff.

⁴⁹ Zur Entwicklung neoliberaler politischer Leitlinien in Europa und Lateinamerika vgl. *Anderson*, in: Sader/Gentili, Pós-neoliberalismo, S. 9 ff.

⁵⁰ Zum Überblick über die historischen und theoretischen Grundlagen des Neoliberalismus vgl. *Ptak*, in: *Butterwegge/Lösch/Ptak*, Kritik des Neoliberalismus, S. 13 ff.

⁵¹ Dazu vgl. *Butterwegge*, Krise und Zukunft des Sozialstaates, S. 74 f.

⁵² Zum Einfluss der neoliberalen politischen Leitlinien bei der Umsetzung der gesundheitsbezogenen Politik in den 1990er Jahren in Brasilien vgl. u. a. *Bravo/Mota*, in: *Bravo/Pereira*, Política Social e Democracia, S. 197 ff.; *Gerschman*, A democracia inconclusa, S. 29 ff.; *Borlini*, Textos & Contextos 2010, S. 327 f.

⁵³ Art. 196 BBV/88.

der Gesundheitsfachkräfte sowie in die wissenschaftliche und technologische Erkenntnisgewinnung investiert.⁵⁴ Mit dem SUS wurde somit nicht nur ein besserer Zugang zur Gesundheitsversorgung sowie ein verbesserter Gesundheitszustand der Bevölkerung erreicht, sondern auch ein wichtiges staatliches Programm zur sozialen Eingliederung geschaffen,⁵⁵ das die durch ungleich verteilte Gesundheitschancen bedingte soziale Ungleichheit verringert hat.

Das SUS ist auch bemerkenswert in Hinsicht auf seine Organisation innerhalb der Staatsverwaltung. Beim Prozess der Umsetzung wurde eine immense dezentralisierte Verwaltungsstruktur entwickelt, in der die Gesundheitsbehörden aller Gemeinden und Länder zu einem System des Bundes zusammengelegt wurden, auf das auch von den Gesundheitsbehörden der Gemeinden und Länder zugegriffen werden kann. Das SUS wurde insofern in die Struktur der Föderation integriert, als dass die Verantwortung in Bezug auf die Planung, Erbringung und Finanzierung der gesundheitsbezogenen Leistungen von den drei Regierungsebenen, nämlich Bund, Länder und Gemeinden, übernommen wurde.

Die Umsetzung des SUS bedeutete darüber hinaus die Entwicklung von institutionellen Instanzen zum Dialog zwischen den drei Regierungsebenen. Die *Comissões Intergestores* (Ausschüsse der öffentlichen Leistungsträger⁵⁶) wurden zur Förderung von politischen Kompromissen und technischen Kooperationen hinsichtlich der Realisierung der Gesundheitsversorgung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden eingeführt. Die funktionellen, wirtschaftlichen und administrativen Aspekte der Gesundheitsversorgung werden in diesen institutionellen Instanzen von den Leistungsträgern der drei Regierungsebenen vereinbart.⁵⁷

Schließlich wurden durch die Einführung des SUS auch institutionelle Instanzen eingerichtet, in denen die Bürger an der Gestaltung der Gesundheitspolitik und an den Entscheidungen über gesundheitliche Maßnahmen mitwirken können (Gesundheitsräte).⁵⁸ Auch diese institutionellen Mechanismen zur Handlungskoordination sind nennenswerte Merkmale des SUS.

⁵⁴ Vgl. u. a. *Barbosa*, *Revista de Gestão em Sistemas de Saúde* 2013, S. 93.

⁵⁵ Angesichts der Reduktion des staatlichen und an Konditionen gebundenen Transferprogramms zur Unterstützung der ärmsten brasilianischen Bevölkerungsschichten (*Programa Bolsa Família*) ist das SUS das umfassendste staatliche Programm zur sozialen Eingliederung in Brasilien. Dazu *Santos*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2008, S. 2010. Zu Bewertung und Ergebnissen des Transferprogramms vgl. *Castro/Modesto*, *Bolsa Família 2003-2010: avanços e desafios*, S. 25 ff.

⁵⁶ Zur Definition von Leistungsträgern siehe Fn. 60.

⁵⁷ Siehe dazu I. Kap. B II 1.

⁵⁸ Siehe dazu I. Kap. B II 1.

III. Ist ein Rechtsvergleich überhaupt möglich?

Bereits die Darstellung der beiden Gesundheitssysteme zeigt, wie sehr sich Deutschland und Brasilien aufgrund ihrer politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bedingungen unterscheiden. Daher könnte die Frage aufkommen, ob ein Rechtsvergleich dieser beiden Gesundheitssysteme überhaupt möglich ist. Tatsächlich sind die Unterschiede zwischen dem deutschen und brasilianischen Gesundheitssystem immens. Das ist jedoch kein Hindernis für einen Rechtsvergleich.

In dieser Arbeit soll gezeigt werden, dass sich diese Gesundheitssysteme tatsächlich vergleichen lassen, sofern eindeutig bestimmbare Vergleichskriterien entwickelt und bestimmte Mindestanforderungen erfüllt werden. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Gesundheitssysteme von Deutschland und Brasilien einerseits durch eine große Binnenvarianz gekennzeichnet und andererseits in unterschiedliche Kontexte eingebettet sind. Bei einem solchen Vergleich ist die Wahrscheinlichkeit einer Erkenntnisgewinnung letztlich sogar größer als beim Vergleich von Gegenständen, die sich ähneln. Denn je unterschiedlicher die Kontexte sind, desto größer ist die Vielfalt der institutionellen Rahmenbedingungen. Bspw. sind die Grundprämissen des Systems innerhalb von Ländern mit dem gleichen Entwicklungsniveau normalerweise ähnlich. Bei Ländern mit unterschiedlichen Entwicklungsniveaus ist es jedoch meist so, dass die Prämissen sich deutlich unterscheiden. Ein Grundsatz, der innerhalb eines Industrielands selbstverständlich ist, kann innerhalb eines Entwicklungslands fehlen. In Brasilien besteht bspw. zum Teil eine enorme Diskrepanz zwischen dem, was im Gesetz festgelegt ist und dem, was in der Realität geschieht. Gesetze funktionieren hier üblicherweise als programmatische Normen, also im Grunde genommen als Ziele für die Zukunft. Diese Vorstellung ist in Deutschland fremd. Die Erkenntnis, dass schon das Verhältnis zum Gesetz in den beiden Ländern unterschiedlich ist, macht den Rechtsvergleich komplexer und möglicherweise auch interessanter.

Eine weitere Herausforderung für diesen Rechtsvergleich ist es, ein so genanntes funktionales Äquivalent in der Rechtsordnung beider Länder zu finden. Es soll gezeigt werden, auf welche Weise und mit welchen rechtstechnischen Mitteln die verschiedenen Rechtssysteme ein bestimmtes Rechtsproblem behandeln.⁵⁹ Als funktionales Äquivalent gelten für diese Arbeit die Verträge zwischen Leistungsträgern⁶⁰ und Leistungserbringern⁶¹ im Rahmen der

⁵⁹ Zum Begriff des funktionalen Äquivalents vgl. *Scheiwe*, KritV 2000, S. 30 ff.

⁶⁰ Leistungsträger sind die Verantwortlichen für die Gewährung und die Kosten der Leistungen z. B. Selbstverwaltungorganisationen in Deutschland und staatliche Organisationen in Brasilien.

⁶¹ Leistungserbringer sind hier Ärzte, Krankenhäuser, Apotheken und andere Personen oder Organisationen, welche die Leistungserbringung durchführen.

ärztlichen Versorgung in Deutschland und in Brasilien. Durch die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Übereinstimmungen bzw. Parallelen sowie Unterschieden dieser Verträge in Deutschland und Brasilien wird erklärt, wie die Rechtsbeziehung zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in diesen beiden Ländern geregelt wird. Dies führt nicht nur zu einem tieferen Verständnis der Beziehungen innerhalb der Leistungserbringung, sondern auch zum Erkenntnisgewinn über die Gesundheitssysteme als Ganzes. Die Erkenntnisse darüber, wie die Rechtsverhältnisse zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in Deutschland eingerichtet und entwickelt wurden, könnten zur Weiterentwicklung dieses Bereichs in Brasilien beitragen, weil die GKV einen langen Weg mit Erfolgen, aber auch Misserfolgen hinter sich hat. Auf der anderen Seite hat Brasilien auch Erfahrungen zu diesem Thema gesammelt, die interessant für Deutschland bei den zahlreichen Reformen seines Gesundheitssystems sein könnten. Vergleichende Studien mit einem Fokus auf Gesundheitssystemen haben seit etwa Mitte der 1970er Jahre in quantitativer Hinsicht erheblich zugenommen.⁶² Im Zentrum dieser Vergleiche stehen Fragen der Finanzierung, Ausgabenentwicklung und Steuerung von Gesundheitssystemen.⁶³

Es gibt eine Reihe weiterer Gründe, warum ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Brasilien bzw. zwischen ihren Gesundheitssystemen interessant ist. Neben den vielen unterschiedlichen Aspekten bestehen nämlich auch interessante Ähnlichkeiten und Beziehungen, die Deutschland und Brasilien verbinden.

So kann man bspw. im Rahmen der Rechtsordnung einige Ähnlichkeiten zwischen verzeichnen. Zunächst gehören die beiden Rechtssysteme zur kontinentaleuropäischen Rechtsordnung, die vom römischen Recht beeinflusst wurde.⁶⁴ In beiden Ländern ist die Gesetzgebung die wichtigste Rechtsquelle. Außerdem lässt sich die Einflussnahme des deutschen Rechts auf das brasilianische Recht zu unterschiedlichen Zeitpunkten und in unterschiedlicher Intensität beobachten.⁶⁵ Nicht nur Gesetze, sondern auch die Einrichtung von Versorgungsorganisationen⁶⁶ sind vom deutschen Recht inspiriert. Die brasilianische Verfassung von 1934

⁶² Vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung, S. 64 ff.

⁶³ Dazu siehe *Wendt*, in: *Wendt/Wolf*, Soziologie der Gesundheit, S. 271.

⁶⁴ Vgl. *De Cruz*, Comparative Law in a Changing World, S. 43.

⁶⁵ Unter den deutschen Rechtswissenschaftlern und Philosophen, die das brasilianische Recht beeinflussten, sind von besonderer Bedeutung Rudolf von Ihering, Hans Kelsen, Konrad Hesse, Robert Alexy und Jürgen Habermas. Dazu vgl. *Krell*, Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, S. 43.

⁶⁶ Die Einrichtung der Renten- und Pensionskassen (*Caixas de Aposentadoria e Pensão*) hatte die von Bismarck im Jahr 1883 eingeführte Krankenversicherung zum Vorbild. Siehe dazu 1. Kap B I 1.

war die erste, welche die soziale Ordnung umfassend behandelte und soziale Rechte anerkannte.⁶⁷ Sie war von der Verfassung der Weimarer Republik aus dem Jahr 1919 und von der Verfassung Spaniens aus dem Jahr 1931 beeinflusst.⁶⁸ Auch das brasilianische Zivilgesetzbuch von 1916⁶⁹ wurde vom deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) beeinflusst.⁷⁰ Selbst heute kommt es noch häufig vor, dass in der Begründung von Gerichtsentscheidungen deutsche Juristen zitiert werden.⁷¹

Brasilien hat in wirtschaftlicher Hinsicht eine große Bedeutung für Deutschland, weil das Land der wichtigste deutsche Handelspartner in Lateinamerika ist.⁷² Deutschland ist seinerseits der zweitwichtigste ausländische Investor in Brasilien.⁷³ Dies zeigt, wie präsent die deutsche Wirtschaft in dem Land ist.⁷⁴ Die Anwesenheit der deutschen Unternehmen in Brasilien ist ein weiterer Grund dafür, warum es interessant sein könnte, die Rahmenbedingungen der brasilianischen Gesundheitsversorgung zu untersuchen.

Auch aus politischer Perspektive ist die Rolle Brasiliens nicht unerheblich. Das Land hat in den letzten Jahren einen bedeutenden Anstieg seines Wirtschaftswachstums erlebt, insbesondere aufgrund einer Zunahme des Binnenkonsums und der Rohstoffexporte.⁷⁵ In Hinblick auf seine demografischen, wirtschaftlichen und politischen Bedingungen wurde Brasilien als „Ankerland“ eingeordnet.⁷⁶ So werden Länder bezeichnet, die künftig voraussichtlich Schlüsselpositionen in Weltpolitik und Weltwirtschaft einnehmen werden.⁷⁷ Neben Russland, Indien, China und Südafrika gehört Brasilien zu der Gruppe der BRIC-Staaten

⁶⁷ *Dos Santos*, *Cidadania e Justiça*, S. 31.

⁶⁸ Vgl. *Sarlet*, Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz, S. 42; *Do Bem*, in: *De la Fontaine/Stehnken*, Das politische System Brasiliens, S. 36.

⁶⁹ Gesetz Nr. 3.071 vom 01.01.1916, DOU vom 05.01.1916.

⁷⁰ Vgl. *Junior*, *Revista dos Tribunais* 2013, S. 79.

⁷¹ Die von Claus Roxin in dem Werk *Täterschaft und Tatherrschaft* aus dem Jahr 1963 weiterentwickelte Theorie wird in vielen Gerichtsentscheidungen angewendet (z. B. STJ, 6^a Gruppe, HC191444/PB HABEAS CORPUS2010/0217862-8, Berichterstatter: Og Fernandes; Entscheidung vom 06.09.2001, TRF, fünfte Region, INQ2410/PB, Richter Emiliano Zapata Leitão, Entscheidung vom 05.12.2012).

⁷² Vgl. *Frech/Grabendorff*, Das politische Brasilien, S. 182; Auswärtiges Amt – Beziehung zwischen Brasilien und Deutschland, Januar 2018, abrufbar im Internet unter: <https://brasil.diplo.de/br-de/themen/willkommen/laenderinfos/bilateralebeziehungen#content_1>, zuletzt besucht am 19.01.2018.

⁷³ Vgl. *Kühn/Jessé*, Das moderne Brasilien, S. 9.

⁷⁴ Vgl. *Stamm*, Entwicklungszusammenarbeit im Gesamtkontext der Deutsch-Brasilianischen Kooperation, S. 3 ff.

⁷⁵ *Frech/Grabendorff*, Das politische Brasilien, S. 185.

⁷⁶ *Stamm*, Schwellen- und Ankerländer als Akteure einer globalen Partnerschaft, S. 12.

⁷⁷ *Stamm*, Schwellen- und Ankerländer als Akteure einer globalen Partnerschaft, S. 7.

oder Schwellenländer,⁷⁸ die angesichts des Globalisierungsprozesses eine neue Stellung auf der internationalen Bühne erhalten.⁷⁹ Als Schwellenländer gelten diejenigen, die, obwohl sie noch viele der Kriterien von Entwicklungsländern erfüllen, aufgrund ihres sozio-ökonomischen Entwicklungsstandes und ihrer wirtschaftlichen Dynamik ansatzweise als Industrieländer klassifiziert werden können.⁸⁰ Die BRIC-Staaten verfügen über das Potential, wichtige Pole der Wirtschaft zu werden und die Zukunft der internationalen Ordnung zu prägen. Ziel dieser Staaten ist es, nicht nur ihr Wirtschaftswachstum beizubehalten, sondern auch eine Armutsminderung und eine nachhaltige Entwicklung zu erreichen.⁸¹ Die BRICS-Staaten können für die letzten zwei Jahrzehnte ein hohes Wirtschaftswachstum verzeichnen, aber sie werden große Anstrengungen unternehmen müssen, um diesen Aufstieg beizubehalten.⁸² In diesem Zusammenhang ist Brasilien ein strategischer Partner für die entwickelten Industrieländer in Hinsicht auf die Gestaltung regionaler und globaler Prozesse.⁸³

Auch aufgrund dieser Tatsachen ist es sinnvoll, eine Gegenüberstellung des deutschen und brasilianischen Gesundheitssystems durchzuführen. Durch die Herausarbeitung von Unterschieden und Ähnlichkeiten hinsichtlich des Gesundheitssystems bzw. der Institution der Gesundheitsversorgung werden Erkenntnisse gewonnen, die dazu beitragen können, das Verhältnis zwischen den beiden Ländern zu verbessern.

C. Der konkrete Betrachtungsgegenstand und Fragestellungen

Die folgende Untersuchung fokussiert sich auf die Leistungserbringung als eine der wichtigsten institutionellen Dimensionen des Gesundheitssystems. Sie entspricht der Konkretisierung des Anspruchs auf Gesundheitsversorgung. Zusammen mit der Finanzierung und Regulierung prägt die Leistungserbringung das Gesundheitssystem.⁸⁴ Sie ist ein komplexes

⁷⁸ Zur Erklärung des Begriffs Ankerländer und Abgrenzung zum Begriff Schwellenländer vgl. *Stamm*, Schwellen- und Ankerländer als Akteure einer globalen Partnerschaft, S. 9.

⁷⁹ *Kappel/Pohl*, Der wirtschaftliche Aufstieg der BRICS-Staaten, S. 2 ff.

⁸⁰ *Stamm*, Schwellen- und Ankerländer als Akteure einer globalen Partnerschaft, S. 12.

⁸¹ Dazu vgl. *Lobato*, *Ciência & Saúde Coletiva*, 2018, S. 2133.

⁸² Dazu vgl. *Kappel/Pohl*, Der wirtschaftliche Aufstieg der BRICS-Staaten, S. 2 ff.

⁸³ Zur brasilianischen Rolle als Global Player siehe *Hölzl*, Brasilien auf dem Weg zum Global Player, S. 239 ff.

⁸⁴ Vgl. *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 69 ff.

Teilsystem, auf das verschiedene Akteure⁸⁵ vor allem Staat, Leistungsträger, Leistungserbringer und Leistungsempfänger⁸⁶ auf unterschiedlichen Ebenen einwirken. In dieser Arbeit wird insbesondere die Interaktion zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern sowie ihr Handlungskontext untersucht. Diese Akteure handeln nach verschiedenen Interessen und Zielen. Obwohl sie zur Sicherstellung der Gesundheitsversorgung zusammenarbeiten, besteht häufig ein spannungsreiches Verhältnis zwischen ihnen, in dem die Interessenkonflikte vom Kampf um Macht und Geld geprägt sind. Bei Systemen, die so komplex sind wie Gesundheitssysteme, sind Steuerungsmechanismen als unabdingbar anzusehen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, unter welchen Bedingungen unterschiedliche Interessen von Akteuren der Leistungserbringung mit Hilfe von rechtlichen Steuerungsinstrumenten harmonisiert werden können.⁸⁷

Deutschland und Brasilien sind zwei in vielerlei Hinsicht ganz unterschiedliche Länder, die verschiedene Modelle von Gesundheitssystemen gewählt haben. In Deutschland, wo das Gesundheitssystem nach dem Idealtyp *Societal Healthcare System* ausgestaltet wurde, wird die Leistungserbringung durch Dritte realisiert. Das vorherrschende System ist durch das kollektive Vertragssystem zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern geprägt.⁸⁸ In Brasilien erfolgt die Leistungserbringung in der Regel unmittelbar durch öffentliche Leistungserbringer. Die Einbeziehung der privaten Leistungserbringer in das brasilianische staatliche Gesundheitssystem, das nach dem Idealtyp *State Healthcare System* ausgestaltet wurde, sollte vor dem Hintergrund seiner staatlichen Konzeption nur ausnahmsweise geschehen.⁸⁹ In Deutschland hat die Teilnahme der privaten Leistungserbringer an der GKV dagegen eine lange Tradition. Die Teilnahme der privaten Leistungserbringer in Brasilien hat im Laufe der Zeit immer mehr zugenommen, nicht nur bei den Dienstleistungen, sondern

⁸⁵ Unter sozialem Akteur oder sozial handelnder Person versteht man hier das aktive Subjekt eines gesellschaftlichen Systems, das mit anderen regelhaft und auf Dauer interagiert. Ein Gesundheitssystem ist ein ausdifferenziertes gesellschaftliches Teilsystem mit vielen Akteuren, die in staatliche, gesellschaftliche und private unterteilt werden können. Dazu vgl. *Mayntz, Soziale Dynamik und politische Steuerung*, S. 283 ff.

⁸⁶ Leistungsempfänger eines Gesundheitssystems ist der Leistungsberechtigte, der Versicherte einer gesetzlichen Krankenversicherung und der potenzielle Nutzer von Gesundheitsleistungen eines staatlichen Gesundheitssystems.

⁸⁷ Rechtliche Steuerungsinstrumente sind vornehmlich Normen, die bspw. Verbote, Gebote, Einräumung von Rechtsansprüchen, Formulierung von Zwecken und Definitionen von Bedingungen umfassen. Vgl. dazu *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, S. 93 ff.

⁸⁸ § 72, Abs. 2 SGB V.

⁸⁹ Art. 197, 199, § 1 BBV/88.

auch beim Angebot neuer Technologien für die Untersuchungen. Die privaten Leistungserbringer spielen daher in den Gesundheitssystemen beider Länder faktisch eine wichtige Rolle. Außerdem ließ sich in den 1990er Jahren innerhalb der Leistungserbringung in beiden Ländern das Entstehen von neuen Vertragsformen zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern beobachten. Dieses Phänomen wirft viele Fragen auf. Warum sind diese neuen Vertragsformen in Deutschland und in Brasilien entstanden? Gibt es einen allgemeinen Grund für diese Entwicklung? Welche Rolle spielen diese Verträge innerhalb des Gesundheitssystems des jeweiligen Landes? Wird in Deutschland in absehbarer Zukunft ein Selektivvertragssystem⁹⁰ das Kollektivvertragssystem ersetzen? Oder werden die Selektivverträge nur eventuelle Lücken der Kollektivverträge füllen? Können die Verträge zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern in Brasilien, wo die Leistungserbringung in der Regel durch öffentliche Leistungsträger realisiert werden sollte, als eine Form von Privatisierung der Gesundheitsdienste charakterisiert werden?

Die theoretische Grundlage für die Beantwortung dieser und damit zusammenhängender Fragen bilden Elemente der staatlichen Steuerungstheorie, des akteurszentrierten Institutionalismus und der Governance-Perspektive,⁹¹ nach denen das Verhältnis von staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstorganisation bei der Lösung gesellschaftlicher Probleme eine wichtige Rolle spielt. Steuerung setzt einen Steuerungsakteur (Steuerungssubjekt) voraus, der auf ein bestimmtes Objekt (Steuerungsobjekt) durch geeignete Instrumente (Steuerungsinstrumente) einwirkt, um bestimmte Ziele (Steuerungsziele) zu verfolgen.⁹² Diese Mechanismen zeigen die mögliche Steuerungskapazität eines sozialen Akteurs. Unter den Steuerungsinstrumenten, die von Akteuren eingesetzt werden können, befinden sich die Rechtsnormen, die per Gesetz oder Vertrag festgelegt werden. Anders als das Gesetz, bei dem es sich um eine staatliche Festlegung von Normen handelt, ist der Vertrag eine Willensübereinstimmung mindestens zweier Vertragsparteien. Auch wenn Gesetze die Ausgestaltung und den Inhalt von Verträgen regeln, muss ein gewisser Spielraum für Vereinbarungen der Vertragspartner gelassen werden. Andernfalls würde der Vertrag seine Funktion als Rechtsgeschäftstyp verlieren und wäre nur eine reine Wiederholung des Gesetzes. Genau aus diesem Grund stellt der Vertrag ein geeignetes Instrument dar, um die gemeinsame Aufgabe der Leistungserbringung zu bewältigen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage,

⁹⁰ Siehe dazu 2. Kap. A I 2.

⁹¹ Zu den theoretischen Zugängen zum Gesundheitssystemvergleich vgl. *Wendt*, in: *Wendt/Wolf*, *Soziologie der Gesundheit*, S. 273 ff.

⁹² *Mayntz*, *Soziale Dynamik und politische Steuerung*, S. 190 ff.

inwieweit Verträge zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern als Steuerungsinstrumente der Leistungserbringung eines Gesundheitssystems eingesetzt werden können. Oder aus Sicht des Akteurs formuliert: Inwieweit kann der Leistungsträger im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften mit den privaten Leistungserbringern verschiedene Aspekte der Leistungserbringung wie Umfang, Qualität und Preis durch Verträge vereinbaren, um die Leistungserbringung zu steuern und die Ziele des Gesundheitssystems zu erreichen? Die Frage der Steuerbarkeit der Leistungserbringung durch Verträge wird in diesem Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Brasilien aufgegriffen. Die Gesundheitssysteme von Deutschland und Brasilien zeigen, dass der Leistungsträger unabhängig vom Gesundheitssystem, dem er unterworfen ist, nicht zwingend Verträge mit privaten Leistungserbringern abschließen muss. Dies kann jedoch stattfinden, wenn kein Interesse des Leistungsträgers daran besteht, die Leistungserbringung selbst zu realisieren. Eine Funktionsverteilung zwischen Leistungsträgern bzw. Kostenträgern und Leistungserbringern, bei der eine Partei die Leistungen finanziert und die andere sie erbringt, erscheint als generelle Entwicklungslinie von Gesundheitssystemen.⁹³ Infolgedessen bestehen im Rahmen der Leistungserbringung häufig Rechtsverhältnisse zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern. Dies zieht weitere Fragen nach sich. Es ist zu klären, wie dieses Verhältnis ausgestaltet werden kann oder soll. Was sollten die Verträge, die dieses Rechtsverhältnis regeln, beinhalten? Das oberste Ziel der Leistungserbringung ist selbstverständlich die Gesundheitsbedarfsdeckung. Daher muss das Verhältnis so gestaltet werden, dass dieses Ziel bestmöglich verfolgt werden kann. Welche weiteren Ziele können die Verträge verfolgen? Auch das sind Fragen, denen sich dieser Rechtsvergleich widmet.

D. Zielsetzung und Methode

Der erste Schritt dieses Rechtsvergleichs besteht darin, die deutsche GKV und das brasilianische SUS jeweils kurz zu skizzieren. Daraufhin wird die Leistungserbringung der jeweiligen Systeme dargestellt; im Mittelpunkt steht dabei die Beschreibung von Gesetzen und Verträgen, die das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern⁹⁴ regeln. Bei der Untersuchung der Verträge in beiden Ländern werden bestimmte

⁹³ Zu Konvergenzprozessen im Rahmen der Entwicklung des Gesundheitssystems siehe *Rothgang*, in: *Wendt/Wolf, Soziologie der Gesundheit*, S. 305 ff.

⁹⁴ Als Beispiel für Leistungserbringer in Deutschland werden die Vertragsärzte angenommen. Außer Betracht bleiben dagegen die vertraglichen Beziehungen der weiteren Leistungserbringer der GKV zu den Leistungsträgern. Ein Vertragsarzt ist ein zugelassener Arzt, der an der vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 95 Abs. 1 SGB V teilnimmt, d. h. ein Arzt, der eine Zulassung als Vertragsarzt besitzt und die ärztliche Tätigkeit in einer nicht abhängigen Form ausübt, vgl. *Wigge* in: *Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts*, § 2, Rn 2. Als Beispiel für die Leistungserbringer in Brasilien werden angenommen, die öffentlichen Einrichtungen,

Aspekte, nämlich die Rechtsgrundlage der Verträge, die Vertragspartner, die Vertragsinhalte sowie die Vertragsziele näher betrachtet. Ziel dieser Darstellung ist, die Steuerungsfähigkeit der Verträge hinsichtlich der Leistungserbringung im jeweiligen Gesundheitssystem zu überprüfen. Durch die Bewertung von gesetzlichen Vorschriften und Vertragsklauseln, welche Einfluss auf die Entwicklung von bestimmten Aspekten der vertragsärztlichen Leistungserbringung wie Zugang, Qualität und Kosten der Leistungen haben können, wird die Steuerungsfähigkeit dieser Verträge eingeschätzt. Die Steuerung der Leistungserbringung sollte im Einklang mit den Grundsätzen des jeweiligen Gesundheitssystems realisiert werden, mit dem Ziel, die gesetzliche Aufgabe des Gesundheitssystems zu erfüllen.

Da die Funktion dieser Verträge in Deutschland und Brasilien letztlich dieselbe ist, nämlich die Beziehung zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern zu regeln, ist die methodische Herangehensweise dieser vorliegenden Arbeit eine funktionale.⁹⁵ Auf diese Weise wird die Vergleichbarkeit der Systeme in dieser Untersuchung gewährleistet.

Es wird hier eine horizontale⁹⁶ und rechtliche Mikrovergleichung⁹⁷ durchgeführt, da nur die Teilsysteme, nämlich die Gesundheitssysteme – konkret die Leistungserbringungsarten – von zwei unterschiedlichen Rechtsordnungen verglichen werden.

Diese Untersuchung orientiert sich jedoch nicht nur am Wortlaut der Gesetzestexte und Verträge. Hinter der juristischen Ausgestaltung der Verträge stehen das gelebte Recht sowie die Realität ihrer Umsetzung. Dieser Hintergrund soll hier ebenfalls betrachtet werden. Die brasilianischen juristischen Termini und Einrichtungen des Gesundheitssystems, die keine bedeutungsgleiche Entsprechung in Deutschland besitzen, werden neben der Übersetzung unter Berücksichtigung ihrer Funktion erklärt.

Einer der größten Beiträge der vergleichenden Perspektive ist, dass die Identifikation der Herausforderungen eines Systems und die Analyse der entsprechenden Lösungen meistens Erkenntnisse über dieselben Herausforderungen in einem anderen System mit sich bringen. Eine kritische Bewertung der Verträge zur Leistungserbringung unterschiedlicher Gesundheitssysteme ist herausfordernd, aber möglich, wenn bestimmte Mindestkriterien erfüllt und

die die Gesundheitsversorgung anbieten und die privaten Einrichtungen, die per Vertrag Leistungen für das brasilianische Gesundheitssystem anbieten.

⁹⁵ Bei einem funktionalen Rechtsvergleich werden gleichwertige rechtliche Lösungen in verschiedenen Rechtsordnungen für ein gleiches Problem untersucht. Dazu siehe *Scheiwe*, KritV 2000, S. 30 ff.

⁹⁶ Zur horizontalen Vergleichung im Rahmen einer nationalen Rechtsordnung siehe *Zacher*, Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, S. 25.

⁹⁷ Im Gegensatz zur Makrovergleichung, bei der Rechtsordnungen im Ganzen behandelt werden, umfasst die Mikrovergleichung einzelne Rechtsinstitute oder konkrete Rechtsprobleme in verschiedenen Rechtsordnungen. Dazu vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 4.

die Funktionen entsprechender Rechtsinstitute beachtet werden.⁹⁸ Außerdem sollte die Trennung zwischen dem Ergebnis des Rechtsvergleichs und der Bewertung klar sein.⁹⁹ Der primäre und allgemeine Zweck des Rechtsvergleichs ist ein besseres Erfassen, Verstehen und Bewerten von Recht.¹⁰⁰ Darüber hinaus kann der Rechtsvergleich, wie in dieser Arbeit der Fall, zu einem vertieften Verständnis einer bestimmten Rechtsordnung und zur Relativierung von Rechtskategorien beitragen. Der Rechtsvergleich hat sogar die Funktion, Hilfsmittel für die Gesetzgeber zu sein¹⁰¹. Dies geschieht jedoch nicht unmittelbar. Die Lösung eines Landes kann nur in eine Lösung für ein anderes Land umgearbeitet werden, wenn dies zweckmäßig ist.¹⁰²

Im Rahmen dieser Arbeit soll es nicht darum gehen, die jeweiligen Verträge als gut oder schlecht zu klassifizieren. Vielmehr soll eine Analyse zur Verfügung gestellt werden, die es ermöglicht, dass ein Land von der Erfahrung des anderen lernen kann. Das bedeutet nicht, dass der gleiche Weg gewählt werden soll. Der Rechtsvergleich erlaubt einen internationalen Dialog über rechtswissenschaftliche Themen¹⁰³ und diese Arbeit, die das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern in zwei verschiedenen Ländern problematisiert, ist Teil dieses Dialogs.

E. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in fünf Kapitel. Im ersten Kapitel werden grundlegende Strukturen des deutschen und des brasilianischen Gesundheitssystems dargestellt. Auf dieser Basis und vor dem Hintergrund der Kenntnisse der Gesetze und Verträge beider Länder, die das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern regeln, werden die Gesundheitssysteme verglichen. Zunächst wird die Rechtslage in Deutschland dargestellt und anschließend die in Brasilien.

Das erste Kapitel beginnt mit einem Rückblick auf die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Gesundheitssysteme. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf historische Ereignisse gelegt, die das Gesundheitssystem geformt haben. Außerdem werden einige Gesetze erläutert, welche die historische Entwicklung des entsprechenden gegenwärtigen Systems wesentlich beeinflusst haben. Ausgangspunkt der Darstellung sind in Bezug auf Deutschland die Vorläufer der Versorgungseinrichtungen aus dem Mittelalter; in Hinsicht auf Brasilien sind es

⁹⁸ Dazu vgl. *Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, S. 147 f.

⁹⁹ *Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, S. 149.

¹⁰⁰ *Zacher*, Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, S. 22.

¹⁰¹ *Zweiger/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 14.

¹⁰² *Zweiger/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 16.

¹⁰³ *Zweiger/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 14.

die ersten gesundheitsbezogenen Maßnahmen des brasilianischen Staates im 19. Jahrhundert. Nach der Beschreibung der historischen Entwicklung werden die Grundlagen der GKV in Deutschland und des SUS in Brasilien dargestellt. Die grundlegenden Prinzipien, welche die GKV und das SUS prägen, werden kurz erörtert. Zuletzt wird ein Überblick über die Grundlage der privaten Krankenversicherung (PKV) gegeben. Auch der brasilianische Sektor, der verantwortlich für die parallel bestehende private Krankenversicherung bzw. private Gesundheitsversorgung ist, wird beleuchtet. Das Kapitel endet mit einer kurzen Darstellung des Verhältnisses zwischen der GKV und der PKV sowie zwischen dem SUS und den privaten Leistungserbringern.

Nach der kurzen Beschreibung der Gesundheitssysteme in Deutschland und Brasilien und ihren historischen Kontexten im ersten Kapitel befasst sich das zweite Kapitel mit der Leistungserbringung. Untersucht wird die Bedeutung der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern jeweils in Deutschland und in Brasilien. Die darauffolgende Gegenüberstellung der brasilianischen und deutschen Normen dient im ersten Schritt der Systematisierung der Gestaltung der Verträge des Leistungserbringungsrechts. Bei dieser Systematisierung werden die Ermächtigungsgrundlagen und bestimmte Aspekte dieser Verträge wie etwa die Vertragspartner, die Vertragsziele und Vertragsinhalte identifiziert. Die Rolle dieser Verträge im Rahmen des Steuerungssystems der GKV bzw. des SUS wird dann auf Grundlage der entwickelten Systematik in einem weiteren Schritt untersucht.

In Bezug auf Deutschland wird zunächst das Kollektivvertragssystem dargestellt, in dem die Verträge zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen zur Regelung der vertragsärztlichen Versorgung erfasst werden.¹⁰⁴ Im Anschluss wird das Selektivvertragssystem erläutert. Dieses System erfasst die Verträge, die unmittelbar zwischen einzelnen Krankenkassen und Leistungserbringern und außerhalb des Kollektivvertragssystems abgeschlossen werden. Konkrete ausgewählte Vertragstypen des Leistungserbringungsrechts werden beschrieben. Die geltende Rechtsgrundlage der Verträge, die Vertragsparteien, der Vertragsinhalt sowie die Vertragsziele sind Aspekte, die bei der Untersuchung der Verträge berücksichtigt und als Kriterien zugrunde gelegt werden, um später Parallelen zwischen den deutschen und den brasilianischen Verträgen herausarbeiten zu können.

In Brasilien gibt es kein Kollektivvertragssystem innerhalb des Gesundheitssystems. Stattdessen kooperieren die öffentlichen Leistungsträger hier nicht nur mit öffentlichen und privaten Leistungserbringern, sondern auch untereinander, um die Leistungserbringung zu re-

¹⁰⁴ § 72 Abs. 2 SGB V.

alisieren. Die Vereinbarungen zwischen öffentlichen Leistungsträgern, die nicht nur innerhalb einer Regierungsebene getroffen werden, sondern sich von Bundesebene über Landesebene bis zur Ebene der Gemeinden erstrecken, werden zunächst beschrieben. Grund dafür ist die Bedeutung dieser Vereinbarungen für die Ausgestaltung der privaten Leistungserbringung, auf die sich diese Arbeit fokussiert. Daraufhin werden die Rechtsverhältnisse zwischen öffentlichen Leistungsträgern und Leistungserbringern dargestellt, indem die öffentlichen und privaten Leistungserbringer identifiziert und beschrieben werden. Anschließend werden auch konkrete ausgewählte Vertragstypen des Leistungserbringungsrechts beschrieben. Ebenso wie bei den deutschen Vertragstypen werden die geltenden Rechtsgrundlagen der Verträge, die Vertragsparteien, die Vertragsinhalte sowie die Vertragsziele berücksichtigt.

Im dritten Kapitel werden die Steuerungssysteme der Leistungserbringung in Deutschland und in Brasilien betrachtet. Das Kapitel beginnt mit einer kurzen Erklärung und Abgrenzung des Begriffs der Steuerung. Daraufhin werden die Steuerungstheorie und ihre wesentlichen Elemente dargestellt. Es folgt eine Präsentation der unterschiedlichen Steuerungsformen im Rahmen der Leistungserbringung in Deutschland und in Brasilien. Der Fokus liegt hierbei auf den Ebenen, den Akteuren und den relevanten Steuerungsinstrumenten beider Länder, um untersuchen zu können, wer steuert und wie diese Steuerung realisiert wird. Schließlich wird die spezifische Rolle der Verträge hinsichtlich der Steuerungsstrukturen und Steuerungsinstrumente der jeweiligen Länder untersucht.

Im zweiten Teil dieses Kapitels wird eine rechtliche Bewertung der im zweiten Kapitel exemplarisch ausgewählten deutschen und brasilianischen Vertragstypen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern durchgeführt. Die rechtliche Bewertung bezieht sich auf die Steuerungs-fähigkeit dieser Verträge hinsichtlich der Leistungserbringung. Es wird in den gesetzlichen Vorschriften und Vertragsklauseln identifiziert, welche Aspekte (bspw. Zugang, Qualität und Kosten der Leistungen) die vertragsärztliche Leistungserbringung beeinflussen können.

Nach der Darstellung der Grundlagen der Gesundheitssysteme in Brasilien und Deutschland und der Untersuchung unterschiedlicher Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern unter Berücksichtigung ihrer Funktion als Steuerungsinstrument, werden anschließend im vierten Kapitel die Ergebnisse des Rechtsvergleichs dargestellt. Zunächst werden hierzu allgemeine Parallelen und Unterschiede der verglichenen Gesundheitssysteme in Bezug auf ihre Ausgestaltung und Entwicklung sowie ihre Leistungserbringung dargestellt. Daraufhin wird die Anwendung der Verträge als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung auf Grundlage der vorangegangenen rechtlichen Bewertung der ausgewählten Verträge

zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern präsentiert. Außerdem wird erklärt, warum die vertragliche Dimension in Deutschland und in Brasilien jeweils eine unterschiedliche Intensität hat. Schließlich wird der Frage nachgegangen, ob der Einsatz von Kollektiv- und Selektivverträgen als Steuerungsinstrument als Modell für Brasilien fungieren kann.

Die Arbeit endet mit dem fünften Kapitel, in dem ein Ausblick auf die voraussichtliche Entwicklung der Gesundheitssysteme bzw. der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern gegeben wird. Sowohl für Deutschland als auch für Brasilien werden Tendenzen beschrieben, die bei der Durchführung dieses Rechtsvergleichs identifiziert wurden und die eine zentrale Rolle bei der Entwicklungsdynamik von Gesundheitssystemen spielen. Schließlich wird ein Fazit dieser Prognose gezogen, in dem eine Konvergenz zwischen den beiden Systemen aufgezeigt wird.¹⁰⁵

¹⁰⁵ An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass das gesetzliche Krankenversicherungsrecht ständigen Änderungen unterworfen ist. In dieser Arbeit wurden Änderungen bis Dezember 2018 berücksichtigt.

1. Kapitel: Das deutsche und das brasilianische Gesundheitssystem – ein Überblick

Die Darstellung der grundlegenden Strukturen des deutschen und des brasilianischen Gesundheitssystems ist Voraussetzung des angestrebten Rechtsvergleichs. Nur auf dieser Basis und vor dem Hintergrund der Kenntnisse der Gesetze und Verträge beider Länder, die das Rechtsverhältnis zwischen den Leistungsträgern und den Leistungserbringern regeln, lassen sich die Systeme vergleichen. Da beide Systeme in so unterschiedlichen Kontexten entstanden sind, kann der Rechtsvergleich zudem nicht vorgenommen werden, ohne die jeweilige historische Entwicklung zu berücksichtigen. Daher beginnt die Darstellung des deutschen Systems genau wie die des brasilianischen mit einem Rückblick auf die Entstehungsgeschichte. Danach werden die Grundlagen der aktuellen GKV bzw. des SUS sowie der parallel bestehenden privaten Krankenversicherung bzw. privaten Gesundheitsversorgung dargestellt.

A. Das deutsche Gesundheitssystem

I. Die historische Entwicklung

Die GKV ist ca. 134 Jahre alt und da sie sich aus ihren Vorläufern entwickelt hat,¹⁰⁶ ist zum näheren Verständnis ein Überblick über die Entwicklung des deutschen Gesundheitssystems notwendig. Als historische Zäsur für die Betrachtung wird das Mittelalter gesetzt, in dem die soziale Sicherung vor allem durch den Besitz von Gütern gewährleistet war.¹⁰⁷ Kirchliche Einrichtungen boten Kranken-versorgung für die Armen an.¹⁰⁸ Auf dem Land waren es die Klöster, die in Form von Armenhäusern (*Hospitale Pauperum*) und Pflege-abteilungen (*Infirmarium*), eine Art von Krankenpflege anboten,¹⁰⁹ die Unterkunft, Verpflegung und Seelsorge umfasste.¹¹⁰ Zu dieser Zeit bestand kein Rechtsanspruch auf Gesundheitsversorgung, die vielmehr Sache des Einzelnen oder das Ergebnis christlicher Nächstenliebe war.¹¹¹ Mit dem Wachstum der Bevölkerung und der Städte wurde im 13. und 14. Jahrhundert in den

¹⁰⁶ Vgl. Rompf, VSSR 2007, S. 1.

¹⁰⁷ Dazu Waltermann, Sozialrecht, S. 22 f.; Muckel/Ogorek, Sozialrecht, S. 1.

¹⁰⁸ Vgl. Boeckh/Huster/Benz, Sozialpolitik in Deutschland, S. 23; Eichenhofer, Sozialrecht, S. 13 f.

¹⁰⁹ Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, S. 19.

¹¹⁰ Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 21.

¹¹¹ Zur mittelalterlichen Wiederherstellung der Gesundheit siehe Jung, Das Recht auf Gesundheit, S. 8 ff. Zur christlichen Armenpflege siehe Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 13 ff.

großen Zentren damit begonnen, Spitäler zu gründen und Stadtärzte zur Verfügung zu stellen.¹¹² Zu Beginn des 16. Jahrhunderts wurde die Armenfürsorge zur Aufgabe der Städte.¹¹³ Im Zusammenhang mit einer zunehmenden Gewerbetätigkeit von Kaufleuten und selbstständigen Handwerkern entstanden Zünfte und Gesellenbruderschaften.¹¹⁴ Obwohl die Hauptaufgaben dieser Genossenschaften im wirtschaftlichen Bereich lagen,¹¹⁵ boten sie im Krankheitsfall Hilfe für Meister und Knechte an.¹¹⁶ Für die Handwerker bestand eine Zwangsmitgliedschaft in den Zünften, welche als eigene Unterstützungseinrichtungen bezeichnet werden können.¹¹⁷ Die Zünfte regulierten unter anderem die Berufsausübung und -ausbildung sowie die Qualitätskontrolle der Arbeit.¹¹⁸ Ein Teil des Handwerkerlohnes floss in eine gemeinsame Kasse, welche die Unterstützung im Krankheitsfall finanzierte.¹¹⁹ Im 19. Jahrhundert erhielten die verschiedenen Kassen, die Mitglieder ihres Berufsstandes im Krankheitsfall schützten, per Gesetz die Rechte eingeschriebener Hilfskassen.¹²⁰ Sie waren ähnlich wie ihre Vorläufer im mittelalterlichen Zunftwesen von der Solidarität zwischen Gesunden und Kranken geprägt.¹²¹ Vorbildhaft war in dieser Zeit die Organisation der Bergleute: Sie bildeten Knappschaftskassen, die ihre Mitglieder bei Unglücksfällen, schwerer Krankheit und Invalidität unterstützten.¹²² Allerdings wurde erst 1854 durch das Preußische Knappschaftsgesetz¹²³ die Bildung von Arbeitsversicherungen mit organisierten Kassen für alle Arbeiter in Bergwerken, Hütten und Salinen und für Aufbereitungsarbeiter geschaffen.¹²⁴ Die Sozialversicherung der Bergleute machte bereits von den Grundprinzipien der späteren GKV Gebrauch, wie Selbstverwaltung, Versicherungspflicht, Beitragspflicht für

¹¹² *Peters*, Die Geschichte der sozialen Versicherung, S. 20.

¹¹³ *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, S. 3.

¹¹⁴ *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 17.

¹¹⁵ *Schöpfer*, Sozialer Schutz im 16.-18. Jahrhundert, S. 63.

¹¹⁶ *Peters*, Die Geschichte der sozialen Versicherung, S. 24 f.

¹¹⁷ Vgl. *Eichenhofer*, Sozialrecht, S. 14.

¹¹⁸ *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 18.

¹¹⁹ Zu weiteren Sicherungsformen im Mittelalter vgl. *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 37 ff.

¹²⁰ Hilfskassen wurden durch das Gesetz über die eingeschriebenen Hilfskassen vom 07.04.1876 geregelt, RGBl. 1876, S. 125.

¹²¹ *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 21.

¹²² *Schöpfer*, Sozialer Schutz im 16.-18. Jahrhundert, S. 74.

¹²³ Das Gesetz betreffend die Vereinbarung der Berg-, Hütten-, Salinen- und Aufbereitungsarbeiter in Knappschaften vom 10.04.1854, PrGs 1854, S. 139.

¹²⁴ Vgl. *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, S. 5; *Sodan*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 1, Rn. 4.

Arbeitnehmer und Arbeitgeber, freie ärztliche Behandlung und Zahlung von Krankheitsgeld.¹²⁵

Die soziale Absicherung im Krankheitsfall war an ein Arbeitsverhältnis gebunden, die berufsgruppenbezogenen und kommunalen Hilfs- und Unterstützungskassen waren jedoch unzureichend, um durch die entstandene Industriegesellschaft verursachte Krankheiten und Arbeitsunfälle zu behandeln.¹²⁶ In diesem Zusammenhang verstärkte sich die sozialpolitische Diskussion, und die politische Arbeiterbewegung verlangte die Verbesserung der sozialen Lage der Arbeiterschaft.¹²⁷

1. Die gesetzliche Krankenversicherung von 1883

Die Kaiserliche Sozialbotschaft vom 17.11.1881¹²⁸ kündigte die Entstehung der deutschen Sozialversicherung an,¹²⁹ weil sie bereits eine umfassende öffentlich-rechtliche Arbeiterversicherung gegen die Risiken Krankheit, Unfall, sowie Invalidität und Alter versprach.¹³⁰ Diese Absicherung der Arbeiterschaft gegen soziale Risiken war vor allem als Antwort auf die sozialdemokratische Bewegung zu sehen, die dadurch gleichsam „ruhig gestellt“ werden sollte.¹³¹ Bismarcks Sozialgesetzgebung¹³² umfasste das Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter,¹³³ das Unfallversicherungsgesetz¹³⁴ sowie das Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung.¹³⁵ Die Sozialpolitik zur Zeit Bismarcks deckte nicht die ganze Bevölkerung ab, sie beschränkte sich auf die Industriearbeiterschaft und hatte zum Ziel, die Arbeitsfähigkeit zu schützen.¹³⁶

¹²⁵ Vgl. *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 22; *Eichenhofer*, Sozialrecht, S. 14.

¹²⁶ Vgl. *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 52.

¹²⁷ Unter dem Begriff „soziale Frage“ wurden die sozialen Probleme der wirtschaftlich schwächeren sozialen Gruppierungen bzw. Pauperismus, Existenzunsicherheit und schlechte Arbeitsbedingungen zusammengefasst, die in Verbindung mit der Entstehung der urbanisierten Industriegesellschaft stehen. Vgl. dazu *Boeckh/Huster/Benz*, Sozialpolitik in Deutschland, S. 61 f.; *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 43.

¹²⁸ Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, I. Session. 1881, Bd. 1, S. 711-713.

¹²⁹ Dazu *Tennstedt*, ZSR 1981, S. 663; *Kaltenborn*, JZ 1998, S. 771; *Axer*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, S. 2.

¹³⁰ *Hänlein/Tennstedt*, in: *Maydell/Ruland/Becker*, SRH, S. 68.

¹³¹ Dazu *Rohwer-Kahlmann*, ZSR 1981, S. 661; *Kaltenborn*, JZ 1998, S. 773; *Rompf*, VSSR 2007, S. 2.

¹³² Die Gesetzgebung, die als Folge der Kaiserlichen Botschaft vom 17. November 1881 entstand.

¹³³ Vom 15.06.1883, RGBl. S. 73.

¹³⁴ Vom 06.07.1884, RGBl. S. 69.

¹³⁵ Vom 22.06.1889, RGBl. S. 97.

¹³⁶ Vgl. dazu *Hentschel*, Geschichte der deutschen Sozialpolitik, S. 10.

Das Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeit vom 15.06.1883 gilt als Geburtsurkunde der GKV und wurde als Bismarck-Modell bekannt.¹³⁷ Es bestimmt eine Versicherungspflicht für Personen, welche gegen Gehalt oder Lohn beschäftigt sind, unter anderem in Bergwerken, Salinen, Aufbereitungsanstalten, Fabriken, bei Eisenbahn- und Binnendampfschiffahrtbetrieben sowie Gewerbebetrieben.¹³⁸ Das Gesetz organisierte die Kassen als Selbstverwaltungskörperschaften mit Versicherungszwang. Sie waren als Ort-, Betriebs-, Bau-, Innungs-, Knappschafts- und Hilfskassen ausgestaltet.¹³⁹ Die Arbeitnehmer bezahlten einen lohnbezogenen Beitrag,¹⁴⁰ und der Rechtsanspruch entstand bei Eintritt des Versicherungsfalles ohne Bedürftigkeitsprüfung.¹⁴¹ Die Arbeitgeber zahlten ebenfalls Beiträge¹⁴² und waren mit den Arbeitnehmern in der Selbstverwaltung der Kassen vertreten.¹⁴³ Die grundlegenden Leistungen waren die „freie ärztliche Behandlung, Arznei, sowie Brillen, Bruchbänder und ähnliche Heilmittel“.¹⁴⁴ Krankengeld in Höhe der Hälfte des ortsüblichen Tagelohnes wurde im Falle der Erwerbsunfähigkeit gewährleistet.¹⁴⁵

Nach der Verabschiedung dieses Gesetzes entwickelte sich ein Rechtsanspruch der Versicherten auf eine Gesundheitsversorgung nach dem Sachleistungsprinzip.¹⁴⁶ Um diesen Rechtsanspruch zu erfüllen, wurde eine vertragliche Rechtsbeziehung zwischen den Krankenkassen und den Ärzten hergestellt.¹⁴⁷ Da das Krankenversicherungsgesetz vom 15.06.1883 (KGV) keine konkreten Regelungen über Inhalt und Natur der vertraglichen Rechtsbeziehung zwischen Ärzten und Krankenkassen beinhaltete,¹⁴⁸ wurden diese im Wege der Privatautonomie festgelegt.¹⁴⁹ Die Rechtsbeziehung zwischen Ärzten und Krankenkassen

¹³⁷ *Ebsen*, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 725.

¹³⁸ § 1 des Gesetzes betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.06.1883.

¹³⁹ § 4 des Gesetzes betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter.

¹⁴⁰ § 22 des Gesetzes betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter.

¹⁴¹ *Hänlein/Tennstedt*, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 68.

¹⁴² § 52 des Gesetzes betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter.

¹⁴³ Vgl. *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 27.

¹⁴⁴ § 6 Nr. 1 des Gesetzes betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter.

¹⁴⁵ § 6 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter.

¹⁴⁶ Zur historischen Entwicklung der Beziehung zwischen den Leistungsträgern, den Ärzten und den Versicherten vgl. *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 123 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, VSSR 1998, S. 210. Zum Sachleistungsprinzip siehe 1. Kap A II 1.

¹⁴⁷ Damals § 368 der Reichsversicherungsordnung – RVO vom 19.07.1911 (RGBl. S. 509), welche die drei Sozialversicherungszweige Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung zusammenfasste.

¹⁴⁸ *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 124.

¹⁴⁹ Vgl. *Rompf*, VSSR 2007, S. 5.

sen wurde in diesem Zusammenhang durch schriftliche Einzelverträge in Form von bürgerlich-rechtlichen Dienstverträgen geregelt, und die Krankenkassen konnten die Ärzte frei wählen.¹⁵⁰

2. Vom Berliner Abkommen von 1913 bis zur Zeit des Nationalsozialismus

Die erste umfassende Vereinbarung zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und den Ärzten war das so genannte Berliner Abkommen vom 23.12.1913, das als Konsequenz eines Generalstreiks der Ärzte abgeschlossen wurde¹⁵¹ und eine große gesundheitspolitische Bedeutung für das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Ärzten besaß.¹⁵² Als Folge des Berliner Abkommens wurde ein System der gemeinsamen Selbstverwaltung¹⁵³ und ein geregeltes Zulassungsverfahren für Kassenärzte geschaffen. Eine Verhältniszahl von Ärzten und Versicherten wurde festgelegt.¹⁵⁴ Eine weitere Konsequenz des Berliner Abkommens war, dass die Krankenkassen das Recht auf die individuelle Auswahl von Kassenärzten verloren.¹⁵⁵ Auch Schiedsämter für die Klärung von Streitigkeiten aus bereits geschlossenen Verträgen zwischen den Krankenkassen und den Ärzten wurden im Zuge des Berliner Abkommens erstmalig eingerichtet.¹⁵⁶

Nach der Weimarer Reichsverfassung¹⁵⁷ war das Deutsche Reich verantwortlich für die Schaffung eines umfassenden Versicherungswesens zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebens.¹⁵⁸ Aber diese in der Weimarer Reichsverfassung verankerten sozialen Grundrechte wurden wegen des Mangels an Finanzmitteln der Sozialversicherungsträger und aufgrund von Leistungseinschränkungen

¹⁵⁰ § 6 Abs. 1 Nr. 1 des Krankenversicherungsgesetzes vom 10.04.1892. Vgl. *Schneider*, Kassenartzrecht, S. 9; *Schnapp*, in: *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsartzrechts, § 1 I, Rn. 4.

¹⁵¹ *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 127.

¹⁵² Dazu *Collin*, VSSR 2014, S. 173 ff.

¹⁵³ *Schnapp*, in: *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsartzrechts, § 1 II, Rn. 11.

¹⁵⁴ *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 79.

¹⁵⁵ *Rosenbrock/Gerlinger*, in: *Hurrelmann/Razum*, Handbuch Gesundheitswissenschaften, S. 1018; *Schnapp*, in: *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsartzrechts, § 1 II, Rn. 9.

¹⁵⁶ *Düring*, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 39.

¹⁵⁷ Vom 11.08.1919, RGBl. 1919, S. 1383.

¹⁵⁸ Artikel 161 der Weimarer Reichsverfassung, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 17.12.1932, RGBl. I, S. 547. Zur rechtshistorischen Einführung in der Konzeption der Weimarer Reichsverfassung vgl. etwa *Kuhli*, JURA 2009, S. 321 ff.

(u. a. Krankenscheingebühr, Selbstbeteiligung bei Arzneimitteln und Reduktion auf Regelleistungen) nicht realisiert.¹⁵⁹ Am Ende der Weimarer Republik waren allerdings immerhin ca. 60 % der Bevölkerung Mitglieder in der gesetzlichen Krankenversicherung.¹⁶⁰

1931 wurden neue Regelungen eingeführt, die durch einen Ausbau der gemeinsamen Selbstverwaltung weitere Veränderungen in der Beziehung zwischen Leistungsträgern und Ärzten mit sich brachten.¹⁶¹ Gesamtverträge wurden von Krankenkassen oder ihren Verbänden zur Sicherstellung der vertraglichen Versorgung abgeschlossen, und der Inhalt dieser Verträge wurde von Spitzenverbänden durch Mantelverträge bestimmt. Das System der Einzeldienstverträge wurde schrittweise vom Kollektivvertragssystem ersetzt, und die Kassenärztliche Vereinigung wurde als rechtsfähige öffentlich-rechtliche Körperschaft mit Zwangsmitgliedschaft gebildet.¹⁶² Die vertraglichen Beziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten wurden durch die Neufassung der §§ 368-373 RVO vom Privatrecht in das öffentliche Recht verlagert.¹⁶³ Das war notwendig, um die Absicherung der Arbeitnehmer nicht in den Händen Privater zu belassen, die einen Profit anstrebten.¹⁶⁴

Infolge der Machtergreifung der Nationalsozialisten im Jahr 1934 wurde die Selbstverwaltung in der gesamten Sozialversicherung beseitigt und die Krankenkassen wurden durch vom Staat eingesetzte NS-Funktionäre geführt.¹⁶⁵ Es gab keine Wahlen mehr bei den Sozialversicherungsträgern; die NS-Funktionäre übten aufgrund des Führerprinzips¹⁶⁶ die Aufgaben der bisherigen Selbstverwaltung aus.¹⁶⁷ 1937 wurden die Spitzenverbände der gesetzlichen

¹⁵⁹ *Ebsen* in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 726. Zur Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung vgl. etwa *Möller*, in: Rödder, Weimar und die deutsche Verfassung, S. 105 ff.; *Kuhli*, JURA 2009, S. 327.

¹⁶⁰ Vgl. *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 155.

¹⁶¹ Notverordnung vom 8.12.1931, RGBl. I, S. 699; Verordnung über die kassenärztliche Vergütung vom 30.12.1931, RGBl. I, S. 2 und vom 14.01.1932, RGBl. I, S. 19.

¹⁶² Vgl. *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 26 f.

¹⁶³ *Schnapp*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 1 II, Rn. 23.

¹⁶⁴ *Sodan*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 1, Rn. 5.

¹⁶⁵ *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 32.

¹⁶⁶ Das Führerprinzip war ein Prinzip des nationalsozialistischen Staates, nach dem die Reichsregierung das Recht hatte, Gesetze und Verordnungen ohne Beteiligung der Volksvertretung zu erlassen. Dazu vgl. *Schneider*, VfZ 1953, S. 198.

¹⁶⁷ *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 197.

Krankenkassen zu Körperschaften des öffentlichen Rechts¹⁶⁸ und die regionalen Kassenärztlichen Vereinigungen wurden aufgelöst.¹⁶⁹ Der Abschluss einzelner Mantel- und Gesamtverträge wurde verboten.¹⁷⁰

3. Die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg

In der Nachkriegszeit wurde die Selbstverwaltung durch das Selbstverwaltungsgesetz¹⁷¹ und das Gesetz über das Kassenarztrecht¹⁷² wieder eingeführt. Sie brachte die erforderlichen bundeseinheitlichen Regelungen über die Vertragsbeziehung zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Krankenkassen und ihren Verbänden,¹⁷³ die im Wesentlichen den Regelungen von 1931/32 entsprachen. Damit wurde das historisch gewachsene Kassenarztrecht in die RVO einbezogen.¹⁷⁴

Von 1956 bis 1975 erweiterten die gesetzlichen Krankenkassen ihren Leistungskatalog¹⁷⁵ und weiteten außerdem den Kreis der versicherten Personen aus, etwa durch die Aufnahme von Rentnern,¹⁷⁶ selbstständigen Landwirten,¹⁷⁷ Behinderten¹⁷⁸ und Studenten¹⁷⁹. Eine weitere wichtige Veränderung war das System der dualen Krankenhausfinanzierung, welches durch das Krankenhausfinanzierungsgesetz von 1972¹⁸⁰ eingeführt wurde. Nach diesem System sollten die Länder einen Teil der Investitionskosten in Krankenhäuser tragen.¹⁸¹

Wegen der Erhöhung der Leistungsausgaben und des Beitragssatzes der GKV im Zusammenhang mit der weltweiten Wirtschaftskrise begann ab Mitte der 1970er Jahre die Diskussion über die Kosten des Versorgungssystems.¹⁸² In diesem Zuge wurde in Deutschland die

¹⁶⁸ Hänlein/Tennstedt, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 83.

¹⁶⁹ Vgl. Rompf, VSSR 2007, S. 20.

¹⁷⁰ Rompf, VSSR 2007, S. 23 f.

¹⁷¹ Vom 22.02.1951, BGBl. I, S. 124.

¹⁷² Gesetz über die Änderung von Vorschriften des Zweiten Buches der RVO und zur Ergänzung des SGG vom 17.08.1955 (GKAR), BGBl. I, S. 513.

¹⁷³ § 368 g Abs. 1 des GKAR vom 17.08.1955, BGBl. I, S. 516.

¹⁷⁴ Hänlein/Tennstedt, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 91.

¹⁷⁵ Hänlein/Tennstedt, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 92.

¹⁷⁶ Hänlein/Tennstedt, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 91.

¹⁷⁷ Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte vom 10.08.1972, BGBl. I, S. 1433.

¹⁷⁸ Gesetz über die Sozialversicherung der Behinderten vom 07.05.1975, BGBl. I, S. 1061.

¹⁷⁹ Gesetz über die Krankenversicherung der Studenten vom 24.06.1975, BGBl. I, S. 1536.

¹⁸⁰ Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze vom 29.06.1972, BGBl. I, S. 1009.

¹⁸¹ Hänlein/Tennstedt in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 92.

¹⁸² Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 40.

Schaffung zahlreicher Kostendämpfungsgesetze¹⁸³ initiiert, um eine Begrenzung der Ausgabenentwicklung in der GKV zu erreichen.¹⁸⁴

Trotz der 10-jährigen Kostendämpfungspolitik wurden die Ausgaben jedoch nicht ausreichend reduziert.¹⁸⁵ Aus diesem Grund und auch wegen der Wiedervereinigung Deutschlands¹⁸⁶ im Jahr 1990, die zusätzliche Herausforderungen für die deutsche Sozialversicherung mit sich brachte,¹⁸⁷ begann eine Zeit, die durch stetige Gesundheits-reformen geprägt war.

4. Die wichtigsten Reformen der GKV

Im Folgenden werden kurz die wichtigsten Gesundheitsreformgesetze der letzten Jahrzehnte skizziert. Diese Gesetze enthielten zahlreiche Maßnahmen des Gesetzgebers, von denen hier allerdings nur beispielhaft einige Elemente genannt werden sollen. Es ist im Übrigen zu erwarten, dass auch zukünftig Änderungen an den gesetzlichen Regelungen des Gesundheitsrechts vorgenommen werden. Die nachfolgende Darstellung der Reformen soll verdeutlichen, dass das Gesundheitswesen durch ständige politische Eingriffe bzw. Novellierungen von Gesetzen im ständigen Wandel begriffen ist.

Zwischen 1989 und 1996 wurde das Sozialgesetzbuch mit seinen 12 Büchern erlassen. Im Jahre 1989 wurde durch das Gesundheitsreformgesetz (GRG)¹⁸⁸ das Recht der GKV im Fünften Sozialgesetzbuch (SGB V) zusammengefasst. Damit löste es die Regelungen die Krankenversicherung betreffend in der RVO ab; die Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft waren jedoch zunächst weiterhin in der RVO geregelt.¹⁸⁹

Mit dem GRG begann eine Reihe von Reformen im Gesundheitswesen, die darauf abzielten, die steigenden Beitragssätze in der GKV zu senken und dauerhaft zu stabilisieren.¹⁹⁰ Gedacht war eine tatsächliche Strukturreform, die jedoch letztlich nicht zustande kam.¹⁹¹ Unter

¹⁸³ Als Kostendämpfungsgesetze wurden die folgenden Gesetze bezeichnet: das Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetz – KVKG vom 27.06.1977, BGBl. I, S. 1069; das Kostendämpfungs-Ergänzungsgesetz – KVEG vom 22.12.1981, BGBl. I, S. 1578 und das Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz – KHKG vom 22.12.1981, BGBl. I, S. 1568.

¹⁸⁴ *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 40.

¹⁸⁵ *Ebsen*, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 730.

¹⁸⁶ Einigungsvertragsgesetz vom 23.09.1990, BGBl. II, S. 885.

¹⁸⁷ *Hänlein/Tennstedt*, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 98.

¹⁸⁸ Vom 20.12.1988, BGBl. I, S. 2477.

¹⁸⁹ §§ 195 ff. RVO.

¹⁹⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (GRG), BT- Drucks. 11/2493, S. 1.

¹⁹¹ Vgl. *Gitter*, SGB 1991, S. 85.

anderem führte dieses Gesetz – durch die Zuzahlung für Arzneimittel – Einschränkungen des Leistungskatalogs und die Selbstbeteiligung der Versicherten ein, um die Solidarität in der GKV auf das Notwendigste zu beschränken.¹⁹² Außerdem wurden die Wirtschaftlichkeit der Leistungen durch die Verfestigung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität¹⁹³ und die Verbesserung der Wirtschaftlichkeitsprüfungen gestärkt.¹⁹⁴ Trotzdem wurde mit dem GRG die verfolgte Kostendämpfung nicht in dem erhofften Ausmaß erreicht¹⁹⁵ und das Gesundheitsstrukturgesetz (GSG)¹⁹⁶ wurde verabschiedet. Mit dem GSG begann 1992 die so genannte zweite Stufe zur Reform der GKV. Der Zweck dieses Gesetzes war vor allem, Beitragssatzerhöhungen zu vermeiden und unwirtschaftliche Strukturen zu beseitigen.¹⁹⁷ Das GSG legte die einheitliche Geltung des Vertragsarztrechts für alle Krankenkassenarten einschließlich Ersatzkassen fest. Durch die Einführung der freien Kassenwahl wurde die Kassenorganisation verändert und es wurden Wettbewerbselemente in die GKV eingeführt.¹⁹⁸ Ein kassenartenübergreifender Risikostrukturausgleich wurde geschaffen, um eine Risiko-selektion durch die Kassen zu vermeiden.¹⁹⁹

Das 1. und 2. GKV-Neuordnungsgesetz²⁰⁰ leiteten die dritte Stufe der Gesundheitsreform ein. Die Ziele des 1. GKV-Neuordnungsgesetzes waren die Stärkung der Eigenverantwortung der Versicherten durch die Erhöhung der Zuzahlung, die Einführung eines außerordentlichen Kündigungsrechts und die Verbesserung der Härtefallregelungen.²⁰¹ Mit dem 2. GKV-Neuordnungsgesetz wurden neue Gestaltungsmöglichkeiten im Leistungsbereich der Selbstverwaltung sowie bei den Verträgen eingeräumt.²⁰² Auch Vereinbarungen zwi-

¹⁹² Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (GRG), BT- Drucks. 11/2493, S. 2 f.

¹⁹³ Der GKV-Grundsatz der Beitragssatzstabilität verhindert Beitragserhöhungen. Dazu siehe 1. Kap A II 1.

¹⁹⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (GRG), BT- Drucks. 11/2493, S. 3.

¹⁹⁵ Vgl. *Krauskopf*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, S. 262.

¹⁹⁶ Vom 21.12.1992, BGBl. I, S. 2266.

¹⁹⁷ Begründung des Gesetzentwurfs eines Gesetzes zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (GSG), BT- Drucks. 12/3608, S. 66.

¹⁹⁸ Artikel 35 des Gesundheitsstrukturgesetzes (GSG) vom 21.12.1992, BGBl. I, S. 2273.

¹⁹⁹ Artikel 34 des Gesundheitsstrukturgesetzes (GSG) vom 21.12.1992, BGBl. I, S. 2273. Vgl. dazu *Ebsen*, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 732.

²⁰⁰ 1. GKV-NOG vom 23.06.1997, BGBl. I, S. 1518 und 2. GKV-NOG vom 23.05.1997, BGBl. I, S. 1520.

²⁰¹ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP eines ersten Gesetzes zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der GKV (1. GKV-NOG), BT-Drucks. 13/5724, S. 5.

²⁰² Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP eines zweiten Gesetzes zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der GKV (2. GKV-NOG), BT-Drucks. 13/6087, S. 2.

schen Leistungsträgern und Leistungserbringern wie Modellvorhaben zur Weiterentwicklung der Verfahrens-, Organisations-, Finanzierungs- und Vergütungsformen der Leistungserbringung wurden durch dieses Gesetz geregelt.²⁰³ Außerdem wurde damit die Kompetenz der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen²⁰⁴ erweitert, welche angehalten waren, die Anforderungen für die Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der vertragsärztlichen Versorgung zu überprüfen.²⁰⁵

Nach dem Regierungswechsel im Jahr 1998 – nach der CDU-Regierung unter Helmut Kohl kam es zur SPD-Regierung unter Gerhard Schröder – begann eine neue Reihe von Reformen im Gesundheitswesen. Das GKV-Gesundheitsreformgesetz²⁰⁶ verfolgte das Ziel, Defizite in der Versorgung zu beseitigen sowie Qualität und Effizienz der Versorgung über den Wettbewerb zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern zu stärken.²⁰⁷ Um die Ausgaben zu begrenzen, wurde in das Recht der Vergütung der Leistungserbringung eingegriffen.²⁰⁸ Weitere wichtige Themen dieses Gesetzes waren die Verstärkung der Bedeutung der hausärztlichen Versorgung (§ 73b SGB V), die Neufassung des Modellvorhabens (§§ 63 ff. SGB V) und die Schaffung der so genannten integrierten Versorgung (§ 140a ff. SGB V).²⁰⁹ Außerdem wurde eine Liste der auf Kosten der GKV verordnungsfähigen Arzneimittel erlassen und ein datenbankgestütztes Informationssystem für die Bewertung von Wirksamkeit und Kosten medizinischer Verfahren und Technologien eingeführt.²¹⁰

²⁰³ Art. 1 Nr. 21 des 2. GKV-Neuordnungsgesetzes vom 23.05.1997, BGBl. I, S. 1520. Vgl. dazu *Ebsen*, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 733. Das Modellvorhaben und andere Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern werden im 2. Kap. ausführlich beschrieben und analysiert.

²⁰⁴ Vorgänger des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen waren der Zentralausschuss von 1913 und der Reichsausschuss von 1923, aber der Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen ist erst durch das 2. GKV-Neuordnungsgesetz bekannt geworden, weil er die Prüfaufgabe hatte, Leistungen zu bewerten, die zulasten der GKV verordnet und erbracht werden konnten, vgl. *Jung/Gawlik/Gibis/Pötsch/Rheinberger/Schmacke/Schneider*, Deutsches Ärzteblatt 2000, S. 365. Dazu siehe 1. Kap A II 4 b.

²⁰⁵ Art. 1 Nr. 50a des 2. GKV-Neuordnungsgesetzes.

²⁰⁶ Vom 22.12.1999, BGBl. I, S. 2626.

²⁰⁷ Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen eines Gesetzes zur Reform der GKV ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreform 2000), BT-Drucks. 14/1245, S. 1.

²⁰⁸ Vgl. *Ebsen*, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 733.

²⁰⁹ Dazu *Ebsen*, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 734. Die Verträge zur haus-ärztlichen Versorgung und zur integrierten Versorgung sind neben dem Modellvorhaben weitere Vertragstypen, die zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern abgeschlossen werden können und werden im 2. Kap. ausführlich beschrieben und analysiert.

²¹⁰ Vgl. dazu *Hänlein/Schuler*, in: Hänlein/Schuler, SGB V, Einleitung, Rn. 21.

Durch das GKV-Modernisierungsgesetz (GMG)²¹¹ entwickelte sich die Reform der GKV weiter. Dieses Gesetz verfolgte eine Stärkung der Patientensouveränität, der Qualität der Versorgung und der Versorgungsstruktur sowie eine Neugestaltung der Vergütung im ambulanten Bereich.²¹² Neben der Praxisgebühr²¹³ wurden neue Versorgungsaufträge zur Förderung der Qualität in der vertrags-ärztlichen Versorgung eingeführt.²¹⁴ Veränderungen der Vertragsstruktur im Bereich der integrierten Versorgung (§ 140a-d SGB V), an den Regelungen der hausarztzentrierten Versorgung (§ 73b SGB V) und die Einführung von Strukturverträgen nach § 73c SGB V erweiterten den Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern.²¹⁵ Das Modernisierungsgesetz führte die medizinischen Versorgungszentren (MVZ) als fachübergreifende Einrichtungen zur ambulanten medizinischen Versorgung ein und veränderte § 95 SGB V.²¹⁶ Seitdem sind die Einrichtungen mit angestellten Ärzten und die selbstständigen Vertragsärzte gleichberechtigt bei der Beantragung der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung.²¹⁷ Elemente der privaten Krankenversicherung wie Kostenerstattung, Selbstwahltarife und Beitragsrückerstattung in der GKV wurden ermöglicht.²¹⁸ Andere Institutionen des Gesundheitswesens wie der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) wurden weiterentwickelt,²¹⁹ dessen Aufgabe wurde durch die Schaffung von wissenschaftlichen Einrichtungen wie des Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG)²²⁰ unterstützt.²²¹

Ein weiteres Reformgesetz war das GKV-Wettbewerbstärkungsgesetz (GKV-WSG),²²² dessen Ziel vor allem die Intensivierung des Wettbewerbs auf Kassenseite und auf Seiten der Leistungserbringer war. Mit dieser Maßnahme sollte eine Qualitäts- und Effizienzsteigerung

²¹¹ Vom 14.11.2003, BGBl. I, S. 2190.

²¹² Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD, CDU/CSU und Bündnis 90/Die Grünen eines Gesetzes zur Modernisierung der GKV (GMG), BT-Drucks. 15/1525, S. 2.

²¹³ Art. 1 Nr. 15b des Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003, BGBl. I, 2190.

²¹⁴ Art. 1 Nr. 50 des Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003.

²¹⁵ Art. 1 Nr. 49 und 113 des Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003. Vgl. hierzu *Hänlein/Tennstedt* in: *Maydell/Ruland/Becker*, SRH, S. 101.

²¹⁶ Art. 1 Nr. 74 des Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003.

²¹⁷ Vgl. *Hellkötter-Backes*, in: *Hänlein/Schuler*, SGB V, § 95, Rn. 38 ff.

²¹⁸ Art. 1 Nr. 4 und 35 des Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003. Dazu vgl. *Simon*, *Das Gesundheitssystem in Deutschland*, S. 59.

²¹⁹ Art. 1 Nr. 70 des Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003. Zum Gemeinsamen Bundesausschuss siehe 1. Kap A II 4 b.

²²⁰ Vgl. etwa § 139a SGB V.

²²¹ Art. 1 Nr. 112 des Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003.

²²² Vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378.

der Gesundheitsversorgung erreicht werden.²²³ Durch das GKV-WSG wurde die Versorgungsform flexibilisiert. Seitdem können die Krankenkassen direkt Verträge mit an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Hausärzten schließen, die in eine Gemeinschaft oder Management-Gesellschaft einbezogen sind.²²⁴ Zu den wichtigsten Innovationen des GKV-WSG gehört die Einführung einer allgemeinen Krankenversicherungspflicht und -berechtigung für alle Personen mit Wohnsitz in Deutschland.²²⁵ Der Wettbewerb wurde durch mehr Vertragsfreiheit der Kassen in Bezug auf Leistungserbringer sowie durch die Einführung einer morbiditätsorientierten Vergütung und eines Wahltarifs gesteigert.²²⁶ Das GKV-WSG sah weiterhin die Einrichtung eines Spitzenverbandes der GKV und die Einbeziehung von Kassen in das allgemeine Insolvenzrecht vor.²²⁷ Außerdem wurde die Finanzstruktur der GKV durch die Einführung eines Gesundheitsfonds als eine Art „Geldsammelstelle“ für die von den Krankenkassen eingezogenen Beiträge verändert.²²⁸

Ende 2011 wurde das GKV-Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG)²²⁹ verabschiedet. Ziele dieses Gesetzes waren vornehmlich die Fortsetzung der Gewährleistung einer flächendeckenden wohnortnahen medizinischen Versorgung, eine Flexibilisierung des Systems der vertragsärztlichen Vergütung durch Zurücknahme zentraler Vorgaben, eine Verbesserung der Verzahnung der Leistungssektoren und eine Steigerung der Qualität und Effizienz der medizinischen Versorgung durch einen schnellen Zugang zu Innovationen und durch eine Stärkung von wettbewerblichen Instrumenten.²³⁰

Das GKV-VStG in Verbindung mit dem GKV-WSG stellte einen wesentlichen Prozessschritt regulativer Modernisierung des Gesundheitswesens dar, der zum Umbruch in der Versor-

²²³ Begründung des Gesetzentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG), BT-Drucks. 16/3950, S. 2.

²²⁴ Vgl. *Schuler-Harms*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, S. 822.

²²⁵ Art. 1 Nr. 2 des GKV-WSG vom 26.03.2007 (BGBl. I, S. 378) und § 193 Abs. 3 des Versicherungsvertragsgesetzes vom 23.11.2007, BGBl. I, S. 2631.

²²⁶ Vgl. *Hänlein/Schuler*; in Hänlein/Schuler, SGB V, Einleitung, Rn. 24.

²²⁷ Art. 1 Nr. 120 und 149 des GKV-WSG vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378.

²²⁸ Art. 1 Nr. 182 des GKV-WSG vom 26.03.2007. Dazu vgl. *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 60.

²²⁹ Vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2983.

²³⁰ Begründung des Gesetzentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstruktur in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-VStG), BT-Drucks. 17/6906, S. 42.

gungsstruktur und zur Ausgestaltung einer stark vernetzten und sektorenübergreifenden Gesundheitsversorgung führte.²³¹ Die regionale Versorgungsstruktur bzw. die Beteiligungsrechte der Länder in den Landesausschüssen wurde gestärkt.²³² Durch das GKV-VStG wurde schrittweise eine ambulante spezialfachärztliche Versorgung (§ 116b SGB V) als sektorenübergreifender neuer Versorgungszweig eingeführt, um Patienten mit seltenen oder hochkomplexen Erkrankungen eine bessere stationäre und fachärztliche Versorgung anbieten zu können.²³³

Schließlich wurde das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (GKV-VSG)²³⁴ verabschiedet. Zu den Zielen dieses Gesetzes zählen vor allem die Entbürokratisierung und Flexibilisierung der Rahmenbedingungen für die Tätigkeit in der vertragsärztlichen Versorgung, die Verbesserung des Zugangs zur medizinischen Versorgung, die Verstärkung von Förderung und Innovationen in der Versorgung durch die Schaffung eines dafür vorgesehenen Fonds und die Vergrößerung des Gestaltungsspielraums der Krankenkassen insbesondere beim Abschluss von Verträgen im Wettbewerb.²³⁵ Durch dieses Gesetz wurden die Rechtsgrundlagen der Selektivverträge²³⁶ verschlankt und teilweise zusammengefasst.²³⁷ Krankenkassen können seitdem Selektivverträge sowie Strukturverträge und Verträge über eine besondere ambulante ärztliche Versorgung über den neu gefassten § 140a abschließen.²³⁸ Die bisherigen Regelungen zur integrierten Versorgung (§§ 140a-140d SGB a. F.), zur besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung (§ 73c SGB V a. F.) und zu den Strukturverträgen (§ 73a SGB V a. F.) wurden durch § 140a SGB V ersetzt, in dem die Grundlagen für Selektivverträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern vereinheitlicht und vereinfacht wurden.²³⁹ Durch

²³¹ *Pitschas*, VSSR 2012, S. 377.

²³² Art. 1 Nr. 27; 28 des GKV-VStG vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2983. Dazu vgl. *Pitschas*, VSSR 2012, S. 163 f.

²³³ Begründung des Gesetzentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstruktur in der gesetzlichen Krankenversicherung, BT-Drucks. 17/6906, S. 44.

²³⁴ Vom 22.07.2015, BGBl. I, S. 1211.

²³⁵ Begründung des Gesetzentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-VSG), BT-Drucks. 18/4095, S. 50.

²³⁶ Selektivverträge sind im Gegensatz zu Kollektivverträgen Versorgungsverträge, die zwischen Leistungsträgern und einzelnen Leistungserbringern geschlossen werden. Sie werden im 2. Kap. ausführlich analysiert.

²³⁷ *Huster/Schütz*, NZS 2016, S. 645.

²³⁸ Begründung des Gesetzentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-VSG), BT-Drucks. 18/4095, S. 85.

²³⁹ *Huster/Schütz*, NZS 2016, S. 646.

das GKV-VSG erhielt der GBA den Auftrag, neue Versorgungsformen zu fördern, die über die bisherige Regelversorgung hinausgehen.²⁴⁰

Die Entstehungsgeschichte des deutschen Krankenversicherungsrechts ist lang, und sie zeigt das Bemühen des Gesetzgebers, die widerstreitenden Interessen möglichst weitgehend in Einklang zu bringen.

II. Die Grundlagen der GKV

Die im SGB V²⁴¹ geregelte GKV hat sich trotz zahlreicher Reformen bis heute als stabiles Regelungssystem erwiesen.²⁴² Die Aufgabe der GKV ist es, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder deren Gesundheitszustand zu verbessern.²⁴³ Im Rahmen der GKV besteht eine Zwangsversicherung für diejenigen, welche die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen.²⁴⁴ Neben den Pflichtversicherten²⁴⁵ bilden die freiwillig Versicherten²⁴⁶ und die beitragsfrei mitversicherten Familienangehörigen²⁴⁷ den versicherten Personenkreis. Die Inanspruchnahme von Leistungen²⁴⁸ setzt grundsätzlich entsprechende Beitragszahlungen voraus.²⁴⁹

1. Prinzipien der GKV

Die GKV ist von einer Reihe grundlegender Prinzipien geprägt. Prinzipien sind Normen mit einem relativ hohen Generalitätsgrad,²⁵⁰ welche die Werteordnung eines darauf aufbauenden Systems zeigen. Im Gegensatz zu Regeln, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können, sind Prinzipien Optimierungsgebote, die in unterschiedlichen Graden gemäß tatsächlicher und rechtlicher Möglichkeiten erfüllt werden können.²⁵¹ Die Prinzipien der GKV garantieren die Stabilität des Versorgungssystems.²⁵²

²⁴⁰ Art. 1 Nr. 40 des GKV-VSG vom 22.07.2015, BGBl. I, S. 1211.

²⁴¹ Vom 20.12.1988, BGBl. I, S. 2477.

²⁴² *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 70.

²⁴³ § 1 Satz 1 SGB V.

²⁴⁴ §§ 5-8 SGB V.

²⁴⁵ § 5 Abs. 1 SGB V.

²⁴⁶ § 9 SGB V.

²⁴⁷ § 10 SGB V.

²⁴⁸ §§ 11-68 SGB V.

²⁴⁹ § 226 ff. SGB V.

²⁵⁰ Zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 73 ff.

²⁵¹ Dazu *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75.

²⁵² Dazu vgl. *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 70.

Einige davon bestehen schon seit der Einführung der gesetzlichen Gesundheitsversorgung,²⁵³ andere wurden im Laufe der Entwicklung des Systems eingeführt. Die Leistungsträger und die Leistungserbringer sind diesen Prinzipien verpflichtet, weil sie der Auslegung des positiven Rechts dienen und auf die inhaltliche Ausgestaltung des Leistungserbringungsrechts hinweisen.²⁵⁴

Das wichtigste Prinzip für die GKV ist das verfassungsrechtlich garantierte²⁵⁵ Sozialstaatsprinzip.²⁵⁶ Es verpflichtet den Staat, für den sozialen Ausgleich, die soziale Sicherheit und die soziale Gerechtigkeit zu sorgen.²⁵⁷ Dieses gemäß Art. 79 Abs. 3 GG unveränderlich festgeschriebene Prinzip wendet sich in erster Linie an den Gesetzgeber,²⁵⁸ aber auch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an das Sozialstaatsprinzip gebunden.²⁵⁹ Dem Sozialstaatsprinzip wird bei der Auslegung und Anwendung bestehender Rechtsnormen eine besondere Bedeutung beigemessen.²⁶⁰ Der Gesetzgeber hat dieses Prinzip vor allem, aber nicht nur durch die Schaffung der Sozialgesetzbücher konkretisiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann aus dem Sozialstaatsprinzip allein kein subjektives Recht bzw. nicht das Recht auf Gesundheit abgeleitet werden.²⁶¹ Aus dem Prinzip folgt jedoch, dass der Staat die Letztverantwortung für die Ausgestaltung und Weiterentwicklung der Krankenversorgung trägt und diese nicht den freien Kräften des Marktes überlassen darf.²⁶²

Auch das Solidarprinzip,²⁶³ das ebenso wie die Eigenverantwortlichkeit²⁶⁴ in § 1 Abs. 1 SGB V verankert ist, ist sehr bedeutend für die GKV. Die Festlegung der beiden Prinzipien im

²⁵³ Vgl. *Rompf*, VSSR 2007, S. 2.

²⁵⁴ Vgl. *Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara*, VSSR 2011, S. 327.

²⁵⁵ Zum Einfluss des Sozialstaatsprinzips auf das Sozialrecht vgl. *Papier*, in: *Maydell/Ruland/Becker*, S. 100 ff.

²⁵⁶ Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

²⁵⁷ BVerfGE 22, 180, 204. Vgl. dazu *Papier*, in: *Maydell/Ruland/Becker*, S. 102; *Muckel/Ogorek*, Sozialrecht, S. 25.

²⁵⁸ BVerfGE 1, 97, 105. Vgl. dazu *Papier*, in: *Maydell/Ruland/Becker*, S. 101; *Muckel/Ogorek*, Sozialrecht, S. 26.

²⁵⁹ Art. 20 Abs. 1-3 GG.

²⁶⁰ *Muckel/Ogorek*, Sozialrecht, S. 27.

²⁶¹ BVerfGE 27, 253 (283); 41, 126 (153 f.); 82, 60 (80).

²⁶² Vgl. *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 60 f.

²⁶³ § 1 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

²⁶⁴ § 1 Abs. 1 Satz 2-3 SGB V.

gleichen Absatz weist auf ihre gleiche Gewichtung hin.²⁶⁵ Das Solidarprinzip führt zum Aufbau der GKV als einer Solidargemeinschaft, in der alle Versicherten einen Rechtsanspruch auf Leistungen²⁶⁶ unabhängig vom Einkommen und persönlichen Krankheitsrisiken wie Alter, Geschlecht und Gesundheitsstatus haben.²⁶⁷ Familienangehörige sind beitragsfrei mitversichert.²⁶⁸ Die Ausgaben für die Krankenversorgung werden zwischen Gesunden und Kranken und zwischen Besserverdienern und Geringverdienern umverteilt (finanzieller Ausgleich).²⁶⁹ Von den Versicherten wird zugleich eine Eigenverantwortlichkeit gefordert. Sie sollen durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit zu vermeiden.²⁷⁰ Die Krankenkassen sind ihrerseits dazu verpflichtet, die Versicherten dabei zu unterstützen.²⁷¹

Ein weiteres Prinzip, das die GKV prägt, ist das Bedarfsdeckungsprinzip.²⁷² Es gewährleistet für die Versicherten der GKV eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Versorgung. Die Versorgung der Versicherten muss außerdem ausreichend und zweckmäßig sein, darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten und muss in der fachlich gebotenen Qualität sowie wirtschaftlich vorteilhaft erbracht werden.²⁷³ Das Bedarfsdeckungsprinzip gilt nicht für alle Zweige der Sozialversicherung. Bei der sozialen Pflegeversicherung wird nur eine Grundversorgung gewährleistet; alles was darüber hinausgeht, fällt in die Eigenverantwortung der Versicherten. Dies entspricht dem Subsidiaritätsprinzip, nach dem die privaten Reserven zunächst aufgebraucht werden müssen, bevor die staatliche Versorgung greift.²⁷⁴

Das zentrale Prinzip der Leistungserbringung in der GKV ist das Sachleistungsprinzip,²⁷⁵ die Leistungserbringung wird überwiegend in Form von Gütern und Dienstleistungen realisiert. Es ist allerdings gesetzlich festgelegt, dass in bestimmten Fällen eine Kostenerstattung

²⁶⁵ Dazu *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, S. 228; *Schuler*, in: Hänlein/Schuler, § 1, Rn. 2.

²⁶⁶ Die Leistungsarten der GKV werden in § 11 SGB V geregelt.

²⁶⁷ Vgl. § 3 Satz 3 SGB V.

²⁶⁸ Die Familienversicherung ist in § 10 SGB V geregelt.

²⁶⁹ Dazu *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 76; *Becker/Kingreen*, in: Becker/Kingreen, § 1, Rn. 4. Zu sozialem Ausgleich und Solidarität unter den Versicherten einer Sozialversicherung vgl. *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, S. 304 ff.

²⁷⁰ § 1 Satz 3 SGB V. Ein entsprechendes Fehlverhalten hat allerdings grundsätzlich keine Konsequenzen.

²⁷¹ § 1 Satz 4 SGB V.

²⁷² § 70 Abs. 1 SGB V.

²⁷³ § 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

²⁷⁴ Dieses Prinzip prägt insbesondere das Existenzsicherungsrecht, vgl. etwa § 2 Abs. 1 SGB II oder § 2 Abs. 1 SGB XII.

²⁷⁵ § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V.

stattfinden kann.²⁷⁶ Die Leistungsträger erfüllen den Anspruch der Versicherten nicht selbst durch eigene Einrichtungen,²⁷⁷ sondern sie schließen dafür Verträge mit Leistungserbringern²⁷⁸ (Dreiecks-beziehung),²⁷⁹ die diese Aufgaben übernehmen. Unter den Leistungserbringern sind die Ärzte, die in der Kassenärztlichen Vereinigung zusammengeschlossen sind.²⁸⁰ Das Sachleistungsprinzip bezweckt, die Versicherten vor mangelnder medizinischer Versorgung infolge finanzieller Belastungen zu schützen.²⁸¹ Dadurch, dass der Erhalt von Sach- und Dienstleistungen sichergestellt ist, kann die Bedarfsbefriedigung unmittelbar stattfinden.²⁸² Außerdem gibt das Sachleistungsprinzip dem Staat die Möglichkeit, den finanziellen Aufwand für die gesetzliche Krankenversicherung zu steuern.²⁸³ Die Einbindung von Leistungserbringern in die GKV durch das Sachleistungsprinzip bringt Effizienz ohne dass verhindert würde, dass die Leistungserbringer völlig eigenständig handeln.²⁸⁴

Das Prinzip, dass die Organisation der GKV bestimmt, ist das Selbstverwaltungsprinzip.²⁸⁵ Dieses besagt, dass ihre Leistungsträger – die Krankenkassen – vor allem Satzautonomie und Finanzautonomie besitzen.²⁸⁶ Sie können ihre Belange im Rahmen der bestehenden Gesetze selbst regeln und verfügen in einem gewissen Rahmen über eigene Entscheidungskompetenzen.²⁸⁷

Ein weiteres Prinzip, das die GKV prägt, ist das Wirtschaftlichkeitsprinzip,²⁸⁸ das ein optimales Verhältnis zwischen Leistungsaufwand und diagnostischem Nutzen gewährleisten

²⁷⁶ § 13 Abs. 1 SGB V. Zur Anwendung des Kostenerstattungsprinzips in der GKV vgl. *Fischer*, SGB 2008, S. 461 ff.

²⁷⁷ Die Ausnahmen sind unter § 140 SGB V geregelt.

²⁷⁸ § 2 Abs. 2 Satz 3 SGB V.

²⁷⁹ Unter der Dreiecksbeziehung versteht man die Rechtsverhältnisse zwischen Leistungsträgern, Versicherten und Leistungserbringern bei der Realisierung der Leistungserbringung. Zu dieser Beziehung vgl. vertiefend *Krause*, SGB 1981, S. 410 ff. Dazu auch *Muckel/Ogorek*, Sozialrecht, S. 163; *Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara*, VSSR 2011, S. 325.

²⁸⁰ § 77 Abs. 1 SGB V

²⁸¹ BSGE 42, 117 (119f). Dazu *Axer*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 2, S. 19; *Muckel/Ogorek*; Sozialrecht, S. 125; *Fischer*, SGB 2008, S. 463.

²⁸² BSGE 55, 88 (193). Hierzu *Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara*, VSSR 2012, S. 6.

²⁸³ Vgl. *Sodan*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 13, Rn. 3; *Engelmann*, NZS 2000, S. 5.

²⁸⁴ *Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara*, VSSR 2011, S. 325.

²⁸⁵ §§ 4 Abs. 1 SGB V und 29 Abs. 1 SGB IV. Zur Gestaltung der Selbstverwaltung im sozialen Gesundheitswesen vgl. *Welti*, SGB 2011, S. 485 ff.

²⁸⁶ *Muckel/Ogorek*, Sozialrecht, S. 94.

²⁸⁷ *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 67.

²⁸⁸ §§ 12 Abs. 1 und 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

soll.²⁸⁹ Der Zweck dieses Prinzips ist es, die Funktionsfähigkeit des Systems zu garantieren.²⁹⁰ Im Zusammenhang damit steht das Prinzip der Beitragssatzstabilität.²⁹¹ Demnach können Beitragserhöhungen nur vorgenommen werden, wenn die wirtschaftlichen Reserven der GKV die notwendige medizinische Versorgung nicht gewährleisten können.²⁹² Das Prinzip der Beitragssatzstabilität schränkt die medizinisch notwendigen bedarfsgerechten Leistungen²⁹³ sowie den vertragsärztlichen Rechtsanspruch auf angemessene Vergütung²⁹⁴ nicht ein, weil Beitragssatzerhöhungen zulässig sind, wenn steigende Ausgaben anders nicht gedeckt werden können.

2. Die Leistungsträger der GKV

a. Die Krankenkassen

Die Leistungsträger der GKV sind die Krankenkassen,²⁹⁵ die nach regionalen, berufsständischen oder branchenspezifischen Kriterien gebildet werden.²⁹⁶ Sie sind die Kostenträger der Leistungen²⁹⁷ und gliedern sich in (allgemeine) Orts-,²⁹⁸ Betriebs-²⁹⁹ und Innungskrankenkassen,³⁰⁰ landwirtschaftliche Krankenkassen,³⁰¹ die Knappschaft-Bahn-See-Krankenkasse³⁰² und Ersatzkassen³⁰³. Die Anzahl der Krankenkassen hat sich im Laufe der Jahre

²⁸⁹ Vgl. *Ulmer*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 12, S. 167.

²⁹⁰ Das Wirtschaftlichkeitsprinzip kann wegen der Anwendung der Grundsätze des Nikolaus-Beschlusses (BVerfGE 115, 25) beschränkt werden. Dazu vgl. *Penner/Bohmeier*, GesR 2011, S. 526 ff.

²⁹¹ § 71 SGB V.

²⁹² § 71 Abs. 1 SGB V.

²⁹³ Dazu *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 84.

²⁹⁴ Dazu *Wimmer*, MedR 2001, S. 361 f.; *Sodan/Gast*, NZS 1998, S. 502 ff.

²⁹⁵ §§ 12 und 21 Abs. 2 SGB I und §§ 4 Abs. 2, 143 ff. SGB V.

²⁹⁶ § 4 Abs. 2 SGB V.

²⁹⁷ § 85 Abs. 1 SGB V.

²⁹⁸ §§ 143 ff. SGB V.

²⁹⁹ §§ 147 ff. SGB V.

³⁰⁰ §§ 157 ff. SGB V.

³⁰¹ § 166 SGB V.

³⁰² § 167 SGB V.

³⁰³ § 168 SGB V.

ständig reduziert.³⁰⁴ Seit dem Inkrafttreten des Gesundheitsstrukturgesetzes,³⁰⁵ das die allgemeine Kassenwahlfreiheit einführte, herrscht zwischen den Krankenkassen Wettbewerb um die Versicherten.³⁰⁶

Die Krankenkassen sind rechtsfähige, selbstverwaltete Körperschaften des öffentlichen Rechts,³⁰⁷ die ihre gesetzlich zugewiesenen Aufgaben erfüllen müssen, nämlich die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen und den Gesundheitszustand³⁰⁸ durch das Angebot von Aufklärung, Beratung und Leistungen zu verbessern.³⁰⁹ Die Organe der Selbstverwaltung bei den Krankenkassen bestehen aus einem Vorstand und einem Verwaltungsrat,³¹⁰ die beide paritätisch aus Vertretern der Arbeitgeber und der Versicherten zusammengesetzt sind.³¹¹ Der Verwaltungsrat hat die Aufgabe, vor allem die Satzung zu beschließen, den Vorstand zu überwachen sowie grundsätzliche Entscheidungen für die Krankenkassen zu treffen.³¹² Die Mitglieder der jeweiligen Krankenkasse wählen alle sechs Jahre in den so genannten Sozialversicherungswahlen den Verwaltungsrat.³¹³ Der Verwaltungsrat wählt wiederum den Vorstand.³¹⁴ Die Selbstverwaltung steht unter staatlicher Rechtsaufsicht.³¹⁵ In diesem Zusammenhang wurde der Begriff der gemeinsamen Selbstverwaltung entwickelt; dieser bezeichnet die Zusammenarbeit von Krankenkassen und Ärzten sowie ihrer Verbände, die trotz unterschiedlicher Interessen die vertragsärztliche Versorgung gemäß § 72 Abs. 1 SGB V sicherstellen soll.³¹⁶ Einen großen Handlungsspielraum haben Leistungsträger und Leistungserbringer jedoch nicht – schon wegen der weitgehend gesetzlich geregelten leistungsrechtlichen Ansprüche der Versicherten und auch wegen der detailreichen Regelungen des Leistungserbringungsrechts.³¹⁷

³⁰⁴ Zu Beginn des Jahres 2018 gab es laut Spitzenverband der Krankenkassen 110 gesetzliche Krankenkassen, diese Information ist abrufbar im Internet unter: <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/74834/umfrage/anzahl-gesetzliche-krankenkassen-seit-1970/>>, zuletzt besucht am 14.01.2019.

³⁰⁵ Vom 21.12.1992, BGBl. I, S. 2266.

³⁰⁶ § 186 ff. SGB V.

³⁰⁷ Art. 87 Abs. 2 GG, § 4 Abs. 1 SGB V und § 29 Abs. 1 SGB IV.

³⁰⁸ § 1 Satz 1 SGB V.

³⁰⁹ §§ 1 Satz 4 und 2 Abs.1 SGB V.

³¹⁰ § 31 Abs. 3a SGB IV.

³¹¹ § 29 Abs. 2 SGB IV.

³¹² § 197 SGB V.

³¹³ § 217c SGB V.

³¹⁴ §§ 35a Abs. 5 und 52 SGB IV.

³¹⁵ Die Satzung der Krankenkassen bedarf bspw. gemäß § 195 SGB V der Genehmigung der Aufsichtsbehörde.

³¹⁶ Dazu *Axer*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 4.

³¹⁷ *Schulin*, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 208.

b. Die Verbände der Krankenkassen

Die Krankenkassen organisieren sich in Verbänden, die ebenso wie die Krankenkassen selbst vom Selbstverwaltungsprinzip geprägt sind.³¹⁸ Auf Landesebene schließen sie sich nach ihrem jeweiligen Typus zusammen.³¹⁹ Die Landesverbände der Krankenkassen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts³²⁰ und ein Teil der mittelbaren Landesverwaltung. Die für die Sozialversicherung zuständige oberste Verwaltungsbehörde des Landes übt die Aufsicht über die Landesverbände der Krankenkassen aus.³²¹ Die Aufgaben der Landesverbände der Krankenkassen unterteilen sich in die Erfüllung der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben, die Unterstützung der Mitgliedskassen und die Unterstützung der zuständigen Behörden.³²² Zu diesen Aufgaben gehört vor allem die Sicherstellung der ärztlichen Versorgung durch den Abschluss der Gesamtverträge mit den Kassenärztlichen Vereinigungen.³²³

2007 wurde durch das GKV-WSG³²⁴ die Organisation der Krankenkassen verändert. Die Landesverbände bildeten bis Ende 2006 Bundesverbände, die als Körperschaften des öffentlichen Rechts konstituiert waren. Die ehemaligen Bundesverbände wurden kraft Gesetzes am 01.01.2009 zu Gesellschaften des bürgerlichen Rechts umgewandelt.³²⁵ Der bundesweite Verband der Krankenkassen – der Spitzenverband Bund der Krankenkassen – ist 2008 an die Stelle der bisherigen Bundesverbände getreten. Mit nur einem Spitzenverband wird unnötige Verwaltung vermieden.³²⁶ Der Spitzenverband Bund ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts.³²⁷ Ihm obliegt die Unterstützung der Krankenkassen und ihrer Landesverbände bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und bei der Wahrnehmung ihrer Interessen.³²⁸ Wichtige Aufgaben des Spitzenverbands sind der Abschluss von Verträgen mit den Leistungserbringern, insbesondere von Bundesmantelverträgen mit den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen,³²⁹ sowie die Richtlinienkompetenz in bestimmten Fragen der Qualitätssicherung.³³⁰

³¹⁸ Die Selbstverwaltungsorgane werden in §§ 217b-f SGB V geregelt.

³¹⁹ § 207 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

³²⁰ § 207 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

³²¹ § 208 Abs. 1 SGB V.

³²² §§ 211, 214 SGB V.

³²³ §§ 75 Abs. 1 und 83 SGB V.

³²⁴ Vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378. Zur Veränderung der GKV durch das GKV-WSG siehe 1. Kap A I 4.

³²⁵ § 212 Abs. 1 SGB V.

³²⁶ *Muckel/Ogorek*, Sozialrecht, S. 95.

³²⁷ § 217a Abs. 2 SGB V.

³²⁸ § 217f Abs. 2 SGB V.

³²⁹ § 82 Abs. 1 SGB V.

³³⁰ § 217f Abs. 4 SGB V.

Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen untersteht der Aufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit.³³¹

3. Die Leistungserbringer der GKV

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, werden in dieser Arbeit ausschließlich die Ärzte als Leistungserbringer der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung in den Fokus genommen und analysiert. An der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung wirken jedoch gemäß § 72 Abs. 1 SGB V neben den Ärzten auch Zahnärzte, Psychotherapeuten und medizinische Versorgungszentren mit.

a. Die Vertragsärzte

Wie die Leistungsträger bilden auch die Leistungserbringer Organisationen, die Teil der gemeinsamen Selbstverwaltung sind. Die Vertragsärzte sind für die vertragsärztliche Versorgung der GKV zugelassene Ärzte, die zusammen mit anderen Leistungserbringern die Verantwortung für die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung übernehmen.³³² Es gibt grundsätzlich keine unmittelbaren Verträge zwischen den zugelassenen Ärzten und den Krankenkassen. Das Rechtsverhältnis zwischen beiden ergibt sich aus den Verträgen zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Krankenkassen.³³³

Die Mitgliedschaft des Vertragsarztes in der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung beginnt mit seiner Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung.³³⁴ Es handelt sich um eine Pflichtmitgliedschaft, die kraft Gesetzes begründet wird, um die vertragsärztliche Versorgung zu gewährleisten.³³⁵ Die Zulassung der Vertragsärzte zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ist in §§ 95 ff. SGB V sowie in der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV)³³⁶ geregelt. Sie setzt die Eintragung in das Arztregister voraus,³³⁷ es darf zudem keine Beschränkung durch die Bedarfsplanung³³⁸ geben.³³⁹

³³¹ § 217d Abs. 1 SGB V.

³³² § 72 Abs. 1 SGB V.

³³³ Vgl. *Krause*, SGB 1981, S. 411.

³³⁴ § 95 Abs. 1 SGB V.

³³⁵ *Ledge*, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 77, Rn. 5.

³³⁶ Zuletzt geändert durch Art. 6 der Verordnung vom 07.07.2017, BGBl. I, S. 2842.

³³⁷ § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB V.

³³⁸ Durch die Bedarfsplanung wird der Versorgungsbedarf der Städte und Landkreise an vertragsärztlicher Versorgung identifiziert, vgl. *Boecken* in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 17, Rn. 4. Die Bedarfsplanung wird in §§ 99 ff. SGB V geregelt.

³³⁹ Die Zulassungsbeschränkungen werden in § 103 SGB V geregelt.

Aus der Mitgliedschaft der Vertragsärzte in der Kassenärztlichen Vereinigung und der tatsächlichen Leistungserbringung ergibt sich der Anspruch des Vertragsarztes auf Vergütung. Das Honorar für seine Leistungen, das von der Kassenärztlichen Vereinigung bezahlt werden muss, erhält der einzelne Vertragsarzt nach einem Punktesystem, dem so genannten Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM),³⁴⁰ nach dem die Gesamtvergütung³⁴¹ verteilt wird.

b. Die Kassenärztlichen Vereinigungen

In Bezug auf die Organisation der vertragsärztlichen Versorgung gibt es eine Kompetenzverteilung zwischen Landes- und Bundesebene. Zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben bilden die Vertragsärzte für den Bereich jedes Landes eine Kassenärztliche Vereinigung,³⁴² und die Kassenärztlichen Vereinigungen bilden wiederum die Kassenärztliche Bundesvereinigung.³⁴³ Die beiden Vereinigungen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts.³⁴⁴ Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind ein Teil der mittelbaren Staatsverwaltung und können per Satzung ihr Binnenrecht regeln. Sie haben die Aufgabe, die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen³⁴⁵ und die Interessenvertretung der Vertragsärzte gegenüber den Krankenkassen zu gewährleisten.³⁴⁶ Auch die Ergreifung von Maßnahmen der Qualitätssicherung der vertragsärztlichen Versorgung gehört zur Aufgabe der Kassenärztlichen Vereinigungen.³⁴⁷ Ihre Selbstverwaltungsorgane sind Vorstand und Vertreterversammlung.³⁴⁸ Dem Vorstand obliegt die Geschäftsführung³⁴⁹ und die Vertreterversammlung verfasst die Satzung der Vereinigung.³⁵⁰ Die Kassenärztlichen Vereinigungen verteilen die vereinbarten Gesamtvergütungen für die vertragsärztliche Versorgung nach einem Verteilungsmaßstab an die Vertragsärzte³⁵¹ und besitzen außerdem Disziplinarbefugnis gegenüber ihren Mitgliedern.³⁵² Das

³⁴⁰ Durch den EBM, der in § 87 Abs. 2 SGB V geregelt wird, werden die Verhältnisse zwischen den berechnungsfähigen Leistungen und der Bewertung der Leistungen in Geld festgelegt.

³⁴¹ Gesamtvergütung ist gemäß § 85 Abs. 2 Satz 2 SGB V das Ausgabenvolumen für die Gesamtheit der zu vergütenden vertragsärztlichen Leistungen.

³⁴² § 77 Abs. 1 SGB V.

³⁴³ § 77 Abs. 4 SGB V.

³⁴⁴ § 77 Abs. 5 SGB V.

³⁴⁵ § 75 Abs. 1 SGB V.

³⁴⁶ § 75 Abs. 2 SGB V.

³⁴⁷ § 135f SGB V.

³⁴⁸ § 79 Abs. 1 SGB V.

³⁴⁹ § 79 Abs. 5 SGB V.

³⁵⁰ § 79 Abs. 3 Nr. 1 SGB V.

³⁵¹ § 87b Abs. 1 Satz 2 SGB V.

³⁵² § 81 Abs. 5 SGB V.

Bundesministerium für Gesundheit führt die Aufsicht über die Kassenärztliche Bundesvereinigung.³⁵³

4. Weitere Akteure der GKV

a. Die Schiedsämter

Das Schiedswesen spielt eine wichtige Rolle im Kontext der Verträge der vertragsärztlichen Versorgung. Es besteht in der GKV seit dem Berliner Abkommen vom 23.12.1913.³⁵⁴ Die Schiedsämter haben eine außergerichtliche Befriedigungsfunktion und werden tätig, wenn ein Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande kommt.³⁵⁵ Die Einrichtung der Schiedsämter ist eine Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, nach der die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung Aufgabe der gemeinsamen Selbstverwaltung ist.³⁵⁶ Das Ziel der Schiedsämter ist, einen vertragslosen Zustand im Rahmen der gesundheitlichen Versorgung zu vermeiden.³⁵⁷ Da die Schiedsämter Aufgaben der öffentlichen Verwaltung übernehmen, sind sie Behörden im funktionalen oder verwaltungsverfahrenrechtlichen Sinne.³⁵⁸ Die Funktion der Schiedsämter beschränkt sich auf die Ersetzung des gescheiterten Vertrags.³⁵⁹

Die Schiedsämter werden auf Bundes- und Landesebene gebildet und bestehen aus Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern.³⁶⁰ Die Amtsdauer beträgt vier Jahre.³⁶¹ Die Zuständigkeit der Schiedsämter hängt von der jeweiligen Vertragsebene ab. Verträge auf Bundesebene bzw. Bundesmantelverträge³⁶² obliegen dem Bundesschiedsamt

³⁵³ § 78 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

³⁵⁴ Dazu *Ziermann*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 22, Rn. 1; *Düring*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 9, Rn. 1.

³⁵⁵ § 89 Abs. 1 SGB V.

³⁵⁶ *Düring*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 9, Rn. 2.

³⁵⁷ *Schuler*, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 89, Rn. 1.

³⁵⁸ Dazu vgl. § 1 Abs. 2 SGB X. Das Schiedsamt handelt nach der Schiedsamtsverordnung für die vertragsärztliche Versorgung, BGBl. I, 1957, S. 570. Zur Rechtsnatur des Schiedsamts vgl. *Buchner/Bosch*, SGB 2011, S. 21; *Schnapp*, NZS 2010, S. 243 ff.; *Düring*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 9, Rn. 12.

³⁵⁹ *Düring*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 9, Rn. 2.

³⁶⁰ § 89 Abs. 2 Satz 2 SGB V.

³⁶¹ § 89 Abs. 3 Satz 3 SGB V.

³⁶² § 82 Abs. 1 SGB V.

und Verträge auf Landesebene bzw. Gesamtverträge³⁶³ den entsprechenden Landesschiedsämtern.³⁶⁴ Schiedsamtverfahren werden durch einen Antrag oder eine Kündigung des Vertrags eingeleitet; das Verfahren im Detail ist in der Schiedsamtverordnung geregelt. Ein Schiedsamtverfahren soll innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Antragstellung bzw. Ablauf der Kündigungsfrist beendet sein.³⁶⁵ Die für die Schiedsämter festgesetzten Verträge sind Normsetzungsverträge für die Mitglieder der Vertragspartner, d. h. Krankenkassen und zugelassene Ärzte; gleichzeitig fungieren sie als Verwaltungsakte gegenüber den Vertragspartnern, d. h. den Verbänden der Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen.³⁶⁶ Die Aufsicht über die Schiedsämter führe das Bundesministerium für Gesundheit und die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder.³⁶⁷

b. Der Gemeinsame Bundesausschuss

Die Kassenärztliche Bundesvereinigung, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und der Spitzenverband der Krankenkassen bilden den Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA).³⁶⁸ Dieser Ausschuss wurde durch das GKV-Modernisierungsgesetz³⁶⁹ als Ersatz für den Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen eingeführt³⁷⁰ und durch das GKV-WSG³⁷¹ und GKV-VStG³⁷² vor allem in seiner Struktur und seinem Verfahren verändert. Der GBA ist die wichtigste Organisation der gemeinsamen Selbstverwaltung, weil er eine zentrale Steuerungsinstanz der GKV darstellt,³⁷³ der im Laufe der Zeit immer umfangreichere Normsetzungsbefugnisse zugewiesen wurden.³⁷⁴

³⁶³ § 83 SGB V.

³⁶⁴ *Düring*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 9, Rn. 4.

³⁶⁵ § 89 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

³⁶⁶ *Schuler*, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 89, Rn. 16.

³⁶⁷ § 89 Abs. 5 SGB V.

³⁶⁸ § 91 Abs. 1 SGB V.

³⁶⁹ Art. 1 Nr. 23a des Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003, BGBl. I, S. 2190.

³⁷⁰ Zu den Bundesausschüssen der Ärzte und Krankenkassen siehe Fn. 204.

³⁷¹ Art. 1 Nr. 62 des GKV-WSG vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378.

³⁷² Art. 1 Nr. 29 des GKV-VStG vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2838.

³⁷³ Vgl. *Schuler-Harms*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, S. 848. Zur Steuerungsfunktion des Gemeinsamen Bundesausschusses siehe 3. Kap. A II b.

³⁷⁴ Zur Diskussion über die Normsetzungsbefugnis des GBA vgl. *Kluth*, GesR 2017, S. 205 ff.; *Zimmermann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss, S. 107 ff.; *Neumann*, NZS 2010, S. 593 ff.; *Hauck*, NZS 2010, S. 600 ff.; *Wolff*, NZS 2009, S. 186 f.; *Vießmann*, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V, S. 127 ff.; *Kingreen*, NJW 2006, S. 877 ff.; *Schimmel-pfeng-Schütte*, NZS 2006, S. 567 ff.; *Pitschas*, MedR 2006, S. 455 f.; *Huster*, JZ 2006, S. 468; *Sodan*, NZS 2000, S. 581 ff.

Der GBA verfügt über ein Beschlussgremium (Plenum), das aus 13 stimmberechtigten Mitgliedern besteht.³⁷⁵ Die Vorsitzenden des Beschlussgremiums vertreten den GBA gerichtlich und außergerichtlich.³⁷⁶ Im GBA sind auch maßgebliche Organisationen vertreten, welche für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der Selbsthilfegruppen chronisch kranker und behinderter Menschen auf Bundesebene verantwortlich sind.³⁷⁷ Diese Organisationen haben ein Mitberatungsrecht,³⁷⁸ aber kein Stimmrecht.³⁷⁹ Eine Verfahrens- und eine Geschäftsordnung regeln die Details der Aufgabenerfüllung des GBA,³⁸⁰ der unter der Aufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit steht.³⁸¹

Der GBA hat insbesondere die Aufgabe, die erforderlichen Richtlinien über die zur Gewährung einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse zur Sicherung der ärztlichen Versorgung zu beschließen.³⁸² Es werden vornehmlich Richtlinien über die ärztliche und zahnärztliche Behandlung, Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten, zur Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, zur Bedarfssplanung und zur Qualitätssicherung beschlossen.³⁸³ Eine weitere Aufgabe des GBA ist die Förderung von Versorgungsformen, die über die bisherige Regelversorgung hinausgehen.³⁸⁴ Versorgungsforschung, die auf einen Erkenntnisgewinn zur Verbesserung der bestehenden Versorgung in der GKV abzielt, soll ebenfalls vom GBA gefördert werden.³⁸⁵

5. Finanzierungsgrundlagen der GKV

Die Finanzierung der GKV wurde im Rahmen der dreißigjährigen Kostendämpfungspolitik immer wieder kontrovers diskutiert.³⁸⁶

³⁷⁵ Die Zusammensetzung des Beschlussgremiums ist in § 91 Abs. 2 SGB V vorgegeben.

³⁷⁶ § 91 Abs. 1 SGB V.

³⁷⁷ § 140f Abs. 1 SGB V.

³⁷⁸ § 140f Abs. 2 Satz 1 SGB V.

³⁷⁹ Vgl. *Neumann*, NZS 2005, S. 620.

³⁸⁰ § 91 Abs. 4 SGB V.

³⁸¹ § 91a SGB V.

³⁸² § 92 Abs. 1 SGB V.

³⁸³ Der Inhalt der Richtlinien des GBA wird in § 92 SGB V gelistet.

³⁸⁴ § 92a Abs. 1 SGB V.

³⁸⁵ § 92a Abs. 2 SGB V.

³⁸⁶ Dazu vgl. u. a. *Kirchhof*, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 1320 ff.; *Rixen*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 37, Rn. 5 ff.; *Greß/Wasen*, in: Felix, Die Finanzierung der Sozialversicherung, S. 5 ff.; *Hase*, in: Felix, Die Finanzierung der Sozialversicherung, S. 25 ff.; *Pfohl/Sichert*, NZS 2009, S. 71 ff.; *Reiner*, Mythen der Gesundheitspolitik, S. 17 ff.; *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 131 ff.

Durch zahlreiche gesundheitspolitische Reformversuche und Gesetzes-änderungen³⁸⁷ wurde dieser Bereich stetig reformiert. Das Hauptargument für die Notwendigkeit ständiger Reformen war der Anstieg der Gesundheitsausgaben.³⁸⁸

Die GKV wird überwiegend durch Beiträge finanziert,³⁸⁹ es gibt jedoch auch steuerfinanzierte Bundeszuschüsse.³⁹⁰ Die Beiträge und Bundeszuschüsse fließen erst in den Gesundheitsfonds³⁹¹ und werden von dort auf die Krankenkassen verteilt. Die Kosten der GKV werden nach dem Umlageverfahren gedeckt. Das bedeutet, dass die eingenommenen Beiträge verwendet werden, um anfallende Ausgaben der Gesundheitsversorgung innerhalb des jeweiligen Zeitraums abzudecken.³⁹² Durch das Umlageverfahren werden die Leistungen ohne eine Kapitalakkumulation (Altersrückstellung) direkt aus den laufenden Beiträgen finanziert.³⁹³ Damit ist die Finanzierung der GKV von der wirtschaftlichen und demografischen Entwicklung abhängig.³⁹⁴ Die Finanzierung der älteren Menschen durch junge Erwerbstätige ist Ausdruck des Solidarprinzips und wird als „Generationenvertrag“ bezeichnet.³⁹⁵

a. Versicherungsbeiträge

Der Versicherungsbeitrag wird nach einem bestimmten Prozentsatz des Bruttoeinkommens aus unselbstständiger Arbeit (beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder) bis zu einer Beitragsbemessungsgrenze berechnet.³⁹⁶ Da die GKV eine Solidargemeinschaft ist,³⁹⁷ werden bei der Bemessung der Beiträge nicht Alter, Geschlecht, Anzahl der Familienmitglieder

³⁸⁷ Zu wichtigen Reformen der GKV siehe 1. Kap. A II 4.

³⁸⁸ Obwohl der Ausdruck „Kostenexplosion der Gesundheitsausgaben“ in aller Munde war, stellten viele Autoren diese Behauptung in Frage, weil zwar die Beitragssätze zur GKV in den vorangegangenen Jahren deutlich gestiegen waren, der Anteil der Ausgaben der GKV am Bruttoinlandsprodukt jedoch nahezu konstant geblieben war, vgl. *Rosenbrock/Gerlinger*, in: Hurrelmann/Razum, Handbuch Gesundheitswissenschaften, S. 1036.

³⁸⁹ § 220 Abs. 1 SGB V.

³⁹⁰ § 221 Abs. 1 SGB V.

³⁹¹ § 271 Abs. 1 SGB V.

³⁹² Vgl. dazu *Rixen/Kluckert*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 37, Rn. 22; *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 133.

³⁹³ Vgl. etwa § 21 Nr. 1 SGB IV.

³⁹⁴ Vgl. *Sodan/Schaks*, VSSR 2011, S. 292 f.; *Sodan*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 1, Rn. 20 ff.

³⁹⁵ Vgl. *Eichenhofer*, Sozialrecht, S. 33.

³⁹⁶ §§ 223 Abs. 2-3, 226 ff. SGB V.

³⁹⁷ §§ 1 Satz 1, 3 SGB V.

und persönliches Krankheitsrisiko des Versicherten,³⁹⁸ sondern die Ausgaben, Betriebsmittel und Rücklagen der Versicherungsträger als Grundlage herangezogen.³⁹⁹

Der Arbeitgeber zahlt einen Teil des Beitrags zur GKV.⁴⁰⁰ Der aktuelle allgemeine Beitragsatz beträgt 14,6 % der beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder.⁴⁰¹ Von 1931 bis 2009 legten die Krankenkassen den Beitragsatz selbst fest. Im Jahre 2009 verloren sie ihre Beitragsatzautonomie insoweit jedoch.⁴⁰² D. h., die Beiträge werden seitdem nicht mehr von den Krankenkassen selbst, sondern von der Bundesregierung per Rechtsverordnung einheitlich festgesetzt.⁴⁰³ Aktuell gibt es also eine staatliche Beitragsatzfestsetzung.⁴⁰⁴

b. Der Gesundheitsfonds

Der Gesundheitsfonds entstand im Jahr 2009⁴⁰⁵ als ein Kompromiss zwischen verschiedenen Modellen der Finanzierung des Gesundheitssystems, nämlich einem Gesundheitsprämienmodell (Kopfpauschale) und einem Bürgerversicherungsmodell.⁴⁰⁶ Es handelt sich dabei um ein Sondervermögen,⁴⁰⁷ das eine Risikoausgleichsfunktion hat. In diesen Fonds fließen die unterschiedlichen Beiträge und der Bundeszuschuss aus Steuermitteln.⁴⁰⁸ Der Gesundheitsfonds wird vom Bundesversicherungsamt verwaltet.⁴⁰⁹

Die Krankenkassen erhalten vom Gesundheitsfonds eine Grundpauschale pro Versichertem,⁴¹⁰ die nach einer morbiditätsorientierten Risikostruktur berechnet wird.⁴¹¹

³⁹⁸ Vgl. *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 132.

³⁹⁹ § 21 SGB IV.

⁴⁰⁰ § 20 SGB IV und § 249 Abs. 1 SGB V. Bis 2005 war der Beitragsatz paritätisch auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber verteilt, dann wurde der Grundsatz der paritätischen Finanzierung zugunsten einer Mehrbelastung der Arbeitnehmer aufgegeben, vgl. hierzu *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 132. Seit 2019 werden mit dem Versichertenentlastungsgesetz (BGBl. I, S. 2387) die Beiträge zur GKV wieder paritätisch von Arbeitnehmern und Arbeitgebern getragen.

⁴⁰¹ § 241 SGB V.

⁴⁰² Art. 1 Nr. 162 des GKV-WSG vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378. Dazu vgl. *Sodan/Schaks*, VSSR 2011, S. 308.

⁴⁰³ Art. 1 Nr. 162 des GKV-WSG vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378.

⁴⁰⁴ Dazu *Marburger*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, § 241, S. 1671.

⁴⁰⁵ Art. 1 Nr. 182 des GKV-WSG vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378. Siehe dazu 1. Kap. A II. 4.

⁴⁰⁶ Vgl. *Axer*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, § 271, S. 1753. Für einen Überblick über die unterschiedlichen Modelle zur Reform der GKV vgl. *Weselski*, VSSR 2006, S. 27 ff.

⁴⁰⁷ § 271 SGB V.

⁴⁰⁸ § 271 Abs. 1 SGB V.

⁴⁰⁹ § 271 Abs. 1 SGB V.

⁴¹⁰ § 221 Abs. 2 SGB V.

⁴¹¹ Der so genannte Risikostrukturausgleich (RSA) ist in § 266 SGB V geregelt. Der RSA wurde durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992 eingeführt und 2007 in den Gesundheitsfonds integriert und wird

Die Berechnung geschieht auf Grundlage von Kriterien wie Beitragsaufkommen, Krankheitskostenrisiko, Angebot- sowie Nachfragestruktur der geographischen Region.⁴¹²

Wenn die Krankenkassen ihre Ausgaben mit den Finanzmitteln aus dem Gesundheitsfonds nicht decken können, haben sie die Möglichkeit, einen einkommensunabhängigen Zusatzbeitrag einzuführen.⁴¹³ In diesem Fall besitzt der Versicherte ein Sonderkündigungsrecht.⁴¹⁴

III. Die Grundlagen der privaten Krankenversicherung

In Deutschland gibt es neben der GKV auch ein privates Krankenversicherungssystem (PKV). Das gleichzeitige Bestehen dieser beiden Versicherungsarten wird durch die Begriffe „bipolare Versicherungsverfassung“, „duales Krankenversicherungssystem“ oder „komplementäre Versicherungstypen“ beschrieben.⁴¹⁵ Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hat der Gesetzgeber die Intention, „die Versicherungssysteme von gesetzlicher und privater Krankenversicherung dauerhaft voneinander abzugrenzen“⁴¹⁶, damit die Mitglieder der beiden Versicherungen in gleicher Weise rechtssicher abgesichert sind.⁴¹⁷

Die GKV und die PKV bieten gleichermaßen Schutz gegen das soziale Risiko Krankheit und haben als gemeinsame Vorläufer die mittelalterlichen Zunftkassen und Gesellenladen sowie die Hilfskassen des 19. Jahrhunderts, die solidarische Absicherung für den Fall von Krankheit und Tod durch eine Umverteilung von Einkommensanteilen boten.⁴¹⁸ Da die Einführung einer Versicherungspflicht in 1883 sich auf einen kleinen Kreis von Industriearbeitern und Handwerksgesellen beschränkte, wurden Einrichtungen auf privatwirtschaftlicher Grundlage errichtet, um auch den weiteren Bevölkerungsschichten soziale Versicherung anbieten zu können. Daraus entwickelte sich der private Krankenversicherungsschutz.⁴¹⁹

durch das Bundesversicherungsamt durchgeführt. Dazu vgl. *Sodan/Schaks*, VSSR 2011, S. 308 f.; *Hajen/Paetow/Schumacher*, Gesundheitsökonomie, S. 121.

⁴¹² Vgl. *Kluckert*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 39, Rn. 5 ff.

⁴¹³ § 242 Abs 1 Satz 1 SGB V. Die Zusatzbeiträge wurden durch das GKV- Finanzstruktur- und Qualitäts- Weiterentwicklungsgesetz (GKV-FQWG) vom 21.07.2014 (BGBl. I, S. 1133) eingeführt.

⁴¹⁴ § 175 Abs. 4 Satz 5 SGB V.

⁴¹⁵ Dazu *Sodan/Schaks*, VSSR 2011, S. 289.

⁴¹⁶ BVerfGE 123, 186 (250).

⁴¹⁷ „Gesetzliche und private Krankenversicherung sollen als jeweils eigene Säule für die ihnen zugewiesenen Personenkreise einen dauerhaften und ausreichenden Versicherungsschutz gegen das Risiko der Krankheit auch in sozialen Bedarfssituationen sicherstellen“, BVerfGE 123, 186 (193).

⁴¹⁸ Dazu vgl. *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, S. 32; *Sodan*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 1, Rn. 2; *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 13.

⁴¹⁹ Zur Entstehung des dualen Versicherungssystems vgl. näher *Böckmann*, Quo vadis, PKV? S. 45 f.

Unter PKV versteht man heute die privatrechtlich verfassten Wirtschaftsunternehmen, die eine Absicherung gegen Krankheitskosten durch individual- und privatrechtliche Verträge anbieten. Die privaten Krankenkassen verfolgen erwerbswirtschaftliche Ziele⁴²⁰ und bieten nicht nur eine Zusatzversicherung zur GKV, sondern auch einen vollen Krankenversicherungsschutz für Personen, die nicht gesetzlich versichert sind.⁴²¹

Die PKV wird durch das Kapitaldeckungsverfahren finanziert, in dem durch die risikogerechten Beiträge der Versicherten ein Vermögen gebildet wird.⁴²² Ein bestimmter Anteil des Versicherungsbeitrages wird nicht als Entgelt verwendet, sondern angespart und verzinst, um die durch altersbedingte Krankheitskosten entstehenden Mehrausgaben des Versicherungsunternehmens zu decken (Alterungsrückstellungen).⁴²³ In der PKV gibt es keine beitragsfreie Familienversicherung; hier muss jedes einzelne Familienmitglied einen entsprechenden Beitrag bezahlen.

Bei der PKV herrschen zwei Grundprinzipien vor, nämlich das Risikoäquivalenz- und das Kostenerstattungsprinzip. Nach dem ersteren hängt der Wert der Beitragszahlungen vom Risiko der Inanspruchnahme von Leistungen einer bestimmten Versicherten-gruppe ab.⁴²⁴ Die Gruppen werden nach gleichartigen Risiken wie Eintrittsalter und Geschlecht eingeteilt.⁴²⁵ Zusätzlich erfolgt eine individuelle Risikoprognose nach einer Gesundheitsprüfung.⁴²⁶ Vor dem Abschluss von Versicherungsverträgen werden Risikoprüfungen durchgeführt, um das Erkrankungsrisiko von zu versichernden Menschen prognostizieren zu können.⁴²⁷

Nach dem Kostenerstattungsprinzip bezahlt der Empfänger zunächst die Kosten der Leistungen, die von den Leistungsträgern nach der Einreichung der Rechnung erstattet werden.⁴²⁸

⁴²⁰ *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 97.

⁴²¹ Vgl. §§ 6-9 SGB V.

⁴²² Vgl. *Sodan/Schaks*, VSSR 2011, S. 293.

⁴²³ Dazu *Sodan*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 1, Rn. 23; *Schulin*, in: *Schulin*, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 459.

⁴²⁴ Dazu näher *Sodan*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 46, Rn. 3.

⁴²⁵ Dazu *Hajen/Paetow/Schumacher*, Gesundheitsökonomie, S. 110.

⁴²⁶ Vgl. *Sodan/Schaks*, VSSR 2011, S. 294.

⁴²⁷ *Sodan* in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 46, Rn. 3.

⁴²⁸ Vgl. *Sodan/Schaks*, VSSR 2011, S. 296.

Die PKV ist ein privatrechtlicher Vertrag, der sich aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)⁴²⁹ ergibt und durch die Vorschriften des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)⁴³⁰ ergänzt wird. Die Vergütung der Behandlung wird nach amtlichen Gebührenordnungen (GÖA)⁴³¹ bezahlt.

IV. Zum Verhältnis zwischen der privaten und gesetzlichen Krankenversicherung

Ein Vergleich des gesetzlichen und privaten Krankenversicherungsmodells zeigt beträchtliche Unterschiede. Dem Sachleistungsprinzip, dem Umlageverfahren und den Kollektivverträgen der GKV stehen das Kostenerstattungsprinzip, das Kapitaldeckungsverfahren und der Individualvertrag der PKV gegenüber. Doch der entscheidende Unterschied liegt darin, dass die GKV zur Gewährleistung der Gesundheitsversorgung eine Solidargemeinschaft bildet, in der die Kosten nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verteilt werden. Die privaten Krankenkassen hingegen verfolgen ihre Ziele als gewinnorientierte Unternehmen, und die Kosten der Gesundheitsversorgung werden wirtschaftlich abgedeckt.

Obwohl es seit jeher eine klare Trennung zwischen GKV und PKV gibt, wurden diese Arten von Versicherungen in der jüngsten Zeit einander angenähert.⁴³² Bei diesen Konvergenzen lassen sich die Einführung typisch privatversicherungsrechtlicher Elemente in die GKV und die Übernahme genuin sozialrechtlicher Mechanismen durch die PKV beobachten.⁴³³ Ein Beispiel dafür ist die Einführung von wettbewerblichen Elementen und Selektivverträgen für die vertragsärztliche Versorgung in der GKV sowie die Einführung der Wahltarife⁴³⁴ in der PKV. Außerdem wurde in der PKV ein Basistarif eingerichtet,⁴³⁵ dessen Leistungsinhalt mit dem Leistungskatalog der GKV vergleichbar sein soll.⁴³⁶

Die Fortentwicklung von GKV und PKV, die verbunden ist mit einer schrittweisen Annäherung der Systeme, steht im Zusammenhang mit gesundheitspolitischen Diskussionen über

⁴²⁹ Vom 18.08.1896, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20.07.2017 (BGBl. I, S. 2787) geändert worden ist, vgl. etwa §§ 116-144 und §§ 145-157 BGB. Der Behandlungsvertrag ist in Deutschland seit 2013 in den §§ 630a BGB gesetzlich definiert, vgl. dazu *Spickhoff*, in: *Spickhoff*, BGB, § 630a, Rn. 5.

⁴³⁰ Vom 23.11.2007, BGBl. I, S. 2631, vgl. etwa §§ 192-208 VVG. Zum Abschluss einer privaten Krankenversicherung vgl. näher *Sodan*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 46, Rn. 4.

⁴³¹ In der Fassung der Bekanntmachung vom 09.02.1996, BGBl. I, S. 210. Zuletzt geändert durch Art. 7 G vom 27.06.2017, BGBl. I, S. 1966.

⁴³² Dazu vertiefend *Sodan/Schaks*, VSSR 2011, S. 290; *Böckmann*, Quo vadis, PKV? S. 215.

⁴³³ *Sodan/Schaks*, VSSR 2011, S. 290.

⁴³⁴ § 53 SGB V. Zur Einführung des Wahltarifs in der GKV vgl. *Isensee*, NZS 2007, S. 449 ff.

⁴³⁵ § 152 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 01.04.2015, BGBl. I, S. 866.

⁴³⁶ Dazu vgl. *Sodan/Schaks*, VSSR 2011, S. 300.

die mögliche Einführung einer Einheitsversicherung.⁴³⁷ Da die duale Krankenversicherungsordnung aus GKV und PKV weiterhin kritisiert wird,⁴³⁸ ist die Transformation des dualen Systems in eine Einheitsversicherung⁴³⁹ in der politischen Debatte trotz der Konfrontation mit vielen verfassungsrechtlichen und sozialrechtlichen Fragen nicht vollkommen ausgeschlossen.⁴⁴⁰

B. Das brasilianische Gesundheitssystem

I. Die historische Entwicklung

Da auch die aktuellen Gegebenheiten des gegenwärtigen brasilianischen Gesundheitssystems – ebenso wie die der GKV – historisch gewachsen sind,⁴⁴¹ ist es notwendig, auch insoweit einen Überblick über die Entwicklung der Gesundheitsversorgung zu geben, um das System verstehen zu können.⁴⁴²

⁴³⁷ Zur gesundheitspolitischen Diskussion über eine mögliche Bürgerversicherung vgl. u. a. *Kingreen/Kühling*, Monistische Einwohnerversicherung, S. 123 ff.; *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, S. 165 ff.; *Muckel*, SGB 2004, S. 583 ff.; *Kirchhof*, NZS 2004, S. 1 ff.; *Isensee*, NZS 2004, S. 393 ff.; *Schräder*, Bürgerversicherung und Grundrecht, S. 43 ff.

⁴³⁸ Als Defizite des dualen Systems werden aufgeführt: eine beschränkte Systemwahlfreiheit, die nur für gesunde Personen mit hohem Einkommen gilt, eine unangemessene Abgrenzung der Versichertenkreise, dysfunktionale Anreize für Versicherer und Leistungserbringer und eine problematische Zuteilung der leistungserbringungsrechtlichen Steuerung, hierzu *Kingreen/Kühling*, Monistische Einwohnerversicherung, S. 123 ff.

⁴³⁹ Gemäß dem Koalitionsvertrag der Bundesregierung 2018 für die 19. Legislaturperiode müssen nicht nur die ambulante Honorarordnung der GKV, sondern auch die Gebührenordnung der PKV reformiert werden. Eine wissenschaftliche Kommission wurde im August 2018 eingesetzt, um zu überprüfen, inwieweit eine Angleichung der Arzthonorare für gesetzlich und privat Versicherte möglich und sinnvoll ist; vgl. Koalitionsvertrag der Bundesregierung von CDU, CSU und SPD 2018 – 19. Legislaturperiode. Abrufbar im Internet unter: <https://www.cdu.de/system/tmf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1> und Meldung des Bundesministeriums für Gesundheit, abrufbar im Internet unter: <<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/meldungen/2018/august/konstituierunghonorarkommission.html>>, zuletzt besucht am 04.01.2019.

⁴⁴⁰ Vgl. *Weinberg*, Standpunkte 2011, S. 2 ff.

⁴⁴¹ Bei der Entwicklung des SUS ist die Pfadabhängigkeit entscheidend; heutige Entscheidungen sind von der Vergangenheit geprägt. Dazu siehe grundlegend *Menicucci*, Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil, S. 293 ff.

⁴⁴² Die Gesundheitsversorgung ist gemäß Art. 194 BBV/88 eine der drei Säulen der sozialen Sicherung in Brasilien, die auch die *Previdência Social* (Sozialversicherung bzw. Rentenversicherung und Unfallversicherung) und die *Assistência Social* (Sozialhilfe) umfasst. Die soziale Sicherung ist im Gesetz Nr. 8.212 vom 24.06.1991 (DOU vom 25.07.1991) geregelt und umfasst die gesamten Maßnahmenbündel des Staates, um die Gesundheitsversorgung, Sozialversicherung und Sozialhilfe zu gewährleisten. Die Sozialversicherung ist im Gesetz Nr. 8.213 vom 24.07.1991 (DOU vom 25.07.1991) geregelt und hat das Ziel, den Leistungsempfängern ihren Unterhalt im Fall von Arbeitsunfähigkeit (im Fall von Altersschwäche, Arbeitsunfall oder

Beginnen soll diese Betrachtung im 19. Jahrhundert, als der brasilianische Staat im Interesse der öffentlichen Gesundheit in den Städten aktiv wurde.⁴⁴³ Brasilien hatte zu dieser Zeit eine wirtschaftliche Grundlage durch Export von Agrarprodukten geschaffen, die von guten Arbeitskräften abhängig war.⁴⁴⁴ Epidemien, wie Pocken und Gelbfieber, stellten deshalb eine ernsthafte Bedrohung für die Entwicklung der Wirtschaft Brasiliens dar.⁴⁴⁵ Zur Bekämpfung dieser Epidemien organisierte der Staat gelegentliche Kampagnen. Schiffe wurden überwacht und Kontrollen des Gesundheitszustands aller Personen durchgeführt, die über die Häfen ins Land kamen.⁴⁴⁶ Der Staat handelte dabei mit dem Ziel, die herrschenden privatwirtschaftlichen Interessen im Land zu unterstützen.⁴⁴⁷

1824 wurde von Kaiser Pedro I. die erste brasilianische Verfassung erlassen, die bereits einige individuelle Rechte wie Meinungsfreiheit, Religionsfreiheit und Eigentumsrecht gewährleistete.⁴⁴⁸ Einige soziale Aspekte, wie Arbeitsfreiheit⁴⁴⁹ und die Unentgeltlichkeit der Grundbildung⁴⁵⁰ wurden ebenfalls festgeschrieben. In Bezug auf die öffentliche Gesundheit wurde die *Socorro Público* (öffentliche Nothilfe) gewährleistet.⁴⁵¹

Die zweite verabschiedete brasilianische Verfassung, die Verfassung der Republik der Vereinigten Staaten von Brasilien von 1891, die von der US-amerikanischen Verfassung inspi-

Schwangerschaft) zu garantieren. Die Sozialhilfe ist eine soziale Unterstützung, welche die Bürger vom Staat bekommen, wenn sie ihren Lebensunterhalt nicht bestreiten können. Ziele der Sozialhilfe sind der Schutz der Familie, von Behinderten und Alten sowie die Eingliederung in den Arbeitsmarkt. Sie ist im Gesetz Nr. 8.742 vom 07.12.1993 geregelt, DOU vom 8.12.1998.

⁴⁴³ 1822 erreichte Brasilien seine Unabhängigkeit von der portugiesischen Kolonialmacht. Seitdem liegen die Maßnahmen in Bezug auf die öffentliche Gesundheit (Bevölkerungsgesundheit) in der Verantwortung des brasilianischen Staates. Dazu *Escorel/Teixeira*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 334 f.

⁴⁴⁴ Dazu *Scliar*, Do mágico ao social, S. 25.

⁴⁴⁵ *Junior/Nogueira* in: Finkelman, Caminhos da saúde pública no Brasil, S. 119 f.

⁴⁴⁶ *Escorel/Teixeira*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 334.

⁴⁴⁷ *Junior/Nogueira*, in: Finkelman, Caminhos da saúde pública no Brasil, S. 121.

⁴⁴⁸ Art. 179 IV, V, XXII der Verfassung des brasilianischen Kaiserreichs von 1824, abrufbar im Internet unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>, zuletzt besucht am 12.02.2018.

⁴⁴⁹ Art. 179 XXIV der Verfassung des brasilianischen Kaiserreichs von 1824. Die Arbeitsfreiheit wurde gewährleistet, sofern die Gesundheit der Bevölkerung nicht betroffen war.

⁴⁵⁰ Art. 179 XXXII der Verfassung des brasilianischen Kaiserreichs von 1824.

⁴⁵¹ Art. 179 XXXI der Verfassung des brasilianischen Kaiserreichs von 1824.

riert war, sah keine sozialen Rechte vor. Diese republikanische Verfassung erteilte den Gemeinden große Autonomie,⁴⁵² sodass diese eigene Interessen verfolgen konnten.⁴⁵³ Die Gemeinden waren damit verantwortlich für die Durchführung von Maßnahmen im Bereich der Gesundheit. Die Tätigkeiten waren jedoch sehr begrenzt. Bspw. wurden die Träger ansteckender Krankheiten unter Quarantäne gestellt und die Städte wurden in unregelmäßigen Abständen durch Müllverbrennung desinfiziert.⁴⁵⁴ Stationäre Behandlungen wurden nur von philanthropischen Organisationen angeboten.⁴⁵⁵

Erst 1896 wurde auf Bundesebene die *Diretoria Geral de Saúde Pública* (Generalleitung für öffentliche Gesundheit) eingerichtet, um Probleme des Gesundheitswesens zu lösen, welche die Zuständigkeit der Gemeinden und der Länder überschritten, z. B. die Kontrolle des medizinischen und pharmazeutischen Berufsstandes, die Erfassung statistischer Gesundheitsdaten und die Untersuchung ansteckender Krankheiten.⁴⁵⁶ Diese Behörde wurde 1919 in *Departamento Nacional de Saúde Pública* (Bundesamt für öffentliche Gesundheit) umbenannt, und der Aufgabenbereich des Staates erweiterte sich durch den Erlass von Normen in Bezug auf die öffentliche Gesundheit.⁴⁵⁷

Die staatlichen Tätigkeiten hinsichtlich gesundheitsbezogener Maßnahmen waren dennoch beschränkt. Die individuelle Gesundheitsversorgung blieb eine Privatangelegenheit der Vermögenden.⁴⁵⁸ Die erste Garantie der individuellen Gesundheitsversorgung brachte das so

⁴⁵² Dazu vgl. etwa *Do Bem*, in: De la Fontaine/Stehnken, Das politische System Brasiliens, S. 36.

⁴⁵³ Art. 68 der brasilianischen Bundesverfassung von 1891, DOU vom 24.02.1891.

⁴⁵⁴ Vgl. *Escorel/Teixeira*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 335.

⁴⁵⁵ *Escorel/Teixeira*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 336.

⁴⁵⁶ *Escorel/Teixeira*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 340 f.

⁴⁵⁷ *Escorel/Teixeira*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 355. Vgl. dazu *Tamano*, *Khronos* 2017, S. 107 ff.

⁴⁵⁸ Dazu vgl. *Junior/Nogueira*, in: Finkelman, *Caminhos da saúde pública no Brasil*, S. 121; *Escorel/Teixeira*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 354.

genannte Eloy-Chaves-Gesetz von 1923,⁴⁵⁹ das als gesetzlicher Meilenstein zur sozialen Sicherung⁴⁶⁰ in Brasilien angesehen wird.⁴⁶¹ Diese Gesetzgebung zielte außerdem – ähnlich wie die Gesetzgebung Bismarcks – auf die Beruhigung der brasilianischen Arbeiterschaft ab, die über ihre Organisationen bessere Arbeitsbedingungen verlangt hatte.⁴⁶²

1. Die sozialen Versicherungsgesetze

Das Eloy-Chaves-Gesetz verpflichtete die Eisenbahnunternehmen eine *Caixa de Aposentadoria e Pensão – CAP* (Renten- und Pensionskasse) zugunsten ihrer Beschäftigten einzurichten. Die Versorgung der CAP umfasste verschiedene Dienstleistungen, wie Gesundheitsversorgung für die Arbeitnehmer und ihre Angehörigen, Sachleistungen, wie verbilligte Arzneimittel und finanzielle Leistungen sowie Renten und Pensionen für die Hinterbliebenen.⁴⁶³ Nach dreißigjähriger Arbeitstätigkeit und bei Arbeitsunfähigkeit wurden Renten ausgezahlt.⁴⁶⁴

Die CAP wurde durch Beiträge der Arbeitnehmer (3 % des Einkommens) und Arbeitgeber (1 % des Bruttogewinns des Unternehmens) finanziert und durch einen aus Vertretern der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber bestehenden Verwaltungsrat verwaltet.⁴⁶⁵ Der Staat wurde durch die Arbeitsbehörde nur hinzugezogen, wenn Entscheidungen des Verwaltungsrates widersprochen wurde.⁴⁶⁶ Die Gesundheitsversorgung, die eine Pflichtaufgabe der CAP war, wurde von Ärzten durchgeführt, die entsprechende Verträge mit den Kassen abschlossen.⁴⁶⁷

⁴⁵⁹ Das Eloy-Chaves-Gesetz entspricht im Grunde dem *Decreto-lei* (Gesetzverordnung) Nr. 4.682 vom 24.01.1923 (DOU vom 28.01.1923), ein materielles Gesetz, das vom Präsidenten unterschrieben ist.

⁴⁶⁰ Vor dem Eloy-Chaves-Gesetz gab es andere Normen, welche die Arbeitnehmer schützten, wie die Rechtsverordnung Nr. 3.724 vom 15.01.1919 (DOU vom 18.01.1919), durch die der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer eine Geldentschädigung bei Arbeitsunfällen zu zahlen. Dazu vgl. *Oliveira/Teixeira*, (Im)previdência social, S. 50; *Dos Santos*, Cidadania e Justiça, S. 17. Zur Bedeutung des Eloy-Chaves-Gesetzes für die brasilianische Sozialversicherung vgl. *Segura*, A questão previdenciária da Primeira República, S. 62 ff.

⁴⁶¹ *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 21.

⁴⁶² Dazu näher *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 36.

⁴⁶³ Art. 9 der Gesetzverordnung Nr. 4.682 vom 24.01.1923.

⁴⁶⁴ Art. 12-22 der Gesetzverordnung Nr. 4.682 vom 24.01.1923.

⁴⁶⁵ Art. 5 und 41 der Gesetzverordnung Nr. 4.682 vom 24.01.1923.

⁴⁶⁶ Vgl. Art. 32 der Gesetzverordnung Nr. 4.682 vom 24.01.1923.

⁴⁶⁷ *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 27.

Nach der Schaffung der CAP der Eisenbahner wurden mehrere weitere CAP als selbstständige und private Organisationen gegründet.⁴⁶⁸ Obwohl sie nur einen kleinen Teil der städtischen Arbeitnehmer absicherten, waren sie von großer Bedeutung, da die Gründung der CAP die erste staatliche Regulierung des sozialen Bereichs konkretisierte. Die gewerkschaftlichen und politischen Arbeiterorganisationen spielten eine wichtige Rolle bei der Schaffung dieser sozialen Gesetzgebung.⁴⁶⁹

Ab 1930 wurde Brasilien von der Interimsregierung unter Getulio Vargas regiert, welche die Modernisierung des Landes insbesondere durch die Industrialisierung förderte.⁴⁷⁰ Im gleichen Jahr wurde das Bundesministerium für Arbeit, Industrie und Handel gegründet.⁴⁷¹ In der Sozialpolitik verstärkte sich die Diskussion über die sozialen Fragen,⁴⁷² die schon in den 1920er Jahren Auslöser für das Sozialversicherungsgesetz gewesen waren.⁴⁷³ Ebenfalls im Jahre 1930 wurde das Bundesministerium für Bildung und Gesundheit eingerichtet, das die Tätigkeiten der öffentlichen Gesundheit auf die Bundesebene konzentrierte.⁴⁷⁴

1931 wurde das Gesetz über die CAP verändert und eine unterschiedliche Gewichtung der sozialen Leistungen wurde eingeführt. Die Rente und die Pension wurden als verbindliche Hauptleistungen und die Gesundheitsversorgung als Zusatzleistung klassifiziert.⁴⁷⁵ Außerdem wurde eine Ausgabenobergrenze für die Gesundheitsversorgung festgelegt.⁴⁷⁶

⁴⁶⁸ Dazu *Batich*, São Paulo em Perspectiva 2004, S. 33. Durch die Verordnung Nr. 5.109 vom 20.12.1926 (DOU vom 30.12.1926) wurden Kassen für Arbeitnehmer der Seeschifffahrt und Binnenschifffahrt sowie für Arbeitnehmer des Hafens eingerichtet.

⁴⁶⁹ Unter den Arbeitnehmern gab es eine große Anzahl an europäischen Einwanderern, welche die Ideen des Anarchismus, Sozialismus und Kommunismus mitgebracht hatten. 1917 und 1919 fanden wichtige Generalstreiks für bessere Arbeitsbedingungen statt. Dazu vgl. *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 41 ff.; *Füchtner*, Die brasilianischen Arbeitergewerkschaften, S. 20 ff.

⁴⁷⁰ *Füchtner*, Die brasilianischen Arbeitergewerkschaften, S. 32.

⁴⁷¹ *Füchtner*, Die brasilianischen Arbeitergewerkschaften, S. 33.

⁴⁷² Zur sozialen Frage aus brasilianischer Perspektive vgl. *Santos*, Temas e Matizes 2010, S. 130 ff.; *Iamamoto*, Ser Social 2013, S. 330 ff.

⁴⁷³ Vgl. dazu *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 47 ff.; *Da Silva/Da Costa*, Administração Pública e Gestão Social 2016, S. 164.

⁴⁷⁴ *Escorel/Teixeira*, in: Giovanela/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 361.

⁴⁷⁵ *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 68 f. und 74.

⁴⁷⁶ Die Ausgaben für die Gesundheitsversorgung müssen gemäß Art. 23 der Rechtsverordnung Nr. 20.465 vom 01.10.1931 (DOU vom 03.10.1931) unter 8 % der jährlichen Einnahmen der Kasse bleiben.

Ende 1932 bestanden 140 CAP mit ungefähr 38.000 Versicherten.⁴⁷⁷ Ab 1933 begannen die Renten- und Pensionskassen sich in *Institutos de Aposentadoria e Pensão – IAP* (Renten- und Pensionsinstitute) für bestimmte Berufsgruppen zusammenzuschließen, wie Hafenmitarbeiter,⁴⁷⁸ Bankangestellte,⁴⁷⁹ Industriearbeiter,⁴⁸⁰ Beamte,⁴⁸¹ Beschäftigte im Warentransport und bei Verladearbeiten⁴⁸² sowie kaufmännische Angestellte⁴⁸³. Diese Branchen waren für die Wirtschaft des Landes besonders wichtig.⁴⁸⁴ Der Umfang der Gesundheitsversorgung und die Beitragssätze variierten in den verschiedenen Instituten, die paritätisch von Arbeitnehmern (3 bis 8 % des Einkommens) und Arbeitgebern (1,5 % des Bruttogewinns, aber nicht weniger als die Beiträge der Arbeitnehmer) finanziert wurden. Die Institute wurden von Selbstverwaltungsorganen, in denen Arbeitnehmer und Arbeitgeber saßen, verwaltet. Die angebotenen Leistungen variierten zwischen den CAP und IAP, aber bei den CAP waren sie umfassender, und die Gesundheitsversorgung wurde als Hauptleistung betrachtet.⁴⁸⁵ Im Vergleich zu den CAP war der Einfluss des Staates auf IAP sehr ausgeprägt. Ein anderer Aspekt, der sich durch die Einführung der IAP verändert hatte, war die Repräsentativität des Verwaltungsrats. Der Präsident des Verwaltungsrats wurde nicht mehr von den Mitgliedern der IAP gewählt, sondern vom Präsidenten der Republik ernannt.⁴⁸⁶

Die Gesundheitsversorgung, die Aufgabe der IAP war, wurde grundsätzlich durch den Abschluss von Verträgen mit privaten Ärzten im Falle der ambulanten Behandlung und mit

⁴⁷⁷ *Junior/Nogueira*, in: Finkelman, *Caminhos da saúde pública no Brasil*, S. 237.

⁴⁷⁸ Die Einrichtung des Renten- und Pensionsinstituts der Hafenmitarbeiter wurde durch die Rechtsverordnung Nr. 22.872 vom 29.06.1933 (DOU 26.07.1933) festgelegt.

⁴⁷⁹ Die Bankangestellten wurden durch das Renten- und Pensionsinstitut der Bankangestellten miteinbezogen. Dieses Institut wurde durch die Rechtsverordnung Nr. 24.615 vom 09.07.1934 (DOU 10.07.1934) begründet.

⁴⁸⁰ Das Renten- und Pensionsinstitut der kaufmännischen Angestellten wurde durch das Gesetz Nr. 367 vom 31.12.1936 (DOU 04.01.1937) organisiert.

⁴⁸¹ Durch die Gesetzverordnung Nr. 288 vom 23.02.1938 (DOU 24.02.1938) wurde das Renten- und Pensionsinstitut der Beamten der Länder eingerichtet.

⁴⁸² Die Schaffung des Renten- und Pensionsinstituts der Beschäftigten im Warentransport und bei Verladearbeiten wurde in der Gesetzverordnung Nr. 651 vom 26.08.1938 (DOU 29.08.1938) festgesetzt.

⁴⁸³ Für die kaufmännischen Angestellten wurde durch die Gesetzverordnung Nr. 2.122 vom 09.04.1940 (DOU 12.04.1940) das Renten- und Pensionsinstitut geschaffen.

⁴⁸⁴ *Escorel/Teixeira*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 358 f.

⁴⁸⁵ *Junior/Nogueira*, in: Finkelman, *Caminhos da saúde pública no Brasil*, S. 237 f.

⁴⁸⁶ Vgl. *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 124.

privaten Krankenhäusern im Falle der stationären Behandlung durchgeführt.⁴⁸⁷ Die individuelle Gesundheitsversorgung wurde durch das Sozialversicherungsmodell zwar ausgeweitet, aber sie blieb auf die Beschäftigten beschränkt, die einen formellen Arbeitsvertrag besaßen.⁴⁸⁸ Der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zielte auf die Gewährleistung der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes ab.⁴⁸⁹ Obwohl die IAP Gesundheitsversorgung boten, lag ihre Priorität bei Renten und Pensionen.⁴⁹⁰

Die brasilianische Verfassung von 1934 war die erste, welche die soziale Ordnung umfassend behandelte und soziale Rechte anerkannte.⁴⁹¹ Sie war von der Verfassung der Weimarer Republik aus dem Jahr 1919 und von der Verfassung Spaniens aus dem Jahr 1931 inspiriert.⁴⁹² Laut der Verfassung von 1934 war es Aufgabe des Bundes und der Länder, sich um die öffentliche Gesundheit zu kümmern.⁴⁹³ In dieser Verfassung wurde außerdem festgelegt, dass die arbeitsrechtliche Gesetzgebung den Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten muss.⁴⁹⁴ Zu diesem Schutz gehörte das Recht auf Gesundheitsversorgung, die durch Beiträge von Arbeitnehmern, Arbeitgebern und dem Staat finanziert werden sollte.⁴⁹⁵ Bereits 1937 löste Präsident Vargas den Kongress auf und verkündete eine neue Bundesverfassung. Diese Verfassung war von den damaligen europäischen Diktaturregimes inspiriert.⁴⁹⁶ Sie enthielt etwa Vorschriften des Arbeitsrechts, bspw. das Recht des Arbeitnehmers auf Urlaub, Mindestlohn sowie das Recht auf eine Gesundheitsversorgung.⁴⁹⁷

⁴⁸⁷ Art. 4 der Rechtsverordnung Nr. 22.016 vom 26.10.1932, DOU vom 27.10.1932. Vgl. dazu *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 90 f.

⁴⁸⁸ *Escorel/Teixeira*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 360.

⁴⁸⁹ Die brasilianische soziale Sicherung wurde durch das Konzept *Cidadania Regulada* (eingeschränkte Bürgerschaft) erklärt, in der nur die Arbeitnehmer, die einen gesetzlich geregelten Beruf hatten und infolgedessen einen formellen Arbeitsvertrag besaßen, Zugang zu sozialem Schutz hatten. Landarbeiter, Hausangestellte und vorläufige Arbeiter, die kein vertraglich festgelegtes Arbeitsverhältnis hatten, waren von der sozialen Sicherung ausgeschlossen. Dazu grundlegend vgl. *Dos Santos*, *Cidadania e Justiça*, S. 75.

⁴⁹⁰ *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 90 f.

⁴⁹¹ *Dos Santos*, *Cidadania e Justiça*, S. 31.

⁴⁹² Vgl. *Sarlet*, Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz, S. 42; *Do Bem*, in: De la Fontaine/Stehnen, Das politische System Brasiliens, S. 36.

⁴⁹³ Art. 10 II der brasilianischen Verfassung von 1934, DOU vom 16.07.1934.

⁴⁹⁴ Art. 121 § 1 der brasilianischen Verfassung von 1934.

⁴⁹⁵ Art. 121 § 1h der brasilianischen Verfassung von 1934.

⁴⁹⁶ Vgl. *Sarlet*, Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz, S. 45.

⁴⁹⁷ Art. 137 I der brasilianischen Verfassung von 1937, DOU vom 10.11.1937.

Mit der 1946 verabschiedeten brasilianischen Verfassung wurde eine demokratische, verfassungsrechtliche Ordnung wiederhergestellt. Laut dieser Verfassung hatte der Bund die Gesetzgebungskompetenz, um allgemeine Regeln zum Gesundheitsschutz festzulegen,⁴⁹⁸ aber die Länder konnten diese Gesetzgebung ergänzen.⁴⁹⁹ Ebenso wie bei der Verfassung von 1934 wurde bei der Verfassung von 1946 festgelegt, dass die arbeitsrechtliche Gesetzgebung in Zukunft verschiedene Rechte der Arbeitnehmer, wie das Recht auf ein Mindesteinkommen, einen Achtstundentag, bezahlten Urlaub, Mutterschutz und Arbeitslosenversicherung regeln musste.⁵⁰⁰ Diese Sozialversicherung, welche die Arbeitnehmer gegen Risiken wie Krankheit, Alter und Arbeitsunfähigkeit schützen sollte, wurde durch Beiträge der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber und des Staates finanziert.⁵⁰¹

Erst 1953 wurde wegen einer Verwaltungsreform das Bundesministerium für Gesundheit vom Bundesministerium für Bildung abgespalten,⁵⁰² und 1954 wurde das Gesetz Nr. 2.312⁵⁰³ verabschiedet, das allgemeine Regelungen über den Schutz des Gesundheitszustandes beinhaltete. Zur gesetzlichen Aufgabe des neuen Ministeriums gehörte die Durchführung von epidemiologischen Recherchen⁵⁰⁴ und die Kontrolle von Epidemien und ansteckenden Krankheiten.⁵⁰⁵ Außerdem sollte das Bundesministerium die Länder in Bezug auf gesundheitliche Maßnahmen unterstützen.⁵⁰⁶ Einen Rechtsanspruch auf individuelle Gesundheitsversorgung hatten nur die Arbeitnehmer, die in IAP versichert waren, und darum kümmerte sich ein anderes Ministerium, nämlich das Bundesministerium für Arbeit und Sozialversicherung.⁵⁰⁷ Armen und alten Leuten blieb nichts anderes übrig, als sich an wohltätige Institutionen zu wenden.

Die Sozialversicherung wurde 1960 durch das *Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS* (Strukturgesetz der Sozialversicherung)⁵⁰⁸ allgemein und einheitlich systematisiert. Der versicherte Personenkreis, die Leistungen, die Finanzierung und andere Grundlagen wurden

⁴⁹⁸ Art. 5 XV b der brasilianischen Verfassung von 1946, DOU vom 19.09.1946.

⁴⁹⁹ Art. 6 der brasilianischen Verfassung von 1946.

⁵⁰⁰ Art. 157 I, V, VII, X und XV der brasilianischen Verfassung von 1946.

⁵⁰¹ Art. 157 XVI der brasilianischen Verfassung von 1946.

⁵⁰² Das Bundesministerium wurde durch das Gesetz Nr. 1920 vom 25.06.1953 (DOU vom 29.07.1953) eingerichtet.

⁵⁰³ Gesetz Nr. 2.312 vom 03.09.1954, DOU vom 09.09.1954.

⁵⁰⁴ Art. 2 des Gesetzes Nr. 2.312 vom 03.09.1954.

⁵⁰⁵ Art. 3a des Gesetzes Nr. 2.312 vom 03.09.1954.

⁵⁰⁶ Art. 3b des Gesetzes Nr. 2.312 vom 03.09.1954.

⁵⁰⁷ Vgl. *Menicucci*, Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil, S. 62.

⁵⁰⁸ Gesetz Nr. 3.807 vom 26.08.1960, DOU vom 05.09.1960.

normiert. Die Versicherten waren grundsätzlich Beschäftigte und Selbstständige mit geringen bis mittleren Einkommen.⁵⁰⁹ Der Leistungskatalog beinhaltete Krankenbehandlung, Krankengeld, Altersrenten, Renten wegen Tod oder Arbeitsunfähigkeit, Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, sowie Unterstützung beim Wohnungskauf oder Hausbau.⁵¹⁰ 1960 waren nur 7,3 % der Bevölkerung Brasiliens durch eine Sozialversicherung abgesichert⁵¹¹ und 62,1 % der Krankenhäuser waren privat.⁵¹²

1964 fand in Brasilien ein Militärputsch statt, was für die Sozialversicherung die Konsequenz hatte, dass sie in einer staatlichen Einrichtung zentralisiert wurde.⁵¹³ Die verschiedenen IAP wurden 1966 im *Instituto Nacional de Previdência Social – INPS* (Nationales Institut für Sozialversicherung) zusammengefasst.⁵¹⁴ Das INPS wurde als ein Organ der mittelbaren Verwaltung eingerichtet⁵¹⁵ und durch einen Vorsitzenden⁵¹⁶ und einem aus Vertretern der Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Regierung zusammengesetzten Verwaltungsrat verwaltet.⁵¹⁷

1967 wurde eine neue Bundesverfassung vom Parlament verabschiedet,⁵¹⁸ die aber von der Militärdiktatur in vielen Punkten verändert wurde.⁵¹⁹ Der Teil der sozialen und wirtschaftlichen Ordnung war hiervon allerdings nicht betroffen,⁵²⁰ und es oblag dem Bund, durch den INPS die Sozialversicherung und Gesundheitsversorgung zu gewährleisten.⁵²¹ Der Kreis der Versicherten wurde durch die Einführung des Hilfsprogramms und der Hilfskassen für Landarbeiter⁵²² und durch die freiwillige Mitgliedschaft der Hausangestellten und der Selbstständigen beim INPS ausgeweitet.⁵²³ In diesem Zuge wuchs die Nachfrage nach Leistungen. Um die Gesundheitsversorgung der Versicherten des INPS zu gewährleisten, wurde 1974 das

⁵⁰⁹ Art. 5 und 11 des Gesetzes Nr. 3.807 vom 26.08.1960.

⁵¹⁰ Art. 22 des Gesetzes Nr. 3.807 vom 26.08.1960.

⁵¹¹ *Junior/Nogueira*, in: Finkelman, *Caminhos da saúde pública no Brasil*, S. 239.

⁵¹² *Santos/Gerschman*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2004, S. 797.

⁵¹³ Dazu vgl. *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 196.

⁵¹⁴ Art. 1 der Gesetzverordnung Nr. 72 vom 21.11.1966, DOU vom 22.11.1966.

⁵¹⁵ Art. 2 der Gesetzverordnung Nr. 72.

⁵¹⁶ Art. 4 der Gesetzverordnung Nr. 72.

⁵¹⁷ Art. 7 der Gesetzverordnung Nr. 72.

⁵¹⁸ Die brasilianische Bundesverfassung von 1967, DOU vom 24.01.1967.

⁵¹⁹ Vgl. *Sarlet*, Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz, S. 48.

⁵²⁰ Art. 158 XVI der brasilianischen Bundesverfassung von 1967, DOU vom 24.01.1967.

⁵²¹ Art. 8 XVII c der brasilianischen Bundesverfassung von 1967.

⁵²² Ergänzungsgesetz Nr. 11 vom 25.05.1971, DOU vom 26.05.1971.

⁵²³ Vgl. *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 205.

Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social – INAMPS (Nationales Institut für Gesundheitsversorgung und Sozialversicherung) eingerichtet. Statt eigene Praxen und Krankenhäuser zu bauen, schloss das INAMPS zahlreiche Verträge mit privaten Leistungserbringern ab, insbesondere mit privaten Krankenhäusern und Laboren, um die Leistungen tatsächlich gewähren zu können.⁵²⁴ Die Entscheidung, Verträge mit privaten Leistungserbringern zu schließen, statt die eigenen Gesundheitsdienste zu erweitern, stand mit der Bundesverfassung von 1967 im Einklang. Laut dieser Verfassung oblag den privaten Unternehmen die Durchführung von wirtschaftlichen Tätigkeiten und der Staat sollte diese lediglich regulieren.⁵²⁵ Die Verträge mit privaten Leistungserbringern wurden als die kostengünstigere Alternative betrachtet.⁵²⁶ Außerdem wurden Kooperationen zwischen dem INAMPS und den Arbeitgebern abgeschlossen, wodurch die Arbeitgeber verantwortlich für die Gesundheitsversorgung ihrer Beschäftigten wurden und im Gegenzug keinen Beitrag für die Finanzierung des sozialen Sicherungssystems mehr bezahlen mussten.⁵²⁷ Da diese Kooperationen kontinuierliche Nachfrage für die privaten Leistungserbringer garantierten, konnten diese ihre Tätigkeiten besser planen und ihre Strukturen erweitern. Damit entwickelte sich die Leistungserbringung durch private Leistungsträger im INPS stark weiter,⁵²⁸ trotz der weltweiten wirtschaftlichen Krise der 1980er Jahre, die eine erhebliche Arbeitslosigkeit und infolgedessen große finanzielle Defizite in der Sozialversicherung verursachte.⁵²⁹ In diesem Zusammenhang haben die fehlende Kontrolle der Kosten für die Verträge mit den privaten Leistungserbringern und die Vergütungsform nach Anzahl der erbrachten Leistungen (Einzelleistungsvergütung) auch eine Rolle bei dem Defizit gespielt,⁵³⁰ weil dies Missbrauch und Korruption ermöglichte.⁵³¹ Beim INAMPS wurde die Kontrolle der privaten Leistungserbringung nur mittels der Eintragung der Daten des Leistungserbringers in ein Register durchgeführt. Die Eintragung berechnete die Berechtigung zur Behandlung und damit zur Vergütung. Die privaten

⁵²⁴ Diese Entscheidung führte dazu, dass der private Gesundheitssektor stark anwuchs. Dazu vgl. *Menecucci, Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil*, S. 98.

⁵²⁵ Art. 163 der brasilianischen Bundesverfassung von 1967. Dazu vgl. *Oliveira/Teixeira, (Im)Previdência Social*, S. 211.

⁵²⁶ Vgl. *Oliveira/Teixeira, (Im)Previdência Social*, S. 211.

⁵²⁷ Dazu vgl. *Escorel*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 391.

⁵²⁸ *Oliveira/Teixeira, (Im)Previdência Social*, S. 219.

⁵²⁹ Vgl. *Escorel*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 420.

⁵³⁰ Vgl. *Oliveira/Teixeira, (Im)Previdência Social*, S. 235 f.

⁵³¹ Dazu *Escorel*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 391; *Oliveira/Teixeira, (Im)Previdência Social*, S. 198 ff.

Leistungserbringer boten sogar ohne Vertrag faktisch eine Gesundheitsversorgung an und wurden im Anschluss vom INAMPS bezahlt.⁵³²

2. Die Gesundheitsbewegung und die Redemokratisierung des Staates

Durch den in den 1980er Jahren begonnenen Demokratisierungsprozess wuchs in Brasilien der soziale Aktivismus im Sinne eines kritischen Handelns.⁵³³ Die soziale Bewegung organisierte und verstärkte sich wieder und konnte so nach 21 Jahren der Militärdiktatur eine Rückkehr der demokratischen Regierung fordern. Wichtiger Teil dieser Bewegung war die so genannte *Movimento Sanitário* (Gesundheitsbewegung),⁵³⁴ die grundsätzlich aus Wissenschaftlern, Intellektuellen, Studenten, Bürgerbewegungen, Gewerkschaften, nachbarschaftlichen Vereinigungen sowie Ärztegruppen, die für die Demokratie kämpften, bestand.⁵³⁵ Diese Bewegung thematisierte in der politischen Debatte die Zusammenhänge zwischen dem Gesundheitszustand der Bevölkerung und den jeweiligen sozialen, wirtschaftlichen und politischen Bedingungen.⁵³⁶ Ziel der Gesundheitsbewegung war vor allem eine Verbesserung des Gesundheitszustands der Bevölkerung durch die Umstrukturierung des damals herrschenden Gesundheitsmodells, in dessen Zentrum die Krankenhäuser standen.⁵³⁷

Die Gesundheitsversorgung sollte in jeder Gemeinde mit Fokus auf die Primärversorgung⁵³⁸ dezentralisiert stattfinden, und die Teilnahme der Bevölkerung an der Formulierung der Gesundheitsziele sollte im Mittelpunkt des Gesundheitssystems stehen.⁵³⁹ 1985 begann in Bra-

⁵³² Vgl. *De Carvalho/Santos*, Sistema Único de Saúde, S. 198 f.

⁵³³ Vgl. *Souza*, in: De la Fontaine/Stehnen, Das politische System Brasiliens, S. 232 f.

⁵³⁴ Zur Entstehung und Entwicklung der Gesundheitsbewegung vgl. *Escorel*, Reviravolta na saúde, S. 19 ff.

⁵³⁵ Ausführlich hierzu *Escorel*, Reviravolta na saúde, S. 69; *Escorel*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 407 ff.; *Elias*, Lua Nova 1997, S. 195 f.

⁵³⁶ Die theoretische und ideologische Grundlage der Gesundheitsbewegung war die Sozialmedizin. Durch politischen Einsatz in Verbindung mit akademischen Tätigkeiten (Recherchen und Ausbildung) schuf die Gesundheitsbewegung in Brasilien institutionellen Raum, um eine Reform des Gesundheitswesens durchzuführen. Ausführlich hierzu *Escorel*, Reviravolta na saúde, S. 186 ff.; *Paiva/Teixeira*, História, Ciência e Saúde 2014, S. 21 ff.

⁵³⁷ *Junior/Nogueira*, in: Finkelman, Caminhos da saúde pública no Brasil, S. 246.

⁵³⁸ Die Primärversorgung ist die Grundlage eines bürgerzentrierten Gesundheitssystems und soll ca. 80 % der Gesundheitsprobleme lösen. Zur Primärversorgung vgl. grundlegend *Giovanella/Mendonça*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 575 ff.; *Solla/Chioro*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 628.

⁵³⁹ Vgl. *Escorel*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 407 f.

silien der Übergang zu einer demokratischen Regierung, und eine verfassungsgebende Versammlung wurde von der Bevölkerung gewählt.⁵⁴⁰ Bei der Diskussion über den Inhalt der neuen Verfassung hinsichtlich der Gesundheitsversorgung spielte die *VIII. Conferência Nacional de Saúde – 8ª CNS* (8. Nationale Gesundheits-konferenz)⁵⁴¹ im Jahr 1986 eine zentrale Rolle. Diese Konferenz war ein wichtiges Ereignis der Gesundheitsbewegung, da dort Vertreter der Leistungsträger, Leistungserbringer, Fachleute des Gesundheitswesens, Mitarbeiter und Nutzer des SUS Themen wie den Zugang der Bevölkerung zur Gesundheitsversorgung, die Dezentralisierung und Finanzierung des Gesundheitssystems sowie die Teilnahme der Bevölkerung an der Organisation der Gesundheitsversorgung intensiv diskutierten.⁵⁴² Außerdem nahmen an dieser Gesundheitskonferenz ca. 5.000 Vertreter von Organisationen der Zivilgesellschaft teil, die den Schlussbericht der Konferenz bekräftigten.⁵⁴³

1987 versuchte die Regierung durch das *Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde – SUDS* (Programm zur Entwicklung eines einheitlichen und dezentralisierten Gesundheitssystems)⁵⁴⁴ Gesundheitsmaßnahmen der Bundes- und Landesebene zusammenzubringen. Mit diesem Programm begann der Aufbau eines landesweiten Gesundheitsdienstes mit teilweiser Zusammenführung der öffentlichen Leistungsträger der Länder, der Gemeinden und des INAMPS. Dies war der Übergang zu einem neuen Gesundheitssystem, das die Gesundheitsversorgung auf alle Bürger ausdehnte.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ Dazu vgl. *Menicucci*, Público e privado na política de Assistência à saúde no Brasil, S. 186 f.

⁵⁴¹ Bei ihrer Einführung im Jahr 1937 wurde die Gesundheitskonferenz als ein Treffen von Verwaltungsangestellten der Leistungsträger des Bundes und der Länder konzipiert, bei dem Informationen über die Organisation der Gesundheitsversorgung ausgetauscht werden sollten. Mit der 8. Nationalen Gesundheitskonferenz von 1986 verwandelten die Gesundheitskonferenzen sich in ein wichtiges Instrument des Teilhaberechts der Bürger im SUS, denn der Teilnehmerkreis wurde wesentlich erweitert und infolgedessen wurde die Ausübung des Mitbestimmungsrechts ermöglicht. Das Teilhaberecht im Rahmen des SUS ist im Gesetz Nr. 8.142 vom 28.12.1990 (DOU vom 31.12.1990) geregelt. Dazu vgl. *Escorel*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 365 und 372.

⁵⁴² *Escorel*, Reviravolta na saúde, S. 190.

⁵⁴³ Vgl. *Escorel*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 428.

⁵⁴⁴ Rechtsverordnung Nr. 94.657 vom 20.07.1987, DOU vom 21.07.1987.

⁵⁴⁵ Vgl. *Escorel*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 429.

1988 wurde eine demokratische Verfassung von einer verfassungsgebenden Versammlung verabschiedet: die BBV/88.⁵⁴⁶ Durch diese Bundesverfassung wurde eine umfangreiche Reform des Regierungssystems mit einem neuen Pakt zwischen Staat und Gesellschaft durchgeführt, und die Föderative Republik Brasilien wurde als ein demokratischer Rechtsstaat⁵⁴⁷ auf der Grundlage der Souveränität, der Staatsbürgerschaft, der Menschenwürde, des sozialen Werts der Arbeit und des politischen Pluralismus gegründet.⁵⁴⁸ Die BBV/88 bedeutete zugleich die Abschaffung aller Regeln, die von der vorherigen autoritären Regierung angeordnet worden waren und nicht im Einklang mit der neuen Verfassung standen.⁵⁴⁹

Die BBV/88 erkannte Bildung, Gesundheit, Ernährung, Arbeit, Wohnung, Freiheit, Sicherheit, Sozialversicherung und Sozialhilfe als soziale Rechte an.⁵⁵⁰ Die sozialen Rechte wurden als eine Dimension der Grundrechte verstanden, nach denen der Staat bestimmte Lebensbedingungen garantieren muss, um soziale Unterschiede auszugleichen.⁵⁵¹ Wegen des umfassenden Katalogs von individuellen (Art. 5) und sozialen Rechten (Art. 6) sowie der Einrichtung verschiedener neuer Garantien⁵⁵² bedeutete die BBV/88 einen Fortschritt hinsichtlich der Kodifizierung der Grundrechte, und sie wurde deswegen als die *Constituição*

⁵⁴⁶ Die brasilianische verfassungsgebende Versammlung wurde 1986 von der Bevölkerung gewählt. Sie bestand aus 487 Abgeordneten (aus der Abgeordnetenkammer) und 72 Senatoren (aus dem Senat) von 12 verschiedenen Parteien, die während 3 Jahren für eine neue Bundesverfassung zusammenarbeiteten, vgl. *Souza*, *Revista de Ciências Sociais* 2001, S. 515.

⁵⁴⁷ Der Begriff demokratischer Rechtsstaat bedeutet mehr als lediglich eine Summe der Begriffe des demokratischen Staates und des Rechtsstaates. Ein demokratischer Rechtsstaat hat eine Verfassung und ist demokratisch legitimiert. Außerdem bietet er durch die Verankerung der Grundrechte und Menschenrechte in der Verfassung seinen Bürgern Instrumente, um ihre Rechte einzuklagen und soziale Gerechtigkeit zu erreichen. Dazu vgl. *Da Silva*, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. 112; *Canotilho*, *Direito Constitucional*, S. 45 und 431; *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, S. 118 f.

⁵⁴⁸ Art. 1 BBV/88.

⁵⁴⁹ Dazu vgl. *Neves*, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, S. 141.

⁵⁵⁰ Art. 6 BBV/88.

⁵⁵¹ Vgl. *Da Silva*, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. 122.

⁵⁵² Drei neue Rechtsschutzmittel wurden von der BBV/88 eingeführt: *Mandado de Segurança Coletivo* (Art. 5 LXX), *Mandado de Injunção* (Art. 5 LXXI) und *Habeas-Data* (Art. 5 LXXII). Der *Mandado de Segurança Coletiva* (Sicherungsmandat) ist eine einstweilige Verfügung, jedoch für juristische Personen (z. B. politische Parteien, Gewerkschaften und Berufsverbände), um diese gegen ungesetzliche Akte oder Machtmissbrauch von Trägern der öffentlichen Gewalt zu schützen. Der *Mandado de Injunção* ist seinerseits eine Art Druckmittel auf den Gesetzgeber, das angewendet wird, um diesen über die Abwesenheit von Normen (Durchführungsvorschriften) zu informieren, die notwendig für die Ausübung der konstitutionellen Rechte und Freiheiten sind. Der *Habeas-Data* (Habeas-Data-Garantie) ist ein Rechtsbehelf für den Schutz personenbezogener Daten, der es den Antragstellern ermöglicht, über die in Bezug auf ihre Person in amtlichen oder öffentlichen Registern gespeicherten Informationen Kenntnis zu erlangen sowie die entsprechende Berichtigung der

Cidadã (Bürgerschaftsverfassung⁵⁵³) bezeichnet.⁵⁵⁴ Bei der Inklusion der verschiedenen sozialen Rechte in die BBV/88 war die Mitwirkung und die Mobilisierungskraft von Organisationen der Zivilgesellschaft, insbesondere unter der Leitung der Gewerkschaften und Parteien, sowie die intensive Zusammenarbeit mit einigen verfassunggebenden Abgeordneten und Senatoren erheblich.⁵⁵⁵

Die soziale Sicherung wurde als gemeinsame Verantwortung des Staates und der Gesellschaft für die Gesundheitsversorgung, die Sozialversicherung und die Sozialhilfe in der BBV/88 definiert.⁵⁵⁶ Sie sollte durch Steuern und soziale Beiträge finanziert⁵⁵⁷ und vom Staat organisiert werden.

Als Säule der sozialen Sicherung wurde die Gesundheitsversorgung erstmals als ein selbstständiger Bereich und nicht mehr als Leistung der Sozialversicherung in der Verfassung geregelt. Das Recht auf Gesundheit ist in der Verfassung als „Recht aller und Pflicht des Staates“ ausdrücklich festgelegt.⁵⁵⁸ Es wurde darüber hinaus als ein soziales und bürgerliches Recht definiert, das durch soziale und wirtschaftliche Programme gefördert werden soll, um eine Senkung des Krankheitsrisikos durch Förderung, Schutz und Wiederherstellung der Gesundheit zu erreichen.⁵⁵⁹ Das Recht auf Gesundheit bekam durch die verfassungsrechtlichen

Daten vorzunehmen. Dazu vgl. *Neves*, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne, S. 141.

⁵⁵³ Bürgerschaft wird hier verstanden im Sinne von „*Citizenship*“, d. h., dass die Bürgerschaftsverfassung zahlreiche Bürgerrechte gewährleistet.

⁵⁵⁴ Der Terminus *Constituição Cidadã* wurde durch die Rede vom Abgeordneten Ulysses Guimarães vom 05.10.1988 anlässlich der Verabschiedung der Brasilianischen Bundesverfassung geprägt. Dazu vgl. Rede von Ulysses Guimarães, DOU vom 5.10.1988, abrufbar im Internet unter: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/e_screvendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>, zuletzt besucht am 04.06.2018.

⁵⁵⁵ Im Rahmen der Diskussion über den Inhalt der neuen Verfassung wurden 122 *emendas populares* (Volksabänderungsvorschläge), jeweils mit Unterschriften von mindestens 30.000 Wählern zur verfassungsgebenden Versammlung geschickt. Um ihre Beiträge zur verfassungsgebenden Versammlung vorzustellen, haben verschiedene Organisationen der Zivilgesellschaft sich 1987 in einer *Plenária Nacional de Saúde* (Nationale Versammlung für Gesundheit) versammelt, bei der die Gesundheitsversorgung intensiv diskutiert wurde. Dazu vgl. *Escorel*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 429 f.; *Souza*, *Revista de Ciências Sociais* 2001, S. 519 f.

⁵⁵⁶ Art. 194 BBV/88.

⁵⁵⁷ Art. 195 BBV/88.

⁵⁵⁸ Art. 196 BBV/88.

⁵⁵⁹ Art. 196 BBV/88.

Normen nicht nur eine individuelle,⁵⁶⁰ sondern auch eine kollektive Dimension.⁵⁶¹ Das Konzept des Rechts auf Gesundheit erweiterte sich und galt nun für Jeden. Die gesundheitsbezogenen Maßnahmen und Dienste sollten im Rahmen eines einheitlichen und dezentralisierten Gesundheitssystems (SUS) realisiert werden⁵⁶² und erlangten den Status „Tätigkeit des öffentlichen Interesses“⁵⁶³, d. h., wegen der Relevanz und Unverzichtbarkeit der Gesundheitsversorgung sollten die Maßnahmen und Dienste innerhalb dieses Bereichs vom Staat koordiniert, reguliert und kontrolliert werden.⁵⁶⁴ Das in der Verfassung konzipierte SUS stellte ein neues Modell dar, in dem nicht nur strukturelle und funktionelle, sondern auch politische Beziehungen festgelegt wurden. Aufgrund dieses weit gefassten Konzeptes wurde die Struktur der Gesundheitsversorgung nach politisch definierten Prioritäten ausgerichtet. Daher wurden sehr umfangreiche Aufgaben des SUS in der BBV/88 festgelegt.

Das SUS ist vor allem zuständig für die Durchführung und Kontrolle der Gesundheitsversorgung,⁵⁶⁵ aber ihm obliegt außerdem auch die Kontrolle und Aufsicht von Verfahren, Produkten und Wirkstoffen, die in Gesundheitsfragen von Belang sind, sowie die Teilnahme an der Herstellung von Arzneimitteln, Ausrüstung, immunologischen Produkten und Blutderivaten.⁵⁶⁶

⁵⁶⁰ Das soziale Recht auf Gesundheit ist vom *Supremo Tribunal Federal* (Das oberste Bundesgericht, das gemäß Art 102 BBV/88 zugleich das Verfassungsgericht und auch das Oberste Bundesgericht in Brasilien ist) als subjektives öffentliches Recht anerkannt worden (*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário RE-AgR Nr. 271.286-8/RS*, Berichterstatter: Celso de Melo, Justizanzeiger vom 12. September 2000. Abrufbar im Internet unter: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar_jurisprudencia.asp>, zuletzt besucht am 08.06.2018. Auch in der Literatur ist das Recht auf Gesundheit als subjektives öffentliches Recht anerkannt, vgl. u. a. *Costa/Alves*, *Constituição Federal anotada e explicada*, S. 512; *Dallari*, *Revista de Direito Sanitário*, S. 9 ff.; *Alves*, *Direito à Saúde*, S. 131 ff.; *Sarlet/Figueiredo*, *Revista do Direito do Consumidor* 2008, S. 147.

⁵⁶¹ Dazu *Sarlet*, *ZIAS* 2009, S. 44; *Mendes*, in: *Modesto/Junior*, *Terceiro Setor e parcerias na área de saúde*, S. 15.

⁵⁶² Art. 198 BBV/88.

⁵⁶³ Art. 197 BBV/88.

⁵⁶⁴ Vgl. *Sarlet/Figueiredo*, *Revista do Direito do Consumidor* 2008, S. 143; *Baptista/Machado/Lima*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2009, S. 836.

⁵⁶⁵ Art. 197-198 BBV/88.

⁵⁶⁶ Art. 200 I BBV/88.

Zu seinen Aufgaben zählt außerdem die Gesundheitsüberwachung;⁵⁶⁷ die epidemiologische Überwachung;⁵⁶⁸ der Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer;⁵⁶⁹ die Organisation der Ausbildung des Personals im Gesundheitswesen⁵⁷⁰ sowie die Teilnahme an der Formulierung von Richtlinien und an der Durchführung von Maßnahmen in Bezug auf die Abwasserentsorgung.⁵⁷¹

II. Die Grundlagen des SUS

Obwohl die Einrichtung des SUS in der BBV/88 vorgesehen wurde, begann seine Umsetzung erst 1990 mit der Veröffentlichung der Gesetze Nr. 8.080⁵⁷² und Nr. 8.142⁵⁷³ vom 28.12.1990. Diese Gesetze, die den Rechtsrahmen des Systems bilden, stützen sich auf die verfassungsrechtlichen Richtlinien und erläutern die Struktur des Gesundheitssystems genauer. Sie gelten für die öffentliche und private Leistungserbringung.⁵⁷⁴

Das Gesetz Nr. 8.080 legt einen umfassenden Begriff der Gesundheit zugrunde, weil es annimmt, dass die Gesundheit von Faktoren wie Ernährung, Wohnung, Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, Arbeit, Einkommen, Erziehung, Transportmittel und Freizeit bedingt wird.⁵⁷⁵ Dieses Gesetz geht davon aus, dass es einen unmittelbaren Zusammenhang zwi-

⁵⁶⁷ Unter Gesundheitsüberwachung (*Vigilância Sanitária*) versteht man das Maßnahmenbündel zur Beseitigung, Vermeidung und Vorbeugung von Gesundheitsrisiken sowie zur Beeinflussung von Gesundheitsproblemen, die durch die Umwelt sowie durch die Herstellung und den Verkehr von Verbrauchsgütern und Dienstleistungen verursacht werden, vgl. Art. 6 § 1 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁶⁸ Unter epidemiologischer Überwachung (*Vigilância Epidemiológica*) versteht man das Maßnahmenbündel, das Kenntnis, Aufdeckung oder Vorbeugung von Veränderungen an Gesundheit determinierenden Faktoren ermöglicht, mit dem Ziel Krankheiten zu beseitigen, zu vermeiden und vorzubeugen, vgl. Art. 6 § 2 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁶⁹ Unter Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer (*Saúde do Trabalhador*) versteht man das Maßnahmenbündel, das durch die Gesundheitsüberwachung und epidemiologische Überwachung die Gesundheit derjenigen Arbeitnehmer schützt und fördert, die wegen ihrer Arbeitsbedingungen Risiken ausgesetzt sind, vgl. Art. 6 § 3 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁷⁰ Art. 200 III BBV/88.

⁵⁷¹ Art. 200 IV BBV/88.

⁵⁷² Vom 19.09.1990, DOU vom 20.09.1990.

⁵⁷³ Vom 28.12.1990, DOU vom 31.12.1990.

⁵⁷⁴ Art. 1 und 22 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁷⁵ Art. 3 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990. Diese umfassende Definition von Gesundheit stimmt mit der Definition von Gesundheit der Weltgesundheitsorganisation überein, laut der Gesundheit „ein Zustand des vollständigen körperlichen geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit und Gebrechen“ ist, vgl. Präambel der Verfassung der WHO vom 22.07.1946, abrufbar im Internet unter: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19460131/201405080000/0.810.1.pdf>>, zuletzt besucht am

schen dem Gesundheitsniveau der Bevölkerung und der Entwicklung der sozialen und wirtschaftlichen Organisationen des Staates gibt.⁵⁷⁶ Der Staat muss den notwendigen politischen Prozess einleiten und die Voraussetzungen schaffen, um allen Bürgern Zugang zu einer präventiven, kurativen und rehabilitierenden Gesundheitsversorgung zu ermöglichen.⁵⁷⁷

Das SUS wird im Gesetz als ein System definiert, das sich aus gesundheitlichen Maßnahmen und Diensten zusammensetzt, die von den öffentlichen Leistungsträgern der drei Regierungsebenen⁵⁷⁸ erbracht werden.⁵⁷⁹ Die in der Verfassung festgelegten Aufgaben des SUS sind im Gesetz im Detail erläutert,⁵⁸⁰ nämlich, die Einflussfaktoren der Gesundheit zu identifizieren, die Gesundheitsziele zu formulieren und die Gesundheitsversorgung anzubieten.⁵⁸¹ Die Finanzierung des Systems wird durch dieses Gesetz in die gemeinsame Verantwortung des Bundes, der Länder und der Gemeinden gelegt.⁵⁸²

Das Gesetz 8.142⁵⁸³ reguliert das Teilhaberecht der Bürger im SUS durch die Einrichtung von Gesundheitsräten sowie durch die Bestimmung der regelmäßigen Realisierung der Gesundheitskonferenz.⁵⁸⁴ Das Gesetz Nr. 8.142 konkretisiert außerdem die Finanzierung des SUS durch die Aufteilung der finanziellen Mittel des Bundes zwischen Ländern und Gemeinden und durch die Einrichtung des Gesundheitsfonds.

Um die Dezentralisierung der Gesundheitsversorgung zu ermöglichen, wurde eine progressive Übergabe der Verantwortung in Etappen mit steigender Komplexität eingeführt, die den Verwaltungen der Bundesebene die Anpassung an das neue Versorgungsmodell erleichtern sollte. Eine wichtige Rolle im Dezentralisierungsprozess spielten die folgenden Normen: *Normas Operacionais Básicas – NOB* (die grundlegenden Durchführungsregelungen) von 1993⁵⁸⁵ und 1996,⁵⁸⁶ *Norma Operacional de Assistência à Saúde – NOAS* (die grundlegende

14.01.2019. Zur Schnittstelle zwischen dem Recht auf Gesundheit, Sozialversicherung und Umweltrecht vgl. Levy, *Revista Brasileira de Previdência* 2012, S. 85 ff.

⁵⁷⁶ Vgl. dazu *D'Ávila/Saliba*, *Revista de Direito Sanitário* 2016, S. 18.

⁵⁷⁷ Art. 2 § 1 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁷⁸ Unter Regierungsebene versteht man hier die drei Teile der brasilianischen Föderation, nämlich Bund, Länder und Gemeinden.

⁵⁷⁹ Art. 4 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁸⁰ Art. 6 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁸¹ Art. 5 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁸² Art. 31-38 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁸³ Vom 18.12.1990, DOU vom 31.12.1990.

⁵⁸⁴ Art. 1 § 1 des Gesetzes Nr. 8.142 vom 28.12.1990 (DOU vom 31.12.1990).

⁵⁸⁵ Ministerialerlass Nr. 545 vom 20.05.1993, DOU vom 21.05.1993.

⁵⁸⁶ Ministerialerlass Nr. 2.203 vom 05.12.1996, DOU vom 06.12.1996.

Durchführungsregelung der Gesundheitsversorgung) von 2002⁵⁸⁷ und der *Pacto pela Saúde* (Pakt für die Gesundheit) von 2006.⁵⁸⁸

Das SUS entwickelt sich aufgrund von Rechtsverordnungen und Ministerialerlassen des Bundesministeriums für Gesundheit kontinuierlich weiter. Als Beispiel für die allmähliche Entwicklung des SUS ist die Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011⁵⁸⁹ zu nennen, durch die erst nach 20 Jahren im Jahre 2011 eine Ausführungsbestimmung für das Gesetz 8.080 in Kraft trat. Neue Begriffe wurden in der Gesetzgebung eingeführt, die aus der Entwicklung des SUS in diesem Zeitraum resultierten.

1. Die Prinzipien des SUS

Das SUS besteht aus Prinzipien und Richtlinien, die für das ganze Land gelten und die das grundlegende System bilden. Die im Folgenden beschriebenen verfassungsrechtlichen Prinzipien des SUS dienen der Erklärung und Systematisierung der maßgeblichen Normen.

Nach dem universellen Zugangsprinzip haben alle Bürger den Zugang zu einer präventiven, kurativen und rehabilitierenden Gesundheitsversorgung,⁵⁹⁰ unabhängig von Beitragszahlung sowie Komplexität und Kosten der Gesundheitsleistungen.⁵⁹¹ Im Zusammenhang mit dem universellen Zugangsprinzip ist das Gleichberechtigungsprinzip zu sehen, nach dem alle Bürger das Recht auf eine gesundheitliche Gleichbehandlung haben, unabhängig von jeglicher Art von Privileg oder Nachteil,⁵⁹² wie gesellschaftlichem Status oder Einkommen, Hautfarbe, Genus und Religion. Nur die Notwendigkeit einer spezifischen Behandlung für Bevölkerungsgruppen, die für bestimmte Krankheiten anfällig sind, darf ein Kriterium für den bevorzugten Zugang zur Gesundheitsversorgung sein.⁵⁹³ Die Gleichberechtigung soll sich auf die Verfügbarkeit und Qualität der Gesundheitsleistungen erstrecken.

Infolge dieser beiden Prinzipien haben alle Bürger das Recht auf ambulante und stationäre Gesundheitsbetreuung. Das bedeutet einen großen Fortschritt in Bezug auf das vorherige

⁵⁸⁷ Ministerialerlass Nr. 373 vom 27.02.2002, DOU vom 28.02.2002.

⁵⁸⁸ Ministerialerlass Nr. 399 vom 22.02.2006, DOU vom 23.02.2006.

⁵⁸⁹ Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011, DOU vom 29.06.2011.

⁵⁹⁰ Art. 196 BBV/88 und Art. 7 I des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁹¹ Vgl. dazu *Noronha/Lima/Machado*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 439.

⁵⁹² Art. 3 IV BBV/88 und Art. 7 IV des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁹³ Dazu *Noronha/Lima/Machado*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 439.

System, weil das SUS erstmals auch den Zugang zur Gesundheitsversorgung von benachteiligten gesellschaftlichen Gruppen⁵⁹⁴ ermöglicht, die zuvor aus dem System ausgeschlossen waren. In diesem Sinne gibt es in Brasilien heute keine gesetzliche Krankenversicherung auf Beitragsbasis mehr, sondern die steuerfinanzierte Gewährleistung eines sozialen Grundrechts.⁵⁹⁵

Dem SUS liegen des Weiteren das ganzheitliche und das integrierte Versorgungsprinzip zugrunde. Ersteres besagt, dass die Patienten alle notwendigen präventiven, kurativen und rehabilitierenden Gesundheitsleistungen erhalten müssen.⁵⁹⁶ Um eine integrierte Versorgung zu erreichen, ist es ferner notwendig, dass das System die vorbeugenden, therapeutischen und rehabilitierenden, individuellen und kollektiven Maßnahmen gebündelt betrachtet und, dass die ambulante und stationäre Behandlung vernetzt werden.⁵⁹⁷ Dieses Prinzip steht im Zusammenhang mit dem Gesundheitsbegriff der Verfassung, der Gesundheit als einen Zustand bezeichnet, der von biologischen, psychologischen, sozialen und kulturell-historischen Bedingungen abhängig ist.⁵⁹⁸ Ein detaillierter gesetzlicher Leistungskatalog besteht nicht.⁵⁹⁹ Auch die Arzneimittel sind, wenn auch in begrenztem Umfang, zur Verfügung zu stellen.⁶⁰⁰

⁵⁹⁴ In dieser Gruppe sind die Beschäftigten des informellen Sektors und die nicht Erwerbstätigen, die zusammen einen großen Anteil der brasilianischen Bevölkerung ausmachen. Da die landwirtschaftlichen Lohnarbeiter einen geringeren Gesundheitsanspruch hatten, wurde durch ihre Einbeziehung in das SUS auch die Ungleichheit zwischen ihnen und den städtischen Arbeitern überwunden, vgl. *Dos Santos, Ciência e Saúde Coletiva* 2007, S. 430.

⁵⁹⁵ Vgl. *De Carvalho/Santos, Sistema Único de Saúde*, S. 72.

⁵⁹⁶ Art. 198 II BBV/88 und Art. 7 II des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁹⁷ Vgl. *Noronha/Lima/Machado*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 439.

⁵⁹⁸ Art. 3 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁵⁹⁹ Es gibt jedoch ein *Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES* (Bundesverzeichnis für gesundheitsbezogene Maßnahmen und Dienste des SUS), in dem die gesundheitlichen Behandlungen und Leistungen des SUS aufgelistet werden. Die Länder und die Gemeinden können dieser Liste gemäß Art. 21 und 24 der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011 weitere Leistungen hinzufügen.

⁶⁰⁰ Der Zugang zu Arzneimitteln wird in einer *Política Nacional de Medicamentos* (Nationale Richtlinie für Arzneimittel) gemäß den Leitlinien der Weltgesundheitsorganisation in der Rechtsverordnung Nr. 3.916 vom 30.10.1998 (DOU vom 31.10.1998) geregelt. Innerhalb dieser Strategie wird ein *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME* (Nationales Verzeichnis von essenziellen Arzneimitteln) gebildet, in dem die im SUS angewendeten und gewährleisteten Arzneimittel aufgelistet werden. Der diagnostische und therapeutische Nutzen der Medikamente, die im Nationalen Verzeichnis eingetragen sind, ist nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse anerkannt. Die Länder und Gemeinden können gemäß Art. 25 und 27 der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011 diese Liste mit weiteren Arzneimitteln ergänzen. Zur Entwicklung der Nationalen Richtlinie für Arzneimittel vgl. *Paula/Alves/Vieira/Souza, Revista de Saúde Coletiva* 2009, S. 1111 ff.

Zur Vollständigkeit der Leistungsdeckung gehört auch die zahnärztliche Versorgung, aber das Angebot ist hier faktisch bisher unzureichend.⁶⁰¹ Ein Krankengeld zahlt die Rentenversicherung.⁶⁰²

Ein weiteres Prinzip des SUS ist die Dezentralisierung. Da das vorherige Krankenversicherungssystem extrem zentralisiert war,⁶⁰³ entschied sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des SUS für einen Dezentralisierungsprozess,⁶⁰⁴ der die Autonomie und die Verantwortung für die gesundheitspolitischen Programme und Maßnahmen von Bundesebene auf die Bundesländer und Gemeinden verlagerte.⁶⁰⁵ Durch diesen Prozess wurden nicht nur die Leistungen und die Verwaltung der Gesundheitsversorgung, sondern auch die Entscheidungsmacht und die Verantwortung für die zu erbringenden Leistungen und die jeweilige Finanzierung auf Länder und Gemeinden⁶⁰⁶ verlagert.⁶⁰⁷ Eine hierarchisch organisierte Gesundheitsversorgung bedeutete auch eine bessere Nutzung der medizinischen, technischen und finanziellen Mittel, weil die Regionalisierung und Integration der Gesundheitsversorgung zwischen den Gemeinden und Bundesländern eine Verdoppelung der Gesundheitsdienste vermied. Dieses Prinzip führte zur Anpassung der Versorgung an die realen Bedürfnisse der Bevölkerung und zu einer besseren Anwendung und Kontrolle der vorhandenen Ressourcen.

Durch den Dezentralisierungsprozess erhielten Länder und Gemeinden Gesetzgebungskompetenz und wurden in die Entscheidungsverantwortung der Gesundheitsversorgung einbezogen.⁶⁰⁸ Sowohl der Bund als auch die Länder und die Gemeinden haben seitdem die Befugnis zur Gesetzgebung. Die grundsätzlichen Kompetenzverteilungsregeln richten sich nach der Reichweite der Interessen der jeweiligen Regierungsebene. Der Bund hat das Recht, Rahmenvorschriften zu erlassen, die für die Gesetzgebung der Länder bindend sind. Diese allgemeinen Regeln umfassen Aspekte, die bundesweit einheitlich durchgeführt werden sollen.

⁶⁰¹ Bis zur BBV/88 hatte nur ein kleiner Teil der Bevölkerung in Brasilien durch private Dienste oder durch eine Sozialversicherung Zugang zu zahnärztlicher Versorgung. 1989 wurde einer *Política Nacional de Saúde Bucal* (Nationale Richtlinie für die zahnärztliche Versorgung) zugestimmt, die sich 2003 weiterentwickelte und das Versorgungsmodell umstrukturierte, um den Zugang zur zahnärztlichen Versorgung zu erweitern und die integrierte Versorgung zu gewährleisten. Dazu vertiefend *Moyses*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 726 ff.

⁶⁰² Art. 59 ff. des Gesetzes Nr. 8.213 vom 24.07.1991, DOU vom 25.07.1991.

⁶⁰³ Durch die Gesetze Nr. 6.229 vom 17.07.1975 (DOU vom 18.07.1975) und Nr. 6.439 vom 01.09.1977 (DOU vom 02.09.1977) war das damalige Krankenversicherungssystem organisiert.

⁶⁰⁴ Der Dezentralisierungsprozess wurde wesentlich durch die NOB 1993, 1996 und NOAS 2002 realisiert.

⁶⁰⁵ Art. 198 I BBV/88 und Art. 7 IX des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁶⁰⁶ Anders als in Deutschland sind die Gemeinden in Brasilien Teil des föderativen Staates.

⁶⁰⁷ Vgl. *Giovanella/Porto*, *Gesundheitswesen und Gesundheitspolitik in Brasilien*, S. 13.

⁶⁰⁸ Art. 24 XII BBV/88.

Der Bund hat außerdem das Recht der Gesetzgebung hinsichtlich der Gesundheitsversorgung auf Bundesebene. Die Länder und Gemeinden müssen die Bundesnormen erfüllen, können jedoch auch weitere Normen erlassen, nämlich Normen zur Gesundheitsversorgung auf ihren Ebenen.⁶⁰⁹ Jede Regierungsebene muss ihre Gesundheitspolitik diskutieren und festlegen sowie einen Gesundheitsrat und einen Gesundheitsfonds bilden. Neben der Gesetzgebungskompetenz von Bund, Ländern und Gemeinden⁶¹⁰ haben die Regierungen aller drei Ebenen auch weitere Aufgaben hinsichtlich der Gesundheitsversorgung zu erfüllen.⁶¹¹ Die wesentliche Aufgabe des Bundes ist aber die Normensetzung und die Koordinierung des SUS auf Bundesebene unter Teilnahme der Länder und Gemeinden.⁶¹²

Im Zusammenhang mit dem Dezentralisierungsprozess der Gesundheitsversorgung und der Förderung von politischen Kompromissen und technischen Kooperationen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden wurden 1991 die *Comissões Intergestores* (Ausschüsse der öffentlichen Leistungsträger) eingeführt.⁶¹³ Auf Bundesebene gibt es den *Comissão Intergestora Tripartite – CIT* (Trilateraler Ausschuss der öffentlichen Leistungsträger)⁶¹⁴ und auf Landesebene in jedem Land einen *Comissão Intergestora Bipartite – CIB* (Bilateraler Ausschuss der öffentlichen Leistungsträger).⁶¹⁵ Die Aufgabe dieser Ausschüsse besteht darin, über funktionelle, wirtschaftliche und administrative Aspekte der Gesundheitsversorgung zu entscheiden wie bspw. die Festsetzung von Kriterien zur Verteilung der Bundesmittel. Den Ausschüssen obliegt außerdem die Festsetzung von Richtlinien zur Organisation des Netzwerks der Leistungserbringer und der Gesundheitsregionen.⁶¹⁶ Der Entscheidungsprozess der bei-

⁶⁰⁹ Art. 30 I BBV/88.

⁶¹⁰ Art. 23 II BBV/88 und Art. 15 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁶¹¹ Art. 16-18 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁶¹² Art. 16 I-V, VII, VIII, X und XIV des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990. Dazu *Noronha/Lima/Machado*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 447. Für einen Überblick über die Aufgaben der drei Regierungsebenen hinsichtlich der Gesundheitsversorgung siehe 3. Kap A III.

⁶¹³ Art. 14A des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁶¹⁴ Der Trilaterale Ausschuss der öffentlichen Leistungsträger besteht aus Vertretern der öffentlichen Leistungsträger des Bundes, der Länder und der Gemeinden.

⁶¹⁵ Der Bilaterale Ausschuss der öffentlichen Leistungsträger besteht aus Vertretern der öffentlichen Leistungsträger der Länder und der Gemeinden.

⁶¹⁶ Die Aufgaben der Ausschüsse der öffentlichen Leistungsträger sind in Art. 14A des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 und Art. 30 und 32 der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011 geregelt.

den Ausschüsse erfolgt nach dem Einstimmigkeitsprinzip und verfolgt das Ziel, den Gesundheitsplan⁶¹⁷ in die Realität umzusetzen.⁶¹⁸ Trotz der wichtigen Rolle dieser Ausschüsse als kollektive und institutionelle Instanzen für die Verhandlung der Leistungserbringung im Kontext eines Dezentralisierungsprozesses⁶¹⁹ ist ihre Entscheidungskompetenz über strategisch wichtige Themen noch gering. Das liegt faktisch an dem häufig schwachen Engagement der Bundes- und Landesminister für Gesundheit, denen die Rolle des öffentlichen Leistungsträgers auf Bundesebene bzw. Landesebene zukommt.⁶²⁰

Des Weiteren ist das SUS vom Partizipationsprinzip geprägt. In der neuen demokratischen Ordnung der BBV/88 soll die Gesundheitspolitik nicht nur von der Regierung allein, sondern mit sozialer Partizipation konzipiert werden. Das Partizipationsprinzip⁶²¹ besagt, dass die Bürger durch ihre Organisationen (Organisationen der Zivilgesellschaft) am Gesundheitssystem teilhaben können. Das Teilhaberecht erlaubt ihnen, sich an der Gesundheitspolitik sowie an der Kontrolle der Durchführung gesundheitlicher Maßnahmen und Leistungen durch den Gesundheitsrat und die Gesundheitskonferenz zu beteiligen.⁶²²

Der Gesundheitsrat ist eine institutionelle Entscheidungsinstanz, in der die Bürger an der Gestaltung der Gesundheitspolitik und an den Entscheidungen über gesundheitliche Maßnahmen mitwirken können.⁶²³ Da im Gesundheitsrat die wichtigsten Akteure des Gesundheitssystems (Vertreter der Regierung, der Leistungsträger, der Gesundheitsfachkräfte, der öffentlichen und privaten Leistungserbringer und der Bürger) sitzen, können in diesem nicht nur Gesundheitspolitik und verschiedene spezifische Gesundheitsmaßnahmen, sondern auch

⁶¹⁷ Auf jeder Regierungsebene soll gemäß Art. 15 III des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 (DOU vom 20.09.1990) ein jährlicher Gesundheitsplan eingerichtet werden, in dem die Gesundheitsziele bestimmt werden.

⁶¹⁸ *Noronha/Lima/Machado*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 450.

⁶¹⁹ Dazu *Noronha/Lima/Machado*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 450.

⁶²⁰ Dazu vertiefend *Machado*, *Direito Universal*, S. 187 f.

⁶²¹ Art. 198 III BBV/88 und Art. 7 VIII des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁶²² Das Gesetz Nr. 8.142 vom 28.12.1990 (DOU vom 31.12.1990) reguliert das Teilhaberecht der Bürger im SUS durch die Einrichtung des Gesundheitsrates und durch die Festlegung der regelmäßigen Realisierung der Gesundheitskonferenz.

⁶²³ Art. 1 § 2 des Gesetzes Nr. 8.142 vom 28.12.90. Zur Organisation des Gesundheitsrates siehe *Lima/Lima*, *Saúde em Debate* 2017, S. 1168 ff.

Strategien für die Durchführung dieser Maßnahmen sowie die Kontrolle ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Aspekte diskutiert werden.⁶²⁴ Genau das ist auch das Ziel des Gesundheitsrats: Er soll der institutionelle Ort sein, an dem die Diskussionen und Verhandlungen stattfinden. Der Gesundheitsrat nimmt an der Entwicklung des Gesundheitsplans teil.⁶²⁵ Aufgrund der Wichtigkeit der Teilnahme der Nutzer des SUS ist vorgesehen, dass sie die Hälfte der Mitglieder ausmachen.⁶²⁶ Der Bundesgesundheitsrat äußert sich durch Entschlüsse seines Plenums. Seine Aufgaben werden durch Rechtsverordnungen⁶²⁷ und eine Geschäftsordnung⁶²⁸ geregelt. Außerdem muss jede der drei Regierungsebenen laut Gesetz einen Gesundheitsrat bilden, um finanzielle Mittel des Bundes zu erhalten.⁶²⁹ Die Gesundheitsräte bedeuten einen Fortschritt in der Organisation des Gesundheitssystems, weil sie einen Verhandlungsspielraum eröffnen, der für den demokratischen Prozess kennzeichnend ist.⁶³⁰ Trotzdem gewährleistet die bloße Existenz der Gesundheitsräte insbesondere in kleinen Gemeinden keine effektive soziale Kontrolle der gesundheits-bezogenen Maßnahmen und Programme. Dazu wäre es notwendig, dass die Mitglieder des Gesundheitsrats die angemessene und notwendige Ausbildung sowie Informationen erhalten und, dass die Regierung den Gesundheitsrat nicht ausschließlich zur Legitimation ihrer Entscheidungen nutzt.⁶³¹

Ein weiteres Instrument der sozialen Partizipation in Brasilien ist die Gesundheitskonferenz, die von den Leistungsträgern alle vier Jahre organisiert wird.⁶³² Sie setzt sich aus den Vertretern verschiedener gesellschaftlicher Interessengruppen des Gesundheitswesens zusammen.⁶³³ In großen Staaten und großen Gemeinden wird die Konferenz auf regionalen Treffen

⁶²⁴ Ramos, in: Eibenschutz, *Política de Saúde*, S. 331.

⁶²⁵ Art. 15 der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011, DOU vom 29.06.2011.

⁶²⁶ Art. 1 § 4 des Gesetzes 8.142 vom 28.12.1990 und Art. 3 I der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011.

⁶²⁷ Die Rechtsverordnung Nr. 5.839 vom 07.07.2006, DOU 12.07.2006.

⁶²⁸ Der Entschluss des Bundesgesundheitsrates Nr. 407 vom 12.09.2008 regelt seine Geschäftsordnung, abrufbar im Internet unter: <http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/regimento_alterado_14042011.pdf>, zuletzt besucht am 14.2.2018.

⁶²⁹ Art. 4 I des Gesetzes Nr. 8.142 vom 28.12.1990.

⁶³⁰ Vgl. Kleba, *Dezentralisierungsprozess des Gesundheitssystems in Brasilien*, S. 150 ff.

⁶³¹ Dazu Escorel/Moreira, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 1004; Saliba/Moimaz/Ferreira/Custódio, *Revista de Administração Pública* 2009, S. 1377.

⁶³² Art. 1 §1 des Gesetzes Nr. 8.142 vom 28.12.90.

⁶³³ Zur Rolle der beteiligten Akteure des Gesundheitswesens vgl. Kleba, *Dezentralisierungsprozess des Gesundheitssystems in Brasilien*, S. 177 ff.

vorbereitet.⁶³⁴ Die Gesundheitskonferenz hat als Hauptziel die Beurteilung der Gesundheitsversorgung auf der jeweiligen Ebene; sie hat das Vorschlagsrecht bezogen auf Richtlinien und Strategien, um die Programme der Gesundheitspolitik auszuarbeiten und umzusetzen.⁶³⁵

2. Die öffentlichen Leistungsträger

Dem Bundesministerium für Gesundheit wurde durch die BBV/88 und die Gesetze des SUS⁶³⁶ die Rolle des öffentlichen Leistungsträgers des SUS und des Leiters der Bundesgesundheitspolitik auf Bundesebene zugeschrieben. Da die Gewährleistung der Gesundheitsversorgung der Verfassung zufolge nicht nur in der Verantwortung des Bundes, sondern auch der Länder und der Gemeinden liegt,⁶³⁷ muss jede dieser Regierungsebenen auch über einen öffentlichen Leistungsträger verfügen, der die Gesundheitspolitik und das Gesundheitssystem auf der jeweiligen Ebene leitet.⁶³⁸ Auf Landesebene ist dieser öffentliche Leistungsträger das Landesministerium für Gesundheit und auf Gemeindeebene ist es die jeweilige Gesundheitsbehörde.

Die wesentlichen Aufgaben der öffentlichen Leistungsträger als Leiter des Systems sind die Formulierung der Gesundheitsziele sowie die Finanzierung und Regulierung des Gesundheitssystems. Bei der Formulierung von Gesundheitszielen werden die Diagnose der Gesundheitsbedürfnisse, die Identifizierung von Prioritäten sowie die Erstellung und Durchführung von Gesundheitsprogrammen einbezogen, und die Ergebnisse werden anschließend überprüft.⁶³⁹ Der erste Schritt ist die Feststellung der Gesundheitsbedürfnisse, mit der die institutionelle und politische Realität sowie die wichtigsten Probleme der Bevölkerung im Gesundheitswesen identifiziert werden. Darauf folgen die Identifizierung der Prioritäten und die Erstellung eines Gesundheitsplans für die Erbringung der öffentlichen Leistungen. Auf

⁶³⁴ Die 16. Nationale Gesundheitskonferenz wird vom 28.-31. August 2019 stattfinden. Das zentrale Thema lautet: Demokratie und Gesundheit; Gesundheit als Recht und Finanzierung des SUS, vgl. Rechtsverordnung Nr. 9.463 vom 08.08.2018, DOU vom 09.08.2018. Ausführlich über die 16. Nationale Gesundheitskonferenz siehe die Webseite des Nationalen Gesundheitsrates, abrufbar im Internet unter: <<http://conselho.saude.gov.br/16cns/index.html>>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁶³⁵ Art. 1 § 1 des Gesetzes Nr. 8.142 vom 28.12.1990 (DOU vom 31.12.1990). Zum Einfluss der Gesundheitskonferenz auf die Arbeit des Bundesministeriums für Gesundheit vgl. *Ricardi/Shimizu/Santos*, *Saúde em Debate* 2017, S. 155 ff.

⁶³⁶ Gesetz Nr. 8.080 vom 19.09.1990 (DOU vom 20.09.1990) und Gesetz Nr. 8.142 vom 28.12.1990.

⁶³⁷ Art. 196 und 198 § 2 BBV/88.

⁶³⁸ Vgl. *De Carvalho/Santos*, *Sistema Único de Saúde*, S. 92.

⁶³⁹ Vgl. *Viana/Batista*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 74.

jeder Regierungsebene muss dieser Prozess entsprechend dem Bedürfnis der jeweiligen Bevölkerung durchgeführt werden.⁶⁴⁰ Die Implementierung der gesundheitsbezogenen Maßnahmen erfordert viele Vereinbarungen zwischen den verschiedenen Akteuren des Gesundheitswesens. In dieser Phase werden neue Abmachungen und Anpassungen getroffen, weil häufig das Gesundheitswesen der Bundesländer oder der Gemeinden nicht die erhoffte Entwicklungsstufe erreicht hat.⁶⁴¹ Hier kommen auch andere Akteure wie die Gesundheitsräte und die Ausschüsse der öffentlichen Leistungsträger ins Spiel, weil die Veränderungen und Anpassungen der Gesundheitspolitik in diesen Instanzen ausführlich diskutiert werden. In diesem Zusammenhang spielt auch die Gesundheitskonferenz eine wichtige Rolle, denn dort ist die Bevölkerung durch verschiedene Organisationen vertreten, und es werden die wesentlichen Themen der Gesundheitspolitik problematisiert. Nach Implementierung der gesundheitsbezogenen Maßnahmen folgt die Evaluation ihrer Ergebnisse. Wenn notwendig, werden neue Maßnahmen festgelegt, solange bis die Gesundheitsziele erreicht werden.

Aufgrund des Dezentralisierungsprinzips werden nicht nur die Verwaltung des Gesundheitssystems, sondern auch die Gesundheitsdienste auf die drei Regierungsebenen verteilt.⁶⁴² Die Gesundheitsversorgung wird je nach Schwierigkeit und Komplexität der Maßnahmen und Behandlungen kategorisiert.⁶⁴³ Die erste Hierarchiestufe ist die *Atenção Primária a Saúde* (Primärversorgung). Die Primärversorgung, die in Gesundheitszentren realisiert wird, umfasst einen gesundheitsbezogenen Maßnahmenkatalog, um durch Diagnosetechniken, Untersuchungsvorgänge und Behandlungen die Gesundheit zu fördern und zu schützen.⁶⁴⁴ Darunter fallen z. B. kinderärztliche, gynäkologische und allgemeinmedizinische Behandlungen. Die so genannte zweite Stufe der Gesundheitsversorgung umfasst spezifische komplexe medizinische Behandlungen und Maßnahmen, die ca. 15 % der Gesundheitsprobleme lösen sollen.⁶⁴⁵ Um diese Versorgung anbieten zu können, müssen medizinische Zentren mit Unterstützungsdiensten für die Diagnostik (z. B. Labore, Ultraschall- und andere Untersu-

⁶⁴⁰ Art. 36 § 1 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁶⁴¹ Vgl. *Viana/Batista*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 74.

⁶⁴² Art. 8 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁶⁴³ Die Hierarchiestufen der Gesundheitsversorgung des SUS sind in der NOAS 2002 (Ministerialerlass Nr. 373 vom 27.02.2002, DOU vom 28.02.2002) festgelegt.

⁶⁴⁴ Im Ministerialerlass Nr. 2.488 vom 21.10.2011 (DOU vom 22.10.2011) wird die Primärversorgung definiert und geregelt.

⁶⁴⁵ Vgl. *Solla/Chioro*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 628.

chungsgeräte) zur Verfügung stehen, in denen stationäre Behandlungen, kleinere chirurgische Eingriffe und diagnostische Maßnahmen sowie Physiotherapie realisiert werden können.⁶⁴⁶ Das höchste Niveau bezieht sich auf Maßnahmen mit hochentwickelter Technologie und damit verbundenen höheren Kosten, die ca. 5 % der Gesundheitsprobleme lösen sollen.⁶⁴⁷ Dazu gehört Kardiovaskular-Chirurgie, Neurochirurgie, Chemotherapie und Organtransplantation.⁶⁴⁸

Die Gemeinden sollten idealerweise mindestens die Primärversorgung anbieten können.⁶⁴⁹ Die zweite Stufe der Gesundheitsversorgung wird prinzipiell von den Ländern und die dritte vom Bund angeboten. Nur wenn die Gemeinden noch nicht über ausreichende Ressourcen verfügen, um ihrer Verantwortung hinsichtlich der Gesundheitsversorgung gerecht zu werden, sollen die Länder oder der Bund sie unterstützen.⁶⁵⁰ Städte jedoch, die wegen der Bevölkerungsdichte eine komplexe Versorgung benötigen, können auch Dienste der zweiten und dritten Stufe anbieten. Die kleinen Gemeinden können sich in regionalen Gesundheitszentren zusammenschließen, um durch das Angebot von spezialisierten Leistungen besser für ihre Bevölkerung sorgen zu können.⁶⁵¹ Der Nutzer des SUS wird vor allem durch die Primärversorgung in das System integriert, die in den Gemeinden stattfindet, und er wird bei Bedarf an andere Einrichtungen des SUS mit einer besseren Infrastruktur und Ausstattung auf Landes- oder Bundesebene weitergeleitet.⁶⁵²

a. Die ambulante Behandlung

Die ambulante ärztliche Versorgung des SUS hat eine heterogene Angebotsstruktur⁶⁵³ und wird überwiegend durch öffentliche Einrichtungen, wie Gesundheitszentren, Polikliniken,

⁶⁴⁶ *Ministério da Saúde*, O SUS de A a Z, S. 207.

⁶⁴⁷ *Solla/Chioro*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 628.

⁶⁴⁸ *Ministério da Saúde*, O SUS de A a Z, S. 32 f., 44 und 208.

⁶⁴⁹ Vgl. *Noronha/Lima/Machado*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 440.

⁶⁵⁰ Vgl. *De Carvalho/Santos*, Sistema Único de Saúde, S. 85.

⁶⁵¹ Die Zusammenarbeit der Gemeinden wird gemäß Art. 3 § 3 des Gesetzes Nr. 8.142 vom 28.12.1990 durch die *Consórcios de Saúde* (Kooperationsvereinbarungen von Gemeinden zur Gesundheitsversorgung) realisiert. Dieser Kooperationsvereinbarungstyp ist im Gesetz Nr. 11.107 vom 06.4.2005 (DOU vom 07.04.2005) geregelt und wird in 2. Kap. B I 2 erklärt.

⁶⁵² Vgl. *Noronha/Lima/Machado*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 441.

⁶⁵³ *Giovanella/Porto*, Gesundheitswesen und Gesundheitspolitik in Brasilien, S. 25.

Kliniken, Arztpraxen sowie Krankenhäuser angeboten,⁶⁵⁴ in denen Angestellte und verbeamtete Ärzte tätig sind. Die Arztdichte liegt in Brasilien bei ca. 2,24 Ärzten pro 1000 Einwohnern⁶⁵⁵ und damit im internationalen Vergleich im Mittelfeld. Es bestehen jedoch immense Unterschiede zwischen den verschiedenen Ländern und eine starke Konzentration in den großen Städten.⁶⁵⁶ Die Primärversorgung fungiert als „Eingangstor“ des SUS.⁶⁵⁷ Es gibt jedoch andere Zugangsmöglichkeiten zu Behandlungen wie die Notdienste, die psychiatrischen und sozialen Dienste und andere spezifische Dienste.⁶⁵⁸

Die Primärversorgung wird im SUS insbesondere durch die so genannte Strategie der Gesundheit der Familien angeboten. Diese Strategie ist das Ergebnis der Entwicklung des Gesundheitsprogramms und wird auf der Grundlage eines multidisziplinären Teams gebildet, das die Gesundheitsversorgung inklusive Vorbeugung und Gesundheitsförderung anbietet.⁶⁵⁹ Der Zweck dieser Strategie ist, die Nachfrage besser zu organisieren und eine bessere Verzahnung der Grundversorgung auf den komplexeren Versorgungsebenen herzustellen.⁶⁶⁰

Die ambulante Gesundheitsversorgung wird durch *das Sistema de Informação Ambulatorial – SAI* (Informationssystem der ambulanten Behandlungen)⁶⁶¹ organisiert und kontrolliert. Die Daten hinsichtlich der ambulanten Versorgung werden in das Informationssystem ein-

⁶⁵⁴ *De Matos/Pompeu*, Onde estão os contratos? S. 632. Ca. 78 % der Einrichtungen (Gesundheitszentren), die eine ambulante Versorgung anbieten, sind öffentlich. Dazu *Santos/Ugá/Porto*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2008, S. 1434.

⁶⁵⁵ Die Daten stammen von der Webseite des *Conselho Federal de Medicina* (Bundesärztekammer), Jahr 2018, abrufbar im Internet unter: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27983:2018-11-26-13-05-15&catid=3:portal>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁶⁵⁶ *Giovanella/Porto*, *Gesundheitswesen und Gesundheitspolitik in Brasilien*, S. 25.

⁶⁵⁷ Unter Eingangstor oder „Pfortner“ (engl. *Gatekeeper*) des SUS versteht man hier den Bereich des SUS, mit dem die Patienten den ersten Kontakt haben und der sie in das System leitet.

⁶⁵⁸ Art. 9 der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2012.

⁶⁵⁹ Die Strategie der Gesundheit der Familien wird im Ministerialerlass Nr. 2.488 vom 21.10.2011 (DOU vom 22.10.2011) geregelt.

⁶⁶⁰ Zur Entwicklung der Strategie der Gesundheit der Familien siehe *Escorel/Giovanella/Medonça/Senna*, *Panam Salud Publica* 2007, S. 164 ff.; *Garbois/Vargas/Cunha*, *Revista de Saúde Coletiva* 2008, S. 27 ff.; *Morosini/Fonseca/Lima*, *Saúde em Debate* 2018, S. 11 ff.

⁶⁶¹ Dieses System wurde durch den Ministerialerlass vom 29.06.1990 (DOU vom 02.07.1990) allmählich eingeführt, um die ambulante Behandlung des SUS besser zu organisieren und befindet sich in kontinuierlicher Entwicklung.

getragen und dann bearbeitet. Das SAI stellt standardisierte Daten über die ambulante Versorgung im ganzen Land zur Verfügung.⁶⁶² Angesichts dieser Informationen kann der öffentliche Leistungsträger die Durchführung und Bezahlung kontrollieren sowie die zukünftigen Leistungen planen.⁶⁶³

b. Die stationäre Behandlung

Die stationäre Behandlung des SUS erfolgt in öffentlichen und privaten Einrichtungen. Anders als bei der ambulanten Behandlung überwiegen bei der stationären Behandlung die privaten Einrichtungen,⁶⁶⁴ die durch einen Vertragsabschluss in das SUS einbezogen wurden⁶⁶⁵. Nach den vom Bundesministerium für Gesundheit durch Erlass bestimmten Kriterien⁶⁶⁶ ist die Bettendichte in Brasilien (ca. 2,3 Betten pro Mio. Einwohner⁶⁶⁷) ausreichend⁶⁶⁸. Im Vergleich zu Deutschland, das 2015 eine Bettendichte von 6,2 Betten pro Mio. Einwohner hatte, ist sie allerdings niedrig.⁶⁶⁹ Für eine Aufnahme in ein Krankenhaus des SUS ist – mit Ausnahme der Notfalldienste – eine fachärztliche Überweisung und eine vorherige Bewilligung durch die öffentlichen Leistungsträger notwendig.

Die stationäre Behandlung wird durch *das Sistema de Informação Hospitalar do SUS – SIH/SUS* (Informationssystem der stationären Behandlungen) organisiert und kontrolliert.⁶⁷⁰ Wie beim Informationssystem der ambulanten Versorgung werden hier die Daten hinsichtlich der stationären Versorgung in das Informationssystem eingetragen und dann bearbeitet.

⁶⁶² *Ministério da Saúde*, Orientações Técnicas sobre Auditoria na Assistência Ambulatorial e Hospitalar no SUS, S. 18.

⁶⁶³ *Ministério da Saúde*, Manual Técnico Operacional SIA/SUS, S. 6 ff.

⁶⁶⁴ Der privat-stationäre Behandlungssektor entwickelte sich dank der staatlichen Förderung. 69 % der privaten Krankenhäuser stehen in vertraglichen Beziehungen zum SUS. Dazu vgl. *Albuquerque/Piovesan/Santos/Martins/Fonseca/Sasson/Simões*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2008, S. 1426.

⁶⁶⁵ *De Matos/Pompeu*, *Onde estão os contratos?* S. 630.

⁶⁶⁶ Ministerialerlass des Bundesministeriums für Gesundheit Nr. 1.101 vom 12.06.2002, DOU vom 13.06.2002.

⁶⁶⁷ Die Daten stammen von der Webseite des *Conselho Federal de Medicina* (Bundesärztekammer), Jahr 2018, abrufbar im Internet unter: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27722:2018-07-1214-14-20&catid=3:portal>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁶⁶⁸ Dazu *Neto/Malik*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2007, S. 828.

⁶⁶⁹ Die Daten sind von 2017 und stammen von der Webseite der Gesundheitsberichterstattung des Bundes, abrufbar im Internet unter: <http://www.gbebund.de/oowa921ninstall/servlet/oowa/aw92/dboowasys921.xwdevkit/xwd_init?gbe.isgbetol/xs_start_neu/&p_aid=i&p_aid=60395568&nummer=839&p_sprache=D&p_inds p=99999999&p_aid=55500980>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁶⁷⁰ Dieses System wurde durch den Ministerialerlass vom 29.06.1990 (DOU vom 02.07.1990) allmählich eingeführt, um die stationäre Behandlung des SUS besser zu organisieren und befindet sich in kontinuierlicher Entwicklung.

Mithilfe dieses Systems können die Leistungsträger die Patienten identifizieren sowie Einblick in die jeweilige Diagnostik, Behandlung, Untersuchung und Kosten erhalten.⁶⁷¹ Dieses System ist ein wichtiges Instrument der Leistungsträger. Die Informationen über Diagnosen sowie demographische und geographische Daten können auch für statistische Erhebungen verwendet werden.⁶⁷²

Zwar gewährleistet die BBV/88 theoretisch einen unbeschränkten Zugang zum SUS, doch die aktuellen gesundheitlichen Einrichtungen sind faktisch nicht ausreichend, um die Leistungen nach Bedarf zu erbringen. Für die meisten Behandlungen gibt es Wartelisten; zudem variiert die Struktur der Gesundheitsversorgung stark in den verschiedenen Regionen Brasiliens. Diese Diskrepanzen zwischen den regionalen Angeboten der Gesundheitsdienste stellen ein Hindernis für die Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung dar.⁶⁷³

3. Die im SUS integrierten privaten Leistungserbringer

Seit Beginn der Organisation der Sozialversicherung in Brasilien spielen die privaten Leistungserbringer eine wichtige Rolle. Sie waren nicht nur in den Renten- und Pensionskassen (CAP) und in den Renten- und Pensionsinstituten (IAP), sondern auch im Nationalen Institut für Gesundheitsversorgung und Sozialversicherung (INAMPS) sehr aktiv.⁶⁷⁴ Obwohl der Staat nach der Einführung des SUS die Verantwortung für die Gewährleistung des Rechts auf Gesundheit übernommen hat, kommt die Gesundheitsversorgung weiterhin nicht ohne die Teilnahme der privaten Leistungserbringer aus. Wenn die öffentlichen Leistungserbringer eines Gebiets den Bedarf der Bürger an gesundheitlichen Leistungen nicht mehr erfüllen können, weil zu wenig öffentliche Angebote bestehen, und wenn eine Erweiterung der öffentlichen Einrichtungen unmöglich ist, kann der öffentliche Leistungsträger öffentlich-rechtliche Verträge⁶⁷⁵ mit privaten Leistungserbringern abschließen.⁶⁷⁶ In diesem Sinne funktioniert die private Leistungserbringung als eine ergänzende Gesundheitsdienstleistung

⁶⁷¹ Dazu *Ministério da Saúde*, Orientações Técnicas sobre Auditoria na Assistência Ambulatorial e Hospitalar no SUS, S. 11.

⁶⁷² Vgl. *Bittencourt/Camacho/Leal*, Cadernos de Saúde Pública 2006, S. 19.

⁶⁷³ Vgl. *Lucchese*, Ciência & Saúde Coletiva 2003, S. 440.

⁶⁷⁴ Als das INAMPS zuständig für die Gesundheitsversorgung der Versicherten des Nationalen Instituts für Sozialversicherung war, war die Anzahl der Vertragsabschlüsse mit den privaten Leistungserbringern so umfangreich, dass der private Sektor ein bedeutsames Wachstum erfuhr. Dazu vgl. *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 218; *Menicucci*, Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil, S. 83.

⁶⁷⁵ Eine detaillierte Darstellung der öffentlich-rechtlichen Verträge in diesem Zusammenhang wird im 2. Kap. vorgenommen.

⁶⁷⁶ Art. 24 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

für das SUS und wird als *Saúde Complementar* (ergänzende Gesundheitsversorgung) bezeichnet. Deshalb wird das SUS nicht nur von öffentlichen Einrichtungen (öffentliche Leistungsträger), sondern auch von einem Netzwerk von privaten Leistungserbringern gebildet. Die Teilnahme des privaten Sektors am Gesundheitswesen ist durch verfassungsrechtliche und gesetzliche Normen gewährleistet.⁶⁷⁷ Die privaten Leistungserbringer können in das SUS integriert werden, müssen sich aber in diesem Fall nach den Normen und Prinzipien des SUS richten.⁶⁷⁸

Die im SUS integrierten privaten Leistungserbringer setzen sich nicht nur aus selbstständigen Ärzten, Zahnärzten, Therapeuten und anderen Angehörigen von Gesundheitsfachberufen zusammen, sondern auch aus privatrechtlichen Rechtspersonen, etwa Praxen, Kliniken, Laboren und Krankenhäusern, die Verträge mit den öffentlichen Leistungsträgern schließen. Es gibt keine Organisation, welche die Gesamtheit der privaten Leistungserbringer in dieser Rechtsbeziehung mit den öffentlichen Leistungsträgern vertritt. Es gibt jedoch verschiedene Organisationen der Ärzteschaft in Brasilien, wie die *Conselho Federal e Conselhos Regionais de Medicina* (Bundes-ärztekammer und regionale Ärztekammern) sowie die *Associações Médicas Brasileiras* (Brasilianische Ärztevereinigungen) und den *Federação Nacional dos Médicos* (Bundesverband der Ärzte). Diese Einrichtungen sind Selbstverwaltungsorganisationen der Ärzte als Freiberufler und wurden auf Bundes- und Landesebene gebildet. Die Ärztekammern sind juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Verwaltungs- und Finanzierungsautonomie.⁶⁷⁹ Die regionalen Ärztekammern sind zuständig für das Arztregister,⁶⁸⁰ die Zulassung⁶⁸¹ und für die Kontrolle der Ausübung des Arztberufs.⁶⁸² In jedem Land besteht eine Ärztekammer, die Disziplinarbefugnis gegenüber ihren Mitgliedern besitzt.⁶⁸³ Die brasilianischen Ärztevereinigungen sind juristische Personen des privaten Rechts⁶⁸⁴ zur Interessenvertretung ihrer Mitglieder.⁶⁸⁵ Es gibt bei den Ärztevereinigungen keine Pflichtmitgliedschaft. Schließlich ist der Bundesverband der Ärzte zu nennen, der

⁶⁷⁷ Art. 198 BBV/88 und 21 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁶⁷⁸ Art. 199 § 1 BBV/88 und Art. 22 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁶⁷⁹ Art. 1 des Gesetzes Nr. 3.268 vom 30.09.57, DOU vom 01.10.1957.

⁶⁸⁰ Art. 15b des Gesetzes Nr. 3.268 vom 30.09.1957.

⁶⁸¹ Art. 15a des Gesetzes Nr. 3.268 vom 30.09.1957.

⁶⁸² Art. 2 und 15c des Gesetzes Nr. 3.268 vom 30.09.1957.

⁶⁸³ Art. 15d des Gesetzes Nr. 3.268 vom 30.09.57.

⁶⁸⁴ Art. 1 der Satzung der brasilianischen Ärztevereinigung, abrufbar im Internet unter: <https://amb.org.br/_arquivos/_downloads/ESTATUTO_FINAL_2016.pdf>, zuletzt besucht am 18.01.2019.

⁶⁸⁵ Art. 2 der Satzung der brasilianischen Ärztevereinigung.

die Gewerkschaft der Ärzteschaft ist⁶⁸⁶ und als solche die beruflichen Interessen der Ärzte vertritt.⁶⁸⁷

In Bezug auf die Leistungserbringung des stationären Sektors sind die privaten Leistungserbringer in der *Federação Brasileira de Hospitais* (Brasilianische Bundesvereinigung von Krankenhäusern) organisiert. Diese Bundesvereinigung ist eine juristische Person des privaten Rechts⁶⁸⁸ und verfolgt das Ziel, das Interesse der privaten Krankenhäuser zu vertreten.⁶⁸⁹

Die Verträge, die mit den privaten Leistungserbringern abgeschlossen werden sollen, sollen sich nach der Nachfrage des SUS (Bedarfsplanung) richten. Dennoch gibt es Fälle von angebotsinduzierten Nachfragen,⁶⁹⁰ in denen nicht der Bedarf, sondern das Interesse der privaten Leistungserbringer umgesetzt wird.

Verträge mit den privaten Leistungserbringern abzuschließen, liegt in der Verantwortung der Gemeinden, die vor allem die Primärversorgung gewährleisten müssen.⁶⁹¹ Der Bund und die Länder schließen mit den privaten Leistungserbringern Verträge in Bezug auf die komplexe Versorgung. Durch die privaten Leistungserbringer handeln die öffentlichen Leistungsträger mittelbar, und sie sind dennoch mitverantwortlich für einen möglichen Schaden, der von den privaten Leistungserbringern bei der Erfüllung der vertraglichen Pflicht an den Nutzern des SUS verursacht wird.⁶⁹² Das Schuldverhältnis ist öffentlicher Natur, weil die privaten Leistungserbringer im Namen der öffentlichen Leistungsträger handeln.⁶⁹³

4. Die Finanzierungsgrundlagen des SUS

Die Beteiligung des Staates an der Finanzierung des Gesundheitssystems ist für jedes Gesundheitsmodell wichtig, aber für ein *State Healthcare System* (Beveridge-Modell) wie das

⁶⁸⁶ Art. 1 der Satzung des Bundesverbandes der Ärzte. Abrufbar im Internet unter: <http://public.fenam2.org.br/img/geral/fenam/docs/estatuto_fenam_.pdf.pdf>, zuletzt besucht am 18.01.2019.

⁶⁸⁷ Art. 2 der Satzung des Bundesverbandes der Ärzte.

⁶⁸⁸ Art. 1 der Satzung der brasilianischen Bundesvereinigung der Krankenhäuser, abrufbar im Internet unter: <<http://fbh.com.br/sobre/estatuto/>>, zuletzt besucht am 18.01.2019.

⁶⁸⁹ Art. 1 der Satzung der brasilianischen Bundesvereinigung der Krankenhäuser.

⁶⁹⁰ Unter induzierter Nachfrage versteht man hier, wenn die Anwesenheit vieler Ärzte und eine gute Struktur von Dienstleistungen bzw. viele Diagnosegeräte zu mehr Inanspruchnahme von Leistungen führen, vgl. *Travassos/de Castro*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 225 f.

⁶⁹¹ Art. 18 X-XI des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

⁶⁹² Art. 37 § 6 BBV/88 und Art. 43 do *Código Civil Brasileiro* (Brasilianisches bürgerliches Gesetzbuch). Vgl. *De Carvalho/Santos*, *Sistema Único de Saúde*, S. 196 f.

⁶⁹³ Vgl. *Bandeira de Mello*, *Curso de Direito Administrativo*, S. 1030.

SUS, ist sie essenziell. Gemäß Art. 198 § 1 BBV/88 wird das SUS durch den Haushalt des Bundes, der Länder und der Gemeinden finanziert.

Da das SUS Teil des sozialen Sicherungssystems ist, welches die Gesundheitsversorgung, die Sozialversicherung und die Sozialhilfe umfasst,⁶⁹⁴ wird es gemäß Art. 195 BBV/88 durch Steuern und soziale Beiträge finanziert.⁶⁹⁵ Einerseits gibt es Einnahmen, die an einen bestimmten Zweck gekoppelt sind, wie die sozialen Beiträge der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber zur Sozialversicherung (Renten- und Unfallversicherung). Andererseits gibt es Einnahmen, wie die *Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins* (sozialer Beitrag zur Finanzierung der sozialen Sicherung) und die *Contribuição Social sobre o Lucro Líquido* (sozialer Beitrag berechnet nach Nettogewinnen und Erlösen), der für keine spezifische Säule, sondern für das gesamte soziale Sicherungssystem bestimmt ist.⁶⁹⁶ Ein Teil des Budgets des sozialen Sicherungssystems (ca. 30 %⁶⁹⁷) ist für die Finanzierung der Gesundheitsversorgung vorgesehen.

Während die Gesundheitsversorgung vor der BBV/88 eine Leistung der Sozialversicherung war und vor allem durch soziale Beiträge finanziert wurde, verfügte sie mit der Einrichtung des SUS und der Trennung von Gesundheitsversorgung und Sozialversicherung über keine einheitliche Finanzierungsquelle mehr.⁶⁹⁸ Seitdem werden die Kosten der Gesundheitsversorgung durch die allgemeinen Haushaltsmittel gedeckt.⁶⁹⁹ Da für das SUS kein bestimmter Prozentsatz der öffentlichen Einnahmen festgelegt ist, kann die Regierung andere Bereiche wie das Wirtschaftswachstum zu Lasten der öffentlichen Gesundheitsversorgung favorisieren.

⁶⁹⁴ Zum brasilianischen Sicherungssystem siehe Fn. 442.

⁶⁹⁵ Art. 195 BBV/88 regelt die Finanzierung des sozialen Sicherungssystems und bestimmt, dass die ganze Gesellschaft zusammen mit dem Bund, den Ländern und den Gemeinden verantwortlich für die Finanzierung ist.

⁶⁹⁶ Der soziale Beitrag zur Finanzierung der sozialen Sicherung und der soziale Beitrag berechnet nach den Nettogewinnen und Erlösen werden von den Unternehmen gezahlt.

⁶⁹⁷ Dieser Prozentsatz war zunächst im Ausführungsgesetz der BBV/88 festgelegt, wurde jedoch im Jahr 2000 aufgehoben. Vgl. *Ugá/Porto*, in: Giovanella/ Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 485.

⁶⁹⁸ Von 1996 bis 2007 gab es in Brasilien eine Sonderabgabe für das Gesundheitswesen aus der *Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF* (Gebühr auf alle Finanz- und Banktransaktionen). Diese Gebühr wurde durch das Gesetz Nr. 9.311 vom 24.10.1996 (DOU vom 25.10.1996) eingeführt und bestimmte, dass die Einzahlung, die Überweisung und die Ausstellung von Werten steuerpflichtig waren (0,2 %).

⁶⁹⁹ Vgl. *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 259. Zum Verhältnis zwischen der Finanzierung der Sozialversicherung und dem SUS siehe *Marques/Mendes*, *Saúde e Sociedade* 2005, S. 42 ff.

Bei einem staatlichen Gesundheitssystem sollten bei den Ausgaben für die Gesundheit die öffentlichen Mittel eigentlich überwiegen. Die öffentlichen Ausgaben für die Gesundheit sind in Brasilien jedoch vergleichsweise niedrig.⁷⁰⁰ Die Kosten für Gesundheit, die sich in staatliche und private gliedern, betragen in Brasilien im Berichtsjahr 2015 8,9 % des Bruttoinlandsproduktes.⁷⁰¹ Nur 3,8 %, also weniger als die Hälfte der Gesamtausgaben für die Gesundheit wurden aus staatlichen Mitteln finanziert.⁷⁰² Im Vergleich dazu betragen die Staatsausgaben für das Gesundheitswesen (*domestic general government health expenditure*) in Deutschland 9,4 % des Bruttoinlandsproduktes, obwohl hier kein Modell eines staatlichen Gesundheitssystems vorliegt.⁷⁰³ Im Vereinigten Königreich, dessen System Inspirationsquelle für das SUS war, beträgt der Prozentsatz 7,9 %.⁷⁰⁴

Um die Finanzierung des SUS zu stärken, koppelte die Verfassungsänderung Nr. 29 vom 13.09.2000⁷⁰⁵ die Entwicklung der Ausgaben des Bundesministeriums für Gesundheit für das Gesundheitswesen an das Wirtschaftswachstum, etwa das Bruttoinlandsprodukt. Die Festlegung eines Prozentsatzes des Bundeshaushaltes für Gesundheitsausgaben ist jedoch bis heute nicht gelungen. Die Teilnahme des Bundes an der Finanzierung des SUS und die Verteilung der Bundesmittel haben jedoch eine wichtige Bedeutung für die Entwicklung der Gesundheitsversorgung. Durch die Kostenverteilung zwischen Bund und Ländern ist es möglich, die großen Unterschiede zwischen den brasilianischen Regionen in Bezug auf die Gesundheitsleistungen auszugleichen.⁷⁰⁶

⁷⁰⁰ Vgl. *Ugá/Porto*, in: Giovannella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 483.

⁷⁰¹ Die Daten stammen von der Webseite der World Health Organization. Global Health Observatory Data Repository, Jahr 2015, abrufbar im Internet unter: <<http://apps.who.int/gho/data/node.main.GHEDCHE GDP-SHA2011?lang=en>>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁷⁰² Die Daten stammen von der Webseite World Health Organization, Global Health Observatory Data Repository, Jahr 2015, abrufbar im Internet unter: <<http://apps.who.int/gho/data/node.main.GHEDGGHED GDP-SHA2011?lang=en>>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁷⁰³ Die Daten stammen von der Webseite World Health Organization, Global Health Observatory Data Repository, Jahr 2015, abrufbar im Internet unter: <<http://apps.who.int/gho/data/node.main.GHEDGGHED GDP-SHA2011?lang=en>>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁷⁰⁴ Die Daten stammen von der Webseite World Health Organization, Global Health Observatory Data Repository, Jahr 2015, abrufbar im Internet unter: <<http://apps.who.int/gho/data/node.main.GHEDGGHED GDP-SHA2011?lang=en>>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁷⁰⁵ Die Verfassungsänderung Nr. 29 vom 13.09.2000 ist abrufbar im Internet unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁷⁰⁶ 2016 wurde durch die Verfassungsänderung Nr. 95 vom 15.12.2006 (DOU vom 16.12.2016) das Wachstum der Staatsausgaben für die soziale Sicherung 20 Jahre lang abgebremst. Diese Norm wirkte sich sehr negativ

a. Die Beteiligung der drei Regierungsebenen

Der Bund behält mehr als die Hälfte der gesamten Steuereinnahmen ein und verteilt den Rest auf Länder und Gemeinden. Dennoch entfielen 2013 ca. 42,53 % der Ausgaben für die Gesundheitsversorgung auf den Bund und 57,07 % auf die Länder und Gemeinden.⁷⁰⁷ Aufgrund der Dezentralisierung der Leistungserbringung tragen den größten Teil der Personalkosten Länder und Gemeinden. Daher müsste eigentlich mehr Geld aus dem Bundeshaushalt in die Finanzierung der Gesundheitsversorgung fließen.

Seit der Verfassungsänderung Nr. 29 vom 13.09.2000 müssen Länder und Gemeinden mehr Geld in das Gesundheitswesen investieren, weil diese verfassungsrechtliche Norm einen minimalen Prozentsatz des Haushalts festlegte, den Länder und Gemeinden für die Gesundheitsversorgung ausgeben müssen. Die Gemeinden sind verpflichtet, über die Bundestransfers hinaus mindestens 15 % ihres Haushalts für die Gesundheitsversorgung aufzuwenden, die Länder sind zur Aufwendung von 12 % verpflichtet. Die Verfassungsänderung Nr. 29 wurde erst 2012 durch das Ausführungsgesetz Nr. 141 konkretisiert.⁷⁰⁸ Durch dieses Gesetz wurden weitere Kriterien für die Verteilung der Bundesmittel zwischen Ländern und Gemeinden eingeführt⁷⁰⁹. Außerdem wurde definiert, was unter gesundheitlichen Maßnahmen und Diensten zu verstehen ist, um zu verhindern, dass Fremdausgaben unter dem Deckmantel der Gesundheit getätigt werden, und zu gewährleisten, dass die verfassungsrechtlichen Verpflichtungen erfüllt werden.⁷¹⁰ Die Festlegung eines minimalen Prozentsatzes des Bundeshaushalts für die Finanzierung des SUS wurde jedoch bis heute nicht vorgenommen.

Die Kriterien, nach denen die Bundesmittel für die Gesundheitsversorgung zwischen Ländern und Gemeinden verteilt werden sollen, entstanden erst im Laufe der Zeit. Bis Mitte der 1990er Jahre richtete sich die Höhe der Überweisungen nach den erbrachten Leistungen im

auf die Entwicklung des SUS aus, weil sie die finanziellen Ressourcen reduzierte und die Unterfinanzierung des Systems unterstützte, vgl. *Vieira/Benevides*, Nota Técnica Nr. 28 do IPEA 2016, S. 12 ff. Diese wichtige Veränderung in der Finanzierung des sozialen Sicherungssystems steht im Widerspruch zur geltenden Gesundheitspolitik, die auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Normen gebildet wurde. Sie entspricht der Maßnahme einer Regierung, die im Rahmen einer ökonomischen und damit zusammenhängend mit einer verschärften politischen Krise an die Macht kam (siehe dazu 5. Kap. B I). Diese Regierung wurde nicht von der Mehrheit der brasilianischen Bevölkerung als demokratisch legitimiert anerkannt. Dazu vgl. *Gentili*, *Golpe en Brasil*, S. 13 ff.

⁷⁰⁷ *Conselho Nacional de Secretários de Saúde*, O financiamento da Saúde, S. 18.

⁷⁰⁸ Vom 13.01.2012, DOU vom 16.01.2012.

⁷⁰⁹ Art. 19-20 des Ausführungsgesetzes Nr. 141 vom 13.01.2012.

⁷¹⁰ Art. 2 und 3 des Ausführungsgesetzes Nr. 141.

ambulanten und stationären Bereich.⁷¹¹ Dieses Kriterium führte zu erheblichen Ungleichheiten in der Distribution der Einnahmen. Die Länder und die Gemeinden, die eine bessere Struktur hatten, mehr Gesundheitsleistungen anboten und damit einen höheren Bedarf hatten, erhielten mehr Bundesmittel.⁷¹² Die Verteilung der Einnahmen nach diesem Kriterium verstärkte die Rolle der öffentlichen Leistungsträger als bloße Einkäufer von Gesundheitsleistungen,⁷¹³ weil die erbrachten Leistungen lediglich bezahlt wurden, ohne zu hinterfragen, ob andere Gesundheitsleistungen sinnvoller gewesen wären. Auf diese Weise orientierte sich die Leistungserbringung nicht am Bedarf der Bevölkerung, sondern vielmehr an der Instandhaltung der Versorgungsinfrastruktur.

1998 wurde mit der Einführung der *Piso de Atenção Básica – PAB* (grundlegende Werte für die Primärversorgung) ein neues Kriterium für die Überweisung der Bundesmittel nach der Einwohnerzahl der Gemeinden eingerichtet.⁷¹⁴ Die Gesamtsumme, die nach diesem Kriterium überwiesen wird, finanziert die Primärversorgung⁷¹⁵ und ihre Entwicklung. Die grundlegenden Werte für die Primärversorgung als Kriterium für die Überweisung der Bundesmittel entwickelten sich weiter, und es wurde eine jährlich neu festgelegte Kopfpauschale eingeführt.⁷¹⁶ Die Pauschale berechnet sich seitdem nicht mehr nur auf Grundlage der Einwohnerzahl, sondern es werden auch die von den Ländern und Gemeinden durchgeführten Programme miteinbezogen.⁷¹⁷ Außerdem erhalten die Länder und Gemeinden zusätzliche finanzielle Mittel für die Durchführung von Behandlungen und Maßnahmen der so genannten zweiten und dritten Stufe der Gesundheitsversorgung – hier geht es um Maßnahmen zur Gesundheitsüberwachung sowie Maßnahmen zur epidemiologischen Überwachung.⁷¹⁸ Mit

⁷¹¹ *Giovanella/Porto*, Gesundheitswesen und Gesundheitspolitik in Brasilien, S. 17.

⁷¹² Vgl. *Giovanella/Porto*, Gesundheitswesen und Gesundheitspolitik in Brasilien, S. 17.

⁷¹³ Vgl. *Ugá/Porto*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 501.

⁷¹⁴ Die grundlegenden Werte für die Primärversorgung wurden durch den Ministerialerlass Nr. 3.925 vom 13.11.1998 (DOU vom 14.11.1998) festgelegt.

⁷¹⁵ Zur Primärversorgung siehe Fn. 538.

⁷¹⁶ Dazu *Giovanella/Porto*, Gesundheitswesen und Gesundheitspolitik in Brasilien, S. 24.

⁷¹⁷ Vgl. *Ugá/Porto*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 502. Zur Entwicklung der Kopfpauschale zwischen 1995 und 2002 siehe *dos Santos*, in: *Negri/Viana*, O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafios, S. 391 ff.

⁷¹⁸ Zur Gesundheitsüberwachung und epidemiologischen Überwachung siehe Fn. 567 und 568. Die Form der Überweisung der finanziellen Bundesmittel zwischen Ländern und Gemeinden wurde durch die Rechtsverordnung Nr. 3.992 vom 28.12.2017 (DOU vom 29.12.2017) geändert. Es wird seitdem nicht mehr darüber bestimmt, wie die Bundesmittel benutzt werden, d. h., Länder und Gemeinden entscheiden selbst, in welchem Bereich der Versorgung, z. B. Primärversorgung oder Gesundheitsüberwachung, die öffentlichen Ressourcen angewendet werden.

der Entwicklung der Kriterien für die Überweisung der Bundesmittel wird eine gerechtere Verteilung der öffentlichen Ressourcen für die Gesundheit zwischen den verschiedenen brasilianischen Regionen erreicht.⁷¹⁹ Eine gleichmäßige Verteilung der Mittel auf die Regionen bedeutet nicht gleichzeitig eine gerechte Verteilung, denn die Ungleichheit der demografischen, epidemiologischen, sozialen und wirtschaftlichen Profile der Regionen führt zu einem sehr unterschiedlichen Gesundheitsversorgungsbedarf. In den Südosten Brasiliens bspw., wo die Mehrheit der Bevölkerung wohnt, fließt mehr Geld, sodass es dort eine höhere Pro-Kopf-Rate gibt als im Nordosten.⁷²⁰ Trotz der Unterschiede zwischen den Regionen hinsichtlich der Gesundheitsausgaben bleibt die Ressourcenallokation weiterhin ungerecht.⁷²¹

b. Der Gesundheitsfonds

Der Gesundheitsfonds ist ein wichtiger Teil der Finanzierungsstruktur des SUS. Anders als der Gesundheitsfonds in Deutschland, der eine Risikoausgleichsfunktion hat, weist der Gesundheitsfonds in Brasilien eine ausschließliche Verteilungsfunktion auf. Der Haushalt des SUS muss im Bundesgesundheitsfonds abgelegt werden und von dort werden die finanziellen Mittel an die Landesgesundheitsfonds und die Gesundheitsfonds der Gemeinden überwiesen.⁷²² Maßgeblich für die Verteilung der Ressourcen sind Einwohnerzahl, epidemiologisches Profil, Struktur der Leistungserbringung jeder Regierungsebene (Kapazität und Eigenschaft des Dienstleistungsnetzwerkes) sowie der Anteil des Haushaltes der Länder und der Gemeinden an den Ausgaben der Finanzierung des SUS.⁷²³

Der Gesundheitsfonds wurde als eine zentrale Stelle eingerichtet, um die finanziellen Mittel zu bündeln, welche die im abgestimmten Gesundheitsplan⁷²⁴ festgelegten Leistungen finanzieren. Dieser Gesundheitsplan wird von den öffentlichen Leistungsträgern und unter Teilnahme des Gesundheitsrats ausgearbeitet und muss im Einklang mit der Gesundheitspolitik stehen. Um die Finanzmittel des Bundes an die Länder und die Gemeinden weiterzugeben, müssen ein Gesundheitsfonds, ein Gesundheitsrat sowie ein Gesundheitsplan auf Landes-

⁷¹⁹ Vgl. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, Financiamento da Saúde, S. 84.

⁷²⁰ Für eine detailliertere Beschreibung der Verteilung der Ressourcen in den einzelnen Bundesländern siehe *De Souza*, in: Negri/Viana, *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafios*, S. 411 ff.; *Ugá/Piola/Porto/Viana*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2003, S. 425 ff.

⁷²¹ Dazu *Ugá/Piola/Porto/Viana*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2003, S. 436.

⁷²² Art. 3 des Gesetzes Nr. 8.142 vom 28.12.1990 und Verordnung Nr. 1.232 vom 30.08.1994.

⁷²³ Art. 35 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 und Art. 19f des Ausführungsgesetzes Nr. 141 vom 13.01.2012.

⁷²⁴ Auf jeder Regierungsebene soll gemäß Art. 15 III des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 (DOU vom 20.09.1990) ein Jahresgesundheitsplan aufgestellt werden, in dem die Gesundheitsziele bestimmt werden.

und Gemeindeebene eingerichtet werden.⁷²⁵ Geplant war eine globale Überweisung von Ressourcen, die ermöglicht, dass Länder und Gemeinden die vom Gesundheitsrat abgestimmten Gesundheitsleistungen innerhalb ihres Gesundheitsplans finanzieren können. Dieses gesetzliche Ziel einer dezentralisierten Finanzierung der Gesundheitsversorgung wurde jedoch bisher nicht vollständig erreicht.⁷²⁶ In der Praxis überwiegt noch die Bestimmung des brasilianischen Bundesministeriums für Gesundheit in Bezug auf die wesentlichen gesundheitsbezogenen Programme und Maßnahmen.⁷²⁷ Wenn Länder und Gemeinden an diesen Programmen teilnehmen, dann bekommen sie mehr finanzielle Unterstützung. Unter den Kriterien für die Überweisung der Bundesmittel überwiegen die erbrachten Leistungen im ambulanten und stationären Bereich sowie die Einwohnerzahl der Regierungsebene und die Förderung zur Durchführung bestimmter Bundesprogramme.⁷²⁸

Damit das SUS seine verfassungsrechtliche Aufgabe besser durchsetzen kann und eine effektive Gesundheitsversorgung gewährleistet wird, wären nicht nur eine Steigerung der finanziellen Ressourcen, sondern auch eine effektive Dezentralisierung der Finanzierung notwendig.⁷²⁹ Das würde mehr Spielraum für den öffentlichen Leistungsträger bei den Ausgaben für die Gesundheitsversorgung bedeuten, sodass besser auf den Bedarf der Bevölkerung jeder Regierungsebene sowie auf das Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen eingegangen werden könnte.⁷³⁰

Durch die jüngste Rechtsverordnung Nr. 3.992⁷³¹ besitzen Länder und Gemeinden mehr Autonomie für die Anwendung der Bundesmittel. Diese Maßnahme steht im Einklang mit dem Dezentralisierungsprozess der Versorgung, weil Länder und Gemeinden nun selbst entscheiden können, wie sie die vom Bund übertragenen öffentlichen Ressourcen einsetzen, um den regionalen Bedarf an Gesundheitsversorgung zu decken. Beachtet man den politischen Kontext, nämlich, dass diese Erlaubnis vom Bundesministerium für Gesundheit kam, als die Wahl des Chefs der Exekutive auf Bundes- und Landesebene (Präsident der Republik und Gouverneure) bevorstand, darf man jedoch annehmen, dass das wahre Motiv für diese Autonomie darin bestand, dass Geld für den Wahlkampf zur Verfügung gestellt werden sollte.

⁷²⁵ Art. 4 des Gesetzes Nr. 8.142 vom 28.12.1990.

⁷²⁶ Dazu vgl. *Ugá/Piola/Porto/Viana*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2003, S. 424 f.

⁷²⁷ Vgl. *Conselho Nacional de Secretários de Saúde*, *Financiamento da Saúde*, S. 139 f.

⁷²⁸ Vgl. *Ugá/Piola/Porto/Viana*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2003, S. 422 f.

⁷²⁹ *Ugá/Porto*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*, S. 503.

⁷³⁰ Vgl. *Ugá/Porto*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 503.

⁷³¹ Vom 28.12.2017, DOU vom 29.12.2017.

III. Die privaten Leistungserbringer

Die privaten Leistungserbringer, die im Folgenden beschrieben werden, sind diejenigen, die prinzipiell nicht in das SUS integriert sind. Sie bilden die so genannte *Saúde Suplementar* (zusätzliche Gesundheitsversorgung).⁷³² Dieser Terminus ist nicht präzise und kann die falsche Vorstellung hervorrufen, dass die private Gesundheitsversorgung zusätzliche medizinische Leistungen anbietet, die das SUS nicht zur Verfügung stellt. Dies ist jedoch nichtzutreffend, weil das SUS aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verpflichtet ist, alle präventiven, kurativen und rehabilitierenden Behandlungen anzubieten.⁷³³ Was in Brasilien tatsächlich entstanden ist, ist ein paralleler Privatmarkt von Gesundheitsversorgung und privaten Krankenversicherungen, die verantwortlich für die Deckung von circa 24,3 % der Bevölkerung sind.⁷³⁴

Die privaten Leistungserbringer sind Ärzte, Unternehmen und Ärztegenossenschaften, die verschiedene Arten von privater Gesundheitsversorgung oder ihre Kostendeckung anbieten. Diese privaten Leistungserbringer lassen sich vor allem in fünf verschiedene Gruppen einteilen, nämlich *Medicina Privada* (Privater Gesundheitsdienstleister), *Serviço Médico de Autogestão* (Selbstverwaltung der Gesundheitsversorgung), *Medicina de Grupo* (Zusammenschluss von Gesundheitsdienstleistern), *Cooperativas Médicas* (Ärztegenossenschaften) und *Seguros Privados* (Private Krankenversicherungen). Im Folgenden werden diese kurz dargestellt.

Private Gesundheitsdienstleister sind Ärzte, die in eigenen Praxen oder in privaten Krankenhäusern tätig sind. Sie sind unmittelbar verantwortlich für die Gesundheitsversorgung und werden durch einen Dienstleistungsvertrag direkt und individuell von den Patienten bezahlt (*out of pocket*). Anders als in Deutschland, wo es eine Gebührenordnung für Ärzte⁷³⁵ gibt,

⁷³² Die Differenzierung der privaten Leistungserbringung in *Saúde Complementar* (in das SUS integriert) und *Saúde Suplementar* (nicht in das SUS integriert) ist rein theoretisch, weil bspw. ein privates Krankenhaus gleichzeitig Behandlung für private Patienten und für nicht private Patienten (Nutzer des SUS) anbieten kann. Dazu vgl. Santos/Ugá/Porto, *Ciência & Saúde Coletiva* 2008, S. 1438; Santos, *O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro*, S. 101 ff.

⁷³³ Art. 198 II BBV/88 und Art. 2 § 1 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.90, DOU vom 20.09.90.

⁷³⁴ Die Daten stammen von der Webseite der *Agência Nacional de Saúde Suplementar* (Bundesagentur für private Gesundheitsversorgung), Jahr 2018, abrufbar im Internet unter: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>, zuletzt besucht am 15.01.2019. Ausführlich zur zusätzlichen Gesundheitsversorgung siehe Bahia/Scheffer, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 526 ff.; Moreira, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 2015, S. 257 ff.

⁷³⁵ Die Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 12.11.1982 (BGBl. I, S. 1522), zuletzt geändert durch die Vierte Änderungsverordnung vom 23.12.1995, BGBl. I, S. 1861 ff.

in der die Vergütungen für die beruflichen Leistungen der Ärzte geregelt wird, ist die Vergütung in Brasilien frei von jeglicher staatlichen Regulierung. Die privaten Kosten für die Gesundheitsversorgung können dennoch von der Einkommenssteuer abgezogen werden.⁷³⁶ Die privaten Gesundheitsdienstleister sind insbesondere im Bereich Zahnmedizin von großer Bedeutung.⁷³⁷

Selbstverwaltungen der Gesundheitsversorgung entstanden in den 1940er und 1950er Jahren im Zuge der Industrialisierung in Form eines in den Betrieb integrierten Gesundheitsdiensts als Angebot vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer.⁷³⁸ Diese Gesundheitsversorgung wurde in den wichtigsten wirtschaftlichen Branchen zur Verbesserung des Arbeitsverhältnisses angeboten. Außerdem wurde dieser betriebliche Gesundheitsdienst durch Vereinbarungen zwischen den Renten- und Pensionsinstituten (IAP)⁷³⁹ und den Arbeitgebern stark gefördert.⁷⁴⁰ Da die IAP verantwortlich für die Gesundheitsversorgung der Versicherten waren, schlossen sie Vereinbarungen mit den Arbeitgebern ab, die einen betrieblichen Gesundheitsdienst für ihre Arbeitnehmer anboten. Die Arbeitgeber erhielten infolgedessen finanzielle Anreize und Steuervergünstigungen vom Staat.⁷⁴¹ Die vertragliche Beziehung der privaten Leistungserbringer mit den öffentlichen Leistungsträgern der sozialen Sicherung, die sich zu diesem Zeitpunkt bereits verstärkt hatte, entwickelte sich weiter.⁷⁴² Seit den 1960er Jahren war es aufgrund der Entwicklung der Unternehmer des Gesundheitswesens vorteilhafter für die Arbeitgeber, Verträge mit diesen Unternehmen abzuschließen, als selbst einen betrieblichen Gesundheitsdienst zu organisieren.⁷⁴³ Seitdem wird die vom Arbeitgeber angebotene Gesundheitsversorgung fast nur noch indirekt durch Vertragsabschluss mit privaten Leistungserbringern realisiert. Die Arbeitgeber oder sogar Gewerkschaften verwalten selbst ein akkreditiertes Netzwerk von Ärzten, Praxen und Krankenhäusern.⁷⁴⁴ Die 1960er und 1970er Jahre

⁷³⁶ Art. 8 II a des Gesetzes Nr. 9.250 über die Einkommenssteuer vom 26.12.1995, DOU vom 27.12.1995.

⁷³⁷ Dazu *Menicucci*, Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil, S. 110.

⁷³⁸ *Bahia*, Ciência & Saúde Coletiva 2001, S. 331.

⁷³⁹ Zu Renten- und Pensionsinstituten siehe I. Kap. B I 1.

⁷⁴⁰ Vgl. *Menicucci*, Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil, S. 117.

⁷⁴¹ Dazu vgl. *Menicucci*, Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil, S. 122; *Bahia/Scheffer*, in: Giovanela/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 526.

⁷⁴² Vgl. *Menicucci*, Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil, S. 99.

⁷⁴³ Vgl. *Bahia*, Ciência & Saúde Coletiva 2001, S. 331.

⁷⁴⁴ Dazu *Bahia*, Ciência & Saúde Coletiva, S. 335; *Menicucci*, Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil, S. 116.

waren von den vielen Vertragsabschlüssen zwischen privaten Unternehmen der Gesundheitsbranche und dem Staat geprägt.⁷⁴⁵ Da die Ärzte ebenfalls Angestellte der Unternehmen waren, standen sie gelegentlich unter dem Druck, die Interessen ihrer Arbeitgeber zu vertreten. Aus diesem Grund begannen die Gewerkschaften der Arbeitnehmer die betrieblichen Gesundheitsdienste kritisch zu sehen, da sie als eine Art Kontrolle der Arbeitskräfte funktionieren konnten.⁷⁴⁶ Diese Art privater Gesundheitsversorgung wird nicht vermarktet, weil sie im Rahmen eines Arbeitsvertrags realisiert wird.⁷⁴⁷

Unter einem Zusammenschluss von Gesundheitsdienstleistern versteht man Dienstleister, die in Form von Unternehmen tätig sind und Gesundheitsversorgung durch einen Versicherungsvertrag vermarkten.⁷⁴⁸ Diese Unternehmen, die zum großen Teil Besitzer von Krankenhäusern sind, schließen Verträge mit einem Netzwerk von privaten Leistungsanbietern, um verschiedene Leistungskataloge im Rahmen einer Gesundheitsversorgung anbieten zu können. Zu den unterschiedlichen Tätigkeiten, die von diesen Unternehmen realisiert werden, zählen die Vermarktung von medizinischen Produkten und Geräten sowie Luft- und Landtransportleistungen.⁷⁴⁹ Diese Unternehmen machen ca. 36 % der Gruppe von privaten Leistungserbringern aus.⁷⁵⁰

Die Ärztegenossenschaft ist vor allem ein Ergebnis der Unzufriedenheit der Ärzteschaft in den 1960er Jahren mit den Arbeitsbedingungen, die vom Zusammenschluss der Gesundheitsdienstleister aufgezwungen wurden.⁷⁵¹ Da die Ärzte nicht mit den gewinnorientierten Prinzipien der Unternehmen der Gesundheitsbranche einverstanden waren, schlossen sie

⁷⁴⁵ *Bahia*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2001, S. 332.

⁷⁴⁶ Beispiel dafür ist die Kontrolle der Abwesenheitsquote. Dazu siehe *Oliveira/Teixeira*, (Im)Previdência Social, S. 223 f.; *Menicucci*, *Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil*, S. 116.

⁷⁴⁷ *Bahia/Scheffer*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 532.

⁷⁴⁸ *Bahia/Scheffer*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 529.

⁷⁴⁹ Vgl. *Bahia/Scheffer*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 529.

⁷⁵⁰ Die Daten stammen von der Webseite der *Agência Nacional de Saúde Suplementar* (Bundesagentur für private Leistungserbringung), Jahr 2018, abrufbar im Internet unter: <http://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet_03a.def>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁷⁵¹ Dazu *Menicucci*, *Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil*, S. 99; *Bahia/Scheffer*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 529.

sich in einer Organisation zusammen, die mehr Unabhängigkeit des Arztes in seiner Berufsausübung anstrebe.⁷⁵² Die Ärztegenossenschaft wurde mit dem Gesetz Nr. 5.764⁷⁵³ eingerichtet und bietet auch verschiedene Gesundheitsversorgungspläne an. Im Gegenteil zum Zusammenschluss von Gesundheitsdienstleistern boten die Ärztegenossenschaften bis zu den 1980er Jahren mehr individuelle als kollektive Verträge an.⁷⁵⁴ In den 1980er Jahren verwandelten sich die Ärztegenossenschaften in echte Unternehmen und begannen mit dem Zusammenschluss von Gesundheitsdienstleistern um Empfänger von Gesundheitsversorgungsplänen zu konkurrieren.⁷⁵⁵ Sie entsprechen heute ca. 39,52 % der Gruppe von privaten Leistungserbringern.⁷⁵⁶

Schließlich gehören zu der Gruppe von privaten Leistungserbringern die privaten Krankenversicherungen, die von nationalen und internationalen Unternehmen⁷⁵⁷ angeboten werden.⁷⁵⁸ Die privaten Krankenversicherungen entschädigen den Versicherten im Krankheitsfall.⁷⁵⁹ Sie entsprechen ca. 1,31 % der Gruppe von privaten Leistungserbringern⁷⁶⁰ und können auch Gesundheitsleistungen durch Dritte anbieten, z. B. in einem Gesundheitsversorgungsplan.⁷⁶¹ Die private Krankenversicherung war schon in der Rechtsverordnung

⁷⁵² Vgl. *Menicucci*, Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil, S. 118; *Bahia/Scheffer*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 529.

⁷⁵³ Vom 16.12.1971, DOU vom 16.12.1971.

⁷⁵⁴ Vgl. *Menicucci*, Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil, S. 118.

⁷⁵⁵ *Bahia/Scheffer*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 530.

⁷⁵⁶ Die Daten stammen von der Webseite der *Agência Nacional de Saúde Suplementar* (Bundesagentur für private Leistungserbringung), Jahr 2018, abrufbar im Internet unter: <http://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet_03a.def>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁷⁵⁷ Gemäß Art. 199 § 3 BBV/88 ist die Teilnahme ausländischer Unternehmen an der brasilianischen Gesundheitsversorgung außer im Falle einer gesetzlichen Erlaubnis verboten. 2015 wurde jedoch durch das Gesetz Nr. 13.097 vom 19.01.2015 (DOU vom 20.01.2015) eine solche Erlaubnis erteilt.

⁷⁵⁸ *Bahia/Scheffer*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 534.

⁷⁵⁹ *De Carvalho/Santos*, Sistema Único de Saúde, S. 26.

⁷⁶⁰ Die Daten stammen von der Webseite der *Agência Nacional de Saúde Suplementar* (Bundesagentur für private Leistungserbringung), Jahr 2018, abrufbar im Internet unter: <http://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet_03a.def>, zuletzt besucht am 12.06.2018.

⁷⁶¹ Vgl. *Bahia/Scheffer*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 533.

Nr. 73⁷⁶² geregelt, aber in den 1990er Jahren entwickelte sich diese Branche weiter. Sie ist allerdings in Brasilien nicht weit verbreitet.⁷⁶³

Die von den dargestellten privaten Leistungserbringern erbrachte Gesundheitsversorgung wird in einem unbefristeten Vertrag, dem so genannten *Plano de Saúde* (Gesundheitsversorgungsplan), beschrieben und geregelt.⁷⁶⁴ Sie wird durch eine im Voraus bezahlte Gebühr oder eine nachträgliche Abrechnung der Verbraucher finanziert.⁷⁶⁵ Der Vertrag kann individuell mit Einzelpersonen, kollektiv durch die Arbeiterorganisationen oder über die Arbeitgeber abgeschlossen werden. Der Gesundheitsversorgungsplan, der über die Arbeitgeber abgeschlossen wird, ist vom Arbeitsvertrag abhängig und endet gleichzeitig mit dem Arbeitsverhältnis. Der mit Einzelpersonen abgeschlossene Gesundheitsversorgungsplan basiert auf der Vertragsautonomie und wird als Verbrauchervertrag bezeichnet, der mit dem *Código de Defesa do Consumidor* (Gesetz zum Schutz des Verbrauchers)⁷⁶⁶ im Einklang stehen muss. Viele öffentliche Einrichtungen bieten finanzielle Unterstützung für ihre Beamten beim Abschluss eines Gesundheitsversorgungsplans. Diese Maßnahme bedeutet nicht nur eine Förderung der privaten Leistungserbringer durch öffentliche Mittel, sondern auch ein verfassungsrechtliches Paradox, weil sie letztlich das bestehende öffentliche Gesundheitssystem mit unbeschränktem Zugang missachtet.

Die Erbringung von Gesundheitsleistungen durch private Leistungserbringer wird vom Staat seit 1988 kontrolliert.⁷⁶⁷ Die Regulierung der privaten Leistungserbringung entwickelte sich durch die Einrichtung der *Agência Nacional de Saúde Complementar* (Bundesagentur für private Leistungserbringung) im Jahr 2000 weiter.⁷⁶⁸ Diese Bundesagentur normierte die Rahmenbedingungen des Gesundheitsversorgungsplans, die Kriterien für die Qualitätssicherung der Gesundheitsversorgung sowie die Voraussetzungen für die Betriebsgenehmigung der privaten Leistungserbringer.⁷⁶⁹ Da unterschiedliche Leistungskataloge für die Gesundheitsversorgung angeboten werden können, ist es für die öffentliche Kontrolle

⁷⁶² Vom 21.11.1966, DOU vom 22.11.1966.

⁷⁶³ *Menicucci*, Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil, S. 119.

⁷⁶⁴ Art. 1 I des Gesetzes Nr. 9.656 vom 03.06.1998 (DOU vom 04.06.1998), das die privaten Gesundheitsversorgungspläne regelt.

⁷⁶⁵ Art. 1 I des Gesetzes Nr. 9.656 vom 03.06.1998.

⁷⁶⁶ Gesetz Nr. 8.078 vom 11.10.1990, DOU vom 12.09.1990.

⁷⁶⁷ Der gesetzliche Rahmen der Regulierung der privaten Leistungserbringung ist das Gesetz Nr. 9.656 vom 03.06.1998, DOU vom 04.06.1998.

⁷⁶⁸ Die Bundesagentur für die private Leistungserbringung wurde durch das Gesetz Nr. 9.961 vom 28.01.2000 (DOU vom 29.01.2001) eingerichtet, um die private Gesundheitsversorgung zu normieren, überwachen und regulieren. Vgl. Art. 1 des Gesetzes Nr. 9.961.

⁷⁶⁹ Art. 4 des Gesetzes Nr. 9.961 vom 28.01.2000.

wichtig, zu überprüfen, ob die privaten Leistungserbringer der Verpflichtung nachkommen, eine umfassende standardisierte Gesundheitsversorgung anzubieten. Ein Vertrag mit einer niedrigen Gebühr kann so eingeschränkt sein, dass den Verbrauchern nur ein bestimmtes Krankenhaus zur Verfügung steht.⁷⁷⁰ Ein teurer Vertrag hingegen bietet dem Verbraucher eine große Auswahl an medizinischen Leistungen, Ärzten und Krankenhäusern. Die Gesundheitsversorgungspläne, die mit dem Gesetz nicht im Einklang stehen, müssen abgeändert werden.⁷⁷¹ Durch diese Maßnahme soll gewährleistet werden, dass der Umfang des Leistungskatalogs relativ homogen ist; in der Realität aber gibt es noch bedeutende Unterschiede bei der Gesundheitsversorgung, und die Höhe der Gebühren kann aufgrund der Auswahl der Leistungserbringer und der Art der Unterbringung im Krankenhaus stark variieren.⁷⁷² Die verschiedenen Arten von Gesundheitsversorgungsplänen entsprechen der sozialen und ökonomischen Lage der Verbraucher und nicht ihren Bedürfnissen in Bezug auf Gesundheitsleistungen.⁷⁷³ In Bezug auf die Vergütung der privaten Leistungserbringung (bezahlte Gebühren) kann der Staat eine gewisse Kontrolle ausüben, aber nicht den Preis bestimmen.⁷⁷⁴ Indem die Bundesagentur Voraussetzungen festlegt, welche die privaten Leistungserbringer erfüllen müssen,⁷⁷⁵ überprüft sie, ob diese ausreichend Struktur, Ressourcen und Arbeitskräfte für die Realisierung der Gesundheitsversorgung besitzen.

Eine wichtige Aufgabe der Bundesagentur ist die Rückzahlung der Kosten in dem Fall, dass die Bürger einen privaten Gesundheitsversorgungsvertrag haben und dennoch im SUS behandelt wurden.⁷⁷⁶ Die Rückzahlung war bis 2018 verfassungsrechtlich umstritten, denn jeder Bürger hat einen uneingeschränkten Zugang zu den Dienstleistungen des SUS, unabhängig davon, ob er eine private Gesundheitsversorgung hat oder nicht.⁷⁷⁷ Dennoch nehmen viele Verbraucher von Gesundheitsversorgungsplänen die Leistungen des SUS in Anspruch, besonders im Bereich Unfallversorgung in Krankenhäusern und bei hochkomplexen Behandlungen. In diesen Fällen erhalten die privaten Leistungserbringer Gebühren für nicht

⁷⁷⁰ *Bahia*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2001, S. 333.

⁷⁷¹ *Machado*, *Direito Universal*, S. 285.

⁷⁷² Vgl. *Bahia*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2001, S. 333.

⁷⁷³ Dazu *Bahia/Scheffer*, in: Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 540.

⁷⁷⁴ *De Carvalho/Santos*, *Sistema Único de Saúde*, S. 22.

⁷⁷⁵ Art. 8 des Gesetzes Nr. 9.656 vom 3.06.1998.

⁷⁷⁶ Art. 32 des Gesetzes Nr. 9.656 vom 3.06.1998.

⁷⁷⁷ In einer Entscheidung des Obersten Brasilianischen Bundesgerichts von 2018 wurde die Rückzahlung an das SUS als verfassungsmäßig erklärt. Daten vom *Supremo Tribunal Federal*, RE Nr. 597064-RJ, Entscheidung vom 07.02.2018, Berichterstatter: Gilmar Mendes, Abrufbar im Internet unter: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?Incidente=2661252>>, zuletzt besucht am 27.02.2018.

erbrachte Leistungen. Angesichts dieser Tatsache verlangt die Bundesagentur eine Rückerstattung der Kosten.⁷⁷⁸ Die finanziellen Mittel aus dieser Rückerstattung fließen in den Gesundheitsfonds und werden für die öffentliche Gesundheitsversorgung verwendet.⁷⁷⁹

IV. Das Verhältnis zwischen SUS und privaten Leistungserbringern

Die BBV/88 hat ein öffentliches Gesundheitssystem verkündet, um die Gesundheitsversorgung für alle Bürger zu gewährleisten,⁷⁸⁰ und sie hat ebenso die Handlungsfähigkeit des privaten Gesundheitssektors garantiert, der in Brasilien sehr aktiv ist. Der öffentliche und der private Sektor der Gesundheitsversorgung entwickelten sich gleichzeitig, aber der private Sektor hat vor allem in den 1980er Jahren eine rasche Zunahme erlebt.⁷⁸¹ Gründe dafür sind nicht nur die mangelhafte Qualität der öffentlichen Gesundheitsdienste und ihre Verknappung, die z. B. eine Warteliste für ambulante Gesundheitsversorgung und für elektive stationäre Behandlungen zur Folge haben und damit eine verstärkte Nachfrage nach privater Krankenversicherung erzeugen, sondern auch andere allgemeine Faktoren, wie die Entscheidungen der Politik, die historische Entwicklung sowie die Strukturierung der Gesundheitsversorgung in Brasilien. Bspw. wurden Verträge mit den privaten Leistungserbringern privilegiert, anstatt die Weiterentwicklung eigener Strukturen und Dienste des öffentlichen Gesundheitssystems zu fördern.⁷⁸²

Obwohl es ein unterfinanziertes staatliches Gesundheitssystem gibt, bietet der Staat indirekte Fördermittel für die privaten Leistungserbringer, vor allem auf drei Wegen. Er bietet erstens einen Steuerabzug für Unternehmen, die einen Gesundheitsversorgungsplan für ihre Arbeitnehmer anbieten.⁷⁸³ Zweitens können die Ausgaben für medizinische Leistungen seit 1990 von der Einkommenssteuer abgesetzt werden.⁷⁸⁴ Drittens zahlen einige öffentliche Einrichtungen finanzielle Unterstützung für Beamte und Angestellte beim Abschluss einer privaten

⁷⁷⁸ Art. 32 des Gesetzes Nr. 9.656 vom 3.06.1998.

⁷⁷⁹ Art. 32 § 1 des Gesetzes Nr. 9.656 vom 3.06.1998.

⁷⁸⁰ Art. 196 BBV/88.

⁷⁸¹ Dazu *Menicucci*, Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil, S. 105 ff.; *Bahia*, Ciência & Saúde Coletiva 2001, S. 330; *Santos/Gerschman*, Ciência & Saúde Coletiva 2004, S. 798; *Bahia*, Ciência & Saúde Coletiva 2008, S. 1387.

⁷⁸² Dazu vgl. *Menicucci*, Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil, S. 101; *Bahia/Scheffer*, in: *Giovanella/Scorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 527.

⁷⁸³ Dazu *Santos/Ugá/Porto*, Ciência & Saúde Coletiva 2008, S. 1437.

⁷⁸⁴ Art. 8 II a des Gesetz Nr. 9.250 vom 26.12.1995 (DOU vom 27.12.1995), der die Einkommenssteuer regelt. Dazu vgl. *Santos/Gerschman*, Ciência & Saúde Coletiva 2004, S. 803.

Gesundheitsversorgung.⁷⁸⁵ Außerdem verzichtet der Staat auf Einnahmen von den privaten Leistungserbringern.⁷⁸⁶

In Brasilien existiert in diesem Zusammenhang ein eindeutiges Paradox: Der gleiche Staat, der seine verfassungsrechtliche Pflicht, die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten, durch die Unterfinanzierung des SUS missachtet, fördert durch verschiedene Maßnahmen die privaten Leistungserbringer.⁷⁸⁷

Ein umfassendes und effizientes öffentliches Gesundheitssystem, dessen verfassungsrechtliche Aufgabe es ist, der Bevölkerung eine vollständige Gesundheitsversorgung anzubieten, lässt weniger Raum für ein Wachstum des privaten Gesundheitssektors. Ebenso führt ein mangelhaftes öffentliches Gesundheitssystem automatisch zu einer zunehmenden Nachfrage für private Gesundheitsversorgung. Eine harmonische Koexistenz zwischen einem öffentlichen Gesundheitssystem und einer privaten Gesundheitsversorgung wäre denkbar, jedoch nur wenn das Verhältnis zwischen ihnen klar festgelegt ist, d. h., dass das Verhältnis auf Grundlage gesetzlicher Kriterien aufbauen müsste. Da das SUS für alle Bürger da ist, einschließlich der Verbraucher von privaten Gesundheitsversorgungsplänen, wäre es wichtig, gesetzliche Kriterien festzulegen, die regeln, welche Risiken vom öffentlichen und welche vom privaten Versorgungssektor abgedeckt werden sollen.⁷⁸⁸ Es ist erstaunlich, dass der private Gesundheitsversorgungssektor in Brasilien, der ca. 24,3 % der Bevölkerung abdeckt, mehr Zugang zu ambulanten und stationären Maßnahmen und Behandlungen anbieten kann als das SUS, weil ca. 60 % der brasilianischen Krankenhäuser, 65 % der Ärzte und 80 % der Einrichtungen zur Diagnose und therapeutischen Untersuchung in Brasilien zum privaten Gesundheitssektor gehören.⁷⁸⁹ Diese Daten sind ein klares Signal für die Notwendigkeit der Überprüfung des Verhältnisses zwischen der öffentlichen und der privaten Gesundheitsversorgung in Brasilien.

⁷⁸⁵ Dazu *Bahia*, *Trabalho Educação Saúde* 2006, S. 163.

⁷⁸⁶ Zur Steuerungsvergütung für private Leistungserbringer vgl. *Dain/Ocké-Reis/Geiger/Castro/Noronha*, *Regime Fiscal dos Estabelecimentos e Empresas de Planos e Seguros Privados de Saúde*, S. 12 ff.

⁷⁸⁷ *Bahia*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2008, S. 1385.

⁷⁸⁸ In der Praxis gibt es eine Unterteilung der Leistungserbringung im Rahmen des SUS zwischen den öffentlichen und privaten Leistungserbringern. Die privaten übernehmen vor allem die Dienstleistungen, die vom SUS am besten vergütet werden. Die übrigen Leistungen müssen von den öffentlichen Leistungserbringern übernommen werden. Dazu vgl. *Santos/Gerschman*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2004, S. 800 ff.

⁷⁸⁹ *Bahia/Scheffer*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 518.

2. Kapitel: Die Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in Deutschland und in Brasilien

Nach der Darstellung der grundlegenden Strukturen des deutschen und des brasilianischen Gesundheitssystems werden in diesem Kapitel die Leistungserbringung bzw. die Bedeutung der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in Deutschland und in Brasilien fokussiert. Durch die nachfolgende Gegenüberstellung der brasilianischen und der deutschen Normen wird im ersten Schritt die Gestaltung der Verträge des Leistungserbringungsrechts in Deutschland und in Brasilien systematisiert, indem die Ermächtigungsgrundlagen und bestimmte Aspekte dieser Verträge, wie etwa die Vertragspartner, die Vertragsziele und -inhalte, identifiziert werden. Auf der Grundlage der entwickelten Systematik wird dann in einem weiteren Schritt die Rolle dieser Verträge im Rahmen des Steuerungssystems der GKV bzw. SUS untersucht.

A. Die Vertragsgestaltung in Deutschland

I. Das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern

In Deutschland ist die Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern im Gesetz detailliert geregelt. Die Regelungen diese Beziehungen betreffend sind als Leistungserbringungsrecht⁷⁹⁰ bekannt und befinden sich im Vierten Kapitel des SGB V, §§ 69-140a sowie §§ 63-65. Die Leistungserbringung der GKV wird aufgrund des Sachleistungsprinzips⁷⁹¹ und aufgrund der Beschränkung in § 140 Abs. 2 SGB V vor allem über Verträge mit Dritten realisiert.⁷⁹²

Diese Verträge regeln auch das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern; sie haben sich in den 1930er Jahren von Einzeldienst- zu Kollektivverträgen entwickelt.⁷⁹³ Seit dem Inkrafttreten des 2. GKV-Neuordnungsgesetzes⁷⁹⁴ und vor allem seit dem Inkrafttreten des GKV-Gesundheitsreformgesetzes⁷⁹⁵ und des GKV-Modernisierungsgesetzes⁷⁹⁶ wurde die Möglichkeit von Einzelverträgen in Form von Selektivverträgen⁷⁹⁷

⁷⁹⁰ Schuler, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 69, Rn. 1.

⁷⁹¹ § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V. In Ausnahmen kann eine Kostenerstattung gemäß § 13 Abs. 1 SGB V stattfinden.

⁷⁹² §§ 2 Abs. 2 Satz 3 und 72 Abs. 2 SGB V.

⁷⁹³ Dazu Rompf, VSSR 2007, S. 15; Krause, SGB 1981, S. 407 f.

⁷⁹⁴ Vom 23.06.1997, BGBl. I, S. 1520. Zu wichtigen Reformen der GKV vgl. schon oben 1. Kap. A I 4.

⁷⁹⁵ Vom 22.12.1999, BGBl. I, S. 2626.

⁷⁹⁶ Vom 14.12.2003, BGBl. I, S. 2190.

⁷⁹⁷ Die Selektivverträge werden im 2. Kap. A II 2 analysiert.

wieder aufgenommen.⁷⁹⁸ Auf der Grundlage dieser Vertragssysteme wird bis heute die vertragsärztliche Versorgung realisiert, deren Umfang in § 73 SGB V beschrieben wird.

1. Das Kollektivvertragssystem

Mit dem Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.06.1883 (KGV) wurde dem Versicherten ein Rechtsanspruch gegen seine Krankenkasse gewährt.⁷⁹⁹ Um diesen Anspruch erfüllen zu können, mussten die Krankenkassen in vertragliche Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern treten. Es wurden Einzelverträge bzw. bürgerlichrechtliche Dienstverträge zugunsten Dritter⁸⁰⁰ abgeschlossen, die dem Privatrecht zugeordnet wurden.⁸⁰¹

Durch langjährige Forderung der Ärzteschaft⁸⁰² wurde 1932 das Kollektivvertragssystem eingeführt⁸⁰³ und 1955 durch das Gesetz über das Kassenarztrecht (GKAR)⁸⁰⁴ als vorrangig festgeschrieben. Der Grund für die Unzufriedenheit der Ärzteschaft mit den Einzelverträgen lag darin, dass die Krankenkassen dabei nach freiem Ermessen über die vertragsbezogene Anzahl der Ärzte und über die Höhe und die Form des Entgelts bestimmen durften.⁸⁰⁵ Die ärztliche Versorgung wurde seitdem nicht mehr durch Einzelverträge zwischen Krankenkassen und Ärzten, sondern durch Kollektivverträge zwischen den Verbänden der Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen geregelt. Die gesetzlichen Regelungen gelten für eine Vielzahl von Beteiligten⁸⁰⁶ und haben zu einem System öffentlich-rechtlicher Selbstverwaltung geführt.

⁷⁹⁸ Dazu vgl. *Hensel*, Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht, S. 44; *Pruns*, Kartell- und Vergaberechtliche Probleme des selektiven Kontrahierens auf europäischer und nationaler Ebene, S. 62.

⁷⁹⁹ § 6 I KGV vom 15.06.1883, RGBI I, S. 73.

⁸⁰⁰ *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 124; *Schnapp/Wigge*, Vertragsarztrecht §1, Rn. 3.

⁸⁰¹ *Rompf*, VSSR 2007, S. 6.

⁸⁰² Dazu *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 127. *Rompf*, VSSR 2007, S. 8 und 15; *Schiller*, Bayerisches Ärzteblatt 2008, S. 82.

⁸⁰³ Seit dem Berliner Abkommen von 1913 wurde durch die Verordnung über Ärzte und Krankenkassen vom 13.10.1923 (RGBI I, S. 943), die Notverordnung vom 08.12.1931 (RGBI I, S. 699, 718) und die Verordnung über die kassenärztliche Vergütung vom 14.01.1932 (RGBI I, S. 19) der Übergang vom Einzelvertrag zum Kollektivvertrag geleitet, vgl. *Rompf*, VSSR 2007, S. 15; *Krause*, SGB 1981, S. 406 f.

⁸⁰⁴ Vom 17.08.1955, BGBl. I, S. 513.

⁸⁰⁵ *Schneider*, Handbuch des Kassenarztrechts, Rn. 24.

⁸⁰⁶ Dazu vgl. *Schneider*, Handbuch des Kassenarztrechts, Rn. 694; *Jörg*, Das neue Kassenarztrecht, S. 141.

Mit dem Kollektivvertragssystem wurde der Anspruch des Versicherten auf ärztliche Behandlung konkretisiert.⁸⁰⁷ Die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassenverbänden und den Kassenärztlichen Vereinigungen wurden durch eine zweistufige Struktur von Kollektivverträgen auf Bundes- und Landesebene ausgestaltet.⁸⁰⁸ Bundesmantelverträge und Gesamtverträge wurden dadurch zu den wichtigsten Instrumenten der vertragsärztlichen Kollektivverträge und sie sind es bis heute.

Die Bundesmantelverträge zwischen den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen regeln insbesondere den Umfang der kassenärztlichen Versorgung sowie Rechte und Pflichten der Vertragsärzte.⁸⁰⁹ Diese Regelungen sind zugleich Inhalt der zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Landesverbänden der Krankenkassen geschlossenen Gesamtverträge.⁸¹⁰

Infolge des Kollektivvertragssystems haben die Kassenärztlichen Vereinigungen die vertragsärztliche Versorgung im Rahmen der GKV sicherzustellen.⁸¹¹ Die Kollektivverträge müssen inhaltlich so ausgestaltet werden, dass sie eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der gesetzlich Versicherten unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse gewährleisten.⁸¹² Wenn die Kollektivverträge der vertragsärztlichen Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande kommen, erfolgt die Festsetzung des Vertragsinhaltes durch Schiedsämter.⁸¹³

Die Kollektivverträge sind öffentlich-rechtliche Verträge mit Drittwirkung.⁸¹⁴ Die rechtliche Bindungswirkung der Bundesmantelverträge erstreckt sich auf ihre Vertragspartner und als Bestandteil der Gesamtverträge auch auf die Vertragspartner der Gesamtverträge.⁸¹⁵ Aber auch die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Vertragsärzte und die Krankenkassen sind von der Wirkung der Kollektivverträge betroffen. Die Verbindlichkeit der kollektivvertraglichen Regelungen ergibt sich für die Vertragsärzte durch die Zulassung zur

⁸⁰⁷ §§ 72 Abs. 1 Satz 1 und 75 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

⁸⁰⁸ Vgl. *Engelhart-Au* in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 82, Rn. 1.

⁸⁰⁹ *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 139.

⁸¹⁰ §§ 82 Abs. 1 und 83 SGB V.

⁸¹¹ § 75 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

⁸¹² § 72 Abs. 2 Satz 1 SGB V.

⁸¹³ § 89 Abs. 1 SGB V.

⁸¹⁴ *Engelhart-Au* in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 82, Rn. 5.

⁸¹⁵ § 85 Abs. 1-2 SGB V.

vertragsärztlichen Versorgung sowie durch ihre Mitgliedschaft in der Kassenärztlichen Vereinigung⁸¹⁶ und für die Krankenkassen durch die Satzungen ihrer Landesverbände.⁸¹⁷

Kollektivverträge sind eine typische Rechtsetzungsform der GKV.⁸¹⁸ Ihnen können weitere Verträge über die vertragsärztliche Versorgung⁸¹⁹ zugeordnet werden.⁸²⁰ Wegen ihres abstrakt-generellen Charakters⁸²¹ werden sie als Normsetzungsverträge⁸²² oder Normverträge⁸²³ betrachtet. Im Gegensatz zum Normenvertrag, der selbst Regelungen setzt, ist der Normsetzungsvertrag darauf gerichtet, den Vertragspartner zum Erlass oder zur Abänderung einer Norm zu verpflichten.⁸²⁴ Die Normsetzungsverträge sind echte Rechtsquellen im Sinne eigenständiger Rechtsetzungsformen.⁸²⁵

Die Frage nach der Rechtsnatur der Kollektivverträge hat Relevanz hinsichtlich der Anwendung der §§ 53 ff. SGB X. Kollektivverträge sind öffentlich-rechtliche Verträge⁸²⁶ im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 1 SGB X,⁸²⁷ aber die Anwendbarkeit der Regelungen zum öffentlich-rechtlichen Vertrag des SGB X auf die Normenverträge ist umstritten.⁸²⁸ Grund dafür ist

⁸¹⁶ §§ 77 Abs. 1 Satz 1, 95 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. § 81 Abs. 3 Nr. 1 SGB V.

⁸¹⁷ §§ 82 Abs. 1 Satz 2, 83 Satz 1 i. V. m. § 210 Abs. 3 SGB V.

⁸¹⁸ Vgl. *Ebsen*, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 250.

⁸¹⁹ Die Arznei- und Heilmittelvereinbarungen gemäß § 84 SGB V und Verträge zur Wirtschaftlichkeitsprüfung gemäß § 106 Abs. 3 SGB V sind Beispiele für Vereinbarungen zwischen Landesverbänden der Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen mit Rechtswirkung gegenüber den betroffenen Ärzten und Krankenkassen.

⁸²⁰ *Ebsen*, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 273.

⁸²¹ *Axer*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 9.

⁸²² Zur Betrachtung der Kollektivverträge als Normsetzungsverträge siehe u. a. *Ziermann*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 21, Rn. 22; *Ebsen*, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 273; *Sodan*, NZS 1998, S. 307.

⁸²³ Zur Betrachtung der Kollektivverträge als Normverträge vgl. u. a. *Engelmann*, NZS 2000, S. 2; *Boerner*, Normenverträge im Gesundheitswesen, S. 8 ff.; *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 10.

⁸²⁴ *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 10.

⁸²⁵ *Ebsen*, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 273.

⁸²⁶ *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 3.

⁸²⁷ *Sodan*, NZS 1998, S. 307.

⁸²⁸ *Engelmann*, in: Wulffen/Schütze, SGB X, § 53, Rn. 7; *Schuler-Harms*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, S. 845. Zur Anwendbarkeit der §§ 53 ff. des SGB X auf Normsetzungsverträge siehe *Engelmann*, in: Wulffen/Schütze, SGB X, § 53, Rn. 7; *Sodan*, NZS 1998, S. 308, 313; *Schneider*, Handbuch des Kassenarztrechts, Rn. 694; *Jörg*, Das neue Kassenarztrecht, S. 141. Gegen die Anwendbarkeit siehe *Kirchhoff*, SGB

z. B. die Wirksamkeitsvoraussetzung des § 57 Abs. 1 SGB X. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, wird erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt.⁸²⁹ Deswegen wäre es notwendig, die schriftliche Zustimmung der am Vertragsabschluss nicht beteiligten Ärzte, Krankenkassen und Versicherten zur Wirksamkeit der Kollektivverträge der GKV einzuholen.⁸³⁰ Auf die Normsetzungsverträge der GKV findet jedoch das § 57 Abs. 1 SGB X keine Anwendung,⁸³¹ weil das Vertragsrecht des SGB V als krankensicherungsrechtliche Spezialregelung Vorrang vor den §§ 53-61 SGB X hat⁸³² und die normative Wirkung der Leistungserbringungsverträge vom Gesetzgeber im SGB V geregelt wird.⁸³³

Das Kollektivvertragssystem, das die Versorgungsstruktur der vertraglichen Versorgung geprägt hat, sieht sich in den letzten Jahren starker Kritik ausgesetzt.⁸³⁴ Einer der Kritikpunkte zielt auf die Übertragung von Normsetzungsbefugnissen auf die Organisationen der gemeinsamen Selbstverwaltung durch Verträge zwischen Verbänden der Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen.⁸³⁵ Als verfassungsrechtliches Defizit stellen sich die nicht ausreichende demokratische Legitimation der Akteure für eine autonome Rechtsetzung und die mangelhafte Beachtung des Wesentlichkeitsgrundsatzes dar.⁸³⁶ Trotz dieser verfassungsrechtlichen Legitimationsfrage der autonomen Rechtsetzung werden jedoch von einem Teil

2005, S. 507; *Boerner*, SGB 2000, S. 390 f.; *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 11.

⁸²⁹ § 57 Abs. 1 SGB X.

⁸³⁰ *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 11.

⁸³¹ Dazu *Boerner*, SGB 2000, S. 391; *Engelmann*, in: Wulffen/Schütze, SGB X, § 57 Rn. 3a.

⁸³² Vgl. etwa § 37 Satz 1 SGB I. Dazu *Boerner*, SGB 2000, S. 390 ff.

⁸³³ Vgl. etwa §§ 72 Abs. 2; 81 Abs. 3 Nr.1; 82 Abs. 1; 83 Abs. 1 Satz 1; 85, 95 Abs. 3, Satz 2 SGB V.

⁸³⁴ Zur allgemeinen Kritik am Kollektivvertragssystem vgl. *Schütz*, MedR 2015, S. 162; *Knieps* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12, Rn. 1-6; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001, S. 58 f.; *Glaeske/Lauterbach/Rürup/Wasen*, Weichenstellungen für die Zukunft, S. 3 f.

⁸³⁵ Zur rechtlichen Frage nach der Rechtserzeugung durch Normverträge siehe *Engelmann*, NZS 2000, S. 6 ff.; *Sodan*, NZS 1998, S. 308 ff.; *Papier*, VSSR 1990, S. 134 ff.

⁸³⁶ Zur Erklärung über eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern siehe BVerfG 107, 59 (86 ff.).

der Literatur und auch vom Bundessozialgericht die Normsetzungsverträge in der GKV akzeptiert.⁸³⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hat die Rechtsetzung durch Kollektivverträge (Normsetzungsverträge) zwischen Verbänden der Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen eine lange Tradition, und das historisch gewachsene öffentlich-rechtliche System kollektivvertraglicher Beziehungen setzt die Zuweisung von Normsetzungsbefugnissen an die Vertragspartner zur Erfüllung der Sachleistungsverpflichtung und zur Sicherung einer ausreichenden Versorgung voraus.⁸³⁸ Die rechtliche Zulässigkeit des Kollektivvertrags als Regelungsinstrument der Leistungserbringung in der GKV wird darum überwiegend bejaht. Weniger die Rechtsetzung durch Kollektivverträge, sondern vielmehr vor allem die Richtlinienkompetenz des Gemeinsamen Bundesausschusses ist umstritten und wird in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert.⁸³⁹

Weitere Kritikpunkte basieren auf der Feststellung, dass in Deutschland in der ambulanten medizinischen Versorgung eine Über-, Unter-, und Fehlversorgung nebeneinander existieren.⁸⁴⁰ Neben Überkapazitäten in städtischen Ballungsgebieten besteht Ärztemangel in ländlichen Gebieten.⁸⁴¹ Die feststellbare Fehlallokation der Versorgung wird vor allem durch eine gewachsene Versorgungsstruktur verursacht, in der ein Ungleichgewicht in der Entwicklung der Anzahl von Hausärzten und Fachärzten insbesondere in ländlichen und strukturschwachen Gegenden besteht.⁸⁴² Diese Verteilungsprobleme der ärztlichen Versorgung dienen als Beispiel für das Steuerungsdefizit im Kollektivvertragssystem.⁸⁴³ Trotz verschiedener Regelungsinstrumente innerhalb des Kollektivvertragssystems, z. B. die Bedarfsplanung gemäß § 99 SGB V, konnte man diese Probleme nicht lösen.

Kritisiert wird schließlich die Trennung von Versorgungsbereichen wie der ambulanten und der stationären Versorgung, Akutversorgung und Rehabilitation sowie medizinischer und

⁸³⁷ Ausführlich über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Normverträgen in der GKV vgl. *Schirmer*, MedR 1996, S. 410 ff.; *Engelmann*, NZS 2000, S. 6 ff. und 76 ff.; *Zierrmann*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 21, Rn. 21 f.; *Wenner*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 82, S. 673; *Hase*, MedR 2018, S. 11.

⁸³⁸ BSGE 81, 54 (64) und 81, 73 (84); BSGE 78, 70 (78 ff.).

⁸³⁹ Siehe mehr dazu im 3. Kap. II 1 b.

⁸⁴⁰ Dazu *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001, S. 31 ff. und 65 ff.; Gutachten 2003, S. 55 ff.; Gutachten 2005, S. 10 f. Dazu *Shirvani*, VSSR 2011, S. 362; *Schlegel*, in: Pitschas, Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb, S. 23.

⁸⁴¹ Dazu *Knieps* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12, Rn. 1; *Schütz/Knieps*, ZRP 2012, S. 165.

⁸⁴² Vgl. *Schütz/Knieps*, ZRP 2012, S. 165. Vgl. schon oben Fn. 38.

⁸⁴³ Die Steuerungsfunktion der Kollektivverträge wird im 3. Kap. A II 2 erörtert.

pflegerischer Versorgung innerhalb der Versorgungsstruktur.⁸⁴⁴ Diese Zergliederung des Gesundheitswesens führt auch zu unzureichender Koordination der Behandlung innerhalb von unterschiedlichen Versorgungsbereichen der GKV und damit häufig auch zu einem Qualitätsmangel.⁸⁴⁵ Die Trennung manifestiert sich auch in gesetzlich vorgeschriebenen Begrenzungen der Organisations- und Betriebsformen der Leistungserbringung sowie in nicht kompatiblen Finanzierungs- und Honorierungssystemen, was als weiteres Problem des Kollektivvertragssystems genannt wird.⁸⁴⁶ Da das Kollektivvertragssystem wenig flexibel ist, ist es schwer möglich, dass die Verträge sich an konkreten Versorgungsproblemen und am tatsächlichen Patientenwohl orientieren könnten.⁸⁴⁷ Die Gestaltung der Versorgungsstruktur führte zu einer Aufsplitterung der Versorgungsbereiche, was zahlreiche Koordinationsprobleme der Versorgung zur Folge hat. Die ärztliche Versorgung wird nicht als eine Einheit betrachtet. Vielmehr wurde sie aufgeteilt, um an die jeweiligen Versorgungsbereiche angepasst zu sein. Um diese Probleme zu bewältigen, wurden neue Versorgungsformen durch Selektivverträge eingeführt, die im Folgenden analysiert werden.

Weitere Einwände richten sich insbesondere gegen die Inflexibilität des Kollektivvertragssystems in Bezug auf die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern.⁸⁴⁸ Die kollektivvertraglichen Regelungen lassen wenig Spielraum für die Vertragsfreiheit der Akteure der Leistungserbringung, was Voraussetzung für einen funktionsfähigen Wettbewerb im Gesundheitswesen wäre.⁸⁴⁹ Da wettbewerbliche Versorgungsformen die Wirtschaftlichkeit und Qualität der ambulanten und stationären Versorgung verbessern sollen, wird der Mangel an Wettbewerb in Verbindung mit dem Mangel an Verzahnung von ambulanter und stationärer Versorgung als Schwäche des kollektivvertraglichen Systems gesehen.⁸⁵⁰ Der limitierte Wettbewerb als Problem des Kollektivvertragssystems überzeugt nur bedingt. Wettbewerb ist kein selbstverständliches Verfahren des Gesundheitswesens, und die Einführung

⁸⁴⁴ Dazu vgl. *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 393 f.; *Knieps* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12, Rn. 2.

⁸⁴⁵ Zu Qualitätsmängeln in der ambulanten Versorgung siehe *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 209.

⁸⁴⁶ Dazu *Knieps* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12, Rn. 2.

⁸⁴⁷ Dazu *Pruns*, Kartell- und vergaberechtliche Probleme des selektiven Kontrahierens auf europäischer und nationaler Ebene, S. 63.

⁸⁴⁸ Vgl. *Shirvani*, VSSR 2011, S. 362; *Knieps* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12, Rn. 1.

⁸⁴⁹ Dazu vgl. *Wasem/Staudt*, VSSR 2012, S. 205; *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 6.

⁸⁵⁰ Dazu *Schuler* in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 69, Rn. 12.

von wettbewerblichen Elementen in der GKV erfordert eine weitgehende Anpassung des Systems zur Fortsetzung der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung.⁸⁵¹

2. Das Selektivvertragssystem

Zur Lösung der festgestellten Mängel der Gesundheitsversorgung in Deutschland,⁸⁵² insbesondere angesichts der Probleme der Unter-, Über- und Fehlversorgung⁸⁵³ und der Schwachstellen des Kollektivvertragssystems,⁸⁵⁴ wurde das Selektivvertragssystem als eine Versorgungsalternative zu diesem System implementiert.⁸⁵⁵ Dem gesundheitspolitischen Konzept des Gesetzgebers zufolge sollen wettbewerbliche Strukturen innerhalb der GKV durch Selektivverträge intensiviert werden.⁸⁵⁶ Erwartet wird dadurch eine Verbesserung der Qualität und Effizienz der medizinischen Versorgung, die sich am Bedarf und an den Interessen der Versicherten orientiert.⁸⁵⁷

Selektivverträge werden als Gegenstück zu den Kollektivverträgen betrachtet, d. h. sie sind öffentlich-rechtliche Verträge, die unmittelbar zwischen den einzelnen Krankenkassen und den einzelnen Leistungserbringern und außerhalb des Kollektivvertragssystems abgeschlossen werden.⁸⁵⁸ Da der Begriff des Selektivvertrags kein subsumierbarer Rechtsbegriff, sondern ein rechts- oder versorgungspolitischer Begriff ist, lässt er sich definieren als Vertrag zur Weiterentwicklung, Ersetzung und Ergänzung der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung außerhalb der gesamtvertraglichen Versorgung mit einer freiwilligen Teilnahme von Versicherten und Leistungserbringern.⁸⁵⁹

⁸⁵¹ Siehe mehr dazu im 3. Kap. II 1 c.

⁸⁵² Zu begrenzten Versorgungsergebnissen der GKV vgl. *Glaeske/Lauterbach/Rürup/Wasen*, Weichenstellungen für die Zukunft, S. 4. Vgl. auch schon oben Fn. 39.

⁸⁵³ *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001, S. 31 ff. und 65 ff.; *Glaeske/Lauterbach/Rürup/Wasen*, Weichenstellungen für die Zukunft, S. 3 f.

⁸⁵⁴ *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005, S. 10 f.

⁸⁵⁵ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems, BT- Drucks. 15/1170, S. 91.

⁸⁵⁶ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems, BT- Drucks. 15/1170, S. 91; Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, BT- Drucks. 16/3100, S. 87 ff.

⁸⁵⁷ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems, BT- Drucks. 15/1170, S. 57 ff.

⁸⁵⁸ Glossareintrag des Bundesgesundheitsministeriums zum Begriff „Selektivverträge“. Abrufbar im Internet unter: <<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/s/selektivvertrag.html#cl082>>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

⁸⁵⁹ *Huster/Schütz*, NZS 2016, S. 646.

Die Selektivverträge wurden erst allmählich in die GKV eingeführt. Zu nennen sind hier die Verträge nach den §§ 63 ff., 73b und vor allem 140a SGB V. Die Ausgestaltung dieser Selektivverträge entwickelt sich ständig weiter; sie werden in verschiedenen Abschnitten des SGB V behandelt. Zunächst wurden das Modellvorhaben (§§ 63 ff. SGB V) und die Strukturverträge (§ 73a SGB V a. F.) durch das 2. GKV-Neuordnungsgesetz⁸⁶⁰ geregelt. Danach wurden viele weitere Versorgungsformen durch Selektivverträge implementiert, wie die hausarztzentrierte Versorgung (§ 73b SGB V), die besondere ambulante ärztliche Versorgung (§ 73c SGB V a. F.) durch das GKV-Modernisierungsgesetz⁸⁶¹ oder die integrierte Versorgung (§ 140 a- d a. F.) durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz⁸⁶².

Die Selektivverträge weisen eine Reihe von besonderen Merkmalen auf. Erstens ist bei Selektivverträgen die bloße Zulassung der Leistungserbringer zur vertragsärztlichen Versorgung nicht ausreichend, damit diese an der Leistungserbringung der Gesundheitsversorgung teilnehmen können. Vielmehr ist zusätzlich ein Vertrag direkt mit dem Leistungsträger abzuschließen. Das zweite Merkmal der Selektivverträge betrifft die Vertragsfreiheit der Partner. Sie können entscheiden, ob sie einen Vertrag abschließen und mit wem.⁸⁶³ Die Selektivverträge unterscheiden sich von Kollektivverträgen auch in Bezug auf die Vertragsgestaltung; ihre Vertragspartner haben mehr Spielräume bei der Bestimmung des Vertragsinhalts. Selektivverträge erfordern im Vergleich zu den Kollektivverträgen jedoch mehr Koordinationsbedarf⁸⁶⁴ und die Einbeziehung von Versicherten in selektivvertragliche Versorgungsformen ergibt sich durch eine freiwillige Teilnahmeerklärung.⁸⁶⁵

Eine Versorgungsalternative zum Kollektivvertragssystem aufzubauen, ist eine schwierige Aufgabe, weil dies bedeutet, neue gesetzliche Regelungen einzuführen, die teilweise im Widerspruch zu den bisherigen Vorschriften über die Kollektivverträge stehen. Die Umsetzung des Selektivvertragssystems setzt die Harmonisierung der gesetzlichen Regelungen durch

⁸⁶⁰ Vom 23.06.1997, BGBl. I, S.1520.

⁸⁶¹ Vom 19.11.2003, BGBl. I, S. 2190.

⁸⁶² Vom 22.12.1990, BGBl. I, S. 2657.

⁸⁶³ Dazu *Cassel/Ebsen/Greß/Jacobs/Schulze/Wasern*, Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 9 f.; *Wille/Koch*, Die Gesundheitsreform 2007, S. 238.

⁸⁶⁴ Vgl. *Cassel/Ebsen/Greß/Jacobs/Schulze/Wasern*, Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 9.

⁸⁶⁵ Vgl. §§ 63 Abs. 3a Satz 3, 73b Abs. 3, 140a Abs. 4 SGB V.

die Beseitigung eventueller rechtlicher Hemmnisse voraus.⁸⁶⁶ Außerdem wurden die Handlungsmöglichkeiten in der Leistungserbringung durch die Einführung von Selektivverträgen verändert, und infolgedessen wurden wichtigen Akteuren des Kollektivvertragssystems wie Kassenärztlichen Vereinigungen⁸⁶⁷ und Krankenkassen⁸⁶⁸ ganz neue Rollen zugewiesen.⁸⁶⁹ Es war daher erforderlich, die Rechtsgrundlage der Selektivverträge immer wieder zu verändern.⁸⁷⁰ Das System der Selektivverträge wurde jedoch offenbar nicht ausreichend entwickelt und bleibt in der praktischen Umsetzung hinter den Erwartungen zurück.⁸⁷¹ Das System hat nicht den gleichen Status wie das System der Kollektivverträge. Wegen der unterschiedlichen Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen in Bezug auf die Selektivverträge werden diese bislang nicht als eine eigenständige und gleichberechtigte Form der Regulierung der Versorgung betrachtet.⁸⁷² Die unterschiedliche Stellung des Kollektivvertragssystems und des Selektivvertragssystems erklärt sich aus der Historie der GKV. Das Kollektivvertragssystem existiert weitaus länger als das Selektivvertragssystem, und deswegen orientiert sich die Struktur der Leistungserbringung an dem Kollektivvertragssystem. Wichtige Akteure des Kollektivvertragssystems wie die Kassenärztlichen Vereinigungen stellen sich sogar gegen die Entwicklung der Selektivverträge, insofern sie nicht als Vertragspartner zugelassen werden.⁸⁷³ Die Einführung neuer Mechanismen in ein konsolidiertes System mit langer Tradition bedeutet vornehmlich, entgegengesetzte Kräfte zu neutralisieren.

⁸⁶⁶ Dazu siehe *Schütz*, MedR 2015, S. 164 f. Als Beispiel für die notwendige Harmonisierung der gesetzlichen Regelungen dienen die §§ 72 Abs. 2 i. V. mit 73b Abs. 4 SGB V. Die vertragliche Versorgung ist nicht nur durch Verträge der Kassenärztlichen Vereinigungen mit den Verbänden der Krankenkassen (§ 72 Abs. 2 SGB V), sondern auch durch Selektivverträge nach §§ 73b und 140a SGB V zu regeln.

⁸⁶⁷ Zur Rolle der Kassenärztlichen Vereinigungen bei Selektivverträgen vgl. *Kriedel*, Deutsches Ärzteblatt 2006, S. 2296.

⁸⁶⁸ Zur Rolle der Krankenkasse in einem solidarischen Wettbewerb siehe *Coenen/Haucap*, Krankenkassen und Leistungserbringer als Wettbewerbsakteure, S. 3 ff.

⁸⁶⁹ Vgl. *Schütz*, MedR 2015, S. 166.

⁸⁷⁰ Zum Beispiel durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz vom 22.12.1999 (BGBl. I, S. 2657), das GKV-Modernisierungsgesetz vom 14.11.2003 (BGBl. I, S. 2190) das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26.03.2007 (BGBl. I, S. 378), das GKV-Versorgungsstrukturgesetz vom 22.12.2011 (BGBl. I, S. 2983) und das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 22.07.2015, BGBl. I, S. 2015.

⁸⁷¹ Vgl. *Bogan*, SGB 2012, S. 433.

⁸⁷² Dazu vgl. *Schütz/Knieps*, ZRP 2012, S.167; *Schütz*, MedR 2015, S. 163 f.

⁸⁷³ Hierzu vgl. *Kassenärztliche Bundesvereinigung*, Positionierung zum Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD zum Abschnitt Gesundheit und Pflege, S. 14; *Kriedel*, Deutsches Ärzteblatt 2006, S. 2296.

Da Selektivverträge ein zentrales Instrument einer wettbewerblichen Ausrichtung der vertragsärztlichen Versorgung sind,⁸⁷⁴ braucht man verlässliche wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen, um sie als wirksame Alternative zur so genannten Regelversorgung etablieren zu können. Dieser Ordnungsrahmen des Wettbewerbs ist bislang noch wenig konsistent ausgebildet.⁸⁷⁵ Wettbewerb in der GKV ist nicht identisch mit Wettbewerb in der gewerblichen Wirtschaft. Deswegen verursacht die fehlende Wettbewerbsordnung für die Gesundheitsversorgung der Krankenversicherung kartellrechtliche und vergaberechtliche Streitfragen insbesondere hinsichtlich der Anwendbarkeit von Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁸⁷⁶ auf Selektivverträge.⁸⁷⁷ Bspw. ist die gesetzliche Harmonisierung der Kooperationspflicht zwischen Krankenkassen gemäß § 4 Abs. 3 SGB V und dem Kartellverbot gemäß §§ 1 GWB i. V. mit 69 Abs. 2 SGB V sowie die bestehende Dualität von Aufsichtsbehörden gemäß § 90 Abs. 1 SGB IV und Kartellbehörden gemäß § 48 Abs. 1 GWB i. V. mit § 69 Abs. 2 SGB V noch verbesserungsbedürftig.⁸⁷⁸ Eine solche Unklarheit bringt Rechtsunsicherheit mit sich, welche die Umsetzung der Selektivverträge behindern kann.

Die Koordinierung zwischen Kollektiv- und Selektivvertragssystem ist daher noch unzureichend. Das zeigt sich etwa an der Frage der Bereinigung des morbiditätsbedingten Behandlungsbedarfs,⁸⁷⁹ welche wegen der bestehenden Unklarheiten der maßgeblichen Regelungen sehr konflikthaft und aufwendig war.⁸⁸⁰ Durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz⁸⁸¹ wurde die Vergütungsvereinbarung in §§ 73b Abs. 7 und 87a Abs. 3 Satz 2 SGB V neu geregelt.

⁸⁷⁴ Dazu *Bogan*, SGB 2012, S. 433.

⁸⁷⁵ So auch *Schuler-Harms*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, S. 797; *Bogan*, SGB 2012, S. 435 f. Die Regelungen über die Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auf Krankenkassen werden bislang nur in § 69 SGB V festgelegt.

⁸⁷⁶ Vom 26.06.2013, BGBl. I, S. 1750.

⁸⁷⁷ Zur Frage der Anwendbarkeit von Vorschriften des GWB auf die gesetzlichen Krankenkassen vgl. etwa *Shirvani*, VSSR 2011, 361 ff.; *Baier*, MedR 2011, 345 ff.; *Gaßner/Eggert*, NZS 2011, 250 ff.

⁸⁷⁸ Dazu *Bogan*, SGB 2012, S. 435.

⁸⁷⁹ Unter Bereinigung des Behandlungsbedarfs versteht man die Anpassung der Vergütung der Leistungen, wenn Leistungen im Rahmen der GKV durch Kollektiv- und Selektivverträge erbracht werden. Von der Zahlung der Gesamtvergütung müssen die Honorarsummen hinsichtlich der Leistungen, die außerhalb der Gesamtvergütung durch Selektivverträge erbracht werden, abgezogen werden.

⁸⁸⁰ Dazu *Schütz*, MedR 2015, S. 165; *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 410.

⁸⁸¹ Vom 16.07.2015, BGBl. I, S. 1211.

Auch mit Blick auf die unklaren Auswirkungen der Selektivverträge auf den Sicherstellungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen für die vertragsärztliche Versorgung nach § 75 Abs. 1 SGB V ergibt sich weiterer Koordinationsbedarf zwischen den beiden Systemen.⁸⁸² Durch die unterschiedlichen Versorgungsformen der Selektivverträge gemäß §§ 73b Abs. 4 Satz 6 und 140a Abs. 1 Satz 2 SGB V ist das Sicherstellungsmonopol der Kassenärztlichen Vereinigung für die vertragsärztliche Versorgung im Rahmen des Kollektivvertragssystems eingeschränkt; die Reichweite dieser Einschränkung ist allerdings unklar.⁸⁸³ Die Einführung eines wettbewerblichen dezentralen Selektivvertragssystems kann zur Zersplitterung der Versorgungsstruktur sowie zu Abweichungen im Qualitätsniveau der medizinischen Leistungen führen und infolgedessen die gleichmäßige, flächendeckende und einheitliche Versorgung gefährden.⁸⁸⁴ Außerdem erhöht sich durch die Vielzahl von Einzelverträgen der administrativbürokratische und investive Aufwand z. B. durch Vertragsverhandlungen und gesonderte Abrechnungen.⁸⁸⁵ Mit entsprechenden rechtlichen Rahmenbedingungen können jedoch Kollektiv- und Selektivverträge durch ihre jeweiligen Stärken gemeinsam die vertragsärztliche Versorgung insgesamt verbessern.

Es bestehen aber auch faktische Hindernisse für die Implementation von neuen Versorgungsformen durch Selektivverträge. Die Orientierung der Leistungsträger und der Leistungserbringer an rein finanziellen Eigeninteressen stellt ein Risiko dar. Bspw. gewinnt die Integration der Versorgung für die Krankenkassen unter Umständen nur dann an Bedeutung, wenn sie eine Kosteneinsparung mit sich bringt.⁸⁸⁶ Eine Risikoselektion durch die Krankenkassen⁸⁸⁷ liefert ein weiteres Beispiel für ein Verhalten, das verhindert werden soll.⁸⁸⁸

⁸⁸² Dazu siehe *Bogan*, SGB 2012, S. 436 f.

⁸⁸³ Siehe hierzu etwa *Bogan*, SGB 2012, S. 436; *Paquet*, in: Schroeder/Paquet, Gesundheitsreform 2007, S. 148.

⁸⁸⁴ Dazu vgl. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005, S. 15 f.; *Pruns*, Kartell- und vergaberechtliche Probleme des selektiven Kontrahierens auf europäischer und nationaler Ebene, S. 72; *Köhler*, VSSR 2012, S. 229.

⁸⁸⁵ Vgl. etwa *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005, S. 15.

⁸⁸⁶ Dazu siehe *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 409 ff.; *Köhler*, VSSR 2012, S. 229.

⁸⁸⁷ Bei der Risikoselektion werden Verträge so ausgestaltet, dass das Erzielen wirtschaftlicher Vorteile im Mittelpunkt steht und die Krankenkassen nur an gesunden Versicherten mit geringem Behandlungsaufwand und an guten Beitragszahlern interessiert sind. Vgl. *Cassel/Ebsen/Greß/Jacobs/Schulze/Wasern*, Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 11, 20.

⁸⁸⁸ Dazu siehe *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 410.

Trotz der dargestellten Kritik funktionieren sowohl das Kollektiv- als auch das Selektivvertragssystem der gesetzlichen Krankenversicherung so, dass die Leistungserbringung realisiert wird und den Versicherten umfassende Versorgungsleistungen gewährt werden können. Die Analyse der Vertragsgestaltung dieser beiden Systeme soll zur Klärung der Frage beitragen, wie Kollektiv- und Selektivverträge wesentliche Aspekte der Gesundheitsversorgung regeln können.

II. Ausgewählte Vertragstypen des Leistungserbringungsrechts

Im Folgenden werden konkrete Kollektiv- und Selektivvertragstypen dargestellt. Bei der Untersuchung der Verträge werden bestimmte Aspekte berücksichtigt, nämlich die geltende Rechtsgrundlage der Verträge, die Vertragsparteien, der Vertragsinhalt sowie die Vertragsziele. Diese Aspekte werden als Kriterien zugrunde gelegt, um später Parallelen zwischen den deutschen und den brasilianischen Verträgen herauszuarbeiten.

1. Die Kollektivvertragstypen

Die Vertragsarten der vertragsärztlichen Kollektivverträge, die in dieser Arbeit analysiert werden, sind der Bundesmantelvertrag – Ärzte und die Gesamtverträge gemäß §§ 82 Abs. 1 und 83 Abs. 1 SGB V.⁸⁸⁹

Bis 2013 existierten für den vertragsärztlichen Versorgungsbereich zwei Bundesmantelverträge, die sich nur in Bezug auf die Vertragspartner und nicht hinsichtlich des Inhalts unterscheiden: Der Bundesmantelvertrag – Ärzte und der Bundesmantelvertrag – Ärzte/Ersatzkassen. Der erstere Vertrag wurde zwischen der Kassen-ärztlichen Bundesvereinigung und dem AOK-Bundesverband, dem Bundesverband der Betriebskrankenkassen, dem Bundesverband der Innungskrankenkassen, dem Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkasse, der See-Krankenkasse sowie der Bundesknappschaft abgeschlossen. Der zweite Vertrag wurde zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung sowie den privatrechtlichen Verbänden der Angestellten-Krankenkasse und der Arbeiter-Ersatzkasse abgeschlossen.⁸⁹⁰ Seit dem 01.10.2013 gilt ein einheitlicher Bundesmantelvertrag für alle Kassenarten, der die ambulante Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung bundesweit regelt: Der Bundesmantelvertrag – Ärzte (BMV-Ä), der von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung

⁸⁸⁹ Es gibt weitere kollektivvertragliche Vereinbarungen im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung, wie die Arzneimittelvereinbarung nach § 84 Abs. 1 Satz 1 SGB V und die Vereinbarungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 106b Abs.2 Satz 1 SGB V.

⁸⁹⁰ *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 16.

und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen abgeschlossen wurde.⁸⁹¹ Der aktuelle BMV-Ä ist vom 1.1.2019.⁸⁹²

⁸⁹¹ *Schöder/Röhrig*, Bundesmantelvertrag, S. 8. Zur Einrichtung des Spitzenverbands Bund der Krankenkassen durch das GKV-WSG vom 26.03.2007 (BGBl. I, S. 378) siehe 1. Kap. A II 2 b.

⁸⁹² Die aktuelle Fassung dieses BMV-Ä ist auf der Homepage der Kassenärztlichen Bundesvereinigung zu finden. Abrufbar im Internet unter: <https://www.kbv.de/media/sp/BMV_Aerzte.pdf>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

a. Der Bundesmantelvertrag

Der Bundesmantelvertrag ist ein Rahmenvertrag⁸⁹³ und zugleich ein Regelungsinstrument der Leistungserbringung⁸⁹⁴ der vertragsärztlichen Versorgung auf Bundesebene. Seine Rechtsgrundlage ist §§ 82 Abs. 1, 87 Abs. 1 Satz 1 und 92 Abs. 8 SGB V.

Der Geltungsbereich des Bundesmantelvertrags erstreckt sich auf den Geltungsbereich des SGB V.⁸⁹⁵ Regelungsgegenstände dieses Vertrags sind Leistungen, welche die vertragsärztliche Versorgung umfasst bzw. nicht umfasst,⁸⁹⁶ die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung,⁸⁹⁷ die Gliederung in eine hausärztliche und eine fachärztliche Versorgung⁸⁹⁸ und die Qualität der vertragsärztlichen Versorgung.⁸⁹⁹ Die gesetzlichen und vertraglichen Regelungen über die Qualitätssicherung der vertragsärztlichen Versorgung und die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, die Bestandteil des Bundesmantelvertrags sind,⁹⁰⁰ bestimmen die personellen und sachlichen Qualitätsanforderungen als Mindestvoraussetzungen zur Durchführung vereinbarter Leistungserbringung der vertragsärztlichen Versorgung.⁹⁰¹ Die hier beschlossenen Anforderungen gelten im Übrigen auch für die Selektivverträge.⁹⁰²

Die Regelungsbefugnis der Bundesmantelvertragsparteien erstreckt sich auch auf die Organisation der vertraglichen Versorgung, insbesondere auf Regelungen über Vordrucke und Nachweise⁹⁰³ und auf allgemeine Regelungen zur vertragsärztlichen Gesamtvergütung und zu den Abrechnungsgrundlagen.⁹⁰⁴ Vieles davon ist bereits gesetzlich geregelt und wird hier nur konkretisiert. Regelungsgegenstände des Bundesmantelvertrags sind auch Rechte und

⁸⁹³ Dazu *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 20; *Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara*, VSSR 2011, S. 350.

⁸⁹⁴ Dazu *Ziermann*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 21, Rn. 21 f.

⁸⁹⁵ § 1 Abs. 1 Satz 2 des BMV-Ä vom 01.01.2018.

⁸⁹⁶ §§ 2-3 des BMV-Ä. Hier werden die gesetzlichen Vorgaben für die ärztlichen Leistungen der GKV insbesondere des 3. Kapitels des SGB V wiederholt und konkretisiert.

⁸⁹⁷ §§ 4-8 des BMV-Ä. Grundlegende Vorschriften für die Teilnahmen an der vertragsärztlichen Versorgung sind im SGB V und in der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte geregelt.

⁸⁹⁸ § 10 des BMV-Ä.

⁸⁹⁹ §§ 11-12 des BMV-Ä.

⁹⁰⁰ § 92 Abs. 8 SGB V und § 1 Abs. 4 des BMV-Ä.

⁹⁰¹ §§ 70 und 92 Nr. 13 SGB V.

⁹⁰² §§ 73c Abs. 1 Satz 3, 140a Abs. 2 Satz 4 SGB V.

⁹⁰³ § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB V. Vgl. etwa §§ 34-37a des BMV-Ä.

⁹⁰⁴ §§ 54-56 des BMV-Ä.

Pflichten des Vertragsarztes, der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Krankenkassen.⁹⁰⁵ Zu den Pflichten der Vertragsärzte gehört z. B. die persönliche Leistungserbringung,⁹⁰⁶ die Erbringung der Leistungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst und unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse,⁹⁰⁷ die Einhaltung von Sprechstunden⁹⁰⁸ oder die Dokumentation der Befunde.⁹⁰⁹ Pflichten der Versicherten sind die Vorlage der elektronischen Gesundheitskarte⁹¹⁰ oder eines anderen gültigen Behandlungsausweises und die Vergütung der Leistung der Ärzte, wenn sie diese Ausweise nicht vorlegen.⁹¹¹

Ein weiterer wichtiger Bestandteil des Bundesmantelvertrags ist, der durch den Bewertungsausschuss vereinbarte Einheitliche Bewertungsmaßstab (EBM) für die ärztlichen Leistungen.⁹¹² Der EBM bestimmt als Leistungsverzeichnis den Inhalt und den Umfang der abrechnungsfähigen Leistungen in der vertragsärztlichen Versorgung.⁹¹³

Die Funktion des Bundesmantelvertrags ist es, den allgemeinen Inhalt der Gesamtverträge festzulegen,⁹¹⁴ um bundesweit einheitliche Standards für die vertragsärztliche Versorgung zu gewährleisten.⁹¹⁵ Im Bundesmantelvertrag werden die Grundsätze der vertraglichen Versorgung festgesetzt,⁹¹⁶ d. h., dass die notwendigen allgemeinen Maßnahmen der Versorgung auf Bundesebene geregelt werden. Im Bundesmantelvertrag werden nicht nur eventuelle Regelungslücken gefüllt, sondern im Rahmen der Gesetze auch spezielle Regelungen zur Finanzierung und Wirtschaftlichkeit der Leistungen auf Grund der erheblichen finanziellen Belastungen bundesweit einheitlich geregelt.⁹¹⁷

⁹⁰⁵ §§ 57-61 des BMV-Ä. Dazu vgl. *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 21.

⁹⁰⁶ § 15 Abs. 1 Satz 1 des BMV-Ä.

⁹⁰⁷ § 16 Abs. 1 des BMV-Ä.

⁹⁰⁸ § 17 Abs. 1 Satz 1 des BMV-Ä.

⁹⁰⁹ § 57 des BMV-Ä.

⁹¹⁰ § 19 Abs. 1 des BMV-Ä.

⁹¹¹ *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 22.

⁹¹² § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

⁹¹³ Dazu *Ziermann*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 21, Rn. 14. Zum EBM siehe 3. Kap. B I 1e; vgl. schon oben Fn. 340.

⁹¹⁴ Vgl. etwa § 82 Abs. 1 SGB V. Dazu siehe *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 19.

⁹¹⁵ Dazu *Schöder/Röhrig*, Bundesmantelvertrag, S. 9.

⁹¹⁶ Vgl. *Scholz* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 82, Rn. 7.

⁹¹⁷ Vgl. etwa *Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara*, VSSR 2011, S. 350 f.

Der Bundesmantelvertrag ist ein unbefristeter Vertrag. Regelungen über das Inkrafttreten und die Kündigung werden im Bundesmantelvertrag selbst getroffen.⁹¹⁸

Die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen vereinbaren im Bundesmantelvertrag allgemeine Regelungen über die vertragsärztliche Versorgung. Sie lassen jedoch Gestaltungsspielraum für regionale Besonderheiten.⁹¹⁹

b. Der Gesamtvertrag

Der Gesamtvertrag ist ein Kollektivvertrag zur vertragsärztlichen Versorgung, der auf regionaler Ebene geschlossen wird.⁹²⁰ Er wird zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung und den für ihren Bezirk zuständigen Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen vereinbart.⁹²¹ Die maßgeblichen Regelungen finden sich in den §§ 82 Abs. 2-3, 83 Satz 1 SGB V.

Ebenso wie der Bundesmantelvertrag ist der Gesamtvertrag ein öffentlich-rechtlicher Vertrag mit Rechtsnormcharakter. Der Gesamtvertrag bindet nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch die beteiligten Krankenkassen vor Ort.⁹²² Er hat einen obligatorischen Teil, der die Vertragspartner bindet, und einen normativen Teil, der sich unmittelbar aus § 83 SGB V ergibt.⁹²³ Seit 2002 wird der Gesamtvertrag mit Wirkung für alle Versicherten einer Kassenart vereinbart, die im jeweiligen Bezirk einer Kassenärztlichen Vereinigung wohnen (Wohnortprinzip).⁹²⁴

Die allgemeinen Grundsätze der vertragsärztlichen Versorgung werden im Bundesmantelvertrag geregelt, dessen Inhalt Bestandteil des Gesamtvertrags ist.⁹²⁵ Der Gesamtvertrag trifft Regelungen über die konkrete Ausgestaltung der vertragsärztlichen Versorgung im jeweiligen Anwendungsbereich des Vertrags, d. h. Regelungen über regionale Besonderheiten der Versorgungsstruktur.⁹²⁶ Da der Bundesmantelvertrag Bestandteil des Gesamtvertrags ist,

⁹¹⁸ §§ 64-65 des 1 BMV-Ä.

⁹¹⁹ Vgl. hiermit *Ziermann*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 21, Rn. 7 ff.

⁹²⁰ Vgl. *Engelhart-Au* in: Hänlein/Schuler, § 82, Rn. 1.

⁹²¹ § 83 Satz 1 SGB V.

⁹²² Vgl. *Engelhart-Au* in: Hänlein/Schuler, § 83, Rn. 7.

⁹²³ Dazu *Sacker/Kaeding*, MedR 2012, S. 21.

⁹²⁴ § 83 Abs. 1 SGB V. Zum Wohnortprinzip siehe *Werner* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 83, S. 677; *Scholz* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 83, Rn. 5.

⁹²⁵ § 82 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

⁹²⁶ Dazu *Ziermann*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 21, Rn. 25; *Engelhart-Au* in: Hänlein/Schuler, § 82, Rn. 1.

dürfen Regelungen des Gesamtvertrags dem Bundesmantelvertrag nicht widersprechen.⁹²⁷ Ein wichtiger Regelungsinhalt des Gesamtvertrags ist auch die Höhe der Gesamtvergütung, welche die Krankenkasse an die jeweilige Kassenärztliche Vereinigung für die gesamte vertragsärztliche Versorgung entrichtet.⁹²⁸

2. Selektivvertragstypen

Durch die Selektivverträge wurden die so genannten neuen Versorgungsformen eingeführt, die der Umsetzung alternativer Versorgungsstrukturen im Gesundheitswesen dienen.⁹²⁹

Im Folgenden werden drei Typen von Selektivverträgen näher betrachtet, nämlich Modellvorhaben, die hausarztzentrierte Versorgung und die besondere Versorgung (integrierte Versorgung). Diese Verträge spielen in der Praxis bei der vertragsärztlichen Versorgung der GKV eine große Rolle. Sie haben bereits eine etwas längere Tradition und werden häufig als Beispiel für Selektivverträge herangezogen.

a. Modellvorhaben

Modellvorhaben sind gleichsam vertragliche Versuchsprojekte zwischen den Krankenkassen sowie den Leistungserbringern, die durch die Erprobung von Versorgungsstrukturen, Behandlungsmethoden und Leistungsinhalte die Versorgung der gesetzlichen Krankenversicherung weiter entwickeln sollen.⁹³⁰ Durch Modellvorhaben wurde ein weitgehendes Experimentierfeld für innovative Verfahren im Rahmen der Gesundheitsversorgung eröffnet.⁹³¹ Modellvorhaben haben den Zweck, ein System vor Erstarrung und Dysfunktionalität zu bewahren und es flexibel und für Innovationen offen zu halten.⁹³²

Modellvorhaben sind in §§ 63-65 SGB V geregelt. Sie werden zwischen Krankenkassen und ihren Verbänden⁹³³ und in der GKV zugelassenen Leistungserbringern oder Gruppen von

⁹²⁷ BSGE 63, 163 (164); 70, 285 (288).

⁹²⁸ § 85 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V.

⁹²⁹ Zu Selektivverträgen zwischen Ärzten und Krankenkassen vgl. *Wigge/Harney*, MedR 2008, S. 139 ff.; *Schütz*, MedR 2015, S. 162; *Bogan*, SGB 2008, S. 433 ff.

⁹³⁰ Vgl. *Hensel*, Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht, S. 41; *Koch* in: *Schlegel/Voelzke*, SGB V, § 63, S. 958.

⁹³¹ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs des 2. GKV-Neuordnungsgesetzes vom 23.06.1997 (BGBl. I, S. 1520), BT-Drucks. 13/6087, S. 18. Dazu *Knieps* in: *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12, Rn. 8.

⁹³² *Noftz*, VSSR 1997, S. 417.

⁹³³ § 63 Abs. 1 SGB V.

Leistungserbringern einschließlich Kassenärztliche Vereinigungen vereinbart.⁹³⁴ Sie wurden durch das 2. GKV-Neuordnungsgesetz⁹³⁵ eingeführt.⁹³⁶

Aufgrund unterschiedlicher möglicher Vertragsgegenstände lassen sich Modellvorhaben in verschiedene Vertragstypen unterteilen. Typische Vertragsarten sind dabei Strukturmodelle⁹³⁷ und Leistungsmodelle⁹³⁸.

Strukturmodelle werden nur im Rahmen der gesetzlichen Aufgabenstellung der Krankenkassen und zur Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung vereinbart.⁹³⁹ Es geht darum, neue Organisations- und Kooperationsformen durch eine Weiterentwicklung von Verfahrens-, Organisations-, Finanzierungs- und Vergütungsformen der Leistungserbringung zu schaffen.⁹⁴⁰ Auch die informationstechnische und organisatorische Verbesserung der Datenverwendung sowie die Erweiterung der Befugnisse zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten können Gegenstand der Strukturmodelle sein.⁹⁴¹

Leistungsmodelle⁹⁴² werden vereinbart, um Behandlungsmethoden und Leistungsinhalte zu erproben.⁹⁴³ Zu den Vertragsgegenständen zählen Leistungen zur Verhütung und Früherkennung von Krankheit sowie Krankenbehandlungen, die nach den Regelungen des SGB V eigentlich keine Leistungen der GKV sind.⁹⁴⁴ Allerdings dürfen solche Leistungen nicht vom

⁹³⁴ § 64 Abs. 1 SGB V.

⁹³⁵ Vom 23.06.1997, BGBl. I, S. 1520.

⁹³⁶ Vereinbarungen über Modellvorhaben sind schon 1994 und 1995 zwischen Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen in verschiedenen Bundesländern zustande gekommen. Dazu *Wigge*, NZS 2001, S. 17 f. Die gesetzliche Grundlage von Modellvorhaben wurde durch zahlreiche Gesetze verändert. Zu nennen sind hier das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 vom 22.12.1999 (BGBl. I, S. 2626), das GKV-Modernisierungsgesetz vom 19.11.2003 (BGBl. I, S. 2190), das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz vom 28.05.2008 (BGBl. I, S. 874), das GKV-Versorgungsstrukturgesetz vom 22.12.2011 (BGBl. I, S. 2983), das Psych-Entgeltgesetz vom 21.07.2012 (BGBl. I, S. 1613), das Erste Pflegestärkungsgesetz vom 17.12.2014 (BGBl. I, S. 2222), das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 16.07.2015 (BGBl. I, S. 1211), das Präventionsgesetz vom 17.07.2015, (BGBl. I, S. 1368), das Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz vom 04.04.2017 (BGBl. I, S. 778).

⁹³⁷ §§ 63 Abs. 1, Abs. 3a-c SGB V.

⁹³⁸ § 63 Abs. 2 SGB V.

⁹³⁹ § 63 Abs. 1 SGB V.

⁹⁴⁰ Vgl. *Cassel/Ebsen/Greß/Jacobs/Schulze/Wasern*, Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 47.

⁹⁴¹ § 63 Abs. 3a SGB V.

⁹⁴² § 63 Abs. 2 SGB V.

⁹⁴³ Vgl. *Hensel*, Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht, S. 145.

⁹⁴⁴ § 63 Abs. 2 SGB V.

Gemeinsamen Bundesausschuss ausgeschlossen worden sein.⁹⁴⁵ Außerdem ist es notwendig, dass tragfähiges Erkenntnis-material zu Nutzen und Risiken der Leistungen vorliegt.⁹⁴⁶ Fragen der biomedizinischen Forschung sowie Forschungen zur Entwicklung und Prüfung von Arzneimitteln und Medizinprodukten können nicht Gegenstand von Modellvorhaben sein.⁹⁴⁷

Das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz⁹⁴⁸ führte weitere Strukturmodelle ein. Nunmehr können bestimmte Tätigkeiten auf Angehörige der im Krankenpflegegesetz und im Altenpflegegesetz geregelten Berufe sowie Physiotherapeuten übertragen werden.⁹⁴⁹ Ziele dieses Modellprojekts sind im Rahmen eines Delegationsprozesses die Entlassung der Vertragsärzte und der Abbau derzeitiger Versorgungsdefizite (Hausärztemangel), insbesondere in strukturschwachen Regionen, etwa in den neuen Bundesländern.⁹⁵⁰

Um zu überprüfen, ob die Ziele von Modellvorhaben nach § 63 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V erreicht wurden, haben die Krankenkassen und ihre Verbände eine wissenschaftliche Begleitung und Auswertung der Modellvorhaben nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Standards zu veranlassen.⁹⁵¹ Diese Auswertung wird von unabhängigen Sachverständigen durchgeführt, und der von ihnen erstellte Bericht über die Ergebnisse der Auswertung ist zu veröffentlichen.⁹⁵²

Durch Reformgesetze wurden noch weitere Modellprojekte eingeführt, nämlich das Modellprojekt zur Arzneimittelversorgung gemäß § 64a SGB V, das Modellvorhaben zur Versorgung psychisch kranker Menschen gemäß § 64b SGB V, das Modellvorhaben zum Screening auf 4MRGN gemäß § 64c SGB V, das Modellvorhaben zur Heilmittelversorgung gemäß § 64d SGB V und das Modellvorhaben für Präventionsmaßnahmen gemäß §§ 20d-g SGB V. Modellvorhaben zur Arzneimittelversorgung wurden durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG)⁹⁵³ geschaffen. Die Vertragspartner sind einerseits die Landesverbände der Krankenkassen und andererseits die Kassenärztlichen Vereinigungen und die für die

⁹⁴⁵ § 63 Abs. 4 SGB V.

⁹⁴⁶ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zum 2. GKV-Neuordnungsgesetz, BT-Drucks. 13/6087, S. 27; *Knieps*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12, Rn. 8.

⁹⁴⁷ § 63 Abs. 4 Satz 2 SGB V.

⁹⁴⁸ Vom 28.05.2008, BGBl. I, S. 874.

⁹⁴⁹ § 63 Abs. 3b-3c SGB V.

⁹⁵⁰ Vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes, BT-Drucks. 16/7439, S. 95 f.; *Werner* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 63, S. 552.

⁹⁵¹ § 65 Satz 1 SGB V.

⁹⁵² § 65 Satz 2 SGB V.

⁹⁵³ Vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2983.

Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Organisationen der Apotheker auf Landesebene (Apothekerverbände).⁹⁵⁴ Verfolgt werden die Optimierung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Arzneimittelversorgung durch die Verbesserung der Therapietreue der Patienten, die Erhöhung der Sicherheit von Arzneimitteltherapien und die Minimierung der Risiken jeder Arzneimitteltherapie.⁹⁵⁵

Durch das Psych-Entgeltgesetz (PsychEntgG)⁹⁵⁶ wurden Modellvorhaben zur Versorgung psychisch kranker Menschen eingeführt. Es geht um ein Struktur- oder Leistungsmodell, das durch eine Verbesserung der Patientenversorgung oder der sektorenübergreifenden Leistungserbringung der Weiterentwicklung der Versorgung psychisch kranker Menschen dient.⁹⁵⁷ Diese Modellprojekte sind im Regelfall auf längstens acht Jahre zu befristen.⁹⁵⁸ Ziel dieses Modellprojekts ist, Besonderheiten der psychiatrischen und psychosomatischen Versorgung, die durch eine oftmals besonders lange Betreuungsdauer, wiederholte Kontakte und eine besonders hohe Zahl der einzubeziehenden Akteure gekennzeichnet ist, zu berücksichtigen.⁹⁵⁹

Ein weiteres Modellprojekt wurde im Rahmen des ersten Pflegestärkungsgesetzes⁹⁶⁰ eingeführt. Es geht um eine Erprobung eines Versorgungsverfahrens im ambulanten Bereich, nämlich Screening auf multiresistente gramnegative Stäbchen mit einer Resistenz gegen alle der vier Antibiotikagruppen (4MRGN).⁹⁶¹ Ziel dieses Modellvorhabens ist, ein gezieltes Screening im ambulanten Bereich vor einer elektiven Krankenhausaufnahme im Rahmen der GKV zu erproben und damit die Effektivität und den Aufwand dieser Versorgungsmaßnahme bei der Infektionsbekämpfung abschätzen zu können.⁹⁶²

Durch das Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz (HHVG)⁹⁶³ wurden Modellvorhaben zur Heilmittelversorgung eingeführt. Vertragspartner sind auf der einen Seite die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen und auf der anderen Seite die für die Wahr-

⁹⁵⁴ § 64a SGB V.

⁹⁵⁵ Vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs des Versorgungsstrukturgesetzes, BT- Drucks. 17/8005, S. 106.

⁹⁵⁶ Vom 21.07.2012, BGBl. S. 2983.

⁹⁵⁷ § 64b SGB V.

⁹⁵⁸ § 64b Abs. 2 SGB V.

⁹⁵⁹ Vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs des Psych-Entgeltgesetzes, BR- Drucks. 30/12, S. 71.

⁹⁶⁰ Vom 27.12.2014, BGBl. I, S. 2222.

⁹⁶¹ § 64c Abs. 1 SGB V.

⁹⁶² Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs des Ersten Pflegestärkungsgesetzes, BT- Drucks. 18/2909, S. 46.

⁹⁶³ Vom 04.04.2017, BGBl. I, S. 778.

nehmung der Interessen der Heilmittelerbringer maßgeblichen Verbände auf Landesebene.⁹⁶⁴ Das gesetzte Ziel ist, Modellvorhaben auf mehrere Länder zu erstrecken, bei denen die Leistungserbringer (Physiotherapeuten und Ergotherapeuten) unter bestimmten Bedingungen selbst über die Auswahl und die Dauer der Therapie sowie die Frequenz der Behandlungseinheiten bestimmen.⁹⁶⁵

Im Rahmen einer nationalen Präventionsstrategie wurden durch das Präventionsgesetz⁹⁶⁶ die §§ 20d-g SGB V eingeführt, in denen ein weiteres Modellvorhaben geregelt wird. Leistungsträger und ihre Verbände können in Kooperation mit Dritten Kooperationsmodelle abschließen.⁹⁶⁷ Gedacht wurde die Einbindung regionaler Akteure, etwa Organisationen, die bereits erfolgreich in Kooperation mit den in den Ländern oder im Bund zuständigen Stellen Präventionsmaßnahmen durchgeführt haben.⁹⁶⁸ Das Ziel ist es, die Qualität und Effizienz der Versorgung mit Leistungen zur Gesundheitsförderung und Prävention in verschiedenen gesetzlich definierten Lebenswelten⁹⁶⁹ und mit Leistungen zur betrieblichen Gesundheitsförderung zu verbessern.⁹⁷⁰

Da Modellvorhaben der Erprobung von Maßnahmen dienen, müssen eine wissenschaftliche Begleitung und Auswertung der Modellprojekte im Hinblick auf die Erreichung der Ziele nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Standards stattfinden.⁹⁷¹ Die Auswertung ermöglicht es herauszufinden, ob die Ziele der Modellvorhaben erreicht worden sind und welche Auswirkungen auf Qualität und Kosten der Versorgung beobachtet werden können.⁹⁷²

Auch wegen des experimentellen Charakters der Modellvorhaben sind die Verträge im Regelfall auf längstens acht Jahre zu befristen.⁹⁷³ Ausnahmen sind Verträge gemäß § 64 Abs. 5

⁹⁶⁴ § 64d Abs. 1 SGB V.

⁹⁶⁵ Vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs des Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetzes, BR-Drucks. 490/16, S. 23 f.

⁹⁶⁶ Vom 17.07.2015, BGBl. I, S. 1368.

⁹⁶⁷ § 20g Abs. 1 Satz 1 SGB V.

⁹⁶⁸ Vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs des Gesetzes zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention, BR-Drucks. 18/4282, S. 39.

⁹⁶⁹ Zum Begriff der Lebenswelten vgl. § 20a Abs. 1 Satz 1 SGB V.

⁹⁷⁰ § 20g Abs. 1 Satz 2 SGB V.

⁹⁷¹ § 65 Satz 1 SGB V.

⁹⁷² Vgl. dazu *Knieps* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12, Rn. 10.

⁹⁷³ § 63 Abs. 5 Satz 1 SGB V.

Satz 3 SGB V, Modellvorhaben zur Arzneimittelversorgung,⁹⁷⁴ zur Heilmittelversorgung,⁹⁷⁵ und Modellvorhaben für Präventionsmaßnahmen,⁹⁷⁶ die eine Laufzeit von drei bzw. bis zu fünf Jahren haben. Durch die Befristung wird vermieden, bestimmte Versorgungsstrukturen oder Leistungsangebote dauerhaft einzuführen, ohne dass die damit verbundenen Auswirkungen auf Qualität und Kosten der Versorgung wissenschaftlich ausgewertet wurden.⁹⁷⁷

Die Beteiligung der Versicherten an Modellvorhaben ist freiwillig. Die Erteilung der Einwilligung wird gesetzlich geregelt.⁹⁷⁸ Um diese Versorgungsform attraktiv zu gestalten, kann eine Bonusvereinbarung für Versicherte eingeführt werden, wenn die Einsparungen die Mehraufwendungen dieser Versorgungsformen überschreiten.⁹⁷⁹

Um den Vertragspartnern bei der Vereinbarung und Durchführung von Modellvorhaben nach § 63 Abs. 1 SGB V mehr Spielraum einzuräumen, kann von den Vorschriften des Vierten und des Zehnten Kapitels des SGB V sowie des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und des Krankenhausentgeltgesetzes abgewichen werden.⁹⁸⁰ Deswegen kann die Vergütung der Leistungen im Rahmen der Modellvorhaben vertraglich geregelt werden und außerhalb der Gesamtvergütung für die gesamte vertragsärztliche Versorgung⁹⁸¹ erfolgen.⁹⁸² Die Vertragspartner sind aber zur Wahrung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität verpflichtet.⁹⁸³ Eine Abweichung von der Beitragssatzstabilität ist nur zulässig, wenn die durch Modellvorhaben entstehenden Mehraufwendungen durch nachzuweisende Einsparungen auf Grund der im Modellvorhaben vorgesehenen Maßnahmen ausgeglichen werden.⁹⁸⁴

b. Hausarztzentrierte Versorgung

Die vertragsärztliche Versorgung gliedert sich gemäß § 73 Abs. 1 SGB V in die hausärztliche und die fachärztliche Versorgung. Die hausarztzentrierte Versorgung gemäß § 73b SGB V entspricht einer Sonderform der hausärztlichen Regelversorgung, in der die teilnehmenden Hausärzte die im Gesetz festgelegten Mindestqualitätsanforderungen erfüllen müssen und

⁹⁷⁴ § 64a Abs. 1 SGB V.

⁹⁷⁵ § 64d Abs. 3 SGB V.

⁹⁷⁶ § 20g Abs. 2 SGB V.

⁹⁷⁷ Begründung des Gesetzentwurfs zum 2. GKV-Neuordnungsgesetz, BT-Drucks. 13/6087, S. 27.

⁹⁷⁸ § 63 Abs. 3a Satz 3 und 4 SGB V.

⁹⁷⁹ § 63 Abs. 3 Satz 3 SGB V.

⁹⁸⁰ § 63 Abs. 3 SGB V.

⁹⁸¹ §§ 85 und 87a SGB V.

⁹⁸² § 64 Abs. 3 Satz 1 SGB V.

⁹⁸³ § 63 Abs. 3 Satz 1 SGB V.

⁹⁸⁴ § 63 Abs. 3 Satz 2 SGB V.

die Versicherten nur auf Überweisung des gewählten Hausarztes ambulante fachärztliche Leistungen in Anspruch nehmen können.

Die Krankenkassen können seit dem Inkrafttreten des 2. GKV- Neuordnungsgesetzes⁹⁸⁵ die hausärztliche Versorgungsform anbieten. Zunächst wurde diese innerhalb des kollektivvertraglichen Systems im Rahmen der gesamtvertraglichen Vorgaben angeboten,⁹⁸⁶ nach dem Inkrafttreten des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes⁹⁸⁷ wurde das Hausarztmodell als Selektivvertrag⁹⁸⁸ ermöglicht.⁹⁸⁹ Die Verpflichtung der Krankenkassen, ihren Versicherten eine hausarztzentrierte Versorgung anzubieten, ist mit dem GKV-Modernisierungsgesetz⁹⁹⁰ eingeführt worden.⁹⁹¹

Die Durchführung der hausarztzentrierten Versorgung durch Selektivverträge zielt auf die Intensivierung des Wettbewerbs innerhalb der GKV und die Bereitstellung einer qualitativ besonders hochstehenden hausärztlichen Versorgung außerhalb der kollektivvertraglichen Regelungsstruktur ab.⁹⁹² Neben der Verbesserung der Versorgungsqualität verfolgt diese Versorgungsform das Ziel, Wirtschaftlichkeitsreserven⁹⁹³ durch die Koordinierungsfunktion der Hausärzte zu erschließen.⁹⁹⁴ Das Angebot einer hausärztlichen Versorgung durch Selektivverträge soll auch die Bedeutung der Hausärzte gegenüber den Versicherten in der ambulanten Versorgung durch eine langfristige und optimale Betreuung stärken.⁹⁹⁵

⁹⁸⁵ Vom 23.06.1997, BGBl. I, S. 1520.

⁹⁸⁶ Dazu Begründung des GKV-Modernisierungsgesetzes, BT-Drucks. 15/1525, S. 97.

⁹⁸⁷ Vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378.

⁹⁸⁸ § 73b Abs. 1 SGB V.

⁹⁸⁹ Dazu Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, BT-Drucks. 16/3100, S. 111; *Schuler-Harms*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, S. 822.

⁹⁹⁰ Vom 19.11.2003, BGBl. I, S. 2190. Die rechtliche Grundlage der hausarztzentrierten Versorgung wurde auch durch das GKV- Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26.03.2007 (BGBl. I, S. 378), das GKV-Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen vom 15.12.2008 (BGBl. I, S. 2426), das GKV-Gesetz zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der GKV vom 22.10.2010 (BGBl. I, S. 2309) und das GKV- Versorgungstärkungsgesetz vom 16.07.2015 (BGBl. I, S. 1211) weiterentwickelt.

⁹⁹¹ Da die Krankenkassen trotz der gesetzlichen Verpflichtung nicht in ausreichender Anzahl Verträge zur hausärztlichen Versorgung abgeschlossen haben, wurde ihnen durch das GKV-OrgWG vom 15.12.2009 (BGBl. I, S. 2426) eine Frist bis zum 30.06.2009 gesetzt, um Verträge gemäß § 73b Abs. 4 SGB V zu schließen.

⁹⁹² Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Modernisierungsgesetz, BT- Drucks. 15/1525, S. 97.

⁹⁹³ Zur Koordinierungsfunktion des Hausarztes siehe 3. Kap. B I 2 b.

⁹⁹⁴ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, BT-Drucks. 16/3100, S. 112.

⁹⁹⁵ Dazu *Schulteis*, Hausarztzentrierte Versorgung, S. 21.

Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung können Primär- oder Sekundärverträge sein. Wenn die gesetzliche Krankenkasse allein oder in Kooperation mit anderen Krankenkassen Verträge zur Sicherstellung einer flächendeckenden hausarztzentrierten Versorgung gemäß § 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V mit qualifizierten Gemeinschaften von Hausärzten abschließt, werden diese Verträge Primärverträge genannt.⁹⁹⁶ Ist der Primärvertrag nach § 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V zustande gekommen oder soll ein Vertrag zur Versorgung von Kindern und Jugendlichen geschlossen werden, können die Krankenkassen mit den in § 73b Abs. 4 Satz 3 Nr. 1-4 SGB V genannten vertragsärztlichen Leistungserbringern Sekundärverträge abschließen. Nur wenn der Primärvertrag nicht zustande gekommen ist, weil die Krankenkassen in dem Bezirk einer Kassenärztlichen Vereinigung keinen Vertragspartner finden, dürfen die Krankenkassen zur flächendeckenden Sicherstellung der hausärztlichen Versorgung Verträge mit den Vertragspartnern der Sekundärverträge schließen.⁹⁹⁷ Die in § 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V qualifizierten Gemeinschaften von Hausärzten erreichen somit eine privilegierte Stellung als Vertragspartner.

Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften haben die Vertragsparteien Gestaltungsfreiheit, was die Bestimmung des Gegenstandes der hausarztzentrierten Versorgung betrifft.⁹⁹⁸ In den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung wird das Nähere über den Inhalt, die Durchführung, die Vergütung und insbesondere die Ausgestaltung der Qualitätsanforderung dieser Versorgung geregelt.⁹⁹⁹

In der Rechtspraxis können durch Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung nicht nur Leistungen der hausärztlichen Regelversorgung (Vollversorgungsverträge), sondern auch bestimmte zusätzliche Leistungen auf die bisherige hausärztliche Versorgung (Add-on-Verträge) erbracht werden.¹⁰⁰⁰ Verträge zur hausärztlichen Versorgung können auch Abweichendes von den im 3. Kapitel des SGB V genannten Leistungen gemäß § 73b Abs. 5 Satz 3 SGB V beinhalten, soweit sie von keiner ablehnenden Entscheidung des Gemeinsamen Bundesausschusses betroffen sind.

⁹⁹⁶ Vgl. dazu *Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, S. 45; *Bäune*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, S. 609.

⁹⁹⁷ § 73b Abs. 4 SGB V.

⁹⁹⁸ *Hensel*, Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht, S. 107.

⁹⁹⁹ § 73b Abs. 5 Satz 1 SGB V.

¹⁰⁰⁰ Zur Ausgestaltung der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung als Vollversorgungs- oder Add-on-Verträge siehe *Huster/Schütz*, NZS 2016, S. 645; *Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, S. 47; *Huster*, SGB 2010, S. 253 ff.; *Klückmann*, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, S. 19.

Die Vergütungsregelungen können von den Vorschriften des 4. Kapitels des SGB V abweichen.¹⁰⁰¹ Bei den Verträgen, die nach dem 22.9.2010 zustande gekommen sind, muss aber der Grundsatz der Beitragssatzstabilität beachtet werden.¹⁰⁰² Bei den Verträgen, die nach dem 31.3.2014 zustande gekommen sind, müssen vereinbarte Wirtschaftlichkeitskriterien spätestens vier Jahre nach dem Wirksamwerden der zugrunde liegenden Verträge nachweisbar sein.¹⁰⁰³

Das Gesetz selbst sieht keine bestimmte Laufzeit für die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung vor. Die Teilnahme an der hausarztzentrierten Versorgung ist gemäß § 73b Abs. 3 Satz 1 SGB V freiwillig. Im Fall der Teilnahme verpflichten sich die Versicherten schriftlich gegenüber ihrer Krankenkasse, nur einen von ihnen aus dem Kreis der Hausärzte gewählten Hausarzt in Anspruch zu nehmen.¹⁰⁰⁴ Der Versicherte ist an seine Teilnahmeerklärung und an die Wahl seines Hausarztes mindestens ein Jahr gebunden,¹⁰⁰⁵ aber er hat ein Widerrufsrecht gemäß § 73b Abs. 3 Satz 3 SGB V. Regelungen über die Einzelheiten der Teilnahme an der hausarztzentrierten Versorgung können in der Teilnahmeerklärung der Versicherten festgelegt werden.¹⁰⁰⁶

Die rechtlichen Vorgaben zur hausarztzentrierten Versorgung werden in der Literatur kritisiert. Ein Kritikpunkt betrifft die Festlegung eines bevorzugten Vertragspartners, nämlich die qualifizierte Gemeinschaft im Sinne des § 73 Abs. 4 Satz 1 SGB V.¹⁰⁰⁷ Sie hat eine privilegierte Stellung als Vertragspartner, aber der konkrete rechtliche Status dieser Gemeinschaft von Leistungserbringern ist im SGB V nicht definiert.¹⁰⁰⁸ Das einzige im Gesetz festgelegte Kriterium für die Qualifizierung der Gemeinschaft als Vertragspartner ist, dass sie mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte des Bezirks der Kassenärztlichen Vereinigung vertreten soll.¹⁰⁰⁹ In diesem Zusammenhang bleiben wichtige Fragen offen: Wann vertritt eine Gemeinschaft eine ausreichende Zahl von Allge-

¹⁰⁰¹ § 73b Abs. 5 SGB V.

¹⁰⁰² § 73b Abs. 5a SGB V in der Fassung vom GKV-OrgWG vom 01.01.2009, BGBl. I, S. 2426.

¹⁰⁰³ § 73b Abs. 9 SGB V.

¹⁰⁰⁴ § 73b Abs. 3 Satz 2 SGB V.

¹⁰⁰⁵ § 73b Abs. 3 Satz 5 SGB V.

¹⁰⁰⁶ Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, BT- Drucks. 641/14, S.100.

¹⁰⁰⁷ Ausführlich zu der qualifizierten Gemeinschaft als Partner der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung vgl. *Huster*, NZS 2010, S. 69.

¹⁰⁰⁸ Dazu *Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, S. 46.

¹⁰⁰⁹ § 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V.

meinärzten; zu welchem Zeitpunkt muss das Quorum für die Qualifizierung der Gemeinschaft erfüllt sein und welche Auswirkungen haben Veränderungen des Quorums?¹⁰¹⁰ Die Vorrangstellung dieser Gemeinschaft als Vertragspartner wurde auch kritisiert, weil durch ihre privilegierte Stellung ein Quasi-Monopol der Allgemeinarzt-gemeinschaft begründet wurde, anstatt den Wettbewerb unter den Leistungserbringern zu fördern.¹⁰¹¹ Außerdem mutet es seltsam an, dass privatrechtlich organisierte Berufsverbände wie die qualifizierten Gemeinschaften im Sinne des § 73b Abs. 4 Satz 1 SGBV, die keine kontrollierte Körperschaft des öffentlichen Rechts sind, einen Sicherstellungsauftrag für die hausärztliche Versorgung erhalten.¹⁰¹²

c. Besondere Versorgung (Integrierte Versorgung)

Besondere Versorgung im Sinne des § 140a Abs. 1 Satz 1 SGB V sind Versorgungsformen außerhalb der Regelungsversorgung. Eine davon ist die integrierte Versorgung, die eine sektorenübergreifende oder eine interdisziplinär fachübergreifende Versorgung der Versicherten bietet.¹⁰¹³ Seit dem Inkrafttreten des GKV-Versorgungsstärkungsgesetzes¹⁰¹⁴ wurden die wesentlichen Regelungen zu den Selektivverträgen in § 140a SGB V neu strukturiert, um die Gestaltungsmöglichkeiten der Krankenkassen zu erweitern und bürokratische Hemmnisse zu beseitigen.¹⁰¹⁵ Verträge zur integrierten Versorgung werden über § 140a SGB V abgeschlossen.¹⁰¹⁶

¹⁰¹⁰ Vgl. dazu *Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, S. 46.

¹⁰¹¹ Vgl. dazu *Huster*, NZS 2010, S. 69.

¹⁰¹² Vgl. dazu *Huster*, NZS 2010, S. 69; *Plettner*, Vertragswettbewerb in der GKV unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten, S. 82.

¹⁰¹³ § 140a Abs. 1 Satz 2 SGB V.

¹⁰¹⁴ Vom 16.07.2015, BGBl. I, S. 1211.

¹⁰¹⁵ Strukturverträge (§ 73a a. F. SGB V), Verträge zur besonderen ärztlichen Behandlung (§ 73c a. F. SGB V) und Integrierte Versorgung (§§ 140a- 140d a. F. SGB V), die in der am 22.05.2015 geltenden Fassung geschlossen wurden, gelten nach § 140a Abs. 1 Satz 3 SGB V fort. Der neu gefasste § 140a SGB V fasst die geregelte Möglichkeit der gesetzlichen Krankenkassen, diese Verträge weiterhin abzuschließen, zusammen. Durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 16.07.2015 (BGBl. I, S. 1211) sind die §§ 140b-d aufgehoben worden. Vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, BR- Drucks. 641/14, S. 154 f.

¹⁰¹⁶ Die Verträge zur integrierten Versorgung wurden durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz vom 22.12.1999 (BGBl. I, S. 2626) eingeführt und ihre Rechtsgrundlage wurde durch das GKV- Modernisierungsgesetz vom 14.11.2003 (BGBl. I, S. 2190), das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26.03.2007 (BGBl. I, S. 378), das Arzneimittelneuordnungsgesetz vom 22.12.2010 (BGBl. I, S. 2262), das GKV-Versorgungsstrukturgesetz vom 22.12.2011 (BGBl. I, S. 2983) und das GKV- Versorgungsstärkungsgesetz vom 16.07.2015 (BGBl. I, S. 1211) weiterentwickelt.

Integrierte Versorgung bedeutet eine vertragliche Vereinbarung integrativer Versorgungsaufträge, in denen medizinische Leistungsprozesse Grenzen medizinischer Fachgebiete überwinden sollen;¹⁰¹⁷ es geht etwa um niedergelassene Haus- oder Fachärzte, die gemeinsam mit stationären Einrichtungen eine medizinische Versorgung aus einer Hand anbieten, indem sie bei der Behandlung der Patienten kooperieren und sich ein gemeinsames Budget teilen.¹⁰¹⁸

Ziel der integrierten Versorgung ist es, die starre Aufgabenteilung zwischen der ambulanten und der stationären Versorgung bzw. zwischen Haus- und Fachärzten, ärztlichen und nicht ärztlichen Leistungserbringern sowie zwischen Rehabilitation und Pflege durch eine Verzahnung dieses Versorgungsbereichs zu durchbrechen und damit eine stärker an den Versorgungsbedürfnissen der Patienten orientierte Behandlung zu erreichen.¹⁰¹⁹ Auch eine Verbesserung der Wirksamkeit und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung wird durch die integrierte Versorgung bezweckt.¹⁰²⁰

In § 140a Abs. 3 SGB V wird der Kreis der Vertragspartner der Verträge zur integrierten Versorgung festgelegt. Das sind die berechtigten Leistungserbringer und ihre Gemeinschaften, Träger von Einrichtungen, die eine besondere Versorgung anbieten, Pflegekassen und zugelassene Pflegeeinrichtungen, Praxiskliniken, pharmazeutische Unternehmen, Hersteller von Medizinprodukten und Kassenärztliche Vereinigungen.

Im Sinne einer möglichst großen Gestaltungsfreiheit und zur Weiterentwicklung des Wettbewerbs beinhalten Verträge zur integrierten Versorgung Abweichungsbefugnisse von gesetzlichen Vorgaben.¹⁰²¹ Wie bei den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung können bei Verträgen zur integrierten Versorgung gemäß § 140a Abs. 2 Satz 1 SGB V Leistungen vereinbart werden, die über den Leistungsumfang der Regelversorgung der GKV hinausgehen.¹⁰²² Die Selektivverträge können Leistungen enthalten, die nach § 11 Abs. 6 SGB V auch

¹⁰¹⁷ Nach dem Konzept des Gesetzgebers soll die integrierte Versorgung die Qualitätsdefizite und Unwirtschaftlichkeit der Versorgung im Rahmen der GKV überwunden. Vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, BT-Drucks. 14/1245, S. 91; *Jung*, SGB 2009, S. 386; *Plettner*, Vertragswettbewerb in der GKV unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten, S. 41.

¹⁰¹⁸ Vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, BT-Drucks. 14/1245, S. 91; *Jung*, SGB 2009, S. 386; *Plettner*, Vertragswettbewerb in der GKV unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten, S. 41.

¹⁰¹⁹ Vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, BT-Drucks. 14/1245, S. 91.

¹⁰²⁰ Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, BT-Drucks. 14/1245, S. 92.

¹⁰²¹ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, BT-Drucks. 641/14, S. 155.

¹⁰²² Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, BT-Drucks. 641/14, S. 155.

Gegenstand einer Satzungsleistung sind.¹⁰²³ Durch Selektivverträge können z. B. Leistungen der Früherkennung, Leistungen der Soziotherapie und der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung sowie ärztliche Leistungen einschließlich neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden erweitert werden.¹⁰²⁴ Leistungen, die vom Gemeinsamen Bundesausschuss bereits ablehnend bewertet wurden, dürfen aber nicht gemäß § 140a Abs. 2 Satz 3 SGB V im Rahmen einer integrierten Versorgung erbracht werden. Die Vertragspartner der Verträge zur integrierten Versorgung können gemäß § 140a Abs. 2 Satz 1 SGB V frei über die Ausgestaltung der Vergütung und über deren Berechnung entscheiden. Der Vertragsgegenstand kann gemäß § 140a Abs. 2 Satz 6 SGB V auch allein die Organisation der Versorgung sein. Zu nennen sind hier die so genannten Managementverträge; sie dienen dazu, weitere Versorgungsangebote im Wettbewerb zu entwickeln.¹⁰²⁵

Es gibt für die Laufzeit von Verträgen zur integrierten Versorgung keine gesetzlichen Einschränkungen. Die Versicherten können gemäß § 140a Abs. 4 Satz 1 SGB V frei entscheiden, ob sie an der integrierten Versorgung teilnehmen oder nicht.¹⁰²⁶ Die Teilnahmeerklärung der Versicherten und das entsprechende Widerrufsrecht sind im Gesetz und in der Satzung der Krankenkassen geregelt.¹⁰²⁷

Um die Verträge zur integrierten Versorgung zu fördern, wurde von 2001 bis 2008 im Gesetz eine Art von Anreiz in Form eines pauschalen Bereinigungsverfahrens der Regelbudgets eingeführt: die so genannte Anschubfinanzierung.¹⁰²⁸ Dieser Anreiz erlaubte es den Krankenkassen, bis zu 1 % der an die Kassenärztlichen Vereinigungen zu entrichtenden Gesamtvergütungen einzubehalten, um Verträge zur integrierten Versorgung zu finanzieren.¹⁰²⁹ Die Anschubfinanzierung diente – durch eine rechnerische Bereinigung einer unkomplizierten Umsetzung – der integrierten Versorgung in der Startphase.¹⁰³⁰ Infolge dieser Maßnahme, die

¹⁰²³ Vgl. *Huster*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 140a, Rn. 18.

¹⁰²⁴ Vgl. *Hess*, in: Kassler Kommentar, SGB V, § 140a, Rn. 11.

¹⁰²⁵ Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, BR- Drucks. 641/14, S. 155.

¹⁰²⁶ § 140a Abs. 4 Satz 1 SGB V.

¹⁰²⁷ § 140a Abs. 4 Sätze 2-5 SGB V.

¹⁰²⁸ Die Anschubfinanzierung der integrierten Versorgung wurde durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 vom 22.12.1999 (BGBl. I, S. 2657) eingeführt, durch das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz vom 22.12.2006 (BGBl. 2006, S. 3439) bis 31.12.2008 verlängert und durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz vom 22.12.2011 (BGBl. I, S. 2983) gestrichen. Vgl. dazu *Baumann/Motz*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 140d, S. 1400.

¹⁰²⁹ § 140d SGB V in der Fassung des GKV-Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003, BGBl. I, S. 2190.

¹⁰³⁰ Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Modernisierungsgesetz, BT- Drucks. 15/1525, S. 74.

lange als „Motor“ der integrierten Versorgung galt, stieg die Zahl der Verträge zur integrierten Versorgung.¹⁰³¹

Gerade kurz nach der Einführung der Selektivverträge zur integrierten Versorgung wurden diese in der Praxis kaum implementiert.¹⁰³² Die Gründe lagen nicht nur in rechtlichen Hemmnissen, sondern es gab auch praktische Schwierigkeiten bei der Begründung und der Einrichtung von Gemeinschaften, die eine integrierte Versorgung anbieten können.¹⁰³³ Infolge der Einführung der Anschubfinanzierung und trotz der Einschränkungen der rechtlichen Rahmenbedingungen durch die Sozialgerichte¹⁰³⁴ hat sich das Angebot zur integrierten Versorgung deutlich vergrößert.¹⁰³⁵

Es gibt allerdings auch Kritik: Die Begriffe „verschiedene Leistungssektoren übergreifende“ und „interdisziplinär-fachübergreifende Versorgung“, die keine eindeutigen Parallelen im SGB V finden,¹⁰³⁶ wurden bspw. als zu unscharf angesehen; es gab Unsicherheiten bei der Auslegung und der Anwendung der Normen.¹⁰³⁷ Eine Definition dieser Begriffe war vor allem wichtig, weil die Krankenkassen im Rahmen der Anschubfinanzierung in Verbindung mit der Umsetzung konkreter Verträge zur integrierten Versorgung die Mittel im Sinne des § 140d Abs. 1 Satz 1 SGB V a. F.¹⁰³⁸ einbehalten dürfen.¹⁰³⁹ Durch das Auslaufen der Anschubfinanzierung hat dieses Problem seine Bedeutung verloren,¹⁰⁴⁰ aber eine Abgrenzung

¹⁰³¹ Dazu *Baumann/Motz*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 140d, S. 1401. Ausführlich zu den Voraussetzungen der Anschubfinanzierung im Rahmen der integrierten Versorgung siehe *Felix/Brockmann*, NZS 2007, S. 623 ff.

¹⁰³² Vgl. dazu *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12 Rn. 39; *Wille/Koch*, Gesundheitsreform 2007, S. 239; *Schwanenflügel*, NZS 2006, S. 287.

¹⁰³³ *Schwanenflügel*, NZS 2006, S. 287.

¹⁰³⁴ U. a. BSGE 100, 52 (54 f.); BSGE 107, 78 (84 f.).

¹⁰³⁵ Zur Entwicklung der integrierten Versorgung siehe *Bäune*, GesR 2006, S. 289; *Leonhardt/Müller*, Ersatzkassen Magazin 2014, S. 38; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2007, S. 195 ff.

¹⁰³⁶ *Huster/Schütz*, NZS 2016, S. 646.

¹⁰³⁷ Dazu *Felix/Brockmann*, NZS 2007, S. 626; *Hensel*, Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungsbringungsrecht, S. 55.

¹⁰³⁸ In der Fassung des GKV-Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003 (BGBl. I, S. 2190).

¹⁰³⁹ Vgl. dazu *Felix/Brockmann*, NZS 2007, S. 623 ff.; *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12 Rn. 55, *Schwanenflügel*, NZS 2006, S. 288.

¹⁰⁴⁰ Das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 16.07.2015 (BGBl. I, S. 1211) hat den § 140d SGB V aufgehoben.

der Verträge zur integrierten Versorgung ist noch immer relevant im Rahmen der Erforderlichkeit der Bereinigung der Gesamtvergütung.¹⁰⁴¹

Auch die Beteiligung der pharmazeutischen Unternehmen an den Verträgen zur integrierten Versorgung hat sich als problematisch erwiesen, weil diese Unternehmen ohne hinreichende Rechtfertigung eine Sonderstellung in der integrierten Versorgung erhalten. Der Gesetzgeber differenziert im 4. Kapitel des SGB V zwischen Leistungserbringern von Heilmitteln, Hilfsmitteln und sonstigen Leistungserbringern. Die Beziehungen zu Apotheken und pharmazeutischen Unternehmen wird infolgedessen nicht als Beziehung zu Leistungserbringern betrachtet.¹⁰⁴² Damit sollen diese Unternehmen nicht als selbstständige Vertragspartner der integrierten Versorgung vorgesehen werden, ohne zu erklären, auf welche Weise sie beteiligt sein könnten.¹⁰⁴³

B. Die Vertragsgestaltung in Brasilien

Wie in Deutschland gehen die Leistungsträger des Gesundheitssystems in Brasilien mit Leistungserbringern Verträge ein, um die Gesundheitsleistungen tatsächlich zu erbringen. Da in Bund, Ländern und Gemeinden eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf die Gesundheitsversorgung besteht,¹⁰⁴⁴ wird die Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in der Verfassung,¹⁰⁴⁵ in Gesetzen der drei Regierungsebenen¹⁰⁴⁶ sowie in vielen untergesetzlichen Normen¹⁰⁴⁷ festgelegt. Auf dieser Grundlage wird das Rechtsverhältnis in Verträgen und Vereinbarungen konkretisiert.¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴¹ Hierzu *Huster* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 140a, Rn. 8.

¹⁰⁴² *Murawski* in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 140b a. F., Rn. 7.

¹⁰⁴³ Vgl. dazu *Murawski* in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 140b a. F., Rn. 7.

¹⁰⁴⁴ Art. 24 XII BBV/88.

¹⁰⁴⁵ Art. 199 § 1 BBV/88.

¹⁰⁴⁶ Bundesgesetze Nr. 8.080 vom 19.09.1990 (DOU vom 20.09.1990) und Nr. 8.142 vom 28.12.1990 (DOU vom 31.12.90) sowie unterschiedliche Landesgesetze wie das Ergänzungsgesetz Nr. 791 vom 09.03.1995 des Bundeslands São Paulo (DOE vom 10.03.1995) und das Landesgesetz Nr. 13.317 vom 24.09.1999 des Bundeslands Minas Gerais (DOE vom 25.09.1999).

¹⁰⁴⁷ U. a. Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011 (DOU vom 29.06.2011) und Rechtsverordnung Nr. 4.279 vom 30.12.2010 (DOU vom 31.12.2010).

¹⁰⁴⁸ In Brasilien wird im Verwaltungsrecht im Allgemeinen zwischen den Begriffen Vertrag (*contrato*) und Vereinbarung (*convênio*) unterschieden. Verträge werden zwischen zwei Parteien abgeschlossen, die verschiedene Ziele haben. Im Gesundheitssystem erstrebt eine Vertragspartei die Erbringung der Leistungen und die andere als Gegenleistung die Vergütung an. Bei Verträgen ist der Leistungserbringer vor allem ein Unternehmer. Bei Vereinbarungen geht es darum, ein gemeinsames Ziel zu erreichen. Die Vereinbarungsparteien erstreben das gleiche Ziel: die Erbringung der Leistungen. Der Leistungserbringer ist hier kein Unternehmer, sondern

Um die Leistungserbringung zu realisieren, kooperieren die öffentlichen Leistungsträger in Brasilien nicht nur mit öffentlichen und privaten Leistungserbringern, sondern auch miteinander. Es gibt keine strikte Trennung der öffentlichen Leistungsträger von den Leistungserbringern, weil das Gesundheitssystem staatlich ist und die öffentlichen Leistungsträger und -erbringer letztlich zur Staatsverwaltung gehören. Der entscheidende Faktor bei der Abgrenzung ist die unterschiedliche Funktion: Den öffentlichen Leistungsträgern obliegt die Koordination, Kontrolle und Planung der Gesundheitsversorgung, die öffentlichen Leistungserbringer dagegen vollziehen die Gesundheitsdienste.

I. Die Vereinbarungen der öffentlichen Leistungsträger untereinander

Wie bereits im 1. Kapitel erwähnt, darf der öffentliche Leistungsträger einer Ebene nur öffentlich-rechtliche Verträge¹⁰⁴⁹ mit privaten Leistungserbringern abschließen, wenn der Bedarf an Gesundheitsleistungen wegen unzureichender öffentlicher Angebote nicht erfüllt wird.¹⁰⁵⁰ Der Bedarf soll also zunächst durch die öffentlichen Leistungserbringer gedeckt werden. Die Vereinbarungen der öffentlichen Leistungsträger untereinander zielen auf die Optimierung der öffentlichen Leistungserbringung ab; deswegen sind sie der Ausgangspunkt für die Verhandlung mit den privaten Leistungserbringern. Daher ist es an dieser Stelle notwendig, die Vereinbarungen der öffentlichen Leistungsträger untereinander kurz darzustellen, auch wenn diese Arbeit sich im Kern auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Leistungsträgern und den privaten Leistungserbringern beschränkt.

Vereinbarungen zwischen öffentlichen Leistungsträgern bestehen nicht nur innerhalb einer Regierungsebene, sondern sie erstrecken sich von Bundesebene über Landesebene bis zur Ebene der Gemeinden.

eine öffentliche Einrichtung oder eine private, nicht gewinnorientierte juristische Person (Gemeinnützige Einrichtung oder Nonprofit-Organisation). Bei Vereinbarungen ist keine Vergütung festgelegt, sondern es stehen Finanzmittel zur Verfügung, die für das Erreichen des gemeinsamen Ziels angewendet werden sollen. Vgl. dazu *Di Pietro*, *Direito Administrativo*, S. 347; *Meirelles*, *Direito Administrativo*, S. 387; *Gasparini*, *Direito Administrativo*, S. 399; *Bandeira de Mello*, *Curso de Direito Administrativo*, S. 664. Obwohl diese konzeptuelle Unterscheidung allgemein akzeptiert ist, wird sie nicht strikt eingehalten. Es gibt Vereinbarungen, die als *contrato* (Vertrag) bezeichnet werden. Bei der Übersetzung ins Deutsche wird in dieser Arbeit die konzeptuelle Unterscheidung beachtet.

¹⁰⁴⁹ Eine detaillierte Darstellung der öffentlich-rechtlichen Verträge in diesem Zusammenhang wird im 2. Kap. vorgenommen.

¹⁰⁵⁰ Art. 24 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

1. Die Vereinbarungen außerhalb einer Regierungsebene

Laut Art. 198 BBV/88 gehören die öffentlichen Leistungen und Maßnahmen im Gesundheitswesen zum einheitlichen und dezentral organisierten Gesundheitssystem (SUS) in Brasilien, in dem es auf jeder Regierungsebene einen öffentlichen Leistungsträger gibt, der das Gesundheitssystem auf dieser Ebene leitet.

Das Bundesministerium für Gesundheit ist verantwortlich für das Gesundheitssystem auf Bundesebene und das Landesministerium für Gesundheit ist seinerseits verantwortlich auf Landesebene. Entsprechendes gilt schließlich für den öffentlichen Leistungsträger der Gemeinde,¹⁰⁵¹ d. h. das kommunale Gesundheitsamt, das verantwortlich auf Gemeindeebene ist. Die Leistungsträger der verschiedenen Ebenen arbeiten zusammen, um die im Gesetz festgelegten Aufgaben des Gesundheitssystems zu erfüllen.¹⁰⁵²

Um diese Zusammenarbeit besser zu organisieren und technische und finanzielle Kooperationen zu entwickeln, können die Leistungsträger der drei Regierungsebenen Kooperationsvereinbarungen treffen, in denen eine spezifische Aufgabe im Rahmen ihrer gemeinsamen gesetzlichen Kompetenz geregelt wird.¹⁰⁵³ Kooperationsvereinbarungen können unter öffentlichen Leistungsträgern und zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern abgeschlossen werden.¹⁰⁵⁴

Die Zusammenarbeit der Leistungsträger der drei Regierungsebenen durch Kooperationsvereinbarungen wird durch die BBV/88 gewährleistet.¹⁰⁵⁵ Außerdem sind Kooperationsvereinbarungen im Art. 116 des Gesetzes Nr. 8.666¹⁰⁵⁶ und der Rechtsverordnung Nr. 6.170¹⁰⁵⁷ geregelt.

¹⁰⁵¹ Brasilien hat 5.570 Gemeinden und damit 5.570 Leistungsträger der Gemeinden. Die Daten stammen von der Webseite des Brasilianischen Instituts für Geographie und Statistik, abrufbar im Internet unter: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pano-rama>>, zuletzt besucht am 16.01.2019.

¹⁰⁵² Die Aufgabe der öffentlichen Leistungsträger des Bundes, der Länder und der Gemeinden werden in Art. 16-18 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 (DOU vom 20.09.1990) geregelt. Es gibt gemeinsame Aufgaben der drei Regierungsebenen und auch spezifische Aufgaben nur für Länder oder Gemeinden.

¹⁰⁵³ Art. 15 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990, DOU vom 20.09.1990.

¹⁰⁵⁴ Vgl. dazu *Di Pietro*, *Direito Administrativo*, S. 349. Die erste Variante wird an dieser Stelle und die zweite im 2. Kap. III 2 analysiert.

¹⁰⁵⁵ Art. 23 einziger § und Art. 241 BBV/88 (Einziger § wird bei Artikeln der brasilianischen Gesetze angewendet, die nur einen Paragraph haben).

¹⁰⁵⁶ Vom 21.06.1993, DOU vom 06.07.1994.

¹⁰⁵⁷ Vom 25.07.2008, DOU vom 26.07.2007.

Ziel der Kooperationsvereinbarungen der öffentlichen Leistungsträger untereinander ist es, vor allem eine Verwaltungsdezentralisierung zu fördern, wodurch eine Verlagerung von gesundheitlichen Maßnahmen vom Bund auf die Länder und Gemeinden sowie eine Zuweisung von Finanzmitteln aus dem Bundeshaushalt an die Länder und Gemeinden stattfindet.¹⁰⁵⁸

Eine wichtige Kooperationsvereinbarung im Rahmen des Gesundheitswesens ist die *Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde – COAP* (Organisatorische Kooperationsvereinbarung über öffentliche Gesundheitsmaßnahmen),¹⁰⁵⁹ die durch die Rechtsverordnung Nr. 7.508¹⁰⁶⁰ eingeführt wurde. Diese Vereinbarung, die zwischen den öffentlichen Leistungsträgern der drei Regierungsebenen getroffen werden kann, regelt ausführlich die Aufgabe und die Verantwortung hinsichtlich der Gesundheitsversorgung einer bestimmten Gesundheitsregion.¹⁰⁶¹ Die Gesundheitsregion, auf die sich eine Kooperationsvereinbarung fokussiert, wird von mehreren Bundesländern durch die Gruppierung angrenzender Gemeinden gebildet, um unterschiedliche Leistungsanbieter in einem Netz der Gesundheitsversorgung innerhalb dieses geografischen Raums zusammenzuführen.¹⁰⁶² Die Organisation der Gesundheitsversorgung in Gesundheitsregionen fällt in den Geltungsbereich des verfassungsrechtlichen Prinzips des SUS: Es geht um die Dezentralisierung der Gesundheitsversorgung.¹⁰⁶³

In jeder Gesundheitsregion ist die Basis des Versorgungsnetzes die Primärversorgung, die jede der einzelnen Gemeinden zu gewährleisten verpflichtet ist.¹⁰⁶⁴ Das Versorgungsnetz wird durch die komplexere Gesundheitsversorgungsstruktur anderer Leistungsträger erweitert, die damit für die Bevölkerung der gesamten Gesundheitsregion zugänglich gemacht wird. Durch den Zusammenschluss der verschiedenen Leistungsträger der Region soll eine vollständige Gesundheitsversorgung gewährleistet werden.¹⁰⁶⁵ Um das gesamte Versorgungspaket von einfachen bis hin zu komplexen Behandlungsmaßnahmen anbieten zu können, müssen die Leistungsträger ihre jeweiligen Verantwortungsbereiche verhandeln. Dies

¹⁰⁵⁸ Art. 10 § 1b der Gesetzesverordnung Nr. 200 vom 25.02.1967, DOU vom 27.02.1967.

¹⁰⁵⁹ Hier wurde *Contrato* (Vertrag) mit Vereinbarung übersetzt. Zur Abgrenzung der Begriffe Vertrag und Vereinbarung in Rahmen des brasilianischen Rechts siehe Fn. 1048.

¹⁰⁶⁰ Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011, DOU vom 29.06.2011.

¹⁰⁶¹ Art. 34 der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011, DOU vom 29.06.2011.

¹⁰⁶² Art. 2 I und 4 der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011, DOU vom 29.06.2011.

¹⁰⁶³ Art. 198 I BBV/88.

¹⁰⁶⁴ Art. 18 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990, DOU vom 20.09.1990.

¹⁰⁶⁵ Rechtsverordnung Nr. 4.279 vom 30.12.2010, DOU vom 31.12.2010.

ist das Ziel der COAP: Es geht um die Beseitigung der Fragmentierung verschiedener gesundheitlicher Maßnahmen des Bundes, der Länder und der Gemeinden.¹⁰⁶⁶

Der Inhalt einer COAP lässt sich in vier grundsätzliche Themenabschnitte unterteilen.¹⁰⁶⁷ Im ersten Teil werden die gesetzlichen Grundsätze und Richtlinien des brasilianischen Gesundheitssystems wiederholt.¹⁰⁶⁸ Beim zweiten Teil handelt es sich um eine Festsetzung der regionalen Zielsetzung der Gesundheitsversorgung gemäß einer regionalen und integrierten Planung.¹⁰⁶⁹ Im dritten Teil wird die jeweilige finanzielle Verantwortung der Leistungsträger der drei Regierungsebenen normiert.¹⁰⁷⁰ Die Inhalte, die im ersten und zweiten Teil festgesetzt werden, sind das Ergebnis einer Verhandlung der Leistungsträger der drei Regierungsebenen. Schließlich wird im vierten Teil die Verantwortung für spezifische Maßnahmen bzw. die Überwachung der Gesundheitsversorgung, die Bewertung der Leistungen sowie die Kontrolle der Durchführung der Vereinbarungen geregelt.¹⁰⁷¹ Durch diese Vereinbarung werden die Aufgaben der Leistungsträger der drei Regierungsebenen in der Gesundheitsregion verknüpft.

Die COAP wurde erst 2011 eingeführt, und ihre Entwicklung ist bis heute nicht abgeschlossen.¹⁰⁷² Die Zusammenarbeit der Leistungsträger der drei Regierungsebenen wird jedoch seit 1990 in den *Comissões Intergestoras* (Ausschüsse der öffentlichen Leistungsträger)¹⁰⁷³ organisiert. In diesen Ausschüssen werden Richtlinien der Kooperation und der gemeinsamen Verantwortung der Leistungsträger festgelegt.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁶⁶ Santos/Andrade, *Ciência e Saúde Coletiva* 2011, S. 1668.

¹⁰⁶⁷ Art. 35 der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011.

¹⁰⁶⁸ *Ministério da Saúde*, *Guia para elaboração do Contrato Organizativo de Ação Pública*, S. 25.

¹⁰⁶⁹ *Ministério da Saúde*, *Guia para elaboração do Contrato Organizativo de Ação Pública*, S. 28.

¹⁰⁷⁰ *Ministério da Saúde*, *Guia para elaboração do Contrato Organizativo de Ação Pública*, S. 44.

¹⁰⁷¹ *Ministério da Saúde*, *Guia para elaboração do Contrato Organizativo de Ação Pública*, S. 49.

¹⁰⁷² Da die COAP zwischen drei unterschiedlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Bund, Länder und Gemeinden) abgeschlossen wird und die jeweiligen gesetzlichen Regelungen rudimentär sind, bestehen noch viele Hindernisse für die Durchführung dieser Vereinbarung. Vgl. dazu Santos/Campos, *Saúde e Sociedade* 2015, S. 433.

¹⁰⁷³ Art. 14A des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 (DOU vom 20.09.1990) und Art. 30 der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011. Zu Ausschüssen der öffentlichen Leistungsträger siehe 1. Kap. B II 1.

¹⁰⁷⁴ Art. 32 der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011.

Außerdem werden Vereinbarungen getroffen, um gesundheitliche Maßnahmen der drei Regierungsebenen besser koordinieren zu können¹⁰⁷⁵. Die COAP enthält Regelungen der Gesundheitsversorgung innerhalb einer Gesundheitsregion nach den in Ausschüssen der Leistungsträger festgelegten Richtlinien.¹⁰⁷⁶

2. Die Vereinbarungen innerhalb einer Regierungsebene

Die Gesundheitsversorgung innerhalb eines Bundeslands kann durch eine Zusammenarbeit von zwei oder mehr öffentlichen Leistungsträgern in einer *Consórcio de Saúde* (Kooperationsvereinbarung zur Gesundheitsversorgung) realisiert werden.¹⁰⁷⁷ Ziel dieser Vereinbarung ist, die Kapazitäten der öffentlichen Leistungserbringer optimal einzusetzen und dadurch eine bessere Gesundheitsversorgung für die Bevölkerung anzubieten.¹⁰⁷⁸

Diese Vereinbarung eröffnet für kleine Gemeinden die Möglichkeit, ihrer Bevölkerung eine umfassende medizinische Behandlung anzubieten, die Zugang zum Krankenhaus, zu Fachärzten, zu verschiedenen medizinischen Diagnoseformen sowie zu speziellen therapeutischen Mitteln umfasst. Die Haushaltsmittel einer kleinen Gemeinde für das Gesundheitswesen reichen oft schon nicht für die Kosten der Primärversorgung, und die Gemeinden allein könnten solche zusätzlichen Behandlungen nicht leisten.¹⁰⁷⁹ Durch die Vereinbarung können die Ausgaben verteilt werden und somit verbessern sich der Zugang und die Qualität der Gesundheitsversorgung für die Bevölkerung aller Gemeinden.

Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage der Kooperationsvereinbarung zur Gesundheitsversorgung ist Art. 241 BBV/88, der dem öffentlichen Leistungsträger innerhalb einer Regierungsebene die Befugnis erteilt, Vereinbarungen miteinander zu schließen, um die Leistungsdienste zusammen zu verwalten. Dieses Rechtsinstrument wird schon seit den 1980er

¹⁰⁷⁵ Ein gutes Beispiel für die Verhandlungen der öffentlichen Leistungsträger ist die *Programação Pactuada e Integrada de Assistência a Saúde* (Integrierte Vereinbarung der Gesundheitsversorgung). Sie wurde 1996 durch den Ministerialerlass Nr. 2.203 vom 05.11.1993 (DOU vom 06.11.1996) als ein Verwaltungsinstrument der Leistungsträger eingeführt, um die Arbeit der öffentlichen Leistungsträger der drei Regierungsebenen besser koordinieren zu können. Es handelt sich um einen Planungs- und Koordinierungsprozess der gesundheitlichen Maßnahmen, in dem die Nachfrage und das Angebot (Kapazität) der öffentlichen Leistungserbringer der drei Regierungsebenen vereinbart werden, vgl. Art. 1 der Ministerialverordnung Nr. 1097 vom 22.05.2006, DOU vom 23.05.2006.

¹⁰⁷⁶ Art. 32 II der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.06.2011.

¹⁰⁷⁷ Die Kooperationsvereinbarung zur Gesundheitsversorgung wird in Art. 10 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 (DOU vom 20.09.1990), Art. 2 des Gesetzes Nr. 11.107 vom 06.04.2005 (DOU vom 07.04.2005) und Art. 2 § 1 der Rechtsverordnung Nr. 6.017 vom 17.01.2007 (DOU vom 18.01.2007) geregelt.

¹⁰⁷⁸ *Ministério da Saúde*, O consórcio e a gestão municipal em saúde, S. 7.

¹⁰⁷⁹ *Ministério da Saúde*, O consórcio e a gestão municipal em saúde, S. 10.

Jahren im Gesundheitswesen angewendet,¹⁰⁸⁰ und in den 1990er Jahren verbreitete es sich.¹⁰⁸¹ Durch das Gesetz Nr. 11.107¹⁰⁸² und die Rechtsverordnung Nr. 6.017¹⁰⁸³ entwickelte sich dieses Instrument weiter. Nach der aktuellen Gesetzeslage kann eine Kooperationsvereinbarung zur Gesundheitsversorgung auch von Leistungsträgern verschiedener Regierungsebenen, z. B. zwischen Leistungsträgern eines Landes und Leistungsträgern einer Gemeinde geschlossen werden.¹⁰⁸⁴ Außerdem wurde im Gesetz festgelegt, dass eine juristische Person eingerichtet werden soll, um die Durchführung dieser Vereinbarungen zu vereinfachen.¹⁰⁸⁵

II. Rechtsverhältnisse zwischen öffentlichen Leistungsträgern und Leistungserbringern

Nach dem Wortlaut der BBV/88 ist das Recht auf Gesundheit ein Recht aller, und der Staat ist verantwortlich für dessen Gewährleistung.¹⁰⁸⁶ Die Durchführung der Gesundheitsversorgung kann jedoch sowohl unmittelbar durch die Staatsverwaltung als auch mittelbar durch Verträge mit privaten Leistungserbringern realisiert werden.¹⁰⁸⁷ Die Teilnahme der privaten Leistungserbringer am SUS soll die öffentliche Leistungserbringung ergänzen.¹⁰⁸⁸ D. h., dass die privaten Leistungserbringer nur dann einbezogen werden sollen, wenn die Kapazität der öffentlichen Leistungserbringer erschöpft ist.

¹⁰⁸⁰ 1986 wurde bereits eine Kooperationsvereinbarung zur Gesundheitsversorgung gegründet, nämlich die Vereinbarung der Mikroregion Penápolis. Dazu *Ribeiro/Costa*, *Consórcios Municipais no SUS*, S. 9.

¹⁰⁸¹ Im Jahr 1999 gab es 143 Kooperationsvereinbarungen zur Gesundheitsversorgung in Brasilien. Dazu *Ribeiro/Costa*, *Consórcios Municipais no SUS*, S. 10. Es gab 81 Kooperationsvereinbarungen im Jahr 2019 allein im Bundesland Minas Gerais. Die Daten stammen von der Webseite des Landesministeriums für Gesundheit, abrufbar unter: <<http://www.saude.mg.gov.br/component/gmg/page/1557-consorcios-intermunicipais-de-saude-cis>>, zuletzt besucht am 18.01.2019.

¹⁰⁸² Gesetz Nr. 11.107 vom 6.04.2005, DOU vom 07.04.2005.

¹⁰⁸³ Rechtsverordnung Nr. 6.017 vom 17.01.2007, DOU vom 18.01.2007.

¹⁰⁸⁴ Art. 1 § 2 des Gesetzes Nr. 11.107.

¹⁰⁸⁵ Art. 1 § 1 des Gesetzes Nr. 11.107. Zu rechtlichen Streitigkeiten hinsichtlich der Einrichtung dieser juristischen Person vgl. *Di Pietro*, *Direito Administrativo*, S. 355; *Bandeira de Mello*, *Curso de Direito Administrativo*, S. 664 f.; *Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS*, *Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde*, S. 13; *Di Pietro*, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 2006, S. 1.

¹⁰⁸⁶ Art. 6 und 196 BBV/88.

¹⁰⁸⁷ Art. 197 BBV/88.

¹⁰⁸⁸ § 1 Art. 199 BBV/88 und § 2 Art. 4 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990, DOU vom 20.09.1990.

1. Die öffentlichen Leistungserbringer

Die öffentlichen Leistungserbringer des SUS sind öffentliche Einrichtungen bzw. Gesundheitszentren, Polikliniken, Krankenhäuser, Labore und Arzneimittelhersteller.¹⁰⁸⁹ Sie sind in unterschiedlicher Form organisiert. Als Verwaltungsorgane gehören diese Einrichtungen zur mittelbaren oder zur unmittelbaren öffentlichen Verwaltung.¹⁰⁹⁰

Als Teil der öffentlichen Verwaltung müssen die öffentlichen Einrichtungen des SUS bestimmte verfassungsrechtliche und gesetzliche Normen beachten, insbesondere die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit, Chancengleichheit, Moralität, Verwaltungstransparenz und Effizienz.¹⁰⁹¹ Außerdem ist das Verwaltungshandeln zahlreichen Kontrollmechanismen unterworfen. Hierzu gehören die parlamentarische Kontrolle¹⁰⁹² und die Rechnungskontrolle durch Bundes- und Landesrechnungshöfe,¹⁰⁹³ die auf öffentliche Ausgaben, insbesondere im Personalbereich, fokussiert sind.¹⁰⁹⁴

Seit Verkündung der BBV/88 wird das SUS nicht nur von öffentlichen Einrichtungen des Bundes, sondern auch von öffentlichen Einrichtungen der Länder und der Gemeinden gebildet.¹⁰⁹⁵ Die drei Regierungsebenen können seitdem nicht nur Gesundheitsthemen,¹⁰⁹⁶ sondern auch Verwaltungsangelegenheiten ihrer Einrichtungen per Gesetz regeln.¹⁰⁹⁷ Damit werden die öffentlichen Dienste und die Tätigkeit der Arbeitskräfte des Gesundheitsbereichs, die sich vor allem aus Beamten und Beschäftigten der drei Regierungsebenen zusammensetzen, durch Gesetze der drei Regierungsebenen geregelt. Jede Regierungsebene muss außerdem Richtlinien erlassen, in denen die Entwicklung sowie die Aus- und Weiterbildung der Arbeitskräfte in allen Bereichen der Versorgung berücksichtigt werden.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁸⁹ Art. 198 BBV/88.

¹⁰⁹⁰ Art. 4 I a-d und Art. 5 I, II und IV der Gesetzesverordnung Nr. 200 vom 25.02.1967, DOU vom 27.02.1967.

¹⁰⁹¹ Art. 37 BBV/88.

¹⁰⁹² Art. 70 BBV/88.

¹⁰⁹³ Art. 71 VI BBV/88.

¹⁰⁹⁴ Die Personalausgaben der öffentlichen Verwaltung müssen innerhalb einer Ausgabenobergrenze bleiben, die in Art. 169 BBV/88 und Art. 19 des Ergänzungsgesetzes Nr. 101 vom 04.05.2000 (DOU vom 05.05.2000) geregelt ist.

¹⁰⁹⁵ Art. 198 I BBV/88.

¹⁰⁹⁶ Art 24 XII BBV/88. Zur Gesetzgebungskompetenz von Bund, Ländern und Gemeinden im Gesundheitswesen siehe 1. Kap. B II 1.

¹⁰⁹⁷ Art. 18 und 22 XXII BBV/88.

¹⁰⁹⁸ Art. 27 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990, DOU vom 20.09.1990.

Die Einbeziehung von Personal in die Staatsverwaltung erfolgt nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelungen.¹⁰⁹⁹ Eine Voraussetzung für die öffentliche Tätigkeit ist das Bestehen einer schriftlichen Prüfung.¹¹⁰⁰ Die Arbeitskräfte der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung sind in der Regel Beamte, und die entsprechende Tätigkeit und die berufliche Laufbahn werden im Beamtengesetz geregelt.¹¹⁰¹ Das Personal der mittelbaren öffentlichen Verwaltung können Beamte und Beschäftigte sein. Das Arbeitsverhältnis der Beschäftigten richtet sich nach dem privaten Arbeitsrecht.¹¹⁰²

Im Zeitraum von 1950 bis 1980 standen die Organisation und die Finanzierung des Gesundheitssystems im Mittelpunkt der Arbeit der Leistungsträger. Das Thema Fachkräfte in der Gesundheitsversorgung war lange nicht ausreichend im Fokus der Aufmerksamkeit.¹¹⁰³ Mit der Einrichtung des nationalen Gesundheitssystems SUS im Jahr 1990 veränderte sich diese Situation,¹¹⁰⁴ und die Anzahl an Fachkräften im Gesundheitswesen nahm insbesondere auf der Ebene der Gemeinden zu.¹¹⁰⁵ Im Rahmen eines neoliberalen Staatsverständnisses begann 1998 in Brasilien eine Staatsreform.¹¹⁰⁶

Während die Reform einerseits den Mangel der Beamten im SUS durch eine Verringerung von Personal verstärkte,¹¹⁰⁷ flexibilisierte sie andererseits die Einbeziehung von Personal in

¹⁰⁹⁹ Art. 37 BBV/88 und Gesetz Nr. 8.112 vom 11.12.1990, DOU vom 19.04.1991. Dieses Gesetz entspricht dem *Regime Jurídico Único dos Servidores Federais* (Bundesbeamtengesetz).

¹¹⁰⁰ Art. 37 II BBV/88 und Art. 10 des Gesetzes Nr. 8.112 vom 11.12.1990, DOU vom 19.04.1991.

¹¹⁰¹ Jedes Bundesland und jede Gemeinde hat auch ein Beamtengesetz, in dem das Beamtenverhältnis mit der Staatsverwaltung festgelegt ist.

¹¹⁰² Die Gesetzesverordnung Nr. 5.452 vom 01.05.1943 (DOU vom 09.08.1943) bekannt als *Consolidação das Leis do Trabalho* (Arbeitsrechtsbuch), ist das wichtigste Arbeitsgesetz in Brasilien. Außerdem sind die befristeten Arbeitsverträge gemäß Art. 37 IX BBV/88 durch das Gesetz Nr. 8.745 vom 09.12.1993 (DOU 10.12.1993) und das Gesetz Nr. 6.019 vom 03.01.74 (DOU vom 04.01.1974) geregelt.

¹¹⁰³ *Conselho Nacional de Secretários da Saúde- CONASS*, Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, S. 11.

¹¹⁰⁴ *Ministério da Saúde*, Política de Recursos Humanos para o SUS, S. 11 f.

¹¹⁰⁵ *Varella/Piarantoni*, Revista de Saúde Coletiva 2008, S. 537.

¹¹⁰⁶ Die im Jahr 1998 durch die Verfassungsänderung Nr. 19 (DOU vom 05.06.1998) eingeführte Verwaltungsreform bezweckte die Modernisierung der brasilianischen öffentlichen Verwaltung vor allem durch die Steigerung der Verwaltungseffizienz und Reduzierung des Staatsapparats (Verschlankung des Staates). Vgl. dazu *Presidência da República*, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, S. 6 und 12; *Hungaro*, Revista Digital de Direito Administrativo 2016, S. 372 ff.

¹¹⁰⁷ Die Anzahl der Beamten stieg von 1990 bis 1998 zwar an, aber sie war noch immer unzureichend, um den Bedarf der Bevölkerung zu decken. Siehe hierzu *Departamento Intersindical – DIEESE*, Boletim Trabalho na Saúde, S. 5.

die öffentliche Verwaltung durch die Erweiterung der Anstellungsverträge.¹¹⁰⁸ Diejenigen Dienstleistungen, die im Randbereich der Gesundheitsversorgung (z. B. Reinigungs-, Sicherheitsdienst und Lebensmittelversorgung) stattfinden, konnten an Private ausgelagert werden (*Contracting-out*).¹¹⁰⁹ In vielen Fällen führte diese Auslagerung zur Verschlimmerung der Arbeitsbedingungen bei den öffentlichen Einrichtungen, weil das Arbeitsverhältnis gemäß dem Beamtengesetz vorteilhafter ist als das nach dem Arbeitsrechtsbuch: Bspw. hat der Arbeitnehmer, der gemäß dem Arbeitsrechtsbuch einbezogen wurde, einen niedrigeren Lohn und längere Arbeitszeiten als ein Beamter nach Maßgabe des Beamtengesetzes.¹¹¹⁰

Durch die Einführung des Ergänzungsgesetzes Nr. 101,¹¹¹¹ das eine Ausgabenobergrenze für Personal festlegte, um die Leistungsträger zum sparsamen Umgang mit Steuergeldern zu verpflichten,¹¹¹² verschärfte sich das Problem des Mangels an Arbeitskräften im SUS.¹¹¹³ Bis heute hat Brasilien noch ein Defizit in diesem Bereich, besonders in ländlichen Gebieten.¹¹¹⁴ Es mangelt dort nicht nur an Ärzten, sondern auch an anderen Arten von Personal im Gesundheitswesen.¹¹¹⁵

¹¹⁰⁸ Vor allem aufgrund verfassungsrechtlicher Konflikte erwies sich die Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses in der öffentlichen Verwaltung nicht als eine Lösung für den Mangel an Personal im Gesundheitswesen. Dazu *Pierantoni*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2001, S. 243 ff.; *Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS*, *Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde*, S. 16. Außerdem wurde ein Teil der Verfassungsänderung Nr. 19 vom *Supremo Tribunal Federal* (das Oberste Brasilianische Bundesgericht) im Jahr 2007 durch eine nicht endgültige Entscheidung (ADI 2135-4/2000) wegen der Anerkennung einer Unrechtmäßigkeit in der Wahl des laufenden Gesetzgebungsverfahrens (Mangels der Beschlussfähigkeit bei Anwesenheit von drei Fünfteln der Abgeordneten) aufgehoben, ADI 2135-4/2000, S. 81 ff.

¹¹⁰⁹ *Contracting-out* oder *Outsourcing* bezeichnet hier das Verfahren, durch das eine Einrichtung zur Erbringung bestimmter Leistungen von externen Anbietern Gebrauch macht, anstatt sie selbst durchzuführen. Vgl. dazu *Fudalla*, in: *Stember*, *Public Private Partnership*, S. 124.

¹¹¹⁰ Vgl. dazu *Departamento Intersindical – DIEESE*, *Boletim Trabalho na Saúde*, S. 5 und 9; *Alves/Coelho/Borges/Cruz/Massaroni/Maciel*, *Ciência e Saúde* 2015, S. 3049.

¹¹¹¹ Ergänzungsgesetz Nr. 101 vom 04.05.2000, DOU vom 05.05.2000.

¹¹¹² Laut Art. 19 des Ergänzungsgesetzes Nr. 101 vom 04.05.2000 dürfen die Personalausgaben des Bundes nicht mehr als 50 % der laufenden Einnahmen des Bundes oder 60 % der laufenden Einnahmen der Länder und Gemeinden betragen.

¹¹¹³ Vgl. dazu *Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS*, *Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde*, S. 19.

¹¹¹⁴ Zum Mangel der Arbeitskräfte im Gesundheitswesen siehe *Dal Paz*, *Caderno de Saúde Pública* 2013, S. 1924.

¹¹¹⁵ Dazu *Ministério da Saúde*, *Política de Recursos Humanos para o SUS*, S. 13, 20.

Seit 2010 wird das Thema Fachkräfte im SUS¹¹¹⁶ angesichts der großen Zahl von Beschäftigten – es sind mehr als 2,3 Mio.¹¹¹⁷ – und der Notwendigkeit einer ständigen Aus- und Weiterbildung dauerhaft diskutiert, um die Qualität der Leistungserbringung des SUS zu verbessern. Nicht nur der Einsatzbereich, sondern auch der Einsatzort und die Qualifizierung des Personals werden thematisiert.¹¹¹⁸

2003 wurde im Bundesministerium für Gesundheit die *Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde* (Behörde für die Verwaltung der Arbeit und Bildung im Gesundheitswesen) eingerichtet.¹¹¹⁹ Das Ziel dieser Behörde ist es, eine öffentliche Politik des Personalmanagements im SUS auszuarbeiten, welche die ständig erforderliche Weiterbildung der Arbeitskräfte berücksichtigt.¹¹²⁰ Zwischen 2011 und 2015 wurden durch die Arbeit dieser Behörde zwei Programme eingeführt, die für mehr und besser ausgebildete Arbeitskräfte im SUS sorgen sollten: *Programa de Valorização da Atenção Básica* (Programm zur Aufwertung der Primärversorgung)¹¹²¹ und *Programa Mais Médicos* (Programm „Mehr Ärzte“)¹¹²². Nicht nur die Tatsache, dass das SUS zu wenige und nicht genügend qualifizierte Arbeitskräfte hat, stellt ein Hindernis für dessen Weiterentwicklung dar. Die gesamten Struktur- und

¹¹¹⁶ Unter Fachkräften des Gesundheitssystems versteht man hier nicht nur Ärzte, Zahnärzte, Krankenschwestern und Pfleger, sondern auch andere Gesundheitsberufsgruppen wie z. B. Therapeuten und Sozialpädagogen, die im SUS aktiv sind.

¹¹¹⁷ Vgl. dazu *Cruz/Rosa*, Consensus 2012, S. 15.

¹¹¹⁸ U.a. *Ministério da Saúde*, Política de Recursos Humanos para o SUS: Balanços e Perspectivas, S. 5-31; *Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS*, Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, S. 90; *Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS*, Segundo Levantamento da Organização, Estrutura e Ações da Área de Recursos Humanos das Secretarias Estaduais de Saúde, S. 31; *Alves/Assis*, Revista Baiana de Saúde 2011, S. 55 ff.

¹¹¹⁹ Art. 2 II b der Rechtsverordnung Nr. 8.065 vom 07.08.2013, DOU vom 08.08.2013.

¹¹²⁰ Art. 25 V der Rechtsverordnung Nr. 8.065 vom 07.08.2013. Zum Ergebnis der Arbeit der Behörde für die Verwaltung der Arbeit und der Bildung im Gesundheitswesen in Bezug auf die Organisation der Arbeitskräfte in den Bundesländern und Gemeinden vgl. *Pierantoni/Varella/Santos/França/Garcia*, Revista de Saúde Coletiva, S. 700.

¹¹²¹ Dieses Programm bietet den Arbeitskräften, die in der Primärversorgung aktiv sind, Möglichkeiten zur Weiterbildung und finanzielle Unterstützung. Es ist durch den Ministerialerlass Nr. 2.087 vom 01.09.2011 (DOU vom 02.09.2011) geregelt.

¹¹²² Dieses Programm zielt vor allem auf die Deckung des Bedarfs an ärztlicher Versorgung in schwer erreichbaren Regionen ab. Es wird durch das Gesetz Nr. 12.871 vom 22.10.2013 (DOU vom 23.10.2013) geregelt. Ausführlich über das Programm siehe *Ministério da Saúde*, Programa mais Médicos, S. 37.

Ordnungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung, wie die Vertrags-¹¹²³ und Finanzierungsregelungen¹¹²⁴ sowie die Kontrollmechanismen der öffentlichen Verwaltung¹¹²⁵ werden als Ursachen für Verzögerungen und administrative Ineffizienz der öffentlichen Dienstleistungen gesehen.¹¹²⁶ Um die Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung bzw. des SUS zu verbessern, sind Innovationen nicht nur in der öffentlichen Verwaltung, sondern auch im Verwaltungsrecht dringend erforderlich.¹¹²⁷

2. Die privaten Leistungserbringer

Die privaten Leistungserbringer sind Freiberufler, vor allem Ärzte und juristische Personen des privaten Rechts, die durch Verträge in die Leistungserbringung des SUS einbezogen werden. Ihre Teilnahme am SUS wird nicht nur in der BBV/88,¹¹²⁸ sondern auch im Bundesgesetz¹¹²⁹ und im Ministerialerlass Nr. 1034¹¹³⁰ geregelt.

Voraussetzung für die Einbeziehung privater Leistungserbringer ist die Ausschöpfung der Kapazitäten der öffentlichen Leistungserbringer.¹¹³¹ Private Leistungserbringer können private Personen, Unternehmer und private, nicht gewinnorientierte Einrichtungen sein (Non-profit-Organisationen und gemeinnützige Einrichtungen). Private, nicht gewinnorientierte Einrichtungen werden bei der Auftragsvergabe im Vergleich zu den Unternehmern bevorzugt.¹¹³²

¹¹²³ Das Gesetz Nr. 8.666 vom 21.06.1993 (DOU vom 22.06.1993) gilt in Brasilien als das Hauptgesetz des Vergaberechts. Es enthält Vergabevorschriften für entgeltliche Verträge, die Liefer-, Bau- und Dienstleistungen, welche die öffentliche Verwaltung beachten muss, regeln. Die Auftragsvergabe wird in Brasilien durch das öffentliche Recht geregelt.

¹¹²⁴ Die Gesetze Nr. 4.320 vom 17.03.1954 (DOU vom 23.03.1954) und das Ergänzungsgesetz Nr. 101 vom 04.05.2000 (DOU vom 05.05.2000) beinhalten haushalts- und schuldenrechtliche Vorschriften zur öffentlichen Verwaltung.

¹¹²⁵ Art. 70 BBV/88.

¹¹²⁶ Vgl. dazu, *Presidência da República*, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, S. 21.

¹¹²⁷ *Mânica*, O setor privado nos serviços públicos de saúde, S. 21; *Modesto*, in: *Modesto/Junior*, Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde, S. 24.

¹¹²⁸ Art. 197 BBV/88.

¹¹²⁹ Art. 23-26 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

¹¹³⁰ Der Ministerialerlass Nr. 1034 vom 05.05.2010, DOU vom 06.05.2010.

¹¹³¹ Art. 199 §1 BBV/88, Art. 24 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 und Art. 2 des Ministerialerlasses Nr. 1.034 vom 05.05.2010.

¹¹³² Art. 199 § 1 BBV/88.

Obwohl die öffentlichen Leistungsträger der drei Regierungsebenen Verträge mit privaten Leistungserbringern abschließen können, sind es vor allem die kommunalen Gesundheitsämter, die wegen der Kompetenzverteilung innerhalb des SUS am häufigsten Verträge mit privaten Leistungserbringern abschließen.¹¹³³

Anhand ausgewählter Vereinbarungs- und Vertragstypen werden im Folgenden die Merkmale der privaten Leistungserbringer ausführlich dargestellt.

III. Ausgewählte Vertrags- und Vereinbarungstypen zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern

1. Der Verwaltungsvertrag

Ebenso wie in Deutschland ist der Verwaltungsvertrag neben dem Verwaltungsakt auch in Brasilien eine allgemeine und routinemäßige Handlungsform der öffentlichen Verwaltung. Er ist im Gesetz Nr. 8.666¹¹³⁴ geregelt und erfordert im Gegensatz zum Verwaltungsakt, welcher auf die einseitige Setzung von Rechtsfolgen gerichtet ist, die Einigung von mindestens zwei Rechtssubjekten.¹¹³⁵ Der Verwaltungsvertrag regelt sich nach Maßgabe des öffentlichen Rechts.¹¹³⁶ Er wird im Gesetz als Vertrag zwischen der öffentlichen Verwaltung und Privaten definiert, in dem Rechte und Pflichten durch einvernehmliche Regelungen zur Einrichtung einer Rechtsbeziehung festgelegt werden.¹¹³⁷ Unter Verwaltungsvertrag versteht man den Standardvertrag, den die Behörde mit einer Privatperson abschließt, um ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu begründen, zu ändern oder aufzuheben.¹¹³⁸ Entsprechend der herrschenden Lehre¹¹³⁹ ist der Verwaltungsvertrag ein öffentlich-rechtlicher und subordinationsrechtlicher Vertrag, weil die öffentliche Verwaltung als Hoheitsträger gegenüber Privatpersonen handelt. Das Über- und Unterordnungsverhältnis, in

¹¹³³ Art. 18 X des Gesetzes Nr. 8.080.

¹¹³⁴ Vom 21.06.1993, DOU vom 22.06.1993.

¹¹³⁵ Hierzu *Bandeira de Mello*, Curso de Direito Administrativo, S. 614; *Di Pietro*, Direito Administrativo, S. 262.

¹¹³⁶ Art. 54 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹³⁷ Art. 2 einziger § des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹³⁸ Dazu *Di Pietro*, Direito Administrativo, S. 259.

¹¹³⁹ U. a. *Di Pietro*, Direito Administrativo, S. 260; *Bandeira de Mello*, Curso de Direito Administrativo, S. 616; *Filho*, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, S. 805; *Martins*, Revista Eletrônica de Direito do Estado 2009, S. 39; *Moraes*, Gestão Pública em Saúde, S. 12.

welchem sich die Vertragspartner befinden, wird durch bestimmte Vertragsklauseln charakterisiert,¹¹⁴⁰ die es der öffentlichen Verwaltung erlauben, aufgrund des öffentlichen Interesses vertragliche Klauseln einseitig zu verändern.¹¹⁴¹

Obwohl die öffentliche Verwaltung Vertragsklauseln einseitig verändern kann, was im privaten Vertragsrecht wegen des Grundsatzes der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*)¹¹⁴² nicht erlaubt ist, ist die öffentliche Verwaltung verpflichtet, den Grundsatz des wirtschaftlichen Gleichgewichts des Vertrags zu beachten.¹¹⁴³

Der Anwendungsbereich des Verwaltungsvertrags ist in Brasilien sehr weit gefasst. Gegenstand eines solchen Vertrags können sowohl die für die eigene Bedarfsdeckung erforderlichen Sachmittel¹¹⁴⁴ (z. B.: Büromaterial und Dienstfahrzeuge), als auch Dienstleistungen (z. B.: Bauarbeiten und Gutachten) sein.¹¹⁴⁵ Auch hier handelt es sich um einen Verwaltungsvertrag, der nach Maßgabe des öffentlichen Rechts geregelt ist.

Bevor ein Verwaltungsvertrag abgeschlossen wird, muss nach der BBV/88 ein Auswahlverfahren stattfinden.¹¹⁴⁶ Diese verfassungsrechtliche Regelung wurde durch das Gesetz Nr. 8.666 konkretisiert. Art. 3 des Gesetzes Nr. 8.666 bestimmt die Zwecke des Auswahlverfahrens, das die Grundsätze der Chancengleichheit und der Transparenz hinsichtlich des Verwaltungshandelns gewährleisten soll. Außerdem wird dieses Verfahren nach dem Wettbewerbsprinzip durchgeführt, nach dem alle Unternehmer, welche die in der öffentlichen Ausschreibung festgelegten Voraussetzungen erfüllen, an dem Verfahren teilnehmen können.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁰ *Bandeira de Mello*, Curso de Direito Administrativo, S. 615.

¹¹⁴¹ Art. 65 des Gesetzes Nr. 8.666. Die öffentliche Verwaltung darf bspw. den Vertragsgegenstand gemäß § 65 des Gesetzes Nr. 8.666 zur Anpassung der Zielsetzung verändern.

¹¹⁴² Nach dem Grundsatz der Vertragstreue sind die Vertragspartner zur Erfüllung der Vertragsklauseln verpflichtet. Dieses rechtliche Prinzip ist in Brasilien (Art. 427 des brasilianischen Zivilgesetzbuches) wie auch in Deutschland (§ 241 BGB) im Gesetz verankert.

¹¹⁴³ Art. 58 §§ 1-2 des Gesetzes Nr. 8.666. Die Vergütung der Leistungen darf nur mit Zustimmung der anderen Vertragspartei verändert werden. Bei einer Veränderung des Vertragsgegenstands muss gemäß Art. 65 I b des Gesetzes Nr. 8.666 auch die Vergütung angepasst werden, um das Gleichgewicht des Vertrags zu bewahren.

¹¹⁴⁴ Im Gegensatz zu Brasilien ist diese Bedarfsdeckung in Deutschland (Beschaffung der Mittel zur Erfüllung der Verwaltungsaufgabe) durch das Verwaltungsprivatrecht geregelt. Vgl. dazu *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 49 f; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rn. 30.

¹¹⁴⁵ Art. 1 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁴⁶ Art. 37 XXI BBV/88.

¹¹⁴⁷ Dazu *Filho*, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, S. 58.

Der Zweck des Auswahlverfahrens ist es, das beste Angebot für die öffentliche Verwaltung in Bezug auf die Vergütung, die Qualität und die Herstellungsart der Waren oder die Durchführungsweise der Dienstleistungen auszuwählen.¹¹⁴⁸

Das Auswahlverfahren beginnt zunächst mit der Veröffentlichung der Ausschreibung (*Edital*), in welcher der öffentliche Auftrag ausführlich erklärt wird.¹¹⁴⁹ Die interessierten Unternehmer werden damit eingeladen, am Verfahren teilzunehmen.¹¹⁵⁰ Die Regelungen des Auswahlverfahrens sind für die öffentliche Verwaltung und auch für die Unternehmer verbindlich.¹¹⁵¹ Die nach diesen Regelungen berechtigten Unternehmer¹¹⁵² können ein Angebot einreichen. Nach der Bewertungsphase¹¹⁵³ wählt die öffentliche Verwaltung das Unternehmen aus, dessen Angebot die meisten Vorteile für die öffentliche Verwaltung mit sich bringt.¹¹⁵⁴ Abgeschlossen wird das Auswahlverfahren letztlich durch einen Verwaltungsakt (Erteilung des Zuschlags), der die rechtliche Grundlage für den Verwaltungsvertrag bildet.¹¹⁵⁵ Der Verwaltungsvertrag wird daraufhin nach den in der öffentlichen Ausschreibung dargestellten Bedingungen ausgearbeitet und mit dem ausgewählten Vertragspartner abgeschlossen. Der Verwaltungsvertrag wird nach seiner Veröffentlichung im Gesetzblatt wirksam.¹¹⁵⁶ Er muss schriftlich abgeschlossen werden, ein mündlicher Vertrag ist ungültig.¹¹⁵⁷ Der Unternehmer, der den Vertrag mit der öffentlichen Verwaltung abschließt, ist verantwortlich für die verursachten Schäden,¹¹⁵⁸ welche bei der Erfüllung des Vertrags eintreten können. Dies können bspw. Herstellungsfehler und Qualitätsprobleme bei Sachmitteln oder Dienstleistungen sein. Der Unternehmer ist außerdem verantwortlich für die Rechtmäßigkeit

¹¹⁴⁸ Art. 3. des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁴⁹ Art. 38, 40-41 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁵⁰ Art. 21 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁵¹ Art. 41 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁵² Im Art. 27 ff. des Gesetzes Nr. 8.666 werden die Voraussetzungen geregelt, welche die Teilnehmer erfüllen müssen, um am Auswahlverfahren teilzunehmen. Berechtigt sind diejenigen Unternehmen, die durch die Präsentation verschiedener Unterlagen, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die Rechtmäßigkeit in Bezug auf die Steuer- und Arbeitsrechtsgesetze, die finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische berufliche Eignung ihrer Geschäfte belegen können.

¹¹⁵³ In dieser Phase entscheidet die öffentliche Verwaltung gemäß Art. 44 des Gesetzes Nr. 8.666 nach objektiven Kriterien bzw. Fachkundigkeit, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Der Zuschlag muss nicht für das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Entscheidend können gemäß Art. 45 des Gesetzes Nr. 8.666 auch die Qualität, die Art der Durchführung und das Preis-Leistungsverhältnis sein.

¹¹⁵⁴ Art. 43-46 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁵⁵ Art. 64 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁵⁶ Art. 61 einziger § des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁵⁷ Art. 60 einziger § des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁵⁸ Art. 70 des Gesetzes Nr. 8.666.

des Arbeitsverhältnisses in Bezug auf das Arbeitsrecht und das Sozialrecht der Mitarbeiter.¹¹⁵⁹

Im Rahmen der Gesundheitsversorgung werden Verwaltungsverträge einerseits für die Beschaffung von Sachgütern und Dienstleistungen abgeschlossen, die für die Deckung des Eigenbedarfs des SUS notwendig sind, z. B. Spritzen, Nadeln oder Arzneimittel.¹¹⁶⁰ Andererseits werden ergänzende medizinische Leistungen bzw. medizinische Untersuchungen¹¹⁶¹ sowie ambulante und stationäre medizinische Leistungen durch Verwaltungsverträge sichergestellt.¹¹⁶² Das Verfahren dieser Leistungsbeschaffung soll im Folgenden erläutert werden.¹¹⁶³ Hierzu muss der öffentliche Leistungsträger zunächst einen Plan aufstellen, der die Bedarfe der Gesundheitseinrichtungen seiner Region beschreibt. Um die im Plan festgelegten Bedarfe zu decken, sollen die öffentlichen Leistungsträger sich zunächst an die öffentlichen Leistungserbringer wenden. Die Kapazitäten der öffentlichen Leistungserbringer müssen entsprechend dieses Plans und unter Berücksichtigung der integrierten Vereinbarungen der Gesundheitsversorgung¹¹⁶⁴ erschöpft werden. Der übrige Bedarf an Gesundheitsleistungen, der durch die öffentliche Leistungserbringung nicht gedeckt werden kann, soll in der

¹¹⁵⁹ Art. 71 § 2 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁶⁰ Beispiel für diese Art von Verwaltungsverträgen ist der Verwaltungsvertrag Nr. 6/2013 zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und dem Unternehmen *Tapajos Comercio de Medicamentos LTDA* zur Ausgabe von Arzneimitteln aus der Liste von Medikamenten an die indigene Bevölkerung im Zeitraum vom 31.07.2013 bis 05.09.2013 und Vergütung in Höhe von R\$ 157.549,70 (ungefähr 52.217 Euro). Die Daten stammen vom Bundesministerium für Gesundheit, abrufbar im Internet unter: <<http://www3.transparencia.gov.br/jsp/contratos/contratoExtrato.jsf?consulta=3&CodigoOrgao=36000&idContrato=447704>>, zuletzt besucht am 19.01.2019.

¹¹⁶¹ Art. 2 des Ministerialerlasses Nr. 1.034 vom 05.05.2010, DOU vom 06.05.2010. Beispiel für einen solchen Verwaltungsvertrag ist der Verwaltungsvertrag Nr. 09/2014 zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und dem Unternehmen *Patologia Clínica Dr. Geraldo Lustosa Cabral LTDA* zur Beschaffung von Dienstleistungen (Laboruntersuchungen) im Zeitraum vom 26.08.2014 bis 26.02.2015 und Vergütung in Höhe von R\$ 9.893,50 (ungefähr 3.274,82 Euro). Die Daten stammen von der Webseite des Bundesministeriums für Gesundheit, abrufbar im Internet unter: <<http://www3.transparencia.gov.br/jsp/contratos/contratoExtrato.jsf?consulta=3&CodigoOrgao=36000&idContrato=417982>>, zuletzt besucht am 19.01.2019.

¹¹⁶² Art. 197 BBV/88 und Art. 4 und 24 einziger § des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

¹¹⁶³ Als Beispiel eines solchen Verwaltungsvertrags im Rahmen der Gesundheitsversorgung in Brasilien ist der Verwaltungsvertrag zwischen dem Leistungsträger der Gemeinde Belo Horizonte im Bundesland Minas Gerais und das *Hospital Evangélico de Belo Horizonte* vom 01.10.2010 (DOU vom 19.10.2010), nachfolgend „Verwaltungsvertrag vom 01.10.2010“ zu nennen. Abrufbar im Internet unter: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/ini-ciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1045330>>, zuletzt besucht am 19.01.2019.

¹¹⁶⁴ Zu integrierten Vereinbarungen der Gesundheitsversorgung vgl. schon oben unter Fn. 1076.

Bedarfsplanung hervorgehoben werden¹¹⁶⁵ und darf sodann Gegenstand eines Verwaltungsvertrags mit privaten Leistungserbringern werden.¹¹⁶⁶

Um das Auswahlverfahren und die Auftragsvergabe von Dienstleistungen für das SUS zu erleichtern, wurde ein *Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde* (Nationales Register von Leistungserbringern) eingerichtet,¹¹⁶⁷ in das die privaten Leistungserbringer eingetragen werden.¹¹⁶⁸

Von einem Auswahlverfahren kann der öffentliche Leistungsträger grundsätzlich nur in den gesetzlich geregelten Fällen absehen.¹¹⁶⁹ In der Verwaltungspraxis allerdings werden diese gesetzlichen Ausnahmekonstellationen weit ausgelegt, so dass das Auswahlverfahren häufig nicht durchgeführt wird.¹¹⁷⁰ Eine Rechtfertigung für die Missachtung des Auswahlverfahrens soll die vom Bundesministerium für Gesundheit vorgenommene Festsetzung der Vergütung der Leistungen in einer Preisliste des SUS für Verfahren, Medikamente, Prothesen und spezielle Materialien sein.¹¹⁷¹ Da es eine Preisliste für die Vergütung der Gesundheitsleistungen gibt, sei auf diesem Gebiet ein Preiswettbewerb unter den Leistungsträgern gar nicht möglich. Die Preisliste ist jedoch keine ausreichende Rechtfertigung für das Absehen

¹¹⁶⁵ Art. 7 des Ministerialerlasses Nr. 1.034 vom 05.05.2010, DOU vom 06.05.2010.

¹¹⁶⁶ Gegenstand des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010 ist gemäß Klausel 1 die Durchführung von Dienstleistungen, nämlich ambulante und stationäre Krankenhausbehandlungen sowie medizinische Untersuchungen, die in einem Betriebsplan, der Teil des Vertrags ist, ausführlich beschrieben werden.

¹¹⁶⁷ Das nationale Register von Leistungserbringern wurde durch den Ministerialerlass Nr. 376 vom 03.10.2000 (DOU vom 04.10.2000) eingeführt, um eine Datenbank einzurichten, in der Informationen über die öffentlichen und privaten Leistungserbringer z. B. über ihre Personal- und Leistungskapazitäten gesammelt und ständig aktualisiert werden. Die Datenbank wird von öffentlichen Leistungsträgern verwendet, um die Leistungserbringung zu planen, zu beurteilen und zu kontrollieren.

¹¹⁶⁸ Art. 34 des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993 und Art. 8 I des Ministerialerlasses Nr. 1.034 vom 05.05.2010, DOU vom 06.05.2010.

¹¹⁶⁹ Art. 24 und Art. 25 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁷⁰ *Ministério da Saúde*, Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde, S. 16.

¹¹⁷¹ Gemäß Art. 26 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 obliegt es dem öffentlichen Leistungsträger, die Kriterien und die Werte für die Vergütungen der privaten Leistungen festzulegen. Eine Preisliste wurde in den 1990er Jahren eingeführt und seit dem Ministerialerlass Nr. 321 vom 08.02.2007 (DOU 09.02.2007) umfasst sie die Gesamtheit der Gesundheitsleistungen des SUS. Die Preisliste wird von den öffentlichen Leistungsträgern ständig aktualisiert durch Ministerialerlasse, wie z. B. den Ministerialerlass Nr. 404 vom 15.04.2016 (DOU 18.04.2016). Bezogen auf die Arzneimittelversorgung gibt es das Nationale Verzeichnis von essenziellen Arzneimitteln nach der nationalen Richtlinie des SUS über die Arzneimittelversorgung (Ministerialerlass Nr. 3.916 vom 30.10.1998, DOU vom 31.10.1998). Dazu vgl. schon oben unter Fn. 600.

vom Auswahlverfahren.¹¹⁷² Denn das Entscheidungskriterium bei der Auftragsvergabe ist nicht nur der Preis, sondern auch die Qualität, die Herstellungsart der Waren und die Durchführungsweise der Dienstleistungen.¹¹⁷³ Außerdem sind die vom Bundesministerium für Gesundheit festgelegten Preise nicht verbindlich und können von den öffentlichen Leistungsträgern der Länder und der Gemeinden ergänzt werden; mit anderen Worten: Die Leistungsträger der Länder und Gemeinden müssen für die Gesundheitsleistungen mehr bezahlen.¹¹⁷⁴ Im Verwaltungsvertrag müssen die Vergütung und ihre Zahlungsbedingungen geregelt werden.¹¹⁷⁵ Da die öffentliche Verwaltung beim Verwaltungsvertrag als Hoheitsträger gegenüber der Privatperson handelt, darf sie vertragliche Klauseln einseitig verändern. Die Vergütungsbestimmungen des Verwaltungsvertrags müssen aber wegen des Grundsatzes des wirtschaftlichen Gleichgewichts des Vertrags unberührt bleiben.¹¹⁷⁶ Die Vertragsparteien können die Vergütung bei Vertragsabschluss grundsätzlich frei vereinbaren. Nach Vertragsabschluss ist es der öffentlichen Verwaltung jedoch verwehrt, die Vertragsbestimmungen in Bezug auf die Vergütungsregelungen einseitig zu verändern.

Die Laufzeit eines Verwaltungsvertrags ist im Gesetz geregelt und hängt von der Rechtsgültigkeit eines Haushaltskredits ab, d. h. vom Bestehen verfügbarer Finanzmittel in den Haushaltsplänen des Bundes, der Länder oder der Gemeinden.¹¹⁷⁷ Das bedeutet in der Praxis die Existenz einer gültigen gesetzlichen Ermächtigung für die Ausgabe der mit dem Verwaltungsvertrag verbundenen Vergütung. In der Regel wird ein Verwaltungsvertrag für die Laufzeit von einem Jahr abgeschlossen. Er kann jedoch bei Diensten, die kontinuierlich durchgeführt werden, eine Laufzeit von bis zu 60 Monaten haben.¹¹⁷⁸ Ein unbefristeter Vertrag ist allerdings nicht zulässig.¹¹⁷⁹

¹¹⁷² So auch *Carvalho/Santos*, Sistema Único de Saúde, S. 237.

¹¹⁷³ Art. 45 § 1 des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993.

¹¹⁷⁴ *Bahia*, Ciência & Saúde Coletiva 2008, S. 1389.

¹¹⁷⁵ Art. 44 III des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993. Im Verwaltungsvertrag vom 01.10.2010 wurde gemäß Klausel 10 eine Summe von R\$ 23.658.090,16 (ungefähr 10.200.900 Euro) aus den Verwaltungsmitteln vereinbart, die in monatlichen Raten zu zahlen ist.

¹¹⁷⁶ Art. 58 einziger § des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁷⁷ Art. 57 des Gesetzes Nr. 8.666. Der öffentliche Leistungsträger wird durch das Abgabengesetz ermächtigt einen bestimmten Haushaltskredit zu nutzen. Nur unter dieser Voraussetzung kann er einen belastenden Vertrag abschließen.

¹¹⁷⁸ Art. 57 II des Gesetzes Nr. 8.666. Der Verwaltungsvertrag vom 01.10.2010 wurde gemäß Klausel 2 mit einer Laufzeit von 60 Monaten abgeschlossen.

¹¹⁷⁹ Art. 57 § 3 des Gesetzes Nr. 8.666.

Der Verwaltungsvertrag soll Regelungen zur Organisation der vertraglichen Versorgung enthalten, wie Regelungen über die grundsätzliche Leistungsbereitschaft der Leistungserbringer¹¹⁸⁰ sowie über den Zugang und den Umfang der vertraglichen Versorgung.¹¹⁸¹ Nicht nur die Rechte und Pflichten der Vertragspartner,¹¹⁸² sondern auch Vertragsstrafen¹¹⁸³ werden im Vertrag geregelt. Der Verwaltungsvertrag kann auch Kriterien für die Leistungsbewertung der Leistungserbringer enthalten.¹¹⁸⁴

Die am häufigsten geäußerte Kritik am Verwaltungsvertrag besteht darin, dass dieser Vertrag nicht spezifisch für die Erbringung von Gesundheitsleistungen entwickelt wurde. Deshalb würden durch seine Anwendung die Besonderheiten des Markts von Gesundheitsgütern und der gesundheitlichen Leistungserbringung nicht hinreichend berücksichtigt werden.¹¹⁸⁵

2. Die Kooperationsvereinbarung

Die Kooperationsvereinbarung ist ein rechtliches Instrument, mit dem eine Zusammenarbeit zweier Rechtspersonen mit gemeinsamen Zielen geregelt wird.¹¹⁸⁶ Das gemeinsame Ziel gehört zur gesetzlichen Aufgabe beider Kooperationspartner und kann durch ein Projekt, ein Programm, eine Tätigkeit oder einen Dienst realisiert werden.¹¹⁸⁷

¹¹⁸⁰ Der private Leistungserbringer (*Hospital Evangélico*) muss gemäß Klausel 5 VIII des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010 60 % seiner Kapazitäten für die Erbringung der Leistungen des SUS zur Verfügung stellen.

¹¹⁸¹ Der Zugang und der Umfang der vertraglichen Versorgung einschließlich der Arzneimittelversorgung müssen gemäß Klausel 5 I-IV des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010 nach den Richtlinien des SUS erfolgen.

¹¹⁸² Hauptpflicht der privaten Leistungserbringer ist gemäß Klausel 7 des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010 die Durchführung der vertraglichen Gesundheitsversorgung nach den Grundsätzen und Richtlinien des SUS. Zu den Nebenpflichten gehören gemäß Klausel 7 I t, y die Bereitstellung von Informationen über die erbrachten ambulanten und stationären Leistungen im SUS und die Verantwortung für die rechtmäßigen Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter. Hauptpflicht der öffentlichen Leistungsträger ist gemäß Klausel 7 II i die Vergütung nach der Preisliste des SUS. Außerdem müssen sie gemäß Klausel 7 II b die Durchführung der vertraglichen Leistungen kontrollieren und bewerten.

¹¹⁸³ Als Vertragsstrafen werden gemäß Klausel 15 I, II und III des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010 schriftliche Verwarnungen, Geldstrafen und provisorische Suspendierungen des Vertrags vorgeschrieben.

¹¹⁸⁴ Als Kriterium für die Leistungsbewertung der Leistungserbringer wird gemäß Anlage 1.6 des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010 die Erreichung von Qualitätszielen bestimmt. Die Qualität wird durch Indikatoren wie Anzahl von ambulanten und stationären Behandlungen, durchschnittliche Dauer der Krankenhausaufenthalte sowie Todesfälle bemessen.

¹¹⁸⁵ Vgl. dazu u. a. *De Matos/Pompeu*, *Ciência e Saúde Coletiva* 2003, S. 640; *Mânica*, *O setor privado nos serviços públicos de saúde*, S. 206.

¹¹⁸⁶ Dazu *Di Pietro*, *Direito Administrativo*, S. 347; *Bandeira de Mello*, *Curso de Direito Administrativo*, S. 664; *Filho*, *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*, S. 1086; *Moreira Neto*, *Curso de Direito Administrativo*, S. 189.

¹¹⁸⁷ Art. 1 § 1 I der Rechtsverordnung Nr. 6.170 vom 25.07.2007, DOU vom 26.07.2007.

Diese Vereinbarung wurde grundsätzlich für die Zusammenarbeit zwischen zwei öffentlichen Einrichtungen konzipiert.¹¹⁸⁸ Ihr Anwendungsbereich ist mittlerweile jedoch auf die Kooperation zwischen der Staatsverwaltung und einer privaten nicht gewinnorientierten Einrichtung erweitert worden.¹¹⁸⁹ Durch Kooperationsvereinbarungen können finanzielle Unterstützung, Nutzung von öffentlichen Einrichtungen, Erwerb von Ausstattungen und Materialien, Austausch von *Know-How* im Rahmen eines Projekts sowie die Überlassung von öffentlichem Personal geregelt werden.¹¹⁹⁰

Die Kooperationsvereinbarung ist in Art. 116 des Gesetzes Nr. 8.666¹¹⁹¹ geregelt. Nach diesem Gesetz gelten für sie die gesetzlichen Normen für den Verwaltungsvertrag entsprechend.¹¹⁹² Der Abschluss solcher Vereinbarungen setzt die Ausarbeitung eines Betriebsplans¹¹⁹³ voraus, in dem der Gegenstand, die Ziele, die Durchführungsphasen, die Laufzeit und die Finanzmittel der Kooperation ausführlich beschrieben werden.¹¹⁹⁴ Ist im Rahmen dieser Zusammenarbeit eine Überweisung von Ressourcen vom öffentlichen Leistungsträger an den privaten Leistungserbringer vorgeschrieben, erfolgen die Zahlungen gemäß einem Auszahlungsplan und proportional zur tatsächlichen Projektdurchführung.¹¹⁹⁵ Die Summe bleibt mit dem Gegenstand der Kooperation verbunden und darf nur für das Erreichen des gemeinsamen Ziels verwendet werden.¹¹⁹⁶ Die nicht verwendeten Finanzmittel müssen an die öffentlichen Leistungsträger zurück-fließen.¹¹⁹⁷ Nach Abschluss der Kooperationsvereinbarung muss das Parlament der Regierungsebene informiert werden.¹¹⁹⁸ Zuständig für die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit dieser Vereinbarungen ist der Rechnungshof.¹¹⁹⁹

¹¹⁸⁸ Gesetz Nr. 2.312 vom 03.09.1954, DOU vom 09.09.1954.

¹¹⁸⁹ Art. 7 § 1 der Rechtsverordnung Nr. 49.974-A vom 21.01.1961, DOU vom 28.01.1961. An dieser Stelle werden nur Kooperationsvereinbarungen zwischen öffentlichen und privaten Einrichtungen analysiert. Zu Kooperationsvereinbarungen zwischen öffentlichen Leistungsträgern vgl. schon oben unter 2. Kap. B I.

¹¹⁹⁰ *Di Pietro*, *Parcerias na Administração Pública*, S. 232.

¹¹⁹¹ Gesetz Nr. 8.666 vom 21.06.1993, DOU vom 22.06.1993.

¹¹⁹² Art. 116 1 des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993.

¹¹⁹³ Unter Betriebsplan versteht man hier einen Bestandteil des Vertrags, in dem der Vertragsgegenstand ausführlich beschrieben wird.

¹¹⁹⁴ Art. 116 § 1 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁹⁵ Art. 116 §§ 3 und 5 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁹⁶ Art. 116 § 5 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁹⁷ Art. 116 § 6 I des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁹⁸ Art. 116 § 2 des Gesetzes Nr. 8.666.

¹¹⁹⁹ Art. 71 VI BBV/88.

Die gesetzlichen Regelungen über Kooperationsvereinbarungen mit Zuweisung von Finanzmitteln aus dem öffentlichen Haushalt werden durch die Rechtsverordnung Nr. 6.170¹²⁰⁰ konkretisiert, die Einschränkungen für die Anwendung dieser Vereinbarungen enthält.¹²⁰¹ So gibt es bspw. bestimmte Höchstwerte von Ressourcen, welche durch die Vereinbarungen zugewiesen werden können. Auch Fälle, in denen der Abschluss einer Kooperation nicht möglich ist, werden in dieser Rechtsverordnung bestimmt.¹²⁰² Ein Beispiel hierfür ist das Verbot einer Vereinbarung mit privaten Einrichtungen, die in einer früheren vertraglichen Beziehung mit der öffentlichen Verwaltung ihre Rechenschaftspflichten nicht erfüllt haben.¹²⁰³

Eine weitere Anforderung dieser Rechtsverordnung ist die obligatorische Eintragung der privaten Leistungserbringer in ein öffentliches Register, nämlich das *Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse* (Verwaltungssystem der Kooperationsvereinbarungen und Verträge, die öffentliche Finanzmittel mit einbeziehen).¹²⁰⁴ Die Kooperationsvereinbarung mit einem privaten Leistungserbringer erfolgt erst nach dessen Eintragung in dieses Register. Durch diese Maßnahme wird die Ordnungsmäßigkeit der Gründung der Einrichtung sowie die Einhaltung der Steuerpflichten und arbeitsrechtlichen Pflichten überprüft.¹²⁰⁵ Kooperationsvereinbarungen werden zusätzlich über ein Internet-Portal¹²⁰⁶ kontrolliert. In diesem Portal wird eine Zusammenfassung der Kooperation zwischen öffentlichen Leistungsträgern und über entsprechende Ressourcen verfügenden privaten Leistungserbringern aufgelistet und veröffentlicht.¹²⁰⁷ Durch die Veröffentlichung dieser Daten erhalten die Bürger Informationen darüber, welches Ausgabenvolumen vereinbart wurde und wer die Kooperationspartner sind. Dies schafft Transparenz und hilft dabei, Unregelmäßigkeiten zu vermeiden. So wird es den Bürgern ermöglicht zu überprüfen, ob sich die Verwaltung bei Abschluss dieser Vereinbarung an die geltenden Gesetze gehalten hat. Bspw. darf nach Art. 87 III des Gesetzes Nr. 8.666 nicht mit einem vorbestraften Unternehmer kontrahiert werden. Bei Kooperationsvereinbarungen ist die Durchführung eines Auswahlverfahrens – wie bei Verwaltungsverträgen – grundsätzlich nicht zwingend. Der Grund dafür ist, dass bei solchen

¹²⁰⁰ Rechtsverordnung Nr. 6.170 vom 25.07.2007, DOU vom 26.07.2007.

¹²⁰¹ Art. 2 I der Rechtsverordnung Nr. 6.170.

¹²⁰² Art. 2 V der Rechtsverordnung Nr. 6.170.

¹²⁰³ Art. 2. V a der Rechtsverordnung Nr. 6.170.

¹²⁰⁴ Art. 3 der Rechtsverordnung Nr. 6.170.

¹²⁰⁵ Art. 3 § 2 der Rechtsverordnung Nr. 6.170 vom 25.07.2007.

¹²⁰⁶ Das *Portal dos Convênios* (Internet-Portal der Kooperationsvereinbarungen) ist abrufbar unter: <<https://portal.convenios.gov.br/pagina-inicial>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹²⁰⁷ Art. 3 der Rechtsverordnung Nr. 6.170 vom 25.07.2007, DOU vom 06.05.2010.

Kooperationen die individuellen Eigenschaften der Partner eine große Rolle spielen können. Denkbar ist eine Kooperation in einer bestimmten Gemeinde, wo es nur eine einzige private, nicht gewinnorientierte Einrichtung gibt. In diesem Fall ist ein Wettbewerbsverfahren nicht gerechtfertigt, da ein möglicher Wettbewerb bei Bestehen nur eines Leistungsanbieters von vorneherein wegfällt.¹²⁰⁸ Ein Auswahlverfahren soll nur dann durchgeführt werden, wenn der Abschluss einer Vereinbarung mit mehr als nur einer Einrichtung möglich ist, und die verschiedenen Einrichtungen im Wettbewerb zueinander stehen.¹²⁰⁹ Bei Kooperationen mit Zuweisungen von Finanzmitteln aus dem öffentlichen Haushalt muss eine öffentliche Ausschreibung zur Auftragsvergabe durchgeführt werden, um die Prinzipien der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs zwischen potentiellen Kooperationspartnern zu berücksichtigen.¹²¹⁰ Kooperationsvereinbarungen sollen mit einer bestimmten Laufzeit abgeschlossen werden, eine Kündigung ist jedoch jederzeit möglich.¹²¹¹ Die Laufzeit der Vereinbarung ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt.¹²¹² Dennoch werden Vereinbarungen regelmäßig mit einer Laufzeit von einem bis fünf Jahren abgeschlossen, da für Kooperationsvereinbarungen die Regelungen über Verwaltungsverträge analog gelten.¹²¹³ Kooperationsvereinbarungen mit privaten Leistungserbringern können aufgrund der Notwendigkeit des öffentlichen Leistungsträgers, die Nachfrage zu decken, z. B. durch die Erhöhung des Leistungsangebots oder die Schaffung besonderer medizinischer Leistungen, abgeschlossen werden.¹²¹⁴ Obwohl Kooperationsvereinbarungen als eine Förderungsmaßnahme¹²¹⁵

¹²⁰⁸ Hier zu *Di Pietro*, *Parcerias na Administração Pública*, S. 236; *Filho*, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, S. 40.

¹²⁰⁹ Vgl. dazu *Todero*, *Dos convênios da Administração Pública*, S. 48.

¹²¹⁰ Art. 4. der Rechtsverordnung Nr. 6.170 vom 25.07.2007. In Art. 4 § 2 dieser Rechtsverordnung werden Fälle festgestellt, in denen das Auswahlverfahren wegen der Anerkennung von Notstand nicht für nötig gehalten wird.

¹²¹¹ Art. 12 der Rechtsverordnung Nr. 6.170 vom 25.07.2007.

¹²¹² Gesetz Nr. 8.666 vom 21.06.1993, das in Art. 16 die Kooperationsvereinbarungen regelt.

¹²¹³ Art. 57 II des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993.

¹²¹⁴ Art. 2 und 3 I des Ministerialerlasses Nr. 1.034 vom 05.05. 2010, DOU vom 06.05.2010.

¹²¹⁵ Die staatliche Unterstützung für die Privatwirtschaft, die auf das Kollektivinteresse (Im Sinne der Durchsetzung von Allgemeinwohlinteresse) ausgerichtet ist, wird hier als staatliche Förderung verstanden. Im Rahmen des SUS werden Kooperationsvereinbarungen und Partnerschaftsverträge zwischen den öffentlichen Leistungsträgern und den privaten, nicht gewinnorientierten Einrichtungen als Förderungsmaßnahmen betrachtet, weil durch diese Verträge und Vereinbarungen die Tätigkeit dieser Einrichtungen (private Leistungserbringung) bspw. durch Vermögensübernahmen (eines Grundstücks oder einer Ausstattung) oder durch Subventionen unterstützt wird. Dazu siehe *Di Pietro*, *Parcerias na Administração Pública*, S. 234; *Lima*, *Convênio Administrativo Colaborativo*, S. 49 ff. Gegen die Betrachtung dieser Verträge und Vereinbarungen als staatliche Förderung siehe *Santos*, *Saúde em Debate* 2015, S. 827.

betrachtet werden,¹²¹⁶ haben sie im Rahmen des SUS vor allem die Beschaffung von ergänzenden Gesundheitsleistungen zum Ziel.¹²¹⁷

Bei der Kooperationsvereinbarung muss der öffentliche Leistungsträger genau wie beim Verwaltungsvertrag einen Bedarfsplan ausarbeiten.¹²¹⁸ Während im Verwaltungsvertrag der Erwerb von Gesundheitsleistungen geregelt wird, wird bei der Kooperationsvereinbarung eine Zusammenarbeit mit einem gemeinsamen Ziel vereinbart; infolgedessen ist keine Strafe für den Fall vorgesehen, dass einer der Partner nicht mehr kooperieren will.¹²¹⁹ Obwohl in der Kooperationsvereinbarung eine Laufzeit festgelegt wird, ist es nach brasilianischem Recht jeder Partei möglich, sich vorzeitig von der Vereinbarung zu lösen.

Obwohl die Kooperationsvereinbarung kein neues juristisches Instrument in Brasilien ist, wird noch immer Entwicklungsbedarf gesehen.¹²²⁰ Es gibt keine Übereinstimmung in Bezug auf die Bestimmung grundlegender Elemente wie Partner und Gegenstand der Kooperation,

¹²¹⁶ Ein Beispiel für eine Kooperationsvereinbarung, die als eine Förderungsmaßnahme betrachtet wird, ist die Kooperationsvereinbarung Nr. 814717 zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und dem privaten Krankenhaus *Instituto das Pequenas Missionárias de Maria Imaculada*, die es zum Ziel hat, Ausstattung und Geräte für das private Krankenhaus mit öffentlichen Mitteln zu erwerben. Zu diesem Zweck wurde im Zeitraum vom 30.12.2014 bis 09.11.2015 die Summe von R\$ 257.700,00 (ungefähr 78.376,10 Euro) ausgegeben. Der Staat könnte durch das Bundesministerium für Gesundheit die Ausstattung selbst erwerben, mit dem Ziel die öffentliche Leistungserbringung zu verbessern; stattdessen fördert er ein privates Krankenhaus. Angaben vom Bundesministerium für Gesundheit, *Portal da Transparência*, abrufbar im Internet unter: <<http://transparencia.gov.br/convenios/DetalhaConvenio.asp?CodConvenio=814717&TipoConsulta=1&UF=mg&CodMunicipio=4123&CodOrgao=36000&Pagina=1&Periodo=>>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹²¹⁷ Die gesetzliche Grundlage dieser Kooperationsvereinbarung ist Art. 3 einziger § I des Ministerialerlasses Nr. 1.034 vom 05.05.2010. Beispiel dafür ist die Kooperationsvereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und der privatrechtlichen Stiftung *Fundação Educacional Lucas Machado Feluma*. Der Gegenstand der Kooperationsvereinbarung ist die stationäre Behandlung im Universitätsklinikum São José. Für diesen Zweck hat das Bundesministerium für Gesundheit in der Zeit vom 28.11.2000 bis 28.11.2005 die Summe von R\$ 900.980,07 (ca. 393.248 €) ausgegeben. Angaben vom Bundesministerium für Gesundheit, *Portal da Transparência*, Kooperationsvereinbarung Nr. 355571 (SIAFI). Abrufbar im Internet unter: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/convenios/DetalhaConvenio.asp?CodConvenio=355571&TipoConsulta=1>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹²¹⁸ Art. 116 § 1 des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993.

¹²¹⁹ Dazu *Marrara*, Identificação de Convênios Administrativos no Direito Brasileiro, S. 555.

¹²²⁰ Vgl. dazu *Marrara*, Identificação de Convênios Administrativos no Direito Brasileiro, S. 551 f., *Violin*, Terceiro Setor e parcerias com a Administração Pública, S. 243 ff.; *Lima*, Convênio Administrativo Colaborativo, S. 30 ff.

und auch ihre juristische Natur ist unklar.¹²²¹ Es ist bisher ungeklärt, ob sie als Verwaltungsvertrag oder eine besondere Art von Verwaltungsakt zu sehen sind.¹²²² Aufgrund der unklaren Einordnung dieses Rechtsinstituts bleibt sein Anwendungsbereich weiterhin kontrovers. Kooperationsvereinbarungen werden als ein Instrument gesehen, das grundsätzlich zwei Ziele hat. Zum einen kommt es zu einer Dezentralisierung der Gesundheitsversorgung des SUS durch die Verlagerung von gesundheitlichen Maßnahmen und die Zuweisung von Finanzmitteln aus dem Bundeshaushalt an die Länder und Gemeinden (Kooperationsvereinbarungen unter öffentlichen Leistungsträgern). Zum anderen wird die private Leistungserbringung durch Kooperationsvereinbarungen gefördert.¹²²³ Bezogen auf den ersten Punkt steht die Anwendung der Kooperationsvereinbarungen im Einklang mit den Grundsätzen des SUS, weil die Gesundheitsversorgung dezentralisiert realisiert werden soll.¹²²⁴ Der Aspekt der Förderung ist hingegen umstritten. Staatliche Förderung zielt auf die Entwicklung eines bestimmten Bereichs ab, der bedeutsam für die Kollektivität ist.¹²²⁵ Die Leistungserbringung durch private, nicht gewinnorientierte Einrichtungen ist in der Praxis sehr wichtig für das SUS geworden,¹²²⁶ da die Zahl der öffentlichen Leistungserbringer unzureichend zur Deckung der Nachfrage des SUS ist. Es wird jedoch kritisiert, dass die finanziellen Mittel, welche im Rahmen der Kooperation aufgewendet werden, an private Einrichtungen fließen, anstatt in die öffentliche Leistungserbringung investiert zu werden. Letztendlich werden durch die Kooperationsvereinbarungen im Rahmen des SUS die privaten Unternehmen in das System einbezogen. Es besteht hier ein konzeptionelles Ungleichgewicht zwischen Förderung und Beschaffung von Gesundheitsleistungen. Die Leistungsträger beabsichtigen mit den Kooperationsvereinbarungen vielmehr eine Beschaffung von Leistungen als eine Förderung der privaten Leistungserbringung. Sie verfolgen daher mit Abschluss der Kooperationsvereinbarungen im Wesentlichen ihre eigenen Ziele.

¹²²¹ So auch *Marrara*, Identificação de Convênios Administrativos no Direito Brasileiro, S. 551 f.

¹²²² *Marrara*, Identificação de Convênios Administrativos no Direito Brasileiro, S. 551 f.

¹²²³ Dazu *Di Pietro*, Direito Administrativo, S. 349; *Mânica*, O setor privado nos serviços públicos de saúde, S. 221.

¹²²⁴ Art. 198 I BBV/88 und Art. 9 und 10 §§ 1 b, 5 und 6 der Gesetzesverordnung Nr. 200 vom 25.02.1967, DOU vom 27.02.1967.

¹²²⁵ Vgl. *Di Pietro*, Direito Administrativo, S. 244; *Lima*, Convênio Administrativo Colaborativo, S. 49 ff.

¹²²⁶ Angesichts der großen Zahl von privaten Leistungserbringern im Nationalen Register von Leistungserbringern kann man die wesentliche Rolle der privaten Leistungserbringer im SUS bestätigen. *Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde*. Abrufbar im Internet unter: <http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Unidade.asp?VEstado=00&VMun=&VComp=00&VUni=>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

3. Der Leitungsvertrag

Der Begriff „Leitungsvertrag“ (*Contrato de Gestão*) ist in Brasilien doppeldeutig und kann sich auf zwei unterschiedliche Vertragsarten beziehen.¹²²⁷ Der erste Leitungsvertrag wird zwischen der unmittelbaren (Behörde) und der mittelbaren Staatsverwaltung abgeschlossen.¹²²⁸ Dieser Leitungsvertrag wurde im Rahmen der Verwaltungsreform von 1998¹²²⁹ als ein allgemeines Instrument der Staatsverwaltung eingeführt. Durch diesen Vertrag gibt die unmittelbare Staatsverwaltung ihren Einrichtungen mehr Autonomie, um die Verwaltungseffizienz zu erhöhen. Die Verwaltungstätigkeiten sollen zu festgelegten Leistungszielen führen; man fokussiert sich mehr auf Ergebnisse als auf die Kontrolle.¹²³⁰ Da dieser Leitungsvertrag Beziehungen innerhalb der öffentlichen Verwaltung regelt und keine gleichwertigen und gegenseitigen Pflichten und Rechte festlegt, ist er kein Vertrag im eigentlichen Sinne,¹²³¹ sondern vielmehr ein Instrument zur Übertragung von Befugnissen.¹²³²

Die Verwaltungsreform von 1998 zielte auf eine Erhöhung der Qualität der von der öffentlichen Verwaltung erbrachten Dienstleistungen durch ihre Übertragung auf private Einrichtungen ab.¹²³³ Diese Übertragung sollte durch eine zweite Art von Leitungsvertrag stattfinden und zwar zwischen der öffentlichen Verwaltung und privaten, nicht gewinnorientierten

¹²²⁷ *Bandeira de Mello*, Curso de Direito Administrativo, S. 223; *Di Pietro*, Direito Administrativo, S. 344 ff.

¹²²⁸ Der Leitungsvertrag wird erst in der Rechtsverordnung Nr. 137 vom 27.05.1991 (DOU 28.05.1991) erwähnt, die das Leitungsprogramm der staatlichen Betriebe regelt. Die unmittelbare Staatsverwaltung soll durch den Leitungsvertrag gemäß dieser Rechtsverordnung Ziele, Produktivitätsindikatoren, Maßstäbe und Bewertungskriterien für die Leistungserbringung sowie Bestrafung für unangemessene Handlungen der staatlichen Betriebe festlegen. Zur Anwendung des Leitungsvertrags bei staatlichen Unternehmen siehe *André*, RAE 1995, S. 6 ff.

¹²²⁹ Zur Verwaltungsreform von 1998 vgl. schon oben unter Fn. 1106.

¹²³⁰ Art. 37 § 8 BBV/88.

¹²³¹ Vgl. dazu *Di Pietro*, Parcerias na Administração Pública, S. 266; *Bandeira de Mello*, Curso de Direito Administrativo, S. 230; *Filho*, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, S. 337.

¹²³² Laut Art. 19 und 26 der Gesetzesverordnung Nr. 200 vom 25.02.1967 unterstehen die Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung der Kontrolle der unmittelbaren Staatsverwaltung. Deswegen sind Verwaltungsverträge zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Staatsverwaltung nicht nötig, weil letztere Handlungen und Maßnahmen einfach durch Verwaltungsakte durchführen kann. Dazu *Bandeira de Mello*, Curso de Direito Administrativo, S. 225.

¹²³³ Nur Tätigkeiten des so genannten strategischen und bürokratischen Kerns des Staats (z. B. Legislative, Judikative, einige Organe der Exekutive, wie Finanzbehörden und Behörden für öffentliche Sicherheit und Staatsanwaltschaften) sollen durch die unmittelbare Staatsverwaltung durchgeführt werden. Die weiteren Tätigkeiten bspw. im Bereich Gesundheit, Bildung, Kultur, Umweltschutz und technologische Entwicklung, die nach der BBV/88 nicht ausschließlich vom Staat übernommen werden dürfen, sollen an private Organisationen

Einrichtungen, die als *Organização Social – OS* (Soziale Organisation) qualifiziert werden.¹²³⁴

Mit dem Regierungswechsel 2002¹²³⁵ verlor die Verwaltungsreform von 1998 ihre Bedeutung auf Bundesebene, weil die neue Regierung die Leitlinie der Verschlinkung des Staates nicht aufnahm. Außerdem wurde eine abstrakte Normenkontrollklage gegen das Gesetz erhoben, das den Leitungsvertrag regelte.¹²³⁶ Trotz dieser Klage und weiterer Kritik am Leitungsvertrag,¹²³⁷ die in der Literatur zu finden ist, wenden viele Bundesländer¹²³⁸ und Gemeinden¹²³⁹ den Leitungsvertrag nach dem Bundesmodell noch immer an.

OS können einen Leitungsvertrag mit der öffentlichen Verwaltung zur Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Bildung, wissenschaftliche Forschung, technologische

übertragen werden. Vgl. Begründung der Verfassungsänderung Nr. 19 vom 19.06.1998, *Mensagem Presidencial Nr. 886 vom 23.08.1995* (Drucksache), S. 26481, DOU vom 02.12.1997, und *Presidência da República, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, S. 41.

¹²³⁴ Durch die juristische Qualifikation als OS dürfen private, nicht gewinnorientierte Personen gemäß Art. 5 des Gesetzes Nr. 9.637 vom 15.05.1998 (DOU vom 16.05.1998) Leitungsverträge mit dem öffentlichen Leistungsträger abschließen. Relevant für diese Arbeit ist dieser zweite Vertragstyp, der durch das Gesetz Nr. 9.637 vom 15.05.1998 eingeführt wurde.

¹²³⁵ 2002 begann Luis Inácio Lula da Silva (Arbeiterpartei – PT) seine 1. Amtszeit als Bundespräsident. Von 1994 bis 2002 übte Fernando Henrique Cardoso (Soziale demokratische Partei – PSDB) dieses Amt aus.

¹²³⁶ 1998 wurde eine Klage vom *Partido dos Trabalhadores – PT* (Arbeiterpartei) und vom *Partido Trabalhista Brasileiro – PTB* (Brasilianische Partei für Arbeitsthemen) gegen das Gesetz Nr. 9.637 vom 15.05.1998 eingereicht, um die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes zu überprüfen. Erst am 01.08.2007 wurde eine vorläufige Entscheidung erlassen, die eine aufschiebende Wirkung für die Klage ablehnte (*Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nr. 1923-5*). Erst 2015 entschied das Oberste Brasilianische Bundesgericht (*Supremo Tribunal Federal*), dass das Gesetz Nr. 9.637 vom 15.05.1998 nach einer verfassungskonformen Auslegung vereinbar mit der BBV/88 ist. Daten vom *Supremo Tribunal Federal*, ADI Nr. 1923, Entscheidung vom 16.04.2015, Berichterstatter: Ayres Britto, Abrufbar im Internet unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹²³⁷ Vgl. u. a. *Bandeira de Mello*, *Curso de Direito Administrativo*, S. 227; *Di Pietro*, *Direito Administrativo*, S. 346; *Moreira Neto*, *Revista de Direito Administrativo*, S. 192; *Montaño*, *Terceiro Setor e Questão Social*, S. 205.

¹²³⁸ U. a. Ergänzungsgesetz des Bundeslands São Paulo Nr. 846 vom 04.06.1998 (DOE vom 05.06.1998); Gesetz des Bundeslands Santa Catarina Nr. 12.929 vom 04.02.2004 (DOE vom 04.02.2004); Gesetz des Bundeslands Goiás Nr. 15.505 vom 28.12.2005 (DOE vom 09.01.2006); Gesetz des Bundeslands Rio de Janeiro Nr. 5.026 vom 19.05.2009 (DOE vom 20.05.2009).

¹²³⁹ U. a. Gesetz der Gemeinde São Paulo Nr. 14.132 vom 24.01.2006 (DOM vom 24.01.2006); Gesetz der Gemeinde São Carlos Nr. 14.060 vom 17.04.2007 (DOM vom 17.04.2007); Gesetz der Gemeinde Rio de Janeiro Nr. 5.026 vom 20.05.2009 (DOM vom 20.05.2009); Gesetz der Gemeinde Contagem Nr. 4.713 vom 30.12.2014 (DOM 30.12.2014).

Entwicklung, Umwelt-schutz, Kultur und Gesundheitsversorgung abschließen.¹²⁴⁰ In der Einführung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Qualifizierung der privaten Einrichtungen als OS auf Bundesebene¹²⁴¹ liegt der Beweis der Ordnungsmäßigkeit ihres Gründungsaktes. Es wurde festgelegt, dass die Einrichtung nicht gewinnorientiert sein soll.¹²⁴² Eine weitere Voraussetzung ist die Einsetzung eines Verwaltungsrates, der zusammen mit einem Vorstand die Verantwortung für die Geschäftsleitung der OS übernimmt.¹²⁴³ Überraschend ist, dass obwohl diese privaten Einrichtungen nicht zur mittelbaren öffentlichen Verwaltung gehören, 20-40 % der Mitglieder des Verwaltungsrates Vertreter der öffentlichen Verwaltung sein sollen.¹²⁴⁴ Die Teilnahme der öffentlichen Verwaltung am Verwaltungsrat dieser Einrichtungen zielt auf die Kontrolle in Bezug auf die Einhaltung der gesetzlichen Aufgaben ab.¹²⁴⁵

Die Anwendung des Leitungsvertrags im Rahmen der Gesundheitsversorgung begann 1991 durch das Gesetz Nr. 8.246,¹²⁴⁶ das die erste OS als private, nicht gewinnorientierte juristische Person bestimmte, nämlich *Serviço Social Autônomo das Pioneiras Sociais* (Der selbstständige Sozialdienst der sozialen Pionierinnen).¹²⁴⁷ Erst mit dem Gesetz Nr. 9.637¹²⁴⁸ erweiterte das Modell der OS die Leistungserbringung des SUS.¹²⁴⁹ Anders als die erste OS, die durch das Gesetz gegründet wurde, wurde die OS des Gesetzes Nr. 9.637 von Privaten gegründet.¹²⁵⁰

¹²⁴⁰ Art. 1 des Gesetzes Nr. 9.637 vom 15.05.1998 (DOU vom 16.05.1998).

¹²⁴¹ Jedes Bundesland und jede Gemeinde verfügt über Gesetzgebungskompetenz, um Leitungsverträge zu regeln und damit die Befugnis, neue Voraussetzungen festzusetzen. Diese Gesetze müssen im Einklang mit dem Bundesgesetz Nr. 9.637 vom 15.05.1998 sein.

¹²⁴² Art. 2 I des Gesetz Nr. 9.637.

¹²⁴³ Art. 2 I c des Gesetzes Nr. 9.637.

¹²⁴⁴ Art. 3 I a-b des Gesetzes Nr. 9.637.

¹²⁴⁵ Dazu *Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS*, Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde, S. 88.

¹²⁴⁶ Vom 22.10.199, DOU vom 23.10.1991.

¹²⁴⁷ Art. 1 des Gesetzes Nr. 8.246 vom 22.10.1991, DOU vom 23.10.1991.

¹²⁴⁸ Vom 15.05.1998, DOU vom 16.05.1998.

¹²⁴⁹ Als Beispiel eines Leitungsvertrags im Rahmen der Gesundheitsversorgung ist der Leitungsvertrag Nr. 001.0500.000.023/2014 zwischen dem Leistungsträger des Bundesland São Paulo und der OS *Associação Congregação de Santa Catarina* vom 26.06.2014 zu nennen, nachfolgend „Leitungsvertrag vom 26.06.2014“. Ab-rufbar im Internet unter: <http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br/documento/CG/CG_2194_2014.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹²⁵⁰ Art. 1 des Gesetzes Nr. 9.637 vom 15.05.1998.

Der Leitungsvertrag im Rahmen der Gesundheitsversorgung soll durch das Bundesministerium für Gesundheit und den Gesundheitsrat kontrolliert werden.¹²⁵¹ Das Bundesministerium für Gesundheit darf dem Leitungsvertrag sogar Klauseln hinzufügen.¹²⁵² Um die Kontrolle der OS zu ermöglichen, soll diese Einrichtung einen jährlichen Bericht mit den Ergebnissen und der Rechnungsprüfung in Bezug auf ihre Tätigkeiten präsentieren.¹²⁵³

Die öffentlichen Leistungsträger der drei Regierungsebenen dürfen Leitungsverträge mit OS ohne ein Auswahlverfahren abschließen.¹²⁵⁴ Diese gesetzliche Regelung wurde stark kritisiert, weil durch das Auswahlverfahren die Gleichbehandlung zwischen den potentiellen Partnern der öffentlichen Verwaltung gewährleistet wird und das vorteilhafteste Angebot für die Verwaltung ausgewählt werden kann.¹²⁵⁵ Dieses Thema wurde im Rahmen einer abstrakten Normenkontrollklage¹²⁵⁶ vom *Supremo Tribunal Federal* (das Oberste Brasilianische Bundesgericht) analysiert. Nach dem Obersten Bundesgericht ist der öffentliche Leistungsträger beim Abschluss von Leitungsverträgen nicht zum Auswahlverfahren im Sinne des Art. 3 des Gesetzes Nr. 8.666 verpflichtet, muss jedoch die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots unter Bekanntgabe objektiver Auswahlkriterien ausschreiben, um das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsprinzip zu gewährleisten.¹²⁵⁷ Der Gegenstand des Leitungsvertrags ist die Leistungserbringung,¹²⁵⁸ die im Vertrag geregelt und in einem Arbeitsprogramm¹²⁵⁹ genau und vollständig definiert wird.

¹²⁵¹ Art. 6 einziger § und Art. 8 des Gesetzes Nr. 9.637.

¹²⁵² Art. 7 einziger § des Gesetzes Nr. 9.637.

¹²⁵³ Art. 8 § 1 des Gesetzes Nr. 9.637.

¹²⁵⁴ Art. 24 XXIV des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993, DOU vom 22.06.1993.

¹²⁵⁵ Vgl. u. a. *Bandeira de Mello*, Curso de Direito Administrativo, S. 240, *Di Pietro*, Direito Administrativo, S. 567; *Filho*, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, S. 337.

¹²⁵⁶ Vgl. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* Nr. 1923-5 (abstrakte Normenkontrollklage), abrufbar im Internet unter: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/ cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf)>, zuletzt besucht am 20.01. 2019.

¹²⁵⁷ *Ação Direta de Inconstitucionalidade* Nr. 1923-5 (abstrakte Normenkontrollklage), S. 2 ff.

¹²⁵⁸ Der Gegenstand des Leitungsvertrags vom 26.06.2014 ist gemäß Klausel 1 die Verwaltung und Durchführung von ambulanter Behandlung (Fachleistungen) im Gesundheitszentrum *Itapevi*.

¹²⁵⁹ Das Arbeitsprogramm eines Leitungsvertrags sowie der Betriebsplan einer Kooperationsvereinbarung sind Bestandteil dieser Verträge. Der Leitungsvertrag vom 26.06.2014 hat drei Anlagen. Die erste beschreibt die Leistungen; die zweite, die Vergütung; und die dritte, die Qualitätsindikatoren der Leistungserbringung.

Der Leitungsvertrag enthält zudem die Laufzeit,¹²⁶⁰ die Rechte und Pflichten der Vertragspartner,¹²⁶¹ sowie Produktivitäts- und Qualitätsindikatoren der Leistungserbringung.¹²⁶² Außerdem wird eine Ausgabenobergrenze für Personal festgelegt.¹²⁶³

Für die Erbringung der vertraglichen Leistungen überweist der öffentliche Leistungsträger finanzielle Mittel an die OS, die im Leitungsvertrag fixiert sind.¹²⁶⁴ Die Nutzung von öffentlichen Grundstücken und Ausstattungen wird als staatliche Förderung betrachtet und ist erlaubt.¹²⁶⁵ Außerdem darf die öffentliche Verwaltung bestimmen, dass Beamte Dienste in den OS erbringen können.¹²⁶⁶

Eine OS kann aufgrund der Verletzung der Vertragsregelungen durch ein Verwaltungsverfahren disqualifiziert werden.¹²⁶⁷ In diesem Fall gehen die verlagerten öffentlichen Vermögen und Ausrüstungsgegenstände wieder in das Eigentum der öffentlichen Verwaltung über.¹²⁶⁸

Die Übertragung der Verwaltung, Planung und Durchführung der Gesundheitsversorgung von öffentlichen Leistungsträgern auf OS durch Leitungsverträge wurde als Maßnahme zur

¹²⁶⁰ In Bezug auf die Laufzeit gelten für Leitungsverträge die Regelungen des Verwaltungsvertrags gemäß Art. 57 des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993. Der Leitungsvertrag vom 26.06.2014 hat gemäß Klausel 6 eine Laufzeit von 5 Jahren.

¹²⁶¹ Die im Leitungsvertrag geregelten Rechte und Pflichten ähneln jenen der Verwaltungsverträge. Hauptpflicht der privaten Leistungserbringer ist gemäß Anlage 1 und Klausel 2.1 die Durchführung der vertraglichen Gesundheitsversorgung nach den Grundsätzen und Richtlinien des SUS. Zu den Nebenpflichten gehört gemäß Klausel 2.4 die Verantwortung für den Schadensersatz von Patienten aufgrund von Behandlungsfehlern und gemäß Klausel 2.8 die Verantwortung für die Einstellung von Mitarbeitern sowie für die Rechtmäßigkeit des Arbeitsverhältnisses in Bezug auf das Arbeitsrecht und das Sozialrecht der Mitarbeiter. Hauptpflicht des öffentlichen Leistungsträgers ist gemäß Anlage 2 und der Klauseln 3.2, 7 und 8 die Vergütung. Der öffentliche Leistungsträger muss gemäß Klausel 3.5 auch die Beschäftigung von Beamten autorisieren. Außerdem muss er gemäß der Klauseln 3.6, 4 und 5 die Durchführung der vertraglichen Leistungen kontrollieren und bewerten.

¹²⁶² Die Produktivitäts- und Qualitätsindikatoren werden grundsätzlich in der Anlage 2 und 3 des Leitungsvertrags vom 26.06.2014 beschrieben.

¹²⁶³ Art. 7 II des Gesetzes Nr. 9.637 vom 15.05.1998.

¹²⁶⁴ Um den Zweck des Leitungsvertrags vom 26.06.2014 zu erfüllen, hat das Landesministerium für Gesundheit gemäß § 7 des Leitungsvertrags vom 26.06.2014 für den Zeitraum vom 26.06.2014 bis 27.06.2019 eine Summe von R\$ 68.742.180,00 (ca. 22.726,10 Euro) bereitgestellt.

¹²⁶⁵ Art. 12 des Gesetzes Nr. 9.637.

¹²⁶⁶ Art. 14 des Gesetzes Nr. 9.637.

¹²⁶⁷ Art. 16 des Gesetzes Nr. 9.637.

¹²⁶⁸ Art. 16 § 2 des Gesetzes Nr. 9.637 und Klausel 2, Nr. 7 des Leitungsvertrags vom 26.06.2014.

Verbesserung der Effizienz der Gesundheitsversorgung dargestellt.¹²⁶⁹ Infolgedessen breitete sich die Anwendung des Leitungsvertrags auf Landes- und Gemeindeebene aus. Mehr als die Hälfte der Bundesländer und viele Gemeinden in Brasilien erließen Gesetze, die zum Abschluss von Leitungsverträgen ermächtigten.¹²⁷⁰ Die Steigerung der Qualität der Gesundheitsversorgung durch die Einbeziehung der OS ist jedoch nicht eindeutig bewiesen,¹²⁷¹ und damit ist das Argument der Effizienz der OS nicht überzeugend.¹²⁷² Der Hintergedanke bei der Anwendung des Leitungsvertrags ist vielmehr ein Umgehen der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Normen („Flucht aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht“), um die Gesundheitsversorgung des SUS als einen privatrechtlichen Dienst durchzuführen.¹²⁷³ Die Einführung des Leitungsvertrags wird sogar als Privatisierung¹²⁷⁴ der Gesundheitsversor-

¹²⁶⁹ Vgl. dazu Begründung des Gesetzentwurfs zum Gesetz Nr. 8.246, das den Leitungsvertrag im Rahmen der Gesundheitsversorgung einführt, *Mensagem Nr. 310/1991* (Drucksache), S. 2.

¹²⁷⁰ *Conselho Nacional dos Secretários da Saúde – CONASS*, Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde, S. 87.

¹²⁷¹ Es gibt keine Studie mit hinreichenden Daten, die beweist, dass die Durchführung der Gesundheitsversorgung durch OS effizienter ist als durch öffentliche Einrichtungen. Hinzu kommt, dass verschiedene Unrechtmäßigkeiten durch den Abschlussbericht der Untersuchungskommission des Parlaments der Gemeinde São Paulo und durch den Bericht des Rechnungshofs des Bundeslands São Paulo auftauchten. Dazu siehe *Câmara Municipal de São Paulo*, Relatório Final da Subcomissão criada para analisar e acompanhar a execução dos contratos (Abschlussbericht des Untersuchungsausschusses), DOM vom 20.01.2012, S. 229 f.; *Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, Comparação de Hospitais Estaduais Paulistas (Vergleich zwischen öffentlichen Krankenhäusern und Krankenhäusern des Dritten Sektors – OS), DOM vom 20.01.2012, S. 230.

¹²⁷² Trotz des Misserfolgs des Leitungsvertrags wurden im Bundesland São Paulo im stationären Bereich positive Erfahrungen gemacht. Dazu siehe *Sano/Abrucio*, RAE 2008, S. 73; *Ditterich/Moysés/Moysés*, Cadernos de Saúde Pública 2012, S. 621; *Barbosa/Elias*, Ciência & Saúde Coletiva 2010, S. 2844 ff.

¹²⁷³ Hierzu *Di Pietro*, Direito Administrativo, S. 553 ff.; *Mello*, Curso de Direito Administrativo, S. 236. In der BBV/88 gibt es verschiedene Regelungen für die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung, die bei der Anwendung des Leitungsvertrags nicht beachtet wurden. Z. B.: Art. 49, X (die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung durch den brasilianischen Kongress), Art. 70 (Rechnungsprüfung und Finanzaufsicht durch den Rechnungshof), Art. 169, § 1 (Beschränkung der Personalausgaben), Art 37, II (öffentliche Ausschreibung zur Einstellung von Personal) und Art. 37, XXI (Erwerb von Gütern und Diensten durch öffentliche Ausschreibungen).

¹²⁷⁴ Unter Privatisierung versteht man hier nicht eine Vermögensprivatisierung, nach welcher der Staat Vermögensgegenstände an Private veräußert, sondern eine funktionale Privatisierung, in der eine Aufgabenübertragung vom öffentlichen Leistungsträger auf private Einrichtungen stattfindet. Vgl. dazu *Di Pietro*, Parcerias na Administração Pública, S. 269 f.; *Scheffer*, Cadernos de Saúde Pública 2015, S. 664; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 671. Zur Privatisierung öffentlicher Einrichtungen siehe *Scheele*, in: Blanke/Fedder, Privatisierung, S. 84 f. Zur Privatisierung des SUS durch Leitungsverträge siehe *Travagin*, Saúde & Debate 2017, S. 995 ff.

gung bezeichnet, weil durch diesen Vertragstyp Tätigkeiten, die zur Aufgabe und Verantwortung des Staates gehören, in den privaten Sektor verlagert wurden.¹²⁷⁵ Diese Verlagerung ist nicht problemlos, weil dadurch öffentliche Ressourcen von einer Rechtsperson des privaten Rechts verwaltet werden. Öffentliche Ressourcen dürfen allerdings nicht eingesetzt werden, ohne verfassungsrechtliche Grundsätze wie Transparenz und Chancengleichheit zu beachten. Diese Rechtmäßigkeitsvoraussetzung führt zu mehr Kontrolle über die Handlung der Rechtsperson des privaten Rechts.

Der Rechnungshof der Gemeinde São Paulo, der gemäß Art. 71 VI BBV/88 verantwortlich für die Überprüfung der von der öffentlichen Verwaltung abgeschlossenen Verträge ist, stellte zahlreiche Unrechtmäßigkeiten bei der Umsetzung von Leitungsverträgen im Bereich Gesundheit fest.¹²⁷⁶ Die Darstellung dieser Unrechtmäßigkeiten führte zur Einsetzung einer Untersuchungs-kommission im *Câmara Municipal de São Paulo* (Stadtparlament).¹²⁷⁷ Laut Abschlussbericht dieser Kommission verfügt das *Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo* (kommunale Gesundheitsamt der Gemeinde São Paulo) nicht über ausreichend qualifiziertes Personal zur Überprüfung der Einhaltung dieser Verträge. Der öffentliche Leistungsträger ist jedoch verpflichtet, auf die OS einzuwirken, damit die Gesundheitsversorgung unter den vereinbarten Bedingungen erbracht wird.¹²⁷⁸ Außerdem behauptete die Kommission, dass die analysierten, von OS betriebenen Gesundheitsversorgungseinrichtungen teurer als die öffentlichen Einrichtungen seien.¹²⁷⁹ In Bezug auf den Vergleich der Kosten der Gesundheitsversorgung zwischen OS und öffentlichen Einrichtungen hat sich auch der Rechnungshof des Bundeslandes São Paulo geäußert. Auch ihm zufolge sind die Kosten der Leistungserbringung durch Verträge mit der OS höher als die Kosten durch öffentliche Leistungserbringer (unmittelbare Verwaltung).¹²⁸⁰

¹²⁷⁵ *Di Pietro*, *Parcerias na Administração Pública*, S. 269 f.

¹²⁷⁶ Vorschriftenwidrig waren u. a. der Leitungsvertrag Nr. 03/2007-NTCSS-SMS/TC Nr. 72-000.072.08-23, der Leitungsvertrag Nr. 08/2008-NTCSS-SMS, Nr. 72- 001.112.10-51 und der Leitungsvertrag Nr. 016/2009-NTCSS-SMS-G, Nr. 72- 000.135.11-47. Die Unrechtmäßigkeiten umfassen Unterlassung in Bezug auf die Transparenz und Kontrolle der Ausgaben sowie Vergütung von nicht erbrachten Leistungen.

¹²⁷⁷ Der Untersuchungsausschuss des Stadtparlaments São Paulo wurde eingerichtet, um die Leitungsverträge zwischen dem öffentlichen Leistungsträger der Gemeinde São Paulo und den OS im Gesundheitsbereich zu überprüfen.

¹²⁷⁸ *Câmara Municipal de São Paulo*, *Relatório final da Subcomissão criada para analisar e acompanhar a execução de contratos* (der Abschlussbericht des Untersuchungsausschusses), S. 229.

¹²⁷⁹ *Câmara Municipal de São Paulo*, *Relatório final da Subcomissão criada para analisar e acompanhar a execução de contratos* (der Abschlussbericht des Untersuchungsausschusses), S. 230.

¹²⁸⁰ *Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, *Comparação de Hospitais Estaduais Paulistas* (Vergleich zwischen öffentlichen Krankenhäusern und Krankenhäusern des Dritten Sektors – OS), S. 95.

4. Der Partnerschaftsvertrag

Weniger als ein Jahr nach der Einführung des Leitungsvertrags wurde der Partnerschaftsvertrag durch das Gesetz Nr. 9.790¹²⁸¹ geregelt. Dieses Gesetz wurde als Rechtsrahmen für die Einrichtungen des Dritten Sektors¹²⁸² in Brasilien erlassen. 2014 wurde jedoch ein neuer Rechtsrahmen durch das Gesetz Nr. 13.019¹²⁸³ geschaffen. Die Vorschriften beider Gesetze wurden durch Rechtsverordnungen konkretisiert.¹²⁸⁴ Da das Gesetz Nr. 13.019 die vorhergehenden Gesetze über den Dritten Sektor nicht aufgehoben hat, wird der Partnerschaftsvertrag aktuell in verschiedenen Gesetzen geregelt.¹²⁸⁵

Der Leitungs- und der Partnerschaftsvertrag wurden im Rahmen der Verwaltungsreform von 1998 konzipiert, nach der Tätigkeiten bestimmter Sektoren auf private Einrichtungen übertragen werden sollten.¹²⁸⁶ Infolgedessen gibt es viele Ähnlichkeiten zwischen diesen Verträgen. Ziel des Partnerschaftsvertrags ist, wie beim Leitungsvertrag, eine Kooperation zwischen dem Staat und privaten Einrichtungen zu schaffen, um bestimmte Tätigkeiten zu fördern und durchzuführen.¹²⁸⁷

¹²⁸¹ Gesetz Nr. 9.790 vom 23.03.1999, DOU vom 24.03.1999.

¹²⁸² Unter dem Begriff Einrichtungen des Dritten Sektors bzw. Nonprofit-Sektor wird die Gesamtheit der privaten, nicht gewinnorientierten Organisationen zusammengefasst, die sich weder der staatlichen Sphäre (erster Sektor: öffentliche Organisationen, die durch die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben sowie durch die Finanzierung über öffentliche Gelder charakterisiert sind) noch der Marktsphäre (zweiter Sektor: Profitorganisationen, Unternehmen) zurechnen lassen. Vgl. dazu *Montaño*, Terceiro Setor e a Questão Social, S. 53; *Bandeira de Mello*, Curso de Direito Administrativo, S. 225; *Olivetti*, Revista Digital de Direito Administrativo 2015, S. 642; *United Nations*, Handbook on Nonprofit Institutions in the System of National Accounts, S. 12 ff.; *Simsa/Meyer/Badelt*, Handbuch der Nonprofit-Organisationen, S. 9 ff.

¹²⁸³ Das Gesetz Nr. 13.019 vom 31.07.2014, DOU vom 01.08.2014.

¹²⁸⁴ Das Gesetz Nr. 9.790 wurde durch die Rechtsverordnung Nr. 3.100 vom 30.06.1999 (DOU 01.07.1999) konkretisiert und das Gesetz Nr. 13.019 durch die Rechtsverordnung Nr. 8.726 vom 27.04.2016 (DOU 28.04.2016).

¹²⁸⁵ Die Organisationen des Dritten Sektors werden vor allem durch das Gesetz Nr. 9.637 vom 15.05.1998 (DOU vom 18.05.1998); das Gesetz Nr. 9.790 vom 23.03.1999 (DOU vom 24.03.1999); das Gesetz Nr. 12.101 vom 27.11.2009 (DOU vom 30.11.2009); das Gesetz Nr. 13.019 vom 31.07.2014, (DOU vom 01.08.2014) und durch die entsprechenden Rechtsverordnungen, die diese Gesetze konkretisieren, geregelt.

¹²⁸⁶ Dazu *Presidência da República*, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, S. 46 ff. Zur Verwaltungsreform siehe Fn. 1107.

¹²⁸⁷ Art. 9 des Gesetzes Nr. 9.790 vom 23.03.1999 und Art. 1 des Gesetzes Nr. 13.019 vom 31.07.2014.

Wie beim Leitungsvertrag müssen die privaten Einrichtungen beim Partnerschaftsvertrag bestimmte gesetzliche Voraussetzungen¹²⁸⁸ erfüllen, um die Qualifizierung¹²⁸⁹ als *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP* (Zivilgesellschaftliche Organisation mit öffentlichem Interesse) zu erhalten, die einen Partnerschaftsvertrag mit der öffentlichen Verwaltung erlaubt. Das Gesetz Nr. 9.790 definiert den Partnerschaftsvertrag als Vertrag zwischen dem Staat und einer privaten, nicht gewinnorientierten Einrichtung, die als OSCIP qualifiziert wird, um bestimmte Tätigkeiten¹²⁹⁰ durchzuführen.¹²⁹¹ Eine private, nicht gewinnorientierte Einrichtung ist eine, die keine Gewinne bzw. Überschüsse an ihre Mitglieder, Leiter und Mitarbeiter ausschütten darf.¹²⁹² Gewinne müssen in der Organisation verbleiben und für die Durchführung ihrer Tätigkeit verwendet werden.¹²⁹³

Eine Liste von Einrichtungen bzw. Handelsgesellschaften, Gewerkschaften, kirchlichen Einrichtungen, politischen Einrichtungen und sozialen Organisationen, die sich nicht als OSCIP qualifizieren dürfen, wird gesetzlich erstellt.¹²⁹⁴ Der Antrag zur Qualifizierung als OSCIP muss mit Einreichung der im Gesetz bestimmten Unterlagen¹²⁹⁵ im Bundesministerium für

¹²⁸⁸ Die gesetzlichen Voraussetzungen werden in Art. 1-5 des Gesetzes Nr. 9.790 vom 23.03.1999 und Art. 1-2 der Rechtsverordnung Nr. 3.100 vom 30.06.1999 geregelt.

¹²⁸⁹ Das Bundesministerium für Justiz ist verantwortlich für die Qualifizierung der privaten Einrichtungen gemäß Art. 5 des Gesetzes Nr. 9.790 vom 23.03.1999, Art. 3 der Rechtsverordnung Nr. 3.100 vom 30.06.1999 und Ministerialerlass Nr. 361 vom 27.07.1999.

¹²⁹⁰ Gemäß Art. 3 des Gesetzes Nr. 9.790 vom 23.03.1999 können unterschiedliche Tätigkeiten durchgeführt werden, nämlich Tätigkeiten in den Bereichen Sozialhilfe, Kultur, Schutz des historischen und kulturellen Erbes, Bildung, Gesundheitsversorgung, Lebensmittelsicherheit und Umweltschutz, Freiwilligendienste, Förderung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung, Armutsbekämpfung, Erprobung neuer sozioproduktiver Modelle, Förderung der Rechte durch kostenlose Rechtsberatung, Förderung universeller Werte wie Ethik, Frieden, Förderung von Freiwilligendiensten, Menschenrechte und Demokratie sowie die Entwicklung alternativer Technologien. Im Vergleich zu Tätigkeiten, die durch den Leitungsvertrag realisiert werden dürfen, sind die Tätigkeiten der OSCIP weit gefasst. Durch die gesetzliche Festlegung eines derart weiten Tätigkeitsfeldes wird deutlich, dass die konkreten Anforderungen an die Partner minimiert werden sollen.

¹²⁹¹ Art. 9 des Gesetzes Nr. 9.790 vom 23.03.1999. Als Beispiel eines Partnerschaftsvertrags im Rahmen der Gesundheitsversorgung in Brasilien ist der Partnerschaftsvertrag zwischen dem Leistungsträger der Gemeinde Guanambi im Bundesland Bahia und der OSCIP *BEMFAM/CEDESS, Cidadania, Educação, Desenvolvimento Social e Saúde* vom 17.04.2013 (DOM vom 17.04.2013), nach-folgend „Partnerschaftsvertrag vom 17.04.2013“ zu nennen. Abrufbar im Internet unter: <<http://www.guanambi.ba.gov.br/arquivos/113244201321091.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹²⁹² Art. 1 des Gesetzes Nr. 9.790 vom 23.03.1999.

¹²⁹³ Art. 1 § 1 des Gesetzes Nr. 9.790.

¹²⁹⁴ Art. 2 des Gesetzes Nr. 9.790.

¹²⁹⁵ Art. 1 der Rechtsverordnung Nr. 3.100 vom 30.06.1999. Das Verfahren für die Qualifizierung als OSCIP wird in dieser untergesetzlichen Norm ausführlich geregelt.

Justiz gestellt werden.¹²⁹⁶ Wenn die Einrichtung die gesetzlichen objektiven Kriterien erfüllt, muss das Bundesministerium die Qualifikation als OSCIP erteilen. Es gibt hier keinen Ermessensspielraum.¹²⁹⁷

Partnerschaftsverträge werden gemäß dem Gesetz Nr. 13.019 nach der Zuweisung von finanziellen Ressourcen und nach der Herkunft differenziert.¹²⁹⁸ Es müssen die Prinzipien der Gesetzmäßigkeit, der Chancengleichheit, der Moralität, der Verwaltungstransparenz, der Wirtschaftlichkeit und der Effizienz beachtet werden.¹²⁹⁹ Infolgedessen muss der Abschluss eines Partnerschaftsvertrags unter Bekanntgabe objektiver Auswahlkriterien öffentlich ausgeschrieben werden.¹³⁰⁰ Das bedeutet, dass ein Wettbewerb unter den OSCIPS stattfinden muss, sodass das beste Angebot ausgewählt werden kann.¹³⁰¹

Anders als bei der OS, die Vertreter der öffentlichen Verwaltung in ihrem Verwaltungsrat haben muss,¹³⁰² ist bei der OSCIP nur ein Aufsichtsrat erforderlich, der die finanziellen Leistungen und die Finanzbuchhaltung der Organisation beurteilen muss.¹³⁰³ Die Kontrolle des Partnerschaftsvertrags im Rahmen der Gesundheitsversorgung wird von den öffentlichen Leistungsträgern der drei Regierungsebenen durchgeführt. Auf der Bundesebene wird die Aufsicht dieses Vertrags vom Bundesministerium für Gesundheit und vom Gesundheitsrat

¹²⁹⁶ Art. 5 des Gesetzes Nr. 9.790.

¹²⁹⁷ Vgl. Auffassung des *Supremo Tribunal Federal* (das Oberste Brasilianische Bundesgericht), in *Ação Direta de Inconstitucionalidade* Nr. 1923-5 (abstrakte Normenkontrollklage), S. 5.

¹²⁹⁸ *Termo de colaboração* ist gemäß Art. 2 c VII des Gesetzes Nr. 13.019 vom 31.07.2014 ein Partnerschaftsvertrag mit Zuweisung von finanziellen Ressourcen, der vom öffentlichen Leistungsträger vorgeschlagen wurde. D. h., dass dieser Vertrag in der öffentlichen Verwaltung entsteht. Seinerseits ist *Termo de fomento* gemäß Art. 2 c VIII ein Partnerschaftsvertrag mit Zuweisung von finanziellen Ressourcen, der von einer privaten Organisation vorgeschlagen wurde. D. h., dass dieser Vertrag in einer privaten Organisation entsteht. Schließlich ist *Acordo de Cooperação* gemäß Art. 2 c VIII-A ein Partnerschaftsvertrag ohne Zuweisung von finanziellen Ressourcen.

¹²⁹⁹ Art. 4 I des Gesetzes Nr. 9.790 vom 23.03.1999 und Art. 5 des Gesetzes Nr. 13.019 vom 31.07.2014.

¹³⁰⁰ Art. 22 des Gesetzes Nr. 13.019 vom 31.07.2014 und Art. 23 der Rechtsverordnung Nr. 3.100 vom 30.06.1999, in der Fassung der Rechtsverordnung Nr. 7.568 vom 16.09.2011, DOU vom 19.09.2011.

¹³⁰¹ Beim Leitungsvertrag und auch beim Partnerschaftsvertrag wird kein bindendes Auswahlverfahren im Sinne des Art. 3 des Gesetzes Nr. 8.666 durchgeführt. Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots muss jedoch unter Bekanntgabe objektiver Auswahlkriterien ausgeschrieben werden. In der Praxis wird ein „vereinfachtes Auswahlverfahren“ vollzogen. Für eine kritische Auffassung dazu vgl. *Filho*, *Comentários a Lei de Licitação e Contratos Administrativos*, S. 39.

¹³⁰² Art. 3 des Gesetzes Nr. 9.637 vom 15.05.1998 und Art. 23-32 des Gesetzes Nr. 13.019 vom 31.07.2014.

¹³⁰³ Art. 4 III des Gesetzes Nr. 9.790.

vorgenommen.¹³⁰⁴ Das Gesetz 13.019 führte weitere Kontrollmaßnahmen für die Partnerschaftsverträge ein.¹³⁰⁵ Bspw. müssen die öffentlichen Leistungsträger und die OSCIP die wesentlichen Informationen¹³⁰⁶ über die Partnerschaft im Internet sowie an ihrem Standort veröffentlichen.¹³⁰⁷ Ebenso wie beim bei Leitungsvertrag werden die OSCIP in Folge der Verletzung von Vertragsregelungen disqualifiziert.¹³⁰⁸ Bei der Auflösung einer OSCIP muss ihr Vermögen auf eine andere OSCIP mit gleicher Zweckbestimmung übertragen werden.¹³⁰⁹ Wenn eine OSCIP bei einer vorherigen Partnerschaft mit einem öffentlichen Leistungsträger ihre gesetzlichen und vertraglichen Pflichten nicht erfüllt hat, z. B. die Rechnungsprüfung unterlassen hat oder vom Zweck des Kooperationsvertrags abgewichen ist, darf diese OSCIP keine Partnerschaftsverträge mehr abschließen.¹³¹⁰ Das Gesetz Nr. 13.019 regelt weitere rechtliche Hindernisse zum Vertragsabschluss sowie Vertragsstrafen.¹³¹¹ Die Partnerschaft wird in einem Arbeitsprogramm¹³¹² ausführlich beschrieben.¹³¹³ Der Partnerschaftsvertrag enthält auch Regelungen über den Vertragsgegenstand,¹³¹⁴ die Rechte und Pflichten der Partner¹³¹⁵

¹³⁰⁴ Art 11 des Gesetzes Nr. 9.790.

¹³⁰⁵ Art. 10-12 und 58-60 des Gesetzes Nr. 13.019 vom 31.07.2014.

¹³⁰⁶ Unter wesentlichen Informationen über die Partnerschaft versteht man hier bspw. die Kennung des Vertrags, der die Partnerschaft regelt, die Vertragspartner, den Vertragsgegenstand und die Zuweisung von finanziellen Ressourcen.

¹³⁰⁷ Art. 10-11 des Gesetzes Nr. 13.019 vom 31.07.2014.

¹³⁰⁸ Art.7 des Gesetzes Nr. 9.790 vom 23.03.1999, Art. 4 der Rechtsverordnung Nr. 3.100 vom 30.06.1999 und Art. 4 des Ministerialerlasses Nr. 361 vom 27.07.1999.

¹³⁰⁹ Art. 9A der Rechtsverordnung Nr. 3.100.

¹³¹⁰ Art. 39-40 des Gesetzes Nr. 13.019.

¹³¹¹ Art 73 des Gesetzes Nr. 13.019.

¹³¹² Sowie beim Leitungsvertrags ist das Arbeitsprogramm eines Partnerschafts-vertrags Bestandteil des Vertrags.

¹³¹³ Art. 22 des Gesetzes Nr. 13.019.

¹³¹⁴ Art. 10 § 2 I des Gesetzes Nr. 9.790 und Art. 42 I des Gesetzes Nr. 13.019. Der Gegenstand des Partnerschaftsvertrags vom 17.04.2013 ist gemäß Klausel 1 die Durchführung eines Programms für Familienplanung und sexuelle Gesundheit.

¹³¹⁵ Art. 10 § 2 V und VI des Gesetz Nr. 9.790 und Art. 61-62 des Gesetzes Nr. 13.019. Der Inhalt des Partnerschaftsvertrags in Bezug auf die Rechte und Pflichten der Vertragspartner ähnelt dem Inhalt des Verwaltungsvertrags und des Leitungsvertrags. Hauptpflicht der OSCIP im Partnerschaftsvertrag vom 17.04.2013 ist gemäß Klausel 3.1.1.a die Durchführung des Arbeitsprogramms. Unter den Nebenpflichten liegt gemäß Klausel 2.2.2.i die Lieferung von Arzneimitteln und gemäß Klausel 3.1.1.c die Verantwortung für die Einstellung von Mitarbeitern sowie für die Rechtmäßigkeit des Arbeitsverhältnisses in Bezug auf das Arbeitsrecht und das Sozialrecht der Mitarbeiter. Hauptpflicht des öffentlichen Leistungsträgers ist gemäß Klausel 3.1.2.b die Bezahlung der Vergütung. Außerdem muss dieser gemäß Klausel 2.2.2 die notwendigen Materialien, Ausrüstungen und

sowie die Vertragsdauer.¹³¹⁶

Hinsichtlich der Laufzeit der Partnerschaftsverträge wird das Gesetz Nr. 8.666 analog angewendet.¹³¹⁷ Der Partnerschaftsvertrag muss gemäß Art. 13 der Rechtsverordnung Nr. 3.100¹³¹⁸ für einen Zeitraum von länger als einem Steuerjahr gelten. Seine Laufzeit kann im Falle eines Überschusses verlängert werden.¹³¹⁹

Der Partnerschaftsvertrag beinhaltet die Ziele und Ergebnisse der Partnerschaft.¹³²⁰ Ein System für die Leistungsbewertung und für die Kontrolle der vertraglichen Ergebnisse muss in Partnerschaftsverträgen festgelegt werden.¹³²¹

Die Verwendung von öffentlichen Finanzmitteln wird in Partnerschaftsverträgen geregelt¹³²² und wird gemäß Art. 70 BBV/88 kontrolliert.¹³²³ Im Gegensatz zu den OS¹³²⁴ wurde bei den OSCIP keine gesetzliche Ermächtigung für die Mitarbeit von Beamten erteilt.¹³²⁵

Die Möglichkeit der Anwendung der Partnerschaftsverträge im Rahmen der Leistungserbringung des SUS ist eingeschränkt.¹³²⁶ Ein Partnerschaftsvertrag darf angewendet werden, um die Gesundheitsversorgung durch private Leistungserbringer zu fördern. Es ist jedoch verfassungswidrig, durch Verträge die Gesamtheit der Verwaltung und Durchführung der

Einrichtungen für die Durchführung des Partnerschaftsvertrags zur Verfügung stellen und gemäß Klausel 3.1.2.a die Durchführung des Arbeitsprogramms kontrolliert und bewerten.

¹³¹⁶ Art. 10 § 2 I-II des Gesetzes Nr. 9.790 vom 23.03.1999 und Art. 22 und 42 I-VI des Gesetzes Nr. 13.019 vom 31.07.2014. Die Laufzeit des Partnerschaftsvertrags vom 17.04.2013 beträgt gemäß den Klauseln 7.7.1-7.7.2 drei Jahre und acht Monate mit der Möglichkeit einer Verlängerung.

¹³¹⁷ Art. 57 des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993.

¹³¹⁸ Vom 30.06.1999, DOU vom 01.07.1999.

¹³¹⁹ Art. 13 § 1 der Rechtsverordnung Nr. 3.100.

¹³²⁰ Art. 10 § 2 II des Gesetzes Nr. 9.790 vom 23.03.1999 und Art. 22 II des Gesetzes Nr. 13.019 vom 31.07.2014. Die Festsetzung von Zielen und Ergebnissen wurde im Arbeitsprogramm vorgenommen.

¹³²¹ Art. 10 § 2 III des Gesetzes Nr. 9.790, Art. 22 IV und Art. 42 VIII des Gesetzes Nr. 13.019. Das Ergebnis der Leistungserbringung, die durch den Partnerschaftsvertrag vom 17.04.2013 realisiert wurde, wurde gemäß Klausel 6.6.1 durch einen Bewertungsausschuss analysiert.

¹³²² Art. 3 einziger § des Gesetzes Nr. 9.790, Art. 48-50 und 63-68 des Gesetzes Nr. 13.019 und Art. 14 der Rechtsverordnung Nr. 3.100. Zum Zweck dieses Partnerschaftsvertrags vom 17.04.2013 stellte die Gesundheitsbehörde gemäß Klausel 4.4.1 die Summe von R\$ 275.220,00 (ca. 2.488.138 Euro) als 44 monatliche Ratenzahlung zur Verfügung. Regelungen für die Verwendung der Finanzmittel und ihre Kontrolle werden auch in den Klauseln 4-5 dieses Partnerschaftsvertrags festgelegt.

¹³²³ Art. 4 VII d des Gesetzes Nr. 9.790.

¹³²⁴ Art. 14 des Gesetzes Nr. 9.637 vom 15.05.1998, DOU vom 18.05.1998.

¹³²⁵ Vgl. dazu *Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS*, Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde, S. 105.

¹³²⁶ Vgl. *Di Pietro*, Parcerias na Administração Pública, S. 283.

Gesundheitsversorgung an private Leistungserbringer abzugeben, weil die Teilnahme der privaten Leistungserbringer am SUS gemäß Art. 199 § 1 BBV/88 nur eine Ergänzung der Leistungserbringung sein soll.

Der Bundesgesundheitsrat, der verantwortlich für die Kontrolle und die Bewertung der Gesundheitsversorgung auf Bundesebene ist,¹³²⁷ hat sich durch seinen Beschluss Nr. 01 vom 10.03.2005¹³²⁸ gegen die Teilnahme der OS und der OSCIP an der Leistungserbringung des SUS entschieden. Der Grund dafür ist, dass durch diese Verträge mehr als eine reine Verlagerung der Dienstleistungen und der öffentlichen Ressourcen stattfindet. Es handelt sich um eine Übertragung von Wissen und Kontrolle der Leistungserbringung und damit kann die Steuerung der Gesundheitsversorgung beeinträchtigt werden.¹³²⁹ Außerdem sind die Kontrollmechanismen der Anwendung der öffentlichen Finanzmittel im Partnerschaftsvertrag eher schwach ausgeprägt.¹³³⁰

Die Übertragung von öffentlichen Finanzmitteln an private Einrichtungen wird als ein Förderungsmechanismus des Staates betrachtet. Allerdings sollten die Förderungsmaßnahmen, die nicht im Gesetz geregelt werden, besser gerechtfertigt werden.¹³³¹ So gibt es lediglich die Ermächtigung zum Einsatz von öffentlichen Finanzmitteln. In der Praxis handelt es sich vielmehr um einen „Ankauf“ von Gesundheitsleistungen als um eine staatliche Förderung.

¹³²⁷ Art. 1 § 2 des Gesetz Nr. 8.142 vom 28.12.1990, DOU vom 31.12.1990.

¹³²⁸ Beschluss des Bundesgesundheitsrats Nr. 01 vom 10.03.2005, abrufbar im Internet unter: <http://conselho.saude.gov.br/deliberacoes/deliberacoes_internas05.htm>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹³²⁹ Vgl. dazu *Conselho Nacional de Saúde*, As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público como instrumento de gestão pública na área de saúde, S. 13.

¹³³⁰ Durch verschiedene gerichtliche Auseinandersetzungen wurde gezeigt, dass die Kontrolle der Partnerschaftsverträge von öffentlichen Leistungsträgern Täuschungen – wie z. B. die Vergütung von nicht erbrachten Gesundheitsleistungen und Korruptionsaffären – kaum verhindern kann (U. a. Klage der Staatsanwaltschaft des Bundeslandes Paraná gegen die OSCIP *Instituto Atlântico*, abrufbar im Internet unter: <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Antissepsia_Barbosa_Neto.pdf>, Klage der Staatsanwaltschaft des Bundeslandes Tocantins gegen die OSCIP *Brasil*, abrufbar im Internet unter: <http://www.prto.mpf.mp.br/news/anexos/IPL5152007MPFMarcelodeCarvalhoMirandaseoutrosOSCIP_Brasildennuncia_1.pdf> und Klage der Staatsanwaltschaft des Bundeslandes São Paulo gegen die OSCIP *Aqua, Ação, Cidadania, Qualidade urbana e ambiental*, abrufbar im Internet unter: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=480002S9L0000&processo.foro=152&conversationId=&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=152&cbPesquisa=NMPARTE&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO_&dadosConsulta.valorConsulta=Ant%C3%B4nio+Carlos+de+Camargo&paginaConsulta=1> zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹³³¹ So auch *Di Pietro*, Parcerias na Administração Pública, S. 281.

Der Staat benutzt die Partnerschaftsverträge als Vorwand dafür, sich aus der Gesundheitsversorgung zurückzuziehen, indem er in diesen Sektor nicht mehr investiert und sein eigenes Personal reduziert.

5. Der administrative Konzessionsvertrag der Public Private Partnership (PPP)

Public Private Partnerships (PPP) sind eine Möglichkeit des Zusammenwirkens von Hoheitsträgern und Privatwirtschaft, mit dem Ziel, einen öffentlichen Auftrag zu erfüllen.¹³³² Durch PPP wird ein langfristiges Vertragsverhältnis geregelt, in dem der private Partner (Auftragnehmer) zu Planung, Bau und Betrieb von Infrastrukturprojekten oder Dienstleistungen beiträgt.¹³³³ PPP wurde in verschiedenen Ländern z. B. England,¹³³⁴ Deutschland¹³³⁵ und Portugal¹³³⁶ nach unterschiedlichen Projekttypen und Vertragsgestaltungen

¹³³² Kooperationen zwischen der öffentlichen Hand und Privaten sind nicht neu und aufgrund der Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten des Zusammenwirkens öffentlicher und privater Akteure existiert keine allgemein akzeptierte Definition oder ein genau definiertes Konzept von dieser Partnerschaft, die aus der amerikanischen und englischen Rechtspraxis stammt. Dieser Begriff bedeutet ein breites Spektrum unterschiedlicher Ansätze und ein juristischer Begriff besteht nicht. Vgl. dazu *Bauer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *Grundlage des Verwaltungsrechts*, S. 1186 ff.; *Scheele*, in: *Blanke/Fedder*, S. 85 ff.; *Lammers*, DÖV 2018, S. 304; *Tettinger*, DÖV 1996, S. 764; *Roschmann*, in: *Stember*, *Public Private Partnerships*, S. 36; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, § 54 Rn. 43; *Mühlenkamp*, *Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung*, S. 4. Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 11.079 vom 30.12.2004 (DOU vom 31.12.2004), das die PPP geregelt hat, wurde im rechtswissenschaftlichen Schrifttum keine einheitliche Begriffsbestimmung für die PPP entwickelt, vgl. *Binenbojm*, *Revista de Direito Administrativo* 2005, S. 160.

¹³³³ *Vaz*, *As Parcerias Público-Privadas, o caso da Scutvias*, S. 8; *Rabelo*, *As Parcerias Público-Privadas na saúde em Portugal*, S. 32.

¹³³⁴ *Carlige*, *Public Private Partnerships*, S. 21 ff.; *Peci/Sobral*, *Cadernos Ebape*, S. 2 ff.; *Tribunal de Contas da União*, *Relatório sobre análise da experiência internacional e nacional em matéria de Parcerias Público Privadas*, S. 18. Zur kritischen Auffassung über die Erfahrung mit den PPP im Gesundheitswesen in England siehe *Rügemer*, *Heuschrecken im öffentlichen Raum – Anatomie eines globalen Finanzinstruments*, S. 35 f.

¹³³⁵ 2017 wurde durch eine Verfassungsänderung (BGBl. I, S. 2347) der Begriff Öffentlich-Private Partnerschaft – ÖPP, die deutsche Übersetzung von PPP, in Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG eingeführt. Dieser Sammelbegriff für auf vertraglicher Grundlage beruhende Kooperationsformen wurde bereits 2005 im ÖPP-Beschleunigungsgesetz (BGBl. I 2005, S. 2676) geregelt. Zu PPPs in Deutschland siehe u. a. *Brechtel*, *Das Gesellschaftsmodell – Option für eine echte Public Private Partnership (PPP)*, S. 37; *Budäus/Grüning*, in: *Budäus/Eichhorn*, *Public Private Partnership*, S. 25; *Budäus/Grüb*, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, *Verwaltungskooperation*, S. 33 ff.; *Scheele*, in: *Blanke/Fedder*, S. 85 ff.; *Lammers*, DÖV 2018, S. 303 ff.

¹³³⁶ Vgl. *Tribunal de Contas da União*, *Relatório sobre análise da experiência internacional e nacional em matéria de Parcerias Público-Privadas*, S. 68 ff.; *Rabelo*, *As Parcerias Público-Privadas na saúde em Portugal*, S. 48 ff.; *Vaz*, *As Parcerias Público-Privadas, o caso da Scutvias*, S. 53 ff.; *Medici*, in: *Modesto/Junior*, *Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde*, S. 77.

entwickelt.¹³³⁷ Die Schwerpunkte des PPP liegen in den Bereichen Verkehrsinfrastruktur, Immobilienprojekte, kommunale Ver- und Entsorgung sowie Sicherheit und Soziales.¹³³⁸

Das Ziel der PPP im brasilianischen Kontext ist die Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung¹³³⁹ mit einer Steigerung der Investitionen in Infrastruktur durch die Mitwirkung des Privatkapitals.¹³⁴⁰ Diese Partnerschaften werden mit dem Ziel geschlossen, jedem Partner diejenige Aufgabe zuzuteilen, die er dank seiner spezifischen Fachkompetenz am besten durchführen kann.¹³⁴¹ Die Kombination dieser Eigenschaften (Synergieeffekt) führt zu einem besseren Effizienzniveau, dem so genannten *value for money*,¹³⁴² und damit werden die Bedürfnisse der Bevölkerung optimal erfüllt.¹³⁴³

PPP wurden in Brasilien erst durch das Gesetz Nr. 11.079¹³⁴⁴ eingeführt,¹³⁴⁵ in dem zwei Vertragsmodalitäten, nämlich *concessão patrocinada* (subventionierter Konzessionsvertrag)¹³⁴⁶ und *concessão administrativa* (administrativer Konzessionsvertrag) unterschieden

¹³³⁷ Zu verschiedenen Vertragsformen der PPPs siehe *Roschmann*, in: Stember, Public Private Partnerships, S. 39 ff.; *Scheele*, in: Blanke/Fedder, S. 85 ff.; *Rabelo*, As Parcerias Público-Privadas na saúde em Portugal, S. 34 ff.

¹³³⁸ *Roschmann*, in: Stember, Public Private Partnerships, S. 46 f.

¹³³⁹ Begründung des Gesetzentwurfs Nr. 2.546 von 2003 des Gesetzes Nr. 11.079 vom 30.12.2004, S. 7, DOU vom 28.11.2003.

¹³⁴⁰ Hierzu *Nelson/Nelson/Nelson*, Revista da Faculdade de Direito da UERJ 2017, S. 190; *Aragão*, Revista de Direito Administrativo 2005, S. 106; *Peci/Sobral*, Cadernos Ebape, S. 8; *Tribunal de Contas da União*, Relatório sobre análise da experiência internacional e nacional em matéria de Parcerias Público-Privadas, S. 117. Durch die Rechtsverordnung Nr. 5385 vom 04.03.2005 (DOU vom 05.03.2005) wurde ein *Comite Gestor da Parceria Público Privada* (Verwaltungsausschuss der PPP) eingerichtet, um die Anwendungsbereiche der PPP zu bestimmen.

¹³⁴¹ Vgl. *Hodge/Greve*, Public Administration Review, S. 546.

¹³⁴² Der Terminus *value for money* steht für das beste Preis-Leistungsqualitäts-Verhältnis für das Projekt gemäß der Nomenklatur des englischen Finanzministeriums (*HM Treasury*). Vgl. *Tribunal de Contas da União*, Relatório sobre análise da experiência internacional e nacional em matéria de Parcerias Público-Privadas, S. 11 ff.; *Rabelo*, As Parcerias Público-Privadas na saúde em Portugal, S. 42.

¹³⁴³ Dazu *Vaz*, As Parcerias Público-Privadas, o caso da Scutvias, S. 18.

¹³⁴⁴ Vom 30.12.2004, DOU vom 31.12.2004.

¹³⁴⁵ Die Verträge zur PPP stellen in Brasilien vielmehr ein Instrument der Modernisierung des Staates dar, als eine weitere Handlungsform der öffentlichen Verwaltung, denn die privatrechtliche Handlungsform spielt bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben eine große Rolle. Vgl. dazu u. a. *Romão*, Revista Digital de Direito Administrativo, S. 152 ff.; *Palermo*, Âmbito Jurídico 2006, S. 12 ff.; *Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, Contratos de Parcerias Público-Privadas, S. 11 ff.; *Medici*, in: Modesto/Junior, Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde, S. 71.

¹³⁴⁶ Art. 2 § 1 des Gesetzes Nr. 11.079.

wurden.¹³⁴⁷ Konzessionsverträge zur Erfüllung öffentlicher Aufträge wurden schon durch die BBV/88¹³⁴⁸ sowie durch die Gesetze Nr. 8.987¹³⁴⁹ und Nr. 9.074¹³⁵⁰ geregelt. Durch das Gesetz Nr. 11.079 wurde jedoch eine neue Form des Konzessionsvertrags eingeführt.¹³⁵¹ Unter den neuen Vorgaben, die durch das Gesetz Nr. 11.079 geregelt wurden, finden sich die Vereinbarung einer neuen Form von Risikoverteilung unter den Vertragspartnern,¹³⁵² die Anforderung einer speziellen Zahlungsgarantie¹³⁵³ für die privaten Partner und Geldgeber¹³⁵⁴ sowie die Möglichkeit einer Gewinnausschüttung unter den Vertragspartnern.¹³⁵⁵ PPP-Verträge dürfen nicht abgeschlossen werden, wenn der Schwellenwert unter R\$ 10.000.000,00 (ca. 2.486.065 €) liegt,¹³⁵⁶ die Vertragslaufzeit weniger als 5 Jahre beträgt oder der Vertragsgegenstand nur die Durchführung eines Bauprojekts umfasst.¹³⁵⁷

In der Gesundheitsversorgung wird nur die Variante des administrativen Konzessionsvertrags angewendet. Dieser Vertrag wird gemäß Art. 2 § 2 des Gesetzes Nr. 11.079 als ein Dienstleistungsvertrag definiert, in dem die öffentliche Verwaltung ein mittelbarer oder unmittelbarer Nutzer des Dienstes ist. Diese gesetzliche Definition ist fragwürdig, weil Empfänger der Dienstleistungen, die durch diesen Vertrag erbracht wurden, der Nutzer des SUS und nicht die öffentliche Verwaltung ist. Eine Auslegung des gesamten Gesetzes ergibt, dass der administrative Konzessionsvertrag für die Auslagerung des öffentlichen Dienstes in den

¹³⁴⁷ Art. 2 § 2 des Gesetzes Nr. 11.079.

¹³⁴⁸ Art. 21 XI-XII, 25 § 2, 175 und 223 BBV/88.

¹³⁴⁹ Gesetz Nr. 8.987 vom 13.02.1995, DOU vom 14.02.1995.

¹³⁵⁰ Gesetz Nr. 9.074 vom 07.07.1995, DOU vom 08.07.1995.

¹³⁵¹ Dazu siehe *Alvarenga*, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, S. 3.

¹³⁵² Art. 25 III und IX des Gesetzes Nr. 11.079.

¹³⁵³ Zur Gewährleistung des administrativen Konzessionsvertrags gehört die Belastung von Finanzmitteln aus den öffentlichen Haushalten und die Einrichtung eines speziellen Fonds gemäß Art. 8 I des Gesetzes Nr. 11.079 sowie die Einrichtung einer Gesellschaft gemäß Art. 9. Diese Gesellschaft, die so genannte *Sociedade de Propósito Específico* (Zweckgesellschaft), soll die Form einer offenen Kapitalgesellschaft haben und kann auch mit gemischtwirtschaftlichen Unternehmen gegründet werden, die Erfahrungen in der jeweiligen Branche haben, z. B. Bauindustrie oder Dienstleistungsbereich. PPP werden durch diese Gesellschaft (externe Rechtsträger) vollzogen, die gemäß Art. 9 des Gesetzes Nr. 11.079 vom 30.12.2004 eingerichtet werden.

¹³⁵⁴ Art. 5 § 2 I, 18 § 2 und 24 des Gesetzes Nr. 11.079 vom 30.12.2004.

¹³⁵⁵ Art. 5 IX des Gesetzes Nr. 11.079.

¹³⁵⁶ Diese Obergrenze wurde durch das Gesetz 13.529 vom 04.12.2017 (DOU vom 05.12.2017) reduziert. Dieses Gesetz veränderte das Gesetz Nr. 11.079, um die PPP-Verträge weiter zu fördern. Vgl. Begründung Nr. 165/2017MP des Gesetzes Nr. 13.529 vom 11.07.2017. Abrufbar im Internet unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-786-17.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹³⁵⁷ Art. 2 § 4 I-III des Gesetzes Nr. 11.079.

privaten Bereich konzipiert wurde.¹³⁵⁸ Der private Auftragnehmer übernimmt beim administrativen Konzessionsvertrag den Bau oder die Sanierung von öffentlichen Infrastrukturen sowie den Betrieb eines öffentlichen Dienstes.¹³⁵⁹

Im Gegensatz zu alten Formen von Konzessionsverträgen, in denen die Auftragsdurchführung durch die Erhebung einer Gebühr finanziert wird,¹³⁶⁰ werden im administrativen Konzessionsvertrag die Kosten der öffentlichen Dienste ausschließlich durch öffentliche Mittel gedeckt.¹³⁶¹ Das bedeutet, dass keine Gebühr von den Dienstempfängern verlangt wird.

Die Parteien des administrativen Konzessionsvertrags im Rahmen der Gesundheitsversorgung sind die öffentlichen Leistungsträger und ein privater Auftragnehmer.¹³⁶² Bevor ein administrativer Konzessionsvertrag abgeschlossen wird, muss der öffentliche Leistungsträger ein PPP-Projekt erstellen, in dem der Vertragsgegenstand genau und vollständig beschrieben wird.¹³⁶³ Die Angemessenheit und die Zweckmäßigkeit der Anwendung dieses Vertrags sowie die Wirtschaftlichkeit der Partnerschaft müssen bewiesen werden.¹³⁶⁴ Das PPP-Projekt (Ausschreibungsobjekt) muss auf gesetzliche Weise bekannt gemacht werden, damit die interessierten privaten Unternehmer Angebote für die Vertragserfüllung erstellen können.¹³⁶⁵ Das Unternehmen, das im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs das beste Angebot erstellt, schließt den Konzessionsvertrag mit dem öffentlichen Leistungsträger ab. Das Gesetz Nr. 11.079 erhält außerdem spezifische Regelungen für die öffentliche Ausschreibung des administrativen Konzessionsvertrags.¹³⁶⁶

¹³⁵⁸ Vgl. *Di Pietro*, *Parcerias na Administração Pública*, S. 143.

¹³⁵⁹ Dazu *Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, *Contratos de Parcerias Público-Privadas*, S. 11 ff. Zur Veranschaulichung eines administrativen Konzessionsvertrags im Rahmen der Gesundheitsversorgung in Brasilien wird der Vertrag Nr. 008/2009 vom 28.05.2010 zwischen dem öffentlichen Leistungsträger des Bundeslandes Bahia und der Aktiengesellschaft *Prodal Saúde S/A* angenommen, nachfolgend „administrativer Konzessionsvertrag vom 28.05.2010“, abrufbar im Internet unter: <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/PPP/Contrato_N30_2010_parte1.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹³⁶⁰ Art. 9 des Gesetzes Nr. 8.987 vom 13.02.1995, DOU vom 14.02.1995.

¹³⁶¹ Art. 6 des Gesetzes Nr. 11.079 vom 30.12.2004.

¹³⁶² Art. 1 einziger § des Gesetzes Nr. 11.079. Bei einem administrativen Konzessionsvertrag ist der Auftragnehmer eine Gesellschaft, die zur Vertragserfüllung eingerichtet wurde, die so genannte *Sociedade de Propósito Específico* (Zweckgesellschaft). Dazu vgl. schon oben unter Fn. 1353.

¹³⁶³ Art. 18 I des Gesetz Nr. 8.987.

¹³⁶⁴ Art. 10 I a-c des Gesetzes Nr. 11.079.

¹³⁶⁵ Art. 11 des Gesetzes Nr. 11.079.

¹³⁶⁶ Art. 10-13 des Gesetzes Nr. 11.079 vom 30.12.2004.

Der Gegenstand des administrativen Konzessionsvertrags im Gesundheitsbereich umfasst normalerweise den Bau oder die Sanierung einer Immobilie, z. B. eines Krankenhausgebäudes oder einer Poliklinik. Der Auftragnehmer übernimmt die Durchführung des Bauprojekts, die Ausstattung der Einrichtung sowie die Durchführung der Gesundheitsversorgung.¹³⁶⁷

Die Laufzeit für einen administrativen Konzessionsvertrag liegt zwischen 5 und 35 Jahren.¹³⁶⁸ In jedem administrativen Konzessionsvertrag muss die Laufzeit nach seinem Gegenstand bestimmt werden.¹³⁶⁹ Eine Verlängerung ist möglich, aber die maximale Laufzeit von 35 Jahren muss eingehalten werden.¹³⁷⁰

Hinter dem administrativen Konzessionsvertrag steckt viel mehr als nur die Festsetzung einer Vergütung für die Leistungserbringung. Es geht vielmehr um einen Auftrag, in dem ein bestimmter Gewinn für die privaten Partner gewährleistet werden muss. Die Vergütung soll so kalkuliert sein, dass die Risiken und die anfallenden Kosten gedeckt werden und darüber hinaus betriebswirtschaftliche Gewinne erzielbar sind.¹³⁷¹ Diese Gewinne müssen während der Laufzeit des Vertrags stabil gehalten werden, weil sonst die Vertragsregelungen verändert werden müssten.¹³⁷² Die Vergütung des administrativen Konzessionsvertrags wird regelmäßig vom Staat gezahlt.¹³⁷³ Die Zahlungen können eine feste Höhe haben oder auch nach der Festlegung von Leistungsindikatoren und abhängig vom Qualitätsstandard variabel berechnet werden.¹³⁷⁴ Die Gewinnerzielungsabsicht ist wirtschaftlichen Tätigkeiten immanent, aber hier geht es um eine Leistungserbringung innerhalb eines staatlichen Gesundheitssystems, so dass es insoweit einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

¹³⁶⁷ Der Gegenstand des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010 ist gemäß Klausel 2.2.1 das Management des öffentlichen Krankenhauses *Hospital do Subúrbio* einschließlich der Erbringung der medizinischen Leistungen.

¹³⁶⁸ Art. 5 I des Gesetzes Nr. 11.079 vom 30.12.2004.

¹³⁶⁹ Die Vertragslaufzeit des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010 beträgt gemäß den Klauseln 2.3.1 und 3.3 zehn Jahre und kann bis zu weitere zehn Jahre verlängert werden.

¹³⁷⁰ Laut Klausel 3.3.2 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010 ist eine Verlängerung der Vertragslaufzeit bis zur maximalen Laufzeit von 20 Jahren möglich, um das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags zu gewährleisten.

¹³⁷¹ Gemäß Klausel 13.2.3 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010 soll die Vergütung der Verträge die Kosten und Investitionen decken und das Verhältnis zwischen Ausgaben und Gewinn stabil halten.

¹³⁷² Nach einem Jahr wurde in einer Nachverhandlung eine neue Berechnung der monatlichen Vergütung der privaten Partner vorgenommen. In der Klausel 14.1 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010 wurde die Vergütungsanpassung geregelt.

¹³⁷³ Art. 6 des Gesetzes Nr. 11.079 vom 30.12.2004.

¹³⁷⁴ Art. 6 § 1 des Gesetzes Nr. 11.079 vom 30.12.2004. Der Betrag, der im administrativen Konzessionsvertrag vom 28.05.2010 festgelegt ist, liegt gemäß Klausel 4.13.1.1 bei R\$ 1.035.000.000 (ca. 450.279.000 Euro) und

Als Rechte und Pflichten der Vertragsparteien im Rahmen einer PPP werden eine Reihe von Handlungen und Verfahren ausführlich beschrieben.¹³⁷⁵ Der administrative Konzessionsvertrag ist komplexer als der Verwaltungs-, Leitungs-, oder Partnerschaftsvertrag und die Kooperationsvereinbarung. Er enthält zusätzlich viele Regelungen über Versicherungen und eine Garantie hinsichtlich der Durchführung des Vertrags¹³⁷⁶ sowie Strafen für die Nichterfüllung der Vertragsklauseln.¹³⁷⁷

In der Begründung für PPP-Verträge wurden viele Argumente hervorgebracht: Es geht um schnellere und bedarfsgerechtere Aufgabenerfüllung, Nutzung von privatem Know-how sowie Kosteneinsparungen und Effizienzgewinnung.¹³⁷⁸ Für die privaten Partner wird die Möglichkeit zur Erschließung neuer Märkte und lukrativer Aufträge hervorgehoben.¹³⁷⁹ Außerdem wird durch die PPP-Verträge der Finanzierungsdruck des Staates durch Umgehung von haushaltsrechtlichen Schranken reduziert.¹³⁸⁰

muss in monatlichen Raten gezahlt werden. Die Grundlage für die Berechnung der Vergütung sowie ihre Anpassung werden in Klausel 14.8 dieses Vertrags geregelt. Zwar gibt es einen im Vertrag festgelegten Wert, aber die Vergütung wird auf verschiedenen Grundlagen berechnet, sodass ein maximaler Wert ermittelt wird, der jährlich und monatlich gezahlt wird. Im Moment der Zahlung muss dieser Wert gemäß den vertraglichen Regelungen aktualisiert werden.

¹³⁷⁵ Hauptpflicht der Unternehmer im administrativen Konzessionsvertrag vom 28.05.2010 ist gemäß den Klauseln 2.2.1. und 3.7.1.1 die Verwaltung des Krankenhauses und die Durchführung der vertraglichen Gesundheitsversorgung nach den Grundsätzen und Richtlinien des SUS. Zu den Nebenpflichten gehört gemäß Klausel 3.9.9.1 die Bereitstellung für Informationen über die Leistungserbringung und gemäß Klausel 3.10.10 die Ausstattung und die Vergütung des Personals nach den Arbeits- und Sozialversicherungsgesetzen. Der Unternehmer ist gemäß Klausel 3.11.11 und Anlage 5-6 verantwortlich für die Beschaffung notwendiger Finanzmittel. Hauptpflicht des öffentlichen Leistungsträgers ist gemäß Klausel 13.2.2 und Anlage 4 die Bezahlung der Vergütung. Außerdem muss er gemäß Klausel 11 die Durchführung der vertraglichen Leistungen kontrollieren und bewerten.

¹³⁷⁶ Der Unternehmer muss im administrativen Konzessionsvertrag vom 28.05.2010 gemäß Klausel 5 während der Vertragslaufzeit beweisen, dass er verschiedene Versicherungen abgeschlossen hat, welche die Risiken des Geschäfts decken.

¹³⁷⁷ Die Nichterfüllung des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010 führt gemäß Klausel 6 zur Anwendung verschiedener Strafen wie eine Bußgelderhebung und das Verbot eines Vertragsabschlusses mit dem Staat.

¹³⁷⁸ Vgl. Dazu *Vaz*, *As Parcerias Público-Privadas, o caso da Scutvias*, S. 11; *Rabelo*, *As Parcerias Público-Privadas na saúde em Portugal*, S. 36 ff.; *Scheele*, in: *Blanke/Fedder*, S. 85.

¹³⁷⁹ *Vaz*, *As Parcerias Público-Privadas, o caso da Scutvias*, S. 11.

¹³⁸⁰ Die Reduzierung des Finanzdrucks geschieht, weil die Ausgaben durch die PPP nicht als staatliche Personalkosten betrachtet werden und sie damit nicht von der haushaltsrechtlichen Beschränkung der Finanz- und Haushaltsgesetze für Personal-ausgaben betroffen sind. Anders wäre es, wenn der öffentliche Leistungsträger

Trotz dieser Argumente wurden die Vorteile der PPP jedoch bislang in der Praxis nicht überzeugend erwiesen und bleiben daher umstritten.¹³⁸¹

Die Probleme mit den PPP-Verträgen in Brasilien beginnen bei der Gesetzgebung. Im Gesetz Nr. 11.089,¹³⁸² das dieses Thema regelt, finden sich verfassungswidrige Regelungen in mehrfacher Hinsicht.¹³⁸³ Die Garantie der Vergütung der PPP durch Belastung öffentlicher Einnahmen¹³⁸⁴ ist gemäß Art. 167 IV der BBV/88 eine verfassungswidrige Maßnahme.¹³⁸⁵ Die Einrichtung eines speziellen Fonds zur Gewährleistung der Vergütung durch diesen Vertrag gemäß Art. 16 des Gesetzes 11.079 verstößt gegen Art. 100 BBV/88.¹³⁸⁶ Schließlich ist die Einrichtung dieses Fonds auch verfassungswidrig, weil dies die Festlegung einer speziellen Garantie für einen Vertragspartner bedeutet, welche gegen das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot des Art. 5 BBV/88 verstößt.¹³⁸⁷ Obwohl diese gesetzlichen Regelungen gegen die BBV/88 verstoßen, wurden sie bislang nicht für verfassungswidrig erklärt und gelten weiterhin.

Während private Unternehmer ausschließlich gewinnorientiert handeln, muss der öffentliche Leistungsträger die Gesundheitsversorgung für die Gesamtheit der Bevölkerung gewährleisten. Wie die verschiedenen Zwecke der Partner harmonisiert werden können (z. B. durch Konfliktlösungsmechanismen), ist gesetzlich nicht geregelt. Deswegen muss bei der Ausarbeitung der PPP-Verträge ein Gleichgewicht zwischen wirtschaftlichen Gewinnen und der Absicherung der Gemeinwohlgesichtspunkte gefunden werden.¹³⁸⁸

staatliches Personal bzw. ein Krankenhaus zu verwalten hätte. Budgetrestriktionen für Personal werden in den Art. 18-19 des Ergänzungsgesetzes Nr. 101 vom 04.05.2000 (DOU vom 05.05.2000) geregelt.

¹³⁸¹ Kritisch über PPP-Verträge in Brasilien siehe *Almeida*, *Cadernos de Saúde Pública* 2017, S. 11. Die Untersuchungen der Kosteneffizienz von PPP-Projekten zeigen widersprüchliche Ergebnisse. Dazu vgl. *Mühlenkamp*, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, S. 27 ff.; *Oppen/Sack*, in: Schuppert/Zürn, *Governance in einer sich wandelnden Welt*, S. 259.

¹³⁸² Das Gesetz Nr. 11.079 vom 30.12.2004, DOU vom 31.12.2004.

¹³⁸³ Zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes Nr. 11.079 vgl. *Harada*, *Parecer sobre PPP para a Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil*, S. 1 ff.; *Di Pietro*, *Boletim de Direito Administrativo* 2005, S. 308 f.

¹³⁸⁴ Art. 8 I des Gesetzes Nr. 11.079 vom 30.12.2004. Zur Zahlungsgarantie bei PPP vgl. schon oben unter Fn. 1353.

¹³⁸⁵ *Harada*, *Parecer sobre PPP para a Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil*, S. 4 ff.

¹³⁸⁶ *Harada*, *Parecer sobre PPP para a Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil*, S. 8 ff.

¹³⁸⁷ Zum Gleichbehandlungsgebot beim Vertragsabschluss mit der öffentlichen Verwaltung (öffentliche Leistungsträger) vgl. *Di Pietro*, *Direito Administrativo*, S. 373 ff.

¹³⁸⁸ Hierzu *Mânica*, *O setor privado nos serviços públicos de saúde*, S. 235; *Mühlenkamp*, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, S. 4; *Roschmann*, in: Stember, *Public Private Partnerships*, S. 49.

Die positiven Finanzierungs- und Einspareffekte von PPP-Verträgen überzeugen nur bedingt. Durch diese Verträge spart der Staat lediglich zu Beginn Geld, weil der große Teil der Kosten erst später gezahlt werden muss. Aber die Auswirkungen der Zahlungsverpflichtung auf die Staatsausgaben auf mittel- und langfristige Sicht ist unbekannt.¹³⁸⁹ Es ist jedoch klar, dass diese Verschuldung nicht eine Handlungsrestriktion für den gegenwärtigen öffentlichen Leistungsträger bedeutet, sondern für den zukünftigen. Die Einrichtung von PPP kann unter haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten einen Transparenz- und Kontrollverlust zur Folge haben. Es ist unklar, welche Vorteile für die öffentlichen Leistungsträger durch die Verteilung von Risiken und Verlusten auf private Partner bestehen.¹³⁹⁰

Ein Schwerpunkt der PPP-Verträge ist die Bildung der Preise, die in der Praxis wegen des Wettbewerbs zwischen Unternehmen nicht transparent ist.¹³⁹¹ Dieser Aspekt ist bei einem Vertrag mit öffentlichen Leistungsträgern problematisch, weil für die Handlung der öffentlichen Verwaltung der Grundsatz der Transparenz gilt.¹³⁹²

PPP wurden für Dienstleistungen konzipiert, die im Laufe der Zeit stabil bleiben.¹³⁹³ Das lässt sich gerade bei der Gesundheitsversorgung nicht garantieren.¹³⁹⁴ Die Nachfrage an gesundheitsbezogenen Leistungen variiert nach Menge und Leistungsart. Deswegen ist es schwierig, die Angemessenheit dieses Vertrags in der Gesundheitsversorgung sicherzustellen. Die Anwendung der PPP wurde aufgrund internationaler Erfahrungen auf den brasilianischen Kontext übertragen, ohne den Hauptgegenstand dieser Partnerschaften genau festzulegen.¹³⁹⁵ Die Anwendung der PPP in der Gesundheitsversorgung gilt eigentlich als eine

¹³⁸⁹ Vgl. dazu *Peci/Sobral*, Cadernos Ebape, S. 9; *Vaz*, As Parcerias Público-Privadas, o caso da Scutvias, S. 11 f.; *Mortágua/Costa*, Privataria, S. 137 f.; *Mühlenkamp*, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, S. 27 ff. Zur hausrechtlichen Betrachtung von PPP in Deutschland siehe *Lammers*, DÖV 2018, S. 307 ff.

¹³⁹⁰ Hierzu *Di Pietro*, Parcerias na Administração Pública, S. 144.

¹³⁹¹ Die Vergütung des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010 wird gemäß Klausel 14.8 auf unterschiedlichen Grundlagen berechnet. Das behindert eine Klarheit in Bezug auf die Kosten der Gesundheitsversorgung.

¹³⁹² Art. 37 BBV/88.

¹³⁹³ *Paiva/Rocha*, Parceria Público-Privada, S. 6.

¹³⁹⁴ Dazu vgl. *Mühlenkamp*, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, S. 27 ff.

¹³⁹⁵ Z. B. gibt es in Brasilien keinen Parameter für die Berechnung des *value for money*. Die Übertragung der Risiken für die Unternehmen war im brasilianischen Fall sehr gering und die Mechanismen für die ergebnisorientierte Steuerung waren schwach. *Peci/Sobral*, Cadernos Ebape, S. 9.

funktionale Privatisierung durch die Auslagerung der Verwaltungsfunktion in den privaten Bereich mit dem Argument der Haushaltsentlastung und Modernisierung des Staates.¹³⁹⁶

Aus den bereits dargestellten Verträgen und Vereinbarungen ergibt sich die Schlussfolgerung, dass das Verhältnis zwischen den öffentlichen Leistungsträgern und den privaten Leistungserbringern im SUS sehr komplex ist. Es geht weit über die Inhalte und Ziele dieser Verträge und Vereinbarungen hinaus.¹³⁹⁷ Es gibt im brasilianischen Gesundheitswesen seit seiner historischen Entstehung einen Machtkampf zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor, der zur Schaffung einer Art „öffentlich-privatem Mix“¹³⁹⁸ innerhalb des SUS geführt hat. Obwohl im Art. 199 BBV/88 vorgeschrieben ist, dass die privaten Leistungserbringer am SUS teilnehmen können, wird im Art. 199 § 1 BBV/88 konkretisiert, dass diese Teilnahme lediglich als ein ergänzender Einsatz realisiert werden soll. Infolgedessen ist die private Leistungserbringung laut BBV/88 komplementär zur öffentlichen Leistungserbringung. Nur auf dieser verfassungsrechtlichen und auf gesetzlichen¹³⁹⁹ Grundlagen könnte die Rechtsstellung dieser wichtigen Akteure, nämlich der öffentlichen Leistungsträger und privaten Leistungserbringer hinsichtlich der Leistungserbringung endgültig geklärt werden. Das ist jedoch bisher nicht geschehen. Die Definition der Rolle dieser Akteure, insbesondere der privaten Leistungserbringer, die im öffentlichen und privaten Sektor aktiv sind, ist jedoch eine wichtige Voraussetzung dafür, dass die entsprechenden Verträge und Vereinbarungen nicht weiterhin ein unsystematischer und oberflächlich geregelter Bereich des Rechts bleiben.

¹³⁹⁶ So auch *Di Pietro*, *Parcerias na Administração Pública*, S. 144; *Mello*, *Curso de Direito Administrativo*, S. 241. Mehr über PPP als Begriff, um Worte wie Privatisierung zu vermeiden, vgl. *Hodge/Greve*, *Public Administration Review*, S. 547 f.

¹³⁹⁷ Siehe dazu das Verhältnis zwischen SUS und privaten Leistungserbringern unter 1. Kap. B III 2.

¹³⁹⁸ Unter dem Begriff „mix público-privado“ (öffentlich-privater Mix) versteht man im Schrifttum über das brasilianische Gesundheitswesen die Beziehung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor bei der Finanzierung und Erbringung der Leistungen. Dazu siehe *Santos/Gerschman*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2004, S. 795 ff.; *Santos/Ugá/Porto*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2008, S. 1431 ff.; *Santos*, *O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro*, S. 101 ff. Zur Beziehung zwischen den Begriffen „öffentlich“ und „privat“ in Bezug auf das brasilianische Gesundheitswesen vgl. *Menicucci*, in: *Santos/Amarante*, *Gestão Pública*, S. 183 ff.

¹³⁹⁹ Art. 21 und 24 einziger § des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 (DOU vom 20.09.1990) wiederholen die BBV/88 hinsichtlich der Teilnahme des privaten Sektors am SUS.

3. Kapitel: Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern als Steuerungsinstrument

Dieses Kapitel behandelt das Steuerungssystem der Leistungserbringung mit dem Ziel, herauszufinden, inwiefern die Verträge zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung dienen. Zunächst soll eine kurze Erklärung und Abgrenzung des Begriffs der Steuerung erfolgen; sodann werden die Steuerungssysteme der Leistungserbringung in Deutschland und in Brasilien dargestellt. Anschließend wird eine rechtliche Bewertung der im 2. Kapitel exemplarisch ausgewählten deutschen und brasilianischen Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern als Steuerungsinstrument vorgenommen.

A. Steuerungssysteme der Leistungserbringung

I. Steuerung

1. Steuerungstheorie

Da der Begriff „Steuerung“ ein Oberbegriff ist, dem die juristische Bestimmtheit fehlt, setzt eine Auseinandersetzung mit dem Thema „Steuerung der Leistungserbringung“ eine Präzisierung des Steuerungsbegriffs voraus. Dafür erscheint es notwendig, einen Überblick über die Steuerungstheorie und ihre Auswirkungen auf die Rechtswissenschaft zu werfen.

Eine Steuerungstheorie wurde sowohl von der Politikwissenschaft als auch von der Sozialwissenschaft entwickelt. In beiden Fällen wurde der Steuerungsbegriff jeweils entsprechend des Untersuchungs- schwerpunkts charakterisiert.¹⁴⁰⁰ Während eine Steuerung in der Politikwissenschaft als eine Möglichkeit betrachtet wird, die gesellschaftliche Umwelt durch eine politische Instanz zu gestalten, wird sie in der Sozialwissenschaft mehr als eine inhärente Funktion eines sozialen Systems gesehen, in dem bspw. Markt, Gesellschaft sowie Solidarität neben dem Staat als alternative Steuerungs-instrumente funktionieren können.¹⁴⁰¹

Auch wenn die doppelte Verwurzelung des Steuerungsbegriffs zu einer begrifflichen Unklarheit bzw. Unbestimmtheit führt, kann der Begriff letztendlich zusammengefasst werden als eine Reihe von Handlungen eines Steuerungsakteurs (Steuerungssubjekt), die auf ein bestimmtes Objekt (Steuerungsobjekt) durch geeignete Instrumente (Steuerungsinstrumente)

¹⁴⁰⁰ Über die Einführung des Begriffs der Steuerung in der deutschen Soziologie siehe *Mayntz*, Soziale Dynamik und politische Steuerung, S. 188 f.; *Mayntz*, Über Governance, S. 42.

¹⁴⁰¹ Zu alternativen sozialen Steuerungsformen wie Markt, Hierarchie und Solidarität siehe *Schuppert*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, S. 229 ff.; *Mayntz*, Soziale Dynamik und politische Steuerung, S. 189; *Vöigt*, Recht als Instrument der Politik, S. 15.

einwirken, um bestimmte Ziele (Steuerungsziele) zu verfolgen.¹⁴⁰² Steuerungshandeln erschöpft sich nicht in einzelnen Akten.¹⁴⁰³ Es gibt auch komplexe Steuerungsprozesse, an denen mehrere Akteure teilnehmen können. Die Steuerung wird zudem als ein kommunikativer Prozess verstanden, in dem ein Teilsystem auf die Struktur und die Funktionen eines anderen Teilsystems einwirken kann.¹⁴⁰⁴

Im politikwissenschaftlichen Kontext wird der Steuerungsbegriff aus der Perspektive der Akteure betrachtet.¹⁴⁰⁵ Dabei stehen politische Instanzen im Vordergrund, in denen der Staat eine zentrale Lenkungs-funktion hat.¹⁴⁰⁶ Steuerungsinstrumente in diesem Kontext sind vornehmlich zielgerichtete staatlich-hierarchische Handlungen.¹⁴⁰⁷ Die Frage, ob gesellschaftliche Vorgänge durch Handlungen von politisch-administrativen Akteuren gelenkt werden können, stand im Mittelpunkt der steuerungstheoretischen Diskussion.¹⁴⁰⁸ Angesichts der Erkenntnis, dass eine bestimmte Steuerungsstruktur nicht notwendigerweise zu dem gewünschten Steuerungsziel führt, wurden insbesondere von Sozial- und Politikwissenschaftlern neue theoretische und empirische Steuerungsansätze entwickelt.¹⁴⁰⁹

Eine steuerungstheoretische Perspektive für die Rechtswissenschaft wurde vorwiegend von der Verwaltungsrechtswissenschaft innerhalb der so genannten „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“¹⁴¹⁰ entwickelt und herausgearbeitet.¹⁴¹¹ Die Steuerungsperspektive erweitert das Feld rechtswissenschaftlicher Analyse. Neben dem binären Code von rechtmäßig und

¹⁴⁰² Dazu näher *Mayntz*, Soziale Dynamik und politische Steuerung, S. 190 ff.

¹⁴⁰³ *Mayntz*, Soziale Dynamik und politische Steuerung, S. 191.

¹⁴⁰⁴ *Voigt*, Recht als Instrument der Politik, S. 15.

¹⁴⁰⁵ Vgl. *Mayntz*, Soziale Dynamik und politische Steuerung, S. 190.

¹⁴⁰⁶ *Mayntz*, Über Governance, S. 42 f.

¹⁴⁰⁷ Vgl. *Mayntz*, Über Governance, S. 42; *Voigt*, Recht als Instrument der Politik, S. 15.

¹⁴⁰⁸ Die steuerungstheoretische Überlegung beschäftigt sich vor allem mit dem Einfluss von politisch-administrativen Entscheidungen auf gesellschaftliche Prozesse, mit den Voraussetzungen für diese Entscheidungen sowie mit der Rolle verschiedener Akteure, welche die Entscheidungen treffen können, Vgl. *Botzem*, Governance-Ansätze in der Steuerungsdiskussion, S. 3.

¹⁴⁰⁹ Vgl. *Botzem*, Governance-Ansätze in der Steuerungsdiskussion, S. 3 ff.

¹⁴¹⁰ Zur neuen Verwaltungsrechtswissenschaft siehe *Vofskuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofskuhle, Grundlage des Verwaltungsrechts, S. 20 ff., und *Schuppert*, AöR 2008, S. 90 ff.; *Fehling*, Die Verwaltung 2017, S. 65 ff.; *Gärdiz*, Die Verwaltung 2017, S. 65 ff.

¹⁴¹¹ U. a. *Franzius*, Die Verwaltung 2006, S. 335 ff., *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 93 ff., *Voigt*, Recht als Instrument der Politik, S. 14 ff., *Schuppert*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgabe, S. 51 ff.

rechtswidrig wird die Kategorie von erwünschtem oder unerwünschtem Verhalten geschaffen.¹⁴¹² Als zentrale Frage der Rechtswissenschaft stand dabei im Vordergrund, wie das allgemeine und besondere Verwaltungsrecht (Steuerungsinstrument) die Verwaltung (Steuerungsobjekt) zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben (Steuerungsziel) bestimmen kann.¹⁴¹³ Das Verwaltungsrecht soll vornehmlich für den Bereich der öffentlichen Verwaltung Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips und des Demokratieprinzips umsetzen sowie das Verwaltungshandeln rechtsstaatlich disziplinieren und kanalisieren.¹⁴¹⁴ Eine weitere wichtige Frage in diesem Zusammenhang ist, ob das Verwaltungsrecht manche neue Probleme, etwa in Umwelt- oder Sozialpolitik, lösen kann, bspw. durch die Entwicklung neuer oder die Fortentwicklung bestehender Rechtsinstitute, organisatorischer Arrangements oder bestimmter verfahrensrechtlicher Ausgestaltungen.¹⁴¹⁵ Im Rahmen der Rechtswissenschaft ist der Steuerungsakteur in erster Linie der legitimierte parlamentarische Gesetzgeber. Neben dem Gesetz kommen aber auch andere rechtliche Steuerungsinstrumente wie Verträge in Betracht. Angesichts der Steuerungsprobleme der politischen Systeme von hochentwickelten Industriegesellschaften, die durch staatlichpolitische Planung nicht gelöst werden konnten, stellt sich die Wirksamkeit des Rechts als Steuerungsinstrument als wichtigster Schwerpunkt dar.¹⁴¹⁶ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit rechtliche Instrumente in der Lage sind, Steuerungsobjekte zu steuern (Steuerungsfähigkeit der Mittel) und ob Vollzugsdefizite¹⁴¹⁷ in Bezug auf die Verwirklichung gesellschaftlicher Ziele durch neue Regelungsstrategien behoben werden können (Steuerbarkeit des Gegenstands).¹⁴¹⁸ Ausgehend von dieser Frage entwickelt sich die systematische Auseinandersetzung in der Rechtswissenschaft bzw. im Verwaltungsrecht über die Steuerungsfähigkeit des Rechts stetig weiter. Zu den Aufgaben des Verwaltungsrechts zählen nicht nur die Disziplinierung des hoheitlichen

¹⁴¹² Vgl. *Franzius*, Die Verwaltung 2006, S. 341, *Fehling* Die Verwaltung 2017, S. 72 f.

¹⁴¹³ Dazu *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 69.

¹⁴¹⁴ Vgl. *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 69 f. Zur Entwicklung des Verwaltungsrechts vertiefend *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 16 ff.

¹⁴¹⁵ Vgl. *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 70.

¹⁴¹⁶ *Schuppert*, AöR 2008, S. 79 ff.; *Voigt*, Recht als Instrument der Politik, S. 14 ff.

¹⁴¹⁷ Unter Vollzugsdefizit versteht man hier die Diskrepanzen zwischen Zielen, die in Gesetzen und Programmen festgelegt werden und ihrer Implementation. Dazu *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 83.

¹⁴¹⁸ *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 27.

Handelns (Verhaltenssteuerung) und die Eröffnung von Handlungsspielräumen für die Akteure (Angebotssteuerung), sondern auch die Organisation des Handelns der Staatsverwaltung bei der Aufgabenerledigung (Organisationssteuerung) und die Beeinflussung der Entscheidungsstruktur bei einer Problemlösung (Verfahrenssteuerung).¹⁴¹⁹ Die Verhaltenssteuerung kann durch allgemeine und unmittelbare Verbote oder Gebote mit Sanktionsdrohungen erfolgen, z. B. durch vertragliche Rechte, die sich auf die Angebotssteuerung sowie auf die Einräumung von Rechtsansprüchen beziehen, die vor Gericht geltend gemacht werden.¹⁴²⁰ Die Organisationssteuerung ihrerseits entspricht der Aufgabenerledigung durch Schaffung neuer Institutionen oder durch Koordination der staatlichen Akteure. Die Verfahrenssteuerung zielt auf das Abarbeiten von Konflikten ab, z. B. durch Gerichts- und Verwaltungsverfahren.¹⁴²¹ Diese vier rechtlichen Steuerungstypen haben eine unterschiedliche Wirkungskraft.

Im Zusammenhang mit den in der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft diskutierten Themen wandelt sich der Steuerungsansatz des Verwaltungsrechts von der Kontroll- zur Handlungsperspektive.¹⁴²² D. h., dass das Recht nicht nur als ein gerichtlicher Kontrollmaßstab mit vollem Sanktionsmechanismus, sondern auch als eine Kontrollform dargestellt werden kann, die nur die Rahmenbedingungen festlegt.¹⁴²³ Handlungsnormen formulieren Zielvorgaben, aber sie kontrollieren und gewährleisten nicht die Realisierung der Ziele.¹⁴²⁴ Der Steuerungsansatz des Verwaltungsrechts versucht, die Rechtsformen des Verwaltungshandelns weiter zu entwickeln, um die Funktion der Staatsverwaltung als Entscheidungssystem zu erfüllen.¹⁴²⁵

¹⁴¹⁹ Als klassische Typen rechtsförmiger Steuerung, die aus den Gegensatzpaaren individuell/generell und hierarchisch/nicht hierarchisch gebildet wurden, werden die Verhaltenssteuerung (individuell/hierarchisch), die Angebotssteuerung (individuell/ nicht hierarchisch), die Organisationssteuerung (generell/hierarchisch) und die Verfahrenssteuerung (generell/nicht hierarchisch) dargestellt, *Voigt*, *Recht als Instrument der Politik*, S. 16 f.

¹⁴²⁰ *Voigt*, *Recht als Instrument der Politik*, S. 17.

¹⁴²¹ *Voigt*, *Recht als Instrument der Politik*, S. 17.

¹⁴²² *Franzius*, DV 2006, S. 355; *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, S. 92.

¹⁴²³ Vgl. *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, S. 92.

¹⁴²⁴ *Franzius*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, S. 185.

¹⁴²⁵ Vgl. *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, S. 98 ff.

In Verbindung mit diesen Steuerungstheorien steht die Governance-Forschung,¹⁴²⁶ die sich auf neue Erscheinungsformen der Steuerung fokussiert, in denen das Verhältnis zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren im Vordergrund steht. Der Begriff Governance¹⁴²⁷ entwickelte sich aus den nicht hierarchischen Steuerungsformen¹⁴²⁸ und kann als eine Koordinierung der Interaktion und Handlungsspielräume von Akteuren nach Maßgabe ebenenübergreifender Regelungsstrukturen verstanden werden.¹⁴²⁹ In diesem Zusammenhang bilden individuelle und kollektive Akteure durch institutionalisierte Formen von Kooperation zusätzliche Regelungsmechanismen, die mehr demokratische Beteiligung bieten. Diese neue Steuerungskonfiguration stützt sich auf die Handlungsautonomie verschiedener Akteure, die im Zusammenhang mit der Beachtung verbindlicher Regelungen besteht. Die Rolle des korporatistischen Arrangements bei der Organisation kollektiver gesellschaftlicher Interessen wird von der Governance-Forschung betont. Governance wird als ein Zusammenspiel zwischen politisch-administrativer Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung gesehen, wobei gesellschaftliche Selbstregulierung eine handlungsorientierte Interaktion von öffentlichen und privaten Akteuren bedeutet.¹⁴³⁰ Die Beteiligung einer großen Zahl von Akteuren in den Steuerungskonfigurationen ist ein Ergebnis der gesellschaftlichen Differenzierungs- und politischen wie ökonomischen Internationalisierungsprozesse.¹⁴³¹

Ob die Governance-Theorie einen eigenständigen Theorieansatz hat oder ob sie nur die Steuerungstheorie mit verschiedenen weiteren Ansätzen ergänzt, war lange umstritten. Die Governance-Theorie erweiterte den Gegenstand der Steuerungsdiskussion durch die Einführung neuer Elemente. Als Analyseschwerpunkt wurden sowohl die staatlich-hierarchischen Steuerungsformen als auch andere private Steuerungs- und Koordinationsformen bzw. gesellschaftliche Selbstregulierung angenommen.¹⁴³² Heute ist man sich weitgehend darüber

¹⁴²⁶ Über Governance-Forschung siehe u. a. *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Die Verwaltung, S. 451 ff.; *Mayntz*, Über Governance, S. 41 ff.; *Franzius*, Verwaltungsarchiv 2006, S. 186 ff., *Schuppert*, in: Schuppert/Zürn, Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 13 ff.; *Schuppert*, DV 2007, S. 463 ff.; *Botzem*, Governance-Ansätze in der Steuerungsdiskussion, S. 2 ff.

¹⁴²⁷ Über die Ubiquität des Begriffs Governance siehe *Schuppert*, DV 2007, S. 463 ff.; *Schuppert*, in: Schuppert/Zürn, Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 13.

¹⁴²⁸ *Schuppert*, DV 2007, S. 467; *Kück*, Die sozialwissenschaftliche Steuerungstheorie und privatrechtliche Gesetzgebung, S. 31 f.

¹⁴²⁹ Dazu *Franzius*, Verwaltungsarchiv 2006, S. 189.

¹⁴³⁰ *Botzem*, Governance-Ansätze in der Steuerungsdiskussion, S. 16.

¹⁴³¹ Vgl. *Botzem*, Governance-Ansätze in der Steuerungsdiskussion, S. 7.

¹⁴³² Vgl. *Botzem*, Governance-Ansätze in der Steuerungsdiskussion, S. 18.

einig, dass Governance einen anderen analytischen Ansatz hat und keine einfache Fortentwicklung im Rahmen des steuerungstheoretischen Paradigmas ist.¹⁴³³ Während sich die Steuerungstheorie auf den Akteur fokussiert, stehen bei der Governance-Theorie die Regelungsstrukturen¹⁴³⁴ im Vordergrund.¹⁴³⁵ Der Beitrag der Governance-Ansätze zur Steuerungsdiskussion liegt vor allem in der Eingliederung gesellschaftlicher Selbstregulierung in die Steuerungskonfigurationen.

Die Rechtswissenschaft begann im Rahmen der Diskussion über Transnationalisierung und Globalisierung¹⁴³⁶ ein Konzept von Governance zu erörtern.¹⁴³⁷ Dieses Governance-Konzept umfasst neue Formen von Regulierung, die nicht mehr einer nationalstaatszentrierten Steuerungslogik folgen, weil eine Veränderung im Zusammenspiel von Staat und Gesellschaft wegen des Internationalisierungsprozesses von Kapital und Produktion stattgefunden hat. Wichtig für die Rechtswissenschaft ist der Begriff der Regelungsstrukturen, weil er die rechtswissenschaftliche Ausprägung des Governance-Ansatzes bedeutet.¹⁴³⁸ Rechtliche und nicht rechtliche Mechanismen der Handlungskoordination zwischen staatlichen und nicht staatlichen Akteuren bilden die Regelungsstrukturen, innerhalb derer die Akteure handeln.¹⁴³⁹ Das Interesse der Rechtswissenschaft besteht vor allem an den rechtlichen Mechanismen der Handlungskoordination, welche eine normative Wirkung hat.¹⁴⁴⁰

Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Begriff der Steuerung in der Rechtswissenschaft setzt nicht nur eine Abgrenzung zum Begriff Governance, sondern auch zum Regulierungsbegriff voraus. Unter Regulierung versteht man jede Art von staatlichem Eingriff in sozial-ökonomische Bereiche durch legislative und administrative Normsetzung zur Herstellung von optimalen Allokationsbedingungen.¹⁴⁴¹ Bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten, die von privaten und öffentlichen Trägern durchgeführt werden, wie etwa von Bahn, Post,

¹⁴³³ Dazu vertiefend *Mayntz*, Über Governance, S. 42 ff.

¹⁴³⁴ Der Begriff Regelungsstruktur bezeichnet die Regelungsinstanzen, Maßstäbe, Formen und Instrumente, die für die Regelung eines bestimmten Sachbereichs wichtig sind, *Trute/Kühlers/Pilniok*, in: Schuppert/Zürn, Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 175.

¹⁴³⁵ *Schuppert*, DV 2007, S. 465.

¹⁴³⁶ Im transnationalen und globalen Kontext teilen die Staaten als konstituierende Subjekte der internationalen Organisationen ihre Regierungsfunktion mit anderen Akteuren durch grenzüberschreitende Verwaltungsorganisationen, vgl. *Franzius*, Verwaltungsarchiv 2006, S. 192.

¹⁴³⁷ *Franzius*, Verwaltungsarchiv 2006, S. 188.

¹⁴³⁸ *Trute/Kühlers/Pilniok*, in: Schuppert/Zürn, Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 175.

¹⁴³⁹ *Trute/Kühlers/Pilniok*, in: Schuppert/Zürn, Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 177.

¹⁴⁴⁰ *Trute/Kühlers/Pilniok*, in: Schuppert/Zürn, Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 178.

¹⁴⁴¹ Vgl. *Ruffer*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, S. 339 f. Zur Begriffsbestimmung von Regulierung vgl. *Züll*, Regulierung im politischen Gemeinwesen, S. 6 ff.

Telekommunikation und Rundfunk,¹⁴⁴² werden wegen ihrer Wichtigkeit für die Bevölkerung bezogen auf bestimmte Aspekte wie Qualität, Preis und Angebot von Dienstleistungen kontrolliert,¹⁴⁴³ um Probleme des ökonomischen Prozesses,¹⁴⁴⁴ wie etwa eine Störung der Funktionsfähigkeit eines Marktes (Marktversagen)¹⁴⁴⁵ zu vermeiden. Die Kontrolle wird vor allem durch Gesetze und entsprechende Einrichtungen (Regulierungsbehörden) durchgeführt. Regulierungen stellen eine besondere Form staatlicher Steuerung dar, weil der Staat durch Regulierungsmaßnahmen auf einzelne Wirtschaftssektoren einwirkt, um unterschiedliche Zielsetzungen bzw. bestimmte Gemeinwohlziele zu erreichen.¹⁴⁴⁶ Regulierungsmaßnahmen können bspw. die Festlegung von Qualitätsstandards oder aber die Preissteuerung sein.

Regelmäßig wird der Begriff Regulierung in einen Zusammenhang mit Privatisierung gebracht, weil auch hier die Entwicklung der Inhalte und Formen des staatlichen Handelns im Hintergrund stehen¹⁴⁴⁷. Regulierung und Privatisierung werden von maßgeblichen rechtlichen, ökonomischen und politischen Rahmenbedingungen bestimmt. Die Idee von Regulierung hat eine lange Entwicklungsgeschichte,¹⁴⁴⁸ die nicht immer in Verbindung mit Privatisierung stand. Regulierung bedeutet dabei nicht ein Weniger an Staat und ein Mehr an Markt, sondern mehr Regelungen und eine Stärkung der Regulativebene. Schwerpunkt der Privatisierung ist eine Verringerung des öffentlichen Sektors durch Veräußerungen des öffentlichen Wirtschaftsvermögens und durch Übertragung von Aufgaben an den privaten Sektor.¹⁴⁴⁹ Nach der Privatisierung eines bestimmten Sektors wie bspw. des Telekommunikationssektors wird meist eine aufwendige staatliche Regulierung durch sachkundige Verwaltungsapparate verlangt,¹⁴⁵⁰ d. h., dass nach der Übertragung von Aufgaben an den privaten Sektor

¹⁴⁴² Danwitz, DÖV 2004, S. 977.

¹⁴⁴³ Wegrich, Das Leitbild „Better Regulation“, S. 18. Zur Regulierung wirtschaftlicher Tätigkeit hinsichtlich des Gesundheitswesens in Brasilien, siehe *Conselho Nacional de Secretários de Saúde, Regulação em Saúde*, S. 19; *Proença/Costa/Montagner, Desafios da Regulação no Brasil*, S. 20 ff.

¹⁴⁴⁴ Vgl. Ruffer, in: Fehling/Ruffert, *Regulierungsrecht*, S. 343. Dazu Majone, *Revista de Direito Administrativo* 2013, S. 18 f.

¹⁴⁴⁵ Man spricht von Marktversagen, wenn es auf dem Markt Probleme wie mangelhaft allokatationseffiziente Güte, ein Preissteigerungsrisiko oder Informationsasymmetrien gibt, vgl. Ruffer, in: Fehling/Ruffert, *Regulierungsrecht*, S. 344.

¹⁴⁴⁶ Vgl. Ruffert, in: Fehling/Ruffert, *Regulierungsrecht*, S. 334.

¹⁴⁴⁷ Vgl. König/Benz in: König/Benz, *Privatisierung und staatliche Regulierung*, S. 14 f.

¹⁴⁴⁸ Baldwin/Cave/Lodge, *Understanding Regulation*, S. 4. Dazu Majone, *Revista de Direito Administrativo* 2013, S. 12 ff.

¹⁴⁴⁹ Vgl. König/Benz in: König/Benz, *Privatisierung und staatliche Regulierung*, S. 17; Kämmerer, *DVBbl.* 2008, S. 1006.

¹⁴⁵⁰ Kämmerer, *DVBbl.* 2008, S. 1010.

eine Kontrolle der Durchführung dieser Aufgaben durch eine staatliche Einrichtung erfolgt. Durch Privatisierung wird versucht, die öffentlichen Aufgaben auf das Wesentliche zu reduzieren und gleichzeitig eine qualitativ bessere und ökonomischere Erfüllung zu erreichen.¹⁴⁵¹ Die Übertragung staatlichen Handelns auf die private Ebene unterscheidet sich in zahlreichen Privatisierungsvarianten.¹⁴⁵² Für den Staat ist es notwendig herauszufinden, in welchen Bereichen und unter welchen Bedingungen eine Privatisierung angemessen ist, um die materielle Zielsetzung staatlichen Handelns zu erreichen.

2. Steuerungssubjekte, -objekte, -instrumente und -ziele

Die Steuerungsfunktion der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern wird in dieser Arbeit aus einer Perspektive untersucht, in der die Rolle des Steuerungssubjekts vom Leistungsträger übernommen wird. Dieser setzt verschiedene Steuerungsinstrumente ein, um das Steuerungsobjekt „Gesundheitssystem“ bzw. „Leistungserbringung“ zur Zielbestimmung zu führen.

In einem hochgradig institutionalisierten, organisierten und wandlungsfähigen System wie einem Gesundheitssystem, in dem eine Vielzahl von Akteuren auf unterschiedlichen Ebenen und mit verschiedenen Interessen interagieren, spielt die Steuerung eine wesentliche Rolle, um zu gewährleisten, dass das Gesundheitssystem angesichts zahlreicher Reformen, welche neue Regelungen, Mechanismen und Akteure einführen, leistungsfähig bleibt und seine Aufgabe erfüllen kann.¹⁴⁵³ Die Leistungsträger können unterschiedliche Bereiche des Gesundheitssystems wie die Versorgungsstruktur, die Finanzierung oder die Leistungserbringung steuern.¹⁴⁵⁴ Innerhalb der Herstellung, Erbringung und Koordination der Gesundheitsversorgung versuchen die Leistungsträger mannigfaltige Prozesse zu kontrollieren. Dies erfolgt bspw. durch die normative Festsetzung von Qualitätsstandards und Qualitätssicherungsmaßnahmen, welche die Qualität der erbrachten Leistungen kontrollieren.

¹⁴⁵¹ *Münch*, Das Spannungsverhältnis zwischen funktionaler Privatisierung und demokratischer Legitimation, S. 19.

¹⁴⁵² Als Entscheidungsformen der Privatisierung werden dargestellt: die Aufgabenprivatisierung (Übertragung der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben auf private Leistungserbringer), die Vermögenprivatisierung (Übertragung staatlichen Eigentums), die Organisationsprivatisierung (Der Staat bleibt Träger der Verwaltungsaufgabe, aber bedient sich zu ihrer Wahrnehmung einer Organisations- und Rechtsform des Privatrechts) und die funktionale Privatisierung (Übertragung der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben auf Private, die sie selbstständig oder unselbstständig unter staatlicher Gesamtverantwortung erledigen), *Münch*, Das Spannungsverhältnis zwischen funktionaler Privatisierung und demokratischer Legitimation, S. 22 ff.

¹⁴⁵³ Vgl. *Ferreira*, *Análise Social* 2004, S. 318.

¹⁴⁵⁴ Vgl. *Kumaranayake*, *Health Policy and Planning* 2000, S. 358.

Die Steuerung innerhalb eines Gesundheitssystems unterscheidet sich von der Regulierung wirtschaftlicher Dienstleistungen im Gesundheitswesen. Während Erstere sich auf die Lenkung und die Kontrolle von eigenen Aspekten der Gesundheitsversorgung innerhalb des Systems wie dem Zugang zur Versorgung, der Qualität, dem Preis und dem Umfang der Leistungen bezieht, versucht die Regulierung nach einer Marktperspektive auch bestimmte Aspekte der Dienstleistungen wie Angebot, Nachfrage, Qualität und Preis zu kontrollieren, um gute marktwirtschaftliche Produktions- und Allokationsprozesse zu erreichen.¹⁴⁵⁵

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird eine Differenzierung zwischen „Steuerung der Gesundheitsversorgung“ und „Steuerung der Leistungserbringung“ vorgenommen.¹⁴⁵⁶ Bei der Ersteren ist das Steuerungsobjekt die Versorgung selbst, die durch einen Eingriff in die Behandlungsverfahren und in die Koordinierung der verschiedenen ärztlichen Behandlungen beeinflusst wird. Bei der Steuerung der Leistungserbringung hingegen ist das Steuerungsobjekt die Erbringung der Leistungen, die durch den Eingriff etwa bezogen auf den Zugang, den Umfang, die Qualität und die Vergütung der Versorgung geprägt wird. Allerdings sollten die Steuerung der Gesundheitsversorgung und die Steuerung der Leistungserbringung nicht getrennt voneinander betrachtet werden, weil die Leistungserbringung ein zentraler Aspekt der Gesundheitsversorgung ist. In Bezug auf die Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern stehen die beiden Bereiche in engem Zusammenhang. Der Gegenstand dieser Verträge ist die Gesundheitsversorgung. Da die vertraglichen Regelungen die Versorgung und die Rechte und Pflichten der Vertragspartner umfassen, werden durch diese Verträge letztendlich beide Bereiche gesteuert.

In einem so komplexen System wie einem Gesundheitssystem, das der Einwirkung von unterschiedlichen Akteuren und ständigen Veränderungen unterworfen ist, sind Steuerungsinstrumente sehr bedeutsam. Sie umfassen verschiedene Mittel, die bestimmte Variablen oder Dimensionen eines Systems in Richtung eines gewünschten Ziels beeinflussen können.¹⁴⁵⁷

¹⁴⁵⁵ Zur Veranschaulichung der Abgrenzung zwischen der Steuerung des Gesundheitssystems und der Regulierung der Gesundheitsversorgung dient die brasilianische Konstellation: das SUS wird vom öffentlichen Leistungsträger und die privaten Dienstleistungen (Gesundheitsversorgungspläne) werden von der *Agência Nacional de Saúde Suplementar* (Regulierungsbehörde) gesteuert.

¹⁴⁵⁶ U. a. *Steidler*, in: Jabornegg/Resch/Seewald, Steuerung der Versorgung, S. 87 ff.; *Kötter*, Die Steuerung der ambulanten ärztlichen Versorgung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 162 ff.; *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 202 ff.

¹⁴⁵⁷ Dazu *Mayntz*, Soziale Dynamik und politische Steuerung; *Schuppert*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, S. 229 ff.; *Voigt*, Recht als Instrument der Politik, S. 15.

Als rechtliche Steuerungsinstrumente gelten vor allem Gebote und Verbote mit Sanktionierungen, die zu einem mittelbaren Zugriff auf die Akteure führen.¹⁴⁵⁸ Positive und negative Anreize¹⁴⁵⁹ sowie Verträge und Vereinbarungen üben hingegen nur einen eingeschränkten Einfluss auf die Akteure aus, weil diese Steuerungsinstrumente ihnen nicht aufgezwungen werden können. Die Angemessenheit und Wirksamkeit der Steuerungsinstrumente hängt von einer korrekten Interpretation der Indikatoren ab, und ihre Einflussmöglichkeiten unterscheiden sich in Bezug auf die verschiedenen Akteure.

Die Auswahl der Steuerungsinstrumente hängt von der Zielsetzung ab. Es sollte jeweils das Steuerungsinstrument gewählt werden, das fähig ist, den aktuellen Zustand in Richtung des gewünschten Ziels zu verändern. Die Auswahl der Steuerungsinstrumente sowie die Definition einer Zielsetzung sind Wertungsentscheidungen, die sich an den Grundsätzen des Systems orientieren. Wenn ein Gesundheitssystem der Gesamtheit der Bevölkerung eine Gesundheitsversorgung gewährleisten soll, so sind Steuerungsinstrumente zu installieren, welche einen entsprechenden breiten Zugang sicherstellen können.

Da durch die Anwendung von Steuerungsinstrumenten im Rahmen der Gesundheitsversorgung und der Leistungserbringung verschiedene Ziele verfolgt werden können, ist es notwendig, den Begriff „Steuerungsinstrument“ für diese Arbeit zu definieren. In diesem Kontext wird das Steuerungsinstrument als ein angemessenes Mittel betrachtet, um durch Förderung oder Hemmung von Maßnahmen die Versorgung und die Leistungserbringung so zu steuern, dass das Gesundheitssystem seine gesetzlichen Aufgaben erfüllt. Dies ist zu berücksichtigen, weil Akteure des Gesundheitssystems Steuerungsinstrumente auch einsetzen können, um ihre eigene Agenda bzw. ihre Eigeninteressen zu erreichen.

Als generelle Zielsetzung der Steuerung der Versorgung in Brasilien und Deutschland kann nach den bisherigen Ausführungen die Gewährleistung des Schutzes der Gesundheit der Bürger¹⁴⁶⁰ und der Versicherten¹⁴⁶¹ durch gesundheitliche Vorsorgemaßnahmen sowie durch eine ausreichende, zweckmäßige, bedarfsgerechte, wirtschaftliche und gleichmäßige Versorgung verstanden werden.

¹⁴⁵⁸ Vgl. *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 71 ff.

¹⁴⁵⁹ *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 71.

¹⁴⁶⁰ Art. 196 BBV/88.

¹⁴⁶¹ § 1 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

II. Das Steuerungssystem der Leistungserbringung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland

Die Leistungserbringung der GKV wird durch vielfältige Steuerungsmechanismen gelenkt,¹⁴⁶² die darauf abzielen, eine bedarfsgerechte und qualitativ hochwertige gesundheitliche Versorgung zu gewährleisten. Bezogen auf diese Mechanismen werden unterschiedliche Akteure und Handlungsebenen, nämlich die der Makro-, Meso- und Mikroebene, differenziert.¹⁴⁶³ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich nur auf die Steuerungsinstrumente der ambulanten ärztlichen Versorgung, die mit den Verträgen zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern in direktem Zusammenhang stehen.

1. Ebenen, Akteure und relevante Steuerungsinstrumente

a. Makroebene

Auf die Makroebene wirkt vor allem der Staat als Akteur ein. Er definiert den politischen Ordnungsrahmen, delegiert aber zugleich Steuerungskompetenz zu dessen Konkretisierung an andere Akteure bzw. nachgeordnete Verbände von Leistungsträgern und Leistungserbringern.¹⁴⁶⁴ Diese Übertragung von Steuerungsaufgaben an korporative Verbände entlastet den Staat, aber dennoch bleibt die Konkretisierung des Leistungsgeschehens weiterhin unter seiner Aufsicht.¹⁴⁶⁵

Dem Staat obliegt auch der Erlass von Normen, die regulativ auf verschiedene Versorgungsbereiche einwirken.¹⁴⁶⁶ Gebote und Verbote, die im Gesetz festgelegt werden, steuern die ärztliche Versorgung und die Leistungserbringung. Das Gesetz enthält umfangreiche und detaillierte Vorschriften über die Versorgung; teilweise wird vom Gesetzgeber vorgesehen, dass untergesetzliche Normen zur Regelung weiterer Sachverhalte erlassen werden können oder sollen, die nicht im Gesetz selbst abschließend geregelt wurden bzw. werden konnten. Maßgeblich sind hier insbesondere die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses.

Dem Bund obliegt die Gesetzgebungskompetenz für die gesetzliche Krankenversicherung.¹⁴⁶⁷ Das Bundesministerium für Gesundheit ist zuständig für die Erarbeitung von Ge-

¹⁴⁶² Gerlinger, Zwischen Korporatismus und Wettbewerb, S. 21.

¹⁴⁶³ Vgl. Cassel/Ebsen/Greß/Jacobs/Schulze/Wasern, Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 29.

¹⁴⁶⁴ Rosenbrock/Gerlinger, Gesundheitspolitik, S. 200.

¹⁴⁶⁵ Ewert, Vom Patienten zum Konsumenten?, S. 50.

¹⁴⁶⁶ Ewert, Vom Patienten zum Konsumenten?, S. 48.

¹⁴⁶⁷ § 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.

setzesentwürfen von Bundesgesetzen, zahlreichen Rechtsverordnungen und von Verwaltungsvorschriften in Bezug auf die gesetzliche Krankenversicherung.¹⁴⁶⁸ Obwohl der Bund der maßgebliche Gesetzgeber ist¹⁴⁶⁹, haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz für einzelne gesundheits-bezogene Themen wie etwa das Heilberufsgesetz.¹⁴⁷⁰ Außerdem nehmen Landesbehörden an der Aufstellung des Bedarfsplans zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung teil.¹⁴⁷¹ 2013 wurde durch die Bildung des Gemeinsamen Landesgremiums gemäß § 90a SGB V eine neue Möglichkeit zur Mitgestaltung der Länder bei der ärztlichen Bedarfsplanung geschaffen.¹⁴⁷² Zu den Aufgaben dieses Landesgremiums zählen die Empfehlungen zur sektorübergreifenden Versorgung¹⁴⁷³ sowie Stellungnahmen zur Bedarfsplanung und zur Über- und Unterversorgung in der vertragsärztlichen Versorgung; so soll der Zugang der Patientinnen und Patienten zur Versorgung in den einzelnen Bezirken verbessert werden.

Den zentralen Ordnungsrahmen für die GKV bildet das SGB V.¹⁴⁷⁴ Dieses Gesetzbuch enthält Regelungen über Organisation, Struktur und Aufgaben der wichtigsten Akteure,¹⁴⁷⁵ über das Rechtsverhältnis zwischen ihnen sowie Regelungen über weitere grundlegende Aspekte der GKV. Im SGB V werden eine Reihe von Anforderungen beschrieben, welche die Versorgung für die Versicherten zu erfüllen hat. So haben die Qualität und Wirksamkeit der Leistungen gemäß § 2 Abs. 1 SGB V dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen; § 12 Abs. 1 SGB V zufolge müssen die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein und dürfen das Maß des Notwendigen nicht

¹⁴⁶⁸ Aufgaben und Organisation des Bundesministeriums für Gesundheit, zu finden auf der Homepage des Bundesministeriums für Gesundheit, abrufbar im Internet unter: <<http://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/aufgaben-und-organisation/aufgaben.html>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹⁴⁶⁹ Vgl. *Gerlinger*, Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaft, S. 148.

¹⁴⁷⁰ § 74 Abs. 1 Nr. 19 GG. Im Zusammenhang mit diesem Thema gibt es aktuelle Bundesgesetze, z. B. das Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals vom 09.11.2018 (BGBl. I, S. 2394), das auf eine bessere Personalausstattung und bessere Arbeitsbedingungen in der Kranken- und Altenpflege abzielt, sowie das Gesetz zur Reform der Pflegeberufe vom 17.07.2017 (BGBl. I, S. 2581), das die Pflegeausbildung neu geregelt hat.

¹⁴⁷¹ § 99 Abs. 1 Satz 5 SGB V.

¹⁴⁷² § 90a Abs. 2 SGB V in der Fassung des VStG, BGBl. I, S. 2963.

¹⁴⁷³ § 90a Abs. 1 Satz. 2 SGB V.

¹⁴⁷⁴ Andere Normen wie das Bürgerliche Gesetzbuch – BGB (BGBl. I, S. 54), die Bundesärztleordnung - BÄO (BGBl. I, S. 1218), das Arzneimittelgesetz - AMG (BGBl. I, S. 3394) und das Krankenhausfinanzierungsgesetz- KHG (BGBl. I, S. 886) sind ebenfalls relevant für die Gesundheitsversorgung.

¹⁴⁷⁵ In diesem Zusammenhang sind die wichtigen Akteure der GKV in Bezug auf die vertragsärztliche Versorgung die Leistungsträger (Krankenkassen und ihre Verbände), die Leistungserbringer (Ärzte und die Kassenärztlichen Vereinigungen) und der Gemeinsame Bundesausschuss, der zahlreiche untergesetzliche Detailfragen regelt.

überschreiten. Die Konkretisierung der gesetzlichen Anforderungen ist Aufgabe der Leistungsträger und -erbringer.¹⁴⁷⁶

Das SGB V ist auch ein Steuerungsinstrument der Gesundheitsversorgung, weil der Gesetzgeber auf Grundlage von Entscheidungen der Gesundheitspolitik den Regelungsrahmen verändert. Als ein Beispiel von vielen sei hier die Frage der Finanzierung genannt. Bis 2009 wurde der allgemeine Beitragssatz zur GKV in den Satzungen der jeweiligen Krankenkassen festgelegt. 2009 wurden mit der Einführung des Gesundheitsfonds¹⁴⁷⁷ neue Regelungen für die Finanzierung der GKV eingeführt, und der allgemeine Beitragssatz wurde durch die Rechtsverordnung von der Bundesregierung bundeseinheitlich festgelegt.¹⁴⁷⁸ Seit 2011 wird dieser durch den Gesetzgeber bestimmt.¹⁴⁷⁹ Die Veränderungen des Finanzrahmens der GKV und der Finanzautonomie der Leistungsträger wurden durch diverse Reformen des SGB V realisiert.¹⁴⁸⁰ Dies zeigt, wie das Gesetz als Steuerungsinstrument der GKV fungiert. Auf Makroebene erfolgt die Steuerung der Versorgung daher vor allem durch formelle Gesetze sowie Rechtsverordnungen des Bundesministeriums für Gesundheit. Die Steuerung auf dieser Ebene determiniert hauptsächlich gesundheitliche Ziele, Umfang, Qualität und Fragen der Vergütung der Gesundheitsleistungen.¹⁴⁸¹

b. Mesoebene

Auf der Mesoebene ist die Gemeinsame Selbstverwaltung der wichtigste Akteur. Die Verbände der Leistungsträger (Krankenkassen), der Leistungserbringer (insbesondere die Kassenärztliche Vereinigung) und der Gemeinsame Bundesausschuss, die Teile der Gemeinsamen Selbstverwaltung sind, haben hier eine herausragende Bedeutung in der Steuerung der Gesundheitsversorgung und bilden ein korporatistisches Steuerungsmodell.

Zu den Steuerungsinstrumenten der Gemeinsamen Selbstverwaltung in Bezug auf die Leistungserbringung zählen vor allem die vertragsärztliche Zulassung, die vertragsärztliche Be-

¹⁴⁷⁶ § 70 Abs. 1 SGB V.

¹⁴⁷⁷ Der Gesundheitsfonds wurde durch § 271 mit dem GKV-WSG vom 26.03.2007 (BGBl. I, S. 378) eingeführt.

¹⁴⁷⁸ Bis 2009 erfolgt die Feststellung des allgemeinen Beitragssatzes durch Satzungen der jeweiligen Krankenkassen, *Mecke* in: *Becker/Kingreen*, § 241 SGB V, Rn. 2.

¹⁴⁷⁹ § 241 SGB V.

¹⁴⁸⁰ Vgl. *Gelinger*, *Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaft*, S. 144.

¹⁴⁸¹ Vgl. *Cassel/Ebsen/Greß/Jacobs/Schulze/Wasern*, *Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung*, S. 29.

darfsplanung, die Kollektivverträge sowie die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses.¹⁴⁸² Sie zielen auf die Kontrolle von wesentlichen Aspekten der Leistungserbringung ab.¹⁴⁸³ Diese Steuerungsinstrumente werden im Folgenden kurz dargestellt.

Die vertragsärztliche Zulassung ist ein Verfahren, durch das Ärzte zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung zugelassen werden.¹⁴⁸⁴ Eine gesetzliche Voraussetzung dafür ist die Eintragung in das Arztregister.¹⁴⁸⁵

Die Zulassung bewirkt die Mitgliedschaft in der Vertretungskörperschaft der Leistungserbringer (Kassenärztliche Vereinigung),¹⁴⁸⁶ die Vertragspartner der Kollektivverträge sind.¹⁴⁸⁷ Damit sind die zugelassenen Ärzte zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und verpflichtet.¹⁴⁸⁸ Über die Zulassung entscheiden ebenfalls Gremien der Gemeinsamen Selbstverwaltung nämlich Zulassungsausschüsse, die paritätisch mit Vertretern der Kassenärztlichen Vereinigungen und den Landesverbänden der Krankenkassen besetzt werden.¹⁴⁸⁹ Der Kassenärztlichen Vereinigung obliegt auch die Überwachung der Erfüllung der Pflichten der Vertragsärzte.¹⁴⁹⁰ Wenn die zugelassenen Vertragsärzte gegen ihre vertragsärztlichen Pflichten verstoßen, können Disziplinarmaßnahmen wie Verwarnungen, Verbandsgeldbußen oder die Anordnung des Ruhens der Zulassung verhängt werden.¹⁴⁹¹

Die vertragsärztliche Zulassung ist ein bedeutendes Qualitätssicherungsinstrument, weil durch sie die Erfüllung und Einhaltung von individuellen Qualifikationsanforderungen der Ärzte kontrolliert wird. Die Zulassung ist außerdem ein Verwaltungsakt, mit dem die Einbeziehung der Leistungserbringer in die vertragsärztliche Versorgung erfolgt.¹⁴⁹² Durch das

¹⁴⁸² Vgl. *Ebsen*, in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 273; *Schmehl*, in: Schmehl/Wallraabenstein, Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, S. 2.

¹⁴⁸³ Vgl. *Cassel/Ebsen/Greß/Jacobs/Schulze/Wasern*, Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 29.

¹⁴⁸⁴ § 95 Abs. 1 und 3 Satz 1 SGB V.

¹⁴⁸⁵ § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB V. Die Arztregister werden gemäß § 95 Abs. 2 Satz. 2 SGB V von den Kassenärztlichen Vereinigungen für jeden Zulassungsbezirk geführt.

¹⁴⁸⁶ § 95 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 SGB V.

¹⁴⁸⁷ Vgl. etwa § 83 SGB V. Dazu *Kanter*, Das Steuerungsinstrument der vertragsärztlichen Zulassung im Wandel der Gesundheitsreformen, S. 59.

¹⁴⁸⁸ § 95 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 SGB V.

¹⁴⁸⁹ § 96 Abs. 1 SGB V.

¹⁴⁹⁰ § 75 Abs. 2 Satz 2 SGB V.

¹⁴⁹¹ § 81 Abs. 5 SGB V.

¹⁴⁹² Ausführlich über die vertragliche Zulassung siehe *Kanter*, Das Steuerungsinstrument der vertraglichen Zulassung im Wandel der Gesundheitsreformen, S. 47 ff.

Zulassungsrecht wird somit die Einbeziehung der Ärzte in die vertragsärztliche Versorgung gesteuert.¹⁴⁹³

Ein weiteres Steuerungsinstrument zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung, das in enger Verbindung zu der vertragsärztlichen Zulassung steht, ist die vertragsärztliche Bedarfsplanung. Sie ist ein analytisches Instrument, mit dem die Lage der vertragsärztlichen Versorgung und die absehbare Entwicklung des Bedarfs durch die Festlegung identifiziert werden soll.¹⁴⁹⁴ Die Kassenärztlichen Vereinigungen müssen im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen nach Maßgabe der vom Gemeinsamen Bundesausschuss erlassenen Richtlinien auf Landesebene eine vertragsärztliche Bedarfsplanung aufstellen.¹⁴⁹⁵ Von den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses kann bei der Bedarfsplanung angesichts regionaler Besonderheiten, wie der regionalen Demografie und Morbidität, abgewichen werden.¹⁴⁹⁶ Die Bedarfsplanung zielt durch die Feststellung und die Überwachung des Bedarfs an vertragsärztlichen Leistungen auf die Sicherstellung und Fortentwicklung der bedarfsgerechten vertragsärztlichen Versorgung ab.¹⁴⁹⁷ Sie legt die allgemeinen örtlichen Verhältniszahlen von Einwohnern je Arzt fest, die nach einzelnen Arztgruppen, Regionstypen und Planungsbereichen (kreisfreie Städte, Landkreise) unterschiedlich ausfallen.¹⁴⁹⁸ Die konkreten örtlichen Verhältniszahlen für den jeweiligen Planungsbereich werden durch den Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen ermittelt,¹⁴⁹⁹ der ebenfalls ein Gremium der Gemeinsamen Selbstverwaltung ist.

Durch die vertragsärztliche Bedarfsplanung werden auch Unterversorgung¹⁵⁰⁰ und Überversorgung¹⁵⁰¹ festgestellt. Bei einer Überversorgung überschreiten die konkreten örtlichen Verhältniszahlen zwischen Vertragsärzten und Einwohnerzahlen die einheitlichen Verhältniszahlen für den allgemeinen bedarfsgerechten Versorgungsgrad in der vertragsärztlichen Ver-

¹⁴⁹³ §§ 95 ff. SGB V und Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV), BGBl. I, S. 572. Vgl. *Kanter*, Das Steuerungsinstrument der vertragsärztlichen Zulassung im Wandel der Gesundheitsreformen, S. 60 ff.

¹⁴⁹⁴ Vgl. *Murawski* in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 99, Rn. 3 ff.

¹⁴⁹⁵ § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

¹⁴⁹⁶ § 99 Abs. 1 Satz 3 SGB V.

¹⁴⁹⁷ § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

¹⁴⁹⁸ §§ 5-8 der Bedarfsplanungs-Richtlinien des GBA (zuletzt geändert am 15.12.2016 veröffentlicht im Bundesanzeiger BAnzAT 31.07.2017, B2 vom 31.05.2017). Dazu vgl. *Bristle* in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 17, Rn. 31; *Kanter*, Das Steuerungsinstrument der vertragsärztlichen Zulassung im Wandel der Gesundheitsreformen, S. 87.

¹⁴⁹⁹ § 10 der Bedarfsplanungs-Richtlinien des GBA.

¹⁵⁰⁰ § 100 SGB V.

¹⁵⁰¹ § 101 Abs. 1 Satz 3 SGB V.

sorgung. In diesem Fall wird die Berufsausübung der Ärzte durch Zulassungsbeschränkungen tangiert.¹⁵⁰² Bei einer Unterversorgung unterschreitet die Zahl der zugelassenen Ärzte die Verhältniszahl für den ausgewiesenen Bedarf. In diesem Fall wird den Kassenärztlichen Vereinigungen von den Landesausschüssen der Ärzte und Krankenkassen eine angemessene Frist zur Beseitigung oder Abwendung der Unterversorgung eingeräumt.¹⁵⁰³

Obwohl die vertragsärztliche Bedarfsplanung keinen Rechtsnormcharakter hat,¹⁵⁰⁴ spielt auch sie jedenfalls mittelbar eine Rolle bei der Steuerung der Leistungserbringung.¹⁵⁰⁵ Auf der Grundlage der Bedarfsplanung wird das ärztliche Angebot durch Beschränkungen oder Erweiterungen der Zulassungsmöglichkeiten der Ärzte zur vertragsärztlichen Versorgung kontrolliert,¹⁵⁰⁶ und Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung werden gefördert. Die vertragsärztliche Bedarfsplanung hat also eindeutig eine Steuerungsfunktion, die darauf abzielt, eine bedarfsgerechte Versorgung herbeizuführen.

Zu den Steuerungsinstrumenten der Leistungserbringung zählen auch die Kollektivverträge zwischen den Verbänden der Leistungsträger und der Leistungserbringer, die allgemeine Rahmenbedingungen für die vertragsärztliche Versorgung enthalten. Was im Gesetz bestimmt ist, wird durch die Kollektivverträge konkretisiert, um die Leistungserbringung zu realisieren. Die Kollektivverträge enthalten vor allem Regelungen über die Vergütung der zu erbringenden Leistungen.¹⁵⁰⁷ Die vertraglichen Regelungen beziehen sich auch auf die Qualität und den Umfang der Leistungen.¹⁵⁰⁸ Die verbandliche Steuerung der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Vereinigungen stützt sich auf die Pflichtmitgliedschaft der beteiligten Akteure, d. h. der Ärzte und Versicherten. Durch Kollektivverträge können Aspekte der Gesundheitsversorgung wie die Vergütung, die Qualität und der Umfang der Leistungen gesteuert werden.¹⁵⁰⁹

Schließlich sind die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses ein wichtiges Steuerungsinstrument der Gemeinsamen Selbstverwaltung.¹⁵¹⁰ Der Inhalt dieser Richtlinien des

¹⁵⁰² § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

¹⁵⁰³ § 100 Abs. 1 Satz 2 SGB V. Zur Problematisierung des Ärztemangels vgl. schon unter Fn. 38.

¹⁵⁰⁴ *Murawski* in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 99, Rn. 4; *Berner*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 99, S. 899.

¹⁵⁰⁵ Vgl. *Franzius*, VSSR 2012, S. 58.

¹⁵⁰⁶ §§ 12 ff. der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte, BGBl III, Gliederungsnummer: 8230-25.

¹⁵⁰⁷ § 85 SGB V. Dazu *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 201.

¹⁵⁰⁸ *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 201.

¹⁵⁰⁹ Die Kollektivverträge wurden schon im 2. Kap. beschrieben und werden als Steuerungsinstrument in B I I dieses Kapitels ausführlich analysiert.

¹⁵¹⁰ Über den Gemeinsamen Bundesausschuss siehe 1. Kap.

GBA ist umfangreich und umfasst u. a. die ärztliche und zahnärztliche Behandlung, Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten, die Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, Bedarfsplanung und Qualitätssicherung.¹⁵¹¹ Insbesondere in Bezug auf die Qualitätssicherung¹⁵¹² hat der GBA durch die Überprüfung von neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden eine wichtige Steuerungsfunktion inne.¹⁵¹³ Diese Methoden dürfen zu Lasten der Krankenkassen im ambulanten Bereich nur angewendet werden, wenn der Ausschuss diese Methoden empfohlen hat und den diagnostischen oder therapeutischen Nutzen sowie die medizinische Notwendigkeit und die Wirtschaftlichkeit dieser Methoden anerkannt wurden.¹⁵¹⁴

Durch die Richtlinien wird die ärztliche Versorgung der Versicherten konkretisiert und über verschiedene Bereiche wie das Qualitätsmanagement, die Qualitätssicherung und die Qualitätsprüfung im Einzelfall gesteuert und somit standardisiert.¹⁵¹⁵ Die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses haben normativ wirkenden Rechtscharakter,¹⁵¹⁶ was schon früh vom Bundessozialgericht¹⁵¹⁷ geklärt wurde. Sie sind Bestandteil des Bundesmantelvertrags¹⁵¹⁸ und entfalten nach dem Willen des Gesetzgebers verbindliche Wirkung gegenüber Versicherten, ärztlichen und nichtärztlichen Leistungserbringern.¹⁵¹⁹ Damit handelt es sich bei den Richtlinien um exekutive Normen, welche die ärztliche Versorgung der Versicherten regeln.¹⁵²⁰

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der Richtlinien des GBA wird dieses Selbstverwaltungsgremium mehr und mehr als eine staatliche Regulierungsbehörde betrachtet.¹⁵²¹ Mit der ständigen Erweiterung der Aufgabenbereiche des GBA gewinnt die Diskussion über seine demokratische Legitimation erneut an Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt festgestellt, dass ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau zur

¹⁵¹¹ § 92 Abs. 1 Nr. 1-3, 5, 9 und 13 SGB V.

¹⁵¹² § 92 Abs. 1 Nr. 13 SGB V.

¹⁵¹³ § 92 Abs. 1 Nr. 5 SGB V.

¹⁵¹⁴ § 135 Abs. 1 SGB V.

¹⁵¹⁵ Vgl. *Schuler-Harms*, in: Fehling/Ruffert, *Regulierungsrecht*, S. 844.

¹⁵¹⁶ § 91 Abs. 6 SGB V.

¹⁵¹⁷ BSGE 96, 261 (276).

¹⁵¹⁸ § 92 Abs. 8 SGB V.

¹⁵¹⁹ § 91 Abs. 6 SGB V. Vgl. BSGE 78, 70 (74); *Neumann*, NZS 2010, S. 593.

¹⁵²⁰ Vgl. *Zimmermann*, *Der Gemeinsame Bundesausschuss*, S. 74.

¹⁵²¹ Vgl. dazu *Franzius*, VSSR 2012, S. 66. Laut des Sachverständigenrats bildet „der GBA quasi eine zentrale korporative ‚Super-Organisation‘ mit erweiterten Vollmachten hinsichtlich der medizinischen Versorgung“, *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005, S. 11.

Normsetzungsbefugnis notwendig ist.¹⁵²² Ob der GBA, der eine Organisationsform der Selbstverwaltung ist, dieses bestimmte Legitimationsniveau zur Setzung verbindlichen Rechts erreicht hat, wird in der Literatur noch immer kontrovers diskutiert.¹⁵²³ Hintergrund dafür ist vornehmlich die fehlende mitgliedschaftliche Legitimation durch eine innerverbandliche demokratische Willensbildung sowie eine angemessene Berücksichtigung der betroffenen Interessenten, z. B. durch die Repräsentanz von Patientenvertretern mit Abstimmungsrecht.¹⁵²⁴ Die an der demokratischen Legitimation des GBA geübte Kritik überzeugt, auch wenn diese Frage im vorliegenden Kontext nicht vertieft werden kann. Da der GBA rechtsverbindliche Beschlüsse und Richtlinien erlässt, die zu einer Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen führen, muss der GBA wegen des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips¹⁵²⁵ demokratisch legitimiert sein. Vor dem Hintergrund, dass die Mitglieder des GBA nicht demokratisch und auch nicht vom Parlament gewählt werden (Legitimationskette), fehlt es an einer personellen Legitimation. Die gesetzliche Ermächtigung zur Normkonkretisierung reicht nicht als Legitimationsgrundlage aus, da diese Normsetzungsbefugnis die Leistungsansprüche der GKV beschränken kann. Zudem gibt es ein Defizit an mitgliedschaftlicher demokratischer Legitimation des GBA, weil die von den Beschlüssen und Richtlinien des GBA betroffenen Personen an der Beschlussfassung nicht beteiligt sind. Ein Mitberatungsrecht der Interessenvertretung der Patienten nach § 140f Abs. 2 Satz 2 SGB V ohne Stimmrecht ist nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht nicht hinreichend für die sachgerechte Wahrnehmung der Interessen der Patienten.

¹⁵²² Vgl. etwa BVerfGE 83, 60 (72), BVerfGE 89, 155 (182); BVerfGE 107, 59 (92). In jüngster Zeit hat sich das Bundesverfassungsgericht über die hinreichende demokratische Legitimation des GBA bei der Ausgestaltung der Leistungsansprüche geäußert, vgl. BVerfG 140, 229 (238 f.). Nach dieser Entscheidung bleibt noch offen, ob der GBA die zureichende demokratische Legitimation zur delegierten Normsetzungsbefugnis besitzt. Dazu vertiefend *Kluth*, *GesR* 2017, S. 205 ff.

¹⁵²³ U. a. *Kluth*, *GesR* 2017, S. 205 ff.; *Zimmermann*, *Der Gemeinsame Bundesausschuss*, S. 107 ff.; *Neumann*, *NZS* 2010, S. 593 ff.; *Hauck*, *NZS* 2010, S. 600 ff.; *Wolff*, *NZS* 2009, S. 186 f.; *Vießmann*, *Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V*, S. 127 ff.; *Kingreen*, *NJW* 2006, S. 877 ff.; *Schimmelpfeng-Schütte*, *NZS* 2006, S. 567 ff.; *Pitschas*, *MedR* 2006, S. 455 f.; *Huster*, *JZ* 2006, S. 468; *Neumann*, *NZS* 2005, S. 620; *Sodan*, *NZS* 2000, S. 581 ff.

¹⁵²⁴ Vgl. *Neumann*, *NZS* 2010, S. 600.

¹⁵²⁵ Art. 20 Abs. 1-2 GG.

c. Mikroebene

Auf der Mikroebene spielen vor allem die beschriebenen Selektivverträge zwischen einzelnen Leistungsträgern und Leistungserbringern¹⁵²⁶ als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung eine Rolle.¹⁵²⁷ Auf dieser Ebene sind Selektivverträge eng mit einem weiteren Steuerungsinstrument verbunden, nämlich dem Wettbewerb, der innerhalb der GKV eingeführt wurde,¹⁵²⁸ um die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Gesundheitsversorgung zu verbessern.¹⁵²⁹ Durch Selektivverträge wird Wettbewerb in der gesundheitlichen Versorgung etabliert. Selektivverträge verfolgen das Ziel, die Individualakteure (Krankenkassen, Ärzte und Versicherte) vor allem durch finanzielle Anreize zu leiten.¹⁵³⁰ Diese können bspw. in einer gesonderten Vergütung oder auch einer Privatisierung von Krankheitskosten etwa durch Zuzahlungen liegen.

Wettbewerb besteht dabei auf unterschiedlichen Ebenen. Zum einen besteht Wettbewerb zwischen den Krankenkassen, die miteinander um Versicherte konkurrieren (Versicherungsmarkt). Zum anderen besteht er zwischen den Leistungserbringern, die miteinander um Patienten (Behandlungsmarkt) und um Versorgungsverträge (Leistungsmarkt) konkurrieren.¹⁵³¹ Obwohl die Diskussion über den Kassenwettbewerb schon seit den 1980er Jahren geführt wird, wurde die Funktion des Wettbewerbs als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung erst in den 1990er Jahren vertieft thematisiert.¹⁵³²

¹⁵²⁶ Hierzu oben unter 2. Kap. A II 2.

¹⁵²⁷ Vgl. *Gerlinger*, Zwischen Korporatismus und Wettbewerb: Gesundheitspolitische Steuerung im Wandel, S. 7.

¹⁵²⁸ Zur allgemeinen Argumentation für und gegen Wettbewerb im Gesundheitswesen siehe *Schulenburg*, in: *Immenga/Körper*, S. 16 ff.

¹⁵²⁹ Seit dem Gesundheitsstrukturgesetz – GSG vom 21.12.1992 (BGBl I, S. 2266), welches das Krankenkassenwahlrecht eingeführt hat, besteht Wettbewerb in der GKV. Das Konzept einer solidarischen Wettbewerbsordnung wurde in den 1990er Jahren von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt. Der Wettbewerb dieser Ordnung unterscheidet sich vom gewerblichen Wettbewerbsmodell, weil er innerhalb der GKV stattfindet, wo das Solidarprinzip sichergestellt werden muss, BVerfGE 113, 167 (233). Vgl. *Wasem/Staudt*, VSSR 2012, S. 202. Kritisch hinsichtlich dieses Begriffs siehe *Reiners*, Mythen der Gesundheitspolitik, S. 213.

¹⁵³⁰ Vgl. *Gerlinger*, GuS 2009, S. 12 ff.

¹⁵³¹ *Cassel/Ebsen/Greif/Jakobs/Schutze/Wasen*, Vertragswettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 35. Die Etablierung einer Wettbewerbsordnung im Gesundheitswesen wird als eine Erweiterung staatlicher Intervention gesehen, *Gerlinger*, GuS 2009, S. 15.

¹⁵³² *Wasem/Staudt*, VSSR 2012, S. 202. Kritisch hinsichtlich der allgemeinen Anwendung des Wettbewerbs als selbst legitimierendes anwendbares Steuerungsinstrument vgl. *Reiners*, Mythen der Gesundheitspolitik, S. 211.

Der Wettbewerb zwischen Krankenkassen ist eine Folge der Einführung des weitgehenden Kassenwahlrechts für alle Versicherungsberechtigten¹⁵³³ sowie Folge der Entwicklung des Risikostrukturausgleichs¹⁵³⁴ und der Einrichtung eines Wahltarifs von Krankenkassen.¹⁵³⁵ Da die Krankenkassen durch den im SGB V enthaltenen Leistungskatalog gebunden sind und auch Mindestanforderungen an Qualität und Qualitätsmanagement der Leistungserbringung beachten müssen, erfolgt der Wettbewerb vorwiegend über unterschiedliche Organisationsformen der Versorgung, Zusatzleistungen, Servicequalität und die Höhe der Zusatzbeiträge.¹⁵³⁶

Der Behandlungsmarkt gründet auf der freien Arztwahl.¹⁵³⁷ Die niedergelassenen Ärzte konkurrieren vorwiegend mit Art und Qualität ihrer Leistungen um Patienten.¹⁵³⁸ Wegen der asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Patienten und Leistungserbringern ist es aber fraglich, ob sich die Versicherten im Krankheitsfall tatsächlich vorab über die Art, den Umfang, die Qualität, die Verfügbarkeit und den Preis der angebotenen Leistungen informieren können.¹⁵³⁹ Vielmehr dürfte für die Arztwahl die vertrauensvolle Arzt-Patient-Beziehung sowie die „Liefergeschwindigkeit“ der Behandlung (keine Wartezeit, etc.) entscheidend sein. Da es für eine erkrankte Person aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen nicht unbedingt möglich ist, nach der besten vertragsärztlichen Leistung zu suchen, kann die

¹⁵³³ Durch das Gesundheitsstrukturgesetz – GSG vom 21.12.1992 (BGBl I, S. 2266). Dazu *Gaßner/Eggert*, NZS 2011, S. 249; *Reiners*, Mythen der Gesundheitspolitik, S. 219.

¹⁵³⁴ Einen bundesweiten kassenarztübergreifenden Risikostrukturausgleich gibt es schon seit dem Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992, aber erst 2007, durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, wurde seine Fortentwicklung in einem morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleich ermöglicht. Dadurch können die unterschiedlichen Finanzierungsrisiken der Krankenkassen, z. B. Einkommen, mitversicherte Familienangehörige, Alter und Geschlecht der Versicherten, effektiver ausgeglichen und Risikoselektionen vermieden werden. Vgl. *Reiners*, Mythen der Gesundheitspolitik, S. 220; *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 135.

¹⁵³⁵ § 53 SGB V in der Fassung des GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 16.07.2015, BGBl. I, S. 1211. Die Wahltarife wurden durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26.03.2007 (BGBl. I, S. 378) eingeführt; seither können die Krankenkassen den Versicherten als Satzungsleistung besondere Tarife anbieten (Wahltarife), die ein kostenbewusstes Verhalten der Versicherten fördern. Bei einer geringen Inanspruchnahme von Leistungen erhalten die Versicherten eine Prämienzahlung.

¹⁵³⁶ § 242 SGB V. Vgl. dazu *Schuler-Harms*, in: *Fehling/Ruffert*, Regulierungsrecht, S. 794.

¹⁵³⁷ § 76 Abs. 1 SGB V.

¹⁵³⁸ Dazu vgl. *Cassel/Ebsen/Greif/Jacobs/Schulze/Wasern*, Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 23.

¹⁵³⁹ *Cassel/Ebsen/Greif/Jacobs/Schulze/Wasern*, Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 21.

freie Arztwahl im Krankheitsfall oft nicht realisiert werden.¹⁵⁴⁰ Daher sollte der Einsatz von Wettbewerbselementen auf dem Behandlungsmarkt mit Vorsicht betrachtet werden.

Es gibt zahlreiche Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb im Gesundheitswesen, wie eine freie Wahl der Krankenkasse, Informationen und Markttransparenz für die Versicherten, Vertragsfreiheit für Kassen und Leistungserbringer sowie eine effektive Wettbewerbs- und Qualitätssicherungsregulierung.¹⁵⁴¹ Die Besonderheit des Gesundheitswesens macht die komplette Erfüllung dieser Voraussetzungen jedoch schwierig, insbesondere weil die Gesundheitsversorgung an der diagnostischen und therapeutischen Notwendigkeit der Versorgung im Einzelfall und nicht primär an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientiert sein sollte. Trotzdem überwiegt die Auffassung, dass ein Ausbau von wettbewerblichen Handlungsoptionen notwendig ist, um die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Gesundheitsversorgung der GKV deutlich zu verbessern.¹⁵⁴² Das Ziel der Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen Versorgung aller Versicherten setzt eine Modernisierung des korporatistischen Systems der GKV voraus. Diese Modernisierung soll durch das Instrument des Wettbewerbs erreicht werden. Eine stark wettbewerbliche Orientierung der GKV kann hingegen nur bedingt überzeugen. Der Erfolg des Faktors Wettbewerb als Steuerungsinstrument ist von unterschiedlichen Strukturen und Rahmenbedingungen abhängig, die im Gesundheitswesen nicht einfach zu erreichen sind. Auch wenn Wettbewerb in der GKV als unausweichlich betrachtet wird, handelt es sich letztlich um eine gesundheitspolitische Entscheidung.

¹⁵⁴⁰ Mit anderen Worten „Kranke Menschen sind hilfebedürftige Personen und keine Kunden, die zwischen den angebotenen Produkten je nach Bedarf, Geschmack und Geldbeutel wählen können. Sie sind keine souveränen Marktteilnehmer, die als Konsumenten in den Modellen der Lehrbuchökonomie dargestellt werden“, *Reiner*, Privat oder Kasse?, S. 7. Zur Besonderheit des Marktes im Gesundheitswesen siehe *Köhler*, VSSR 2012, S. 227 f.; *Bahia/Scheffer*, in: Giovanella/Esco- rel/Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 509.

¹⁵⁴¹ Zu Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb im Gesundheitswesen siehe *Wasem/Staudt*, VSSR 2012, S. 203 ff.

¹⁵⁴² Die Gestaltung des Steuerungsinstruments Wettbewerb im Gesundheitswesen als Ziel der Gesundheitspolitik begann mit dem Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vom 11. November 2005. Vgl. dazu den Koalitionsvertrag 2005, S. 88, abrufbar im Internet unter: <<http://www.kas.de/upload/ACDP/CDU/Koalitionsvertraege/Koalitionsvertrag2005.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019; *Cassel/Ebsen/Greß/Jacobs/Schulze/Wasern*, Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 18 ff.; *Ballast*, VSSR 2012, S. 240; kritisch dazu siehe *Reiners*, Mythen der Gesundheitspolitik, S. 193.

Während die Anwendung von Wettbewerb als Steuerungsinstrument wegen des feststehenden Leistungskatalogs, der Risikostruktur der Krankenkassen¹⁵⁴³ im Behandlungsmarkt sowie der Schwierigkeiten bei der Arztwahl im Krankheitsfall eingeschränkt ist, ist die Steuerungsmöglichkeit beim Leistungsmarkt stärker ausgeprägt. Seit 2004 konkurrieren einzelne Leistungserbringer und Gruppen von Leistungserbringern durch die im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten zur selektivvertraglichen Gestaltung um die Vergabe von Versorgungsaufträgen.¹⁵⁴⁴ Durch die Etablierung neuer Versorgungsformen wurde den Krankenkassen ein großer Gestaltungsspielraum eingeräumt. Durch Selektivverträge mit verschiedenen Leistungserbringern können sie verstärkt auf besondere Aspekte der Leistungserbringung wie Preis, Menge und Qualität der Leistungen einwirken.¹⁵⁴⁵ Durch diese Vertragsbeziehungen können differenzierte Regelungen getroffen werden, welche das Verhalten von Patienten und Leistungserbringern lenken sollen, um eine bessere Qualität und höhere Wirtschaftlichkeit zu erreichen.¹⁵⁴⁶ Obwohl die Entwicklung der Zugangsregulierung für das Selektivvertragssystem der ambulanten Versorgung als Steuerungsinstrument noch am Anfang steht,¹⁵⁴⁷ hat die Einführung von Selektivverträgen bereits zu mehr Flexibilität in der Leistungserbringung geführt und den Zugang zur Marktwirtschaft geöffnet.¹⁵⁴⁸ Durch Selektivverträge werden Krankenkassen und Ärzte als einzelwirtschaftliche Akteure gestärkt.¹⁵⁴⁹ Krankenkassen werden als Einzelkassen neue Möglichkeiten eröffnet, Versorgungsverträge mit einzelnen Ärzten oder mit Gemeinschaften von Ärzten abzuschließen und bestimmte Aspekte der Versorgung, z. B. die Budgetierung der neuen Versorgungsformen, zu vereinbaren.

Die Einführung von wettbewerblichen Elementen in der GKV brachte jedoch auch Unsicherheiten in Bezug auf die Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts im Rahmen der GKV mit sich, weil die in § 69 SGB V erweiterten Regelungen zur Anwendbarkeit dieses

¹⁵⁴³ Die freie Kassenwahl kann die Risikostruktur der Krankenkassen beeinflussen. Krankenkassen besitzen eine ungünstige Versichertenstruktur, wenn sie überdurchschnittlich viele Kranke und/oder viele unterdurchschnittlich verdienende Mitglieder haben, vgl. *Reiners*, *Mythen der Gesundheitspolitik*, S. 221.

¹⁵⁴⁴ Erst durch das 2. GKV-Neuordnungsgesetz vom 23.06.1997 kamen weitere Versorgungsformen durch Selektivverträge bzw. Modellvorhaben hinzu. Dazu *Cassel/Ebsen/Greif/Jacobs/Schulze/Wasern*, *Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung*, S. 25.

¹⁵⁴⁵ *Wasem/Staudt*, VSSR 2012, S. 202. Kritisch hinsichtlich dieses Begriffs siehe *Reiners*, *Mythen der Gesundheitspolitik*, S. 213; *Cassel/Ebsen/Greif/Jacobs/Schulze/Wasern*, *Vertragswettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung*, S. 35; *Wasem/Staudt*, VSSR 2012, S. 205.

¹⁵⁴⁶ *Ballast*, VSSR 2012, S. 240. Die Selektivverträge als Steuerungsinstrument werden in B I 2 dieses Kapitels ausführlich analysiert.

¹⁵⁴⁷ *Schuler-Harms* in: *Fehling/Ruffert*, *Regulierungsrecht*, S. 825.

¹⁵⁴⁸ *Schuler-Harms* in: *Fehling/Ruffert*, *Regulierungsrecht*, S. 821.

¹⁵⁴⁹ Vgl. *Rosenbrock/Gerlinger*, *Gesundheitspolitik*, S. 202.

Rechts zunächst unzureichend waren¹⁵⁵⁰ und mehrfach verändert werden mussten.¹⁵⁵¹ Bspw. war die gerichtliche Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten, welche die Rechtsbeziehung der Krankenkassen zu den Leistungserbringern betrifft, umstritten.¹⁵⁵² Seit dem Inkrafttreten des AMNOG¹⁵⁵³ steht für diese Rechtsstreitigkeiten gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 SGG grundsätzlich der Rechtsweg zu den Sozialgerichten offen. Für kartell- und vergaberechtliche Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern sind hingegen die Zivilgerichte zuständig.¹⁵⁵⁴ Die Kollektivverträge der GKV bleiben von der entsprechenden Anwendbarkeit des Wettbewerbs- und Kartellrechts ausgenommen; lediglich die Selektivverträge sind betroffen.¹⁵⁵⁵

Wettbewerbliche Steuerungsinstrumente können hilfreich sein, um die vorhandenen Mittel bestmöglich einzusetzen (Maximierung des Nutzens der Ressourcen), wenn ein adäquat ausgestalteter Ordnungsrahmen für den Wettbewerb im Rahmen der GKV¹⁵⁵⁶ besteht, der einen Risikostrukturausgleich zwischen den Krankenkassen gewährleistet. Sie können jedoch Fehlanreize setzen und Probleme wie etwa eine Risikoselektion durch die Krankenkassen¹⁵⁵⁷ sowie eine Überversorgung bei den Leistungserbringern oder eine Unterversorgung bei einem Monopol der Leistungserbringer verursachen, wenn die wettbewerblichen Steuerungsinstrumente nur rein ökonomisch angewendet werden.¹⁵⁵⁸ Eine Konkurrenz der Kassen um Versicherte sowie die Konkurrenz der Leistungserbringer um Patienten und Versorgungsverträge, die das Solidaritätsprinzip der GKV und den gleichberechtigten Zugang der Versicher-

¹⁵⁵⁰ Vgl. *Gaßner*, VSSR 2012, S. 225; *Wallrabenstein*, NZS 2015, S. 50.

¹⁵⁵¹ Der § 69 SGB V regelt den Anwendungsbereich des Leistungserbringungsrechts und wurde durch das Gesundheitsreformgesetz 2000 vom 22.12.99 (BGBl. I, S. 2626), das Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26.03.2007 (BGBl. I, S. 378) und das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG vom 22.12.2010 (BGBl. I, S. 2262) verändert. Ausführlich dazu vgl. *Gaßner/Eggert*, NZS 2011, S. 250.

¹⁵⁵² U. a. vgl. für Sozialrechtsweg BSGE 106, 303 (305); BSGE 106, 199 (204 f.); für Zivilrechtsweg, OLG München, Beschluss vom 15.01.2007, 29 W 2942/06; BGH, Beschluss vom 9.11.2006, NJW 2007, S. 1819.

¹⁵⁵³ Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AMNOG) vom 22.12.2010, BGBl. I, S. 2262.

¹⁵⁵⁴ Ausführlich zur Anwendung des Kartell- und Vergaberechts vgl. *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen*, § 69 SGB V, Rn. 44-58. Dazu *Schuler*, in: *Hänlein/Schuler*, SGB V, § 69, Rn. 21 ff.; *Becker/Kingreen*, NZS 2010, S. 417 ff.

¹⁵⁵⁵ § 69 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 SGB V.

¹⁵⁵⁶ Bspw. sollen kontroverse Themen wie kartellrechtliche Kooperationsverbote, Einkaufsgemeinschaften von Krankenkassen und Vereinigungen von Leistungserbringern besser gesetzlich geregelt werden.

¹⁵⁵⁷ Zur Risikoselektion vgl. schon unter Fn. 887.

¹⁵⁵⁸ Vgl. *Ballast*, VSSR 2012, S. 240.

ten zur Gesundheitsversorgung nicht gefährdet, ist erwünscht. Die Anwendung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen kann durch einen gesetzlichen Ordnungsrahmen reguliert werden, um als Steuerungsinstrument erfolgreich sein zu können.

2. Die Rolle der Verträge im Steuerungssystem der GKV

Das Steuerungssystem der Leistungserbringung der GKV gilt als Musterbeispiel eines korporatistischen Steuerungsmodells.¹⁵⁵⁹ Die Hauptakteure des Steuerungssystems sind korporatistische Einrichtungen wie Krankenkassen und Kassenärztliche Vereinigungen, die durch verschiedene Steuerungsinstrumente die Leistungserbringung der GKV steuern. Einige der Steuerungsinstrumente der Leistungserbringung haben eine lange Tradition, wie bspw. die vertragsärztliche Zulassung und die Kollektivverträge.¹⁵⁶⁰ Andere Steuerungsinstrumente der Leistungserbringung, wie der Wettbewerb und die Selektivverträge wurden dagegen erst in jüngster Zeit in das Steuerungsmodell eingegliedert.

Den Kollektivverträgen kommt eine zentrale Rolle zu: sie haben eine wichtige Funktion in diesem Steuerungssystem, da Leistungsträger (Krankenkassen) und Leistungserbringer (Kassenärztliche Vereinigungen) für ihre Mitglieder verbindliche Verträge abschließen und infolgedessen im Rahmen des Gesetzes einen Ordnungsrahmen für die Leistungserbringung schaffen können. Die Funktion der Selektivverträge als Steuerungsinstrument könnte noch weiterentwickelt werden. Zu beachten ist dabei insbesondere, dass der Bedarf an Selektivverträgen wegen ihrer Freiwilligkeit für Ärzte und Versicherte relativ niedrig ist. Dennoch nehmen die Verträge eine wichtige Rolle bei der Steuerung bestimmter Aspekte der Gesundheitsversorgung ein. Sie können Lenkungs- und Koordinationsmechanismen beinhalten, die zur Lösung von identifizierten Problemen der Gesundheitsversorgung beitragen können, wie die Über-, Unter- und Fehlversorgung,¹⁵⁶¹ Nichtausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven¹⁵⁶² sowie Qualitäts- und Integrationsmängel¹⁵⁶³.

Auf Basis der Ausgestaltung der medizinischen Versorgung durch Selektivverträge können innovative Versorgungsformen eingeführt sowie ein möglichst günstiges Preis-Leistungs-Verhältnis erreicht werden.

¹⁵⁵⁹ Vgl. *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 200.

¹⁵⁶⁰ *Becker/Meeßer/Neuder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara*, VSSR 2011, S. 339.

¹⁵⁶¹ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Gutachten 2000/2001, S. 65.

¹⁵⁶² Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Gutachten 2003, S. 25 ff.

¹⁵⁶³ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Gutachten 2007, S. 63 ff.; Gutachten 2009, S. 149 ff.

Da es zahlreiche Steuerungsinstrumente der Leistungserbringung gibt, die sich auf unterschiedliche Ebenen auswirken, muss nicht nur eine eindeutige Klassifizierung dieser Steuerungsinstrumente vorgenommen, sondern auch ihr Verhältnis untereinander geklärt werden, was bis heute nur unzureichend geschehen ist. Ein Beispiel dafür ist der mangelhaft geklärte funktionale Zusammenhang zwischen der Bedarfsplanung und dem Vertragswettbewerb. Das bedeutet, dass die bei der Bedarfsplanung festgestellten Versorgungslücken Gegenstand der Selektivverträge sein sollten, die im Wettbewerb der Leistungserbringer abgeschlossen werden. Nur so kann ein optimales Nebeneinander von kollektiv- und einzelvertraglicher Steuerung des Leistungsgeschehens¹⁵⁶⁴ erreicht werden. Eine punktuelle und spezifische Steuerung ergänzt so durch Selektivverträge die systematische und hierarchische Steuerung durch Kollektivverträge.

III. Das Steuerungssystem der Leistungserbringung im Rahmen des brasilianischen Gesundheitssystems (SUS)

Da das SUS als ein staatliches Gesundheitssystem konzipiert wurde, ist auch die Steuerung der Leistungserbringung Aufgabe des Staates.¹⁵⁶⁵ Diese wird von den öffentlichen Leistungsträgern der drei Regierungsebenen Bund, Länder und Gemeinden durchgeführt.¹⁵⁶⁶ Dazu gehört sowohl die Steuerung der öffentlichen als auch der privaten Leistungserbringung.¹⁵⁶⁷

Die private Leistungserbringung wird durch verfassungsrechtliche Vorschriften geregelt. Gemäß der BBV/88 können private Leistungserbringer durch öffentlich-rechtliche Verträge am SUS als ergänzende Dienstleister teilnehmen.¹⁵⁶⁸ Demnach ist vorgesehen, dass die privaten Leistungserbringer lediglich dann am SUS teilnehmen, wenn die Kapazität der öffentlichen Leistungserbringer des SUS erschöpft ist.¹⁵⁶⁹ Verfassungsrechtlich geregelt ist auch

¹⁵⁶⁴ *Gelinger*, Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaft, S. 143.

¹⁵⁶⁵ Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, *Regulação em Saúde*, S. 15.

¹⁵⁶⁶ Wegen des Dezentralisierungsprinzips des SUS haben die öffentlichen Leistungsträger der drei Regierungsebenen eine gemeinsame Verantwortung für die Steuerung der Leistungserbringung, Art. 196 und 198, I BBV/88 und Art. 15 I des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

¹⁵⁶⁷ An dieser Stelle wird nur die Steuerung der Leistungserbringung des SUS in den drei Regierungsebenen berücksichtigt. Die Regulierung der Leistungserbringung des privaten Gesundheitssystems in Brasilien, die durch die spezielle Einrichtung der Bundesagentur für die Privaten Gesundheitsdienste durchgeführt wird, bleibt außer Betracht. Zur Bundesagentur für die Privaten Gesundheitsdienste vgl. schon unter 1. Kap. B III 1.

¹⁵⁶⁸ Art. 199 § 1 BBV/88.

¹⁵⁶⁹ Art. 24 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990, DOU vom 29.09.90.

der vorrangige Vertragsabschluss mit nicht gewinnorientierten Einrichtungen.¹⁵⁷⁰ Diese Regelungen gehören zum verfassungsrechtlichen Konzept eines öffentlichen Gesundheitssystems, in dem die private Leistungserbringung, insbesondere durch gewinnorientierte Einrichtungen, eine sekundäre Rolle spielen soll.

Neben diesen verfassungsrechtlichen Normen finden sich weitere Regelungen zur Steuerung der Leistungserbringung in Bundes- und Landesgesetzen, Rechtsverordnungen und Ministerialerlasse des Bundesministeriums für Gesundheit. Die Gesetzgebungskompetenz der öffentlichen Leistungsträger auf Bundesebene ist umfassend. Die öffentlichen Leistungsträger auf Landes- und Gemeindeebene können daneben auch Normen erlassen, die jedoch im Einklang mit den Bundesgesetzen stehen müssen.

Seit 2006¹⁵⁷¹ wird die Steuerung der Leistungserbringung durch eine Nationale Steuerungs politik für das SUS realisiert.¹⁵⁷² Diese Nationale Steuerungs politik wird von dem öffentlichen Leistungsträger auf Bundesebene durchgeführt und fokussiert sich auf die Mittelzuweisung zur Umsetzung und Etablierung von Kontrollinstrumenten sowie auf die Personalqualifizierung im Rahmen der Steuerung der Leistungserbringung. Ihr Zweck ist die Realisierung einer Koordination und Kooperation der drei Regierungsebenen bei der Durchführung der Steuerungsmaßnahmen, die z. B. den Zugang zur Gesundheitsversorgung kontrollieren. Diese verschiedenen Maßnahmen sollen durch die Leitung und Kontrolle der Leistungserbringung einen umfassenden Zugang zu einer zweckmäßigen und qualitativ hochwertigen gesundheitlichen Versorgung gewährleisten.¹⁵⁷³ Die Steuerungsmaßnahmen der öffentlichen Leistungsträger fokussieren sich gemäß der Nationalen Steuerungs politik auf drei Bereiche: auf das Gesundheitssystem, auf die Gesundheitsversorgung und auf den Zugang zur Gesundheitsversorgung.¹⁵⁷⁴

¹⁵⁷⁰ Art. 199 § 1 BBV/88.

¹⁵⁷¹ Obwohl eine nationale Steuerungs politik für das SUS erst durch den Ministerialerlass Nr. 1.559 vom 01.08.2008 (DOU vom 02.08.2008) konkretisiert und systematisiert wurde, waren die Grundlagen einer solchen Politik schon im so genannten *Pacto pela Saúde 2006* (Gesundheitspakt 2006) festgelegt, der im Ministerialerlass Nr. 399 vom 22.02.2006 (DOU vom 23.02.2006) verankert wurde.

¹⁵⁷² Die nationale Steuerungs politik für das SUS wurde durch den Ministerialerlass Nr. 1.559 vom 01.08.2008 (DOU vom 02.08.2008) eingeführt.

¹⁵⁷³ *Caput* des Ministerialerlasses Nr. 1.559 vom 01.08.2008.

¹⁵⁷⁴ Art. 2 des Ministerialerlasses Nr. 1559.

Das Objekt des ersten Steuerungsbereichs ist das Gesundheitssystem selbst, als ein System, das auf Bundes-, Landes und Gemeindeebene existiert und das von dem jeweiligen öffentlichen Leistungsträger verwaltet, kontrolliert und bewertet wird.¹⁵⁷⁵ Die Steuerung des Gesundheitssystems erfolgt vor allem durch die Erarbeitung und Verabschiedung von Regelungen, welche die unterschiedlichen Steuerungsmaßnahmen festlegen. Bei der Steuerung der Leistungserbringung spielt die *Agência Nacional de Vigilância Sanitária* (Bundesagentur für die Überwachung der Hygienevorschriften) eine bedeutende Rolle.¹⁵⁷⁶ Diese ist verantwortlich für die Untersuchung von Nutzen und Schaden der gesundheitsbezogenen Produkte und Dienstleistungen.¹⁵⁷⁷

Das Objekt des zweiten Steuerungsbereichs ist die Realisierung der Gesundheitsversorgung. Die wichtigsten Steuerungssubjekte dieses Bereichs sind die öffentlichen Leistungsträger der Landes- und Gemeindeebene,¹⁵⁷⁸ die durch die Organisation des Angebotes der Leistungserbringung auf die Erbringung einer qualitativ hochwertigen Gesundheitsversorgung zielen. In diesem Steuerungsbereich fokussiert sich die Steuerung außerdem auf die Ausgestaltung und die Kontrolle der Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und öffentlichen und privaten Leistungserbringern. Die Formulierung von Verträgen und Vereinbarungen zur Erbringung der Leistungen sowie die Kontrolle ihrer Durchführung sind zentrale Themen dieses Steuerungsbereichs.¹⁵⁷⁹

Objekt des dritten Steuerungsbereichs ist der Zugang zur Gesundheitsversorgung. Ziele der Steuerung in diesem Bereich sind die Organisation, Verwaltung und Kontrolle des Zugangs zur Gesundheitsversorgung sowie die Bestimmung des Behandlungswegs der Nutzer des SUS.¹⁵⁸⁰ Zur Verwirklichung dieser Ziele wurde das Konzept eines *Complexo Regulador* (Regulierungssystem des Zugangs zur Gesundheitsversorgung) entwickelt.¹⁵⁸¹ Dafür wurde eine Datenbank geschaffen, in der alle aktuellen Leistungsangebote des SUS auf allen drei Regierungsebenen registriert sind. Dieses dezentralisierte Steuerungsinstrument soll die

¹⁵⁷⁵ Art. 2 I des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁵⁷⁶ Die Bundesagentur für die Überwachung der Hygienevorschriften wurde durch das Gesetz Nr. 9.782 vom 26.01.1999 (DOU vom 27.01.1999) eingerichtet.

¹⁵⁷⁷ Art. 6 des Gesetzes Nr. 9.782.

¹⁵⁷⁸ Art. 2 II des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

¹⁵⁷⁹ Art. 4 des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁵⁸⁰ Art. 2 III des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁵⁸¹ Das Steuerungssystem des Zugangs zur Gesundheitsversorgung ist gemäß Art. 9 des Ministerialerlasses Nr. 1559 eine Struktur, in welcher die Steuerungshandlungen des Zugangs zur Gesundheitsversorgung durchgeführt werden. Die Reichweite dieser Struktur wird unter den öffentlichen Leistungsträgern vereinbart.

Aufnahme der Patienten und ihre Überweisung zu den ambulanten und stationären Behandlungen des SUS regulieren. Es soll dabei helfen, den verfassungsrechtlichen Anspruch der Patienten auf einen uneingeschränkten und fairen Zugang zu einer bedarfsgerechten Versorgung zu gewährleisten.¹⁵⁸² Ergänzend zum Regulierungssystem des Zugangs zur Gesundheitsversorgung werden die ärztlichen Behandlungen durch die Festlegung von standardisierten Medizinischen Leitlinien kontrolliert.¹⁵⁸³ In diesen Leitlinien sind Abfolgen diagnostischer und therapeutischer Behandlungsschritte formuliert worden, welche die Bestimmung des Zugangs zur Gesundheitsversorgung beeinflussen.¹⁵⁸⁴

Diese drei Steuerungsbereiche lassen sich durch das Bild von konzentrischen Kreisen verdeutlichen. Der äußerste Kreis stellt die Steuerung des Gesundheitssystems dar, der kleinste Kreis die Steuerung des Zugangs zur Gesundheitsversorgung. Zwischen diesen Kreisen liegt die Steuerung der Gesundheitsversorgung. Die Steuerung der Leistungserbringung liegt im Mittelpunkt der Kreise und ist der Schwerpunkt der drei Steuerungsbereiche.

1. Ebenen, Akteure und relevante Steuerungsinstrumente

a. Bundesebene

Die gemeinsame Verantwortung der öffentlichen Leistungsträger der drei Regierungsebenen für die Steuerung der Leistungserbringung wird durch die gesetzliche Festlegung von Aufgaben konkretisiert. Dabei gibt es gemeinsame Aufgaben, die auf allen drei Regierungsebenen realisiert werden müssen, sowie spezifische Aufgaben für jede Regierungsebene.¹⁵⁸⁵ Zu den gemeinsamen Aufgaben der öffentlichen Leistungsträger der drei Regierungsebenen gehören zunächst die Durchführung, die Kontrolle und die Bewertung der Steuerungsmaßnahmen¹⁵⁸⁶ sowie die Ausbildung des Personals für die Durchführung dieser Maßnahmen.¹⁵⁸⁷ Die Erstellung von Richtlinien¹⁵⁸⁸ ist eine weitere Aufgabe der öffentlichen Leistungsträger. Der Regelungsgehalt dieser Richtlinien umfasst die vertragliche Leistungserbringung, den

¹⁵⁸² Art. 8 § 1 I des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁵⁸³ Art. 2 III des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁵⁸⁴ Die medizinische evidenzbasierte Leitlinie wurde gemäß Art. 10 § 2 IV und § 3 III des Ministerialerlasses Nr. 1559 von dem öffentlichen Leistungsträger der Bundesebene formuliert. Die öffentlichen Leistungsträger der Landes- und Gemeindeebene können jedoch im Einklang mit den nationalen Leitlinien weitere medizinische Handlungsempfehlungen aussprechen.

¹⁵⁸⁵ Art. 10 des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁵⁸⁶ Art. 10 I des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁵⁸⁷ Art. 10 V des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁵⁸⁸ Art. 10 III des Ministerialerlasses Nr. 1559.

Registrierungsprozess von Patienten und privaten Leistungserbringern im Steuerungssystem¹⁵⁸⁹ sowie die Festsetzung von diagnostischen und therapeutischen Empfehlungen von Versorgungsmaßnahmen.¹⁵⁹⁰

Zu den spezifischen Aufgaben der öffentlichen Leistungsträger auf Bundesebene gehört die sachlich-inhaltliche und finanzielle Kooperation mit den öffentlichen Leistungsträgern der Länder und der Gemeinden zur Qualifizierung der Arbeitskräfte, welche die Steuerungsmaßnahmen auf Landes- und Gemeindeebene durchführen. Der Bund und die Länder kooperieren darüber hinaus bei der Einführung des Steuerungssystems des Zugangs zur Gesundheitsversorgung. Auch die Erstellung der Preislisten für Verfahren, Medikamente und Materialien des SUS ist Aufgabe der öffentlichen Leistungsträger auf Bundesebene.¹⁵⁹¹ Das Angebot der Gesundheitsleistungen wird durch diese Erstellung der Preislisten vom öffentlichen Leistungsträger gesteuert. Dies ist jedenfalls insofern anzunehmen, als dass diese Preislisten einen Referenzpreis bilden und die in der Liste genannten medizinischen Behandlungen in die Leistungserbringung des SUS einbezogen werden.¹⁵⁹² Die gesundheitlichen Leistungen, welche von der Preisliste nicht umfasst werden, werden häufig mit Hilfe der Gerichte erstritten.¹⁵⁹³ Da dem öffentlichen Leistungsträger der Bundesebene die Ausgestaltung von hochwertigen und komplexen medizinischen Gesundheitsleistungen obliegt,¹⁵⁹⁴ hat er gleichzeitig die Aufgabe, das Steuerungssystem dieser Gesundheitsleistungen zu verwalten.¹⁵⁹⁵

¹⁵⁸⁹ Art. 10 IV des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁵⁹⁰ Art. 10 VI des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁵⁹¹ Zur Preisliste für Verfahren, Medikamente und Materialien des SUS vgl. schon unter Fn. 1171.

¹⁵⁹² *Machado*, *Direito Universal*, S. 373.

¹⁵⁹³ Durch die Rechtsstreitigkeiten wird vor allem der Anspruch auf den Zugang zu Arzneimitteln geltend gemacht. Bestritten werden nicht nur die Arzneimittel, die im nationalen Verzeichnis von essenziellen Arzneimitteln eingetragen sind, sondern auch solche, die sich nicht in diesem Katalog befinden (vgl. dazu schon unter Fn. 600). Die befürwortenden gerichtlichen Entscheidungen basieren vornehmlich auf Art. 6 und 196 BBV/88 und auf dem Gesetz Nr. 8.080 vom 19.09.1990, vgl. dazu Rechtsprechung des obersten brasilianischen Bundesgerichts (*Supremo Tribunal Federal*), ARE 1049831 AgR/PE, Entscheidung vom 27.10.2017, Berichterstatter: Min. Edson Fachin, abrufbar im Internet unter: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14004206>>, zuletzt besucht am 20.01.2019; ARE 977190 AgR/MG, Entscheidung vom 09.11.2006, Berichterstatter: Min. Ricardo Lewandowski, abrufbar im Internet unter: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12071365>>, zuletzt besucht am 20.01.2019. Zur Verrechtlichung der Gesundheitsversorgung bzw. Arzneimittelversorgung siehe *Borges/Ugá*, *Revista de Direito Sanitário* 2009, S. 13 ff.; *Borges/Ugá*, *Cadernos de Saúde Pública* 2010, S. 60; *Ventura/Simas/Pepe/Schramm*, *Revista de Saúde Coletiva* 2010, S. 83 ff.

¹⁵⁹⁴ Art. 16 III a des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

¹⁵⁹⁵ Art. 10 VI des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

Weitere Aufgabe der öffentlichen Leistungsträger der Bundesebene ist die Einrichtung, Entwicklung und Bewahrung verschiedener Informationssysteme wie bspw. die Informationssysteme der ambulanten (SAI)¹⁵⁹⁶ und der stationären (SIH)¹⁵⁹⁷ Behandlungen. Diese Informationssysteme sind wichtige Steuerungsinstrumente der Leistungserbringung, die von den öffentlichen Leistungsträgern angewendet werden. Mit Hilfe dieser Informationssysteme organisiert und kontrolliert der Leistungsträger die Leistungserbringung. Durch die Anwendung der Systeme kann er in Erfahrung bringen, welche Behandlungen realisiert wurden und auf dieser Basis die Bezahlung der Leistungen planen.

Weitere Steuerungsinstrumente der Leistungserbringung sind die Vereinbarungen der öffentlichen Leistungsträger untereinander, insbesondere die Organisatorische Kooperationsvereinbarung über öffentliche Gesundheitsmaßnahmen (COAP).¹⁵⁹⁸ Durch die COAP wird die Leistungserbringung in den jeweiligen Gesundheitsregionen besser organisiert. In dem System der COAP wird die Verantwortung für die Durchführung und die Kosten der Gesundheitsleistungen nach dem Dezentralisierungsprinzip des SUS auf die öffentlichen Leistungsträger der drei Regierungsebenen aufgeteilt. Somit wird die Fragmentierung verschiedener gesundheitlicher Maßnahmen der drei Regierungsebenen verringert.

Eine weitere wichtige Instanz bei der Steuerung der Leistungserbringung ist der Trilaterale Ausschuss der öffentlichen Leistungsträger,¹⁵⁹⁹ in dem Vertreter der öffentlichen Leistungsträger der drei Regierungsebenen sitzen. Dieser Ausschuss der öffentlichen Leistungsträger ist ein politisches und fachliches Forum für die horizontale Koordinierung der Gesundheitsmaßnahmen auf Bundesebene.¹⁶⁰⁰ Innerhalb dieses Ausschusses werden Richtlinien über die Organisation der Gesundheitsversorgung des SUS auf Bundes-, Landes- und Gemeindeebene getroffen.¹⁶⁰¹ Weitere wichtige Aspekte der Versorgung, die der Ausschuss regelt, sind bspw. die Leistungserbringung, der Zugang und die Finanzierung.¹⁶⁰² Im Jahre 2006 kam es

¹⁵⁹⁶ Zum Informationssystem der ambulanten Behandlung siehe 1. Kap. B II 2 a.

¹⁵⁹⁷ Zum Informationssystem der stationären Behandlung siehe 1. Kap. B II 2 b.

¹⁵⁹⁸ Zu COAP vgl. schon oben unter 1. Kap. B I 1.

¹⁵⁹⁹ Zum Trilateralen Ausschuss der öffentlichen Leistungsträger siehe 1. Kap. B II 1 und Fn. 614.

¹⁶⁰⁰ Vgl. *Franzese/Abrucio*, *Federalismo e políticas públicas*, S. 17.

¹⁶⁰¹ Art. 14A II des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

¹⁶⁰² Art. 14A I und III des Gesetzes Nr. 8.080.

in diesem Ausschuss zu einem neuen Kompromiss unter den Leistungsträgern der drei Regierungsebenen.¹⁶⁰³ Zur Steigerung der Effizienz der Leistungserbringung sollte die Verwaltung des SUS die Steuerungsfunktion als zentralen Bezugspunkt ihres Handelns bilden.¹⁶⁰⁴

b. Landesebene

Den öffentlichen Leistungsträgern auf Landesebene obliegt die Steuerung der Gesundheitsversorgung auf ihrer Ebene.¹⁶⁰⁵ Sie haben auch die Funktion, die Leistungserbringung zu integrieren, die auf Bundes- und Gemeindeebene durchgeführt wird.¹⁶⁰⁶ Außerdem wirken diese Steuerungsakteure vor allem auf die Organisation der Gesundheitsversorgung ein, um ein Netzwerk von öffentlichen und privaten Leistungserbringern aufzubauen, das einen gerechten Zugang zur Gesundheitsversorgung sowie qualitativ hochwertige Gesundheitsleistungen gewährleistet.¹⁶⁰⁷

Spezifische Aufgaben der Leistungsträger auf Landesebene sind die sachlichinhaltliche und finanzielle Kooperation mit den Leistungsträgern der Gemeinden zur Qualifizierung der Arbeitskräfte; die Durchführung der Steuerungsmaßnahmen auf Ebene der Gemeinden¹⁶⁰⁸ und die Verwirklichung des Registrierungsprozesses von Patienten und privaten Leistungserbringern durch eine ständige Aktualisierung des nationalen Registers von Leistungserbringern¹⁶⁰⁹ und des Registers der Nutzer des SUS.¹⁶¹⁰ Durch das nationale Register der Leistungserbringer werden die Rechtmäßigkeit und die Leistungsfähigkeit der privaten Leistungserbringer überprüft, und durch das Register der Nutzer des SUS werden die Leistungsempfänger und die entsprechenden Leistungserbringer identifiziert.¹⁶¹¹

¹⁶⁰³ Dieser Kompromiss wurde durch den so genannten *Pacto pela Saúde 2006* (Gesundheitspakt 2006) konkretisiert, der im Ministerialerlass Nr. 399 vom 22.02.2006 (DOU vom 23.02.2006) verankert ist. Er bedeutete eine politische Abmachung der öffentlichen Leistungsträger der drei Regierungsebenen, um die Tätigkeiten des SUS auf die festgelegten Prioritäten zu konzentrieren. Die Prioritäten werden in verschiedenen Zielsetzungen formuliert und werden jedes Jahr aktualisiert.

¹⁶⁰⁴ Siehe dazu Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, *Regulação em Saúde*, S. 19.

¹⁶⁰⁵ Art. 17 II und XI des Gesetzes Nr. 8.080.

¹⁶⁰⁶ Vgl. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, *Regulação em Saúde*, S. 22.

¹⁶⁰⁷ Art. 2 II des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

¹⁶⁰⁸ Art. 10 § 2 I des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

¹⁶⁰⁹ Das nationale Register von Leistungserbringern ist eine Datenbank, in die relevante Informationen über die Leistungserbringer eingetragen werden. Dazu vgl. schon unter Fn. 1167.

¹⁶¹⁰ Art. 10 § 2 III des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

¹⁶¹¹ Das Register der Nutzer des SUS wird durch den Ministerialerlass Nr. 940 vom 28.04.2011 (DOU vom 29.04.2011) geregelt.

Den öffentlichen Leistungsträgern der Landesebenen obliegt damit die Organisation der Leistungserbringung auf ihrer Ebene,¹⁶¹² die einem bestimmten Qualitätsstandard entsprechen muss. Dazu steuert dieser Akteur die Qualität der Leistungen mit Hilfe des *Programa Nacional de Avaliação de Serviços de Saúde* (staatliches Beurteilungsprogramm der Gesundheitsdienste).¹⁶¹³ Durch regelmäßige Kontrollmaßnahmen, die im Rahmen dieses Programms durchgeführt werden, werden die ambulanten und stationären Dienstleistungen des SUS in Bezug auf die Struktur, das Verfahren, das Ergebnis, die Pflege und Betreuung, die Bewältigung von gesundheitlichen Risiken sowie hinsichtlich des Zufriedenheitsgrads der Leistungsempfänger bewertet.¹⁶¹⁴ Dieses Programm hat des Weiteren spezifische Zwecke wie die Förderung der Bewertung der öffentlichen Leistungserbringer und die Standardisierung der Dienstleistungen, die im Gesetz gelistet sind.¹⁶¹⁵ Auch die privaten Leistungserbringer müssen regelmäßig an Beurteilungsmaßnahmen teilnehmen.¹⁶¹⁶

Die öffentlichen Leistungsträger der Landesebenen steuern auch den Zugang zur Gesundheitsversorgung auf ihrer Ebene.¹⁶¹⁷ Sie sind verantwortlich für die Schaffung des Zugangs für die Patienten zu den medizinischen Einrichtungen der Länder, wie medizinische Versorgungszentren und Krankenhäuser.¹⁶¹⁸ Auch die Institutionellen Bilateralen Ausschüsse der öffentlichen Leistungsträger¹⁶¹⁹ sind als wichtige Instanzen der Steuerung der Leistungserbringung auf Landesebene zu nennen. Wie der Trilaterale Ausschuss sind die Bilateralen Ausschüsse ein politisches und fachliches Forum für die horizontale Koordinierung der Gesundheitsmaßnahmen auf Landesebene.¹⁶²⁰ Sie haben ebenfalls die Aufgabe, Richtlinien

¹⁶¹² Art. 10 § 2 II des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

¹⁶¹³ Das staatliche Beurteilungsprogramm der Gesundheitsdienste wurde durch den Ministerialerlass des Bundesministeriums für Gesundheit Nr. 382 vom 10.03.2005 (DOU vom 11.03.2005) geregelt und durch den Ministerialerlass des Bundesministeriums für Gesundheit Nr. 28 vom 08.01.2015 (DOU vom 09.01.2015) weiterentwickelt.

¹⁶¹⁴ Art. 2 des Ministerialerlasses Nr. 28.

¹⁶¹⁵ Art. 3 des Ministerialerlasses Nr. 28. Zu Organisation und Bewertungsinstrumenten (Indikatoren) des staatlichen Beurteilungsprogramms siehe *Ministério da Saúde*, Programa Nacional de Avaliação dos Serviços de Saúde, S. 10 ff.

¹⁶¹⁶ Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, Regulação em Saúde, S. 45.

¹⁶¹⁷ Art. 10 § 2 V des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

¹⁶¹⁸ Art. 9 II a des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

¹⁶¹⁹ Zu Bilateralen Ausschüssen der öffentlichen Leistungsträger vgl. schon unter 1. Kap. B II 1 und Fn. 615.

¹⁶²⁰ Vgl. *Franzese/Abrucio*, Federalismo e políticas públicas, S. 17.

über die Organisation der Gesundheitsversorgung des SUS¹⁶²¹ zu entwickeln sowie die Aspekte der Versorgung auf Landes- und Gemeindeebene zu vereinbaren.¹⁶²² In diesen Ausschüssen wird ein Netzwerk der Gesundheitsversorgung mit öffentlichen und privaten Leistungserbringern geschaffen, das den Versorgungsweg für die Patienten innerhalb der ambulanten und stationären Behandlung klar bestimmt.¹⁶²³ In der Integrierten Vereinbarung der Gesundheitsversorgung, die in den Bilateralen Ausschüssen genehmigt wird, werden die notwendigen gesundheitlichen Leistungen für die Bevölkerung der jeweiligen Gebiete bestimmt und damit wird auch die Verteilung der Ausgaben für die Erbringung der Leistungen festgelegt.¹⁶²⁴ Dabei werden der Bedarf der Bevölkerung gemäß demografischen und epidemiologischen Faktoren, die Kapazitäten der öffentlichen Leistungserbringer der Landes- und Gemeindeebene, die verfügbaren finanziellen Mittel sowie die angestrebten Gesundheitsziele berücksichtigt.

c. Gemeindeebene

Auch den öffentlichen Leistungsträgern auf Gemeindeebene obliegt die Steuerung der Gesundheitsversorgung auf ihrer Ebene.¹⁶²⁵ Die Steuerungsmaßnahmen dieser Akteure konzentrieren sich auf die Organisation der Leistungserbringung und den Zugang zur Gesundheitsversorgung.

Eine spezifische Aufgabe der öffentlichen Leistungsträger auf Gemeindeebene ist die Operationalisierung des Regulierungssystems des Zugangs zur Gesundheitsversorgung (*complexo regulador*).¹⁶²⁶ Das bedeutet eine Kontrolle des Zugangs zu Notdiensten, zur medizinischen Untersuchung sowie zu Krankenhausbetten. Das ist etwa der Fall, wenn ein Nutzer des SUS eine ambulante oder stationäre Behandlung braucht, die außerhalb der Praxis realisiert werden soll. In diesem Fall muss der öffentliche Leistungsträger durch das Regulierungssystem (*complexo regulador*) bestimmen, wo die erforderliche Gesundheitsleistung erbracht werden soll. Dafür verfügt das Regulierungssystem über Vermittlungsstellen für

¹⁶²¹ Art. 14A II des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

¹⁶²² Art. 14A I und III des Gesetzes Nr. 8.080.

¹⁶²³ Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, *Regulação em saúde*, S. 25.

¹⁶²⁴ Art. 1 des Ministerialerlasses Nr. 1097 vom 22.05.2006. Die Integrierte Vereinbarung der Gesundheitsversorgung wurde erst 1996 durch NOB 01/96 als ein Verwaltungsinstrument der Leistungsträger eingeführt, wurde aber 2006 durch den Ministerialerlass Nr. 1097 vom 22.05.2006 als Steuerungsinstrument des SUS angenommen, abrufbar im Internet unter: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegisgm/2006/prt1097_22_05_2006comp.html>, zuletzt besucht am 20.01.2019. Dazu vgl. schon unter Fn. 1075.

¹⁶²⁵ Art. 18 I des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.90.

¹⁶²⁶ Art. 10 § 3 I des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

Terminvereinbarungen für ambulante Behandlungen, ambulante und stationäre Untersuchungen sowie Krankenhausaufnahmen, die von den öffentlichen Leistungsträgern auf ihren Ebenen verwaltet werden. Weitere Aufgabe der öffentlichen Leistungsträger ist die Gewährleistung des Zugangs zur Primärversorgung.¹⁶²⁷

Da die Gemeinden die bürgernaheste Regierungsebene darstellen, spielen die öffentlichen Leistungsträger dieser Ebene eine bedeutende Rolle bei der Steuerung des Zugangs der Bevölkerung zur ärztlichen Versorgung. So wie auf Landesebene wird der Zugang zu medizinischen Einrichtungen der Gemeinden von den öffentlichen Leistungsträgern kontrolliert.¹⁶²⁸ Da die Primärversorgung¹⁶²⁹ zudem vorrangig in den Gemeinden realisiert wird, obliegt den jeweiligen öffentlichen Leistungsträgern der Gemeinden die Eintragung der Patienten der Primärversorgung in das Regulierungssystem des Zugangs zur Gesundheitsversorgung.

Bedeutend für die Steuerung der Leistungserbringung sind auch die Kooperationsvereinbarungen zur Gesundheitsversorgung zwischen den Gemeinden.¹⁶³⁰ Durch diese Vereinbarungen zwischen den öffentlichen Leistungsträgern wird das Angebot von Gesundheitsleistungen innerhalb dieser Gemeinden erweitert und besser flächendeckend auf die einzelnen Gebiete verteilt.

Obwohl die öffentlichen Leistungsträger aller drei Regierungsebenen Verträge mit privaten Leistungserbringern abschließen können, werden diese überwiegend von den öffentlichen Leistungsträgern auf Gemeindeebene abgeschlossen, da sie verantwortlich sind für die Durchführung der Leistungserbringung.¹⁶³¹ Damit konzentriert sich die Kontrolle der Durchführung dieser Verträge auf Gemeindeebene.¹⁶³² Der Leistungsträger ist verantwortlich für verschiedene Steuerungsmaßnahmen. Ihm obliegt bspw. die Formulierung von Verträgen der privaten Leistungserbringung und die Eintragung sowie die Aktualisierung von Daten der privaten Leistungserbringer im Nationalen Register der Leistungserbringer.¹⁶³³

Ein weiteres wichtiges Steuerungsinstrument der Leistungserbringung ist die Möglichkeit des Staates, selbst durch öffentliche Leistungserbringer Gesundheitsleistungen zu erbringen.

¹⁶²⁷ Art. 10 § 3 II des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁶²⁸ Art. 9 III a des Ministerialerlasses Nr. 1559.

¹⁶²⁹ Zur Primärversorgung vgl. schon unter Fn. 538.

¹⁶³⁰ Zu Kooperationsvereinbarungen zur Gesundheitsversorgung siehe 2. Kap. B I 2 und Fn. 1077.

¹⁶³¹ Art. 18 IV des Gesetzes 8.080 vom 19.09.1990.

¹⁶³² Vgl. *Schilling/Reis*, A política de regulação do Brasil, S. 45.

¹⁶³³ Art. 10 § 3 IX des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

Auf den drei Regierungsebenen existieren öffentliche Leistungserbringer, die eine bedeutende Rolle bei der Steuerung der Leistungserbringung spielen, weil sie den Zugang zur Gesundheitsversorgung beeinflussen und ein Qualitätsniveau für die Gesundheitsleistungen bestimmen können.

Die Steuerungsinstrumente der Leistungserbringung weisen jedoch gewisse Einschränkungen auf. In Bezug auf die politische Steuerung ist der Spielraum der Staatsregulierung per Gesetz eingeschränkt. Das Gesundheitssystem in Brasilien wird vielmehr durch Ministerialerlasse als durch Gesetze reguliert. Ein Grund dafür ist die Schwierigkeit, ein Gesetz zur privaten Leistungserbringung zu verabschieden. Die privaten Unternehmen des Gesundheitsbereichs sind stark im Parlament vertreten und verfügen über eine Vetoposition.¹⁶³⁴ Diese Abhängigkeit vom Einfluss bestimmter durchsetzungsstarker Interessengruppen kann durch vertragliche Steuerung der Leistungserbringung überwunden werden.

2. Die Rolle der Verträge im Steuerungssystem des SUS

Das Steuerungssystem der Leistungserbringung des SUS¹⁶³⁵ gilt als ein staatliches Steuerungsmodell. Die Hauptakteure dieses Steuerungssystems sind staatliche Exekutivorgane, nämlich das Bundesministerium und die Landesministerien für Gesundheit, die Gesundheitsbehörden der Gemeinden und die ihnen zugeordneten Behörden. Auf Bundesebene wird das Gesundheitssystem durch die Verkündung von Regelungen und durch die Verwaltung mehrerer Informationssysteme der Leistungserbringung gesteuert. Angesichts des Dezentralisierungsprinzips des SUS spielen die öffentlichen Leistungsträger der Landes- und Gemeindeebene ebenfalls eine bedeutende Rolle. Sie steuern die Gesundheitsversorgung auf ihren jeweiligen Ebenen und entscheiden über die Planung, Finanzierung und Kontrolle der regionalen und lokalen Leistungserbringung.¹⁶³⁶ Durch die Zusammenarbeit dieser Leistungsträger in den Trilateralen und Bilateralen Ausschüssen kann die Aufteilung der Zuständigkeiten hinsichtlich der Steuerung der Leistungserbringung unter diesen Leistungsträgern besser abgestimmt werden. Die Steuerungsmaßnahmen der öffentlichen Leistungsträger der drei Regierungsebenen werden in eine nationale Steuerungspolitik integriert, in der die öf-

¹⁶³⁴ Vgl. *Ocké-Reis*, in: Santos/Amarante, *Gestão Pública*, S. 104.

¹⁶³⁵ Die Steuerung der Leistungserbringung wurde in Brasilien in den letzten Jahrzehnten als ein fähiges Instrument diskutiert, das die Qualität der Gesundheitsleistungen verbessert und die gegensätzlichen Interessen der öffentlichen Leistungsträger und der privaten Leistungserbringer harmonisieren kann, u. a. *Conselho Nacional de Secretários de Saúde*, *Regulação em saúde*, S. 7 ff.; *Farias/Gurgel/Costa*, in: Godim/Grabois/Mendes, *Qualificação dos Gestores do SUS*, S. 399 f.; *Schilling/Reis*, *A política de regulação do Brasil*, S. 36.

¹⁶³⁶ Art. 3 des Ministerialerlasses Nr. 1559 vom 01.08.2008.

öffentlichen Leistungsträger jeder Regierungsebene eine bestimmte, ihnen zugeordnete Aufgabe haben, die im Zusammenhang mit den Aufgaben der anderen öffentlichen Leistungsträger steht. Die Steuerungsmaßnahmen der öffentlichen Leistungsträger ergänzen sich dadurch also gegenseitig.

Obwohl die Steuerung der Leistungserbringung des SUS vor allem durch normative und hierarchische Instrumente durchgeführt wird, spielen die Verträge und Vereinbarungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern im Steuerungssystem der Leistungserbringung eine nicht unerhebliche Rolle. Die Anwendung von Verhandlungen als Steuerungsinstrument begann im Jahr 1993 mit den zunehmenden Kooperationsvereinbarungen zwischen den öffentlichen Leistungsträgern.¹⁶³⁷ Durch Kooperationsvereinbarungen werden unterschiedliche Zwecke erreicht. Nicht nur wissenschaftliche Recherchen, die von unterschiedlichen Einrichtungen in Zusammenarbeit realisiert wurden, können reguliert werden, sondern auch Zuweisungen von Ressourcen zwischen verschiedenen Regierungsebenen im Rahmen eines gemeinsamen gesundheitsbezogenen Ziels werden ermöglicht. Diese beiden Aspekte verdeutlichen die Steuerungsfunktion der Kooperationsvereinbarung. Durch fachliche und finanzielle Hilfe können relevante gesundheitliche Maßnahmen auf regionaler Ebene gefördert werden. Mit und ohne Übertragung von Ressourcen ist die Kooperationsvereinbarung ein wichtiges Instrument für die Steuerung des Zugangs zur Gesundheitsversorgung, weil durch die Unterstützung durch den öffentlichen Leistungsträger einer höheren Ebene gesundheitliche Maßnahmen dezentralisiert erbracht werden können. Aus der dezentralisierten Durchführung der gesundheitlichen Maßnahmen folgt eine Erweiterung des Zugangs zur Gesundheitsversorgung sowie eine Verbesserung der Indikatoren des Gesundheitszustands der Bevölkerung.¹⁶³⁸

Da die Investition in die öffentliche Leistungserbringung seit der Einrichtung des SUS bis in die heutige Zeit unzureichend ist, verstärkte sich bereits in der Vergangenheit die private Leistungserbringung im Rahmen des SUS; sie wurde auch durch Verträge und Vereinbarungen zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern gesteuert. Bei der vertraglichen Festlegung der Rechtsverhältnisse zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern ist es möglich, Mechanismen zu bestimmen, welche zentrale Aspekte der Gesundheitsversorgung wie die Qualität und die Kosten der Gesundheitsleistungen sowie ihre Verteilung auf dem Staatsgebiet steuern können.¹⁶³⁹ Da diese Verträge seit den 1990er Jahren vermehrt angewendet werden, hat die vertragliche Steuerung der

¹⁶³⁷ Zu diesem Thema vgl. schon unter 2. Kap. B I.

¹⁶³⁸ Duarte/Pessoto/Guimarães/Heimann/Carvalho/Cortizo/Ribeiro, *Saúde e Sociedade* 2015, S. 476.

¹⁶³⁹ Dieses Thema wird im 3. Kap. B II problematisiert.

Leistungserbringung gegenwärtig einen neuen Grad erreicht. Der Vertragsinhalt wurde im Laufe der Zeit durch die Einführung von Steuerungsinstrumenten (wie bspw. Leistungsindikatoren der Versorgung) weiterentwickelt, wodurch sich die Steuerungsfunktion der Verträge sichtlich verbessert hat.

B. Rechtliche Bewertung der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern

Nach dieser kurzen Darstellung des Steuerungssystems der Leistungserbringung in der GKV und im SUS sowie einer Analyse der Eingliederung der Verträge und Vereinbarungen zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern in diese Systeme, widmen sich die folgenden Ausführungen nunmehr der Frage, inwiefern diese Verträge angesichts ihrer Funktionsfähigkeit als Steuerungsinstrumente Erfolg haben können.

Dazu werden im Folgenden einige Aspekte der im 2. Kapitel ausgewählten Verträge und Vereinbarungen analysiert und bewertet. Es soll aufgezeigt werden, welche der verschiedenen vertraglichen Regelungen eine Steuerungsfunktion hinsichtlich der Leistungserbringung innehaben.

I. Verträge im Rahmen der GKV

Eine rechtliche Bewertung der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in ihrer Funktion als Steuerungsinstrumente lässt sich nur vornehmen, wenn zunächst dargestellt wird, welchen Zweck eine solche Steuerung verfolgt. Daher soll hier noch einmal festgehalten werden, dass die Steuerung der Leistungserbringung der GKV auf die Gewährleistung einer vertragsärztlichen Versorgung abzielt, die ausreichend, zweckmäßig, und wirtschaftlich ist und dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht.¹⁶⁴⁰

1. Kollektivverträge

Die Kollektivverträge regeln die vertragsärztliche Versorgung. Der Bundesmantelvertrag Ärzte (BMV-Ä) enthält eine Auflistung der ärztlichen Behandlungen, Betreuungen, Maßnahmen, Leistungen und spezifischen Verordnungen, die von der vertragsärztlichen Versorgung umfasst werden.¹⁶⁴¹ Der Leistungsanspruch der Versicherten ergibt sich zwar unmittelbar aus dem Gesetz.¹⁶⁴² Da das SGB V aber nicht nur Normen über die vertragsärztlichen Leistungen, sondern auch Normen über die gesamten Leistungen der GKV und zahlreiche weitere Regelungen beinhaltet, ermöglicht der BMV-Ä einen systematischen Überblick über

¹⁶⁴⁰ Vgl. § 72 Abs. 2 SGB V.

¹⁶⁴¹ § 2 Abs.1 des BMV-Ä vom 01.01.2017.

¹⁶⁴² U. a. §§ 11, 15, 27, 73 Abs. 2 SGB V.

die vertragsärztliche Versorgung. Die Ansprüche auf Gesundheitsleistungen, die im SGB V als generelle und abstrakte Normen geregelt sind, werden im BMV-Ä zwischen den Vertragspartnern konkretisiert.

Der BMV-Ä enthält insbesondere relevante Regelungen zur Organisation und Durchführung der vertragsärztlichen Versorgung.¹⁶⁴³ Der Inhalt der Vereinbarungen erfasst das gesamte Spektrum der vertragsärztlichen Tätigkeit.¹⁶⁴⁴ Dadurch werden einheitliche Rahmenbedingungen für die vertragsärztliche Versorgung geschaffen, und es kann gewährleistet werden, dass die vertragsärztliche Versorgung in den Grundsätzen bundesweit gleichmäßig durchgeführt wird und alle Versicherten in gleichem Umfang Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung haben.

Außerdem dürfen die Kollektivvertragspartner über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Vereinbarungen schließen, soweit der Gesetzgeber diesbezüglich keine konkreten inhaltlichen Vorgaben gemacht hat. Bspw. können die Vertragspartner der Gesamtverträge vereinbaren, inwieweit Maßnahmen zur Vorsorge und Rehabilitation Gegenstand der kassenärztlichen Versorgung sind, soweit sie nicht zu der in § 73 Abs. 2 SGB V beschriebenen vertragsärztlicher Versorgung gehören.¹⁶⁴⁵ Dies ist ein Beispiel dafür, wie auch der Umfang der Versorgung durch kollektivvertragliche Regelungen gesteuert werden kann.

Auch die Qualität der vertragsärztlichen Versorgung ist ein wichtiger Aspekt, der durch Kollektivverträge gesteuert werden kann. Gemäß § 11 des BMV-Ä können ärztliche Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nur ausgeführt und abgerechnet werden, wenn der Arzt die vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt, die in den Anlagen dieses Vertrags vereinbart werden.¹⁶⁴⁶ Die Vertragspartner können zur Sicherung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung Regelungen treffen, die sich auf medizinisch-technische Leistungen der Fachärzte beziehen. Die Partner des BMV-Ä können einheitlich notwendige Voraussetzungen für ärztliche Leistungen, z. B. besondere Praxisausstattungen oder weitere Anforderungen an die Strukturqualität, vereinbaren, soweit diese Voraussetzungen unverzichtbar für die Qualität der Untersuchungs- und Behandlungsmethoden sind.¹⁶⁴⁷ Dies zeigt, wie sich vertragliche Regelungen auf die Qualität der Leistungen auswirken können. Allerdings gibt es zahlreiche weitere Steuerungsinstrumente, welche die Qualitätssicherung der Versorgung beeinflussen. Neben den berufsrechtlichen und gesetzlichen Regelungen sind es

¹⁶⁴³ § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

¹⁶⁴⁴ *Becker/Kingreen* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 69, Rn. 15.

¹⁶⁴⁵ § 73 Abs. 3 SGB V.

¹⁶⁴⁶ Anlage 3 des BMV-Ä.

¹⁶⁴⁷ §§ 135 Abs. 2 Satz 1 SGB V und § 11 Abs. 1 BMV-Ä.

die Richtlinien des GBA,¹⁶⁴⁸ denen hier maßgebliche Bedeutung zukommt. Auch die Aufsicht der kassenärztlichen Vereinigungen spielt eine Rolle.¹⁶⁴⁹ Der GBA bestimmt durch verbindliche Richtlinien Kriterien zur Qualitätsbeurteilung sowie Auswahl, Umfang und Verfahren der Stichprobenprüfung gemäß § 136 SGB V.¹⁶⁵⁰ Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden im Sinne des § 135 Abs. 1 SGB V dürfen in der Regel in der vertragsärztlichen Versorgung nur angewendet und abgerechnet werden, wenn der GBA deren Anerkennung empfohlen hat.¹⁶⁵¹ Die Richtlinien des GBA sind Bestandteil des BMV-Ä¹⁶⁵² und gehören damit zu den kollektivvertraglichen Regelungen, die verantwortlich für die Steuerung der Qualität der Versorgung sind.

Durch Kollektivverträge wird aber auch die Vergütung der vertragsärztlichen Versorgung gesteuert. Das vertragsärztliche Vergütungssystem ist komplex und mehrstufig organisiert. Auf Bundesebene wird der Einheitliche Bewertungsmaßstab (EBM) gemäß § 87 SGB V festgelegt. Auf Landesebene wird auf der Basis des gemäß § 87 Abs. 2e SGB V bundeseinheitlichen Orientierungswertes ein Vergütungspunktwert gemäß § 87a Abs. 2 Satz 1-4 SGB V vereinbart. Auf der Basis dieses regionalen Vergütungspunktwertes wird zusätzlich eine Euro-Gebührenordnung gemäß § 87a Abs. 2 S. 5 SGB V erstellt. Auf Landesebene wird außerdem noch eine Gesamtvergütung auf der Basis des Behandlungsbedarfs und der Vergütungspunktwerte gemäß § 87a Abs. 3-5 SGB V vereinbart. Dieses gestaffelte Vergütungssystem, bei dem auf Bundesebene ein Parameter für die Bemessung der Vergütung und auf Landesebene eine konkrete Vergütung vereinbart wird, ermöglicht eine sehr genaue Steuerung der Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen.

Auch der BMV-Ä enthält Regelungen über den EBM.¹⁶⁵³ Der EBM ist ein Orientierungswert, welcher den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen und ihres wertmäßigen, in Punkten ausgedrückten Verhältnisses zueinander bestimmt.¹⁶⁵⁴ Die nicht im EBM enthaltenen Leistungen dürfen grundsätzlich nicht abgerechnet werden. Die Bewertungsmaßstäbe sind in bestimmten Zeitabständen auch daraufhin zu prüfen, ob die Leistungsbeschreibungen

¹⁶⁴⁸ § 136 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

¹⁶⁴⁹ § 135b Abs. 2 SGB V.

¹⁶⁵⁰ § 11 Abs. 3 BMV-Ä.

¹⁶⁵¹ § 12 Abs. 1 BMV-Ä. Eine Ausnahme von dieser Regelung ist im § 2 Abs. 1a SGB V geregelt.

¹⁶⁵² § 92 Abs. 8 SGB V.

¹⁶⁵³ Obwohl 2009 durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (BGBl. I, S. 378) das Vergütungssystem der vertragsärztlichen Versorgung und der EBM reformiert wurden sowie die regionalen Spielräume durch eine regionale Euro-Gebührenordnung erweitert wurde, wird das Vergütungssystem weiterhin durch Bundesmantelverträge und Gesamtverträge geregelt.

¹⁶⁵⁴ § 87 Abs. 2 Satz 1 SGB V.

und ihre Bewertungen noch dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik sowie dem Erfordernis der Rationalisierung im Rahmen der wirtschaftlichen Leistungserbringung entsprechen.¹⁶⁵⁵ Durch die Anwendung des EBM können bestimmte ärztliche Tätigkeiten, die als besonders wünschenswert gelten, durch einen höheren Punktwert vergütet und damit gefördert werden. Umgekehrt ist es jedoch auch möglich, dass entbehrliche Maßnahmen durch einen geringen Punktwert vergütet und damit eingeschränkt werden. Soweit der EBM bestimmte ärztliche Tätigkeiten einordnet und bewertet, funktioniert er als ein wichtiges Steuerungsinstrument der Leistungserbringung.

Die Vertragspartner des Gesamtvertrags können auch einen Vergütungspunktwert mit Zu- und Abschlägen gemäß regionalen Besonderheiten unter Berücksichtigung der Kosten- und Versorgungsstruktur festlegen.¹⁶⁵⁶ Dies ist ein weiteres wichtiges Steuerungsinstrument der Leistungserbringung, weil dadurch eine ärztliche Unterversorgung auf Landesebene verhindert werden kann, indem finanzielle Anreize für besonders förderungswürdige Leistungen und Leistungserbringer geschaffen werden.¹⁶⁵⁷

Seit 2009 zahlen die Krankenkassen aufgrund der durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz eingeführten Veränderung eine morbiditätsorientierte Gesamtvergütung für die vertragsärztlichen Leistungen an die Kassenärztliche Vereinigung.¹⁶⁵⁸ Dafür wird im Gesamtvertrag die Höhe dieser Gesamtvergütung vereinbart.¹⁶⁵⁹ Der einzelne Vertragsarzt erhält das Honorar für seine Leistungen nach den Honorarverteilungsmaßstäben von der für seinen Vertragsarztsitz zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung.¹⁶⁶⁰ Die Gesamtvergütung und die Honorarverteilungsmaßstäbe sind damit Steuerungsinstrumente des Vergütungssystems. Die Gesamtvergütung bildet eine Obergrenze, die sich an der Morbiditätsentwicklung der Versicherten orientiert. Die Honorarverteilungsmaßstäbe bestimmen ihrerseits, wie die Gesamtvergütung verteilt wird. Sie werden von der Kassenärztlichen Vereinigung festgelegt, um das Gesamthonorar auf die einzelnen Vertragsärzte zu verteilen. Durch diese Maßstäbe können die Kassenärztlichen Vereinigungen die Vergütung bestimmter Leistungen oder Arztgruppen differenzieren und Anreize geben. Von 2004 bis 2012 wurden die Honorarver-

¹⁶⁵⁵ § 87 Abs. 2 Satz 2 SGB V.

¹⁶⁵⁶ § 87a Abs. 2 Satz 2 SGB V.

¹⁶⁵⁷ *Engelhart-Au*, in Hänlein/Schuler, SGB V, § 87a, Rn. 6.

¹⁶⁵⁸ §§ 85 Abs. 1, 87a Abs. 3-5 SGB V.

¹⁶⁵⁹ § 85 Abs. 2 SGB V.

¹⁶⁶⁰ § 87b Abs. 1 SGB V.

teilungsmaßstäbe per Vertrag (Honorarverteilungsvertrag) geregelt. Mit dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz¹⁶⁶¹ wurde die Honorarverteilung gemäß § 85 SGB V als Satzungsrecht der Kassenärztlichen Vereinigung im Benehmen mit den Krankenkassen eingestuft.

Der Gesamtvertrag enthält eine ganze Reihe von Einzelbestimmungen zur Konkretisierung der Vergütung der ärztlichen Leistungen.¹⁶⁶² Weitere im Gesamtvertrag behandelte Themen sind bspw. die Abrechnung von Notfallbehandlungen, die Abrechnung und Vergütung der stationären belegärztlichen vertragsärztlichen Tätigkeit, die Abrechnung und Vergütung ambulanter vertragsärztlicher Tätigkeit im Zusammenhang mit stationärer Behandlung und die Abrechnung von Fremdarztfällen sowie das Abrechnungsverfahren bei Beendigung der vertragsärztlichen Tätigkeit durch den Vertragsarzt.¹⁶⁶³ Diese Regelungen über die Abrechnung der Leistungen steuern die Leistungserbringung, soweit sie als Kontrollinstrument funktionieren, und konkretisieren die Vergütung der vertragsärztlichen Versorgung gemäß den gesetzlichen Vorschriften.

Obwohl ein gewisser Spielraum für die Steuerung des Umfangs, die Qualität und die Vergütung der Gesundheitsversorgung bzw. der vertragsärztlichen Versorgung durch Kollektivverträge besteht, ist diese dennoch beschränkt, da die Regelungsdichte des SGB V hinsichtlich der vertragsärztlichen Versorgung der GKV hoch ist und die Vorgaben entsprechend konkret sind.

2. Selektivverträge

Es gibt – wie bereits dargestellt¹⁶⁶⁴ – zahlreiche Formen von Selektivverträgen. Jeder Selektivvertrag konzentriert sich auf einen bestimmten Aspekt der Versorgung oder der Leistungserbringung und bietet damit unterschiedliche Steuerungsmöglichkeiten, die im Folgenden beschrieben werden.

¹⁶⁶¹ Vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2933.

¹⁶⁶² Bspw. wurde im Gesamtvertrag zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung Hamburg und der AOK Hamburg in der Fassung vom 28.09.2011 die Vergütung der ärztlichen Leistungen im Rahmen verschiedener Bereiche wie bei Mammographie-Screenings (Anlage H) und bei Schwangerschaftsabbruch (Anlage K) vereinbart. Dieser Vertrag ist abrufbar im Internet unter: <http://www.kvvh.net/media/public/db/media/1/2012/01/392/gesamtvertrag_aok_intranet_idf_25-nt_2013-04-15.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹⁶⁶³ Siehe bspw. den Gesamtvertrag zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein und dem Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V. einerseits und dem AEV-Arbeiter-Ersatzkassen-Verband e. V. andererseits, §§ 3-5, abrufbar im Internet unter: <https://www.kvno.de/downloads/vertraege/gesamt/VdAK-vdek_gesamtvertrag.pdf> und den Gesamtvertrag zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung Sachsen und dem Landesverband AOK Sachsen, §§ 12 und 14, abrufbar im Internet unter: <http://www.kvs-sachsen.de/fileadmin/img/Mitglieder/Honorar/gv_aok_31_07_06.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹⁶⁶⁴ Siehe hierzu unter 2. Kap. A II 2.

a. Modellvorhaben

Durch die befristete Erprobung von Versorgungsstrukturen, Versorgungsprozessen und Versorgungsinhalten steuert das Modellvorhaben die Entwicklung der vertragsärztlichen Versorgung. Angesichts der Ergebnisse der wissenschaftlichen Begleitung und der Bewertung von neuen Organisationsformen, Finanzierungsformen, Behandlungsmethoden und Leistungsinhalten, die Anforderungen des Modellvorhabens sind,¹⁶⁶⁵ kann der Leistungsträger entscheiden, ob diese Innovation in die GKV einbezogen werden sollte, um eine Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung zu erreichen. Es geht dabei letztlich um eine Steuerung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung durch die Entwicklung von Innovationen.

Durch Modellvorhaben kann der Zugang der Leistungserbringer zur vertragsärztlichen Versorgung erweitert werden. Die Krankenkassen und ihre Verbände können gemeinsam oder individuell Modellvorhaben mit einzelnen oder mehreren in der GKV zugelassenen Leistungserbringern vereinbaren.¹⁶⁶⁶ Dies führt zu einer Ausweitung des Gestaltungsspielraums der Krankenkassen beim Vertragsabschluss und damit zu der Möglichkeit, neue Versorgungsformen zu schaffen, die sich auf die Qualität oder die Wirtschaftlichkeit der Leistungen auswirken können. Dadurch kann die Leistungserbringung gesteuert werden.

Zur Realisierung der ärztlichen Behandlung im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung kann ein Modellvorhaben nach § 63 Abs. 1 oder 2 SGB V nicht nur zwischen Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen, sondern auch unmittelbar zwischen Krankenkassen und einzelnen Vertragsärzten oder Gemeinschaften dieser Leistungserbringer abgeschlossen werden.¹⁶⁶⁷ Durch Modellvorhaben nach § 63 Abs. 3b SGB V können auch andere Berufsgruppen, nämlich die Angehörigen der im Krankenpflegegesetz geregelten Berufe, einen Zugang zur Versorgung bekommen. Sie können Verträge abschließen, nach welchen sie Leistungen im Rahmen einer medizinischen Versorgung der GKV erbringen dürfen.¹⁶⁶⁸ Die Ausweitung der zulässig ausgeübten Tätigkeiten der nichtärztlichen Heilberufe kann zur Beseitigung bestimmter Probleme der Versorgung beitragen. Bspw. kann die intensive Beteiligung nichtärztlicher Heilberufe an der vertragsärztlichen Versorgung, die durch Modellvorhaben geöffnet wurde, zur Entlastung der Ärzte und zum Abbau derzeitiger Versorgungsdefizite

¹⁶⁶⁵ § 65 SGB V.

¹⁶⁶⁶ § 64 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

¹⁶⁶⁷ § 64 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

¹⁶⁶⁸ Vgl. etwa § 63 Abs. 3b-c SGB V.

(Hausärztemangel) bei-tragen.¹⁶⁶⁹ Gleichzeitig kann der Abschluss entsprechender Modellvorhaben zur stärkeren Einbeziehung nichtärztlicher Heilberufe im Versorgungskonzept führen.¹⁶⁷⁰ Die Förderung einer Integration nicht ärztlicher Gesundheitsberufe in die medizinische Versorgung kann insoweit auch als eine Form der Steuerung der Leistungserbringung betrachtet werden.

Der Umfang der vertragsärztlichen Versorgung kann durch Modellvorhaben nach § 63 Abs. 2 und Abs. 4 SGB V (Leistungsmodelle) gesteuert werden. Es ist möglich, durch diese Verträge die Aufnahme von Leistungen zur Verhütung und Früherkennung von Krankheiten sowie zur Behandlung von Erkrankungen, die nach den Vorschriften des SGB V keine Leistungen der Krankenversicherung sind, zu erreichen.¹⁶⁷¹ Unzulässig ist jedoch die Erprobung von Leistungen der ambulanten oder stationären Behandlung, zu denen der GBA eine ablehnende Richtlinie nach §§ 92 Abs.1 Satz 2 und 137c Abs. 1 erlassen hat.¹⁶⁷² Auf diese Weise wird in einem vorgegebenen Rahmen mit einer Ausweitung des Leistungsumfangs experimentiert und das Ergebnis anschließend bewertet.

Auch die Qualität der Versorgung psychisch kranker Menschen kann durch Modellvorhaben gemäß § 64b Abs. 1 SGB V gesteuert werden. Gegenstand dieser Verträge ist die Erprobung neuer Versorgungs- und Leistungsformen im Bereich der Behandlung psychisch kranker Menschen, um eine Verbesserung der Patientenversorgung und eine Optimierung der sektorenübergreifenden Leistungserbringung zu erreichen.¹⁶⁷³ Ein weiteres Beispiel für die Ausweitung des Umfangs und für die Verbesserung der sektorenübergreifenden Versorgung ist die Erprobung einer fachübergreifenden gestuften primärärztlichen Versorgung. Diese durch

¹⁶⁶⁹ *Huster* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 63, Rn. 9; *Wenner* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V § 63, S. 552; Begründung des Gesetzentwurfs des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes vom 28.05.2008, BT-Drucks. 16/7439, S. 96.

¹⁶⁷⁰ Vgl. *Wenner* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V § 63, S. 552; Begründung des Gesetzentwurfs des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes vom 28.05.2008, BT-Drucks. 16/7439, S. 96.

¹⁶⁷¹ § 63 Abs. 2 SGB V.

¹⁶⁷² § 63 Abs. 4 SGB V.

¹⁶⁷³ Vgl. dazu *Ullrich*, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, § 64b SGB V, S. 656. Beispiel dafür ist die Vereinbarung über die Art und den Umfang der zu meldenden Daten von Modellvorhaben zur Versorgung psychisch kranker Menschen sowie zur Meldung von Modellvorhaben an das DRG-Institut vom 06.03.2013 zwischen dem GKV-Spitzenverband Berlin, dem Verband der PKV e.V. sowie der Deutschen Krankenhausgesellschaft. Dieser Vertrag hat als Ziel die Weiterentwicklung der Vergütung der Versorgung psychisch kranker Menschen. Er ist abrufbar im Internet unter: <https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/krankenhaeuser/psychiatrie/2013_04_15_KH_PsychiatrieVereinbarung_64b_SGB-V.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

vertragliche Vereinbarungen eingeführte hausärztliche Versorgung wurde neben fachspezifischen Modulen für Kardiologie, Psychische Erkrankungen und Neurologie, Orthopädie, Rheuma, Osteoporose sowie Stoffwechselerkrankungen aufgebaut.¹⁶⁷⁴

Bei der Vereinbarung von Modellvorhaben können die Vertragspartner gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 SGB V von den Regelungen im 4. und 10. Kapitel des SGB V abweichen.¹⁶⁷⁵ Hier kommt nicht nur die Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen in Betracht, sondern auch das Verhältnis zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern bzw. dem ambulanten und dem stationären Sektor.¹⁶⁷⁶ Diese Regelungen gewährleisten Spielräume für die Vertragspartner der Modellvorhaben. Diese können dadurch neue Regelungen für die Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen mit positiven und negativen Anreizen sowie eine innovative Gestaltung der Leistungsformen etablieren.¹⁶⁷⁷ Durch diese Flexibilität können vertragliche Bedingungen geschaffen werden, welche die Versorgungsformen attraktiver für die Leistungsträger und Leistungserbringer gestalten. Die Zulassung der Abweichung von Vorschriften des SGB V ermöglicht eine vertragliche Steuerung der Leistungserbringung der GKV. Werden Leistungen von Modellvorhaben nach § 63 Abs. 1 oder 64a SGB V außerhalb der Vergütungen nach § 85 oder 87a SGB V bezahlt, sind die Vergütungen, in denen die Ausgaben für diese Leistungen enthalten sind, zu bereinigen,¹⁶⁷⁸ um eine Doppelvergütung zu verhindern. Bei Modellvorhaben muss der Grundsatz der Beitragssatzstabilität beachtet werden, das bedeutet, dass bei Modellvorhaben eine Beitragserhöhung ausgeschlossen ist.¹⁶⁷⁹ Eine Abweichung von der Beitragssatzstabilität ist jedoch zulässig, wenn durch Modellvorhaben entstehende Mehraufwendungen durch nachweisbare Einsparungen auf Grund der im Modellvorhaben vorgesehenen Maßnahmen ausgeglichen werden.¹⁶⁸⁰ Um diese neue Versorgungsform attraktiv zu machen, kann eine Bonusvereinbarung für Versi-

¹⁶⁷⁴ § 1 Abs. 9 des Modellvorhabens gemäß § 63 SGB V zwischen AOK PLUS – Die Gesundheitskasse für Sachsen und Thüringen und die Kassenärztliche Vereinigung Sachsen vom 01.01.2016. Dieser Vertrag ist abrufbar im Internet unter: <http://www.kvs-sachsen.de/fileadmin/downloads/vertrag/AOK-PRIMA-PLUS_Rahmenvertrag_20160101_mit_AustauschS17.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹⁶⁷⁵ § 13 Abs. 2 des Vertrags zu einem Modellvorhaben nach § 63 SGB V zur Optimierung der Arzneimittelversorgung in Sachsen und Thüringen vom 27.03.2014.

¹⁶⁷⁶ Vgl. dazu *Krauskopf*, in: Wagner/Knittel, SGB V, § 63, Rn. 17.

¹⁶⁷⁷ Beispiel dafür ist das pauschalierende Entgeltsystem für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen, das durch einen Vertrag zum Modellvorhaben nach § 64b Abs. 3 SGB V eingeführt werden kann.

¹⁶⁷⁸ § 64 Abs. 3 Satz. 1 SGB V.

¹⁶⁷⁹ § 63 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 SGB V.

¹⁶⁸⁰ § 63 Abs. 3 Satz 2 SGB V.

cherte eingeführt werden, wenn die Einsparungen die Mehraufwendungen dieser Versorgungsformen überschreiten.¹⁶⁸¹ Dieser positive Anreiz ist ebenfalls zu den Steuerungsinstrumenten zu zählen.

b. Hausarztzentrierte Versorgung

Die hausarztzentrierte Versorgung gemäß § 73b SGB V stellt einen weiteren Selektivvertrag dar, der die Qualität und Wirtschaftlichkeit der vertragsärztlichen Versorgung durch mehr Koordination und Kooperation innerhalb des ambulanten Sektors steuert.

Die Qualität bei der hausarztzentrierten Versorgung wird insbesondere durch die Feststellung von besonderen Qualitätsanforderungen gesteuert.¹⁶⁸² Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung enthalten Teilnahmevoraussetzungen und besondere Qualifikations- und Qualitätsanforderungen für die teilnehmenden Hausärzte.¹⁶⁸³ Zur Sicherung der besonderen Qualität der hausärztlichen Versorgung muss der Hausarzt gegenüber dem Hausarztverband und den Krankenkassen gewisse Teilnahmevoraussetzungen nachweisen. Dies sind z. B. die Voraussetzungen gemäß § 73 Abs. 1a Satz 1 SGB V und eine gewisse apparative Mindestausstattung (Blutzuckermessgerät, EKG, Spirometer mit FEV1-Bestimmung) sowie eine Ausstattung mit einem nach BMV-Ä zertifizierten Arzteinformationssystem (AIS/Praxis-Softwaresystem).¹⁶⁸⁴ Außerdem sind Hausärzte verpflichtet, an strukturierten Qualitätszirkeln zur Arzneimitteltherapie teilzunehmen, evidenzbasierte praxiserprobte Leitlinien zur hausärztlichen Versorgung einzusetzen, die Fortbildungspflichten nach § 95d SGB V zu erfüllen und ein Qualitätsmanagementsystem sowie die Teilnahme an strukturierten Behandlungsprogrammen einzuführen.¹⁶⁸⁵ Besondere Serviceangebote wie Früh- oder Abendterminsprechstunden, Begrenzung der Wartezeit auf maximal 30 Minuten und Unterstützung bei der Vermittlung von zeitnahen Facharztterminen können im Vertrag geregelt werden, um die Qualität der Behandlung von Versicherten zu verbessern.¹⁶⁸⁶ Soweit durch die Verträge Maßnahmen vereinbart werden, welche die Verbesserung der Pharmakotherapie und die Qualifikation und Erfahrung der Vertragsärzte fördern sowie eine angemessene Versorgungsstruktur

¹⁶⁸¹ § 63 Abs. 3 Satz 3 SGB V.

¹⁶⁸² § 73b Abs. 2 Nr. 1-4 SGB V.

¹⁶⁸³ Siehe § 3 und Anlage 2 des Vertrags zur Durchführung einer hausarztzentrierten Versorgung zwischen der AOK Rheinland/Hamburg – Die Gesundheitskasse, dem Hausärzterverband Hamburg e. V. und HÄVG Hausärztliche Vertragsgemeinschaft Aktiengesellschaft vom 01.07. 2015, nachfolgend „HzV-Vertrag“. Dieser Vertrag ist abrufbar im Internet unter: <https://www.hausaerzteverband.de/cms/fileadmin/user_upload/2015_06_15_AOK_RH_HH_HzV-Vertrag_final_AKA.pdf>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹⁶⁸⁴ § 3 Abs. 2 des HzV-Vertrags.

¹⁶⁸⁵ § 3 Abs. 3 des HzV-Vertrags.

¹⁶⁸⁶ § 3 Abs. 4 des HzV-Vertrags.

gewährleisten, funktioniert der Vertrag als ein Steuerungsinstrument der Qualitätssicherung der vertragsärztlichen Leistungen.

Der GBA¹⁶⁸⁷ sowie die Kassenärztliche Vereinigung¹⁶⁸⁸ können an der Ausgestaltung und Umsetzung von Qualitätsanforderungen teilnehmen.¹⁶⁸⁹ Der GBA kann über den Erlass von verbindlichen Richtlinien betreffend die Qualitätssicherung bzw. die Überprüfung der Qualität der erbrachten Leistungen (Stichproben) entscheiden.¹⁶⁹⁰ Der Hintergrund für diese gesetzlich ausgestalteten Mindestanforderungen ist die besondere Koordinierungsverantwortung der teilnehmenden Hausärzte.¹⁶⁹¹

Durch Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung wird der Zugang der Leistungserbringer zur vertragsärztlichen Versorgung erweitert. Zu einer flächendeckenden Sicherstellung der ärztlichen Versorgung können die Krankenkassen mit Hausärzten, Gemeinschaften von Hausärzten, Managementgesellschaften oder Kassenärztlichen Vereinigungen Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung abschließen.¹⁶⁹² Die Abgabe eines Angebots findet unter Beachtung objektiver Auswahlkriterien statt.¹⁶⁹³ Diese Ausschreibungspflicht zielt auf die Gewährleistung einer transparenten und diskriminierungsfreien Auswahl unter den Leistungserbringern seitens der Leistungsträger ab.¹⁶⁹⁴

Nach der Analyse der gesetzlichen und vertraglichen Regelungen wird klar, wie bedeutend die Rolle des Hausarztverbands als Gemeinschaft im Sinne des § 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V in den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung ist. Dieser Verband organisiert die Teilnahme der Hausärzte an der hausarztzentrierten Versorgung,¹⁶⁹⁵ die vertraglich geregelt wird.¹⁶⁹⁶ Es ist außerdem Aufgabe des Hausärzteverbands, die Abrechnung der Vergütung der vertraglichen hausarztzentrierten Versorgung durchzuführen, die außerhalb der Gesamtvergütung durch eine vereinbarte Budgetierung der medizinischen Leistungen erfolgen kann.¹⁶⁹⁷ Obwohl der Hausarztverband verantwortlich für die Organisation der Teilnahme des Hausarztes an der vertraglichen hausärztlichen Versorgung ist, übernimmt er nicht den

¹⁶⁸⁷ § 73b Abs. 2 SGB V.

¹⁶⁸⁸ § 135b Abs. 2 SGB V.

¹⁶⁸⁹ § 73b Abs. 5 Satz 2 SGB V.

¹⁶⁹⁰ §§ 92 Abs. 1 Nr. 13, 136 Abs. 1 Nr. 1-2 SGB V.

¹⁶⁹¹ *Legde*, in: Hänlein/Schuler, § 73b, Rn. 3.

¹⁶⁹² § 73b Abs. 4 SGB V.

¹⁶⁹³ § 73b Abs. 6 SGB V.

¹⁶⁹⁴ *Hensel*, *Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht*, S. 132.

¹⁶⁹⁵ §§ 4-5 und Anlage 3-4 des HzV-Vertrags.

¹⁶⁹⁶ § 7 Abs. 1 des HzV-Vertrags.

¹⁶⁹⁷ § 73b Abs. 5 Satz 1 SGB V und §§ 10-11 des HzV-Vertrags vom 01.07.2015.

Sicherstellungsauftrag gemäß § 75 Abs. 1 SGB V.¹⁶⁹⁸ Die medizinische Verantwortung für die Behandlung verbleibt bei den Hausärzten.¹⁶⁹⁹

Auch der Umfang der ärztlichen Versorgung kann durch Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung gesteuert werden. Diese Verträge können Abweichendes von den im 3. Kapitel des SGB V benannten Leistungen beinhalten, das über den Leistungsumfang der Regelversorgung der GKV hinausgeht. So können z. B. Schutzimpfungen, Leistungen zur Früherkennung und Palliativversorgung sowie ärztliche Leistungen einschließlich neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden finanziert werden, soweit der GBA über ihre Eignung als Leistungen der GKV keine ablehnende Entscheidung getroffen hat.¹⁷⁰⁰ Hierzu gehören also auch innovative Leistungen, die noch keinen Eingang in die Regelversorgung gefunden haben.

Wie Modellvorhaben können auch Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung mehrere Regelungen enthalten, die von den Vorschriften des 4. Kapitels des SGB V abweichen. Auch dies ist ein wichtiges Steuerungsinstrument der Versorgung, da es den Vertragspartnern einen großen Spielraum bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung lässt. Bspw. wird von den Vertragspartnern die Vergütung zur hausarztzentrierten Versorgung vereinbart.¹⁷⁰¹ Um eine Doppelfinanzierung zu vermeiden, wird eine Budgetbereinigung zwischen den Selektivverträgen und der Regelversorgung festgelegt.¹⁷⁰² Das bedeutet, dass die Vergütung für Patienten, die im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung behandelt werden, aus der Gesamtvergütung für die ambulante Versorgung ausgeschlossen wird (Budgetbereinigung). Die Bereinigung des Behandlungsbedarfs nach § 87a Abs. 3 Satz 2 SGB erfolgt entsprechend der Zahl und der Morbiditätsstruktur der an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmenden Versicherten sowie dem vertraglich vereinbarten Inhalt der hausarztzentrierten Versorgung.¹⁷⁰³ Eine zusätzliche Vergütung für Leistungen, die über die hausärztliche Versorgung nach § 73 SGB V hinausgehen (außerhalb der morbiditätsorientierten Gesamtvergütung), kann jedoch aus den Einsparungen und Effizienzsteigerungen vor allem durch die Koordinierungsfunktion des Hausarztes finanziert werden.¹⁷⁰⁴ Das ist ein wichtiges Steuerungsinstrument des Umfangs der Versorgung, weil es den Vertragspartnern die Möglichkeit einräumt, Zusatzleistungen zu finanzieren.

¹⁶⁹⁸ § 7 Abs. 2 Satz 1 des HzV-Vertrags.

¹⁶⁹⁹ § 7 Abs. 2 Satz 2 des HzV-Vertrags.

¹⁷⁰⁰ § 73b Abs. 5 Satz 3 SGB V.

¹⁷⁰¹ § 73b Abs. 5 Satz 1 SGB V.

¹⁷⁰² § 73b Abs. 7 Satz 1 SGB V.

¹⁷⁰³ § 73b Abs. 7 Satz 2 SGB V.

¹⁷⁰⁴ § 73b Abs. 8 SGB V.

Bei der hausarztzentrierten Versorgung spielt die Koordinierung der Hausärzte (so genannte „Lotsenfunktion“) eine wesentliche Rolle in Bezug auf die Steuerung der ärztlichen Leistungen. Da der Hausarzt die allgemeine und kontinuierliche ärztliche Betreuung der Patienten übernimmt und bei Bedarf die Patienten an andere Fachärzte überweist, hat er ein Gesamtbild von dem Gesundheitszustand und dem persönlichen Hintergrund seiner Patienten sowie einen umfassenden Überblick über deren Krankheitsgeschichte und der vorgenommenen Behandlungen. Aus diesem Grund können die Hausärzte die Notwendigkeit und die Erfolgsaussichten verfügbarer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden unter Umständen besser bewerten als die Fachärzte.¹⁷⁰⁵ Durch diese Koordinationsfunktion oder Steuerungsverantwortung werden unnötige Doppeluntersuchungen, Mehrfachbehandlungen, Behandlungsdiskontinuitäten, eventuelle Wechselwirkungen von Arzneimitteln sowie Interpretationsfehler isoliert arbeitender Spezialisten vermieden; die Versorgungsqualität wird verbessert und Wirtschaftlichkeitsreserven werden erschlossen.¹⁷⁰⁶ Durch die hausarztzentrierte Versorgung wird nicht nur die Wirtschaftlichkeit der ärztlichen Versorgung gesteuert, sondern auch die Leistungserbringung selbst, soweit der Zugang der Versicherten zu Fachärzten abhängig von einer Überweisung der Hausärzte ist.¹⁷⁰⁷

Die vertragliche hausarztzentrierte Versorgung gemäß § 73b SGB V bietet Steuerungsmöglichkeiten hinsichtlich der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung. Insoweit überrascht es, dass die Umsetzung dieser Versorgungsform erst 2007¹⁷⁰⁸ als Verpflichtung der Krankenkassen gesetzlich festgelegt wurde.

c. Besondere Versorgung (Integrierte Versorgung)

Die Qualität und Wirtschaftlichkeit der vertragsärztlichen Versorgung können ebenfalls durch Verträge über eine besondere Versorgung (integrierte Versorgung) gemäß § 140a Abs. 1 Satz. 2 SGB V¹⁷⁰⁹ gesteuert werden. Hierbei stehen die Koordination und

¹⁷⁰⁵ Hensel, Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht, S. 110.

¹⁷⁰⁶ Huster, SGB 2010, S. 253; Schwanenflügel, NZS 2006, S. 286.

¹⁷⁰⁷ Die Koordinierungs- und Steuerungsfunktion des Hausarztes wird in § 2 des HzV-Vertrags festgelegt.

¹⁷⁰⁸ Diese Pflicht wurde durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) vom 26.03.2007 (BGBl. I, S. 378) eingeführt.

¹⁷⁰⁹ In der Fassung vom GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (GKV-VSG) vom 16.07.2015, BGBl. I, S. 1211. Ein Beispiel für einen IV-Vertrag ist der „Vertrag zur integrierten Versorgung gemäß § 140a ff. SGB V über die Versorgung kardiovaskulär erkrankter Patienten“ zwischen AOK PLUS, Herzzentrum Dresden, Praxisklinik Herz und Gefäße und der Hausärztlichen Vertragsgemeinschaft Aktien, nachfolgend „IV-Vertrag“, abrufbar im Internet unter: <<https://www.hausaerzteverband.de/cms/fileadmin/migrated/contentuploads/20120402CARDIO-Integral5Nachtrag.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019. Gegenstand dieses Vertrags ist gemäß §§ 1-2 die

Kooperation zwischen verschiedenen Leistungssektoren sowie die interdisziplinär fachübergreifende Versorgung im Fokus.

Mit Hilfe einer Integration und Koordinierung von verschiedenen fachübergreifenden und sektorenübergreifenden Leistungserbringern werden Qualitätssteigerungen verfolgt. Mit dem Fokus auf Qualität enthalten Verträge zur integrierten Versorgung (IV-Verträge) Regelungen über die Teilnahmevoraussetzungen der Ärzte.¹⁷¹⁰ Die an den vertraglichen Regelungen teilnehmenden Ärzte müssen bestimmte Anforderungen erfüllen, welche die Qualität der Versorgung beeinflussen und sicherstellen sollen. Dazu gehören z. B. eine Praxisausstattung nach im Vertrag definierten Bedingungen,¹⁷¹¹ die Bereitschaft zur Teilnahme an einem zwischen den Vertragsparteien konzipierten elektronischen Datenaustausch¹⁷¹² und die Teilnahme an regelmäßiger hausärztlicher Fortbildung einschließlich Qualitätszirkelarbeit.¹⁷¹³ Im Rahmen der Qualitätszirkel werden Verfahrens-anweisungen für die Praxis erstellt, die als Behandlungspfad auf Basis der aktuellen Leitlinien gelten sollen.¹⁷¹⁴ Auch die Teilnahme etwaiger anderer Leistungserbringer (Herzzentren und Kliniken) an der integrierten Versorgung wird im IV-Vertrag geregelt.¹⁷¹⁵ Außer in den Teilnahmevoraussetzungen der Leistungserbringer werden die jeweiligen Aufträge auch im IV-Vertrag geregelt¹⁷¹⁶ und integriert durchgeführt. Die Leistungserbringer sind untereinander zur engen fachlichen Kooperation

Kooperation zwischen fachübergreifenden und sektorenübergreifenden Leistungserbringern, die Zusammenarbeit zwischen den an der ambulanten Behandlung von kardiovaskulär erkrankten Patienten beteiligten, nicht-invasiv tätigen Fachärzten, Hausärzten und den invasiv tätigen Leistungserbringern sowie der AOK PLUS (Krankenkasse).

¹⁷¹⁰ Siehe §§ 4-5 des IV-Vertrags. Teilnahmeberechtigt an diesem Vertrag sind Hausärzte, nichtinvasiv tätige Fachärzte, hausärztlich tätige angestellte Ärzte und nichtinvasiv tätige angestellte Fachärzte eines medizinischen Versorgungszentrums.

¹⁷¹¹ §§ 5 Abs. 2a, 6 Abs. 2c des IV-Vertrags.

¹⁷¹² §§ 5 Abs. 2h, 6 Abs. 2j des IV-Vertrags.

¹⁷¹³ §§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 7 des IV-Vertrags.

¹⁷¹⁴ § 13 Abs. 2 des IV-Vertrags.

¹⁷¹⁵ Siehe § 7 des IV-Vertrags. Die Herzzentren und Kliniken müssen die definierten fachlichen, organisatorischen und apparativen Voraussetzungen sowie Qualitäts-anforderungen gemäß § 7 Abs. 3 dieses Vertrags erfüllen.

¹⁷¹⁶ §§ 9-11 des IV-Vertrags. Die Hausärzte kontrollieren die Einhaltung des definierten Ziels und wirken auf deren Erreichung hin. Der koordinierende Vertragsarzt verpflichtet sich zur Betreuung der eingeschriebenen Versicherten. Der Facharzt führt die vorgeschlagene Therapie fort und begleitet die Versicherten bei einem invasiven Eingriff. Das Herzzentrum ist verantwortlich für die Durchführung invasiv kardiologischer Leistungen und die notwendige medizinische Betreuung.

verpflichtet.¹⁷¹⁷ Die Zusammenarbeit kann bspw. durch die Veranstaltung von und die Teilnahme an Fallbesprechungen und Fallkonferenzen stattfinden.¹⁷¹⁸ Außerdem müssen die Qualitätssicherungsmaßnahmen im Rahmen der Verträge zur integrierten Versorgung mindestens dem Qualitätsstandard der Regelversorgung entsprechen,¹⁷¹⁹ und die Vertragspartner können Regelungen zur Qualitätssicherung vereinbaren, die über die Regelversorgung hinausgehen, oder Versorgungsmodelle entsprechend den Bedürfnissen der Patienten ausrichten. So ist es möglich, ein Lenkungsgremium für die Verbesserung der Qualität der Versorgung und der Begleitung der praktischen Umsetzung zu bilden.¹⁷²⁰ All diese Anforderungen und Maßnahmen können als Steuerungsinstrumente betrachtet werden, die auf eine Verbesserung der Qualität der Leistungen abzielen.

Bei einer integrierten Versorgung sollen die Kooperation und Koordination durch verschiedene Leistungssektoren in der Art und Weise realisiert werden, dass Behandlungsleistungen, die auf verschiedene Leistungssektoren angewiesen sind, im Rahmen einer einheitlich geregelten Leistungsstruktur und ohne kollidierende Regelungen erbracht werden. Um dieses Ziel zu erreichen, wurden Versorgungsaufträge vereinbart, bei denen medizinische Leistungsprozesse Grenzen medizinischer Spezialgebiete überwinden sollen.¹⁷²¹ Während die hausarztzentrierte Versorgung eine Versorgungsintegration innerhalb des ambulanten Sektors schafft, konzentriert sich die integrierte Versorgung auf eine bessere Koordination und Kooperation zwischen dem ambulanten und stationären Sektor. Eine Integration, welche die Trennung und die damit verbundene doppelte Facharztstruktur der Versorgungsbereiche beseitigt, soll dazu beitragen, dass nicht nur eine bessere Behandlungsqualität, sondern auch eine bessere Wirtschaftlichkeit der Leistungen erreicht wird. Dabei geht es um eine Steuerung der Qualität und Wirtschaftlichkeit durch Integration von verschiedenen Leistungssektoren.

IV-Verträge können zwischen Krankenkassen und den in § 140a Abs. 3 SGB V genannten Leistungserbringern oder ihren Gemeinschaften abgeschlossen werden. Durch IV-Verträge

¹⁷¹⁷ § 12 Abs. 1 des IV-Vertrags.

¹⁷¹⁸ § 12 Abs. 4 des IV-Vertrags.

¹⁷¹⁹ § 140a Abs. 2 Satz 5 SGB V. Gemäß § 13 des IV-Vertrags sollen die vertraglichen Behandlungen nach den jeweils aktuell gültigen Therapiestandards und Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Kardiologie- Herz- und Kreislaufforschung durchgeführt werden.

¹⁷²⁰ Siehe § 14 des IV-Vertrags. Dieses Gremium besteht aus Vertretern der Vertragsparteien und ist vor allem zuständig für die Verfassung eines jährlichen Qualitätsberichtes, der die Entwicklung nicht nur der Anzahl der teilnehmenden Versicherten, Hausärzte, Fachärzte und Herzzentren, sondern auch der ausgewählten Leistungen, Notfallaufnahmen und Krankenhauseinweisungen vorweisen muss.

¹⁷²¹ § 140a Abs. 1 SGB V.

wird der Kreis der Leistungserbringer der vertragsärztlichen Versorgung erweitert, was eine Erleichterung der Zusammenarbeit der verschiedenen Leitungssektoren schafft. Ein Beispiel dafür ist die Beteiligung von Pflegeeinrichtungen an der integrierten Versorgung, die ein dichtes und multiprofessionelles Versorgungsnetz ermöglicht. Damit können die ambulante und die stationäre Versorgung pflegebedürftiger Menschen aus einer Hand angeboten werden, und gleichzeitig bleiben die unterschiedlichen Finanzierungssysteme unberührt. Der Spielraum der Vertragspartner wird durch die Möglichkeiten der unterschiedlichen Gesellschaftsformen erweitert. Die Leistungserbringer können in sämtlichen Rechts- und Gesellschaftsformen an der integrierten Versorgung teilnehmen, sofern die Gesellschaftsform nicht mit einer landesrechtlichen berufsrechtlichen Regelung kollidiert.¹⁷²² Es ist allerdings bemerkenswert, dass die Kassenärztlichen Vereinigungen wieder Vertragspartner der Selektivverträge sein können.¹⁷²³ Ihre Rolle bei den IV-Verträgen sollte klarer definiert werden, damit es nicht zu einer Vermischung von kollektiv- und selektivvertraglich geregelter Versorgung kommt.¹⁷²⁴

Die Vertragspartner haben außerdem einen großen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der möglichen Regelungsinhalte. Die IV-Verträge können Regelungen enthalten, die von den Vorschriften des 3. und 4. Kapitels des SGB V sowie vom Krankenhausfinanzierungsgesetz und Krankenhausentgeltgesetz abweichen.¹⁷²⁵ Diese Vorschriften bieten die Möglichkeit, die Leistungserbringung in Bezug auf den Umfang und die Vergütung der Leistungen zu steuern. Die Verträge können Leistungen beinhalten, die über den Leistungsumfang der Regelversorgung in der GKV hinausgehen. Solche Leistungen sind Satzungsleistungen gemäß § 11 Abs. 6 SGB V, wie z. B. Schutzimpfungen und Leistungen nach §§ 20d, 25, 26, 37a-b SGB V sowie ärztliche Leistungen einschließlich neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden,¹⁷²⁶ die erweitert werden können. Das bedeutet auch eine wettbewerbliche Weiterentwicklung, die zu einer besseren medizinischen Qualität und zu geringeren Kosten beitragen kann.

Durch IV-Verträge kann auch die Vergütung der ärztlichen Versorgung gesteuert werden. Die Vertragsparteien sind in diesem Fall nicht an Vergütungsregelungen der Regelversorgung

¹⁷²² BT-Drucks. 15/5182, S. 10; BT-Drucks. 15/1525, S. 129.

¹⁷²³ Das GKV-Modernisierungsgesetz vom 14.11.2003 (BGBl. I, S. 2190) hat die Kassenärztlichen Vereinigungen aus dem Kreis der Partner der IV-Verträge ausgeschlossen.

¹⁷²⁴ Dazu *Huster/Schütz*, NZS 2016, S. 645.

¹⁷²⁵ § 140a Abs. 2 Satz 1-2 SGB V.

¹⁷²⁶ § 140a Abs. 2 Satz 2 SGB V.

gebunden¹⁷²⁷ und können weitgehend frei über die Ausgestaltung der Vergütung von Zusatzleistungen entscheiden. Ob die Leistungen einzeln oder als Komplexpauschale vergütet werden und ob die Budgetverantwortung insgesamt oder für definierbare Teilbereiche übernommen wird, bestimmen die Vertragspartner.¹⁷²⁸ Um eine Doppelfinanzierung zu vermeiden, müssen die Vertragspartner der IV-Verträge eine Bereinigung der morbiditätsbedingten Vergütung der ärztlichen Leistungen zwischen der Regelversorgung und der integrierten Versorgung durchführen.¹⁷²⁹ Für die Bereinigung des Behandlungsbedarfs nach § 87a Abs. 3 Satz 2 SGB V bei der integrierten Versorgung gilt § 73b Abs. 7 SGB V entsprechend, der die Budgetbereinigung zwischen der Regelversorgung und der durch Selektivverträge ausgestalteten Versorgung regelt.¹⁷³⁰ Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität nach § 71 Abs. 1 SGB V gilt auch für Verträge zur integrierten Versorgung,¹⁷³¹ aber die Wirtschaftlichkeit muss erst vier Jahre nach dem Wirksamwerden der zugrunde liegenden Verträge nachweisbar sein¹⁷³² oder im Einzelfall nach Aufforderung der Aufsichtsbehörde nachgewiesen werden.¹⁷³³ Dabei können die Krankenkassen erst nach vier Jahren alle Unterlagen und Auskünfte vorlegen, die notwendig sind, um zu überprüfen, ob die Nachweisbarkeit der Wirtschaftlichkeit gegeben ist. Dies fördert die Innovation in der Versorgung.

Wie bei der hausarztzentrierten Versorgung können Krankenkassen in ihrer Satzung eine Prämienzahlung oder Zuzahlungsermäßigungen für Versicherte vorsehen, die an der integrierten Versorgung teilnehmen.¹⁷³⁴ Diese Anreizmaßnahmen sind ebenfalls wichtig, um die Versorgungsart zu fördern und damit eine bessere Koordination und Kooperation zwischen dem ambulanten und stationären Sektor zu schaffen.

Die gesetzliche und vertragliche Festlegung von Teilnahme-voraussetzungen der Ärzte an der integrierten Versorgung zielt auf die Förderung der Koordination und Kooperation zwischen verschiedenen Leistungssektoren sowie auf eine interdisziplinär fachübergreifende

¹⁷²⁷ § 140a Abs. 2 Satz 1 SGB V. Dazu *Wigge*, NZS 2001, S. 69.

¹⁷²⁸ Siehe § 15 und Anlage 3 des IV-Vertrags. Die Vergütung der an diesem Vertrag teilnehmenden Leistungserbringer erfolgt nach unterschiedlichen Pauschalen für jeden eingeschriebenen Versicherten gemäß festgelegter Bedingungen (Zielsicherungspauschale; Vorbereitungspauschale; Pauschale Wirtschaftlichkeit, Arzneimittel und Hausarzt; Erstbetreuungspauschale; Betreuungspauschale und Qualitätspauschale).

¹⁷²⁹ § 140a Abs. 6 Satz 1 SGB V.

¹⁷³⁰ Neue Regelungen über die Vergütungsbereinigung wurden in § 73b Abs. 7 SGB V mit dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 16.07.2015 (BGBl. I, S. 1211) festgelegt.

¹⁷³¹ Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, BR- Drucks. 641/14, S. 155.

¹⁷³² § 140a Abs. 2 Satz 4 SGB V. Diese Regelung wurde mit dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 16.07.2015 (BGBl. I, S. 1211) eingeführt.

¹⁷³³ Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, BT- Drucks. 18/4995, S. 128.

¹⁷³⁴ § 53 SGB V.

Versorgung ab, um die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung zu steigern. Diese Steuerung kann jedoch nur effektiv sein, soweit Versicherte und Leistungserbringer motiviert werden, an dieser Versorgung teilzunehmen. Die Leistungserbringer (Ärzte) können erst seit 2004¹⁷³⁵ Verträge zur integrierten Versorgung mit den Krankenkassen ohne die Zustimmung der Kassenärztlichen Vereinigung abschließen. Diese Bestimmung stellt eine deutliche Einschränkung für die Anwendung der Verträge zur integrierten Versorgung als Steuerungsinstrument dar.

3. Verträge als Steuerungsinstrument

Das korporatistisch organisierte Kollektivvertragssystem gilt als ein wichtiges Steuerungsinstrument der Leistungserbringung und in dieser Hinsicht als Vorbild für andere Bereiche der Sozialversicherung.¹⁷³⁶ Das Steuerungspotenzial der Kollektivverträge zeigt sich auch durch die öffentlich-rechtliche Bindungswirkung für Leistungsträger und Leistungserbringer.¹⁷³⁷

Die im SGB V gewährleisteten Leistungen der GKV werden durch Kollektivverträge konkretisiert. Was im Gesetz allgemein und abstrakt geregelt wird, wird durch den BMV-Ä konkret für die Vertragspartner festgelegt. Obwohl die Regelungsdichte des SGB V hoch ist, enthalten die Kollektivverträge, die Rechtsnormcharakter haben, Einzelbestimmungen über den Inhalt, Umfang und die Qualität der vertragsärztlichen Versorgung sowie über die Vergütung und Abrechnung der Leistungen, welche die vertragsärztlichen Leistungen systematisieren und gleichzeitig gewährleisten, dass die Versicherten eine einheitliche vertragsärztliche Versorgung erhalten.

Die Kollektivverträge steuern global die Qualität und Vergütung der vertragsärztlichen Versorgung. Durch sie werden verschiedene Steuerungsinstrumente der Leistungserbringung in einem einzigen juristischen Instrument zusammengebracht. Bestandteile des BMV-Ä sind unter anderem der EBM und die Richtlinien des GBA sowie die Steuerungsinstrumente der Vergütung und der Qualität der Leistungserbringung. Damit funktionieren die Kollektivverträge als ein Steuerungsinstrument, das sich aus anderen Steuerungsinstrumenten zusammensetzt.

¹⁷³⁵ Durch das GKV-Modernisierungsgesetz-GMG vom 14.11.2003 (BGBl. I, S. 2190) wurde eine Veränderung an der Vertragsstruktur der integrierten Versorgung eingeführt.

¹⁷³⁶ Axer, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 2.

¹⁷³⁷ Vgl. Ballast, VSSR 2012, S. 242.

Selektivverträge können ihrerseits spezifische Aspekte der vertragsärztlichen Versorgung steuern. Da die einzelnen Krankenkassen gemäß den gesetzlichen Vorschriften eine Auswahlmöglichkeit hinsichtlich der Vertragspartner haben, können sie sich auf qualitäts- und bedarfsorientierte sowie wirtschaftliche Gesichtspunkte konzentrieren. Durch die Zulässigkeit der Abweichung von Vorschriften des SGB V in Selektivverträgen wird für die Leistungsträger ein Gestaltungsspielraum geschaffen, um neue Leistungen, Vergütungs- und Versorgungsformen einzuführen. So können Umfang, Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungen gesteuert werden. Anders als bei der globalen Steuerung der Vergütung durch Kollektivverträge ermöglichen Selektivverträge die Vereinbarung eines besonderen Vergütungssystems. Auch im Rahmen der Integration der Behandlungsmaßnahmen innerhalb und außerhalb der stationären Versorgung können Selektivverträge als ein Steuerungsinstrument der Qualität betrachtet werden.

Während bei Kollektivverträgen eine strukturierte Qualitätssicherung umgesetzt wurde, sind die Qualitätssicherungsmaßnahmen bei Selektivverträgen noch verbesserungswürdig. Bei Kollektivverträgen gibt es verschiedene Akteure, z. B. die Kassenärztliche Vereinigung, den GBA sowie das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen,¹⁷³⁸ die auf die Qualitätssicherung der Leistungen einwirken. Obwohl die Vertragspartner der Selektivverträge Regelungen zur Qualitätssicherung vereinbaren können, die über die Regelversorgung hinausgehen oder Versorgungsmodelle entsprechend den Bedürfnissen der Patienten ausrichten, ist ein kassenindividuelles Qualitätsmanagementsystem schwerer zu gestalten.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Kollektiv- und Selektivverträge sich in dem vom Gesetzgeber gegebenen Spielraum als Steuerungsinstrument der GKV gegenseitig ergänzen. Obwohl die Selektivverträge viele Möglichkeiten bieten, die vertragsärztliche Versorgung zu steuern, ist ihre Wirkungskraft beschränkt, weil die Teilnahme der Versicherten und der Leistungserbringer an dieser Versorgungsform freiwillig ist.¹⁷³⁹ Zudem müssen die Interessen der Akteure, nämlich der Leistungsträger und Leistungserbringer, hinreichend berücksichtigt werden; ansonsten werden sie die entsprechenden Verträge nicht abschließen (Vetoposition) und dieses Steuerungsinstrument bleibt wertlos.

II. Verträge im Rahmen des SUS

Zu betrachten ist hier zunächst das grundlegende Ziel der Steuerung der Leistungserbringung. Anders als in Deutschland ist die private Leistungserbringung in Brasilien als eine

¹⁷³⁸ Vgl. § 139a SGB V.

¹⁷³⁹ §§ 63 Abs. 3a Satz 3-4, 73b, Abs. 3 Satz 1; 140a Abs. 4 SGB V.

Ergänzung der öffentlichen Leistungserbringung konzipiert.¹⁷⁴⁰ Deswegen zielt die Steuerung der privaten Leistungserbringung darauf ab, eine Gesundheitsversorgung zu gewährleisten, die gemäß den Grundsätzen des SUS¹⁷⁴¹ realisiert wird, d. h. eine ausreichende Versorgung für die gesamte Bevölkerung sicherstellt.

Die Verträge und Vereinbarungen, die im 2. Kapitel analysiert wurden, basieren auf unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen; sie wurden zu verschiedenen Zeitpunkten eingeführt. Im Laufe der Zeit wurde jedoch ein ähnlicher Inhalt für diese Verträge und Vereinbarungen hinsichtlich der Leistungserbringung des SUS entwickelt.¹⁷⁴² Die aktuellen Vertragsinhalte der Verträge, die in der privaten Leistungserbringung des SUS in Brasilien angewendet und im Folgenden dargestellt werden, sind das Ergebnis einer Konvergenz von gesetzlichen und vertraglichen Regelungen, welche die private Leistungserbringung ausgestalten.

1. Verträge mit privaten Leistungserbringern

a. Verwaltungsverträge

Die Verwaltungsverträge richten sich an Unternehmen und wurden nicht explizit für den Erwerb gesundheitsbezogener Güter und Dienstleistungen konzipiert. Mit diesen Verträgen soll sichergestellt werden, dass die öffentliche Verwaltung bei sparsamer und ökonomischer Verwendung der öffentlichen Mittel qualitativ hochwertige Güter und Leistungen von zuverlässigen Anbietern erwirbt.

Durch Verwaltungsverträge kann insbesondere die Qualität der gesundheitsbezogenen Leistungen gesteuert werden. Die Steuerung erfolgt vor allem durch die Überprüfung der Leistungsfähigkeit der privaten Leistungserbringer und durch die Feststellung von Spezifikationen in Bezug auf die Qualität und Quantität der gesundheitsbezogenen Güter oder Dienstleistungen beim Auswahl- und Beschaffungsprozess. Die an dem Auswahlverfahren betei-

¹⁷⁴⁰ Art. 199 § 1 BBV/88.

¹⁷⁴¹ Die Grundsätze des SUS sind das universelle Zugangsprinzip, das Gleichberechtigungsprinzip, die integralen und integrierten Versorgungsprinzipien, das Dezentralisierungsprinzip und das soziale Partizipationsprinzip. Zu Grundsätzen des SUS vgl. schon unter 1. Kap. B II 1.

¹⁷⁴² Die Angleichung der Inhalte war ein Prozess, der bereits 1998 angefangen hat. Das Gesetz Nr. 9.637 vom 15.05.1998 (DOU vom 18.05.1998) enthält Regelungen über Zwecken und Leistungsindikatoren bei der privaten Leistungserbringung des SUS. Der Inhalt dieser Regelungen wurde ab 2005 durch das Programm zur Umstrukturierung philanthropischer Krankenhäuser auf Kooperationsvereinbarungen erweitert. Dieses Programm wurde durch den Ministerialerlass Nr. 1.721 vom 21.09.2005 (DOU vom 22.09.2005) eingeführt, um die Krankenhäuser zu unterstützen, die an der Leistungserbringung des SUS teilnehmen. Schließlich enthält das Gesetz Nr. 13.019 vom 31.07.2014 (DOU vom 01.08.2014) weitere Regelungen über den Inhalt von Partnerschaftsverträgen, die im Einklang mit früher erlassenen Rechtsvorschriften stehen.

ligten Unternehmen, z. B. private Krankenhäuser, müssen nach den Regelungen der öffentlichen Ausschreibung als berechtigt anerkannt werden. Diese Berechtigung wird anerkannt, sobald eine Überprüfung der Leistungsfähigkeit der Unternehmen sowie eine Überprüfung der Einhaltung der steuerlichen Verpflichtungen und der sich aus den Arbeitsgesetzen ergebenden Verpflichtungen erfolgt ist.¹⁷⁴³ Bei der Überprüfung der Leistungsfähigkeit der Unternehmen werden die fachliche Qualifikation des Personals sowie die Finanzlage der Firma verifiziert.¹⁷⁴⁴ Die Schaffung von Wettbewerb zwischen den berechtigten privaten Leistungserbringern kann dabei auch als ein Steuerungsinstrument funktionieren, das sich auf Qualität, Effizienz und Kosten der Leistungen auswirkt. Dies ist insoweit der Fall, als der öffentliche Leistungsträger durch das Auswahlverfahren ein Angebot wählen kann, das nicht nur an die Interessen der Leistungserbringung in Bezug auf die Qualität und die Kosten der Leistungen, sondern auch in Bezug auf den Bedarf der Bevölkerung angepasst ist.

Verwaltungsverträge enthalten operative Gesamtpläne,¹⁷⁴⁵ die von den Vertragspartnern ausgearbeitet werden. Diese Pläne beinhalten wichtige Informationen für die Durchführung der Verträge, die von den Vertragspartnern innerhalb der vertraglichen Laufzeit ohne eine Vertragsänderung aktualisiert werden können.¹⁷⁴⁶ Deswegen ist ein operativer Gesamtplan selbst ein Steuerungsinstrument des Verwaltungsvertrags. In diesem Gesamtplan wird eine Beschreibung des Leistungspotenzials der Leistungserbringer mit der Darstellung seiner Versorgungsstruktur festgelegt, d. h. die Anzahl an Praxen, chirurgischen Zentren, Laboren und Krankenhausbetten sowie die Anzahl von Fachpersonal aus allen medizinischen Fachrichtungen, die dem Leistungserbringer zur Verfügung stehen. Dadurch wird versucht, die

¹⁷⁴³ Diese Überprüfung ergibt sich aus der Analyse von verschiedenen Geschäftspapieren gemäß Art. 27-33 des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993. Die Finanzlage der Unternehmen wird gemäß Art. 31, I-II des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993 überprüft. Die Überprüfung erfolgt nach der Darstellung von Geschäftsberichten und der Bescheinigung vom Nichtvorhandensein von Insolvenz- oder Konkursverfahren.

¹⁷⁴⁴ Die fachlichen Qualifikationen der Unternehmen und ihrer Mitarbeiter werden gemäß Art. 30, I-II des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.1993 durch den Eintrag der Leistungserbringer oder ihrer Mitarbeiter in die Berufsorganisation nachgewiesen. Weil dieser Organisation die Überwachung der Berufsausübung obliegt, kann sie auch die Qualifikation der Mitarbeiter der Leistungserbringer bescheinigen.

¹⁷⁴⁵ Der operative Gesamtplan wurde ursprünglich als Bestandteil der Kooperationsvereinbarungen entwickelt, aber sein Inhalt wird mittlerweile als Modell für Verwaltungsverträge, Leitungsverträge und Partnerschaftsverträge im Rahmen der Leistungserbringung des SUS angewendet.

¹⁷⁴⁶ Der operative Gesamtplan wird in der 8. Klausel des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010 geregelt und ist Bestandteil des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010. Zum Verwaltungsvertrag vom 01.10.2010 vgl. schon unter Fn. 1163.

Rolle dieses privaten Leistungserbringers im Versorgungsnetzwerk des SUS zu definieren¹⁷⁴⁷ und damit den Vertragsabschluss mit den privaten Leistungserbringern als eine Ergänzung der öffentlichen Leistungserbringung zu rechtfertigen.

Darüber hinaus beinhaltet ein operativer Gesamtplan eine ausführliche Beschreibung der zu erbringenden Leistungen, die von einer tabellarischen Berechnung von Kosten begleitet wird.¹⁷⁴⁸ Im Gesamtplan werden auch die Aufgaben der Leistungserbringer beschrieben.¹⁷⁴⁹ So gehört es bspw. zu den vertraglichen Aufgaben der privaten Leistungserbringer, die Leistungserbringung demokratisch und geprägt von Transparenz, Rechtschaffenheit und Gleichheit zu verwalten.¹⁷⁵⁰ Es wird außerdem gefordert, dass die privaten Leistungserbringer einen Gesundheitsrat einrichten, um die Durchführung der Gesundheitsversorgung zu begleiten.¹⁷⁵¹ Diese Anforderungen zeigen, wie die Verfahrensweise der privaten Leistungserbringer hinsichtlich der Leistungserbringung durch vertragliche Regelungen gesteuert werden kann.

Im operativen Gesamtplan wird eine geschätzte und angestrebte Anzahl der zu erbringenden gesundheitsbezogenen Leistungen für einen bestimmten Zeitraum als eine konkrete Zielvorgabe für die Erbringung von Gesundheitsleistungen in jeder der medizinischen Fachrichtungen vereinbart. Diese Zielvorgabe bezieht sich nicht nur auf die Durchführung von ambulanten und stationären Behandlungen, sondern ebenso auf die Durchführung von Untersuchungen zur Erkennung und Diagnose von Krankheiten¹⁷⁵² und wird auf der Grundlage eines Bedarfsplans sowie unter Einbeziehung der erbrachten Leistungen der vorangegangenen Jahre berechnet. Die Festlegung dieser Zielvorgabe bedeutet eine gezielte Planung der privaten Leistungserbringung, denn sie ermöglicht, dass bestimmte Leistungen mehr und andere weniger oder gar nicht gefördert werden. Eben darin liegt die Möglichkeit der Steuerung der privaten Leistungserbringung.

¹⁷⁴⁷ Ziffer 3.1.1 des operativen Gesamtplans des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010.

¹⁷⁴⁸ 8. Klausel I des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010.

¹⁷⁴⁹ 8. Klausel II des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010, Ziffer 4 des operativen Gesamtplans.

¹⁷⁵⁰ Ziffer 4 des operativen Gesamtplans des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010.

¹⁷⁵¹ Ziffer 4 des operativen Gesamtplans des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010.

¹⁷⁵² 8. Klausel III des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010, Ziffer 5 des operativen Gesamtplans des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010.

Der operative Gesamtplan beinhaltet ein weiteres Steuerungsinstrument, nämlich die Festlegung von Leistungs-indikatoren.¹⁷⁵³ Zu den Instrumenten der Qualitätskontrolle der Leistungen zählen die Messung der klinischen Ergebnisse durch Leistungsindikatoren, die Messung der durchschnittlichen Wartezeit auf die Behandlung, die durchschnittliche Dauer eines Krankenhausaufenthalts, der Bettennutzungsgrad, die Infektionsrate oder die Sterberate.¹⁷⁵⁴ Wenn die Ergebnisse der Versorgung positiv ausfallen und die Leistungsindikatoren eine Verbesserung der Versorgung zeigen – wie z. B. eine Senkung der durchschnittlichen Wartezeit oder der Infektionsrate –, erhalten die privaten Leistungserbringer Bonuszahlungen. Die Steuerungsfunktion der finanziellen Anreize bei der Inanspruchnahme und Erbringung von Gesundheitsleistungen kann sich auf die Qualität der Versorgung auswirken. Die finanziellen Anreize funktionieren als zusätzliche Motivation, um die Leistungserbringer zur Schaffung einer besseren Qualität der Behandlung zu bewegen.

Ein weiteres Instrument der Qualitätskontrolle ist das staatliche Beurteilungsprogramm der Gesundheitsdienste.¹⁷⁵⁵ Dieses Programm ist ein Führungsinstrument, das mittelbar die Qualität der Leistungen steuern kann. Es wurde vornehmlich verwendet, um die Leistungserbringung des SUS besser zu organisieren.¹⁷⁵⁶ Die privaten Leistungserbringer sind vertraglich verpflichtet, an diesem staatlichen Beurteilungsprogramm teilzunehmen. Dadurch wird die Qualität der Leistungen gesteuert.¹⁷⁵⁷

Auch durch die Vereinbarung der Vergütung der vertraglichen Leistungen kann die Leistungserbringung gelenkt werden. Bei Verwaltungsverträgen werden üblicherweise die Leistungen nach ihrer Anzahl (Einzelleistungsvergütung) vergütet. Der öffentliche Leistungsträger nimmt im Verwaltungsvertrag den Preis auf, der in der Preisliste für Verfahren, Medikamente, Prothesen und spezielle Materialien des SUS angegeben ist. Soweit der öffentliche Leistungsträger über zusätzliche finanzielle Mittel verfügt und die Durchführung von bestimmten Gesundheitsleistungen fördern will, insbesondere in Regionen mit derzeit noch

¹⁷⁵³ 8. Klausel IV des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010, Ziffer 6 des operativen Gesamtplans des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010. Als Leistungsindikatoren der Leistungserbringung werden für diesen Verwaltungsvertrag die Anzahl der durchgeführten Gesundheitsleistungen, die durchschnittliche Dauer des Krankenhausaufenthalts, der Bettennutzungsgrad sowie die Sterberate angenommen.

¹⁷⁵⁴ Ziffer 4 des operativen Gesamtplans des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010.

¹⁷⁵⁵ Zum staatlichen Beurteilungsprogramm der Gesundheitsdienste vgl. schon unter Fn. 1613.

¹⁷⁵⁶ *Ministério da Saúde*, Programa Nacional de Avaliação dos Serviços de Saúde, S. 10 ff.

¹⁷⁵⁷ Durch die Realisierung des Programms wurde bspw. aufgewiesen, dass die Leistungserbringer innerhalb des SUS sich in unterschiedlicher Lage hinsichtlich ihrer Infrastrukturen und finanziellen Ressourcen befinden, was sich auf die Qualität der jeweiligen Leistungserbringung auswirkt, vgl. *Perin/Bozetti/Krauss*, *Nau Social* 2016/2017, S. 50.

mangelhaften Dienstleistungen, kann er sich dazu entschließen, in diesen Regionen einen höheren Preis für diese Dienstleistungen zu bezahlen. Außerdem besteht die Möglichkeit, dass die öffentlichen und privaten Leistungsträger unterschiedliche Bedingungen hinsichtlich der Vergütung der Leistungen vereinbaren, wie etwa die Bezahlung der Vergütung in Raten gemessen am Verlauf der Erbringung der Leistungen.¹⁷⁵⁸ Seit der Einführung der Leistungsverträge im Jahr 1998 wird regelmäßig eine Gesamtvergütung für die Erreichung der Zielvorgaben in Bezug auf die private Leistungserbringung vereinbart. Bei der Vereinbarung der Gesamtvergütung wird berücksichtigt, welche Art von Behandlungsmaßnahmen erbracht wird. Bspw. unterscheiden sich die Preise für eine ambulante oder stationäre Behandlung, solche für die Primärversorgung oder für eine komplexe Behandlung. Hinzu kommt, dass sich die Gesamtvergütung aus zwei Teilen zusammensetzt. Ein fester Anteil wird dabei für die im Vertrag festgehaltene Anzahl der erbrachten Leistungen berechnet und ein variabler Anteil für die Bonuszahlung und auf Basis der Ergebnisse der Leistungsindikatoren (Qualitäts- und Produktivitätsindikatoren)¹⁷⁵⁹.

Die Verwaltungsverträge können darüber hinaus auch weitere Regelungen über die Vergütung der Leistungen enthalten. Bspw. können die Vertragsparteien vereinbaren, dass der private Leistungserbringer die Gesamtvergütung auch bei einer Abweichung von der Zielvorgabe um mehr oder weniger als 5 % erhält. Es kann außerdem im Verwaltungsvertrag vereinbart werden, dass die Vergütung der Leistungen auf Grundlage von Einzelpreisen und nicht mehr durch die Gesamtvergütung erfolgt, soweit die Zielvorgabe von 70 % erreicht wird. Schließlich kann vereinbart werden, dass die Gesamtvergütung in Raten gezahlt wird, d. h. ein erster Anteil wird im Voraus getilgt und die Zahlung der restlichen Summe erfolgt im Laufe der Durchführung der Dienstleistungen.

Dieser Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien zur Vereinbarung von Regelungen über die Vergütung der Gesundheitsleistungen ist ein weiteres Steuerungsinstrument der Leistungserbringung. Soweit diese Regelungen den privaten Leistungserbringer begünstigen, kann er motiviert werden, bestimmte Leistungen insbesondere in strukturschwachen und sozial benachteiligten Regionen zu erbringen. Darüber hinaus kann die Vereinbarung von Vergütungsregelungen dem öffentlichen Leistungsträger dazu verhelfen, Kosten zu sparen, die so dann anderweitig investiert oder zur Erbringung anderer notwendiger Leistungen genutzt werden können.

¹⁷⁵⁸ Art. 7 des Ministerialerlasses Nr. 3.123 vom 07.12.2006 (DOU 08.12.2006) enthält die Basis für den Verhandlungsspielraum.

¹⁷⁵⁹ Ziffer 6.2 des operativen Gesamtplans des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010.

In den Verwaltungsverträgen sind also diverse Steuerungsinstrumente vorgesehen. Die reine vertragliche Vereinbarung von Steuerungsinstrumenten bedeutet jedoch nicht, dass eine effektive Steuerung tatsächlich realisiert wird. Es ist daher notwendig zu überprüfen, ob die Vereinbarungen auch tatsächlich durchgeführt werden. Dem öffentlichen Leistungsträger obliegt die Kontrolle der Durchführung der vertraglichen Verpflichtungen.¹⁷⁶⁰ Dazu wird ein ständiger Überwachungsbeirat aus Vertretern der Vertragspartner eingerichtet.¹⁷⁶¹ Eine Bewertung der Steuerung der Leistungserbringung ergibt sich aus einem Vergleich zwischen den vertraglichen Zielvorgaben und den Ergebnissen.

b. Kooperationsvereinbarungen

Anders als Verwaltungsverträge, die für den Erwerb von allgemeinen Gütern und Dienstleistungen konzipiert wurden, wurden die Kooperationsvereinbarungen zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels der Kooperationspartner entwickelt. Die Kooperationsvereinbarungen richten sich an private Leistungserbringer, welche die Form einer nicht gewinnorientierten Einrichtung haben.

Der Kooperationsgegenstand kann vielfältig sein. Im Rahmen der Leistungserbringung des SUS werden die Kooperationsvereinbarungen vornehmlich zum Erwerb von besonderen Ausstattungen und Materialien sowie zur Durchführung von bestimmten relevanten Tätigkeiten für die Gesundheitsversorgung des SUS angewendet. Z. B. kann eine Kooperationsvereinbarung zwischen einem öffentlichen Leistungsträger und einem gemeinnützigen Krankenhaus abgeschlossen werden, um das gemeinsame Ziel, nämlich eine Verbesserung der Gesundheitsversorgung, zu erreichen. Aufgrund dieser Kooperationsvereinbarung überweist der öffentliche Leistungsträger Finanzmittel an ein Krankenhaus, z. B. zum Erwerb von Röntgengeräten oder Tomographen. Mit dieser neuen Ausstattung kann das Krankenhaus schließlich eine bessere Versorgung für die Nutzer des SUS anbieten. Das folgende Beispiel zeigt die Anwendbarkeit der Kooperationsvereinbarung für die Durchführung von relevanten Tätigkeiten der Gesundheitsversorgung: Im Rahmen eines Immunisierungsprogramms zu einer schrittweisen Ausrottung bestimmter Krankheiten werden vom öffentlichen Leistungsträger verschiedene Impfstoffe an ein Krankenhaus übergeben. Dieses Krankenhaus ist seinerseits nach den vertraglichen Regelungen verpflichtet, die Impfstoffe den Nutzern des SUS zur Verfügung zu stellen. Durch solche Maßnahmen, die in einer Kooperationsvereinbarung geregelt werden können, ist es möglich, die Qualität der Leistungen sowie den Umfang der Gesundheitsversorgung zu steuern.

¹⁷⁶⁰ 7. Klausel II und 11. Klausel des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010.

¹⁷⁶¹ 13. Klausel des Verwaltungsvertrags vom 01.10.2010.

Kooperationsvereinbarungen mit gemeinnützigen privaten Leistungserbringern werden weiterhin abgeschlossen, um gesundheitsbezogene Dienstleistungen wie ambulante und stationäre Behandlungen für die Gesundheitsversorgung des SUS zu ermöglichen. In diesem Fall gibt es kaum einen Unterschied zwischen Kooperationsvereinbarungen und Verwaltungsverträgen hinsichtlich der Steuerungsmöglichkeit. Die beiden juristischen Instrumente ähneln sich in ihrem Inhalt stark. Dadurch sind auch bei Kooperationsvereinbarungen die wichtigsten Steuerungsinstrumente die Vereinbarung einer Zielvorgabe für die Erbringung von Gesundheitsleistungen, die Vereinbarung einer Gesamtvergütung sowie die Vereinbarung von Leistungsindikatoren mit finanzieller Auswirkung. Die Steuerungsmöglichkeiten, die diese Instrumente bieten und die schon in Bezug auf Verwaltungsverträge analysiert wurden, gelten entsprechend für die Kooperationsvereinbarungen.

c. Leitungsverträge

Leitungsverträge enthalten Regelungen über Partnerschaften zwischen öffentlichen Verwaltungsträgern und privaten, nicht gewinnorientierten Einrichtungen und sollen Tätigkeiten in verschiedenen Bereichen wie z. B. Bildung, wissenschaftliche Forschung, technologische Entwicklung, Umweltschutz, Kultur und Gesundheitsversorgung fördern. Leitungsverträge und Kooperationsvereinbarungen ähneln sich hinsichtlich der Vertragsparteien, des Vertragsgegenstands und des Vertragsinhalts. Der Unterschied zwischen beiden besteht jedoch darin, dass zum Leitungsvertragsabschluss die gemeinnützige Einrichtung zusätzlich noch durch ein Verwaltungsverfahren beim Bundesministerium für Gesundheit als Soziale Organisation qualifiziert sein muss.¹⁷⁶² Die Qualifizierung der Einrichtung dient nicht nur dazu, die Leistungsfähigkeit der OS zu überprüfen, sondern auch sicherzustellen, dass sie wirklich nicht gewinnorientiert ist.

Zwar werden Leitungsverträge als Verträge präsentiert, die Partnerschaften zwischen öffentlichen Leistungsträgern und OS regeln, tatsächlich aber dienen sie vielmehr einer Übertragung der Durchführung und der Verwaltung der Gesundheitsversorgung an die privaten Leistungserbringer.¹⁷⁶³ Obwohl der Umfang dieser Übertragung verfassungsrechtlich aufgrund

¹⁷⁶² Gesetz Nr. 9.637 vom 15.05.1998, DOU vom 18.05.1998.

¹⁷⁶³ Als Gegenstand des Leitungsvertrags wird gemäß der 1. Klausel des Leitungsvertrags vom 26.06.2014 neben der Durchführung der Dienstleistungen auch „die Operationalisierung der Verwaltung“ vereinbart.

des für die Gesundheitsversorgung verantwortlichen staatlichen Gesundheitssystems umstritten ist,¹⁷⁶⁴ nimmt die Zahl der Leitungsverträge stetig zu. Da die öffentlichen Leistungsträger in die öffentlichen Leistungserbringer nicht investieren, werden Leitungsverträge zur Erweiterung der Leistungsangebote abgeschlossen.

Steuerungsinstrumente der Leitungsverträge sind insbesondere die Regelungen über den Verwaltungsrat der OS. Die OS müssen einen Verwaltungsrat einrichten, in dem 20 bis 40 % der Mitglieder Vertreter der öffentlichen Verwaltung sein sollen. Dies verdeutlicht auch, dass eine OS kein rein privater Leistungserbringer ist und, dass die öffentlichen Leistungsträger durch ihre Vertreter wichtige Entscheidungen der OS beeinflussen können.¹⁷⁶⁵ Ein Beispiel für diesen Einfluss ist die vertragliche Regelung, nach der eine OS nur 70 % der Gesamtvergütung für Personalausgaben verwenden darf.¹⁷⁶⁶

Aufgrund der Verwaltungsverträge, Kooperationsvereinbarungen und Leitungsverträge sind die privaten Leistungserbringer verpflichtet, gesundheitsbezogene Leistungen zu erbringen. Zur Realisierung der vertraglichen Leistungserbringung bekommen sie eine vertragliche Ermächtigung, das notwendige Fachpersonal aus allen medizinischen Fachrichtungen durch Arbeitsverträge einzustellen.¹⁷⁶⁷

Eine solche Ermächtigung wäre grundsätzlich nicht erforderlich, weil ein privater Leistungserbringer eine rechtsfähige juristische Privatperson ist, die jede Art von Rechtsbeziehung eingehen kann. Jedoch dient der Abschluss dieser Arbeitsverträge allein dem Ziel, den Vertragsgegenstand zu erfüllen. Statt die Erbringung der Leistungen durch angestellte Beamte zu realisieren, wird sie durch OS und infolgedessen durch private Angestellte realisiert. Als Folge daraus wird ein wesentlicher Teil der Kosten für die Leistungserbringung nicht mehr als öffentliche Personalausgabe betrachtet, sondern als Ausgabe durch Verträge und Vereinbarungen. Infolgedessen müssen diese Kosten angesichts der gesetzlichen Obergrenze für

¹⁷⁶⁴ Gemäß Art. 196 BBV/88 ist die Gesundheitsversorgung eine Verpflichtung des Staates. Zur verfassungsrechtlichen Diskussion über die Übertragung der Gesundheitsversorgung im Rahmen des Leitungsvertrags siehe Fn. 1236.

¹⁷⁶⁵ Zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats der OS gehören die Zustimmung zum Vorschlag des Leitungsvertrags, die Zustimmung zum Haushaltsvorschlag, die Festlegung der Vergütung der Mitglieder des Vorstands und die Zustimmung zur Geschäftsordnung gemäß Art. 4 II, III, V und VII des Gesetzes Nr. 9.637 vom 15.05.1998.

¹⁷⁶⁶ Ziffer 28 der 2. Klausel des Leitungsvertrags vom 26.06.2014.

¹⁷⁶⁷ Ziffer 8 der 2. Klausel des Leitungsvertrags vom 26.06.2014.

Aufwendungen für staatliche Arbeitskraft¹⁷⁶⁸ nicht reduziert werden. Anders als bei den öffentlichen Leistungsträgern und Leistungserbringern müssen die OS bei der Einstellung von Mitarbeitern nicht die Regelungen des öffentlichen Rechts beachten, da es sich bei ihnen um juristische Privatpersonen handelt. Das bedeutet eine wichtige Flexibilisierung der Personalkosten, die als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung angewendet werden kann.

Die private Leistungserbringung durch Leitungsverträge unterscheidet sich nicht wesentlich von derjenigen, die durch Verwaltungsverträge und Kooperationsvereinbarungen realisiert wird. Neben den Leitungsverträgen werden Vertragsanhänge ausgearbeitet, in denen Regelungen über die Zielvorgabe für die zu erbringenden Dienstleistungen,¹⁷⁶⁹ über das Vergütungsverfahren sowie über die Leistungsindikatoren vereinbart werden.¹⁷⁷⁰ Auch eine Gesamtvergütung wird für einen Zeitraum von 5 Jahren beschlossen.¹⁷⁷¹ Wie bei den anderen Verträgen und Vereinbarungen besteht diese Gesamtvergütung aus einem festen und einem variablen Teil¹⁷⁷² und sie soll in Raten während der Vertragslaufzeit bezahlt werden.¹⁷⁷³ Die OS können sogar einen Teil der Gesamtvergütung in den Finanzmarkt investieren,¹⁷⁷⁴ Spenden entgegen nehmen sowie Kredite aufnehmen.¹⁷⁷⁵ Diese breit gefächerten Anwendungsmöglichkeiten hinsichtlich der Gesamtvergütung zeigen, dass die Vergütung bei Leitungsverträgen weit mehr als eine reine Gegenleistung ist. Sie ist eine finanzielle Ressource, welche die OS verwalten können. Auch wenn die Leistungsindikatoren bereits im Jahr 1998 eingeführt wurden,¹⁷⁷⁶ findet auch heutzutage teilweise noch eine Steuerung der Qualität der Leistungen durch Verträge und Vereinbarungen statt. Qualitätsindikatoren werden neben Produktivitätsindikatoren mit den gleichen Auswirkungen festgelegt und beziehen sich insbesondere auf die stationäre Behandlung. Besondere Maßnahmen zur Qualitätssicherung wie Maßnahmen zu Veränderungen der Strukturqualität, welche sich auf die Qualifikation des ärztlichen und nicht ärztlichen Heilpersonals sowie die Ausstattung der Praxis beziehen, werden nicht vereinbart. Eine Bewertung des aktuellen medizinischen Wissensstandes über

¹⁷⁶⁸ Budgetrestriktionen für Personal werden in den Art. 18-19 des Ergänzungsgesetzes Nr. 101 vom 04.05.2000 (DOU vom 05.05.2000) geregelt.

¹⁷⁶⁹ Im Anhang I des Leitungsvertrags vom 26.06.2014 werden die zu erbringenden Dienstleistungen der ambulanten und stationären Behandlungen ausführlich beschrieben.

¹⁷⁷⁰ 1. Klausel des Leitungsvertrags vom 26.06.2014.

¹⁷⁷¹ 7. Klausel des Leitungsvertrags vom 26.06.2014.

¹⁷⁷² Die Qualitätsindikatoren werden im Anhang III des Leitungsvertrags vom 26.06.2014 geregelt.

¹⁷⁷³ 7. Klausel § 1 des Leitungsvertrags vom 26.06.2014.

¹⁷⁷⁴ 7. Klausel § 3 des Leitungsvertrags vom 26.06.2014.

¹⁷⁷⁵ 7. Klausel § 4 des Leitungsvertrags vom 26.06.2014.

¹⁷⁷⁶ Die Leistungsindikatoren wurden durch Art. 7 I des Gesetzes Nr. 9.637 vom 01.05.98 (DOU vom 18.05.98) eingeführt.

die diagnostischen und therapeutischen Verfahren in den ambulanten Behandlungen wird ausschließlich vom öffentlichen Leistungsträger mit Unterstützung der Bundesagentur für die Überwachung der Hygienevorschriften durchgeführt. Da die Leistungsindikatoren eine finanzielle Auswirkung haben, wird die Qualität durch finanzielle Anreize für die Leistungserbringer gefördert.

d. Partnerschaftsverträge

Partnerschaftsverträge gleichen sehr stark den Leitungsverträgen. Wie bei letzteren werden auch durch Partnerschaftsverträge Kooperationen zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten, nicht gewinnorientierten Einrichtungen vereinbart, um bestimmte Tätigkeiten einschließlich der Gesundheitsversorgung zu fördern oder durchzuführen.¹⁷⁷⁷ Auch hier muss die private Einrichtung als zivilgesellschaftliche Organisation mit öffentlichem Interesse durch ein Verwaltungsverfahren beim Bundesjustizministerium qualifiziert werden.¹⁷⁷⁸ Ebenso wie bei den Leitungsverträgen kann das Qualifikationsverfahren dieser Einrichtungen als Steuerungsinstrument der Qualität dienen, soweit durch dieses Verfahren die Leistungsfähigkeit der privaten Einrichtung überprüft wird.

Im Rahmen des SUS bezwecken diese Kooperationen die Förderung gesundheitsbezogener Tätigkeiten. Nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung, in welcher der öffentliche Leistungsträger die Tätigkeiten, die durch private Leistungserbringer realisiert werden, ausführlich beschreibt, stellt die Organisation der Zivilgesellschaft ihre Angebote zur Erfüllung dieses öffentlichen Auftrags in Form von Arbeitsprogrammen dar. Darin wird ausführlich beschrieben, welche gesundheitsbezogenen Leistungen innerhalb dieser Kooperation erbracht werden sollen. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 13.019¹⁷⁷⁹ sind weitere gemeinnützige Organisationen in den Kreis der Vertragsparteien aufgenommen worden.¹⁷⁸⁰ Folglich kann eine Vielzahl von Organisationen der Zivilgesellschaft in Partnerschaftsverträgen miteinander konkurrieren. Der Wettbewerb zwischen diesen Organisationen ermöglicht dem öffentlichen Leistungsträger die Auswahl desjenigen Arbeitsprogramms, das für die Realisierung der Leistungserbringung am besten dienlich ist. Das bedeutet, dass der Leistungsträger in einem gewissen Umfang Kontrolle über die Qualität und den Preis der zu

¹⁷⁷⁷ Die im Gesetz festgelegten Tätigkeiten werden im 2. Kap. beschrieben. Dazu vgl. schon unter Fn. 1290.

¹⁷⁷⁸ Das Gesetz Nr. 9.790 vom 23.03.1999 (DOU vom 24.03.1999) enthält Regelungen über den Partnerschaftsvertrag und die Qualifizierung der privaten, nicht gewinnorientierten Einrichtungen als Organisationen der Zivilgesellschaft mit öffentlichem Interesse.

¹⁷⁷⁹ Vom 31.07.2014, DOU vom 01.08.2014.

¹⁷⁸⁰ Die gemeinnützigen Organisationen werden als Organisationen der Zivilgesellschaft gemäß Art. 2 I des Gesetzes Nr. 13.019 bezeichnet.

erbringenden Leistungen hat, weil er die Leistungserbringer entsprechend auswählen kann. Mittelbar kann der so gegebene Wettbewerb somit als ein Steuerungsinstrument angewendet werden.

Das ausgewählte Arbeitsprogramm ist Bestandteil des Partnerschaftsvertrags. Um das vertragliche Arbeitsprogramm durchzuführen, wird die Organisation der Zivilgesellschaft wie bei Leitungsverträgen vertraglich ermächtigt, Arbeitsverträge mit weiteren privaten Leistungserbringern abzuschließen. Wie schon im Rahmen der Analyse der Leitungsverträge erläutert wurde, hat diese vertragliche Regelung eine Steuerungsfunktion in Bezug auf die Ausgaben für die Leistungserbringung. Ebenso wie in den zuvor analysierten Verträgen und Vereinbarungen werden auch bei Partnerschaftsverträgen eine Zielvorgabe für die Leistungserbringung, eine Gesamtvergütung sowie Leistungsindikatoren mit finanziellen Auswirkungen vereinbart, die als Steuerungsinstrumente angewendet werden können.

e. Administrative Konzessionsverträge der Public Private Partnership (PPP)

Die Leistungserbringung des SUS wird darüber hinaus durch administrative Konzessionsverträge der PPP ergänzt. Diese Vertragsform ist jedoch wenig verbreitet und unterscheidet sich von den anderen Verträgen und Vereinbarungen insbesondere dadurch, dass sie eine langfristige Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen Leistungsträger und einem Privatunternehmen regelt, um staatliche Infrastruktureinrichtungen zu errichten und zu betreiben bzw. diese öffentlichen Dienste bereitzustellen.

Administrative Konzessionsverträge der PPP werden zum Aufbau und zum Betrieb von gesundheitsbezogenen Einrichtungen angewendet. Die Unternehmer übernehmen durch diesen Vertragstyp die Verantwortung für die Aufstellung und Durchführung des Bauleitplanes eines Krankenhauses oder einer Poliklinik sowie anschließend die Verwaltung und Durchführung der Gesundheitsversorgung. In dieser Arbeit werden allerdings nur die vertraglichen Regelungen über die Leistungserbringung analysiert. Außer Betracht bleiben die vertraglichen Normen über den Aufbau der Infrastruktur.

Administrative Konzessionsverträge der PPP sind umfangreiche und bis ins Detail ausformulierte Verträge über besondere wirtschaftliche Projekte. Sie enthalten vornehmlich zahlreiche Regelungen über die Gründung der Gesellschaft,¹⁷⁸¹ welche die privaten Unternehmen und Investoren in den Administrativen Konzessionsverträgen vertritt,¹⁷⁸² über die Fi-

¹⁷⁸¹ Der Administrative Konzessionsvertrag wird mit einer Zweckgesellschaft geschlossen, die nur gegründet wurde, um diesen Vertrag abzuschließen. Dazu vgl. schon unter Fn. 1353. Als Beispiel siehe Kapitel VI, Ziffer 21 und Anhang 7 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010. Zum administrativen Konzessionsvertrag siehe Fn. 1359.

¹⁷⁸² Kapitel VI, Ziffer 21 und Anhang 7 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010.

nanzierung der privaten Unternehmer¹⁷⁸³ sowie über die unterschiedlichen Vertragsgarantien für die Durchführung des jeweiligen Vertrags.¹⁷⁸⁴ Aus diesem Grund soll in dieser Arbeit auf eine genaue Analyse der gesamten Steuerungsmöglichkeiten der Leistungserbringung, die diese Verträge bieten, verzichtet werden. Es ist jedoch möglich, einige Steuerungsinstrumente zu identifizieren, die in den bereits analysierten Verträgen und Vereinbarungen erkannt wurden.

Eine erste Analyse könnte zu dem Schluss führen, dass auch bei administrativen Konzessionsverträgen eine Gesamtvergütung für die zu erbringenden vertraglichen Leistungen vereinbart wird. Dies ist jedoch nicht der Fall. Anders als bei den anderen Verträgen und Vereinbarungen wird hier lediglich ein Vertragswert ausgehandelt. Dieser Vertragswert entspricht dem Verhältnis zwischen den Kosten der Leistungserbringung und der Vergütung der privaten Unternehmen.¹⁷⁸⁵ Der Vertragswert selbst ist variabel, nicht jedoch das Verhältnis, dem er entspricht.¹⁷⁸⁶ Der Vertragswert muss nicht nur die Kosten der zu erbringenden Leistungen decken, sondern soll den privaten Unternehmen auch einen bestimmten Gewinn bringen,¹⁷⁸⁷ der während der Laufzeit des Vertrags stabil bleiben muss. Diese Anforderung wird im administrativen Konzessionsvertrag unter der Bezeichnung „finanzielles Gleichgewicht des Vertrags“ geregelt.¹⁷⁸⁸ Um dieses Gleichgewicht beizubehalten, wird die monatliche Vergütung an die Ausgaben durch die Leistungen angepasst,¹⁷⁸⁹ sodass sich auch der Vertragswert ändert.

Dies verdeutlicht, dass die vertraglichen Regelungen vorrangig die wirtschaftlichen Interessen der privaten Unternehmen schützen. Die Chance, die Leistungserbringung durch die Vereinbarung des Vertragswerts in Richtung des Versorgungsbedarfs der Nutzer des SUS zu steuern, erscheint gering. Der öffentliche Leistungsträger kann auf die inhaltliche Gestaltung der Regelung des Vertragswertes keinen Einfluss nehmen.¹⁷⁹⁰ Viel maßgeblicher als die In-

¹⁷⁸³ Kapitel III, Ziffer 3 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010.

¹⁷⁸⁴ Kapitel V, Ziffer 18 und Anhänge 5-6 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010.

¹⁷⁸⁵ Kapitel IV, Ziffer 13.1 und Anhang 4 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010.

¹⁷⁸⁶ Gemäß Kapitel IV, Ziffer 13.1.2 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010 ist der Vertragswert rein indikativ, d. h., er repräsentiert das Verhältnis der Leistungsaufwendungen und Gewinne der privaten Leistungserbringer.

¹⁷⁸⁷ Kapitel IV, Ziffer 13.1.2 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010.

¹⁷⁸⁸ Kapitel IV, Ziffer 17 und Anhang 4 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010.

¹⁷⁸⁹ Der Vertragswert wird in monatlichen Raten und nach vertraglichen Regelungen bezahlt. Siehe Kapitel IV, 14 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010.

¹⁷⁹⁰ Siehe Kapitel IV, 14.8 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010.

teressen des öffentlichen Leistungsträgers sind wirtschaftliche Faktoren wie die mit den Berufsverbänden vereinbarten Werte der Lohnangleichung, der Verbraucherpreisindex sowie die Inflationsrate, welche bei der Berechnung des Vertragswertes berücksichtigt werden. Definitiv werden durch den administrativen Konzessionsvertrag die Personalaufwendungen gesteuert, so wie regelmäßig auch durch die anderen Verträge und Vereinbarungen.¹⁷⁹¹

Ein Bewertungssystem für die zu erbringenden Leistungen und die Anwendung von Leistungsindikatoren wird ebenso im administrativen Konzessionsvertrag und in seinen Anhängen geregelt.¹⁷⁹² Wie in den anderen Verträgen und Vereinbarungen haben die Leistungsindikatoren eine finanzielle Auswirkung. Allerdings gibt es eine Neuerung in Bezug auf die Steuerung der Qualität der Leistungserbringung. Die Qualität wird hier nicht nur durch die klinische Ergebnismessung und die Anwendung von Indikatoren, sondern auch durch die Akkreditierung von gesundheitsbezogenen Einrichtungen kontrolliert. Jede Einrichtung, die durch einen administrativen Konzessionsvertrag verwaltet wird, wird von einer unabhängigen externen Organisation akkreditiert.¹⁷⁹³ Die Akkreditierung ist ein wichtiges Bewertungsverfahren, das die Qualitätssicherungsmaßnahmen in den gesundheitsbezogenen Einrichtungen überprüft. Dies bedeutet, dass diese Einrichtungen eine formelle Anerkennung für die Kompetenz unter Berücksichtigung der Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität erhalten sollen. Die Bewertung ist somit ein wichtiges Steuerungsinstrument für die Qualität der Leistungen.

2. Verträge und Vereinbarungen als Steuerungsinstrument

Die Entwicklung von Verträgen und Vereinbarungen zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung befindet sich in Brasilien in einer Anfangsphase. Die Steuerung der Leistungserbringung wird durch Bundes- und Landesgesetze, Rechtsverordnungen und Ministerialerlasse des Bundesministeriums für Gesundheit sowie verschiedene Informationssysteme der öffentlichen Leistungsträger realisiert. Dennoch lässt sich beobachten, dass diese Verträge und Vereinbarungen durch ihre zunehmende Anwendung eine Aufwertung erfahren haben und sie als Steuerungsinstrument an Bedeutung gewinnen.

¹⁷⁹¹ Der private Leistungserbringer kann Arbeitsverträge mit den Berufsgruppen der medizinischen Fachbereiche zur Erbringung der Leistungen abschließen gemäß Kapitel III, Ziffer 7.1.1 und Ziffer 10 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010.

¹⁷⁹² Ziffer 2 des Anhangs 4 des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010.

¹⁷⁹³ Eine unabhängige Organisation, die als Akkreditierungsstelle bei *Canadian Council for Health Service Accreditation* oder *Joint Commission and the Accreditation of Healthcare Organization* anerkannt wird, soll gemäß Ziffer 7.1.3 des 3. Kapitels des administrativen Konzessionsvertrags vom 28.05.2010 die Sicherung und die Weiterentwicklung der Qualität der zu erbringenden gesundheitsbezogenen Leistungen überprüfen.

Öffentliche Leistungsträger können Gesundheitsleistungen auf dem freien Markt suchen und durch die Anwendung von Verträgen und Vereinbarungen diese Leistungen in die Leistungserbringung des SUS integrieren. Diese Möglichkeit, sich allein dem Markt zuzuwenden, statt selbst Leistungen zu erbringen, ist ein wichtiges Steuerungsinstrument der Leistungserbringung. Soweit die öffentlichen Leistungsträger nach wirtschaftlichen, bedarfs- oder qualitätsorientierten Gesichtspunkten entscheiden können, welcher Teil der Versorgung von öffentlichen und welcher von privaten Leistungserbringern realisiert werden soll, steuern sie die Leistungserbringung des SUS.

Die Steuerung der privaten Leistungserbringung durch Verträge und Vereinbarungen fokussiert sich auf Menge, Kosten sowie Qualität der Leistungen. Neben der Überprüfung der Leistungsfähigkeit der privaten Leistungserbringung und der Einrichtung eines Wettbewerbs zwischen den Leistungserbringern beinhalten die Verträge Vereinbarungen über Zielvorgaben, über die Gesamtvergütung und über Leistungsindikatoren der Steuerungsinstrumente der Leistungserbringung. Die Steuerung der Qualität konzentriert sich vor allem auf die Dimension des Ergebnisses. Weitere Dimensionen der Qualitätskontrolle¹⁷⁹⁴ wie die Strukturqualität und Prozessqualität werden nicht regelmäßig berücksichtigt.

Bedeutend für die Anwendung der Verträge und Vereinbarungen als Steuerungsinstrument ist eine effektive Arbeit des im Vertrag geregelten Ausschusses für die Begleitung ihrer Durchführung. Die formelle Einrichtung dieses Ausschusses und seine Berichterstattung reichen jedoch nicht aus. Auf Grundlage des Vergleichs zwischen der vereinbarten Zielvorgabe und den Ergebnissen müssen weitere Maßnahmen durchgeführt werden, um die Auswirkung der Steuerungsinstrumente am Ziel der Leistungserbringung zu orientieren.

Trotz der zunehmenden Bedeutung der Verträge als Steuerungsinstrument gibt es Gründe für Kritik. Zu nennen ist hier bereits die fehlende Klarheit der gesetzlichen Regelungen betreffend die private Leistungserbringung im SUS. Der Staat fördert die privaten Leistungserbringer durch Zuschüsse, Anreize, Finanzierungen und Steuerbefreiungen.¹⁷⁹⁵ Angesichts der finanziellen Unterstützung der privaten Leistungserbringer stellt sich die Frage, warum

¹⁷⁹⁴ Die Qualität wird nach den Dimensionen Struktur, Prozess und Ergebnis bewertet. Strukturqualität bezieht sich auf institutionelle Faktoren wie die Finanzierung der Leistungen und das Ausbildungsniveau in den Gesundheitsprofessionen. Prozessqualität hingegen bezieht sich auf das Zusammenwirken bei der Erbringung der Leistungen, *Rosembeck/Gerlinder*, Gesundheitspolitik, S. 381.

¹⁷⁹⁵ Als Beispiel der staatlichen Unterstützung für private Leistungserbringer kann genannt werden: Die Steuerbefreiung von der Einkommenssteuer für private Ausgaben im Gesundheitsbereich; die Förderung von Gesundheitsplänen (private Krankenversicherung) und das Programm zur Umstrukturierung des philanthropischen Krankenhauses (nicht gewinnorientierte private juristische Person), das durch den Ministerialerlass Nr. 1.721 vom 21.09.2005 (DOU vom 22.09.2005) geregelt ist. Dazu vgl. schon unter 1. Kap. B III 2.

der Staat diese finanziellen Ressourcen nicht zur Verbesserung der Infrastruktur und der Angebote der öffentlichen Leistungserbringer einsetzt. Brasilien hat sich in seiner Verfassung für ein staatliches Gesundheitssystem entschieden, welches eine Einbeziehung der privaten Leistungserbringung in das SUS sowie ihre finanzielle Unterstützung rechtfertigungsbedürftig macht. Die Realität ist aber eine andere. Zahlreiche Leitungsverträge, Partnerschaftsverträge sowie administrative Konzessionsverträge der PPP weichen von den Regelungen des öffentlichen Rechts ab. Durch diese Verträge wird nicht nur die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Gesundheitsversorgung), sondern auch die Verwaltung der Gesundheitsversorgung selbst auf Private übertragen. Dabei kann nicht von einer Auslagerung von Leistungen an eine private juristische Person die Rede sein (*contracting out*), sondern es handelt sich hierbei um eine Erscheinungsform der funktionalen Privatisierung,¹⁷⁹⁶ in der Form, dass die Leistungsträger sich bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der privaten Leistungserbringer bedienen, die Zuständigkeit für die Staatsaufgabe und damit die Kosten aber in der öffentlichen Hand verbleiben.¹⁷⁹⁷

¹⁷⁹⁶ *Di Pietro*, *Parcerias na Administração Pública*, S. 7.

¹⁷⁹⁷ Da kein staatliches Eigentum durch die Verträge der Leistungserbringung an Private übertragen wird, sind diese Verträge nicht im Gesetz Nr. 9.491 vom 09.09.1997 (DOU vom 10.09.1997) enthalten, das die Privatisierung in Brasilien regelt.

4. Kapitel: Ergebnisse des Rechtsvergleichs

Nach der Darstellung der Grundlagen der Gesundheitssysteme in Brasilien und Deutschland und der Untersuchung unterschiedlicher Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern unter Berücksichtigung ihrer Funktion als Steuerungsinstrument werden in diesem Kapitel die Ergebnisse dieses Rechtsvergleichs dargestellt.

Zunächst werden hierzu die allgemeinen Parallelen und Unterschiede zwischen dem brasilianischen und dem deutschen Gesundheitssystem beleuchtet. Daraufhin wird die Anwendung der Verträge als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung auf Grundlage der vorangegangenen rechtlichen Bewertung der ausgewählten Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern präsentiert sowie erklärt, warum die vertragliche Dimension in Deutschland und in Brasilien jeweils unterschiedliche Intensität hat. Schließlich wird der Frage nachgegangen, ob der Einsatz von Kollektiv- und Selektivverträgen als Steuerungsinstrument als Modell für Brasilien fungieren kann.

A. Zu den allgemeinen Parallelen und Unterschieden zwischen Deutschland und Brasilien

Obwohl Brasilien und Deutschland zwei ganz unterschiedliche Modelle für ihr jeweiliges Gesundheitssystem gewählt haben, sind neben den zahlreichen unterschiedlichen Aspekten auch Ähnlichkeiten zu finden, auf die noch näher einzugehen sein wird.

Dass es trotz grundlegend verschiedener Gesundheitssysteme Ähnlichkeiten gibt, könnte ein Indiz dafür sein, dass es eine Entwicklungslinie der Organisation von Gesundheitssystemen bzw. eine globale Tendenz der Annäherung von unterschiedlichen Gesundheitssystemen gibt.¹⁷⁹⁸ Die Unterschiede zu anderen Gesundheitssystemen und spezifischen Eigenschaften eines Systems zeigen wiederum die Besonderheiten jedes Gesundheitsmodells auf sowie die Eigenarten jedes Landes bei der Gestaltung seines Gesundheitssystems, die in enger Verbindung mit seiner historischen Entwicklung sowie politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Bedingungen stehen.

I. Ausgestaltung und Entwicklung der Gesundheitssysteme

1. Entstehung und Einrichtung der Gesundheitsversorgung

Der Beginn des staatlichen Sozialschutzes steht im Zusammenhang mit dem Strukturwandel der Gesellschaft im 19. Jahrhundert, der durch die kapitalistische Produktionsweise erzeugt

¹⁷⁹⁸ Zum Konvergenzbereich innerhalb der Gesundheitssysteme von europäischen Ländern siehe *Wendt/Grimmeisen/Helmert/Rothgang*, *Convergence or Divergence of OECD Health Care System?* S. 22 f.

wurde.¹⁷⁹⁹ Die aufkommende Industrialisierung verlangte nach menschlicher Arbeitskraft, die vor den Wechselfällen des Lebens geschützt werden musste, um die industrielle Entwicklung sicherzustellen.

Gleichzeitig brachten die verschlechterten Arbeitsbedingungen und die Sicherheitsstandards der kapitalistischen Produktion viele soziale Probleme mit sich und infolgedessen soziale Unruhen.¹⁸⁰⁰ Um diese gesellschaftliche Situation, die als soziale Frage bezeichnet wurde,¹⁸⁰¹ in den Griff zu bekommen, verabschiedete der Staat Gesetze, die Schutz für die lohnabhängigen Erwerbsarbeitenden gewährleisten sollten. Diese Entwicklung fand sowohl in Deutschland¹⁸⁰² als auch in Brasilien statt.¹⁸⁰³

In Deutschland wurde relativ früh, nämlich Ende des 19. Jahrhunderts, ein Sozialversicherungssystem eingeführt. Bereits 1883 wurde ein Krankenversicherungssystem eingerichtet (Bismarck-Modell).¹⁸⁰⁴ Brasilien hat im Jahr 1923 das erste Gesetz für sozialen Schutz verabschiedet, das seinerseits von dem von Bismarck geprägten Sozialversicherungsmodell inspiriert war.¹⁸⁰⁵ Es wurden Renten- und Pensionskassen eingerichtet, die Arbeitnehmer bzw. Erwerbstätige bestimmter Branchen und ihre Angehörigen absicherten. Das Ziel der Regierung war – ebenso wie in Deutschland –, durch die Gesetzgebung sozialen Unruhen vorzubeugen.¹⁸⁰⁶ In beiden Ländern stand die Entwicklung der Gesundheitsversorgung also in Verbindung mit der Lohnarbeit. In Konsequenz dessen hatten in beiden Ländern zunächst auch nur Arbeitnehmer ein Recht auf Gesundheitsversorgung.

Beide juristischen Systeme gehören zum kontinentaleuropäischen Rechtskreis,¹⁸⁰⁷ in dem die Kodifizierung¹⁸⁰⁸ der rechtlichen Regelungen und Prinzipien eine wichtige Rolle

¹⁷⁹⁹ *Bäcker/Naegele/Bispinck/Hofemann/Neubauer*, Sozialpolitik und soziale Lage in Deutschland, S. 57.

¹⁸⁰⁰ Vgl. *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, S. 41.

¹⁸⁰¹ Zur sozialen Frage vgl. schon unter Fn. 127 und 472.

¹⁸⁰² *Boeckh/Huster/Benz*, Sozialpolitik in Deutschland, S. 61 f.

¹⁸⁰³ *Oliveira/Teixeira*, (Im)previdência Social, S. 38; *Da Silva/Da Costa*, Administração Pública e Gestão Social, S. 164.

¹⁸⁰⁴ Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.06.1883, RGBI.73, 1884. Zum Bismarck-Modell siehe 1. Kap. A I 1.

¹⁸⁰⁵ *Escorel/Teixeira*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 360.

¹⁸⁰⁶ *Dos Santos*, Cidadania e Justiça, S. 31; *Oliveira/Teixeira*, (Im)previdência Social, S. 35, 45.

¹⁸⁰⁷ *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 86.

¹⁸⁰⁸ Die Kodifizierungsidee wurde durch die französischen Kodifikationen, vor allem durch den *Code Civil* von 1804, verbreitet, *Rheinstein*, S. 85.

spielt.¹⁸⁰⁹ In Deutschland wurde zwischen 1911 und 1914 nicht nur das Recht auf Krankenversicherung, sondern auch das Recht der Arbeiter auf Unfall- und Rentenversicherung im Gesetz kodifiziert. Die erste umfangreiche sozialrechtliche Kodifikation war die Reichsversicherungsordnung von 1911,¹⁸¹⁰ deren Fünftes Buch sich mit der Krankenversicherung befasste. 1989 wurde das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung in einem neu eingeführten Fünften Buch des Sozialgesetzbuches geregelt.¹⁸¹¹ Die gesetzliche Krankenversicherung wurde nach den Grundprinzipien Sozialstaatsprinzip, Solidarprinzip, Bedarfsdeckungsprinzip, Sachleistungsprinzip, Versicherungspflichtprinzip, Wirtschaftlichkeitsprinzip und Beitragssatzstabilitätsprinzip eingerichtet.¹⁸¹²

In Brasilien brachte das Eloy-Chaves-Gesetz¹⁸¹³ erstmals die Garantie für eine individuelle Gesundheitsversorgung. Später wurde diese durch die Gesetze Nr. 2.312¹⁸¹⁴ und Nr. 3.807¹⁸¹⁵ neu geregelt. Nach der Redemokratisierung und der Verkündung der BBV/88, die das SUS einführte, wurde das Gesetz Nr. 8.080¹⁸¹⁶ als neues Gesetz für die Gesundheitsversorgung verabschiedet. Das SUS wurde als ein staatliches Gesundheitssystem nach verschiedenen Grundsätzen eingerichtet,¹⁸¹⁷ nämlich dem universellen Zugangsprinzip, dem Gleichberechtigungsprinzip, dem integralen und dem integrierten Versorgungsprinzip, dem Dezentralisierungsprinzip sowie dem sozialen Partizipationsprinzip.¹⁸¹⁸

Das SUS wurde zur Erfüllung der staatlichen Pflicht, nämlich das Recht auf Gesundheit zu gewährleisten, eingerichtet. Daher obliegt dem SUS die Durchführung zahlreicher gesundheitsbezogener Maßnahmen.¹⁸¹⁹ Es kommt hinzu, dass die Absicherung der Grundrechte gegenüber einer Verfassungsänderung unter der Ewigkeitsklausel steht¹⁸²⁰ und infolgedessen

¹⁸⁰⁹ *Rheinstein*, S. 39; *Vicente*, *Direito Comparado*, S. 67.

¹⁸¹⁰ *RGBL.*, S. 509.

¹⁸¹¹ Gesundheitsreformgesetz vom 20.12.1988, *BGBI. I*, 2477.

¹⁸¹² Vgl. *Muckel/Ogorek*, *Sozialrecht*, S. 25 ff.; *Simon*, *Das Gesundheitssystem in Deutschland*, S. 73 ff.; *Rompf*, *VSSR 2007*, S. 2; *Fuchs/Preis*, *Sozialversicherungsrecht*, S. 228.

¹⁸¹³ Rechtsverordnung Nr. 4.682 vom 24.01.1923, *DOU* vom 25.01.1923.

¹⁸¹⁴ Vom 03.09.1954, *DOU* vom 09.09.1954.

¹⁸¹⁵ Vom 28.08.1960, *DOU* vom 05.09.1960.

¹⁸¹⁶ Vom 19.09.1990, *DOU* vom 20.09.1990.

¹⁸¹⁷ Bis 1998 hatte Brasilien eine Gesundheitsversorgung nach dem Bismarck-Modell, die durch Sozialabgaben finanziert wurde. Durch die BBV/88 wurde ein steuerfinanziertes Gesundheitssystem nach dem Beveridge-Modell eingerichtet.

¹⁸¹⁸ Art. 198 BBV/88. Zu verfassungsrechtlichen Prinzipien vgl. schon unter 1. Kap. B II.

¹⁸¹⁹ Art. 196 BBV/88.

¹⁸²⁰ Art. 60 § 4 IV BBV/88.

das Recht auf Gesundheit als soziales Grundrecht durch eine Verfassungsänderung nicht entzogen werden darf.¹⁸²¹ Da gemäß Art. 6 und 196 b V BBV/88 nach überwiegender Auffassung in Lehre und Rechtsprechung ein Grundrecht auf Gesundheit besteht, handelt es sich bei der Einrichtung des Einheitlichen Gesundheitssystems um eine typische Einrichtungsgarantie.¹⁸²²

Die Gesundheitsversorgung in Deutschland wird durch die mittelbare Staatsverwaltung organisiert. Die gesetzlichen Krankenkassen sowie die Kassenärztlichen Vereinigungen sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts. Im Gegensatz zu Brasilien ist die bestehende Verwaltungsstruktur in Deutschland nicht verfassungsrechtlich abgesichert, weil nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates nur der Gesetzgeber tun kann“.¹⁸²³ Im Rahmen des im Grundgesetz verankerten Sozialstaatsprinzips¹⁸²⁴ hat der Gesetzgeber einen erheblichen Spielraum für die Gestaltung einer sozialen Krankenversicherung. Nach dem Bundesverfassungsgericht „bestimmt Art. 20 Abs. 1 GG nur das ‚Was‘, das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er lässt aber für das; ‚Wie‘, d. h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen“.¹⁸²⁵ Mit anderen Worten: „Eine Verfassungsgarantie des bestehenden Systems der Sozialversicherung oder doch seiner tragenden Organisationsprinzipien ist dem Grundgesetz nicht zu entnehmen“.¹⁸²⁶

Man kann also Ähnlichkeiten unter dem Gesichtspunkt der Entstehung der Gesundheitsversorgung in Deutschland und Brasilien identifizieren. Bei der Einführung der Renten- und Pensionskasse hat Brasilien sich vom deutschen sozialen Versicherungsmodell inspirieren lassen. Die Sozialgesetzgebung als Befriedungsstrategie mit Blick auf die Arbeiterbewegung und die sozialen Unruhen ist eine weitere Parallele. Mit der Verkündung der BBV/88 erfolgte in Brasilien jedoch ein Paradigmenwechsel in der Gesundheitsversorgung, und die Krankenversicherung wurde durch ein staatliches Gesundheitssystem ersetzt. Trotz der Annahme von unterschiedlichen Modellen haben beide Länder heute kodifizierte Gesundheitssysteme, die nach grundsätzlichen Prinzipien eingerichtet wurden. Diese Prinzipien dienen der Erklärung des positiven Rechts und können abhängig von tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten in unterschiedlichen Graden erfüllt werden.¹⁸²⁷

¹⁸²¹ Dazu vertiefend *Sarlet*, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, S. 433 ff.

¹⁸²² Vgl. *Sarlet*, *ZIAS*, S. 271 f.

¹⁸²³ BVerfGE 1, 97 (105); *Papier* in: Maydell/Ruland/Becker, *SRH*, S. 114.

¹⁸²⁴ Art. 20, 28 GG.

¹⁸²⁵ BVerfGE 22, 180 (204).

¹⁸²⁶ BVerfGE 39, 302 (314), 77, 340 (344); *Papier* in: Maydell/Ruland/Becker, *SRH*, S. 121.

¹⁸²⁷ Vgl. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 75 f.

2. Die Ausdehnung des geschützten Personenkreises und der gesundheitsbezogenen Leistungen

Ein Sozialstaat hat die Sicherstellung der materiellen Wohlfahrt zum Ziel und muss deswegen soziale Leistungen und Versorgung bieten.¹⁸²⁸ Deutschland ist ein Sozialstaat,¹⁸²⁹ der seine Sozialpolitik insbesondere in der Nachkriegszeit durch eine Vielzahl von Maßnahmen und Einrichtungen¹⁸³⁰ expandierte, um die Existenzgrundlage von immer mehr Personen zu sichern und zu verbessern.¹⁸³¹

Die Anerkennung der Verantwortung des deutschen Staates für das Wohlbefinden der Bevölkerung hat auch dazu beigetragen, dass immer mehr Personengruppen in die Gesundheitsversorgung einbezogen wurden.¹⁸³² Obwohl die GKV die Gesundheitsleistungen anfangs nur für Arbeiter, Angestellte und Beschäftigte gewährleistete, wurde der Kreis der Versicherungspflichtigen durch die Einbeziehung einzelner Gruppen geringverdienender Angestellter erweitert und die Einbeziehung von Familienangehörigen wurde verstärkt.¹⁸³³ Von 1956 bis 1975 wurde in Deutschland nicht nur der Kreis der versicherten Personen durch die Aufnahme von Rentnern¹⁸³⁴, selbstständigen Landwirten¹⁸³⁵, Behinderten¹⁸³⁶ und Studenten¹⁸³⁷ weiter ausgeweitet, sondern es wurde auch der Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen ergänzt.¹⁸³⁸ Heute wird fast die gesamte Bevölkerung von der GKV erfasst.¹⁸³⁹

Auch in Brasilien wurde seit der Einrichtung der Renten- und Pensionskassen im Jahr 1926¹⁸⁴⁰ die Gesundheitsversorgung erweitert. Immer mehr neue Personengruppen wurden

¹⁸²⁸ Vgl. *Bandura*, Staatsrecht, S. 371.

¹⁸²⁹ Art. 20 Abs. 1 GG.

¹⁸³⁰ *Bäcker/Naegele/Bispinck/Hofemann/Neubauer*, Sozialpolitik und soziale Lage in Deutschland, S. 61.

¹⁸³¹ *Bäcker/Naegele/Bispinck/Hofemann/Neubauer*, S. 63.

¹⁸³² Vgl. *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, S. 45 ff.

¹⁸³³ *Sodan*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 1, Rn. 10.

¹⁸³⁴ *Hänlein/Tennstedt* in: *Maydell/Ruland/Becker*, SRH, S. 91.

¹⁸³⁵ Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte vom 10.08.1972, BGBl. I, S. 1433.

¹⁸³⁶ Gesetz über die Sozialversicherung der Behinderten vom 07.05.1975, BGBl. I, S. 1061.

¹⁸³⁷ Gesetz über die Krankenversicherung der Studenten vom 24.06.1975, BGBl. I, S. 1536.

¹⁸³⁸ *Hänlein/Tennstedt* in: *Maydell/Ruland/Becker*, SRH, S. 92.

¹⁸³⁹ Hierzu vgl. § 5 I Nr. 13 und 188 IV SGB V. Zur Anzahl der Versicherten in Deutschland vgl. schon unter Fn. 40.

¹⁸⁴⁰ Zur Renten- und Pensionskasse siehe 1. Kap. B II 1.

in den sozialen Schutz einbezogen, wie Arbeitnehmer verschiedener Branchen,¹⁸⁴¹ Landarbeiter,¹⁸⁴² Hausangestellte¹⁸⁴³ und Selbstständige¹⁸⁴⁴. Seit der Verabschiedung der BBV/88 und der Einrichtung des SUS haben alle Bürger einen Anspruch auf den Zugang zu einer präventiven, kurativen und rehabilitierenden Gesundheitsversorgung.¹⁸⁴⁵

Obwohl Krankenversicherungssysteme Gesundheitsleistungen nur für bestimmte versicherte Personenkreise gewährleisten, ist in Deutschland die Gesundheitsversorgung von 99 % der Bevölkerung durch eine GKV oder PKV garantiert. Brasilien hat seinerseits seit 1990 ein nationales Gesundheitssystem, das gemäß der Verfassung eine Gesundheitsversorgung für alle Bürger garantiert. Wegen der Unterfinanzierung und der damit einhergehenden ungenügenden gesundheitsbezogenen Struktur wird jedoch tatsächlich noch kein hochwertiger Gesundheitsdienst für die gesamte Bevölkerung angeboten.¹⁸⁴⁶ Das zeigt deutlich, dass das gewählte Gesundheitsmodell allein nicht ausschlaggebend für das Angebot der Gesundheitsversorgung ist.

3. Die juristische Natur des Anspruchs auf gesundheitsbezogene Leistungen

In Brasilien wurde das Recht auf Gesundheit in der BBV/88 als ein staatliches Bürgerrecht verankert.¹⁸⁴⁷ Nach der Verkündung dieser Verfassung überwog die Meinung der Lehre und Rechtsprechung, nach der die sozialen Grundrechte bzw. das Recht auf Gesundheit als Programmsätze und Gesetzgebungsaufträge der Verfassung betrachtet werden sollen.¹⁸⁴⁸ Trotzdem setzt sich zunehmend die Erkenntnis durch, dass das Recht auf Gesundheit Grundrechtsqualität besitzt und als subjektives einklagbares Recht durchgeführt werden kann.¹⁸⁴⁹ Das Oberste Brasilianische Bundesgericht (*Supremo Tribunal Federal*) erkannte nach höchst-

¹⁸⁴¹ 1933 wurden die Renten- und Pensionskassen für bestimmte Berufsgruppen zusammengeschlossen, z. B. für Beamte, Hafenmitarbeiter, kaufmännische Angestellte, Industriearbeiter, Bankangestellte und Beschäftigte in Warentransport und Verladearbeiten.

¹⁸⁴² Ergänzungsgesetz Nr. 11 vom 25.05.1971, DOU vom 26.05.1971.

¹⁸⁴³ Gesetz Nr. 5.859 vom 11.12.1972, DOU vom 12.12.1972.

¹⁸⁴⁴ Gesetz Nr. 5.890 vom 08.06.1973, DOU vom 09.08.1973.

¹⁸⁴⁵ Art. 196 BBV/88.

¹⁸⁴⁶ *Nogueira*, in: Santos/Amarante, *Gestão pública e relação público-privada na saúde*, S. 34; *Santos*, in: Santos/Amarante, S. 69.

¹⁸⁴⁷ Art. 6, 196 BBV/88.

¹⁸⁴⁸ Vgl. ADIN 4-DF, Berichterstatter: Sydney Sanches in: *Revista Trimestral de Jurisprudência* 1994, S. 824 f.; *Miranda*, *Comentários à Constituição Federal de 1969*, S. 127; *Silva*, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, S. 84.

¹⁸⁴⁹ U. a. *Filho*, *Introdução ao Direito Processual Constitucional*, S. 34 ff.; *Ledur*, *A realização do Direito do Trabalho*, S. 58 ff.; *Rocha*, *Revista CEJ*, S. 82 ff.

richterlicher Rechtsprechung die Rechtsverbindlichkeit der verfassungsrechtlichen gesundheitlichen Regelung und dementsprechend das Recht auf Gesundheit als ein soziales Grundrecht mit unmittelbarer Anwendbarkeit und direkter Wirksamkeit an.¹⁸⁵⁰ Diese Entscheidung war ein Wendepunkt in der Auslegung dieser Verfassungsvorschrift.¹⁸⁵¹

Im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland hingegen wurde das Gesundheitsrecht nicht ausdrücklich als soziales Grundrecht anerkannt.¹⁸⁵² Die Gesundheitsversorgung ist ein soziales Recht und wird nach den Regelungen des Sozialgesetzbuchs realisiert.¹⁸⁵³ Durch das Sozialstaatsprinzip,¹⁸⁵⁴ den Schutz der Menschenwürde¹⁸⁵⁵ sowie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit¹⁸⁵⁶ ist die Gesundheitsversorgung als solche dennoch verfassungsrechtlich gewährleistet.¹⁸⁵⁷ Welche Bedeutung das Verfassungsrecht auf die Auslegung des einfachen Rechts hat, zeigt die gerichtliche Auslegung der Grundrechte, insbesondere des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit¹⁸⁵⁸ in Verbindung mit dem sozialen Staatsziel. Als Beispiel ist hier die Schaffung von § 2 Abs. 1a SGB V durch das GKV-

¹⁸⁵⁰ Rekurs Nr. 271.286-8/RS (*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário – AgR-RE*), Berichterstatter: Celso de Melo, Justizanzeiger vom 12. September 2000, abrufbar im Internet unter: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>, zuletzt besucht am 20.01.2019. In der Literatur wurde auch das Recht auf Gesundheit als subjektives öffentliches Recht anerkannt, u. a. *Costa/Alves*, Constituição Federal anotada e explicada, S. 512; *Dallari*, Revista de Direito Sanitário, S. 9 ff.; *Alves*, Direito à Saúde, S. 131 ff.; *Sarlet/Figueiredo*, Revista do Direito do Consumidor 2008, S. 147.

¹⁸⁵¹ Heute überwiegt die Auffassung, dass gemäß Art. 5 § 1b V BBV/88 die Grundrechtsnormen unmittelbar anwendbares Recht sind. Sie dürfen nicht als bloße Programmsätze verstanden werden. Trotzdem können Schranken bei der Durchführung der Grundrechtsnormen gezogen werden. Als Schranke der Realisierung des Rechts auf Gesundheit wurde in Brasilien der so genannte „Vorbehalt des Möglichen“ gesetzt. Dieser Begriff wurde als Rechtfertigung des Staates für die Nichterfüllung sozialer Leistungen angesichts nicht verhältnismäßiger und illegitimer Belastung des Haushalts angewendet. Kritisch zu einer nicht angepassten Rezeption ausländischer Rechtsinstitute und Argumente, *Krell*, Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, S. 51 ff.

¹⁸⁵² Der Grundgesetzgeber hat sich gegen soziale Grundrechte entschieden (BVerfGE 27, 253 (283); BVerfGE 82, 60 (80); *Papier*, in: von Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 113. Ausführlich über den Unterschied zwischen den sozialen Grundrechten in Brasilien und Deutschland siehe *Sarlet*, Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz, S. 521 ff.

¹⁸⁵³ Denkbare Möglichkeiten einer Ableitung subjektiver Rechte aus den Grundrechten wurden ausführlich bei *Seewald*, Gesundheit als Grundrecht, S. 27 ff. analysiert.

¹⁸⁵⁴ Art. 20 Abs.1, 28 Abs.1 GG.

¹⁸⁵⁵ Art. 1 Abs. 1 GG.

¹⁸⁵⁶ Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

¹⁸⁵⁷ BVerfGE 28, 324 (348); BVerfGE 45, 376 (387). Vgl. hierzu *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 37 ff.

¹⁸⁵⁸ Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

Versorgungsstrukturgesetz nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 06.12.2005 zu nennen.¹⁸⁵⁹

Der Anspruch auf die Gesundheitsversorgung in Brasilien basiert auf der Grundlage der Staatsbürgerschaft.¹⁸⁶⁰ In Deutschland ist die Gesundheitsversorgung maßgeblich eine Frage der gesetzlichen Krankenversicherung.¹⁸⁶¹ Obwohl in Brasilien ein einklagbares Recht auf Gesundheitsleistungen anerkannt wurde, ist seine Einklagbarkeit auf Grundlage der Staatsbürgerschaft schwächer im Vergleich zu der individualrechtlichen Konstruktion der Krankenversicherung in Deutschland.¹⁸⁶² Dies ist so, weil beim Sozialversicherungssystem der Zugang zu Gesundheitsleistungen durch individuell nachprüfbar erbrachte Vorleistungen legitimiert wird, während beim staatlichen Gesundheitssystem die Legitimation durch die Gleichheit aufgrund der Staatsbürgerschaft erfolgt, welche die Verwirklichung der sozialen Grundrechte voraussetzt.¹⁸⁶³ Bei der Erfüllung eines Anspruchs auf Gesundheitsleistung im Rahmen einer staatlichen Gesundheitsversorgung muss nicht nur die individuelle, sondern auch die kollektive Dimension des Rechts auf Gesundheitsversorgung als soziales Grundrecht berücksichtigt werden.¹⁸⁶⁴ Das bedeutet, dass ein einklagbares individuelles Recht auf gesundheitsbezogene Leistungen in Verbindung mit dem kollektiven Recht auf ein leistungsfähiges Gesundheitssystem, in dem der Bedarf der Mehrheit an Gesundheitsleistungen befriedigt werden soll, gewährleistet werden muss. Bspw. wäre es ein Systemfehler, wenn die Erfüllung individueller Ansprüche durch Gerichtsurteile die Leistungsfähigkeit des staatlichen Gesundheitssystems als Ganzes gefährdet.¹⁸⁶⁵ In diesem Zusammenhang kann die wirtschaftliche Lage des Systems bzw. Budgetrestriktionen die Auslegung der Rechtsnormen des sozialen Grundrechts beeinflussen.¹⁸⁶⁶

4. Die Leistungserbringung durch private Leistungserbringer

Die tatsächliche Leistungserbringung findet sowohl in Deutschland als auch in Brasilien unter Einbeziehung privater Leistungserbringer statt. Das Verhältnis zwischen den Leistungs-

¹⁸⁵⁹ BVerfG 115, 25 (41 ff.).

¹⁸⁶⁰ Art. 6 und 196 BBV/88.

¹⁸⁶¹ § 1 SGB V.

¹⁸⁶² Vgl. *Sarlet*, Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz, S. 217 ff.

¹⁸⁶³ Dazu vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 44 f.

¹⁸⁶⁴ Vgl. *Sarlet*, A eficácia dos Direitos Fundamentais, S. 216 ff.

¹⁸⁶⁵ Vgl. dazu *Borges/Ugá*, Revista de Direito Sanitário 2009, S. 13 ff.; *Ventura/Simas/Pepe/Schramm*, Revista de Saúde Coletiva 2010, S. 83 ff.

¹⁸⁶⁶ Dazu *Wang*, Revista de Direito GV 2008, S. 539 ff.

trägern und den Leistungserbringern in beiden Ländern wird nicht nur durch Gesetze, sondern maßgeblich auch durch Verträge geregelt. Obwohl es einen großen Unterschied in der Regelungsdichte dieser Rechtsbeziehungen gibt, besteht doch die Gemeinsamkeit, dass sowohl in Brasilien als auch in Deutschland Verträge zur Einbeziehung der privaten Leistungserbringer in das Gesundheitssystem eingesetzt werden.

In Brasilien wird das Recht auf Gesundheit durch verschiedene öffentliche Maßnahmen gewährleistet,¹⁸⁶⁷ die unmittelbar durch staatliche Einrichtungen oder mittelbar durch private Leistungserbringer realisiert werden.¹⁸⁶⁸ Die öffentlichen Leistungserbringer in Brasilien, z. B. Staatsärzte, öffentliche Gesundheitszentren, Polikliniken und Krankenhäuser, waren jedoch von Anfang an nicht in der Lage, die Nachfrage vollständig aus eigener Kraft zu decken, weshalb sich die Einbeziehung der privaten Leistungserbringer als notwendig erwiesen hat. So erreicht das SUS die Erfüllung seiner Aufgabe durch öffentliche Leistungserbringer, die von privaten Leistungserbringern ergänzt werden.

Im Gegensatz zu Brasilien ist in Deutschland die Leistungserbringung durch Dritte wegen des Sachleistungsprinzips¹⁸⁶⁹ keine Ausnahme, sondern der Regelfall. Das Sachleistungsprinzip wurde gewählt, um den Versicherten, die nicht über hinreichende finanzielle Mittel verfügen, die ärztliche Behandlung zu sichern¹⁸⁷⁰ und den finanziellen Aufwand für die GKV über die Leistungsträger zu steuern.¹⁸⁷¹

Die gesonderte Rechtsbeziehung zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern ist eine Folge der Trennung zwischen der Finanzierung der Gesundheitsversorgung, die den Leistungsträgern obliegt, sowie der Erbringung der Gesundheitsleistungen, die von Leistungserbringern erfüllt werden sollen. Dies scheint ein starker Trend in vielen europäischen Ländern zu sein¹⁸⁷² und verspricht Vorteile wie etwa die Steigerung der Effizienz und der Produktivität.¹⁸⁷³ Anders als in Brasilien, wo der öffentliche Leistungsträger des SUS individuelle Verträge mit privaten Leistungserbringern abschließt, existiert in Deutschland im Rahmen der Versorgung, die durch die Kollektivverträge geregelt wird, in der Regel kein unmittelbarer Vertrag zwischen den zugelassenen Ärzten und den Krankenkassen. Die

¹⁸⁶⁷ Art. 196 BBV/88.

¹⁸⁶⁸ Art. 197 BBV/88.

¹⁸⁶⁹ §§ 27 Nr. 1, 2, 28 SGB V.

¹⁸⁷⁰ BSGE 42, 117 (119).

¹⁸⁷¹ *Sodan* in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 13, Rn. 3.

¹⁸⁷² *Viana/Gerschman/Ibanez/Parada*, in: Ministério da Saúde, *Saúde & Regulação*, S. 196; *Ferreira*, *Análise Social* 2004, S. 314.

¹⁸⁷³ *Ferreira*, *Análise Social* 2004, S. 316.

Rechtsbeziehung zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern (Vertragsärzte) wird durch die Mitgliedschaft in den Kassenärztlichen Vereinigungen begründet.¹⁸⁷⁴

5. Die Koexistenz von privater und gesetzlicher Krankenversicherung bzw. staatlichem Gesundheitssystem

Sowohl in Deutschland als auch in Brasilien existiert eine private Krankenversicherung neben der gesetzlichen Krankenversicherung bzw. dem staatlichen Gesundheitssystem. Obwohl in Brasilien die private Krankenversicherung und das SUS nach der gesetzlichen Konzeption unabhängig voneinander sind, bestehen tatsächlich relevante Verbindungen zwischen beiden.¹⁸⁷⁵

Ziel der privaten Krankenversicherung in Brasilien ist nicht, zusätzliche gesundheitsbezogene Leistungen anzubieten,¹⁸⁷⁶ denn schließlich soll das SUS die gesamten präventiven, kurativen und rehabilitierenden Leistungen und Behandlungen für alle Bürger zur Verfügung stellen.¹⁸⁷⁷ Die private Krankenversicherung dient eigentlich vielmehr dazu, bei der ambulanten Behandlung eine differenzierte Gesundheitsversorgung mit mehr Komfort, Versorgungsqualität und weniger Wartezeit anbieten zu können.¹⁸⁷⁸

Die BBV/88 gewährleistet die Teilnahme der privaten Unternehmen am Gesundheitswesen.¹⁸⁷⁹ Die privaten Krankenversicherungen stehen jedem offen, der Gesundheitsleistungen

¹⁸⁷⁴ Zu Kollektiv- und Selektivverträgen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern siehe 2. Kap. A I.

¹⁸⁷⁵ Die privaten Unternehmen, die das private Gesundheitssystem prägen, können auf vertraglicher Grundlage Leistungen für das öffentliche Gesundheitssystem erbringen. Wegen dieser Verträge können die privaten Leistungserbringer finanzielle Unterstützung bei der Ausstattung von Einrichtungen erhalten. Die privat versicherten Patienten werden ebenfalls im Gesundheitssystem behandelt. Die Kosten der Behandlung von privaten Patienten im SUS werden teilweise von den privaten Krankenversicherungen erstattet. Dazu vgl. *Bahia*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2008, S. 1390. Über die Entstehung des privaten Gesundheitssystems in Brasilien vgl. *Menicucci*, *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil*, S. 103; *Bahia/Viana*, in: *Ministério da Saúde, Regulação & Saúde*, S. 10; *Nogueira*, in: *Santos/Amarante, Gestão pública e relação público-privada na saúde*, S. 34.

¹⁸⁷⁶ *Cordeiro/Conill/Santos/Bressan*, in: *Santos/Amarante, Gestão pública e relação público-privada na saúde*, S. 131.

¹⁸⁷⁷ Art. 196 und Art. 198 II BBV/88.

¹⁸⁷⁸ Da das SUS den Zugang zur Gesundheitsversorgung für jeden Bürger anbieten muss, nutzen privat Versicherte das SUS insbesondere bei komplexen und teuren stationären Behandlungen, die aus dem Leistungskatalog der privaten Krankenversicherung ausgeschlossen werden oder für bestimmte Leistungen (z. B. Impfungen), die im SUS besser kontrolliert sind. Vgl. dazu *Ocké-Reis*, in: *Santos/Amarante, Gestão pública e relação público-privada na saúde*, S. 103.

¹⁸⁷⁹ Art. 199 BBV/88.

auf eigene Kosten und auf vertraglicher Grundlage in Anspruch nehmen möchte.¹⁸⁸⁰ Sie bieten eine Gesundheitsversorgung, die durch unterschiedliche Vertragsarten geregelt wird, in denen verschiedene Leistungskataloge und Beiträge vereinbart werden.

Im Gegensatz zu Brasilien, wo das SUS und eine private Krankenversicherung parallel in Anspruch genommen werden, sind die Versicherten in Deutschland in der Regel entweder der GKV oder der PKV zugewiesen. Die gesetzlich Versicherten können auch hier jedoch durch eine Zusatzversicherung (z. B. eine Krankenhauszusatzversicherung für Leistungen wie Chefarztbehandlung, Unterbringung in einem Einbett- oder Zweibettzimmer oder freie Auswahl des Hospitals) private Leistungen beanspruchen. Die PKV gewährt aber in Deutschland auch eine Vollversicherung für Personen, die nicht in der GKV versichert sind.¹⁸⁸¹ Die PKV konkurriert in Deutschland mit der GKV und wird überwiegend von Aktiengesellschaften und Versicherungsvereinen betrieben.¹⁸⁸² In Brasilien sind die privaten Krankenversicherungen als Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts sowie als Genossenschaften organisiert.¹⁸⁸³

In Deutschland ist die PKV primär für bestimmte Einkommens- und Berufsgruppen gedacht, die nicht des Schutzes einer solidarischen Krankenversicherung bedürfen und deshalb auch nicht der Versicherungspflicht der GKV unterliegen.¹⁸⁸⁴ In Brasilien hingegen liegen die Gründe für die private Krankenversicherung vielmehr in den Beitragsübernahmen durch Arbeitgeber und vor allem in einem mangelnden Vertrauen in das SUS.¹⁸⁸⁵

Aus dieser dualen Struktur des Gesundheitswesens resultieren sowohl positive als auch negative Aspekte. Als positiver Aspekt ist vor allem die Entscheidungsfreiheit der Bürger zu nennen, die in Brasilien eine private Krankenversicherung nach gesetzlichen Vorgaben wählen oder in Deutschland eine zusätzliche PKV abschließen können. Als negativer Aspekt ist das Risiko einer Schlechterstellung der gesetzlich versicherten Patienten bei der Erbringung der Leistungen zu nennen. Bspw. steht es in Deutschland jedem Arzt frei, neben den Patienten der GKV auch Privatpatienten zu behandeln. Wegen der besseren Vergütung der Leistungen durch die PKV erfahren privat versicherte Patienten im Vergleich zu gesetzlich ver-

¹⁸⁸⁰ Es ist üblich, dass die Arbeitgeber in Brasilien die Kosten der privaten Krankenversicherung ganz oder teilweise übernehmen. Das Gesetz Nr. 9.656 vom 03.06.1998 (DOU vom 04.06.1998) regelt die private Krankenversicherung in Brasilien.

¹⁸⁸¹ § 5 SGB V.

¹⁸⁸² *Sodan*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 1, Rn. 16.

¹⁸⁸³ Art. 1 II des Gesetzes Nr. 9.656 vom 03.06.1998.

¹⁸⁸⁴ Vgl. *Böckmann*, Quo vadis, PKV?, S. 105.

¹⁸⁸⁵ Vgl. *Menicucci*, Público e privado na política de assistência à Saúde no Brasil, S. 103.

sicherten Patienten eine bevorzugte Behandlung etwa, weil sie schnell einen Termin bekommen.¹⁸⁸⁶ Dies charakterisiert die so genannte „Zwei-Klassen-Medizin“¹⁸⁸⁷. In Brasilien besteht ein ähnliches Phänomen, nämlich das so genannte „*Dupla porta*“ (Doppeltür), das vorliegt, wenn ein bestimmter Leistungserbringer (z. B. eine Universitätsklinik) ambulante und stationäre Behandlungen sowohl für Patienten des SUS als auch für private Patienten anbietet. Auch hier wird die Behandlung der privaten Patienten wegen der besseren Vergütung der Leistungen in der Regel priorisiert.¹⁸⁸⁸

Die negativen Auswirkungen der Koexistenz zweier Systeme zeigen, dass die Verhältnisse zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung bzw. staatlichem Gesundheitssystem in beiden Ländern unbefriedigend geregelt sind, so dass keine benachteiligungsfreie Versorgung der nicht privat versicherten Patienten gewährleistet werden kann.

II. Aufbau der Leistungserbringung

Die Leistungserbringung wurde wegen ihrer entscheidenden Rolle als Fokus dieses Rechtsvergleichs ausgewählt. Zusammen mit der Finanzierung, Organisation und Regulierung ist die Leistungserbringung ein Abgrenzungskriterium für die Differenzierung verschiedener Gesundheitssysteme. Sie verwirklicht den Anspruch auf die Gesundheitsversorgung und ist durch die Beziehungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern geprägt.

1. Die Ausrichtung der Leistungsträger und Leistungserbringer

Leistungsträger und Leistungserbringer sind in Deutschland und Brasilien unterschiedlich ausgerichtet. Ihr Aufbau ist ein Ergebnis der historischen Entwicklung des jeweiligen Gesundheitssystems.

Die Leistungsträger in Brasilien sind als Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung staatliche Organe. Wegen des Dezentralisierungsprinzips gibt es auf jeder Regierungsebene einen öffentlichen Leistungsträger.¹⁸⁸⁹ Die Leistungsträger aller Ebenen arbeiten gemäß einer Kompetenzverteilung zusammen.¹⁸⁹⁰ Die institutionellen trilateralen und bilateralen Ausschüsse

¹⁸⁸⁶ Die Privatpatienten tragen im Schnitt zu mehr als einem Viertel der Vergütung der niedergelassenen Ärzte bei und machen dabei nur 10 % ihrer Klientel aus, vgl. hierzu *Reiners*, Krank und pleite?, S. 43. Zur Angleichung der Arzthonorare für GKV und PKV vgl. schon unter Fn. 439.

¹⁸⁸⁷ Vgl. *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 131.

¹⁸⁸⁸ Vgl. *Teixeira/Patricio*, Revista de Direito Sanitário 2010, S. 57 f.; *Silva/Caxias*, Saúde e Sociedade 2016, S. 816 f.

¹⁸⁸⁹ Art. 9 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.90. Zum Dezentralisierungsprinzip siehe 1. Kap. B II 1.

¹⁸⁹⁰ Die dezentralisierte Leitung des SUS in Brasilien fördert die Schaffung von Gleichheit. Dazu vgl. *Lucchese*, Equidade na gestão descentralizada do SUS, S. 446 f.

der öffentlichen Leistungsträger definieren die Zusammenarbeit in Bezug auf die Durchführung der Leistungserbringung.¹⁸⁹¹ Diese Ausschüsse der Leistungsträger sind Teil einer förderativen Verwaltungsstruktur, die schrittweise entwickelt wurde, um die Aufgaben des SUS zu realisieren. Die Entwicklung einer solchen Struktur ist bemerkenswert, weil sie ermöglicht, dass notwendige Maßnahmen zur Realisierung der Gesundheitsversorgung in einem so großen und heterogenen Land wie Brasilien verhandelt und durchgeführt werden können. Der Fokus liegt nicht nur darauf, einen nationalen Standard für die Gesundheitsversorgung zu garantieren, sondern auch regionale Probleme¹⁸⁹² zu beseitigen. Eine vergleichbare Situation findet man in Deutschland nicht vor. Im Vergleich zu Brasilien ist die Organisation der Gesundheitsversorgung in Deutschland zentralisiert. Hier sind die Leistungsträger der GKV Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung (Krankenkassen),¹⁸⁹³ deren wichtigste Aufgabe der Abschluss von Verträgen mit den Leistungserbringern ist. Die Rechtssetzungskompetenz der Leistungsträger ist in Deutschland im Vergleich zu Brasilien gering. Krankenkassen verfügen zwar über eine Satzungsautonomie,¹⁸⁹⁴ aber ihr Spielraum ist in der Praxis gering.¹⁸⁹⁵ Die Leistungsträger jeder Regierungsebene in Brasilien können ihrerseits gesundheitliche Normen gemäß der gesetzlichen Kompetenzverteilung verabschieden.¹⁸⁹⁶ Die Leistungsträger der Länder und vor allem der Gemeinden haben insoweit eine ausreichende Autonomie, um über ihre Anliegen hinsichtlich Gesundheitsthemen zu entscheiden.¹⁸⁹⁷ Diese Unterschiede zwischen der Rolle und Rechtssetzungskompetenz der Leistungsträger in Deutschland und in Brasilien bedeutet nicht, dass ein Modell besser als das andere funktioniert. Viel entscheidender für die Leistungserbringung ist, wie sich die Beziehung der Leistungsträger mit den anderen Akteuren des Gesundheitssystems gestaltet. In Bezug auf die Leistungserbringung in Deutschland und Brasilien gibt es bedeutende Unterschiede bei der ärztlichen Interessenvertretung, der Haftung bei der Erfüllung der Leistungspflicht sowie bei der Arztwahl. Obwohl die Teilnahme der privaten Leistungserbringer

¹⁸⁹¹ Art. 14a einziger § I-III des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.90. Vgl. *Nogueira*, in: Santos/Amarante, *Gestão pública e relação público-privado na saúde*, S. 26.

¹⁸⁹² Da es 5.570 Gemeinden in Brasilien gibt, existieren auch 5.570 öffentliche Leistungsträger des SUS. Dazu siehe 1. Kap. B II 2.

¹⁸⁹³ § 4 Abs. 1 SGB V. Zu Beginn des Jahres 2018 gab es 110 gesetzliche Krankenkassen in Deutschland. Entnommen von der Homepage des GKV-Spitzenverbands, abrufbar im Internet unter: <https://www.gkv-spitzenverband.de/krankenversicherung/kv_grundPrinzipien/alle_gesetzlichen_krankenkassen/alle_gesetzlichen_krankenkassen.jsp>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹⁸⁹⁴ Der Inhalt der Satzung ist in § 194 SGB V bestimmt.

¹⁸⁹⁵ Vgl. *Muckel/Ogorek*, *Sozialrecht*, S. 94.

¹⁸⁹⁶ Art. 16-18 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.90; Art. 24 XII BBV/88.

¹⁸⁹⁷ Art. 30 I BBV/88.

bzw. Ärzte an der Versorgung des SUS eine relativ lange Tradition hat, hat die brasilianische Ärzteschaft keine der deutschen Kassenärztlichen Vereinigung vergleichbare Organisation gebildet, die zur gemeinsamen Selbstverwaltung gehören würde und verantwortlich für die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung¹⁸⁹⁸ sowie die Verteilung der Gesamtvergütung¹⁸⁹⁹ wäre. Die Ärzte können im brasilianischen Gesundheitssystem als Freiberufler Einzelverträge mit den öffentlichen Leistungsträgern abschließen.¹⁹⁰⁰ Es werden jedoch viele dieser Verträge mit privaten juristischen Personen abgeschlossen, welche die Ärzte ihrerseits als Angestellte einbeziehen. Weder die Ärztekammer noch die brasilianischen Ärztevereinigungen sind bei den Vertragsabschlüssen mit den öffentlichen Leistungsträgern in Brasilien beteiligt.¹⁹⁰¹ Diese Tatsachen zeigen, dass in beiden Ländern ein historisch bedingt unterschiedlicher Grad der Einbindung der Ärzte und Ärzteorganisationen in das Gesundheitssystem besteht.

Die Haftung der Vertragsärzte unterscheidet sich in Deutschland und Brasilien ebenfalls. Im Gegensatz zu Brasilien, wo die Vertragsärzte als „Staatsärzte“ (Beamte) in Bezug auf das gesetzliche Schuldverhältnis handeln, weil ihre Tätigkeit als Leistungserbringung des SUS gilt,¹⁹⁰² sind in Deutschland die Vertragsärzte als Freiberufler tätig.¹⁹⁰³ Hinsichtlich der Übernahme der Behandlung der GKV handeln sie als Private und auf Grund eines privatrechtlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses.¹⁹⁰⁴ Schließlich sei noch erwähnt, dass es in Brasilien nicht wie in Deutschland eine freie Arztwahl gibt.¹⁹⁰⁵ Das SUS priorisiert die Gewährleistung eines unbeschränkten Zugangs zu einer integralen Versorgung¹⁹⁰⁶ und verzichtet dabei auf die freie Arztwahl.

¹⁸⁹⁸ § 76 Abs. 4 SGB V; § 73 Abs. 2 SGB V.

¹⁸⁹⁹ § 85 Abs. 4 SGB V.

¹⁹⁰⁰ Die Gemeinden sind für den Vertragsabschluss für Gesundheitsdienste gemäß Art. 18 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.90 verantwortlich. Der Vertragsabschluss mit einem einzigen Arzt findet in den meisten Fällen in kleineren Gemeinden statt.

¹⁹⁰¹ Es gibt andere Organisationen der privaten Leistungserbringer in Brasilien, wie die *Associação Brasileira de Medicina de Grupo* (Brasilianischer Zusammenschluss von Gesundheitsdienstleistern) und *Federação das Cooperativas Médicas – UNIMEDS* (Bundesvereinigung von ärztlichen Dienstleistern), welche die Interessen dieses Sektors vertreten, aber keinen direkten Einfluss auf den Vertragsabschluss mit dem SUS haben.

¹⁹⁰² Art. 37 § 6 BBV/88.

¹⁹⁰³ *Waltermann*, Sozialrecht, S. 105.

¹⁹⁰⁴ §§ 76 Abs. 4, 95 Abs. 4 SGB V; §§ 603a ff. BGB. Dazu *Waltermann*, Sozialrecht, S. 104 f. Dagegen argumentieren *Schmidt-De Caluwe*, VSSR 1998, S. 222 ff.; *Schnapp*, NZS 2001, S. 340. Grundlegend zur Rechtsbeziehung der Ärzte siehe *Mohr*, Die Haftung der Krankenkassen und Vertragsärzte für Behandlungsfehler, S. 38 ff.

¹⁹⁰⁵ § 76 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

¹⁹⁰⁶ Art. 198 BBV/88.

2. Das Ziel der Einbeziehung der privaten Leistungserbringer in die Gesundheitssysteme

Die Einbeziehung der privaten Leistungserbringer in die Gesundheitssysteme in Deutschland und Brasilien verfolgt verschiedene Ziele.

In Brasilien lässt sich das Ziel der Einbeziehung der privaten Leistungserbringer am SUS durch das Engagement von zwei unterschiedlichen Interessengruppen erklären, die bei der verfassungsgebenden Versammlung der BBV/88 sehr aktiv waren. Für die erste Gruppe¹⁹⁰⁷ ist das Einbeziehungsziel die Ergänzung der öffentlichen Leistungserbringung.¹⁹⁰⁸ Grund dafür ist, dass die Gesundheitsversorgung eine verfassungsrechtlich garantierte staatliche Pflicht ist,¹⁹⁰⁹ die überwiegend von öffentlichen Leistungserbringern realisiert werden muss. Die öffentlichen Leistungsträger sollen ständig und solange gefördert werden, bis die im SUS integrierten privaten Leistungserbringungen auf ein bestimmtes Niveau reduziert sind. Der Vorrang der öffentlichen Leistungserbringung innerhalb des SUS beschränkt die Ausübung der Berufsfreiheit der Ärzte und der Unternehmen des Gesundheitswesens nicht, weil die Tätigkeit des privaten Sektors in diesem Bereich verfassungsrechtlich garantiert ist.¹⁹¹⁰

Die zweite Gruppe¹⁹¹¹ verfolgt die Fortsetzung und Erweiterung der Teilnahme der privaten Leistungserbringer am SUS. Aufgrund des Einflusses dieser zweiten Gruppe in der Verfassungsversammlung wurde in den Art. 197 und 199 § 1 BBV/88 festgelegt, dass die Leistungserbringung des staatlichen Gesundheitssystems auch durch private Leistungserbringer realisiert werden kann. Nach Auffassung dieser Gruppe ist das Ziel der Einbeziehung der privaten Leistungserbringung nicht lediglich eine Ergänzung zu leisten, sondern einen wichtigen Teil des Gesundheitssystems abzudecken.

¹⁹⁰⁷ Zu der ersten Gruppe, die als *Movimento Sanitário* (Gesundheitsbewegung) bekannt wurde, gehören gegenwärtig vor allem Beamte und Angestellte der öffentlichen Verwaltung. In der *Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO* (Brasilianischer Verein für kollektive Gesundheit) und im *Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES* (Brasilianisches Zentrum der Gesundheitslehre) werden Intellektuelle, Akademiker und Fachkräfte der Sozialmedizin, die auch zur Gesundheitsbewegung gehören, vertreten. Zur Rolle der Gesundheitsbewegung bei der Einrichtung des SUS vgl. schon oben unter 1. Kap. B I 2.

¹⁹⁰⁸ Vgl. *Noronha/Lima/Machado*, in: *Giovanella/Escorel/Lobato/Noronha/Carvalho*, *Políticas e sistemas de saúde no Brasil*, S. 438.

¹⁹⁰⁹ Art. 196 BBV/88.

¹⁹¹⁰ Art. 199 BBV/88.

¹⁹¹¹ Zur zweiten Gruppe gehören Vertreter des privaten Sektors des Gesundheitswesens, wie private Krankenhäuser und private medizinische Zentren. Zur Rolle der zweiten Gruppe vgl. *Menicucci*, *Público e privado na política de assistência a saúde no Brasil*, S. 192 f.

Das SUS entwickelte sich unter dem Einfluss dieser zwei Gruppen. Obwohl die Einbeziehung der privaten Leistungserbringer als eine Ergänzung im Gesetz festgelegt wurde,¹⁹¹² hat die Teilnahme der dieser am SUS immer mehr zugenommen, insbesondere durch die neuen Vertragsformen zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern. Diese zweite Gruppe hat außerdem eine Vetoposition,¹⁹¹³ welche die Erweiterung und Verstärkung der öffentlichen Leistungserbringung verhindert und die wirtschaftlichen Interessen der privaten Leistungserbringer in einem sicheren Sektor gewährleistet.

In Deutschland wurde ein Krankenversicherungssystem entwickelt, in dem die Verantwortung für die Finanzierung und Leistungserbringung auf korporative Akteure (Krankenkassen- und Ärzteverbände) übertragen wurde. Die Krankenkassen selbst bieten keine Gesundheitsversorgung an. Die Einbeziehung dritter Leistungserbringer wurde in Deutschland mit der Entlastung des Staates im Bereich der Erbringung von Leistungen gerechtfertigt;¹⁹¹⁴ gleichzeitig bleiben aber die Leistungsträger verantwortlich für die ordnungsgemäße Erfüllung der Leistungsansprüche.¹⁹¹⁵

Im Gegensatz zu Brasilien ist der Zweck der Einbeziehung der privaten Leistungserbringer in Deutschland eindeutig. Sie hat eine lange Tradition; bereits mit der Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung zeigte die Ärzteschaft ihr Interesse an der Teilnahme als Freiberufler an der Versorgung.¹⁹¹⁶ Die Einzelverträge, die Krankenkassen zunächst mit niedergelassenen Ärzten für die Realisierung der Gesundheitsversorgung abschlossen, wurden damals durch Kollektivverträge zugunsten der durch Verbände vertretenen Ärzteinteressen ersetzt.¹⁹¹⁷ Die Beteiligung von privaten Dritten an der Leistungserbringung dient der Effizienz, weil die privaten Leistungserbringer auf Wirtschaftlichkeit und Flexibilität setzen und

¹⁹¹² Art. 199 § 1 BBV/88 und Art. 24 des Gesetz Nr. 8.080 vom 19.09.1990.

¹⁹¹³ Über die Vetoposition in der Entwicklung von Gesundheitssystemen siehe *Wendt*, Der Gesundheitssystemvergleich, S. 285.

¹⁹¹⁴ Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara, VSSR 2011, S. 341.

¹⁹¹⁵ Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara, VSSR 2011, S. 324.

¹⁹¹⁶ Vgl. *Schiller*, Bayerisches Ärzteblatt 2008, S. 82; *Brockmann*, Ambulante Krankenversorgung ohne Kasernenärztliche Vereinigung?, S. 169.

¹⁹¹⁷ *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 126.

auf Probleme schneller reagieren und sich anpassen können. Dieses Argument wurde nicht nur in Brasilien,¹⁹¹⁸ sondern auch in Deutschland¹⁹¹⁹ verwendet.

Die Entwicklung der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern ist in Deutschland und Brasilien unterschiedlich. In Hinsicht auf die Einbeziehung der Leistungserbringer in die GKV spielt die Beachtung der Grundrechte der Leistungserbringer, etwa die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Deutschland eine wichtige Rolle.¹⁹²⁰ In Brasilien dagegen fokussiert man sich bei der Teilnahme der privaten Leistungserbringer am SUS vielmehr auf die Einhaltung des Verwaltungsrechts, wie z. B. die Realisierung der öffentlichen Ausschreibung vor dem Abschluss von Verwaltungsverträgen.¹⁹²¹

3. Das Teilhaberecht der Leistungsempfänger an der Versorgungsgestaltung

Deutschland und Brasilien unterscheiden sich hinsichtlich der Stellung der Leistungsempfänger bei der Ausgestaltung der Versorgung im jeweiligen Gesundheitssystem. Während beim SUS der Nutzer (Leistungsempfänger) ein Teilhaberecht hat, das als ein Organisationskonzept des Systems (Partizipationsprinzip) betrachtet wird,¹⁹²² hat der Leistungsempfänger der GKV ein Teilhaberecht, das als eine Ergänzung und Fortentwicklung seiner Patientenrechte betrachtet wird.¹⁹²³

Durch das verfassungsrechtliche Partizipationsprinzip¹⁹²⁴ und das Gesetz Nr. 8.142¹⁹²⁵ wird die Beteiligung der Leistungsempfänger an der Versorgung des SUS gewährleistet. Zur Aus-

¹⁹¹⁸ U. a. *Medici*, in: Modesto/Junior, Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde, S. 70; *Coelho*, Revista de Informação Legislativa 2000, S. 259. In Brasilien wurde die Einbeziehung des privaten Sektors in die Verwaltung durch die *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado* (Leitlinien der Verwaltungsreform des Staates) als vorteilhaft verkündet. Dazu vgl. *Presidência de República*, Plano Diretor da Reforma do Estado, S. 46 f.

¹⁹¹⁹ Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara, VSSR 2011, S. 325, 342.

¹⁹²⁰ Vgl. *Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara*, VSSR 2011, S. 334. Als Beispiel für die Bedeutung der Grundrechte bei der Ausgestaltung der Leistungserbringung vgl. die Diskussion über die Altersgrenze der Vertragsärzte in *Becker*, NZS 1999, S. 521 ff.

¹⁹²¹ Zu den Anforderungen der Verwaltungsverträge siehe 2. Kap. B III 1. Das Verwaltungsrecht ist wesentlich für die Realisierung der Gesundheitsversorgung, vgl. *Santos*, in: Santos/Amarante, *Gestão pública e relação público-privado na saúde*, S. 68.

¹⁹²² Beim staatlichen Gesundheitssystem wird das Teilhaberecht als eine Art Säule des Systems betrachtet, weil das Gesundheitsziel mit der Teilnahme der Leistungsempfänger bestimmt werden soll. Dazu vgl. schon unter 1. Kap. B II 1.

¹⁹²³ Vgl. *Francke/Hart*, Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen, S. 22.

¹⁹²⁴ Art. 198 III BBV/88.

¹⁹²⁵ Gesetz Nr. 8.142 vom 28.12.90, DOU vom 31.12.1990.

übung des Teilhaberechts der Nutzer des SUS wurden die Gesundheitsräte und die Gesundheitskonferenzen¹⁹²⁶ als institutionelle Partizipationsinstanzen eingerichtet.¹⁹²⁷ Da in den Gesundheitsräten die wichtigsten Akteure des SUS sitzen, kann nicht nur über die Gesundheitspolitik diskutiert werden, sondern es können auch Strategien für die Durchführung der gesundheitlichen Maßnahmen entwickelt werden. In den Gesundheitsräten nehmen die Nutzer des SUS an der Diskussion, Verhandlung und Entscheidung über die Gesundheitsversorgung teil.¹⁹²⁸ Sie können sich auch an den Gesundheitskonferenzen beteiligen, die alle vier Jahre stattfinden.¹⁹²⁹ Dort wird die aktuelle Lage des Gesundheitssystems diskutiert und bewertet, um festzustellen, ob die Richtlinien der Gesundheitspolitik erhalten bleiben können oder erneuert werden müssen.

Das Teilhaberecht der Patienten wird in Deutschland eher allgemein als konkret in Bezug auf die GKV diskutiert.¹⁹³⁰ Wichtige Aspekte der Diskussion sind die Erreichung von Voraussetzungen zur selbst-bestimmten Teilhabe am Gesundheitswesen, die Grade der Einflussnahme der Bürger an der Versorgungsgestaltung und die Ziele der Beteiligung im Gesundheitswesen.¹⁹³¹ Partizipation im Gesundheitswesen gibt es in Deutschland auch durch regionale und kommunale Gesundheitskonferenzen,¹⁹³² bei denen vor allem über Gesundheitsförderung, Prävention, medizinische Versorgung und Pflege diskutiert wird, um kommunale Ziele zu entwickeln.¹⁹³³

Im Gegensatz zu Brasilien gibt es in der GKV keine institutionelle Instanz für die Ausübung des Teilhaberechts. Die Versicherten der GKV und die Arbeitgeber werden in den Selbstverwaltungsorganen (Krankenkassen) paritätisch vertreten. Die Wirksamkeit dieser Vertretung

¹⁹²⁶ Zu Gesundheitsrat und Gesundheitskonferenz siehe 1. Kap. B II 1.

¹⁹²⁷ Art. 1 des Gesetzes Nr. 8.142 vom 28.12.90.

¹⁹²⁸ Ramos, in: Eibenschutz, *Política de Saúde*, S. 331.

¹⁹²⁹ Art. 1 § 1 des Gesetzes Nr. 8.142 vom 28.12.90.

¹⁹³⁰ Vgl. Klein/Rupprecht/Leif, Partizipation und Mitgestaltung, S. 6; Hartung, in: Rosenbrock/Hartung, *Handbuch Partizipation und Gesundheit*, S. 57 ff. Zu den rechtlichen Dimensionen der Nutzerstellung im Sozialrecht vgl. Welte, in: Igl, *Verbraucherschutz im Sozialrecht*, S. 23 ff.

¹⁹³¹ Vgl. Rosenbrock/Hartung, S. 9 f.; Francke/Hart, *Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen*, S. 47.

¹⁹³² In Bayern wurden bspw. regionale Gesundheitskonferenzen in Form eines Pilotprojektes von Mitte 2013 bis Ende 2014 in drei Modellregionen erprobt. Das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege war Auftraggeber des Projektes. Die Daten stammen von der Webseite des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit, abrufbar im Internet unter: <<http://www.lgl.bayern.de/gesundheitsversorgung/gesundheitskonferenzen/index.htm>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹⁹³³ Rosenbrock/Gerlinger, *Gesundheitspolitik*, S. 103.

ist jedoch beschränkt, weil die Interessen der Krankenkassen und der Versicherten nicht deckungsgleich sind.¹⁹³⁴ Außerdem bestehen in Deutschland Mechanismen zur Information und Beratung der Versicherten, die deren Entscheidungsfähigkeit in Gesundheitsfragen stärken sollen. Beispiele dafür sind die Förderung von Selbsthilfegruppen, Organisationen und Einrichtungen zur Verbraucher- und Patientenberatung¹⁹³⁵ und die Mitberatungsrechte von Interessenorganisationen der Patienten bei verschiedenen Entscheidungsprozessen, insbesondere im Gemeinsamen Bundesausschuss.¹⁹³⁶ Im Gemeinsamen Bundesausschuss haben die Patienten durch einen Vertreter ein Mitberatungsrecht,¹⁹³⁷ dieses ist bei den Beschlüssen jedoch nicht stimmberechtigt.¹⁹³⁸ Das individuelle Patientenrecht ist in Deutschland gesichert¹⁹³⁹ und durch die Förderung der Patientenorganisationen und die Mitberatungsrechte wird die Entscheidungsfähigkeit in Gesundheitsfragen gestärkt. In Bezug auf ein kollektives Bürgerrecht auf Beteiligung an den Entscheidungen des Gesundheitssystems gibt es jedoch Entwicklungsbedarf.¹⁹⁴⁰ Brasilien muss hingegen institutionelle Instanzen für die Partizipation der Bürger einrichten, aber aufgrund des asymmetrischen medizinischen Wissens und wegen des Mangels an ausgebildeten Mitgliedern ist in diesen Instanzen die Interessenvertretung der Nutzer des SUS faktisch beschränkt.¹⁹⁴¹

B. Ähnlichkeiten und Unterschiede in der Anwendung der Verträge als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung

I. Zweckmäßigkeit des Steuerungsinstruments Vertrag

Bevor die Ähnlichkeiten und Unterschiede in der Anwendung der Verträge als Steuerungsinstrument in Deutschland und Brasilien analysiert werden, erscheint es unverzichtbar, die Zweckmäßigkeit des Steuerungsinstruments „Vertrag“ darzustellen.

¹⁹³⁴ Vgl. *Hänlein*, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 140 f., Rn. 2.

¹⁹³⁵ §§ 20c; 65b SGB V. Zur Diskussion über den Verbraucherschutz im Rahmen der GKV siehe *Felix*, in: Igl, Verbraucherschutz im Sozialrecht, S. 47 ff.

¹⁹³⁶ § 140f SGB V.

¹⁹³⁷ § 140f Abs. 2 Satz 1 SGB V.

¹⁹³⁸ *Hänlein*, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 140f, Rn. 10.

¹⁹³⁹ Das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.02.2013 (BGBl. I, S. 277) hat Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des SGB V verändert, um das Recht der Patienten, insbesondere das Einsichtsrecht in die Behandlungsunterlagen, das Recht auf Information und Aufklärung und das Recht auf Selbstbestimmung bei medizinischen Maßnahmen besser zu strukturieren. Zur Bedeutung dieses Gesetzes vgl. *Walter*, Das neue Patientenrechtegesetz, S. 5 ff.

¹⁹⁴⁰ *Francke/Hart*, Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen, S. 19.

¹⁹⁴¹ Über weitere Beschränkungsfaktoren für die Beteiligung der Leistungsempfänger an der Versorgungsgestaltung siehe *Escorel/Moreira*, in: Giovanella/Escorel/ Lobato/Noronha/Carvalho, Políticas e sistemas de saúde no Brasil, S. 983.

Das Steuerungsinstrument Recht bzw. Gesetze und Verträge wurde von der Politik- und Sozialwissenschaft sowie von der Verwaltungsrechtswissenschaft hinsichtlich seiner Möglichkeiten und Grenzen untersucht.¹⁹⁴² Jede Rechtsform hat Besonderheiten, die bei der Bestimmung ihres Anwendungsfelds als Steuerungsinstrument berücksichtigt werden müssen und an den Steuerungsbedarf anpasst werden sollten.

Die Steuerung durch Gesetze weicht von der Steuerung durch Verträge ab. Während bei Gesetzen abstrakte und generelle Handlungen und Richtungsangaben einseitig festgelegt werden, kommt der Vertragsinhalt durch eine konkrete Einigung zwischen den Vertragspartnern zustande. Bei Gesetzen geht es um eine zentralisierte und hierarchische Verhaltenssteuerung. Bei Verträgen ist die Steuerung dagegen Folge eines Verhandlungsprozesses mit mittelbarer und nicht hierarchischer Auswirkung. Auch Verträge können jedoch wie das Gesetz bei der Zuwiderhandlung gegen Gebote und Verbote Sanktionen vorsehen.¹⁹⁴³ Außerdem können Rechtsansprüche, Formulierungen von Zielen sowie Definitionen von Bedingungen und Regelungen über Verfahren vertraglich vereinbart werden und damit die Steuerungsintentionen konkretisiert werden.¹⁹⁴⁴ Bspw. können bestimmte Leistungsangebote in den Verträgen geregelt werden. Ob der Leistungsempfänger das Angebot wahrnimmt oder nicht, ist ihm freigestellt.¹⁹⁴⁵

Die Verträge sind zweckmäßige Steuerungsinstrumente vor allem in einer modernen Steuerungskonzeption, bei der die Aufgaben durch Koordinierung zwischen den Handlungen von staatlichen und nicht staatlichen Akteuren des Systems erledigt werden. Sie sind ein kreatives Instrument, durch das ein Spielraum für die Selbststeuerung von den beteiligten Akteuren eingeräumt wird.¹⁹⁴⁶ Die Schaffung eines gemeinsamen Verständnisses, die Steigerung der Legitimität der vereinbarten Maßnahmen und die Vermeidung von Interessenkonflikten der Vertragspartner werden durch Verträge gefördert, weil sie Ausdruck eines übereinstimmenden Willens sind.

Um die Steuerungsfähigkeit der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern zu entfalten, müssen deren Aufgaben im Gesundheitssystem klar definiert werden. Dies

¹⁹⁴² U. a. *Franzius*, DV 2006, S. 335 ff.; *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 93 ff.; *Voigt*, Recht als Instrument der Politik, S. 14 ff.; *Schuppert*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgabe, S. 51 ff.

¹⁹⁴³ Vgl. *Voigt*, Recht als Instrument der Politik, S. 16.

¹⁹⁴⁴ Vgl. *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 93 f.

¹⁹⁴⁵ *Voigt*, Recht als Instrument der Politik, S. 16 f.

¹⁹⁴⁶ *Bauer* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1235.

ist Voraussetzung für eine effiziente Erstellung der Verträge, weil die Steuerung der Leistungserbringung nicht zum Selbstzweck geschieht. Sie richtet sich nach einem bestimmten Ziel, für dessen Erreichung die Handlungen der Leistungsträger und Leistungserbringer entscheidend sind. Der Auswirkungsgrad dieses Steuerungsinstruments hängt auch davon ab, auf welche Art und Weise diese Verträge abgeschlossen, durchgeführt und kontrolliert werden.

Während die Rolle der privaten Leistungserbringer in der GKV im Gesetz eindeutig geregelt ist, bleibt die Rolle der privaten Leistungserbringer im SUS eher nebulös. In der folgenden Darstellung der Verträge als Steuerungsinstrumente in Deutschland und Brasilien wird der Einfluss dieses Aspektes auf die Steuerungsfähigkeit der Verträge deutlich.

II. Die Verträge als Steuerungsinstrument in Deutschland

In Deutschland spielen sowohl die Kollektiv- als auch die Selektivvertragssysteme eine bedeutende Rolle bei der Steuerung der Leistungserbringung.

Durch Kollektivverträge wird in Deutschland eine Globalsteuerung des Umfangs, der Qualität und der Vergütung der vertragsärztlichen Versorgung realisiert.¹⁹⁴⁷ Dadurch, dass die Vertragspartner, also die Leistungsträger (Krankenkassen bzw. ihre Verbände) und Leistungserbringer (Kassenärztliche Vereinigungen), verbindliche Verträge für ihre Mitglieder abschließen, bilden sie einen Ordnungsrahmen für die Leistungserbringung, der gewährleistet, dass alle Versicherten im gleichen Umfang Zugang zu einer vertragsärztlichen Versorgung haben.¹⁹⁴⁸ Außerdem hat der Gesetzgeber den Vertragspartnern keine allzu konkreten inhaltlichen Vorgaben gemacht, da ein Gestaltungsspielraum belassen wurde. Bspw. können die Vertragspartner Gesamtverträge vereinbaren, wenn Maßnahmen zur Vorsorge und Rehabilitation Gegenstand der kassenärztlichen Versorgung sind und diese nicht zur kassenärztlichen Versorgung gemäß § 73 Abs. 2 SGB V gehören.¹⁹⁴⁹

Auch die Strukturqualität der Leistungen wird durch Kollektivverträge gewährleistet. Die Partner der BMV-Ä können bspw. Bedingungen für die Erbringung besonderer ärztlicher Leistungen vereinbaren, wie die Definition von einheitlichen Voraussetzungen für die Ausführung und Abrechnung der ärztlichen Leistungen, die wegen der Anforderungen an ihre Ausführung oder wegen der Neuheit des Verfahrens besonderer Kenntnisse und Erfahrungen

¹⁹⁴⁷ Vgl. *Pruns*, Kartell- und Vergaberechtliche Probleme des selektiven Kontrahierens auf europäischer und nationaler Ebene, S. 61.

¹⁹⁴⁸ Vgl. *Engelhart-Au* in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 82, Rn. 6.

¹⁹⁴⁹ § 73 Abs. 3 SGB V.

bedürfen.¹⁹⁵⁰ Daneben sind die bundeseinheitlichen Qualitätsvorgaben des GBA zu berücksichtigen.

Kollektivverträge bilden zudem ein komplexes und mehrstufiges Vergütungssystem mit drei wichtigen Steuerungsinstrumenten, nämlich der Gesamtvergütung,¹⁹⁵¹ dem Einheitlichen Bewertungsmaßstab¹⁹⁵² und der Honorarverteilung,¹⁹⁵³ die jeweils durch detaillierte gesetzliche Vorgaben ausgestaltet werden. Das oberste Steuerungsziel ist es, die Wirtschaftlichkeit der Leistungen sicherzustellen.

Auch durch Selektivverträge werden die Qualität und die Wirtschaftlichkeit der vertragsärztlichen Versorgung gesteuert. Aus der Zulässigkeit der Abweichung von Vorschriften des SGB V folgt die Bildung eines Gestaltungsspielraums für die Leistungsträger, um neue Leistungen, Vergütungs- und Versorgungsformen durch Selektivverträge zu regeln. Das Selektivvertragssystem soll vor allem helfen, Defizite (z. B. gravierende regionale Unterschiede in der ambulanten Versorgung, Unterversorgung in einigen strukturschwachen Gebieten und Integrationsbedarf der Versorgungsbereiche) abzubauen, die bisher durch das Kollektivvertragssystem nicht überzeugend ausgeglichen wurden.¹⁹⁵⁴

Um ein integriertes Versorgungssystem aufzubauen, in dem alle Gesundheitsprobleme über den gesamten Versorgungsweg hinweg koordiniert bearbeitet werden, wurden selektive Verträge wie Modellvorhaben, Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung und Verträge zur integrierten Versorgung eingeführt. Diese Selektivverträge verfolgen das Ziel der Versorgungsintegration und gehen somit eine der grundlegenden Anforderungen an ein qualitativ hochwertiges Gesundheitswesen an.¹⁹⁵⁵

Durch Modellvorhaben können neue Versorgungsstrukturen, -prozesse und -inhalte getestet werden, um Innovation zu schaffen, die zur Steigerung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Leistungen beitragen können. Während die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung Übergänge zwischen Versorgungsformen innerhalb des ambulanten Sektors schaffen, konzentriert sich die integrierte Versorgung auf den Übergang zwischen ambulantem und stationärem Sektor. Eine Integration, welche die Trennung und die damit verbundene doppelte Facharztstruktur der Versorgungsbereiche überwindet, soll dazu beitragen, dass nicht

¹⁹⁵⁰ Art. 135 Abs. 2 SGB V. Diese gesetzliche Regelung wurde auch in § 11 (1) BMV-Ä festgelegt.

¹⁹⁵¹ §§ 85 Abs. 1, 87a Abs. 3 SGB V.

¹⁹⁵² § 87 Abs. 1 SGB V.

¹⁹⁵³ § 87b Abs. 1 SGB V.

¹⁹⁵⁴ Vgl. *Becker*, NZS 2001, S. 505.

¹⁹⁵⁵ *Rosenbrock/Gerlinder*, Gesundheitspolitik, S. 393.

nur eine bessere Behandlungsqualität, sondern auch eine höhere Wirtschaftlichkeit der Leistungen erzielt wird.

Durch Selektivverträge kann die Vergütung der ärztlichen Versorgung außerhalb der Regelversorgung stattfinden. Damit können die Krankenkassen unmittelbar an der Vergütungsverhandlung mit den Leistungserbringern bzw. Ärzten teilnehmen, um bessere Vergütungsbedingungen zu erreichen und auf die Bedingungen der Leistungserbringung unmittelbar Einfluss zu nehmen. Die Krankenkassen können auch Anreize bieten, um ihre Versicherten zu motivieren, an solchen Verträgen teilzunehmen.

Da in Deutschland die Leistungserbringung durch Dritte der Regelfall ist und die Rolle der Leistungserbringer im System der GKV geklärt ist, konnten sich nicht nur Vertragssysteme entwickeln, sondern auch ihre Funktion als Steuerungsinstrument konnte verfeinert werden. Trotzdem gibt es in der Leistungserbringung der GKV noch Probleme, wie die nachweisbar unzureichende Verzahnung zwischen den Versorgungsstrukturen, die Unter-, Fehl- oder Überversorgung der Patienten in einigen Bereichen verursachen kann. Auch das Finanzierungs- und Honorierungssystem überzeugt nicht völlig. Diese Schwachstellen konnten durch die Steuerungsfunktion der Verträge bis jetzt nicht behoben werden.¹⁹⁵⁶ Dies bedeutet, dass die Steuerungsfunktion der Verträge z. B. durch die Optimierung der vertraglichen Regelungen und Beseitigung von Fehlleistungen – z. B. eine Wettbewerbsordnung, welche die Risikoselektion fördert – noch weiterentwickelt werden müsste, um die Verträge erfolgreich als ein effizientes Steuerungsinstrument einzusetzen zu können.

III. Die Verträge als Steuerungsinstrument in Brasilien

In Brasilien ist der Einsatz von Verträgen als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung entwicklungsbedürftig. Obwohl die privaten Leistungserbringer schon lange im brasilianischen Gesundheitssystem mitwirken, wurde der Abschluss von Verträgen zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern vernachlässigt, und auch heute noch werden häufig Leistungen ohne Vertragsabschluss erbracht.¹⁹⁵⁷

Dieses Defizit lässt sich vor allem durch die ungeklärte Rolle der privaten Leistungserbringung innerhalb des SUS erklären. Um ein Vertragssystem für die private Leistungserbringung zu entwickeln, muss die Beziehung zwischen öffentlichen Leistungsträgern und priva-

¹⁹⁵⁶ Vgl. *Knieps* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 12, Rn. 1-6; *Schlegel* in: Pitschas, Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb, S. 23; *Shirvani*, VSSR 2011, S. 362.

¹⁹⁵⁷ Vgl. *Amarante*, in: Santos/Amarante, Gestão pública e relação público-privada na saúde, S. 18; *Pompeu*, Situação da rede hospitalar privada vinculada ao SUS, S. 54.

ten Leistungserbringern konkret bestimmt werden. D. h., es muss bestimmt werden, in welchem Ausmaß und in welchen Bereichen die Leistungen des SUS durch Private erbracht werden sollen.¹⁹⁵⁸

Seit 1990 kamen in Brasilien immer neue Vertragsformen zwischen den öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern zur Anwendung. Obwohl die Auslegung der entsprechenden Gesetze hinsichtlich der Anwendung dieser Verträge umstritten war, breiteten sie sich zunehmend aus. Infolgedessen stieg die private Leistungserbringung innerhalb des SUS, und somit erfuhren auch die Verträge eine ständig steigende Bedeutung als Steuerungsinstrumente.¹⁹⁵⁹ Die Verträge werden in der Regel mit privaten Leistungserbringern geschlossen, die im Wettbewerb miteinander stehen, um die Qualität, Effizienz und Kosten der Leistungen zu verbessern.

Ausgehend von einem Vertragsmodell, das nicht spezifisch für die Leistungserbringung des SUS konzipiert wurde, wurde seit den 1990er Jahren durch die Erfahrung mit unterschiedlichen Vertragstypen ein allgemeiner Vertragsinhalt für die private Leistungserbringung entwickelt. Es wurden die drei wichtigsten Aspekte vereinbart, die in gewissem Maße den Umfang, die Qualität und die Kosten der Leistungen steuern. Der erste Punkt ist eine geschätzte und angestrebte Menge der zu erbringenden gesundheitsbezogenen Leistungen für einen bestimmten Zeitraum (Zielvorgabe). Diese Formulierung von Zielen im Rahmen eines Verhandlungsprozesses steuert die Leistungserbringung, weil sie die Richtung der Leistungserbringung in einer kooperativen Gestaltung bestimmt. Der zweite vereinbarte Punkt ist eine Gesamtvergütung für die Realisierung des angestrebten Ziels. Diese entspricht einer Grenze für die Kosten der Leistungen und hat damit auch eine Wirkung auf das Verhalten der Akteure. Schließlich werden Leistungsindikatoren vereinbart, die als Instrumente zur Qualitätskontrolle der Leistungen angewendet werden.

Um zu überprüfen, ob die Steuerungsmaßnahmen zu den gewünschten Zielen geführt haben, müssen die Leistungsträger die Durchführung der Verträge kontrollieren (Vertragsmanagement oder Vertragscontrolling).¹⁹⁶⁰ Im Rahmen der Verwaltungsverträge wird diese Kontrolle durch einen Begleitausschuss durchgeführt, der aus Vertretern der Leistungsträger und Leistungserbringer besteht.¹⁹⁶¹ Dieser hat die Aufgabe, die erbrachten Leistungen mit dem

¹⁹⁵⁸ Vgl. Santos, in: Santos/Amarante, *Gestão pública e relação público-privada na saúde*, S. 81.

¹⁹⁵⁹ 2005 veröffentlichte das brasilianische Bundesministerium für Gesundheit den Ministerialerlass Nr. 1.721 (DOU vom 22.09.2005), der Verträge zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern fördert.

¹⁹⁶⁰ Art. 58 III des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.93.

¹⁹⁶¹ Art. 67 des Gesetzes Nr. 8.666 vom 21.06.93.

Vertragsgegenstand zu vergleichen. Bei einer Abweichung von den Vertragsinhalten soll dieser Ausschuss eine Vertragsveränderung vorschlagen. Wegen einer fehlenden institutionellen Struktur, z. B. wegen Mangel an ausgebildetem Fachpersonal für die Erledigung dieser Aufgabe, funktioniert diese Kontrolle bis jetzt jedoch nicht in zufriedenstellendem Maße. Eine weitere wichtige Kontrolle der Verträge der privaten Leistungserbringung in Brasilien wird durch den Rechnungshof durchgeführt, der alle Verträge und Vereinbarungen, die durch staatliche Ressourcen vergütet werden, überprüfen muss.¹⁹⁶²

Obwohl die Anwendung von Verträgen als Steuerungsinstrument der Leistungserbringung sich noch in der Anfangsphase befindet, kann man schon Fortschritte identifizieren, z. B. bei der Entwicklung des Vertragsinhalts, der auf eine Steuerung des Umfangs, der Qualität und der Kosten der Leistungen abzielt; der Entwicklung von Kontrollmechanismen der Durchführung sowie der Steuerungsfähigkeit der Verträge.

C. Deutschland als Modell für Brasilien?

Vor dem Versuch einer Beantwortung der Frage, ob Deutschlands Gesundheitssystem für Brasilien als Modell fungieren kann, soll klargestellt werden, dass eine reine Übertragung des deutschen Steuerungssystems der Leistungserbringung auf Brasilien nicht in Betracht kommt, weil Regelungen der Leistungserbringung immer im Zusammenhang mit der historisch gewachsenen Struktur des jeweiligen Gesundheitssystems gesehen werden müssen. Dennoch kann die Erfahrung eines Landes hilfreich sein, um die Vor- und Nachteile und die Durchführbarkeit von Systemalternativen einschätzen zu können.¹⁹⁶³ Ein Blick auf das deutsche System zeigt Möglichkeiten auf, wie die Anwendung der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in Brasilien verbessert werden könnte.

I. Die Gesetzlichen Vorgaben zur Leistungserbringung

Im Gegensatz zu Deutschland, wo die Kollektiv- und Selektivverträge eine erhebliche Regelungsdichte haben, sind die Verträge zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern in Brasilien nur ungenügend geregelt. Obwohl verschiedene Bundes- und Landesgesetze bestehen, welche die Verträge zwischen den öffentlichen Leistungsträgern und den privaten Leistungserbringern regeln, bilden diese Gesetze keine eindeutige Struktur für die private Leistungserbringung im Rahmen des SUS.¹⁹⁶⁴ Es fehlt noch immer

¹⁹⁶² Art. 71 VI BBV/88.

¹⁹⁶³ Vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung, S. 21.

¹⁹⁶⁴ Art. 22 XXVII BBV/88.

der notwendige Rechtsrahmen für die Vertragsgestaltung sowie für die Festlegung von Anforderungen und Bedingungen, nach denen die private Leistungserbringung realisiert werden soll.

Neben dem Entwicklungsbedarf der gesetzlichen Vorgaben zur Vertragsgestaltung im Rahmen des SUS fehlt in Brasilien bereits eine hinreichende Systematisierung der Gesetzgebung zum Verwaltungsrecht. Die Normen des Verwaltungsrechts befinden sich in der BBV/88¹⁹⁶⁵ und in zahlreichen Gesetzen¹⁹⁶⁶ und Rechtsverordnungen. In Hinsicht auf die Regelungen der Organisation der staatlichen Verwaltung gilt noch teilweise die nicht mehr zeitgemäße Gesetzverordnung Nr. 200,¹⁹⁶⁷ die im Zeitraum der letzten Diktatur in Brasilien erlassen wurde. Die Regelungsdichte des Verwaltungsrechts ist im Vergleich mit dem deutschen Verwaltungsrecht eher niedrig, d. h., die verwaltungsrechtlichen Tatbestände in Brasilien werden nicht so ausführlich beschrieben wie in Deutschland. Die bestehenden Lücken in den Rechtsvorschriften bringen Rechtsunsicherheit bei der Anwendung der Gesetze mit sich. Die juristische Diskussion hinsichtlich der Zuordnung von *Fundações da Administração Pública* (Stiftungen der öffentlichen Verwaltung) ist ein gutes Beispiel dafür, wie bestimmte Rechtsunsicherheiten im Verwaltungsrecht, etwa die Frage der Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts in der Organisation der staatlichen Verwaltung, sich auf die Entwicklung des SUS auswirken können. Die Stiftungen der öffentlichen Verwaltung sind Verwaltungseinheiten, die vom Staat zur Realisierung besonderer öffentlicher Zwecke gegründet werden. Diese Erscheinungsform könnte die Ausführung der Tätigkeiten der öffentlichen Leistungserbringer des SUS erleichtern. Da im Schrifttum Brasiliens die Zuordnung der Stiftungen der öffentlichen Verwaltung zum privaten Recht umstritten ist¹⁹⁶⁸ und keine gesetzliche Norm dieses Thema eindeutig klären kann, kamen die Versuche zur Verbesserung der verwaltungsrechtlichen Struktur des SUS durch die Anwendung der Stiftungen der öffentlichen Verwaltung nicht voran.¹⁹⁶⁹ Im Gegensatz zu Brasilien gibt es in Deutschland Gesetze – das

¹⁹⁶⁵ Art. 1-5, XI, XII, XIV, XXV, 20, 21, 25, 26, 29, 32, 37-39, 41, 49, 70, 76, 173, 176, 177, 179, 180, 182, 184, 205, 215, 243 BBV/88.

¹⁹⁶⁶ U. a. Gesetz Nr. 8.666 vom 21.06.93 (DOU vom 22.06.93); Gesetz Nr. 11.079 vom 30.12.2004 (DOU vom 31.12.2004); Gesetz Nr. 8.987 vom 13.02.1995, DOU vom 14.02.1995.

¹⁹⁶⁷ Die Gesetzesverordnung Nr. 200 vom 25.02.1967 (DOU vom 26.02.1967) beinhaltet Regelungen über die Organisation der öffentlichen Verwaltung in Brasilien.

¹⁹⁶⁸ U. a. *Aragão*, *Revista de Direito Administrativo* 2008, S. 33 ff.; *Paes*, *Revista de Artigos do Ministério Público do Distrito Federal* 2010, S. 97 ff.; *Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*, *Fundação Estatal*, S. 3 ff.

¹⁹⁶⁹ Der Entwurf des Ergänzungsgesetzes Nr. 92 von 2007 (*Projeto de Lei Complementar Nr. 92/2007*) bezweckte die Regelung der Stiftungen der öffentlichen Verwaltung. Laut diesem Entwurf konnte die Einrichtung von Stiftungen der öffentlichen Verwaltung sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich ausgestaltet

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) ¹⁹⁷⁰ und die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)¹⁹⁷¹ –, welche die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörde und die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausführlich regeln.

Die allgemeinen Vorgaben zur Vertragsgestaltung sollten im brasilianischen Bundesgesetz festgelegt werden. Da Bund, Länder und Gemeinden Gesetze über gesundheitsbezogene Themen verabschieden können, sollten die Bundesgesetze vor allem Generalklauseln beinhalten, während die Gesetze der Länder und der Gemeinden die Aspekte regionaler und lokaler Besonderheiten ergänzen sollten. Die Gesetze der Länder und Gemeinden müssen im Einklang mit dem brasilianischen Bundesgesetz stehen. Wichtigste Inhaltspunkte des Bundesgesetzes sind die Festlegung des Kreises der Vertragspartner, ihre Rechte und Pflichten, die Parameter für die Bestimmung der Vergütung (Vergütungskriterien und Vergütungsformen) sowie die Qualitätsanforderungen für die zu erbringenden Leistungen.

Die Gesetze sollten allerdings nicht so detailliert sein wie in Deutschland. Die Vertragspartner müssten mehr Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Erbringung der Leistungen haben. Denn das ist der Sinn des Vertrags als Steuerungsinstrument: Er soll einen Handlungsspielraum für die Leistungsträger und die Leistungserbringer einräumen, in dem die Leistungsträger die Leistungserbringer durch die Vereinbarungen von Verhaltensweisen, Handlungskompetenzen und Anreizen verschiedener Natur dazu veranlassen, die zu erbringenden Leistungen am Versorgungsbedarf der Patienten auszurichten. Anders als Gesetze, die allgemeine und generelle Regelungen beinhalten, können bei Verträgen konkrete Bestimmungen zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden. Sie sind damit ein bereichsspezifisches Steuerungsinstrument, das aber nur funktionieren kann, wenn ausreichende Handlungsspielräume bestehen.

II. Vertragssysteme

Durch den Vergleich der Gesetze und der Verträge zwischen den Leistungsträgern und Leistungserbringern in Deutschland und Brasilien wird deutlich, dass die Vertragsdogmatik und die Rechtsgrundlagen der deutschen Verträge viel weiterentwickelt sind als die der brasilianischen. Das Bestehen zweier spezifischer Vertragssysteme für die Leistungserbringung der GKV, ein komplexes zweistufiges Kollektivvertragssystem und ein erst in jüngerer Zeit eingeführtes Selektivvertragssystem, beweisen den Fortschritt Deutschlands in diesem Bereich.

werden. Er war jedoch erfolglos. Der Entwurf ist abrufbar im Internet unter: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360082>>, zuletzt besucht am 15.01.2019.

¹⁹⁷⁰ BGBl. I, S. 102.

¹⁹⁷¹ BGBl. I, S. 686.

In Deutschland sind die Verhandlungen zwischen den Leistungsträgern und Leistungserbringern ein Grundstein der Leistungserbringung. Durch das Kollektivvertragssystem wurden paritätisch zusammengesetzte Institutionen der Leistungsträger und Leistungserbringer eingesetzt, wodurch die Interessensgegensätze dieser Akteure angeglichen werden können. Zudem gibt es Schiedsämter und -stellen, die für Streitigkeiten über das Zustandekommen von Verträgen und bestehenden Verträgen zuständig sind.¹⁹⁷² Im Rahmen des Kollektivvertragssystems bestehen jedoch zahlreiche juristisch umstrittene Themen wie etwa die demokratische Legitimation des GBA. Obwohl dieses Thema im Schrifttum¹⁹⁷³ und in der Rechtsprechung¹⁹⁷⁴ diskutiert wird, gibt es in der Praxis nach wie vor keine Rechtssicherheit, und die Kollektivverträge werden schon lange erfolgreich in der GKV angewendet. Die Selektivverträge werden seit 1997¹⁹⁷⁵ zur Verbesserung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung angewendet, und die Rechtsgrundlagen zur Erreichung dieses Ziels werden stetig weiterentwickelt.¹⁹⁷⁶

Die Entwicklung einer Vertragsdogmatik für die Leistungserbringung ist ein Punkt, bei dem Brasilien von Deutschland lernen kann. Es wäre sinnvoll, dass Brasilien ein spezifisches Vertragssystem für die private Leistungserbringung im Kontext des Gesundheitsrechts entwickelt. Angesichts der Einzigartigkeit jedes Systems ist zu beachten, dass ein solches neu eingeführtes System nicht eine bloße Übernahme der deutschen Kollektivverträge oder Selektivverträge sein dürfte. Die Idee ist vielmehr, dass ausgehend von den Merkmalen des brasilianischen staatlichen Gesundheitssystems, insbesondere unter Beachtung der Rolle der privaten Leistungserbringer im SUS, ein eigenes Vertragssystem ausgearbeitet wird, das die Leistungserbringung effektiv steuern kann, wie es in der deutschen GKV der Fall ist.

Da die Kollektivverträge als wichtiges Steuerungsinstrument der Leistungserbringung in Deutschland funktionieren, ist zu überlegen, ob kollektive Vereinbarungen zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern auch in einem staatlichen Gesundheitssystem wie dem brasilianischen, in dem ein bedeutender Teil der Leistungserbringung durch private

¹⁹⁷² Siehe hierzu auch *Felix*, Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 25 ff.

¹⁹⁷³ U.a. *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 142; *Sodan*, NZS 1998, S. 313; *Joussen*, SGB 2004, S. 339; *Engelmann*, NZS 2000, S. 2; *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 8, Rn. 10.

¹⁹⁷⁴ U.a. BSGE 83, 218 (219), BSGE 95, 86 (89) und BSGE 94, 50 (73).

¹⁹⁷⁵ 2. GKV-Neuordnungsgesetz vom 01.07.97, BGBl. I 1997, S. 1520.

¹⁹⁷⁶ Durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 16.07.2015 (BGBl. I, S. 1211) wurden die Regelungen zu den Selektivverträgen neu geordnet und angeglichen. Vgl. *Huster/Schütz*, NZS 2016, S. 645.

Leistungserbringer realisiert wird, effizient wären. Kollektive Vereinbarungen setzen geeignete Vertragspartner voraus. Das bedeutet, dass es legitime Repräsentanten der Leistungsträger und der Leistungserbringer geben müsste, damit die Interessen dieser Gruppen vertreten werden. Vertreter für die öffentlichen Leistungsträger ließen sich in Brasilien ohne Probleme finden. Die Leistungsträger der einzelnen Regierungsebenen könnten diese Rolle übernehmen. Vertreter für die privaten Leistungserbringer des ambulanten Sektors – also die Ärzte – zu finden, wäre aber prinzipiell schwierig. Es gibt in Brasilien keine Einrichtungen wie die Kassenärztlichen Vereinigungen, deren Aufgaben nicht nur die Vertretung der Interessen der Ärzte umfassen, sondern auch die Sicherstellung der ambulanten ärztlichen Versorgung.¹⁹⁷⁷

Die Kassenärztlichen Vereinigungen haben eine lange historische Tradition. Als in Deutschland das Kollektivvertragssystem in die GKV eingeführt wurde, war die Ärzteschaft schon verstärkt organisiert, um ihre wirtschaftlichen Interessen zu wahren.¹⁹⁷⁸ Die Ärzteschaft zeigte Interesse an der Teilnahme an der GKV im Rahmen von Kollektivverträgen,¹⁹⁷⁹ und infolgedessen nahm sie später auch an der gemeinsamen Selbstverwaltung teil.¹⁹⁸⁰

In Brasilien könnte zwar eine Ärztevereinigung eingerichtet werden, um kollektive Vereinbarungen über die private Leistungserbringung abzuschließen, aber es gibt bisher keinerlei Bekundung oder Positionierung der Ärzteschaft in Richtung einer aktiven Teilnahme am SUS. Man kann vielmehr eine Orientierung an der Teilnahme an der privaten Krankenversicherung beobachten. Ein Grund dafür könnte sein, dass der Arzt in der privaten Leistungs-

¹⁹⁷⁷ Obwohl schon 1830 die Medizingesellschaft von Rio de Janeiro (*Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro*) gegründet wurde, mit dem Ziel der Annäherung der Ärzteschaft an gesundheitsbezogene Themen der Regierung, entwickelte sich im Laufe der Zeit kein Zusammenhang zwischen den Ärzteorganisationen und der privaten Leistungserbringung des SUS. Zur Medizingesellschaft von Rio de Janeiro vgl. *Dicionário Histórico-Biográfico das Ciências da Saúde no Brasil (1832-1930)*, Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, abrufbar im Internet unter: <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/pt/verbetes/socmedtrj.htm>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

¹⁹⁷⁸ Der Verband der Ärzte Deutschlands zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen wurde im Jahr 1900 gegründet. Hierzu *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 126; *Brockmann*, Ambulante Krankenversorgung ohne Kassenärztliche Vereinigungen?, S. 169, 178.

¹⁹⁷⁹ *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, S. 126; *Schnapp*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 1, Rn. 5.

¹⁹⁸⁰ Dennoch gibt es bei der deutschen korporatistischen Struktur einige Schwierigkeiten, z. B. die Harmonisierung der doppelten Funktion der Kassen-ärztlichen Vereinigung, d. h. die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung und die Vertretung der Interessen der Vertragsärzte gegenüber den Krankenkassen.

erbringung des SUS als Angestellter der privaten Leistungserbringer (Polikliniken und Krankenhäuser) einbezogen wird und ambulante und stationäre Dienstleistungen im Namen des SUS anbietet. Anders als in Deutschland ist er kein selbstständig tätiger Freiberufler.

Trotz der Schwierigkeit der fehlenden Vertreter der privaten Leistungserbringer in Brasilien könnten kollektive Vereinbarungen zur Begünstigung der privaten Leistungserbringung auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene abgeschlossen werden. Verträge könnten mit mehreren Vertragspartnern (privaten Leistungserbringern) abgeschlossen werden. Kollektive Vereinbarungen zwischen den Leistungsträgern und einer bestimmten Gruppe von privaten Leistungserbringern, die eine gleiche Funktion innerhalb des Gesundheitssystems haben, könnten zur Vereinheitlichung der vertraglichen Rechtsgrundlage der privaten Leistungserbringung und zur Steigerung der Steuerfähigkeit der Verträge führen.

Bei der Entwicklung kollektiver Vereinbarungen zwischen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern müsste in jedem Fall die Entwicklung der Struktur des brasilianischen Gesundheitssystems berücksichtigt werden. Die Leistungserbringung des SUS wird vor allem seit 2011 auf Grundlage der Gesundheitsregionen realisiert,¹⁹⁸¹ in denen durch ein Versorgungsnetz von öffentlichen und privaten Leistungserbringern eine integrale Versorgung gewährleistet wird. Eventuelle kollektive Vereinbarungen müssen in dieses Versorgungsnetz integriert werden. In derselben Weise müsste bei der Entwicklung eines Vertragssystems zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern der Kontext der Gesundheitsregionen berücksichtigt werden.¹⁹⁸² Diese Verträge könnten sich auf das eventuelle Defizit der Leistungserbringung innerhalb der Gesundheitsregionen konzentrieren. Voraussetzung wäre, dass die Rolle der privaten Leistungserbringung vorher definiert wird. Die privaten Leistungserbringer sollten gerade nicht den lukrativen Teil der Gesundheitsversorgung übernehmen können und der öffentlichen Leistungserbringung überlassen, was „übrigbleibt“.¹⁹⁸³

Die Unterentwicklung der Vertragsdogmatik in Brasilien lässt sich dadurch erklären, dass Brasilien sich 1988 für ein staatliches Gesundheitssystem entschieden hat, in dem die private Leistungserbringung als ergänzende Dienstleistung konzipiert wurde. Bei der Entwicklung des SUS zielten die Bemühungen der Gesetzgeber und der öffentlichen Verwaltung eher auf die Organisation der öffentlichen Leistungsträger als auf die Organisation der privaten Leistungserbringer ab. Das Ergebnis ist die Ausgestaltung von Organisationen und Verfahren

¹⁹⁸¹ Mit der Rechtsverordnung Nr. 7.508 vom 28.07. 2011 (DOU vom 29.06.2011) wurden neue Regelungen zu den Gesundheitsregionen eingeführt. Vgl. Santos/ Campos, Saúde e Sociedade 2015, S. 440 ff.

¹⁹⁸² Dazu vgl. schon unter 2. Kap. B I 1.

¹⁹⁸³ Vgl. Pompeu, A situação contratual da rede hospitalar privada vinculada ao SUS, S. 58.

kooperativen Zusammenwirkens zwischen öffentlichen Leistungsträgern verschiedener Regierungsebenen, die entscheidend für die Umsetzung eines nationalen Gesundheitssystems in einem so großen Land mit übermäßigen regionalen Diskrepanzen wie Brasilien sind. Als Beispiel dieser Verwaltungsentwicklung kann man die trilateralen und bilateralen Ausschüsse der öffentlichen Leistungsträger nennen. Diese Ausschüsse sind sehr wichtige Instanzen für die Vereinbarungen zwischen den Leistungsträgern verschiedener Ebenen, in denen die Verantwortung der Leistungserbringung ständig neu festgesetzt wird.¹⁹⁸⁴

III. Steuerung von Qualität und Vergütung der Leistungen

1. Die Qualitätssicherung

Auch von der deutschen Steuerung der Qualität der vertragsärztlichen Versorgung könnte Brasilien sich inspirieren lassen. Die Qualität der Leistungen wird in Deutschland nicht nur durch gesetzliche Vorgaben¹⁹⁸⁵ und untergesetzliche Normsetzung der GBA, sondern auch durch Kollektiv- und Selektivverträge¹⁹⁸⁶ gesteuert.

Dem SGB V zufolge müssen die Leistungserbringer zusammen mit den Krankenkassen die Einhaltung von Qualitätsanforderungen gewährleisten.¹⁹⁸⁷ Außerdem sind die Leistungserbringer zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität der von ihnen erbrachten Leistungen verpflichtet.¹⁹⁸⁸ Das SGB V bestimmt außerdem die Verpflichtung der Vertragsärzte, sich an einrichtungsübergreifenden Maßnahmen der Qualitätssicherung zu beteiligen, die insbesondere zum Ziel haben, die Ergebnisqualität zu verbessern.¹⁹⁸⁹ Die Vertragsärzte sind außerdem verpflichtet, einrichtungsintern ein Qualitätsmanagement einzuführen und weiterzuentwickeln.¹⁹⁹⁰ Das SGB V bestimmt zudem eine Fortbildungspflicht für die Vertragsärzte, welche gegenüber ihrer Kassenärztlichen Vereinigung alle fünf Jahre nachweisen müssen, dass sie dieser Pflicht auch tatsächlich nachkommen.¹⁹⁹¹

¹⁹⁸⁴ Art. 14A des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990, DOU vom 20.09.1990.

¹⁹⁸⁵ § 135 ff. SGB V.

¹⁹⁸⁶ §§ 11, 12 und Anlage 3 des BMV-Ä.

¹⁹⁸⁷ § 70 Abs. 1 SGB V.

¹⁹⁸⁸ § 135a Abs. 1 SGB V.

¹⁹⁸⁹ § 135a Abs. 2 Nr.1 SGB V.

¹⁹⁹⁰ § 135a Abs. 2 Nr. 2 SGB V.

¹⁹⁹¹ § 95d Abs. 1 und 3 SGB V.

Bei der Qualitätssicherung der vertragsärztlichen Leistungen spielen die Kassenärztlichen Vereinigungen¹⁹⁹² und der GBA eine bedeutende Rolle.¹⁹⁹³ Den Kassenärztlichen Vereinigungen obliegt eine zusätzliche Qualitätskontrolle der vertragsärztlichen Leistungen durch z. B. Zulassung, Ausbildung und Fortbildung der Ärzte. Außerdem erstellt die Kassenärztliche Bundesvereinigung gemäß § 75 Abs. 7 SGB V Qualitätssicherungs-Richtlinien für ärztliche Leistungen. Dem GBA kommt die zentrale Aufgabe zu, Richtlinien zur Sicherung der ärztlichen Versorgung zu beschließen.¹⁹⁹⁴ Durch diese Richtlinien organisiert der GBA die Qualitätssicherung der vertragsärztlichen Leistungen.¹⁹⁹⁵

Auch den Krankenkassen obliegen ihrerseits Maßnahmen zur Förderung der Qualität der vertraglichen Versorgung¹⁹⁹⁶ und sie prüfen im Einzelfall durch Stichproben die Qualität der durch die vertragsärztliche Versorgung erbrachten Leistungen.¹⁹⁹⁷ Der GBA bestimmt seinerseits Richtlinien für die vertragsärztliche Versorgung, insbesondere verpflichtende Maßnahmen der Qualitätssicherung sowie Kriterien für die indikationsbezogene Notwendigkeit und Qualität der durchgeführten diagnostischen und therapeutischen Leistungen.¹⁹⁹⁸ Diese Richtlinien sind Bestandteil der Bundesmantelverträge¹⁹⁹⁹ und binden alle am Vertrag Beteiligten unmittelbar.

Um die Versorgungsqualität der ärztlichen Leistungen zu gewährleisten, können die Vertragspartner der Bundesmantelverträge im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben einheitlich entsprechende Voraussetzungen für die Ausführung und Abrechnung von besonderen ärztlichen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der vertragsärztlichen Versorgung vereinbaren.²⁰⁰⁰ Die Vertragspartner der Bundesmantelverträge können außerdem Regelungen zur Sicherung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung bestimmen, nach denen die Erbringung von medizinisch-technischen Leistungen den Fachärzten vorbehalten ist, für die diese Leistungen zum Kern ihres Fachgebietes gehören.²⁰⁰¹ Außerdem ist für die

¹⁹⁹² § 135b SGB V.

¹⁹⁹³ §§ 135 Abs. 1, 136 ff. SGB V.

¹⁹⁹⁴ § 92 Abs. 1 SGB V.

¹⁹⁹⁵ § 136 SGB V.

¹⁹⁹⁶ § 135b Abs. 1 SGB V.

¹⁹⁹⁷ § 135b Abs. 2 SGB V.

¹⁹⁹⁸ §§ 92 Abs. 1 Nr. 13, 136 Abs. 1 SGB V.

¹⁹⁹⁹ § 92 Abs. 8 SGB V.

²⁰⁰⁰ § 135 Abs. 2 Satz 1 SGB V, § 11 (1) Satz 1, 2 des BMV-Ä.

²⁰⁰¹ § 135 Abs. 2 Satz 4 SGB V, § 11 (1) Satz 5 des BMV-Ä.

Erbringung besonderer ärztlicher Leistungen nach erfolgreichem Nachweis der Qualifikation noch eine Genehmigung der Kassenärztlichen Vereinigung erforderlich.²⁰⁰²

Mit dem Fokus auf die Verbesserung der Qualität der vertragsärztlichen Leistungen wurden außerdem neue Versorgungsformen durch Verträge (Verträge zu Modellvorhaben, zur hausarztzentrierten Versorgung und zur integrierten Versorgung) eingeführt.²⁰⁰³ Durch die in diesen Selektivverträgen vereinbarten Entwicklungen von Verfahrens- und Organisationsformen,²⁰⁰⁴ weiteren Qualitätsanforderungen für die Ärzte²⁰⁰⁵, Maßnahmen zur Verbesserung der Patientenversorgung sowie der sektorenübergreifenden Leistungserbringung,²⁰⁰⁶ wird die Qualität der ärztlichen Versorgung weiter gefördert.

Im Kontrast zu den vielfältigen gesetzlichen und vertraglichen Regelungen, welche die Qualität der vertragsärztlichen Versorgung der GKV steuern, steht die Knappheit der gesetzlichen und vertraglichen Steuerung der Qualität in Brasilien. Gemäß des Gesetzes Nr. 8.080,²⁰⁰⁷ das die Gesundheitsversorgung des SUS regelt, obliegt den öffentlichen Leistungsträgern die Entwicklung von Regelungen und Verfahren, welche die Qualität der Leistungen des SUS sichern.²⁰⁰⁸ Diese Regelungen und Verfahren werden jedoch nicht im Gesetz festgelegt. Außerdem entscheidet der Leistungsträger der Bundesebene über die Inklusion und Exklusion von Versorgungsleistungen des SUS (Untersuchung, Behandlung und Arzneimittel) auf der Grundlage ihres diagnostischen und therapeutischen Nutzens sowie ihrer Wirtschaftlichkeit. Diese Entscheidung wird vom *Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia* (Staatlicher Ausschuss zur Einbeziehung von Technologie) unterstützt.²⁰⁰⁹

In Brasilien enthalten die Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern kaum Regelungen über die Qualität der Leistungen. Das bedeutet, dass es keine gemeinsame Verantwortung und Entscheidung der Leistungsträger und Leistungserbringer hinsichtlich der Qualität gibt. Die Qualität der privaten Leistungserbringung muss der Qualität der öffentlichen Leistungserbringung entsprechen.²⁰¹⁰ Dieser Qualitätsparameter erweist sich jedoch als

²⁰⁰² § 11 (2a) Satz 1 BMV-Ä.

²⁰⁰³ Zu Selektivverträgen vgl. schon unter 2. Kap. A II 2.

²⁰⁰⁴ § 63 Abs. 1 SGB V.

²⁰⁰⁵ § 73b Abs. 2 SGB V.

²⁰⁰⁶ § 64b Abs. 1 SBB V.

²⁰⁰⁷ Vom 19.10.1990, DOU vom 20.09.1990.

²⁰⁰⁸ Art. 15 V, VI des Gesetzes Nr. 8.090 vom 19.09.1990.

²⁰⁰⁹ Art. 19Q § 2 des Gesetzes Nr. 8.090 vom 19.09.1990. Der Staatliche Ausschuss zur Einbeziehung von Technologie wird durch den Ministerialerlass Nr. 7.646 vom 21.12.2011 (DOU vom 22.12.2011) geregelt.

²⁰¹⁰ Art. 22, 26 § 2 des Gesetzes Nr. 8.090 vom 19.09.1990.

unzureichend, weil die Qualität der Leistungen des SUS in einigen Bereichen verbesserungsbedürftig ist. Es fehlen gesetzliche und vertragliche Regelungen, die erklären, wie die Qualität der Gesundheitsleistungen gewährleistet werden soll. Die bloße Teilnahmepflicht der Leistungserbringer an den Programmen des Bundesministeriums für Gesundheit zur Bewertung der Qualität der Leistungen,²⁰¹¹ die in den Verträgen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern vereinbart wird, ist als Qualitätssicherungsmaßnahme unzureichend.

Seit 1990 werden in den Verträgen zwischen den Leistungsträgern und Leistungserbringern allerdings allgemeine Leistungsindikatoren für die Erbringung der Leistungen vereinbart. Unter den Leistungsindikatoren gibt es Qualitätsindikatoren, die sich jedoch nur auf die Steigerung der Produktivität fokussieren. Obwohl die Vereinbarung von Qualitätsindikatoren einen Fortschritt in Richtung mehr vertraglicher Steuerung der Qualität der privaten Leistungserbringung bedeutet, besteht bei diesem Steuerungsinstrument in Brasilien noch Entwicklungsbedarf. Bspw. müsste ein spezifisches System von Qualitätsindikatoren eingeführt werden, das eine Bewertung der unterschiedlichen Aspekte der Untersuchungs- und Behandlungsmethoden ermöglicht. Bei der Bewertung sollten nicht nur die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Methoden, sondern auch die Zufriedenheit der Patienten in Bezug auf z. B. den Erfolg und die Qualität der Behandlung und das Verhältnis zwischen Arzt und Patient berücksichtigt werden.

Wie in Deutschland könnten auch in Brasilien mehrere vertragliche Regelungen vereinbart werden, die sich auf die Qualität der Leistungen beziehen. Bspw. könnte eine Qualitätsprüfung der Gesundheitsverfahren und der Behandlungen in den Verträgen festgelegt werden. Diese Überprüfung müsste mit Blick auf evidenzbasierte Leitlinien und den aktuellen medizinischen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse durchgeführt werden. In Brasilien gibt es ein staatliches Institut für die Qualitätsüberprüfung im Gesundheitswesen (*Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde*)²⁰¹² und eine Staatliche Agentur für die Überwachung von hygienischen Vorschriften (*Agência Nacional de Vigilância Sanitária*),²⁰¹³ die bei der Sicherstellung der Qualität von gesundheitsbezogenen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden sowie von Produkten und Arzneimitteln bereits aktiv sind. Was fehlt sind

²⁰¹¹ Beispiele für Programme der öffentlichen Leistungsträger zur Verbesserung der Qualität der Versorgung sind das Bundesprogramm zur Bewertung der Gesundheitsdienste (Ministerialerlass Nr. 28 vom 08.01.2015, DOU vom 09.01.2015) und das Programm zur Aufwertung der Primärversorgung (Ministerialerlass Nr. 2.087 vom 01.09.2011), DOU vom 02.09.2011.

²⁰¹² Das staatliche Institut für die Überprüfung der Qualität im Gesundheitswesen wird durch die Rechtsverordnung Nr. 4.725 vom 09.07.2003 (DOU vom 10.07. 2003) geregelt.

²⁰¹³ Die staatliche Agentur für die Überwachung von hygienischen Vorschriften wird durch das Gesetz Nr. 9.782 vom 26.01.1999 (DOU vom 27.01.1999) reguliert.

gesetzliche und vertragliche Regelungen, welche die genaue Rolle dieser Einrichtungen bei der Qualitätssicherung der privaten Leistungserbringung klären. Wie in Deutschland sollten in Brasilien die Leistungserbringer mehr vertragliche Pflichten in Bezug auf die Qualität der Leistungen haben. Es wäre sinnvoll, wenn in den Verträgen Qualitätsanforderungen, wie besondere Kenntnisse und Erfahrungen der Ärzte, besondere Praxisausstattung und andere Anforderungen an die Strukturqualität, vereinbart werden würden.

2. Das Vergütungssystem

Trotz erheblicher Unterschiede zwischen den Vergütungssystemen der privaten Leistungserbringung in Deutschland und Brasilien, könnten einige Aspekte des komplexen und mehrstufigen deutschen Vergütungssystems auch in Brasilien sinnvoll eingesetzt werden.

Die Komplexität des deutschen Systems ergibt sich durch die strukturellen Elemente, die im Folgenden kurz zusammengefasst werden. In Deutschland wird der Preis der Leistungen und die Vergütung der vertragsärztlichen Versorgung überwiegend kollektiv verhandelt.²⁰¹⁴ Die Kollektivverträge bilden ein vielschichtiges Vergütungssystem, in dem auf Bundesebene Parameter für die Bemessung der Vergütung (Preiskomponente und Mengenkompone) und auf Landesebene konkrete Vergütungen (regionale Preise) für die vertragsärztlichen Leistungen vereinbart werden. Innerhalb der Kollektivverträge gibt es zwei Ebenen zur Festlegung der Vergütung, nämlich die der Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen, auf der eine Gesamtvergütung vereinbart wird,²⁰¹⁵ und die der Kassenärztlichen Vereinigungen und der einzelnen Vertragsärzte, auf die diese Gesamtvergütung verteilt wird (Honorarverteilung). Das Vergütungssystem ermöglicht außerdem durch den Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM),²⁰¹⁶ dass Art und Umfang der vertragsärztlichen Leistungen gemäß einer bestimmten Punktzahl klassifiziert werden. Dieses Klassifizierungssystem der abrechenbaren Leistungen wirkt sich auf die Vergütung der Vertragsärzte aus und steuert indirekt die ärztliche Behandlungsweise bzw. das ärztliche Abrechnungsverhalten. Das Vergütungssystem umfasst außerdem eine regionale Gebührenordnung,²⁰¹⁷ in der die regionalen Besonderheiten der vertragsärztlichen Versorgung durch Zu- und Abschläge für besondere Leistungen berücksichtigt werden (Ergänzungskomponente).²⁰¹⁸ Hinzu kommt, dass gesundheitsbezogene Leistungen außerhalb der Gesamtvergütung vergütet werden können, soweit diese

²⁰¹⁴ § 85 ff. SGB V.

²⁰¹⁵ § 85 Abs. 1, 2 SGB V.

²⁰¹⁶ § 87 Abs. 1 SGB V.

²⁰¹⁷ § 87a SGB V.

²⁰¹⁸ Vgl. Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara, VSSR 2011, S. 17.

Möglichkeit gesetzlich vorgesehen ist, wie bei den neuen Versorgungsformen, etwa dem Modellvorhaben²⁰¹⁹ oder der integrierten Versorgung.²⁰²⁰

Angesichts des komplexen und mehrstufigen Vergütungssystems der vertragsärztlichen Versorgung in Deutschland wird deutlich, dass das Vergütungssystem der privaten Leistungserbringung in Brasilien noch viel Entwicklungspotenzial hat. Das brasilianische System stützt sich auf eine Preisliste von gesundheitsbezogenen Leistungen und Diensten, die von den Leistungsträgern der Bundesebene erstellt wird (Ermittlung des Entgelts durch Ausschreibung). Diese Liste wird auf der Grundlage von Schätzungen des Marktpreises sowie von verfügbaren Haushaltsmitteln gebildet. Die Leistungsträger der Landes- und Gemeindeebenen können durch Ressourcen ihres eigenen Haushalts die in der Liste festgelegten Einzelleistungsvergütungen überschreiben.²⁰²¹ Wenn der private Leistungserbringer ein Unternehmen ist, wird die Vergütung so kalkuliert, dass damit die anfallenden Kosten gedeckt werden können und darüber hinaus ein betriebswirtschaftlicher Gewinn erzielbar ist. In diesem Fall wird eine Gesamtvergütung mit dem Unternehmen verhandelt.

Die Vergütung der Leistungen wird üblicherweise zusammen mit Leistungsindikatoren in einem Vertrag vereinbart. Wenn die Leistungsindikatoren erreicht werden, hat dies eine finanzielle Auswirkung auf die Gesamtvergütung. Im Gegensatz zu Deutschland, wo ein Anstieg der Gesamtvergütung sich nach den Kriterien der Kassenärztlichen Vereinigungen auf die Vergütung der Ärzte auswirkt, beeinflusst ein Anstieg der Gesamtvergütung in Brasilien die Vergütung der Ärzte nicht, weil sie in der Regel durch ein vertraglich festgelegtes Gehalt vergütet werden. Das zeigt, dass die Steuerungsfähigkeit der Leistungsindikatoren in Brasilien eingeschränkt ist, weil diese sich zwar auf die Qualität und die Gesamtvergütung der Leistungen auswirken, aber nicht auf die Vergütung der Ärzte.

Ausgehend von der Analyse der deutschen Erfahrung könnte Brasilien einige Aspekte seines Vergütungssystems verbessern. Bspw. wäre es sinnvoll, zu überprüfen, ob sich eine eventuelle kollektive Verhandlung der Vergütung mit den privaten Leistungserbringern²⁰²² innerhalb einer Gesundheitsregion positiv auswirken kann. Kollektive Verhandlungen der Vergütung können zu Vereinheitlichungen der Bezahlung und gleichzeitig zur Berücksichtigung

²⁰¹⁹ §§ 63, 64 SGB V.

²⁰²⁰ §§ 140 ff. SGB V.

²⁰²¹ Art.1 des Ministerialerlasses Nr. 1606 vom 11.09.2001, DOU vom 12.09.2001.

²⁰²² Da es verschiedene Arten von privaten Leistungserbringern gibt (Unternehmen und nicht gewinnorientierte Organisationen), wäre es sinnvoll, wenn die kollektive Verhandlung der Vergütung mit den privaten Leistungserbringern der gleichen Gruppe stattfinden würde.

der regionalen Abweichungen der Preise führen. Im Gegensatz zu Deutschland, wo die Vergütung der Leistungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern vereinbart wird, gibt es in Brasilien kein formelles Verfahren, in dem die Leistungserbringer mit den Leistungsträgern über die Vergütung der Leistungen verhandeln können. Die privaten Leistungserbringer beschwerten sich häufig über die Maßstäbe der Preisliste und Zahlungsverzüge.²⁰²³ Wegen ihrer Beziehungen zu den öffentlichen Leistungsträgern erhalten die privaten Leistungserbringer jedoch finanzielle Anreize, deren Zweck und Bedingungen gesetzlich nicht klargestellt sind. Eine Erweiterung des Spielraums für die Verhandlung zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern könnte dazu beitragen, dass mehr Konsens hinsichtlich der Vergütung sowie mehr Transparenz in dieser Beziehung erreicht werden. Es fehlt im Gesetz jedoch eine bessere Strukturierung dieses Vergütungssystems. Eine gesetzlich bestimmte Vergütungsstruktur, in der die verschiedenen möglichen Vergütungsformen der Leistungen (Vergütung nach Festbeträgen, nach Einzelleistungen oder Pauschalen für Leistungskomplexe) sowie finanzielle Anreize ausführlich geklärt und systematisiert werden, ist in Brasilien nicht vorhanden. Bei den Kriterien für die Vergütung wäre es sinnvoll, die Qualifikation und Erfahrungen der Ärzte und anderer Berufsgruppen zu berücksichtigen. Außerdem wäre es notwendig, mehr Transparenz nicht nur in Bezug auf die Preisbildung der Leistungen, sondern auch in Bezug auf das Verhältnis zwischen der Vergütung der privaten Leistungserbringung und den Investitionen in die öffentliche Leistungserbringung zu schaffen.

Das Vergütungssystem der Leistungserbringung in Deutschland ermöglicht im Vergleich zu Brasilien zwar eine bessere Steuerung der Leistungserbringung; es sollte jedoch nur mit Vorbehalt als Vorbild betrachtet werden, weil es auch umstrittene Aspekte aufweist, wie die finanziellen Anreize zur Steuerung von Art und Umfang der von den Ärzten zu erbringenden Leistungen.²⁰²⁴ Vergütungsformen haben eine wichtige Steuerungswirkung auf die ärztliche Behandlungsweise, aber nicht immer entspricht das finanzielle Interesse der Ärzte dem Bedarf der Patienten.

Da die private Leistungserbringung einem bedeutenden Teilbereich der Leistungserbringung des SUS entspricht und keine detaillierten Regelungen über die Anwendung der Verträge in diesem Bereich bestehen, gibt es einen weiten Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber. Er

²⁰²³ Die Daten stammen von der Webseite des *Conselho Federal de Medicina*, Jahr 2015, abrufbar im Internet unter: <http://portal.cfm.org.br/index.php?Option=com_content&id=25491:defasagem-na-tabela-susafeta-maioria-dos-procedimentos-hospitalares>, zuletzt besucht am 20.01.2019. Dazu vgl. *Forgia/Couttolenc*, *Desempenho Hospitalar no Brasil*, S. 142.

²⁰²⁴ Vgl. *Rosenbrock/Gerlinger*, *Gesundheitspolitik*, S. 198 ff.

kann sogar neue Vertragsarten einführen, um die Effizienz und Qualität der privaten Leistungserbringung zu verbessern. Aber es gibt in Brasilien verfassungsrechtliche Regelungen und Prinzipien, nach denen das Gesundheitssystem eingerichtet wurde und die beachtet werden müssen. Außerdem müssen, da die öffentlichen Leistungsträger zur unmittelbaren staatlichen Verwaltung gehören, bei der Gestaltung von Verträgen zwischen den Leistungsträgern und Leistungserbringern die gesetzlichen Regelungen beachtet werden, welche die öffentliche Verwaltung leiten. Der Gestaltungsspielraum der Gesetzgeber und der öffentlichen Leistungsträger ist also insbesondere durch die verfassungsrechtlichen Regelungen eingeschränkt. Jeder Vertrag, der in der Leistungserbringung des SUS angewendet wird, muss mit den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelungen in Einklang stehen. Das ergibt sich schon aus der Notwendigkeit der demokratischen Legitimation der Handelnden und der Garantie eines starken und dauerhaften Gesundheitsschutzes. Dennoch ist es möglich, einen ausreichenden Gestaltungsspielraum für die Partner der Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern zu lassen. Dieser könnte zu einem Steuerungsinstrument werden, weil dadurch bestimmte Probleme der Leistungserbringung durch vertragliche Bestimmungen eventuell besser beseitigt werden könnten.

5. Kapitel: Ein Ausblick auf die Zukunft

Dieses Kapitel beendet die Arbeit mit einer Darstellung von Zukunftsperspektiven in Hinsicht auf das Gesundheitssystem bzw. die Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in Deutschland und Brasilien. Aus den Ergebnissen des Rechtsvergleichs lassen sich für jedes der beiden Länder entsprechende Tendenzen ableiten. Diese werden im Folgenden kurz dargestellt. Auf den ersten Blick scheinen diese Tendenzen sehr länderspezifisch zu sein, doch wird zu zeigen sein, dass zwischen den Entwicklungslinien der Gesundheitssysteme beider Länder eine Konvergenz besteht.

A. Deutschland

Da die derzeitige Bundesregierung sich erst Anfang 2018 gebildet hat, bietet sich für einen Ausblick auf die Zukunft zunächst eine Analyse des Koalitionsvertrags an. Wie bereits in der Einleitung erwähnt, wird aufgrund der hohen Relevanz des Gesundheitssystems als zentrale Säule des sozialen Sicherungssystems eine Anpassung dessen bei jedem Regierungswechsel erneut diskutiert.

Gemäß dem Koalitionsvertrag der Bundesregierung 2018 für die 19. Legislaturperiode²⁰²⁵ stehen 2019 weitere Veränderungen im Gesundheitswesen bevor, insbesondere in Bezug auf die Zusammenarbeit und Vernetzung innerhalb des Gesundheitswesens, die ausgebaut und verstärkt werden sollen.²⁰²⁶ Durch diese Maßnahmen soll vor allem eine sektorenübergreifende Versorgung erreicht werden. Geplant ist außerdem die Verbesserung der Leistungen und des Zugangs zur Versorgung durch die Erweiterung der Terminservicestellen der Kassenärztlichen Vereinigungen, die in Zukunft unter einer bundesweit einheitlichen und für die Versicherten leicht zu merkenden Telefonnummer von 8 bis 18 Uhr erreichbar und auch für die Vermittlung von Terminen für die haus- und kinderärztliche Versorgung zuständig sein werden. Weitere Maßnahmen zur Verbesserung des Zugangs zur Versorgung sind die Steigerung des Mindestsprechstundenangebots der Vertragsärzte für die Versorgung von gesetzlich versicherten Patienten sowie die Verbesserung der Honorare derjenigen Ärzte, die in wirtschaftlich schwachen und unterversorgten ländlichen Räumen praktizieren.²⁰²⁷

²⁰²⁵ Koalitionsvertrag der Bundesregierung von CDU, CSU und SPD 2018 – 19. Legislaturperiode. Abrufbar im Internet unter: <https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

²⁰²⁶ Koalitionsvertrag, S. 95.

²⁰²⁷ Koalitionsvertrag, S. 97. Zur Diskussion über eine Einheitliche Gebührenordnung für ambulante ärztliche Leistungen, mit der u. a. die Bevorzugung privat Versicherter bei der Terminvergabe durch den Arzt beseitigt werden könnte, siehe *Wollenschläger*, NZS 2018, S. 385 ff. und 445 ff.

Die Ausgestaltung der Versorgung durch Selektivverträge soll sich insbesondere durch die Stärkung der Strukturierten Behandlungsprogramme bzw. des Disease-Management-Programms (DMP) gemäß § 137f SGB V weiterentwickeln.²⁰²⁸ Nicht nur die ambulante Honorarordnung in der GKV (EBM), sondern auch die Gebührenordnung der Privaten Krankenversicherung (GOÄ) und der morbiditätsorientierte Risikostrukturausgleich (Morbi-RSA) sollen reformiert werden.²⁰²⁹ Darüber hinaus wurde die Parität bei den Beiträgen zur GKV von Arbeitgebern und Arbeitnehmern am 01.01.2019 wiederhergestellt.²⁰³⁰

Die ständigen Veränderungen der GKV sind typisch für die Anpassung und Entwicklung des Systems, das trotz oder gerade wegen der zahlreichen Novellierungen des SGB V immer stabil geblieben ist.

I. Stabilität der Leistungserbringung durch Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern

Die Leistungserbringung der GKV ist von den Kollektivverträgen geprägt. Die Einführung der Selektivverträge hat dies nicht grundsätzlich geändert und so wird es voraussichtlich auch in Zukunft bleiben. Die Kollektivverträge in der GKV haben eine lange Tradition und die Regelungsstruktur des Systems ist auf Kollektivverträge abgestimmt. Die Aufrechterhaltung dieser Verträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern steht auch im Einklang mit einer grundlegenden Systementscheidung der GKV, nämlich der Trennung von Bereitstellung der gesundheitsbezogenen Leistungen und ihrer Finanzierung. In einem Sachleistungssystem wie der GKV obliegt die Finanzierung den Leistungsträgern und die Bereitstellung der Leistungen den Leistungserbringern.²⁰³¹

Die Kollektiv- und Selektivverträge bleiben Teil des Systems, weil sie die Funktionsfähigkeit der GKV sichern. Die GKV, die durch diese Verträge charakterisiert ist, gewährt fast der gesamten Bevölkerung einen nahezu universalistischen Zugang zu homogenen, hochqualitativen und finanzierbaren Leistungen der Krankenversorgung.²⁰³² Durch diese Verträge werden Leistungsträger und Leistungserbringer in die Umsetzung der GKV eingebunden. Obwohl es im Rahmen der GKV wie in jedem System Defizite und Fehlentwicklungen in der Gesundheitsversorgung gibt, wie z. B. die noch zu starke Trennung des ambulanten

²⁰²⁸ Koalitionsvertrag, S. 98.

²⁰²⁹ Koalitionsvertrag, S. 99.

²⁰³⁰ Mit dem GKV-Versichertenentlastungsgesetz (GKV-VEG) vom 11.12.2018 (BGBl. I, S. 2387) werden die Beiträge zur GKV wieder von Arbeitnehmern und Arbeitgebern paritätisch getragen.

²⁰³¹ Zu Konvergenzprozessen im Rahmen der Entwicklung der Gesundheitssysteme siehe *Rothgang*, in: *Wendt/Wolf, Soziologie der Gesundheit*, S. 305 ff.

²⁰³² *Gerlinger*, in: *Manzei/Schmiede, 20 Jahre Wettbewerb im Gesundheitswesen*, S. 36.

vom stationären Versorgungssektor, wird gerade durch Selektivverträge, wie Verträge zur integrierten Versorgung gemäß § 140a SGB V, versucht, dieses Problem z. B. durch den Aufbau einer sektorenübergreifenden Versorgung zu beheben. Die Steuerungsfunktion der Verträge entwickelt sich daher ständig weiter.

Das Kollektiv- und mittelweise das Selektivvertragssystem sind im SGB V normiert, aber sie können jederzeit reformiert werden. Im Rahmen der GKV befinden sich nicht nur die Normen über die Ausgestaltung der Verträge ständig in Bewegung, sondern es werden auch Instrumente zur Lösung vertraglicher Konflikte weiterentwickelt.²⁰³³

Weil die GKV historisch gewachsen ist, stößt allerdings jeder Versuch, den Kern des Systems zu verändern, auf großen Widerstand. Die herkömmlich bestehende Organisationsstruktur, die z. B. durch die Existenz der Kassenärztlichen Vereinigungen geprägt ist, dürfte sich gegenüber externen Steuerungsprozessen als nicht äußerst resistent zeigen. Bei entsprechenden Reformvorhaben dürfte sich die Pfadabhängigkeit des Systems insoweit als Reformbremse erweisen. Ob und wie ein Pfadwechsel in der Zukunft gelingt und vor allem wer davon profitieren wird, ist eine politische Frage.

II. Weiterentwicklung der Marktelemente in der GKV

Bei den Novellierungen des SGB V und der weiteren Gesetze zum Gesundheitswesen in jüngster Zeit lässt sich eine zunehmende Einführung von Marktelementen beobachten.

Mit dem Inkrafttreten des Gesundheitsstrukturgesetzes (GSG)²⁰³⁴ begann eine wettbewerbszentrierte Strukturreform, mit dem Ziel, einen regulierten Markt im Gesundheitswesen zu etablieren. Dieses Gesetz und spätere weitere Reformen führten bei der Vergütung der Leistungserbringung im ambulanten und stationären Sektor Marktmechanismen ein, wie Kas senwettbewerb, Budgetierung der Honorare bzw. Pauschalen und Individualbudgets. Außerdem wurden Kosten privatisiert und Leistungen aus dem Leistungskatalog der GKV herausgenommen.²⁰³⁵ Um Kostensenkungen und Qualitätsverbesserungen zu erreichen, wurde die Handlungsfreiheit der Krankenkassen gegenüber den Leistungserbringern durch die Auflockerung der Vertragsbeziehungen bzw. der Selektivverträge schrittweise erweitert.²⁰³⁶

²⁰³³ Neben den Schiedsämtern, die in § 89 SGB V geregelt werden, wurden weitere alternative Konfliktlösungsinstrumente entwickelt. Vgl. dazu *Felix*, Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 25 ff.

²⁰³⁴ Vom 21.12.1992, BGBl. I, S. 2266.

²⁰³⁵ Vgl. dazu *Hänlein/Schuler* in: Hänlein/Schuler, SGB V, Einleitung, Rn. 18; *Ebsen*, in: Maydell/Ruland/Becker, SRH, S. 732.

²⁰³⁶ Vgl. *Gerlinger*, in: Manzei/Schmiede, 20 Jahre Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 42.

In diesem Zusammenhang spielt vor allem der Wettbewerbsgedanke eine zentrale Rolle. Seine Steuerungsfunktion wurde seit 1992 erheblich intensiviert. Seitdem bezeichnet das Bundesministerium für Gesundheit den Wettbewerb immer wieder als den Königsweg zu einer besseren medizinischen Qualität, zu mehr Effizienz und zu weniger Bürokratie– wie z. B. 2010²⁰³⁷ und 2014²⁰³⁸. Die Implementierung wettbewerbsorientierter Strukturreformen ist jedoch in einem staatsnahen Sektor wie dem Gesundheitssystem ein komplexer Prozess und verläuft selten linear. So wird sich etwa der morbiditätsorientierte Risikostrukturausgleich (Morbi-RSA), der erst 1992 eingeführt²⁰³⁹ und 2002²⁰⁴⁰ reformiert wurde, auch unter Berücksichtigung des Gutachtens des Expertenbeirats des Bundesversicherungsamtes (BVA) 2019 weiterentwickeln müssen.²⁰⁴¹ Das Ziel ist nicht nur, die Unterschiede in der Versichertenstruktur zwischen einzelnen Krankenkassen besser auszugleichen und einen fairen Wettbewerb zwischen den gesetzlichen Krankenkassen zu erreichen, sondern auch, den Morbi-RSA vor Manipulation zu schützen.²⁰⁴² Der Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern wurde auf der Mikroebene durch die Abschlüsse von Selektivverträgen als Versorgungs- und Individualverträge zwischen einzelnen Kassen und Gruppen von Ärzten konkretisiert; auch dadurch wurden die Handlungsspielräume der Krankenkassen erweitert.²⁰⁴³ Die Etablierung des Wettbewerbs als ein effizientes Steuerungsinstrument in der GKV ist insofern keinesfalls abgeschlossen.

Obwohl die Steigerung der Effizienz im Gesundheitswesen durch die Einführung von Marktelementen bisher nicht die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt hat, wird die Bedeutung der marktbezogenen Steuerungselemente voraussichtlich weiter zunehmen. Wie sich die Mischung von marktbezogenen und verbandlichen Steuerungsinstrumenten zukünftig entwickeln wird, ist allerdings noch nicht abzusehen.

²⁰³⁷ *Bundesministerium für Gesundheit (2010)*, Wettbewerb im Gesundheitswesen. Online-Dokument, abrufbar im Internet unter: <<http://www.bmg.bund.de/SharedDocs/Standardartikel/DE/AZ/W/Glossarbegriff-Wettbewerb-im-Gesundheits-wesen.html>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

²⁰³⁸ *Bundesministerium für Gesundheit (2014)*, Wettbewerb im Gesundheitswesen. Online-Dokument, abrufbar im Internet unter: <<http://www.bmg.bund.de/krankenversicherung/erausforderungen/wettbewerb.html>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

²⁰³⁹ Durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992 (BGBl. I, S. 2266) wurde ein Risikostrukturausgleich geregelt.

²⁰⁴⁰ Durch das Gesetz zur Reform des Risikostrukturausgleichs in der GKV vom 10.12.2001 (BGBl. I, S. 3465) wurde das Morbi-RSA weiterentwickelt.

²⁰⁴¹ Koalitionsvertrag, S. 102.

²⁰⁴² Koalitionsvertrag, S. 102.

²⁰⁴³ Vgl. *Gerlinger*, in: Manzei/Schmiede, 20 Jahre Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 53.

B. Brasilien

Im Vergleich zu Deutschland ist es sehr viel schwieriger und spekulativer, eine Prognose in Bezug auf die Entwicklung der Gesundheitspolitik bzw. des Gesundheitssystems in Brasilien zu entwickeln. Der Grund dafür ist, dass Brasilien sich derzeit in einem politischen Umbruch befindet und dieser Umbruch sich auch auf das Gesundheitssystem auswirken wird. Es wird sich zeigen müssen, ob die im Jahr 2019 an die Macht gekommene Regierung den durch die BBV/88 festgelegten demokratischen Rahmen respektieren wird oder ob sie diesen Rahmen für nicht mehr angemessen hält und infolgedessen eine verfassungsrechtliche Reform anstrebt.

I. Gefährdung des SUS

Die BBV/88 wurde als ein rechtlicher Rahmen festgesetzt, der das Ende der Diktatur und die Rückkehr zur Demokratie bedeutete. Seit ihrer Verabschiedung wurde sie jedoch ständig verändert. Im ursprünglichen Text der BBV/88 wurde 5 Jahre nach Inkrafttreten der Verfassung ein Revisionsprozess vorgesehen. Bisher wurde die BBV/88 schon 99 Verfassungsänderungen unterzogen.²⁰⁴⁴

Die Auseinandersetzungen hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Inhalts bei der verfassungsgebenden Versammlung enthüllen die bestehenden und deutlich divergenten politischen Kräfte innerhalb der Gesellschaft, die auch nach der Verabschiedung der BBV/88 nicht harmonisiert wurden. Die Ausgestaltung des Gesundheitswesens in der BBV/88 ist ein treffendes Beispiel für die Konfrontation zwischen den unterschiedlichen politischen Kräften. Ein staatliches Gesundheitssystem mit einem uneingeschränkten Zugang für die Bevölkerung wurde etabliert, zugleich aber wurde zugelassen, dass auch ein privater Sektor Teil des öffentlichen Gesundheitssystems sein kann.²⁰⁴⁵ Die verbleibenden politischen Interessenkonflikte führten nicht nur zu ständigen Veränderungen der Verfassung, sondern auch zum Aufbau und zur Erhaltung von Mechanismen, die eigene Interessen dieser politischen Kräfte sichern. Ein funktionsfähiges staatliches Gesundheitssystem steht hegemonialen Interessen innerhalb des Gesundheitswesens entgegen. Die Umsetzung des SUS soll deshalb aus Sicht bestimmter Akteure letztlich verhindert werden; und dies lässt sich allein durch die

²⁰⁴⁴ Die Verfassungsänderungen finden sich auf der Webseite *Presidência da República*, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/qua-dro_emc.htm>, zuletzt besucht am 20.01.2019. Gemäß Art. 60 § 2 BBV/88 darf die Verfassung nur mit den Stimmen von drei Fünfteln der Mitglieder der brasilianischen Abgeordnetenkammer und drei Fünfteln der Mitglieder des brasilianischen Senats verändert werden.

²⁰⁴⁵ So auch *Nishijima/Cyrillo/Junior*, *Economia e Sociedade* 2010, S. 590 f.

Unterfinanzierung des Systems erreichen.²⁰⁴⁶ Obwohl gemäß der BBV/88 für jeden Bürger eine umfassende und gleichberechtigte Gesundheitsversorgung durch ein staatliches und steuerfinanziertes Gesundheitssystem gewährleistet sein sollte, ist das SUS von Beginn an unterfinanziert und infolgedessen bleibt der Zugang zur Gesundheitsversorgung eingeschränkt. Zugleich wächst der private Sektor im Gesundheitswesen ständig. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben werden damit faktisch nicht umgesetzt.

Obwohl sich seit der Verabschiedung der BBV/88 keine Regierung dem SUS als zentraler politischer Aufgabe verschrieben hat, haben doch alle auf die eine oder andere Weise zur Entwicklung des SUS beigetragen.²⁰⁴⁷ Diese Entwicklung des SUS wurde jedoch im Jahr 2016 durch das Amtsenthebungsverfahren gegen die brasilianische Präsidentin Dilma Rousseff (Mitglied der Arbeiterpartei – PT) stark behindert. Das Verfahren begann 2014 mit dem Ergebnis der Präsidentschaftswahlen und löste einen politischen Konflikt aus. Die materielle Rechtfertigung dieses Amtsenthebungsverfahrens ist umstritten. Haushaltsrechtliche Manipulation, nämlich Auszahlungen von Subventionen ohne rechtzeitige Zustimmung des Senats (die so genannten *pedaladas fiscais*), wurden als eine politische und verwaltungsrechtliche Straftat (eine so genannte *crime de responsabilidade*) eingestuft und somit wurde Rousseff ihres Amtes enthoben.²⁰⁴⁸

Nach der Absetzung von Rousseff übernahm der Vizepräsident Michel Temer die Regierung (Mitglied der damaligen Partei der Brasilianischen Demokratischen Bewegung – PMDB, die 2017 in Brasilianische Demokratische Bewegung – MDB umbenannt wurde). Dieser verfolgt ein ganz anderes politisches Ziel als das, wofür Rousseff 2014 mit 54 Mio. Stimmen direkt vom Volk gewählt worden war. Die nicht durch Wahlen legitimierte liberal-konservative Regierung veränderte die Verfassung und traf Maßnahmen, welche die Realisierung der sozialen Rechte ausschlossen. Die schon bestehende Unterfinanzierung des SUS er-

²⁰⁴⁶ Zu weiteren Hindernissen bei der Umsetzung des SUS siehe Santos, *Ciência & Saúde Coletiva* 2013, S. 275 ff.

²⁰⁴⁷ Dazu vgl. Santos, *Ciência & Saúde Coletiva* 2013, S. 274 ff.

²⁰⁴⁸ Laut Art. 85 CF/88 muss ein *crime de responsabilidade* vorliegen, um den Präsidenten absetzen zu können. Haushaltsrechtliche Manipulation ist jedoch kein *crime de responsabilidade* und wurde von Rousseffs Amtsvorgängern sowie weiteren Gouverneuren und Bürgermeistern in Brasilien ohne Konsequenz angewendet. Deswegen wurde das Amtsenthebungsverfahren als höchst umstritten und politisch betrachtet. Dazu siehe u. a. Souza, *A radiografia do Golpe*, S. 87 ff.; Anderson, in: Gentili, *Golpe en Brasil*, S. 35 ff.; Nascimento, *O Congresso contra a soberania popular*, S. 13 ff.; Löwy, in: Jinkings/Doria/Cleto, *Por que gritamos Golpe?* S. 61 ff.

reichte mit der Verfassungsänderung Nr. 95 von 2016 einen Tiefpunkt, denn diese beschränkte den Anstieg der laufenden Primärausgaben der brasilianischen Bundesregierung für die kommenden 20 Jahre auf die Anpassung an das Inflationsniveau.²⁰⁴⁹

Am 7. und 28. Oktober 2018 fanden in Brasilien allgemeine Wahlen statt. Gewählt wurden der Präsident und der Vizepräsident, zwei Drittel des Bundessenats, die gesamte Abgeordnetenkammer, sowie die 27 Gouverneure und Abgeordneten der 27 Parlamente der Bundesländer. Als nächster brasilianischer Staatspräsident wurde Jair Bolsonaro (Mitglied der Sozial-Liberalen Partei – PSL) gewählt, der gesellschaftspolitisch rechtskonservative und neoliberale Positionen vertritt.²⁰⁵⁰ Bolsonaro verspricht einen radikalen Politikwechsel, lässt jedoch im offiziellen Regierungsprogramm²⁰⁵¹ offen, auf welche Weise dieser vollzogen werden soll. Der Inhalt des Regierungsprogramms erweist sich als oberflächlich und vage. Es wurden lediglich generelle Ziele gelistet, ohne zu erläutern, welche konkreten Maßnahmen ergriffen werden sollen, um diese Ziele zu erreichen.

In Bezug auf die Sozialpolitik werden in dem Programm eher Absichten als konkrete Vorschläge beschrieben. Eine Reform der gegenwärtigen umlagefinanzierten Rentenversicherung nach einem Modell von individuellen Rentenkonten der Arbeitnehmer (Kapitaldeckung) wird jedoch erwähnt.²⁰⁵² Bezogen auf das Gesundheitswesen wird lediglich festgehalten, dass die Gesundheitsversorgung verbessert werden soll. Ein gesundheitsbezogenes Programm bezüglich der Umwandlung des SUS ist bisher nicht bekannt.²⁰⁵³ Die programmatischen Leitlinien der PSL deuten auf eine Kürzung der finanziellen Mittel hin, da in dem Programm behauptet wird, dass „mehr mit den gleichen Ressourcen durchgeführt werden

²⁰⁴⁹ Verfassungsänderung Nr. 95 vom 16.12.2016, DOU vom 16.12.2016.

²⁰⁵⁰ Zu den rechtskonservativen und neoliberalen Positionen der Regierung von Bolsonaro vgl. u. a. *Purdy*, Here's what Jair Bolsonaro Thinks, Jacobin Magazine 2018, abrufbar im Internet unter: <<https://www.jacobinmag.com/2018/10/jair-bolsonaro-quotes-brazil-election>>, *Paulani*, Neoliberalismo, distopias e Bolsonaro, GNN-Jornal de todos os Brasis 2018, abrufbar im Internet unter: <https://www.jornal_ggn.com.br/noticia/neoliberalismo-distopias-e-bolsonaro-por-leda-paulani>; *Pinhe-iro-Machado/Scalco*, The Bolsonaro Effect, Jacobin Magazine 2018, abrufbar im Internet unter: <<https://www.jacobinmag.com/2018/10/brazil-election-bolsonaro-corruption-security-pt>>; *Herrmann*, Es geht um das Überleben der Demokratie in Brasilien, Süddeutsche Zeitung (09.10.2018), abrufbar im Internet unter: <<https://www.sueddeutsche.de/politik/brasilien-bolsonaro-kommentar-1.4160980>>, zuletzt besucht am 11.01.2019.

²⁰⁵¹ Vgl. dazu das Regierungsprogramm von Jair Bolsonaro, Online-Dokument. Abrufbar im Internet unter: <<http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2018/08/Programa-Jair-Bolsonaro.pdf>>, zuletzt besucht am 20.01.2019.

²⁰⁵² Regierungsprogramm von Jair Bolsonaro, S. 54.

²⁰⁵³ Regierungsprogramm von Jair Bolsonaro, S. 21.

kann”.²⁰⁵⁴ Dies lässt erwarten, dass erst recht keine weiteren finanziellen Mittel zur Gesundheitsversorgung bereitgestellt werden sollen. Die historische Unterfinanzierung des SUS wird so noch einmal verstärkt werden.²⁰⁵⁵ Auch die Umsetzung weiterer Vorhaben wie z. B. die Einführung einer Art Zulassungsverfahren für die gesamte Ärzteschaft zur Teilnahme an der Leistungserbringung des SUS, die im Programm erwähnt wird, bleibt unklar.²⁰⁵⁶

In wirtschaftlicher Hinsicht sind die programmatischen Leitlinien des neuen Staatspräsidenten eher als liberal einzustufen. Eine Verringerung staatlicher Struktur bzw. die Verringerung von staatlichen Organen (Bundesministerien) sowie die Privatisierung von staatlichen Unternehmen sind geplant.²⁰⁵⁷ In diesem Zusammenhang ist also auch das SUS als staatliches Gesundheitssystem bedroht.

Derzeit ist es schwierig, die Neuorientierung der Politik in Brasilien zu erfassen. Die politische Krise, die 2014 begonnen hat, brachte eine große Instabilität, verbunden mit einem Anstieg der Arbeitslosigkeit, schwachem wirtschaftlichem Wachstum und sozialer und ökonomischer Ungleichheit mit sich. Dies verursachte Unzufriedenheit und öffnete zugleich das Tor für politische Positionen, die Brasilien in eine ganz neue Richtung drängen. Unter anderem hat auch eine fehlende institutionelle und demokratische Tradition der wichtigen Organe der Republik wie der *Câmara dos Deputados* (nationale Abgeordneten-kammer), dem *Senado Federal* (Bundessenat) und der *Ministério Público* (Staatsanwaltschaft) zu dieser Situation beigetragen. Außerdem wurde die Judikative, die ein neutrales Organ sein sollte, im letzten Jahrzehnt stark politisiert. Ein Beispiel dafür ist die Selektivität, mit der sie bei bestimmten Anklagen entschieden hat.²⁰⁵⁸

II. Verstärkung der privaten Leistungserbringung

Die Uneindeutigkeit der programmatischen Leitlinien der neuen Regierung macht es schwierig, die Zukunft des SUS zu prognostizieren. Dennoch ist eindeutig, dass die Ausübung der sozialen Rechte, insbesondere des Rechts auf eine umfassende Gesundheitsversorgung durch ein funktionsfähiges staatliches Gesundheitssystem, bedroht ist. Da das SUS in der BBV/88 und in den Gesetzen Nr. 8.080 und Nr. 8.142 verankert ist, wird eine eventuelle

²⁰⁵⁴ Regierungsprogramm von Jair Bolsonaro, S. 34.

²⁰⁵⁵ Zur Finanzierungsgrundlage des SUS vgl. schon unter 1. Kap. B II 4.

²⁰⁵⁶ Regierungsprogramm von Jair Bolsonaro, S. 36.

²⁰⁵⁷ Regierungsprogramm von Jair Bolsonaro, S. 75 f.

²⁰⁵⁸ Zur Politisierung der Judikative siehe u. a. *Júnior*, *Revista da USP* 1994, S. 21; *Canotilho*, in: Ribeiro/Berardi, *Estudos de Direito Constitucional*, S. 254; *Jardim* in: *Proner/Cittadino/Ricobom/Dornelles*, *Comentários a uma sentença anunciada*, S. 17 ff.; *Mance*, *Falácias de Moro*, S. 84 ff.

Umwandlung des SUS schrittweise stattfinden müssen. Ein konkreter Vorschlag hierzu von Seiten der neuen Regierung ist allerdings bislang nicht bekannt.

Solange das SUS existiert, wird auch die Einbeziehung der privaten Leistungserbringer in die Leistungserbringung des SUS zunehmen, weil die Teilnahme der privaten Leistungserbringer an der Leistungserbringung des öffentlichen Gesundheitssystems bereits eine gewisse Tradition hat. Die private Leistungserbringung wurde in Brasilien schon vor der Verkündung der BBV/88 und der Gründung des SUS in öffentliche Gesundheitsdienste einbezogen.

Durch die Einrichtung des SUS als ein öffentliches Gesundheitssystem ist die Erwartungshaltung geweckt worden, dass die öffentlichen Dienstleistungen des SUS erweitert werden würden. Doch was in den 1990er-Jahren faktisch geschah, war eine Reform des Staates auf Grundlage der neoliberalen Politik. Die Einbeziehung der privaten Leistungserbringer in die öffentlichen Dienstleistungen bzw. in die Gesundheitsversorgung des SUS nahm eher zu. Das Hauptargument dafür war, dass der öffentliche Sektor per Definition unfähig sei, öffentliche Dienstleistungen zur Erfüllung des sozialen Bedarfs der Bevölkerung zu verwalten.²⁰⁵⁹

Obwohl die Regierung der Arbeiterpartei programmatisch gegen die Privatisierung ist, wurde die Teilnahme der privaten Leistungserbringer an der Leistungserbringung des SUS auch von dieser Regierung nicht reduziert. Eine deutliche Erweiterung der Privatisierung innerhalb des SUS zeigt sich an der Übergabe der Verwaltung von öffentlichen Einrichtungen (öffentliche Leistungserbringer) an den privaten Sektor.

Mit der neuen Regierung, die 2019 ihre Amtsperiode begann, ist die Privatisierung des gesamten öffentlichen Sektors wieder in den Vordergrund der politischen Agenda gerückt. Die Fortführung der Privatisierungstendenz innerhalb des SUS könnte mit sich bringen, dass die öffentlichen Leistungsträger die Leistungserbringung faktisch vollständig auf den privaten Sektor übertragen; infolgedessen würden die ambulanten und stationären Leistungen, einschließlich Leistungen zur Diagnose und therapeutischen Untersuchung, überwiegend durch private Leistungserbringer realisiert werden. Die Wahrscheinlichkeit einer vollständigen Privatisierung ist jedoch gering, weil der private Sektor sich nur für den Bereich interessiert, in dem es Gewinne zu erzielen gibt. Den öffentlichen Leistungserbringern würden dann weiterhin die wirtschaftlich defizitären Bereiche obliegen.²⁰⁶⁰

²⁰⁵⁹ Vgl. Santos, *Ciência & Saúde Coletiva* 2013, S. 276; Santos/Santos/Borge, in: Noronha/Pereira, *A saúde no Brasil em 2030*, S. 75.

²⁰⁶⁰ Dazu siehe Santos/Gerschman, *Ciência & Saúde Coletiva* 2004, S. 800 ff.

Angesichts der Wachstumstendenz des privaten Sektors innerhalb des SUS steigt auch die Relevanz der Verträge zwischen öffentlichen Leistungsträgern und privaten Leistungserbringern. Das Ziel ist zu gewährleisten, dass die privaten Leistungserbringer an der Leistungserbringung des SUS im Einklang mit dem öffentlichen Interesse und den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des SUS teilnehmen, d. h., dass die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung und nicht die Interessen der privaten Unternehmen und Investoren priorisiert werden.

C. Fazit: Ökonomisierung des Gesundheitswesens

Die Entwicklung der Beziehungen und Strukturen innerhalb des Gesundheitsversorgungssystems, die in dieser kurzen Prognose beschrieben wurde, zeigt sowohl in Brasilien als auch in Deutschland einen klaren Trend auf, nämlich die Zunahme der Ökonomisierung im Gesundheitswesen. Darunter versteht man in diesem Kontext eine ununterbrochene, mechanische und nicht gesteuerte Übertragung von kapitalistischen Wirtschaftsprinzipien und Ideologien auf die Vorgänge des Gesundheitswesens.²⁰⁶¹ D. h., die diagnostischen, pflegerischen und therapeutischen Entscheidungen sowie die professionellen Handlungen sollen nicht nur medizinisch, sondern auch ökonomisch gerechtfertigt werden.²⁰⁶² Auch die Betrachtung der gesundheitsbezogenen Leistungen als ein individuelles Verbrauchsgut, das auf dem Markt erhältlich ist, wird als Anzeichen für die Ökonomisierungstendenz des Gesundheitswesens gesehen.²⁰⁶³

Dieses Phänomen tritt in Deutschland und Brasilien in unterschiedlicher Form auf. In Deutschland wird die Ökonomisierung des Gesundheitswesens vor allem durch eine kontinuierliche Aufnahme von Handlungsprinzipien des privaten Sektors in die GKV geprägt. Das Streben nach größtmöglicher Effizienz und niedrigen Kosten durch die Anwendung eines ökonomischen Instruments wie des Wettbewerbs ist in der GKV mittlerweile stark ausgeprägt. Außerdem wird das Verhalten der Akteure der medizinischen Versorgung bzw. der Ärzte gegenwärtig überwiegend durch marktwirtschaftliche Anreize gesteuert, wie bspw. durch Budgetierungen, Fallpauschalen und die Privatisierung von Kosten. Auch die Krankenkassen der GKV wurden aus der Rolle der parafiskalischen Leistungssteuerung in die Rolle wirtschaftlich konkurrierender Wirtschaftssubjekte (Unternehmen) überführt.²⁰⁶⁴ Behandlungen und sonstige medizinische Leistungen werden als Produkte und Patienten als

²⁰⁶¹ Zum Begriff der Ökonomisierung vgl. *Deppe*, Zur sozialen Anatomie des Gesundheitssystems, S. 214.

²⁰⁶² Dazu vgl. *Manzei/Schnabel/Schmiede*, in: *Manzei/Schmiede*, 20 Jahre Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 14; *Ferreira/Mendes*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2018, S. 2161.

²⁰⁶³ *Santos*, *Revista da UNIFEBE* 2013, S. 2.

²⁰⁶⁴ *Rosenbrock*, in: *Deppe/Burkhardt*, *Solidarische Gesundheitspolitik*, S. 25.

Konsumenten betrachtet, um neue Marktchancen zu öffnen.²⁰⁶⁵ Auf Patientenseite bedeutet Ökonomisierung eine stärkere finanzielle Selbstbeteiligung an der Gesundheitsversorgung durch z. B. die Praxisgebühr (von 2004 bis 2012) oder die Zuzahlungen bei Medikamenten. Dieser Ansatz ist jedoch nicht nur negativ zu bewerten. Erreicht wird so auch die Förderung der Übernahme von gesundheitlicher Verantwortung durch die Patienten durch ein angemessenes Gesundheits- und Krankheitsverhalten sowie die Einbeziehung des Verbraucherschutzes im Recht der Patienten und die Weiterentwicklung der Patientensouveränität. Die Patienten haben durch diesen Prozess also auch mehr Rechte erreicht und das Leistungsgeschehen wurde für sie transparenter.²⁰⁶⁶

Offen bleibt, inwiefern eine stärkere Orientierung ärztlichen Handelns an betriebswirtschaftlichen Kriterien die Qualität der Gesundheitsversorgung beeinflussen kann.²⁰⁶⁷ Im Rahmen der Diskussion über Maßstäbe für eine gerechte Verteilung von Gesundheitsgütern unter Knappheitsbedingungen sind zudem Priorisierung²⁰⁶⁸ und Rationierung²⁰⁶⁹ medizinischer Leistungen wichtige Themen, die intensiv diskutiert werden.²⁰⁷⁰

Die Auswirkungen der Ökonomisierung der Gesundheitsversorgung der GKV sind insgesamt umstritten. Neue Versorgungsmodelle, wie die *Disease-Management-Programme* (DMP) oder die Hausarztzentrierte Versorgung, versuchen durch wirtschaftliche Elemente wie etwa Standardisierung und Strukturierung eine verbesserte Qualität und Kosteneffizienz herbeizuführen. Ein echter Qualitätsgewinn konnte bislang allerdings nicht bewiesen werden.²⁰⁷¹ Eine Steigerung der Ökonomisierung des Gesundheitswesens kann auch zu einer Erosion des Solidarprinzips der GKV führen, soweit der Umverteilungseffekt zwischen den Versicherten betroffen ist. Dies wäre etwa der Fall bei der Einführung von Beitragssatzer-

²⁰⁶⁵ Mehr dazu in *Deppe*, Zur sozialen Anatomie des Gesundheitssystems, S. 239.

²⁰⁶⁶ Vgl. *Schnee*, in: Manzei/Schmiede, 20 Jahre Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 142 f.

²⁰⁶⁷ Dazu *Schnee*, in: Manzei/Schmiede, 20 Jahre Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 141.

²⁰⁶⁸ Unter Priorisierung medizinischer Leistungen versteht man hier den Verteilungsprozess der begrenzten Ressourcen im Gesundheitswesen durch die Setzung von Prioritäten.

²⁰⁶⁹ Unter Rationierung medizinischer Leistungen versteht man hier die Maßnahmen, die das Ausschöpfen von Wirtschaftlichkeitsreserven ermöglichen, um Effizienz- und Produktivitätssteigerung zu erreichen.

²⁰⁷⁰ Zur Diskussion über die Notwendigkeit und Zulässigkeit einer Priorisierung und Rationierung in der Gesundheitsversorgung siehe u. a. *Diederich* in: Diederich/Koch/Kray/Sibbel, Priorisierte Medizin, S. 13 ff.; *Eichhorn*, Gerechte Rationierung durch Einführung einer Prioritätensetzung im deutschen Gesundheitswesen, S. 101 ff.; *Schockenhoff*, in: Brandenburg/Kohlen, Gerechtigkeit und Solidarität im Gesundheitswesen, S. 103 ff.; *Arnade*, Kostendruck und Standard, S. 38 ff.; *Nettesheim*, VerwArch 2002, 315 ff., *Uhlenbruck*, MedR 1995, S. 429.

²⁰⁷¹ Vgl. *Schnee*, in: Manzei/Schmiede, 20 Jahre Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 149 f.

mäßigungen und Beitragsrückerstattungen, die nur für überdurchschnittlich gesunde Versicherte mit einer unterdurchschnittlichen Inanspruchnahme medizinischer Leistungen attraktiv ist.²⁰⁷²

In Brasilien ist die Ökonomisierung des Gesundheitswesens die Folge einer strukturellen Krise des Kapitals und der seit den 1990er Jahren ausgeübten neoliberalen Politik.²⁰⁷³ Sie entsteht vor allem durch die vermehrte Teilnahme der privaten Leistungserbringer am SUS sowie durch die Anwendung der privatwirtschaftlichen Logik in der Leistungserbringung, d. h. die Übernahme wirtschaftlicher Ansätze hinsichtlich des Managements, der Vergütung und der Organisation des Gesundheitssystems.²⁰⁷⁴

Es gab im brasilianischen Gesundheitswesen immer einen privaten Sektor, vor der BBV/88 und danach. Aktuell aber lässt sich ein sowohl quantitativer als auch qualitativer Wandel der Teilnahme des privaten Sektors und der Zunahme der kapitalwirtschaftlichen Rentabilitätslogik beobachten.²⁰⁷⁵ Das Wachstum des privaten Sektors findet nicht nur außerhalb, sondern auch innerhalb des SUS statt. Innerhalb des SUS resultiert die Zunahme des privaten Sektors aus der vermehrten Einbeziehung privater Leistungserbringung. Dies ist eine Folge davon, dass der Staat als für das SUS verantwortliche Instanz seine medizinischen Dienste immer mehr durch private Leistungserbringer anbietet, anstatt in seine eigenen Versorgungsstrukturen (öffentliche Leistungserbringer) zu investieren. Die private Leistungserbringung ist durch Gesetze und Verträge in das SUS eingebettet. Außerhalb des SUS geschieht das Wachstum des privaten Sektors durch die Zunahme der zusätzlichen Gesundheitsversorgung, d. h. des Privatmarkts von Gesundheitsversorgung und privaten Krankenversicherungen.²⁰⁷⁶ Die Zusätzliche Gesundheitsversorgung wird durch verschiedene staatliche Maßnahmen wie Steuerminderung und Fazilitäten für die Finanzierung medizinischer Ausstattungen gefördert.²⁰⁷⁷ Seit 2015 ist der brasilianische Gesundheitsmarkt darüber hinaus für

²⁰⁷² Zum Entsolidarisierungseffekt in der GKV vgl. *Gerlinger*, Privatisierung – Liberalisierung – Re-Regulierung, S. 502.

²⁰⁷³ Dazu vgl. *Pires*, *Revista Brasileira de Enfermagem* 2000, S. 252.

²⁰⁷⁴ Vgl. *Elias*, *Lua Nova* 1997, S. 213.

²⁰⁷⁵ Dazu vgl. *Ferreira/Mendes*, *Ciência & Saúde Coletiva* 2018, S. 2160; *Laurell*, in: Eibenschutz, *Política de Saúde*, S. 40.

²⁰⁷⁶ Dazu vgl. schon unter 1. Kap. B III 1.

²⁰⁷⁷ Vgl. *Bahia/Scheffer/Poz/Travassos*, *Cadernos de Saúde Pública* 2016, S. 1 ff.; *Laurell*, in: Eibenschutz, *Política de Saúde*, S. 36.

das ausländische Finanzkapital ohne umfassende gesetzliche Regulierung geöffnet.²⁰⁷⁸ Das ausländische Finanzkapital kann angewendet werden, um die privaten Angebote von Gesundheitsleistungen zu erweitern. Hinzu kommt die Teilnahme von Unternehmen durch die Anwendung der PPP in der Variante administrativer Konzessionsverträge, um Krankenhäuser in Betrieb zu nehmen.²⁰⁷⁹ All diese Maßnahmen indizieren, dass die Ökonomisierungstendenz des Gesundheitswesens in Brasilien stark ist.

Die Zunahme der Marktprinzipien und -logik im Gesundheitswesen hat auch einen Einfluss auf die Art und Weise, in der die Leistungserbringung organisiert wird. Aus betriebswirtschaftlichen Gründen werden bspw. bei den Leistungsträgern Dienstleistungen wie Gebäudereinigung, Wäscherei und Reinigungsdienste an externe Firmen abgegeben (*Outsourcing*). Auf der anderen Seite ist die Nachfrage nach medizinischen Leistungen, wie Laboruntersuchungen, durch das ökonomische Vorteilskalkül so angebotsinduziert, dass sie über die Grenze des medizinisch Vernünftigen hinausgeht. Eine Überversorgung wird durch die Einzelleistungsvergütung gefördert.²⁰⁸⁰ Die Erbringung dieser Leistungen erhöht die Behandlungskosten, aber auch die Gewinnchancen der Leistungsanbieter innerhalb des Gesundheitssystems.²⁰⁸¹

Wirtschaftliche Tätigkeiten müssen effizient und mit möglichst geringen Kosten realisiert werden, damit Gewinn erwirtschaftet werden kann. Da aber Gewinn nicht das Ziel eines Gesundheitssystems sein kann, ist die Verwendung dieser Logik in diesem Sektor zu Recht umstritten. Die Einführung der kapitalwirtschaftlichen Rentabilitätslogik ins Gesundheitswesen führt zudem dazu, dass die Gesundheitsversorgung exklusiv wird und nur noch für diejenigen zugänglich ist, die sich die gesundheitsbezogenen Leistungen als Ware leisten können. Dies führt zu sozialer Ausgrenzung und Ungleichheit.²⁰⁸² Obwohl das SUS als öffentliches Gesundheitssystem impliziert, dass die Gesundheitsversorgung ein Recht aller

²⁰⁷⁸ Durch das Gesetz Nr. 13.097 vom 19.01.2015 (DOU vom 20.01.2015) wurde der Art. 23 des Gesetzes Nr. 8.080 vom 19.09.1990 verändert. Seit Inkrafttreten des Art. 23 des Gesetzes Nr. 13.097 ist der brasilianische Gesundheitsmarkt für das ausländische Finanzkapital geöffnet. Zur Diskussion über die Folgen dieser Maßnahme siehe *Fillippon*, *Saúde e Debate*, S. 1133 ff.

²⁰⁷⁹ Siehe mehr dazu im 2. Kap. B III 5.

²⁰⁸⁰ Vgl. § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V: „Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen“. Es gibt jedoch einen gewissen Ermessensspielraum, um die so genannte „medizinische Notwendigkeit“ zu bestimmen. Vgl. dazu *Deppe*, in: *Solidarische Gesundheitspolitik*, S. 16 f.

²⁰⁸¹ Vgl. dazu *Junior*, *Revista Brasileira de Coloproctologia*, S. 73 ff.

²⁰⁸² *Elias*, *Lua Nova* 1997, S. 209.

und nicht eine bloße Ware ist, gibt es zurzeit in diesem System keinen Mechanismus, der die Ökonomisierungstendenz innerhalb seiner Versorgungsstruktur verhindern kann.²⁰⁸³

Es besteht die Tendenz, dass der Staat immer mehr als Dienstleister von Primärversorgung fungiert. Mit diesem Trend geht einher, dass die übrigen Leistungen von privaten Leistungserbringern mit Unterstützung des Staates erbracht werden. Das bedeutet, dass dem Staat die Finanzierung der Gesundheitsversorgung obliegt, dem Konsumenten die Organisation und den verschiedenen Akteuren des Gesundheitswesens die Versöhnung der Interessen, insbesondere der privaten Leistungserbringer.²⁰⁸⁴ Im Rahmen einer Privatisierung sozialer Risiken ist die Regulierung des Gesundheitssystems bzw. die Steuerung der Leistungserbringung unerlässlich, da sich der private Sektor nur für den Versorgungsbereich interessiert, in dem Gewinn erzielt werden kann.²⁰⁸⁵

Der Begriff der Ökonomisierung bedeutet nicht direkt abstrakte Wirtschaftlichkeit und Kosteneffizienz.²⁰⁸⁶ Eine Verbesserung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses der Gesundheitsversorgung verlangt die Einbeziehung von verschiedenen Bereichen (z. B. Versorgungsqualität und Arzt-Patient-Beziehung) neben der Wirtschaftlichkeit bei der Leistungserbringung. Die Gesundheitsversorgung als einen komplexen Dienstleistungsbetrieb zu betrachten, ist nicht angemessen. Das Gesundheitswesen der Marktwirtschaft zu unterwerfen bedeutet, das Recht auf Gesundheitsversorgung als Ware einzustufen. Gesundheit als ein lebensnotwendiges Gut sollte jedoch nicht den finanziellen Möglichkeiten und der Handlungskompetenz der Individuen und ihrer Familien überlassen bleiben.²⁰⁸⁷ Geld sollte nur ein Mittel zur Sicherstellung der Gesundheitsversorgung und nicht umgekehrt die Versorgung von Kranken Mittel sein, um Gewinn zu erzielen.²⁰⁸⁸ Außerdem sollten bei der Verwendung finanzieller Anreize für gesundheitsbezogene Leistungen die finanziellen Interessen des Arztes mit dem Behandlungsbedarf des Patienten zusammenfallen. Andernfalls tendiert der Arzt dazu, seinem finanziellen Interesse den Vorzug zu geben.²⁰⁸⁹

Schließlich darf nicht unerwähnt bleiben, dass sowohl in Deutschland als auch in Brasilien die ökonomischen, sozialen, technischen und medizinischen Veränderungen eine kontinuierliche und schrittweise Anpassung des Gesundheitswesens erfordern werden. Trotz des

²⁰⁸³ Vgl. Santos, Revista da UNIFEBE 2013, S. 11 f.

²⁰⁸⁴ Elias, Lua Nova 1997, S. 199.

²⁰⁸⁵ Dazu Laurell, in: Eibenschutz, Política de Saúde, S. 45.

²⁰⁸⁶ Kühn, in: Elsner/Gerlinger/Stegmüller, Markt versus Solidarität, S. 29.

²⁰⁸⁷ Vgl. Wendt, in: Wendt/Wolf, Soziologie der Gesundheit, S. 287.

²⁰⁸⁸ Kühn, in: Elsner/Gerlinger/Stegmüller, Markt versus Solidarität, S. 26.

²⁰⁸⁹ Vgl. dazu Gerlinger, in: Manzei/Schmiede, 20 Jahre Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 45.

gesellschaftlichen Wandels und der notwendigen Anpassungen der Gesundheitssysteme muss dabei der Schutz der Menschen im Sinne eines gesunden und würdigen Lebens im Fokus stehen.

Da die Gesundheit nicht nur auf die Abwesenheit von Krankheit beschränkt ist, sondern auch einen Zustand darstellt, in dem Risiko- und Schutzfaktoren äußerst relevant sind, ist es notwendig, für deren Gewährleistung nicht nur einen umfassenden Leistungskatalog, sondern auch ein Maßnahmenbündel bereitzustellen, das sich mittelbar auf die Gesundheit auswirkt. Maßnahmen, die bspw. Einkommen, Wohnen, Bildung und Umweltschutz sicherstellen, sind auch für die Gesundheit des Menschen essenziell, damit er sich entfalten und seinen Beitrag zur Gesellschaft leisten kann. In diesem Zusammenhang ist die Gewährleistung der Gesundheit vor allem eine Aufgabe des Staates, denn: Es ist der Staat, der die Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung durch Solidarität und Realisierung von sozialen Rechten gewährleisten kann und sollte. Wie dieser Rechtsvergleich gezeigt hat, sind diese Vorgaben bei der vertraglichen Einbindung Privater in die Gesundheitsversorgung unabhängig vom Gesundheitssystemmodell stets zu beachten und mithilfe von Steuerungsinstrumenten umzusetzen.