

## Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 8/2014

---

### Wettbewerb im Gesundheitswesen

*Astrid Wallrabenstein*<sup>\*</sup>

Erschienen in: JZ 2012, 818-825

**Zusammenfassung:** Der Deutsche Juristentag 2012 ließ begutachten, wie der Wettbewerb in der Gesetzlichen Krankenversicherung zu regeln sei. Der vorliegende Beitrag ist als Begleit Aufsatz hierzu erschienen. Er spürt den Motiven des Gesetzgebers und den theoretischen und konzeptionellen Gründen für Wettbewerb nach, um daraus Antworten auf die Frage nach der Wettbewerbsregulierung im Gesundheitswesen zu entwickeln. Sein Ergebnis ist, dass die spezifische Funktion von Wettbewerb innerhalb des sozialrechtlichen Krankenversicherungssystems ein spezifisches Regulierungsrecht erfordert. Dies ist gegenüber einer generellen Zuordnung dieses Sozialsystems zum allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrecht vorzuzugswürdig. Außerdem wird die Zuordnung zu den Sozialgerichten befürwortet.

---

<sup>\*</sup> Univ.-Prof. Dr. iur., Inhaberin der Professur für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Sozialrecht, Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt am Main. Geschäftsführende Direktorin des Instituts für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges).

## Wettbewerb im Gesundheitswesen\*

Recht verteilt. Es verteilt Jurisdiktion, Rechte, Ansprüche, Klagemöglichkeiten „Wer Wettbewerb sät, wird [...] Wettbewerbsrecht ernten“ – schrieb *Kingreen* 2007 als Fazit seiner Analyse des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes (GKV-WSG) und meinte dies durchaus kritisch.<sup>1</sup> Der Beitrag beschäftigte sich aus Anlass des GKV-WSG<sup>2</sup> mit der Frage, ob eine zunehmend wettbewerbliche Ausgestaltung des deutschen Krankenkassensystems irgendwann den Punkt erreiche, an dem Krankenkassen nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>3</sup> als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts anzusehen seien. Die unionsrechtliche Absage an den Unternehmenscharakter der Krankenkassen ist von Teilen des deutschen Schrifttums begrüßt,<sup>4</sup> von anderen jedoch anhaltend kritisiert worden.<sup>5</sup> Mit der Gesundheitsreform ist 2007 wieder frischer Wind in diesen schwelenden Streit gekommen.

Die Debatte entflammte neu, als das Bundeskartellamt (BKartA) die Einführung von Zusatzbeiträgen gemäß § 242 SGB V zum Anlass nahm, Kartellrechtsverstöße durch die Krankenkassen zu prüfen. Nach der neuen Finanzierungsstruktur seit 2008 erhalten Krankenkassen pro Versichertem entsprechend seinem Morbiditätsrisiko Zahlungen aus dem zentralen Gesundheitsfonds (§§ 266 ff. SGB V). Reichen diese Zuweisungen nicht aus, können und müssen die Krankenkassen Zusatzbeiträge von ihren Mitgliedern erheben. Eine solche strukturelle Deckungslücke sah<sup>6</sup> das GKV-WSG vor. Die

---

\* Ich danke *Anuscheh Farahat*, *Frank Schreiber* und *Stephan Rixen* für wertvolle Anregungen.

<sup>1</sup> *Kingreen* ZESAR 2007, 139, 149.

<sup>2</sup> BGBl. 2007 I 378.

<sup>3</sup> Bisher gilt, dass die deutschen Krankenkassen keine Unternehmen sind: *EuGH*, Rs. C-264/01 – AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493; für die deutsche Unfallversicherung bestätigt in *EuGH*, Rs. C-350/07 – Kattner Stahlbau, Slg. 2009, I-1513.

<sup>4</sup> *Fuchs* JZ 2005, 87; *Bieback* RsDE 56 (2004), 57; *Riedel* EuZW 2004, 245; *Koenig/Engelmann* EuZW 2004, 682; *Krajewski* EWS 2004, 256, 264 f.; *Ruland* JuS 2005, 212; *Knispel* SozSich 2004, 244, 247 ff.; *Mühlenbruch/T. Schmidt* ZESAR 2004, 171, 174; eher zustimmend auch: *Gundel* EuR 2004, 575, 581 ff.

<sup>5</sup> *Neumann* EWIR 2004, 435; *R.P. Schenke* VersR 2004, 1360; *Sodan* GesR 2005, 145; *Möller* ZESAR 2006, 200; *Frenz* NZS 2007, 233; aus dem neueren Schrifttum: *Kersting/Faust* WuW 2011, 6; *Säcker* SGB 2012, 61; *Schweitzer*, in: SDRV 60 (2011), S. 17, 22 f.; *M. Wolf* BB 2011, 648.

<sup>6</sup> Mit dem Gesetz zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung - GKV-FinG, BGBl. 2011 I 2309, hat sich dieses strukturell angelegte Defizit verändert: Der gesetzliche Beitragssatz wurde 2011 so angehoben, dass für die Jahre 2012 und 2013 einer Unterdeckung vermieden werden sollte. Erst danach – also nicht mehr in der laufenden Legislaturperiode – sollte ein Defizit entstehen, das immer weiter anwachsen sollte. So wollte die gegenwärtige Bundesregierung den Einstieg in eine differenzierte

Krankenkassen sollten dadurch Anstrengungen unternehmen, um Zusatzbeiträge bzw. ihre Erhöhung möglichst zu vermeiden. Denn wegen des Kassenwahlrechts der Mitglieder würden Zusatzbeiträge zur Abwanderung von Mitgliedern führen, was Krankenkassen vermeiden wollen. Als im Januar 2010 erstmals acht Krankenkassen zur Erhebung von Zusatzbeiträgen gezwungen waren, hielten sie eine gemeinsame Pressekonferenz ab, in der sie der Öffentlichkeit die Gründe und die Funktionsweise der Zusatzbeiträge erläutern wollten.<sup>7</sup> Daraufhin übermittelte das BKartA den beteiligten Krankenkassen einen Fragenkatalog, um Auskünfte zur Prüfung eines Wettbewerbsverstoßes gemäß § 1 GWB zu erhalten. Gegen diesen Auskunftsbeschluss gemäß § 59 GWB reichte eine Krankenkasse Klage beim Landessozialgericht Darmstadt ein, das im September 2011 den Auskunftsbeschluss aufhob.<sup>8</sup> Denn nach Auffassung des LSG mangelte es an einer Ermächtigungsgrundlage. Das GWB, auf das sich das BKartA gestützt hatte, sei jenseits der speziellen Regelung des § 69 SGB V nicht anwendbar, da Krankenkassen keine Unternehmen i.S.d. GWB seien. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Frage, ließ das LSG die Revision zu, die das BKartA allerdings nicht in Anspruch nahm. Stattdessen forderte es den Gesetzgeber auf, die umfassende Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts durch Gesetz einzuführen.<sup>9</sup> Entsprechende Änderungen des SGB V<sup>10</sup> wurden unmittelbar vor der Sommerpause vom Bundestag in erster Lesung beschlossen.<sup>11</sup> Der Bundesrat hatte dies zuvor in seiner Stellungnahme abgelehnt,<sup>12</sup> so dass noch offen ist, ob

---

Finanzierung schaffen, bei der ein immer größerer Teil der Kosten durch individuelle Kopfpauschalen finanziert werden sollte. Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/3040, S. 17.

<sup>7</sup> Vgl. etwa aus dem Vorfeld: Spiegel-online vom 21.01.2010:

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/krankenkassen-millionen-versicherte-sollen-hundert-euro-zusatzbeitrag-zahlen-a-673227.html> (08.07.2012); sodann im Anschluss: SZ vom 25.01.2010: <http://www.sueddeutsche.de/geld/krankenkassen-zusatzbeitraege-den-ersten-beissen-die-hunde-1.70527> (08.07.2012).

<sup>8</sup> Hess. LSG SGB 2012, 115 = NZS 2012, 177.

<sup>9</sup> In der Anhörung des Gesundheitsausschusses zum 8. GWB-Änderungsgesetz am 27.06.2012 beklagte der Präsident des BKartA die uneinheitliche Rechtsprechung der Sozialgerichte und legte damit den Anstoß für die Gesetzesänderung offen, A.-Prot. 17/82, zitiert nach der nicht lektorierten Fassung – Auszug zu TOP 7, S. 19.

<sup>10</sup> Art. 3 der 8. GWB-Novelle, BT-Drs. 17/9852, S. 15: Im Einzelnen eine Neufassung des § 4 Abs. 3 SGB V, der die Wettbewerbsbestimmungen des GWB auch auf die Beziehungen der Krankenkassen zu ihren Versicherten und untereinander für anwendbar erklärt und Krankenkassen Unterlassungsansprüche gegeneinander entsprechend § 12 UWG einräumt, und die Einfügung eines neuen § 172a SGB V, der die Fusionskontrolle den Kartellbehörden zuweist.

<sup>11</sup> BT-Prot. 17/185, S. 22216.

<sup>12</sup> BT-Drs. 17/9852, S. 47 f.

die 8. GWB-Novelle, in die diese GKV-spezifischen Neuregelungen nachträglich aufgenommen wurden, den Bundesrat passieren wird. Die Prophezeiung *Kingreens*, dass der Implementierung von Wettbewerb in das Recht der GKV die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts über kurz oder lang nachfolgen werde, könnte sich damit bewahrheiten.

Damit ist eine Grundsatzfrage angesprochen: Verlangt Wettbewerb notwendiger Weise auch Wettbewerbsrecht, und zwar in der konkreten Ausgestaltung des GWB, durchgesetzt durch die Kartellbehörden, insbesondere das BKartA? Anders gewendet: Ist Wettbewerb auch anders möglich, mit einem anderen Regelungsregime als dem GWB und anderen Kontrollinstanzen als dem BKartA?

An dieser Grundsatz- wenn nicht Glaubensfrage<sup>13</sup> scheiden sich die Geister. Die Grundannahme der Befürworter einer Anwendung des deutschen Wettbewerbs- und Kartellrechts ist, dass die politische Entscheidung für Wettbewerb stets auch die Anwendung des deutschen (wie auch des europäischen) Wettbewerbsrechts zur Folge haben muss. Zudem sei die Beachtung des Wettbewerbsrechts und damit der Schutz des Wettbewerbs allein bei den Kartellbehörden sinnvoll angesiedelt sowie der Rechtsschutz allein bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit effektiv im Sinne des Wettbewerbsschutzes gesichert.<sup>14</sup> In diesem Sinne folgt der Saat von Wettbewerb stets die Ernte des Wettbewerbsrechts.<sup>15</sup> Die Gegenposition<sup>16</sup> versteht unter Wettbewerb keine Systementscheidung, sondern eine Art Instrumentenkasten, aus dem Elemente und Mechanismen entnommen und in anderen Systemen, etwa dem Gesundheitssystem eingesetzt werden können.

---

<sup>13</sup> Vgl. in der Anhörung des Gesundheitsausschusses vom 27.06.2012 (Fn. 9): *Abg. Spahn*: „Es ist offenbar wieder Zeit für ein bisschen Grundsatzkampf“.

<sup>14</sup> *Säcker* SGB 2012, 61; *Monopolkommission*, 18. Hauptgutachten, BT-Drs. 17/2600, Tz. 1193 ff., 1236; Sondergutachten 63 zur 8. GWB-Novelle, Tz. 134 ff.; wohl auch *Kersting/Faust* (Fn. 5); in diese Richtung auch *Schweitzer* (Fn. 5), S. 25 ff.

<sup>15</sup> So das Fazit bei *Al Talal*, § 69 SGB V und der Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2011, S. 330 ff.; vgl. hierzu *Rixen* NZS 2012, 459.

<sup>16</sup> Vgl. für die hier vorgenommene Differenzierung und für die Gegenposition zum Wettbewerb als Systementscheidung: *Rixen*, in: SDSRV 59 (2010), S. 53; *ders.*, WiVerw 2011/4, 219: *Rixen* spricht von kompetitiven Elementen und bezeichnet diesen Umgang mit Wettbewerb als *mixed economy*; s. auch die Stellungnahmen zur 8. GWB-Novelle des *GKV-Spitzenverbandes*, A-Drs. 17(9)858, des *Verbandes deutscher Ersatzkassen vedk*, A.-Drs. 17(9)849, S. 8, und des *AOK-Bundesverbandes*, A-Drs. 17(9)884, S. 8, dort (S. 6f.) auch zur gleichen Position der Bundesregierung im November 2011 gegenüber der EU-Kommission; auch *Becker/Schweitzer* gehen in ihrem Gutachten „Wettbewerb im Gesundheitswesen“ für den 69. DJT, 2012, hiervon aus: B 28, vgl. dort auch die pointierte Darstellung dieser Position: B 27.

Diese Elemente können dann auch mit dem GWB verknüpft sein bzw. auch der kartellbehördlichen Aufsicht unterliegen. Aber sie können auch anders rechtlich ausgestaltet sein. Auch für solche Wettbewerbselemente gilt, dass sie der gesetzlichen Ausgestaltung und effektiven Kontrolle bedürfen – in der Terminologie des Wettbewerbsrechts: auch diese Wettbewerbselemente bedürfen des Schutzes. Aber seine Ausgestaltung ist nicht auf das GWB angewiesen und auch unter Aufsicht anderer Institutionen möglich.

Überlegungen zu diesen grundsätzlichen Fragen der Wettbewerbsorientierung bilden den Gegenstand dieses Beitrags. Seine Grundthese ist, dass das deutsche Gesundheitswesen kein wettbewerbliches System im umfassenden Sinne ist, dies auch nicht sein muss, sondern Wettbewerbselemente sinnvoll so integrieren kann, dass das Ziel einer effizienten Leistungserbringung gefördert wird. Die konkrete und aktuelle politische Streitfrage, ob und vor allem wie die Kartellbehörden in die Kontrolle von Vorgängen im Gesundheitswesen eingebunden werden sollen, ist demgegenüber nicht Gegenstand dieses Beitrags. Denn sie lässt sich nicht grundsätzlich beantworten. Stattdessen bedürfte es einer differenzierten Auseinandersetzung mit konkreten Steuerungsdefiziten von Wettbewerbselementen und daraus abgeleiteten pragmatischen Kombinations- und Kooperationsformen zwischen Sozialversicherungs- und Kartellaufsicht, die hier nicht mehr geleistet werden kann.

Es bietet sich eine abgeschichtete Erörterung an. Auf der ersten Ebene steht die Frage, ob das Gesundheitssystem Deutschlands ein“eigentlich“ wettbewerbliches System ist. Denn dies ist der Ausgangspunkt der These, die zum Wettbewerbsrecht und seinen institutionellen Kontrolleuren, den Kartellämtern und Zivilgerichten führt (I.). Sodann soll erörtert werden, ob der Wechsel zu einem solchen wettbewerblichen Gesundheitssystem überhaupt notwendig wäre, um die erwünschten Funktionen von Wettbewerb zu erreichen. Denn hinter einer Entscheidung für den Wettbewerb stehen ja Ziele, so dass eine Vergewisserung notwendig ist, ob der eingeschlagene Weg auch besser als der status quo oder eine andere Alternative zum erstrebten Ziel führt (II.). Anstelle eines Systemwechsels wird hier einer Implementation von Wettbewerbselementen in das sozialrechtlich gestaltete Gesundheitssystem der Vorzug gegeben. Daher soll in einem dritten Schritt ein Ausblick darauf

gegeben werden, wie bestimmte Wettbewerbselemente in den Normen und der Dogmatik des Sozial- bzw. Krankenversicherungsrechts aufgegriffen werden können (III.).

## **I. Das deutsche Gesundheitssystem als wettbewerbliche Ordnung?**

### **1. Wettbewerb als Modell zur Entdeckung von Zielen des Gesundheitswesens?**

Wettbewerb lässt sich als theoretisches Modell zur Herausbildung und Legitimation einer gerechten Ordnung verstehen.<sup>17</sup> Bei großer Vereinfachung soll die rechtliche Garantie negativer Freiheiten einen von staatlicher Intervention freien Raum schaffen, in dem sich spontane Ordnungen nach den Gesetzen des Marktes herausbilden können.<sup>18</sup> Diese Ordnungen können danach aus zwei Gründen als gerecht bzw. als legitim bezeichnet werden: Zum einen ermöglicht es gerade die Abstraktion von positiven Zielen oder Zwecken, individuelles Handeln und divergierende Zwecksetzungen in einer Gesellschaft miteinander in Einklang zu bringen,<sup>19</sup> entlastet den Einzelnen von Erwägungen bezüglich der Folgen seines Handelns für andere<sup>20</sup> und bündigt zugleich das Problem des unvollkommenen Wissens einzelner Akteure.<sup>21</sup> Zum anderen erhöht die Beschränkung auf negative Freiheiten die Chance jedes einzelnen, beliebig ausgewählten Mitglieds einer Gesellschaft, seine oder ihre je individuellen Ziele aussichtsreich zu verfolgen.<sup>22</sup> Ein solcher Wettbewerb wird als herrschaftsfreies Entdeckungsverfahren verstanden, das es ermöglicht, wohlstandsfördernde Ergebnisse für alle zu erzielen.<sup>23</sup> Unterschiedliche Ausdifferenzierungen dieses liberalen Grundansatzes weisen dem Staat verschiedene Funktionen zu,<sup>24</sup> die sich übergreifend damit beschreiben lassen,

---

<sup>17</sup> So v. Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit* (Neufassung, Viktor Vanberg (Hrsg.), 2003), S. 283.

<sup>18</sup> V. Hayek (Fn.17)S. 260; *Mestmäcker*, in: *ders.*, *Recht in der offenen Gesellschaft*, 1993, S. 104 f.

<sup>19</sup> *Mestmäcker* (Fn. 18), S. 104.

<sup>20</sup> *Böhm*, *Wettbewerb und Monopolkampf* (1933), S. 20.

<sup>21</sup> *Mestmäcker* (Fn. 18), S. 104.

<sup>22</sup> V. Hayek (Fn. 17), S. 265, 268.

<sup>23</sup> V. Hayek (Fn. 17), S. 266, 268; bezugnehmend auch *Becker/Schweitzer* (Fn. 16), B 21.

<sup>24</sup> Dies zeigt sich beispielhaft an der umstrittenen Frage, welche Handlungsmöglichkeiten der Staat zur Vermeidung und Bekämpfung von Monopolmacht hat. Dazu: *Mestmäcker*, in: *Ludwig-Erhard-Stiftung* (Hrsg.), *Wirtschaftsordnung als Aufgabe*, 1995, S. 111, 126 f. Eine weitere

dass der Staat eine – mehr oder weniger ausdifferenzierte – Rahmenordnung<sup>25</sup> bereitzustellen hat, so dass der tatsächlich stattfindende Wettbewerb möglichst weitgehend dem idealen Wettbewerb gleicht. Die Ergebnisse dieses Wettbewerbs, konkret also die Verteilung von Ressourcen und Gütern in einer Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, beziehen ihre Legitimation aus den insgesamt wohlförderungsfördernden Effekten des Wettbewerbs. Die soziale Marktwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland ist eine Ausprägung einer solchen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung,<sup>26</sup> die versucht die Freiheit des Marktes mit sozialem Ausgleich in Einklang zu bringen.<sup>27</sup>

Dieses Grundkonzept, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren zu nutzen, lässt sich auf das Gesundheitssystem insgesamt nicht übertragen. Zwar wurde wiederholt dargelegt, dass auch ein wettbewerbliches Gesundheitswesen funktionieren kann.<sup>28</sup> In der rechtspolitischen Diskussion beschränken sich Petita oder Reformvorschläge aber mit Ausnahme des Vorschlags der Monopolkommission<sup>29</sup> auf einzelne Aspekte, etwa den Kassenwettbewerb oder den Wettbewerb bestimmter Leistungserbringer untereinander. Bereits das Verhältnis von GKV und PKV wird keineswegs als ein Wettbewerbsverhältnis auf einem gemeinsamen Markt, sondern in seinen Grundstrukturen als das Nebeneinander abgegrenzter Märkte verstanden und propagiert.<sup>30</sup>

Die Grundausrichtung des gesamten Gesundheitswesens auf eine vollständige Wettbewerbsordnung versagt sowohl aus politischen und verfassungsrechtlichen Gründen (2.) als auch aufgrund ökonomischer Einsichten (3.).

---

Ausdifferenzierung betrifft die Möglichkeit, soziale Teilhaberechte mit einem System der Wettbewerbsfreiheit zu versöhnen, dazu: *Watrin*, in: *W. Klein u.a.* (Hrsg.), *Soziale Marktwirtschaft: Ein Modell für Europa*, 1994, S. 9; *Müller-Armack*, in: ders., *Genealogie der sozialen Marktwirtschaft*, 2. Aufl. 1981, S. 147, der von der Notwendigkeit eines „starken Staates“ spricht (S. 149).

<sup>25</sup> *Mestmäcker* (Fn. 24), S. 20 f.

<sup>26</sup> Zur Ausdifferenzierung unterschiedlicher liberaler Theorien s. etwa *Aberle*, *Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik*, 2. Aufl. 1992, S. 26-43; *Bartling*, *Leitbilder der Wettbewerbspolitik*, 1980, S. 9-57; *I. Schmidt*, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 8. Aufl. 2005, Kap. 1.

<sup>27</sup> *Watrin* (Fn. 24), S. 11 ff.; *Quaas*, in: *Hasse u.a.* (Hrsg.), *Lexikon der Sozialen Marktwirtschaft*, 2. Aufl. 2005, S. 384, 386 f.; grundlegend: *Müller-Armack*, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, 1976; ders. (Fn. 24).

<sup>28</sup> Vgl. nur etwa *Schweitzer* (Fn. 5), S. 25 ff., 32 ff.; *Becker/Schweitzer* (Fn. 16), insb. B 70 ff.

<sup>29</sup> *Monopolkommission*, 18. Hauptgutachten, BT-Drs. 17/2600, S. 359 ff.

<sup>30</sup> Anders nur für den Marktsektor der Arbeitnehmer mit Einkommen über der Versicherungspflichtgrenze: vgl. *Giesen*, in: *SDSRV* 48 (2001), S. 123, 142 ff.

## 2. Politische und verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine umfassende Gesundheitsversorgung

Für das deutsche Gesundheitswesen kann es als unhinterfragtes Prinzip gelten, dass eine gleichwertige Gesundheitsversorgung der gesamten Bevölkerung gewährleistet sein muss.

Das zum Beginn des Jahres 2012 in Kraft getretene Versorgungsstrukturgesetz<sup>31</sup> geht wie selbstverständlich davon aus, dass eine angemessene wohnortnahe Versorgung der Bevölkerung in der gesamten Bundesrepublik legitimes Regelungsziel ist. Dabei ist die so eindeutig formulierte Zielsetzung durchaus überraschend, wenn man sie den Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts im sogenannten Kassenarzturteil aus dem Jahre 1960 gegenüberstellt.<sup>32</sup> Die damals geltende rigide Bedarfsplanung war als Eingriff in die Berufszulassungsfreiheit der Ärzte angegriffen und vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt worden. Das Argument für die Bedarfsplanung, dass ein Abwandern von Ärzten in die Ballungsgebiete verhindert werden müsse, um „die ärztliche Versorgung in Gegenden mit wenigen Kassenmitgliedern zu gewährleisten“, wischte das BVerfG damit vom Tisch, dass es „natürlich und unbedenklich“ sei, wenn der „Zug der Ärzte zur Stadt der Bevölkerungsbewegung folgt“. Zwar regte das BVerfG schon damals an, dass „Kassenärztliche Vereinigungen und Krankenkassen andere Wege suchen, bevor die Niederlassungsfreiheit beschränkt werden dürfte“.<sup>33</sup> Namentlich sprach es ein garantiertes Mindesteinkommen, Ambulatorien mit angestellten Ärzten und gebietsbezogene Gehaltsunterschiede an. Dieser Ansatz wurde aber damals von der Politik nicht aufgegriffen, sondern stattdessen den individuellen Niederlassungspräferenzen der Ärzte auch im Rahmen der Zulassungsbeschränkungen nachgegeben. Dass heute gerade ein FDP-geführtes Gesundheitsministerium finanzielle Belastungen in Kauf nimmt, um Steuerungsanreize gegen Entwicklungen zu setzen, die ökonomischen Rationalitäten folgen, ist überraschend. Es lässt sich als Hinweis darauf werten, dass unabhängig von ordnungspolitischen

---

<sup>31</sup> BGBl. 2011 I, 2983; Gesetzentwurf: BT-Drs. 17/6906; vgl. hierzu etwa *Wrase GuP* 2012, 1.

<sup>32</sup> *BVerfGE* 11, 30.

<sup>33</sup> Alle Zitate: *BVerfGE* 11, 30, 47.



Differenzen über alle politischen Lager hinweg das Ziel einer gleichwertigen Gesundheitsversorgung der gesamten Bevölkerung in Deutschland „gesetzt“ ist.

Auch verfassungsrechtlich lässt sich diese Grundannahme wiederfinden. Sie zeigt sich im Rahmen staatlicher Gewährleistungsverantwortung, die aus dem Grundgesetz abgeleitet wird. Anknüpfungspunkt hierfür ist das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs 1 GG i.V.m. dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.<sup>34</sup> Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur Bioresonanztherapie<sup>35</sup> aus dieser staatlichen Gewährleistungsverantwortung für die Gesundheitsversorgung aufgrund der Pflichtversicherung in der GKV über Art. 2 Abs. 1 GG einen Anspruch des Versicherten gegenüber seiner Krankenversicherung unmittelbar auf Verfassungsrecht gestützt. Damit sind auch Umfang und Qualität von Gesundheitsleistungen an marktexternen Maßstäben – dem Stand des medizinischen Fortschritts etwa – orientiert.

Der Wettbewerb als Erkenntnisverfahren zur Ermittlung dessen, was an Gesundheitsleistungen wo, wie und für wen verfügbar sein soll, ist damit obsolet und wäre auch nicht akzeptabel.

### **3. Ökonomische Erklärung**

Dass das Niveau und der Umfang an Gesundheitsleistungen in Deutschland nicht aufgrund der Gesetze des Marktes ermittelt werden, sondern marktexternen Setzungen folgen, lässt sich auch ökonomisch begründen.

Noch vor den Entscheidungen über den Versorgungsumfang steht in Deutschland, wie in den meisten Industriestaaten, die Entscheidung für eine Krankenversicherungspflicht. Sie gilt heute<sup>36</sup> als zentrales Element eines solidarischen und sozialen Ausgleichs, der jedem Bürger gleichen Zugang zu einer umfassenden und qualitativ hochwertigen Gesundheitsversorgung ermöglichen soll. Gesundheitsleistungen sollen für jeden bezahlbar sein.

---

<sup>34</sup> Vgl. *Wallrabenstein* ZMGR 2011, 197.

<sup>35</sup> *BVerfGE* 115, 25.

<sup>36</sup> Historisch war sie zunächst mehr ein Einkommensausfallschutz denn ein Element solidarischer Gesundheitssicherung, vgl. *Hänlein/Tennstedt*, in: *v. Maydell/Ruland/Becker* (Hrsg.), SRH, 5. Aufl. 2012, Rn. 5.

Unabhängig davon, wie das Krankenversicherungssystem im Einzelnen ausgestaltet ist, wird damit bewusst und absichtlich ein entscheidendes Marktelement außer Kraft gesetzt. Die Inanspruchnahme einer Gesundheitsleistung hängt nicht von ihrem Preis ab. Die Krankenversicherung soll gerade bewirken, dass die Gesundheitsleistung auch nachgefragt wird, wenn der einzelne Patient sie nicht bezahlen kann.<sup>37</sup> Dies gilt, wie bereits erwähnt, unabhängig davon, ob die Krankenversicherung auch soziale Umverteilung bewirkt, wie die GKV, oder ob die Prämiengestaltung risikoabhängig ausgestaltet ist, wie in der PKV.

Ohne Regulierung könnte unter diesen Bedingungen kein funktionsfähiger Markt für Gesundheitsleistungen entstehen. Theoretisch könnten Patienten jede erdenkliche Gesundheitsleistung zu jedem beliebigen Preis nachfragen. Dies würde nicht nur zu immer höheren Krankenversicherungskosten führen. Selbst unter Außerachtlassung des Finanzierungsproblems würde der Markt versagen, da Anbieter keinen Knappheitsbedingungen unterlägen, daher nicht veranlasst wären, ihre Leistungen zu optimieren. Das Fehlen wettbewerblicher Anreize für Qualität und Innovation wäre für Gesundheitsleistungen besonders gravierend. Denn sie sind in der Terminologie der Institutionenökonomik Vertrauensgüter, also Güter, deren Qualität der Kunde weder im Vorhinein noch nachträglich objektiv beurteilen kann.<sup>38</sup> Ein Markt für Vertrauensgüter benötigt daher zwingend Mechanismen, auf die sich das Vertrauen der Kunden gründen kann. Wenn der Preis als Qualitätsindikator durch die versicherungsmäßige Finanzierung bewusst ausgeschaltet ist, muss dies durch Regulierung übernommen werden.

Kein funktionsfähiges Gesundheitssystem kommt daher ohne Regulierung aus. Neben den Berufszugangsvoraussetzungen werden Qualitätsstandards

---

<sup>37</sup> Aus historischer Perspektive sieht *Stolleis* den Grund für diese Entwicklung in der Verdrängung des Einzelnen als Wirtschaftssubjekt durch die Kollektivmacht der Verbände im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhundert, in: *BMAS und Bundesarchiv* (Hrsg.), *Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945*, Bd. 1, S. 199, 249; die Kollektivierung der Ärzte ist aber erst der zweite Schritt, nachdem zunächst die Krankenkassen für ihre Versicherten freie ärztliche Behandlung gewährten und damit auf der Nachfrageseite um ärztliche Leistungen ihre Marktmacht bündeln konnten; vgl. *Zimmermann*, *Der Gemeinsame Bundesausschuss*, 2012, S. 10 ff.

<sup>38</sup> So auch *Becker/Schweitzer* (Fn. 16), B 16 f. m.w.N.; zu weiteren ökonomischen Herausforderungen im Hinblick auf Gesundheitsgüter vgl. *Spiecker gen. Döhmman*, in: *Schmehl/Wallrabenstein* (Hrsg.), *Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens I*, 2005, S. 1, 13 ff.; ähnlich, allerdings mit einer Akzentuierung der fehlenden Produktdifferenzierung *Becker/Schweitzer* (Fn. 16), B 13.

insbesondere durch Leistungsdetermination erreicht. Für die gesetzliche Krankenversicherung in Deutschland erfolgt dies durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA), der den sog. Leistungskatalog der GKV in seinen Richtlinien bestimmt.<sup>39</sup> In anderen Systemen, die über private Krankenversicherungen oder jedenfalls ohne zentrale Regulierungsinstitution organisiert sind, übernimmt der Staat diese Aufgabe. Er legt den Leistungsumfang des – meist obligatorischen – Krankenversicherungssystems durch Gesetz fest.<sup>40</sup> Möglich sind auch Formen der regulierten Selbstregulierung,<sup>41</sup> in denen etwa einheitliche Versicherungsbedingungen der Krankenversicherer den Versicherungs- und damit den Leistungsumfang in dem relevanten Gesundheitsmarkt bestimmen. Als Beispiel hierfür können die Musterbedingungen des PKV Verbandes für die substitutive Krankenversicherung<sup>42</sup> dienen. Diese bleiben allerdings vage und bilden keinen abgrenzbaren Leistungskatalog, sondern verweisen auf die Anerkennungsmechanismen der Schulmedizin.<sup>43</sup>

Die ökonomische Notwendigkeit einer Leistungsregulierung in einem versicherungsmäßig organisierten Gesundheitswesen zeigt sich gut an dem aktuellen Problem der Preisbindung für sogenannte verbundene Privatkrankenhäuser.<sup>44</sup> Mit dem VStG wurde zum 01.01.2012 für Privatkrankenhäuser, die in räumlicher Nähe und organisatorischer Verbindung

---

<sup>39</sup> S. zur rechtlichen Konstruktion, die § 27 SGB V als Rahmenrecht versteht, das durch die Richtlinien („Leistungskatalog“) des G-BA konkretisiert wird: *Zimmermann* (Fn. 37), S. 176 ff. m.w.Nw.

<sup>40</sup> Vgl. etwa für die Schweiz: *Schölkopf*, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, 2012, S. 67; *Eling/Parnitzke*, Das deutsche und das schweizer Krankenversicherungssystem, Working Paper on Risk Management and Insurance (Universität St. Gallen) No. 21, S. 6, <http://www.ivw.unisg.ch/Forschung/Grundlagenforschung/~media/Internet/Content/Dateien/InstituteUndCenters/IVW/WPs/WP21.ashx> (10.7.2012); *European Observatory on Health Care Systems*, Health Care Systems in Transition: Switzerland, 2000, S. 22, [http://www.euro.who.int/\\_data/assets/pdf\\_file/0003/96411/E68670.pdf](http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0003/96411/E68670.pdf) (10.7.2012)

<sup>41</sup> Zum Begriff: *Ruffert*, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, insb. Rn. 3 ff., 58 ff. und mit Bezug auf das Gesundheitswesen: *Schuler-Harms*, in: *Wallrabenstein* (Hrsg.), Braucht das Gesundheitswesen ein eigenes Regulierungsrecht?, 2012, S. 29 ff.

<sup>42</sup> Die gesetzlichen Voraussetzungen der substitutiven, d.h. die GKV ersetzenden, Krankenversicherung sind für die Versicherungsunternehmen in § 12 VAG vorgegeben. Sozialrechtsdogmatisch ergibt sich der substitutive Charakter daraus, dass der Arbeitgeberzuschuss zur privaten Krankenversicherung gemäß § 249 Abs. 2 SGB V von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 12 VAG abhängt.

<sup>43</sup> § 1 Abs. 2 MB/KK 2009 bestimmt als Versicherungsfall die medizinisch notwendige Heilbehandlung und konkretisiert dies in § 4 Abs. 6 S. 1 MB/KK 2009 dahingehend, dass der Versicherer im vertraglichen Umfang für Untersuchungs- und Behandlungsmethoden und Arzneimittel leistet, „die von der Schulmedizin überwiegend anerkannt sind“.

<sup>44</sup> Vgl. hierzu *Huster* GuP 2012, 81; *Quaas* GesR 2012, 193.

zu Plankrankenhäusern stehen, vorgegeben, dass sie keine anderen Honorare verlangen dürfen als die gesetzlich und untergesetzlich festgelegten Sätze für Plankrankenhäuser.<sup>45</sup> Damit will der Gesetzgeber die Kosten für privat krankenversicherte Patienten deckeln. Denn häufig würden Privatpatienten nicht im räumlich nahegelegenen und organisatorisch verbundenen Plankrankenhaus, sondern in der Privatklinik gegen ein wesentlich höheres Honorar behandelt.<sup>46</sup> Im hier interessierenden Zusammenhang kann offen bleiben, ob eine solche Praxis missbilligenswert ist.<sup>47</sup> Soweit sie stattfindet, folgt sie jedenfalls den Gesetzen des Marktes, wenn privat krankenversicherte Patienten Privatkliniken – womöglich wegen größeren Komforts, kürzerer Wartezeiten oder auch schlicht wegen eines guten Rufes – bevorzugen.

Nach dem zuvor Gesagten, bedarf ein solcher Privatklinikmarkt der Regulierung. Sie könnte etwa durch entsprechende Musterbedingungen erfolgen. So sieht § 4 Abs. 6 S. 2 MB/KK 2009 für Behandlungsmethoden und Arzneimittel vor, dass sie auch über den von der Schulmedizin überwiegend anerkannten Umfang hinaus erstattet werden, wenn sie sich in der Praxis als ebenso erfolgversprechend bewährt haben oder wenn sie angewandt werden, weil keine schulmedizinische Methode oder Arzneimittel zur Verfügung stehen. In diesen Fällen kann aber der Versicherer „seine Leistungen auf den Betrag herabsetzen, der bei der Anwendung vorhandener schulmedizinischer Methoden oder Arzneimittel angefallen wäre.“ Eine vergleichbare Regelung dergestalt, dass Leistungen für Krankenhausbehandlungen bei Inanspruchnahme von Privatkliniken<sup>48</sup> auf den Satz der Plankrankenhäuser herabgesetzt werden, besteht hingegen nicht. § 4 Abs. 4 MB/KKK 2009 regelt vielmehr: „Bei medizinisch notwendiger stationärer Heilbehandlung hat die versicherte Person freie Wahl unter den öffentlichen und privaten Krankenhäusern, die unter ständiger ärztlicher Leitung stehen, über ausreichende diagnostische und therapeutische Möglichkeiten verfügen und Krankengeschichten führen.“ Private Krankenversicherungsunternehmen haben

---

<sup>45</sup> § 17 Abs. 1 S. 5 und 6 KHG.

<sup>46</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung in der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses, BT-Drs. 17/8005, S. 133

<sup>47</sup> So die Gesetzesbegründung BT-Drs. 17/8005, S. 133: „Um vor diesem Hintergrund die missbräuchliche Ausgründung von Privatkliniken [...] zu vermeiden [...]“; wertungsfrei die ökonomischen Gründe darlegend *Quaas* GesR 2012, 193, 195.

<sup>48</sup> Präziser: Kliniken, für die mangels Aufnahme in den Krankenhausplan die gesetzlichen Vergütungsbestimmungen nicht gelten.

in den letzten Jahren gerichtlich versucht, eine Honorarbegrenzung der Privatkliniken zu erreichen.<sup>49</sup> Nachdem der BGH im April 2011<sup>50</sup> klar gemacht hat, dass mangels konkreter Regulierung allein § 138 BGB herangezogen werden kann, dies jedoch nicht für die PKV zum Erfolg führte, hat nun der Gesetzgeber die von der PKV geforderte Regulierung vorgenommen. Gegen ihren Inhalt sind verfassungsrechtliche Bedenken erhoben worden.<sup>51</sup> Sie brauchen hier aber nicht erörtert zu werden. Denn jedenfalls macht dieses Beispiel deutlich, dass Gesundheitsleistungen in einem Markt, in dem die Kosten durch Versicherungen abgesichert sind, der umfassenden Regulierung bedürfen.

Wettbewerb ist daher in dem deutschen Gesundheitssystem, das die Krankenversicherung der gesamten Bevölkerung zur Grundlage nimmt,<sup>52</sup> nur eingebettet in ein umfassendes Regulierungsregime dieser Krankenversicherungen – GKV und PKV – zu verstehen.

## II. Entmachtung durch Wettbewerb – Regulierungsmacht des Staates

Auch wenn also ein Systemwechsel zu einem wettbewerblichen Gesundheitssystem weder durch die bisherigen Gesundheitsreformen erfolgt noch aktuell geboten ist, so stellt sich die Frage, ob Funktionen von Wettbewerb durch die Implementation von Wettbewerbselementen in das Gesundheitswesen genutzt und damit Ziele von Wettbewerb erreicht werden können. Allgemein gilt die Steigerung von Effizienz und damit eine bessere Ressourcenallokation als wesentliche Funktion von Wettbewerb.<sup>53</sup> Da in diesem rechtswissenschaftlichen Beitrag eine empirische Untersuchung, um die Frage nach Effizienzsteigerungen zu beantworten, nicht geleistet werden kann,<sup>54</sup> soll

---

<sup>49</sup> Vgl. hierzu aus der Perspektive der PKV: *Patt/Wilde MedR* 2008, 707.

<sup>50</sup> *BGH MedR* 2011, 801, mit zust. Anm. von *Schillhorn*.

<sup>51</sup> *Huster GuP* 2012, 81; *Quaas GesR* 2012, 193.

<sup>52</sup> Seit dem GKV-WSG vom 26.03.2007, BGBl. I 378.

<sup>53</sup> *V. Hayek*, (Fn. 17), S. 296 f.; *Aberle*, (FN. 26), S. 17 f.

<sup>54</sup> Zu den verschiedenen Effizienz-Begriffen, die im Gesundheitswesen zum Maßstab genommen werden können: *Schlender*, Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen 2009, S. 117. Umfangreiche Untersuchungen zur Effizienz liegen insbesondere hinsichtlich des Krankenhauswesens vor, etwa: Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung, *Effizienz von Krankenhäusern in Deutschland im Zeitvergleich* (2010); *Augurzky et al.*, *Krankenhaus Rating Report 2010 – Licht und Schatten*, 2010;

eine andere – für Juristen besser fassbare – Wettbewerbsfunktion, nämlich die Entmachtungsfunktion von Wettbewerb<sup>55</sup> in den Blick genommen werden. Sie spielt bei der politischen Debatte um den Reformbedarf des Gesundheitssystems eine wichtige, wenn auch oft nicht ausdrücklich benannte, Rolle.

Die Einführung von Wettbewerb nimmt den Institutionen, die zuvor die Regeln eines bestimmten Lebensbereichs bestimmen konnten, diese Gestaltungsmacht. Im Kontext der Privatisierung staatlicher Aufgaben zielte diese Entmachtungswirkung gegen die Verwaltungsapparate dieser Aufgabenträger, etwa der Bundespost oder Bundesbahn. In einem zweiten Schritt nach der Organisationsprivatisierung soll in diesen Bereichen die Einführung von Wettbewerb eine dezentrale durch die Wettbewerber und ihre Entscheidungen gestaltete Steuerung herbeiführen. Die Idee des Wettbewerbs ist dabei eng mit der Vorstellung von Deregulierung verknüpft, die allerdings besser als Neugestaltung der Regulierungsstrukturen verstanden werden sollte. Die klassischen Regulierungsbereiche – Bahn, Telekommunikation und Energie – sind neben der Entstaatlichung der Leistungserbringung vom Aufbau staatsferner oder innerhalb des Staatsapparates organisatorisch verselbständigter Regulierungsinstitutionen geprägt.<sup>56</sup>

Auch für das Gesundheitswesen, in dem Regulierung – wie gezeigt – notwendig bleibt,<sup>57</sup> bedeutet Wettbewerb daher keinen Ab- sondern einen institutionellen und organisatorischen Umbau dieser Regulierung. Dabei steht nicht die Entmachtung staatlicher Verwaltungsstrukturen im Mittelpunkt. Denn im Gesundheitswesen existieren bereits traditionell private Leistungserbringer. Eine Entstaatlichung der Leistungserbringung betrifft daher zwar etwa den Krankenhaussektor, in dem es relevante Privatisierungsbewegungen gibt.<sup>58</sup>

---

*Klauber/Geraedts/Friedrich*, Krankenhaus-Report 2010: Krankenhausversorgung in der Krise?, 2010.

<sup>55</sup> S. auch *Schweitzer* (Fn. 5), S. 25, 28 ff.; *Becker/Schweitzer* (Fn. 16), B. 21.

<sup>56</sup> Zum Regulierungsrecht allgemein: *Ruffert*, in: *Fehling/Ruffert* (Fn. 41), Rn. 44 ff., zur Telekommunikation: *J.-P. Schneider*, in: ebd., § 8, zum Energiesektor: *Britz*, in: ebd.; § 9.

<sup>57</sup> Zum Zusammenspiel von regulierungs- und wettbewerbsrechtlichen Elementen im Gesundheitssektor: *Schuler-Harms*, in: *Fehling/Ruffert* (Fn. 41), § 15, insb. Rn. 12 ff.; *dies.*, in: *Wallrabenstein* (Fn. 41), S. 27, 33 ff.

<sup>58</sup> Zur Privatisierung: *Mosebach*, Kommerzialisierung der deutschen Krankenhausversorgung?, 2010; *Heubel*, Die Privatisierung von Krankenhäusern, 2010; speziell zu Universitätskliniken: *Löwer* (Hrsg.), Universitätsklinika in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform, 2006; zur Regulierung: *Hense*, in: *Fehling/Ruffert*, (Fn. 41), § 16.

Aber dieser Bereich liegt nicht im Fokus der aktuellen Wettbewerbsdebatte. Gegenwärtig wird vielmehr um die wettbewerbliche Gestaltung des ambulanten Sektors politisch gerungen. Dabei ist Entstaatlichung kaum relevant. Umgekehrt wird etwa mit dem Versorgungsstrukturgesetz gerade eine „Kommunalisierung“ der Leistungserbringung durch kommunale Eigeneinrichtung als innovativer Schritt ermöglicht, um wohnortnahe Versorgung auch dann zu gewährleisten, wenn dies nicht durch selbständige Ärzte gelingt.<sup>59</sup>

## 1. Zentralisierung der Leistungsregulierung

Für das Gesundheitswesen richtet sich das Entmachtungsanliegen also nicht gegen den Staat sondern gegen die korporatistischen Entscheidungsstrukturen der sog. gemeinsamen Selbstverwaltung. Dies ist die traditionell<sup>60</sup> staatsferne Regulierungsstruktur des ambulanten Sektors. Ihre Akteure sind die Verbände der Leistungserbringer, insbesondere die Kassenärztlichen Vereinigungen, aber auch die Verbände der Krankenhausträger oder anderer Leistungserbringer sowie die Verbände der Krankenkassen. Sie bildeten für die gemeinsame Selbstverwaltung Ausschüsse und komplexe Entscheidungsverfahren, für die als Beispiel hier nur die Bedarfsplanung erwähnt werden soll.<sup>61</sup> Mit dem Einsetzen wettbewerbsorientierter Gesundheitsreformen wurden diese differenzierten und teils auch diffusen Regulierungsstrukturen zunehmend zentralisiert. Konkret wurden die verschiedenen Bundesausschüsse im G-BA zusammengefasst, dieser professionalisiert und mit weiteren Kompetenzen ausgestattet. Heute kommen ihm wesentliche Regulierungsentscheidungen zu.<sup>62</sup>

Einerseits ist damit der G-BA eine Institution, die den bisherigen dezentralen Akteure Kompetenzen entzieht und die für Wettbewerbselemente notwendige zentrale Regulierung übernimmt. Andererseits gerät er selbst wegen dieser Machfülle in die Kritik, die mit dem Argument schwacher demokratischer

---

<sup>59</sup> Vgl. § 105 Abs. 5 SGB V, eingefügt durch das VStG.

<sup>60</sup> Vgl. Zimmermann (Fn. 37), S. 9 ff.

<sup>61</sup> Vgl. insg. Wenner, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, insb. S. 87 ff.; Schiller/Schnath, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, S. 105 ff. speziell für die Bedarfsplanung S. 138 ff.

<sup>62</sup> S. die Darstellung der Entwicklung des G-BA bei Zimmermann (Fn. 37), S. 17 ff., 35 ff.; Schimmelpfeng-Schütte, in: Schnapp/Wigge (Fn. 61), S. 208, 212 ff., 217 f.

Legitimation eine stärkere gesetzliche oder auch parlamentarische Rückbindung fordert.<sup>63</sup>

Die Neuregulierung des Arzneimittelmarktes durch das AMNOG 2009<sup>64</sup> hat diese Machtfülle des G-BA nochmals deutlich ausgedehnt. Während er bisher zwar Festbeträge für Arzneimittel festsetzen konnte,<sup>65</sup> diese aber nur für auf dem Markt eingeführte Medikamente griffen, sieht die Neuregelung mit der frühen Nutzenbewertung nun eine echte Preisbindung für neue Medikamente vor. Dem G-BA kommt es dabei im Rahmen eines komplexen Verfahrens zu, angemessene Preise festzusetzen. Gewissermaßen nachlaufend zu dieser Machtfülle wurde der staatliche Einfluss auf den G-BA ebenfalls weiter ausgebaut. Wesentliches Argument, das diese Stärkung staatlichen Einflusses rechtfertigt, ist die Kritik an der mangelnden demokratischen Legitimation des G-BA.<sup>66</sup>

Auf eine Kurzformel gebracht, folgt aus der Konzentration von Entscheidungsmacht die Notwendigkeit staatlichen Einflusses oder auch letztlich staatsnaher oder gar staatlicher Organisation des Entscheidungsträgers. Denn nur so lässt sich demokratische Legitimation, die als legitimatorische Rückbindung an den Bundestag verstanden wird,<sup>67</sup> konstruieren. Im Ergebnis schwächt die Einführung von Wettbewerbselementen damit intermediäre Akteure, stärkt aber in erster Linie dadurch die Regulierungsmacht des Staates.

## 2. Kassenwettbewerb

Gleiches lässt sich noch deutlicher im Bereich des Kassenwettbewerbs beobachten.

---

<sup>63</sup> Vgl. nur *Kingreen* NZS 2007, 113; *ders.*, in: VVDStRL 70 (2011), 152, 177; *Franzius*, in: *Wallrabenstein* (Fn. 41), S. 43, 69 ff.

<sup>64</sup> Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 22.12.2010, BGBl. I S. 2261; vgl. hierzu *Kingreen* NZS 2011, 441; *Ebsen* GuP 2011, 41.

<sup>65</sup> Diese Kompetenzen waren Gegenstand intensiver Rechtsstreitigkeiten, insbesondere *BVerfGE* 106, 275 und *EuGH*, Rs. C-264/0 u.a. – AOK-Bundesverband, Slg. 2004, I-2493.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu *Kingreen* NZS 2007, 113; *ders.*, in: VVDStRL 70 (2011), 152, 177; auch etwa *Musil*, in: *Schmehl/Wallrabenstein* (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens Bd. 2, 2006, S. 49 ff., inb. 57 ff.; *Zimmermann* (Fn. 37), S. 107 ff.

<sup>67</sup> Zu diesem Demokratieverständnis vgl. *Wallrabenstein*, in: SDSRV 61 (2012), S. 157, 165 ff.



Mit dem Gesundheitsstrukturgesetz von 1992<sup>68</sup> wurde die Kassenwahlfreiheit eingeführt. Motiv hierfür war zum einen die schwindende Akzeptanz für unterschiedliche Beitragssätze der verschiedenen Krankenkassen, bei einem bereits zu diesem Zeitpunkt weitgehend einheitlichen Leistungskatalog.<sup>69</sup> Zum anderen sollten Krankenkassen durch Wettbewerbsanreize zu einer sparsamen Verwaltung und effektiven Leistungserbringung motiviert werden. Dafür wurde der Kassenwahlfreiheit eine intensive Vereinheitlichung und Gesamtregulierung der Leistungserbringung vorgeschaltet.<sup>70</sup> Politisch standen hierbei klar die Kostendämpfungseffekte im Vordergrund.<sup>71</sup> Es ist jedoch für den hier aufgezeigten Zusammenhang von Wettbewerb und staatlicher Regulierungsmacht bedeutsam, dass diese starken Einschnitte – erst? – im Konnex mit der Einführung von Wettbewerb zwischen den Krankenkassen kompromissfähig wurden.

Aber auch auf der Beitragsseite führte die Kassenwahlfreiheit zu einer deutlichen und noch eindrücklicheren Stärkung staatlichen Einflusses.

Die traditionelle Beitragssatzfestsetzung der Krankenkassen erfolgte dezentral und staatsfern durch die Vertreterversammlungen der Krankenkassen, die paritätisch von Arbeitgeber- und – gewerkschaftlich organisierten – Arbeitnehmervertretern besetzt waren. Im Rahmen gesetzlicher Vorgaben, die freilich bereits auf Beitragsstabilisierung gerichtet waren, speisten so insbesondere die Arbeitgebervertreter das Interesse an möglichst niedrigen Beitragssätzen in die Entscheidungsfindung ein, während Arbeitnehmervertreter zugleich die Leistungsinteressen der Versicherten im Blick haben sollten. Gewissermaßen saßen damit Leistungs- und Kosteninteressen gemeinsam am Tisch.<sup>72</sup>

Eine Orientierung an den Beitragssätzen anderer Kassen wurde sodann durch die Kassenwahlfreiheit notwendig. Diese Wettbewerbsorientierung führt

---

<sup>68</sup> BGBl. I S. 2266

<sup>69</sup> Auch wenn Verfassungsbeschwerden hiergegen erfolglos blieben: *BVerfGE* 89, 365

<sup>70</sup> Das Ausmaß an – ausgabenbegrenzender – Regulierung wurde im Schrifttum während bzw. nach der Reform stärker in den Vordergrund gestellt als die Kassenwahlfreiheit, vgl. etwa *Maletz VersMed* 1994, 68; in der ausführlichen Darstellung des Gesundheitsstrukturgesetzes durch mehrere Mitarbeiter des BMG trat die – erst ab 1997 greifende – Kassenwahlfreiheit ganz zurück, vgl. *Schulte, Grupp und Zipperer NZS* 1993, S. 41 ff.

<sup>71</sup> Vgl. eine knappe Zusammenstellung bei *Ebsen*, in: *SRH* (Fn. 36), Rn. 15 ff.

<sup>72</sup> Vgl. zur Rechtslage vor 2008: *Engelhard*, in: *Schulin* (Hrsg.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts* Bd. 1, 1994, § 54.

allerdings für Versicherungen zu einem Risikoselektionswettbewerb, da dieser die interne Leistungs-Kostenrelation günstig beeinflusst. Daher wurde mit der Kassenwahlfreiheit ein Risikostrukturausgleich eingeführt, der zum einen die traditionell bestehenden Unterschiede im „Risikoprofil“ der Krankenkassen ausgleichen aber auch perspektivisch dafür sorgen sollte, dass ein Risikoselektionswettbewerb unattraktiv ist und unterbleibt.<sup>73</sup>

Den vorläufigen Endpunkt dieser Entwicklung markiert der gegenwärtige Gesundheitsfonds.<sup>74</sup> Mit dem GKV-WSG 2007 beendete der Gesetzgeber die Beitragssatzfestsetzung durch die Krankenkassen, konkret durch die Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter. Seitdem wird der Beitragssatz bundesweit einheitlich für alle Krankenkassen durch das Bundesgesundheitsministerium festgesetzt. Die so erhobenen Beiträge fließen in einen zentralen Gesundheitsfonds und werden von dort risikobezogen an die Krankenkassen ausgezahlt. Bei dieser zentralisierten Beitragserhebung soll sich der Wettbewerb der Krankenkassen ganz auf eine günstige Leistungserbringung konzentrieren. Die eigentlichen Instrumente des Kassenwettbewerbs, die Bonusprogramme, Wahltarife (§ 53 SGB V) und der Zusatzbeitrag (§ 242 SGB V)<sup>75</sup> schließen sich unter der Annahme an, dass eine günstige Leistungserbringung hierfür Spielräume eröffnet.<sup>76</sup> Soweit es um die Lokalisierung der Entscheidungskompetenzen geht, lässt sich unabhängig von der Wirksamkeit dieses Wettbewerbskonzepts festhalten, dass der staatlichen Beitragsfestsetzung zentrale Bedeutung für das gesamte Gesundheitswesen zukommt.

Im Ergebnis steuern also nicht mehr Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen das Finanzvolumen und damit die wirtschaftliche Basis des Gesundheitswesens, sondern der Staat. Das GKV-WSG begrenzte diese nicht zu unterschätzende Gestaltungsmacht des Staates, in dem es in § 220 SGB V

---

<sup>73</sup> Vgl. die historische an den ökonomischen Herausforderungen orientierte Darstellung etwa bei *Pressel*, *Der Gesundheitsfonds*, 2012, S. 39 ff. m.w.Nw.; zum Risikostrukturausgleich: *Sehnen*, in: *Schmehl/Wallrabenstein* (Fn. 38), S. 55; *Schmehl*, in: *Sodan* (Hrsg.), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2010, § 39, Rn. 49 ff.

<sup>74</sup> Vgl. hierzu *Pressel* (Fn. 73); *Schmehl* (Fn. 73).

<sup>75</sup> Hierzu bereits oben in der Einleitung.

<sup>76</sup> Zur den Gestaltungsmöglichkeiten als vertragsähnliche Möglichkeiten der GKV vgl. *Wallrabenstein*, in: *Schuler-Harms* (Hrsg.), *Konsensuale Handlungsformen im Sozialleistungsrecht* (im Erscheinen); zu den Wahlтарifen vgl. *Schlegel*, in: *Sodan* (Fn. 73), § 11; zur Wettbewerbswirkung der Zusatzbeiträge s. *Pressel* (Fn. 73), S. 221 ff.

(i.d.F. von 2008) Schwellenwerte bestimmte, die eine Anpassung des Beitragssatzes auslösen, und in § 241 SGB V (i.d.V. von 2008) die Festsetzung des Beitragssatzes an die Ergebnisse eines beim Bundesversicherungsamt einzurichtenden Schätzerkreises band. Mit dem GKV-FinG wurden diese Bindungen aufgehoben. Stattdessen legt nun das Gesetz selbst lapidar und dauerhaft den Beitragssatz fest (§ 241 SGB V i.d.F. 2011).

Diese Gesetzesänderung selbst macht bereits den Umfang staatlicher Entscheidungsmacht deutlich. Der Staat allein kann Systemwechsel wie den des GKV-FinG vollziehen, ebenso freilich auch andere Systementscheidungen, wenn sich dafür parlamentarische Mehrheiten finden.

Aber auch innerhalb der gleichen Finanzierungsstruktur besitzt nun der Gesetzgeber die alleinige Entscheidungsmacht über die Beitragssatzhöhe. Die gegenwärtige Entwicklung macht diese Machtfülle deutlich. Aufgrund günstiger konjunktureller Rahmenbedingungen hat sich die Finanzsituation der GKV im letzten Jahr günstiger entwickelt, als erwartet. Dadurch ist eine politische Auseinandersetzung zwischen Krankenkassen und Bundesgesundheitsministerium entstanden, ob und wie die gegenwärtigen Überschüsse an die Kassenmitglieder auszukehren sind. Der Bundesgesundheitsminister hat dabei mit bindenden Vorgaben an die Krankenkassen gedroht<sup>77</sup> – eine staatliche Intervention, die sich bei der Annahme, dass mit den Krankenkassen wettbewerbliche Freiräume eingeräumt seien, nicht verträgt. Teilweise wurde auch die Forderung laut, den gesetzlichen Beitragssatz für das Jahr 2013 abzusenken.<sup>78</sup> Der Verdacht, dass wahltaktische Erwägungen in solche oder auch andere politische Entscheidungen der Beitragssatzfestsetzung einfließen könnten, lassen sich dabei nicht von der Hand weisen.

Es lässt sich festhalten, dass die Entmachtung der staatsfernen Regulierungsakteure zur Konzentration von Entscheidungsmacht beim Staat geführt hat. Dies kann man im Interesse demokratischer Legitimation gutheißen. Andererseits erscheint ein solche politische Machtkonzentration zur Regulierung eines komplexen Sozialleistungssystems problematisch. Wichtig ist

---

<sup>77</sup> Vgl. <http://www.1a.net/news/versicherung/ueberschuesse-der-krankenkassen-steigen-unaufhaltsam-weiter-14415> (16.07.2012).

<sup>78</sup> <http://www.krankenkassenratgeber.de/news/krankenkasse/kontrast-zum-ueberschuss-ab-mitte-2013-wieder-usatzbeitraege.html> (16.07.).

in jedem Fall, diesen kontraintuitiven Effekt der Wettbewerbsstärkung zu erkennen.

### **III. Wettbewerbsinstrumente im Gesundheitssystem und sozialrechtliche Dogmatik**

Bisher wurde erläutert, dass und warum eine Systementscheidung zu einem wettbewerblichen Gesundheitssystem weder vorliegt, noch zu den politischen, verfassungsrechtlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen passt (I.). Außerdem wurde herausgearbeitet, dass eine Wettbewerbsorientierung im deutschen Gesundheitssystem zwar traditionelle Regulierungsakteure – partiell – entmachtet, dies allerdings regelmäßig zu einer Stärkung staatlicher Regulierungsmacht und nicht zum Zuwachs individueller Autonomie führt (II.). Diese Bedenken gegen einen grundsätzlichen Systemwechsel schließen die Einbeziehung von Wettbewerbselementen in das Gesundheitssystem jedoch keineswegs aus. Im Gegenteil spricht viel dafür, problem- und ergebnisorientiert die Implementation von Wettbewerbsinstrumenten zu prüfen und ggf. durch regulatorische Änderungen vorzunehmen. Die geplante gesetzliche Regelung der Fusionskontrolle für Krankenkassen gemäß § 172a SGB V-neu<sup>79</sup> ist hierfür ein konkretes Beispiel. Genauerer Prüfung bedürfte dabei insbesondere die Verzahnung des sozialrechtlichen Genehmigungsverfahrens mit der Prüfung der Kartellbehörden und damit eine gesetzgeberische Strukturierung des Vorgehens bei möglichen Konflikten. Aber auch „diesseits“ neuer Regulierungsformen lassen sich Normen und rechtsdogmatische Strukturen im Recht des Gesundheitswesens aufzeigen, die in Wettbewerbselemente aufnehmen und wettbewerbliche Ziele verwirklichen. Dass dies auf anderem Weg als mit den Normen des GWB oder UWG und den hierfür vorgesehenen Behörden (und Gerichten) erfolgt, zeigt die Chancen zur Wettbewerbsorientierung auf, die weiter zu entwickeln sind.

So hat etwa *Rixen* kürzlich im Bereich des Konkurrentenschutzes herausgearbeitet, wie das SGB als „Wettbewerbsrecht“ zu tragfähigen –

---

<sup>79</sup> Art. 3 Nr. 2 der 8. WGB-Novelle, BT-Drs. 17/9852.

durchaus dem UWG entsprechenden – Ergebnissen kommt.<sup>80</sup> Eine Krankenkasse hatte ihre Versicherten durch ein Informationsblatt und im Rahmen einer Telefonaktion auf günstige Versandapotheken hingewiesen, mit denen sie kooperierte.<sup>81</sup> Das *SG Frankfurt*<sup>82</sup> wie auch das *Hess. LSG*<sup>83</sup> gaben der Unterlassungsklage des Hessischen Apothekerverbandes statt. Den Anspruch stützten die Gerichte auf eine Bestimmung des Arzneiliefervertrages auf Landesebene zwischen den Krankenkassenverbänden und dem Apothekerverband.<sup>84</sup> Danach war den Apotheken wie den Krankenkassen, also jeweils den Mitgliedern der vertragsschließenden Verbände, verboten, Versicherte oder Vertragsärzte zu Lasten der Krankenkassen oder zugunsten bestimmter Apotheken zu beeinflussen. In Anknüpfung daran, dass nur unrechtmäßige Beeinflussungen verboten waren, sah das LSG Informationen als rechtmäßig an, die als Aufklärung, Beratung oder Auskunft nach §§ 13 ff. SGB zu qualifizieren seien. Beachtenswert ist hierbei, dass die Gerichte wegen § 69 Abs. 1 SGB V nicht direkt auf das UWG zurückgriffen, aber gleichwohl die Wertungen des UWG als Auslegungshilfe zur Konkretisierung der Unterlassungspflichten heranzogen. Damit ist ohne gesetzliche Anwendungsanordnung zugunsten des UWG dafür aber unter präziser Verortung im öffentlich-rechtlichen Normengeflecht ein interessengerechtes und wettbewerbskonformes Ergebnis gefunden worden.

Den im konkreten Fall bestehenden Unterlassungsanspruch konnte zudem auch der Apothekerverband geltend machen. Gegenüber einer rein lauterkeitsrechtlichen Herangehensweise bietet dies den Vorzug, dass die Verbände, deren Rahmenverträge die Unterlassungspflicht begründen, zugleich klagebefugt sind und damit die Rechtsdurchsetzung betreiben können.

Dieses Beispiel schließt natürlich wettbewerbliche Schutzlücken nicht aus. Es macht jedoch deutlich, dass sich solche Lücken, die das Tätigwerden des Gesetzgebers begründen würden, erst dann erkennen lassen, wenn das sozialrechtliche Regelungsregime sowohl des SGB als auch der

---

<sup>80</sup> *Rixen WuV* 2011, 219, 222 ff.; grundlegend bereits für das Leistungserbringerrecht: *ders.*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005.

<sup>81</sup> Die Sachverhaltsdarstellung ist entnommen aus *Rixen, WuV* 2011, 219, 222.

<sup>82</sup> *SG Frankfurt* vom 09.08.2006 – S 21 KR 429/06 ER, *GewArch* 2006, 478, zit. nach juris.

<sup>83</sup> *Hess. LSG* vom 30.04.2007 – L 8 KR 199/06 ER, *A6R* 2007, 128, zit. nach juris.

<sup>84</sup> Vgl. bei *Rixen WuV* 2011, 219, 224 zur unterschiedlichen Herleitung einerseits aus dem Vertrag (LSG), andererseits mit gesetzliche und verfassungsrechtliche Rückbindung dieses vertraglichen Anspruchs (*SG Frankfurt*).

Vertragsgeflechte nicht einmal bei verständiger Auslegung ausreichen, um wettbewerblichen Grundsätzen zur Wirksamkeit zu verhelfen. Die Einführung der entsprechenden Anwendung des § 12 UWG durch die 8. GWB-Novelle bleibt eine solche Darlegung bislang schuldig. Zudem zeigt das Beispiel auf, dass womöglich im zivilen Wettbewerbsregime weniger Möglichkeiten – etwa für den Rechtsschutz – bestehen, als vor den Sozialgerichten.

Wettbewerb im Gesundheitswesen ist daher heute, auf dem gegenwärtigen Stand des Rechts, viel weniger einer Frage großer Grundsatzentscheidungen und noch weniger gesetzgeberischer Zuordnungen zu Rechtsregimen oder Kontrollinstanzen, als vielmehr Aufgabe der zuständigen Institutionen, nicht zuletzt der Sozialgerichte, bei der Auslegung bereits des bestehenden Rechts.