Studien aus dem Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Sozialrecht

48

Ulrich Becker/Friso Ross/Markus Sichert (Hrsg.)

Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung

Steuerungsinstrumente in Deutschland, den Niederlanden, der Schweiz und den USA im Rechtsvergleich

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Studien aus dem Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Sozialrecht

Band 48

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M./Dr. Friso Ross/
Dr. Markus Sichert (Hrsg.)

Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung

Steuerungsinstrumente in Deutschland, den Niederlanden, der Schweiz und den USA im Rechtsvergleich

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://www.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8329-5372-0

1. Auflage 2010
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Der vorliegende Band beschäftigt sich mit dem Wettbewerb in der Krankenhausversorgung. Die in ihm gebündelten Beiträge untersuchen, ob in Gesundheitssystemen Wahlmöglichkeiten eingeräumt und damit eine Steuerung durch Wettbewerb ermöglicht wird und welche Bedeutung entsprechenden Ansätzen zukommt. Sie vergleichen diese Ansätze in den Ländern, deren Gesundheitssysteme sich durch eine Vielheit und auch Vielfalt der Versicherungsträger auszeichnen. Sie konzentrieren sich dabei auf einen Versorgungssektor, der durch einen hohen Kostenaufwand und besondere Infrastrukturverantwortung gekennzeichnet ist. Der Schwerpunkt liegt auf rechtlichen Aspekten, den Regelungstechniken wie den normativen Vorgaben. Deren Darstellung wird durch kurze Kommentare aus ökonomischer Sicht ergänzt.

Die Publikation stellt die Ergebnisse eines transatlantischen Forschungsprojekts vor, das die Herausgeber als Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht betreut haben. Wir danken den Autoren für ihre Beiträge sowie den studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts für die Unterstützung bei der Veröffentlichung.

München, Berlin und Bonn im November 2009

Ulrich Becker
Friso Ross
Markus Sichert

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsübersicht

Einführung

Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen
Ulrich Becker 11

Länderberichte

Wahl und Wettbewerb im regulierten System – Normative Steuerung der Krankenhausversorgung in Deutschland
Markus Sichert 57

Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung aus gesundheitsökonomischer Sicht – Kommentar zum Bericht über Deutschland
Günter Neubauer 263

Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der niederländischen Krankenhausversorgung
Christina Walser 275

Kommentar zum Bericht über die Niederlande aus ökonomischer Sicht
Hans Maarse 339

Wahl und Wettbewerb als normative Steuerungsinstrumente für die Krankenhausversorgung in der Schweiz
Friso Ross 357

Regulierter Wettbewerb im schweizerischen Gesundheitswesen – Kommentar zum Bericht über die Schweiz aus ökonomischer Sicht
Jürg H. Sommer 415

Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung der USA
Robert F. Rich und Christopher T. Erb 429

Auswertung

Wahl und Wettbewerb als Strukturmerkmale des Gesundheitsrechts – Rechtsvergleichende Analyse von Steuerungsinstrumenten in der Krankenhausversorgung Deutschlands, der Niederlande, der Schweiz und der USA
Markus Sichert und Friso Ross 509

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einführung

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen

Ulrich Becker

I. Mehr Effizienz durch Wettbewerb? – Ausgangspunkt und Ziel des Projekts 12

II. Die Komplexität der Rechtsbeziehungen – zu den Beteiligten und deren Rollen im Leistungsdreieck 15
1. Vom Behandlungsvertrag zum sog. Leistungserbringungsverhältnis 15
1.1. Ausgangspunkt: Rechtsverhältnis zwischen Patient und Arzt 15
1.2. Das Versicherungsverhältnis 17
1.3. Das Sozialleistungs- und das Leistungserbringungsverhältnis 18
2. Erweiterungen 21
2.1. Die Rolle des Staates: Regulierungen 21
2.2. Mögliche Zwischenebene: Korporatistische Arrangements 23
2.3. Die Rolle der Arbeitgeber 25

III. Wettbewerb und Gesundheitsleistungen – theoretische Vorüberlegungen zu Wahlmöglichkeiten und deren Steuerung 27
1. Zu den Funktionen von Wettbewerb und Sozialleistungssystemen 27
1.1. Ausgangspunkte 27
1.2. Funktionen von sozialen Sicherungssystemen 30
1.3. Funktionen des Wettbewerbs 32
2. Wahlmöglichkeiten und die Anwendung des Wettbewerbs- und Sozialrechts 34
2.1. Handlungsfreiheiten 34
2.2. Tatsächliche Handlungsmöglichkeiten 35
2.3. Verläßlichkeit 36

IV. Wahlmöglichkeiten im Leistungsdreieck – zur Länderauswahl 37
1. Wahlmöglichkeiten trotz Anbietermonopols 37
1.1. Bezogen auf das Versicherungsverhältnis 37
1.2. Bezogen auf das Leistungserbringungsverhältnis 38
2. Wettbewerb auf Angebotsseite 42
2.1. Wahlmöglichkeiten auf Angebotsseite 42
2.2. Konsequenzen für die Leistungserbringung 46

V. Besonderheiten des Krankenhaussektors – zum Aufbau der Untersuchung 49
1. Krankenhäuser als institutioneller Ausgangspunkt 49
2. Zu den Rechtsverhältnissen bei der Versorgung im Krankenhaus 51
3. Zur Einbettung in die Gesamtrechtsordnung und den faktischen Hintergründen 53

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Mehr Effizienz durch Wettbewerb? – Ausgangspunkt und Ziel des Projekts

1. Wettbewerb dient dazu, auf einem Markt Tauschmöglichkeiten zu eröffnen und zu erhalten. Idealerweise entscheiden die Marktteilnehmer über Menge und Preis von Gütern. Sie folgen dabei ihren eigenen Präferenzen. Das setzt die Existenz von Wahlmöglichkeiten voraus. Entsprechende Möglichkeiten bestehen keineswegs immer. Für sie bedarf es einer rechtlichen Ordnung. Dabei kommt dem Staat die Aufgabe zu, die Bedingungen für einen funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen. Das Erfordernis staatlicher Regelung folgt aus Marktunvollkommenheiten (oder dem Marktversagen) wie aus dem Bestreben der Wettbewerber, den Wettbewerb durch Erringung einer starken Position zu verringern oder auszuschalten. Instrument der Sicherung des Wettbewerbs ist das Wettbewerbsrecht. Dieses schafft die Rahmenbedingungen für den Markt. Es läßt aber das Ergebnis des Wettbewerbs für die Güterherstellung und die Güterverteilung offen.

Wettbewerb kann nicht nur als Entmachtungs-,[1] sondern auch als Steuerungsinstrument zur Erzielung bestimmter Ergebnisse eingesetzt werden. Nämlich dann, wenn ein gewünschtes Ergebnis vorgegeben ist. In diesem Fall wird die Ergebniserzielung zur öffentlichen Aufgabe, und der Staat muß für deren Erfüllung sorgen. Er kann dies durch besondere Regulierung des privaten Rechtsverkehrs tun und sich auf eine Gewährleistungsfunktion beschränken. Oder er kann die Aufgabenerfüllung in die eigene Hand nehmen. Selbst wenn staatliche Behörden handeln, schließt dies aber keineswegs aus, daß für die durch das Handeln Betroffenen Wahlmöglichkeiten vorgesehen werden. Solche Wahlmöglichkeiten können Spielräume für einen Wettbewerb eröffnen, der dann nicht nur in allgemeine Bahnen gelenkt, sondern zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gezielt eingesetzt wird. Theoretisch verspricht auch dieser Wettbewerb Effizienzgewinne: sei es durch Senkung der Preise oder Steigerung der Qualität der vom Staat bereitzustellenden Güter.

2. Der Einsatz wettbewerblicher Elemente wird gerade auch im Gesundheitswesen seit mittlerweile vielen Jahren für gewinnbringend gehalten. Das gilt nicht nur für Staaten, in denen die Sicherung einer ausreichenden Gesundheitsversorgung nur beschränkt als öffentliche Aufgabe angesehen wird, also ohnehin die Versorgung weitgehend dem Markt überlassen bleibt. Es gilt auch für Staaten, die sich selbst der Gesundheitsversorgung annehmen. Die Definition dieser Aufgabe ist eine Sache. Sie erschließt sich erst aus der konkreten Gestaltung des jeweiligen Gesundheitswesens. Wer die Aufgabe erledigt, ist eine andere. Beides hängt zwar zusammen, läßt aber Raum für Abstufungen

1 *Franz Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, Vortrag auf der internationalen Kartellkonferenz (1960), Bd. 1, S. 22: „ Der Wettbewerb ist das großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte. Man braucht es nur zu beschwören, alle weitere Arbeit leistet es von allein."

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und unterschiedlichste Systemstrukturen. Wahlmöglichkeiten können in verschiedener Form und verschiedenem Umfang eingebaut werden.

Wahlmöglichkeiten können in verschiedener Form und verschiedenem Umfang in einem Gesundheitssystem vorgesehen werden. Wo solche Möglichkeiten existieren, ist zugleich Raum für einen Wettbewerb. Ob der Staat auf einen Wettbewerb als Steuerungsinstrument setzt, hängt deshalb nicht allein von der grundsätzlichen Aufgabenstellung und der organisatorischen Ausgestaltung des Gesundheitswesens ab. Allerdings bleibt die Frage, wie ein Wettbewerb in einem Sektor funktionieren kann, der durch nichtmarktliche Bedingungen charakterisiert ist.[2]

Dabei geht es nicht nur um ökonomische, sondern auch um rechtliche Aspekte. Denn die Gesundheitssysteme sind in normative Vorgaben eingebettet, die über die Rechtsstellung der beteiligten Personen entscheiden. Zudem bedarf wettbewerbliches Handeln der rechtlichen Steuerung. Reichen aber im Gesundheitswesen die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Instrumente, zu denen neben dem Lauterkeits- und Kartellrecht auch das Vergaberecht gezählt werden soll, weil es den Zugang von Konkurrenten zu Beschaffungsmärkten regelt, aus? Gelten diese überhaupt, oder handelt es sich um einen Wettbewerb ohne Wettbewerbsrecht, der einer eigenständigen sozialrechtlichen Regelung bedarf?

Auf diese rechtlichen Fragen wird sich die vorliegende Studie konzentrieren. Darin und in dem Verzicht auf eine sozialwissenschaftliche Ergänzung liegt natürlich zugleich eine Beschränkung. Wirksamkeitsaspekte finden nur in Ansätzen Berücksichtigung. Über konkrete Ergebnisse einzelner Instrumente kann wenig gesagt werden. Jedoch erschien uns die Herausarbeitung der spezifisch juristischen Aspekte ausreichend wichtig, um diese Beschränkungen zu rechtfertigen. Eine kompensatorische Funktion kommt immerhin den ökonomischn Kommentaren zu den einzelnen Länderberichten zu.

3. Die Studie hat zum Ziel, erstens eine Bestandaufnahme zu liefern hinsichtlich der Frage, ob und wie Wahlmöglichkeiten in verschiedenen Rechtsordnungen bei der Versorgung mit Gesundheitsleistungen vorgesehen sind. Hintergrund der Annahme, daß Wahlmöglichkeiten und in deren Folge Wettbewerbsbeziehungen zu finden sein werden, ist die Komplexität der Rechtsbeziehungen, durch die Gesundheitssysteme in aller Regel geprägt sind (unten II.). Diese führt dazu, daß eine Steuerung durch hoheitliche Vorgaben erschwert wird.

Zweitens geht es darum, was genau von einem Einbau wettbewerblicher Elemente erwartet, warum er möglicherweise für zielführend gehalten und wie er reguliert – oder warum umgekehrterweise auf ihn ganz oder teilweise verzichtet wird. Alles andere als selbstverständlich ist die Erwartung positiver Effekte insbesondere dann, wenn die Gesundheitsversorgung als öffentliche Aufgabe angesehen wird. Jedoch wäre es zu kurz

2 Vgl. dazu auch die Beiträge in *Aufderheide/Dabrowski* (Hrsg.), Markt und Wettbewerb in der Sozialwirtschaft, Wirtschaftsethische und moralökonomische Perspektiven für den Pflegesektor, 2007, die allerdings für die Krankenversicherung keine Ergebnisse präsentieren.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gegriffen, Wettbewerb und soziale Sicherung trotz unterschiedlicher Funktionen für miteinander unvereinbar zu halten (unten III.).

Drittens will die Studie die Bedeutung der festgestellten Wahlmöglichkeiten analysieren. Dabei geht es weniger um deren tatsächliche Wirkungen, wenn auch die dem Wettbewerb in sozialen Versorgungssystemen zugedachten Funktionen, vornehmlich die wirtschaftliche Gewährleistung allgemeiner Gesundheitsversorgung, also die Erzielung der vorausgesetzten Qualität zu möglichst niedrigen Kosten, einen brauchbaren Bewertungsmaßstab abgeben. Im Vordergrund stehen die Einpassung und Verbindung der Wahlmöglichkeiten mit bestimmten Strukturelementen der jeweiligen Rechtsordnung und des jeweiligen Gesundheitssystems. Welche Grenzen setzen verfassungsrechtliche Vorgaben? Erweisen sich allgemeine wettbewerbsrechtliche Instrumente zur Steuerung des Wettbewerbs als passend und ausreichend? Wie können gemischt regulativ-wettbewerblicher Konzepte am besten verfolgt werden? Dabei ist auch von Interesse, wie sich Wahlmöglichkeiten zwischen den Versicherern zu Wahlmöglichkeiten zwischen den Erbringern von Gesundheitsleistungen zueinander verhalten. Denn gerade die Verbindungslinien zwischen Versicherung und Leistungserbringung sind zumindest im deutschen Gesundheitswesen von zunehmender Bedeutung. Aus diesem Grund werden nur Länder in die Untersuchung einbezogen, die von der Architektur des jeweiligen Gesundheitssystems her die Möglichkeit zu Wettbewerbsbeziehungen sowohl zwischen den Versicherungsträgern als auch zwischen den Leistungserbringern gestatten (unten IV.).

Schließlich ist einleitend hervorzuheben, daß sich die Studie auf die Gesundheitsversorgung in Krankenhäusern konzentriert (unten V.). Ausschlaggebend dafür ist einerseits das Erfordernis, auch in vergleichender Betrachtung einen klar abgrenzbaren Bereich des Gesundheitswesens in den Blick zu nehmen. Andererseits ist die Krankenhausversorgung für die hier interessierenden Fragen von besonderem Interesse. Sie ist kostenintensiv. Die Behandlung in Krankenhäusern verursachte in Deutschland wie im obligatorischen System der Schweiz zu Beginn des neuen Jahrtausends gut ein Drittel der Leistungsausgaben, in den Niederlanden nur etwas weniger.[3] Die Krankenhausversorgung ist zugleich durch hohe Komplexität gekennzeichnet. Überlegungen zur Sicherung und Verteilung der Infrastruktur spielen bei ihr schon wegen des hohen Behandlungsaufwands eine besondere Rolle. Zudem sind Träger der Krankenhäuser vielgestaltig. Diese Vielgestaltigkeit ist Ausdruck verschiedener Zwecke: Krankenhäuser dienen etwa nicht nur der Deckung lokaler Versorgungsbedarfe, sondern auch zur Deckung des Bedarfs an medizinischer Forschung. Sie können öffentliche Einrichtungen sein, aber ebenso Einrichtungen, in denen gewinnorientiert gewirtschaftet werden soll. Die Krankenhausversorgung bietet dementsprechende wegen ihrer zentralen Bedeutung für die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung, wegen der mit ihr verbundenen hohen Kosten wie wegen des Zusammenspiels verschiedener Einrichtungen eines der wichtigsten Un-

3 Vgl. zur Entwicklung und weiteren Angaben die Länderberichte.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

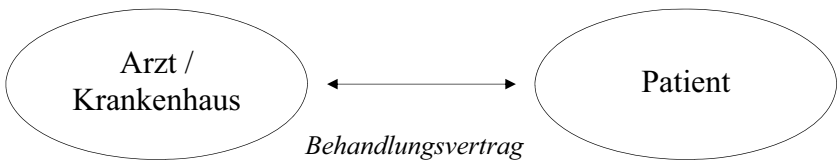
tersuchungsfelder, wenn es um die Frage geht, ob Wettbewerb als Instrument zur Erreichung von Effizienzverbesserungen im Gesundheitswesen eingesetzt werden soll.

II. Die Komplexität der Rechtsbeziehungen – zu den Beteiligten und deren Rollen im Leistungsdreieck

1. Vom Behandlungsvertrag zum sog. Leistungserbringungsverhältnis

1.1. Ausgangspunkt: Rechtsverhältnis zwischen Patient und Arzt

Im Mittelpunkt medizinischer Behandlungen steht naturgemäß das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patienten. Man kann es als Behandlungsverhältnis bezeichnen. Diesem liegt – jedenfalls soweit möglicherweise an der Behandlung beteiligte Dritte aus der Betrachtung ausgeschlossen bleiben – ein privatrechtlicher Vertrag zugrunde, mit dem die Beteiligten einen gegenseitigen Austausch vereinbaren: Der Arzt schuldet eine Dienstleistung, nämlich die Behandlung, ohne in der Regel zugleich einen Erfolg zu versprechen;[4] nur unter bestimmten Umständen und ausnahmsweise geht seine Verpflichtung darüber hinaus.[5] Der Patient schuldet die Bezahlung des Arztes.[6]



Findet die Behandlung in einem Krankenhaus statt, dann ist es möglich, daß Verträge über einzelne Leistungen gesondert geschlossen werden, also etwa über die Behandlung

4 Weshalb es sich nach deutschem Recht um einen Dienstvertrag handelt, der ausnahmsweise auch werkvertragliche Elemente enthalten kann, vgl. dazu nur *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, München,, § 13 Rdnr. 2 f. m.w.N. Auch nach US-amerikanischem Recht entsteht ein Behandlungsverhältnis (*treatment relationship*) zwischen Patient und behandelndem Arzt durch privatrechtlichen Vertrag, mit dem der Arzt grundsätzlich die Behandlung an sich, aber nicht den Behandlungserfolg schuldet, vgl. dazu *Furrow*, Health Law, 2000, S. 260 ff.; *Miller*, Problems in Health Care Law, 2006, S. 279 ff; *Showalter*, The Law of Healthcare Administration, 2008, S. 25 ff.

5 Vgl. zu Fällen, in denen ein Garantieversprechen des Arztes (*specific promise and warranty of cure*) hinsichtlich des Behandlungserfolgs angenommen wurde, *Guilmet v. Campbell,* 385 Mich. 57, 188 N.W.2d 601 (1971); *Sullivan v. O´Connor,* 363 Mass. 579, 296 N.E.2d 183 (1973). Als Reaktion auf diese Rechtsprechung erließen einige Einzelstaaten Gesetze, wonach ein solches Garantieversprechen nur dann Gültigkeit beanspruchen kann, wenn es schriftlich abgegeben und vom behandelnden Arzt unterzeichnet wurde, vgl etwa Mich. Comp. Laws Ann. § 566.132 (Supp. 1985).

6 Vgl. zu besonderen Formen des „Arztvertrages" *Uhlenbruck*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 39 Rdnr. 16 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einerseits und die Unterbringung andererseits. In der Praxis dürfte es aber die Regel sein, daß ein gemischter Vertrag mit dem Träger des Krankenhauses geschlossen wird, in dem sich dieser zur Erbringung ärztlicher Leistungen und zur Unterbringung sowie eventueller anderer Leistungen verpflichtet.[7]

Abschluß und Inhalt des Vertrags stehen, dem Grundsatz der Privatautonomie entsprechend, im Belieben der Parteien. Diese können dementsprechend sowohl den Vertragspartner als auch den Inhalt der Behandlung wählen. Allerdings wird diese Wahlfreiheit in der Praxis kaum in vollem Umfang gegeben sein. Ein Patient, der einer Behandlung bedarf, wird kaum auf den Vertragsabschluß verzichten wollen. Weil medizinische Behandlungen im wahrsten Sinne des Wortes lebenswichtige Bedeutung haben können, wird auch der Arzt in Rechtsordnungen, die um den Lebensschutz bemüht sind, keine völlige Freiheit zum Nichtabschluß von Behandlungsverträgen haben und zumindest in Notfällen zur Behandlung verpflichtet sein.[8] Auch die Wahl des Vertragspartners ist aus faktischen Gründen oftmals beschränkt. Das gilt jedenfalls dann, wenn eine Behandlung erforderlich ist, deren Durchführung spezielles Fachwissen oder eine stationäre Unterbringung voraussetzt. Und schließlich führen die Besonderheiten des Behandlungsvertrags auch zu inhaltlichen Vorgaben: Wegen der erforderlichen besonderen Fachkunde des Arztes besteht eine Informationsasymmetrie; weil der Patient auf die Behandlung mehr oder weniger dringend angewiesen ist, wird er bereit sein zu unverhältnismäßigen Gegenleistungen. Ein Verhandlungsgleichgewicht fehlt also, für Patienten besteht besonderer Schutzbedarf. Deshalb existieren regelmäßig rechtliche Vorgaben. Zum einen über das Berufsrecht der Ärzte, zum anderen oftmals über Gebührenordnungen und anderen Verbraucherschutzregelungen. Damit wird den Spezifika der ärztlichen Behandlung Rechnung getragen. Betrachtet man die dazu eingesetzten Mittel, so finden sich häufig Kombinationen aus einer Selbstregulierung (Standesrecht der Ärzteschaft) und staatlicher Regulierung, wobei vor allem auch das privatrechtliche Haftungsrecht als Transmissionsriemen für die Einfügung der entsprechenden rechtlichen Vorgaben in das Behandlungsverhältnis dient,[9] weil es Sekundäransprüche bereitstellt, die an einen Sorgfaltsverstoß anknüpfen und die Sorgfaltsmaßstäbe wiederum durch

7 Wobei in Deutschland die gesetzlichen Regelungen der Vergütung eine Rolle spielen; vgl. zum sog. einheitlichen oder totalen Krankenhausaufnahmevertrag und zum v.a. im Belegarztwesen verbreiteten gespaltenen Krankanhausaufnahmevertrag nur *Quaas/Zuck*, Medizinrecht (Fußn. 4), § 13 Rdnr. 10 ff.; zum Rechtsverhältnis zwischen Patient und Krankenhaus im US-amerikanischen Recht *Miller*, Problems in Health Care Law (Fußn 4), S. 283 ff.

8 Für Krankenhäuser wird die Verpflichtung zur Krankenhausaufnahme in einigen deutschen Ländern ausdrücklich gesetzlich geregelt. Zur Frage einer Verpflichtung zur Krankenhausaufnahme im US-amerikanischen Recht vgl. u.a. *Furrow*, Health Law (Fußn 4), S. 510 ff.; *Showalter*, Law of Healthcare Administration (Fußn 4), S. 159 ff.

9 Vgl. zur Verrechtlichung der Beziehungen zwischen Arzt und Patient, bei der v.a. früher oft betont wurde, sie gehe über juristische Vertragsbeziehungen hinaus, *Uhlenbruck*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 39 Rdnr. 3 ff.

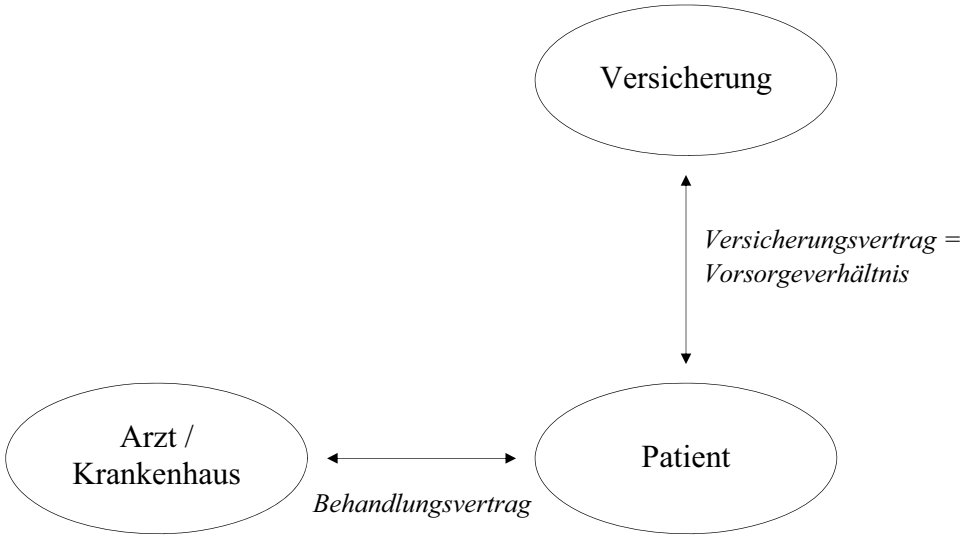
https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese Vorgaben konkretisiert werden.[10] Auf diesem Wege wird zugleich die Implementierung der für das ärztliche Handeln bestehenden standesrechtlichen und staatlichen Regulierungen auch in die Hände der Vertragsparteien gelegt.

1.2. Das Versicherungsverhältnis

Das Behandlungsverhältnis zwischen Arzt bzw. Krankenhaus und Patient wird in der Praxis zumeist ergänzt um ein Versicherungsverhältnis zwischen Patient und einem Versicherungsträger. Weil das Krankheitsrisiko jeden Menschen trifft und der Eintritt des Krankheitsfalls mit hohen Kosten verbunden sein wird, besteht ein Interesse daran, durch Bündelung die mit dem Risiko für den Einzelnen verbundenen Folgen zu verteilen. Das ist die Grundidee der Versicherung: eine Gemeinschaft der Versicherten zu schaffen, die in der Lage ist, überdurchschnittliche Belastungen zu verteilen.

Eine Versicherung ist Vorsorge für die Realisierung eines Risikos. Der Versicherer verspricht eine teilweise oder völlige Übernahme der durch Eintritt des Versicherungsfalls entstehenden Schäden. Dafür zahlt der Versicherte Prämien. Sie sind Gegenleistungen für die Absicherung (Vorsorgeelement) und stehen damit zugleich in einem rechtlichen Zusammenhang zu den Zahlungen im Versicherungsfall (Kompensationselement). Ist die Versicherung als Ansparung für einen als wahrscheinlich gedachten Risikoeintritt gedacht wie in der Alterssicherung, tritt das Vorsorgeelement wertmäßig zurück und spielt für die Äquivalenz zwischen Prämie und Versicherungsleistung nur eine untergeordnete Rolle.



10 Vgl. dazu im Hinblick auf die Besonderheiten des Arzt-Patienten-Verhältnisses BVerfGE 52, 131 (zum Haftungsrecht und damit verbundenen Beweisanforderungen)

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wird das Versicherungsverhältnis zwischen Versichertem und Versicherungsunternehmen abgeschlossen, ist es regelmäßig, wie das Behandlungsverhältnis, ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis.[11] Ein entsprechendes Versicherungsverhältnis kommt nach den allgemein geltenden Regelungen über den Abschluß von Verträgen zustande, sein Inhalt richtet sich nach den zugrundeliegenden Willenserklärungen – wenn auch in der Praxis durch zum Teil umfangreiche Regulierungen die Privatautonomie eingeschränkt wird (vgl. unten 2. a)).

Bezogen auf medizinische Behandlungen, erstattet ein privater Versicherungsträger regelmäßig die Kosten, die durch die Behandlungsleistungen entstehen (Kostenerstattungsprinzip). Er deckt also die für den Versicherten aus dem Behandlungsverhältnis folgenden Zahlungspflichten ab, weshalb das Versicherungsverhältnis als Deckungsverhältnis bezeichnet werden kann. Bei dieser Konstellation entstehen keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen Versicherungsträger und Leistungserbringer. Denkbar ist allerdings, daß der Leistungserbringer vor allem bei teuren Behandlungen statt der unmittelbaren Zahlung durch den Versicherten eine Abtretung dessen Anspruchs aus dem Versicherungsverhältnis akzeptiert, die Abtretung anstelle der Erfüllung tritt. In diesem Fall können mittelbar die Absprachen aus dem Versicherungsverhältnis die vertraglichen Pflichten aus dem Behandlungsverhältnis berühren.

Darüber hinaus können Versicherungsunternehmen ein Interesse haben, mit den Erbringern von Behandlungsleistungen unmittelbar vertragliche Absprachen zu treffen. Dieses Interesse resultiert aus der Verpflichtung der Versicherungsträger zur Kostenerstattung. Lassen sich die Kosten der Behandlung reduzieren, so kommt dies im Ergebnis auch den Versicherungsträgern zugute. Zwar können diese ihre Kosten wiederum über die Prämien auf die Versicherten abwälzen. Da sie aber mit anderen Versicherungsunternehmen konkurrieren müssen, steht diese Möglichkeit unter der Bedingung, daß höhere Preise für die Versicherung auf dem Markt durchsetzbar sind. Diese hier nur angedeuteten Zusammenhänge sind der Hintergrund für die Einführung eines *Care Management*s.

1.3. Das Sozialleistungs- und das Leistungserbringungsverhältnis

Das Rechtsverhältnis zwischen Ärzten bzw. Krankenhäusern und Versicherern gewinnt an Bedeutung, wenn statt einer Privatversicherung eine Sozialversicherung die Risikoabsicherung übernimmt. Sozialversicherungen zeichnen sich durch Versicherungszwang und Beitragsfinanzierung aus, wobei Finanzierungsverfahren und Ausgleichswirkungen hier außer Betracht bleiben.[12] An die Stelle des privatrechtlichen

11 Das ist nicht nur historisch, sondern selbst nach der Anerkennung öffentlich-rechtlicher Vertragsbeziehungen in den kontinentalen Rechtsordnungen auch normativ betrachtet der Ausgangspunkt.

12 Vgl. zu den Charakteristika einer sozialen Tätigkeit in Unterscheidung von einer unternehmerischen nur EuGH v. 17.2.1993, Rs. C-159 u. 160/91 (Poucet u.a./Assurances générales de France u.a. – Sozialversicherung für Selbständige), Slg. 1993, S. I-637, Rdnr. 8, 10, 13, 18; EuGH v. 21.9.1999, u.a.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Versicherungsvertrags rückt ein öffentlich-rechtliches Sozialleistungsverhältnis. Leistungsgrund bleibt zwar die Vorsorge, das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Beiträgen und Leistungen ist aber nicht nur in Bezug auf die jeweilige Wertigkeit unterbrochen.[13] In den meisten Staaten, die eine soziale Krankenversicherung eingeführt haben, bestehen gesetzliche Regeln über eine klare Zuständigkeitsverteilung. Wahlmöglichkeiten der Versicherten sind die Ausnahme, die allerdings für das hier verfolgte Projekt eine besondere Bedeutung besitzt.[14]

Innerhalb der Kategorie der sozialen Krankenversicherung kann zwischen zwei Arten unterschieden werden, soweit es die Art der jeweils versprochenen Sozialleistungen betrifft: Nämlich zwischen Systemen, die wie die Privatversicherung Kostenerstattung vorsehen,[15] und solchen, die auf dem Sachleistungsprinzip beruhen.[16] Sachleistungsprinzip bedeutet, daß die Krankenversicherung die zur Behandlung notwendigen Dienst- und Sachleistungen dem Versicherten verspricht (im Sozialversicherungs- oder allgemeiner im Sozialleistungs- bzw. Vorsorgeverhältnis). Ärzte und Krankenhäuser werden Leistungserbringer. Sie übernehmen die Behandlung der Versicherten und damit die Erfüllung der aus dem Sozialleistungsverhältnis folgenden Leistungsansprüche (Erfüllungsverhältnis). Sie tun dies aber zugleich für und auf Kosten der Sozialversicherung. Die Abrechnung erfolgt deshalb unmittelbar zwischen ihnen und den Versicherungsträgern. Der Versicherte muß sich darum nicht kümmern. In entsprechenden Systemen bestehen also neben den beiden genannten Rechtsverhältnissen zusätzlich Rechtsverhältnisse zwischen den Leistungserbringern, etwa den Ärzten und Krankenhäusern, einerseits und den Trägern der Sozialversicherung andererseits (Beschaffungsverhältnis). Diese sind nicht auf die Zahlung beschränkt. Vielmehr muß auch der Zugang der Versicherten zu den Leistungserbringern gesichert werden, ferner sind Vorkehrungen zur Mengensteuerung und zur Qualitätssicherung erforderlich. Um die Leistungserbringer an diese Vorgaben zu binden, bedarf es eines rechtlichen Akts der Einbeziehung; sei es in Form eines einseitigen Zulassungsakts oder in Form eines Vertragsabschlusses.

Wer für die Einbeziehung der Leistungserbringer und die Regulierung der rechtlichen Beziehungen zwischen Leistungserbringern und Versicherungsträgern zuständig ist, kann je nach Ausgestaltung unterschiedlich sein. Sind die Versicherungsträger verselbständigt, besitzen sie insbesondere eine eigene Rechtspersönlichkeit,[17] ist zwischen

---

C-219/97 (Maatschappij Drijvende Bokken BV/Stichting Pensioenfonds voor de Vervoeren Havenbedrijven - Betriebsrenten), Slg. 1999, S. I- 6121, Rdnr. 67 ff.; EuGH v. 22.1.2002, Rs. C-218/00 (Cisal/INAIL – gesetzliche Unfallversicherung), Slg. 2002, S. I-691, Rdnr. 34 ff.

13 Es dürfte der Regel entsprechen, daß die tatsächliche Beitragszahlung nicht Leistungsvoraussetzung ist; vgl. zu diesem in Italien auch als „*principio della automaticità*“ bezeichneten Grundsatz *Cannella*, Lezioni di diritto della previdenza sociale, 1975, S. 112 f.

14 Dazu unten, IV.2.

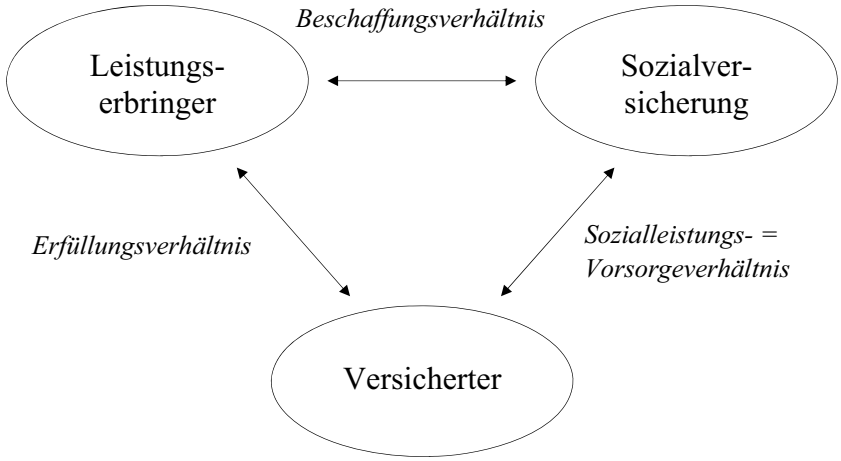
15 So in Belgien, Luxemburg und Frankreich.

16 So etwa in Deutschland, den Niederlanden und Österreich.

17 Dazu *Becker*, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht, 1996

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deren Handeln und dem des Staates zu unterscheiden. Dann kann der Staat gesetzliche Vorgaben setzen[18] und den Trägern bei deren Ausfüllung Gestaltungsspielräume überlassen. Das ermöglicht unter Umständen den Abschluß von Einzelverträgen mit Leistungserbringern oder das Setzen generell-abstrakter Regelungen im Rahmen neokorporatistischer Arrangements.[19]



Rechtsbeziehungen zwischen Sozialversicherungsträgern und Leistungserbringern finden sich nicht nur in Sozialversicherungssystemen, die dem Sachleistungsgrundsatz folgen. Eine Kostenerstattung erübrigt nämlich nicht von vornherein, Vorkehrungen zur Sicherung und Steuerung von Zugang, Preis und Qualität der medizinischen Behandlungsleistungen zu treffen. Im Gegenteil: Weil Sozialversicherungen auf Zwang beruhen, ist der Staat für deren Funktionieren verantwortlich. Er muß sich also um das Vorhandensein der erforderlichen Infrastruktur, die Einbeziehung von Leistungserbringern und die Einhaltung einer guten Behandlungspraxis kümmern.[20] Nichts anderes gilt im übrigen im Rahmen von nationalen Gesundheitsdiensten. In diesen (zumindest hauptsächlich) durch Steuermitteln finanzierten Systemen fehlt es zwar an rechtlich selbständigen Trägern, nicht aber an Behörden mit einem gewissen Handlungsspielraum. Vor allem ist es keineswegs zwangsläufig, daß in Gesundheitsdiensten die Leistungen durch deren eigene Einrichtungen und angestellte Ärzte erbracht werden.[21] Vielmehr beziehen auch viele Gesundheitsdienste die Ärzte und andere Leistungserbringer, die grund-

18 Zu dessen Regulierungstätigkeit unten, III.2.a).

19 Dazu unten III.2..2.

20 Vgl. zum französischen Krankenversicherungsrecht nur *Dupeyroux u.a.*, Droit de la sécurité sociale, 15. Aufl. 2005, S. 499 ff.

21 Vgl. zu den Ärzten im Rahmen des englischen *National Health Service* nur *Fahlbusch*, Ambulante ärztliche Behandlung in Europa, 2006, S. 170 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sätzlich selbständig tätig werden, durch vertragliche Absprachen in die Erfüllung ihrer Aufgaben ein.

2. Erweiterungen

2.1. Die Rolle des Staates: Regulierungen

Soweit soziale Krankenversicherungen oder Gesundheitsdienste eingerichtet worden sind, beruhen diese auf gesetzlichen Grundlagen. Welche Fragen durch die Parlamente entschieden werden müssen, richtet sich allerdings nach den jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorgaben. Diese sind auch in Staaten, die das Demokratieprinzip zur Grundlage haben, unterschiedlich. Entsprechend weicht die Verteilung zwischen parlamentarischer und exekutiver Rechtsetzung von Rechtsordnung zu Rechtsordnung voneinander ab, und selbst für die Notwendigkeit von Außenrechtssätzen überhaupt gibt es keine allgemeingültigen Regeln.[22] In jedem Fall wird aber das Sozialrecht durch weitere Gesetze ergänzt, die sich nicht spezifisch das Funktionieren der Sozialleistungssysteme zum Gegenstand haben, sondern allgemeiner die Tätigkeit aller Erbringer von medizinischen Leistungen betreffen. Bei ihnen handelt es sich um Regulierungen im Sinne gesetzlicher Maßnahmen, die der Ordnung privatautonomen Handelns dienen. Entsprechende Regulierungen beziehen sich einerseits auf das Versicherungswesen, andererseits auf bestimmte Teile der Gesundheitsversorgung. Soweit sie gesundheitsspezifisch sind, gehören sie zum Recht des Gesundheitswesens im weiteren Sinn.

2.1.1. In den meisten Rechtsordnungen ist die privatautonome Gestaltungsfreiheit für Versicherungsverträge durch staatliche Regulierungen eingeschränkt.[23] Hinter entsprechenden versicherungsrechtlichen Vorgaben[24] steht das Ziel der Ordnung des Wirt-

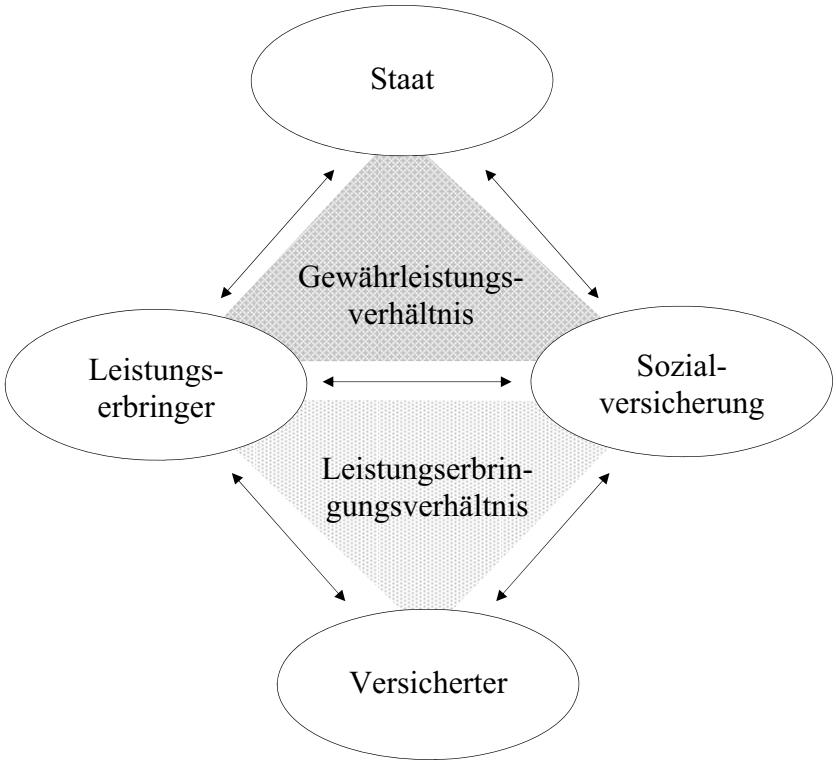
22 So enthalten die gesetzlichen Grundlagen des englischen *National Health Service* keinen Leistungskatalog, sondern nur programmatische und damit ausfüllungsbedürftige Vorgaben, vgl. nur *Montgomery*, Health Care Law, 2. Aufl. 2003, S. 51 ff.

23 Für Europa genügt es in diesem Zusammenhang, auf die Harmonisierungsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft hinzuweisen, insbesondere die Richtlinien Schadenversicherung: RL 73/239/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) (ABl. 1973 Nr. L 228/3), 2. RL 88/357/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs (ABl. 1988 Nr. L 172/1) und RL 92/49/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) (ABl. 1992 Nr. L 228/1); vgl. allgemein auch *Roth*, Internationales Versicherungsvertragsrecht, 1985, S. 169 ff.

24 Dazu kommen allgemeine Vorgaben für Massenverträge, etwa in Form der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und in Form der Abschlußkontrolle bei bestimmten Vertriebswegen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

schaftslebens im allgemeinen bzw. das des Verbraucherschutzes im besonderen, weil die Versicherungsnehmer aufgrund ihrer relativ schwachen wirtschaftlichen Stellung und unvollständiger Informationen nicht in der Lage sein werden, ihre Interessen allein in ausreichendem Maße wahrzunehmen.



2.1.2. Weitere Regulierungen betreffen die im Rahmen von ärztlichen Behandlungen durchgeführten oder verordneten Sachmittel und Dienstleistungen, seien es Arznei- und Hilfsmittel oder die unterstützenden Tätigkeiten von Therapeuten.[25] Für die Gesundheitsdienstleistungen existieren zum einen besondere Ausbildungsvorschriften, die im Rahmen der Europäischen Union zur Herstellung der Freizügigkeit harmonisiert worden sind.[26] Dazu kommen berufsrechtliche Vorschriften, die insbesondere die ärztliche Tätigkeit in den meisten Staaten in geordnete Bahnen lenken sollen. Bei Sachmitteln steht die Gewährleistung der Produktsicherheit im Vordergrund. Hinzuweisen ist nur auf die europäischen Vorschriften für Arzneimittel[27] oder für Medizinprodukte[28]. Diese Vor-

25 Überblick zu den „Nebengesetzen" für die Leistungserbringung in Deutschland bei *Becker/Kingreen*, Einführung, in: SGB V, Öffentliches Gesundheitswesen, 15. Aufl. 2008, S. XXIV ff.

26 Überblick dazu bei *Becker*, in: *Schnapp/Wigge* (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 25 Rdnr. 1 ff.

27 Auf die Richtlinien zur Schaffung jeweils eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (RL 2001/83, ABl. 2001 Nr. L 311/67) und für Tierarzneimittel (RL 2001/82, ABl. 2001 Nr. L 311/1), die durch weitere Vorschriften über Farbstoffe, Versuche, Handel und spezielle Arzneimittel er-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schriften werden ergänzt durch Vertriebsbeschränkungen, zu denen etwa das deutsche Apothekenmonopol gehört.[29] Schließlich kann die Bereitstellung der für die Versorgung erforderlichen Infrastruktur planungsrechtlichen Bestimmungen unterliegen.

2.2. Mögliche Zwischenebene: Korporatistische Arrangements

Die Steuerung von Gesundheitsleistungen kann nicht nur staatlicher Rechtsetzung oder dem Wettbewerb überlassen werden, sondern auf einer Zwischenebene auch durch einen korporatistischen Interessenausgleich erfolgen.[30] Dafür müssen Verbände sowohl auf Seiten der Versicherungsträger als auch der Leistungserbringer die Funktion übernehmen, das Verhalten ihrer Mitglieder so zu lenken, daß es für bestimmte Belange den gesamtgesellschaftlichen Erfordernissen entspricht.[31] Dieses System beruht einerseits auf einer Anerkennung gesellschaftlicher Interessen, verbunden mit der Gewährung von Rechten und Privilegien an deren Organisationen, andererseits auf einer Instrumentalisierung dieser Organisationen zu Zwecken staatlicher Politik.[32] In Deutschland erfolgt ein Aushandeln der Bedingungen für die ärztlichen Leistungen im Wege der sog. gemeinsamen Selbstverwaltung.[33]

Zum einen hat der Gesetzgeber eigene Einrichtungen geschaffen, in denen die Versicherungsträger und die Leistungserbringer zusammenarbeiten. Das Sozialgerichtsgesetz verwendet dafür den Begriff der „gemeinsamen Gremien".[34] In der Sache handelt es sich um eine doppelte Verselbständigung in Form eines Ausschußmodells. Die praktisch wichtigsten Einrichtungen sind in dieser Hinsicht mittlerweile der Gemeinsame Bundesausschuß, der zentrale Fragen der Gesundheitsversorgung durch den Erlaß von

---

gänzt werden, ferner auf die Schaffung eines Gemeinschaftsverfahrens für die Genehmigung und Überwachung durch VO 726/2004 (ABl. 2004 Nr. L 136/1).

28 RL 93/42/EWG v. 14.6.1993 über Medizinprodukte (ABl. 1993 Nr. L 169/1).

29 Dazu *Becker*, Lockerung des Mehr- und Fremdbesitzverbots von Apotheken im Lichte des Grundgesetzes und der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in: *Mand* (Hrsg.), Neuregelung des Apothekenrechts, Frankfurt a.M. 2004, S. 48 ff. m.w.N. Die Vereinbarkeit des Monopols mit europäischem Gemeinschaftsrecht ist Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens, vgl. SA des GA *Bot* in der Rs. C-171/07 u. C-172/07 v. 16.12.2008 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a.), n.v.

30 Vgl. *Becker*, Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung, JZ 1997, S. 534 ff.

31 Vgl. zu dem Zusammenhang zwischen sektoral beschränkter Funktion der Verbände und einem erfolgreichen Vermittlungsprozeß *Böckenförde*, Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie, Der Staat 15 (1976), S. 457, 476 ff.

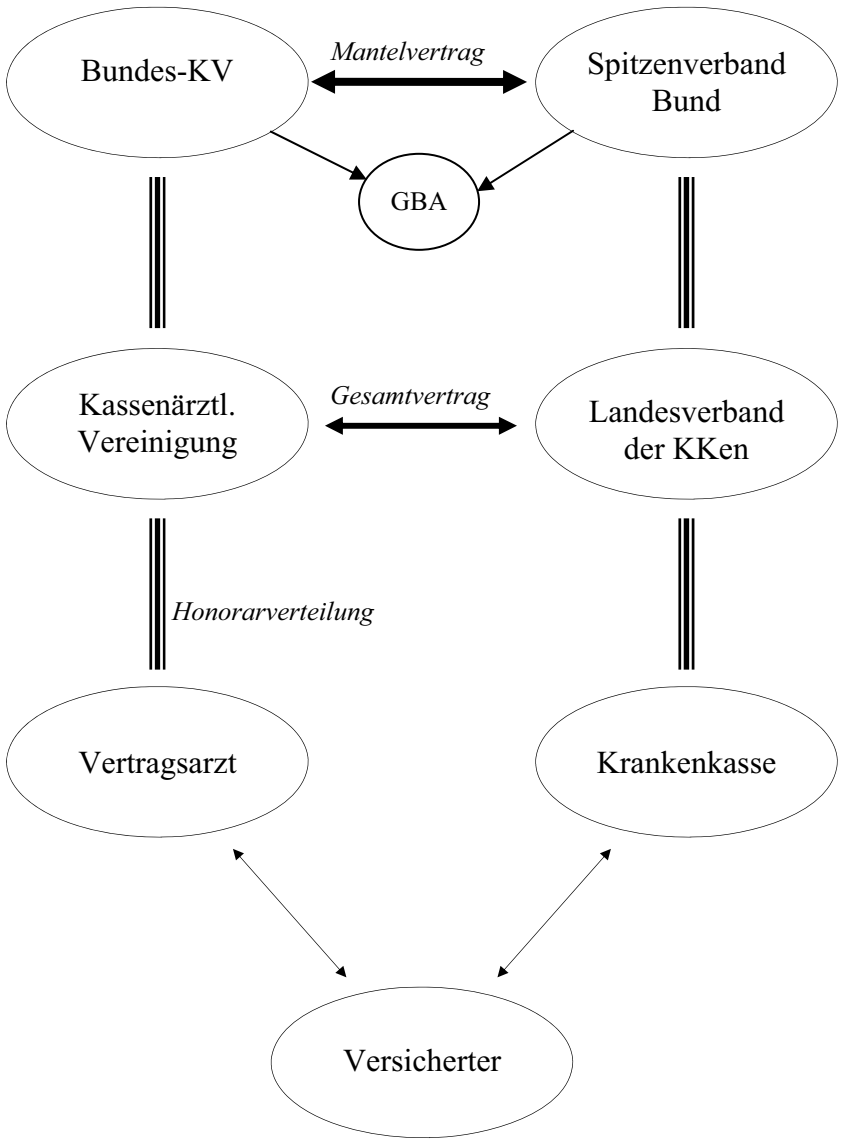
32 Zum „Hineinwachsen privatrechtlicher Organisationen in einen Bereich gesteigerter öffentlicher Bedeutung" *Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, S. 96 ff.

33 Vgl. *Becker*, Hat die gemeinsame Selbstverwaltung noch eine Zukunft?, in: 7. Münsterische Sozialrechtstagung: Gesetzliche Krankenversicherung in der Krise - Von der staatlichen Regulierung zur solidarischen Wettbewerbsordnung, 2002, S. 122 ff. m.w.N.

34 § 51 II 1 Nr. 2 SGG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Richtlinien feinsteuert[35] und damit zu dem mächtigsten Akteur im Gesundheitswesen geworden ist, dessen demokratische Legitimation sehr umstritten ist.[36]



Die zweite Form der gemeinsamen Selbstverwaltung besteht im Aushandeln von Verträgen, die je nach Ebene Bewertungsmaßstäbe und Grundsätze für die Durchfüh-

35 Vgl. § 92 SGB V. Die Bedeutung der Richtlinien liegt in der Zuerkennung normativer Wirkung, dazu nur *Axer*, Normsetzung in der Sozialversicherung, 2000, S. 115 ff. und 148 ff.

36 Vgl. nur *Butzer/Kaltenborn*, Die demokratische Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, MedR 2001, S. 333 ff.; *Kingreen*, Legitimation und Partizipation im Gesundheitswesen – verfassungsrechtliche Kritik und Reform des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2007, S. 113 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung der Versorgung enthalten – so die Bundesmantelverträge[37] – oder vor allem die Vergütung festlegen – so die Gesamtverträge auf Landesebene.[38] Insofern wird prinzipiell auf eine gesonderte institutionelle Verklammerung verzichtet – der Bewertungsausschuß[39] gehört wiederum zur vorgenannten Form institutioneller Verselbständigung.[40] Allerdings kommt auch das Vertragswesen selbst nicht ohne eigene Einrichtungen aus. Es kann zum einen solche Einrichtungen schaffen.[41] Zum anderen muß für den Fall, daß sich die Parteien nicht über die erforderlichen Inhalte der Verträge einigen können, ein Schiedsamt den Vertragsinhalt festsetzen.[42] Dessen Zusammensetzung entspricht wieder dem für die genannten Ausschüsse verwendeten Modell: Die Ämter setzen sich aus drei unparteiischen Mitgliedern sowie Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen zusammen, wobei die Zahl der Interessenvertreter nicht durch Gesetz, sondern durch Rechtsverordnung bestimmt ist.[43] Insgesamt läßt die Ausgestaltung eine Unterteilung in Stufen erkennen, auf denen das Verhältnis zwischen Kassen und Leistungserbringern geregelt wird, wobei je nach Einteilung eine zweite oder eine dritte Stufe das „konkrete Lieferungs- und Abrechnungsverhältnis zwischen den zugelassenen Leistungserbringern und der Kasse“ betrifft.[44]

2.3. Die Rolle der Arbeitgeber

Schließlich ist kurz auf die Rolle der Arbeitgeber einzugehen, die das Leistungsdreieck, das sich als vollständiges oder unvollständiges bei Vorhandensein einer Krankenversicherung ergibt, in unterschiedlicher Form ergänzen.

In den Staaten, die über eine soziale Krankenversicherung verfügen, ist diese Rolle eine sehr eingeschränkte. In einigen Ländern fungieren die Arbeitgeber noch als Beitragspflichtige und möglicherweise auch als Beitragszahler.[45] Zudem trifft sie oft eine

37 §§ 82 I, 87 SGB V.

38 §§ 82 II, 83 ff. SGB V.

39 Zur Zusammensetzung § 87 III SGB V.

40 Vgl. zu dessen Tätigkeit BSG v. 16.5.2001, B 6 KA 20/00 R.

41 Vgl. etwa zum Prothetik-Einigungsausschuß BSG, SozR 3-1500 § 78 Nr. 5. Vgl. auch die gemeinsamen Prüfungs- und Beschwerdeausschüsse nach § 106 IV SGB V.

42 Vgl. § 89 SGB V. Die Schiedsämter werden als eigene (beteiligungsfähige) Behörden ohne eigene Rechtspersönlichkeit angesehen, vgl. zur verfahrensrechtlichen Stellung BSGE 86, 126 = SozR 3-2500 § 85 Nr. 37; zur Pflegeversicherung zuletzt BSGE 87, 199.

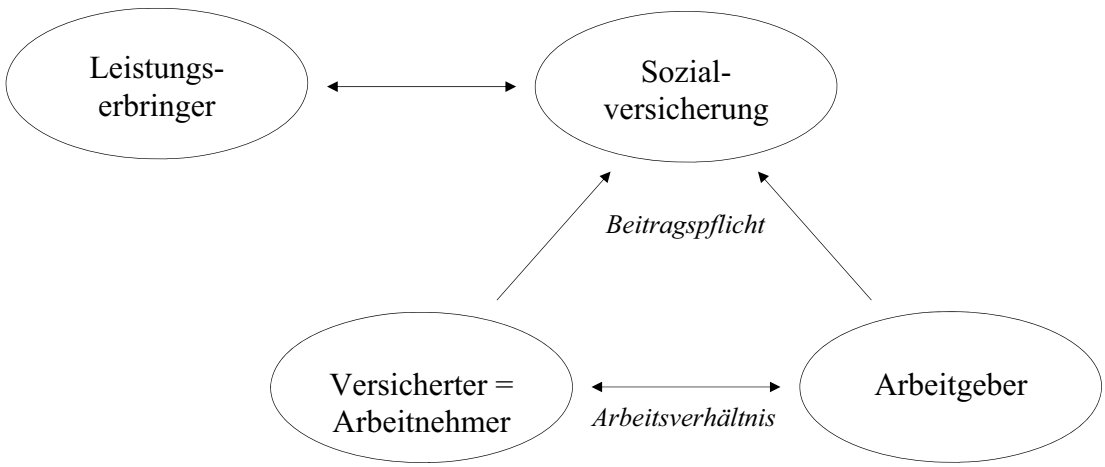
43 Schiedsamtsverordnung v. 28.5.1957 (BGBl. I, S. 570 m.Änd.). Auf die Schiedsämter wird im folgenden nicht näher eingegangen; vgl. allgemein *Hofmann*, Das Schiedsamt im Kassenarztrecht nach dem Sozialgesetzbuch Teil V, 1991; *Düring*, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1992.

44 *v. Maydell*, Leistungsbeschaffung (insbesondere von Heil- und Hilfsmitteln) durch die gesetzlichen Krankenkassen zwischen öffentlichem und privatem Recht, DB 1985, S. 276, 280.

45 In Deutschland mit der Folge der Beteiligung an der sozialen Selbstverwaltung; krit. dazu *Schulin*, Rechtliche Grundprinzipien der gesetzlichen Krankenversicherung und ihre Probleme, in: HS-KV, 1994, § 6, Rdnr. 89 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.[46] Reste einer stärkeren Verantwortung der Arbeitgeber finden sich in den deutschen Vorschriften über die Betriebskrankenkassen.[47] Diese sind Nachfolger der früheren Fabrikkrankenkassen. Bei Beginn der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung konnten die Arbeitgeber verpflichtet werden, entsprechende Versicherungsträger für ihren Betrieb zu errichten.[48] Das war Ausdruck des Umstands, daß die Tätigkeit in vielen Betrieben mit besonderen Gesundheitsgefahren verbunden war und sicherte den Arbeitgebern zugleich einen großen Einfluß. Nach Einführung des Kassenwettbewerbs in den 1990er Jahren[49] konnten sich Betriebskrankenkassen öffnen und damit ihre Funktion als Versicherungsträger für die Angehörigen eines bestimmten Betriebs aufgeben.[50] Davon haben viele Betriebskrankenkassen Gebrauch gemacht.[51] Dennoch existieren bis heute geschlossene Betriebskrankenkassen,[52] in denen nur Mitarbeiter der Trägerunternehmen versichert werden können.[53]



46 Die damit regelmäßig funktional äquivalent zu den Lohnersatzleistungen der (Sozial-)Versicherungen ist.

47 §§ 147 ff. SGB V.

48 Vgl. dazu *Stier-Somlo*, Deutsche Sozialgesetzgebung, geschichtliche Grundlagen und Krankenversicherungsrecht, 1906, S. 215 ff.

49 Vgl. dazu unten, IV.2.a).

50 Auf der Grundlage des § 173 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 SGB V.

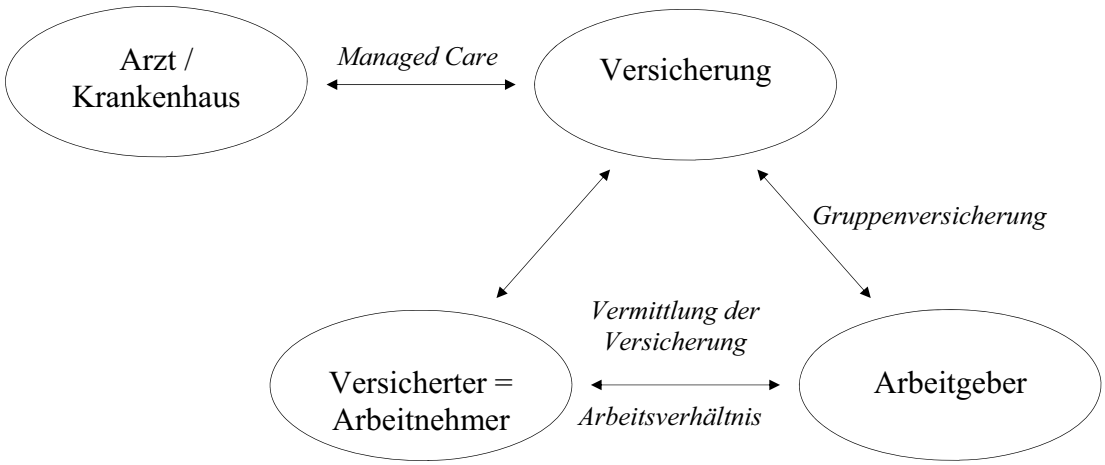
51 Wie auch ein starker Konzentrationsprozeß zu verzeichnen ist. So hat die Zahl der BKK von über 1.100 im Jahr 1970 auf 169 im Jahr 2008 abgenommen, vgl. die Informationen auf http://www.bmg.bund.de.

52 Zur Zet ca. 40 BKK, vgl. die Informationen bei http://www.bkk.de.

53 Durch das GKV-WSG sollte diese Möglichkeit im Sinne der Ausweitung des Wettbewerbs aufgegeben werden, jedoch wurde ein entsprechender Entwurf nicht umgesetzt, vgl. *Just*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 2008, § 173 Rdnr. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In den USA kommt den Arbeitgebern nach wie vor eine sehr viel gewichtigere Rolle im Rahmen der Krankenversicherung zu.[54] Denn in der Regel wird Arbeitnehmern von ihren Arbeitgebern ein Versicherungsangebot unterbreitet, die Arbeitgeber tragen zur Finanzierung entsprechender Versicherungen, die bei kommerziellen oder gemeinnützigen Unternehmen abgeschlossen werden können und als Gruppenversicherungen vergünstigte Prämien gegenüber einem individuellen Versicherungsschutz vorsehen, bei. Wie schon erwähnt,[55] haben Versicherer und wegen ihres finanziellen Engagements auch die Arbeitgeber ein Interesse daran, Versicherungs- und Leistungserbringungsverhältnis im Wege des *managed care* miteinander zu verknüpfen, um auf diese Weise auf die Kosten und die Qualität der medizinischen Behandlungen Einfluß zu nehmen.



III. Wettbewerb und Gesundheitsleistungen – theoretische Vorüberlegungen zu Wahlmöglichkeiten und deren Steuerung

1. Zu den Funktionen von Wettbewerb und Sozialleistungssystemen

1.1. Ausgangspunkte

1.1.1. Das Soziale ist, um es neutral zu formulieren, ein offener Begriff. Bei seiner Klärung mag man zwar nicht unbedingt in „einen Morast der Verirrung“ geraten[56], aber

54 Vgl. dazu *Kruse*, Das Krankenversicherungssystem der USA, 1997, S. 58 ff.

55 Vgl. oben, II.1.2.

56 So *v. Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit (Das Trugbild sozialer Gerechtigkeit), 2003, S. 229.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

doch in die Gefahr, sich im Allgemeinen zu verlieren. Denn zunächst läßt sich das Soziale am treffendsten negativ als Abgrenzung zum Individuellen verstehen. Das schließt Interaktionen zwischen Gesellschaftsmitgliedern ein, und eine Verknüpfung mit dem Wettbewerb kann über das „soziale Handeln" hergestellt werden. Dieses Handeln ist auf das „erwartete Verhalten anderer" bezogen.[57] Wettbewerb dient der Verteilung knapper Güter, auf Märkten meint er die Inbezugnahme auf das Verhalten anderer Tauschinteressenten.[58] In diesem Sinne stellt der Wettbewerb eine Form sozialen Handelns dar.

Ähnlich lassen sich die Zusammenhänge aus juristischer Perspektive beschreiben. Im 19. Jahrhundert verwendete *Hermann Roesler* den Begriff des „sozialen Rechts" und verstand dieses als „Regel der gesellschaftlichen Freiheit".[59] Gegenübergestellt wurde die „Regel der menschlichen Freiheit". Diese Unterscheidung entspricht der *Otto von Gierke*s zwischen Individualrecht und Sozialrecht, wonach unter dem Sozialrecht das Recht verstanden werden sollte, das „die Beziehungen der menschlichen Willensträger als Einzelwesen zueinander in Beziehung setzt".[60] Daraus folgt zunächst eine Unterscheidung zwischen individueller Freiheit und deren Gemeinschaftsgebundenheit, die auch Grundlage der später entwickelten und im folgenden aufzunehmenden Differenzierung zwischen Sozial- und Privatversicherung ist.

1.1.2. In dem Gemeinschaftsbezug des sozialen Rechts kommt zugleich ein Grundgedanke zum Ausdruck, der Sozial- und Wettbewerbsrecht gemeinsam ist: Nämlich die Zähmung privatautonomer Gestaltungsmacht,[61] um deren Mißbrauch zu verhindern und die Wahrnehmung individueller Freiheit tatsächlich zu ermöglichen, also um die Grundlagen der Rechts- und Gesellschaftsordnung zu sichern.[62] In diesem Sinne hat nicht nur das deutsche Privatrecht seinen „Tropfen sozialistischen Öls"[63] erhalten, sondern sich nach langer Auseinandersetzung auch das Kartellrecht etabliert.[64] So gesehen

57 In der Definition von *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1922), 5. Aufl. 1972, S. 11 (Erster Teil, I. Soziologische Grundbegriffe, § 1 II.).

58 Vgl. nur *Homann/Suchanek*, Ökonomik, 2. Aufl. 2005, S. 14. Zur „Konkurrenz" als „friedlichem Kampf" *Weber*, a.a.O., S. 20.

59 Über die Grundlehren der von Adam Smith begründeten Volkswirtschaftstheorie, Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1868, S. 264; dazu näher *Rauscher*, Die soziale Rechtsidee und die Überwindung des wirtschaftsliberalen Denkens, Hermann Roesler und sein Beitrag zum Verständnis von Wirtschaft und Gesellschaft, 1969, S. 235 ff.

60 Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895, S. 26.

61 *Roesler* hat dementsprechend gemeint, die Freiheit des Privatwillens könne nicht geltend gemacht werden, wo es sich um die gemeinsamen Interessen des Kulturlebens handelt, wiedergegeben nach *Rauscher*, Die soziale Rechtsidee (Fußn. 59), S. 244.

62 Vgl. zu einer entsprechenden Vorstellung der „socialen Verwaltung" auch *Lorenz von Stein*, Handbuch der Verwaltungslehre, 1876, S. 100 ff.

63 *v. Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 13. Vgl. zu diesem näher *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen, 2001, S. 141 ff. Zur Geschichte und Konzeption des Arbeitsvertrags und den privatrechtlichen und sozialpolitischen Hintergründen *Rückert*, „Frei" und „sozial": Arbeitsvertrags-Konzeptionen um 1900 zwischen Liberalismen und Sozialismen, ZfA 23 (1992), S. 225 ff.

64 Dazu und zur Rolle *Franz Böhms* die Abhandlung von *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

steht „das Soziale“ nicht in einem Gegensatz zum Wettbewerbsrecht. Denn die Privatautonomie ist zwar notwendige Grundlage des Wettbewerbs, aber die Geltung des Privatrechts allein garantiert noch nicht dessen Funktionieren. Entsprechend ist die Annahme *Franz Böhm*s zu verstehen, die Institution Wettbewerb entfalte einen „sozialen Gesamteffekt“.[65] Und auch umgekehrt berühren sich Soziales und Wettbewerb in ihrer Zielsetzung. Ein Hauptziel eines freiheitlich verfaßten Sozialstaates ist es, seinen Bürgern (und auch seinen Einwohnern) die Voraussetzungen der Eigenverantwortlichkeit zu garantieren.[66]

1.1.3. Allerdings führen die Wege, die Sozialrecht und Wettbewerbsrecht zu ihren verschiedenen Zeiten der Entstehung eingeschlagen haben, in unterschiedliche Richtungen. Das Sozialrecht etablierte sich im Sinne der Umsetzung sozialpolitischer Zielsetzungen[67] als ein Rechtsgebiet mit besonderen Funktionen, nämlich als das Recht, das eine menschenwürdige Lebensgestaltung, ein dem Gleichheitssatz entsprechenden Zugang zur gesellschaftlichen Teilhabe[68] und eine Absicherung gegen allgemeine Risiken[69] verwirklichen soll. Es bleiben die angesprochenen Überschneidungen mit dem Privatrecht,[70] die Versuche, als ungerecht empfundene Tauschergebnisse durch Sonderrecht oder durch die Anwendung allgemeinerer Normen (insbesondere des Verfassungsrechts) zu korrigieren.[71]

Das Sozialrecht als Kern des Sozialrechts läßt dem Markt wenig Raum, und zwar schon deshalb weil es sich auf dessen Ergebnisse gerade nicht verlassen will. Grund dafür sind die konzeptionellen Unterschiede zwischen Sozialem und Wettbewerb, wenn es darum geht, auf welche Weise die jeweiligen Ziele erreicht werden sollen. Sozialpolitik dient der Verfolgung von Gemeininteressen und beruht dementsprechend auf für

65 Dazu *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994, S. 101 ff., 106.

66 Vgl dazu *Kersting*, Politische Solidarität statt Verteilungsgerechtigkeit?, in: *ders.* (Hrsg.), Politische Philosophie des Sozialstaats, 2000, S. 202, 237 ff., 247.

67 Zum Begriff der Sozialpolitik und seiner Entstehung *F.X. Kaufmann*, Der Begriff Sozialpolitik und seine wissenschaftliche Deutung, in: Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945, 2001, S. 3 ff.

68 Nicht hingegen zwangsläufig bereits die gleiche Teilhabe als solche.

69 Vgl. zu diesen Ausprägungen der Sozialstaatlichkeit *Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, 1970, S. 18 ff., 676 ff. (insb. 698 f.); *ders.*, in: HStR Bd.2, 3. Aufl. 2004, S. 659, 678 (Rdnr. 2); *Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), GG Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Rdnr. 103 ff. Zu einer ähnlichen Dreiteilung *Atkinson*, Poverty and Social Security, 1989, S. 100; *Marshall*, Bürgerrechte und soziale Klassen, Zur Soziologie des Wohlfahrtstaates, 1992, S. 40.

70 Dazu *Felix*, Die Rollenverteilung von öffentlichem und Privatrecht in der sozialen Sicherheit von heute, in: Soziale Sicherheit durch öffentliches und Privatrecht, SDSRV 51 (2003), S. 91, 98 ff.

71 Sehr kritisch zu dieser „Sozialisierung des Rechts“ unter der Beschreibung als „Umwandlung von Privatrecht in öffentliches Recht im Wege der ‚Sozial’-Gesetzgebung“ *v. Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit (Regeln und Ordnung), 2003, S. 145 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

alle Gesellschaftsmitglieder verbindlichen und gleichen Werten, während das Wettbewerbshandeln durch individuelle subjektive Bewertungen[72] gesteuert wird.

1.2. Funktionen von sozialen Sicherungssystemen

Mit Sozialleistungssystemen stellt der Staat bestimmte Güter zur Verfügung. In der Form der Sozialversicherungen sind sie geschaffen worden als Reaktion auf die soziale Frage des 19. Jahrhunderts.[73] Daß für die konkrete Entstehung andere (darüber hinausgehende) Motive mindestens mit ausschlaggebend waren,[74] ändert an der Funktion der staatlichen Intervention, die wirtschaftlich schwache Stellung der Arbeiter zu verbessern,[75] nichts.

Es ging und geht noch immer bei sozialer Sicherung im vorgenannten Sinn zugleich um eine Reaktion auf Marktversagen:[76] zu Beginn auf die fehlenden Sicherungsmöglichkeiten für die auf ihre Arbeitskraft Angewiesenen im Falle von Krankheit und Erwerbsunfähigkeit sowie auf die unzulängliche Entschädigung im Falle von Arbeitsunfällen.[77] Hier klingt die Schutzbedürftigkeit an, die nach wie vor – wenn auch offensichtlich keineswegs zureichend geklärt – in der allgemeinen Rechtfertigung für die

72 Zum subjektiven Werturteil als „Angelpunkt alles wirtschaftlichen Tun und Lassens der Menschen" und dem Problem der Wertmessung *Mises*, Theorie des Geldes und der Umlaufmittel (2. Aufl. 1924), 2005, S. 10 ff.

73 Zur Entstehung nur *Köhler/Zacher* (Hrsg.), Ein Jahrhundert Sozialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Österreich und der Schweiz, 1981; *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 23 u. 36 ff.

74 Nämlich die Bekämpfung der Sozialdemokratie (dazu *Tennstedt*, Vorgeschichte und Entstehung der kaiserlichen Botschaft vom 17. November 1881, ZSR 1981, S. 663, 664 ; *Hentschel*, Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1880 - 1980, 1983, S. 9 f.), die Stabilisierung des neuen Reiches im allgemeinen (vgl. zu den Zielen *Bismarck*s auch *Pflanze*, Bismarck, Der Reichskanzler, 1998, S. 409) und die passenden staatsphilosophischen Hintergründe (dazu *Ritter*, Der Sozialstaat, Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich, 2. Aufl. 1991, S. 67 ff.; *Stolleis*, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, ZNR 1989, S. 129, 131 ff.). *Bismarck* selbst (Fürst Bismarcks Reden, hrsg. von Ph. Stein, 10. Bd.: Kolonial-, Social- und Wirtschaftspolitik, 1884 – 1885) hat die innenpolitischen Zusammenhänge wie folgt beschrieben: „Wenn es keine Socialdemokratie gäbe, und wenn nicht eine Menge Leute sich vor ihr fürchteten, würden die mäßigen Fortschrite, die wir überhaupt in der Socialreform bisher gemacht haben, auch noch nicht existieren, und insofern ist die Furcht vor der Socialdemokratie in Bezug auf denjenigen, der sonst kein Herz für seine armen Mitbürger hat, ein ganz nützliches Element."

75 Zu dieser sozialen Frage *Eucken*, Die soziale Frage, in: Festgabe für A. Weber, 1948, S. 113.

76 Vgl. auch *Barr*, The Economics of the Welfare State, 3. Aufl. 1998, S. 124 f.

77 Wobei schon zu Beginn die Frage sehr umstritten war, ob eine umfassende Sicherung (und zwar konkret gegen Arbeitsunfälle) privaten Unternehmen anvertraut werden konnte, vgl. dazu näher *Vogel*, Bismarcks Arbeiterversicherung, 1951, S. 152 ff. Berühmt wurde *Bismarcks* Warnung vor einer privatrechtlichen Ausgestaltung mit dem Ausspruch „nur keine private Anstalt mit Dividende und Konkurs", Marginalie *Bismarck*s auf einer Denkschrift der bayerischen Regierung v. 31.12.1881, Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik, Abt. I, 2. Bd., 1993, S. 482 Anm. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Abgrenzung des sozialversicherten Personenkreises eine Rolle spielt.[78] Im Laufe der Zeit hat sich dazu ein zweiter Gesichtspunkt gesellt, nämlich die Bereitstellung und Vorhaltung von Gütern, also die Schaffung und Aufrechterhaltung der notwendigen Infrastruktur. Daraus folgt ein erstes Ziel sozialer Intervention: Einrichtungen sicherzustellen, die erschwingliche Leistungen in bestimmten Lebenslagen vorsehen, und den Zugang zu diesen zu sichern.

Zweitens ist für Sozialversicherungssysteme das Vorhandensein eines gewissen sozialen Ausgleichs innerhalb der Versichertengemeinschaft prägend. Das hat, unabhängig von der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts, auch rechtliche Bedeutung im Hinblick auf die Kompetenzgrundlage für den Erlaß von Sozialversicherungsgesetzen.[79] Zwar sind Risikoabsicherungssysteme, die auf Vorsorge beruhen, beitragsfinanziert; hier existiert eine (auch rechtlich relevante) Beziehung zwischen Leistung und Gegenleistung,[80] aber grundsätzlich nicht im Sinne einer Äquivalenz, vor allem regelmäßig nicht im Sinne einer Risikobezogenheit. Vielmehr findet eine finanzielle Umverteilung zwischen den Versicherten statt, und zwar in klassischen Sozialversicherungssystemen sowohl aufgrund der unterschiedlichen Risikoanfälligkeit (also der Leistungsseite) als auch aufgrund der einkommensabhängigen Beitragsberechnung (d.h. auf der Beitragsseite).

Diese Effekte, als Ausdruck der Solidarität verstanden oder gar mit dieser gleichgesetzt,[81] sind je nach Sicherungszweig unterschiedlich stark ausgeprägt. Sie werden offensichtlich grundsätzlich als gerecht empfunden, was sich theoretisch abstützen läßt.[82] Grund dafür dürfte sein, daß die bestehenden Sicherungssysteme Risiken erfassen, die nicht nur alle treffen können, sondern deren Eintritt sowohl bis zu einem gewissen Grade auf Veranlagung beruht als auch die Lebensplanung tiefgreifend beeinträchtigen kann.[83] Unterschiedlich hohe Beiträge lassen sich deshalb als angemessene Kosten für

78 Dazu vor allem *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 46 ff.; aus der jüngeren Rechtsprechung nur BVerfGE 113, 167 (zum Risikostrukturausgleich).

79 Vgl. *Papier/Möller*, Die Rolle des Solidarausgleichs in der gesetzlichen Unfallversicherung, NZS 1998, S. 353, 359.

80 Wenn auch die Einzelheiten umstritten sind; eine Beziehung zwischen Beiträgen und Leistungen verneinend BSG v. 29.1.2004, B 4 RA 29/03 R (www.bundessozialgericht.de), Rz. 83 ff.; a.A. *Ruland*, in: SRH, 3. Aufl. 2003, C 16 Rz. 29 ff. (S. 971); dazu wiederum krit. *Schnapp*, Buchbesprechung, NZS 2005, S. 586, 586. Zu der Diskussion ist zu sagen, daß es an einer rechtlichen Verbindung nicht schon deshalb fehlen muß, weil die Finanzierung in einem Umlageverfahren erfolgt; die Frage ist vielmehr, welches rechtliches Versprechen mit einer Beitragszahlung verbunden ist.

81 Vgl. zum Erfordernis der rechtlichen Strukturierung *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 253 ff. (Solidarprinzip als Rechtsprinzip); *Becker*, Der Finanzausgleich in der gesetzlichen Unfallversicherung, 2004, S. 51 ff.

82 Vgl. auch *Kersting*, Gerechtigkeitsprobleme sozialstaatlicher Gesundheitsversorgung, in: *ders*. Politische Philosophie des Sozialstaats (Fußn. 66), S. 467, 489 f., der aufgrund gesellschaftsvertraglicher Überlegungen zu dem Schluß kommt, es bestünden überzeugende Gründe für eine „solidargemeinschaftlich finanzierte Gesundheitsversorgung".

83 Zum Versicherungscharakter und zur Ermutigung des „Einzelnen in die gesellschaftliche Zusammenarbeit zum gegenseitigen Vorteil" (und gegen die Einstufung als „Konsum") *Ho-*

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

unterschiedliche Entwicklungschancen begreifen. Das heißt allerdings nicht, daß es nicht auch verteilungspolitische oder effizienztheoretische Gründe für eine andere Prämiengestaltung geben kann.[84]

Eine von der Ermöglichung des Zugangs und der Aufteilung der Kosten zu unterscheidende Rechtfertigung für staatliche Interventionen ist die Unterstützung derjenigen Personen ist, die aus materiellen Gründen nicht eigenständig vorsorge- und in diesem Sinne nicht marktfähig[85] sind. Diese Unterstützung kann je nach Anlage und Ausmaß des sozialen Ausgleichs in Vorsorgesysteme einbezogen werden, wird aber im übrigen vor allem durch Förderungs- und Hilfesysteme gewährt. Die staatliche Verantwortung kommt hier in der Finanzierung aus dem allgemeinen Haushalt zum Ausdruck, wobei sich die Leistungen nicht auf finanzielle Hilfen beschränken, sondern auch die Zurverfügungstellung von Einrichtungen und Diensten zum Gegenstand haben müssen.

1.3. Funktionen des Wettbewerbs

1.3.1. Als die neue soziale Frage ist von *Eucken* „die drückende Abhängigkeit ... (vom) Staat, die außerordentliche Gefährdung der menschlichen Freiheit, die Umwandlung des Menschen in das Teilstück einer großen Maschine“ genannt worden.[86] Damit verbunden war ein Plädoyer zur Lenkung des Wirtschaftsprozesses durch die einzelnen Haushalte und Betriebe und zur gleichzeitigen staatlichen Gestaltung der Wirtschaftsordnung.[87] Für diese Ordnung erscheint der Wettbewerb als prägend, ohne von der „freien Konkurrenz“ im Sinne der klassischen Nationalökonomie sprechen zu müssen.[88]

Auch wenn mit weniger starken Bilder argumentiert wird, bleibt die Erkenntnis wichtig, daß Wettbewerb nicht mehr nur ein Mechanismus der Preisbildung darstellt, sondern verschiedene Funktionen erfüllt und auf diese Weise Grundlage der sozialen Marktwirtschaft[89] ist.[90] Diese Funktionen sind namentlich Allokation, Innovation und

---

mann/Suchanek, Ökonomik, 2. Aufl. 2005, S. 141 f. Krit. aber zu dem Versuch, Sozialversicherung alleine aufgrund von Effizienzüberlegungen als gerecht darzustellen, *Schefczyk/Piddat*, Effizienz und Gerechtigkeit, in: *Kersting,* Politische Philosophie des Sozialstaats (Fußn. 66), S. 428, 460 ff.

84 Dementsprechend wird eine Änderung der Beitragsgestaltung sowohl auf Gründe der gerechteren Verteilung der Beitragslast (i.e. alle Steuerzahler) wie auch auf die Ermöglichung einer wettbewerblichen Gestaltung oder die Entlastung der Arbeitskosten gestützt; vgl. etwa Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, Nachhaltige Finanzierung der Renten- und Krankenversicherung, 2004, S. 23 ff.

85 Vgl. dazu auch unten, 3. b) Handlungsoptionen.

86 *Eucken*, Die soziale Frage, in: Festgabe für A. Weber, 1948, S. 113, 119.

87 A.a.O., S. 129 f.

88 Krit. zur Folgerung der Zulassung eines „*laisser faire“* vor dem eigenen theoretischen Hintergrund *Schumpeter*, Das Wesen und der Hauptinhalt der Theoretischen Nationalökonomie, 1908 (3. Aufl. 1998), S. 192 f.

89 Zur Begründung durch die Freiburger und Kölner Schule und derem Inhalt die Beiträge in *Nörr/Starbatty* (Hrsg.), Soll und Haben, 50 Jahre Soziale Marktwirtschaft, 1999. Zu den berühmten

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Freiheitsschaffung,[91] wobei der Frage, inwieweit die Wettbewerbsfreiheit einen Wert an sich darstellt,[92] nicht nachgegangen werden muß. Zur Funktionserfüllung bedarf es der Beachtung bestimmter Voraussetzungen. Diese beziehen sich wiederum auf Marktstrukturen, Marktverhalten und Marktergebnisse.[93]

1.3.2. Das geltende Wettbewerbsrecht ist sowohl in Deutschland als auch in der Europäischen Gemeinschaft der Sicherung dieser Voraussetzungen, wenn auch in unterschiedlicher Weise, gewidmet.[94] Ihm geht es um die Offenhaltung des Zugangs zum Markt und um die Verhinderung von Machtmißbrauch, damit in erster Linie um die Sicherung fairer Marktverhältnisse – allerdings ohne auf eine Ergebniskontrolle zu verzichten. Im Gegenteil rücken neuere wettbewerbspolitische Ansätze Ergebnisse im Sinne der Sicherung eines Marktes ohne Machtkonzentration in den Vordergrund.[95] Gerade die Erwartung, daß ein unbeschränkter Wettbewerb unter bestimmten Voraussetzungen zu ungünstigen Ergebnissen führen kann, dient auch zur Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen.[96] Werden dementsprechend marktbeherrschende Stellungen hingenommen, scheidet eine Preisbildung über den Wettbewerb aus, und es bleibt ersatzweise die Möglichkeit der Preisregulierung, um Verbraucher zu schützen.

Die Frage, ob und wie eine Ergebnissicherung betrieben werden kann, ist im übrigen ebenso grundlegend wie schwierig. Offensichtlich schützt die geltende Rechtsordnung trotz ihrer freiheitlichen Ausrichtung nicht jegliche Form des Wettbewerbs und begnügt sich bei den als notwendig erachteten Regulierungen auch nicht mit Verhaltensanforderungen.

„dritten Wegen“ *Schüller*, Soziale Marktwirtschaft und Dritte Wege, ORDO 51 (2000), S. 169, 185 ff.

90 Zu deren Bedeutung für die Wirtschaftsverfassung der EU jetzt auch der (zwar zunächst gescheiterte, aber für die weitere Entwicklung wohl dennoch richtungsweisende) Verfassungsvertrag (Abl. C310 v. 16.12.2004), Art. I - 3 „Die Ziele der Union“, Abs. 3.

91 Vgl. *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 11 ff.; *Knieps,* Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 2001, S. 4 ff.

92 Dazu nur *Vanberg*, Konstitutionenökonomische Überlegungen zum Konzept der Wettbewerbsfreiheit, ORDO 52 (2001), S. 37 ff.

93 Zusammenfassend jetzt *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005, S. 19 f.

94 Näher *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004,§ 2, Rdnr. 84 ff.

95 Mit Art.2 Abs.2 und 3 der FKVO v. 20.1.2004 (ABl. 2004 Nr.L 24/1) tritt nun das Kriterium der Wettbewerbsbehinderung anstelle dem der Marktbeherrschung in den Vordergrund. Vgl. dazu *Böge*, Reform der Europäischen Fusionskontrolle, WuW 2004, S. 138, 143 ff.

96 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 2, Rdnr. 96.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Wahlmöglichkeiten und die Anwendung des Wettbewerbs- und Sozialrechts

2.1. Handlungsfreiheiten

2.1.1. Wettbewerb setzt Handlungsfreiheiten voraus. Er ist deshalb beschrieben worden als „ein komplexes System von Marktprozessen, das aufgrund der Freiheit, an Marktprozessen teilzunehmen und innerhalb dieser nach eigenem Plan tätig sein zu können, herauswächst."[97] Hier besteht ein grundlegender Unterschied zur Ordnung der Sozialleistungssysteme, die vielfach auf hoheitliche Festlegungen setzt. Das betrifft die Frage, wer Versicherungsschutz erhält, aber auch, welche Leistungen ihm gewährt werden und welche Preise dafür gezahlt werden sollen. Hintergrund dafür ist wiederum die Annahme des Marktversagens bzw. der Marktineffizienz,[98] die vor allem auf den in verschiedener Hinsicht bestehenden Informationsdefiziten beruht.[99] Diese beziehen sich schon auf die Entscheidung, eine Versicherung zu nehmen, ebenso auf die Qualität und den Preis der Leistungen. Sie sind im übrigen für alle Versicherungsmärkte relevant,[100] lassen sich aber für Sozialversicherungssysteme zumindest zum Teil auch auf die Besonderheit des zu gewährenden Gutes stützen.[101]

2.1.2. Allerdings müssen die angedeuteten Erfordernisse des Versicherungszwangs und der Festlegung des Versicherungsinhalts nicht zwangsläufig jegliche Handlungsspielräume ausschließen.[102] Hier sei zunächst nur allgemein darauf hingewiesen, daß die Gründe, die für eine Beachtung des „Sozialen" sprechen, bei der Einschaltung von Privaten zu Beschränkungen der Privatautonomie und damit der Spielräume für den Wettbewerb führen müssen.[103] In welchem Umfang das wünschenswert ist, ist nicht nur eine Frage der Effizienz, sondern auch der Ordnungspolitik und der jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorgaben. Ohne darauf näher einzugehen: Eine Einschränkung von

97 *Hoppmann*, Fusionskontrolle, 1972, S. 9.

98 Krit. dazu jedenfalls im Hinblick auf die gegenwärtige Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme *Berthold*, Marktversagen, staatliche Intervention und Organisationsformen sozialer Sicherung, in: *Rolf/Spahn/Wagner* (Hrsg.), Sozialvertrag und Sicherung, 1988, S. 339 ff.

99 Dazu (für das Gesundheitswesen) *Breyer/Zweifel/Kifmann*, Gesundheitsökonomik, 5. Aufl. 2004, S. 179 ff.; zusammenfassend *Spiecker gen. Döhmann*, Zur Wettbewerbsfähigkeit der Gesundheitsgüter, in: *Schmehl/Wallrabenstein* (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1: Wettbewerb, 2005, S. 1, 13 ff.

100 Vgl. nur *Barr*, The Economics of the Welfare State, 3. Aufl. 1998, S. 121.

101 Wiederum für Gesundheitsleistungen *Kersting*, Gerechtigkeitsprobleme sozialstaatlicher Gesundheitsversorgung, in: *ders*., Politische Philosophie des Sozialstaats (Fußn. 66), S. 467, 475 ff.; *Spiecker gen. Döhmann*, in: Steuerungsinstrumente (Fußn. 99), S. 1, 19.

102 Vgl. unten IV.2.

103 Das zeigt die Diskussion um *managed care* in den USA; dazu *Rich*, The Two Faces Of Managed Care Regulation and Policymaking, in Stanford Law & Policy Review 2005 (volume 16), S. 233 ff., vgl. allgemein *Freeman/France*, Managed competition, working paper 2000 (http://www.pol.ed.ac.uk/freeman/workingpapers/managedcompetition.pdf)

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Freiheitsrechten darf jedenfalls nicht ohne weiteres auf die prinzipielle Zulässigkeit einer staatlichen Aufgabenübernahme gestützt werden, wenn der Staat die Erledigung der Aufgabe Privaten überläßt. Umgekehrt sind nicht alle Besonderheiten der Sozialversicherung durch private Versicherungsträger erfüllbar.[104]

Bei alledem ist zu bedenken, daß auch innerhalb einzelner Leistungssysteme Funktionen aufgespalten und dementsprechend unterschiedlich große Handlungsspielräume geschaffen werden können.[105] Ferner kann es genügen, die aus dem Sozialen im vorstehenden Sinn abgeleiteten Anforderungen in allgemeiner Weise durch gesetzliche Vorgaben zu sichern. So können etwa Qualitätsstandards außerhalb des Versicherungssystems in allgemeiner Weise vorgegeben werden. Das ist ein Ansatz, der auch der Rechtsprechung des EuGH zur Kostenerstattung für grenzüberschreitende Behandlungsleistungen zugrundeliegt.[106]

2.2. Tatsächliche Handlungsmöglichkeiten

Natürlich dürfen nicht nur die rechtlichen, sondern es müssen die tatsächlich bestehenden Wahlmöglichkeiten betrachtet werden. Das gilt zunächst ganz allgemein deshalb, weil ein Wettbewerb von den zur Entscheidung Aufgerufenen auch Entscheidungsfähigkeit fordert. Marktfähigkeit kann nicht nur wegen fehlender materieller Mittel ausgeschlossen sein, sondern auch wegen fehlender Erfahrungen mit eigenverantwortlichem Handeln oder fehlender Entschlußfähigkeit,[107] und gerade diejenigen, die Sozialleistungen in Anspruch nehmen (müssen), sind aus verschiedenen Gründen in ihren Entscheidungsmöglichkeiten beschränkt (oder neigen zu Entscheidungen, die die Zwecksetzung eines Leistungssystems gefährden[108]). So zutreffend diese Beobachtung ist, schließt sie doch die Eröffnung von Handlungsoptionen und damit auch von Wettbewerbsspielräumen nicht aus. Sie spricht aber eindeutig für eine zeilgerichtete Regulierung der Wettbewerbsbedingungen.

Tatsächliche Handlungsmöglichkeiten bestehen aber insbesondere und ganz praktisch gesehen nur dann, wenn zwischen mehreren Anbietern einer Leistung gewählt werden kann. Gerade einige der unter der Fahne des Wettbewerbs eingeführten Instrumente, nämlich integrierte Versorgung bzw. *managed care* und Einzelverträge, führen – und das ist der Grund, warum verstärkt das Vergaberecht zur Anwendung gelangt – zu

104 Wie eine Finanzierung im Umlageverfahren; nicht zuletzt daraus erklären sich gerade die Möglichkeiten der gegenseitigen Ergänzung und des Systemwettbewerbs.

105 Näher zur Unterscheidung von Angebots- und Nachfrageseite unten, III.

106 Bezogen auf die Anforderungen an die Ausbildung der Ärzte oder die Ausstattung von Krankenhäusern, vgl. dazu nur *Becker/Walser*, Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr - von Entgrenzung und Grenzen in der EU, NZS 2005, S. 449 ff.

107 Näher *Nullmeier*, Vermarktlichung des Sozialstaats, WSI Mitt. 9/2004, S. 495, 497 f.

108 Das gilt für steuerfinanzierte Leistungen ebenso wie für Zwangsversicherungen, wenn dort eine Spreizung der Prämien bzw. Beiträge je nach Inanspruchnahme von Gütern nicht vorgesehen ist.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

einer Verengung von Optionen, jedenfalls aus Sicht der Versicherten bzw. Patienten.[109] Das ist nur dann hinnehmbar, wenn, dem oben ausführlich dargestellten Leistungsdreick folgend, Wahlmöglichkeiten im Verhältnis zu den Versicherern offenstehen.

2.3. Verläßlichkeit

Ein grundlegendes Problem für das Verhältnis von Sozialem und Wettbewerb stellt die Verläßlichkeit dar. Für das Soziale ist entscheidend, daß in bestimmten Bedarfssituationen Leistungen erbracht werden, deren Höhe – innerhalb normativer Grenzen – einer politischen Entscheidung folgt. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren ist ein Verfahren zur Entdeckung von Handlungsoptionen, die ohne sein Bestehen entweder unbekannt bleiben oder doch zumindest nicht genutzt werden würden.[110] Es wäre nicht notwendig, wenn seine Ergebnisse vorhersagbar wären.[111] In diesem Sinne ist mit Wettbewerb die Übernahme eines unternehmerischen Risikos verbunden,[112] was wiederum einer sozialen Funktion widerspricht.

So unterschiedlich die Ansätze sind, sie führen nicht zwangsläufig zu einem gegenseitigen Ausschluß von Wettbewerbs- und Sozialrecht. Vielmehr folgt aus ihnen zunächst nur, daß Sozialrecht seine eigene Ergebniskontrolle an die Stelle der wettbewerbsrechtlichen stellen muß – oder konkreter, der intervenierende Staat die gewünschten Ergebnisse vorgeben muß. Dennoch ist es möglich, deren Sicherung, insbesondere jene vor Insolvenz, als Rahmenbedingung festzuschreiben und eventuell gesonderten Einrichtungen zu überlassen.[113] Daß dies mit Kosten verbunden sein wird, ist bei der Wahl der institutionellen Ausgestaltung zu bedenken. Ähnliche Überlegungen gelten für die Bereitstellung der erforderlichen Infrastruktur, insbesondere für die Krankenbehandlung und Pflege. Hier sind –auch wegen des Erfordernisses eine flächendeckenden Versorgung – eine staatliche Planung und eine staatliche Bereitstellungsverantwortung nötig. Angesichts vielfacher Unsicherheiten besteht für die Wahrnehmung dieser staatlichen Aufgabe ein Gestaltungsspielraum. Dessen Ausfüllung muß Effizienz gewährleisten, ohne das Sicherungsziel zu vernachlässigen.

---

109 Vgl. unten, IV.2.2.

110 Vgl. *v. Hayek,* Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968, S. 3.

111 Vgl. *v. Hayek,* Recht, Gesetz und Freiheit, 2003, S. 374 f.

112 v. *Hayek* erweitert dieses Entdeckungsverfahren Wettbewerb daneben um den Gedanken, daß nicht nur jedem, der die Gelegenheit hat, besondere Umstände zu nützen, die Möglichkeit eröffnet wird, dies gewinnbringend zu tun, sondern auch jedem anderen Beteiligten die Information vermittelt wird, daß es eine solche Gelegenheit gibt, so in: Recht, Gesetz und Freiheit (Fußn. 111), S. 268.

113 So wie dies in der deutschen betrieblichen Altersversorgung durch den Pensionssicherungsverein geschieht, ebenso auf privatrechtlicher Grundlage in der privaten Lebensversicherung. Vgl. auch *Becker*, Generalbericht, in: *Schlachter/Becker/Igl* (Hrsg.), Funktion und rechtliche Ausgestaltung zusätzlicher Alterssicherung, 2005, S. 107, 138 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

IV. Wahlmöglichkeiten im Leistungsdreieck – zur Länderauswahl

1. Wahlmöglichkeiten trotz Anbietermonopols

Je vielfältiger die Wahlmöglichkeiten, desto mehr Möglichkeiten bestehen, Wettbewerb als Steuerungsinstrument einzusetzen. Allerdings wäre es nicht richtig umgekehrt anzunehmen, daß in Ländern mit einem einzigen Sozialleistungsträger oder mit mehreren, aber wegen einer gesetzlich fixierten Zuständigkeit für jeweils andere Gruppen von Versicherten nebeneinander stehenden Sozialleistungsträgern der Wettbewerb von vornherein gar keine Rolle spielen könnte. Er kann vielmehr auch hier stattfinden, allerdings in enger umgrenztem Rahmen. Dabei spielt die Organisationsform der Gesundheitsversorgung keine entscheidende Rolle. Es kommt also nicht darauf an, ob das Gesundheitswesen durch einen nationalen Gesundheitsdienstes (wie in vielen europäischen Ländern, nämlich neben dem Vereinigten Königreich auch in den skandinavischen und südeuropäischen Staaten) oder durch eine Sozialversicherung (wie etwa in Frankreich, Belgien oder Österreich) durchgeführt wird.

1.1. Bezogen auf das Versicherungsverhältnis

Soweit das Angebot von Versicherungsleistungen betroffen ist, also im Rechtsverhältnis zwischen Versichertem und Leistungsträger, kann es einen Wettbewerb dort geben, wo ein Monopol der Sozialleistungsträger nicht besteht. Das ist in zwei Varianten möglich, nämlich sachlich, bezogen auf den Umfang der Absicherung, und personell, bezogen auf die gesicherten Personengruppen. Gewähren Sozialleistungsträger nur ein Basisniveau sozialer Leistungen, so bleibt erstens Raum für einen Markt der ergänzenden Leistungen. Ist das der Fall, werden dort private Anbieter miteinander konkurrieren, wobei zugleich der Bedarf an staatlicher Regulierung wegen der gesicherten Basisversorgung abgesenkt sein wird. Ob auch Sozialversicherungsträgern Zugang zu diesem Markt haben sollen oder dürfen, ist ordnungspolitisch und rechtlich fraglich.[114]

Zweitens kann ein Wettbewerbsfeld entstehen, wenn der Versicherungszwang nicht umfassend angelegt ist. Auch auf diesem können nur Private miteinander konkurrieren oder Private mit Sozialversicherungsträgern, wenn diesen die Möglichkeit einer freiwil-

114 Vgl. dazu *Becker*, Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Bewertung einer Erweiterung der Aufgaben von Sozialversicherungsträgern, in: *N. Klusen* (Hrsg.), Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 57 ff.; *Axer*, Soziale Sicherheit vor neuen Grenzziehungen zwischen öffentlichem und privaten Recht, in: Soziale Sicherheit durch öffentliches und Privatrecht, SDSRV 51 (2003), S. 111, 123 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ligen Versicherung eingeräumt wird.[115] Im erstgenannten Fall sind keine sozialrechtlichen Besonderheiten notwendig. Regulierungen enthält aber das Versicherungsrecht, das zunehmend nicht nur objektiv der Ordnung des Wirtschaftslebens, sondern zugleich dem Verbraucherschutz dient. Im letztgenannten konkurrieren sozialrechtliche und privatrechtliche Gestaltung unmittelbar miteinander, was zwar die Unterschiede als solche nicht in Frage stellt,[116] aber einer sozialrechtlichen Ausgestaltung bedarf.

1.2. Bezogen auf das Leistungserbringungsverhältnis

Weil das Leistungserbringungsverhältnis mehrpolig ist, muß ein Wettbewerb nicht an dem Sozialleistungsverhältnis zwischen Ver- bzw. Gesicherten einerseits und Leistungsträger andererseits ansetzen. Er kann stattdessen lediglich das Verhältnis zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern betreffen. Das setzt voraus, daß die Leistungserbringer nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Leistungsträger oder zu einem dem Träger rechtlich zurechenbaren Einrichtung stehen.

Ein solcher Wettbewerb bezieht sich, unter den genannten institutionellen Voraussetzungen, auf die Nachfrage der Leistungsträger nach Gesundheitsleistungen. Im englischen *National Health Service* ist ein entsprechender Ansatz verfolgt worden. 1990 wurde dort mit dem *National Health Service and Community Care Act 1990*[117] ein sog. „*internal market*“ eingeführt.[118] Grundlage war die Trennung des Einkaufs von Leistungen von der eigentlichen Leistungserbringung. Die nicht notärztlichen Leistungen waren durch *General Practitioners – GPs –* als *fundholders* einzukaufen, falls sich diese für die *fundholding option* entschieden,[119] und im übrigen durch örtliche *health authorities*. Die Leistungserbringung oblag insbesondere den neu geschaffenen *NHS Trusts*[120].

Diese „Märkte“ sollten unter *New Labour* wieder abgeschafft werden. Der Hintergrund hierfür war zum einen ideologisch, zum anderen hatte das *fundholding* den bürokratischen Aufwand und damit die Transaktionskosten erheblich erhöht[121] sowie zu

115 Wie im deutschen Krankenversicherungsrecht angesichts der oberen Versicherungspflichtgrenze, dazu nur *Becker*, German Health and Long-Term Care Insurance - Legal Aspects, in: The Role of Private Actors in Social Security, German-Japanese Social Law Symposium, MPISoc Working Papers 1/2005, S. 3 ff. (http://www.mpisoc.mpg.de/pub/downloads/WP001.pdf).

116 Dazu jetzt auch *Mühlenbruch*, System-„wettbewerb“ zwischen GKV und PKV, in: *Schmehl/Wallrabenstein* (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1: Wettbewerb, 2005, S. 37 ff.

117 1990 chapter 19.

118 Siehe *Department of Health*, Working for Patients, 1989, S. 3 ff..

119 Die Details hierzu regelten die National Health Service (Fund-holding Practices) Regulations 1996 (SI 1996 No. 706). Ausführlich zum GP fundholding etwa *Goodwin*, GP fundholding, in: *Le Grand/Mays/Mulligan* (eds.), Learning from the NHS Internal Market, 1998, S. 42 ff.

120 Nunmehr geregelt in den sections 25 ff. des *National Health Service Act 2006* (2006 chapter 41).

121 *Goodwin*, GP fundholding, in: Le Grand/Mays/Mulligan, Learning from the NHS Internal Market, 1998, S. 52 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

lokalen Ungleichheiten beim Zugang zu Leistungen geführt.[122] Die im Jahre 1997 begonnene Politik richtete sich allerdings eher gegen den Preiswettbewerbs als gegen ein Ende der Trennung zwischen Einkauf und Erbringung von Leistungen. Dem Preiswettbewerb wurde durch die Einführung nationaler Standardtarife (*Payment by Results*) der Boden entzogen. Und während auch das *GP fundholding* abgeschafft wurde, obwohl bis 1997/1998 57 % der *GPs* dafür optiert hatten,[123] blieb die *commissioning*-Funktion auf Seiten der *Health Authorities* und mit ihr der *purchaser-provider-split* erhalten.

Im Hinblick auf die weiterhin bestehende Trennung zwischen Leistungsbezug und Leistungsangebot hätte von einem Wettbewerb um Qualität gesprochen werden können. In der Rhetorik der Regierung unter *New Labour* stand jedoch nicht mehr länger der Markt im Vordergrund.[124] Vielmehr sollte auch im NHS ein „*Third Way*" eingeschlagen werden, gedacht als Partnerschaft mit dem privaten Sektor und gerichtet auf die gemeinsam anzustrebende Verbesserung der Qualität und Einräumung von Wahlmöglichkeiten.[125] Der Sache nach waren damit Marktelemente im NHS nicht abgeschafft worden. Ganz folgerichtig wurde später auch wieder von *cooperation and competition* als den Mechanismen zur Steigerung der *service quality* gesprochen.[126]

Die zentralen *fundholder* des englischen Gesundheitssystems sind die derzeit ca. 150 *Primary Care Trusts*[127], die sich seit 2002 aus den ehemaligen *Health Authorities* entwickelt haben.[128] Sie sind für ca. 80% des NHS Budgets zuständig und bieten eine Reihe von *Primary Care Services* direkt an. Dieses Direktangebot, zu dessen Erbringung es bislang keine *purchaser-provider-splits* innerhalb der *Primary Care Trusts* gibt, soll künftig zugunsten des Marktes zurückgefahren, wenn auch nicht vollständig abgeschafft werden.[129] Die *Primary Care Trusts* kaufen auch Leistungen bei *NHS Trusts* (wie den *NHS Hospital Trusts*, den *NHS Mental Health Service Trusts* oder den *NHS Ambulance Services Trusts* bzw. den sog. *Foundation Trusts*, einer neuen Organisationsform staatlicher Leistungserbringer, die über eine größere Unabhängigkeit gegenüber Weisungen

122 S. *Davies*, A Tangled Web? Accountability and the Commissioning Role in the 'New' NHS, (2007) 18 King's Law Journal, S. 387, 389; *Curry*/*Thorlby*, Practice-based Commissioning, 2007, S. 2.

123 *Kay*, The abolition of the GP fundholding scheme: a lesson in evidence-based policy making, British Journal of General Practice 2002 (52), S. 141.

124 Vgl. nur *Department of Health*, The New NHS: Modern, Dependable, 1997, S. 16: "How we are replacing the Internal Market with Integrated Care".

125 S. etwa *Department of Health*, The New NHS: Modern, Dependable, 1997, S. 24; *Department of Health*, Creating a Patient-led NHS, 2005, S. 13 ff.

126 Vgl. nur *Department of Health*, Principles and rules for Cooperation and Competition, 2007.

127 Nunmehr sections 18 ff. des *National Health Service Act 2006* (2006 chapter 41).

128 Dazu *Department of Health*, The New NHS: Modern, Dependable, 1997, S. 32 ff..

129 *Department of Health*, Health Reform in England: Update and Commissioning Framework, 2006, S. 25 ff.; *dass*., Commissioning a Patient-Led NHS, 2005, S. 4.; vgl. auch *Davies*, A Tangled Web? Accountability and the Commissioning Role in the 'New' NHS, (2007) 18 King's Law Journal, S. 387, 393 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

des Secretary of State verfügen[130]) sowie bei Anbietern des privaten Sektors (wie den *Independent Sector Treatment Centres*[131]) ein. Sie haben die Vorgabe, bis Ende 2008 15% der *Primary Care* Leistungen (d.h. der ärztlichen Grundversorgung, die auch stationär Leistungen umfaßt, aber von der Facharztversorgung abzugrenzen ist) vom privaten Sektor zu beziehen.[132] Ferner schließen die *Primary Care Trusts* Verträge mit selbständigen *GPs* und Zahnärzten[133] ab und bezahlen diese für ihre Leistungen.

Seit 2005 wird zudem versucht, die *GPs* wieder stärker als Entscheidungsträger bzgl. der Frage, welche Leistungen der Patient erhalten soll und für welche Leistungen Gelder aufgewendet werden sollen, einzubinden. Hierdurch soll die Anzahl teurer Krankenhauseinweisungen verringert und ein stärkerer Fokus auf örtliche ambulante Krankenleistungen („*care closer to home"* Policy) gelegt werden. Um diese Ziele zu erreichen, wurde das sog. *Practice-based Commissioning* (*PbC*) eingeführt.[134] *PbC* soll zugleich einen wesentlichen Baustein zur Umsetzung der *patient choice* Policy darstellen, indem den Patienten von ihrem *GP* eine Reihe verschiedener Leistungserbringer aufgezeigt werden sollen, von denen sie Leistungen beziehen können.[135]

Im Rahmen des *PbC* bekommen die *GPs* von den *Primary Care Trusts* ein sog. „indikatives" Budget (*indicative budget*) zugewiesen und erhalten Informationen über die Menge und die Kosten der Leistungen, die ihre Patienten derzeit vom NHS beziehen, sowie englandweite Vergleichsdaten. Mit den zugeteilten Geldern sollen die *GPs* entweder selbst (bislang nicht von ihnen selbst angebotene und nicht von den normalen *GP* Verträgen umfaßte) Leistungen erbringen oder Leistungen der *Primary* und *Secondary Health Care* für ihre Patienten extern beziehen.[136] Die Preise für die Leistungen sind – anders als noch im Rahmen des *GP fundholding* – durch die *Payment by Results* Tarife festgelegt.[137] Die Aushandlung und Abwicklung der Verträge mit externen Anbietern

130 Sections 30 ff. des *National Health Service Act 2006* (2006 chapter 41); hierzu *Davies*, Foundation Hospitals: A New Approach to Autonomy in the Delivery of Public Services?, Public Law 2004, S. 808 ff.

131 Näher zu den unabhängigen Behandlungszentren *Thomsen*/*Smith*, Mit privatem Geld aus der Krise, Deutsches Ärzteblatt 2008 (105). S. 1249 f.

132 *Department of Health*, The NHS Improvement Plan, Putting People at the Heart of Public Services, 2004, S. 52.

133 Die für die Zahnärzte 2006 neu gefaßten *Government Contracts* schränkten die zahnärztlichen NHS Leistungen erheblich ein, so daß ca. 10% der Zahnärzte diesen Vertrag nicht mehr abgeschlossen haben. Viele Zahnärzte behandeln nur noch Privatpatienten (vgl. http://news.bbc.co.uk/1/hi/health/5278048.stm).

134 S. *Department of Health*, Practice-Based Commissioning: Practical Implementation, 2006.

135 *Curry*/*Thorlby*, Practice-based Commissioning, 2007, S. 2.

136 Dazu etwa *Davies*, A Tangled Web? Accountability and the Commissioning Role in the 'New' NHS, (2007) 18 King's Law Journal, S. 387, 398 ff.; *Curry*/*Thorlby*, Practice-based Commissioning, 2007.

137 Vgl. *Department of Health*, National Tariff 2007-08, 2006 (http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4140197?IdcService=GET_FILE&dID=12687&Rendition=Web); s. auch. *Davies*, A Tangled Web? Accountability and the Commissioning Role in the 'New' NHS, (2007) 18 King's Law Journal, S. 387, 390.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

wird weiterhin von den *Primary Care Trusts* und nicht von den *GPs* betrieben.[138] Die von den *GPs* intendierten Umstrukturierungen der Diensterbringung müssen von den *Primary Care Trusts* zudem jeweils erst gebilligt werden.[139] Der Hauptanreiz für die *GPs*, freiwillig für *PbC* zu optieren, besteht darin, daß sie bis zu 70% der Einsparungen für sich selbst behalten dürften, der restliche Teil geht an die *Primary Care Trusts*.[140] Zudem wurden bis Ende 2007 sog. *Direct Enhanced Service* – Zahlungen an *GPs* überwiesen, wenn sie ‚sich für *PbC* entschieden.[141] Ein weiterer Anreiz für die *GPs* besteht darin, daß sie ihre eigenen Leistungen ausweiten können und zu den nationalen Tarifen gewissermaßen an sich selbst verkaufen können. Diese Gelder treten dann zu den weiterhin bestehenden, außerhalb der *PbC budgets* unverändert laufenden Verträgen für die herkömmlichen *GP* Leistungen (*General Medical Services* und *Personal Medical Services*) hinzu.[142]

Anders als noch im Rahmen des *fundholding* sind die Budgets aber nicht real, sonders sie verbleiben als „indikative" Budgets[143] zur Verwaltung bei den *Primary Care Trusts*, die auch weiterhin für diese Gelder verantwortlich sind. Die Berechnung der Budgets wird sukzessive von einem am bisherigen Aufwand orientierten Berechnungsansatz auf alters- und morbiditätsbasierte „*fair shares*" umgestellt.[144] Die *GPs* müssen sich bemühen, innerhalb ihres Budgets zu bleiben. Nicht ganz klar ist jedoch, was in den Fällen geschieht, in denen Budgets überschritten werden. Ausgleichszahlungen seitens der *GPs* sind nicht vorgesehen, die *GPs* dürften in den Folgejahren aber einer erhöhten Überwachung durch die *Primary Care Trusts* ausgesetzt sein, die für einen ausgeglichenen Haushalt letztverantwortlich bleiben.[145] Hintergrund des weitgehenden Schweigens der Policy Dokumente hierzu dürfte sein, daß das *PbC* den *GPs* als attraktive Alternative vorgestellt werden sollte und deshalb die neuen Möglichkeiten und Freiheiten in den Vordergrund gestellt wurden[146] und auf die Rationalisierungsmomente demgegenüber nicht explizit eingegangen wurde. Allerdings wird den *Primary Care Trusts* ein Fonds nahegelegt, von dem außergewöhnlich teure Behandlungen aufgefangen werden sollen, damit diese nicht auf das *GP* Budget durchschlagen.[147] Die Imple-

138 *Department of Health*, Practice-Based Commissioning: Achieving Universal Coverage, 2006, S. 11,

139 Vgl. *Department of Health*, Practice-Based Commissioning: Practical Implementation, 2006, Absatznr. 2.9.

140 S. *Department of Health*, Practice-Based Commissioning: Achieving Universal Coverage, 2006, S. 10; *dass*., Practice-Based Commissioning: Practical Implementation, 2006, Absatznr. 3.21 ff.

141 S. *Curry*/*Thorlby*, Practice-based Commissioning, 2007, S. 3 f.

142 *Department of Health*, Practice-Based Commissioning: Achieving Universal Coverage, 2006, S. 8.

143 Näher hierzu *Curry*/*Thorlby*, Practice-based Commissioning, 2007, S. 4.

144 Vgl. etwa *Department of Health*, Supporting practice based commissioning in 2007/08 by determining weighted capitation shares at practice level, 2007.

145 *Department of Health*, Practice-Based Commissioning: Achieving Universal Coverage, 2006, S. 13.

146 So auch *Davies*, A Tangled Web? Accountability and the Commissioning Role in the 'New' NHS, (2007) 18 King's Law Journal, S. 387, 400.

147 *Department of Health*, Practice-Based Commissioning: Practical Implementation, 2006, Absatznr. 3.27 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mentation der *PbC* steht erst am Anfang, aussagekräftige empirische Daten liegen dazu noch nicht vor.

2. Wettbewerb auf Angebotsseite

Im Vergleich zu dem vorstehend beschriebenen Konzept der *internal markets* in England ergeben sich zusätzliche Wahlmöglichkeiten, wenn auf der Seite der Verscherungsträger keine gesetzlich festgelegten Zuständigkeiten vorgesehen sind, sondern die Versicherten den Träger wählen können. Ein entsprechender Wettbewerb bezieht sich auf das Angebot von Versicherungen. Er ist – oder sollte es jedenfalls sein – die Regel, wenn der Schutz durch eine Privatversicherung bereitgestellt wird. In diesen Fällen wird das Versicherungsverhältnis durch privatrechtlichen Vertrag begründet,[148] und auf einem funktionierenden Markt besteht eine Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern. Faktoren für die Wahlentscheidung der Versicherten sind Umfang, Preis und Qualität der Leistung. Dafür kann – tatsächlich oder auch nur in der Vorstellung der Versicherten – zudem die Frage eine Rolle spielen, durch wen die Leistungen erbracht werden. Versicherer können versuchen, mit ausgewählten Leistungserbringern Absprachen zu treffen und auf diese Weise Qualität und bzw. oder den Preis der Leistungen zu beeinflussen. In diesen Fällen wird der zunächst auf das Versicherungsverhältnis bezogene Wettbewerb mit einem Wettbewerb auf der Leistungserbringungsseite verknüpft.

2.1. Wahlmöglichkeiten auf Angebotsseite

Die angesprochenen Wahlmöglichkeiten auf Angebotsseite können in sehr unterschiedlich angelegten Systemen vorgesehen werden. Eine vergleichende Bestandsaufnahme läßt drei verschiedene Ausgestaltungen erkennen.

2.1.1. Die erste findet sich in Deutschland. Hier besteht für weite Bereiche der Gesundheitsversorgung, nämlich soweit die Pflichtversicherung reicht, ein Versicherungsmonopol. Jedoch werden verschiedene Träger eingesetzt, um die gesetzliche Krankenversicherung durchzuführen. Diese Träger versichern seit 1996 nicht mehr einen durch Gesetz zugewiesenen Kreis von Personen. Vielmehr können die Versicherten zwischen ihnen wählen.

Dieser Ansatz ist nur aus der Geschichte des deutschen Krankenversicherungsrechts heraus erklärbar.[149] Die bisher mit dem Kassenwettbewerb in Deutschland auf dem

148 Vgl. oben, II. 1. b).

149 Vgl. zu den Hintergründen nur *Becker*, Wettbewerb zwischen den öffentlichen Versicherungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, ZSR 2000, S. 329 ff. Zur Diskussion in Österreich *Hobel*, Wettbewerb als Allheilmittel?, Soziale Sicherheit (Wien), 1996, S. 894 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Gebiet der gesetzlichen Krankenversicherung verbundenen Erfahrungen[150] sind durchaus zwiespältig. Die Verwaltungskosten sind eher gestiegen; der notwendige Risikostrukturausgleich[151] kann nur mit hohem Aufwand durchgeführt werden. Es bleibt aber als nicht zu unterschätzender Pluspunkt eine geänderte Einstellung der Versicherungsträger gegenüber den Versicherten[152] und damit eine Verbesserung des Services. Dennoch setzt der Gesetzgeber auf eine Verstärkung des Wettbewerbs,[153] und zwar nicht nur im Verhältnis zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung,[154] sondern gerade auch durch Erweiterung der Möglichkeiten von Kassen, Leistungserbringer auszusuchen und mit diesen vertragliche Vereinbarungen zu treffen.[155]

2.1.2. Bei der zweiten Ausgestaltung wird auf ein Versicherungsmonopol verzichtet. Regelmäßig werden dann die Träger juristische Personen des Privatrechts sein, die aber zugleich eine öffentliche Aufgabe erfüllen, nämlich die Aufrechterhaltung einer ausreichenden Gesundheitsversorgung der Bevölkerung. Der Wettbewerb zwischen ihnen dient also der Sicherung einer sozialen Funktion. Das setzt eine über das bekannte Versicherungsrecht (mehr oder weniger stark) hinausgehende Regulierung der Privatversicherung voraus,[156] nämlich die Einführung eines Aufnahme-(=Kontrahierungs-)zwangs sowie von staatlichen Regelungen über die Preise und die Mindestleistungen. Vermieden werden muß zumindest eine Risikoselektion. Zudem ist fraglich, ob die Leistungskontrolle den Versicherten überlassen werden kann. Auch die Regeln für die Prämiengestaltung liegen nicht von vornherein fest. Zwar sprechen für den Verzicht auf einen

150 Ausf. Überblick für die ersten Jahre bei *Becker*, Maßstäbe für den Wettbewerb unter den Kranken- und Pflegekassen, in: Soziale Sicherheit und Wettbewerb, SDSRV 48 (2001), S. 7 ff.

151 Dazu und dessen Zulässigkeit *Becker*, Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Risikostrukturausgleich – unter Berücksichtigung der integrierten Versorgung, VSSR 2001, S. 277; BSG v. 24.1.2003, B 12 KR 19/01 R u.a. NZS 2005, S. 537 ff.; dazu *Axer*, Der Risikostrukturausgleich auf dem Prüfstand des Bundessozialgerichts, SGb 2003, S. 485 ff.; BVerfGE 113, 167, vgl. auch den Nichtannahmebeschluss v. 9.6.2004, 2 BvR 1248/03 u.a., NZS 2005, S. 139 ff.

152 Ob dies immer zugunsten der Versicherten ist, bliebe zu prüfen. Vgl. zu rechtliche Fragen der Patientenorientierung auch *Pitschas*, Deutsches und europäisches Gesundheitsrecht zwischen öffentlichrechtlicher Wettbewerbsordnung und Verbraucherschutz, in: *Igl* (Hrsg.), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000, 199, 207 ff.

153 Vgl. das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (WSG) v. 26.3.2007 (BGBl. I, S. 378).

154 Vgl. *Kingreen*, Die Annäherung von gesetzlicher und privater Krankenversicherung aus europarechtlicher Perspektive, ErsK 2007, S. 112 f.; *ders.*, Soziale und private Krankenversicherung - Gemeinschaftsrechtliche Implikationen eines Annäherungsprozesses, ZESAR 2007, S. 139 ff.; *Axer*, Einbeziehung der PKV in die GKV, Standard- und Basistarif als Gegenstand der Sicherstellung in der vertragsärztlichen Versorgung, MedR 2008, S. 482 ff.

155 Vgl. die Beiträge in *Pitschas* (Hrsg.), Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb. Auf dem Weg zu einer wirklichen Gesundheitsreform, Frankfurt a.M:, Berlin u.a. 2008; ferner *Becker*, Das Wettbewerbsstärkungsgesetz – eine verfassungsrechtliche Bewertung, ZMGR 2007, S. 101 ff.

156 Ein gutes Beispiel dafür liefert die deutsche Pflegeversicherung, vgl. dazu krit. *Isensee*, Sozialversicherung über Privatversicherer – Rechtsprobleme der privaten Pflegeversicherung, in: FS für Gitter, 1995, S. 401 ff.; *Axer*, in: SDSRV 51 (2003) (Fußn. 114), S. 111, 119 ff. Akzeptiert wurde die Konstruktion trotz aller möglichen Einwände vom BVerfG (E 103, 197, 217 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

sozialen Ausgleich im Rahmen der Beitragsbemessung und die Einführung fester, einheitlicher Effizienzüberlegungen, weil Kosten durch einen aufwendigen Beitragseinzug und durch unerwünschte Selektion von guten Beitragszahlern vermieden werden können. Weil hinter den Systemen die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe steht, kommt auch eine einkommensbezogene Prämie in Betracht. Die statt dessen mögliche Quersubventionierung durch Steuermittel – m.a.W. die Verschiebung des sozialen Ausgleichs vom Sicherungssystem in den allgemeinen Staatshaushalt – führt nicht nur zu anderen verteilungspolitischen Effekten. Sie macht auch die Finanzierung von einer Bereitstellung von Haushaltsmitteln abhängig. Diese wird damit nicht mehr allein systemimmanent gesteuert, sondern führt auch umgekehrt aufgrund der rechtlichen Bindung des Haushaltsgesetzgebers zu einer bevorzugten Bedienung der Gesundheitskosten und damit zu einer möglicherweise unerwünschten Verengung der haushaltspolitischen Spielräume.

(1) In den Niederlanden sind die Krankenversicherungsträger privatrechtlich organisiert (vor allem als privatrechtliche Stiftungen oder als Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit). Die Krankenversicherer stehen in einem regulierten Wettbewerb zueinander. Zwar müssen alle Versicherer die gesetzlich umschriebenen Leistungen der Basisversicherung anbieten (Art. 11 Krankenversicherungsgesetz), jedoch können sich die Verträge im übrigen in ihrer Ausgestaltung erheblich voneinander unterscheiden. Das betrifft die Höhe der eigentlichen Versicherungsprämie, während der einkommensbezogene Beitrag hoheitlich festgesetzt wird. Es betrifft ebenso die Leistungsarten (Sachleistung, Kostenerstattung oder eine Kombination), die Vereinbarung von Selbstbehalten und die Prämiennachlässe für Gruppenversicherungen, über die 57% der Versicherten verfügen. Die Vereinbarung eines Selbstbehalts ist seit Beginn diesen Jahres verpflichtend geworden. Ein wichtiger Wettbewerbsfaktor sind auch die Zusatzversicherungen. Zwar dürfen die Angebote von Basis- und Zusatzversicherung nicht aneinander gekoppelt werden, dennoch werden häufig beide bei einem Versicherer abgeschlossen.

(2) Jeder, der in der Schweiz wohnt oder arbeitet, [157] muß sich nach dem Krankenversicherungsgesetz (KVG) in der obligatorischen Krankenversicherung versichern. Die Versicherten haben aber die Wahlfreiheit, sich den Versicherer nach Art. 4 I KVG aussuchen zu können. Das wird ergänzt durch die Pflicht der Versicherer, gemäß Art. 4 II KVG jedermann in ihrem örtlichen Tätigkeitsbereich aufnehmen zu müssen. Die Versicherer dürfen nicht nach Risiken selektieren. Zu unterscheiden sind gemäß Art. 11 KVG die sog. sozialen Krankenversicherungen und private Versicherungsunternehmen, die aber bis heute nicht als Anbieter der obligatorischen Krankenversicherung auftreten. Die praktisch damit allein tätigen sozialen Krankenkassen dürfen keinen Erwerbszweck verfolgen. Sie können in Form einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts errichtet werden, allerdings nur als Vereine, Stiftungen, Genossen-

157 Die zahlenmäßig geringfügigen Ausnahmen sind in den Art. 3 II-IV KVG und Art. 2-6 KVV genannt.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaften oder Aktiengesellschaften mit anderem als wirtschaftlichen Zweck. Anreize zur Wahl eines Versicherers können im Leistungsangebot und in der Höhe der Beiträge liegen. Bei ersterem sind im schweizerischen System der obligatorischen Krankenversicherung deutliche Einschränkungen vorgesehen, weil sich alle Leistungen am Leistungskatalog des KVG zu orientieren haben. Demnach ist hauptsächlicher Wettbewerbsfaktor die Gestaltung der Prämie. Diese ist eine Individualprämie, unabhängig von Einkommen oder Vermögen. Sie muß nach dem Prinzip der Einheitsprämie gestaltet, d.h. für alle Versicherten in einem geographisch eingrenzbaren Gebiet gleich hoch sein, und sie muß unabhängig von Geschlecht, Alter, Morbiditätsrisiko oder sonstigen in der Eigenschaft der Person liegenden Gründen sein. Zulässig sind aber Prämienermäßigungen. Sie gelten, wenn sich Versicherte entweder stärker an den jährlichen Behandlungskosten beteiligen oder ihre Wahlfreiheiten bezüglich der Leistungserbringer einschränken.

2.1.3. Die dritte Ausgestaltung ist durch eine reduzierte staatliche Sicherungsaufgabe gekennzeichnet. Bei ihr überläßt der Staat die Gewährung von Gesundheitsleistungen in erster Linie Privaten und damit dem Markt. Für dieses Modell stehen die USA. Dort wird die Gesundheitsversorgung immer noch weitgehend mit Beschäftigungsverhältnissen verbunden: Die Leistungen werden zwar nicht unmittelbar durch den Arbeitgeber gewährt, dieser vermittelt aber den Zugang zu Krankenversicherungen, die durch private Unternehmen getragen werden.[158] Staatliche Programme sind nur für bestimmte, als besonders schutzbedürftig angesehene Personengruppen vorgesehen, nämlich zum einen für ältere Menschen (*Medicare*) und zum anderen für die Bezieher von Sozialhilfeleistungen (*Medicaid*). Allerdings ist die Ausgestaltung des Modells immer wieder in der Diskussion.[159] Der Staat *Massachusetts* hat im Jahr 2006 ein Gesetz beschlossen (Ch. 58 of 2006, An act to provide access to affordable, quality, accountable health care), das eine Versicherungspflicht für alle Einwohner und eine Beihilfe für unterstützungsbedürftige Versicherte vorsieht und damit zugleich an dem bestehenden, die Rolle des Arbeitgebers in den Mittelpunkt stellenden Ansatz anknüpft.[160] Und Anfang 2009 hat die neue Regierung einen Ausbau des Krankenversicherungsschutzes für Kinder (SCHIP)[161] beschlossen.[162]

Bei dieser Ausgestaltung ist zumindest zu erwarten, daß die spezifische gesundheitsrechtliche (und damit sozialrechtliche) Regulierung hinter der allgemeinen Regulierung der Versicherungen, der Medizinprodukte und der Tätigkeit der Angehörigen von Heil-

158 Vgl. schon oben, II.2.3.

159 Hervorhebung verdient der gescheiterte Versuch der *Clinton*-Regierung, im Jahr 1993 einen *health plan* durchzusetzen, der alle Einwohner der USA erfassen sollte.

160 Vgl. zu einem ersten Überblick *Raymond*, Health Care Reform Law: One Year of Implementation, http://www.lawlib.state.ma.us/healthinsurance.html.

161 State Children's Health Insurance Program, vgl. http://www.cms.hhs.gov/home/schip.asp.

162 H.R.2, http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c111:27:./temp/~c111dR3QmJ::.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

berufen zurücktritt und das Wettbewerbsrecht für das Verhältnis der Versicherungsträger, die untereinander in einem Wettbewerb stehen, eine wichtige Rolle spielt.

2.1.4. In die vorliegende Untersuchung werden die Länder einbezogen, die in Europa einem der vorliegenden Modelle folgen, d.h. einen Wettbewerb auf der Seite des Angebots von Krankenversicherungen auch dann ermöglichen, wenn diese Versicherungen als soziale eingestuft werden. Das sind, wie aus den genannten Beispielen folgt, neben Deutschland die Niederlande und die Schweiz. Abgerundet wird der Vergleich durch einen Länderbericht über die Krankenversicherung und die stationäre Versorgung in den USA. Denn damit kann auch das dritte der vorstehend vorgestellten Modelle in die Untersuchung einbezogen werden.

Dabei ist zu beachten, daß die Rechtsordnungen in drei von vier Vergleichsländern (Deutschland, Schweiz und USA) föderal angelegt sind und sich der Föderalismus auch im Gesundheitswesen niederschlagen kann. Zu nennen sind die Krankenhausplanung und die primär staatliche Investitionsfinanzierung in Deutschland, die auf Länderebene erfolgt und zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann, obwohl oder gerade weil die inhaltlichen Vorgaben für die Gesundheitsversorgung auf Bundesrecht beruhen. Bis jetzt ist die volle Integration der Investitionsförderung in das DRG-System gescheitert, gegenwärtig wird aber einmal mehr die Umstellung der duralen Finanzierung diskutiert. In den Vereinigten Staaten existieren divergierende *provider laws* und variierende *Medicaid*-Programme für Geringverdienende, einige Staaten haben oder wollen darüber hinausgehend Pflichtversicherungen einführen. Und die Kantone spielen in der Schweiz gleich in verschiedener Hinsicht wichtige Rollen: Sie operieren als Akteure mit Versorgungsauftrag, mit Betreiberfunktion und als Kofinanciers zugleich.

2.2. Konsequenzen für die Leistungserbringung

2.2.1. Die Existenz mehrerer, untereinander in einem Wettbewerb stehender Versicherungsträger bedeutet keineswegs zwangsläufig, daß auch ein Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern vorgesehen ist. Zu einem solchen Wettbewerb wird es regelmäßig kommen, wenn Versicherer mit bestimmten Leistungserbringern Verträge abschließen dürfen, um ihren Versicherten günstigere Behandlungskonditionen zu sichern.

Vorbild sind die *HMO*s in den USA. Aber auch in der Schweiz sind entsprechende Absprachen vorgesehen. Dort schränken Versicherungsmodelle mit einer Ärzteliste (*Preferred-Provider-Organization*) die Wahl der Leistungserbringer dadurch ein, daß Versicherte, abgesehen von Notfallsituationen, nur Erbringer dieser Liste in Anspruch nehmen dürfen. Bei den speziellen *HMO-Modellen* willigt der Versicherte ein, sich nur von den Erbringern des HMO untersuchen oder behandeln und gegebenenfalls von diesen an Dritte überweisen zu lassen. Daneben existieren *Hausarztmodelle*, bei denen sich Versicherte verpflichten, immer erst einen bestimmten Allgemeinpraktiker aufzusuchen, der auch eine Budgetverantwortung übernimmt. Die Versicherte erhalten für alle diese

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einschränkungen Prämienreduktionen. Die entsprechenden Anreize sind so wirksam, daß 2006 in der Schweiz nur noch 44 Prozent aller Versicherten über eine „normale" Versicherung verfügten.[163]

Damit ist noch nicht gesagt, ob und in welchem Umfang Versicherer mit den Leistungserbringern eigenständig Tarife aushandeln dürfen. In der Schweiz müssen die Preise für die einzelnen Leistungen vertraglich vereinbart werden (mit Ausnahme der Vergütung von Analysen, von Arzneimitteln und sonstigen Sachmitteln, für die Behördentarife gelten), und zwar durch Einzel- oder Kollektivverträge (Art. 46 Abs. 1 KVG). In der Praxis dominiert die kollektivvertragliche Festlegung, wobei diese einem zweifachen Korrektiv unterliegen: Erstens sind sie durch eine staatliche Behörde zu genehmigen. Zweitens findet zusätzlich bei allen Tarifen, die Erhöhungen in der Vergütung nach sich ziehen, eine sog. Preisüberwachung (nach Art. 14 PüG) statt, mit der die Wirtschaftlichkeit der Tarife und das Fehlen eines Mißbrauchs kontrolliert wird.

In den Niederlanden wurden mit dem Gesetz zur Reform des Übereinkommensystems in der Gesundheitsversorgung (*Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg,* Wet HOZ) die bis dahin bestehenden Modellübereinkommen als Grundlagen für die individuellen Leistungsverträge abgeschafft. Für die niedergelassenen Ärzte wurde der Kontrahierungszwang aufgehoben. Dieser kann vom Gesundheitsministerium für einzelne Leistungsbereiche wieder eingeführt werden. Hinsichtlich der Krankenhäuser wurde der Kontrahierungszwang 2005 zunächst für ca. 10% der Leistungen aufgehoben, 2006 dann grundsätzlich ganz. Durch ministerielle Verordnung kann für bestimmte Einrichtungen aber auch hier wieder ein Kontrahierungszwang festgesetzt werden. Bislang wurde hiervon allerdings kein Gebrauch gemacht. Tatsächlich werden trotz der Neuregelungen in der Praxis kaum Einzelverträge abgeschlossen. Dies hat seine Ursache wohl zum einen in der geringen Dichte der Leistungserbringer und zum anderen in der Tradition der kollektiven Verträge durch die Berufsverbände. Auch wenn diese nach einer Entscheidung der Wettbewerbsbehörde keine Verträge über Tarifabsprachen mit bindender Wirkung für ihre Mitglieder abschließen dürfen, so haben diese Vereinbarungen doch die Wirkung von gentlemens agreements.[164]

2.2.2. Dürfen Versicherungsträger zwischen Leistungserbingern wählen, folgt daraus nicht zwangsläufig die Anwendbarkeit des von wettbewerbsrechtlichen Vorschriften. Zumindest für das europäische Gemeinschaftsrecht ist die derzeitige Anwendungspraxis durch eine gewisse Zurückhaltung geklärt. Entscheidend ist immer, ob die Handelnden, deren Maßnahmen auf Kartellwidrigkeit (Art. 81 EGV) oder Marktmißbrauch (Art. 82 EGV) hin überprüft werden soll, als Unternehmen einzustufen sind. In diesem Zusam-

163 Bundesamt für Sozialversicherungen (Hrsg.), Schweizerische Sozialversicherungsstatistik 2008, Bern 2008, S. 151.

164 *van de Gronden*, Mededingingsrecht en Gezondheidszorg, im Internet: http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2005-0907-200601/article_print15.html.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

menhang hat der EuGH hat mit seiner Festbetragungsentscheidung[165] nicht nur die Unanwendbarkeit des Wettbewerbsrechts im Verhältnis zwischen Sozialversicherungsträger und Versichertem festgestellt, sondern aus der sozialen Funktion der Leistungserbringung auch auf dessen relativ weitgehende Unanwendbarkeit im Nachfrageverhältnis geschlossen.[166] Damit schlägt die soziale Funktion aus dem Versicherungsverhältnis auf das Leistungserbringungsverhältnis durch, das als reines Beschaffungsverhältnis nicht unternehmerisch geprägt sein soll.[167] Anwendbar ist dann möglicherweise das Vergaberecht,[168] aber nur für die seltenen Fälle, in denen ein Dienstleistungsauftrag oder eine Rahmenvereinbarung und nicht nur eine Konzession abgeschlossen wird.[169] Dabei darf nicht übersehen werden, daß der Abschluß entsprechender Vereinbarungen zumindet temporär andere Wettbewerber ausschließt, also den Markt und damit Wahlmöglichkeiten der Versicherten verschließen kann.[170]

Ob die vom EuGH vertretene Folge zwangsläufig ist, erscheint ebenso fraglich wie deren genaue Reichweite.[171] In jedem Fall ist das Ergebnis zu relativieren, und zwar unter Berücksichtigung der gesetzlichen Ausgestaltung des Leistungserbringungsrechts im konkreten Fall. Denn auch wenn Angebots- und Nachfrageseite bei der Gewährung von Sachleistungen wie medizinischen Behandlungen und Rehabilitationen nicht nur als benachbarte, sondern als sog. vertikale Märkte anzusehen sind, wenn also die Versicherungsträger unmittelbaren Einfluß auf die Leistungserbringung haben müssen und zu

165 EuGH v. 16.3.2004, Rs. C-264, 306, 354, 355/01 (AOK Bundesverband u.a.), Slg. 2004,. I-2493.

166 Vgl. zu der Entscheidung *D. Neumann*, EuGH EWiR Art. 81 EG 2/04, S. 435 f.; *Koenig/Engelmann*, Das Festbetrags-Urteil des EuGH: Endlich Klarheit über den gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriff im Bereich der Sozialversicherung?, EuZW 2004, S. 682 ff. Vgl. auch *Mühlenbruch/Schmidt*, Zur Einordnung der Tätigkeit von Krankenkassen hinsichtlich europäischem Wettbewerbsrecht und Dienstleistungsfreiheit, ZESAR 2004, S. 171 ff.; *Schenke*, Die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenversicherung im Spiegel des Europarechts, in: *Schmehl/Wallrabenstein* (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1: Wettbewerb, 2005, S. 77, 88 ff.

167 So ausdrücklich EuGH v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 (Fenin), Slg. 2006, I-6295.

168 In diesem Sinn jetzt EuGH v. 11.6.2009, Rs. C-300/07 (Oymanns), n.v.; vgl. zur vorhergehenden Diskussion *Kingreen*, Vergaberechtliche Anforderungen an die sozialrechtliche Leistungserbringung, SGb 2004, S. 659 ff.; *V. Neumann/Nielandt/Philipp*, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, 2004, S. 56 ff.; *Giesen*, Wettbewerbsrecht, Vergaberecht und soziale Dienste, in: *Linzbach/Lübking/Scholz/Schulte* (Hrsg.), Die Zukunft der sozialen Dienste vor der Europäischen Herausforderung, 2005, S. 424, 440 ff. Vgl. auch die Entscheidung des BayObLG, BayObLGZ 2004, 122 = NZS 2005, 26; krit. dazu *F. Wollenschläger*, Die Bindung gesetzlicher Krankenkassen an das Vergaberecht, NZBau 2004, S. 655, 657 ff. m.w.N.; *Byok/Jansen*, Die Stellung gesetzlicher Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber, NVwZ 2005, S. 53 ff.

169 Was etwa beim Abschluß von Versorgungsverträgen mit Krankenhäusern nach deutschem Recht nicht der Fall ist, vgl. *Becker*, in: *ders./Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 2008 (Fußn. 25), § 108 Rdnr. 16.

170 Zur möglichen Verlagerung der Wahlmöglichkeiten innerhalb des Leistungsdreiecks oben, II. 1. b).

171 Vgl. aber auch *Fuchs*, Luxemburg locuta – causa finita – quaestio non soluta, NZS 2002, S. 337 ff.; zur Unmöglichkeit eines Marktes im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis *V. Neumann*, Kirchliche Karitas im Sozialstaat und in der europäischen Wettbeerbsordnung: Rechtsstauts, Konflikte und Perspektiven, RsDE 54 (2003), S. 1, 8 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deren Sicherstellung gesetzliche Grundlagen erforderlich sind,[172] schließt das eine Auswahl zwischen Leistungserbringern nicht aus. Das deutsche Krankenversicherungsrecht belegt dies eindrücklich. Im Rahmen der notwendigen gesetzlichen Vorgaben, mit denen die Erfüllung der sozialen Zwecke sichergestellt werden sollen, bleiben zunehmend Handlungsmöglichkeiten der Versicherungsträger. Zumindest in bestimmten Konstellationen „kaufen" die Träger bei den Leistungserbringern die Leistungen „ein" und haben dabei Auswahlentscheidungen zu treffen.[173] Jedenfalls dort kann ein Wettbewerb nicht nur eingeschränkt Allokations- und Innovationsfunktionen erfüllen. Es muß vielmehr auch wettbewerbswidrigen Absprachen und einem Machtmißbrauch vorgebeugt werden.[174] Das gilt selbst dann, wenn dem Wettbewerb im übrigen nicht die Steuerung der Bedarfsdeckung überlassen werden soll, wie auch durch Rahmenrecht zu verhindern ist, daß zu Lasten der Qualität ein reiner Preiswettbewerb stattfindet.

V. Besonderheiten des Krankenhaussektors – zum Aufbau der Untersuchung

1. Krankenhäuser als institutioneller Ausgangspunkt

Krankenhäuser sind Einrichtungen zur medizinischen Behandlung mit der Möglichkeit der Unterbringung von Patienten. Solche Einrichtungen existieren in allen Staaten, die überhaupt über ein Gesundheitssystem verfügen. Sie können in unterschiedlichen rechtlichen Formen betrieben werden. Als staatliche Einrichtungen werden sie oft rechtlich verselbständigt. Diese Verselbständigungstendenz gilt unabhängig von der Frage, auf welcher Ebene Krankenhäuser im Staatsaufbau verankert werden, also zugleich für regionale und kommunale Einrichtungen. In nicht wenigen Staaten können auch die in Privatrechtsform betriebenen Krankenhäuser an der Versorgung von Sozialversicherten teilnehmen. Im übrigen wird oft im privaten Sektor zwischen gemeinnützigen und gewerblichen Trägern unterschieden, was insofern von Bedeutung sein kann, als dann nicht alle Einrichtungen auf die Erzielung von Gewinn gerichtet sein müssen. Insgesamt zeigt sich damit eine Vielfalt an Organisations- und Rechtsformen. Allen Krankenhäu-

172 Dazu *Drexl*, Nationales Sozialrecht und europäisches Wettbewerbsrecht – Kommentar, in: *Becker/Schön*, (Hrsg.), Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2006, S. 171, 183 f.

173 Zugegebenermaßen je nach Versorgungssektor und Dichte der gesetzlichen Vorgaben in unterschiedlichem Maße; vgl. dazu näher *Becker*, Gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen auf das Vertragsarztrecht, in: *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 22 Rdnr. 62 ff.

174 Das ist der Grund, warum § 69 SGB V mit dem pauschalen Ausschluß des (deutschen) Wettbewerbsrechts keine sinnvolle Lösung enthält. Vgl. auch *Kingreen*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sern ist aber, unabhängig von der konkreten Bezeichnung und von den mit ihrem Betrieb im einzelnen verfolgten Zwecken, die eingangs genannte Funktion gemein: nämlich stationäre medizinische Behandlungen zu ermöglichen. Sie stellen deshalb einen geeigneten institutionellen Anknüpfungspunkt für eine rechtsvergleichende Untersuchung dar.

Weitere, auf die Art der Behandlung abstellende Präzisierungen sind für die Beschreibung des Vergleichsgegenstands ebenso wenig erforderlich wie überhaupt möglich. Weder kommt es darauf an, ob Krankenhäuser neben der Unterbringung eine Vielzahl medizinischer Behandlungsleistungen erbringen, möglicherweise gar bestimmte spezialisierte Behandlungen allein vornehmen,[175] oder ob sie umgekehrt mit anderen Leistungserbringern kooperieren bzw. mit diesen in besonderen Behandlungszentren zusammengeschlossen sind.[176] Noch kann entscheidend sein, ob jede medizinische Behandlung in ihnen stationär erfolgt. Schon die Abgrenzung von stationärer und ambulanter Behandlung ist fraglich. Sie kann zwar insoweit wichtig sein, als ein besonderes Planungsbedürfnis in erster Linie für Einrichtungen zur stationären Behandlung besteht. Die mit der Vorhaltung entsprechender entsprechender Einrichtungen verbundenen Kosten können dazu führen, deren Schaffung und Betrieb nicht den Marktmechanismen von Angebot und Nachfrage zu überlassen, sondern staatlich zu steuern. Das ist der Grund, warum der EuGH in seiner Rechtsprechung zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Behandlungsleistungen angenommen hat, Staaten dürften die Behandlung in Krankenhäusern trotz Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit von einem Genehmigungserfordernis abhängig machen.[177] Jedoch ist damit keineswegs gesagt, daß ein einheitliches Abgrenzungskriterium existiert, etwa eine Übernachtung das entscheidende Kriterium für die Definition der stationären Behandlung sein muß.[178] Wichtiger für die Irrelevanz einer Unterscheidung von stationärer und ambulanter Versorgung zur Festlegung des Ausgangspunkts der Untersuchung ist der Umstand, daß nicht alle Gesundheitssysteme überhaupt eine klare Trennung zwischen ambulanter und stationärer Behandlung vorsehen. Selbst in Deutschland sind die Grenzen mittlerweile nicht nur durch die Zulassung ambulanter Behandlungen in Krankenhäusern,[179] sondern

175 Wenn etwa ein ausgebautes Facharztwesen nicht existiert.

176 Wie etwa in Form der Medizinischen Versorguingszentren in Deutschland.

177 EuGH v. 12.7.2001, Rs. C-157/99 (Smits u. Peerbooms), Slg. 2001, S. I-5473. Dazu nur *Bieback*, Etablierung eines Gemeinsamen Marktes für Krankenbehandlung durch den EuGH, NZS 2001, S. 561 ff.; *Kingreen*, Zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt, NJW 2001, S. 3382 ff.

178 Vgl. dazu etwa *Becker/Walser*, Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr – von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU, NZS 2005, S. 449 ff.

179 Auf der Grundlage der §§ 116 ff. SGB V, wobei zwischen persönlichen und institutionellen Ermächtigungen zu unterscheiden ist.

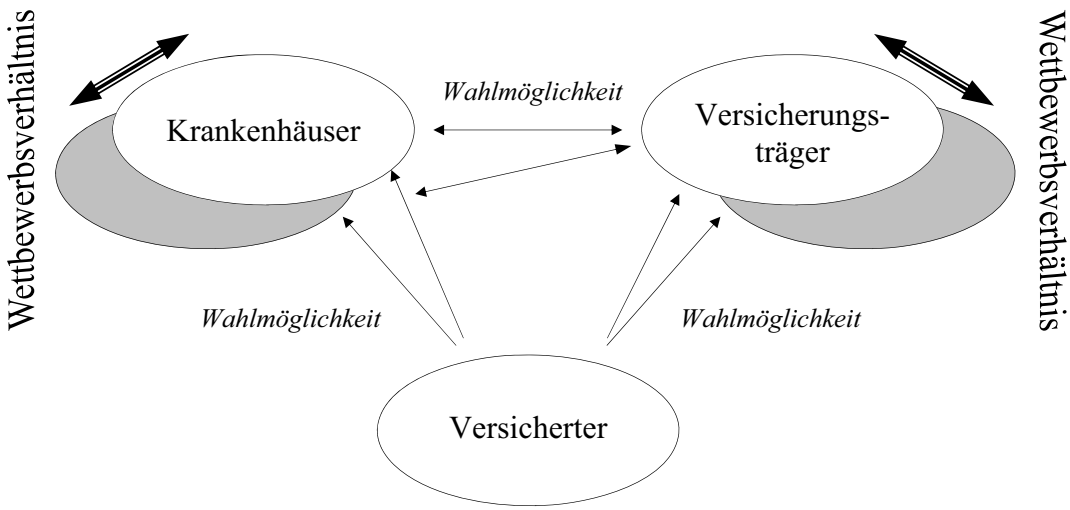
https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ebenso durch integrierte Versorgungsformen verwischt, wenn auch nicht aufgehoben.[180]

2. Zu den Rechtsverhältnissen bei der Versorgung im Krankenhaus

Die Analyse normativ fundierter Steuerungskonzepte durch wettbewerbsorientierte Anreizfunktionen setzt vor allem bei den Akteuren und den jeweiligen Rechtsverhältnissen zwischen ihnen an. Ausgangspunkt ist die bereits beschriebene Dreiecksbeziehung,[181] die für das Leistungserbringungsverhältnis in der Krankenhausversorgung prägend ist, und zwar unabhängig davon, ob der Träger der Krankenversicherung ein privates Versicherungsunternehmen oder eine Verwaltungsbehörde ist.

Dementsprechend sind verschiedene Wahlmöglichkeiten bzw. Wettbewerbssituationen voneinander zu unterscheiden. Um mit dem Versicherten bzw. Patienten zu beginnen: Er kann in vielen Fällen das Krankenhaus, in dem er eine Behandlung durchführen lassen möchte, auswählen. Dabei dürften Gesichtspunkte wie Qualität und räumliche Nähe eine besondere Rolle spielen, der Preis hingegen nur, soweit er neben der Versicherung überhaupt Anreizwirkung entfalten kann. Letzteres wird selten der Fall sein. Insbesondere Eigenanteile oder Zuzahlungen dürften in der Regel zu keinen nach Leistungserbringern abgestuften finanziellen Belastungen führen.



In gewisser Weise eingebettet ist die Entscheidung für ein bestimmtes Krankenhaus in die zeitlich vorangehende Wahl der Versicherung und des Versicherungsträgers. Mit der letztgenannten Wahl kann, je nach rechtlichen Vorgaben, der Umfang der Versiche-

180 Vgl. zu früheren Forderungen einer engeren Verzahnung nur die Gutachten des Sachverständigenrats für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Sachstandbericht 1994, Rdnr. 352 ff.; Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung 2000, Rdnr. 230 ff.

181 Vgl. oben. II. 1. c).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

rung, in allen Vergleichsländern grundsätzlich aber auch die Einrichtung, welche die Versicherung durchführt,[182] ausgesucht werden.

Entsprechende Wahlmöglichkeiten führen zu einem Preis-, aber auch einem Qualitätswettbewerb zwischen Versicherern, wobei aus Sicht des Versicherten für die Beurteilung der Qualität wiederum die Leistungserbringung von wesentlicher Bedeutung sein wird. Die Wahl der Versicherung und die Wahl des Krankenhauses können deshalb miteinander verkoppelt sein, nämlich dann, wenn der Versicherer mit bestimmten Leistungserbringern kooperiert. Allerdings ist die Güte einer medizinischen Behandlung für Patienten ohnehin nur schwer einschätzbar.[183] Dazu kommt, daß auch fehlende Erfahrungen mit eigenverantwortlichem Handeln oder fehlende Entschlußfähigkeit[184] rationales Handeln erschweren und gerade diejenigen, die Sozialleistungen in Anspruch nehmen (müssen), aus verschiedenen Gründen in ihren Entscheidungsmöglichkeiten beschränkt sind oder zu Entscheidungen neigen, die die Zwecksetzung eines Leistungssystems gefährden.[185] Diesen Hindernissen für marktkonformes Verhalten sollen versicherungs- und sozialrechtliche Vorgaben begegnen, die zugleich die Spielräume für den Wettbewerb zwischen den Versicherern beschränken.

Ebenfalls beschränkt werden muß der Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern, und zwar unabhängig davon, ob er durch Auswahlentscheidungen der Versicherten bzw. Patienten oder durch die Möglichkeit von Versicherern, mit Leistungserbringern selektive Verträge zu schließen, induziert wird. Denn erstens existieren in den meisten Staaten rechtliche Vorschriften, die im Sinne des Gesundheitsschutzes die Tätigkeit von Krankenhäusern regulieren, eventuell die Aufnahme dieser Tätigkeit auch von einer Zulassung oder dem Abschluß von Versorgungsverträgen abhängig macht. Dabei ist eine Tendenz erkennbar, einfache Mindestanforderungen durch eine umfassende Qualitätssicherung zu ersetzen. Zweitens wird ein Staat grundsätzlich dafür sorgen wollen, daß es überhaupt in ausreichendem Umfang Versorgungsmöglichkeiten gibt, also genügend Krankenhäuser für Behandlungen zur Verfügung stehen. Was genügend ist, bedarf der politischen Entscheidung. Aber die Sicherung eines Mindestbestandes bleibt ungeachtet dessen in den meisten Staaten ein allgemeines politisches und rechtliches Ziel. In diesem Sinn besteht eine staatliche Infrastrukturverantwortung. Dem Markt kann deshalb die Krankenhausversorgung nicht völlig überlassen werden. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren ist ein Verfahren zur Entdeckung von Handlungsoptionen, die ohne sein Bestehen entweder unbekannt bleiben oder doch zumindest nicht genutzt werden

182 Dazu bereits oben, IV. 2. a).

183 Vgl. zu Informationsdefiziten *Breyer/Zweifel/Kifmann*, Gesundheitsökonomik, 5. Aufl. 2004, S. 179 ff.; zusammenfassend *Spiecker gen. Döhmann*, Zur Wettbewerbsfähigkeit der Gesundheitsgüter, in: *Schmehl/Wallrabenstein* (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1: Wettbewerb, 2005, S. 1, 13 ff.

184 Näher *Nullmeier*, Vermarktlichung des Sozialstaats, WSI Mitt. 9/2004, S. 495, 497 f.

185 Das gilt für steuerfinanzierte Leistungen ebenso wie für Zwangsversicherungen, wenn dort eine Spreizung der Prämien bzw. Beiträge je nach Inanspruchnahme von Gütern nicht vorgesehen ist.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

würden.[186] Es wäre nicht notwendig, wenn seine Ergebnisse vorhersagbar wären.[187] Mit einer solchen Unsicherheit verträgt sich die Infrastrukturverantwortung nicht. Es sind deshalb zumindest Sicherungen erforderlich, die eine Ergebniskontrolle ermöglichen. Dafür eingesetzte Instrumente reichen von einer Planung nach Bedarfsgrößen über eine Steuerung des Zugangs von Patienten bis zu einer Insolvenzsicherung.

3. Zur Einbettung in die Gesamtrechtsordnung und den faktischen Hintergründen

Die folgenden Länderberichte nehmen in ihrem zweiten Teil die vorstehend beschriebene Unterscheidung von Rechts- und Wettbewerbsverhältnissen auf und stellen diese im einzelnen dar. Sie befassen sich eingehend mit den Grenzen und Möglichkeiten der jeweiligen Wahlentscheidungen und beschreiben die zu deren Regelung eingesetzten rechtlichen Instrumente.

Welche Instrumente zur Verfügung stehen und auch, wie diese zu bewerten sind, hängt nicht zuletzt von den normativen und faktischen Rahmenbedingungen ab. Deshalb wird in einem ersten Teil der Länderberichte auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben und die grundsätzliche Anlage des Gesundheitswesens eingegangen, wobei auch die wichtigsten Kennzahlen zur Krankenhausversorgung genannt werden.

186 Vgl. *v. Hayek,* Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968, S. 3.

187 Vgl. *v. Hayek,* Recht, Gesetz und Freiheit, 2003, S. 374 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Länderberichte

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahl und Wettbewerb im regulierten System – Normative Steuerung der Krankenhausversorgung in Deutschland

*Markus Sichert**

Abkürzungen 62

Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze und Verordnungen für das Gesundheitswesen 67

I. Grundlagen 69
1. Der institutionelle Rahmen 73
1.1. Gesetzliche und Private Krankenversicherung 73
1.2. Finanzierungsstrukturen und solidarischer Ausgleich in der GKV bis 2008 76
1.3. Das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz 78
1.3.1. Organisationsstrukturen und Wettbewerbsgrundlagen 78
1.3.2. Insbesondere: Neuordnung der Finanzierungsgrundlagen 79
1.4. Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen: Insolvenzfähigkeit auch der gesetzlichen Krankenkassen 81
2. Kernfragen des Wettbewerbs und der Regulierung im Gesundheitswesen 82
2.1. Die Rolle der Krankenhausversorgung 82
2.1.1. Die Krankenhausbehandlung und ihre Formen 83
2.1.2. Zur Relation zwischen ambulanten und stationären Behandlungsformen 86
2.1.3. Das Krankenhaus im Blickpunkt neuer Versorgungs- und Kooperationsformen 88
2.1.3.1. Das Krankenhaus – herausragender Akteur unter den Leistungserbringern 88
2.1.3.2. Integrierte Versorgung (IV) 89
2.1.3.3. Medizinische Versorgungszentren 90
2.1.4. Das Vordringen der Krankenhäuser in den ambulanten Bereich als Ausdruck des Wettbewerbs um den Erwerb von Krankenhäusern 91
2.1.5. Wettbewerb und Vergütungsstrukturen 92
2.1.5.1. Leistungsorientierung der Vergütung 93
2.1.5.2. Investitionskosten als Vergütungsbestandteil 94
2.1.6. Wettbewerb und Planung 97
2.1.7. Wettbewerb der Trägerstrukturen und Vertragswettbewerb 97
2.1.8. Qualität und Wettbewerb 98
2.2. Kostenbegrenzung und -kontrolle 99
2.2.1. Leistungsausgaben für die Krankenhausbehandlung in der GKV 100
2.2.2. Leistungsausgaben für die Krankenhausbehandlung in der PKV 101
2.2.3. Kosten der Krankenhäuser 102
2.2.4. Beteiligung der Krankenhäuser an finanziellen Stabilisierungsmaßnahmen 102

* Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

2.2.4.1. Rechnungskürzungen mit Finanzierungsfunktion (Anschubfinanzierung IV) 102
2.2.4.2. „Sanierungsbeitrag“ der Krankenhäuser 104
2.2.5. Investitionen 105
2.3. Normative Steuerung und die politische Diskussion 107
2.3.1. Normative Steuerung 107
2.3.1.1. Normative und administrative Steuerung 108
2.3.1.2. Steuerung durch den formellen Gesetzgeber (Verantwortungsträger) 108
2.3.1.3. Doppelstellung der Länder als Adressaten und Verantwortungsträger 109
2.3.1.4. Steuerungsziele 109
2.3.1.5. Adressaten (I) – individuelle Leistungserbringer und Kostenträger 109
2.3.1.6. Adressaten (II) – (Spitzen-)Verbände und korporatistische Steuerung 110
2.3.1.7. Steuerungsansätze und -instrumente 110
2.3.1.8. Steuerungsaufwand und -anreize; Datenrelevanz 111
2.3.2. Akzente politischer Diskussion um die Krankenhausversorgung 112
3. Die Krankenhausversorgung 114
3.1. Der „Krankenhaussektor” 114
3.2. Organisationsstruktur des Krankenhaussektors 115
3.2.1. Determinanten 115
3.2.2. Zahl, Typologie und Organisation der Krankenhäuser 115
3.2.2.1. Trägerschaft 115
3.2.2.2. Krankenhaustypen und -arten 117
3.2.2.3. Unterscheidung nach Art der Zulassung 118
3.2.3. Aufgestellte Betten und Patientenbewegung 118
3.2.4. Ärztliches und nichtärztliches Personal 119
3.3. Historische Entwicklung 119
3.3.1. Funktionswandel der Krankenhäuser 119
3.3.2. Historische Entwicklung der Krankenhausfinanzierung 121
3.4 Rechtlicher Rahmen 125
3.4.1. Allgemeines 125
3.4.2. Recht der Krankenhausfinanzierung 126
3.4.2.1. Grundzüge 126
3.4.2.2. Aktuelle Entwicklungen im Zuge des KHRG 129
3.4.3. Krankenhausplanungsrecht 131
3.4.4. Leistungsrecht und Leistungserbringungsrecht 132
3.5 Kostenträger 132
4. Wettbewerb und Gesundheitsversorgung 134
4.1. Die Idee des Wettbewerbs 134
4.2. Wettbewerb im Gesundheitswesen 135
4.3. Verfassungsrechtliche Fundierung 138
4.3.1. Verfassungsrechtlicher Schutz der Formen freier wirtschaftlicher Betätigung 138
4.3.2. Grundrechtlicher Maßstab für selektivvertragliches Kontrahieren 142
4.3.3. Eigentumsgarantie 143

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

4.4. Wettbewerbsrechtlicher Rahmen 144
4.4.1. Allgemeine Grundsätze der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts, v.a. im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern 144
4.4.2. Zusammenwirken von nationalem und europäischem Recht 148
4.4.3. Wettbewerbsrecht 149
4.4.3.1. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und Heilmittelwerbegesetz (HWG) 149
4.4.3.2. EG-Beihilfenrecht 149
4.4.4. Kartellrecht 151
4.4.4.1. Nationales Kartellrecht 151
4.4.4.2. Europäisches Kartellrecht 153
4.4.5 Vergaberecht 154
4.4.6. Berufsrecht 156
4.5. Kontrollbehörden 157
4.5.1. Nationale Kartellbehörden 157
4.5.2. Europäische Kommission 158
4.5.2.1. Kartellverfahren 158
4.5.2.2. Prüfung der Vereinbarkeit von Beihilfen mit Gemeinschaftsrecht 159
4.5.2.3. Durchführung vergaberechtlicher Bestimmungen 160
4.5.3. Aufsichtsbehörden der Krankenkassen 161
4.5.4. Zuständigkeiten im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren gem. GWB 163

II. Wettbewerb und Regulierung in der Krankenhausversorgung 164
1. Verbraucherorientierte Anreize der Krankenhausauswahl 165
1.1. Gesetzliche Krankenversicherung 166
1.1.1. Das Recht zur Wahl des Krankenhauses 166
1.1.2. Die Ausübung des Wahlrechts 168
1.1.3. Die Qualität der Versorgung und Qualitätsberichte als maßgebliche Faktoren der Auswahlentscheidung 169
1.1.4. Einschränkung des Rechts der Krankenhauswahl durch „Managed Care“ 171
1.1.5. Werbung durch Krankenhäuser 172
1.2. Besonderheiten im Recht der PKV 174
2. Die Wahl der Versicherung durch den Verbraucher 176
2.1. Gesetzliche Krankenversicherung 176
2.1.1. Wahl- und Wechselrechte 176
2.1.2. Wahl der Krankenkasse aufgrund des Angebots krankenhausspezifischer Versorgungskonzepte (IV, DMP) 177
2.1.3. Wahl der Krankenkasse aufgrund tarifärer Privilegierung der Nichtinanspruchnahme stationärer Leistungen? 180
2.1.4. Die Vermittlung privater Zusatzversicherungen für die Krankenhausbehandlung seitens der Krankenkassen 181
2.1.5. Mitgliederwerbung 182
2.1.6. Wahltarif „Kostenerstattung für Chefarztbehandlung bzw. Ein-/Zweibettzimmer“? 182
2.2. Besonderheiten im Recht der PKV 183
3. Wettbewerbliche Beziehungen zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern 184
3.1. Gesetzliche Krankenversicherung 184
3.1.1. Das Grundverhältnis zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern 184
3.1.2. Besonderheiten im ambulanten Bereich 185

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3.1.3. „Regulierungsverflechtung“ 186
3.1.4. Vertragswettbewerb 186
3.1.4.1. Allgemeines 186
3.1.4.2. „DMP-Verträge“ 188
3.1.4.3. Verträge zur Integrierten Versorgung 189
3.1.5. Die Krankenkassen als Unternehmen 193
3.1.6. Ein neuer „bestimmter Markt“ innerhalb des GKV-Systems? 196
3.1.7. Pflicht zur Ausschreibung von Kooperationsverträgen 197
3.2. Besonderheiten im Recht der PKV 198
4. Wettbewerb zwischen Krankenhäusern 199
4.1. Markteintritt; Konkurrenz um die (Plan-)Position im regulierten System 200
4.2. Angebotswettbewerb und Preiswettbewerb 202
4.2.1. Preisgestaltung nach Art der Leistung 202
4.2.2. Qualität, Versorgungsangebot und Spezialisierung 204
4.2.3. Absatzmenge 206
4.2.4. Exkurs: Einflüsse veränderten Kodierverhaltens 206
4.2.5. Besondere Versorgungsformen: Konzeption und Haftung 208
4.3. Einweisungssteuerung seitens der Krankenhäuser 209
4.3.1. Gründung von und Steuerung durch MVZ 209
4.3.2. „Einweisungspauschalen“ an Ärzte 211
4.3.2.1. Die Problematik 211
4.3.2.2. Sozialrechtliches Selektivvertragsrecht versus Berufsrecht? 213
4.3.3. Vereinbarungen/Absprachen zwischen den Krankenhäusern 214
4.4. Der Wettbewerb um Kooperationsgemeinschaften: Die „Binnenkooperation“ mit anderen Leistungserbringern („Vorab-Integration“) 215
4.5. Verdrängungswettbewerb: Konzentrationsprozeß und Gemeinwohlaufgaben 216
4.5.1. Entwicklungstendenzen 216
4.5.2. Verlustausgleich 217
4.6. Fusionswettbewerb 219
4.7. Wettbewerbsdruck und strukturelle Reorganisation 220
4.7.1. Allgemeine Tendenzen, Zentrenbildung und Bedeutung für die Notfallversorgung 221
4.7.2. Symbiose von Plankrankenhaus und gewerblicher Privatklinik 222
4.7.3. Case- und Personalmanagement 224
4.7.4. Grunddaten der Krankenhäuser: Indikatoren struktureller Reorganisation? 225
5. Wettbewerb zwischen den Versicherungsträgern 227
5.1. Gesetzliche Krankenkassen als Konkurrenten im Wettbewerb 227
5.1.1. Exkurs: Der Risikostrukturausgleich (RSA) alter Prägung 228
5.1.2. Interner Steuerungsmechanismus: Neuordnung der Finanzierungsströme im Zeichen des Gesundheitsfonds 229
5.1.2.1. (Risikoadjustierte) Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds 229
5.1.2.2. Kassenindividuelle Finanzierungsinstrumente (Zusatzbeiträge, Prämien) 232
5.1.3. Externer Kontrollmechanismus: Zur Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts 233
5.1.3.1. Allgemeines und Mitgliederwerbung 233
5.1.3.2. Fusionskontrolle 235

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5.1.4. „Ausschluss vom Markt“: Schließung und Insolvenz 238
5.2. Wettbewerb zwischen privaten Versicherungsunternehmen 240
5.3. Wettbewerb zwischen gesetzlichen Krankenkassen und PKV-Unternehmen 241

III. Wesentliche Ergebnisse – Wahl und Wettbewerb im regulierten System 244
1. Zur Einführung und Kontrolle marktförmiger Strukturen durch Recht 244
2. Steuerungseffekte und Interdependenzen 249
2.1. Finanzierung, Ausgaben und Effizienz 249
2.2. Zusammenwirken und Wechselwirkungen: „Regulierungsverflechtung“ 250
2.3. Wettbewerbsverzerrungen und exogene Stützung 251
3. Fazit 252

Literatur 253

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungen

A.a.O.	An angegebenem Ort
AEV	Arbeiter-Ersatzkassen-Verband e.V. (m.W. zum 31.12.2008 aufgelöst, s. vdek)
a.F.	alte(r) Fassung
Abs.	Absatz
AfG	Ausschuss für Gesundheit
AMPreisV	Arzneimittelpreisverordnung
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse(n)
ApoG	Gesetz über das Apothekenwesen (Apothekengesetz)
ApoR	Apotheke und Recht (Zeitschrift)
A&R	Apotheke und Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVWG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BayKrG	Bayerisches Krankenhausgesetz
BayGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
Bd.	Band
Beck-OK	Beckscher Online-Kommentar (Sozialrecht)
Bek.	Bekanntmachung
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BKK	Betriebskrankenkasse
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMGS	(vormals) Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung
BMV(Ä)	Bundesmantelvertrag - Ärzte
BPflV	Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespflegesatzverordnung)
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts (amtliche Sammlung)
bspw.	beispielsweise
BSSichG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
BStatG	Bundesstatistikgesetz
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVA	Bundesversicherungsamt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

CSU	Christlich Soziale Union
DÄ	Deutsches Ärzteblatt
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
ders.	derselbe, denselben
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe, dieselben
DIMDI	Deutsches Institut für medizinische Dokumentation und Information
DKG	Deutsche Krankenhausgesellschaft
DKI	Deutsches Krankenhausinstitut
DMP	Disease Management Programm
DRG	Diagnosis Related Groups
DRV KBS	Deutsche Rentenversicherung Knappschaft Bahn See
EBM	Einheitlicher Bewertungsmaßstab
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EJSS	European Journal of Social Security
endg.	endgültig
Einl.	Einleitung
ErsK	Die Ersatzkasse (Zeitschrift)
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FPÄndG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
FPG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
FPV	Fallpauschalenvereinbarung
G	Gesetz
GA	Generalanwalt
GBA	Gemeinsamer Bundesausschuß
gem.	gemäß
GesR	Gesundheitsrecht (Zeitschrift)
Gew	Gewerbeordnung
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GKV-GRG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
GKV-OrgWG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
GKV-WSG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
gGmbH	gemeinnützige GmbH
GMG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GRG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GSG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
GuS	Gesundheits- und Sozialpolitik
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Hrsg.	Herausgeber
HWG	Gesetz über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.H.v.	in Höhe von
InEK	Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus
InsO	Insolvenzordnung
IV	Integrierte Versorgung
i.V.m.	in Verbindung mit
Jh.	Jahrhundert
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KG	Kommanditgesellschaft
KHG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
KHEntgG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
KHStatV	Krankenhausstatistikverordnung
KHuR	Krankenhaus & Recht (Zeitschrift)
KHR	Zeitschrift für das gesamte Krankenhausrecht
KHRG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
KG	Kommanditgesellschaft
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaften
KV	Kassenärztliche Vereinigung, Krankenversicherung
KrV	Die Krankenversicherung (Zeitschrift)
LG	Landgericht
LS	Leitsatz
lt.	laut
m.Änd.	mit Änderungen
MB/KK	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung/Teil I – Musterbedingungen des Verbandes der privaten Krankenversicherung
MBO	Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
Mio.	Millionen
MMG	Managementgesellschaft
Mrd.	Milliarden
MVZ	Medizinisches Versorgungszentrum
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.	Nachweis(e)
n.F.	neue(r) Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o.ä.	oder ähnliches
OLG	Oberlandesgericht
p.a.	per annum
PflWeitG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
PharmaR	Pharma-Recht (Zeitschrift)
PharmR	Pharma-Recht (Zeitschrift)

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

PKV	Private Krankenversicherung
PM	Pressemitteilung
PPP	Public Private Partnership
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
Q	Quartal
rd.	rund
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rs.(en)	Rechtssache(n)
RSA	Risikostrukturausgleich
RSAV	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
RWI	Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung
s., S.	siehe, Seite(n), Satz
SF	Sozialer Fortschritt (Zeitschrift)
SGB II	Sozialgesetzbuch (SGB) – Zweites Buch (II) – Grundsicherung für Arbeitssuchende
SGB IV	Sozialgesetzbuch (SGB) – Viertes Buch (IV) – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
SGB V	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
SGB X	Sozialgesetzbuch (SGB) – Zehntes Buch (X) – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz
SGB XI	Sozialgesetzbuch (SGB) – Elftes Buch (XI) – Soziale Pflegeversicherung
SGB XII	Sozialgesetzbuch (SGB) – Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SozSich	Soziale Sicherheit
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StBA	Statistisches Bundesamt
SVHV	Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung
tw.	teilweise
u.a.	unter anderem, unter anderen
UAbs.	Unterabsatz
u.a.m.	und anderes mehr
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
VAG	Versicherungsvertragsgesetz
VÄndG	s. Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze
vdek	Verband der Ersatzkassen e.V.
verb.	verbunden
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung
VO	Verordnung
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
Vol.	Volume
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
VVG	Versicherungsaufsichtsgesetz
zahlr.	zahlreich

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZuInvG	Gesetz zur Umsetzung der Zukunftsinvestitionen der Kommunen und Länder (Zukunftsinvestitionsgesetz – ZuInvG)

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze und Verordnungen für das Gesundheitswesen

G. v. 20.12.1988	SGB V	Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung[1]	BGBl. I S. 2477
G. v. 20.12.1988	GRG	Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz – GRG)	BGBl. I S. 2477
Bek.v. 10.4.1991	KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz – KHG)	BGBl. I S. 886
G. v. 21.12.1992	[GSG]	Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz)	BGBl. I S. 2266
v. 3.1.1994	RSAV	Verordnung über das Verfahren zum Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung (Risikostruktur-Ausgleichsverordnung – RSAV)	BGBl. I S. 55
v. 26.9.1994	BPflV	Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespflegesatzordnung – BPflV)	BGBl. I S. 2750
G. v. 22.1.1999	[GKV-GRG]	Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000)	BGBl. I S. 2626
G. v. 23.4.2002	KHEntgG	Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (Krankenhausentgeltgesetz – KHEntgG)	BGBl. I S. 1412, 1422
G. v. 23.4.2002	FPG	Gesetz zur Einführung des diagnoseorientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz – FPG)	BGBl. I S. 1412
G. v. 23.12.2002	BSSichG	Gesetz zur Sicherung der Beitragssätze in	BGBl. I S. 4637

1 Verkündet als Art. 1 GRG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

		der gesetzlichen Krankenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung (Beitragssatzsicherungsgesetz – BSSichG)	
G. v. 17.7.2003	FPÄndG	Gesetz zur Änderung der Vorschriften zum diagnose-orientierten Fallpauschalensystem für Krankenhäuser (Fallpauschalenänderungsgesetz – FPÄndG)	BGBl. I S. 1461
G. v. 14.11.2003	GMG	Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG)	BGBl. I S. 2190, geänd. durch G. v. 15.12.2004, BGBl. I S. 3445
G. v. 15.12.2004	2.FPÄndG	Zweites Gesetz zur Änderung der Vorschriften zum diagnose-orientierten Fallpauschalensystem für Krankenhäuser und zur Änderung anderer Vorschriften (Zweites Fallpauschalenänderungsgesetz – 2. FPÄndG)	BGBl. I S. 3429
G. v. 26.4.2006	[AVWG]	Gesetz zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung	BGBl. I S. 984
G. v. 22.12.2006	VÄndG	Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze (Vertragsarztrechtsänderungsgesetz – VÄndG)	BGBl. I S. 3439
G. v. 26.3.2007	GKV-WSG	Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG)	BGBl. I S. 378
G v. 28.5.2008	[PflWeitG]	Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz)	BGBL. I S. 874
G. v. 15.12.2008	GKV-OrgWG	Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)	BGBl. I S. 1426
G. v. 17.3.2009	KHRG	Gesetz zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009 (Krankenhausfinanzierungsreformgesetz – KHRG)	BGBl. I S. 534

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

I. Grundlagen

Wahlmöglichkeiten dominieren im Wettbewerb, und „Wettbewerb" dominiert die Wortwahl gesundheitspolitischer Reformvorhaben der jüngeren Zeit. Die „wettbewerbliche und freiheitliche Ausrichtung des Gesundheitswesens" war das zentrale Postulat zur Gesundheitspolitik seitens der koalierenden Parteien eingangs der 16. Wahlperiode (2005-2009),[2] in der die v.a. seit dem GKV-Modernisierungsgesetz (GMG, 2003)[3] so genannte „solidarische Wettbewerbsordnung" fortentwickelt wurde.

Den Auftakt der Reformvorhaben[4] bildete das Gesetz zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung (AVWG) mit dem Ziel, den „Preiswettbewerb zu beleben". Änderungen des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze (VÄndG) dienten der Beseitigung von Wettbewerbshindernissen, um „die vertragsärztliche Berufsausübung effizienter und damit wettbewerbsfähiger zu gestalten".[5] Verstärkt „wettbewerblich ausgerichtet" wurde das Gesundheitssystem alsdann durch das überwiegend zum 1.4.2007, 1.7.2008 und 1.1.2009 in Kraft getretene „Wettbewerbsstärkungsgesetz" (GKV-WSG). Es verfolgt einen „Wettbewerb um Qualität und Wirtschaftlichkeit"[6] und offeriert „mehr Wahlmöglichkeiten und neue Leistungen für GKV-Versicherte"[7] ebenso wie „mehr Wettbewerb der Leistungserbringer durch größere Vertragsfreiheit für Krankenkassen"[8] Das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) schließlich konkretisiert diese Ausrichtung und „steuert nach", indem vor dem Hintergrund des bis dahin ungleichen Insolvenzrechts für bundesunmittelbare Kassen einerseits und landesunmittelbare andererseits die „ungleichen wettbewerblichen Ausgangspositionen" beseitigt und die Regelungen über die Haftung bei Schließung einer Krankenkasse im Hinblick auf die „wettbewerblichen Strukturen des GKV-Systems" angepasst werden sollen.[9]

Diese Begriffsdominanz sagt nicht zwingend etwas darüber aus, welches primäre Ziel der Gesetzgeber bzw. mit welcher Intensität er dieses verfolgt. Betreibt er die „Stärkung des Wettbewerbs" um der korrespondierenden Freiheit der Akteure willen oder dient diese zuvorderst der Instrumentalisierung zur effizienten Versorgung in Diensten der Solidargemeinschaft? Es steht zu vermuten, daß die Antwort – wenngleich in unterschiedlicher Gewichtung – beide Aspekte in sich vereint; v.a. ist offensichtlich,

2 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11.1.2005, www.cducsu.de/upload/koavertrag0509.pdf, B IV. 7.2.2., S. 103.

3 Vgl. BT-Drs. 15/1525, S. 1, 71.

4 Vgl. die Übersicht „Auswahl wichtiger (Reform-)Gesetze für das Gesundheitswesen".

5 BT-Drs. 16/2474, S. 1.

6 Vgl. BT-Drucks. 16/3100, S. 85.

7 A.a.O., S. 85.

8 A.a.O., S. 86.

9 BT-Drs. 16/9559, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

daß sich Wettbewerb seinerseits in normativ beschriebenen Bahnen vollzieht.[10] Danach gilt es, Instrumentarien, Kausalitäten und Potenziale zu identifizieren und ggf. zu bewerten. Das AVWG markiert offen das Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und (Preis-)Regulierung,[11] und der im GKV-WSG verfolgte Ansatz eines Wettbewerbs starker Marktteilnehmer geht einher mit einer – zentralisierenden – Straffung von Organisationsstrukturen, wie etwa der Bündelung von Kompetenzen beim neu gebildeten Spitzenverband Bund der Krankenkassen, sowie mit der konzentrierten Neuordnung der Finanzströme.

Wendet man den Blick nunmehr auf die im selben Zeitraum markanten äußeren Fakten, so fällt auf, daß die Ausgaben für die stationäre Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung 2006 erstmals die Marke von € 50 Mrd. übersteigen und im Jahr darauf erstmals mehr als € 1.000 je Mitglied betragen.[12] Zugleich setzt sich der Konzentrationsprozess auf Seiten der Kostenträger und Leistungserbringer (Krankenhäuser) fort: Nach der amtlichen Statistik KM1 existierten im Januar 2009 noch 202 gesetzliche Krankenkassen.[13] Aus dem zum 1. Januar 2009 gestarteten Gesundheitsfonds erhielten genau 193 Krankenkassen[14] Zuweisungen zur Deckung ihrer Ausgaben. Gegen Ende der Wahlperiode schließlich näherte sich die kontinuierlich sinkende Zahl der Krankenhäuser der Marke von 2.000 Einrichtungen.

Als größter Ausgabenposten nicht nur der gesetzlichen, sondern auch der privaten KV rückt die Krankenhausbehandlung naturgemäß in den Mittelpunkt, soweit der Reformbedarf - wie etwa im GKV-WSG - mit der Ineffizienz der verwendeten Mittel, aber auch dem nicht optimalen Einsatz der Ressourcen an Schnittstellen der Versorgung begründet wird.[15] Zu Beginn des Jahres 2009 attestierte eine Untersuchung des *RWI* zu „Effizienzreserven im Gesundheitswesen“ [16] dem Krankenhaussektor bezogen auf das Jahr 2007 ein konservativ geschätztes Einsparpotenzial von € 2,19 Mrd., das auf der Basis optimistischer Schätzungen gar € 4,37 Mrd. betragen soll.

Dieses Szenario mutet zunächst seltsam an, führt man sich die Brisanz der wirtschaftlichen Situation der Krankenhäuser entsprechend den Umfragen 2007 und 2008 (Krankenhaus Barometer) des *DKI* vor Augen.[17] Danach schrieben 28% (Umfrage

10 Vgl. BGH, Beschl. v. 16.1.2008, KVG 26/07, NZS 2008, S. 653 (654): „Durch die staatliche Förderung und wirtschaftliche Planung des Krankenhauswesens wird in erheblichem Maße regulierend auf den Marktzutritt, die Marktbedingungen und die Marktentfaltung der Krankenhäuser Einfluss genommen.“.

11 Vgl. *Sichert*, Neue Versorgungsformen und Rabattregelungen für ausländische Leistungserbringer, EuR, Beiheft 2/2007, S. 101 ff.

12 Näher unten II.2.1.

13 BMG, Ergebnisse der GKV-Statistik KM1, Stand: 10. März 2009.

14 Die landwirtschaftlichen Krankenkassen nehmen am Risikostrukturausgleich nicht teil, § 266 Abs. 9 SGB V.

15 BT-Drs. 16/3100, S. 87.

16 *Augurzky/Tauchmann/Werblow/Felder*, Essen, 2009.

17 *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2007; Umfrage 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2007) bzw. knapp 30% (2008) der (304 bzw. 347 an der Umfrage beteiligten) Krankenhäuser Verluste.[18] Der Umfrage 2007 zufolge befürchteten 42% der beteiligten Häuser eine Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Situation für das Jahr 2008 gegenüber 2007.[19] Hinsichtlich der Kostendeckung im DRG-System meldete ein Viertel der Häuser, daß im Jahr 2006 eine Deckung nicht zu erzielen war, da in diesen Häusern zu viele der ihrer Ansicht nach nicht angemessen (relativ) bewerteten Leistungen erbracht wurden.[20] Der Anteil der Krankenhäuser mit einem Jahresüberschuss war im Folgejahr wiederum rückläufig (-3,5%).[21]

Die *DKG*[22] warnte, die Streichung von € 4 Mrd. ginge angesichts der Personalkostenquote mit einer Streichung von ca. 60.000 Arbeitsplätzen einher, und mahnte im Kontext der Finanzkrise 2008/2009 zusätzliche Investitionen im Krankenhausbereich an. Die von der *DKG* entsprechend in Auftrag gegebenen Prognos-Studie[23] attestiert solchen Investitionen besonders günstige makroökonomische Auswirkungen in Form einer zusätzlichen Bruttowertschöpfung von 0,85% BIP-Zuwachs bei € 10 Mrd. Investitionsvolumen[24] bzw. einem Multiplikator je investiertem Euro von 1,8.

Schon hier scheint eine Verflechtung politischer Ziele auf, auch wenn die vorgenannte Forderung nur zum Teil Eingang in das sog. „Konjunkturpaket II“ gefunden hatte: So wurden im Rahmen des Zukunftsinvestitionsgesetzes (ZuInvG) gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Ziff. 2 lit. a) auch Krankenhäuser als „Investitionsschwerpunkte Infrastruktur“ anerkannt, die neben zahlreichen weiteren sowohl im Bereich der Bildungs- als auch der allgemeinen Infrastruktur mit insgesamt € 10 Mrd. (§ 1 Abs. 1 S. 2 ZuInvG) gefördert werden sollen. Überdies wurde die in Art. 14 des Gesetzes zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland verankerte Senkung des allgemeinen Beitragssatzes zur GKV[25] in den Dienst von Beschäftigung und Stabilität gestellt, wobei die Umsetzung durch die entlastungswirksam vorgezogene Erhöhung des Bundeszuschusses (Art. 13 des Gesetzes) nur bedingt mit der gesetzlichen Funktionsbindung, nämlich der „pauschale(n) Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen“ [26] korreliert.

Ansätze zur Neuordnung des Krankenhausbereichs kreisen seit langem um Fragen einer Reform des Vergütungssystems und der Investitionskostenfinanzierung. Im lang-

18 A.a.O., S. 77 (Umfrage 2007), bzw. S. 62 (Umfrage 2008).

19 Umfrage 2007, S. 80.

20 A.a.O., S. 19.

21 Umfrage 2008, S. 62.

22 Pressemitteilung vom 8. Januar 2009 (www.dkgev.de).

23 Zusammenfassung unter www.dkgev.de; Zugriff: Jan. 2009.

24 S. auch unten I.2.2.5.

25 Vgl. Art. 13 und 14 des Gesetzes zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2. März 2009, BGBl. I 2009, S. 416 (431); vgl. zur Begründung noch BT-Drs. 16/11740, dort S. 1, 33.

26 Allgemein kritisch *Rixen*, in: Becker/Kingreen, SGB V 2008, § 221 Rn. 3 und 4 („paradoxe Formulierung“).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jährigen Streit um Verknüpfung und Interdependenz beider Aspekte stoßen die vehement verfochtenen Grundsatzpositionen immer wieder und oftmals unversöhnlich aufeinander. In der Reformdiskussion ringen zwei Konzepte um die Vorherrschaft: Die Umstellung zugunsten einer integrierten Abbildung und Finanzierung auch der Investitionskosten über die Leistungsvergütung (*Monistik*) einerseits und Ansätze zur modifizierten Fortentwicklung der externen und im föderativen Kompetenzgeflecht dezentralen (Steuerung der) Investitionskostenfinanzierung durch die Landesverwaltung (*dualistische Finanzierung*) andererseits. Hinzu kommen v.a. Fragen der Eröffnung selektiver Vertragsschlusskompetenzen auch im Krankenhausbereich sowie Ansätze zur Überwindung der Schnittstellen, insbesondere zwischen dem ambulanten und stationären Sektor.

Während die Integration von ambulantem und stationärem Bereich sowie das Vordringen des Krankenhauses in den ambulanten Bereich bereits im Zuge des GKV-WSG erleichtert wurden, befindet sich die Krankenhausfinanzierung – wie auch der Krankenhausmarkt überhaupt[27] – weiterhin in einer höchst komplexen Phase des Umbruchs. Es galt zunächst, den Zeitraum bis zum Ende der sog. Konvergenzphase zur Einführung der DRG zu bewältigen, innerhalb dessen die Krankenhausbudgets bis zum 1. Januar 2009 an landesweit einheitliche Preise angeglichen wurden, sich den Landesbasisfallwerten anzunähern hatten.[28] Der Gesetzgeber hatte sich bis dahin „auf gesetzliche Regelungen bis zum Ende der Konvergenzphase beschränkt“[29] und das Vorhaben eines „Gesetz[es] zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009“ (KHRG) zukünftiger Gesetzgebung überantwortet, die am 17. März ihren Abschluss fand.[30] Im Hinblick darauf, daß weder der monistischen Finanzierung[31] noch selektivem Preiswettbewerb zum Durchbruch verholfen wurde, erfuhr bereits der Entwurf deutliche Kritik.[32]

In der Tat fällt auf, daß sich das KHRG eher als Konglomerat an Einzelregelungen präsentiert, anstatt neue „ordnungspolitisch“-konzeptionelle Grundprinzipien zu etablieren. Man mag dies als Konsequenz der bisherigen Anlage des DRG-Systems empfinden. Indes wäre eine stärker wettbewerbsorientierte Weiterentwicklung im vorgesehenen DRG-System möglich gewesen, ungeachtet der Frage seiner Weiterentwicklung. Während der 32seitige Entwurf des GKV-OrgWG in nahezu derselben Zahl Bezüge

27 Vgl. dazu *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2006 (2007).

28 S. näher *Leclerque/Friedrich*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2008/2009 (2009), S. 229 ff.; s. auch *Braun//Rau/Tuschen*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2007 (2008), S. 3 (10): „Ziel der Konvergenzphase ist die Verbesserung der Ressourcenallokation durch Überführung der historisch krankenhausindividuell und kostenorientiert vereinbarten Krankenhausbudgets an ein leistungsbezogenes Preisniveau auf Landesebene im Jahr 2009“.

29 Vgl. BT-Drs. 16/10807, S. 1.

30 BGBl. I, S. 543.

31 S. aber unten I.3.4.2.2.

32 Vgl. etwa die auf der homepage des Bundestages abrufbaren Stellungnahmen der Einzelsachverständigen *Neubauer*, Drs. 16(14)90447(6), *Ebsen*, Drs. 16(14)90447(39), und *Wasem*, Drs. 16(14)90447(21).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zum „Wettbewerb“ aufweist, ist davon im 48seitigen KHRG-Entwurf, von einer Bezugnahme auf das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz einmal abgesehen, nur einmal die Rede. Dennoch bringt diese Passage[33] die Überzeugung des Gesetzgebers von einem „leistungsorientierten Vergütungssystem“ zum Ausdruck, „bei dem Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern herrscht und Strukturveränderungen grundsätzlich erwünscht sind“.

Seit Beginn des Jahres 2009 steht auch die Entwicklung des Krankenhausmarktes im Kontext der Reform der allgemeinen Finanzierungsstrukturen der GKV. Von Bedeutung ist dies, weil sich Profil und Marktmacht der Kassen als Kostenträger und Vertragspartner verändern, insbesondere ein Fusions- bzw. Konzentrationsprozess eingesetzt hat, der in Verbindung mit den wettbewerbserheblichen Finanzierungsregelungen und auch mit der Einführung der insolvenzrechtlichen Vorschriften im Zusammenhang steht.

Vor diesem Hintergrund ist das Konzept der Steuerung durch Wettbewerb näher zu betrachten, v.a. die Justierung im Spannungsfeld zur Regulierung. Daß sich beide Ansätze jedenfalls aus sozialrechtlicher Warte nicht antinomisch gegenüber stehen müssen, zeigt bereits das Konzept vom „Wettbewerb um Qualität und Wirtschaftlichkeit“: „Wirtschaftlichkeit“ bedeutet hier keinen betriebswirtschaftlich autonom zu bestimmenden Ist-Zustand, sondern eine *normative Größe*, ein sozialrechtliches Gebot (§ 12 SGB V), dessen Einhaltung (vor allem) nach sozialrechtlich vorbestimmten und auszufüllenden (medizinischen) Standards zu beurteilen ist. Dasselbe gilt für die Qualität.

Um Potential und Grenzen der Mechanismen normativer Steuerung[34] im Bereich der Krankenhausversorgung entsprechend der zentralen Fragestellung der Untersuchung ergründen zu können, bedarf es zunächst eines allgemeinen Überblicks über die Systeme der GKV und der PKV. Das Krankenhausrecht wird dabei zunächst weitgehend ausgeblendet; es wird in den jeweiligen Funktionszusammenhängen ausführlich erörtert.

1. Der institutionelle Rahmen

1.1. Gesetzliche und Private Krankenversicherung

In der Bundesrepublik mit 82,2 Mio. Einwohnern[35] erfolgt die versicherungsbezogene Vorsorge gegen das Risiko „Krankheit“ in erster Linie durch die Systeme von GKV und PKV. In beamtenrechtlichen Dienstverhältnissen wird ein Teil der Absicherung in Form der auf Beamtenrecht basierenden Beihilfe gewährt. Die GKV ist öffentlich-rechtlich organisiert. Träger sind die Krankenkassen als – nicht grundrechtsfähi-

33 BT-Drs. 16/10807. S. 30.

34 S. unten I.2.3.1.

35 Statistisches Bundesamt (StBA), Bevölkerungstand, 2007, abrufbar unter www.destatis.de.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ge[36] – Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung, die nach einzelnen Kassenarten gegliedert sind.[37] Träger der PKV sind private Versicherungsunternehmen.

Das für die Untersuchung zentrale System der GKV gründet auf den Prinzipien „Solidarität“ und „Eigenverantwortung“.[38] Der soziale Ausgleich kommt v.a. in der Familienversicherung zum Ausdruck. Ehegatten, Lebenspartner und Kinder von Mitgliedern genießen Versicherungsschutz und haben eigene Leistungsansprüche aus selbständigen Versicherungsverhältnissen.[39] Die Leistungen in der GKV werden den Versicherten von den Krankenkassen zur Verfügung gestellt, sofern sie nicht der Eigenverantwortung unterliegen.[40] Der Leistungsumfang ist für alle gesetzlich Krankenversicherten im Wesentlichen gleich. Es gibt nur wenige Unterschiede,[41] z.B. unterschiedliche Präventionsangebote und damit verbundene Bonusleistungen[42] sowie besondere (Integrations- und Koordinations-)Leistungen und damit verbundene Tarife im Rahmen besonderer Versorgungsformen.[43]

Leistungen werden zur Verhütung und zur Früherkennung sowie zur Behandlung von Krankheiten erbracht.[44] Sie müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein.[45] Das in der GKV vorherrschende Prinzip ist das Sachleistungsprinzip, d.h., die Leistungen werden grundsätzlich als Sach- oder Dienstleistung erbracht.[46] Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, dem Patienten die von diesem verauslagten Kosten zu erstatten (Erstattungsprinzip).[47] Die Leistungen werden von den zur Versorgung der Versicherten berechtigten Leistungserbringern wie Ärzten, Krankenhäusern und Apotheken erbracht. Ihre Beziehungen zu den Krankenkassen sind im Leistungserbringungsrecht besonders geregelt.[48] Auch entfernter beteiligte Akteure – wie zum Beispiel pharmazeutische Unternehmen – sind dort genannt. Im Jahre 2008 bestand Versiche-

36 S. Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG vom 9. Juni 2004 – 2 BvR 1248/03, 2 BvR 1249/03 –, NZS 2005, S. 139, ferner BVerfGE 113, 165 (227), sowie bereits BVerfGE 39, 302 (316).

37 § 4 SGB V; §§ 21 Abs. 1 SGB I, §§ 1 und 2 SGB V.

38 § 1 SGB V.

39 § 10 SGB V.

40 § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V. Die Krankenkassen erbringen die Leistungen allerdings nicht selbst und nur in Ausnahmefällen durch Eigeneinrichtungen, vgl. § 140 SGB V.

41 *Mühlhausen*, Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung (2002), S. 185 ff.

42 §§ 20, 25, 26, 65a SGB V.

43 Vgl. § 53 Abs. 3 SGB V i.V.m. den dort genannten Vorschriften.

44 Vgl. § 11 SGB V.

45 Vgl. § 2 Abs. 1, §§ 12, 70 Abs. 1 SGB V.

46 § 2 Abs. 2 SGB V.

47 § 13 SGB V.

48 §§ 69 ff. SGB V.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rungsschutz der GKV für 70,2 Mio. Versicherte (Mitglieder und mitversicherte Angehörige).[49]

Anders als in der GKV entscheiden im Recht der PKV[50] private Verträge über Art und Höhe der Versicherungsleistungen. Hier gilt das Versicherungsvertragsgesetz, und die Inhalte der Versicherungsverträge richten sich nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen für verschiedene Leistungen. Familienangehörige müssen mit eigenen Beiträgen, wenn auch meist günstigeren, eigens versichert und dafür eine Prämie gezahlt werden. Die Prämien in der PKV sind *grundsätzlich*[51] alters-, geschlechts- und risikoabhängig. Zudem werden Rückstellungen für das Alter der Versicherten gebildet. In der PKV gilt das Kostenerstattungsprinzip. Ende 2007 verfügten 8,54 Mio. Personen über eine private Krankheitsvollversicherung.[52] Gem. § 257 Abs. 2 SGB V erhalten v.a. die nur wegen Überschreitens der Jahresentgeltgrenze versicherungsfreien oder von der Versicherungspflicht befreiten und bei einem PKV-Unternehmen versicherten für sich und ihre Angehörigen (die nach § 10 SGB V familienversichert wären) einen Beitragszuschuss von ihrem Arbeitgebeber.

Im Zeichen der Reform durch das GKV-WSG wurden die PKV-Unternehmen verpflichtet, ab dem 1.1.2009 eine „Basisversicherung“ mit spezifisch solidarischer Ausprägung anzubieten, speziell vor dem Hintergrund, daß eine Gruppe von Personen bisher ohne Versicherungsschutz geblieben war. Es sind bzw. waren dies z.B. Kleinunternehmer und finanziell in Bedrängnis geratene Selbständige, die von der Versicherungspflicht in der GKV befreit waren, die aber die Beiträge nicht mehr bezahlen konnten, oder solche, die aus dem Ausland zurückkehren und nicht versichert sind.[53] Vor Einführung des Basistarifs bestand ein Kontrahierungszwang zur Versicherung dieser Personen seit dem 1.7.2007 im Standardtarif. Das Aufnahmerecht in den Basistarif ab 2009 bei jedem Versicherungsunternehmen steht bzw. stand allen in Deutschland nicht pflicht- oder freiwillig Versicherten, allen Beihilfeberechtigten, allen freiwillig GKV-Versicherten mit sechs Monaten Wechselfrist sowie allen bisher PKV-Versicherten mit 6-Monatsfrist nach Einführung des Basistarifs zu.[54] Der Beitrag darf den „Höchstbeitrag“ der GKV nicht übersteigen; zudem wurde eine Sozialgrenze eingeführt, nach der sich der Beitrag für den Basistarif um die Hälfte vermindert, wenn allein durch seine

49 BMG, Gesetzliche Krankenversicherung, Kennzahlen und Faustformeln, 1.-4. Q. 2008, Stand. 4.3.2009, Ziff. 10a; abrufbar unter www.bmg.bund.de.

50 Neben den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen sind insbesondere die §§ 12-12g und 81d des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) sowie §§ 193-208 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) maßgeblich.

51 Vgl. zum Basistarif sogleich.

52 Zahlenbericht der PKV 2007/2008, S. 27; Ende 2005 waren es demgegenüber nur 8,37 Mio. Personen, Zahlenbericht der PKV 2005/2006, S. 25.

53 Ausweislich der Gesetzesbegründung zum GKV-WSG handelt es sich um insgesamt 188.000 Personen (2003) ohne Krankenversicherungsschutz; BT-Drucks. 16/3100, Begründung, S. 94.

54 § 12 Abs. 1b VAG i.d.F. des GKV-WSG mit Wirkung zum 1. Januar 2009 (Art. 46 Abs. 10).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zahlung Hilfebedürftigkeit i.S.d. SGB II bzw. SGB XII entstehen würde.[55] Dadurch entstehende Mehraufwendungen sind in einem Risikoausgleich *auf alle beteiligten Versicherungsunternehmen* im Sinne gleichmäßiger Belastungen zu verteilen (§ 12g Abs. 1 S. 2 HS. 2 VAG), während Mehraufwendungen, die im Basistarif auf Grund von Vorerkrankungen entstehen, auf alle im Basistarif Versicherten gleichmäßig verteilt werden müssen (§ 12g Abs. 1 S. 2 HS.1 VAG, § 203 Abs. 1 S. 3 VVG). In diesem „modifizierten[56] Standardtarif" waren im Jahr 2007 insgesamt 2.898 Personen versichert; bei 1.801 dieser Personen erfolgt eine Kappung des Beitrages auf den Höchstbeitrag der GKV.[57] Unter dem Gesichtspunkt der „Konvergenz der Systeme"[58] auffällig ist die Erweiterung des Sicherstellungsauftrags der Kassenärztlichen (Bundes-)Vereinigungen auch auf die (zahn-)ärztliche Versorgung der im Standard bzw. Basistarif Privatversicherten gem. § 75 Abs. 3a SGB V, wobei ausschließlich als Privatärzte tätige Ärzte nicht erfasst sind.[59]

1.2. Finanzierungsstrukturen und solidarischer Ausgleich in der GKV bis 2008

Die Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung beruht in erster Linie auf Beiträgen,[60] die zur Hälfte von den versicherungspflichtigen Beschäftigten (Arbeitern, Angestellten und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten)[61] und zur Hälfte von deren Arbeitgebern getragen werden.[62] Bei versicherungspflichtigen[63] Rentnern beteiligt sich zur Hälfte die Rentenversicherung,[64] und freiwillig Versicherte, das sind Angehörige bestimmter leistungsfähiger Personengruppen, tragen die Beiträge allein,[65] erhalten jedoch nach Maßgabe des § 257 SGB V einen Zuschuss (vom Arbeitgeber). Freiwillig versichern[66] kann sich z.B. derjenige (Arbeiter oder Angestellte), dessen regelmäßiges Jahreseinkommen die so genannte Jahresarbeitsentgeltgrenze übersteigt.[67] Wer Arbeits-

55 § 12 Abs. 1c VAG i.d.F. des GKV-WSG mit Wirkung zum 1. Januar 2009 (Art. 46 Abs. 10).

56 Im bisher bracheneinheitlichen Standardtarif waren im Jahr 2007 insgesamt 31.046 Personen versichert, s. den Zahlenbericht der PKV 2007/2008, S. 30.

57 A.a.O.

58 *Axer*, Einbeziehung der PKV in die GKV, MedR 2008, S. 482 (492).

59 *Axer*, a.a.O., S. 488.

60 Vgl. § 220 SGB V.

61 § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V. Der Kreis der Versicherten ist im übrigen wesentlich weiter gefasst: Auch Landwirte (Nr. 3), Künstler und Publizisten (Nr. 4), Studierende (Nr. 9) sowie weitere in § 5 genannte Personengruppen sind erfaßt.

62 § 249 Abs. SGB V.

63 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 11 SGB V, zu Problemen der Vorversicherungszeit *Just*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 2008, § 5 Rn. 48 ff.

64 § 249a SGB V.

65 § 250 Abs. 2 SGB V.

66 § 9 SGB V.

67 § 6 Abs. 6 SGB V i.V.m. § 160 SGB VI und § 4 Abs. 1 der Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung. Sie beträgt im Jahre 2009 € 48.600 pro Jahr. Eine Sonderregelung gilt

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

losengeld II nach dem SGB II bezieht, ist versicherungspflichtig;[68] die Beiträge werden allerdings vom Bund (allein) getragen.[69]

Die Höhe der Beiträge richtet sich nach der individuellen Leistungsfähigkeit des Versicherten, nach seinen beitragspflichtigen Einnahmen.[70] Krankheits-, Risiko- oder Alterszuschläge werden grundsätzlich nicht erhoben. Der durchschnittliche allgemeine Beitragssatz, den die einzelnen Krankenkassen bis Ende des Jahres 2008 in ihren Satzungen individuell festlegten,[71] betrug im Jahre 2008 (1.-4. Q) 14,0% des beitragspflichtigen Einkommens.[72] Hinzu kommt seit dem Sommer 2005 ein Zusatzbeitrag in Höhe von 0,9%, den allein die Mitglieder zahlen.[73] Die bis Ende 2008 kassenindividuell erhobenen Beiträge fielen demgemäß unterschiedlich aus, mussten sich indes streng am Finanzbedarf orientieren. V.a. über diesen „Beitragswettbewerb"[74] fand ein Wettbewerb um Mitglieder statt.[75] Denn die Mitglieder,[76] also versicherungspflichtig Beschäftigte und freiwillige Mitglieder, haben seit 1996 das Recht, zwischen den Krankenkassen zu wählen, und – unter Beachtung gewisser Bindungsfristen – zu wechseln.[77] Der Beitragswettbewerb galt vormals als der wichtigste Pfeiler im Mitgliederwettbewerb. Er war indes kein vollkommener, kein echter Preiswettbewerb,[78] da die Krankenkassen an Grundprinzipien und Ausrichtung am Finanzbedarf gebunden sind. Gab es 1991 noch 1.209 Krankenkassen,[79] waren es zum 1. Januar 2009 nur noch 202.[80]

Das neben der Mitversicherung Angerhöriger wesentliche solidaritätsorientierte Element, das Wettbewerb im Rahmen einer Solidargemeinschaft erst ermöglicht, ist der kassenartübergreifende Risikostrukturausgleich (RSA), der durch die Versichertenstruk-

---

für Versicherte, die am 31.12.2002 bereits versicherungsfrei und bei einem PKV-Unternehmen krankenversichert waren, vgl. § 6 Abs. 7 SGB V (2009: € 44.100, s. § 4 Abs. 2 der vorgenannten Verordnung).

68 § 5 Abs. 1 Nr. 2 a SGB V.

69 § 251 Abs. 4 SGB V.

70 § 223 Abs. 2 S. 1; §§ 226 ff. SGB V.

71 § 194 Abs. 1 Nr. 4 SGB V a.F.

72 BMG, Gesetzliche Krankenversicherung, Kennzahlen und Faustformeln 2008 (Stand: 4.3.2009), Ziff. 11.

73 §§ 241a, 249 Abs. 1 SGB V.

74 *Mühlhausen*, Der Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung (2002), S. 167 ff.

75 Vgl. *Becker*, Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung, JZ 1997, S. 534 (537).

76 Zur Mitgliedschaft §§ 186 ff. SGB V.

77 §§ 173-175 SGB V.

78 *Mühlhausen* Der Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung (2002), S. 176.

79 BMG, Pressemitteilung vom 24. Juni 2006, eingestellt am 25.5.2006, abrufbar unter www.bmg.bund.de (Presse, Archiv, Presse 2/2006, 25.6.2006: „Ulla Schmidt begrüßt erste länderübergreifende AOK-Fusion").

80 S. vor I.1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

tur bedingte Einnahmeunterschiede und spezifisch risikobedingte Belastungsunterschiede der gesetzlichen Krankenkassen ausgleicht.[81]

1.3. Das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz

1.3.1. Organisationsstrukturen und Wettbewerbsgrundlagen

Das GKV-WSG, dessen zentrale Regelungen v.a. mit Wirkung zum 1. April 2007, 1. Juli 2008 und 1. Januar 2009 in Kraft traten,[82] verfolgt eine institutionell weit reichende Reform der GKV. Die Änderungen können hier nur kurz skizziert werden; Details normativer Steuerung bleiben der Betrachtung der rechtlichen Grundlagen bzw. der Wettbewerbsbeziehungen vorbehalten. Dies gilt auch für das Krankenhaus als Akteur,[83] welches vom GKV-WSG z.B. im Hinblick auf die (Berechtigung zur) ambulante(n) Operation nach § 116b SGB V sowie Qualitätssicherungsmaßnahmen erfasst wird.

Mit dem GKV-WSG kam es zu strukturellen Veränderungen im Bereich der Organisation der Krankenkassen, um nach der Vorstellung des Gesetzgebers erhöhten Wettbewerbs- und Leistungsanforderungen in wirtschaftlicher Weise gerecht zu werden. Es gelte „ungenutzte Potentiale für Kassenzusammenschlüsse“ zu befördern, und zwar auch über die Grenzen der Kassenarten hinweg.[84] Dies wird ermöglicht durch Beschluß der Verwaltungsräte der beteiligten Krankenkassen; Voraussetzung dafür ist allerdings die Genehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörden. Einer Straffung der Strukturen und dem Abbau von Bürokratie dient überdies die Schaffung des einheitlichen „Spitzenverband[es] Bund der Krankenkassen“,[85] der die bestehenden (vormals[86] sieben) Spitzenverbände ablöst. Er ist Körperschaft des öffentlichen Rechts und der Aufsicht durch das BMG unterstellt. Ihm obliegen u.a. der Abschluß von Verträgen und die Mitwirkung beim Erlaß von Richtlinien.[87]

Besonderer Hervorhebung bedarf darüber hinaus die Einführung von Wahltarifen[88], sei es für Selbstbehalte, besondere Versorgungsformen, für Tarife der Kostenerstattung oder die Übernahme der Kosten für Arzneimittel besonderer Therapieeinrichtungen (z.B. Homöopathie). Im übrigen wurde das Modell selektiver Verträge einzelner Kos-

81 Ausführlich unter II.5.1.1.

82 Vgl. Art. 46 Abs. 1, BGBl. I 2007, 378 (471). Im Übrigen sind – differenzierend – 11 weitere, unterschiedliche Zeitpunkte bestimmt.

83 Vgl. zum Überblick über die das Krankenhaus betreffenden Änderungen den Beitrag „GKV-WSG: Darstellung der krankenhausrelevanten Regelungen“ (ohne Autor), das Krankenhaus 2007, S. 199-206.

84 § 171a SGB V.

85 §§ 217a ff. SGB V.

86 Zum 1.1.2009 haben sich alle Ersatzkassen zum vedk zusammengeschlossen, einschließlich der Gmünder Ersatzkasse, die zuletzt einziges Mitglied im AEV war, welcher zum 31.12.2008 aufgelöst wurde.

87 § 210 Abs. 2 SGB V.

88 § 53 i.d.F. des GKV-WSG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tenträger mit ausgesuchten Leistungserbringern gestärkt, z.B. im Rahmen der hausarztzentrierten wie der besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung, mit Blick auf Verträge zur Integrierten Versorgung (IV), zur Versorgung mit Hilfsmitteln und Rabattverträge[89] zur Arzneimittelversorgung. Speziell letztere lösen mannigfache Privilegierungen der rabattierten Arzneimittel aus, z.B. durch die Bevorzugung im Wege des *aut idem* oder die diesbezügliche Freistellung der Ärzte von Wirtschaftlichkeitsprüfungen.[90]

1.3.2. Insbesondere: Neuordnung der Finanzierungsgrundlagen

Die größten Veränderungen sind mit der Neuordnung der Finanzierung entstanden. Die Krankenkassen legen den allgemeinen Beitragssatz nicht mehr autonom fest und erhalten insoweit keine individuellen Beiträge mehr. Stattdessen werden der allgemeine Beitragssatz i.H.v. zuletzt 14,9% (Juli 2009) von der Bundesregierung festgelegt (§ 241 Abs. 1 SGB V)[91] und die Beträge von den Krankenkassen und der DRV KBS[92] als Einzugsstellen[93] ebenso an den Gesundheitsfonds gezahlt (§ 271 Abs. 1 Nr. 1[94] und Nr. 3[95] SGB V), wie dort Beiträge der Direktzahler (§ 252 Abs. 2 S. 1 SGB V)[96] und der DRV Bund (§ 255 Abs. 3 S. 4 SGB V)[97] eingehen. Hinzu kommen Bundesmittel nach § 221[98] (vgl. § 271 Abs. 1 Nr. 5 SGB V). Der Grundsatz der Beitragsfinanzierung bleibt erhalten, § 220 Abs. 1 S. 1 SGB V.

89 Ausführlich *Sichert*, Neue Versorgungsformen und Rabatte für ausländische Leistungserbringer, EuR, Beiheft 2/2007, S. 101 ff.

90 *Sichert*, a.a.O., S. 123.

91 § 1 der GKV-Beitragssatzverordnung (BGBl. I 2008, S. 2109, geändert durch Art. 14 des G zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 5. März 2009, BGBl. I 2009, S. 416 (431), lautet: „Der paritätisch finanzierte Beitragssatz in der gesetzlichen Krankenversicherung beträgt, 14,0 Prozent. Der allgemeine Beitragssatz nach § 241 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch ist der um 0,9 Beitragssatzpunkte erhöhte Beitragssatz nach Satz 1."

92 § 28i S. 5 SGB IV.

93 Einzuziehen, vgl. §§ 28d, 28h und 28i SGB IV, sind v.a. der Gesamtsozialversicherungsbeitrag (vgl. § 28k Abs. 1 S. 1 HS. 2, § 28e SGB IV, § 253 SGB V) sowie sonstige Krankenversicherungsbeiträge, z.B. der freiwillig Versicherten und Studenten (vgl. §§ 250, 254 SGB V), Beiträge aus Versorgungsbezügen (§ 256 SGB V) oder der Rehabilitationsträger (§ 251 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 252 Abs. 2 SGB V).

94 I.V.m. § 28k Abs. 1 S. 1 SGB IV und § 252 Abs. 2 S. 3 SGB V.

95 I.V.m. § 28k Abs. 2 SGB IV.

96 I.V.m. § 271 Abs. 1 Nr. 4 SGB V; vgl. § 251 Abs. 3, 4 und 4a: Künstlersozialkasse, Bundesämter für Zivildienst und Wehrverwaltung, zugelassene kommunale Träger bei Bezug von Arbeitslosengeld II, Bundesagentur für Arbeit. Für die Beiträge zur Pflegeversicherung agiert der Bund insoweit als Treuhänder, vgl. § 60 Abs. 3 S. 1 HS. 2 SGB XI.

97 I.V.m. § 271 Abs. 1 Nr. 2 SGB V.

98 Satz 1 ebenfalls geändert durch Art. 13 des G zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 5. März 2009, BGBl. I 2009, S. 416 (431): „Der Bund leistet zur pauschalen Abgeltung der Aufwendung der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen 7,2 Milliarden Euro für das Jahr 2009 und 11,8 Milliarden Euro für das Jahr 2010 in monatlich zum ersten Bankarbeitstag zu überweisenden Teilbeträgen an den Gesundheitsfonds." Nach S. 2 erhöhen sich die Leis-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aus dem Gesundheitsfonds erhalten die Krankenkassen Zuweisungen zur Deckung ihrer Ausgaben (§ 266 Abs. 1 SGB V). Die Zuweisungen sind – bezogen auf die standardisierten Leistungsausgaben – nach den Grundsätzen des Risikostrukturausgleichs alters-, geschlechts- und risikoadjustiert. Der nunmehr allein ausgabenseitig angelegte RSA ist integraler Bestandteil des Gesundheitsfonds[99] und soll entsprechend der morbiditätsorientierten Weiterentwicklung dem Ziel fairer Wettbewerbsgrundlagen im Solidarsystem, insbesondere der Vermeidung von Risikoselektion, noch besser gerecht werden. Die Einzelheiten[100] zur Ermittlung der Zuweisungen und der Verfahrenssystematik regeln § 266 ff. SGB V sowie die §§ 35ff. RSAV.[101]

Entgegen a.A. ist der Gesundheitsfonds (vgl. § 271 Abs. 1 SGB V) kein Sondervermögen *des Bundes*, sondern gemeinschaftliches Sondervermögen der Krankenkassen.[102] Von der Vermögensträgerschaft indes ist die Verwaltungsträgerschaft zu unterscheiden: Verwaltungsträger ist der Bund und die für die Verwaltung zuständige Behörde, das Bundesversicherungsamt (BVA), als selbständige Bundesoberbehörde in ihrer Funktion als Durchführungsbehörde.

Soweit der Finanzbedarf einer Krankenkasse aus dem Fonds nicht gedeckt ist, hat sie von ihren Mitgliedern einen individuellen Zusatzbeitrag zu erheben.[103] Soweit umgekehrt die Zuweisungen den Finanzbedarf übersteigen, kann die Kasse Prämien an ihre Mitglieder auszahlen, wenn hinreichend Rücklagen gebildet wurden.[104] Zusatzbeitrag und Prämie sind nach Vorstellung des Gesetzgebers zusätzliche Wettbewerbsinstrumente.[105] Sie sollen als kostenorientierter Wettbewerbsparameter, soweit sich dieser durchsetzt, den Mitgliederwettbewerb in ähnlicher Weise steuern wie vormals der Beitragssatzwettbewerb.[106] Der Zusatzbeitrag, den das Mitglied allein zu tragen hat, ist unmittelbar von diesem an die Kasse zu zahlen; er ist kein (vom Arbeitgeber zu zahlender) Gesamtsozialversicherungsbeitrag[107], zumal kein Quellenabzug erfolgt.[108] In Umkehrung dieser Grundsätze dürfen Prämien auch nur an Mitglieder ausgeschüttet werden und kommen den Arbeitgebern ungeachtet der bis auf 0,9% paritätischen Finanzierung

tungen des Bundes in den Folgejahren um jährlich 1,5 Milliarden Euro bis zu einer jährlichen Gesamtsumme von 14 Milliarden Euro.

99 *Pfohl/Sichert*, Der Gesundheitsfonds: Sondervermögen des Bundes oder der Krankenkassen?, NZS 2009, S. 71 (72 f.).

100 Siehe *Göpffarth*, Wie der morbiditätsorientierte Finanzkraftausgleich funktioniert, Soziale Sicherheit 2009, S. 12 ff.

101 Näher unten II.5.1.2.1.

102 Ausf. *Pfohl/Sichert*, Der Gesundheitsfonds: Sondervermögen des Bundes oder der Krankenkassen?, NZS 2009, S. 71 (72 f.).

103 § 242 Abs. 1 SGB V.

104 § 242 Abs. 2 SGB V.

105 BT-Drs. 16/3100, S. 165.

106 S. unter II.5.1.2.2.

107 Vgl. § 28e SGB IV.

108 S. BT-Drs. 16/3100, S. 266; BT-Drs. 16/4247, S. 54, sowie § 251 Abs. 6, § 252 Abs. 1 S. 2 und § 266 Abs. 1 S. 1 SGB V.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

des (Großteils des) allgemeinen Beitragssatzes nicht zugute.[109] Sowohl Zusatzbeitrag als auch Prämie können als Pauschale oder in Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen in der Satzung festgelegt werden.[110] Der Zusatzbeitrag ist auf ein Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen des Mitglieds begrenzt (§ 242 Abs. 1 S 2 SGB V).

1.4. Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen: Insolvenzfähigkeit auch der gesetzlichen Krankenkassen

Im Zeichen der Weiterentwicklung des Wettbewerbs in der GKV erkannte der Gesetzgeber das wesentliche Bedürfnis, die „finanziell bedeutsame Ungleichbehandlung" in Form der Geltung der Insolvenzordnung (InsO) nur für die bundesunmittelbaren Krankenkassen zu beseitigen.[111] Gleichzeitig galt es seiner Auffassung nach zu bedenken, daß die bisherigen Regelungen über die Haftung bei Schließung einer Krankenkasse mit den wettbewerblichen Strukturen immer weniger in Einklang zu bringen waren, zumal auch Krankenkassen einer Kassenart zueinander im Wettbewerb stehen.[112]

Vor diesem Hintergrund bestimmt das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)[113] die Anwendung der Insolvenzordnung (s. § 171b Abs. 1 SGB V) vom 1. Januar 2010 an mit Ausnahme der nicht am Wettbewerb teilnehmenden landwirtschaftlichen Krankenkassen sowie der (unselbständigen Abteilung) der DRV, der Knappschaft Bahn See.[114] Für die Kassen gelten damit, wie der als Rechtsgrundverweisung angelegte § 171b Abs. 2 SGB V verdeutlicht, die Insolvenzgründe der Insolvenzordnung (vgl. §§ 17-19 InsO). Deren Anwendung bringt – wie noch zu zeigen sein wird[115] – erhebliche Schwierigkeiten mit sich. Bereits zum 1. Januar 2009 ist die Haftung der Länder für Versorgungsansprüche und Ansprüche auf Insolvenzgeld entfallen.[116] Des weiteren beinhaltet das GKV-OrgWG v.a. Bestimmungen über das Verhältnis zum Recht der Schließung (aufgrund auf Dauer nicht mehr gesicherter Leistungsfähigkeit)[117], über das Haftungssystem bei Schließung und Insolvenz[118] sowie Normen betreffend die Vermeidung der Schließung oder Insolvenz von Krankenkassen.[119] Unterschätzt und ihm Rahmen der Darstellungen zum GKV-OrgWG meist ausgeblendet wird die Bedeutung des Art. 6 des Gesetzes,

109 Vgl. auch *Wolf*, Der neue Zusatzbeitrag nach § 242 SGB V, GesR 2008, S. 567 (571).
110 Vgl. BT-Drs. 16/3100, S. 165, wenngleich explizit nur zur Erhebung des Zusatzbeitrages.
111 BT-Drs. 16/9599, S. 1; BT-Drs. 16/10609, S. 1 (Beschlussempfehlung und Bericht).
112 Jeweils a.a.O.
113 Vom 18. Dezember 2008, BGBl. I, S. 2426.
114 § 171b Abs. 1 SGB V; zu den Ausnahmen BT-Drs. 16/9559, S. 25.
115 S. unter II.5.1.4.
116 § 171c SGB V.
117 Vgl. v.a. § 171b Abs. 3 SGB V.
118 S. § 171d SGB V.
119 §§ 172, 265a, 265b SGB V.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der wesentliche Regelungen der Risikostrukturausgleichsverordnung (RSAV) zur Ermittlung der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds und zur Durchführung des Zahlungsverkehrs einschließlich Strukturanpassungen[120] und Bescheidsystematik enthält.

2. Kernfragen des Wettbewerbs und der Regulierung im Gesundheitswesen

2.1. Die Rolle der Krankenhausversorgung

Im Jahre 2006 haben die Leistungsausgaben der GKV für die Krankenhausbehandlung erstmals die Grenze von € 50 Mrd. überschritten.[121] Mit 34,7% Anteil an den Leistungsausgaben von € 151,12 Mrd. (2008) ist dieser Bereich der mit Abstand kostenträchtigste.[122] Diesem von jeher besonderen Anteil der Ausgabenlast entsprechend markiert der „Krankenhaussektor" ein zentrales Feld gesetzlicher Reformbestrebungen zur Kostenkontrolle, -senkung und -begrenzung. Seit geraumer Zeit befindet sich dieser Sektor im Umbruch, der in maßgeblicher Abwendung von tradierter Steuerung durch Regulierung zunehmend wettbewerbsorientierten Gestaltungs-, Verdrängungs- und Kontrollmechanismen unterliegt. Zur Vergütung der stationären Leistungen ist ab dem Jahre 2003 für Akutkrankenhäuser ein leistungsorientiertes Fallpauschalensystem (DRG) eingeführt worden, dessen Weiterentwicklung hin auf ein landeseinheitliches Preisniveau zunächst bis Ende 2008 an- und entsprechend der Verlängerung der Konvergenzphase in modifizierter Form fortdauerte.[123] Darüber hinaus ist zum Jahre 2000 – mit effektiven Anreizen ab dem Jahre 2004 – die IV zur Verzahnung vor allem des ambulanten und stationären Sektors ebenso ermöglicht und weiter forciert worden, wie seit 2004 das verstärkte Vordringen der Krankenhäuser in den ambulanten Bereich (z.B. die ambulante Erbringung spezialisierter Leistungen). Nicht zuletzt im Gefolge dieser Entwicklungen herrscht unter den Krankenhäusern ein starker Fusions- bzw. Verdrängungswettbewerb.

Der Ausbildung trans- und intersektoraler Versorgungskonzepte unter Einbeziehung der Krankenhäuser wird weiterhin besonderes Entwicklungspotential eingeräumt. Gerade in dieser Hinsicht war der Krankenhausbereich auch Gegenstand der Reform durch das GKV-WSG,[124] während er im übrigen bis zum Abschluß der Entwicklung der DRG in Richtung auf ein landeseinheitliches Preissystem von der Reform weithin ausgeklammert und die Schaffung eines neuen Ordnungs- und Finanzierungsrahmens späteren Reformanstrengungen überlassen wurde, die in das KHRG mündeten.

120 Näher unten II.5.1.2.1.

121 BMG, Gesetzliche Krankenversicherung, Kennzahlen und Faustformeln; Stand: 4.3.2009.

122 BMG (www.bmg.bund.de), Kennzahlen der gesetzlichen Krankenversicherung, Ziff. 2.

123 Vgl. näher unten I.3.3.2., I.3.4.2.

124 Vgl. bereits den Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 16/3100, S. 89.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine zentrale Herausforderung für den Einsatz wettbewerbsorientierter normativer Steuerungseffekte im Gesundheitswesen besteht mithin darin, die vorherrschenden Strukturen weithin separierter Versorgungsbereiche zielgenau zu erfassen. Die Identifizierung und Bewertung aktuell und potentiell wirksamer Mechanismen setzen daher voraus, die Wirkungszusammenhänge sowohl in den einzelnen Versorgungssektoren des Gesundheitsweisen als auch für die besonderen Formen der Krankenhausbehandlung einzeln und sektorenübergreifend zu lokalisieren und zu bestimmen.

2.1.1. Die Krankenhausbehandlung und ihre Formen

Das deutsche Gesundheitswesen zeichnet sich traditionell und noch immer durch eine Abschottung der Versorgungsbereiche voneinander aus. Zur voll- oder teilstationären Krankenhausbehandlung des gesetzlich Krankenversicherten bedarf es grundsätzlich einer Einweisung durch einen ambulant tätigen niedergelassenen Arzt oder durch einen Notarzt in eines der nächst erreichbaren geeigneten Krankenhäuser, § 39 Abs. 2, 73 Abs. 4 SGB V.[125] Von Notfällen abgesehen muß das Krankenhaus bei lediglich ambulant indizierter Behandlung den Patienten in aller Regel ab- bzw. an den niedergelassenen Arzt verweisen.[126]

Während die stationäre Behandlung im Krankenhaus im Akutstadium auch eine Frührehabilitation umfasst (§ 39 Abs. 1 S. 3 SGB V), verlaufen die anschließenden Phasen der Rehabilitation in den *vom Krankenhaussektor getrennten* Bereichen der ambulanten Behandlung oder einer stationären Versorgung in Rehabilitationseinrichtungen (vgl. §§ 40, 107 Abs. 2 SGB V), welche in gesondertem Verfahren einschließlich Begutachtung zu beantragen ist, § 40 SGB V. Im Zeichen eines ganzheitlichen Gesundungsprozesses kann sich die Abgrenzung der Sektoren „(Frührehabilitation in) der stationären Krankenhausbehandlung“ und „stationäre Behandlung mit Rehabilitationsleistungen“ als schwierig und ggf. wenig effizient erweisen.[127] Der dem deutschen Gesundheitswesen insofern nach wie vor attestierte Mangel an patientenorientierter und kostengünstiger Abstimmung der Bereiche wird weiterhin als strukturelles Defizit erachtet.

Darüber hinaus existieren innerhalb des differenziert normierten Tätigkeitsbereichs der Krankenhäuser verschiedene, mitunter sektorengleiche[128] Behandlungsformen. Die *stationäre* Behandlung *im Krankenhaus* ist lediglich eine, wenngleich als vollstationäre

125 Zur Frage des Wahlrechts des Versicherten unten II.1.1.1. und II.1.1.2.

126 Vgl. § 39 Abs. 1 S. 3 SGB V und die nachfolgend dargestellten Sonderformen ambulanter Behandlung. Siehe ferner *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 14.

127 S. auch *Hambüchen*, Aktuelle Rechtsprechung des BSG zum Krankenhausrecht, GesR 2008, S. 393 (400).

128 S. *Baumann* (2007), in: juris-PK SGB V, § 140a Rn. 25, die von einem Sektor der „Versorgung mit Leistungen der Krankenhausbehandlung“ spricht; ferner *Huster*, in: Becker/Kingreen, SGB V (2008), § 140a Rn. 8, sowie ausf. unten II.3.1.4.3.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Behandlung die Hauptform und zugleich Regelfall der Krankenhausbehandlung.[129] Nach § 39 Abs. 1 S. 1 SGB V wird die Krankenhausbehandlung im Leistungsbereich der gesetzlichen Krankenversicherung „vollstationär, teilstationär[130], vor- und nachstationär (§ 115a SGB V) sowie ambulant (§ 115b SGB V) erbracht." Die vollstationäre Krankenhausbehandlung zeichnet sich durch die über Tag und Nacht (oder mindestens einen vollen Tagesablauf)[131] hinweg ununterbrochene, physische und organisatorische Eingliederung des Patienten in das Versorgungssystem des Krankenhauses aus.[132] Es besteht Vorrang der teil-, vor- und nachstationären sowie der ambulanten Behandlung vor der stationären Versorgung, § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V.[133] Die verschiedenen Formen der Krankenhausbehandlung folgen weithin eigenen Strukturbedingungen, Vergütungsregelungen,[134] Investitionsbedürfnissen und Qualitätssicherungsstandards.[135]

Die gem. § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V von den Krankenhausärzten zu treffende Entscheidung über die Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung ist auch in wirtschaftlicher Hinsicht von besonderer Bedeutung. Denn vereinbarte Entgelte sind unbeschadet besonderer vertraglicher Regelungen nach § 112 SGB V gem. § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V i.V.m. der jeweiligen Pflegesatzvereinbarung nur zu zahlen, wenn die Versorgung im Krankenhaus i.S.d. § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V erforderlich ist bzw. war.[136] Entscheidend ist dabei, daß nach dem Beschl. des Großen Senates des BSG von 25.9.2007[137] die vormals divergierenden Auffassungen des ersten und dritten Senates des BSG[138] dahingehend abgelöst wurden, daß dem Krankenhausarzt fortan keine Einschätzungsprärogative mehr zukommt, sondern die Notwendigkeit gerichtlich uneingeschränkt zu überprüfen ist. Die exakte Beurteilung der Erforderlichkeit auf der Grundlage medizinischer Erfordernisse[139] – vom *BSG* nachfolgend als ex ante-Prognose auf der Grundlage objektiver medizinischer Befunde und wissenschaftlicher Erkenntnisses zum Zeitpunkt der Behandlung bei verfügbarem Wissens- und Kenntnisstand überprüft[140] – liegt damit im unmittelbaren ökonomischen Interesse des Krankenhauses. Dasselbe gilt für die Abgrenzung vollstationärer Krankenhausbehandlung und stationärer medizinischer Re-

129 *Schmidt* (2004/2006), in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 39 Rn. 99, 130.

130 Z.B. in Dialyse-Stationen.

131 Zur Begrifflichkeit im Rahmen des Privatversicherungsrechts *Schoenfeldt/Kalis*, in: Bach/Moser, Private Krankenversicherung (2002), C Rn. 71.

132 *Noftz* (2008), in: Hauck/Noftz, SGB V, K § 39 Rn. 46 m.w.N.

133 Näher *Becker*, in: ders./Kingreen, SGB V (2008), § 39 Rn. 21 ff.

134 Näher unter I.2.1.5.

135 Siehe z.B. §§ 115b Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 3 SGB V.

136 S. in vorliegendem Kontext *Hambüchen*, Aktuelle Rechtsprechung des BSG zum Krankenhausrecht, GesR 2008, S. 393 (401 f.).

137 SozR 4-2500, § 39 Nr. 10, S. 73 (83 Rn. 29).

138 S. die Nachweise im Beschl. des *Großen Senates*, a.a.O., S. 76 Rn. 11 ff.

139 A.a.O., S. 78 Rn. 15 ff.

140 BSG, Urt. v. 10.4.2008, SozR 4-2500, § 39 Nr. 12, Ls. 3; S. 86 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

habilitation im Hinblick auf die Fortdauer der Notwendigkeit vollstationärer Krankenhausbehandlung, insbesondere bei chronisch psychiatrischen Fällen.[141]

In jüngerer Zeit erfolgte eine wettbewerbsorientierte Teilöffnung der Krankenhäuser für den ambulanten Bereich. Sie kommt über die Zulassung zum ambulanten Operieren nach § 115b SGB V hinaus[142] gleichwohl nur in Betracht, wenn eine entsprechende Ermächtigung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung erteilt wurde (§ 116 SGB V), eine fachgebietsspezifische Ermächtigung bei Unterversorgung vorliegt (§ 116a SGB V), ferner im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen zur Durchführung strukturierter Behandlungsprogramme (§ 116b Abs. 1 i.V.m. § 137g SGB V), für Hochschul- (§ 117 SGB V) und Psychiatrische Institutsambulanzen (§ 118 SGB V) sowie ggf. im Rahmen integrierter Versorgung nach §§ 140a ff. SGB V. Die Zunahme der Möglichkeiten ambulanter Behandlung mit Blick auf §§ 115b, 116b und 140a ff. SGB V entspricht der sozialpolitisch motivierten Forderung „ambulant vor stationär".[143] Auch die Erbringung bestimmter Katalogleistungen nach § 116b Abs. 2-4 SGB V stellt eine Ausweitung in Richtung des ambulanten Bereichs dar, die jedoch weniger wettbewerblich als vielmehr planerisch dominiert wird.

Die Einteilung in voll-, teil-, vor- und nachstationäre sowie die ambulante Krankenhausbehandlung ist der Sache nach auch im *Privatversicherungsrecht* bekannt. Anders als durch das Sozialrecht wird im Privatversicherungsrecht allerdings nicht bestimmt, wie die Krankenhausbehandlung (als Krankenbehandlung), auf die ein Anspruch besteht,[144] erbracht wird; vielmehr werden die Bedingungen für den durch die Krankheitskostenversicherung gewährten Ersatz für Aufwendungen normiert.[145] Der stationären Behandlung sind entsprechende Tarifbedingungen zugeordnet. Ein Krankenhaustagegeld wird im Falle der Versicherung nur bei stationärer Behandlung gewährt, vgl. § 1 Abs. 1 lit. b MB/KK (2009). Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen im Bereich der teilstationären Behandlung, die z.T. restriktiv und nicht als (voll-)stationäre Behandlung erfasst wird.[146] Als ambulante Behandlungen gelten offenbar auch solche zur „Vorbereitung oder Nachbeobachtung".[147]

Ihrer Bedeutung, Eingliederungstiefe und medizinischer Erforderlichkeit entsprechend machen die Kosten für die stationäre Krankenhausleistungen den überragenden

---

141 *Hambüchen*, Aktuelle Rechtsprechung des BSG zum Krankenhausrecht, GesR 2008, S. 393 (400).

142 Allein die Typologie der Behandlungsformen ist abschließend, vgl. *Noftz* (2008), in: Hauck/Noftz, SGB V, K § 39 Rn. 6.

143 S. etwa *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 4.

144 § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB V.

145 § 1 Abs. 1a, § 4 Abs. 4 und 5 der MB/KK (2009); abgedruckt bei *Rüffer/Halbach/Schimikowski*, VVG, 2009, S. 1602 ff., ferner abrufbar unter www.pkv.de.

146 *Schoenfeldt/Kalis*, in: Bach/Moser, Private Krankenversicherung (2002), C Rn. 71.

147 *Schoenfeldt/Kalis*, a.a.O. Die „vor- und nachstationäre Behandlung" im Sinne des SGB V allerdings ist rechtsdogmatisch und angesichts vergütungsrechtlicher Konsequenzen eindeutig weder als ambulante noch als klassische stationäre Behandlung einzustufen, vgl. *Rau* (2005), in O/R/S/W/Z, SGB V, § 115a Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

Teil der auf den Krankenhaussektor entfallenden Leistungsausgaben aus. Dies trifft sowohl für private als auch für Kostenträger der GKV zu. In beiden Versicherungssektoren machten die Ausgaben im Jahre 2005 jeweils rund *ein Drittel der Leistungsausgaben* aus.[148] Durch den Verband der PKV werden „stationäre Leistungen" grundsätzlich allgemein ausgewiesen; eine Differenzierung im Sinne der oben genannten Behandlungsformen erfolgt nicht.[149] Bei der GKV entfielen lediglich 0,4% der Leistungsausgaben für die Krankenhausbehandlung auf die vor- und nachstationäre Behandlung, auf das ambulante Operieren im Krankenhaus 0,8% und auf die teilstationäre Behandlung in Dialysestationen ca. 0,3%.

Im Zuge konzeptioneller Weiterentwicklung der Krankenhausvergütung wird zunehmend eine Differenzierung innerhalb stationärer Leistungen postuliert, die notfallähnliche Leistungen von einem so genannten „elektiven Fallspektrum" abgrenzt.[150] Letzteres beinhaltet stationäre Leistungen, bei denen das Krankenhaus den Umständen nach ausgewählt werden kann bzw. die „planbar" und insoweit potentiell dem Kassenwettbewerb zuzuordnen sind. Elektive Leistungen lassen sind ihrer Natur nach wettbewerblich organisieren, d.h. insbesondere selektivvertraglich vereinbarter Vergütung unterstellen; entsprechend müsste über die Pflicht zur Ausschreibung nachgedacht werden.[151]

2.1.2. Zur Relation zwischen ambulanten und stationären Behandlungsformen[152]

Nimmt man den Betrachtungszeitraum seit der erstmaligen Erfassung ambulanter Operationen (2002) bis zum Jahr 2007 als groben Rahmen,[153] so lässt sich folgendes feststellen:

Die Zahl vollstationärer Behandlungen hat sich seit 2002 wenig verändert. 17,17 Mio. Behandlungsfälle (20.883 je 100.000 Einwohner) im Jahr 2007 stehen 17,43 Mio (21.135 je 100.000 Einwohner) im Jahr 2002 gegenüber, wobei die Zahl zunächst bis auf 16,82 Mio. im Jahre 2006 abnahm und dann wieder anstieg. Stärker auffallend sind die Veränderungen im Bereich der vor-, nach- und teilstationären Behandlungen: 2002

148 Näher unter I.2.2.

149 Verband der privaten Krankenversicherung (Hrsg.), Die private Krankenversicherung, Zahlenbericht 2007/2008, S. 51, 53. Eine weitere Unterteilung erfolgt gleichwohl nach allgemeinen Krankenhausleistungen, Wahlleistung Chefarzt, Wahlleistung Unterkunft sowie Ersatz-Krankenhaustagegeld.

150 Grundlegend *Leber*/*Malzahn*/*Wolff*, Elektiv wird selektiv, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhausreport 2007 (2008), S. 81 ff.

151 S. u. II.3.1.7.

152 Die nachfolgenden Angaben beruhen v.a. auf einer im November 2005 veröffentlichten Umfrage in der Zeit von April bis Juli 2005, an der sich 319 Krankenhäuser beteiligt haben: *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2005, vgl. S. 1 und, zu Methodik und Stichprobenbildung, S. 67 f. Daten für das Jahr 2005 beinhaltet die Umfrage 2006, an der sich 341 Krankenhäuser beteiligten.

153 S. dazu *StBA* (Hrsg.), „Grunddaten der Krankenhäuser" 2002 (2005) bzw. 2007 (2008), Ziff. 1.1.1. bzw. 2.12; soweit die Vergleichsdaten auch der Statistik 2007 zu entnehmen sind, wurde darauf zurückgegriffen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurden 1,17 Mio vor-, rd. 747.200 nach- und 376.473 teilstationäre Leistungen erbracht. Demgegenüber waren es 2007 gut 2,71 vor-, rd. 781.200 nach- und 675.082 teilstationäre Behandlungen. Der starke Anstieg der im Vorfeld einer vollstationären Behandlung, etwa als Voruntersuchungen, erbrachten Leistungen entspricht offenkundig einem Versorgungsmanagement, welches effizienter Belegungsplanung und kurzer Verweildauer geschuldet ist.

Im Jahre 2007 führten 1.309 der 2.087 Krankenhäuser insgesamt rd. 1,64 Mio. ambulante Operationen i.S.d. § 115 b SGB V durch. Im ersten Jahr der Aufzeichnung (2002) waren es 1.059 der 2.221 Häuser, die zusammen nur gut 575.000 Operationen durchführen. Während das Vordringen in den ambulanten Sektor der Zahl der Operationen nach deutlich zum Ausdruck kommt, steht diesem Zuwachs von über 1 Mio. Operationen ein eher moderater Anstieg des Anteils der Krankenhäuser gegenüber, in denen ambulant operiert wird, nämlich von 47,6% auf 62,7%.

Detaillierte Analysewerte für einen Ausschnitt der Entwicklung liefert die Umfrage „Krankenhausbarometer“ des Jahres 2005: Danach gingen die auf den DRG-Fallpauschalenkatalog (2004) bezogenen *vollstationären Leistungen* der Krankenhäuser (ab 100 Betten) im Jahre 2004 mit 10.647 Fällen im Mittel um ca. 4% gegenüber dem Vorjahr zurück.[154] Gleichzeitig stieg die Zahl ambulanter Operationen nach § 115b SGB V für das Jahr 2004 um 53% gegenüber dem Vorjahr (638) auf durchschnittlich 977 ambulante Operationen.[155] Krankenhäuser ab 600 Betten führten im Mittel 1.955 ambulante Operationen durch. Werden Erlöse aus ambulanten und stationären Leistungen als betriebliche Erlöse im engeren Sinne zusammengefaßt, beträgt der Anteil stationärer Leistungen 96,9%, der Anteil ambulanter Leistungen 3,1% (2004).[156] 80% der Erlöse im ambulanten Bereich resultieren aus Krankenhaus- oder Chefarztambulanzen, 20% aus ambulanten Operationen nach § 115b SGB V. Der Erlös je ambulanter Operation nach § 115b SGB V betrug durchschnittlich € 322,80[157] Bezogen auf die Gesamtleistung eines Krankenhauses, würde diese durch die *Anzahl* der ambulanten Operationen gem. § 115b SGB V und die Anzahl der stationären Fälle bestimmt, betrüge der Anteil der ambulanten Operationen im Mittel über alle Krankenhäuser 6,8% im Jahre 2004 und 7,8% im Jahre 2005.[158] Der Anteil stieg in den Jahren 2006 (8,7%) und 2007 (9,3%) nochmals an.[159]

---

154 Krankenhaus Barometer, Umfrage 2005, S. 4, 10 f. Eine Aussage zum Rückgang stationärer Fallzahlen insgesamt kann mit Blick auf die 2003 und 2004 gezahlten sonstigen Entgelte (s. § 6 Abs. 1 KHEntgG) und mögliche Veränderungen der Abrechnungsbestimmungen allerdings nicht getroffen werden, a.a.O., S. 11.

155 A.a.O., S. 10, 12. Gegenüber 2004 ist für das Jahr 2005 nochmals ein Anstieg von 16% zu verzeichnen, vgl. Krankenhaus Barometer, Umfrage 2006, S. 35.

156 A.a.O., Umfrage 2005, S. 14.

157 A.a.O., S. 12. Im Jahre 2005 waren es € 311, Krankenhaus Barometer, Umfrage 2006, S. 20.

158 Krankenhaus Barometer, Umfrage 2006, S. 19.

159 Krankenhaus Barometer, Umfrage 2008, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.1.3. Das Krankenhaus im Blickpunkt neuer Versorgungs- und Kooperationsformen

Neben der Teilöffnung der Krankenhäuser für den ambulanten Bereich erfasst der Wettbewerb in besonderer Weise zwei Bereiche, nämlich die sektoren*übergreifende* Versorgung und die Erweiterung der *Kooperationsmöglichkeiten* vor allem der Leistungserbringer. In diesem Sinne sind „Herzstücke“[160] der Reformansätze des GMG[161] die Flexibilisierung und der Ausbau der im Jahre 2000 eingeführten sektorenübergreifenden Integrierten Versorgung (IV)[162] sowie die Zulassung Medizinischer Versorgungszentren (MVZ)[163] als neue Organisationsform. Zusammen mit der ambulanten Versorgung im Rahmen strukturierter Behandlungsprogramme[164] soll dadurch ein „Wettbewerb zwischen verschiedenen Versorgungsformen“ möglich werden, der Innovationen beschleunigt und die Möglichkeit eröffnet, Effizienzreserven zu erschließen.[165] Der Wettbewerb der *Versorgungs*formen ist gleichfalls ein solcher der *Kooperations*formen, zwischen MVZ als „Kooperation unterschiedlicher ärztlicher Fachgebiete untereinander sowie mit nichtärztlichen Leistungserbringern“[166], der IV als „Kooperation zwischen den einzelnen Versorgungsbereichen“[167] sowie zwischen verschiedenen Gestaltungsformen der MVZ und der IV und zwischen Formen mit und ohne Beteiligung auch der Träger der MVZ (oder ihrer Gemeinschaften) an der IV, vgl. § 140b Abs. 1 Nr. 3 SGB V.

2.1.3.1. Das Krankenhaus – herausragender Akteur unter den Leistungserbringern

Krankenhäuser sind umfassend in neue Versorgungsformen eingebunden und spielen angesichts der herkömmlichen Strukturen und der Kostenintensität des „Krankenhaussektors“ eine herausragende Rolle. Sie verfügen im Bereich komplexer Versorgungsstrukturen, welche Planung, Kalkulation, Investition und Vertragsgestaltung erfordern, oft über die erforderlichen *Managementkapazitäten*,[168] die andere Leistungserbringer (z.B. Ärzte) eher nicht mitbringen, unbeschadet der zuweilen mangelnden Vertrautheit mit den Strukturen der ambulanten Versorgung im Zuge der Gründung eines MVZ. Ihnen kommt damit häufig ein *strukturelles Übergewicht* bei Vertragsschlüssen und Kooperationen zu. Trotz angespannten Budgets verfügen sie eher über entsprechende *In-*

160 S. *Zwingel/Preißler*, Das Medizinische Versorgungszentrum (2004), Kap. 1 Rn. 7-9, S. 20.

161 GKV-Modernisierungsgesetz (GMG), v. 14.11.2003, BGBl. I, 2003, S. 2189; siehe BT-Drucks. 15/1525, S. 1, 71 ff.

162 §§ 140 a bis d SGB V.

163 Vgl. § 95 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB V.

164 §§ 116 a und b SGB V.

165 BT-Drucks. 15/1525, S. 74.

166 BT-Drucks. 15/1525, S. 108.

167 BT-Drucks. 14/1245, S. 55.

168 Vgl. für private Krankenhausketten, *Amelung*, in: ders./Meyer-Lutterloh/Schmid/Seiler/Weatherly, Integrierte Versorgung und medizinische Versorgungszentren (2006), S. 38.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

vestitions- und Finanzierungsvolumina, auch, um weitere Leistungserbringer für Kooperationsgemeinschaften anzuwerben, zumal allein (noch) 2.087 Krankenhäuser (2007)[169] den stationären Krankenhaussektor ausmachen.

2.1.3.2. Integrierte Versorgung (IV)

Eine die Leistungssektoren überschreitende bzw. inderdisziplinär-fachübergreifende Versorgung ermöglichen konzeptionelle Vereinbarungen zur „integrierten Versorgung". Entsprechende Verträge regeln die integrierte Versorgung der freiwillig[170] teilnehmenden Versicherten im Verbund mehrerer Leistungserbringer.[171] Aus ihnen ergeben sich das krankenhausspezifische Versorgungsangebot und die Voraussetzungen seiner Inanspruchnahme,[172] Bedingungen für die Teilnahme der Versicherten,[173] die Vergütung,[174] besondere Tarife,[175] die Finanzierung[176] und ggf. die Einrichtung von Leitstellen zur Leistungssteuerung sowie zur Gewährleistung.[177] Es gibt indikationsbezogene Modelle[178], solche für ganze Krankheitsbilder und solche für umfassendes Care-Management mit Budgetverantwortung. Organisationsspezifisch lassen sich verschiedenste „Gesellschafts-", „Kooperations-" und „Einkaufsmodelle" unterscheiden.[179] Klinische Pfade bestimmen das Case Management, wie bspw. für einen IV-Vertrag zur Frühversorgung von Demenzpatienten unter Beteiligung (der Gedächtnisambulanz) einer Psychiatrischen Klinik dokumentiert.[180]

„Die für die *ambulante* Behandlung im Rahmen der IV notwendige Versorgung mit Arzneimitteln", so lautet der mit dem GKV-WSG um S. 5 erweiterte § 140a Abs. 1 SGB V, „soll durch Verträge nach § 130a Abs. 8 erfolgen". Somit können Managementgesellschaften (§ 140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V) seit dem AVWG nun an beiden Arten von Verträgen beteiligt sein; Leistungserbringer ebenso wie Pharmaunternehmen erwä-

169 Näher unter I.3.2.2.

170 § 140a Abs. 1 S. 2 SGB V.

171 Vgl. § 140a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB V.

172 § 140a Abs. 1 S. 4 SGB V.

173 Vgl. etwa § 4 der „Vereinbarung einer integrierten Versorgung gem. § 140 b SGB V" zwischen der Praxisgemeinschaft Ambulantes Operationszentrum Kronshagen GbR, der Praxisklinik Kronshagen GmbH & Co. KG, der Techniker Krankenkasse und der KV Schleswig-Holstein, Schleswig-Holsteinisches Ärzteblatt 12/2003, S. 66 ff.

174 § 140c Abs. 1 SGB V.

175 Vgl. § 53 Abs. 3 SGB V.

176 Einschließlich der durch § 140 d Abs. 4 SGB V vorgegebenen Preisdifferenzierung, *Bohle*, a.a.O., S. 31 f.

177 *Bohle*, a.a.O., S. 9 (29 f., 32 ff.).

178 *Greuèl*, Neue Steuerungsansätze im Gesundheitswesen durch Integrierte Versorgung, Betreuungsmanagement 2005, S. 10 (12 f.).

179 *Bohle*, in: ders., Vertragsgestaltung in der Integrierten Versorgung (2005), S. 9 (25).

180 Siehe *Fellgiebel/Schanz/Huw*er, IV-Vertrag zur Frühversorgung von Demenzpatienten mit der BARMER Ersatzkasse, das Krankenhaus 2007, S. 318 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

gen, sich an diesen Gesellschaften zu beteiligen.[181] Zudem „sollen“ diese Verträge nach § 140a Abs. 1 S. 5 SGB V n.F. „eine bevölkerungsbezogene Flächendeckung der Versorgung ermöglichen“. Dies deutet auf eine neue bzw. besondere Form der Regelversorgung, jedenfalls auf eine Hinwendung zum Care-Management mit Budgetverantwortung.[182]

Wichtig für Krankenhausleistungen ist die Regelung, der zufolge Integrationsleistungen des Krankenhauses aus der Anschubfinanzierung nur insoweit zu bezahlen sind bzw. waren, als sie nicht zu den mit dem Budget aus DRG und BPflV zu vergütenden Grundleistungen gehör(t)en.[183] Erfasst sind mithin nur zusätzliche Leistungen sowie der Koordinierungs- und Dokumentationsaufwand.[184] Denkbar sind auch die Vergütung von Mehr-Mengen und die Erweiterung auf bisher nicht als Krankenhausleistung vereinbarte Leistungen.[185]

Statt selbst mit der Krankenkasse zu kontrahieren, können Krankenhausträger mit Managementgesellschaften[186] kooperieren (und konkurrieren), die Leistungen zur IV quasi „einkaufen“ und ihrerseits mit den Krankenkassen Versorgungsverträge schließen, § 140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V. Im Verbund der Leistungserbringer können sich zwischen Krankenhäusern und anderen Leistungserbringern i.ü. umfassende Beziehungen zur *Binnenkooperation* entwickeln.

Mit dem GKV-WSG wurde der Kreis der Vertragspartner auf Pflegekassen und zugelassene Pflegeeinrichtungen ausgedehnt (§ 140b Abs. 1 Nr. 5 SGB V i.V.m. § 92b SGB XI). Das KHRG gestattet zudem die Einbeziehung der Praxiskliniken nach § 115 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB V, vgl. § 140b Abs. 1 Nr. 7 SGB V.[187]

2.1.3.3. Medizinische Versorgungszentren

Als Leistungserbringer dürfen Krankenhäuser gem. § 95 Abs. 1 S. 3 HS. 2 SGB V medizinische Versorgungszentren gründen. MVZ sind fachübergreifende ärztlich geleitete Einrichtungen,[188] in denen in das Arztregister eingetragene Ärzte als Angestellte

181 Grenzen ergeben sich in diesem Zusammenhang insbesondere aus dem ärztlichen Berufsrecht.

182 Das Integrations-Vertrags-Projekt „Gesundes Kinzigtal“ zwischen der gleichnamigen Managementgesellschaft und der AOK Baden-Württemberg geht in diese Richtung: Das Vertragsgebiet umfaßt 17 Städte und Gemeinden mit insgesamt 64.000 Menschen; 1550 Patienten zur Vollversorgung waren bis März 2007 eingeschrieben, maßgeblich für 13% der Gesamtkosten; ausf. *Hermann* u.a., Das Modell „Gesundes Kinzigtal“, GuS 2006, S. 21 ff.

183 § 140d Abs. 4 SGB V i.V.m. §§ 3, 4 KHEntgG und § 6 BPflV. Eingehend zur Problematik *Quaas*, in: ders./Zuck, Medizinrecht (2008), S. 192 ff., ferner unten II.3.1.4.3, auch zur Finanzierung ab 2009.

184 *Hencke* (2007), in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 140d Rn. 6.

185 Siehe *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12, S. 1174.

186 Diese selbst sind keine Leistungserbringer.

187 BT-Drs. 16/11429, S. 42, 65.

188 Die Idee zu MVZ geht zurück auf das Modell der im frühen 20. Jh. gegründeten und nach Ende des zweiten Weltkrieges in der DDR existierenden Polikliniken.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder Vertragsärzte tätig werden.[189] Die Leistungen des an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden MVZ beziehen sich allerdings nur auf den ambulanten Bereich.[190] Die „Bündelung der medizinischen Kompetenz unter einem Dach", die „strukturierte Behandlung durch engere Zusammenarbeit der Ärzte" und die „Gemeinschaftliche Nutzung der Medizintechnik" sind gleichwohl die mit der Reform verbundenen zentralen Vorteile und Chancen der Versorgungszentren.[191] Die abgestimmte fachübergreifende Ausrichtung an den Bedürfnissen des Patienten liegt als „potentieller Wettbewerbsvorteil"[192] in der Struktur der MVZ begründet,[193] die oft als „Nukleus für eine Integrationsversorgung"[194] und „geborene(n)"[195] IV-Vertragspartner (§140b Abs.1 Nr. 3 SGB V)[196] bezeichnet werden.

2.1.4. Das Vordringen der Krankenhäuser in den ambulanten Bereich als Ausdruck des Wettbewerbs um den Erwerb von Krankenhäusern

Mit dem Vordringen der Krankenhäuser in den ambulanten Bereich sind oftmals strategische Interessen zugunsten auch des stationären Bereichs verbunden, um in einem zunehmenden Verdrängungs- und Fusionswettbewerb privater Krankenhausträger zu bestehen. Dies wird deutlich in einer Entscheidung des *Bundeskartellamts (BKartA)* vom März 2005 betreffend den „Wettbewerb um den Erwerb von Krankenhäusern."[197] Dem *BKartA* zufolge ist die Beteiligung an einem MVZ von strategischer Bedeutung *im* Wettbewerb um den Zugang zu Absatzmärkten. Eine Beteiligung erweitere die „Möglichkeit von Krankenhäusern, auf ambulante Einrichtungen und damit auf potentielle Pati-

189 § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V.

190 S. unter Verweis auf § 73 SGB V *Andreas*, Medizinische Versorgungszentren, ArztRecht 2005, S. 144; ferner *Zwingel/Preißler*, Das Medizinische Versorgungszentrum (2004) Kap. 4 Rn. 15 m.w.N.

191 A.a.O.

192 *Altendorfer/Merk/Jensch*, Das Medizinische Versorgungszentrum (2004), S. 63.

193 Die Besonderheiten der MVZ müssen überdies bei der Zusammenfassung der im einheitlichen Bewertungsmaßstab aufgeführten Leistungen zu Leistungskomplexen oder Fallpauschalen besonders berücksichtigt werden, vgl. § 87 Abs. 2a SGB V. S. auch BT-Drucks. 15/1525, S. 105.

194 *Richter-Reichhelm*, Faire Wettbewerbschancen für alle, Forum für Gesundheitspolitik 2004, S. 165 (167).

195 *Richter-Reichhelm*, a.a.O., S. 168. Siehe kritisch dazu *Ratzel*, in: Dahm/Möller/Ratzel, Rechtshandbuch Medizinische Versorgungszentren (2005), Kap. XIV. Rn. 4.

196 Überdies können die Krankenkassen auch Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung mit MVZ abschließen, vgl. § 73b Abs. 2 Nr. 2 SGB V.

197 Beschlussabteilung B 10 – 109/04, Öffentliche Version, Ziff. 30 f. (Ziff. 33). „Aufgrund der Fallpauschalenregelung (…) werden sich die Verluste unterausgelasteter oder ansonsten unwirtschaftlicher Krankenhäuser weiter erhöhen, so dass sich immer mehr öffentliche und freigemeinnützige Träger gezwungen sehen werden, ihre Krankenhäuser entweder zu schließen oder an private Krankenhausbetreiber zu veräußern." Das BKartA hat der Rhön-Klinikum AG letztlich untersagt, „sämtliche Geschäftsanteile der Städtisches Krankenhaus Eisenhüttenstadt GmbH von der Stadt Eisenhüttenstadt zu erwerben" (a.a.O., Tenor, Ziff. 1).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entenströme Einfuß zu gewinnen.“[198] Für die Krankenhäuser „stellt die Ausweitung ihrer Tätigkeit in den ambulanten Bereich nicht nur ein zusätzliches Tätigkeitsfeld dar, das zu einer Ertragsstabilisierung und Umsatzausweitung führt“, sondern bewirkt „Synergieeffekte für ihr Kerngeschäft“ durch Nutzung der „Tätigkeit zur Anwerbung von Krankenhauspatienten bzw. zur Einweisungssteuerung.“[199] Eine konsequente Verfolgung dieser Strategie wird zu einer attraktiven Angebotspalette führen, die Verhandlungsvorteile u.a. für den Bereich der IV zur Folge hat. Wegen der Ausweitung auf den ambulanten Bereich müssen daher auch Krankenhäuser „von den Niedergelassenen sehr aufmerksam beobachtet und als ernstzunehmende Konkurrenzen eingeschätzt werden.“[200]

Mit dem GKV-WSG soll die ambulante Behandlung im Krankenhaus weiter forciert werden. Das betrifft insbesondere die Erbringung hochspezialisierter Leistungen sowie die Behandlung seltener Erkrankungen sowie solcher mit besonderen Krankheitsverläufen, § 116b Abs. 2 SGB V, abgesehen von der Teilnahme an DMP (Abs. 1). Die den Krankenkassen ursprünglich zur Ergänzung der vertragsärztlichen Versorgung zugewiesene, jedoch kaum genutzte[201] Kompetenz zum Vertragsschluß entfällt. Stattdessen fällt die Entscheidung nach Antrag und unter Nennung der betreffenden Leistungen und Erkrankungen im Rahmen der Krankenhausplanung unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation.

2.1.5. Wettbewerb und Vergütungsstrukturen

Besonderer Ansatzpunkt normativer Steuerung im Krankenhauswesen sind die Vergütungsstrukturen. Aus wettbewerbsorientierter Perspektive stellen sich für den Krankenhaussektor zwei Grundfragen: erstens, ob das Vergütungssystem als solches leistungsorientiert und effizient ausgestaltet ist, und zweitens, ob – bzw. inwieweit – auch die Investitionskosten Teil der Vergütung werden, d.h. der Vergütungsmechanismus zum finanzwirtschaftlich weithin exklusiven Steuerungsmodell avanciert. Im übrigen überwiegt im Rahmen der Investitionskostenfinanzierung seitens der öffentlichen Hand der regulatorische Ansatz, auch wenn die Förderung einen wesentlichen Faktor bzw. eine maßgebliche Strukturkomponente für die Aufstellung der Krankenhäuser im Wettbewerb darstellt.

198 A.a.O., Ziff. 130, S. 54.

199 A.a.O., Ziff. 132, S. 55.

200 *Richter-Reichhelm*, Faire Wettbewerbschancen für alle, Forum für Gesundheitspolitik 2004, S. 165 (168).

201 S. BT-Drucks. 16/31000, S. 139.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

2.1.5.1. Leistungsorientierung der Vergütung

Unter Wettbewerbsgesichtspunkten steht die Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen, weniger die ambulante[202] Behandlungsform, im Blickpunkt.

Wettbewerbsorientierte Vergütungsmechanismen basieren zum einen darauf, daß sie nicht den korporatistisch agierenden Verbänden, sondern den Einzelakteuren *Vergütungsautonomie* zuzuweisen, eigene Vergütungsvereinbarungen zu treffen; sie werden durch Verantwortung und Vertragsgestaltungskompetenz zu kostengünstigem Wirtschaften angehalten. Dabei sind die Krankenkassen in Anbetracht direkter Vergütungsbeziehungen um preiswerte Krankenhausversorgung, die Krankenhäuser um Vertragsabschlüsse sowie ggf. die Akquisition zusätzlicher Vergütungsanteile und demgemäß um Rationalität und Effizienz bemüht. Dies weist in Richtung (Selektiv-)Vertragswettbewerb, von dem im Rahmen der Beziehungen der Marktteilnehmer noch ausführlich die Rede ist.[203]

Bedeutsamer im gegebenen System ist die leistungsorientierte Ausgestaltung der Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen. Im Zeichen des Wettbewerbs geschieht dies durch „leistungsorientierte“ Fallpauschalen. Dahinter verbirgt sich heute ein ebenso gewichtiges wie komplexes und neuartiges System; weithin undifferenzierte Fallpauschalen sind im Recht der Vergütung bereits seit längerem bekannt, etwa durch die Bundespflegesatzverordnung von 1973 (BPflV), die tagesgleiche und vollpauschalierte Pflegesätze normierte.[204] Auf weitere (z.B. fachabteilungsbezogene)[205] Tagespauschalen (vgl. § 115a Abs. 3 SGB V) sowie sonstige Vergütungsformen im ambulanten Bereich (§ 115b Abs. 5; § 116b Abs. 5 SGB V) soll hier jedoch zunächst ebenso wenig eingegangen werden wie auf den Kanon sonstiger und Zusatzentgelte bzw. Pauschalierungen nach der Bundespflegesatzverordnung, soweit das DRG-System (noch) keine Anwendung findet.[206]

Auf der Grundlage des § 17b des Krankenhausfinanzierungsgesetztes (KHG) und der im Jahre 2005 erstmals ausgehandelte Fallpauschalenvereinbarung (FPV 2005) wurde nach Vorgabe des Fallpauschalengesetzes (2002)[207] ein „durchgängiges, leistungsorientiertes und pauschalierendes Vergütungssystem“ eingeführt und in ersten Schritten umgesetzt. „Die leistungsorientierte Vergütung der Krankenhäuser“, so die Gesetzesbe-

202 Insbesondere nicht die Vergütung ambulanter Behandlungen durch Krankenhäuser bei Unterversorgung nach § 116a SGB V, die nach den Grundsätzen der vertragsärztlichen Gesamtvergütung vorzunehmen sind, § 120 Abs. 1 SGB V, welche unbeschadet einer gewissen Privilegierung von Kooperationsformen im EBM wenig wettbewerbsorientiert ausfällt.

203 S. II.3.1.4.

204 *Patt*, System und Kontrolle der Preisbildung für Krankenhausleistungen (1996) S. 45 f.; *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 19 ff.

205 *Rau* (2007), in: O/R/S/W/Z, SGB V, § 115a Rn. 27.

206 Siehe *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 99 ff.

207 Gesetz zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz – FPG), BGBl. I, S. 1412.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

gründung,[208] „wird zu mehr Wettbewerb und zu einer stärker am tatsächlichen Bedarf orientierten Entwicklung der Leistungsstrukturen und Leistungskapazitäten führen". Seitdem richtet sich die Vergütung (ergänzend) nach dem Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG). Bei dem aus *Australien* bekannten und zunächst grundsätzlich übernommenen[209] System der „Diagnosis Related Groups" (DRG, vgl. § 17b Abs. 2 KHG) wird jedem stationären Behandlungsfall eine der nunmehr 1.192[210] Fallgruppen zugeordnet.[211] Jede Gruppe wird in Relation bewertet, (seit 2005) einem Basisfallwert zugeordnet (§ 17b Abs. 3 S. 5 KHG) und durch Multiplikation beider Parameter die Vergütungshöhe bestimmt.[212] Das Vergütungssystem betrifft im Grunde auch die Abgeltung der allgemeinen teilstationären Leistungen (§ 17b Abs. 1 S. 3 KHG); allerdings gelten für diese angesichts einer gerade hier besonders komplexen Neujustierung der Vergütungsstrukturen noch Sonderregelungen, vgl. § 6 Abs. 1[213] KHEntgG, §§ 5 ff. FPV 2009.[214]

Abgesehen von den Wahlleistungen (§§ 16 ff. KHEntgG) sind die Entgelte für *allgemeine* Krankenhausleistungen für alle Benutzer des Krankenhauses einheitlich zu berechnen, die Fallpauschalen mithin auch für die privat Versicherten maßgeblich (vgl. §§ 8 Abs. 1 S. 1 KHEntgG, § 17 Abs. 1 S. 1 KHG, § 14 Abs. 1 HS. 1 BPflV); dies trifft für Pflegesätze und Vergütungen der vor- und nachstationären Behandlung ebenfalls zu, vgl. § 17 KHG.

2.1.5.2. Investitionskosten als Vergütungsbestandteil

In Deutschland besteht seit 1972 ein System der dualen Krankenhausfinanzierung. Investitionskosten werden von der öffentlichen Hand, die behandlungsbezogenen Betriebskosten von den Krankenkassen bzw. den Patienten getragen.[215] Staatliche Fördermittel allerdings sind weder die einzige Quelle der Investitionsfinanzierung, noch würden sie den tatsächlichen Investitionsbedarf der Krankenhäuser decken.[216]

Je deutlicher Wettbewerb ausgeprägt ist, je größer also der Verantwortungsbereich der Krankenhäuser gezogen und je geringer der staatliche Einfluß ist, desto eher muß

208 S. 2, abrufbar unter www.gesundheitspolitik.net.

209 Eine direkte Bezugnahme kommt in § 17b Abs. 6 S. 2 Hs. 2 KHG zum Ausdruck, demzufolge „die auf Grundlage australischer Bewertungen vereinbarten Relativgewichte … in den folgenden Jahren [nach 2004] auf der Grundlage deutscher Kostenerhebungen zu ersetzen sind." Grundlegend zur Systematik der australischen DRG-Klassifikation *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 127 ff.

210 Im Jahre 2008 waren es noch 1.137, Quelle: GKV-Spitzenverband, G-DRG 2009 nach InEK.

211 Hinzu kommen 127 Zusatzentgelte (2008: 115); Quelle: a.a.O.

212 Näher *Knorr/Kraemer*, Krankenhausrecht (2005), Einführung, S. XVI.

213 V.a. „für Leistungen, die", so die Neufassung durch das KHRG, „noch nicht mit den DRG-Fallpauschalen und Zusatzentgelten sachgerecht vergütet werden können".

214 Vgl. etwa §§ 6, 7 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 HS. 2 FPV 2009.

215 Zu Einzelheiten unter I.3.4.2.

216 Vgl. unter I.2.2.4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Krankenhaus selbst für die Investitionsmittel aufkommen. Dem vollkommenen Wettbewerb entspräche eine Verknüpfung der Investitionskosten auf der einen mit den Einnahmen bzw. Erlöse zur Vergütung für Leistungen auf der anderen Seite. Ein wettbewerbsorientiertes Vergütungssystem ist danach im Grunde ein eher monistisches System. Der Rückzug der Länder aus der Investitionsförderung allerdings hätte zur Folge, ein regulierendes Steuerungsinstrument aus der Hand zu geben, daß an einer „bedarfsgerechte(n) Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern" ausgerichtet ist, § 1 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 KHG. „Um" dazu beizutragen, ist „Zweck" – besser: nachgeordnetes *Steuerungs*ziel des KHG – „die wirtschaftliche Sicherung" der Krankenhäuser, § 1 Abs. 1 KHG.[217] Durch die Koppelung der Planbedürfnisse mit der wirtschaftlichen Sicherung und weil gem. § 8 Abs. 2 KHG kein Rechtsanspruch auf Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan und in das Investitionsprogramm besteht, werden Wettbewerbsanreize, die Investitionsmittel selbst zu erwirtschaften und „Planungssicherheit" herzustellen, weithin außer acht gelassen. Die Einbindung in wettbewerbliche Nachfragestrukturen stärkte die *Investitionsautonomie*. Neben der Frage, welche Steuerungsmechanismen dem Staat verbleiben, ist dann allerdings dringend zu beantworten, ob der umschichtungsbedingte „Mehraufwand" in der direkten Vergütungsfinanzierung damit den Krankenkassen, und über den Beitrag letztlich den versicherten Patienten anzulasten wäre.[218]

Im Zeichen der Einführung des DRG-Systems hat es daher Bestrebungen gegeben, die Investitionskosten durch die Einbeziehung in das Fallpauschalensystem in die Vergütung zu integrieren. Diese waren zunächst gescheitert,[219] wobei zu vermuten steht, daß neben der Frage der „zusätzlichen" Finanzierungslast (durch die Kostenträger) das komplexe Vergütungssystem angesichts nochmals komplexer Übergangsmechanismen, Vereinbarungen und Bewertungsfragen damit stark überfordert (worden) wäre. Zugleich wurde vorausgesehen, sie würden danach erneut zum „Hauptthema", auch im europäischen Kontext.[220]

Wie bereits dargelegt, hat auch das KHRG den entscheidenden Schritt zur Monistik (noch)[221] nicht gewagt und einen Wandel zum Selektivvertragssystem unter Abschaffung des Kontrahierungszwangs gem. § 108 SGB V[222] nicht vollzogen. Rechtspraktisch vorerst obsolet sind damit auch zwei vormals für diskussionswürdig erachtete Reformüberlegungen in Richtung Monistik:[223] zum einen die Verteilung der Investitionsmittel durch die Krankenkassen in Form eines Investitionsprogramms mit Einzelmaß-

217 Siehe auch I.2.3.1.4.

218 Siehe auch *Neubauer*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2002 (2003), S. 71, 86.

219 Näher dazu unter I.3.3.2.

220 Siehe *Neubauer*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2002 (2003), S. 71 (90).

221 S. unten I.3.4.2.2.

222 *Robbers*, Geplanter Wettbewerb, das Krankenhaus 2007, S. 207.

223 A.a.O., S. 207 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nahmen, zum anderen – als quasi „echte monistische Finanzierung" – im Wege eines DRG-Zuschlages. Beide Wege sind – theoretisch – der effektiven Implementierung mit Steuerungswirkung durch Recht zugänglich.

In diesem Sinne konstatierte die *Bundesregierung*[224] noch vor Inkrafttreten des KHRG in Reaktion auf das Siebzehnte Hauptgutachten[225] der *Monopolkommission*:

> „Eine dauerhafte wirtschaftliche Finanzausstattung der Krankenhäuser könnte auch durch eine monistische Finanzierung gewährleistet werden, bei der der Investitionsbedarf der Krankenhäuser neben den Betriebskosten aus einer Hand finanziert wird. Eine Voraussetzung... wäre jedoch, dass der Bund von den Ländern einen finanzielle Kompensation in Höhe der sich ergebenen Mehrbelastungen erhielte". Diesbezüglich sei derzeit keine Einigung zu erzielen.

Mit entsprechenden Bestrebungen verbunden wäre die Überlegung, in welchem Verhältnis Planung und Investitionsfinanzierung fortan zueinander stünden und inwiefern die Planung im übrigen die weitgehend flächendeckende und wohnortnahe Versorgung sicherstellen könnte. Insofern ist der regionale Bezug nicht von der Hand zu weisen. Auf der anderer Seite erhebt die *Monopolkommission* Kritik grundsätzlicher Art an der dualen Finanzierung, nämlich der ökonomischen Problematik der Voraussetzung triftiger Nachfrageprognosen durch staatliche Planung[226], der Trennung von Kosten- und Ertragseite[227] sowie der Benachteiligung von Nichtplankrankenhäusern gegenüber Plankrankenhäusern im Wettbewerb um Privatpatienten. [228]

Aus normativer Warte ist der Steuerungsansatz grundsätzlich nicht präjudiziert. Während die dezentrale Verknüpfung von Förderung und Planung tendenziell indirekt und weniger wettbewerbsorientiert ansetzt, verliert sie an verfassungsrechtlich gebotener Rechtfertigungsfähigkeit bezüglich wirtschaftlicher Freiheiten, soweit ein leistungsorientiertes Vergütungssystem ohne eine Finanzierungsbelastung infolge vonÜberkapazitäten die bedarfswirtschaftliche Ausrichtung des Krankenhausrechts entbehrlich macht.[229] Auf der anderen Seite birgt das monistische System nicht nur die Herausforderung reformpolitisch kaum umsetzbarer beitragsneutraler Umstellung, sondern auch der verantwortungsvollen Organisation der Investitionsfinanzierung in der Verantwortung der GKV bzw. der Gemeinschaft der Kostenträger[230] bei Sicherstellung bedarfsgerechter Versorgung, ggf. durch zusätzliche regional- und strukturbezogene Investitionsanreize. Eine rein wettbewerbliche Investitionsfinanzierung unter Verzicht auf jede Bedarfsplanung wird staatlicher Gewährleistungsverantwortung kaum gerecht.

224 BT-Drs. 16/11558, S. 10.
225 BT-Drs. 16/10140.
226 A.a.O., S. 323, Ziff. 827.
227 A.a.O., S. 323, Ziff. 829.
228 A.a.O., S. 324, Ziff. 830.
229 S. *Lenz*, in: ders./Dettling/Kieser, Krankenhausrecht (2007), S. 25 f. Rn. 7 ff.
230 *Quaas*, in. ders./Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl. (2008), S. 535 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.1.6. Wettbewerb und Planung

Somit kann es zu einem konfliktträchtigen Aufeinandertreffen von Wettbewerb und Planung kommen, der auch als „ordnungspolitischer Dualismus“ bezeichnet wird.[231] Dabei ist zu bedenken, daß die durch die Länder verantwortete Investitionsförderung im föderalen System der Bundesrepublik derzeit höchst unterschiedlich ausfällt.[232] Manche Länder kommen der Investitionsförderung nach verbreiteter Einschätzung nur unzureichend nach, die Finanzierung wird damit zunehmend und tendenziell auf eine „monistische“ reduziert.[233] Dies erklärt auch den Befund eines „finanzpolitischen Dualismus zwischen dualistischer und monistischer Finanzierung“.[234] Dadurch kann es zu Wettbewerbsverzerrungen kommen. Für die Krankenkassen besteht ein Kontrahierungszwang gegenüber den Plankrankenhäusern. Selbst wenn sich die Länder aus der Investitionsförderung zurückziehen, wird der Status als Plankrankenhaus seitens vieler Krankenhäuser deshalb verteidigt.[235] So besteht Wettbewerb auch mit Blick auf die Teilhabe an den Planungen der Länder.[236] Im übrigen werden sich die Länder dagegen stellen, „Investitionsmittel“ in ein monistisches System einzubringen, ohne damit einen maßgeblich Einfluß auf planerisch und infrastrukturell relevante Investitionsentscheidungen zu nehmen.[237]

Auf die neu eingeführte Kompetenz zur Entscheidung über die Berechtigung zur ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V durch Bestimmung im Rahmen der Krankenhausplanung wurde bereits hingewiesen.[238] Die damit verbundene Ersetzung der vormaligen Vertragskompetenz der Krankenkassen durch Integration der Behandlungsbefugnis in den Planungszusammenhang weist ordnungspolitisch zurück in Richtung Regulierung.

2.1.7. Wettbewerb der Trägerstrukturen und Vertragswettbewerb

Vor allem im Zeichen neuer Versorgungsformen wird sich ein *Vertragswettbewerb* um und durch neue Regelungsmodelle entwickeln, die auf der hinzugewonnenen Abschluß- und Gestaltungsfreiheit basieren. Daran allerdings haben die Krankenhäuser

231 *Bruckenberger*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2002 (2003), S. 93 (101).

232 Vgl. die Abb. bei *Bruckenberger*, a.a.O., S. 100.

233 S. *Neubauer*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2002 (2003), S. 71 (77 f.).

234 *Bruckenberger*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2002 (2003), S. 93 (101).

235 *Neubauer*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2002 (2003), S. 71 (90).

236 S. unten I.4.3.1. und v.a. II.4.1.

237 *Robbers*, Geplanter Wettbewerb, das Krankenhaus 2007, S. 207.

238 Unter I.2.1.4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

(lediglich) ebenso Anteil wie andere Akteure, von der besonderen Bedeutung der Beteiligung an MVZ (oftmals in Form von GmbH)[239] einmal abgesehen.

Um besser zu bestehen und die neuen Möglichkeiten insbesondere der Binnenkooperation der Leistungserbringer besser nutzen zu können, könnte der Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern zunehmend auch Ausdruck eines *Wettbewerbs um Träger- und Organisationsstrukturen*,[240] eines Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte werden. Daß zunehmender Wettbewerb eine besondere „Privatisierungswelle" präjudiziert, ist nicht zwingend, wenngleich Vorteile im Bereich der „Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit und Investitionskraft" zu würdigen sind, ebenso aber auch Nachteile privater Rechtsformen.[241]

2.1.8. Qualität und Wettbewerb

Krankenhäuser stehen in einem Qualitätswettbewerb, der bei stationärer und intensivmedizinischer Behandlung besondere Bedeutung erfährt. Inwiefern „Qualität ein Wettbewerbsparameter im Gesundheitswesen"[242] sein kann, unterliegt differenzierter Einschätzung. Qualität ist schwerer zu messen als es Kosten sind, und der Patient wird im Vorfeld einer erstmaligen oder erneuten Behandlung in Anbetracht begrenzter Erfahrungen und Beurteilungskapazitäten eher selten valide Entscheidungshilfen bekommen, um die „Nachfrage" von Gesundheitsleistungen zu beeinflussen. Hinzu kommt, daß Qualität herkömmlicherweise regulativ gesichert wird.[243] Ferner besteht die Tendenz, Qualität weniger als Steuerungsfaktor, sondern als begleitendes Ergebnis zu bewerten, und die Furcht, daß Rationalisierungs- und Effizienzwettbewerb unbeschadet regulativer Sicherungsmechanismen zu Qualitätsverlusten führen. Andererseits kann der Innovationswettbewerb Qualität befördern, und im Zeichen eines Spezialisierungswettbewerbs spricht die Menge operativer Routineeingriffe durchaus für einen positiven Zusammenhang mit dem Ergebnis.[244]

Ein entscheidender Ansatz lautet daher: *Qualitätstransparenz*. So wurde im Zuge des Fallpauschalengesetzes eine Regelung geschaffen (vgl. § 137 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB V), der zufolge ab 2005[245] alle zwei Jahre von allen zugelassenen Krankenhäusern Quali-

239 Während die GmbH als Rechtsform in den Gesetzesmaterialien erwähnt ist, gilt dies für die GmbH & Co. KG nicht, bei der nicht nur die primär an medizinischen Vorgaben orientierte Führung tendenziell in Frage steht, sondern zumeist auch die Vereinbarkeit mit dem Berufsrecht nicht gewährleistet sein dürfte, vgl. *SG Köln*, Urt. v. 24.10.2008, SA KA 1/07, GesR 2009, S. 89.

240 Ausf. I.3.2. sowie II.4.7.

241 *Strehl*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2002 (2003), S. 113 (127 f.).

242 Näher *de Pouvourville*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2002 (2003), S. 175 ff.

243 Vgl. die §§ 135 ff. SGB V.

244 *Heller*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2004 (2005), S. 213 ff.

245 *Lütticke/Schellschmidt*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2004 (2005), S. 197.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

tätsberichte zu veröffentlichen sind. Die Gesetzesbegründung[246] sieht darin „einen geeigneten Ansatz …, auch den Wettbewerb um eine gute Qualität der medizinischen und pflegerischen Versorgung zu stärken". In der außenwirksamen Instrumentalisierung „können die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Krankenkassen und ihre Verbände", darüber hinaus gem. § 137 Abs. 3 S. 4 SGB V „die Vertragsärzte und die Versicherten auf der Basis der Qualitätsberichte nach Nr. 6 auch vergleichend über die Qualitätsmerkmale der Krankenhäuser informieren und Empfehlungen aussprechen". „Leistungsstarke Krankenhäuser", so die Einschätzung von Medizinern, „können hier sehr profitieren, eine adäquate Risikoadjustierung vorausgesetzt."[247]

Mit dem GKV-WSG wurden zahlreiche zusätzliche Qualitätsvorgaben normiert. Sie betreffen insbesondere das ambulante Operieren nach § 115b und die ambulante Behandlung nach § 116b SGB V sowie die Vorgabe von Mindestmengen gem. § 137 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB V, deren voraussichtliche Nichterreichung bei planbaren Leistungen dazu führt, daß entsprechende Leistungen nicht erbracht werden dürfen (Abs. 3 S. 2). Maßgeblich sind die Festlegungen des diesbezüglich kompetenten Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA), die Richtlinienstatus erhalten.[248]

2.2. Kostenbegrenzung und -kontrolle

Kosten einzudämmen und zu senken ist seit jeher zentrales Anliegen und Angriffspunkt normativer Steuerung im Gesundheitswesen. Diesem Ziel verpflichtet erweist sich die zunehmende Verankerung wettbewerblicher Elemente im Krankenhauswesen in historischer Perspektive als insgesamt eher junger konzeptioneller Ansatz, der herkömmliche Mechanismen traditioneller Kostendämpfungspolitik ergänzt bzw. ablöst. Das Bemühen um Kostenkontrolle, das dem sozialstaatlich und -politisch geprägten Handlungsauftrag folgt, ein leistungsfähiges und kostengünstiges Krankenhaussystem zu schaffen und zu erhalten,[249] welches die Stabilität der Beitragssätze nicht gefährdet, zieht sich wie ein roter Faden durch die Geschichte der Krankenhausfinanzierung.[250] Kostendämmung war und bleibt Ziel und Ansatzpunkt normativer Steuerung, und in einem Umfeld vorwiegend dualistischer Finanzierungsströme eine überaus komplexe Aufgabe.

Im wettbewerblich strukturierten System eigenständiger Verantwortungsbereiche vermag der Gesetzgeber die Akteure einzubinden und ihnen direkt oder indirekt die

246 BT-Drucks. 14/6893, S. 31.

247 *Schrappe*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2004 (2005), S. 17 (20)

248 Vgl. auch den Beitrag „GKV-WSG: Darstellung der krankenhausrelevanten Regelungen" (ohne Autor), das Krankenhaus 2007, S. 199 (203).

249 Vgl. auch § 1 Abs. 1 des KHG, das, „die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser" verfolgt, „um eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäuern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen."

250 Näher dazu unter I.3.3.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufgabe der Kostenkontrolle bereichsspezifisch zuzuweisen. Effizienz wird dabei zum Grundpfeiler der Existenz des Akteurs, v.a. des Leistungserbringes, denn Wettbewerb um Vergütungsanteile, Innovation und Spezialisierung führt auch zu einem Verdrängungswettbewerb. Es ist Ausdruck des Wettbewerbs, daß *alle* Akteure „in ein umfassendes Anzreizsystem integriert werden",[251] auch zur Kostensenkung im Krankenhauswesen.

Wettbewerbsorientierte Kostensenkung findet daher in einem multipolaren Beziehungsgeflecht mit spezifizierten, gleichwohl beschränkten Handlungsspielräumen statt. Fallpauschalen verlangen nach Rationalisierung und erhöhen den Druck auf die Krankenhäuser, Sach- und Betriebs- sowie Personalkosten zu senken, ggf. ihre Binnen-, Organisations- oder Kooperationsstrukturen zu ändern. Krankenkassen sind bestrebt, durch den Abschluß neuer, kostengünstiger Versorgungsverträge Effizienzgewinne zu erzielen. Überdies erweist sich Effizienz in der Kostenstruktur anhand der für die Investitionsförderung maßgeblichen zukunftsgerichteten Entscheidungen.

2.2.1. Leistungsausgaben für die Krankenhausbehandlung in der GKV

Rund 90% der bundesrepublikanischen Bevölkerung sind gesetzlich,[252] etwa 10% privat krankenversichert.[253] In der GKV entfielen im Jahre 2008 € 52,57 Mrd. und damit 32,7% der GKV-Gesamtausgaben in Höhe von € 160,76 Mrd. allein auf die Krankenhausbehandlung.[254] Bezogen auf die *Leistungsausgaben*[255] liegt der Anteil bei 34,7%.

Ausgaben für die Krankenhausbehandlung markieren den mit Abstand größten Posten der Ausgaben der GKV. Im zweistelligen Bereich rangieren darüber hinaus nur die Ausgaben für Arzneimittel (18,2%) und die ärztliche Behandlung (15,1%).[256] Ausgaben für Vorsorge- und Rehabilitationsleistungen durch eigenständig kategorisierte (§ 107 Abs. 2 SGB V) und erfasste Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen sind in den Ausgaben für die Krankenhausbehandlung nicht enthalten. Mit € 2,44 Mrd. werden diese statistisch ebenso getrennt erfasst wie die Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen (§ 111 SGB V) selbst.[257] Bezogen auf das einzelne Mitglied stiegen die Ausga-

---

251 S. *Gerlinger*, Zwischen Korporatismus und Wettbewerb: Gesundheitspolitische Steuerung im Wandel, Veröffentlichungen der Arbeitsgruppe Public Health, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (2002), S. 7.

252 *BMGS* (Hrsg.), Ratgeber zur gesetzlichen Krankenversicherung Teil 1 (2005), S. 19.

253 Der Verband der PKV ermittelt für 2007 eine Zahl von 10,40% (private Vollversicherung), vgl. den Zahlenbericht 2007/2008, S. 27.

254 *BMG*, Gesetzliche Krankenversicherung – Kennzahlen und Faustformeln, 1.-4. Q. 2008, Stand: 4.3.2009, Ziff. 2; abrufbar unter www.bmg.bund.de (Statistiken, Gesetzliche Krankenversicherung).

255 Unter Abzug der Netto-Verwaltungskosten von € 8,29 Mrd. und damit ausgehend von € 151,12 Mrd., a.a.O.

256 Ohne Dialysesachkosten und Soziotherapie, a.a.O.

257 Vgl. unter I.3.3.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ben für die Krankenhausbehandlung im Jahr 2007 auf erstmals knapp über € 1.000 an.[258]

2.2.2. Leistungsausgaben für die Krankenhausbehandlung in der PKV

In der Bundesrepublik verfügten Ende 2007 rund 8,54 Mio. Personen über eine private *Krankheitskostenvollversicherung*, die per Definition allgemeine Krankenhausleistungen einschließt.[259] 20 Mio. Personen[260] sind (nach gesonderter Zählung) *zusatzversichert*; 2006 waren es noch 18,4 Mio.,[261] im Jahre 2003 nur 14,69 Mio. Personen.[262] Krankenhausspezifisch hatten 5,16 Mio. Personen eine Versicherung für *Wahlleistungen* (§ 17 KHEntgG) im Krankenhaus abgeschlossen.[263] Die Zahl der 2007 privat Vollversicherten mit Wahlleistungen im Krankenhaus lag bei 7,2 Mio., derjenigen mit Krankenhaustagegeldversicherung bei 2 Mio. Personen.[264]

€ 5,55 Mrd. und damit 30,33% der *Leistungsausgaben* von € 18,89 Mrd. in der PKV im Jahre 2007 entfielen auf den als „stationäre Leistungen" erfassten Krankenhausbereich.[265] Von den Ausgaben für stationäre Leistungen entfielen € 2,80 Mrd. auf allgemeine Krankenhausleistungen; € 2,09 Mrd. wurden für die Wahlleistung „Arzt", € 519 Mio. für die Wahlleistung „Unterbringung" ausgegeben.[266]

Bezogen auf das Jahr 2005 gingen die Leistungsausgaben im Bereich der Wahlleistungen Unterkunft (-3,21%) und Ersatz-Krankenhaustagegeld (-7,2%) deutlich zurück, stiegen im Bereich der allgemeinen Krankenhausleistungen indes mit 7,11% deutlich höher an als im Vergleich zur GKV (2,8% bzw. +3,3% je Mitglied im Jahre 2005).[267] Dem entsprach eine Reduktion der Erlöse der Krankenhäuser in den alten Bundeslän-

---

258 *BMG*, Gesetzliche Krankenversicherung – Kennzahlen und Faustformeln, Stand: 4.3.2009, Ziff. 4; abrufbar unter www.bmg.bund.de (Statistiken, Gesetzliche Krankenversicherung).

259 Zahlenbericht 2007/2008, S. 27; der Anteil der Krankheitsvollversicherung, der Hauptversicherungsart der PKV, an den gesamten Beitragseinnahmen beträgt 71,99%. Die im Sinne der PKV positive Differenz zwischen den Übertritten zur PKV und den Abgängen zur Pflichtversicherung im Rahmen der Krankheitsvollversicherung betrug im Jahre 2007 nur 79.000 (2006: 140.800), a.a.O.; 2005: 120.300 (2004: 167.100; 2003: 208.000); a.a.O., S. 25 (2005/2006); S. 14 (2004/2005).

260 Doppelzählungen ergeben sich u.a. daraus, daß auch Versicherte mitgezählt werden, die Krankheitsvollversicherung und Zusatzversicherung bei verschiedenen Unternehmen abgeschlossen haben, Zahlenbericht der PKV 2007/2008, S. 33.

261 A.a.O.

262 Zahlenbericht der PKV 2004/2004, S. 12, 17.

263 Zahlenbericht 2007/2008, S. 33.

264 A.a.O., S. 29.

265 A.a.O., S. 51 f.

266 A.a.O., S. 49. Hinzu kommen € 56,7 Mio. für Ersatz-Krankenhaustagegeld und € 77,4 Mio. für Sonstiges. Über die Abrechnung der Wahlleistung „Unterkunft" haben die Unternehmen der privaten Krankenversicherung mit mehr als 66% der Krankenhäuser Verträge abgeschlossen, vgl. *Deutsches Krankenhausinstitut* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2005, S. 17.

267 Vgl. *BMG*, Gesetzliche Krankenversicherung – Kennzahlen und Faustformeln, Stand: 18. August 2008, abrufbar unter www.bmg.bund.de (Statistiken, Gesetzliche Krankenversicherung).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

dern aus der Wahlleistung „Unterkunft“ von 2000 bis 2004 um rund ein Viertel,[268] während der durchschnittliche Erlös für die Wahlleistung „Arzt“ je Krankenhaus (alte und neue Länder) gegenüber 2000 um 23,3% auf € 827.223 angestiegen ist.

Bezogen auf die folgenden Jahre stiegen die Erlöse aus der Wahlleistung Unterkunft wiederum um jeweils mehr als 6% gegenüber dem Vorjahr an,[269] zuletzt mit einer Steigerung der Aufwendungen für allgemeine Krankenhausleistungen mit 3,5% gegenüber dem Vorjahr im Jahre 2007. Die zuletzt (2007) ähnlich hohe Ausgabensteigerung in der GKV fiel im Jahr zuvor kaum spürbar aus.

2.2.3. Kosten der Krankenhäuser

Von den Leistungsausgaben der GKV und PKV zu unterscheiden sind die Gesamtkosten der Krankenhäuser und ihrer Ausbildungsstätten. Sie werden auf der Grundlage der Krankenhausstatistikverordnung (KHStatV)[270] i.V.m. dem Bundesstatistikgesetz (BStatG) erhoben. Die seit 2002 nach dem Bruttoprinzip ermittelten Gesamtkosten für das Jahr 2007 betrugen € 68,1 Mrd. mit einem Personalkostenanteil von rund € 42 Mrd. Die um den nichtstationären Anteil bereinigten Kosten[271] lagen bei € 60,4 Mrd. Dies bedeutet eine Kostensteigerung gegenüber dem Vorjahr um 4,1%, wobei die Fallzahl um 2,1% zunahm, die Verweildauer um 0,2 Tage zurückging und die Zahl der Einrichtungen um 0,8% abnahm.[272] Die durchschnittlich bereinigten Kosten pro Krankenhaus stiegen sogar um 4,9% auf € 28,6 Mio.; im Jahre 1991 betrugen die Gesamtkosten noch € 37,4 Mrd. insgesamt bzw. € 15,5 Mio. je Krankenhaus. Gut 60% der Personalkosten im Jahre 2007 entfielen auf den ärztlichen und den Pflegedienst. Knapp die Hälfte Sachkosten in Höhe von € 25,7 Mrd. entfiel auf den medizinischen Bedarf, wobei die Arzneimittel mit € 2,9 Mrd. den größten Anteil ausmachten.[273]

2.2.4. Beteiligung der Krankenhäuser an finanziellen Stabilisierungsmaßnahmen

2.2.4.1. Rechnungskürzungen mit Finanzierungsfunktion (Anschubfinanzierung IV)

Anreizfunktion für den Abschluß von IV-Verträgen entfaltete bis einschließlich 2008 das Instrument der so genannten Anschubfinanzierung, § 140d SGB V. Da die Mittel

268 Dies ist sowohl einem Rückgang der Leistungen als auch einem Rückgang *je Wahlleistungstag* geschuldet, siehe *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2005, vgl. S. 18 f.

269 Zahlenberichte 2006/2006 und 2007/2008, jeweils S. 51.

270 In der für das Berichtsjahr gültigen Fassung, vgl. die Erläuterungen zum Kostennachweis in *StBA* (Hrsg.), „Kostennachweis der Krankenhäuser“ 2007 (2008).

271 Diese können im Gegensatz zu einzelnen Kostenarten über die Jahre hinweg durchgängig verglichen werden. Es handelt sich um die Gesamtkosten unter Abzügen für wissenschaftliche Forschung und Lehre, für die Ambulanz sowie sonstige Abzüge (v.a. vor- und nachstationäre Behandlungen, ärztliche und nichtärztliche Wahlleistungen sowie belegärztliche Leistungen), vgl. Kostennachweis 2005, Erläuterungen.

272 *StBA*, Grunddaten der Krankenhäuser 2007 (2008), Allgemeiner Überblick 2007, sowie Ziff. I. 1.1.

273 *StBA* (Hrsg.), „Kostennachweis der Krankenhäuser“ 2007 (2008), Allgemeiner Überblick 2005.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

der Anschubfinanzierung allerdings aus Kürzungen der an die Kassenärztlichen Vereinigungen zu entrichtenden Gesamtvergütung sowie aus Kürzungen der Rechnungen der Krankenhäuser in Höhe von jeweils 1% aufzubringen waren, korrespondiert mit der Anreizfunktion ein zusätzlicher Kosten- bzw. ein Druck zur partiellen Refinanzierung, um insgesamt gesehen keine Nachteile bei der Vergütung hinnehmen zu müssen.

Die Anschubfinanzierung wurde zunächst für die Jahre 2004 bis 2006 eingeführt und im Zuge des VÄndG zunächst bis zum 31.12.2007 verlängert. Mit der erneuten Verlängerung durch das GKV-WSG bis Ende 2008 ging – zur Vermeindung von Quersubventionen – eine Begrenzung der Förderung der nach dem 1. April 2007 geschlossenen Verträge auf Leistungen der Krankenhäuser und der Vertragärzte einher, § 140d Abs. 1 S. 2 und 3 SGB V.

Der gesetzlich verankerte Beitrag der Krankenhäuser zur Anschubfinanzierung erfolgte in Form eines kassenseitigen, zweckgebunden Einbehalts in Höhe von bis zu 1% der Krankenhausrechnungen für voll- und teilstationäre Versorgung, § 140d SGB V.[274] Bezogen auf das Jahr 2002 bspw. bedeutet dies ein potentielles Finanzierungsvolumen von bis zu € 460 Mio.,[275] wobei alsbald ein Streit darüber entbrannte, ob die Berechtigung der Krankenkassen zum – vorläufigen, als faktische Stundung finanzwirksamen – Einbehalt von Vergütungsanteilen davon abhängt, daß diese einen Versorgungsvertrag bereits abgeschlossen hat.[276] Die dahin gehende Auffassung hat sich mittlerweile durchgesetzt.[277] Soweit die Vertragskosten über die Mittel der Anschubfinanzierung hinausgingen, war die Gesamtvergütung nach § 85 Abs. 2 SGB V nach den Vorgaben des § 140d Abs. 2 S. 1 SGB V zu bereinigen.

Damit werden die Krankenhäuser *allgemein* zur Reformfinanzierung herangezogen, die ihnen langfristig in *konkreten* Verhältnissen möglicherweise *mittelbar* in Teilen wieder zugute kommt, die sie aktuell jedoch finanziell belastet. Nach jüngeren Umfragewerten lag die durchschnittliche Rechnungskürzung im Jahre 2005 bei € 116.100 pro Krankenhaus; für Krankenhäuser ab 600 Betten betrug sie € 418.200.[278] Bezogen auf die *an der IV teilnehmenden* Krankenhäuser lag die Kürzung im Durchschnitt bei € 235.000, der allerdings durchschnittliche Erlöse von € 388.000 gegenüber standen.[279]

Zum 1.1.2009 ist die Anschubfinanzierung endgültig ausgelaufen. Dies steht im Zusammenhang mit der Einführung der morbiditätsorientierten Vergütung in der vertrags-

274 § 140d Abs. 1 SGB V. Davon strikt zu unterscheiden sind Rechnungskürzungen bzw. Erstattungen und Abgaben wegen Schlechtleistung, Fehlbelegungen und nicht indizierten Behandlungen (vgl. § 17c KHG) etc.

275 BT-Drucks. 15/1525, S. 131.

276 Dagegen *LSG Brandenburg*, Beschl. v. 1.11.2004, abgedruckt in MedR 2005, S. 62 (63) m. krit. Anm. von *Bold*, a.a.O.; anders das *SG Saarland*, Beschl. v. 14.12.2004, abgedruckt in: ZMGR 2005, S. 62 ff.

277 Siehe *Huster*, in. Becker/Kingreen, SGB V (2008), § 140d Rn. 1.

278 *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2006, S. 57. Im Jahre 2004 lag sie bei € 24.800 pro Krankenhaus; für Krankenhäuser ab 600 Betten betrug sie € 76.700, Umfrage 2005, S. 48.

279 Vgl. oben I.2.1.3.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ärztlichen Versorgung, vgl. § 87a SGB V. Erst deren Einführung macht eine systemkonsistente Bereinigung des (gesamten) Behandlungsbedarfs (vgl. nunmehr § 87a Abs. 3 S. 2 SGB V) möglich. Eine Bereinigung vor Einführung der morbiditätsorientierten Vergütung hätte entweder zu größeren Verwerfungen oder höchst komplexen Bereinigungsmechanismen geführt.

Gleichzeitig, so ließe sich argumentieren, wird die Gefahr von Verwerfungen bzw. (Wettbewerbs-)Verzerrungen mittels der Aufhebung der Anschubfinanzierung in der integrierten Versorgung beseitigt. So mag die Zahl der Verträge, insbesondere der im Hinblick auf die Anschubfinanzierung geschlossenen oder aus anderen, wie etwa Strukturverträgen heraus „umstrukturierten", zurückgehen. Erfolg wird jedoch mutmaßlich populationsbezogenen und flächendeckenden bzw. qualitativ und unter dem Gesichtspunkt des Einspar-Contractings optimierten indikationsbezogenen Vertragsmodellen beschieden sein.

2.2.4.2. „Sanierungsbeitrag" der Krankenhäuser

„Um die Krankenhäuser an den finanziellen Stabilisierungsmaßnahmen für die gesetzliche Krankenversicherung zu beteiligen", der einem Prozent der Ausgaben für stationäre Krankenhausleistungen entsprechen sollte, wurde den Krankenhäusern im Zuge des GKV-WSG ein dreiteiliger „Sanierungsbeitrag" auferlegt:[280] Erstens erfolgte nach § 8 Abs. 9 KHEntgG eine unmittelbare Kürzung der Krankenhausrechnungen für voll- und teilstationäre Leistungen ab dem Jahr 2007, die allerdings zuletzt mit dem KHRG für das Jahr 2009 wieder abgeschafft wurde. Im Jahr 2009 führt die Abschaffung – „wieder" – zu „Mehrausgaben in Höhe von 230 Mio. €".[281] Zweitens wurde die Rückzahlungspflicht der Krankenkassen für nicht verwendete Mittel der Anschubfinanzierung für die Integrierte Versorgung, die sich bis 2008 auch aus Rechnungskürzungen für Krankenhäuser speisten, abgeschafft, soweit Mittel in den Jahren 2004 bis 2006 einbehalten wurden, § 140d Abs. 1 S. 8 SGB V. Drittens wurde die in § 4 Abs. 9 S. 2 KHEntgG verankerte Mindererlösausgleichsquote[282] von grundsätzlich 40% auf 20% ab dem Jahre 2007 abgesenkt.

Der Sanierungsbeitrag ist nach Auffassung der bisher vorliegenden sozial- und landessozialgerichtlichen Rspr.[283] verfassungsgemäß. Der Eingriff in die Berufsfreiheit sei durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls ebenso gerechtfertigt, wie der Rechnungsabschlag – Rabattverpflichtungen vergleichbar – nicht abgabengleich, sondern „der Ka-

280 Zu Terminologie und Bestandteilen BT-Drs. 16/3100, S. 194.

281 *Rau*, Regelungen des Krankenhausfinanzierungsreformgesetzes, das Krankenhaus 2009, S. 198 (201).

282 Ausgleich für Mindererlöse infolge einer hinter dem vereinbarten Budget zurückbleibenden Leistungsmenge.

283 Vgl. insbesondere *SG Aachen*, S 13 KR 41/08 (s. auch die dortigen Hinweise zur gegenteiligen Auffassung), S 13 KR 118/07 bis 120/07, ebenso bestätigt durch *LSG NRW*, L 16 KR 87/08, 88/08 und 18/09 wie ein Urteil des *SG Dortmund* (Pressemitteilung, 26.3.2009).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

tegorie staatlicher Preisreglementierungen zuzuordnen“. Weitere Rechtsschutzersuchen einschließlich der Anrufung von *BSG* und *BVerfG* sind angekündigt bzw. stehen zu erwarten.

2.2.5. Investitionen

In wettbewerblichen Wirtschaftsstrukturen hängt der Erfolg unternehmerisch handelnder Akteure wesentlich von den Investitionen, speziell von Rationalisierungs- und Innovationsinvestitionen ab.[284] Aus volkswirtschaftlicher Sicht tragen vor allem „kapazitätserweiternde Neu-Investitionen“ zum Stand der Medizin bei.[285]

Im Jahr 2005 betrug die Investitionsfinanzierung der Länder gem. § 9 KHG einer Bestandsaufnahme der *DKG* zufolge € 2,7 Mrd.[286] Gegenüber 2004 ist ein Rückgang um 4,6% zu verzeichnen.[287] Der Rückgang der Investitionsfinanzierung des Jahres 2003 gegenüber dem Vorjahr beträgt nominal 11,75%.[288] Der Rückgang der Fördermittel zwischen 1991 und 2003 betrug mit € 797 Mio. 21,9% (real rund 38,8%);[289] der Anteil am Bruttoinlandsprodukt sank von 0,24% auf 0,13% im Jahre 2003 bzw. 0,12% im Jahr 2005.[290]

Rund 67% der Investitionsmittel sind Fördermittel des Landes, davon 47% aus Pauschal-, 20% aus Einzelfördermitteln.[291] Die Krankenhäuser steuern 20,4% aus Eigenmitteln bei, der Träger fördert in Höhe von 5,5%. Die Erwartung der Krankenhäuser im Hinblick auf die künftige Bereitstellung von Investitionsmitteln ist skeptisch.[292] Zunehmend wird der Versuch unternommen, private Investoren im Wege vielgestaltiger Modelle des *Public Private Partnership (PPP)* einzubinden,[293] d.h. nach Wegen der (vorwiegend funktionellen) (Teil-) Privatisierung, z.B. nach Betreiber-, Konzessions-, Herstellungs- und Leasingmodellen zu suchen. Die Bau- und Anlagenfinanzierung nimmt nach Umfragewerten gleichwohl einen geringen Anteil an PPP-Projekten ein.[294] Je nach Ausgestaltung der „partnerschaftlichen Investitionslösung“ können PPP und

284 *Neubauer*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2002 (2003), S. 78.

285 *Neubauer*, a.a.O., S. 79.

286 *DKG*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, Stand Januar 2006, S. 57; abrufbar unter ww.dkgev.de (Downloads, Finanzierung & Planung), 4.1.2006.

287 A.a.O.

288 *DKG*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, November 2004, S. 37; abrufbar unter ww.dkgev.de (Downloads, Finanzierung & Planung), 24.11.2004.

289 A.a.O.

290 *DKG*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, Stand Januar 2006, S. 51; abrufbar unter ww.dkgev.de (Downloads, Finanzierung & Planung), 4.1.2006.

291 *DKI*, Krankenhaus Barometer Umfrage 2005, S. 25.

292 A.a.O., S. 28 ff.

293 A.a.O., S. 30.

294 A.a.O.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Förderrecht durchaus kompatibel sein und einander ergänzen, nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer förderrechtlichen Privilegierung von Ausgliederungen oder der ausdrücklichen Aufnahme einer Teilförderung in das Förderrecht.[295] Der Kanon der förderrechtlich zulässigen PPP-Modelle orientiert sich insbesondere daran, „dass die Fördermittel auch langfristig zweckentsprechend zur Finanzierung einer Krankenhausinvestition eingesetzt werden".[296] Bereits im Koalitionsvertrag von 2005 wurde das Modell des PPP beschworen und kritisiert, daß das KHG insofern Hindernisse bereite.[297]

Vor allem die staatliche, rückläufige Förderung wird dem tatsächlichen Investitionsbedarf im Zeichen anhaltender Kostensteigerungen und medizinischem Fortschritt nach überwiegender Auffassung insgesamt nicht gerecht.[298] Im Zeichen wettbewerbsorientierter Restrukturierung und Spezialisierung wird der Investitionsbedarf möglicherweise noch deutlich ansteigen. Gleichwohl ist ein *Rückgang der öffentlichen Investitionstätigkeit* zu verzeichnen, Indikator nicht ausreichender Investitionsförderung.[299] Ein Vergleich der Anteile der Investitionen an den Anschaffungswerten der Krankenhäuser seit 2002 weist eine negative Entwicklung aus.[300] Die Kennzahl sank von 15,3% im Jahre 2002 auf 13,6% im Folgejahr und schließlich 11,3% im Jahre 2004. In Relation zu den Erlösen aus Krankenhausleistungen betrug die Quote der Investitionen im Jahre 2004 im Durchschnitt 10,5%.[301] Bereits auf der Grundlage der volkswirtschaftlichen Bruttoinvestitionsquote von 21,3% im Jahre 1999 wurde eine Investitionslücke von jährlich € 10.9 Mrd. ermittelt.[302]

Die Krankenhäuser investieren nach der Umfrage 2005 des *DKI* im Durchschnitt rund 42 % der Mittel für die Einrichtung der Krankenzimmer und Behandlungsräume und 27,4% in Grundstücke und Gebäude.[303] Auf Software und EDV-Technik[304] entfal-

295 So für Bayern *Knorr*, das Krankenhaus 2007, S. 743 (745).

296 *Knorr*, a.a.O., S. 743 (747) und zu den konkreten Modellen S. 746.

297 www.cducsu.de/upload/koavertrag0509.pdf, B I. 1.2.

298 *DKG*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, November 2004, S. 37 (40), ww.dkgev.de (Downloads, Finanzierung & Planung), 24.11. 2004, unter Verweis auf das Gutachten „Finanzierung der Investitionen und der Instandhaltung von Krankenhäusern durch Nutzungsentgelte", hrsg. vom Institut für Funktionsanalyse im Gesundheitswesen, Hamburg 2000, abrufbar unter www.bmg.bund.de (unter Themenschwerpunkte/Ressortforschung, Kurzberichte Archiv, 16.3.2000. Eine empirische Bedarfsanalyse ist diesem jedoch nicht zu entnehmen; stattdessen wird die relative Stagnation untermauert bzw. die Aussage getroffen, ein Investitionsrückstau könne durch Instandhaltungsquoten, die zudem dynamisch fortzuschreiben seien, kaum ausgeglichen werden, vgl. z.B. S. 137, S. 143 f.

299 *DKI*, Krankenhaus Barometer Umfrage 2005, S. 25.

300 A.a.O., S. 23.

301 A.a.O., S. 24.

302 *Neubauer*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.) Krankenhausreport 2002 (2003), S. 71, 77 f. gemessen am Ausgaben- bzw. Erlösvolumen für Krankenhausleistungen von 67,8 Mrd. €, angesichts eines Fördervolumens von € 3,5 Mrd.

303 *DKI*, Krankenhaus Barometer Umfrage 2005, S. 26 f.

304 Mit zunehmender Bettengrößenklasse nimmt der Anteil der Ausgaben für Hard- und Software (22% bei Häusern unter 100 Betten) stark ab (8,9% bei Krankenhäusern über 600 Betten).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

len 7,8 bzw. 6,3%, auf technische Betriebsanlagen 5,4% und 10,5% auf sonstige Bereiche (Wirtschafts- und Verwaltungsbedarf, Anlagen im Bau). Nach der Umfrage (*DKI*) Anfang 2009, die im Kontext der Diskussion um die Bereitstellung von Investitionsfördermitteln des „Konjunkturpaktes II" und in Anknüpfung an die Ergebnisse der Prognos-Studie[305] zugunsten besonders positiver makroökonomischer Auswirkungen zusätzlicher Investitionen erstellt wurde, betrug im Jahr 2009 der Bedarf an realisier- und abschließend durchführbaren Investitionen € 7,38 Mrd.[306]

2.3. Normative Steuerung und die politische Diskussion

2.3.1. Normative Steuerung

Der Begriff „Steuerung" lässt sich – unbeschadet seiner Verankerung in der Soziologie – auch juristisch erfassen, v.a. funktional als Verhaltenssteuerung *durch* Recht. § 62 Abs. 5 SGB V spricht von der (Evaluation der) „Steuerungswirkung" der „Ausnahmeregelungen von der Zuzahlungspflicht".[307] Auch im Rahmen des § 87 Abs. 7 SGB V geht es um Beurteilungen hinsichtlich der Steuerung des Niederlassungsverhaltens durch Zulassungsbeschränkungen. Der Begriff wird positiv meist dann verwendet, wenn es um das Ob oder die Beurteilung von ergriffenen Maßnahmen geht. I.ü. wird Verhaltenssteuerung oftmals mittels „indirekter" Wirkungsweisen durch Anreiz- und Kontrollelemente verfolgt. Dabei ist u.U. ein hohes Maß an finanzieller Transparenz vonnöten, damit „der Gesetzgeber seine Steuerungsfunktion sachgerecht wahrnehmen" kann.[308]

Die Konzeptualisierung juristisch fundierter Anreizstrukturen und der dabei erkennbaren Interdependenzen sollte angesichts dessen systematisch begriffen und nach Verantwortungsträgern, Adressaten, Steuerungsrichtung, Einsatz rechtlicher Mittel sowie wirkungsspezifisch konturiert werden. Sie ist mehr- und vielschichtig und zeichnet sich nicht nur dadurch aus, daß Verhaltensweisen und Verhältnisse der Akteure (einschließlich der staatlichen) erfaßt werden, die Vorgaben umsetzen und vollziehen, die gestalten und entscheiden. Darüber hinaus befördern Strukturprinzipien wie das Selektivvertragsprinzip einen Wettbewerb der Vertrags- und Organisationsmodelle, welche ihrerseits zu direkten Reformoptionen avancieren oder aber Korrekturbedarf illustrieren.

Steuerungseffekte sind schwer zu messen. Wichtig ist daher, die für die multipolaren Wettbewerbsbeziehungen im Kausalitätsgeflecht maßgeblichen Bausteine zu identifizieren, die eine Annäherung ermöglichen, um unter II. die marktorientiert normativ induzierte Verhaltenssteuerung zu begreifen. Dabei sind konterkarierende Effekte ebenso einzubeziehen wie eine Verflechtung verschiedenster juristischer Handlungsformen und

305 Zusammenfassung unter www.dkgev.de; Zugriff: Jan. 2009.

306 *DKI*, Kurzfristige Investitionsmaßnahmen der Krankenhäuser im Jahr 2009, S. 2 ff.

307 S. dazu *Sichert*, in: Becker/Kingreen, SGB V (2008), § 62 Rn. 28.

308 Vgl. die Begründung zum GKV-OrgWG, BT-Drs. 16/9559, S. 1 (15).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verbandskompetenzen. Eine (da und dort) vermutete Steuerungsresistenz[309] jedenfalls hindert das Projekt nicht und ließe sich möglicherweise gar bereichsspezifisch identifizieren. Gleichzeitig gilt es, zwischen zielorientierter und reformfolgeninduzierter Steuerung zu unterscheiden, wobei letztere insbesondere auf die Abwehr von „Fehlanreizen" oder Reaktion auf Fehlentwicklungen gerichtet ist („Nachsteuern").

Der Focus im Bereich normativer Steuerung negiert keinesfalls die Steuerungswirkung, die von (innovativen) unternehmenspolitischen und personalwirtschaftlichen Ansätzen ausgeht. Auch diese können im Zuge einer strukturellen Weiterentwicklung zur Konzernpolitik bzw. Governance quasi-normative Qualität erlangen. Die Wirkung normativer Steuerung vollumfänglich zu messen, hieße danach auch, solchermaßen wechselbezügliche Kausalitätsbeziehungen und vollumfänglich gewichtend zu identifizieren. Dies allerdings kann aus juristischer Warte (allein) kaum geleistet werden, wohingegen der Einfluß normativer Steuerung auf (die Entwicklung) managementorientierter Konzepte durchaus aufscheint.

2.3.1.1. Normative und administrative Steuerung

Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die normative Steuerung durch den formellen Gesetzgeber. Das bedeutet jedoch nicht, daß administrative Entscheidungen im Vollzug und in der Interpretation normativer Vorgaben prinzipiell von untergeordneter Bedeutung sind. Mitunter wegweisend sind bspw.Entscheidungen des BKartA betreffend die marktorientierte Interpretation der Wettbewerbsverhältnisse im Zusammenspiel von Wettbewerbs- und (tradiertem) Gesundheitsrecht. Steuerung kann danach auch unter dem Gesichtspunkt autoritativer Entscheidung erfolgen. Im Lichte ihrer unmittelbaren Gesetzesbindung unterscheidet sich dabei die öffentlich administrative von der konzernpolitischen „Governance".

2.3.1.2. Steuerung durch den formellen Gesetzgeber (Verantwortungsträger)

Im föderalen System bundesstaatlicher Ordnung wundert es nicht, daß der Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten folgend mehrere Verantwortungsträger agieren. Durch KHG und KHEntgG etwa steuert der Bund in konkurrierender Gesetzgebung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 19a GG) durch Vorgaben für die Krankenhausfinanzierung, während den Ländern als weiteren Verantwortungsgträgern die Planung und Investitionsförderung obliegt.

309 Vgl. *Höfling*, Vom Krankenhausrecht zum Krankenhausregulierungsrecht, GesR 2007, S. 289 (295): „Als selbstreferenzielles Teilsystem erzeugt das Gesundheitssystem nicht nur seine Strukturen, sondern auch die Elemente, aus denen es besteht, fortlaufend selbst [unter Berufung auf *Luhmann*]. Dabei ist es prinzipiell von außen nicht steuerbar. Wenn allerdings diese Annahme zutrifft und das Krankenhaus- und Gesundheitssystem geradezu immanent gegenüber der Politik steuerungsresistent sind, dann wäre es allerdings auch für eine sich als anwendungsorientierte Steuerungswissenschaft verstehende Rechtswissenschaft sinnlos, sich des Themas anzunehmen. Aber die… Fragen betreffen in einer so existenziellen Weise die Zukunftsfähigkeit des sozialen Rechtsstaates, daß man sich eine derartige Resignation nicht erlauben kann."

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

2.3.1.3. Doppelstellung der Länder als Adressaten und Verantwortungsträger

Zugleich sind die Länder nach Systematik und Inhalt der §§ 6 ff. KHG Adressaten der Steuerung, wenn man eine Betrachtungsweise gelten lässt, der zufolge sich erstens *Steuerungsketten* identifizieren lassen, und diese zweitens den nachgeordneten Verantwortungsträgern ihrerseits Steuerungsspielräume einräumen.

2.3.1.4. Steuerungsziele

Wie mit Blick auf das KHG angedeutet, können Steuerungsziele mehrschichtig sein, d.h. ein spezifisches Ziel *durch* Wettbewerb verfolgen oder die Intention, Wettbewerb als Eigenwert zu verwirklichen. Es bietet sich daher an, zwischen Wettbewerb als Ziel und Mittel sowie zwischen primären und sekundären Zielsetzungen zu unterscheiden, vgl. § 1 Abs. 1 KHG. Dem entspräche eine Einordnung in das „Zielsystem der GKV", die – u.a. – zwischen „Leistungszielen" und „politischen Nebenzielen" unterscheidet.[310]

Soweit mehrere Ziele verfolgt werden, sind *Zielkonkurrenzen* möglich, die ggf. in Form von Zielhierarchien bzw. im Wege spezifischer Konkurrenzregeln gelöst werden müssen. Auch die Konkurrenz verschiedener Rechtsregime, etwa des Wettbewerbs- und Kartellrechts auf der einen sowie des Sozialrechts auf der anderen Seite, vgl. § 69 SGB V, bringen dies zum Ausdruck. Schließlich werden neue Versorgungsformen eingesetzt, um kostengünstige Versorgung und einen niedrigen Beitragssatz sicherzustellen, Wettbewerb nachhaltig zu implementieren, aber bspw. auch, um „*Strukturinnovationen* durch Integrierte Versorgung *in den Neuen Bundesländern*" zu erzielen.[311]

Zielkonflikte sind mithin nicht ausgeschlossen. Je ausgereifter Steuerungskonzepte und je dezidierter diese Steuerung durch den oder die Normgeber indes abgestimmt sind, desto seltener treten Konflikte auf. Der *BGH* stellte Anfang 2008 in einem Beschluß zur Fusionskontrolle fest, es bestehe „Zielkongruenz zwischen der Fusionskontrolle und der Gesundheitspolitik".[312] Dies indes muss nicht der Fall sein. Dann aber ist Recht herausgefordert, Konflikte zu lösen, sei mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung, bei Fragen zu „Bereichsausnahmen" [313] oder in Form der methodenorientierten Lösung klassischer Normkonflikte.

2.3.1.5. Adressaten (I) – individuelle Leistungserbringer und Kostenträger

Neben den in einer Doppelstellung befindlichen Ländern sind v.a. die Leistungs-, aber auch die Kostenträger Adressaten normativer Steuerung. Dabei gebührt Ihnen gerade im Zeichen neuer Versorgungsformen Spielraum, *selbst steuernd aktiv zu werden*,

310 Siehe *Mayntz/Derlien*, Die Organisation der gesetzlichen Krankenversicherung, 1979, S. 6 ff.

311 Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, siehe unter www.bmvbs.de/beauftragter/Gesellschaft-staerken/Gesundheits-und-Alterversorgun-,1857/Integriere-Versorgung.htm; ferner unter www.sidiv.de.

312 BGH, Beschl. V. 16.1.2008, KVR 26707, NZS 2008, S. 653 (657).

313 Vgl. a.a.O. gegen eine „kartellrechtliche Bereichsausnahme für Krankenhausfusionen".

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

z.B. durch eine gute *„performance“* bei der Bereitstellung von Gesundheitsleistungen, „normativ“ durch Vereinbarung besonderer Konditionen, rechtlich-organisatorisch durch Einschaltung von Betreibergesellschaften, im Rahmen der Binnenkooperation oder durch Steuerung der Patientenströme bei Ausweitung der ambulanten Tätigkeit. Leistungserbringer sind „Steuerungsadressaten auf Mikro-Ebene“.[314] Managementgesellschaften, die selbst keine Leistungserbringer sind, steuern ggf. ihrerseits die Akteure.

2.3.1.6. Adressaten (II) – (Spitzen-)Verbände und korporatistische Steuerung

Auch Verbände, berufsständische Vertreter und Ausschüsse sind im deutschen Gesundheitswesen intensiv in das Steuerungsgeflecht eingebunden. Diese selbst üben zumeist normativ prägende Steuerungsfunktionen aus, vereinbaren z.B. normsetzende Verträge, insbesondere im Recht der (kollektiven) Vergütungsvereinbarung. Beteiligt an einem Normsetzungsvertrag zur Vergütung der vor- und nachstationären Behandlung (vgl. § 115a Abs. 3 SGB V) bspw. sind die Landesverbände der Krankenkassen, die Ersatzkassen, der Landesausschuß des Verbandes der privaten Krankenversicherung, Landeskrankenhausgesellschaft bzw. Vereinigungen der Krankenhausträger im Land und Kassenärztliche Vereinigungen. Auch die Vereinbarung zum Fallpauschalensystem (vgl. § 17 Abs. 2 KHG) ist in ähnlicher Weise korporatistisch vereinbart, so wie den Verbänden durch den Gesetzgeber aufgegeben, und dies zeigt, daß er delegiert und sich (existente oder kreierte) korporatistische Strukturen zunutze macht. Der z.T. beschriebene „Paradigmenwechsel“[315] von der (kollektivistischen) Korporation zur (individuellen) Kooperation ist daher jedenfalls nicht durchgängig vorzufinden. Funktional sind Verbände und Spitzenorganisationen Träger delegierter Verantwortung.

2.3.1.7. Steuerungsansätze und -instrumente

Der Gesetzgeber kann berechtigen oder verpflichten, Direktiven formulieren, Anreize schaffen, begünstigen und sanktionieren, Vertragsschluß- und Gestaltungsfreiheit einzuräumen, Organisationsformen vorschreiben oder zur Wahl stellen. All dies erfolgt in den Grundkoordinaten Wettbewerb und Regulierung sowie Korporatismus und Einzelvertragsprinzip, die in relativer Nähe zueinander stehen und einander nicht ausschließen.[316] Das Kooperationsprinzip kann sowohl korporatistisch als auch wettbewerbsorientiert ausgeprägt sein. Gerade der Wettbewerb der Vertrags- und Gesellschaftsrechte vermag seinerseits indirekt zu steuern, indem sich dort neue, individuelle Steuerungskonzepte entwickeln sowie konkurrieren und erfolgreiche Strukturen Modellcharakter entfalten und ggf. später gar vorgeschrieben werden.

---

314 *Gerlinger*, Zwischen Korporatismus und Wettbewerb: Gesundheitspolitische Steuerung im Wandel, Veröffentlichungen der Arbeitsgruppe Public Health, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (2002), S. 7; vgl. auch S. 21.

315 *Gerlinger*, a.a.O. S. 7.

316 Vgl. auch nachfolgend I.2.3.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.3.1.8. Steuerungsaufwand und -anreize; Datenrelevanz

Differenzierte Systeme sind mitunter selbstreferentiell, v.a. aber in hohem Maße interdependent. In der GKV, in der Wettbewerb mittlerweile untrennbar mit dem morbiditätsorientierten RSA im Gesundheitsfonds verbunden ist, sind Steuerungsfragen kaum mehr isoliert zu betrachten. Der mit der Normierung und Verwaltung verbundene Aufwand ist entsprechend. Der zielinduzierten folgt möglicherweise die folgeninduzierte Steuerung, vor allem, soweit Marktteilnehmer der Versuchung erliegen, „die Gesetze" reformintendierter Steuerung auszuhebeln. In einem System, das jenseits gesonderter Steuerungsmechanismen zur Förderung von Prävention in differenzierter Form an der datengestützten Abbildung von Morbidität anknüpft, um Kostenbedarf und wettbewerbsneutrale Ausgangspositionen ebenso zielgenau darzustellen wie Vergütung zu organisieren, ist darauf zu achten, (rechtlich unzulässigen) Versuchen, den „input" zu eigenen Gunsten zu manipulieren, „nachsteuernd" entgegenzuwirken.

In der GKV erfolgen sowohl die Krankenhausvergütungen durch die Krankenkassen als auch die finanziellen Zuweisungen an die Krankenkassen selbst v.a. morbiditäts- bzw. fallorientiert. Diagnosen von Krankheiten und diagnosegestützten Fall-Zuordnungen kommt damit neben der medizinischen Bedeutung im engeren und des Medizinmanagements (Behandlungsleitpfade, Prozessoptimierung etc.) in besonderer Weise wettbewerbs- und finanzierungsrelevante systemische Bedeutung zu. (Risikoadjustierte) Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds konturieren den Maßstab effizienten Handelns der Kassen, denn je nachdem, ob sie mit diesen auskommen, müssen sie einen Zusatzbeitrag erheben bzw. können eine Prämie ausschütten, vgl. § 242 Abs. 1 und 2 SGB V. Veränderungen im DRG-Katalog haben als Neuberwertung der Leistungsstruktur Einfluss auf den Case-Mix,[317] d.h. die Summe aller Kostengewichte aller Behandlungsfälle eines Krankenhauses, und die richtige aufwandsorientierte Einschätzung entscheidet auch hier über effizientes Wirtschaften.

Aufgrund dieser Bedeutung eröffnet sich ein komplexes Feld der Regulierung des Umgangs mit Diagnosedaten, sei es im Hinblick auf deren Erhebung, Codierrichtlinien, Datenaufbereitung, Datenmeldung und -übertragung, Datenprüfung etc. Vor allem das erlös- oder zuweisungserhebliche Kodierverhalten rückt in den Vordergrund. „Exaktes Kodieren" ist daher aus Sicht der Marktteilnehmer entscheidend. Steuerungsprobleme aber treten vor allem unter zwei Gesichtspunkten auf. Erstens, wenn bisher „ungenaues" Kodieren dem fortan exakten Kodieren in einer Weise weicht, die - würde nicht steuernd begrenzt - als „unechte Mehrerlöse" den effizienten Ressourceneinsatz unter Druck brächten, und zweitens, wenn manipuliert wird. Demgemäss tritt neben die präventive die korrigierende Steuerung. Insbesondere muss Manipulationsverhalten identifiziert und unterbunden werden, speziell wenn es Marktteilnehmer unternehmen, die Erhebung, Aggregation oder Übermittlung von Morbiditätsdaten unter ökonomischen Ge-

317 S. *Wasem/Rotter/Focke/Igl*, in. Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2007 (2008), S. 49 (50f.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sichtspunkten in rechtlich unzulässiger Weise zu beeinflussen. Soweit derartige „Fehlanreize“ auszumachen sind, ist „gegen-“ oder auch „nachzusteuern“, sei es aufsichtsrechtlich oder ggf. normativ (korrigierend).

2.3.2. Akzente politischer Diskussion um die Krankenhausversorgung

Unter dem Blickwinkel normativer Steuerung ist die Diskussion über die Zukunft der Krankenhausversorgung wesentlich durch das Erstarken des Individualvertragsprinzips auf den unter 2.1.3 bis 2.1.8 skizzierten Wettbewerbsfeldern geprägt. Aus Sicht der Krankenhäuser geht es darum, Partner in allen relevanten Wettbewerbsbeziehungen zu gewinnen, seien es Patienten, Kostenträger, Management-Partner oder Leistungserbringer, mit deren Hilfe die Angebotsstruktur im Rahmen des Versorgungsmanagements komplettiert oder gesteigert werden kann. Nur ausnahmsweise kommen insoweit auch andere Krankenhäuser z.B. als Verbundpartner in Betracht, was wettbewerbsrechtlich stets kritisch zu beäugen ist.

Der Fokus der politischen Diskussion liegt dabei neben der Schaffung der „krankenhaussektoralen“ finanzierungs- und der wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen in der Bereitstellung spezifischer Selektivvertragstypen, um Spielräume für Struktur-, Qualitäts- und Kostenoptimierung zu schaffen. Dabei wird zugleich geregelt, wer unter welchen Bedingungen am Selektivvertragswettbewerb teilnimmt. Einige Akzente wurden das GKV-WSG gesetzt (s.o.).

Weitergehende, die Diskussion durchaus prägende Erwartungen, der Gesetzgeber würde einen „echten“ Einstieg in ein Selektivvertragssystem derart ermöglichen, daß nicht nur die transsektoral relevante Versorgung, sondern – § 73c SGB V vergleichbar – auch eine „besondere stationäre Versorgung“ (zusammen mit einer Regelung zur Vergütungsbereinigung) geschaffen werden könnte,[318] wurden indes ebenso enttäuscht wie die unterbliebene Einführung der monistischen Finanzierung.[319]

Beide Themenkomplexe bleiben danach v.a. in der Wissenschaft auf der Agenda. Da für solchermaßen grundlegende Veränderungen im Zusammenhang mit dem Erlass des KHRG (2009) kein Konsens zu erzielen war, kaprizierte man sich hier auf den (v.a. technischen) Anpassungsbedarf betreffend die Angleichung der Krankenhausbudgets an landesweit einheitliche Preise. Gleichzeitig aber hielt der Gesetzgeber die Weiterentwicklung auch der Investitionsfinanzierung für geboten. Für die in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommenen Krankenhäuser soll ab dem 1.1.2012 eine Investitionsfinanzierung durch leistungsorientierte Investitionspauschalen ermöglicht werden, wobei die Länder eigenständig zwischen dieser Form und der weiterhin möglichen Einzelförderung entscheiden können sollen. Von daher steht zu erwarten, das im Bereich der Finanzierung das Thema Monistik zunächst in den Hintergrund gerät. Stattdessen wird (vgl. § 10 KHG) über die bis zum 31.12.2009 zu präsentierenden „Grundsätze und

318 Vgl. die Stellungnahme zum KHRG von *Ebsen*, Drs. 16(14)90447(39).

319 Vgl. oben nach I.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kriterien für die Ermittlung eines Investitionsfallwertes auf Landesebene“ sowie über „grundlegende konzeptionelle Vorgaben“ zu „Grundstrukturen für leistungs- und sachgerechte Investitionsbewertungsrelationen“, „Differenzierungsgrade“ sowie die „differenzierte Entwicklung und Kalkulation bundeseinheitlicher Investitionsbewertungsrelationen durch das DRG-Institut“ diskutiert werden.[320]

Ungeachtet der Grundsatzdiskussion um Rahmenbedingungen steht die Bewältigung praktischer Herausforderungen im Fokus. Der zunehmende Wettbewerb der Krankenhäuser untereinander, insbesondere im Zeichen der Einführung und Fortentwicklung der DRG, hat zu einem Fusions-, Privatisierungs- und Verdrängungswettbewerb geführt, in dessen Folge auch planerisch-regulatorische Überlegungen wieder in den Vordergrund gerückt werden, wie die Versorgung in ländlichen Räumen sicherzustellen ist. Dies führt zu Zielkonflikten zwischen Sicherstellung und wirtschaftlicher Leistungserbringung.[321]

Ein ähnliches Phänomen zeigt sich bei MVZ-Gründungen in Ballungsräumen. Zudem stießen Krankenhäuser, z.B. bei MVZ-Gründungen oder bei Verhandlungen über die IV, auf den Widerstand niedergelassener Ärzte, denen oftmals Managementkapazitäten bzw. finanziell tragbare Beratungsmöglichkeiten fehlen. In einem ersten Schritt führte dies zur Verabschiedung des VÄndG, mit dem strukturelle Einengungen der Tätigkeit der Ärzteschaft beseitigt wurden, z.B. mit besseren Anstellungsmöglichkeiten von Ärzten, der Zulassung örtlicher und überörtlicher Berufsausübungsgemeinschaften zwischen den zugelassenen Leistungserbringern oder der Möglichkeit, gleichzeitig als angestellte Ärzte in Krankenhäusern zu arbeiten.

Schließlich steht die Verbesserung der Qualität im Vordergrund, sei es im Rahmen der ambulaten Behandlung in Krankenhäusern, der Beteiligung an DMP, im Zusammenhang mit der – nunmehr auch sozialrechtlichen – Fortbildungspflicht der Ärzte sowie der evidenzbasierten Medizin; die Qualitätsregulierungen haben maßgeblichen Einfluß auf die Angebotsseite.[322]

In diesem Sinne befindet sich der „Krankenhausmarkt [weiter] im Umbruch“,[323] v.a. in den Bereichen Privatisierung, Kooperation und Fusion, Investition, Urbanisierung, Qualitäts- und Angebotsbildung.

320 S. näher unter I.3.4.1. und I.3.4.2.

321 *Neubauer/Beivers/Minartz*, Marktwandel und Sicherstellung der regionalen Krankenhausversorgung, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2006 (2007), S. 65-85.

322 *Geraedts*, Auswirkungen von Qualitätsregulierungen auf das Angebot von Krankenhausleistungen, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2006 (2007), S. 187-203. S. zur sozialrechtlichen Fortbildungs- und Fortbildungsnachweispflicht der Ärzte, *Ehlers/Sichert*, pharmind. 7/2004, S. 824-826.

323 Gleichnamiger Titel des Krankenhaus-Reports 2006 (2007), a.a.O.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Die Krankenhausversorgung

3.1. Der „Krankenhaussektor"

Die Bestimmung des „Sektors" Krankenhaus hängt maßgeblich vom Krankenhausbegriff und funktionalen Anknüpfungen ab. Steuerungseffekte lassen sich statistisch nur untermauern, wenn sie „sektorenspezifisch" zugeordnet werden können. Dies korrespondiert mit der „Aufgabenzuordnung im Gesundheitssystem", etwa in Bezug auf Planung und Finanzierung, sowie mit der „Einordnung in das sozialversicherungsrechtliche Beziehungssystem von Krankenkassen und Leistungserbringern".[324] Gerade letztere ist im Bereich wettbewerbsorientierter Selektivvertragsbeziehungen bedeutsam. Vorsorge und Rehabilitationseinrichtungen werden in Übereinstimmung mit § 107 Abs. 2 SGB V *nicht* als Krankenhäuser angesehen. Dieser für die Vertrags- und Wettbewerbsbeziehungen wichtige Befund steht im Einklang mit dem Zweck einer öffentlichen Investitionsfinanzierung.

Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen nach § 107 Abs. 2 SGB V werden gem. § 5 Abs.1 Nr. 7 KHG nicht gefördert, obwohl der weite Krankenhausbegriff des § 2 Nr. 1 KHG diese Einrichtungen einschließt.[325] Ungeachtet dessen steht es den Ländern gem. § 5 Abs. 2 KHG frei, nach Landesrecht eine entsprechende Förderung zu bestimmen. Für die Untersuchung maßgeblich ist mithin der sozialrechtliche Krankenhausbegriff gem. § 107 Abs. 1 SGB V.

Beim Begriff der „Praxisklinik" ist zu differenzieren. Der *sozialrechtliche* Begriff i.S.d. § 115 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB V benennt „Einrichtungen, in denen die Versicherten durch Zusammenarbeit mehrerer Vertragsärzte ambulant und stationär versorgt werden". Diese Praxiskliniken bedürfen im Hinblick auf die Erbringung von Krankenhausleistungen der Zulassung nach § 108 f. SGB V (s. v.a. § 108 Nr. 3 i.V.m. § 109 SGB V).[326] Nur diesen Begriff kann der mit dem KHRG ergänzte § 140b Abs. 1 Nr. 7 SGB V im Sinn haben, dem zufolge Praxiskliniken fortan als Vertragspartner i.R.d. integrierten Versorgung auftreten können. Diese „Praxiskliniken" sind dem „Sektor Krankenhausversorgung" zuzurechnen. Hingegen umfasst der *berufsrechtliche* Begriff eine ankündigungsfähige Bezeichnung zur öffentlichkeitsorientierten Information über die besondere organisatorische Einrichtung der Praxis eines niedergelassenen Arztes. Dort erfolgt keine stationäre Versorgung, auch wenn „Praxiskliniken" i.R.d. grundsätzlich ambulanten Versorgung bei Bedarf ärztliche bzw. pflegerische Betreuung über Nacht ebenso zu gewährleisten haben wie hinreichende Vorkehrungen für eine Notfallversorgung.[327]

---

324 *Quaas*, in: Wenz (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12, S. 1118 f.

325 Siehe auch *Quaas*, a.a.O.

326 Vgl. auch *Köhler-Hohmann* (2007), juris-PK SGB V, § 115 Rn. 33.

327 In den neueren (Landes-)Berufsordnungen kommt der Terminus „Praxisklinik", vormals verankert in den jeweiligen Teilen D (Ergänzende Bestimmungen zu den einzelnen ärztlichen Berufspflichten,

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3.2. Organisationsstruktur des Krankenhaussektors

3.2.1. Determinanten

Wesentliche Charakteristika des Sektors „Krankenhausbehandlung" haben sich bereits im Zusammenhang mit der Bedeutung der Versorgungssektoren, Behandlungs- und Vergütungsformen sowie den Kostendaten ergeben.[328] Was das Krankenhauswesen in rechtstatsächlicher und steuerungspolitischer Hinsicht ferner auszeichnet, lässt sich an seinen Organisations-, Träger- und Betriebsstrukturen sowie an den leistungsspezifischen Kennzahlen ermessen.

3.2.2. Zahl, Typologie und Organisation der Krankenhäuser

Ende 2007 existierten in der Bundesrepublik Erhebungen des Statistischen Bundesamtes (StBA) zufolge 2.087 Krankenhäuser und damit trotz gestiegener Fallzahl (+ 345.000) 17 weniger als im Vorjahr und rund 300 weniger als 15 Jahre zuvor.[329] Die Zahl der gesondert erfassten Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen, die hier nicht weiter verfolgt werden, lag im Jahr 2007 bei 1.239.[330]

3.2.2.1. Trägerschaft

Das Krankenhauswesen zeichnet sich durch eine pluralistische Trägerstruktur aus. In § 1 Abs. 2 KHG kommt die gesetzliche Anerkennung dieser „Vielfalt der Krankenhausträger" zum Ausdruck.

Nach *Art der Trägerschaft* sind 677 der im Jahre 2007 registrierten 2.087 Krankenhäuser *öffentliche*, 790 *freigemeinnützige* und 620 *private* Einrichtungen.[331] Von den öffentlichen Krankenhäusern werden 380 in privatrechtlicher und 297 in öffentlich-rechtlicher Form – davon wiederum 161 rechtlich unselbständig und 136 rechtlich selbständig – betrieben. Im Jahre 2002 noch existierten von 817 öffentlichen Häusern 231 in privatrechtlicher und 586 in öffentlich-rechtlicher Form, von denen wiederum 465 noch rechtlich unselbständig waren.

Öffentliche Krankenhäuser werden von Gebietskörperschaften oder durch deren Zusammenschlüsse (z.B. Arbeitsgemeinschaften oder Zweckverbänden) sowie von Sozialversicherungsträgern betrieben oder unterhalten. Werden sie nicht als rechtlich unselb-

---

dort: Kommunikation bzw. Formen der Zusammenarbeit) nicht mehr vor. Ebenso wenig werden die „Anforderungen" an eine Praxisklinik weiterhin normiert. Stattdessen wird im Wege eines Generaltatbestandes im Rahmen der Berufsregeln zur Kommunikation im Hauptteil (meist § 27) auch die Ankündigung „organisatorischer Hinweise" gestattet, unter die auch die „Praxisklinik" fällt.

328 Vorstehend I.2.1. und I.2.2.

329 *StBA*, Grunddaten der Krankenhäuser 2007 (2008), Allgemeiner Überblick 2007 sowie Ziff. 1.1.

330 Siehe *StBA* unter www.destatis.de (Gesundheitswesen; Krankenhäuser und Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen; Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen; Einrichtungen, Betten und Patientenbewegung).

331 *StBA*, Grunddaten der Krankenhäuser 2007 (2008), Allgemeiner Überblick 2007, Ziff. 1.4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

ständige Einrichtungen (Eigenbetriebe, Regiebetriebe), sondern in rechtlich selbständiger Form (z.B. als GmbH) betrieben, handelt es sich um Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft dann, wenn die Träger „unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 50 vom Hundert des Nennkapitals oder des Stimmrechts beteiligt sind."[332] Rechtlich selbständig sind auch die in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft von den Kommunen als (gemeinsame)[333] Kommunalunternehmen betriebenen Krankenhäuser. Soweit öffentliche Krankenhäuser zulässigerweise in der Form des Privatrechts betrieben werden, handelt es sich meist um eine (formelle) Organisationsprivatisierung. Auch eine funktionelle und – mit Einschränkungen – eine materielle Privatisierung, d.h. die vollständige Privatisierung in Form der Aufgabenprivatisierung ohne den Erhalt substantieller Einwirkungsmöglichkeiten durch einen öffentlichen Träger, die mit einem Wechsel der Trägerschaft in die Hände von Privaten verbunden ist, sind in der Regel zulässig. Öffentliche Krankenhäuser sind ihrer Zwecksetzung gemäß bedarfswirtschaftlich ausgerichtet.[334] Im Krankenhauswesen sind speziell die Kommunen der Daseinsvorsorge in Form der *subsidiären* Vorhaltung eigener Krankenhäuser zur Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern verpflichtet.[335]

Private Einrichtungen bedürfen als gewerbliche Unternehmen (Privatkrankenanstalten, Privatentbindungsanstalten, Privatnervenkliniken) nach § 30 GewO einer Konzession der zuständigen Behörde. Sie arbeiten eigenwirtschaftlich und streben nach Gewinn.[336] Nach § 1 Abs. 2 S. 2 KHG ist bei der Durchführung des KHG nach Maßgabe des Landesrechts die wirtschaftliche Sicherung privater Krankenhäuser zu gewährleisten. Private Krankenhäuser werden überwiegend in den Rechtsformen GmbH und der Aktiengesellschaft betrieben. Ferner kommen die ärztliche Privatklinik, der eingetragene Verein (§§ 21 ff., 55 ff. BGB), die Stiftung privaten Rechts (§§ 80 – 88 BGB) sowie die Genossenschaft in Betracht.[337]

Nach § 1 Abs. 2 S. 2 KHG ist auch die Sicherung der *freigemeinnützigen Einrichtungen* zu gewährleisten. Bei diesen handelt es sich um Einrichtungen, „die von Kirchen, von Verbänden der Freien Wohlfahrtspflege oder von Stiftungen unterhalten werden, und die im Sinne der Gemeinnützigkeitsregelungen der Abgabenordnung ohne Absicht der Gewinnerzielung arbeiten."[338] Das Vermögen ist an einen bestimmen Zweck gebunden, und die wirtschaftliche Zielsetzung folgt vorwiegend der Bedarfsde-

332 Grunddaten (2007), Erläuterungen zu Grunddaten.

333 Vgl. Art. 25 BayKrG; zum gemeinsamen Kommunalunternehmen nach bayerischem Landesrecht *Becker*, in: ders./Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Aufl. (2005), Rn. 638 ff.

334 Freigemeinnützige Krankenhausträger im System staatlicher Krankenhausfinanzierung (1986).

335 Dazu BVerfGE 83, 363, 378; *Tettinger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. (2005), Art. 28 Abs. 2 Rn. 213.

336 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion (2000), S. 26.

337 *Hamann*, a.a.O., S. 28.

338 *Hamann*, a.a.O., S. 25 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ckung.[339] Wie die Privaten können sich auch freigemeinnützige Träger der Rechtsformen des Zivilrechts bedienen. Die Form der Stiftung taucht hier häufiger auf.

3.2.2.2. Krankenhaustypen und -arten

Nach Krankenhaustypen unterscheidet die Krankenhausstatistik *allgemeine Krankenhäuser*, „die über Betten in vollstationären Fachabteilungen verfügen“,[340] *sonstige Krankenhäuser*, d.h. solche „mit ausschließlich psychiatrischen, psychotherapeutischen und/oder neurologischen Betten und reine Tages- oder Nachtkliniken“ sowie *Bundeswehrkrankenhäuser*. 1.791 der insgesamt 2.087 Krankenhäuser sind Allgemeine, 296 sonstige Krankenhäuser.[341]

Diese Einteilung ist nicht deckungsgleich mit einer an der Aufgabenstellung ausgerichteten Unterscheidung nach *Krankenhausarten*, nach Allgemein-, Fach- und Sonderkrankenhäusern,[342] wenngleich diese ursprünglich auf die amtliche Krankenhausstatistik zurückgeht.[343] *Allgemeinkrankenhäuser* nehmen Kranke ohne Rücksicht auf Alter und Art der Erkrankung auf. In *Fachkrankenhäusern* werden Kranke mit bestimmten Krankheitsarten oder Kranke bestimmter Altersstufen aufgenommen; sie sind nach der Fachrichtung meist weiter zu differenzieren. *Sonderkrankenhäuser* ermöglichen besondere Formen der Unterbringung (psychiatrische Krankenhäuser), dienen der Behandlung bestimmter Personengruppen oder sind auf die Anwendung bestimmter Behandlungsverfahren spezialisiert (Tuberkulosekrankenhäuser). Je nach Ausrichtung können sie Allgemein- oder Fachkrankenhäuser sein. Die an der Verweildauer orientierte Unterscheidung zwischen Akutkrankenhäusern (Verweildauer bis zu vier Wochen) und Langzeitkrankenhäusern hat im Zeichen jüngerer Reformen der Krankenhaus- und Vergütungsstrukturen an Bedeutung verloren. Nach einer Häufung von schwerkranken Patienten oder aus Gründen der Versorgungsstruktur und Vergütung *Besondere Einrichtungen* (gem. § 17b Abs. 1 S. 15 KHG) sollen hier ebenso vernachlässigt werden wie eine Gliederung nach Versorgungsstufen. Im Gegensatz zu *Anstaltskrankenhäusern* werden in *Belegkrankenhäusern* schließlich Leistungen von freiberuflich tätigen, nicht am Krankenhaus angestellten Ärzten, d.h. Belegärzten mit Liquidationsberechtigung erbracht, vgl. § 18 KHEntgG.

---

339 *Faltin*, Freigemeinnützige Krankenhausträger im System staatlicher Krankenhausfinanzierung (1986), S. 14.

340 „Wobei die Betten nicht ausschließlich für psychiatrische und/oder neurologische Patientinnen oder Patienten vorgehalten werden“.

341 *StBA*, Grunddaten der Krankenhäuser 2005 (2006), Ziff.2.1.1.

342 Dazu und den folgenden Kategorien *Schmidt* (2004-2009), in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 39 Rn. 71 ff.

343 *Schmidt* (2009), a.a.O., § 39 Rn. 71. Hinzu kommt ein sachlich-terminologischer Wechsel in der Abgrenzung der sonstigen Krankenhäuser seit dem Jahre 2002, vgl. die Grunddaten (2003), Erläuterungen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3.2.2.3. Unterscheidung nach Art der Zulassung

Nach *Art ihrer Zulassung* unterscheidet § 108 SGV *Hochschulkliniken* im Sinne des Hochschulbaufinanzierungsgesetztes (Nr. 1), Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind (*Plankrankenhäuser*, Nr. 2) sowie Krankenhäuser, die einen *Versorgungsvertrag* mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen abgeschlossen haben (Nr. 3). Darüber hinaus weisen die Grunddaten des Statistischen Bundesamtes (StBA) Krankenhäuser ohne Versorgungsvertrag aus, die in keine der vorgenannten Kategorien fallen.[344]

Eine materielle Privatisierung der Universitätsklinika ist ausgeschlossen.[345] Im übrigen kann der öffentliche Träger „zwischen der unselbständigen und selbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts, der Körperschaft des öffentlichen Rechts sowie privaten Rechtsformen wählen."[346]

Von den 2005 registrierten 1846 Allgemeinen Krankenhäusern waren ihrer Zulassungsart nach 34 Hochschulkliniken, 1468 Plankrankenhäuser und 101 Vertragskrankenhäuser; hinzu kommen 143 Krankenhäuser ohne Versorgungsvertrag. Obwohl die Hochschulkliniken nur 1,8% der Akutkliniken[347] ausmachen, halten sie einen Anteil von 9,1% der Akutbetten und 9,5% der Fälle.[348] Für die Plankrankenhäuser sind 86,3% Akutklinikanteil bei 89% der Betten und Fälle, für die Vertragskrankenhäuser 1,4% Betten- und 1,2% Fallzahlanteil bei einem Akutklinikanteil von 4,6% zu verzeichnen.

3.2.3. Aufgestellte Betten und Patientenbewegung

Die Gesamtzahl der in den Krankenhäusern aufgestellten Betten, d.h. der „betriebsbereit aufgestellten Betten des Krankenhauses, die zur vollstationären Behandlung von Patienten und Patientinnen bestimmt" und nach dem Jahresdurchschnittswert ermittelt worden sind,[349] lag im Jahre 2007 bei 506.954, d.h. 243 pro Einrichtung.[350] Gegenüber 1995 (2.325 Häuser mit durchschnittlich 262 Betten) bedeutet dies einen Rückgang um mehr als 100.000 Betten. Die öffentlichen Häuser verfügten 2007 über 250.345 Betten,

344 Vgl. zur Definition (in Abweichung zu den Vorjahren) und Konsequenzen bei der Vergleichbarkeit und Entwicklung *StBA*, Grunddaten der Krankenhäuser 2005 (2006), Ziff. 2.1.1. In den Erläuterungen zu einzelnen Erhebungsmerkmalen 2003 waren diese Häuser ungünstigerweise als „sonstige Krankenhäuser" aus, obwohl es sich hier dem Krankenhaustyp nach um allgemeine und nicht um „sonstige" Krankenhäuser handelt: vgl. dort Ziff. 2.1.1.

345 *Stefan Becker*, Das Recht der Hochschulmedizin (2005), S. 155 ff. Zur Rechtsform des Universitätsklinikums ab S.121 ff.

346 A.a.O., S. 169.

347 Prozentuale Auswertung durch *Rau* (2007), in: O/R/S/W/Z, SGB V, § 108 Rn. 4, für das Jahr 2003. Der hier verwendete Begriff der Akutkliniken entspricht letztlich dem statistikbezogenen Begriff der „allgemeinen Krankenhäuser", vgl. vorstehend.

348 *Rau*, a.a.O.

349 *StBA*, Grunddaten der Krankenhäuser 2007 (2008), Erläuterungen.

350 A.a.O., Ziff. 1.1. bzw. 1.3.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die freigemeinnützigen Einrichtungen über 177.632, und die privaten Einrichtungen, die fünf Jahre zuvor gut 30.000 weniger stellten, über 78.977 Betten.[351]

Fallzahl und Bettenauslastungen nehmen seit 2005 (16,5 Mio. bzw. 74,9%) stetig leicht zu (2007: 17,1 Mio. bzw. 77,2%).[352] Betrug die Verweildauer im Jahre 1995 noch 11,4 Tage bei einer Bettenauslastung von 82,1% (1991: 14 Tage, 84,1%), so sank sie bis 2007 auf 8,3 Tage;[353] nimmt man die Krankenhäuser mit ausschließlich psychiatrischen, psychotherapeutischen und/oder neurologischen Betten mit einer Verweildauer von durchschnittlich 25,5 Tagen aus dieser Betrachtung heraus, ergibt sich eine durchschnittliche Verweildauer in allgemeinen Krankenhäusern von erstmals unter 8, nämlich 7,8 Tagen.

3.2.4. Ärztliches und nichtärztliches Personal

Rund 1,07 Mio. Menschen waren in den Krankenhäusern insgesamt beschäftigt, 3.000 oder 0,3% weniger als im Jahr davor.[354] Umgerechnet in Vollzeitkräfte betrug die maßgebliche Zahl der Beschäftigten gut 792.000 im Jahrsdurchschnitt, davon 126.000 (+ 1,8%) im ärztlichen und 666.300 (- 0,3%) im nichtärztlichen Dienst.[355] Die Personalstruktur veränderte sich damit wie in den Vorjahren wiederum zugunsten des ärztlichen Personals.

3.3. Historische Entwicklung

Die Geschichte des Krankenhauswesens ist geprägt vom Funktionswandel des Krankenhauses[356] und der Zunahme an staatlichem Einfluss, der v.a. in der Krankenhausfinanzierung zum Ausdruck kommt.

3.3.1. Funktionswandel der Krankenhäuser

In historischer Perspektive, die bis ins Mittelalter zurückreicht, erwies sich eine der Krankenversorgung dienende Anstalt lediglich als besondere Form der Hospitäler, welche – getreu dem Wortursprung – mehrere Aufgaben gleichzeitig erfüllten.[357] Im Vordergrund standen Betreuung, Wohnung und Pflege Bedürftiger, d.h. nicht nur (unheilbar)[358] Kranker, sondern v.a. armer und alter Menschen und Waisen; vermögende Schichten stützten sich auf die Hilfe der Familie und beorderten den Arzt in das eigene

351 A.a.O., Ziff. 1.4.

352 A.a.O., Ziff. 1.1.

353 A.a.O., 2.2.1.

354 A.a.O., allgemeiner Überblick.

355 A.a.O., Ziff. 2.3.1.

356 *Faltin*, Freigemeinnützige Krankenhausträger im System staatlicher Krankenhausfinanzierung (1986), S. 5 f.

357 *Faltin*, a.a.O., S. 5.

358 Dieser primären Aufgabe dienten Hospitäler vor allem im Mittelalter, s. *Faltin*, a.a.O., S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Haus.[359] Die Spitäler befanden sich überwiegend in der Trägerschaft der Kirchen und karitativer Einrichtungen.[360] Hinzu kamen städtische Anstalten in Form von Leprosorien, Pesthäusern und Anstalten für Geisteskranke.[361] Die (gezielte) Behandlung des Krankheitsfalles rückte erst mit der Fortentwicklung der Medizin als wissenschaftlicher Disziplin und des technischen Forschritts – insbesondere der Einführung der Narkose, Antisepsis und der Asepsis[362] – in den Mittelpunkt.[363] Mit ihr sollte eine Abkehr vom Bild des Krankenhauses als Sterbeanstalt erfolgen.[364] So wurden seit dem 18. Jh. Unterrichts- und Universitätskliniken errichtet, die häufig der Einteilung in medizinische Fächer folgten, bspw. die gegen Ende des 18. Jh. entstandene Medizinische Klinik, die chirurgische Klinik und die Frauenklinik.[365] Der führenden Stellung der deutschen Medizin in der zweiten Hälfte des 19. Jh. entsprechend gilt der Zeitraum zwischen 1800 und 1920 als Blütezeit der akademischen Krankenhäuser.[366] Damit bereitete die (Hochschul-)Medizin auch Krankenanstalten in anderer Trägerschaft den Weg. Die fortschrittlichen Krankenhäuser wurden zunehmend durch breite Bevölkerungsschichten in Anspruch genommen, und diese Entwicklung erhielt durch die Einführung der GKV im Jahr 1883 weiter Auftrieb.[367]

Parallel dazu kam es zu einer Neujustierung des Verhältnisses von kirchlicher und staatlicher Wohlfahrt. Konzentrierte sich der Staat bis ins 19. Jh. noch auf die gesundheits- und gewerbepolizeiliche Überwachung der kirchlichen Einrichtungen, übernahmen Staat und Kommunen in Folge der Säkularisation (1803)[368], im Zeichen der kommunalen Allzuständigkeit für örtliche Angelegenheiten und speziell seit Einführung der GKV in gesteigertem Maße Verantwortung für die soziale Sicherung.[369] Kirchliche und staatliche Wohlfahrt ergänzten einander, auch dann noch, als es in der Weimarer Zeit zur erneuten Ausweitung staatlicher Verantwortung kam.[370] Die nach dem zweiten

359 *Kies*, Der Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses (1998). S. 19.

360 Siehe auch *Knorr/Kraemer*, Krankenhausrecht (2005), Einführung, S. VII.

361 *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 14.

362 *Kies*, Der Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses (1998). S. 19; *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 15.

363 Vgl. *Stefan Becker*, Das Recht der Hochschulmedizin (2005), S. 73 f. S. auch *Knorr/Kraemer*, Krankenhausrecht (2005), Einführung, S. VII.

364 *Faltin*, Freigemeinnützige Krankenhausträger im System staatlicher Krankenhausfinanzierung (1986), S. 5.

365 *Stefan Becker*, Das Recht der Hochschulmedizin (2005), S. 73 f. Diese Entwicklung wurde durch den Rückgriff auf Gebäude und den Patientenstamm der Armenhospitäler historischer Prägung gestützt (S. 74).

366 *Stefan Becker*, a.a.O., S. 75 f.

367 *Kies*, Der Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses (1998). S. 19.

368 *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 14 f.

369 *Faltin*, Freigemeinnützige Krankenhausträger im System staatlicher Krankenhausfinanzierung (1986), S. 28.

370 *Faltin*, a.a.O., S. 28 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Weltkrieg einsetzenden planenden und regulierenden Eingriffe[371] betrafen insbesondere das Recht der Krankenhausfinanzierung.

Der Begriff „Krankenanstalten" findet sich noch heute in der Gewerbeordnung, § 30 GewO. Die dort normierte „konzessionspflichtige Privatkrankenanstalt"[372] beschäftigte bereits das Preußische Oberverwaltungsgericht, das den Bestand von Betten für die zu behandelnden Patienten zur begrifflichen Voraussetzung erhob.[373]

3.3.2. Historische Entwicklung der Krankenhausfinanzierung

Die *Geschichte der Krankenhausfinanzierung* markiert den zweiten Strang der Entwicklung des Krankenhauswesens. Sie verdeutlicht den zunehmenden staatlichen Einfluß und umschreibt ein wichtiges Feld für Reformen. Die Entwicklung der gesetzlichen Krankenhausfinanzierung ist Ausdruck der Wirkungsgeschichte zentraler Steuerungsinstrumentarien für das bereits formulierte Anliegen,[374] eine kostengünstige Krankenhausversorgung sicherzustellen.

Während die Finanzierung der Spitäler historischer Prägung vorwiegend durch die (kirchlichen, karitativen und städtischen[375]) Träger sowie durch Spenden erfolgte,[376] setzt die jüngere[377] Geschichte der Finanzierung mit der sog. *monistischen (aus einer Quelle gespeisten) Krankenhausfinanzierung* ursprünglicher Form ein. Sie funktionierte zunächst in Freiheit von staatlicher Einflussnahme auf die Preis- und Mengengestaltung. Seit Einführung der GKV gewährten die Krankenkassen ihren Versicherten „freie Kur und Verpflegung in einem Krankenhaus".[378] Die Krankenkassen zahlten Pflegesätze an die Krankenhäuser auf der Grundlage intensiver vertraglicher Beziehungen.[379] Mit der sog. Preisstopverordnung des Jahres 1936[380], die Preiserhöhungen mit Wirkung auch für die Krankenhauspflegesätze im wesentlichen[381] untersagte, wurde in die Vertrags-

371 *Faltin*, a.a.O., S. 29.

372 Von § 30 GewO ebenfalls erfasst sind die Privatentbindungsanstalten sowie die Privatnervenkliniken.

373 Siehe *Faltin*, Freigemeinnützige Krankenhausträger im System staatlicher Krankenhausfinanzierung (1986), S. 5 unter Verweis auf PrOVGE 1, 284 (286 f.).

374 Siehe oben I.2.2.

375 *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 14.

376 *Kies*, Der Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses (1998). S. 19. Hinzu kam die Finanzierung durch Steuermittel der Gemeinden sowie durch private Stiftungen, vgl. *Patt*, System und Kontrolle der Preisbildung für Krankenhausleistungen (1996) S. 38.

377 S. zur Einteilung in Phasen *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion (2000), S. 41 ff. m.w.N.

378 Zitiert nach *Faltin*, Freigemeinnützige Krankenhausträger im System staatlicher Krankenhausfinanzierung (1986), S. 5; *Patt*, System und Kontrolle der Preisbildung für Krankenhausleistungen (1996) S. 39.

379 *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 15.

380 RGBl. I, S. 955, *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion (2000), S. 41.

381 Zu Einzelheiten *Patt*, System und Kontrolle der Preisbildung für Krankenhausleistungen (1996) S. 40.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

freiheit nachhaltig eingegriffen. Sie setzt einen Markstein zunehmend regulativer bzw. dirigistischer staatlicher Preisintervention. Alsdann wurden eine weitere Preisrechtsverordnung von 1948[382] als Ersatz für die nach dem 2. Weltkrieg aufgehobene alte Preisstopverordnung sowie die Pflegesatzordnung des Bundes des Jahres 1954 zur Deckung der Selbstkosten erlassen.[383] Der in letzterer normierte Abzug herkömmlicher Zuschüsse zur Bestimmung der Betriebskosten sowie die Einschränkung der Berücksichtigungsfähigkeit spezifischer Kostenarten vermochten steigende Defizite der (weiterhin monistischen) Krankenhausfinanzierung von bis zu 460 Mio. € jährlich gegen Ende der 60er Jahre[384] allerdings nicht zu verhindern.[385]

Im Zuge dessen und einer 1969 erfolgten Grundgesetzänderung (Einfügung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG) kam es mit dem KHG von 1972 zur Einführung der *dualen Krankenhausfinanzierung*, der zufolge die Investitionskosten von der öffentlichen Hand (Bund und Länder) und die Betriebskosten von den Krankenkassen bzw. Patienten zu tragen waren. Damit erhielten die Länder, die von den ihnen nach KHG zustehenden Regelungsbefugnissen Gebrauch gemacht haben,[386] entscheidenden Einfluß über die Investitionsentscheidung. Das weiterhin in Geltung befindliche (mehrfach geänderte und 1991 neu bekannt gemachte) KHG dient der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser. Die Länder stellen als eigene Angelegenheit Krankenhauspläne auf, die einer bedarfsgerechten Versorgung und der Leistungsfähigkeit der Krankenhäuser verpflichtet sind.[387] Die seitens der Länder in Investitionsförderprogramme aufgenommenen Krankenhäuser können auf Antrag bestimmte Fördermittel erhalten.[388] Mit der Einführung der dualen Krankenhausfinanzierung galt das Kostendeckungsprinzip, sowohl bzgl. der Investitionskosten als auch für das Preisrecht[389]: Die neue Bundespflegesatzverordnung von 1973 (BPflV) normierte tagesgleiche und vollpauschalierte Pflegesätze.[390]

Alsdann wurde das *duale Finanzierungssystem* angesichts massiver Kostensteigerungen u.a. wegen kostenintensiver überlanger Verweilzeiten und Fehlbelegungen bei überhöhter Zahl der Krankenhausbetten *modifiziert*. Dies geschah mittels des Krankenhaus-Neuordnungsgesetzes (1984) durch eine „schrittweise Rückkehr zur Monistik“ im Wege der Abschaffung der Bundesfinanzhilfen sowie der Einbindung der Krankenhäu-

382 Näher dazu *Patt*, a.a.O., S. 41 f.

383 *Kies*, Der Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses (1998). S. 19; *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion (2000), S. 42; Eingehend *Patt*, a.a.O., S. 42 ff.

384 *Knorr/Kraemer*, Krankenhausrecht (2005), Einführung, S. VIII.

385 Näher *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 17.

386 *Kies*, Der Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses (1998). S. 24 f.

387 Vgl. § 6 Abs. 1 KHG. Das Nähere wird durch Landesrecht bestimmt, § 6 Abs. 4 KHG.

388 Vgl. § 6 Abs.1 und 4, §§ 8 und 9 KHG.

389 *Knorr/Kraemer*, Krankenhausrecht (2005), Einführung, S. VIII.

390 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion (2000), S. 43; näher *Patt*, System und Kontrolle der Preisbildung für Krankenhausleistungen (1996) S. 45 f., und *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

ser und Krankenkassen in die Krankenhausplanung durch Abschluss von Investitionsverträgen zur Rationalisierung.[391] Im Zeitraum der Mischfinanzierung ab 1972 bis 1984 hat der Bund 10,5 der insgesamt 46 Mrd. DM getragen.[392] Durch eine neue Bundespflegesatzverordnung wurde mit Wirkung zum Jahre 1986 ein flexibles Krankenhausbudget eingeführt, das „auf der Grundlage der vorauskalkulierten Selbstkosten unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Belegung für einen zukünftigen Zeitraum vereinbart" wurde – dies sollte eine gewinnorientierte Ausweitung der Leistungsmengen ebenso wie Verluste durch Minderbelegung abmildern.[393]

Die anhaltende Finanzierungskrise sowie massive Beitragssatzsteigerungen führten 1992 zum Erlaß des *Gesundheitsstrukturgesetzes* (GSG)[394]. Die Ausgaben der GKV West waren zwischen 1970 und 1991 von 25,2 auf 159,8 Mrd. DM angestiegen.[395] Betrug der durchschnittliche allgemeine Beitragssatz 1970 noch 8,2%,[396] lag er zum 1. Oktober 1992 auf dem Rekordniveau von 13,1%. 1992 lag das Ausgabenwachstum bei der Krankenhausbehandlung mit 10,1% doppelt so hoch wie der Anstieg der Grundlöhne.[397] Das GSG hob das Selbstkostendeckungsprinzip auf, welches i.V.m. dem tagesgleichen Pflegesatz als „grundlegende(r) Strukturfehler" galt.[398] An der dualen Finanzierung wurde zunächst festgehalten[399] und mit der Koppelung an die beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder ein festes („gedeckeltes") Budget für den Zeitraum der Jahre 1993 bis 1995 auf der Basis des Jahres 1992 eingeführt.[400] Neue, landeseinheitliche Entgeltformen, die an die Leistung und nicht das vorhandene Bett als Maßstab für Einnahmen, Personalkosten und Investitionsförderung anknüpften, sollten der Unwirtschaftlichkeit durch überlange Verweildauer und Fehlbelegungen im Zeichen des Überangebots an Akutbetten entgegenwirken.[401] Die dazu vorgesehenen Fallpauschalen (zunächst rund 40) für bestimmte Behandlungsfälle, Sonderentgelte (rund 160) für bestimmte Eingriffe sowie Abteilungs- und Basispflegesätze zur Abrechnung krankenhausindividueller Budgets fanden Aufnahme in die BPflV 1995, die ab 1996 verpflichtend galt. Das Entgeltsystem wurde differenzierter, jedoch auch als komplizierter und

391 *Kies*, Der Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses (1998), S 27; *Hamann*, a.a.O., S. 43 f.; *Knorr/Kraemer*, Krankenhausrecht (2005), Einführung, S. IX.

392 *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 19.

393 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion (2000), S. 44.

394 Eingehend zu den für den Krankenhausbereich relevanten Regelungen des GSG *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 27 ff.

395 BT-Drucks. 12/3608, S. 66.

396 A.a.O., S. 67.

397 A.a.O., S. 67.

398 A.a.O., S. 67.

399 Sie sollte gleichwohl „schrittweise in einem mittel- und längerfristigen Prozeß durch ein monistisches Finanzierungssystem (Finanzierung insgesamt über Pflegesätze) ersetzt werden", BT-Drucks. 12/3608, S. 70.

400 BT-Drucks. 12/3608, S. 70; *Knorr/Kraemer*, Krankenhausrecht (2005), Einführung, S. IX; näher *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 31, 33 ff.

401 Vgl. BT-Drucks. 12/3608, S. 67.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufwendiger eingestuft.[402] Flankiert wurden diese Maßnahmen durch erstmals in Angriff genommene Bestrebungen zur Verzahnung von ambulanter und stationärer Versorgung unter Einschluß der Großgeräteplanung, die ebenfalls der Kostensenkung dienten.[403] Dabei ging es vor allem um einen festen Rahmen für die vor- und nachstationäre Behandlung und den Ausbau der Möglichkeit des ambulanten Operierens sowie um die teilstationäre Durchführung von Operationen.

In der Folgezeit wurden die durch das GSG eingeführten Bestimmungen und die BPflV mehrfach geändert. Kostenkontrolle und Beitragssatzstabilität bildeten die maßgeblichen Leitmotive. Auffällig dabei ist, daß von der *Deckelung der Budgets* – bei Modifikationen im Detail – nicht abgerückt, sondern diese beibehalten und fortgeschrieben wurde, zuletzt durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 bis zum Jahre 2003.[404]

Das *Fallpauschalengesetz* (FPG) vom April 2002 setzte die durch das GKV-Gesundheits-Reformgesetz 2000 auch in § 17b KHG verankerte Verpflichtung um, „ein durchgängiges, leistungsorientiertes und pauschalierendes Vergütungssystem einzuführen“ (DRG-System).[405] Es sollte ursprünglich in drei Schritten bis zum Jahre 2007 eingeführt werden; der Zeitraum wurde allerdings bis zum Jahre 2009 verlängert.[406] Die komplexe, abgestufte Einführung des seit 2004 verpflichtenden[407] Vergütungssystems steht mit neuen Fallpauschalvereinbarungen vor der Herausforderung der Angleichung der für 2003 und 2004 budgetneutral[408] und krankenhausindividuell ermittelten Preise für die jeweiligen Fallgruppen an den landesweiten Durchschnitt.[409] Neben der Einführung der DRGs sah der Gesetzentwurf die erneute Hinwendung zur monistischen Finanzierung vor, wie sie bereits im GSG angeklungen war. Dies sollte durch die schrittweise Rückführung der Finanzierung der Länder bis 2008 geschehen.[410] Ab diesem Zeitpunkt sollte die Einzelinvestitionsförderung, ab 2003 die Finanzierung der pauschalen Fördermittel über das neue Vergütungssystem der DRG erfolgen. Die Renaissance des Monismus, mit Modifikationen noch von der Beschlußempfehlung des Ausschusses für

402 *Patt*, System und Kontrolle der Preisbildung für Krankenhausleistungen (1996), S. 50.

403 BT-Drucks. 12/3608, S. 71.

404 *Knorr/Kraemer*, Krankenhausrecht (2005), Einführung, S. X.

405 Siehe z.B. oben I.2.1.5.1.

406 *Knorr/Kraemer*, Krankenhausrecht (2005), Einführung, S. XVII f.

407 § 17b Abs. 6 S. 1 KHG. Die Teilnahme im Jahre 2003 konnte freiwillig erfolgen, § 17b Abs. 4 und 5 KHG.

408 § 17b Abs. 4 S. 1, Abs. 6 S. 3 KHG.

409 § 17b Abs. 6 S. 4 KHG i.V.m. § 4 KHEntgG. S. unter I.3.4.2.

410 BT-Drucks- 14/1245, S. 56. Das Konzept findet sich auch in dem vom BMG(S) dem Institut für Funktionsanalyse im Gesundheitswesen erteilten Gutachten (oben I.2.2.5.) wieder, vgl. unter www.bmgs.bund.de (unter Themenschwerpunkte/Ressortforschung, Kurzberichte Archiv, 16.3.2000, z.B. S. 143 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesundheit gestützt,[411] konnte sich im Zeichen zwischenzeitlich geänderter Bundesratsmehrheiten allerdings nicht durchsetzen.[412]

Das *GKV-Modernisierungsgesetz 2003* – erhebt die (im FPG zuvor umfassend reformierte) Krankenhausfinanzierung nicht zum Schwerpunkt, bindet den Krankenhaussektor jedoch in neue, wettbewerbsorientierte Versorgungsformen mit ein.[413] Unterdessen erfolgte nach den Fallpauschalenvereinbarungen 2005 und 2006 mit der Einigung zwischen der DKG, den Spitzenverbänden der Krankenkassen und dem Verband der PKV am 19. September 2006 über die FPV 2007 bereits zum dritten Male eine Vereinbarung unter den Selbstverwaltungspartnern, ohne daß – wie noch in den Jahren 2003 und 2004 – eine Ersatzvornahme seitens des Ministeriums erforderlich wurde.[414] Anstelle der Spitzenverbände der Krankenkassen agiert nach entsprechender Änderung durch das GKV-WSG nunmehr der Spitzenverband Bund der Krankenkassen,[415] Partner der PFV 2009.

3.4 Rechtlicher Rahmen

3.4.1. Allgemeines

„Das Krankenhausrecht" hat sich – gegenstandsspezifisch – zunehmend als eigene Materie herausgebildet. Es ist Teil des Medizinrechts,[416] das ebenfalls eine Querschnittsmaterie bildet. Tragende Säulen, die spezifisch an die Einrichtung „Krankenhaus" anknüpfen, sind das Recht der Krankenhausfinanzierung, der Krankenhausplanung sowie das Recht der Inanspruchnahme der Leistung und der Leistungserbringung. Darüber hinaus sind in Anknüpfung an die organisationsrechtliche Seite v.a. das Gesellschaftsrecht und das kommunale Wirtschaftsrecht, mit Blick auf die Beschäftigen das Recht der Heilberufe, das (öffentliche) Dienst- und Arbeitsrecht sowie das Arzthaftungsrecht von Bedeutung. Wesentliche Bereiche des Krankenhausrechts sind Bundesrecht und fußen im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (vgl. Art. 72 GG) auf der Zuständigkeit des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung), Art. 74 Abs.1 Nr. 19 (Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG (wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und Regelung der Krankenhauspflegesätze). Das Berufsrecht der Heilberufe bzw. des Gesundheitsdienstes hingegen obliegt weitgehend den Ländern. Diese sind es weiter, die zur Erfüllung der in § 1 KHG genannten Ziele nach §§ 6, 8 ff. KHG Krankenhauspläne

411 BT-Drucks. 14/1977, S. 110 f.

412 Siehe *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz (2004), S. 44.

413 S.o. 2.1.3.

414 *Steiner/Bussmann/Koerdt*, „Vereinbarung zum Fallpauschalensystem für Krankenhäuser (FPV 2007) – Abrechnung nach der PFV 2007, Redaktionsbeilage/FPV 2007, in das Krankenhaus 1/2007.

415 Siehe Art. 18 Nr. 4 b GKV-WSG (BGBl. I 2007, S. 445 f.) mWv. 1. Juli 2008, Art. 46 Abs. 9 (a.a.O., S. 472).

416 *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12, S. 1115.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Investitionsprogramme aufstellen, deren Grundsätze und Verfahren in den Krankenhausgesetzen der Länder normiert sind.[417]

3.4.2. Recht der Krankenhausfinanzierung

3.4.2.1. Grundzüge

Zum Recht der Krankenhausfinanzierung gehören in erster Linie das Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG), welches der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser sowie der Regelung der Krankenhauspflegesätze dient, sowie das Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG), das die Vergütung der Krankenhäuser regelt, die das DRG-System anwenden.[418]

Das KHG bildet die Grundlage der Krankenhausfinanzierung. Es enthält grundsätzliche Vorgaben auch zur Vergütung für die Vereinbarung der Pflegesätze für die vor- und nachstationäre Behandlung gem. § 115a SGB V (§ 17 Abs. 1 KHG) sowie die Einführung des pauschalierenden Entgeltsystems (§ 17b KHG). Mit Blick auf § 17b KHG sowie die allgemeinen Vorgaben für die Pflegesatzfähigkeit und für die Budget- bzw. Pflegesatzverhandlungen überspannt das KHG die Finanzierung insgesamt; § 1 KHEntgG bestimmt daher, daß die vollstationären und teilstationären Leistungen nach KHEntgG *und* KHG vergütet werden. Zugleich normiert das KHG zur Zielerreichung der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser (§ 1 Abs. 1 KHG) die Mittel der Krankenhausplanung (§ 6 KHG) und der Investitionsförderung (§§ 8 f. KHG). Im Zeichen seiner Komplexität und besonderen Merkmale sowie angesichts normativer Anknüpfungen an die Aufnahme der Krankenhäuser in den Krankenhausplan hat sich das Recht der Krankenhausplanung,[419] „rechtlich ein Unterfall des Rechts der Krankenhausfinanzierung, in der Praxis… »verselbständigt«“.[420] Daneben fungieren als (kleinere) Teilbereiche gemäß des dualistischen Finanzierungssystems das Recht der Investitionsförderung sowie das Pflegesatzrecht und ergänzende Regelungen für die vor- und nachstationären Leistungen sowie die Formen der ambulanten Behandlung im Krankenhaus.

Gem. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG besteht zunächst ein Rechtsanspruch der Krankenhäuser auf (Investitions-)Förderung, „soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes und bei Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 in das Investitionsprogramm aufgenommen sind.“ Zu einem konkreten Rechtsanspruch auf Bewilligung aber verdichtet sich der mit der Aufnahme in den Krankenhausplan bzw. der Feststellung verliehene Status des förderfähigen und zu fördernden Krankenhauses jedoch erst, wenn die übrigen Voraussetzungen für die Förderung erfüllt sind. Vorher besteht lediglich „eine Art

417 Vgl. das Bayerische Krankenhausgesetz (BayKrG) i.d.F. vom 28. März 2007, BayGVBl. 2007, S. 288 ff.

418 Vgl. § 1 Abs. 2 KHEntgG.

419 Dazu unter I.3.4.3.

420 *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12, S. 1115.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anwartschaft auf Förderung".[421] In § 2 Nr. 2 KHG ist bestimmt, welche Kosten als Investitionskosten anzusehen sind und welche Kosten diesen gleichgestellt sind (Nr. 3). Die allgemeinen Fördertatbestände für Investitionskosten sind in § 9 KHG bundesrechtlich vorgegeben,[422] wobei gem. § 9 Abs. 3 KHG für bestimmte Investitionen (Wiederbeschaffung kurzfristiger Anlagegüter; kleine bauliche Maßnahmen) eine Pauschalförderung durch feste jährliche Beträge vorgesehen ist. Gerade vor diesem Hintergrund – die Bemessung erfolgt nach Maßgabe des KHG und des Landesrechts (§ 9 Abs. 5 KHG)[423] – wird die ausnahmslos pauschale Errichtungsförderung in NRW durch die sog. „Baupauschale" kritisiert bzw. gar für verfassungswidrig erachtet.[424].

Das Pflegesatzrecht für die Vergütung zur Deckung der Betriebskosten ist insbesondere in den §§ 16 ff. KHG geregelt. Pflegesätze sind die Entgelte der Benutzer oder ihrer Kostenträger für stationäre und teilstationäre Leistungen, § 2 Nr. 4 KHG. Auch diese dienen als „leistungsgerechte Erlöse" dem in § 1 KHG postulierten Ziel der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser. Dabei folgt aus § 4 Nr. 2 KHG zum einen, daß Pflegesätze nach Maßgabe des Gesetzes auch Investitionskosten enthalten können, zum anderen, daß Vergütungen für vor- und nachstationäre Behandlung nicht aus Pflegesätzen vergütet werden. Kern der Vergütung nach Pflegesätzen ist das bereits beschriebene Fallpauschalensystem auf der Grundlage der FPV, für die § 17b KHG hinsichtlich der Einführung, der Grundzüge und der verfahrensrechtlichen Vorgaben maßgeblich ist. Gem. § 17b Abs. 1 S. 3 KHG werden Entgelte nach dem durchgängigen, leistungsorientierten und pauschalierenden Vergütungssystem für die *allgemeinen* voll- und teilstationären Krankenhausleistungen für einen Behandlungsfall vergütet. Weitere entgeltspezifische Vorgaben und solche für die konkreten Schritte in der Konvergenzphase bis zur Erreichung eines landesweiten Durchschnitts regelt das KHEntgG. Dieses bestimmt auch, inwieweit bundeseinheitliche Regelungen über Zu- oder Abschläge vereinbart werden könnten, vgl. § 5 KHEntgG, da und soweit sich manche Leistungen etwa in kleineren Krankenhäusern nicht mehr rechnen, sie demnach in wirtschaftlicher Hinsicht an sich als Finanzierungstatbestände nicht vorliegen, aber im Zeichen der Notwendigkeit flächendeckender Versorgung dennoch vorgehalten werden müssen. § 6 KHEntgG nimmt bestimmte Sachverhalte von der Vergütungsfähigkeit nach dem DRG-System aus, u.a. soweit sie ab 2005 im DRG-System noch nicht sachgerecht vergütet werden können, und erklärt für die insofern erforderliche Bildung einer Erlössumme die BPflV für anwendbar (§ 6 Abs. 3 S. 2 KHEntgG). Auch für die grundsätzlich gem. § 17 Abs. 1 S. 1 HS. 2 KHG nicht in das DRG-System einbezogenen voll- und teilstationären Krankenhausleistungen gilt die BPflV (vgl. § 1 Abs. 1), auf deren Grundlage die allgemeinen Krankenhausleistungen nach Pflegesätzen vergütet werden (§ 10 Abs. 2 KHG).

421 *Quaas*, a.a.O., S. 1126 Rn. 24.

422 Zu den Einzelheiten *Quaas*, in: ders./Zuck, Medizinrecht (2008), § 25 Rn. 56 ff.

423 Näher *Quaas*, a.a.O., Rn. 112 ff.

424 *Degener-Hencke*, Zum Recht der Krankenhausinvestitionsförderung, NZS 2009, S. 6 ff.; s. auch *Quaas*, a.a.O., v.a. Rn. 145 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unter Wettbewerbsgesichtspunkten von besonderer Relevanz ist die Vorgabe, daß die Entgelte für die *allgemeinen* (notwendigen)[425] Krankenhausleistungen für alle Benutzer des Krankenhauses einheitlich zu berechnen und zu vereinbaren sind; eine Differenzierung zwischen Versichertenstatus oder Konstenträger findet nicht statt (vgl. §§ 8 Abs. 1 S. 1 KHEntgG, § 17 Abs. 1 S. 1 KHG, § 14 Abs. 1 HS. 1 BPflV). Im übrigen ist auch die Vergütung für die vor- und nachstationäre Behandlung nach § 115a SGB V für alle Benutzer des Krankenhauses einheitlich zu berechnen (§ 17 Abs. 1 S. 1 KHG, § 1 Abs. 3 BPflV).

Andere als die allgemeinen Krankenhausleistungen dürfen „als Wahlleistungen *gesondert* berechnet werden, wenn die allgemeinen Krankenhausleistungen durch die Wahlleistungen nicht beeinträchtigt werden und die gesonderte Berechnung mit dem Krankenhaus vereinbart ist."[426] Da allerdings auch Wahlleistungsentgelte begrifflich Pflegesätze sind,[427] müssen sie ebenfalls für alle Benutzer einheitlich *berechnet* werden. Ein Unterschied zu den allgemeinen Krankenhausleistungen besteht v.a. im Hinblick auf die ohne Berücksichtigung der Kostenträger maßgebliche Preisvereinbarung zwischen Krankenhaus und Patienten.[428] Über die dennoch vom Pflegesatzrecht geforderte Einheitlichkeit der Tariffierung hinaus finden in weitem Umfang Bestimmungen der Gebührenordnung für Ärzte (entsprechend) Anwendung.[429]

Schließlich sind auch sozialrechtliche Regelungen (des Leistungserbringungsrechts) im Kontext der Krankenhausfinanzierung zu benennen. Kollektive Vergütungsvereinbarungen nach gesonderten Maßstäben sind für die vor- und nachstationäre Behandlung im Krankenhaus (§ 115a SGB V) und das ambulante Operieren im Krankenhaus (§ 115b SGB V) zu vereinbaren. Ambulante Behandlungsleistungen durch Krankenhäuser bei Unterversorgung (§ 116a SGB V) werden entsprechend § 120 Abs. 1 SGB V nach den für Vertragsärzte geltenden Grundsätzen aus der vertragsärztlichen Gesamtvergütung vergütet. Selektive Verträge sind ferner (nur noch) bei Verträgen über die Erbringung ambulanter Leistungen nach § 116b Abs. 1 SGB V bei Teilnahme des Krankenhauses an der Durchführung eines DMP nach § 137g möglich, Vergütungsvereinbarungen eingeschlossen.[430] Schließlich können im Rahmen der IV Vergütungen autonom zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern vereinbart werden (§ 140c Abs. 1 SGB V). Soweit dies dem Sinn und der Eigenart der IV entspricht, können die Verträge Abweichendes von den Vorschriften des KHG und des KHEntgG regeln (vgl. § 140a Abs. 4 S. 1 SGB V). Bis zum Ablauf der Anschubfinanzierung wurden daraus gem. § 140d Abs. 4 SGB V nur Leistungen finanziert, die nicht dem Budget aus DRG-

425 Zur Definition §§ 2 Abs. 2 KHEntgG, § 2 Abs. 2 BPflV.

426 § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG; Hervorhebung nicht im Original.

427 *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12, S. 1137 Rn. 83.

428 Vgl. *Quaas*, a.a.O.

429 *Quaas*, a.a.O.

430 § 116b Abs. 5 SGB V jedenfalls gilt nicht, s. auch *Kingreen*, in: Beck-OK SGB V, § 116b Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erlösen (§§ 3, 4 KHEntgG) oder der BPflV zuzuordnen sind.[431] Das KHRG schließlich stellt mit § 4 Abs. 1 S. 2 Alt. 4 KHEntgG nunmehr klar, „dass die nach § 140c SGB V zu finanzierenden Leistungen der integrierten Versorgung *nicht Bestandteil des Erlösbudgets* nach dem Krankenhausentgeltgesetz sind".[432]

3.4.2.2. Aktuelle Entwicklungen im Zuge des KHRG

Das bereits mehrfach erwähnte KHRG enthält im Grunde ein Bündel von Einzelmaßnahmen, weniger jedoch tiefgreifend wettbewerbsorientierte strukturelle Änderungen. Es dient v.a. der wirtschaftlichen Verbesserung der finanziellen Situation der Krankenhäuser und soll diese unmittelbar in Höhe von rund € 2,2 Mrd. entlasten;[433] weitere Mehreinnahmen in Höhe von € 1,9 Mrd. folgen aus bereits zuvor gesetzlich verankerten Maßnahmen,[434] wobei im Rahmen der Beratungen des Schätzerkreises zur erstmaligen Festlegung des einheitlichen Beitragssatzes eine Begrenzung auf € 3,5 Mrd. vorgenommen wurde.[435]

Im großen und ganzen lassen sich die Änderungen drei Bereichen zuordnen, nämlich dem pauschalierenden Entgeltsystem, der Investitionsfinanzierung sowie sonstigen gesetzlichen Anpassungen zur Gewährung der Leistungsfähigkeit der Krankenhausversorgung. Schwerpunktmäßige Maßnahmen des Gesetzes sind:[436]

- Möglichkeit einer Investitionsförderung durch leistungsorientierte Investitionspauschalen ab 1.1.2012 für Plankrankenhäuser; für in den Plan aufgenommene psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen ab 1.1.2014; zunächst Entwicklungsauftrag (vgl. § 10 Abs. 1 KHG);
- Verlängerung der Konvergenzphase (§ 5 Abs. 6 KHG);
- Anteilige (Re-)Finanzierung der Tariflohnerhöhungen für das Jahr 2009 betreffend Erhöhungen für die Jahre 2008 und 2009 (vgl. § 10 Abs. 5 KHEntgG);
- Planmäßiger Wegfall des Abschlags in Höhe von 0,5% vom Rechnungsbetrag bei gesetzlich Krankenversicherten (§ 8 Abs. 9 KHEntgG);
- Einführung eines Förderprogramms zur Verbesserung der Situation des Pflegepersonals (vgl. v.a. § 4 Abs. 10 KHEntgG);
- Schrittweise Angleichung der unterschiedlich hohen Landesbasisfallwerte an einen einheitlichen Basisfallwertkorridor im Zeitraum von 2010 bis 2014 (vgl. v.a. § 10 Abs. 8 KHEntgG);
- Einführung eines pauschalierenden tagesbezogenen Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen ab dem Jahr 2013 (§ 17d KHG);

431 Vgl. oben I. 2.1.3.2; s. zur Finanzierung ab 2009 unten II.3.1.4.3.

432 BT-Drs. 16/11429 (elektron. Vorabfassung), S 58; Hervorhebung nicht im Original.

433 A.a.O., S. 2.

434 *Rau*, Regelungen des Krankenhausfinanzierungsreformgesetzes, das Krankenhaus 2009, S. 198.

435 PM des BMG v. 18.12.2008; Rau, a.a.O., S. 201 f.

436 Vgl. BT-Drs. 16/11429, S. 1 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– Aufhebung von Regelungen der zum Jahresende 2008 auslaufenden DRG-Einführungs- und Konvergenzphase sowie Aktualisierung und Ergänzung verbleibender Regelungen für den künftigen Regelbetrieb des DRG-Vergütungssystems.

Auf Details kann hier nur bedingt eingegangen werden. Im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand sind zwei Gesichtspunkte kurz herauszugreifen: die Investitionsförderung durch Pauschalen und die Verlängerung der Konvergenzphase:

Von besonderem Interesse ist die zukünftig *optionale Investitionsförderung durch leistungsorientierte Investitionspauschalen* deshalb, weil der damit verbundene Entwicklungsauftrag tw. als Überbleibsel der Forderung nach einer monistischen Krankenhausfinanzierung,[437] tw. als „Übergangsmodell zur Ersetzung der dualen Finanzierung durch eine monistische Krankenhausfinanzierung" bezeichnet wird.[438] So könnte

> „in einem weiteren Schritt die Einzelförderung vollständig abgeschafft und die Funktion der Länder in eine bloße Zahlstelle umgewandelt werden..., wenn eines Tags die absolute Höhe der Investitionspauschalen in Euro auf Bundesebene bzw. eine Kopplung an einen bundeseinheitlichen DRG-Basisfallwert vorgegeben und im letzten Schritt die „Zahlstelle Länder" mit entsprechender finanzieller Kompensation der Länder durch die „Zahlstelle Krankenkasse" ersetzt wird".[439]

Wesentlich ist zwar zunächst, daß das Recht der Länder unberührt bleibt, nach ihrer Wahl weiterhin durch Einzelförderung von Investitionen einschließlich der Pauschalförderung kurzfristiger Anlagegüter zu entscheiden, § 1 Abs. 1 S. 4 KHG. Kommt es jedoch nach Entwicklung der „Grundsätze... für die Ermittlung eines Investitionsfallwertes auf Landesebene" und der „Grundstrukturen für... Investitionsbewertungsrelationen" zur Kalkulation *bundeseinheitlicher* Investitionsbewertungsrelationen durch das DRG-Institut, sind die Länder entsprechend gebunden: Sie vermögen dann zwar noch die Höhe der Gesamtfördermittel, nicht aber die der Pauschale autonom festzusetzen.[440]

Die *Verlängerung der Konvergenzphase* um ein Jahr, finanzwirksam verteilt auf 2009 und 2010, ist vor allem kontextbezogen zu betrachten. Insofern ist und war es jedenfalls konsequent, vom Vorhaben der Budgetkonvergenz nicht abzuweichen und damit Planungssicherheit zu schaffen. Das zielgerichtete Agieren in der Konvergenzphase und Anstrengungen v.a. derjenigen, die Anteile abzugeben hatten, wären unter nicht unerheblichen Verwerfungen „frustriert" worden, wären die Preise durch das KHRG alsdann weithin freigegeben worden. Dessen ungeachtet wurde die Verlängerung der Konvergenzphase in den Dienst der Begrenzung der Mehraufwendungen auf € 3,5 Mrd. gestellt,[441] um Mehrbelastungen durch einen ungleichgewichtigen letzten Konvergenz-

437 *Rau*, Regelungen des Krankenhausfinanzierungsreformgesetzes, das Krankenhaus 2009, S. 198 (204).

438 *Degener-Hencke*, Zum Recht der Krankenhausinvestitionsförderung, NZS 2009, S. 6 (13).

439 *Degener-Hencke*, a.a.O.

440 *Degener-Hencke*, a.a.O.

441 *Rau*, Regelungen des Krankenhausfinanzierungsreformgesetzes, das Krankenhaus 2009, S. 198 (202).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schritt in Höhe von geschätzten € 600-800 Mio. zu vermeiden.[442] Die Umsetzung der Verlängerung erfolgt angesichts der bereits im Jahre 2009 maßgeblichen Landesbasisfallwerte mittels hälftiger Aufteilung des Konvergenzsaldos auf 2009 und 2010 und die Korrektur über Zu- bzw. Abschläge.[443]

3.4.3. Krankenhausplanungsrecht

Die Krankenhausplanung als Teil des Krankenhausfinanzierung ist Instrument zur wirtschaftlichen Sicherung der Häuser und bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung, §§ 6, 1 KHG. Sie ist für die wirtschaftliche und die wettbewerbliche (Ausgangs-) Situation von besonderer Relevanz. Die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan, deren Aufstellung Aufgabe der Länder ist (§ 6 Abs. 1 KHG), fungiert gem. § 8 Abs. 1 KHG als zentrale Voraussetzung der Investitionsförderung. Bei den aufgenommenen Plankrankenhäusern (§ 108 Nr. 2 SGB V) „gilt" die Aufnahme in den Krankenhausplan gem. § 109 Abs. 1 S. 2 SGB V als Versorgungsvertrag. Mittels dieses (fingierten) Versorgungsvertrages wird das Krankenhaus zur Versorgung der Versicherten zugelassen, § 109 Abs. 4 S. 1 SGB V. Es ist zur Behandlung ebenso verpflichtet (S. 2) wie die Kassen zur Verhandlung der Pflegesatzvereinbarungen (S. 3). Die Aufnahme in den Krankenhausplan bewirkt daher „eine Mindestgarantie wirtschaftlicher Sicherheit".[444]

Die inhaltlichen Vorgaben der Planaufstellung trifft in weitem Umfang das Landesrecht (§ 6 Abs. 4 KHG). Allerdings ergeben sich auch aus dem Bundesrecht wichtige Anforderungen, erschlossen aus dem Zusammenhang des KHG und entwickelt auf der Grundlage des § 6 Abs. 2 KHG a.F.:[445] So muß die Planung Ziele festlegen, eine Analyse des Bedarfs der Bevölkerung an Krankenhausbetten, räumlich, fachlich und nach Versorgungsstufen gegliedert (Bedarfsanalyse) sowie eine Analyse zur Eignung bzw. der tatsächlichen Versorgungsbedingungen bei den vorhandenen Krankenhäusern (Krankenhausanalyse) enthalten.[446] Vor diesem Hintergrund ist darüber zu entscheiden, welche Krankenhäuser per zusammenfassender Aufstellung in den Krankenhausplan aufgenommen werden (Versorgungsentscheidung). Gem. der Vorgabe des § 7 Abs. 1 KHG sind bei der Krankenhausplanung und der Aufstellung der Investitionsprogramme einvernehmliche Regelungen mit den Beteiligten – v.a. den Krankenhäusern – anzustreben (S. 2). Das betroffene Krankenhaus ist anzuhören (S. 1 Hs. 2).

Der Krankenhausplan ist keine Rechtsnorm und nicht als solcher angreifbar.[447] Die Aufnahme oder Nichtaufnahme (bzw. Herausnahme) des einzelnen Krankenhauses in

442 BT-Drs. 16/11429, S. 59f.

443 A.a.O.; § 5 Abs. 6 KHEntgG.

444 *Burgi*, Konkurrentenschutz in der Krankenhausplanung, NZS 2005, S. 169 (170).

445 BVerwGE 72, 38 (46 ff.); *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12, S. 1146 f.

446 BVerwG, Urt. v. 25.9.2008, Az. 3 C 35/07, GesR 2009, S. 27 (28).

447 BVerwGE 72, 38 (45); BVerfGK 3, 39 (40 m.w.N.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Krankenhausplan wird erst „auf der zweiten Stufe“ – durch Bescheid seitens der in der Regel nachgeordneten Behörde festgestellt, § 8 Abs. 1 S. 3 KHG. Ein Anspruch auf Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan besteht nicht (§ 8 Abs. 2 KHG), wobei diese Bestimmung in erster Linie auf die pflichtgemäße Auswahl zwischen mehreren Krankenhausträgern rekurriert, die in einer „ersten Stufe“ bereits als für eine bedarfsgerechte Versorgung in Frage kommend anzusehen waren.[448]

Die Feststellung dann ist Verwaltungsakt und gem. § 8 Abs. 1 S. 4 KHG im Verwaltungsrechtsweg angreifbar. Je nach Klageziel des Vorgehens gegen die Aufnahme in den oder Herausnahme aus dem Krankenhausplan kommen die Verpflichtungs- bzw. Anfechtungsklage in Betracht. Darüber hinaus hat die verfassungsrechtliche, an der Berufsausübungsfreiheit orientierte Bedeutung der Entscheidung dazu geführt, daß auch Klagen von Konkurrenten grundsätzlich zulässig und nicht allein mit Blick auf eine Willkürkontrolle überprüfbar sind.[449]

3.4.4. Leistungsrecht und Leistungserbringungsrecht

Schließlich enthält das SGB V diverse krankenhausrechtliche Regelungen. Leistungsrechtlich etwa umfaßt die Krankenbehandlung auch Krankenhausbehandlung, § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 SGB V. Sie darf nur verordnet werden, soweit eine ambulante Versorgung nicht ausreicht, § 73 Abs. 4 S. 1 SGB V. Die zentralen Leistungsvoraussetzungen der voll-, teil-, vor- und nachstationär sowie (auch) ambulant erbrachten Krankenhausbehandlung regelt § 39 SGB V, dem zufolge die vollstationäre Behandlung gegenüber den anderen Behandlungsarten zurücktritt, soweit das Behandlungsziel durch diese erreicht werden kann (§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB V). Darüber hinaus lassen sich das Recht der Zulassung der Krankenhäuser (§§ 107 ff. SGB V), das Recht der (statusbegründenden) Versorgungsverträge mit den Krankenhäusern (§§ 109 ff. SGB V), das Recht der Beziehungen zu Krankenhäusern im Schnittstellenbereich zur vertragsärztlichen Versorgung (§§ 115 ff. SGB V) sowie – grob gefasst – das Recht der Qualitätssicherung (insbes. §§ 137 ff. SGB V) und – für alle Leistungserbringer gültig – der integrierten Versorgung (§§ 140a ff. SGB V) benennen.

3.5 Kostenträger

Ungeachtet der Kostenträger außerhalb der GKV, etwa der Träger der Sozialhilfe- oder der Unfallversicherung, tragen neben den privaten Krankenversicherungsunternehmen insbesondere die gesetzlichen Krankenkassen die (Last der) Kosten. Der Begriff „Kostenträger“ wird der Rolle der Krankenkassen nur zum Teil gerecht, sind Sie,

448 BVerfGK 3, 39 (40 f. m.w.N.); *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12, S. 1150 f. m.w.N.

449 Näher unter I.4.3.1. sowie insbesondere unter II.4.1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie gezeigt, doch auch Preis- und Leistungsgestalter und als Konkurrenten im Gesundheitsmarkt aktiv.

Für die GKV wurde bereits erwähnt, daß die Zahl der Krankenkassen von mehr als 1.209 Krankenkassen im Jahr 1991[450] auf nur noch 202 zum 1. Januar 2009 gesunken ist.[451] Der Fusionsprozeß dieser in einzelne Kassenarten gegliederten[452] Körperschaften des öffentlichen Rechts wird zukünftig weiter forciert durch Ermöglichung der „kassenartübergreifenden Vereinigung der Krankenkassen", § 171a SGB V. Der historisch bedingten Einteilung der Krankenkassen in Primärkassen und Ersatzkassen (zu letzteren §§ 168 ff. SGB V) folgt die Einteilung der Primärkassen in Ortskrankenkassen[453] (§§ 143 ff. SGB V), Betriebskrankenkassen[454] (§§ 147 SGB V), Innungskrankenkassen[455] (§§ 157 SGB V) Ersatzkassen[456] (§ 168 SGB V), die Knappschaft Bahn See (§ 167 SGB V)[457] und landwirtschaftliche Krankenkassen[458] (§ 166 SGB V). Ortskrankenkassen bestehen für abgegrenzte Regionen, die sich allerdings – wie die AOK Rheinland Hamburg – auch auf mehrere Länder strecken können, vgl. § 143 Abs. 3 SGB V. Betriebskrankenkassen existieren als auf die Versicherung von Betriebsangehörigen beschränkte („geschlossene") oder allgemein geöffnete Krankenkassen, wobei das Personal entweder vom Arbeitgeber oder von der Krankenkasse selbst angestellt ist.

Für die Verfassung der Krankenkassen gelten v.a. §§ 29 ff. SGB IV, soweit nicht krankenversicherungsrechtliche Besonderheiten bestehen. Die Krankenkassen werden durch Vorstände geführt, §§ 35, 35a SGB IV. Das Organ der Selbstverwaltung ist der Verwaltungsrat, vgl. § 31a Abs. 3 SGB IV. Die Versicherungsträger geben sich eine Satzung, § 34 SGB IV.

Die Krankenkassen bilden auf Landesebene Landesverbände (§§ 207 ff. SGB V), ebenfalls Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihrerseits nach Kassenarten vormals jeweils einen Bundesverband bilden, §§ 212 SGB V a.F., die als Spitzenverbände der Krankenkassen agierten.[459] Auch nach der Reform des GKV-WSG sind die Lan-

---

450 BMG, Pressemitteilung vom 24. Juni 2006, eingestellt am 25.5.2006, abrufbar unter www.bmg.bund.de (Presse, Archiv, Presse 2/2006, 25.6.2006: „Ulla Schmidt begrüßt erste länderübergreifende AOK-Fusion").

451 BMG, Ergebnisse der GKV-Statistik KM1, Stand: 10. März 2009.

452 § 4 SGB V; §§ 21 Abs. 1 SGB I, §§ 1 und 2 SGB V.

453 Nach Ergebnissen der GKV-Statistik KM1 (hrsgg. vom BMG, Stand: 10. März) waren dies im Januar 2009 15 (alle landesunmittelbar und regional geöffnet).

454 Januar 2009 (a.a.O.): insgesamt 155, davon 62 landes- und 93 bundesunmittelbar sowie 75 regional, 32 bundesweit und 48 nicht geöffnet.

455 Januar 2009 (a.a.O.): insgesamt 14, davon 8 landes- und 6 bundesunmittelbar sowie 11 regional und 3 bundesweit geöffnet.

456 Es handelt sich um eine bundesunmittelbare, nicht geöffnete Kasse.

457 Januar 2009 (a.a.O.): insgesamt 8 bundesweit geöffnete Kassen (1 landes- und 7 bundesunmittelbar).

458 Dies waren im Januar 2009 (a.a.O.) insgesamt 9 nicht geöffnete Kassen, von denen 7 landes- und 2 bundesunmittelbar waren.

459 Vgl. zu deren Fortbestand und Rechtsnachfolge §§ 212f. SGB V m.W.v. 1.1.2009.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

desverbände (wie die Krankenkassen selbst) zum Vertragsschluß mit zugelassenen Krankenhäusern über die ambulante Versorgung im Krankenhaus nach § 116b Abs. 1 SGB V zuständig. Demgegenüber ist seit dem 1. Juli 2008 der neue Spitzenverband Bund der Krankenkassen (§§ 217a ff. SGB V), Partner der Vereinbarung der Fallpauschalen nach § 17b Abs. 2 KHG.[460]

Weiterer Partner dieser Vereinbarung ist wegen des finanzierungsrechtlichen Gleichlaufs der Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen auch der Verband der privaten Krankenversicherung. Ihm gehörten Ende 2007 insgesamt 47 Mitgliedsunternehmen an, davon 21 Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (mit 45% der Gesamtbeitragseinnahmen und 52,3% der Gesamtzahl an Vollversicherten) und 26 Aktiengesellschaften (55% bzw. 47,7%).[461]

4. Wettbewerb und Gesundheitsversorgung

4.1. Die Idee des Wettbewerbs

Wettbewerb ist Ausdruck wirtschaftlich orientierten Verhaltens der Marktteilnehmer und als Prozess zu begreifen. Auch wenn es verbreiteter Erkenntnis entspricht, daß Wettbewerb als reales Phänomen einer Definition kaum zugänglich ist,[462] entbindet dies nicht von der Aufgabe, Grundvorstellungen und Steuerungsansätze in normativen Bezugspunkte(n) aufzuzeigen. Kennzeichnend ist meist – ohne eine „neoklassische" Ausprägung zu präjudizieren – die Freiheit der Marktteilnehmer, d.h. Handlungs- und Entscheidungsfreiheit, mindestens jedoch beschränkt durch dieselbe des Konkurrenten. In diesem Sinne verlangt und ermöglicht Wettbewerb „einen Mindestgrad an wirtschaftlicher Freiheit"[463] der Marktteilnehmer und generiert Wohlstand als Ergebnis ökonomisch erfolgreich angelegter freier Entscheidungen. Unter konstitutionellen Gesichtspunkten erweist sich die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung als normativ geschütztes Substrat der Verfassungs- und Wirtschaftsordnung, auch wenn die Verfassung – im „übrigen" – „wirtschaftspolitisch neutral" angelegt ist.[464]

Demgemäß kommt „Wettbewerb" in einer freiheitlichen Gesellschaft mit freiheitlicher Wirtschaftsordnung ein Eigenwert zu.[465] Der Wert als solcher allerdings ist kein Sollensgebot, sondern kennzeichnet die Bewertung von Zuständen – oder Phänomenen

460 S. Art. 18 Nr. 4 b GKV-WSG (BGBl. I 2007, S. 445 f.), der am 1. Juli 2008 in Kraft tritt, Art. 46 Abs. 9 (a.a.O., s. 472).

461 Verband der privaten Krankenversicherung e.V. (Hrsg.), Die private Krankenversicherung. Rechenschaftsbericht 2005, S. 10; abrufbar unter www.pkv.de (wir über uns).

462 *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, UWG Einl. Rn. 1.6.

463 *Köhler*, a.a.O., UWG Einl. Rn. 1.15. m.w.N.

464 BVerfGE 4, 7, 17 f.; 50, 290, 336 ff.

465 *Cassel* (2003), in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, S. 3 (4 m.w.N.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– die in einem Sinne gutgeheißen werden, daß sie als tragfähiger Konsens für eine Verfassung des Gemeinwesens fungieren. Die Grundentscheidung für Wettbewerb der zunächst frei agierenden Marktteilnehmer wird gleichzeitig zur Ordnungsvorstellung.

4.2. Wettbewerb im Gesundheitswesen

Im Recht der Krankenversicherung[466] – vor allem im Recht der GKV – unterliegt die Konzeption von Wettbewerb in besonderer Weise einer spezifisch funktionalen Ausrichtung in Form der *allgemeinen* Gesundheitsversorgung. Wettbewerbsorientiertes Handeln soll danach in Diensten, mindestens aber im Einklang mit dem nach § 1 SGB V tragenden Prinzip der Solidarität stehen. Ungehinderter Marktzutritt, Preisfreiheit, Freiheit in der Gestaltung der Produkte und Dienstleistungen u.a.m. sind mit der allgemeinen solidarischen Gesundheitsversorgung weithin unvereinbar. Darüber hinaus ergeben sich Probleme auch deshalb, weil der Patient als „Nachfrager" mit einem im Grundsatz rational handelnden Konsumenten bedingt vergleichbar ist, sei es, weil insbesondere im Gesundheitswesen Informationsasymmetrien zutage treten, weil der Patient im Zustand der Hilfebedürftigkeit nur bedingt frei entscheidet, oder schließlich, weil er – in aller Regel – nicht derjenige ist, der die Leistung unmittelbar bezahlt. Dies und ein im Grunde anerkanntes besonderes Regulierungsbedürfnis führen dazu, daß gerade das Gesundheitswesen (*a priori*) als unvollkommener Markt betrachtet wird. „Die Berufsausübung des Vertragsarztes", so das *BVerfG*, „findet in einem staatlich regulierten Markt statt."[467] Das schließt jedoch nicht aus, daß sich Unterschiede relativer Marktvollkommenheit in einzelnen Teilmärkten bzw. Marktsegmenten ausmachen lassen, wobei die Marktöffnung ihrerseits Ausdruck ordnungspolitischer Vorstellungen ist.

In der Wirtschaftsordnung eines begrenzten und dem Grundsatz der Solidarität zur Sicherung allgemeiner Gesundheitsversorgung verpflichteten Marktes erscheint die normative Sicherung und Durchsetzung der Wettbewerbsfreiheit weithin als nachgeordnete Zielvorstellung zur Erreichung der *Leistungsziele*. Selbst in dieser funktionalen Ausrichtung aber wird dem Wettbewerb durchaus Eigenwert zuerkannt. Der „Regulierung" hingegen kommt kein Eigenwert zu, welcher auch nicht dadurch vermittelt wird, daß Regulierung entweder der allgemeinen Gesundheitsversorgung oder gar der Sicherung des Wettbewerbs selbst zu dienen bestimmt ist. Danach ist die oft konstatierte Dichotomie von „Wettbewerb und Regulierung" eine solche auf der Ebene instrumenteller oder operativer Verfahren und Spielräume, während das wert- und zielorientierte Be-

466 *Becker*, Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung, JZ 1997, S. 534 ff.; *Steinmeyer*, Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen (2000); *Schmehl/Wallrabenstein*: Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1 Wettbewerb (2005). Vgl. zum „Wettbewerb in der Gesetzlichen Krankenversicherung" aus gesundheitsökonomischer Sicht die Beiträge bei *Knappe* (Hrsg.), Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung (1999), und *Wille* (Hrsg.), Zur Rolle des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (1999).

467 BVerfG, Kammer, Beschl. v. 17.8.2004, NZS 2005, S. 144 (146); BVerfGE 103, 172 (185 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

griffspaar als „Solidarität und Wettbewerb“ zu begreifen ist, dessen funktionale Synthese mit der Leitvorstellung von der „solidarischen Wettbewerbsordnung“ zu konzeptionieren versucht wird.[468]

Dieses Verständnis allerdings ist das Produkt erst der jüngeren Zeit. Das gilt v.a. für den Leistungswettbewerb im engeren Sinne und den Vertragswettbewerb zur Schaffung neuer Strukturen der Leistungserbringung. Noch vor gut 12 Jahren gab es lediglich beschränkten Wettbewerb jeweils auf Seiten der Kostenträger oder der Leistungserbringer, der sich weithin auf das nach innen gerichtete Streben nach eigener Effizienz bei noch fehlender Diversifikation von Leistung und Leistungserbringung richtete.

Der 1996 eröffnete Mitgliederwettbewerb der Krankenkassen erfolgte vor dem Hintergrund eines im Grunde nicht existenten „Produktwettbewerbs“; leistungsrechtliche Diversifikationen waren kaum möglich; Anreize wie Boni für gesundheitsbewusstes Verhalten (§ 65a SGB V) kamen erst seit dem Jahre 2000 zum Tragen. Wettbewerb fand mithin nahezu ausschließlich über den Beitrag statt. Im übrigen spielten eher „weiche Parameter“ eine Rolle: Image und Service wurden als Wettbewerbsfelder identifiziert,[469] ohne daß der Leistungszuschnitt, sonst *essentialium* wettbewerbsorientierter Tätigkeit, das Geschehen maßgeblich bestimmen konnte. Erfolgsrelevante Einflussgrößen waren daneben die Risiko- und Verwaltungskostenstruktur der Krankenkasse.

Auf Seiten der Leistungserbringer stand zunächst ebenfalls deren innerorganisatorische Effizienz im Vordergrund; Krankenhäuser wurden zunehmend in privater Trägerschaft geführt bzw. es stellte sich die Frage der Organisation in privatrechtlicher Form. Im hoch regulierten Krankenhausmarkt war es zudem zunächst so, daß nach erfolgreicher Aufnahme in den Krankenhausplan mit anschließendem Kontrahierungszwang ein eher loser Zusammenhang von Vergütung und Performance bestand. Dies änderte sich gründlich mit der Einführung der DRG, aber auch mit der Anknüpfung an Qualitätsvoraussetzungen, wobei beides zu einem verschärften Spezialisierungs- und auch Verdrängungswettbewerb führte.

Die zunehmende Verankerung wettbewerblicher Elemente in der GKV kaprizierte sich alsdann mehr und mehr auf die intersektorale Betrachtung, da und soweit offensichtlich wurde, daß gerade an den Schnittstellen Bedarf zur Beseitigung der bemängelten Unter-, Über- und Fehlversorgung bestand. Der Fokus richtete sich auf die Kooperation, nicht aber eine korporatistische, sondern kooperative Kooperation. Dies gilt nicht nur für Zusammenarbeit und Netzwerke von Leistungserbringern, sondern v.a. für die selektivvertraglich fundierte Zusammenarbeit zwischen Kostenträgern und Leistungserbringern. Kooperieren letztere miteinander, dient dies der (internen) „Vorabintegration“ zur Schaffung von Strukturvorteilen im Wettbewerb um Versorgungsstrukturen in Zusammenarbeit mit den Kostenträgern.

468 Vgl. nachfolgend.

469 *Mühlhausen,* Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung (2002), S. 99 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ungeachtet dessen steht der Wettbewerb in Diensten des Sozialen: Verankert v.a. im Recht der Leistungserbringung,[470] erstrebt er in erster Linie wohlfahrtsfördernde Allokationseffekte[471] in Form von „Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen". Die gesetzlichen Reformwerke der Jahre 1999[472] und 2003[473] haben den Wettbewerb als Strukturmerkmal der Gesetzlichen Krankenversicherung entscheidend fortentwickelt. Im Zeichen neu geschaffener und durchgreifend flexibilisierter Versorgungsstrukturen treten neben die Allokationsfunktion zugleich Innovationseffekte,[474] und einem solchermaßen funktionierenden Wettbewerb der Leistungserbringer wird das Potential für die maßgeschneiderte Bereitstellung einer an den Bedürfnissen der Patienten ausgerichteten Versorgung zuerkannt.[475] Damit erscheint mehr und mehr gerechtfertigt, von den gesetzlichen Grundlagen der GKV als einer „solidarische[n] Wettbewerbsordnung"[476] zu sprechen. Dabei löst sich die Idee des Wettbewerbs mitunter von der Fessel ihrer Instrumentalisierung und wird Teil der primären Zielvorstellung, dennoch stets eingebunden in die zentrale Konzeption, Versorgungsstrukturen zu verbessern und sektorale Grenzen der medizinischen Versorgung zu überwinden.[477]

Im Bereich des herkömmlich als eher dirigistisch beschriebenen GKV-Systems darf die Rolle des *regulierten* Wettbewerbs auch als „*Koordinator* des Marktgeschehens"[478] indes nicht verkannt werden. Eine „neoklassische Konzeption", die Zielkonflikte mit der Freiheitsverwirklichung der weitgehend unbeschränkt agierenden Akteure leugnet,[479] erscheint mit den im Gesundheitswesen vorzufindenden Strukturen, Bedürfnissen und Marktverhältnissen kaum vereinbar. Gleichwohl steht einer wettbewerbsorientierten Ausprägung des GKV-Systems nicht entgegen, daß besondere ordnungspolitische Grundbedingungen und eine solidarische Ausgestaltung des Versicherungssystems dem Wettbewerb Grenzen setzen.

---

470 Siehe bspw. *Greß/Ebsen/Haas/Jacobs/Schulze/Szecsenyi/Wasem*, Wettbewerbliche Steuerung in der GKV – Perspektiven für mehr Qualität und Wirtschaftlichkeit, SF 2003, S. 105 ff.; *Kingreen*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188 ff. Zum (begrenzten) Wettbewerb der Krankenkassen beim Leistungsangebot *Mühlhausen*, Der Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung (2002), S. 185 ff.

471 Vgl. *Cassel* (2003), in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, S. 3 (5).

472 Gesetz zur Reform der GKV v. 22.12.1999; GKV-GRG, BGBl. I 1999, S. 2626; vgl. dazu BT-Drucks. 14/1245, S. 53; hinzu kommt das Ziel der Beitragssatzstabilität.

473 GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) v. 14.11.2003, BGBl. I 2003, S. 2189; BT-Drucks. 15/1525, S. 1, 71 ff.

474 BT-Drucks. 15/1525, S. 74.

475 A.a.O.

476 A.a.O., S. 71. Zur Widerspruchsfreiheit des Grundkonzepts der „gleichzeitige[n] Verfolgung von Solidarität und Wettbewerb" als Hauptziele[n] des Risikostrukturausgleichs (RSA) zwischen den Krankenkassen BVerfG, Beschl. v. 18.7.2005, 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167 (233).

477 Zu letzterem BT-Drucks. 15/1525, S. 74.

478 *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, UWG Einl. Rn. 1.13, eigene Hervorhebung.

479 *Köhler*, a.a.O., Rn. 1.16.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein Optimum an „solidaritätsprinzipskompatiblen“ Markt- und Wettbewerbsstrukturen lässt sich kaum quantifizieren. Wohl aber können einzelne Wettbewerbsmechanismen evaluiert und Kausalitäten ergründet und dadurch Einschätzungen relativiert werden, denen zufolge die Solidarische Wettbewerbsordnung ein „Torso geblieben“ und die GKV lediglich Ausdruck einer „dysfunktionalen Mischung aus dirigistischer und wettbewerblicher Steuerung“ sei.[480]

4.3. Verfassungsrechtliche Fundierung

4.3.1. Verfassungsrechtlicher Schutz der Formen freier wirtschaftlicher Betätigung

Die *Freiheit wirtschaftlicher Betätigung* ist das Substrat verfassungsrechtlicher Schutzgarantien im Bereich wettbewerblicher Betätigung. Nicht alle Akteure indes können sich auf die relevanten Grundrechte[481] berufen. Da sie aufgrund von Kompetenzen und nicht in Ausübung verbürgter Freiheiten tätig werden, sind gesetzliche Krankenkassen als Körperschaften des Öffentlichen Rechts nicht grundrechtsfähig.[482] Demgegenüber genießen die Unternehmen der PKV in personeller Hinsicht den Schutz der Freiheit unternehmerischer Betätigung, soweit diese durch Grundrechte, v.a. die Berufsfreiheit garantiert wird. Gem. Art. 19 Abs. 3 GG gelten Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie – wie die Garantien zur wirtschaftlichen Betätigung – ihrem Wesen nach auf diese Personen anwendbar sind.[483]

Private Krankenhausträger können sich wie kirchliche Einrichtungen und solche der Wohlfahrtspflege auf den Schutz der Grundrechte gem. Art. 19 Abs. 3 GG berufen, der unselbständigen öffentlichen Einrichtungen (in öffentlicher Trägerschaft) versagt bleibt. Werden Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft betrieben, führt die Wahl der privaten Rechtsform allein nicht zur Eröffnung des personellen Anwendungsbereiches der Grundrechte. Strittiger Beurteilung unterliegt die Annahme der Grundrechtsträgerschaft bei sog. gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen. Werden sie vom Staat durch Einflussmöglichkeiten und/oder Anteilseignung nicht beherrscht, wird für den Grundrechtsschutz votiert, der wegen der anderenfalls entstehenden Schutzlücke auch geboten

480 *Cassel* (2003), in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, S. 3 (9).

481 Zum sachlichen Schutzbereich sogleich.

482 Vgl. bereits BVerfGE 39, 302 (316).

483 Ausdrücklich zu Unternehmen der privaten Krankenversicherung BVerfG, 4.2.2004, BVerfGK 2, 283. Zur Berufung auf grundrechtliche Positionen gegen Änderungen durch das GKV-WSG, v.a. die Portabilität der Altersrückstellungen und den Kontrahierungszwang für Verträge im Basistarif, etwa *Depenheuer*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Portabilität der Altersrückstellungen in der Krankenversicherung, Gutachten im Auftrag des Verbandes der PKV (2006); *Sodan*, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007 (2007), S. 36 ff., 74ff.; *Boetius*, Gegen den Wind – Der Basistarif der Gesundheitsreform bricht Europa- und Verfassungsrecht, VersR 2007, S. 431 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

ist.[484] Im Falle der evidenten Beherrschung bzw. des dominierenden Einflusses sprechen – entgegen anderer Auffassung[485] – gute Gründe gegen eine Schutzposition,[486] da angesichts der organisationsrechtlich in der Regel intendierten Dominanz und Steuerungsmöglichkeit meist keine grundrechtstypische Gefährdungslage besteht, die eine weit reichende Auflösung der Konfusion von Bindung und Berechtigung voraussetzt. Patienten schließlich sind Grundrechtsträger als natürliche Personen, ebenso sind es Leistungserbringer, die sich – unter berufsrechtlichen Restriktionen – zu ebenfalls geschützten Gesellschaften privaten Rechts zusammenschließen können. Eine Relativierung des Grundrechtsschutzes der Vertragsärzte allein durch „Einbindung" in das öffentlich-rechtliche System, sei es auf Schutzbereichs-, Eingriffs- oder Rechtsfertigungsebene, ist abzulehnen.

Ausprägungen wettbewerbsorientierter Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung sind im wesentlichen dem Schutzbereich der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG zuzuordnen. Dort, wo dieser sachlich oder wie bei Ausländern (unbeschadet des Schutzes durch Art. 2 Abs. 1 GG) bereits in personeller Hinsicht nicht eröffnet ist, kommt die allgemeine Garantie der (wirtschaftlichen) Handlungsfreiheit zugunsten autonomen Handelns zum Tragen. Die Ausprägungen wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit sind damit im wesentlichen Aspekte der Berufs(ausübungs)freiheit. Diese Zuordnung ist hinsichtlich der für die wettbewerbliche Betätigung wichtigen *Vertragsfreiheit* allerdings umstritten. Die Vertragsfreiheit wird wegen ihrer fundamentalen Bedeutung für die Berufsausübung teilweise im Schutzbereich der Berufsfreiheit verortet, teilweise im Hinblick auf einen eigenständigen materiellen Gehalt und als unbenanntes Freiheitsrecht als vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG erfaßt angesehen.[487] Demgemäss wird auch der Schutz der *Preisfreiheit* qua Zugehörigkeit zur Vertragsfreiheit[488] Art. 2 Abs. 1 GG unterstellt,[489] während anderer Auffassung zufolge wiederum Art. 12 Abs. 1 GG einschlägig sei.[490] In den Kanon dieser Freiheiten sind auch „interprivate Verhaltensweisen der Werbung, des Vertriebes und des Absatzes" einzuordnen.[491] Dabei vermittelt Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Konkurrenz; eine Reglementierung der Berufsausübung ist grundgesetzlich nicht intendiert.[492] Nach alledem und weil Planungen oder Subventionierungen

484 Für eine generelle Grundrechtsträgerschaft gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, an denen auch Privatpersonen beteiligt sind, *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 10. Aufl. (2009), Art. 19 Rn. 18a m.w.N.

485 Grundsätzlich für Grundrechtsfähigkeit *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band V, 2. Aufl. (2000), § 116 Rn. 81.

486 Vgl. *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. (2005), Art. 19 Abs. 3 Rn. 286 ff.

487 *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. (2005), Art. 12 Rn. 69.

488 BVerfGE 8, 274, 328.

489 *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. (2005), Art. 12 Rn. 69.

490 *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI (1989), § 147 Rn. 63.

491 *Breuer*, a.a.O., m.w.N.

492 BVerfGE 55, 261 (269).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

ebenfalls als Eingriffe wirken können,[493] wird die Wettbewerbsfreiheit unter Art. 12 Abs. 1 GG rubriziert[494] bzw. nach anderer Ansicht unter Art. 2 Abs. 1 GG.[495] Sie erfaßt vorzugswürdiger Auffassung zufolge die phänomenologische Zuordnung der vorgenannten Aspekte zur Freiheit wirtschaftlicher Betätigung, ohne daß ihr ein spezifisch eigenständiger materieller Gehalt zukommt.[496] In allererster Linie wird dies mit berufsspezifischen Verhalten (am Markt) zusammenhängen, so daß Art. 2 Abs. 1 GG (jedenfalls) nur subsidiär zum Tragen kommt.

Das Betreiben eines Krankenhauses gilt als Beruf und unterliegt dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG.[497] Abgesehen von den Freiheiten der laufenden Unternehmensführung kommen ferner die *Unternehmensfreiheit*, gerichtet auf die freie Gründung sowie Führung eines Unternehmens, und die davon abzugrenzende *Unternehmerfreiheit* der kollektiv agierenden Gesellschafter zu Tragen, ohne daß alle beruflichen Einzelheiten stets scharf voneinander abgegrenzt werden könnten.[498] Dies ist auch nicht erforderlich, soweit damit keine konkrete Zuordnung zur Berufsausübung oder -wahl verbunden ist, die für die Rechtfertigung eines Eingriffs erheblich ist.[499]

Eingriffe in den Schutzbereich unterliegen der Rechtfertigung auf gesetzlicher Grundlage. Speziell für die Berufsfreiheit ergeben sich dabei besondere Anforderungen im Sinne der Stufenlehre, die im Apothekerurteil des *BVerfG*[500] entwickelt wurde und im Bereich des Vertragsarztrechts stets besondere Bedeutung erfahren hat.[501] Im übrigen muß auch in diesem Zusammenhang auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Bereich der sozialen Sicherheit verwiesen werden,[502] wobei die finanzielle Stabilität und das Funktionieren der GKV gar als überragend wichtige Güter des Gemeinwohls einzustufen sind;[503] droht diesen schwere Gefahr, sind selbst objektive Berufswahlregelungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Es verwundert nicht, daß die (individuelle) Vertragsfreiheit – zumal dann, wenn man sie unter Art. 2 Abs. 1 GG fasst – in besonderer Weise „eingeschränkt" ist bzw. nur bedingt als Strukturprinzip jedenfalls der GKV fungiert. Dies folgt zum einen aus den

493 BVerfGE 82, 209 (223 ff.).

494 BVerfGE 46, 120 (137).

495 S. die N. bei *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. (2005), Art. 12 Rn. 70 (Fn. 286).

496 Vgl. auch *Manssen*, a.a.O., Rn. 70.

497 BVerfGE 82, 209 (223).

498 *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI (1989), § 147 Rn. 60 f.

499 Dazu sogleich.

500 BVerfGE 7, 377 ff.

501 Siehe etwa *Schnapp*, in: ders./Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 4 Rn. 63 ff.

502 BVerfGE 10, 354 (371); 18, 257 (273); zum Gleichheitssatz etwa BVerfGE 77, 84 (106 f.); BVerfGK 4, 356 (362 f.); zur Verfassungskontrolle im Bereich von Sozialrechtsreformen *Sichert*, Constitutional Review of Social Laws in Germany and its Impact on Law-Making, Zbornik Pravnog, Vol. 27 (2006), S. 725 ff.

503 BVerfGE 103, 172 (184).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unter I.4.1. beschriebenen Zielkonflikten und entsprechender regulatorischer Ausgestaltung (etwa durch das [obligatorische] Kollektivvertragssystem). Zum anderen liegt es daran, daß aufgrund. doppelter Absicherung gem. §§ 53 Abs. 1 S. 1 SGB X und § 69 SGB V i.V.m. § 37 S. 1 SGB I selektivvertragliches Handeln, das überwiegend in Form des öffentlich-rechtlichen Vertrages erfolgt, nur insoweit zulässig ist, als Rechtsvorschriften nicht – auch nicht mittelbar – entgegenstehen. Dabei ist die (qua Auslegung zu ermittelnde) materielle Vertragsfreiheit im SGB V stärker eingeschränkt als die zunächst weithin zulässige Wahl der Handlungsform, denn die „sozialrechtlich determinierte" Vertragsfreiheit fußt nur bedingt auf den Grundsätzen der Privatautonomie. Die insofern implizit zu ergründenden oder auch ausdrücklich eingeräumten Spielräume – vgl. § 140a Abs.1 S. 1 SGB V – markieren so in verfassungsrechtlich zulässiger Weise den Rahmen für wettbewerbsorientiertes Verhalten mittels Selektivverträgen, unbeschadet der Bedeutung des § 69 SGB V für die Anwendung der aus sozialrechtlicher Warte „externen" Wettbewerbsordnung. Gleichwohl besteht nach dem vorstehend Gesagten ein Vertragstypenzwang nicht, doch der Spielraum ist tendenziell eng, soweit er nicht durch Vertragskombinationen oder ausdrücklich großzügig erweitert ist (vgl. § 73c SGB V).

Die praktische Relevanz der Berufsfreiheit für den Konkurrentenschutz im Bereich der Krankenhausversorgung ist nicht zu unterschätzen. Dies betrifft im Besonderen zwei Felder. Zum einen geht es um den Konkurrentenschutz in der Krankenhausplanung, denn die Aufnahme in den Plan führt zu den unter I.3.4. beschriebenen wettbewerbsrelevanten Folgen bzw. Vorteilen. In seinem Beschluß vom 24.1.2004, gestützt auf die Verfahrensgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG und die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, hat das BVerfG festgestellt:

> „Die Aufnahme eines konkurrierenden Bewerbers in den Krankenhausplan schränkt die beruflichen Betätigungsmöglichkeiten für das nicht aufgenommene Krankenhaus ein". … „Die besondere Grundrechtsbetroffenheit… macht es erforderlich, … hiergegen zeitnahen Rechtsschutz zu eröffnen." [504] „Effektiver Rechtsschutz ist [daher] nur gewährleistet, wenn dem übergangenen Krankenhaus zeitnah die Möglichkeit der Drittanfechtung eingeräumt wird".[505]

Die Entscheidung, der eine sog. „offensive" bzw. „aktive" Konkurrentenklage zugrunde lag, die sich dadurch auszeichnet, daß die Begünstigung eines Bewerbers unmittelbar das Zurückweisen des Mitbewerbers zur Folge hat, markiert den neu justierten Ausgangspunkt zugunsten des Instituts der krankenhausrechtlichen Konkurrentenklage.[506] Auf der Ebene der Fachgerichtsbarkeit mündete die Entwicklung zuletzt in ein Urteil des *BVerwG*[507], welches ungeachtet des eher atypischen Sachverhalts[508] (Plan-

504 BVerfGK 2, 223 (229).

505 BVerfGK 2, 223 (230).

506 *Lenz*, Staatliche Planung von Krankenhäusern, in: ders./Dettling/Kieser, Krankenhausrecht (2007), Rn. 20 ff.; *Quaas*, in: ders./Zuck, Medizinrecht (2008), S. 652 ff.

507 Urt. v. 25.9.2008, Az. 3 C 35/07, GesR 1/2009, S. 27 ff.

508 Vgl. die Anm. von *Bracher*, DVBl. 2009, S. 49.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufnahme eines Bewerbers ohne Auswahlentscheidung gegenüber bereits aufgenommenen Plankrankenhäusern) weitergehende Grundsatzerwägungen angestellt hat. Diese – nicht unumstrittenen[509] – Hinweise sollen erst im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverhalten der Wettbewerber näher betrachtet werden.[510]

Ein gutes halbes Jahr nach der vorgenannten verfassungsgerichtlichen Entscheidung folgte ein weiteres wegweisendes Urteil auf dieser Linie. Gegenstand war die mit der angefochtenen Entscheidung des *BSG* erfolgte Versagung des Rechtsschutzes eines niedergelassenen Arztes gegen die Ermächtigung eines Krankenhausarztes, sofern nicht ausnahmsweise Willkürentscheidungen vorlägen.[511] Das *BVerfG* widersprach der Beurteilung durch das *BSG*:

> „Eine defensive Konkurrentenklage ausschließlich bei besonders schweren materiellen Mängeln der Begründetheit einer angefochtenen Ermächtigungsentscheidung zuzulassen, wird Bedeutung und Tragweite der Berufsfreiheit nicht gerecht."[512]… „Eine Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt, die erhebliche Konkurrenznachteile zur Folge hat, kann [aber] das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht." [513]

Dieser Befund wirft Fragen auch zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Öffnung der Krankenhäuser für ambulante Leistungen gem. § 116b Abs. 2 SGB V im Hinblick auf die Berufsfreiheit der niedergelassenen Vertragsärzte auf.[514]

4.3.2. Grundrechtlicher Maßstab für selektivvertragliches Kontrahieren

Soweit das Konzept der Selektivverträge vordringt und sich moderne Versorgungsformen zunehmend als „neue Formen der Regelversorgung" entwickeln, stellt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht die Frage, ob und inwieweit Teilhabeansprüche entstehen, sofern Vertragspartnerschaften für die Ausübung der Berufsfreiheit unabdingbar sind. Unter den Grundbedingungen des Wettbewerbs erlangt insbesondere der grundrechtlich determinierte Konkurrentenschutz mit Blick auf mögliche Rechtsansprüche zum Abschluß von selektiven Versorgungsverträgen Bedeutung. Unbeschadet des weit reichenden Ausschlusses des nationalen Wettbewerbs- und Kartellrechts sind hier verfassungsrechtliche Maßstäbe bestimmend, die nach rechtsstaatlichen Grundsätzen selbstverständlich auch durch § 69 SGB V nicht eingeengt werden dürfen.

In dem den direktem Beteiligungswettbewerb prägenden Vertragsverhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern kommen die Berufs(ausübungs)freiheit,

509 *Bracher*, a.a.O.; DVBl. 2009, S. 49.

510 S. unter II.4.1.

511 Vgl. die Darstellung nach BVerfG, Kammer, Beschl. v. 17.8.2004, NZS 2005, S. 144 f.

512 BVerfG, a.a.O., S. 145.

513 BVerfG, a.a.O., S. 146.

514 Siehe dazu *Vollmöller*, Die Vereinbarkeit der Öffnung der Krankenhäuser für ambulante Leistungen (§116b II SGB V) mit der Berufsfreiheit der niedergelassenen Vertragsärzte (Art. 12 I GG), NZS 2006, S 572 ff., der von einer verhältnismäßiger Konkretisierung der Grenzen zwischen ambulanter und stationärer Krankenhausversorgung ausgeht, m.N. zur Gegenansicht in Fn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

Art. 12 Abs. 1 GG, sowie der Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, besonders zum Tragen. Auch ohne daß die Wirkungsrichtung der Grundrechte in einen Beteiligungsanspruch verwandelt würde, vermittelt der Grundrechtsschutz eine teilhabespezifische Korrekturfunktion, wenn anderenfalls die Verwirklichung der Freiheiten effektiv kaum mehr möglich wäre. Die Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts bleiben auch beim selektiven Vertragsschluß an diese Maßstäbe gebunden. Chancengleichheit muß auch deshalb herrschen, weil die Beteiligung der Leistungserbringer die notwendige Möglichkeit bietet, finanzielle Nachteile wie vormals durch eingriffsrelevante Kürzung der Vergütung zur Anschubfinanzierung zugunsten der an der IV teilhabenden Marktteilnehmer auszugleichen.[515] Eine Differenzierung zwischen verschiedenen Leistungserbringern bedarf sachlicher Gründe. Bedarfsgesichtspunkte dürfen dabei in Ansehung der Freiwilligkeit der Teilnahme der Versicherten keine Rolle spielen.[516]

Gerade dann, wenn sich neue Versorgungsformen nachhaltig etablieren sollten – gewissermaßen zur neuen Regelversorgung werden –, müssen Neubewerbern Auswahlchancen und schließlich Teilhaberechte eingeräumt werden, sofern mit der Teilnahme ein wesentlicher Teil der Berufsausübung verbunden oder diese überhaupt erst ermöglicht wird. Die Auswahlentscheidung darf nicht zu quasi neuen Zulassungsschranken führen.[517] Sozialrechtlich ist der Vielfalt der Leistungserbringer Rechnung zu tragen, Art. 2 Abs. 3 S. 1 SGB V.

4.3.3. Eigentumsgarantie

Als Substrat wettbewerbsorientierten Verhaltens dient das Eigentum, sowohl in Form des Sacheigentums als auch der übrigen vermögenswerten Rechte, die unter dem Schutz der Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG stehen. In seiner Gesamtheit spricht nichts dagegen, den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als eigentumsfähige Position anzuerkennen,[518] auch wenn die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung diese Ausprägung mit Blick auf Art. 14 GG nicht näher konturiert hat und in der Regel kaum erkennbar ist, inwiefern ein solcher Schutz, der nur als Bestandsschutz wirken kann, über den Schutz der eigentumsfähigen Teilpositionen hinauszugehen vermag. Auch insofern „ist der öffentlich-rechtliche Status als Plankrankenhaus mangels (privatem) Vermögenswert nicht eigentumsfähig.“ [519]

515 *Bohle*, in: ders., Vertragsgestaltung in der Integrierten Versorgung, S. 9 (36).

516 A.a.O., S. 37.

517 A.a.O.

518 Vgl. *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 10 Aufl. (2009), Art. 14 Rn. 10.

519 *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12, S. 1117 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4.4. Wettbewerbsrechtlicher Rahmen

Im zunehmend wettbewerbsorientierten Gesundheitswesen mit partiell marktförmigen Strukturen nimmt die Problematik normativer Absicherung der Freiheit des Wettbewerbs und seines Schutzes vor Beeinträchtigungen stetig zu. Der maßgebliche wettbewerbsrechtliche Rahmen soll nachfolgend in groben Zügen betrachtet werden. Spezifisch verhaltensbezogene Mechanismen zur Steuerung und Begrenzung der Tätigkeit der Akteure im Wettbewerb erschließen sich im Zusammenhang mit den wettbewerblichen Beziehungen der Beteiligten (II.).

Die Ausgangsfrage lautet, ob und inwieweit Wettbewerbs- und Kartellrecht, die eine „Gesamtordnung des Wettbewerbs" bilden,[520] im Bereich der GKV mit Blick auf § 69 SGB V überhaupt Anwendung finden, d.h. etwa selektives Kontrahieren, Kooperationen der Leistungserbringer und Netzwerke untereinander sowie den „Fusionswettbewerb" der Krankenhäuser und Krankenkassen steuern. Vorfrage der Beschäftigung mit den Grundzügen des Wettbewerbsrechts ist mithin die nach dessen Anwendbarkeit im Bereich der sozialversicherungsrechtlich determinierten „Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern", welche ggf. auch auf das Verhältnis der Leistungserbringer untereinander ausstrahlt.

4.4.1. Allgemeine Grundsätze der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts, v.a. im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern

Der nach dem GKV-WSG[521] durch das GKV-OrgWG m.W.v. 1.1.2009 erneut geänderte § 69 SGB V bestimmt für das Verhältnis der Krankenkassen zu den Krankenhäusern gem. Abs. 1 S. 2:

> „Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und ihren Verbänden werden abschließend in diesem Kapitel, in den §§ 63, 64 und in dem Krankenhausfinanzierungsgesetz, dem Krankenhausentgeltgesetz sowie den hiernach erlassenen Rechtsverordnungen geregelt."

Danach ist die Anwendung auch des Wettbewerbs- und Kartellrechts mindestens in den vorgenannten Rechtsbeziehungen und vorbehaltlich des Abs. 2 ausgeschlossen. Das europäische Recht allerdings ist davon nicht erfaßt: Im Zeichen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts vermag § 69 SGB V das europäische Wettbewerbsrecht nicht auszuschließen; das *BSG* hat darauf ausdrücklich hingewiesen.[522] Seit der auch systematischen Neufassung des § 69 SGB V durch das GKV-OrgWG indes ist nunmehr

520 *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, UWG Einl. Rn. 6.11.

521 Wesentlich weitergehend noch die Stellungnahme des Bundesrates (Anlage 2 zur BT-Drucks. 16/3950, S. 15) die neben der entsprechenden Anwendung des BGB auch die des UWG und des GWB (ohne Beschränkung) vorsah.

522 BSGE 89, 25 (34); *Kingreen*, Wettbewerbliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188 (192); grundlegend EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1251 (1269 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

eindeutig, daß sich Abs. 2 der Vorschrift, der die entsprechende Geltung einzelner Vorschriften des GWB anordnet, auch für Verträge unter Beteiligung der Krankenhäuser gilt.[523] Der erste Halbsatz der Vorschrift lautet:

> „Die §§ 19 bis 21 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten für die in Absatz 1 genannten Rechtsbeziehungen entsprechend".

§§ 19 bis 21 GWB normieren Verbotstatbestände hinsichtlich des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens. Strittiger Beurteilung allerdings unterliegt, welche Folgen Verstöße gegen die Verbotsnorm zeitigen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf kartellbehördliche Maßnahmen (vgl. § 32 GWB i.V.m. § 19 GWB) als auch betreffend Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche (vgl. § 33 GWB). Im Hinblick auf Normbefehl und Durchsetzung der Verbote sprechen gute Gründe für eine teleologische Extension zugunsten der Anwendung auch der sanktionsrechtlichen Vorschriften, zumal dann, wenn man den gesetzgeberischen Hinweis darauf, die Vorschriften träfen „in der Rechtsfolge" auch die Krankenkassen,[524] weitergehend interpretiert als allein im Sinne einer Geltungsvermittlung der Verbote auch für die Kassen.[525] Die in Anknüpfung an den Verbotstabestand wesentliche Rechtsfolge aber, d.h. die eines Verstoßes gegen die §§ 19-21 GWB, regelt auch das SGB V nicht abschließend; der Verweis auf den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch[526] bliebe hinter einer durch Analogie zu schließenden effektiven Abwehr gerade drohender Zuwiderhandlungen (vgl. § 33 Abs. 1 S. 2 GWB) zurück, die unter Vermeidung einer Materienspaltung nach Tatbestand und Folge gerade „gewährleistet" [527], daß Kassen ihre Markmacht nicht missbrauchen und nicht diskriminieren.

Die (entsprechende) Anwendung des verbotstatbestandlich gefassten § 1 GWB hingegen kommt nach dem Gesetzeswortlaut und im Zeichen des insofern restriktiven Berichts des Ausschusses für Gesundheit[528] nicht in Betracht.[529] Das *BKartA* hat dieses Fehlen erneut deutlich kritisiert und auf den Widerspruch hingewiesen, wenn den Kassen kartellwidriges Verhalten untersagt, indes „die Ursache, die ihnen ein solches Ver-

---

523 Hier waren allerdings grundsätzlich weniger Anwendungsfälle als im Verhältnis zu anderen Leistungserbringern denkbar, gleichwohl etwa im Hinblick auf Verträge nach § 116b SGB V. Im übrigen begegnete eine Benachteiligung der Krankenhäuser im Wettbewerbsschutz grundsätzlichen Bedenken. Es lag nahe, hier mindestens vom Fehlen entsprechender Vorstellungen des Gesetzgebers auszugehen, der die Änderung des § 69 S. 2 SGB V ebenso in letzter Minute eingefügt weitere neue Fragen aufgeworfen hat; vgl. aber *Becker/Kingreen*, in: dies., SGB V (2008), § 69 Rn. 42.

524 Vgl. auch den Bericht des AfG, BT-Drs. 16/4247, S. 35.

525 S. bereits *Sichert*, Neue Versorgungsformen und Rabattregelungen für ausländische Leistungserbringer, EuR, Beiheft 2/2007, S. 101 (120), s. auch *Engelmann* (2009), jurisPK-SGB V, § 69 Rn. 114 ff.

526 *Becker/Kingreen*, in: dies., SGB V, 2008, § 69 Rn. 43.

527 BT-Drs. 16/4247, S. 35.

528 BT-Drucks. 16/4247, S. 35.

529 *Sichert*, Neue Versorgungsformen und Rabattregelungen für ausländische Leistungserbringer, EuR, Beiheft 2/2007, S. 101 (120).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

halten ermöglicht – nämlich die gesetzliche Ausnahme vom Kartellverbot – nicht beseitigt wird".[530]

Ebenfalls im Zuge der Reform durch das GKV-OrgWG sind mittels positiver Antwort nunmehr „Zweifel beseitigt, ob die Vorschriften, die die Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge und die konkrete Ausgestaltung dieser Verpflichtung regeln, auch auf Versorgungsverträge anwenden sind."[531] Wenn § 69 auch ausweislich der Gesetzesbegründung die „unmittelbare Geltung der materiellen Vergabevorschriften" anordnet, vermag sich die Einschränkung des Satzes 1 Hs. 2 a.E., „soweit die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind", jedenfalls nicht mehr auf die Frage des personellen Anwendungsbereichs, d.h. die Frage nach der Eigenschaft der Kassen als öffentlichen Auftraggebern[532] i.S.d. § 98 GWB zu beziehen.[533] Dies gilt streng genommen nur für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte, die allein § 69 SGB V mit Blick auf das GWB betrifft. Indes machen Überlegungen in Richtung divergierender Interpretation bereits mit Blick auf § 22 SVHV[534] wenig Sinn. Angesichts dessen werden sich die Streitfragen nunmehr v.a. darauf kaprizieren, ob es sich bei den jeweiligen Verträgen tatsächlich um öffentliche Aufträge handelt. Darauf ist noch gesondert einzugehen.[535]

Gem. § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V finden weder Wettbewerbsrecht noch Kartellrecht Anwendung, soweit es um Kollektivverträge geht. Auch soweit Leistungserbringer gegenüber den Krankenkassen einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages haben, kommt die Pflicht zur Ausschreibung unter Beachtung des Vergaberechts nicht in Betracht. Schließlich ist bei einer Überprüfung der Verträge gem. § 69 Abs. 2 S. 3 SGB V die besondere Aufgabenstellung der GKV zu beachten, etwa im Hinblick auf das Erfordernis flächendenkender Versorgungsstrukturen.[536] Es verwundert nicht, daß dieses Aufeinandertreffen von Wettbewerbsschutz und Regulierung zur Sicherstellung der Versorgung erneut auf den Widerspruch des *BKartA* stößt, das in der Implementierung dieses „systemfremden Prüfkriteriums" einen „deutlichen Systembruch" sieht und auch einen Verstoß gegen EU-Richtlinien nicht für ausgeschlossen hält.[537] Unter Steuerungsgesichtspunkten werden der Widerspruch zur ordnungspolitischen Grundkonzeption des deutschen Kartellrechts und die Herausbildung eines sektorspezifischen Vergaberechtsprinzips gegen die marktöffnende Tendenz des Vergaberechts angeprangert.

---

530 Stellungnahme vom 8. Oktober 2008 zu BT-Drs. 16/9559.

531 BT-Drucks. 16/10609, S. 65.

532 Dazu *Sichert*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für Integrierte Versorgung, GuS 2007, S. 28 (31); nunmehr, positiv zur Auftraggebereigenschaft, Schlussanträge des GA *Mazák* v.16.12.2008, Rs. C-300/07 sowie jüngst EuGH, Urt. v. 11.4.1009, C-300/07 (Oymanns), NJW 2009, S. 2427 ff.

533 Vgl. aber die umfassende Prüfung bei *Engelmann*, (2009), juris-PK, § 69 Rn. 188 ff.

534 S. 4.4.5., die Vorschrift nimmt allerdings „Verträge, die der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen", von der Ausschreibung aus.

535 S. u. 4.4.5. sowie II. 3.1.7.

536 BT-Drucks. 16/10609, S. 66 f.

537 Stellungnahme vom 8. Oktober 2008 zu BT-Drs. 16/9559.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Ferner ist die Bedeutung des § 69 SGB V, der sich nicht auf eine Rechtswegzuweisung reduzieren lässt, auch im Hinblick auf das Verhältnis der Leistungserbringer untereinander zu erfassen: Jedenfalls haben *BSG*[538] und *BGH* dem § 69 SGB V eine materielle Ausschlußwirkung nationaler wettbewerbsrechtlicher Ansprüche attestiert, die sich „auch auf die Beziehungen von Leistungserbringern untereinander" erstreckt, „soweit es um Handlungen in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen geht".[539] Eine Doppelqualifikation jedenfalls kommt grundsätzlich nicht – nicht mehr – in Betracht.[540] Inwiefern aber das Verhältnis in den krankenversicherungsrechtlichen Bereich hineinreicht, der zum Ausschluß des Wettbewerbsrechts führt, ist mitunter problematisch zu bestimmen und reflektiert zugleich die schwierige Grenzziehung zwischen reguliertem und „freiem" Markt.

Wichtige Beispiele[541] und zunächst nicht unumstritten waren Entscheidungen zur Krankenhaus-Fusionskontrolle, die v.a. wegen analytischer Betrachtungen des für die Untersuchung zentralen Krankenhausmarktes bedeutsam sind. Im Ergebnis haben sowohl das *Bundeskartellamt (BKartA)*[542] als auch – jeweils bestätigend – *OLG Düsseldorf* (2007)[543] und *BGH* (2008)[544] geurteilt, daß § 69 SGB V das Wettbewerbsrecht weder im Verhältnis der Krankenhäuser *untereinander* noch im Hinblick auf *deren Verhältnis zu den Patienten* ausschließt.

Vor diesem Hintergrund sind nachfolgend die Strukturkomponenten des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts zu beleuchten.

538 BSGE 89, 24 (33).

539 BGH Urt. v. 23.2.2006, GRUR 2006, S. 517 ff. = NJW RR 2006, S. 1046 ff.

540 BGH Urt. v. 23.2.2006, GRUR 2006, S. 517 (519) = NJW RR 2006, S. 1046 (1047 f).

541 Weitere Entscheidungen allerdings dokumentieren eine in Grund- und Detailfragen durchaus divergierende Rechtspraxis, z.B. hinsichtlich der von Internetapotheken oft geübten Praxis, bei Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente Gutscheine für ein zweites Erwerbsgeschäft über rezeptfreie Apothekenartikel auszugeben. Obwohl sich die umfangreiche obergerichtliche Rspr. „lediglich" nicht darüber einig war, ob dies gegen § 7 HWG bzw. § 78 AMG i.V.m. dem UWG (§§ 3, 4 Nr. 11 UWG) verstößt (dagegen etwa *OLG Naumburg* vom 26.8.2005, GRUR-RR 2006, S. 336-339; dafür *OLG Köln*, Beschl. v. 20.9.2005 [GRUR 2006, S. 88], gestützt auf §§ 3, 4 Nr. 11 UWG; ebenso *LG Hamburg* Urt. v. 17.8.2006, PharmR 2006, S. 477), urteilte das *LG Osnabrück*, das UWG sei gar nicht anwendbar, eine Prüfung durch § 69 SGB V ausgeschlossen, Urt. v. 18.9.2006, AZ.: 18 O 487/06, www.landgericht-osnabrueck.niedersachen.de.

542 Vgl. Beschl. v. 23.März 2005, B 10 – 109/04, Öffentliche Version, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de (Archiv, Fusionskontrollentscheidungen 2005). Näher dazu unten II. 1.1.1., 1.1.2. sowie 4.5.

543 Beschl. v. 16.1.2008, KVR 26/07, NZS 2008, S. 653.

544 Beschl. vom 11.4.2007, Az.: VI-Kart 6/05 (V); zuvor war eine Ministererlaubnis, § 42 GWB, am 22.5.2006 abgelehnt worden, vgl. unter www.bmwi.de (Pressemitteilungen, 22.5.2006).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

4.4.2. Zusammenwirken von nationalem und europäischem Recht

Die „wettbewerbliche Gesamtordnung“ besteht aus eng verzahnten Teilordnungen sowohl des nationalen und europäischen Rechts[545] als auch der Bereiche Lauterkeitsrecht (Wettbewerbsrecht im engeren Sinne) und Kartellrecht. Daß § 69 SGB V die Anwendbarkeit des europäischen Rechts nicht auszuschließen vermag, wurde soeben dargelegt. Kartell- und Wettbewerbsrecht ergänzen einander im Hinblick auf „übereinstimmende Schutzzwecke, nämlich den Schutz des Wettbewerbs im Allgemeininteresse und im Interesse der Marktteilnehmer“.[546] Während das Kartellrecht die Freiheit des Wettbewerbs gegen Beschränkungen schützt, ist Schutzrichtung des Wettbewerbsrechts die Abwehr unlauterer Wettbewerbsmethoden.[547] Gem. Art. 3 der VO Nr. 1/2003 wenden auch die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten Art. 81 f. EGV an; klarstellenden Charakter[548] entfaltet insofern § 22 GWB. Das Europarecht erlangt zentrale Bedeutung im Hinblick auf das Kartellverbot (Art. 81 Abs. 1 EGV) und das Verbots des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EGV). Dabei sind Europäisches und Deutsches Kartellrecht (GWB) sowohl materiell als auch organisatorisch miteinander verschränkt.[549] Das kartellwidrige Verhalten kann – v.a. im Bereich der individuellen Behinderung von Mitbewerbern – muß aber nicht notwendigerweise zugleich einen Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – begründen; dies ist im Einzelfall anhand der Normen des UWG und deren Wertung zu ermitteln.[550] Die vorstehend beschriebenen Regime zum Schutze des Wettbewerbs flankieren das Vergaberecht, das vor allem im GWB auf der Grundlage europäischen Richtlinienrechts verankert ist,[551] und das Beihilferecht gem. Art. 87 ff. EGV. Betont man die marktfreiheitliche Komponente, entfalten neben der national verfassungsrechtlich verankerten Berufsfreiheit auch die Grundfreiheiten[552] des gemeinsamen Marktes Schutzfunktion, sowohl mit Blick auf das Leistungs- als auch – zunehmend – für das Leistungserbringungsrecht.

545 Vgl. unter Bezug auf (Vorlage-) Verfahren allein in den Monaten März bis Juni 2007 *Sichert*, Die Rolle des europäischen Rechts für die Zukunft des deutschen Gesundheitswesens, Die BKK 2007, S. 396 ff.

546 *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, UWG Einl. Rn. 6.11.

547 A.a.O.

548 *Loewenheim*, in: ders./Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2, 2006, § 22 Rn. 1.

549 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht (2006), Rn. 146 ff., 168 ff.

550 *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, UWG Einl. Rn. 6.14. ff.

551 RL 2004/18/EG m.Änd.

552 V.a. die Freiheit des Warenverkehrs, Art. 28. 30 EGV und die Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 f. EGV.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

4.4.3. Wettbewerbsrecht

4.4.3.1. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und Heilmittelwerbegesetz (HWG)

Auf nationaler Ebene schützt das UWG die Lauterkeit des Wettbewerbs zugunsten der Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer, § 1 S. 1 UWG. Eine mit Blick auf die §§ 19-21 GWB vergleichbar entsprechende Anwendbarkeit für das Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern ordnet § 69 SGB V nicht an.

Dem generalklauselartigen Verbot unlauteren Wettbewerbs nach § 3 UWG folgen konkrete Beispielsvorschriften nach §§ 4-7 UWG sowie Rechtsfolgenbestimmungen im Hinblick auf Beseitigung und Unterlassung sowie Schadensersatz und Gewinnabschöpfung, §§ 8-10 UWG.

Von Bedeutung im Gesundheitswesen sind insbesondere die unzulässige Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (§ 4 Nr. 1 UWG) durch Gesundheitswerbung[553] sowie das Verbot der Angstwerbung (§ 4 Nr. 2 UWG), das Handeln entgegen einer gesetzlichen Vorschrift (§ 4 Nr. 11 UWG) betreffend die Klinikwerbung[554] i.V.m. berufsrechtlichen Vorschriften[555] und das Verbot der irreführenden Werbung (§ 5 UWG), etwa durch Irreführung über die geschäftlichen Verhältnisse einer Klinik[556]

Im Bereich der Heilmittelwerbung kommt überdies das Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (HWG) zum Tragen. Es enthält werberechtliche Spezialtatbestände, etwa zur Irreführung (§ 3 HWG) oder Angstwerbung (§ 7 HWG). Tatbestandskonkurrenz zwischen HWG und UWG ist weithin möglich.[557] Soweit dies nicht der Fall ist und das HWG weitergehende Tatbestände enthält, ist meist der Rechtsbruchtatbestand nach § 4 Nr. 11 UWG erfüllt.[558] Dieser Gleichlauf hat Bedeutung für die vom UWG bestimmten Rechtsfolgen, während das HWG Verstöße gegen § 3 nach § 14 strafrechtlich und sonstige Verstöße als Ordnungswidrigkeiten ahndet.

4.4.3.2. EG-Beihilfenrecht

Zu den wettbewerbsrechtlichen Regelungen des Gemeinschaftsrechts gehört neben kartell- und vergaberechtlichen Bestimmungen auch das Beihilfenrecht, Art. 87 ff. EGV. Mit Blick auf die Finanzierungsseite der Krankenhäuser steht das Verbot unzulässiger Beihilfen gem. Art. 87 Abs. 1 EGV im Mittelpunkt. Nach dieser Vorschrift sind,

---

553 *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 4 UWG Rn. 1.166.

554 *Köhler*, a.a.O., § 4 UWG Rn. 11.114.

555 Dazu 4.4.6.

556 *Bornkamm*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 5 UWG Rn. 5.28 ff.

557 *Bülow*, in: ders./Ring, Heilmittelwerbegesetz, Kommentar, 2005, Einführung Rn. 26 f.

558 *Bülow*, A.a.O., Rn. 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„soweit … nicht etwas anderes bestimmt ist, … staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen … den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen."

Da Krankenhäuser im Sinne des funktionalen Unternehmensbegriffs[559] ungeachtet der Trägerschaft und Organisationsform wirtschaftlich tätig sind,[560] ist mit Blick auf die Konkurrenzsituation zu Krankenhäusern in privater Trägerschaft zu prüfen, ob ein für öffentliche Häuser z.T. gewährter Verlustausgleich den Beihilfetatbestand erfüllt. Mangels Selektivität bzw. Begünstigung bestimmter Unternehmen wird demgegenüber die Investitionsfinanzierung nach dem KHG als Teil des dualistischen Finanzierungssystems trotz landesweiter Unterschiede von vornherein nicht als Verstoß gegen das Beihilfeverbot gewertet bzw. in ähnlicher Weise problematisiert.[561]

Die Erfüllung des Beihilfetatbestandes durch Verlustausgleich hätte u.a. die Pflicht zur Notifizierung nach Art. 88 Abs. 3 EGV zur Folge, deren Missachtung bereits zur formellen Rechtswidrigkeit führte. In Anbetracht gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen der Krankenhäuser und dafür empfangener Gegenleistungen aber liegt bereits tatbestandlich keine Beihilfe vor, wenn nach der insoweit gebotenen Übertragung der Kriterien aus der Entscheidung des *EuGH* in Sachen *Altmark Trans*[562] auf den Krankenhaussektor[563]

- das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinschaftlicher Aufgaben betraut und das Pflichtenpaket klar definiert worden ist;
- die Ausgleichsparameter zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sind;
- der Ausgleich keine Überkompensation der Kosten unter Berücksichtigung der Einnahmen und eines angemessenen Gewinns darstellt, und
- die Kosten eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens nicht überschritten werden, soweit die Höhe des Ausgleichs nicht im Zusammenhang mit einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu ermitteln ist.

559 EuGH, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser), Slg. 1991, I-1979, Rn. 21; s. ferner EuGH, Urt. v. 22.1.2002, Rs. C-218/90 (CISAL), Slg. 2002, I-691, Rn. 22.

560 Daran ist auch mit Blick auf die differenzierende Rechtsprechung des *EuGH* zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und sozialer Tätigkeit nicht zu zweifeln, vgl. *Becker*, EU-Beihilferecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, S. 169 (174). Für Einzelheiten sei auf die Problematik der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen, vgl. auch II. 3.1.5.

561 Vgl. auch *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilferecht, in: Bauer u.a. (Hrsg.), FS für Reiner Schmidt (2006), S. 205 (214). Anders offenbar *Schwintowski*, in: Bruckenberger/Klaue/Schwintowski, Krankenhausmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb, 2006, S. 194, der offenbar Defizitausgleich und „Ausgleichszahlungen ... (z.B. nach § 4 KHG für die Investitionen)" gleichsetzt.

562 EuGH, Urt. v. 24.7.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747.; eingehend unter 4.4.4.2.

563 *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilferecht, in: Bauer u.a. (Hrsg.), FS für Reiner Schmidt (2006), S. 205 (209 ff.); *Becker*, EU-Beihilferecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, S. 169 (174); vgl. ferner bereits *Cremer*, Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext, in: Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Krankenhausrecht: Herausforderungen und Chancen (2005), S. 23 (35 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sind diese Kriterien hingegen nicht erfüllt und die von Art. 87 EGV geforderte Wettbewerbsverfälschung[564] sowie eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels gegeben,[565] erlaubt die Prüfungssystematik eine Rechtfertigung[566] gem. Art. 86 Abs. 2 EGV,[567] auch wenn mit Blick auf die Kriterien in Sachen *Altmark*-Trans betont wird, auf die Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV käme es in Anbetracht der insoweit parallelen Voraussetzungen nicht mehr an.[568] Die Wettbewerbsregeln gelten danach für Unternehmen, die

> „mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind … soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert."[569]

Um diesbezüglich Kriterien für den Bereich der Daseinsvorsorge zu fassen, hat die Kommission mit dem sog. „Monti-Paket", das im wesentlichen aus einem Gemeinschaftsrahmen und einer Entscheidung besteht, entsprechende Vorgaben gemacht.[570]

4.4.4. Kartellrecht

4.4.4.1. Nationales Kartellrecht

Grundlage des nationalen Kartellrechts ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zum Schutze des Wettbewerbs vor Beschränkungen.

Regelungen über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen enthalten §§ 1-3 GWB. Obwohl auch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen seitens der Krankenkassen prüfwürdig wären, etwa im Hinblick

564 Auf deren Spürbarkeit es nicht ankommt.

565 Dazu in vorliegendem Zusammenhang *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilferecht, in: Bauer u.a. (Hrsg.), FS für Reiner Schmidt, S. 205 (212 f.).

566 Im Ergebnis ohne Bedeutung ist eine subtile Unterscheidung zwischen der Einordnung als (Bereichs-) Ausnahme oder Rechtfertigung. Beide Kategorien werden tw. synonym verwendet, vgl. *Bauer*, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen?, EuZW 2006, S. 7 (8): „Rechtfertigung nach der Bereichsausnahme". Das lässt sich letztlich damit begründen, daß Rechtsfolge zwar das Abweichen von den Vertragsbestimmungen ist (vgl. *Koenig/Kühling*, in: Streinz [Hrsg.], EUG/EGV, Kommentar, 2003, Art. 86 EGV Rn. 39), Art. 86 Abs. 2 allerdings eine Reihe von Voraussetzungen aufstellt.

567 Vgl. *Bauer*, a.a.O., S. 9; *Becker*, EU-Beihilferecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, S. 169 (174). Eine Ausnahme bzw. Freistellung gem. Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 EGV kommt vorliegend nicht in Betracht.

568 *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilferecht, in: Bauer u.a. (Hrsg.), FS für Reiner Schmidt, S. 205 (213); siehe demgegenüber *Becker*, EU-Beihilferecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, S. 169 (174 m.w.N.), der jedoch konzediert, daß „Unterschiede … kaum ersichtlich" sind (S. 175).

569 Art. 86 Abs. 2 S. 2 allerdings bestimmt: Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

570 Näher unter 4.5.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf gemeinsame Ausschreibungen von Rabattverträgen,[571] erlaubt § 69 S. 2 SGB V die (entsprechende) Anwendung des § 1 GWB nicht. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen der Krankenhäuser hingegen sind uneingeschränkt an § 1 GWB zu messen. Die Nichtigkeit wettbewerbswidrigen Verhaltens folgt aus § 134 BGB.[572]

Dasselbe gilt für Verstöße gegen das Verbot der marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 1 GWB[573] sowie für den Behinderungstatbestand nach § 20 Abs. 1 GWB[574] Gem. § 69 S. 2 SGB V finden die §§ 19-21 GWB auf die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern einschließlich der Krankenhäuser entsprechende Anwendung.[575]

Die Kartellbehörde[576] kann Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen Vorschriften des GWB oder gegen Art. 81 und Art. 82 EGV abzustellen (§ 32 GWB) und ggf. einstweilige Maßnahmen treffen (§ 32a GWB). Entsprechende Verstöße sowie solche gegen eine Verfügung der Kartellbehörden verpflichten den wettbewerbswidrig Handelnden überdies gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung und bei Wiederholung zur Unterlassung, § 33 Abs. 1 S. 1 GWB.[577] Aus § 33 Abs. 3 GWB folgt eine Schadensersatzpflicht, und § 34 GWB ermöglicht der Kartellbehörde, durch Verstöße erlangte wirtschaftlich Vorteile abzuschöpfen.[578]

Die Zusammenschlusskontrolle nach §§ 35 ff. GWB erlangt für die Fusion von Krankenhäusern besondere Bedeutung. Das *OLG Düsseldorf*[579] und nachfolgend der *BGH*[580] haben entschieden, daß ein Ausschluß der Kontrollvorschriften gem. § 69 SGB V nicht in Betracht komme. Die Schwellenwerte für den Geltungsbereich der Zusammenschlußkontrolle liegen deutlich unter denen des Gemeinschaftsrechts.[581] Gem. § 39 GWB sind Zusammenschlüsse (vgl. § 37 GWB) anzumelden. Ist von dem Zusammenschluß zu erwarten, daß er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist dieser gem. § 36 Abs. 1 GWB vom *BKartA* zu untersagen, wobei die Mitteilung über den Eintritt in das Hauptprüfungsverfahren Voraussetzung ist, § 40 Abs. 1

571 Näher *Sichert*, Neue Versorgungsformen und Rabattregelungen für ausländische Leistungserbringer, EuR, Beiheft 2/2007, S. 101 (117 ff.)

572 *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2, 2006, Vor §§ 1-3 Rn. 3.

573 *Götting*, a.a.O., § 19 Rn. 101.

574 *Loewenheim*, a.a.O., § 20 Rn. 104.

575 Vgl. unter I.4.4.1.

576 Zum Verfahren I.4.5.2.1.

577 Der Unterlassungsanspruch besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht, § 33 Abs. 1 S. 2 GWB.

578 Siehe zur Anwendung der Sanktionsvorschriften ferner 4.4.1.

579 Beschl. vom 11.4.2007, Az.: VI-Kart 6/05 (V).

580 BGH, Beschl. v. 16.1.2008, KVR 26/07, NZS 2008, S. 653 (654).

581 § 35 Abs. 1 GWB. Anwendungsvoraussetzung ist, daß im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluß die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als € 500 Mio. und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr al € 25 Mio. erzielt haben.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

S. 1 GWB. Wann eine Marktbeherrschung mit Blick auf den sachlich und räumlich relevanten Markt vorliegt, ergibt sich aus § 19 Abs. 2 GWB.

4.4.4.2. Europäisches Kartellrecht

Das Verhalten der Akteure bzw. Marktteilnehmer ist ferner am Maßstab des europäischen Kartellrechts zu messen, Art. 81 und Art. 82 EGV.[582] Der Kontrolle unterliegt vor allem das Verhalten der mit den Krankenhäusern selektiv kontrahierenden Krankenkassen, soweit letztere als Unternehmen zu qualifizieren sind, aber auch das Wettbewerbsverhältnis der Krankenhäuser untereinander, speziell im Verhältnis der Binnenkooperation um gemeinschaftliche Verbünde, die ihrerseits mit den Krankenkassen kooperieren. Im Bereich des Kartellverbots sind – die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen unterstellt – vor allem Einkaufskartelle i.S.d. Art. 81 Abs. 1 lit. a EGV bzgl. integrierter Versorgungsmodelle denkbar, des gleichen im Hinblick auf ebenfalls wettbewerbswidrige Absprachen der Krankenhäuser über Preise. Die für die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung[583] maßgebliche Schwelle nach den korrespondierenden *de minimis*-Regeln der Kommission liegt bei einem noch tolerablen Marktanteil von 10% bei horizontalen Vereinbarungen.[584] Die überdies erforderliche Eignung einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen, weit zu verstehenden Handels[585] kann auch dann anzunehmen sein, wenn ein unmittelbarer Bezug, etwa im Sinne im- oder exportgegenständlicher Waren, fehlt. Bei größeren Mitgliedstaaten genügt, daß sich die Absprache nur auf einen wesentlichen Teil des Hoheitsgebietes auswirkt;[586] im übrigen könnte der Bezug durch Kooperationsstrukturen im Grenzgebiet, etwa „grenzüberschreitende" Versorgungsverträge zur medizinischen Rehabilitation i.V.m. § 140e SGB V[587] gegeben sein. Sowohl auf Seiten der Krankenkassen als auch der Krankenhäuser als Leistungserbringer wäre darüber hinaus ein Ausbeutungsmißbrauch in Form des Konditionenmißbrauchs, Art. 82 lit. c EGV denkbar. Die Nichtigkeit ggf. wettbewerbswidriger Vereinbarungen oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen folgt aus Art. 81

582 Zum Verfahrensrecht unter vorrangiger Beteiligung der Kommission 4.5.2.

583 Das Spürbarkeitserfordernis gilt freilich auch für die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, vgl. KOM, E. v. 8.9.1997, ABl. Nr. L 271/28 (Nederlandse Vereniging van Banken u.a.); EuGH, Urt. v. 17.6.1997, Rs. C-291/95 P (Ferriere Nord/Kommission), Slg. 1997, I-4411, Rn. 19.

584 Bekanntmachung der Kom über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, ABl. 2001, Nr. C 368, S. 13, Ziff. 7 (zur Nichtanwendbarkeit bei „Kernbeschränkungen" Ziff. 11); s. auch *Brinker*, in. Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. (20099, Art. 81 EGV Rn. 44 ff.

585 Vgl. bereits EuGH, Urt. v. 31.5.1979, Rs. 22/78 (Hugin/Kommission), Slg. 1979, 1869, Rn. 17.

586 Siehe die „Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages", ABl. EU Nr. C 101, S. 81 (Ziff. 77 ff. [89 ff.]), vgl. ferner EuGH, Urt. v. 25.10.2001, Rs. C-475/99 (*Ambulanz Glöckner*), Slg. 2001, I-8089, Rn. 47 ff.

587 *Sichert*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für Integrierte Versorgung, G+S 2007, S. 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

Abs. 2 EG[588], diejenige mißbräuchlichen Verhaltens aus Art. 82 EG i.V.m. § 134 BGB.[589]

Das *europäische* Fusionskontrollverfahren hat bis dato im Krankenhaussektor keine Rolle gespielt, ganz im Gegensatz zum nationalen Verfahren. Das liegt daran, daß der für die gemeinschaftsweite Bedeutung hier maßgebliche Umsatz die Schwellenwerte[590] von € 5 Mrd. bzw. € 2,5 Mrd. weltweit bzw. 250 Mio. gemeinschaftsweit respektive 100 Mio. in mindestens drei Mitgliedstaaten praktisch nicht überschreitet.[591]

4.4.5 Vergaberecht

Bereits § 69 Abs. 2 S. 1 HS. 2 SGB V, der wesentliche Vorschriften des GWB für entsprechend anwendbar erklärt, macht die Beschäftigung mit dem Vergaberecht erforderlich. Nach allgemeinen Grundsätzen beschaffen Öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren, § 97 Abs. 1 GWB. §§ 97 ff. GWB sind Ausdruck der Umsetzung des zuvorderst sekundärrechtlich geprägten Vergaberechts der EG. Die aufgrund der Art. 47 Abs. 2, Art. 55 und Art. 95 EGV ergangene neue Vergaberichtlinie 2004/18/EG wurde insbesondere durch die Änderung[592] der Vergabeverordnung (VgV, vgl. § 97 Abs. 6 GWB) und der hier maßgeblichen Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) 2006 und der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) 2006 umgesetzt, wenngleich derzeit noch nicht vollständig.[593] Letztere sind gem. §§ 4 bzw. 5 der VgV anzuwenden, wobei gem. § 9 VOF und § 17a im Abschnitt 2 der VOL/A grundsätzlich die europaweite Ausschreibung verlangen. Voraussetzung ist jeweils, daß die hier relevanten neuen Schwellenwerte der Auftragswerte von mittlerweile € 206.000[594] erreicht werden. Sind diese nicht erfüllt, ist nach haushaltsrechtlichen Grundsätzen vorzugehen, wobei das Recht der Träger (s. § 22 Abs. 2 SVHV) mit dem Verweis „allgemeiner Richtlinien“ auf die Verdingungsordnungen Bezug nimmt;[595] allerdings sind nach § 22 Abs. 1 SVHV „Verträge, die der Erbringung

588 Bei Ausschreibungen trifft dies in der Regel zunächst nur diese selbst. Das Schicksal der Folgeverträge bleibt *in der Regel* (gemeinschaftsrechtlich) unberührt, vgl. *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 81 EG Rn. 104.

589 Zu letzterem *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 37; *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EG, 3. Aufl. 2007, Art. 82 EG Rn. 73.

590 Näher Art. 1 Abs. 2 und 3 der VO (EG) Nr. 139/2004 („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EU 2004 Nr. L 24, S. 1.

591 Siehe *Bohle*, Die Bedeutung des Kartell- und Wettbewerbsrechts bei Krankenhausfusionen, MedR 2005, S. 259 (260).

592 Vom 23. Oktober 2006, BGBl. I, S. 2334.

593 Vgl. auch die kleine Anfrage vom 30.3.2008, BT-Drucks. 16/4928.

594 Vgl. VO (EG) Nr. 1422/2007, Art. 2 Nr. 1 lit. b (ABL. Nr. L 317/34 [35]) i.V.m. Art. 7 lit. b 3. Spiegelstr. RL 2004/18/EG. Vormals war ein Schwellenwert von € 211.000 maßgeblich.

595 Obwohl RL der Träger gemeint sind, geht die Praxis tw. von der unmittelbaren, tw. von der mittelbaren Geltung der Verdingungsordnungen aus; hinter diesen dürfen die RL mithin nicht substantiell zurückbleiben.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen", von der Pflicht zur Ausschreibung ausgeschlossen. Dies gilt auch, soweit die Erbringung von Pflichtleistungen selektivvertraglich organisiert wird.

Bei (sog. nachrangigen) Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen allerdings ist eine *europaweite Bekanntmachung* nicht erforderlich.[596] Unbeschadet dessen bleiben die Anforderungen nach GWB und VgV unberührt. Auch insoweit müssen ein transparentes Verfahren gewährleistet sein und der Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werden, vgl. § 97 GWB. Dabei gilt gem. § 101 Abs. 6 S. 1 GWB der Vorrang des offenen Verfahrens. Der Auftraggeber muß schließlich die nicht berücksichtigten Bieter schriftlich spätestens 14 Tage vor dem Vertragsschluß informieren und den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen worden ist, ebenso mitteilen wie den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung; ein vor Ablauf der Frist oder ohne Erteilung der Information geschlossener Vertrag ist nichtig, § 13 VgV.

Nach im Ergebnis übereinstimmender Auffassung stand § 69 SGB V bereits vor dessen Neufassung i.R.d. GKV-OrgWG der Anwendung des Vergaberechts im Verhältnis der Kostenträger zu den Leistungserbringern nicht prinzipiell entgegen. Dies folgt nach wie vor – auch für Auftragssummen unterhalb der Schwellenwerte – aus der europarechtlichen Prägung des nationalen Vergaberechts und der hiernach i.V.m. dem Anwendungsvorrang[597] des Gemeinschaftsrechts gebotenen gemeinschaftskonformen Auslegung.[598] Überdies wurde darauf hingewiesen, es sei nicht Intention des § 69 SGB V, diskriminierende und behindernde Verhaltensweisen dem Anwendungsbereich des GWB zu entziehen,[599] sowie betont, es gehe bei § 69 SGB V um die Negation der Eigenschaft der Krankenkassen als Unternehmen i.S.d. Privatrechts, wohingegen der Status als „öffentlicher Auftraggeber" insoweit von § 69 SGB V nicht erfaßt sei.[600] Während die grundsätzliche Anwendbarkeit des Vergaberechts mit Blick auf § 69 SGB V bereits vor dessen Neufassung durch das GKV-OrgWG zu bejahen war, ist nunmehr

596 Bei Anwendung der VOL/A ergibt sich dies aus § 1a Ziff. 2 Abs. 2 des Abschnitts 2 i.V.m. Anhang I, Teil B Kategorie 25; anwendbar bleiben die Basisparagraphen sowie §§ 8a und 28a des zweiten Abschnitts. Bei Anwendung der VOF folgt die Ausnahme von der europaweiten Ausschreibung aus § 2 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Anhang I, Teil B, Kategorie 25; anwendbar bleiben § 8 Abs. 2 und 7 und § 17. Europarechtlich sind Art. 21 i.V.m. Anhang II Teil B Kategorie 25 der RL 2004/18/EG i.V.m. den CPV Nrn. – vgl. VO (EG) Nr. 213/2008, Abl. Nr. L 74, S. 1 (293) – 85110000-3 (Dienstleistungen von Krankenhäusern und zugehörigen Einrichtungen) und 85111000-0 (Dienstleistungen von Krankenhäusern) einschlägig. Bei eindeutig grenzüberschreitendem Interesse indes sind weiterhin die fundamentalen Grundsätze der Grundfreiheiten maßgeblich, s. EuGH, Urt. v. 13.11.2007, Rs. C-507/03, Slg. I, 9777, Rn. 25 ff.

597 Siehe bereits EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1251 (1269 f.).

598 Siehe *Hesselmann/Motz*, Integrierte Versorgung und Vergaberecht, MedR 2005, S. 498 (499 m.w.N.); *Kaltenborn*, Vergaberechtliche Strukturen im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2006, S. 357 (361f. m.w.N.). Vgl. ferner BSGE 89, 25 (34); *Kingreen*, Wettbewerbliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188 (192).

599 *Hesselmann/Motz*, a.a.O., S. 499.

600 *Kingreen*, Wettbewerbliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188 (192); BT-Drs. 14/1245 S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch geklärt, daß das Vergaberecht für Selektivverträge der Krankenkassen Anwendung findet,[601] so daß sich – die Auftraggebereigenschaft auch unterhalb der Schwellenwerte ggf. unterstellt[602] – („nur") noch die Frage stellt, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen diese als öffentliche Aufträge i.S.d. § 99 GWB zu qualifizieren sind.[603]

4.4.6. Berufsrecht

Für die wettbewerbsorientierte Beurteilung der „Zuweisungssteuerung" der Patienten entfaltet auch das ärztliche Berufsrecht Grenzfunktion, insbesondere bei der Einweisungssteuerung der Krankenhäuser durch (finanzielle) Anreize für ärztliches Verhalten auf beiden Seiten. Darüber hinaus bildet das Berufsrecht – mindestens mittelbar – den Maßstab für das Werbeverhalten der Kliniken; in dieser Konstellation stellen sich oftmals Fragen der Zurechnung, da das ärztliche Berufsrecht vom Leitbild des freien Berufs, nicht der gewerblichen Tätigkeit der Krankenhäuser ausgeht.

Grundlage des ärztlichen Berufsrechts sind die Berufsordnungen der Ärztekammern als autonomes Satzungsrecht in berufsständischer Selbstverwaltung.[604] Sie ergehen auf der Grundlage der Kammergesetze der Länder; in den Kammern besteht Zwangsmitgliedschaft. Die Berufsordnungen konkretisieren die „Generalpflichtklauseln" in den Kammergesetzen.[605] Als maßgebliche Empfehlung zu deren allgemeiner Konkretisierung fungiert die Musterberufsordnung der Bundesärztekammer für die deutschen Ärztinnen und Ärzte, aktuell überwiegend in der Beschlussfassung des 107. Deutschen Ärztetages in Bremen (2004).[606] Die Landesberufsordnungen sind weitgehend inhaltsgleich mit der Musterberufsordnung.[607]

Normhierarchisch rangiert das Berufsrecht als Satzungsrecht unter dem formellen Gesetzesrecht. Als Verstoß gegen eine „Marktverhaltensregelung" vermag ein Verstoß gegen die Berufsordnung jedoch zugleich einen solchen gegen das UWG zu begründen, der durch Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche geahndet werden kann.[608] Überdies sind Sanktionen im berufsgerichtlichen Verfahren möglich, wobei der Entzug

601 S. oben I.4.4.1.

602 Soweit wegen § 22 Abs. 1 SVHV überhaupt relevant, s. oben 4.4.1.

603 S. II. 2.2.

604 *Ratzel/Lippert*, Kommentar zur Musterberufsordnung der Deutschen Ärzte (MBO), 4. Aufl. 2006, Einleitung; *Hoppe/Schirmer*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 9, S. 821 Rn. 21 ff.

605 *Hoppe/Schirmer*, a.a.O., Rn. 43.

606 Geändert durch den Beschluss des Vorstands der Bundesärztekammer in der Sitzung vom 24.11.2006 (§ 18 Absatz. 1). Vgl. zur Überweisung eines Antrags auf „Aufnahme eines ethischen Kodex zur Ablehnung der Zusammenarbeit mit der Tabakindustrie in die (Muster-)Berufsordnung" an den Vorstand der Bundesärztekammer Ziff. 25 des Beschlußprotokolls des 110. Deutschen Ärztetages vom 15.-18. Mai 2007 in Münster, abrufbar unter www.bundesaerztekammer.de.

607 Vgl. die Berufsordnung für die Ärzte Bayerns v. 6. August 2007, neu bekannt gemacht am 1. August 2005, Bayerisches Ärzteblatt 9/2005, S. 623, sowie am 28. April 2007, Bayerisches Ärzteblatt 7-8/2007, S. 422.

608 Näher unter II.1.1.5.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

der Approbation nur im Wege verwaltungsbehördlicher Entscheidung statthaft ist.[609] Bei alledem ist darauf zu achten, daß berufsrechtliche Einschränkungen ärztlicher Tätigkeiten, insbesondere Werbeverbote, an der Verfassung, d.h. vor allem an der Berufsfreiheit (Abs. 12 Abs. 1 GG) zu messen sind.[610]

Im Lichte jüngerer wettbewerbsorientierter Entwicklungen hat das Berufsrecht in Form der MBO für Ärzte mit § 18 (Berufliche Kooperation) und §§ 23a ff. (Ärztegesellschaften und sonstige Kooperationen und Partnerschaften) reagiert. Mit Blick auf die Krankenhäuser indes sollen zwei Regelungen aus den Bereichen berufliche Kommunikation und Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit herausgegriffen werden:

> § 27 Abs. 3 MBO: Berufswidrige Werbung ist dem Arzt untersagt. Berufswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichenden Werbung. Werbeverbote aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen bleiben unberührt.
>
> § 31 MBO: Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder anderen Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

4.5. Kontrollbehörden

Die zur Kontrolle der gesetzeskonformen Wettbewerbstätigkeit der Krankenhäuser und Krankenkassen sind das *BKartA* und die Europäische Kommission sowie die Aufsichtsbehörden der Krankenkassen. Soweit letztere nicht bereits als Vergabeprüfstellen oder -kammern agieren, sind sie aufsichtsrechtlich für die Einhaltung der Vorschriften der solidarischen Wettbewerbsordnung zuständig..

4.5.1. Nationale Kartellbehörden

Nationale Kartellbehörden sind das *BKartA*, das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden, § 48 Abs. 1 GWB. Soweit das GWB eine Zuständigkeit nicht einer bestimmten Kartellbehörde zuweist, nimmt das *BKartA* die gem. GWB der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahr, „wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel über das Gebiet eines Landes hinausreicht“, § 48 Abs. 2 S. 1 GWB. In den übrigen Fällen nimmt die nach Landesrecht zuständige oberste Landesbehörde diese Aufgaben und Zuständigkeiten wahr, § 48 Abs. 2 S. 2 GWB. Im Rahmen ihrer Zuständigkeit (vgl. §§ 48 f. GWB) sind das *BKartA* und die obersten Landesbehörden die für die Anwendung der Art. 81 und 82 EGV in Einzelfällen zuständigen Wettbewerbsbehörden (Art. 5 VO (EG) Nr.

609 *Hoppe/Schirmer*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 9, S. 825 Rn. 38.

610 Näher *Hoppe/Schirmer*, a.a.O., S. 833 Rn. 75 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

1/2003),[611] welche gem. Art. 35 der VO zu bestimmen sind. Dies und Einzelheiten zum Vollzug des europäischen Rechts bestimmt § 50 GWB, während § 50a GWB v.a. den Informationsaustausch im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden regelt.

Das *BKartA* ist selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, § 51 Abs. 1 GWB. Die Entscheidungen werden von Beschlußabteilungen getroffen, § 51 Abs. 2 GWB. Nach maßgeblichem Organisationsplan vom Februar 2009 ist die dritte 3. Beschlußabteilung (B. 3) für Gesundheit einschließlich der Krankenhäuser zuständig.[612]. Das *BKartA* fällt Entscheidungen in den vorstehend beschriebenen Bereichen des Kartellverfahrens und der Fusionskontrolle sowie im Vergaberecht. Besondere Aufmerksamkeit haben in jüngerer Zeit die Verfahren (dazu § 40 GWB) um Zusammenschlüsse der Krankenhäuser erregt. Bis zum Jahre 2006 hat das *BKartA* insgesamt 50 Fusionen im Krankenhaussektor geprüft.[613] Im März 2005 wurde erstmals ein Zusammenschluß untersagt[614] und im Laufe des Jahres ein weiterer; eine Freigabe erfolgte unter Auflagen.[615]

4.5.2. Europäische Kommission

4.5.2.1. Kartellverfahren

Zentrale Befugnisse zur Anwendung der in den Art. 81 und Art. 82 EGV niedergelegten Wettbewerbsregeln sind der Kommission zugewiesen und seit dem 1.Mai 2004 in der VO Nr. 1/2003 auf der Grundlage des Art. 83 EGV verankert (s. Art. 4 VO Nr. 1/2003). Sowohl die KOM als auch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten und deren Gerichte sind für die Anwendung der Art. 81 und 82 EGV zuständig, Art. 4-6 VO Nr. 1/2003. Fragen der Zusammenarbeit einschließlich der einheitlichen Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts regeln Art. 11-16 VO Nr. 1/2003. Innerhalb der Kommission ist die Generaldirektion Wettbewerb mit der Anwendung der Art. 81 und 82 EGV befaßt.[616]

Die Kommission wird auf eine Beschwerde hin[617] oder von Amts wegen tätig und kann bei einer festgestellten Zuwiderhandlung gegen Art. 81 oder 82 EGV die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verpflichten, die Zuwiderhandlung

611 ABl. EG 2003, Nr. L 1.

612 Vgl. unter www.bundeskartellamt.de (wir über uns, Struktur).

613 *Böge*, Der Markt für Krankenhausfusionen aus Sicht des Bundeskartellamts, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2006 (2007), S. 35 ff.

614 A.a.O.

615 *Bangard*, Fusionskontrolle bei Krankenhäusern, Symposium „Krankenhaus und Recht", Präsentation, S. 9.

616 Vgl. auch Art. 217 Abs. 2 und Art. 218 Abs. 2 EGV sowie Art. 21 der Geschäftsordnung der Kommission i.d.F. des Beschlusses 2005/961/EG/Euratom, ABl. 2005 Nr. L 347/83.

617 Beschwerdebefugt sind natürliche und juristische Personen, die ein berechtigtes Interesse darlegen, sowie die Mitgliedstaaten, Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1/2003.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

abzustellen.[618] Sie kann Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben; diese müssen verhältnismäßig und zur Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sein.[619] Sofern von gleicher Wirksamkeit und weniger belastend, sind verhaltensorientierte vor strukturellen Maßnahmen zu verhängen.[620] In dringenden Fällen kann die Kommission bei ernsten und irreparablen Schäden einstweilige Maßnahmen treffen.[621] Die Kommission verfügt über weit reichende Ermittlungsbefugnisse, Art. 17-22 VO Nr. 1/2003. Sowohl zur Durchsetzung dieser Befugnisse als auch zur Sanktion für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 oder Art. 82 EGV kann sie Geldbußen verhängen.[622] Die Nichtbefolgung von Entscheidungen, Aufforderungen oder Verpflichtungszusagen[623] kann Zwangsgelder nach sich ziehen.[624]

4.5.2.2. Prüfung der Vereinbarkeit von Beihilfen mit Gemeinschaftsrecht

Der Kommission ist ferner aufgegeben, die Vereinbarkeit von Beihilfen i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV mit dem Gemeinsamen Markt zu überprüfen; ihr obliegt die Beihilfeaufsicht. Neben der besonderen Rolle der Kommission bestehen Zuständigkeiten des Rates.[625]

Das je nach Charakter bzw. Einführungsstadium der Beihilfen diversifizierte Verfahren der Beihilfeaufsicht ist in Art. 88 EGV geregelt und wird in wesentlichen Teilen sekundärrechtlich durch die VO (EG) Nr. 659/1999 (auf der Grundlage des Art. 89 EGV) des Rates und die Durchführungsverordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission flankiert.

Jede beabsichtige Einführung oder Umgestaltung einer Beihilfe ist der Kommission gem. Art. 88 Abs. 3 EGV zu melden. Für in diesem Sinne anmeldepflichtige „neue Beihilfen“[626] ist ein Genehmigungsverfahren gem. 2-9 VO (EG) Nr. 659/1999 durchzuführen.[627] Dies erfolgt zunächst in Form eines vorläufigen Prüfverfahrens, an dessen Ende die Kommission entscheiden kann, daß keine Beihilfe vorliegt, keine Einwände zu erheben oder das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, Art. 4 Abs. 2-4 VO Nr. 659/1999. Für die Einleitung des vorläufigen Verfahrens sowie für die Anmeldung bestimmter Änderungen bestehender Beihilfen im vereinfachten Verfahren sind besondere Regelungen gem. Art. 3 bzw. 4 der VO Nr. 794/2004 maßgeblich. Zum Ende des förmlichen Verfahrens kann die Kommission entscheiden, daß die angemeldete Maßnahme keine

618 Art. 7 Abs. 1 S. 1 VO Nr. 1/2003.
619 Art. 7 Abs. 1 S. 2 VO Nr. 1/2003.
620 Art. 7 Abs. 1 S. 3 VO Nr. 1/2003.
621 Art. 8 VO Nr. 1/2003.
622 Art. 23 VO Nr. 1/2003.
623 Art. 9 VO Nr. 1/2003.
624 Art. 24 VO Nr. 1/2003.
625 Art. 88 Abs. 2 UAbs. 3, Art. 89 EGV.
626 Art. 1 lit. c VO Nr. 659/1999.
627 Näher *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rn. 1267 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beihilfe ist oder aber als solche mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, sie kann diese Positiventscheidung mit Bedingungen oder Auflagen versehen oder negativ entscheiden, daß die Beihilfe wegen Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nicht eingeführt werden darf, Art. 7 Abs. 2-5 VO Nr. 659/1999. Entscheidungsempfänger sind die Mitgliedstaaten.[628] Im Verfahren beteiligte oder zu beteiligende Dritte[629] können gegen die Entscheidung der Kommission die Nichtigkeitsklage in Form der Individualklage (Art. 230 Abs. 4 EGV) erheben, wenn sie sich mit den Begünstigten im Wettbewerb befanden und eine spürbare Beeinträchtigung ihrer wettbewerblichen Situation geltend machen können.[630] Die mit den Empfängern von Beihilfen konkurrierenden Krankenhausunternehmen einschließlich zukünftiger und potentieller Wettbewerber, insbesondere Kliniken in privater Trägerschaft, sind Beteiligte des Kontrollverfahrens nach Art. 88 Abs. 2 EGV und können zulässiger Weise auch eine Untätigkeitsklage dagegen erheben, daß die Kommission auf eine eingereichte Beschwerde hin keine Entscheidung über die Unvereinbarkeit der Beihilfe fällt.[631] Im Fall der *Asklepios* Kliniken GmbH/Kommission und Deutschland hat das EuG indes entschieden, in Anbetracht der Komplexität der Angelegenheit – die Beschwerde bezieht sich auf mehr als 700 öffentlicher Häuser ohne individuelle Bezeichnung und beanstandet sowohl Ausgleichszahlungen für Betriebsverluste als auch Garantien – sei eine Dauer der Vorprüfung einer Beschwerde von 12 Monaten nicht unangemessen.[632]

Die VO Nr. 659/1999 sieht drei Verfahren zur Kontrolle von Beihilfen vor, welche der Kommission überantwortet sind.[633] Sie betreffen das Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen,[634] bei der missbräuchlichen Verwendung von Beihilfen[635] sowie die fortwährende Überprüfung bestehender Beihilferegelungen.[636]

4.5.2.3. Durchführung vergaberechtlicher Bestimmungen

Schließlich sind der Kommission im Bereich des Vergaberechts spezifische Befugnisse zur Durchführung des sekundärrechtlich determinierten Vergaberechts zugewiesen. Sie ist Adressat zahlreicher Berichtspflichten, etwa der Mitgliedstaaten betreffend die Verzeichnisse der Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts als „öffentliche Auftraggeber“ [637], oder Bekanntmachungspflichten der öffentli-

628 Art. 25 VO Nr. 659/1999.

629 Art. 1 lit. h, Art. 20 VO Nr. 659/1999.

630 Näher *Burgi*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union, 2. Aufl. (2003), Rn. 68 ff. m.w.N.

631 EuGH, Urt. v. 11.7.2007, Rs. T-167/04 (Asklepios Kliniken GmbH/Kommission und Deutschland), EuZW 2007, S. 505 ff.

632 A.a.O., Rn. 89 f. (S. 510 f).

633 Näher *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rn. 1328 ff.

634 Art. 10-15 VO Nr. 659/1999.

635 Art. 16 VO Nr. 659/1999.

636 Art. 17-19 VO Nr. 659/1999.

637 Art. 1 Abs. 9 UABs. 3 S. 2 RL 2004/18/EG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Auftraggeber selbst.[638] Gelangt die Kommission vor Abschluß eines Vertrages zu der Auffassung, daß ein „klarer und eindeutiger Verstoß gegen Gemeinschaftsvorschriften für die Auftragsvergabe“ vorliegt, kann sie unmittelbar einschreiten und dem Auftraggeber und dem Mitgliedstaat entsprechende Mitteilung machen.[639] Der Mitgliedstaat muß binnen 30 bzw. 21 Tagen die Beseitigung des Verstoßes bestätigen bzw. deren Unterlassung begründen oder über eine Aussetzung informieren.[640] Dieser Korrekturmechanismus findet sich im nationalen Recht in § 21 der VgV wieder. Das Nachprüfungsverfahren, §§ 102 ff. GWB, bleibt unberührt.

4.5.3. Aufsichtsbehörden der Krankenkassen

Wie andere Versicherungsträger auch unterliegen die Krankenkassen der Aufsicht, §§ 87 ff. SGB V. Diese ist Rechtsaufsicht (§ 87 Abs. 1 S. 2, § 89 Abs. 1 S. 1 SGB IV), auch in Belangen der normativen Vorgaben für das Verhalten im Wettbewerb. Die Aufsichtsbehörde kann die Geschäfts- und Rechnungsführung des Versicherungsträgers prüfen, § 88 Abs. 1 SGB IV.

Die Aufsicht über bundesunmittelbare Versicherungsträger, d.h. solche, deren Zuständigkeitsgebiet sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt,[641] führt das BVA, § 90 Abs. 1 SGB IV.[642] Erstreckt sich der Zuständigkeitsbereich der Versicherungsträger nicht über das Gebiet eines Landes hinaus, führen über diese landesunmittelbaren Versicherungsträger die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder oder durch Rechtsverordnung übertragenen Behörden Aufsicht. Soweit das BVA den M-RSA durchführt und den Gesundheitsfonds verwaltet (vgl. §§ 266, 271 SGB V), ist es Verwaltungsbehörde.[643]

Die Landesverbände unterstehen der Aufsicht der für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden des Landes, in dem sie ihren Sitz haben, § 208 SGB V. Der Spitzenverband Bund untersteht der Aufsicht des BMG (§ 217d S. 1 Hs. 1 SGB V), bei Entscheidungen zum Beitrags- und Meldeverfahren gem. § 217f Abs. 3 S. 1 SGB V bzw. Empfehlungen nach S. 2 dem BMAS (§ 217d S. 1 Hs. 2 SGB V).

---

638 Art. 35 RL 2004/18/EG.

639 Art. 8 der RL 2004/18/EG, Art. 3 der RL 89/665/EWG (Sektorenrechtsmittelrichtlinie); vgl. ferner den Vorschlag zur Änderung beider Richtlinien nach KOM (2006) 195 endg.

640 Art. 8 Abs. 3 der RL 92/13/EWG, Art. 3 Abs. 3 der RL 89/665/EWG.

641 Darüber hinaus bestimmt Art. 87 Abs. 2 S. 2 GG: „Soziale Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes, aber nicht über mehr als drei Länder hinaus erstreckt, werden abweichend von Satz 1 als landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes geführt, wenn das aufsichtsführende Land durch die beteiligten Länder bestimmt ist.“

642 Soweit ihm gem. § 137 Abs. 1 S. 1 SGB V die Zulassung von DMP obliegt, es den RSA im Gesundheitsfonds durchführt (§ 266 Abs. 5 und 6 SGB) sowie den Gesundheitsfonds als Sondervermögen verwaltet (§ 271 Abs. 1 SGB V), ist es Durchführungsbehörde, vgl. *Pfohl/Sichert*, Der Gesundheitsfonds: Sondervermögen des Bundes oder der Krankenkassen?, NZS 2009, S. 71 ff.

643 *Pfohl/Sichert*, a.a.O., S. 74 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Aufsichtsrecht korrespondiert mit der Pflicht der Krankenkassen, auf Verlangen der Behörde alle Unterlagen vorzulegen und alle Auskünfte zu erteilen, die gefordert werden, § 88 Abs. 2 SGB IV. Aufsichtsmittel sind die Beratung und – nachgeordnet – die Verpflichtung des Versicherungsträgers, die Rechtsverletzung zu beheben. Bei Unanfechtbarkeit oder Anordnung der sofortigen Vollziehung kann die Verpflichtung mit den Mitteln des Verwaltungsvollstreckungsrechts durchgesetzt werden.

Eine wichtige Aufgabe kommt den Aufsichtsbehörden bei der – nun auch kassenartübergreifend zulässigen – Vereinigung der Krankenkassen zu. Sowohl für die kassenartinterne (vgl. etwa § 144 Abs. 1 S. 2 SGB V) als auch die kassenartübergreifende Fusion (s. § 171a Abs. 1 S. 2 SGB V) bedarf der von den Verwaltungsräten zu fassende Beschluß der Genehmigung der vor der Vereinigung zuständigen Aufsichtsbehörden. Die Fusionskontrolle nach § 35 ff. GWB kommt daneben – dies ist strittig[644] – nicht in Betracht.

Ist die Leistungsfähigkeit einer Krankenkasse nicht mehr auf Dauer gesichert, wird die Krankenkasse von der Aufsichtsbehörde geschlossen (vgl. §§ 146, 153, 163, 170 SGB V).

Mit dem GKV-OrgWG wurden den Aufsichtsbehörden im Zuge der Herstellung der Insolvenzfähigkeit aller Krankenkassen (vgl. § 171b SGB V m.W.v. 1.1.2010) weitere zentrale Befugnisse eingeräumt. Gem. § 171b Abs. 3 S. 1 SGB V kann „der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Krankenkassen... nur von der Aufsichtsbehörde gestellt werden.“[645] Zur Vermeidung der Schließung oder Insolvenz von Krankenkassen ermöglicht § 172d Abs. 3 SGB V den Aufsichtsbehörden, auch gegen den Willen einer in ihrer Leistungsfähigkeit gefährdeten Krankenkasse die Voraussetzungen für die Vereinigung mit einer anderen zur Vereinigung bereiten Krankenkassen herbeizuführen. Nur die Aufsichtsbehörde kann ferner einen Antrag nach § 265a Abs. 1 SGB V auf Gewährung finanzieller Hilfen zur Vermeidung der Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse stellen (Abs. 2), die im übrigen nur gewährt werden können, wenn bereits[646] – öffentlich-rechtliche – Verträge über freiwillige finanzielle Hilfen in ausreichender Höhe nach § 265b SGB V geschlossen worden sind. Diese Verträge sind von den zuständigen Aufsichtsbehörden zu genehmigen.

644 S. II.5.1.3.2.

645 „Liegen zugleich die Voraussetzungen für eine Schließung wegen auf Dauer nicht mehr gesicherter Leistungsfähigkeit vor, soll die Aufsichtsbehörde anstelle des Antrages nach Satz 1 die Krankenkassen schließen.“, § 171b Abs. 3 S. 2 SGB V m.W.v. 1.1.2010.

646 Ob eine gleichzeitige Vereinbarung ausreicht, lässt sich nach dem Vertragszweck des § 265b SGB V bezweifeln; jedenfalls aber dürfte sich im Falle aktualisierter Erforderlichkeit „freiwilliger“ Hilfen zur Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes als Antragsvoraussetzung kaum ein bereiter Vertragspartner finden.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4.5.4. Zuständigkeiten im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren gem. GWB

Die Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt der Nachprüfung durch Vergabekammern, unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden und Vergabeprüfstellen. Die Einrichtung solcher – streitschlichtend und beratend tätigen – Vergabeprüfstellen, die außerhalb des förmlichen Rechtsschutzverfahrens stehen, ist Bund und Ländern freigestellt und kann auch bei Fach- und Rechtsaufsichtsbehörden erfolgen.[647] Für den Bund wird das Bundesversicherungsamt als Vergabeprüfstelle für die Vergabe von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen durch bundesunmittelbare Sozialversicherungsträger prüfend tätig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes und der Länder folgt den Vergabeverfahren für die jeweilige Gebietskörperschaft, vgl. § 104 Abs. 1 GWB. Der Bund richtet die erforderliche Anzahl von Vergabekammern beim Bundeskartellamt ein, § 106 Abs. 1 S. 1 GWB.

647 Siehe *Heuvels*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellecht, Bd. 2, GWB (2006), § 102 Rn. 20, § 103 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Wettbewerb und Regulierung in der Krankenhausversorgung

Nachfolgend gilt es Eröffnung, Ausfüllung, Gestaltung und Kontrolle wettbewerblich relevanter Verhaltensspielräume in den jeweiligen Wettbewerbsbeziehungen zu eruieren. Sie orientieren sich an den zentralen Strukturkomponenten des Versorgungsangebotes, des Absatzmarktes sowie an (verbleibenden) Optionen zur Preisgestaltung. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Feststellung, daß die maßgeblichen Wettbewerbsparameter im Grunde multipolar erfaßt werden müssen: So ist die Schaffung von Angebotsstrukturen unter Ausschöpfung wettbewerblich relevanter Verhaltensspielräume gleichzeitig an Anreizen für das spätere Wahlverhalten der Nachfrager orientiert. Dieselben Wettbewerbsparameter sind oftmals angetan, sich in mehreren Wettbewerbsverhältnissen gleichzeitig auszuwirken. Preiswettbewerb im Selektivvertragswettbewerb beeinflusst Versorgungsangebot und Nachfrage durch die Krankenkassen ebenso wie den (Konzentrations-)Wettbewerb der Leistungserbringer sowie der Kostenträger untereinander. Damit stellt sich die Frage einer prägnanten Zuordnung. Entscheidendes Kriterium sollen weniger die für die jeweiligen Verhältnisse mittelbar zu erzielenden Effekte, z.B. besonderer Profilierung gegenüber konkurrierenden Leistungsanbietern mittels Werbung, sondern die unmittelbar gesetzten Anreizfunktionen, wie im Beispiel die Adressierung an die Patienten sein. Daß die rechtliche Kontrolle des Werbeverhaltens maßgleich durch Rechtsschutzersuchen der betroffenen Konkurrenten initiiert wird, ändert an der Zuordnung nichts.

Auf der anderen Seite lässt es sich nicht umgehen, funktionale Teilsaspekte, etwa solche der Angebotsseite, mehrfach, aber unterschiedlich prononciert zuzuordnen: So bestimmt Managed Care mittels selektiven Vertragswettbewerbs das Verhältnis zwischen den Kostenträgern und Krankenhäusern, erzeugt gleichzeitig aber einen Kooperationswettbewerb der Leistungserbringer untereinander („Vorab-Integration“) und einen „Angebotswettbewerb“ der daraufhin mit den Krankenkassen entwickleten Versorgungsmodelle zur Wahl durch die Versicherten.

In Anbetracht der weithin fehlenden direkten Verbindungen ist das Verhältnis der Kostenträger untereinander differenziert zu bestimmen. Der Fusionswettbewerb der Kassen jedenfalls fällt unter krankenhausspezifischen Gesichtspunkten weniger schwer ins Gewicht. Im übrigen betrifft etwa die Angebotsgestaltung durch Wahltarife selbstverständlich den „Kassenwettbewerb“, setzt operativ aber beim „Mitgliederwettbewerb“ an. Damit wird entbehrlich, den bereits im Verhältnis zu den Versicherten betrachteten Angebotswettbewerb nochmals unter Gesichtspunkten der Konkurrenz der Kassen untereinander gesondert zu gewichten. Interessant allerdings bleibt hier die Frage der steuernden Kontrolle des wettbewerbsorientiert forcierten Fusionsprozesses.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Verbraucherorientierte Anreize der Krankenhausauswahl

Der Erfolg der Krankenhäuser im Wettbewerb hängt maßgeblich von der Wahl des Hauses durch den Patienten ab. Soweit im Bereich der allgemeinen Krankenhausleistungen bei (landesweit) einheitlich pauschaler Vergütung ein echter Preiswettbewerb ausscheidet, avanciert die Menge der erbrachten Krankenhausleistungen im Absatzmarkt zu einem der zentralen Wettbewerbsparameter. Auf der Basis effizienter krankenhausindividueller Versorgungsstrukturen können maßgebliche Umsatzerlöse und angesichts günstiger Kostenstrukturen Gewinne bzw. günstige Netto-Ergebnisse erzielt werden. Zugleich setzten Anforderungen in Form von Mindestmengen (vgl. § 137Abs. 3 [S. 1] Nr. 2, S. 2 SGB V)[648] in gleicher Weise den Zuspruch der Patienten bzw. Versicherten voraus wie die nach außen orientierte und gleichsam als informative Werbung fungierende Berichterstattung über die Versorgungsqualität, die im Internet zugänglich ist (§ 137 Abs. 3 [S. 1] Nr. 4 SGB V).

Damit stellt sich die Frage nach der Rolle des Versicherten im Gesundheitsmarkt. In seiner Fusionskontrollentscheidung vom 11.4.2007 hat sich das *OLG Düsseldorf* in einer bis dahin kaum vorfindbaren Deutlichkeit mit wettbewerblich relevanten Verhaltensspielräumen der Krankenhäuser auseinandergesetzt. Die zentralen Aussagen lauten:

> „Auf dem… Markt stehen sich der Patient bzw. der einweisende Arzt als sein Disponent als Nachfrager und die Krankenhäuser als Anbieter der erforderlichen stationären Krankenhausbehandlung gegenüber…".[649] „Der Patient hat die Möglichkeit, zwischen mehreren in Betracht kommenden Krankenhäusern zu wählen… Er kann… grundsätzlich frei auswählen, in welchem zugelassenen Plankrankenhaus er sich bei Vorliegen stationärer Behandlungsbedürftigkeit behandeln lassen will." [650]

Allerdings ist zu konstatieren, daß das *OLG* auf die normativen Bedingungen der Steuerung nur unvollkommen eingeht;[651] die in diesem Bereich maßgebliche Beteiligung des Arztes verweist es (allein) in den Bereich der Diganose bzw. Feststellung der Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung.[652] Vor diesem Hintergrund sind zunächst die rechtlichen Grundlagen der Position als Nachfrager näher zu betrachten:

---

648 „Wenn die nach Satz 1 Nr. 2 erforderliche Mindestmenge bei planbaren Leistungen voraussichtlich nicht erreicht wird, dürfen entsprechende Leistungen nicht erbracht werden", § 137 Abs. 3 S. 2 SGB V.

649 Az. VI-Kart 6/05 (V), Kart 6/05 (V), LS. 2.

650 A.a.O., Rn. 36 (zit. nach *juris*).

651 A.a.O., Rn.

652 A.a.O., Rn. 78.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1.1. Gesetzliche Krankenversicherung

1.1.1. Das Recht zur Wahl des Krankenhauses

Nach der vorstehend skizzierten Bedeutung der Rolle des Patienten bzw. Versicherten mag es verwundern, daß – anders bei der PKV[653] – die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten eines Rechts der freien Wahl des Krankenhauses keinesfalls eindeutig ausfällt, sondern – jedenfalls regelungstechnisch – eher als Ausnahme erscheint; § 39 Abs. 2 SGB V bestimmt:

> „Wählen Versicherte ohne zwingenden Grund ein anderes als ein in der ärztlichen Einweisung genanntes Krankenhaus, können ihnen die Mehrkosten ganz oder teilweise auferlegt werden."

Das Recht des Patienten zur Wahl des Krankenhauses wird danach lediglich indirekt und mit Einschränkungen verankert. „Der *Grundsatz* der Wahlfreiheit", so wird mitunter gesagt, „kommt in § 39 Abs. 2 nicht mehr zum Ausdruck".[654] Dieser Befund wird dadurch verstärkt, daß die Begründung zum maßgeblichen Gesetzentwurf von einem „Gebot" für den Versicherten spricht, „das in der ärztlichen Einweisung genannte Krankenhaus in Anspruch zu nehmen".[655] Der Sache nach aber verbleibt dem Versicherten jedenfalls ein Wahlrecht („wählen") mit Einschränkungen,[656] und es kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob man konstatieren möchte, die Norm setzte „gedanklich ein freies Auswahlrecht… voraus."[657] Wirtschaftlich wird die Wahlfreiheit durch das Risiko bestimmt, nach dem Ermessen der Krankenkassen die Mehrkosten ganz oder teilweise tragen zu müssen,[658] und der autonom gesetzte Grund der Entscheidung findet keine allgemeine Ankerkennung.

Gerade die Risikobelastung zielt auf einen – bewusst intendierten – Steuerungseffekt. Denn nach § 73 Abs. 4 S. 3 SGB V sind in der Verordnung von Krankenhausbehandlung in den geeigneten Fällen auch die beiden nächsterreichbaren, für die vorgesehene Krankenhausbehandlung geeigneten Krankenhäuser anzugeben; dabei ist das Verzeichnis der Leistungen und Entgelte für die Krankenhausbehandlung in den zugelassenen Krankenhäusern im Land oder in einer Region zu berücksichtigen, § 73 Abs. 4 S. 4, § 39 Abs. 3 SGB V.

Während der Gedanke der (finanziellen) Planungssicherheit damit verwirklicht wird, so erscheint die *Steuerung des Zugangs jedenfalls ambivalent*. Die zentralen Fragen also lauten, wem grundsätzlich die Entscheidung über das letztlich aufzusuchende Krankenhaus obliegt und ob diese nach den Regeln des Wettbewerbs, genauer denen des Marktes im Sinne der Attraktivität des Krankenhauses für den Patienten als „Nachfrager",

653 Dazu unten 1.2.

654 *Schmidt* (2006), in: Peters (Hrsg.), Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 39 Rn. 230.

655 Siehe BT-Drucks. 11/2237, S. 177.

656 *Schmidt* (2006), in: Peters (Hrsg.), Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 39 Rn. 230.

657 *Noftz* (2008) in: Hauck/Noftz, SGB V, K § 39 Rn. 114.

658 *Noftz*, a.a.O., Rn. 114 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

oder nach tendenziell regulativen Vorgaben erfolgen soll. Ein Qualitätswettbewerb etwa vermag sich schwerlich frei zu entfalten, wenn der verordnende Arzt Gefahr läuft, sich gegenüber der Krankenkasse durch die Einweisung in ein entferntes oder teureres Krankenhaus unter dem Gesichtspunkt des „sonstigen Schadens" gem. § 106 SGB V i.V.m. § 48 Abs. 1 BMV(Ä) Primärkasse und § 44 Abs. 1 Arzt-/Ersatzkassenvertrag regresspflichtig zu machen.[659]

Das *OLG Düsseldorf* bewertet diese Einschränkungen nicht als materielle Belastung der Wahloptionen. Es argumentiert im Gegenteil rechtlich, daß es für den Behandlungsanspruch *grundsätzlich* einer Einweisung nicht bedürfe[660] und Grundlage der Krankenhausversorgung im Verhältnis zum Patienten ein zwischen diesem und dem Krankenhaus geschlossener Krankenhausaufnahme- bzw. Krankenhausbehandlungsvertrag ist, der der Privatautonomie unterliege.[661] Auch der *BGH* urteilte, „der gesetzlich versicherte Patient, der stationärer Behandlung bedarf, wählt als Marktteilnehmer das Krankenhaus autonom"; jedenfalls würde durch drohende Mehrkosten „seine grundsätzlich bestehende Wahlfreiheit... nicht beseitigt."[662] Es handelt sich also im Grunde um eine *relative Autonomie*, zumal der *BGH* mit Blick auf die Kriterien für den Arzt zur Angabe des Krankenhauses ausführt, dies seien „Kriterien, der Patient *auch bei einer völlig autonomen* Auswahlentscheidung berücksichtigen *würde*." [663]

Tendenziell schwieriger Bewertung unterliegen damit weniger die Einzelaspekte juristischer Beurteilung, sondern die *rechtspraktischen Steuerungseffekte und -anreize* unter Gewichtung der Wettbewerbsrelevanz. Die Feststellung etwa, der wahlbezogene Auswahlspielraum bei tendenziell nur assistierendem ärztlichen Verhalten „gilt gleichermaßen auch für Notfallpatienten",[664] trifft juristisch zwar zu, wenngleich die Marktförmigkeit des Verhaltens *auf Seiten des Patienten* hier deutlich im Zweifel steht.

Im Ergebnis kombiniert der Gesetzgeber Strategien zur Verfolgung mehrerer Ziele unter Einschaltung mehrerer gleichzeitig berechtigter Akteure. Dies mag zwar jedes wirtschaftliche Risiko zu Lasten einer effizienten allgemeinen Gesundheitsversorgung beim Kostenträger ausschließen, hemmt aber jedenfalls einen weiter reichenden Qualitäts- und Spezialisierungswettbewerb, da und soweit an regionale Kriterien angeknüpft und die wettbewerbliche Entwicklung über den Zuspruch der Patienten weithin eingeschränkt wird.

Von der rechtlichen Ebene zu trennen ist die Frage, inwiefern sich der Patient tatsächlich zu entscheiden vermag oder nach wettbewerbsorientierten Kriterien zu entscheiden gedenkt. Zum einen herrscht eine „Informationsasymmetrie" vor, und selbst

---

659 *Hencke* (2004), in: Peters (Hrsg.), Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 73 Rn. 31.

660 Beschl. vom 11.4.2007, Az.: VI-Kart 6/05 (V), zitiert nach *juris*, Rn. 36, unter Hinweis auf *Genzel*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. (2002), § 87 Rn. 7.

661 A.a.O.

662 BGH, Beschl. v. 16.1.2008, KVR 26/07, NZS 2008, S. 653 (656).

663 A.a.O., s. 657.

664 Beschl. vom 11.4.2007, Az.: VI-Kart 6/05 (V), zitiert nach *juris*, Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

der mit den Qualitätsberichten konfrontierte Patient mag sich schwer tun, die entsprechend berichteten Ergebnisse für sich zu bewerten. Darüber hinaus vermag der durch Krankheit belastete Versicherte möglicherweise ebenso wenig rational zu entscheiden, wie die nüchterne Abwägung etwa bei sozialen Bindungen im Hinblick auf religiöse Krankenhausträger positiv eine Rolle spielt.

Alles in allem treffen danach an entscheidender Stelle der normativ zulässigen Verhaltssteuerung *Option und Regulativ* aufeinander. Damit kommt es zur kontrollierten Steuerung des im übrigen eingeschränkten Wahlverhaltens. Daß dies nicht von der Hand zu weisen ist, zeigt auch, daß die „freie Wahl des Krankenhauses" als *Sonderleistung* einer durch eine gesetzliche Krankenkasse vermittelten privaten Zusatzversicherung ausgewiesen wird.[665]

Immerhin aber hat der Versicherte auch im Rahmen der Bezeichnung bestimmter Einrichtungen in der Verordnung jedenfalls die Wahl zwischen zwei genannten. Im Sinne einer Kostenreduktion zugunsten der Versichertengemeinschaft ist die regulatorische Komponente erklärbar. Nicht zuletzt in Anbetracht der – teils verwirklichten, teils gedachten und teils jedenfalls vorausgesetzten – Anreizoptionen für wettbewerbsorientiertes Verhalten indes ist die Einschränkung des Wahlrechts wiederum Ausdruck eines unvollkommenen, aber auch eines bedingt konsequenten und teilweise wenig stringenten Wettbewerbskonzepts.

Ungeachtet dessen kann der Patient unter regulierten Marktbedingungen als Nachfragender bzw. „Nachfrager" bezeichnet werden. Denn selbst mit Blick auf die Rolle der Krankenkassen, d.h. in Anbetracht dessen, daß „sie zwar (auch) Nachfrager von Krankenhausleistungen für gesetzlich Versicherte" sind, „ist es der Patient, der die Nachfrage im Einzelfall auf einen bestimmten Bedarf konkretisiert und durch Abschluss des Behandlungsvertrags eigene Leistungsansprüche für sich begründet."[666]

1.1.2. Die Ausübung des Wahlrechts

Von besonderem Interesse erscheint danach, wie sich die Auswahl der Krankenhäuser in der Praxis darstellt. Dazu soll zunächst auf eine im vorgenannten Verfahren vor dem *OLG Düsseldorf* vorgelegte Studie Bezug[667] genommen werden:

> „Dass entweder der Patient selbst, nach Rücksprache und Beratung mit den einweisenden Arzt, das Krankenhaus auswählt oder - vor allem bei komplizierteren Behandlungen - der einweisende Arzt für seinen Patienten die Auswahlentscheidung trifft, wird durch das Ergebnis der von der Beteiligten zu 1 vorgelegten Krankenhausstudie Forschungsgruppe Wahlen aus Februar 2006 … weiter bekräftigt. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass von den Befragten, die in den letzten fünf Jahren mindestens einen stationären Krankenhausaufenthalt hatten, 41 % geantwortet haben, dass der Arzt das Krankenhaus ausgewählt habe, während 39 % das Krankenhaus selbst ausgewählt ha-

665 Vgl. Tarife der AOK Bayern „AOK-KlinikPRIVAT/1" und „AOK-KlinikPRIVAT/2", www.aok.de/bay/rd/129794.htm.

666 BGH, Beschl. v. 16.1.2008, KVR 26/07, NZS 2008, S. 653 (656).

667 *Krankenhausstudie Forschungsgruppe Wahlen aus Februar 2006 (Bl. 509 ff. GA);* zitiert gem. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 11.4.2007, Az.: VI-Kart 6/05 (V), wiederum zitiert nach *juris*, Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

ben (S. 13 der Studie, Bl. 523 GA). Selbst auf die Frage, wie reagiert werden würde, wenn der Arzt einen kleineren, ungefährlichen Eingriff in einer Klinik empfiehlt und eine entsprechende Einweisung in dieses Krankenhaus ausstellt, haben nur 61 % der Befragten geantwortet, der Einweisung zu folgen, hingegen haben 34 % erklärt, diese Entscheidung nicht automatisch zu akzeptieren (S. 8 der Studie, Bl. 518 GA)."

Die Beweiskraft zugunsten eines den Wettbewerb bestimmenden Wahlrechts nach Art und Umfang erscheint danach zwar nach wie vor begrenzt. Trotz aller Einschränkungen des Wahlrechts allerdings ist jedenfalls zuzugeben, daß das Verhalten in der Rechtspraxis den vom *BKartA* und *OLG* verfolgten Ansatz untermauert, demzufolge der um die stationäre Behandlung nachsuchende Patient, wenngleich meist nur zusammen mit dem einweisenden Arzt als Nachfrager bzw. Nachfragedisponent der Krankenhausleistung anzusehen ist.[668]

Naturgemäß allerdings hinge die finale Beurteilung der Ausübung des Wahlrechts v.a. davon ab, inwieweit sich das Angebot als flächendeckend darstellt und ob eine Elektiv- oder Notfallbehandlung in Frage steht. Bei verbreitetem Angebot etwa von Hüftoperationen als Elektivleistungen wurde einer weiteren Studie zufolge aktives Wahlverhalten konstatiert, wenngleich durchaus in Abhängigkeit vom Alter der Patienten und der Siedlungsstruktur.[669] Daß gerade in Kernstädten in drei Viertel der Fälle nicht das nächstgelegene Krankenhaus aufgesucht wird, zeigt zwar das Bewusstsein hinsichtlich der Wahlentscheidung, aber auch die Relativität des Kriteriums „wohnortnah". Weiter wäre zu untersuchen, inwieweit soziale und auch Bindungen zu Kirchen als Träger eine Rolle spielen.

1.1.3. Die Qualität der Versorgung und Qualitätsberichte als maßgebliche Faktoren der Auswahlentscheidung

Danach gilt grundsätzlich: „Das freie Wahlrecht des Patienten ist Ausdruck wirtschaftlichen Wettbewerbs."[670] Über die maßgeblichen Parameter der patientenbezogenen wettbewerbsorientierten Verhaltenssteuerung ist damit indes noch nichts ausgesagt.

Mit Blick auf das Recht der Finanzierung wurde bereits darauf hingewiesen, daß die hoch regulierte Preisgestaltung keine Preisfreiheit ermöglicht, die das Verhalten des Patienten in gewichtiger Weise steuernd beeinflussen könnte. Dies gilt jedenfalls für den zentralen Bereich der allgemeinen Krankenhausleistungen, in dem Festpreise für zeitlich begrenzte Versorgungsleistungen je Behandlungsfall vorherrschen.[671]

„Trotz der gesetzlichen Vorgaben verbleibt dem Krankenhaus aber ein wettbewerblich relevanter Verhaltensspielraum, um bei seinem Angebot von Krankenhausdienstleistungen in Konkurrenz zu anderen Krankenhäusern in seinem Einzugsgebiet treten zu können. Der Wettbewerb der Kran-

668 A.a.O., Rn. 52.

669 *Friedrich/Beivers*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhausreport 2008/2009 (2009), s. 155 ff. (178 ff.)

670 A.a.O., Rn. 38.

671 A.a.O., Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kenhäuser um den frei auswählenden Patienten findet über die *Qualität* der Krankenhausversorgung statt."[672]

Ob die zuletzt genannte Feststellung – Auswahl nach der Qualität der Krankenhausversorgung – in dieser Pauschalität zutrifft, mag zumindest bezweifelt werden. Fraglich ist insbesondere, wie der Patient in Abwesenheit für ihn eindeutig nachvollziehbarer (qualitativer) Indikatoren entscheidet, sollte er diesbezüglich nicht ohnehin versucht sein, den einweisenden Arzt zu befragen bzw. ihm die Entscheidung zu überlassen. Belastbare Untersuchungen zu Präferenzen innerhalb der je nach Lebenssituation grundsätzlich anzunehmenden Motivbündel (bestehend v.a. aus der räumlichen Nähe im Sinne der Erreichbarkeit [auch für Angehörige], Einschätzungen vom Hörensagen, Bindungen z.B. im Hinblick auf freigemeinnützige Träger u.a.) und ihre wettbewerbsspezifischen Auswirkungen sind kaum bekannt (s.o.). Unbeschadet der gesetzlichen, in jüngerer Zeit verschärften Anforderungen an die Qualitätssicherung der Krankenhäuser (vgl. v.a. §§ 135a, 137 SGB V) wird der Versicherte oftmals geneigt sein, die „Qualität" nach eigener subjektiver Einschätzung, orientiert z.B. an Modernität, Zuverlässigkeit und Freundlichkeit, selbst einzuschätzen.

Zur Sicherstellung einer objektivierten Qualitätsorientierung ist seit dem Jahre 2005 erstmals allgemein über die Qualität der Krankenhausversorgung zu berichten, § 137 Abs. 3 [S. 1] Nr. 4 SGB V. Der Bericht muß im Internet veröffentlicht werden (Nr. 4 S. 2). Bericht und Publikationsmodus wurden eingeführt, um mittels der somit herzustellenden Transparenz Arzt und Versichertem die Auswahl des Krankenhauses „auch unter Qualitätsgesichtspunkten" zu erleichtern.[673] Auch im Zeichen tendenziell eher eingeschränkter Fähigkeiten der Versicherten, die Qualitätsberichte zu interpretieren und unbeschadet der Diskussion um die objektive Abbildung der Qualität[674] dürfen die Kassenärztlichen Vereinigungen sowie die Krankenkassen und ihre Verbände auf der Basis der Berichte auch vergleichend über Qualitätsmerkmale der Krankenhäuser informieren und Empfehlungen aussprechen (§ 137 Abs. 3 S. 4 SGB V). Maß und Inhalt werden zur Vergleichbarkeit der Berichte von der „Vereinbarung über Inhalt und Umfang eines strukturierten Qualitätsberichts bestimmt[675], dessen Anlage umfangreiche Vorgaben enthält. Im Gefolge der Änderung des § 92 (Abs. 1 S. 2 Nr. 13) SGB V durch das GKV-WSG haben die Vereinbarungen nunmehr stärker verbindlichen Charakter erhalten.[676]

672 A.a.O., Rn. 39 f.; eigene Hervorhebung; BGH, Beschl. v. 16.1.2008, KVR 26/07, NZS 2008, S. 653 (656).

673 *Hencke* (2004), in: Peters (Hrsg.), Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 137 Rn. 3.

674 Vgl. *Drösler*, Qualitätsberichte gem. § 137 SGB V und ihre Darstellung im Internet – eine vergleichende Analyse, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhausreport 2006 (2007), S. 207 ff.; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Kooperation und Verantwortung, Gutachten 2007, S. 390 ff.

675 Zuletzt geändert am 18.12.2008, BAnz. 2009, S. 565.

676 S. dazu *Pinter*, Qualitätssicherung im Krankenhaus nach dem GKV-WSG, KHR 2008, S. 1 (3).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine gewisse Informationsasymmetrie indes wird stets bestehen bleiben. Die *Monopolkommission* stellt für die Jahre 2006/2007 fest:

> „Die Verpflichtung zur Offenlegung bestimmter Qualitätsindikatoren entfalten ihre Wirkungen daher gegenwärtig vor allen Dingen auf professioneller Ebene. Qualitätstransparenz wird überwiegend betrieben von Profis für Profis."[677]

1.1.4. Einschränkung des Rechts der Krankenhauswahl durch „Managed Care"

Das Wahlrecht des Versicherten unterliegt ggf. weiteren Einschränkungen, nämlich dann, wenn sich der Betroffene bspw. als Teilnehmer in ein Modell der integrierten Versorgung (vgl. § 140a Abs. 3 SGB V) oder ein Disease Management Programm (DMP, §§ 137 f, g SGB V, §§ 28b ff. RSAV) eingeschrieben hat. Gem. § 140a Abs. 1 S. 4 SGB V ergeben sich das Versorgungsangebot und die Voraussetzungen seiner Inanspruchnahme aus dem Versorgungsvertrag mit Bedeutung auch für die Einschränkung der freien Wahl der Leistungserbringer.[678] Mit der Einfügung des neuen § 11 Abs. 4 SGB V durch das GKV-WSG erfährt das Managed Care eine besondere, nämlich grundsätzliche Anerkennung, speziell zugunsten des Patienten und zur Behebung der Schnittstellenproblematik:

> „Versicherte haben Anspruch auf ein Versorgungsmanagement, insbesondere zur Lösung von Problemen beim Übergang in die verschiedenen Versorgungsbereiche."

Die Einschränkung der Wahl des Krankenhauses im Zeichen spezifischer Managed-Care Vertragskonzepte gilt freilich zunächst nur, soweit das Versorgungskonzept reicht. Dabei dürfte die bevölkerungsbezogene und flächendeckende Vollversorgung mit Budgetverantwortung im Rahmen der IV die Beschränkung auf ein oder ggf. zwei Akutkrankenhäuser für allgemeine Krankenhausleistungen zur Folge haben. Im Rahmen des Versorgungsumfangs ist die gleichzeitige Teilnahme an beiden Versorgungsformen *nicht* zulässig.[679] Im übrigen bestimmt der Vertrag neben den Modalitäten auch die Dauer der Bindung.

Die Einschränkung des Wahlrechts lässt sich zunächst damit begründen, daß die Teilnahme an besonderen Versorgungsformen freiwillig erfolgt. Die Modalitäten der Bindung folgen aus den Einschreibebedingungen wie sie sich satzungsrechtlich i.V.m. mit den entsprechenden Einzelheiten des Versorgungsvertrages zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer ergeben. § 137f Abs. 3 S. 3 SGB V bestimmt überdies ausdrücklich, daß die Einwilligung zur Teilnahme an DMP widerrufen werden kann. Wegen der Beschränkung gesetzlicher Wahlrechte wird allerdings diskutiert, ob eine *satzungsrechtliche* Beschränkung insofern den Anforderungen an eine formalgesetzliche Ermächtigung genügt oder stattdessen eine materielle Regelung qua spezifischer Teil-

677 Siebzehntes Hauptgutachten, BT-Drs. 16/10140, S. 320, Ziff. 821.

678 S. auch *Knittel* (2004), in: Krauskopf, ‚Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, § 140a Rn. 5.

679 *Hencke* (2004), in: Peters (Hrsg.), Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 140a Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

nahmevereinbarung Voraussetzung ist.[680] Festzuhalten bleibt allerdings, daß bereits bisher mindestens im Wege der Vereinbarung eine legitime Regelung möglich ist. Darüber hinaus ist mit § 53 Abs. 3 SGB V eine Verbindung zur satzungsrechtlichen Gestaltung mindestens im tarifären Bereich geschaffen worden. Dabei geht die Gesetzesbegründung von der „Bindung an bestimmte Leistungserbringer“ aus.[681]

1.1.5. Werbung durch Krankenhäuser

Das Wahlverhalten der Versicherten wird ferner – zunehmend – durch Werbung seitens der Krankenhäuser beeinflusst. Mit Blick auf die steigende Zahl wettbewerbsrechtlicher Streitigkeiten,[682] den Wettbewerbsdruck der Krankenhäuser und die im Rahmen des Spezialisierungswettbewerbs besonders virulente Informationsasymmetrie sprechen zahlreiche Indizien für die Verhaltenssteuerung der Behandlungsbedürftigen durch Krankenhauswerbung. Das Verhalten der Patienten lässt sich danach umso stärker beeinflussen, je weiter der Rahmen normativ zulässiger Werbung gezogen ist.

Ohne Frage setzt das Sozialrecht, wie etwa die Anforderungen an die Qualitätsberichte gem. § 137 Abs. 3 [S. 1] Nr. 4 SGB V, dem Werbeverhalten Grenzen, wobei gerade dieses Beispiel als nunmehr „legalisierte“ Werbemaße mit dem Recht zur Veröffentlichung im Internet verstanden werden könnte, die den Wettbewerb befördern soll, wenn dieses nicht gleichzeitig durch eine entsprechende Pflicht flankiert würde.

Der insofern maßgebliche Standard folgt daher im wesentlichen aus den Restriktionen des ärztlichen Berufsrechts,[683] vgl. v.a. § 27[684] der Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO),[685] die für die Krankenhäuser weithin *mittelbare Wirkung* entfalten.[686] *Soweit* dies der Fall ist, erfolgt die Einordnung der Regelungen der Berufsordnungen der Landesärztekammern als sog. „Marktverhaltensregelungen“ i.S.d. § 4 Nr. 11 (i.V.m. § 3) UWG, was jeweils durch Auslegung zu ermitteln ist.[687] Entsprechende Verstöße können berufsgerichtlich sowie durch Klagen gestützt auf die

680 Vgl. *Engelhard* (2000), in Hauck/Noftz, SGB V, K § 140a Rn. 23.

681 BT-Drucks. 16/3100, S. 108.

682 Vgl. den Bericht „Unlautere Methoden im Gesundheitswesen – Wettbewerbszentrale berichtet über Tätigkeit gegen Ärzte und Krankenhäuser“ (ohne Autor), KHuR 2004, S. 37 ff.

683 Siehe *Spickhoff*, in: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008), Rn. 38, 41 ff.; *Bomba*, Verfassungsmäßigkeit berufs- und standesrechtlicher Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe (2003).

684 Dazu und zum Wortlaut der Vorschrift oben I.4.4.6.

685 Von grundlegender Bedeutung sind ferner die §§ 31-34 MBO.

686 Vgl. *Lehment*, Werberecht für Krankenhäuser und Institute, Grenzüberschreitungen nicht erlaubt, DÄ 97 (2000), S. A 2916,

687 Siehe *Köhler*, in: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. (2007), § 4 UWG Rn. 11.74. Der Begriff der gesetzlichen Vorschrift ist weit zu verstehen und erfaßt (u.a.) die von deutschen Gesetzgebungsorganen erlassenen Normen (s. *Köhler*, a.a.O., § 4 UWG Rn. 11.24).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verletzung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) durch (bewehrte) Unterlassungsbegehren und Schadensersatzansprüche „geahndet" werden.[688]

Wenngleich dies nicht einhellig beurteilt wird,[689] steht § 69 SGB V hier der Anwendung des Wettbewerbsrechts nicht entgegen. Dies folgt einer strengen Interpretation, die Norm bestimme die Exklusivität der Vorschriften des 4. Kap. des SGB V nur für das Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern, nicht aber das betroffene Verhältnis der Leistungserbringer untereinander und zu den Patienten.[690] Aber selbst dann, wenn man die Norm „auch auf die Beziehungen von Leistungserbringern untereinander" erstreckt, „soweit es um Handlungen in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen geht", dürfte der „Erfüllungsbezug" in dieser Konstellation nicht oder nur in seltenen Fällen *direkt beworbener Vertragskonzepte* ausreichen; einen solchen Fall sah der *BGH*[691] im Vollzug einer Handlung, über die sich Krankenkasse und Apotheke zur Durchführung der vereinbarten Versorgung verständigt hatte und die demgemäß konkurrierende Apotheken betraf.

Daß bei alledem die Grenzen des Klinikwerberechts wesentlich weiter gezogen sind als bei niedergelassenen Ärzten, hat mehrere Gründe: Zum einen stellen sich für medizinische Einrichtungen schlicht besondere Zurechnungsfragen. So vermag das ärztliche Berufsrecht etwa im Hinblick auf MVZen prinzipiell nur für den einzelnen Arzt bzw. insoweit Maßstabswirkung zu entfalten, als MVZ von Vertragsärzten selbst geführt werden.[692] Schwierig ist die Beurteilung des Verhaltens von Krankenhausärzten. Hier stellen sich noch nicht vollständig geklärte Fragen der Erstreckungswirkung berufsrechtlicher Werbeverbote mittels der Zuweisung der Störereigenschaft an juristische Personen, deren Führung die Ärzte zu berufswidrigem Handeln oder einer Duldung prinzipiell berufswidriger Handlungen verleiten.[693]

Von größter Wichtigkeit aber ist die Differenzierung zwischen freiberuflicher Tätigkeit der niedergelassenen Ärzte und gewerblicher Tätigkeit der Kliniken. Die MBO legt zugrunde: „Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf".[694] Demgegenüber ist bereits im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grundlagen darauf hingewiesen worden, daß das Betreiben eines Krankenhauses ein Gewerbe darstellt.[695] Auch im Zusammenhang mit Werbeverboten hat das *BVerfG* bereits vor den oben bezeichneten Entscheidungen hervorgehoben, im Gegensatz zu den niedergelasse-

688 Siehe auch *Spickhoff*, in: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008), Rn. 44.

689 Vgl. das Urteil des LG Osnabrück, Urt. v. 18.9.2006, AZ.: 18 O 487/06, abrufbar unter www.landgericht-osnabrueck.niedersachen.de.

690 Vgl. zur Interpretation des Bundeskartellamts im Fusionswettbewerb bereits oben I.4.4.1. sowie II.4.5.

691 BGH Urt. v. 23.2.2006, GRUR 2006, S. 517 ff. = NJW RR 2006, S. 1046 ff.

692 *Ratzel*, in: Dahm/Möller/Ratzel, Rechtshandbuch Medizinische Versorgungszentren (2005), Kap. VII. Rn. 2 ff.

693 *Ratzel*, a.a.O., Rn. 3 ff.; *Spickhoff*, in: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008), Rn. 44.

694 § 1 Abs. 1 S. 2 und 3 MBO.

695 S.o. I. 4.3.1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen Ärzten, für die die MBO gelte, seien Kliniken „gewerblich tätig“ und erzielten „gewerbliche Umsätze“.[696] Das führe dazu, daß § 27 der MBO im Lichte der Berufsfreiheit interpretiert werden müsse.

> „Für Kliniken gelten damit nicht dieselben Werbebeschränkungen.“[697] Auch der BGH urteilt: „Zwischen ambulanter und stationärer Behandlung bestehen erhebliche betriebswirtschaftliche Unterschiede, die es rechtfertigen, Kliniken und Sanatorien hinsichtlich der Werbung anders zu behandeln als niedergelassene Ärzte.“ [698]

Damit führen die Bundesgerichte die Rechtsprechung zur „Sanatoriumswerbung“, der zufolge Kliniken bei der anpreisenden Werbung im Hinblick auf die Akquisition von Patienten gegenüber niedergelassenen Ärzten privilegiert werden,[699] fort. Wo im einzelnen – auch innerhalb der umstrittenen Fallgruppen – die Grenzen zu ziehen sind, soll an dieser Stelle dahinstehen und der Hinweis genügen, daß Lockerungen auf dem Vormarsch sind, etwa im Bereich der Information über Zusatzleistungen oder des Herausstellens von Erfolgsquoten.[700]

Konkrete Werbeverbote schließlich aktualisieren sich insbesondere im Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (HWG).[701] Zu erwähnen sind v.a. das Verbot von Werbegaben (§ 7 HWG) und Werbeverbote außerhalb der Fachkreise[702] (§ 11 HWG). Untersagt sind insbesondere die Wiedergabe der Krankengeschichte (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 HWG), die bildliche Darstellung von Personen in Berufskleidung (Nr. 4) oder ein bildlicher Vorher-Nachher-Vergleich (Nr. 5).[703]

1.2. Besonderheiten im Recht der PKV

Im Privatversicherungsrecht ist – „bei medizinisch notwendiger stationärer Heilbehandlung“ – die „freie Wahl unter den öffentlichen und privaten Krankenhäusern“ allgemein normiert. Dies folgt aus § 4 Abs. 4 der Musterbedingungen 2009 (MB/KK) des

696 *BVerfG*, Beschl. v. 4.7.2000, NJW 2000, S. 2734 (2735).

697 A.a.O.

698 *BGH*, Beschl. v. 11.71.2002, NJW-RR 2002, S. 1685 (1686).

699 Dazu *Lehment*, Werberecht für Krankenhäuser und Institute, Grenzüberschreitungen nicht erlaubt, DÄ 97 (2000), S. A 2916.

700 S. *Balzer*, Aktuelle Rechtsprobleme aus dem Arzt- und Klinikwerberecht, KHuR 2003, S. 87 ff.

701 S. *Kieser*, Werbung für Krankenhäuser, in: Lenz/Dettling/Kieser, Krankenhausrecht (2007), S. 246 ff.

702 „Fachkreise im Sinne dieses Gesetzes sind“ gem. § 2 HWG „Angehörige der Heilberufe oder des Heilgewerbes, Einrichtungen, die der Gesundheit von Mensch und Tier dienen, oder sonstige Personen, soweit sie mit Arzneimitteln, Medizinprodukten, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln erlaubterweise Handel treiben oder sie in Ausübung ihres Berufes anwenden.“

703 S. auch *Müller*, Krankenhauswerbung und rechtliche Grenzen, Pflege- und Krankenhausecht 2006, S. 88 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

Verbandes der PKV.[704] Bereits vor Einführung der Musterbedingungen existierten ähnliche Regelungen einzelner Versicherungsunternehmen.[705] Voraussetzung nach § 4 Abs. 4 MB/KK ist lediglich, daß die Krankenhäuser „unter ständiger ärztlicher Leitung stehen, über ausreichende diagnostische und therapeutische Möglichkeiten verfügen und Krankengeschichten führen". Die MB/KK 76 verlangten zusätzlich, daß die Krankenhäuser nach allgemein anerkannten Methoden arbeiten. Führen die Krankenhäuser, welche die vorgenannten Voraussetzungen erfüllen, auch Kuren bzw. Sanatoriumsbehandlung durch und nehmen sie auch Rekonvaleszenten auf, kommt es für die Gewährung der tariflichen Leistungen auf eine entsprechende schriftliche Zusage durch den Versicherer vor Beginn der Verhandlung an, § 4 Abs. 5 MB/KK.

Unter Steuerungs- und Wettbewerbsgesichtspunkten erlauben die Regelungen, daß sich der Versicherungsnehmer bzw. Patient „in die Klinik mit den modernsten und auch wirksamsten Behandlungsmethoden" begibt.[706] Diese Wahlalternative weist zugleich in Richtung Qualitäts- und Spezialitätswettbewerb, der – dem Grundgedanken zufolge – zu effizienter Behandlung und auch zur Reduktion möglicher Folgekosten führt. Mutmaßlich auch deshalb wurden „Befürchtungen, das Risiko könne untragbar werden",[707] von dem Gedanken einer Ausrichtung an den Möglichkeiten der modernen Medizin verdrängt, und die zusätzlichen Kosten nach bisherigen Erfahrungen und im Zeichen der Versicherungsmathematik als tragbar eingestuft.[708] Überdies ist „ein mittelbarer Einfluß auf die Auswahlentscheidung durch eine Einschränkung der Kostenerstattung bei Inanspruchnahme ... nicht kostengünstiger Krankenhäuser … nicht bekannt".[709]

Im übrigen werden entsprechende „Risiken" weiter dadurch zurückgehen, daß die krankenhausindividuellen Preisunterschiede – im Bereich der pflegesatzrechtlichen Vergütung für allgemeine Krankenhausleistungen im DRG-System – mit Blick auf ein landeseinheitliches Niveau in weitem Umfang nivelliert werden. Soweit die allgemeinen Krankenhausleistungen einheitlich und damit auch für die Behandlung privat Versicherter mit pauschalierten Festpreisen vergütet werden, vollzieht sich die freie Wahl des Krankenhauses vor allem am Maßstab der Qualität der Behandlung. Das im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung kurz skizzierte Qualitätssicherungsregime gilt dabei für nach § 108 SGB V zugelassene Krankenhäuser einheitlich für alle Patienten[710].

704 Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung, abgedruckt bei Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 2009, S. 1602 ff., ferner unter www.pkv.de.

705 *Schoenfeldt/Kalis* (ausgehend noch von den MB/KK 1994), in. Bach/Moser (Hrsg.), Private Krankenversicherung (2002), S. 251. Zur historischen Entwicklung der Musterbedingungen *Moser*, a.a.O., S. 2.

706 *Schoenfeldt/Kalis*, a.a.O., S. 252.

707 *Schoenfeldt/Kalis*, a.a.O., S. 251.

708 *Schoenfeldt/Kalis*, a.a.O., S. 251 f.

709 *Bretthauer*, Zusammenschlüsse von Krankenhäusern in der Fusionskontrolle, NJW 2006, S. 2884 (2885).

710 Letzteres ergibt nach dem KHRG wieder aus § 137 Abs. 1 S. 1 SGB V und damit wieder entsprechend der Formulierung vor Änderung durch das GKV-WSG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dieser Qualitätswettbewerb dürfte auch im Bereich der Wahlleistungen dominieren, sicherlich auch deshalb, weil jedenfalls im Bereich der *ärztlichen* Wahlleistungen nach Pflegesatzrecht grundsätzlich die GOÄ einheitlich zur Anwendung kommt.[711] Mehr Spielraum dagegen besteht im Bereich der nichtärztlichen Wahlleistungen, wenngleich auch hier jedenfalls feste Fixpunkte der Preisgestaltung entwickelt wurden.[712]

2. Die Wahl der Versicherung durch den Verbraucher

2.1. Gesetzliche Krankenversicherung

2.1.1. Wahl- und Wechselrechte

Die Versicherungspflichtigen oder -berechtigen (freiwillig Versicherten) sind „Mitglied der von ihnen gewählten Krankenkasse", § 173 Abs. 1 SGB V. Sie können grundsätzlich zwischen den Kassen aller Kassenarten wählen (Abs. 2), wobei sie teilweise örtlichen Beschränkungen unterliegen und bei den Betriebs- und Innungskrankenkassen dann, wenn sie betriebs- bzw. innungsfremd sind, für die Wahl dieser Kassen auf deren Öffnung (qua Satzung) angewiesen sind. Das Wahlrecht kann nach Vollendung des 15. Lebensjahres ausgeübt werden, § 175 Abs. 1 S. 3 SGB V.

Soweit die Ausübung des Wahlrechts ab dem Jahre 2002 erfolgt(e), sind Versicherungspflichtige und -berechtigte an die Wahl der Krankenkasse mindestens 18 Monate gebunden, § 175 Abs. 4 S. 1 SGB V. Allerdings kann die Mitgliedschaft abweichend davon früher gekündigt werden, wenn die Krankenkasse ab dem 1. Januar 2009[713] einen Zusatzbeitrag erhebt, ihren Zusatzbeitrag erhöht oder ihre Prämienzahlung verringert (Abs. 4 S. 5); die Mitgliedschaft kann dann bis zur erstmaligen Fälligkeit der Beitragserhebung, der Beitragserhöhung oder der Prämienverringerung gekündigt werden. Auf dieses Kündigungsrecht sind die Mitglieder spätestens einen Monat vor Fälligkeit hinzuweisen (Abs. 4 S. 6), und kommt die Krankenkasse diese Pflicht nicht nach, verschieben sich für das betroffene Mitglied sowohl die Erhebung oder Erhöhung des Zusatzbeitrages als auch die Frist für die Ausübung des Sonderkündigungsrechts entsprechend, Abs. 4 S. 7. Bei unterbliebenem Hinweis auf eine Prämienverringerung hingegen verschiebt sich nach dem eindeutigen Wortlaut allein die Frist für die Ausübung des Kündigungsrechts, die Prämienverringerung wird aber nicht ausgesetzt. Ob das im Kontext der wettbewerbsorientierten Neuordnung der Finanzierungsströme konsequent er-

711 Zu den Einzelheiten *Büsken*, in: Bach/Moser (Hrsg.), Private Krankenversicherung (2002), MB/KK, nach § 1, Rn. 5 ff.; *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12, S. 1137 Rn. 84.

712 *Quaas*, a.a.O., Rn. 85 ff.

713 Nach alter Rechtslage galt als besonderer Kündigungsgrund, wenn die Kasse ihren kassenindividuell festgesetzten Beitrag erhöhte; Kündigungstermin war insoweit der Ablauf des auf das Inkrafttreten der Erhöhung folgenden Monats, § 175 Abs. 4 S. 5 SGB V a.F.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

scheint, mag dahinstehen, denn nach dem klaren Gesetzeswortlaut jedenfalls kommt eine Analogie nicht in Betracht.

Schließlich kann die Mitgliedschaft wiederum abweichend von den genannten Grundsätzen frühestens zum Ablauf der dreijährigen Mindestbindungsfrist gekündigt werden, wenn sich der Versicherte über Wahltarife entsprechend gebunden hat, § 53 Abs. 8 S. 2 SGB V i.V.m. § 175 Abs. 4 SGB V. Die dreijährige Mindestbindungsfrist gilt allerdings nicht für Wahltarife im Zusammenhang mit besonderen Versorgungsformen („Managed Care"), § 53 Abs. 8 S. 1 i.V.m. Abs. 3 SGB V.

2.1.2. Wahl der Krankenkasse aufgrund des Angebots krankenhausspezifischer Versorgungskonzepte (IV, DMP)

Daß der Versicherte eine Krankenkasse mit Blick auf bestehende Vertragsbeziehungen zu einzelnen Krankenhäusern auswählt, dürfte (noch) die Ausnahme bilden. Möglich jedenfalls erscheint, daß sich der Versicherte gerade deshalb einer Krankenkasse anschließt, weil diese ihren Mitgliedern besondere Versorgungsformen anbietet, innerhalb derer die Zusammenarbeit mit einem bestimmten Krankenhaus bzw. bestimmten Häusern stattfindet. Damit erfolgt im Ergebnis eine Koppelung der Entscheidung für den Versicherer, das Versorgungskonzept und das teilnehmende Krankenhaus, vgl. § 140a Abs. 1, 4, § 140b Abs. 1 Nr. 2 SGB V. Als Anreiz mag dabei insbesondere das Versorgungsangebot unter spezifischer Einbindung des Krankenhauses dienen. Für das Gesamtkonzept spielt sicherlich auch die tarifäre Gestaltung eine Rolle, vgl. § 53 Abs. 3 SGB V. Danach hat die Krankenkasse zu regeln, daß für Versicherte, die an besonderen Versorgungsformen teilnehmen, besondere Tarife angeboten werden müssen. Darüber hinaus kann die Tarifierung für die Inanspruchnahme von Krankenhausleistungen auch eigenständige Bedeutung ohne spezifische Einbindung in ein Versorgungskonzept entfalten, etwa im Rahmen von Selbstbehalten.[714]

Entscheidender Auslöser für die Wahl der Versicherung könnte demnach durchaus das Versorgungskonzept der Krankenkasse im Hinblick auf die spezifische „Integration" des stationären Sektors sein. Hier kommen die IV und das Disease Management im Sinne der dafür besonders zugelassenen Programme in Betracht, wobei zu betonen ist, daß auch – und gerade – DMP-Strukturen durch Verträge zur IV umgesetzt werden.[715]

Was die *IV* anbelangt, so erscheint hier weniger wahrscheinlich, daß ein Versorgungskonzept der bevölkerungsbezogenen und flächendeckende Vollversorgung, wie etwa das Modell „gesundes Kinzigtal",[716] *wegen des krankenhausspezifischen Bezugs* den Willensentschluß des Versicherten hinsichtlich der Wahl der Krankenkasse maßgeblich trägt. Vielmehr dürften in dieser Hinsicht Projekte relevant werden, die als *indi-*

714 Dazu sogleich unter 2.1.3.

715 *Sichert/Walser*, Management of Chronic Diseases in the Netherlands and in Germany, European Journal of Social Security, Vol. 9 (2007), S. 243 (261 ff.).

716 Siehe bereits Fn. 182.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kationsbezogenes (case-) Management den konkreten Lebens- und Krankheitsbedürfnissen des potentiellen Mitglieds Rechnung tragen. An dieser Stelle ließe sich eine Vielzahl von Beispielen anführen. Aus diesem Kreis früher Versorgungsangebote herausgegriffen sei etwa das Programm der BARMER Ersatzkasse, wie es gegenüber den Versicherten bzw. potentiell zu Versichernden angepriesen wurde:[717]

> „Das Programm… unterstützt Menschen mit bestimmten Krankheitsbildern, wie zum Beispiel Hüft- und Kniegelenkverschließ. Von der Diagnosestellung über die Operation und dem damit verbundenen Klinikaufenthalt bis hin zur Rehabilitation und Nachsorge: alle Beteiligten arbeiten eng zusammen. Das bietet viele Vorteile".

Die endoprothetische Versorgung bildet in der Tat einen wichtigen Bereich der Beteiligung der Krankenhäuser an der IV, wobei in jüngerer Zeit die Problematik der Vereinbarung spezifischer Gewährleistungsklauseln zur Diskussion stand, die seitens der Krankenkassen vielfach gefordert wurden.[718] Nach den Umfrageergebnissen des *DKI*[719] gaben 50% der befragten Häuser eine Beteiligung an der IV in diesem Bereich an. Andere Gebiete spielen eine deutlich geringere Rolle, und gerade dort erscheint z.T. weniger wahrscheinlich, daß die Wahl der Krankenkasse mit Blick auf die insofern vorhandenen bereichsspezifischen Konzepte beeinflusst würde: onkologische Versorgung (13,9%), invasiv-kardiologische Versorgung (11,4%), kardiochirurgische Versorgung (9,3%), Sonstiges (46,9%). Dazu passend werden als „Leuchtturmprojekte Integrierter Versorgung unter Beteiligung einzelner Krankenhäuser" das „Das mammaNetz Augsburg" (optimierte Brustkrebsversorgung), das Projekt für eine „Integrierte Versorgung Endoprothetik Münster" und „Das Norddeutsche Herznetz" (Integrierte Versorgung Kardiologie) beschrieben.[720] Schließlich wird die Wahl der Krankenkassen wegen eines IV-Projekts mit Krankenhausbeteiligung durch einen aufgeklärten Patienten auch davon abhängen, ob die avisierte Kasse Vertrag und Konzept exklusiv anbietet (wie bei der Endoprothetik Münster die *BARMER*, vgl. oben) oder wie beim mammaNetz Augsburg 23 Kassen bzw. im Norddeutschen Herznetz BARMER, IKK, HEK und TK.[721]

Die indikationsspezifische Betrachtungsweise gilt auch für das Angebot sog. strukturierter Behandlungsprogramme oder auch *Disease Managementprogramme (DMP)*, die für chronische Krankheiten entwickelt worden sind. Bei der Einführung der Regelungen zur Steuerung mittels DMP (§§ 137 f, g, § 28b RSAV) durch das Gesetz zur Reform des RSA ging es darum, wettbewerbsspezifische Ineffizienten des Ausgleichssystems durch die Konzentration des Mitgliederwettbewerbs auf gesunde Versicherte („Herausselektion schlechter und Wettbewerb um gute Risiken") zu beseitigen und die Versorgung der chronisch kranken Versicherten durch Privilegierungen im Ausgleichssystem zu för-

717 Vgl. unter www.barmer.de (Leistungen und Beiträge, Integrierte Versorgung), Juni 2007.

718 Vgl. *DKG*, Empfehlung vom 31.8.2005, www.dkgev.de/dkgev.php/print/1/cat/112/aid/1396.

719 Krankenhaus Barometer, Umfrage 2006, September 2006, S. 54.

720 Vgl. die Darstellungen in *Weatherly* u.a. (Hrsg.), Leuchtturmprojekte Integrierter Versorgung und Medizinischer Versorgungszentren (2007), S. 45 ff.; 73 ff., 83 ff.

721 A.a.O., S. 76 bzw. 46 f. bzw. 84 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

dern.[722] Zugelassen sind Programme für *Brustkrebs* (seit Februar 2003), *Diabetes Mellitus Typ 2* (April 2004), *Koronare Herzerkrankung* (September 2004), *Diabetes Mellitus Typ 1* (Mai 2005) und *Asthma und COPD* (Januar 2006).[723] Im M-RSA ist diese spezifische Verknüpfung ungeachtet der Zuweisungen zur Deckung der Kosten nach § 270 Abs. 1 lit. b SGB V über die Morbiditätsorientierung hinaus nicht mehr gegeben.

Die Beteiligung der Krankenhäuser an DMP fällt unterschiedlich aus. Viele DMP-Verträge, etwa im Bereich des Diabetes, werden im Grundvertrag ohne die Beteiligung der Krankenhäuser geschlossen, diese im Gesamtprogramm dann aber beteiligt, u.a. aufgrund direkter Verträge bzw. Beziehungen der Kassen zu den Krankenhäusern. Insgesamt bestehen für alle zugelassenen DMP vertragliche Beziehungen zu Krankenhäusern, welche durch eine Vielzahl von Selektivvertragstypen umgesetzt werden können.[724] Dabei spielt in besonderer Weise die ambulante Behandlung im Krankenhaus eine Rolle, für die § 116b Abs. 1 SGB V besondere Verträge mit den an DMP teilnehmenden Krankenhäusern vorsieht.

Die maßgeblichen Erhebungen zur Beteiligung der Krankenhäuser an DMP stammen (noch) aus dem Jahre 2005.[725] In Ansehung des Zeitrahmens der (jüngeren) Zulassung der einzelnen Programme lassen sich stete Entwicklungstrends zur Beteiligung der Häuser und zur relativen Bedeutung der einzelnen DMP noch kaum ablesen. Dominierte im Jahre 2004 mit 13,1% noch die Beteiligung am DMP Brustkrebs, gefolgt von Diabetes mellitus Typ 2 (9,9%) und Koronarer Herzerkrankung (0,5%), nahmen im Jahr darauf DMP-Verträge zu Diabetes mellitus Typ 2 den ersten (28,1%), zu Brustkrebs den zweiten (25,5%) und für die Herzerkrankungen den dritten Rang ein (16,1%), gefolgt von DMP-Verträgen über chronische Atemwegserkrankungen (2,5%). Bereits zum 1.1.2004 entfaltete der flächendeckende Vertrag zu Brustkrebs in Baden-Württemberg Wirkung.[726]

Während die Krankenkassen nach Einführung der DMP bekanntermaßen stark damit geworben haben, diese Programme für ihre Versicherten, vor allem für Diabetiker, vorzuhalten, ist wenig bekannt, inwiefern die Einbindung des stationären Sektors Einfluß auf eine Kassenwahlentscheidung gehabt haben könnte. Jedenfalls aber dürfte der Aspekt umfassenden Versorgungsmanagements – auch für den Fall des ungünstigen Krankheitsverlaufs – nicht als unmaßgeblich von der Hand zu weisen sein.

---

722 Ausf. *Sichert/Walser*, Management of Chronic Diseases in the Netherlands and in Germany, European Journal of Social Security, Vol. 9 (2007), S. 243 (256 ff.).

723 Dazu m.w.N. *Sichert/Walser*, S. 259 ff.

724 Ausf. N. a.a.O., S. 261 ff.

725 *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2005, November 2005, S. 37 ff.

726 Geschlossen zwischen Landesverbänden der Kassenkassen bzw. der AOK Baden-Württemberg und allen Kassenärztlichen Vereinigungen sowie der Baden-Württembergischen Krankenhausgesellschaft (auf der Grundlage des § 115 SGB V); siehe unter www.senologie.org/download /pdf/dmpbrustkrebs200204.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.1.3. Wahl der Krankenkasse aufgrund tarifärer Privilegierung der Nichtinanspruchnahme stationärer Leistungen?

Ungeachtet des Angebots krankenhausspezifischer Versorgungskonzepte und der Vermittlung privater Zusatzversicherungen zur stationären Versorgung[727] kann die Tarifgestaltung der gesetzlichen Krankenkassen auch insoweit (indirekt) Anreize setzten, als die Nichtinanspruchnahme stationärer Leistungen privilegiert wird.

Die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Tarifgestaltungen wie Boni für gesundheitsbewußtes Verhalten (§ 65a SGB V) und Wahltarife mit Selbstbehalt (§ 53 SGB V) zielen darauf ab, daß das versicherte Mitglied nach eigener Einschätzung seines Krankheitsrisikos in Verbindung mit der wirtschaftlichen Beurteilung der Kosten im Krankheitsfall gerade *nicht* davon ausgeht, der stationären Behandlung zu bedürfen. Allerdings sind die genannten Tarifoptionen eher selten speziell auf den stationären Sektor zugeschnitten, sondern betreffen die Behandlungsbedürftigkeit bzw. Inanspruchnahme von Leistungen im ambulanten wie im stationären Bereich.[728]

So erhält das versicherte Mitglied bspw. den seitens der *AOK Bayern* offerierten Grundbonus (§ 65a SGB V) in voller Höhe von € 100 p.a.,[729] wenn weder er noch die Mitversicherten ambulante Behandlung (die mit einer Arzneimittelversorgung einher geht) oder Krankenhausbehandlung in Anspruch nehmen.[730] Gleichzeitig wird im Falle der Behandlungsbedürftigkeit eine – über die gesetzliche Zuzahlung hinausgehende – Eigenbeteiligung je Krankenhausbehandlung von € 50 fällig. Im Gesamtpaket dieses Beispiels ist auch ein Gesundheitsbonus von € 70 p.a. enthalten, der u.a. die Teilnahme des Versicherten und der Mitversicherten an Vorsorge- und Früherkennungsuntersuchungen voraussetzt. Dieser Tarif lässt sich im Beispielsfall nicht mit dem vor der Krankenkasse angebotenen Wahltarif Selbstbehalt (§ 19m der Satzung) kombinieren. Je nach beitragspflichtigem Einkommen kann der Versicherte einen Grundbonus von bis zu € 500 im Jahr erhalten, müßte in dieser höchsten Tarifklasse (ab € 42.001) allerdings auch den höchsten Selbstbehalt von € 125 bei ambulanter Behandlung i.V.m. einer Arznei- oder Heilmittelverordnung und € 250 je Krankenhausaufenthalt[731] bezahlen. Das wirtschaftliche Risiko wäre in dieser Tarifklasse durch einen Höchstbetrag der zu tragenden Selbstbehalten von € 575 begrenzt, und der Betreffende könnte auch eine niedrigere Tarifklasse mit geringeren Selbstbehalten und Höchstbeträgen – aber auch geringeren Grundboni – wählen.

727 Dazu nachfolgend 2.1.4.

728 Vgl. etwa § 19j und § 19m der Satzung der AOK Bayern, Stand: 1.1.2009.

729 A.a.O., § 19j Abs. 3. Der Bonus ist gestaffelt und erhöht sich bis auf € 130 p.a. in den Vorjahren bei fortwährender Nichtinanspruchnahme. Liegt das Einkommen des Mitglieds über einem Zwölftel der Jahresarbeitsentgeltgrenze, beträgt der entsprechende Bonus € 200 bis € 230.

730 Der Höchstbetrag aller Beteiligungen beträgt € 250. Liegt das Einkommen des Mitglieds über einem Zwölftel der Jahresarbeitsentgeltgrenze, liegt der Höchstbetrag bei € 350, § 19j Abs. 5.

731 § 19m Abs. 4 der Satzung spricht von „Krankenhausbehandlung“.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

Alles in allem ist grundsätzlich davon auszugehen – und dies entspricht der gesetzgeberischen Intention –, daß das Angebot an Wahltarifen auch die Wahl der Krankenkasse bestimmt. Inwiefern dies aber mit Blick auf den stationären Sektor der Fall sein könnte (vgl. auch II.2.1.6.), ist bis dato weder umfassend untersucht noch evident.

2.1.4. Die Vermittlung privater Zusatzversicherungen für die Krankenhausbehandlung seitens der Krankenkassen

Mit Einführung des GMG haben die gesetzlichen Krankenkassen die Möglichkeit erhalten, den Abschluß privater Zusatzversicherungen zwischen den Versicherten und privaten Krankenversicherungsunternehmen zu vermitteln, § 194 Abs. 1a SGB V. Dies setzt einerseits den Bezug zur gesetzlichen Versicherung voraus, andererseits sind Vertragspartner allein der Versicherte und das private Unternehmen, wobei die Grundsätze des privaten Versicherungsrechts maßgeblich sind.[732] Diese Zusatzversicherungen entfalten gerade im Hinblick auf die Krankenhausversorgung besondere Bedeutung: Gem. § 194 Abs. 1a S. 2 SGB V können „Gegenstand dieser Verträge… insbesondere die Wahlarztbehandlung im Krankenhaus, der Ein- oder Zweibettzuschlag im Krankenhaus sowie eine Auslandsreisekrankenversicherung sein". Ein solcher „stationärer Zusatzschutz"[733] wird von den gesetzlichen Krankenkassen nahezu durchgängig (als Vermittlungspaket) angeboten. Dies beeinflusst auch den angebotsorientierten Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen untereinander. Speziell unter dem Gesichtspunkt des Mitgliederwettbewerbs wird zugleich für die Zusatzangebote, die in Abhängigkeit der Kooperation mit den privaten Partnern häufig auch differenziert ausfallen, verstärkt geworben;[734] die Mitgliedschaft in einer bestimmten Krankenkasse präsentiert sich so als privilegierter Zusatzversicherungs-Optionsstatus, insbesondere im Zusammenhang mit einem speziellen Tarif. Kooperationen der insoweit marktmächtigen gesetzlichen Krankenkassen mit den PKV-Unternehmen eröffnen die Möglichkeit, für die Versicherten attraktive Gruppentarife auszuhandeln. In welchem Umfang die einzelnen für den „stationären Zusatzschutz" maßgeblichen Wettbewerbsparameter die Entscheidung für die Mitgliedschaft in einer bestimmten gesetzlichen Krankenkasse beeinflussen, lässt sich kaum ergründen. Bereits die Einführung des § 194 Abs. 1a SGB V aber zeigte, daß ein maßgeblicher Wunsch der Versicherten für die Ergänzung bestand. Danach ist jedenfalls davon auszugehen, daß Existenz und Zuschnitt des Vermittlungspaketes „stationärer Zusatzschutz" die wettbewerbsorientierte Entscheidung für die Wahl einer gesetzlichen Krankenkasse durchaus mitbestimmen können.

732 Vgl. oben I. 1.1. sowie II. 2.1.

733 Terminologie der Barmer, vgl. unter www.barmer.de (Leistungen und Beiträge, Zusatzversicherung).

734 Vgl. wiederum Tarife der AOK Bayern „AOK-KlinikPRIVAT/1" und „AOK-KlinikPRIVAT/2", www.aok.de/bay/rd/129794.htm.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.1.5. Mitgliederwerbung

Krankenkassen betreiben in immer größerem Umfang Werbung. Diese ist in nur geringem Umfang Werbung etwa für besondere Versorgungsangebote der bereits Versicherten, v.a. aber Mitgliederwerbung. Aus Sicht der versicherten, kassenindividuell „zu haltenden" bzw. der potentiellen Neumitglieder führt Werbung damit – im günstigen Fall – zu einer Korrektur der Informationsasymmetrie. Da und soweit der Informationsgehalt der jeweiligen Werbeaktivität indes zuvorderst auf die nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten kalkulierte Wahl nur der werbenden Kasse ausgerichtet ist, kommt die Frage der Kontrolle der Werbeaktivitäten auf. Diese ist Ausfluss des Schutzes auch der Versicherten, betrifft allerdings zuvorderst das Wettbewerbsverhältnis der Krankenkassen zueinander und wird daher unter 5.1.3. behandelt.

2.1.6. Wahltarif „Kostenerstattung für Chefarztbehandlung bzw. Ein-/Zweibettzimmer"?

Eine mit Blick auf die Leistungsdiversifikation für Krankenhausbehandlung besonders wichtige und strittige Frage betrifft die Zulässigkeit von Wahltarifen bei Kostenerstattung (§ 53 Abs. 4 SGB V) für „Chefarztbehandlung" bzw. „Ein- oder Zweibettzimmer".[735] Sie beschränkt sich in ihrer grundlegenden Bedeutung nicht allein auf eine Wahloption innerhalb des Versicherungsverhältnisses, sondern entfaltet Bedeutung sowohl für den GKV-internen als auch den interaktiven Wettbewerb zwischen GKV und PKV. Wahltarife nach § 53 SGB V, insbesondere solche der beschriebenen Art, werden oftmals als Ausdruck der Konvergenz der Systeme, kritisch aber v.a. als systemwidriges oder gar verfassungswidriges Vordringen der GKV in den Bereich der PKV gewertet.[736] Sie sind ebenso Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzung zwischen GKV und PKV[737] wie eine von 30 PKV-Unternehmen erhobene Verfassungsbeschwerde jüngst in diesem Punkte für unzulässig befunden wurde.[738]

Will man die Zulässigkeit des Wahltarifs „Kostenerstattung für Chefarztbehandlung bzw. Ein-/Zweibettzimmer" isoliert betrachten, hängt einiges von der (Vor-)Frage ab,

735 Vgl. etwa § 28 Abs. 4 der Satzung der AOK Rheinland/Hamburg v. 1.1.2009 (www.aok.de): Tarif für die Kostenerstattung bei Wahlleistung „Ein- oder Zweitbettzimmer". Die Monatsprämien für Zwei-/Einbettzimmer belaufen sich auf € 4,70/7,80 (bis zur Vollendung des 20. Lebensjahres) bis zu € 52,00/85,20 (nach Vollendung des 65. Lebensjahres), vgl. § 28 Abs. 6 i.V.m. Anhang 2 Ziff. 3 der Satzung.

736 Vgl. *Isensee*, Wahltarif "Krankenhauskomfort" – Chefarztbehandlung und Ein-/Zweibettzimmer als Wahlleistungen der Kassen – Sicht des Sozial- und des Verfassungsrechts, NZS 2007, S. 449 ff.

737 Vgl. LSG NRW, Beschl. V. 27.05.2008, L 11 B 6/08 KR ER.

738 Mangels Beschwer bzw. unmittelbarer Betroffenheit, BVerfG, Urt. v. 10.6.1009, 1 BvR 706/08, 1 BvR 814/08, 1 BvR 819/08, 1 BvR 832/08, 1 BvR 837/08, Rn. 133 f. (juris).S. ferner *Isensee*, Wahltarif "Krankenhauskomfort" – Chefarztbehandlung und Ein-/Zweibettzimmer als Wahlleistungen de Kassen – Sicht des Sozial- und des Verfassungsrechts, NZS 2007, S. 449 (452 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ob es sich bei diesem „Modus der Behandlung und Unterbringung“ [739] tatsächlich um eine nach normativen Maßstäben system- und rechtswidrige Leistungsausweitung handelt.[740] Im übrigen lässt sich nicht argumentieren, *weil* die Tarife u.U. Auswirkungen auf die Beurteilung der Tätigkeit der Krankenkassen als Unternehmen hätten, sei eine solche Ausgestaltung nicht zulässig bzw. gewollt gewesen.[741]

Wichtig ist danach zunächst, daß Wahltarife *allein* für die *Einzelleistungen* Chefarztbehandlung oder Zweibettzimmer in der Tat eine unzulässige Leistungsausweitung darstellen; auch das Schreiben des BVA vom 13. März 2007[742] ist allein dahingehend zu verstehen, daß die Einbeziehung der Chefarztbehandlung und der Unterbringung im Zweibettzimmer nur *insoweit* möglich sind, als *insgesamt* Kostenerstattung für Versorgung mit Krankenhausleistungen gewählt wird.[743] Da die weitergehende Diskussion im wesentlichen mit Fragen der Zulässigkeit nach Art der Leistungserbringung, als Zusatzversicherung sowie des Eindringens in den Bereich der PKV beschrieben wird, soll sie im Rahmen des Konkurrenzverhältnisses GKV-PKV fortgeführt werden.[744]

2.2. Besonderheiten im Recht der PKV

Daß krankenhausspezifische Aspekte die Wahl des PKV-Unternehmens bestimmten, dürfte mindestens ebenso zurückhaltend zu beurteilen sein wie im Bereich der GKV. Zwar ist darauf hinzuweisen, daß „Managed Care“ keinesfalls eine Domäne allein der GKV ist. Das gilt speziell auch für die DMP.[745] Diese allerdings schlagen der Natur der PKV-Verhältnisse entsprechend nicht auf das versicherungsrechtliche Grundverhältnis „durch“ und beeinflussen den Mitgliederwettbewerb in aller Regel nicht.[746]

Unbeschadet dessen kann der Versicherungsnehmer ein Krankenversicherungsverhältnis, das für die Dauer von mehr als einem Jahr eingegangen ist, zum Ende des ersten Jahres oder jedes darauf folgenden Jahres unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten kündigen, soweit keine Mindestversicherungsdauer vereinbart worden ist, § 205 Abs. 1 S. 1 VVG (2009).[747] Die Kündigung kann auf einzelne versicherte Personen oder Tarife beschränkt werden (S. 2). Diesen Vorschriften entsprechen § 13 Abs. 1 und 2 MB/KK (2009). Für die normalerweise auf unbestimmte Zeit geschlossenen Verträge

739 *Isensee*, a.a.O., S. 450.

740 So v.a. *Isensee*, a.a.O.

741 Vgl. *Schlegel* (2007), jurisPK SGB V, § 53 Rn. 116.

742 Az. II 1 - 4927.6 - 3709/2006.

743 *Beckschäfer*, Die Ersatzkasse 2008, S. 438 (439).

744 S. unter II. 5.3.

745 *Benner* (2003), Disease-Management-Programme. Unterschiedliche Ansätze von privater und Gesetzlicher Krankenversicherung, *Deutsches Ärzteblatt*, Vol. 100, Heft 3, S. A82-A84.

746 Siehe näher unten 3.2.

747 Vormals § 178h Abs. 1 S. 1 VVG. §§ 193 ff. (vormals §§ 178a ff. VVG) gelten auch für komplementäre Versicherungen, vgl. *Römer*, in: ders./Langheid, VVG, 2. Aufl. (2003), Vorbemerkung zu §§ 178a ff. Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

gelten § 13 Abs. 1 und 2 MB/KK (2009) ebenso.[748] Die Neuregelung des § 11 VVG macht im Gegensatz zur früheren Rechtslage deutlich, daß § 13 BM/KK nicht im Zusammenhang mit dieser Norm (vormals § 8 Abs. 2 VVG)[749] steht, sondern mit § 205 VVG[750] (vormals § 178h Abs. 1 VVG).[751]

Für Fragen der Krankenhauswerbung schließlich gelten dieselben wie im Bereich der GKV konstatierten Grundsätze.

3. Wettbewerbliche Beziehungen zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern

3.1. Gesetzliche Krankenversicherung

3.1.1. Das Grundverhältnis zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern

Das Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen zu den Krankenhäusern fußt auf einem integralen sozialrechtlichen Zulassungs- und Vertragssystem, das gesetzliche und kontraktuelle Komponenten miteinander verbindet. Im Bereich des GKV dürfen Krankenkassen Krankenhausleistungen nur durch *zugelassene* Krankenhäuser i.S.d. § 108 Nr. 1-3 SGBV erbringen lassen. Das zugelassene Krankenhaus ist im Rahmen seines Versorgungsauftrages zur Krankenhausbehandlung verpflichtet, § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V. Die Zulassung wiederum erfolgt „mit einem *Versorgungsvertrag*“, § 109 Abs. 4 S. 1 SGB V.

Ein solcher Versorgungsvertrag kommt auf zweierlei Weise unterschiedlich zustande.[752] Der Abschluß erfolgt je nach Art der Krankenhäuser quasi automatisch, d.h. im Wege einer gesetzlichen Fiktion, oder aber durch „echten“, konsensualen Vertragsschluß.

Demnach *gilt* bei den Hochschulkliniken die Anerkennung nach den landesrechtlichen Vorschriften (§ 108 Nr. 1 SGB V) als Abschluß des Versorgungsvertrages, ebenso wie bei den Plankrankenhäusern (§ 108 Nr. 2 SGB V) die Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan, § 109 Abs. 1 S. 2 SGB V. Mit den übrigen Krankenhäusern *kann* ein Versorgungsvertrag zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen schriftlich geschlossen werden, § 109 Abs. 1 S. 1 SGB V. Umgekehrt werden diese Krankenhäuser mit dem Vertragsschluß zugelassen, § 108 Nr. 3 SGB V; ein solcher Vertrag darf indes nicht geschlossen werden, wenn das Krankenhaus nicht die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche Krankenhausbehand-

748 Siehe *Moser*, in: Bach/Moser, Private Krankenversicherung, 3. Aufl. (2002), § 13 MBKK Rn. 14 ff.

749 So *Prölls*, in: ders./Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 27. Aufl. (2004), § 178h Rn. 1, dies führte früher zum selben Ergebnis.

750 S. *Muschner*, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG (2009), § 11 Rn. 2; *Rogler*, a.a.O., § 1 MB/KK, Rn. 1f.

751 Siehe *Römer*, in: ders./Langheid, VVG, 2. Aufl. (2003), § 8 Rn. 28.

752 Zur Kündigung § 110 SGB V.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lung bietet oder für eine bedarfsgerechte Krankenhausbehandelung der Versicherten nicht erforderlich ist, § 109 Abs. 3 S. 1 SGB V. Der Abschluß und die Ablehung des Versorgungsvertrages werden mit der Genehmigung durch die zuständigen Landesbehörden wirksam, § 109 Abs. 3 S. 2 SGB V.

Im Bereich der Regelversorgung wird damit deutlich, daß Planung und Versorgung (und somit Landes- und Bundesrecht) ebenso wie Vertrag und Gesetz eng miteinander verwoben sind. Dem entspricht der bereits im Bereich des Krankenhauswahlrechts der Versicherten konstatierte Befund einer *planungsgeleiteten materiellen Begrenzung dieses Wahlrechts*. Mit der Einschränkung gem. § 109 Abs. 3 S. 1 SGB V wird darüber hinaus auch der Spielraum zum Vertragsschluß für „Vertragskrankenhäuser im engeren Sinne“[753] *Erwägungen der Wirtschaftlichkeit und Bedarfsgerechtigkeit* unterworfen, und zwar im Verhältnis zu den Hochschulkliniken und Plankrankenhäusern gleichsam auf einer nachgeordneten zweiten „Stufe“.

3.1.2. Besonderheiten im ambulanten Bereich

Der im Hinblick auf die Zulassung statusbegründende Vertrag[754] entfaltet Bedeutung für die Krankenhausbehandlung insgesamt, nicht nur für den stationären Bereich. Dies folgt – unbeschadet der lückenhaften Aufzählung – aus § 39 SGB V (i.V.m. § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V) und einem weiten Begriff der Krankenhausbehandlung[755] ebenso wie aus der Inbezugnahme des „zugelassenen“ Krankenhauses etwa in § 116b Abs. 1 und 2 SGB V. Vor diesem Hintergrund sind mit Blick auf einzelvertragliche Optionen der zulassungsbegründende *Grundvertrag* und – soweit zulässig – der *Selektivvertrag* voneinander zu unterscheiden. Selektivverträge, also Verträge (jedenfalls auch) einzelner Krankenkassen mit (einzelnen) Krankenhäusern,[756] mit Abschluß- und (mindestens partieller) Gestaltungsfreiheit sind allein im ambulanten Bereich oder aber – krankenhausspezifisch – als Integrationsverträge zur Überwindung der Grenzen zwischen ambulanter und stationärer Versorgung vorgesehen.

Das bedeutet jedoch nicht, daß die ambulante Versorgung grundsätzlich selektivvertraglich organisiert wäre. Im Gegenteil wird die Berechtigung zuvorderst allgemein reguliert (vgl. § 115b Abs. 2 SGB V), und der maßgebliche Katalog der ambulanten Operationen im Krankenhaus und eine entsprechende einheitliche Vergütung werden durch dreiseitigen Vertrag auf Bundesebene vereinbart, § 115b Abs. 1 SGB V. § 116 SGB V betrifft die besondere Ermächtigung der Krankenhausärzte, § 116b diejenige der Krankenhäuser zur ambulanten Behandlung im Falle der Unterversorgung.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die vormalige Vertragskompetenz der Krankenkassen, mit zugelassenen Krankenhäusern Verträge über die ambulante Erbringung

753 Vgl. *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12 Rn. 153.
754 *Rau* (2007), in: O/R/S/W/Z, SGB V, § 108 Rn. 3.
755 Vgl. *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12 Rn. 66.
756 Zu diesen zählen Verträge nach § 108 Nr. 3 SGB V nicht.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hochspezialisierter Leistungen sowie zur Behandlung seltener Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen zu schließen (§ 116b SGB V), abgeschafft. Das Pendel schlägt hier wieder in Richtung Regulierung aus, wenn nunmehr gilt: „Die Entscheidung [über den Antrag] fällt im Rahmen der Krankenhausplanung“.[757]

3.1.3. „Regulierungsverflechtung“[758]

Daß es im Bereich der stationären Krankenhausversorgung entgegen anders lautenden Empfehlungen[759] nicht zu einer Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs gekommen ist, hat offenkundig auch damit zu tun, daß strukturerhebliche Fragen wie etwa das Verhältnis zum Kollektivvertragssystem, Fragen der Bereinigung der Vergütung u.a. eher als Hindernisse angesehen, gleichzeitig indes regulatorisch in besonderer Weise aufgegriffen werden. So ist gerade im Zeichen der Verknüpfung der Berechtigung zur Erbringung hochspezialisierter Leistungen mit Planungsentscheidungen der Landesbehörden (§ 116b Abs. 2 S. 1 SGB V) ein zunehmendes Maß an „Regulierungsverflechtung“ zu konstatieren, d.h. sowohl der sozialrechtlichen mit planerischen Erwägungen als auch zwischen der Bundes- und der Landesebene. Daß dies keine Momentaufnahme ist, zeigt auch der (nicht auf den ambulanten Bereich beschränkte) Fall, daß die zuständige Landesbehörde aus Gründen der Sicherstellung Ausnahmen von der Abrechnungsfähigkeit der einer Mindestmengenregelung unterliegenden Leistungen treffen und damit in die grundsätzlich sozialrechtlich determinierte Qualitätssicherung hineinwirken kann (vgl. § 137 S. 1 Nr. 2, S. 3 SGB V). Diese Regulierungsverflechtung wird zunehmend kritisiert. Unbeschadet der bedingt tragfähigen verfassungsrechtlichen Bedenken jedenfalls gerät – rechtspolitisch gesehen – die Legitimation des „Ordnungsgefüges“ Krankenhausplanung zunehmend unter Druck.[760]

3.1.4. Vertragswettbewerb

3.1.4.1. Allgemeines

Für echten Vertragswettbewerb, ja überhaupt Wahloptionen in der Handlungsform des Einzelvertrages bleibt demnach, praktisch betrachtet, *relativ* wenig Raum. Dies steht, jedenfalls für den Krankenhausbereich, in gewissem Gegensatz zur Grundintention des „Wettbewerbsstärkungsgesetzes“. Wo allerdings Vertragswettbewerb in gewis-

757 S. BT-Drucks. 16/3100, S. 139.

758 In Anlehnung an *Scharpf*, Theorie der Politikverflechtung, in: *ders,/Reissert/Schnabel*, Politikverflechtung (1976), S. 13 ff. (30 ff.).

759 *Cassel* u.a., Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (2006), S. 56 f.

760 Siehe *Stollmann*, Mindestmengenregelung nach § 137 SGB V – Ausnahmeentscheidung der Planungsbehörde, GesR 2007, S. 303 (304 ff.); *Wenner*, Einbeziehung von Krankenhäusern in die ambulante ärztliche Versorgung, GesR 2007, S. 337 (342 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

sem Rahmen zulässig ist, treten Krankenhäuser als Vertragspartner mit Managementkapazitäten auf.

Vertragswettbewerb bedeutet mehr als „Wettbewerb mittels selektiver Verträge"; jedenfalls wird seine theoretische Dimension in dieser verkürzten Form kaum deutlich. Fokussiert auf das Recht der Leistungserbringer bedeutet direkter Vertragswettbewerb zunächst partnerspezifisch Wettbewerb um den Abschluß von Selektivverträgen zugunsten leistungsstarker Erbringer und Kostenträger. Inhaltsorientiert geht es um einen Wettbewerb der Vertragsmodelle, so zum Bespiel „Gesellschafts-", „Kooperations-" und „Einkaufsmodelle" bzw. „Case-", „Care" oder globales Versorgungsmanagement. Gleichzeitig kommt es zur Konkurrenz der Vertragstypen. Diese Konkurrenz der Selektivvertragstypen – also der nach Abschlußart und Vertragspartnerschaft identischen, aber in puncto Inhalt, Gestaltungsfreiheit, Abrechnungsvorgaben etc. nach der sozialrechtlichen Vertragsgrundlage unterschiedlich ausgestalteten konsensualen Vertragsform – ist bisher eher wenig beleuchtet worden.[761] Dasselbe gilt für eine Kombination der Vertragstypen, sowie – speziell vor dem Hintergrund der allgemeinen Regelungen der §§ 53 ff. SGB X – für einen Vertragstypenzwang. Das Potential weitgehender Gestaltungsfreiheit kommt im ambulanten Bereich nunmehr in § 73c SGB V in Verträgen zur besonderen ambulanten Versorgung zum Ausdruck.

Der Gesetzgeber selbst ist auf die Weiterentwicklung bedacht und „sozialisiert" die Ergebnisse von *best practice*-Modellen, indem er inhaltliche Vorgaben macht, z.B. mit Blick auf die Kombination von IV- und Rabattverträgen (§ 140a Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 130a Abs. 8 SGB V), oder wenn § 73b Abs. 1 SGB V klar bestimmt: „Die Krankenkassen *haben* ihren Versicherten eine… hausarztzentrierte Versorgung anzubieten".

Darüber hinaus kennzeichnet den Vertragswettbewerb ein Wettbewerb der „Binnenintegration" der Leistungserbringer, um sich zu strukturell verhandlungsstarken Gemeinschaften zusammenzuschließen, die gemeinsam für Kostenträger attraktive Versorgungsangebote offerieren. Diese Binnen- oder „Vorab-Integration" ließe sich auch als mittelbarer Vertragswettbewerb bezeichnen. Eine solche wettbewerbsorientierte, partnerschaftliche Kooperation unterscheidet sich von der „korporatistischen Kooperation", wie sie dem Kollektivvertragsbereich als Strukturelement innewohnt.[762]

Angesichts dessen kommt es zur Konkurrenz nicht nur der Leistungserbringer untereinander, sondern auch der Leistungserbringer der Integrationsgemeinschaft mit bereits bestehenden Kooperationsgemeinschaften von Leistungserbringern, die in der Konkurrenz der Gesellschaftsrechte entweder lose verbunden oder aber rechtsförmlich „integriert" sind. Weiterhin konkurrieren Gemeinschaften mit Gemeinschaften und alle in diesem Sinne geeigneten Vertragspartner mit Leistungserbringerstatus mit Manage-

761 *Sichert/Walser*, Management of Chronic Diseases in the Netherlands and in Germany, European Journal of Social Security, Vol. 9 (2007), S. 243 (261 ff.).

762 Vgl. *Jasper/Sundmacher*, Wettbewerb und Kooperation als Koordinationsverfahren für die Integrierte Versorgung, SF 2005, S. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mentgesellschaften, die – ohne Leistungserbringer zu sein – selbst eine Integrierte Versorgung[763] anbieten können.

Soweit schließlich Krankenhäuser um den Abschluß von Selektiv- und insbesondere Integrationsverträgen konkurrieren, wird diese Konkurrenz umso größer, je eher auch unter räumlichen Gesichtspunkten Alternativen für die Krankenkassen bestehen, d.h. insbesondere in den Städten. Dennoch bliebt es unter regionalen Aspekten, angesichts der Kostenintensität der Krankenhausbehandlung sowie der gewichtigen Position an den bereichsspezifischen Schnittstellen der Versorgung bei einer herausgehobenen Position der Krankenhäuser.

Das KHRG hat keine Verträge etwa vom Typus der „besonderen stationären Versorgung“ (§ 73c SGB V vergleichbar) etabliert bzw. Elektivleistungen dem Selektivvertrag überantwortet. In diesem Bereich könnten daher Verträge zur Integrationsversorgung weiter an Bedeutung zunehmen. Allgemein werden die materiellen bzw. normativen Grenzen des Vertragsgeschehens v.a. durch den jeweiligen Typus selbst vorgegeben, vgl. etwa § 140b Abs. 4 SGB V. Dessen ungeachtet besteht streng genommen zwar auch im Sozialversicherungsrecht als einer Materie des Öffentlichen Rechts und nach Maßgabe der §§ 53 ff. SGB X (vgl. auch § 37 SGB I) kein Vertragstypenzwang.[764] Indes ist die Frage nach einem Entgegenstehen öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Sinne materieller Grenzen insoweit besonders streng zu beäugen. Eine Abweichung insbesondere von den im Regime der §§ 108 ff. SGB V zentral verhafteten § 109 SGB V dürfte insoweit nicht in Betracht kommen.

3.1.4.2. „DMP-Verträge“

Ein veritables Beispiel für die Konkurrenz und Kombination der Selektivvertragstypen bilden Verträge über Disease Management Programme. Mit Blick auf die Beteiligung der Krankenhäuser und hinsichtlich ihrer Relevanz für die Wahl der Krankenkasse wurden DMP-Verträge bereits illustriert.[765] Gem. § 116b Abs. 1 SGB V können seitens der Krankenkassen mit Krankenhäusern, die an der Durchführung mit DMP teilnehmen, Verträge über ambulante ärztliche Versorgung geschlossen werden, „soweit die Anforderungen an die ambulante Leistungserbringung in den Verträgen zu den strukturierten Behandlungsprogrammen dies erfordern“. Dieser mitunter vernachlässigte Passus deutet auf eine Unterscheidung zwischen DMP-Vertrag und Durchführungsvertrag zur Realisierung der DMP. Eine solche Trennung ist gleichwohl nicht zwingend, wohnt Verträgen nach § 116b Abs. 1 SGB V doch ein hinreichendes Integrationspotential inne. Unbeschadet dessen ist möglich, einen Integrationsvertrag gem. § 140a ff. SGB V zur Implementierung der DMP zu schließen, und auch Modellvorhaben nach §§ 63 ff. SGB V

763 § 140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V; deren Betätigungsfeld wurde mit der Einführung des Vertragspartnerschaftsstatus in § 73c SGB V für die besondere ambulante Versorgung maßgeblich erweitert.

764 S. zur Zulässigkeit von Rabattverträgen bereits vor Inkrafttreten des § 130a SGB V BVerfG, Beschl. v. 13.9.2005, SozR 4-2500, § 266 Nr. 9, S. 147 (164 Rn. 69).

765 Vgl. oben II.2.1.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind ein gangbarer Weg, ebenso wie jenseits des engeren Kreises der Selektivverträge Strukturverträge gem. § 73a SGB V sowie dreiseitige Verträge nach § 115 SGB V. All diese Vertragsformen sind im Hinblick auf die Umsetzung von DMP-Verträgen tatsächlich vorzufinden,[766] wobei für die Krankenhäuser und mit Blick auf den Selektivvertragsbereich die erstgenannten drei in Betracht kommen.

Die Zulassung der DMP beim BVA setzt voraus, daß sowohl die Programme als auch „die zu ihrer Durchführung geschlossenen Verträge die in der RSAV genannten Voraussetzungen erfüllen", § 137g Abs. 1 S. 1 SGB V. Bezieht man diese Vorschrift sowie die Erwähnung „vertraglich vereinbarter Programme" gem. § 137f Abs. 5 S. 2 SGB V in die Betrachtung mit ein, könnte man davon ausgehen, daß auch hier die Vertragsgrundlage zu suchen ist.[767] Letzteres allerdings erscheint wenig überzeugend, denn in diesem Falle sind aus vertragsrechtlicher Sicht überhaupt keine Anforderungen normiert, nicht einmal hinsichtlich der Vertragspartner. Die bessere Lösung wäre danach, entweder auf zahlreich vorhandene Vertragsgrundlagen zurückzugreifen, welche allerdings mit Blick auf die stationären Belange bis auf § 140a ff. SGB V extensiv interpretiert werden müssten, oder aber in den Bestimmungen der §§ 137f und 137g SGB V eine Erlaubnis der Handlungsform DMP-Vertrag zu sehen. Beides ist auch mit Blick auf §§ 53 ff. SGB X vertretbar.

Sowohl Verträge nach §§ 63 ff. als auch gem. § 116b und §§ 140a ff. SGB V können einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Vergütung nutzen. Im Bereich der Modellvorhaben und der IV kommt es zur Bereinigung der Gesamtvergütung. Mit Blick auf den ebenfalls existenten, gleichwohl ungelösten „Koordinationsbedarf gegenüber dem Kollektivsystem" erfuhr demgegenüber § 116b SGB V schon vor dem GKV-WSG Kritik.[768]

3.1.4.3. Verträge zur Integrierten Versorgung

Im Selektivvertragsbereich nehmen IV-Verträge eine besondere Position ein,[769] v.a. im Zeichen der Möglichkeit einer Beteiligung auch der Krankenhäuser. Aufgrund ihrer Managementkapazitäten führen die Krankenhäuser die Integrationsgemeinschaft auf Leistungserbringerseite oftmals an.

Bei den zum 31.12.2008 registrierten 6.183 Versorgungsverträgen[770] halten die als Vertragspartner direkt beteiligten *Krankenhäuser* auf Seiten der Leistungserbringer ins-

766 Ausf. *Sichert/Walser*, Management of Chronic Diseases in the Netherlands and in Germany, European Journal of Social Security, Vol. 9 (2007), S. 243 (261 ff.).

767 So *Cassel* u.a., Weiterentwicklung des Vertragswettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (2006), S. 56 f., wobei § 137f Abs. 6 S. 1 SGB V hier ggf. eher geeignet erschiene.

768 *Cassel*, a.a.O., S. 55.

769 S. zum mediznisch-inhaltlichen Zuschnitt der Versorgungskonzepte oben II.2.1.2.

770 www.bqs-register140d.de; Zählung der gemeldeten Verträge einfach je Kasse. Die Zahl der Versicherten lag bei rund 4 Mio., das Vergütungsvolumen bei € 800 Mio. Die Zahl der Verträge stieg stetig: 2005 (1.913), 2006 (3.309), 2007 (5.069); Stichtag, auf für die folgenden Angaben, ist der 31.12. des Bezugsjahres.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gesamt gesehen den größten Anteil bei den Vertragspartnerkombinationen. In der Abbildung der direkten Vertragspartnerkombinationen, bei welcher der Ausweis der „alleinigen“ Vertragspartnerschaft auf Leistungserbringerseite die Stellung als „Generalübernehmer“ kennzeichnet, der seinerseits Unterverträge abschließt, ergibt sich folgendes: Die Krankenhäuser sind zu 16% (= 990 Häuser) im Alleinanteil[771] ausgewiesen, agieren darüber hinaus in Kooperation mit Niedergelassenen Ärzten (18,7%)[772], mit Rehabilitationseinrichtungen (10,7%)[773] sowie zu 2,9%[774] in Kombination mit beiden. Ihnen stehen die Krankenkassen auf Kostenträgerseite gegenüber.

Die Zahlen deuten - im Spiegel der Vorjahre - an, daß das Krankenhaus seine „Vormachtstellung“ als „Generalunternehmer“[775], der die IV auf Leistungserbringerseite organisiert und Unterverträge schließt, relativ gesehen eingebüßt hat. Das mag zum einen darin liegen, daß die Kapazität zur Vertragsgestaltung mittlerweile auch andere Leistungserbringer mitbringen, insbesondere Gemeinschaften der Leistungserbringer (vgl. § 140b Abs. 1 Nr. 6 SGB V) bzw. zunehmend Managementgesellschaften (§ 140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V). Gleichzeitig aber ist der „Einstieg“ anderer Leistungserbringer relativ zu sehen und v.a. auf deren Gesamtzahl zu beziehen. Denn viele der mehr als 2.000 Krankenhäuser waren frühzeitig an Verträgen beteiligt, die in der Idealvorstellung und einer die Sektoren vereinfachend beschreibenden Betrachtungsweise die Integration von „stationär und ambulant“ ermöglichten. Dieser Schwerpunktsetzung entspricht es im übrigen, daß die bis Ende 2008 gewährte Anschubfinanzierung für die ab dem 1.4.2007 geschlossenen Verträge auf die Finanzierung der Leistungen der Krankenhäuser und der Vertragsärzte begrenzt wurde, § 140d Abs. 1 S. 2 SGB V. Gleichzeitig wurden hinsichtlich der Krankenhausleistungen nur die über die Regelversorgung hinaus vereinbarten aus der Anschubfinanzierung vergütet, vgl. § 140d Abs. 4 SGB V. Nicht zu verkennen ist indes, daß nach § 140b Abs. 4 S. 1 KHG auch von den Bestimmungen des KHG und des KHEntgG abgewichen werden darf.

Mit dem Wegfall der Anschubfinanzierung ist davon auszugehen, daß § 140d Abs. 4 SGB V für Neuverträge seine Wirkung verliert und entsprechend der Begründung zum VÄndG „nach dem Ablauf der Anschubfinanzierung... die Leistungen vollständig aus dem Krankenhausbudget ausgegliedert“ werden.[776] (Erst) mit der Beschlussempfehlung des 14. AfG erfolgte in § 4 Abs. 1 S. 2 Alt. 4 KHEntgG schließlich die insoweit konsequente „Klarstellung, daß die nach § 140c SGB V zu finanzierenden Leistungen

771 Gegenüber 2005 (23%), 2006 (20%) und 2007 (17,5%).

772 Gegenüber 2005 (17%), 2006 (17,6%) und 2007 (19,9%).

773 Gegenüber 2005 (20%), 2006 (16%) und 2007 (12,4%).

774 Gegenüber 2005 (4%), 2006 (3,8%) und 2007 (3,3%).

775 Es ist Ausdruck der Flexibilität des Gestaltungsfreiheit vermittelnden Rechtsregimes für IV-Verträge, daß ein IV-Vertrag auch durch nur einen Partner auf Leistungserbringerseite („Generalunternehmer“, s.o.) zustande kommt. § 140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V verdeutlicht dies.

776 BT-Drs. 16/2474, S. 26.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der integrieren Versorgung nicht Bestandteil des Erlösbudgets nach dem Krankenhausentgeltgesetz sind".[777]

Nach den Grundsätzen zulässiger Beteiligungen und Integrationsleistungen können *auch Krankenhäuser zweier Fachrichtungen* (etwa. Onkologie und Strahlentherapie) „interdisziplinär-fachübergreifend" miteinander kooperieren.[778] Praxiskliniken können eigenständig als Vertragspartner auftreten.[779] Besondere Bedeutung erlangen ferner Verträge an der Schnittstelle zwischen Akutversorgung und medizinischen Leistungen der Rehabilitation. Wie auch § 112 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 SGB V verdeutlicht, ist die Rehabilitation – soweit nicht die Frühphase als integraler (und damit nicht gesondert „integrationsfähiger") Bestandteil der Akutversorgung betroffen ist – nicht Bestandteil der Krankenhausbehandlung.[780] Das *BSG* hat entschieden:[781]

> „Eine integrierte Versorgung kann... durch Verknüpfung von stationärer Akutbehandlung und stationärer Rehabilitation erreicht werden, weil diese Leistungssektoren in der traditionellen Versorgung inhaltlich und institutionell typischerweise getrennt sind. Diese Trennung ist in den bisherigen Strukturen immer dann gegeben, wenn es sich um unterschiedliche Einrichtungen handelt... Aber auch in den selteneren Fällen, in denen ein Träger übergreifend sowohl ein Krankenhaus als auch eine Rehabilitationseinrichtung betreibt, können Verknüpfungen... eine verschiedene Leistungssektoren übergreifende Versorgung... bilden. Denn Art und Inhalt der jeweils zu erbringenden Leistungen sind im Krankenhaus einerseits und in der Rehabilitationseinrichtung andererseits unterschiedlich."... „Unzureichend für eine integrierte Versorgung ist es dagegen, wenn innerhalb eines Krankenhauses nur die stationär und die ambulant erbrachten ärztlichen Behandlungen miteinander verknüpft werden... [782].

Im Jahre 2005 hatten die meisten der an der Umfrage 2006 des DKI teilnehmenden 341 Krankenhäuser, nämlich 53,5%, einen Vertrag abgeschlossen.[783] Der Anteil der Krankenhäuser mit mehreren Verträgen hat um 14% gegenüber dem Jahre 2004 zugenommen; die an der IV *teilnehmenden* Häuser verfügten über *durchschnittlich 2,5 Integrationsverträge*.[784] Der mit 50% wichtigste Leistungsbereich ist dabei die endoprothetische Versorgung.[785] Die durchschnittlichen Erlöse der an der IV teilnehmen-

777 BT-Drs. 16/11429 (elektron. Vorabfassung), S. 58.

778 *Quaas*, in: ders./Zuck, Medizinrecht (2008), § 11 Rn. 76 (S. 188).

779 § 140b Abs. 1 Nr. 7 SGB V.

780 Vgl., auch unter dem Aspekt der Rehabilitation im Ausland, *Sichert*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für Integrierte Versorgung, GuS 2007, S. 28 (29).

781 BSG, Urteile. v. 6.2.2008, B 6 KA 5/07 R und B 6 KA 6/07 R, jew. Rn. 23.

782 A.a.O., „es sei denn dass die Verzahnung deutlich über das Maß hinausgeht, das normalerweise in der traditionellen Versorgung besteht... etwa bei Krankheitsbildern, bei denen ein Wechsel zwischen der zB in der Institutsambulanz regelmäßig stattfindenden ambulanten und den zwischenzeitlich erforderlichen stationären Behandlungen typischerweise gehäuft vorkommt ... (möglicherweise bei psychiatrischen Patienten)".

783 *DKI*, Krankenhaus Barometer, Umfrage 2006, S. 53.

784 A.a.O.

785 A.a.O., S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Krankenhäuser im Jahre 2005 lagen bei € 388.000.[786] Positiven Einschätzungen zufolge beträgt das Einsparpotential durch IV-Verträge 5%.[787] Dem durchschnittlichen Erlösvolumen standen Rechnungskürzungen bei den *teilnehmenden* Krankenhäusern von im Durchschnitt € 235.000 gegenüber.[788]

Von den großen „Playern" einmal abgesehen hält sich das Einnahmepotential offenbar in Grenzen. Restriktionen sind mutmaßlich ebenso auf die Vergütungsfähigkeit allein der Zusatz-, Integrations- und Dokumentationsleistungen (bis 2008) zurückzuführen wie darauf, daß der „Dispens" von der Arzneimittelpreisverordnung[789] in den an der IV beteiligten ambulanten Bereich nicht transferiert werden kann. Jedenfalls aber musste das Krankenhaus vormals darauf bedacht sein, Rechnungskürzungen und andere „Strukturnachteile" zu kompensieren.

Nach dem Wegfall der Anschubfinanzierung einschließlich deren Refinanzierung über (Krankenhaus-) Rechnungskürzungen sowie im Kontext qualitativer Fortentwicklung der IV-Vertragsmodelle stellt sich das Integrations- und Einsparpotential ggf. positiver dar. Möglicherweise lassen die Vertragspartnerstrukturen auch Rückschlüsse auf differenzierende Weiterentwicklungen zu, wenn man sich vor Augen führt, daß für das Jahr 2005, denen die umfrageerfassten Erlös-Daten zuzuordnen sind, u.U. noch Verträge dominierten, die allein klassische Schnittstellen („stationärer Bereich - Reha") (punktuell) erfassten. Da das KHRG nicht dazu führte, frei bzw. planbar wählbare (Elekiv-) Leistungen generell dem Selektivvertragswettbewerbs zu überantworten, könnte möglicherweise ein Teil des Weges über die Integration beschritten werden.

Kein Wettbewerbsvorteil schließlich liegt darin, über *Krankenhausapotheken* (§ 14 ApoG)[790] eine günstige Arzneimittelversorgung mit Blick darauf organisieren zu wollen, daß Krankenhausapotheken unbeschadet ihrer Qualifikation als Funktionseinheiten bzw. Leistungserbringer[791] nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 nicht an die Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) gebunden sind.[792] Denn werden Krankenhausapotheken in die IV

786 *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2006, S. 55 f. Bezogen auf das Instrument der IV stehen diesen Rechnungskürzungen (bei allen Häusern) gegenüber, die die teilnehmenden jedoch „überkompensieren" können, s. unter I.2.2.4.

787 *Fellgiebel/Schanz/Huwer*, IV-Vertrag zur Frühversorgung von Demenzpatienten mit der Barmer Ersatzkasse, das Krankenhaus 2007, S. 318.

788 A.a.O., S. 56.

789 Vgl. oben I. 2.1.3.2.

790 Die Regelungen in § 14 ApoG über den Betrieb von Krankenhausapotheken sind im Hinblick auf Art. 28 und 30 EGV nicht zu beanstanden; „insbesondere ist es aus Gründen des Gesundheitsschutzes nicht geboten, die Versorgung eines Krankenhauses auch durch nicht in dessen Nähe liegende Apotheke zu ermöglichen", EuGH, Urt. v. 11.9.2008, Rs. 141/07, GesR 2009, S. 99.

791 Siehe zur Einordnung der Krankenhausapotheken als Leistungserbringer *Wigge*, Medizinische Versorgungszentren nach dem GMG, MedR 2004, S. 123 (132). Vgl. demgegenüber *Grau*, in: Bohle, Vertragsgestaltung in der integrierten Versorgung (2005), S. 55 (56). Nach § 129a SGB V ist es den Krankenhausapotheken möglich, ambulante Patienten der Trägerkrankenhäuser direkt zu versorgen, vgl. auch *Ballast*, Die Ersatzkasse 2004, S. 221 (222).

792 § 1 Abs. 3 Nr. 1 AMPreisV. I.ü. aber vollzieht § 14 des ApoG in Abs. 7 S. 3 die erweiterten Behandlungsmöglichkeiten der Krankenhäuser nach, soweit Arzneimittel von Krankenhaus- oder

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

eingebunden, darf die Vertragsgestaltung mangels Befugnis zum Dispens[793] vom Apothekengesetz[794] nicht dazu führen, daß die Versorgungstätigkeit der Krankenhausapotheken allgemein auf den ambulanten Bereich erstreckt wird.[795]

3.1.5. Die Krankenkassen als Unternehmen

Daß und inwieweit Schutz gegen marktmissbräuchliches Verhalten der Krankenkassen auch beim krankenhausspezifischen Versorgungsmanagement nach § 69 S. 2 SGB V i.V.m. §§ 19-21 GWB (entsprechend) besteht, wurde bereits dargelegt, ebenso die Bindung der Krankenhäuser an das Kartellrecht (einschließlich der Fusionskontrolle), sollte es nicht ausnahmsweise um die spezifische Erfüllung versorgungsrechtlicher Vertragsbeziehungen gehen. Auch die Bindung der Krankenhäuser an Art. 81 und 82 EGV ist unzweifelhaft.

Nachfolgend stehen die Bindungen der *gesetzlichen* Krankenkassen an das europäische Recht im Vordergrund, soweit sie über Spielräume im Selektivvertragsbereich verfügen. Die wegen ihrer „Staatsnähe“ bzw. der Berücksichtigung und Erfüllung des öffentlichen und sozialen Interesses diskutierten Anwendungsbegrenzungen erfassen die PKV-Unternehmen nicht. Für die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit der Aktivitäten der gesetzlichen Krankenkassen nach Art. 81 f. EGV kommt es entscheidend darauf an, ob diese im Rahmen ihrer Tätigkeit den im relevanten Gesundheitsmarkt gemeinschaftsautonom auszufüllenden Begriff des Unternehmens und damit den persönlichen Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts erfüllen. Nach hier vertretener Auffassung handeln die Krankenkassen in Abgrenzung zur Entscheidung des *EuGH* in Sachen *AOK-Bundesverband*[796] hinsichtlich besonderer Selektivvertragsgestaltungen dann als Unternehmen, wenn ihr Tätigwerden in der solidarischen Wettbewerbsordnung mit erheblichen Verhaltensspielräumen entsprechend einer marktmäßigen Ausrichtung folgt, den diese Ordnung weithin selbst vorgegeben hat:

Die Grundüberlegung lautet, inwiefern die Krankenkassen nach dem maßgeblichen funktionalen Unternehmensbegriff im Sinne einer wirtschaftlichen Tätigkeit „Güter

---

krankenhausversorgenden Apotheken auch im Rahmen der ambulanten Behandlung in Krankenhäusern abgegeben werden dürfen.

793 *Grau/Dierks*, Die Versorgungsbereiche von öffentlicher und Krankenhausapotheke in der Integrierten Versorgung, A&R 2005, S. 106 (107 Fn. 8).

794 Vgl. insbesondere § 14 Abs. 4 ApoG.

795 *Grau/Dierks*, Die Versorgungsbereiche von öffentlicher und Krankenhausapotheke in der Integrierten Versorgung, A&R 2005, S. 106 (107 Fn. 8); *Koller*, Die Abgabebefugnis von Krankenhausapotheken in der ambulanten Versorgung, ApoR 2006, S. 20 (22); *Grau*, in: Bohle, Vertragsgestaltung in der integrierten Versorgung (2005), S. 58 ff.

796 EuGH, Urt. v. 16.3.2004, verb. Rs. en C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband u.a.), Slg. 2004, I-2493, Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“[797] haben.[798] Ein „echter“ „Angebotsmarkt“ ist mit Blick auf die sozialrechtlichen Leistungsbeziehungen traditionell schwer vorstellbar, gerade in Bezug auf das „Angebot an Gesundheitsleistungen“. Die jüngere Rspr. (v.a. in Sachen *FENIN*)[799] geht davon aus, „daß bei der Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen ist und daß der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt.“[800] Hintergrund dessen ist die stets in relativer Betrachtungsweise zu beurteilende wirtschaftliche Zweckerfüllung und Ausrichtung einer konkret zuzuordnenden unternehmerischen Tätigkeit in Abgrenzung zur Wahrnehmung einer „Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter“ [801] entsprechend dem „Grundsatz der nationalen Solidarität“, gemäß der Ausübung „ohne Gewinnzweck“ sowie der Leistungserbringung unabhängig von der Höhe der Beiträge.[802] Gleichwohl wird die Möglichkeit des Vorliegens unterschiedlicher „Solidaritätsgrade“[803] konstatiert und angemahnt, im Wege der Akzessorietätsbetrachtung nicht den Blick dafür zu verlieren, ob das Einkaufsgut auf dem „bestimmten“ oder – allein als „Einsatzgut“ auf einem „anderen Markt“ angeboten werde.[804] Nach alledem würde eine streng akzesso-

797 EuGH, Urt. v. 22.1.2002, Rs. C-218/90 (CISAL), Slg. 2002, I-691, Rn. 23; EuG, Urt. v. 4.3.2003, Rs. T-319/99 (FENIN), Slg. 2003, II-357, Rn. 35; EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 (FENIN), Slg. 2006, I-6295, Rn. 25.

798 Im Übrigen wird die solchermaßen „wirtschaftlich tätig werdende Einheit [,] unabhängig von ihrer Rechtsform und Finanzierungsart“ erfaßt; EuGH, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser), Slg. 1991, I-1979, Rn. 21; s. ferner EuGH, Urt. v. 22.1.2002, Rs. C-218/90 (CISAL), Slg. 2002, I-691, Rn. 22.

799 EuG, Urt. v. 4.3.2003, Rs. T-319/99 (FENIN), Slg. 2003, II-357, durch den Gerichtshof bestätigt, s. EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 (FENIN), Slg. 2006, I-6295.

800 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 (FENIN), Slg. 2006, I-6295, Rn. 26; EuG, Urt. v. 4.3.2003, Rs. T-319/99 (FENIN), Slg. 2003, II-357, Rn. 36. Die gesundheitsverwaltenden Einrichtungen handelten „auch dann nicht als Unternehmen, wenn sie medizinischen Bedarf bei anderen Unternehmen einkaufen, um den diesem nationalen Gesundheitssystem Angeschlossenen kostenlose medizinische Leistungen zu erbringen“; EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 (FENIN), Slg. 2006, I-6295 Ls. 2, Rn. 38 ff.

801 EuGH, Urt. v. 17.2.1993, Rs. C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre), Slg. 1993, I-637, Rn. 18.

802 A.a.O. Demgegenüber agieren Sozialversicherungsträger als Unternehmen, wenn sie, wie der unternehmerisch tätige Träger einer Zusatzrentenversicherung, eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllen, EuGH, Urt. v. 16.11.1995, Rs. C-244/94 (Fédération française des sociétés d’assurance), Slg. 1995, I-4013, Rn. 18 ff. Dies ist vor allem der Fall bei freiwilliger Mitgliedschaft, der Erhebung der Beiträge entsprechend dem Kapitalisierungsprinzip und der daran anknüpfenden Gewährung von Leistungen, a.a.O. Rn. 17.

803 A.a.O., Rn. 32.

804 Die Bezugnahme auf das Akzessorietätserfordernis in Sachen *AOK*-Bundesverband durch GA *Jacobs* (Schlussanträge, verb. Rs. en C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 [AOK Bundesverband u.a.], Slg. 2004, I-2493, Rn. 45 f.) bedeutet keine Absage an den relativen Unternehmensbegriff. Der Fall unterscheide sich von dem in der Sache FENIN insofern, als „die Krankenkassen auf einem anderen Markt tätig sind und einen Beitrag zum Erwerb von Arzneimitteln als Teil ihrer Tätigkeit auf diesem Markt leisten“; a.a.O. Rn. 46 und Fn. 18. Dennoch wird die *Angebots*tätigkeit der

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rische Betrachtung nach dem Muster des „Einkaufs von Integrationsleistungen“ und des „Angebots ebendieser“ nicht zur Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen führen. Es käme bestenfalls zur unternehmerischen Tätigkeit im Wege des Betreibens von Eigeneinrichtungen und der Beteiligung an Gesellschaften von Leistungserbringern oder Managementgesellschaften.[805] Das Akzessorietätsgerüst ist hinsichtlich der Frage, wann die Krankenkassen im sozialrechtlichen Leistungsgefüge funktional und zweckgerichtet wirtschaftlich agieren, eine mit Blick auf den Tatbestand überschießende und „Solidaritätsgraden“ nicht gerecht werdende Einschränkung.

Dennoch stellen die Krankenkassen Leistungen „zur Verfügung“.[806] Gerade im Beziehungsgeflecht moderner Vertrags- und Versorgungsformen erscheinen die Leistungen daher als solche „der jeweiligen Kassen“. In spezifischen Bereichen ist eine Leistungsdiversifikation auszumachen, mit der eine Prämiendiversifikation korreliert.

Im Bereich der IV unterscheidet sich die angebotene Leistung oftmals von der Regelversorgung: Hier sind etwa Präventionsleistungen, Sonderberatungen, die Behandlung nach Behandlungsleitpfaden oder die konkrete Behandlungsabstimmung im Rahmen von DMP zu nennen. Es geht um Rationalisierungsgewinne, darüber hinaus um die Gewinnung – oder das Halten – von Versicherten, zu deren Versorgung die Krankenkassen gem. §§ 266 und 270 SGB V Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds erhalten. Neben den Qualitätsanreiz für Versicherte tritt die besondere Tarifgestaltung (vgl. § 53 Abs. 3 S. 1 SGB V), speziell i.V.m. Prämienzahlungen (*an* den Versicherten) oder Zuzahlungsermäßigungen (Abs. 3 S. 2). Auch Solidarität herrscht hier nur eingeschränkt, denn unbeschadet der generellen Relevanz für die GKV-weite Standardisierung der Leistungsausgaben bleibt den Kassen der erwirtschaftete Vorteil erhalten. „Unternehmerisches“ Wirtschaften trägt insofern dazu bei, ob etwa ein Zusatzbeitrag i.S.d. § 242 Abs. 1 SGB V vermieden oder eine Prämie nach Abs. 2 der Vorschrift ausgeschüttet werden kann. Dies alles vollzieht sich – für manche Kassen – vor dem bedrohlichen Hintergrund einer möglichen Insolvenz.[807]

Soweit im Zeichen selektiver Modelle wie der IV (v.a. bei zusätzlichen Leistungen) oder Rabattvereinbarungen (§ 140a [Abs. 1 S. 5. i.V.m.] § 130a Abs. 8 SGB V) *Leistungs- und Prämiendiversifikation* (§ 31 Abs. 2 S. 2, § 53 Abs. 3, 4 SGB V) miteinander korrelieren, spricht einiges dafür, daß die Krankenkassen hier funktional als Unternehmen agieren und u.a. hinsichtlich ihres Verhaltens den Krankenhäusern gegenüber der Kontrolle des europäischen Kartellrechts nach Art. 81 und 82 EGV unterworfen sind.

Krankenkassen, nicht zuletzt weil sie von der Kerntätigkeit nicht näher zu trennen sei, nicht näher beschrieben, die Krankenkassen seien nämlich auch auf dem so bezeichneten „anderen“ Markt tätig, für den die eingekauften Waren oder Dienstleistungen ein *Einsatzgut* darstellten.

805 *Kamann/Gey* ‚Wettbewerbsrecht im deutschen Gesundheitswesen, PharmR 2006, S. 255; 291 (293).

806 § 2 Abs. 1 SGB V.

807 Vgl. v.a. § 171b ff. SGB V i.d.F. des GKV-OrgWG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichwohl ist an eine Bereichsausnahme gem. Art. 86 Abs. 2 EGV zu denken, denn die Krankenkassen stellen Versicherten die im SGB V genannten Leistungen zur Verfügung,[808] und dies dient der Versorgung zur Aufgabenerfüllung der Krankenversicherung als Solidargemeinschaft.[809] Zudem mag man davon ausgehen, daß selektivvertragliches Handeln nach den jüngsten Reformen „zur Aufgabenerfüllung erforderlich" ist.[810] Das bedeutet aber nicht, daß bei Wahrnehmung und Ausübung der eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten jene Handlungsweisen im Vordergrund stehen müssten, die Wettbewerb verfälschen (nur dann greift Kartellrecht ein). Angesichts der Bandbreite zulässiger Handlungsweisen kann auch nicht von der Verhältnismäßigkeit einer jeden Beeinträchtigung des Wettbewerbs unter Rechtfertigung des (Vertrags)Handelns durch das allgemeine Interesse[811] ausgegangen werden.

3.1.6. Ein neuer „bestimmter Markt" innerhalb des GKV-Systems?

Die vorstehende Betrachtungsweise führt über die bisher restriktive Anschauung hinaus, Marktmechanismen könnten sich im GKV-System lediglich dort etablieren, wo wettbewerbliche Strukturen über die Freiwilligkeit der Versicherung vermittelt werden.[812] Die (tradierte) Auffassung erblickt Wahlmöglichkeiten auf der (Versicherungs-) Angebotsseite tendenziell allein darin, daß dem „Konsumenten" grundsätzlich der *gesamte* Markt einschließlich der Entscheidung über das „Grundverhältnis" der GKV- oder PKV-Zugehörigkeit offen steht. Damit aber wird die Bewertung (und Kontrolle) wettbewerbsorientierter Handlungsspielräume an Bedingungen geknüpft, die den funktionalen Unternehmensbegriff auf eine bereichsspezifische Wirtschaftstätigkeit der höchsten in diesem Bereich vorzufindenden Marktstufe reduzieren und so den „bestimmten Markt" im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* äußerst restriktiv definieren. Auf diese Weise werden marktorientierte Wahlfreiheiten im Bereich der Prämien- und Leistungsdiversifikation und deren Verknüpfung außer Acht gelassen und verkannt, daß in diesen Bereichen die Solidaritätsstrukturen[813] weitaus weniger stark ausgeprägt sind:

808 § 2 Abs. 1 SGB V; s.a. GA Jacobs, Schlußanträge in den verb. Rsen. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband u.a.), Slg. 2004, I-2493 Rn. 87.

809 Nach dem Urteil in der Sache *Albany* etwa gehört zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auch die Erfüllung einer wesentlichen sozialen Funktion, wie dem entscheidungsgegenständlichen Zusatzrentensystem. Urt. v. 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751 Rn. 103 ff., 105.

810 S. zu diesem Kriterium EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Rs. C-157/94 (Kommission/Niederlande), Slg. 1997, I-5699 Rn. 53; Urt. v. 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751 Rn. 107.

811 Siehe *Grill*, in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, 4. Aufl. (2006), Art. 81 EGV Rn. 29. Dies mag als eine Konkretisierung der Erforderlichkeitsprüfung im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips gesehen werden, vgl. *Becker*, in: in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. (2006), § 25 Rn. 60.

812 Vgl. z.B. *Roth*, Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, S. 645 (658 f.)

813 Vgl. auch *Schmidt*, GKV-WSG: die Relativierung klassischer Sozialversicherungsmerkmale in der GKV durch veränderte Beitragsbemessung und Wahltarife, GesR 2007, S. 295 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

der Kranke wird faktisch keine Selbstbehalt-Tarife wählen können, wohl aber – und dies bedeutet Wettbewerb um Kranke (!) – DMP-Programme; sämtliche Einsparungen dienen (nur) mittelbar der finanziellen Konsolidierung des GKV-Gesamtsystems. Insofern ist nach hier vertretener Auffassung auch der wirtschaftlich determinierte Markt um Tarif- und Angebots- sowie absatz- und kontrollprivilegierte Versorgungsstrukturen ein „bestimmter Markt" im Sinne der Rspr. des *EuGH*.

3.1.7. Pflicht zur Ausschreibung von Kooperationsverträgen

Unter regulatorischen und ökonomischen Gesichtspunkten – v.a. mit Blick auf Transaktionskosten der Marktteilnehmer – stellt sich alsdann die Frage, ob die Krankenkassen Versorgungsverträge insbesondere zur Verzahnung des ambulanten und stationären Sektors ausschreiben müssen. Eine damit bereits praktisch verbundene Konsequenz ist die, ob die *Leistungserbringer ihrerseits auf die Kassen zugehen und „Angebote" machen* können, was für die Managementgesellschaft auch § 140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V suggeriert. Wie bereits dargelegt[814] geht es im Gefolge der Änderung des § 69 SGB V durch das GKV-OrgWG im wesentlichen „nur" noch darum, ob es sich bei den Vergaben um öffentliche Aufträge handelt.

> „Diese Frage", so die Gesetzesbegründung,[815] „wird je nach Vertragstyp unterschiedlich ausfallen. Im Wesentlichen hängt die Beantwortung davon ab, ob und inwieweit die Krankenkassen auf die Auswahlentscheidung, welcher Vertragsgegenstand im einzelnen Versorgungsfall abgegeben wird, Einfluss nehmen."

Da der Gesetzgeber im Zuge des KHRG ein Vordringen in den Selektivvertragsbereich für stationäre Leistungen nicht realisiert hat,[816] werden u.a. Verträge zur IV in den Vordergrund rücken.[817] Allerdings seien, so der Gesetzgeber,

> „Verträge über eine integrierte Versorgung [nach] § 140a ff. in der Regel keine öffentlichen Aufträge, da die Entscheidung über den Abruf der jeweiligen Leistung nicht von den Krankenkassen, sondern von den Versicherten getroffen wird, die die angebotenen Versorgungsformen in Anspruch nehmen können."*[818]*

Nicht ausgeschlossen ist damit jedenfalls, daß dies im Einzelfall auch anders sein kann. Diese Auffassung wurde auch von Generalanwalt *Mazák* in der Rs. *Oymanns* in Abgrenzung zur Dienstleistungskonzession betreffend einen IV-Vertrag über die Anfertigung und Lieferung von Schuhwerk bei diabetischem Fußsyndrom vertreten, und sodann vom EuGH bestätigt.[819] Dabei ist einerseits zu Recht darauf hingewiesen worden, daß „die Krankenkasse – und nicht, von geringen Zuzahlungen abgesehen, der Patient –

814 S. I.4.4.1. und I.4.4.5.

815 BT-Drs. 16/10609, S. 65.

816 Vgl. auch oben II.3.1.4.3.

817 S. auch II.2.1.2.

818 BT-Drs. 16/10609, S. 66.

819 Schlussanträge v. 16.12.2008, Rs. C-300/07, Rn. 63 ff.; EuGH, Urt. v. 11.6.2009, Rs. C-300/07 (Oymanns), NJW 2009, S. 2427 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Vergütung schuldet".[820] Überdies wird dem Einwand der „Unsicherheit das Zeitpunkts und des Umfangs der Inanspruchnahme" entgegnet,[821] die Erfüllungspflicht „auf Abruf" entspreche der bei Rahmenvereinbarungen. [822] Der Ausschreibungspflicht kann jedenfalls nicht die Nachrangigkeit spezifischer Gesundheitsleistungen entgegengehalten werden, da das nationale Recht unbeschadet der Anwendbarkeit der VOF nachrangige Leistungen nicht von der Pflicht zur Ausschreibung ausnimmt.[823]

Nach hier vertretener Auffassung kommt eine Ausschreibungspflicht für qualifizierte, insbesondere flächendeckende Integrations-Vollversorgungsverträge" in Betracht.[824] Das gilt dann, wenn die IV unter Budgetverantwortung eine bevölkerungsbezogene Flächendeckung der Versorgung ermöglichen soll. Insoweit stehen meist nicht das „Ob", sondern nur Zeitpunkt und Umfang der Inanspruchnahme nicht in jedem Einzelfall vorher fest. Das qualifizierte Modell der „Vollversorgung" (umfassendes Care-Management) stellt sich weniger als völlig ungewisses Risiko der Inanspruchnahme, sondern eher als ein „jedes Mal wenn" dar.

Die Konsequenzen für den (Vertrags-)wettbewerb sind durchaus erheblich. Leistungserbringer werden durch eine Ausschreibung einerseits geschützt, sind andererseits allerdings daran gehindert, selbst innovative Konzepte zu offerieren, die durch exklusive Vertragspartnerschaft honoriert werden. Denn die Krankenkassen können sich angesichts solcher Offerten nur „inspirieren" lassen, eine Ausschreibung vorzunehmen, die entsprechende Inhalte publik macht, wodurch jedoch auch konkurrierende Leistungserbringer auf den Plan gerufen werden.

3.2. Besonderheiten im Recht der PKV

In der PKV stellt sich die (Rechts-)Lage mit Blickrichtung Vertragswettbewerb durchaus anders dar. Dies mag für den ausländischen Betrachter seltsam anmuten, mag man sich Managed Care-Modelle doch gerade im Bereich der Privatversicherung vorstellen. Allerdings fungieren Selektivverträge nach hiesigem Verständnis überwiegend (noch) als Grundlage besonderer Versorgungsformen und nicht – wiederum z.T. anders als im Ausland – als plurale Erscheinungsformen der Regelversorgung.

Das im PKV-Bereich weithin zu konstatierende Fehlen besonderer kollektiver und selektiver Verträge hat mehrere Gründe. Zum einen wird das Zulassungssystem innerhalb des GKV-Systems durch (fingierte) Versorgungsverträge allgemein mit Wirkung auch für die PKV organisiert; im übrigen gilt das Pflegesatzrecht hinsichtlich der allgemeinen Krankenhausleistungen ohnehin einheitlich für alle Benutzer, also auch privat

820 Schlussanträge, a.a.O., Rn. 69; s.auch EuGH, a.a.O., Rn. 73.

821 S. *Görs*, Krankenhäuser im Wettbewerb. Ausschreibung von Elektivleistungen, KHR 2008, S. 57 (59); *Mazák*, a.a.O., Rn. 70.

822 *Görs*, a.a.O., S. 59.

823 Vgl. I 4.4.5., *Görs*, a.a.O., S. 60; vgl. demgegenüber *Engelmann* (2009), juris-PK, § 69 Rn. 219 f.

824 Vgl. oben II.2.1.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Versicherte.[825] Vor allem aber kennzeichnet das Privatversicherungsrecht gerade kein Dreiecksverhältnis, da es auf den vertraglichen Beziehungen allein zum Versicherten fußt und dieser seinerseits mit dem Krankenhaus kontrahiert. Nach eigener Darstellung der PKV[826] kommen hinzu der geringe Marktanteil sowie die Tatsache, daß die Patientenklientel ein hohes Interesse an der freien Arzt- und Krankenhauswahl hat. Managed Care hingegen würde – wie auch im Bereich der GVK gezeigt – gerade zur Einschränkung des Wahlrechts führen.[827]

Nach dem Vorbild der IV bestünde überdies ein relativer „Regulierungsbedarf" für selektive Verträge, der nicht nur Aspekte der ergänzenden Qualitätssicherung betrifft. Vielmehr müssten vor allem Möglichkeiten zum Dispens von der GOÄ geschaffen werden. Solche Möglichkeiten werden im Rahmen der freien Diskussion häufiger erwogen, sind aber – soweit ersichtlich – bisher nicht Gegenstand gesundheitspolitischer Aktivitäten.

All dies schließt nicht aus, daß auch die PKV-Versicherten mittelbar von den im Vertragswettbewerb erzielten Rationalisierungsgewinnen, die sich allgemein in den Organisations- und Behandlungsstrukturen der Krankenhäuser niederschlagen, profitieren. Ebenfalls nicht ausgeschlossen ist etwa ein Disease Management, das auf zusätzliche Beratungsangebote und (Informations-)Services setzt, ohne eine statusrelevante Einschreibung mit Einschränkung von Wahlrechten bzw. mit Auswirkungen auf die Gestaltung des Versicherungsverhältnisses zu verlangen.[828]

Ein Bereich allerdings bleibt von besonderer Bedeutung: Über die Abrechnung der Wahlleistung „Unterkunft" haben die Unternehmen der privaten Krankenversicherung mit mehr als 66% der Krankenhäuser Verträge abgeschlossen.[829]

4. Wettbewerb zwischen Krankenhäusern

Im Wettbewerbsverhältnis der Krankenhäuser untereinander gilt – v.a. für die Frage nach der Marktbeherrschung – als „der sachlich relevante Markt … der Angebotsmarkt für moderne Dienstleistungen, die in Krankenhäusern gegenüber Patienten erbracht werden".[830] Daß für diesen vom *BKartA* fusionsrechtlich bestimmten Krankenhausmarkt „die ambulanten praxisärztlichen Behandlungen, Rehabilitationseinrichtungen sowie reine Privatkliniken nicht einzubeziehen sind", hat für die Untersuchung allerdings nicht zur Folge, daß in diese Richtung bestehende Beziehungen außer Betracht

825 S. nachfolgend II.4.1.

826 Vgl. *Gent*, Integrierte Versorgung in der PKV (s. Literatur).

827 Siehe oben II.1.1.4.

828 Vgl. *Benner*, Disease-Management-Programme – Unterschiedliche Ansätze von privater und Gesetzlicher Krankenversicherung, *Deutsches Ärzteblatt*, Vol. 100, 2003, Heft 3, S. A82-A84.

829 S. *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2005, S. 17.

830 BKartA, Beschl. v. 23.3.2005, B 10 – 109/04, Rn. 65.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bleiben könnten. Im Gegenteil: Auch wenn es insofern nicht um (versicherte) „Krankenhausleistungen“ geht, markieren die letztgenannten Bereiche doch Wirkungsfelder, in denen die Krankenhäuser Einfluß zu nehmen suchen, z.B., um eine Einweisungssteuerung durch niedergelassene Ärzte, sektorenübergreifende Behandlungskonzepte oder freie Preisgestaltung durch eine Symbiose mit reinen Privatkliniken zu erreichen.

Der Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern ist in erster Linie Wettbewerb um den Patienten und jedenfalls in seiner *Bedeutung* – äußerst grob skizziert – vergleichbar mit dem Mitgliederwettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen. Der am Ende *absatzorientierte* Wettbewerb der Krankenhäuser um die Patienten vollzieht sich im Kontext der effizient vorgehaltenen Versorgungsstrukturen, ist also Wettbewerb um Fälle mit attraktiv oder als wirtschaftlich zu bezeichnender Vergütung.

Strukturkomponenten der Marktes für Krankenhausleistungen sind danach der Zuschnitt des Versorgungsangebotes, der eigentliche Absatzmarkt unter besonderer Berücksichtigung möglicher Einweisungssteuerung sowie das Verhandlungsgewicht bei verbleibenden Möglichkeiten der Preisgestaltung (z.B. im Selektivvertragsbereich) bzw. der Beteiligung im Rahmen der Preisregulierung. Überdies lassen sich spezifische Erscheinungsformen des Wettbewerbs in einem Krankenhausmarkt im Umbruch[831] konstatieren, so der Wettbewerb um Kooperationsgemeinschaften, die Neu- bzw. der Restrukturierung vieler Häuser i.V.m. einem Wettbewerb der Gesellschaftsformen und Organisationsmodelle, der Verdrängungswettbewerb und schließlich der Fusionswettbewerb.

4.1. Markteintritt; Konkurrenz um die (Plan-)Position im regulierten System

Wesentliche Vorwirkungen für Chancen und Verhalten am Markt vermittelt die Markteintrittsposition. Dabei geht es auch um den „Eintritt“ in das regulierte System und die Teilhabe an Privilegien. Gerade „unter Plankrankenhäusern herrscht Wettbewerb“ auf einem „eng umschriebene[n] Markt »der Privilegierten«“.[832] Erst die Aufnahme in den Krankenhausplan mit der Wirkung einer „Mindestgarantie wirtschaftlicher Sicherheit“[833] eröffnet diesen Markt. Infolgedessen herrscht Konkurrenz um die – begrenzte – Planposition.

Der um die Planposition ringende Bewerber kann nur bedingt durch wettbewerbsorientiertes Verhalten Einfluss auf die Zuerkennung nehmen. Er muss v.a. seine für die Krankenhausanalyse der Krankenhausplanung erhebliche Leistungsfähigkeit nachweisen, sofern er seiner Angebotsstruktur nach überhaupt dem Bedarf (entsprechend der Bedarfsanalyse der Planung) entspricht.[834] Erhält der die Aufnahme in den Plan begehrende Konkurrent einen entsprechend ablehnenden Bescheid, ist er, so die grundsätzli-

831 So auch der Titel des Krankenhaus-Reports 2006, hrsg. von *Klauber/Robra/Schellschmidt* (2007).

832 BVerwG, Urt. v. 25.9.2008, Az. 3C 35/07, GesR 2009, S. 27 (31).

833 *Burgi*, Konkurrentenschutz und Krankenhausplanung, NZS 2005, S. 169 (170); oben I.3.4.3.

834 Vgl. oben I.3.4.3.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Erwägungen des *BVerwG* im September 2008, v.a. auf Rechtsschutz „in eigener Sache", d.h. gegen diesen Bescheid verwiesen.[835] Daß Mitbewerbern gegenüber positive Feststellungsbescheide über die Aufnahme ergangen sind, stehe dem nicht entgegen. Streng genommen verneint das *BVerwG* damit die Drittwirkung des begünstigenden Bescheides. Es gesteht gleichwohl ein Rechtsschutzbedürfnis gegen eine *mit Hilfsfunktion ausgestattete* – flankierende – Anfechtungsklage gegen den Drittbescheid zu, wenn zwischenzeitlicher Vollzug der Drittbegünstigung droht und so die Erfolgsaussichten des Betroffenen, der selbst die Planaufnahme erstrebt, geschmälert sein könnten, v.a. dann, wenn der Dritte ebenfalls Neubewerber war und statt des Konkurrenten erstmals in den Plan aufgenommen wurde.[836] Ob dies konsistent ist und nicht vielmehr Drittwirkung grundsätzlich anzunehmen und zusätzlich vorläufiger Rechtsschutz in Betracht zu ziehen wären,[837] mag hier dahinstehen.

Umgekehrt kann lt. *BVerwG* gegen eine Planherausnahme nur im Wege der dagegen gerichteten Anfechtungsklage vorgegangen werden.[838] Indes wäre zu erwägen, ob konsequenterweise nicht auch in einer solchen Konstellation das „Interesse an der Unterbindung des Vollzugs der Aufnahmeentscheidung" eine ähnliche Behandlung wie im Falle der „flankierenden Anfechtungsklage" verlangte.[839] Mindestens unzulässig, so ist der Rspr. zu entnehmen, sind solche Klagen von Konkurrenten mit Planposition, die – im Grunde vorläufigen Rechtsschutz begehrend – die Aufnahme eines Konkurrenten in den Plan ohne eine damit (gleichzeitig) verbundene, d.h. nicht alsbald zum Vollzug anstehende Auswahlentscheidung der Behörde über Planherausnahmen angreifen; die Neuordnung ist dann abzuwarten.[840]

Abgesehen davon betrifft die Planaufnahme eines Bewerbers *als solche* ein vorhandenes Plankrankenhaus nicht in dessen Rechten.[841] Eine eigenständige Klagebefugnis lässt sich insbesondere[842] weder aus der Befürchtung ableiten, im Zuge der Konkurrenz könnten für die Erbringung (zu Lasten der GKV) erforderliche Mindestmengen (§ 137 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, S. 2 SGB V) nicht mehr erreicht werden, noch besteht ein subjektives Recht eines Plankrankenhauses auf Vermeidung von Überversorgung.

835 BVerwG, Urt. v. 25.9.2008, Az. 3C 35/07, GesR 2009, S. 27 (29).
836 A.a.O., S. 30.
837 *Bracher*, Anm. zu BVerwG, Urt. v. 25.9.2008, Az. 3C 35/07, DVBl. 2009, S. 49 (50).
838 BVerwG, Urt. v. 25.9.2008, Az. 3C 35/07, GesR 2009, S. 27 (30).
839 *Bracher*, Anm. zu BVerwG (a.a.O.), DVBl. 2009, S. 49 (50).
840 BVerwG, Urt. v. 25.9.2008, Az. 3C 35/07, GesR 2009, S. 27 (31).
841 A.a.O.
842 Umfassend BVerwG, a.a.O., S. 31 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4.2. Angebotswettbewerb und Preiswettbewerb

In Anbetracht des Systems der Fallpauschalen als Festpreisen ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Verhaltensspielräume der Krankenhäuser in aller Regel nicht die Preisgestaltung betreffen;[843] die Monopolkommission konstatiert:

> „Daher existiert gegenwärtig kein spürbarer Preiswettbewerb auf den deutschen Krankenhausmarkt."[844]

Maßgeblich sind vielmehr das Versorgungsangebot und die Spezialisierung des Hauses sowie die Qualität der Krankenhausleistung.

Dies gilt umso mehr, als sich in der sog. Konvergenzphase die Spannweite der Basisfallwerte der Krankenhäuser auf dem Weg der Annäherung an den landeseinheitlichen Basisfallwert von 2005 bis 2007 mehr als halbiert hat.[845] Insofern gab es – auf dem Weg zu einheitlichen Wettbewerbsbedingungen, wenngleich ohne wesentlichen Preiswettbewerb – „Konvergenzgewinner" und „-verlierer".[846] Die vollständige Annäherung wird diese Unterschiede ebenso nivellieren wie sie beinahe zwangsläufig zu effizienzorientierten Restrukturierungsbemühungen geführt hat. Gleichzeitig wird mittelfristig die Entwicklung hin zu einem auch bundeseinheitlichen Basisfallwert erwartet.[847]

4.2.1. Preisgestaltung nach Art der Leistung

Inwieweit den Krankenhäusern überhaupt Preisgestaltungsspielräume zustehen, ist abhängig von der Art der Leistung. Zu unterscheiden sind insofern allgemeine Krankenhausleistungen, wahlärztliche und Wahlleistungen der Unterkunft, sonstige medizinische Wahlleistungen sowie solche im Rahmen der IV. Die für ambulante Leistungen nach § 116b SGB V vor der Reform durch das GKV-WSG noch bestehenden marginalen Verhandlungsspielräume für die Vergütung der vormals einzelvertraglich zu vereinbarenden ambulanten Behandlung im Krankenhaus sind nach der Reform entfallen bzw. in Form von Maßstäben an die Abrechnung der vertragsärztlichen Leistungen angepasst worden.

Entgelte für allgemeine Krankenhausleistungen müssen für alle Benutzer des Krankenhauses einheitlich berechnet werden; die Fallpauschalen gelten damit auch für die Versorgung privat Versicherter.[848] Dasselbe gilt für Pflegesätze und Vergütungen der vor- und nachstationären Behandlung.[849] Begrifflich Pflegesätze,[850] sind auch Wahl-

843 II.1., II.1.1.3.

844 Siebzehntes Hauptgutachten, BT-Drs. 16/10140, S. 319, Ziff. 817.

845 *Leclerque/Friedrich*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2008/2009 (2009), S. 229 (240).

846 A.a.O., S. 231.

847 A.a.O., S. 240.

848 §§ 8 Abs. 1 S. 1 KHEntgG, § 17 Abs. 1 S. 1 KHG, § 14 Abs. 1 HS. 1 BPflV.

849 Vgl. § 17 KHG; ausführlich unter I.3.4.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leistungen (zwischen Krankenhäusern und Patienten) für alle Benutzer einheitlich abzurechnen, wobei die GOÄ weithin entsprechende Anwendung findet.[851] Gemäß entsprechender Tarife übernehmen die privaten Versicherungen die Kosten für die wahlärztliche (v.a. Chefarztbehandlung) sowie die Wahlleistung Unterkunft (als nichtwahlärztliche Leistung).

Bei alledem bedeutet die pauschale Abgeltung über das DRG-System nicht, daß ein solches nicht grundsätzlich auch für eine *preiswettbewerbliche* Komponente tauglich sein könnte. Das wäre aber nur dann der Fall, wenn das Bewertungsmodul im Sinne wettbewerblich ausgehandelter Basisfallwerte pro Haus ausgestaltet würde.[852] Im deutschen System landeseinheitlicher, kollektiv ausgehandelter Basisfallwerte nach § 10 KHEntgG ist dies allerdings gerade nicht vorgesehen.

Auch hinsichtlich der beschriebenen Wahlleistungen bleiben der Gestaltungsspielraum und die damit verbundene Möglichkeit der Steigerung des wirtschaftlichen Erfolges gering. Daher wird mitunter versucht, das gesamte Leistungsspektrum (allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen) außerhalb der öffentlich-rechtlichen Vergütungsbestimmungen abzurechnen.[853] Da dies – die Zulässigkeit zunächst unterstellt – organisatorische Strukturen im Sinne einer Symbiose von gefördertem Krankenhaus und „privatklinischen Einrichtungen“ voraussetzt, soll diese Frage im Zusammenhang mit der wettbewerbsorientierten strukturellen Reorganisation vieler Krankenhäuser beleuchtet werden.[854]

Unbeschadet dessen können „sonstige Wahlleistungen“ in Form medizinischer Wahlleistungen erbracht werden, die mangels Anknüpfung an die Arztwahl nicht als wahlärztliche Leistungen zu bezeichnen sind.[855] Sie sind Fallgruppen v.a. der fehlenden medizinischen Indikation (wie z.B. bei der ästhetischen Chirurgie) sowie Alternativleistungen zuzuordnen, die sich durch einen höchst innovativen Produkt- und Qualitätsstandard auszeichnen, hinsichtlich dessen kein Kostenübernahmeanspruch besteht.[856] Deren dennoch ausbedungene Erstattung setzt zahlungskräftige Patienten voraus, zumal die Tarifbedingungen der PKV-Unternehmen mit Blick auf die „medizinisch notwendige Heilbehandlung“ hier meist nicht erfüllt sein werden. Der Ausrichtung an

850 *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12, S. 1137 Rn. 83.

851 *Quaas*, a.a.O.

852 Siehe *Neubauer*, Zur ökonomischen Steuerung der Krankenhausversorgung unter DRG-Fallpauschalen, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2003 (2004), S. 101 (109 f.).

853 *Quaas*, Sind Wahlleistungen und Privatkliniken eine finanzierungsrechtliche Alternative?, KHuR 2006, S. 114 (119 ff.).

854 Siehe II.4.7.2.

855 *Quaas*, Sind Wahlleistungen und Privatkliniken eine finanzierungsrechtliche Alternative?, KHuR 2006, S. 114 ff.

856 *Quaas*, a.a.O., S. 118 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

medizinischen Wahlleistungen ist daher bescheidener Erfolg zu attestieren: „Das Krankenhaus wird daran gewiss nicht finanziell genesen“.[857]

Anders stellt sich die Lage dar, wenn spezialisierte Privatkliniken überhaupt nur solche Leistungen anbieten oder als reine Privatkliniken ohne Planstatus und organisatorische Verbindung zu solchen Plankrankenhäusern rein privatrechtlich abrechnen. Dann gelten die öffentlich-rechtlichen Vergütungsbestimmungen nicht. Da die Kliniken hier allein auf den Patienten als Selbstzahler angewiesen sind und im übrigen in kleiner Zahl bestehen (2004: 130),[858] sind sie nach Auffassung des *BKartA* nicht dem allgemeinen Krankenhausmarkt zuzurechnen.[859]

Damit bleibt für die weitergehende selektivvertragliche Preisgestaltung im Krankenhausbereich wenig Raum. Die vormals existente Vertragskompetenz im Bereich des § 116b SGB V ist – ungeachtet der ohnehin gem. S. 2 (a.F.) vermittelten Einschränkungen hinsichtlich der Vergütung – entfallen. Darüber hinaus und unbeschadet der vormals gebundenen Anschubfinanzierung (vgl. § 140d Abs. 4 SGB V) bleibt nur die individuelle Preisgestaltung im Rahmen der integrierten Versorgung möglich.[860]

Festzuhalten ist danach, daß vorbehaltlich des Vordringens der Krankenhäuser in den ambulanten und den Schnittstellenbereich die Möglichkeiten zur Preisgestaltung und zur Schaffung dadurch bedingter Wettbewerbsvorteile gering sind.

4.2.2. Qualität, Versorgungsangebot und Spezialisierung

a) Die zuletzt genannten Versorgungsformen markieren jedoch ein besonderes Feld mit der Möglichkeit zur Spezialisierung und Steigerung der Qualität, die die Akquisition der Patienten maßgeblich bestimmt, wenngleich angesichts einer Informationsasymmetrie nur in eingeschränktem Umfang.[861] Die Veröffentlichung der Qualitätsberichte im Internet i.V.m. mit der Handlungsalternative vergleichenden Informierens und des Aussprechens von Empfehlungen durch Krankenkassen und Kassenärztliche Vereinigungen (§ 137 Abs. 3 S. 1 Nr. 4, S. 4 SGB V) macht das Qualitätskriterium jedenfalls operabel.

Der im Hinblick auf die Wahl des Krankenhauses bereits näher betrachtete Wettbewerbsparameter „Qualität“ ist von allgemeiner Bedeutung auch dann, wenn er von den Nachfragern nur unvollkommen wahrgenommen wird. Das ergibt sich bereits aus den gesetzlichen Vorgaben der Qualitätssicherung (vgl. v.a. § 137 SGB V), die das Leistungsniveau in puncto Versorgungsqualität nach § 137a SGB V mess- und darstellbar[862] bestimmen. In diesem Zusammenhang ist die (nunmehr) mit Richtliniencharak-

857 *Quaas*, a.a.O., S. 119.

858 Vgl. BKartA, Beschl. v. 23. März 2005, B 10 – 109/04, Rn. 73 Fn. 93.

859 Vgl. BKartA, Beschl. v. 23. März 2005, B 10 – 109/04, Rn. 73.

860 S.o. II.3.1.4.3.

861 II.1.1.3.

862 Durch ein unabhängiges Qualitätsinstitut; als solches fungierte zunächst die Bundesgeschäftsstelle Qualitätssicherung (BQS), vgl. insoweit zum Qualitätsreport 2007 auch *Veit*, Qualitätssicherung im

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ter ausgestattete Vereinbarung zur Qualitätssicherung für Krankenhäuser des Gemeinsamen Bundesausschusses zu nennen;[863] im Wege der Anlage einbezogen sind verpflichtend zu dokumentierende Leistungsbereiche. Ebenfalls der Qualitätssicherung zuzurechnen sind die zur Teilnahme am Markt wichtigen Mindestmengen, die sich aus der mit Richtlinienqualität (vgl. § 137 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 13 SGB V) ausgestatteten Mindestmengenvereinbarung ergeben.[864] Die zuletzt in der Anlage 1 (OPS Version 2009) ausgewiesene jährliche Mindestmenge pro Krankenhaus etwa beträgt bei Lebertransplantationen 20 und bei Nierentransplantationen 25.

Dessen ungeachtet wird es stets regulatorischer Vorgaben bedürfen, um Qualität im sensiblen Gesundheitssektor als einem unvollkommenen Markt sicherzustellen. Über beides geht die *Monopolkommission* hinweg, wenn sie konstatiert:

> „Die insgesamt geringe Qualitätstransparenz im Krankenhaussektor diszipliniert Krankenhäuser derzeit nur unzureichend in ihren Anreizen, die Behandlungsqualität abzusenken."[865]

Gleichzeitig weist sie darauf hin, die Steigerung des Wettbewerbs führe in „Bereichen, die sich Qualitätstransparenz entziehen, zu einer Qualitätsreduktion".[866] Dennoch gelte:

> „Gesetzliche Qualitätsvorgaben für Krankenhausleistungen sind ungeeignet, ein hohes Qualitätsniveau zu garantieren."[867]

Eine andere Frage ist es hingegen, wenn pauschalierte Entgelte eine verfrühte, „blutige"[868] Entlassung zur Folge haben und an anderer Stelle im System (ambulante) Folgekosten generieren. [869]

b) Der Angebotsmarkt wird im wesentlichen von den Allgemeinkrankenhäusern und den Fachkliniken bedient. In Anbetracht der Existenz von Krankenhäusern der Grund-, Regel-, Schwerpunkt- und Maximalversorgung decken Krankenhäuser der höheren Versorgungsstufe[870] zumindest auch die Bereiche der niedrigeren Versorgungsstufen ab.[871] In diesem Sinne konkurrieren etwa Allgemeinkrankenhäuser ebenso mit den be-

---

Krankenhaus, ErsK 2008, S. 423 ff.; zuletzt wurde das „Aqua-Institut für angewandte Qualitätsförderung und Forschung im Gesundheitswesen GmbH" beauftrag, vgl. *Gemeinsamer Bundesausschuss* (Hrsg.), Newsletter 2/2009.

863 Zul. geänd. am 19.2.2009, BAnz. 2009, S. 1271.

864 Zul. geänd. am 18.12.2008, BAnz. 2009, S. 4809.

865 Siebzehntes Hauptgutachten, BT-Drs. 16/10140, S. 321, Ziff. 822.

866 A.a.O., S. 321, Ziff. 821.

867 A.a.O., S. 320, Ziff. 819.

868 A.a.O., S. 324, Ziff. 831.

869 A.a.O., S. 321, Ziff. 822.

870 Zu den Versorgungsstufen I-III, neben den Fachkrankenhäusern des Krankenhausplanes des Freistaates Bayern 2007, vgl. dessen Teil I, Allgemeine Grundsätze, Ziff. 5.2.1.-5.2.3.

871 Vgl. BKartA, Beschl. v. 23. März 2005, B 10 – 109/04, Rn. 78.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

nachbarten wie mit Fachkliniken.[872] Der Patient hingegen nimmt das Angebot einheitlich wahr, auch wenn er im Bedarfsfalle stets Teilleistungen nachfragt.[873]

In diesem Zusammenhang spielt die Bindung des Patienten an bestimmte Häuser eine nicht zu unterschätzende Rolle, wobei tendenziell Krankenhäuser im Vorteil sind, die ein umfassendes Leistungssortiment anbieten. Qualitätsberichte vermögen eine entsprechende Bindung mitunter zu durchbrechen. Wiederum andere Patienten fühlen sich eher sortimentsunabhängig dem – z.B. kirchlichen – Träger der Krankenhäuser verbunden.

Sowohl Ausdruck des Angebotszuschnitts als auch der Kooperation mit anderen Krankenhäusern ist die qualitätssichernd erfolgende Abstimmung der Leistungsspektren der Krankenhäuser untereinander. Das Krankenhaus Barometer (Umfrage 2007) weist hinsichtlich der stationären Leistungen Abstimmungsaktivitäten von einem Viertel der Häuser aus; im ambulanten Bereich sind es ca. 10%.[874]

4.2.3. Absatzmenge

Im Rahmen betriebswirtschaftlicher Überlegungen spielt naturgemäß die Absatzmenge eine Rolle. Die gewinnorientierte Erfolgswirksamkeit ergibt sich in Abhängigkeit der Relevanz der Behandlungsleistungen bzw. Fälle entsprechend der Leistungsstrukturen im Versorgungsmanagement und nach Maßgabe einer positiv aufwandsorientierten Darstellung im case-mix.

Gleichzeitig impliziert der Wettbewerb um die Leistungsmenge einen solchen um Strukturvorteile in der Regulierung bzw. um den Erhalt der systemimmanent gefestigten Marktposition. Insoweit stellen sich die Regelungen über Mindestmengen (vgl. § 137 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, S. 2 SGB V) nicht allein als Qualitätssicherungsmaßnahmen, sondern aus Sicht der Krankenhäuser als Marktteilnehmer auch als „zweite Komponente wirtschaftlicher Mindestsicherung“[875] dar. Umgekehrt könnte man auch von einer zweiten Hürde im Zeichen besonderer Regulierungsverdichtung sprechen. Dabei kann es zu Zielkonflikten kommen, bezieht man die Krankenhausplanung im Spannungsfeld zwischen Bedarfsanalyse und grundrechtlichen Marktein- und Zutrittschancen in die Betrachtung mit ein. Qualitäts- und Versorgungsziele können mithin miteinander konfligieren.[876]

4.2.4. Exkurs: Einflüsse veränderten Kodierverhaltens

Die im Bereich der DRG bekannte Problematik der Einflussnahme auf die erlösrelevante Behandlungsdokumentation in Form des sog. „up-codings“ oder „gamings“ [877] ist

872 A.a.O.

873 A.a.O., Rn. 79.

874 *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2007, S. 26 f.

875 Vgl. oben II.4.1.

876 *Becker*, in: ders./Kingreen, SGB V (2008), § 137 Rn. 12.

877 S. *Wasem/Rotter/Focke/Igl*, in. Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2007 (2008), S. 49 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

letztlich ein allgemeines Problem, das sich im Gefolge der „Klassifikation“ von Fällen der Krankenhausbehandlung ebenso zu stellen vermag, wie bei einer solchen von Versicherten nach Morbiditätsgruppen. Während die Problematik des sog. „up-“ bzw. „right-codings“ im Hinblick auf den M-RSA v.a. ambulante Diagnosen betrifft und die Finanzbasis der Krankenkassen tangiert,[878] ist das seitens der Krankenhäuser „veränderte Kodierverhalten als eine der ungeklärten Herausforderungen der DRG-Einführung“[879] bereits länger Gegenstand der Diskussion. Die Versuchung lässt sich kaum nicht negieren:

> „Das Interesse eines Krankenhauses an einer möglichst hohen Wertigkeit der behandelten Fälle mag über das »Rightcoding« hinaus aber auch Überlegungen auslösen, durch Manipulationen der Dokumentationen gegenüber dem realen Leistungsgeschehen hinsichtlich der Höhe der abrechenbaren Bewertungsrelationen »nachzuhelfen«, wofür sich der Begriff des »Upcoding« eingebürgert hat.“[880]

Auch die *Monopolkommission* hat „manipulatives Kodierverhalten“ kritisiert und u.a. auf die regelmäßige Kodierung von Geburtskomplikationen hingewiesen.[881]

Wichtig ist, daß es *aus normativer Warte* allein auf die Einhaltung der Kodier- und Meldevorschriften ankommt, wohingegen der verklärende Begriff des sog. „right-codings“ häufig „operationalisiert“ wird, um sachverhaltsunspezifisch Bestrebungen ohne Betrachtung der Kodier-, berufs-, datenschutz- und abrechnungsrechtlicher Vorschriften zu legitimieren. Insbesondere die manipulatorisch „korrigierende Nacherfassung“ von Diagnosen rührt an zentralen Steuerungskomponenten des Systems. Legalistisch gesehen kann hier auch nicht von Fehlanreizen gesprochen werden, unbeschadet der Frage erforderliche Kontrolle.

Soweit im übrigen nur die „nominelle Ebene“[882] betroffen ist, sollen „Right-“ wie „Upcoding“ nach dem gesetzgeberischen Willen jedenfalls nicht zu Mehrerlösen führen, soll die effiziente Allokation also nicht konterkariert werden. Auch im Bereich der Anpassung der vertragsärztlichen Gesamtvergütung an die Morbiditätsentwicklung im Zuge des GKV-WSG hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, daß „Mehrleistungen, die... durch statistische Effekte wie z.B. das „Up-“ oder auch „Right-Coding“ anfallen,... nicht zusätzlich von den Krankenkassen vergütet“ werden.[883]. Auf die Details zur Regulierung und „Isolierung“ der Ergebnisse veränderten Kodierverhaltens kann hier nicht näher eingegangen werden.[884]

---

878 Dazu unter II.5.1.2.

879 Gleichnamiger Titel des Beitrags von *Wasem/Rotter/Focke/Igl*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2007 (2008), S. 49 ff.

880 A.a.O., S. 49 ff.

881 *Monopolkommission*, Siebzehntes Hauptgutachten, BT-Drs. 16/10140, S. 325 f., Ziff. 837.

882 *Wasem/Rotter/Focke/Igl*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2007 (2008), S. 50.

883 BT-Drs. 16/3100, S. 120.

884 Dazu wiederum *Wasem/Rotter/Focke/Igl*, in. Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2007 (2008), S. 49 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4.2.5. Besondere Versorgungsformen: Konzeption und Haftung

Besondere Versorgungsformen wie DMP und insbesondere (deren Durchführung im Wege der) IV spielen nicht nur im Verhältnis der Krankenkassen zu den teilnehmenden Versicherten ein Rolle, sondern auch mit Blick auf die Binnenkonkurrenz der Leistungserbringer um den Zusammenschluss in Netzwerken[885] und um den Abschluß von Selektivverträgen mit den Krankenkassen.[886] Dies zusammengenommen erscheinen besondere Versorgungsformen zunehmend als notwendiger Bestandteil der „Angebotspalette" der Krankenhäuser im Wettbewerb untereinander und zur mindestens indirekten Steuerung der Akquisition von Patienten. Die hier verbleibenden Spielräume bei der Preisgestaltung untermauern dies.[887]

Konkurrenzfähigkeit in diesem Bereich bedeutet aus Sicht der Krankenhäuser dabei großen Planungs- und Organisationsaufwand sowohl im medizinischen als auch im ökonomischen, organisatorischen und juristischen Bereich. Für die Kalkulation ist angesichts des massiven Projektaufwandes eine exakte Analyse der wirklichen Aufwendungen auf der Grundlage der eigenen Zahlen erforderlich. „Sonst kann es passieren, daß 10% des Gesamtarbeitsaufwandes darauf verwendet werden, 1% Erlössteigerung zu bewirken."[888] Das galt zunächst umso mehr, als mit der nach § 140c Abs. 1 S. 1 SGB V mit den Krankenhäusern zu finanzierenden Vergütung bis zum 31. Dezember 2008

> „nur die Leistungen finanziert [wurden], die über die im Gesamtbetrag nach den §§ 3 und 4 des Krankenhausentgeltgesetztes oder dem § 6 der Bundespflegesatzverordnung enthaltenen Leistungen hinaus vereinbart werden."

Danach mussten besondere Rationalisierungsgewinne erwirtschaften werden, um in Anbetracht der Rechnungskürzung nach § 140d Abs. 1 SGB V das vor Einführung der Anschubfinanzierung erzielte Vergütungsniveau zu halten.[889]

> „Die Anschubfinanzierung… konkurriert deshalb mit dem gesetzlichen Auftrag nach § 1 Abs. 1 KHG, der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser".[890]

Unbeschadet der *Anschubfinanzierung* aber kann gleichwohl von den Vorschriften des KHG und KHEntgG abgewichen werden, wenn dies der Förderung qualitativ hochwertiger Versorgung im Integrationsverbund dient.

Überdies entbinden die in IV-Modellen zumeist definierten medizinischen Behandlungspfade nicht von den (arzt-) haftungsrechtlichen Anforderungen und sind daher mit

885 Vgl. nachfolgend II.4.3.

886 Dazu II.3.1.2.

887 Vgl. vorstehend II.4.1.

888 *Mau*, Integrierte Versorgung – Chancen und Risiken aus der Sicht der klinischen Praxis, KHuR 2004, S. 71 (75).

889 *Bohle*, Integrierte Versorgung – Aktuelle Rechtsfragen der Umsetzung, in: ders. (Hrsg.), Vertragsgestaltung in der Integrierten Versorgung (2005), S. 9 (17).

890 *Bohle*, a.a.O., S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Risiken verbunden,[891] wenn die Kongruenz der Standards nicht hinreichend bedacht wird. Das Problem ist ein doppeltes: In besonders gelagerten Fällen könnte ein Festhalten am Behandlungspfad unter Umständen eine Verletzung der erforderlichen Sorgfalt und damit des Behandlungsvertrages mit dem Patienten bedeuten, während umgekehrt ein Abweichen zur Verletzung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsvertrags führt.[892] Dem zu begegnen, bieten sich der Flexibilität Rechnung tragende Vertragsklauseln bzw. Kontrollen durch Fachausschüsse an.[893]

4.3. Einweisungssteuerung seitens der Krankenhäuser

Wie gesehen wird der Absatzmarkt weniger über den Preis als vielmehr durch die Qualität und das Versorgungsangebot bestimmt. Diese Parameter setzen bei der Wahl des Krankenhauses durch die Patienten an.[894] Unbeschadet der „neben" ärztlicher Einweisungstätigkeit ausgeübten Wahlrechte aber ist die Nachfragetätigkeit und -macht der Patienten begrenzt, weniger „aufgrund ihrer Zahl" [895] als vielmehr durch die Begrenzung auf indizierten Behandlungsbedarf, deretwegen auch die Kostenträger „keinen relevanten Einfluß auf das mengenmäßige Volumen der Nachfrage" haben.[896]

Angesichts dessen stellt sich für das Krankenhaus die Frage, wie es individuell oder in Kooperation mit anderen Häusern auf die Steuerung der Patientenströme Einfluß nehmen kann. Insofern liegt nahe, auch bei den Ärzten anzusetzen. Während allerdings die Gründung von und Steuerung über MVZ in der Trägerschaft der Krankenhausträger *grundsätzlich* zulässig ist, begegnen Einweisungspauschalen als „Entgelte" an Ärzte bereits im Ansatz Bedenken, wobei hier die konkrete Ausgestaltung entscheidend ist. Unter Wettbewerbsgesichtspunkten ebenfalls kritisch zu beurteilen sind Vereinbarungen *zwischen Krankenhäusern* über die Beteiligung an Versorgungskonzepten und die Steuerung von Patientenströmen.

4.3.1. Gründung von und Steuerung durch MVZ

Ein strategisches Einweisungsmanagement können die Krankenhäuser bspw. im Gefolge der Gründung von MVZ durch ihre eigenen Träger avisieren. MVZ werden meist in (z.T. unmittelbarer) Nähe des Krankenhauses errichtet. Letztere sind schon von daher „nächsterreichbar" i.S.d. § 73 Abs. 4 SGB V. Zu dieser organisatorischen kommt nach Inkrafttreten des VÄndG auch eine mögliche personelle Verschränkung. Entsprechend der Änderung der auch für MVZ maßgeblichen Zulassungsverordnung für Vertragsärzte

891 Siehe *Koller*: Haftungsrechtliche Probleme im Rahmen der Integrierten Versorgung nach dem GMG, KHuR 2005, S. 71 ff.

892 *Koller*, a.a.O., S. 72.

893 *Koller*, a.a.O., S. 72 f.

894 Vgl. II.1.1.1.

895 So BKartA, Beschl. v. 23.3.2005, B 10 – 109/04, Rn. 135.

896 A.a.O.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(Ärzte-ZV), § 1 Abs. 3 Nr. 2, ist die Tätigkeit in oder die Zusammenarbeit mit einem zugelassenen Krankenhaus nach § 108 SGB V mit der Tätigkeit des Vertragsarztes vereinbar, § 20 Abs. 2 S. 2 Ärzte-ZV.

Die Gründung von MVZ erlangt mithin nicht allein als Strategie im Verhältnis der Konkurrenzsituation der Krankenhäuser untereinander Bedeutung. Vielmehr haben – in personell-organisatorischer Hinsicht – auch die im MVZ angestellten Krankenhausärzte teil an der allgemeinen Konkurrenzsituation zwischen MVZ und niedergelassenen Ärzten.[897] Leistungsbezogen hingegen konkurrieren (v.a. nicht in Krankenhausträgerschaft befindliche) MVZ allein mit solchen Krankenhäusern, die ausnahmsweise vertragsärztliche Leistungen erbringen.[898]

Zentrale Bedeutung im Verhältnis der Konkurrenz der Krankenhäuser untereinander allerdings entfaltet die Einweisungssteuerung über die von den Trägern der stationären Einrichtungen gehaltenen MVZ. In beiden Untersagungsverfügungen des BKartA gegenüber der Rhön-Klinikum AG, andere Häuser zu übernehmen, wurde die „Einführung“ [899] bzw. „Übernahme“ [900] von MVZ als Möglichkeit zur „Akquisition stationärer Patienten durch ambulante Versorgung“[901] im Sinne der Einflußnahmemöglichkeit auf potentielle Patientenströme gesehen. Insofern entstünden Wettbewerbsvorteile und die Möglichkeit der Erzielung von Synergieeffekten für das Kerngeschäft in erheblicher Weise.[902]

Von einem „Siegeszug“ dieser Steuerungsoption durch Gründung von MVZ in der Hand der Krankenhäuser lässt sich allerdings derzeit nicht sprechen. Vielmehr hat sich in der Praxis erwiesen, daß zahlreiche Häuser ihre zunächst intensiv betriebenen Bemühungen (vorerst) eingestellt haben.[903] Damit hat sich die im Jahr 2005 geäußerte Prognose, bis zum Jahre 2007 würden 500 krankenhausbetriebene MVZ errichtet,[904] nicht bewahrheitet. Sie beruhte auf der Einschätzung, daß 28% der Krankenhäuser innerhalb der auf das Jahr 2005 folgenden 2 Jahre die Einrichtung eines MVZ planten.[905] Nach Erhebungen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KVB) waren zum 3. Quartal 2008 insgesamt 1.152 MVZ zugelassen, in denen 5.183 (durchschnittlich 4,5) Ärzte tätig waren, 3.921 (76%) davon im Anstellungsverhältnis.[906] 37,2%, das sind 429 und

897 Vgl. *Kuhlmann*, das Krankenhaus 2004, S. 13.

898 *Kuhlmann*, a.a.O.

899 BKartA, Beschl. v. 23.3.2005, B 10 – 109/04, Rn. 130.

900 BKartA, Beschl. v. 10.3.2005, B 10 – 123/04, Rn. 172.

901 BKartA, Beschl. v. 23.3.2005, B 10 – 109/04, Ziff. 3.3.2 vor Rn. 129; Beschl. v. 10.3.2005, B 10 – 123/04, Ziff. 3.4.2. vor Rn. 171.

902 BKartA, Beschl. v. 10.3.2005, B 10 – 123/04, Rn. 173 f.; Beschl. v. 23.3.2005, B 10 – 109/04, Rn. 131 f.

903 Dazu und den Gründen *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2006, S. 51.

904 *Andreas*, ArztRecht 2005, S. 144.

905 *Andreas*, a.a.O. m.N.

906 Siehe unter www.kbv.de (Fachbesucher, Themen, MVZ). Allein 243 MVZ, davon 58 in Krankenhausträgerschaft, existierten in Bayern, gefolgt von Berlin (119/28) und Niedersachsen (113/48); Stand: 3. Quartal 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

damit immer noch deutlich unter 500 Einrichtungen, befinden sich in der Trägerschaft von Krankenhäusern.[907]

Von den Krankenhäusern, die ihre Bemühungen um die Gründung eines MVZ (vorerst) eingestellt hatten – bezogen auf 341 im Jahr 2006 befragte Häusern – gaben 57,1% starke Widerstände der niedergelassenen Ärzte, 41,4% Zulassungssperren für bestimmte Fachgebiete und 20,7% juristische Probleme[908] als wesentliche Gründe für den Rückzug an.

Auch in Anbetracht des VÄndG hat sich die Quote der MVZ in Krankenhausträgerschaft[909] nicht signifikant verändert. Sie lag längere Zeit knapp unter 33% und liegt seit dem 4. Quartal 2007 trotz des Rückgangs der Zahl der Krankenhäuser bei etwas über einem Drittel.[910] Die Öffnung für die Tätigkeit von Vertragsärzten hat den Anstieg nicht beflügelt, denn in MVZ in Trägerschaft eines Krankenhauses arbeiten überwiegend angestellte Ärzte, so im 3. Quartal 2008 insgesamt 1.901 gegenüber 44 Vertragsärzten. 403 Einrichtungen arbeiten ausschließlich mit angestellten Ärzten.

Die krankenhausbezogen besondere Bedeutung der MVZ für das Einweisungs- und Entlassungsmanagement rückt diese – nebst anderen Strategien der „Zentrenbildung“[911] – in den Blickpunkt einer Versorgungszentrierung als Teil der strukturellen Reorganisation. [912]

4.3.2. „Einweisungspauschalen“ an Ärzte

4.3.2.1. Die Problematik

Eine andere Möglichkeit der Einweisungssteuerung setzt direkt bei den niedergelassenen Ärzten an, denen Pauschalentgelte seitens der Krankenhäuser für bestimmte im Zusammenhang mit der Krankenhausbehandlung stehende Tätigkeiten gezahlt werden. Die sozialrechtlich intendierte Kooperation von ambulantem und stationärem Sektor fordert hier in besonderer Weise das Berufsrecht heraus, denn Zuweisungsentgelte sind nach § 31 MBO in Gestalt der Landesberufsordnungen verboten.[913] Mangels unausweichlicher Normenkollision kann dabei das Berufsrecht nicht *in toto* mit dem Hinweis auf die Normenhierarchie „ausgehebelt“ werden. Dies widerspräche methodischen Grundsätzen, führte zur allgemeinen Derogation weiter Anwendungsbereiche des Berufsrechts und liefe im Kernbereich schließlich der Rechtssetzungsautonomie vor dem

907 A.a.O.

908 „Aufgrund der komplizierten Rechtsmaterie, die vom Arztrecht über das Gesellschafts- und Arbeitsrecht bis hin zum Steuerrecht reicht“, a.a.O., S. 51.

909 S. im Hinblick auf „Eine empirische Analyse der MVZ am Krankenhaus“ ausführlich *Hansen*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2008/2009 (2009), S. 35 ff.

910 www.kbv.de (Fachbesucher, Themen, MVZ); Stand: 3. Quartal 2008.

911 Dazu insgesamt die Beiträge in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2008/2009 (2009).

912 Vgl. II.4.7.

913 Vgl. I.4.4.6.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hintergrund der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG zuwider. Über die Inkorporation berufsrechtlicher Standards in das Wettbewerbsrecht schließlich kommt es (mittelbar) zur jedenfalls normhierarchisch nicht aufzulösenden bekannten Kollision zwischen Wettbewerbs- und Sozialversicherungsrecht.

Unproblematisch und damit im Wege des Berufsrechts disziplinarrechtlich oder i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG sanktionierbar sind nach § 31 MBO unmittelbare Entgelte für die Einweisung von Patienten. Allerdings hat die Praxis zum Streit darüber Anlaß gegeben, ob etwa eine von Krankenhäusern angebotene „Betreuungspauschale" für die postoperative Nachbetreuung gegen das Zuweisungsverbot verstößt. In einem vom *OLG Schleswig-Holstein* entschiedenen Fall wurde eine solche Pauschale mittels eines Konsiliarvertrages denjenigen niedergelassenen Ärzten angeboten, die der Klinik regelmäßig oder überdurchschnittlich häufig Patienten zugewiesen hatten.[914] Das Gericht hat die Zulässigkeit im wesentlichen deshalb verneint, weil für den Arzt die gesetzlich vorgesehenen Vergütungsmöglichkeiten nach EBM 2000 plus bzw. GOÄ bestünden, weil die nachstationäre Behandlung in den Aufgabenbereich des Krankenhauses falle bzw. als Behandlung im Krankenhaus stattzufinden habe und schließlich, weil vertragliche Vergütungsregelungen i.S.d. § 115a SGB V unterlaufen würden und Krankenhäuser Entgelte nicht einfach weitergeben dürften. Darüber hinaus gründete das Gericht sein Urteil auf einen Verstoß gegen das Berufsrecht:

> „§ 32 BO [Schleswig-Holstein] soll gerade eine Wettbewerbsverzerrung zwischen Ärzten verhindern, die eintritt, wenn die Entscheidung über die Zuweisung zu einem bestimmten Arzt oder an ein bestimmtes Krankenhaus durch Entgeltzahlung beeinflusst wird." [915]

Unter dem Gesichtspunkt der besseren Verzahnung zwischen ambulanter und stationärer Versorgung schließlich heißt es:

> „Die Verzahnung von ambulanter und stationärer Behandlung dient aber dann nicht den Interessen der Patienten, wenn – wie hier – durch die Zahlung eines Geldbetrages die Entscheidung des Augenarztes beeinflusst wird, wohin er einen Patienten für eine Operation überweist, unabhängig von der Qualität der zu erwartenden Behandlung." [916]

Demgegenüber hat das *OLG Düsseldorf* in einem ähnlich gelagerten Fall, der ebenfalls einen Vertrag mit Entgeltung prä- bzw. postoperativer Leistungen bei Kataraktoperationen betraf, anders, nämlich im Sinne der Zulässigkeit bzw. negativ über einen Unterlassungsanspruch gegen das Krankenhaus betreffend das Angebot entsprechender Kooperationsvereinbarungen entschieden.[917] Dabei fällt zunächst auf, daß sich das Gericht auf das bereits im Rahmen der Erläuterung des Berufs- und Werberechts beschrie-

914 *OLG Schleswig-Holstein*, Urt, v. 4.11.2003, MedR 2004, S. 270 ff.
915 A.a.O., S. 274.
916 A.a.O., S. 274.
917 *OLG Düsseldorf*, Urt, v. 16.11.2004, MedR 2005, S. 169 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

bene „Klinikprivileg“ zurückzieht, demzufolge eine Zurechnung[918] an das Krankenhaus ausscheidet[919] bzw. geringere Maßstäbe anzulegen sind. Zutreffend aber ist von anderer Seite darauf hingewiesen worden, daß die Ärzte an das Gebot gebunden bleiben.[920] Daß die Frage im Fall also „dahinstehen“ [921] konnte, ändert nichts an einer für die Zulässigkeit erforderlichen Gesamtbetrachtung, die das Berufsrecht mit einbezieht. Dies aber hatte das Gericht nach eigener Anschauung ebenso wenig zu berücksichtigen wie es Ausführungen zu möglichen Verstößen gegen die sozialrechtlichen Bestimmungen (ggf. i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG) machte. Es bringt überdies zum Ausdruck, daß im Zusammenhang mit der Vergütungsvereinbarung eine (billigenswerte) Abgeltung der Qualitätssicherung (Dokumentation) erfolgte.[922]

4.3.2.2. Sozialrechtliches Selektivvertragsrecht versus Berufsrecht?

Beide Fälle stehen Pate für die grundsätzliche Problematik des Verhältnisses zwischen Berufsrecht und sozialrechtlichem Selektivvertragsrecht, insbesondere im Bereich der IV. Die scheinbar schlichte Unterscheidung zwischen neuen Versorgungsformen und „Ein- oder Zuweiserbindungen“[923] wird hier nicht weiterführen, geht es doch gerade um die weitere Konturierung der Verbotstatbestände im Zeichen „innovativer“ Versorgungsformen und das Verhältnis der Regime zueinander in den näher zu beschreibenden Konfliktfällen. Im Rahmen der Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V stellen sich in Anbetracht der vielfach organisierten Beteiligung der Ärzte an Einsparungen (in separaten Verträgen) ähnliche Probleme.

In diesem Sinne wird gefolgert, daß Pauschalentgelte der in den vorgenannten Gerichtsentscheidungen beschriebenen Formen im Bereich der IV weniger kritisch zu sehen sind als im übrigen.[924] Es bleibt allerdings bei der Aufgabe, die „Öffnung des Berufsrechts für das Selektivvertragsrecht“ interpretatorisch zu begleiten: kollisionsspezifisch, teleologisch, verfassungsrechtlich und normhierachisch (i.ü.). Weitergehend enthält Art. 11 Abs. 1 S. 2 ApoG[925] eine (formell-)gesetzliche Kollisionsregel zugunsten des IV-Vertragsrechts mit Blick auf das Ärztebevorzugungsverbot. Möglicherweise kommt dem indiziell eine gewisse Bedeutung für rechtspolitisch avisierte „Öffnungsklauseln“ zu.

---

918 Diese (i.S.e. Verschuldens) wurde überdies gerade für den vorliegenden Fall verneint, daß „sich eine Krankenhaus bei der Vertragsgestaltung an den Vorgaben eines Vertragsmodells einer Kassenärztlichen Vereinigung“ … „orientiert“, a.a.O., LS. 2.

919 A.a.O., Rn. 170 f.

920 *Walter*, Pauschalentgelte von Krankenhäusern an niedergelassene Ärzte – zulässige Zuweiserbindung oder berufswidrige Provision?, KHuR 2006, S. 71 (74).

921 *OLG Düsseldorf*, Urt, v. 16.11.2004, MedR 2005, S. 169 (171 f.).

922 *OLG Düsseldorf*, a.a.O.

923 Siehe Ratzel, in: ders./Lippert, Kommentar zur MBO, 4. Aufl. (2006), § 31 Rn. 22.

924 *Walter*, Pauschalentgelte von Krankenhäusern an niedergelassene Ärzte – zulässige Zuweiserbindung oder berufswidrige Provision?, KHuR 2006, S. 71 (76).

925 Dazu *Walter*, a.a.O., S. 75 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4.3.3. Vereinbarungen/Absprachen zwischen den Krankenhäusern

Das nationale ebenso wie das europäische Kartellrecht bilden den Maßstab für kollusives Zusammenwirken der Krankenhäuser als Unternehmen, durch welches die Freiheit des Wettbewerbs um Versorgungsverträge beeinträchtigt wird. Bei entsprechendem Bezug ist auch das europäische Recht einschlägig, etwa betreffend die Gesundheitsversorgung in Grenzregionen, z.B. für Patienten aus anderen Mitgliedstaaten, oder mit Blick auf Leistungserbringer im grenznahen In- und Ausland. Auf der – im Zeichen der Grundfreiheiten weithin deklaratorischen – Grundlage des § 140e SGB V,[926] neu gefasst durch das GKV-WSG, dürfen die Krankenkassen Verträge mit Leistungserbringern[927] in Staaten schließen, in denen die Verordnung (EWG) 1408/71 – in ihrer jeweiligen Fassung – anzuwenden ist.

Seitens der Krankenhäuser etwa vorgenommene Absprachen über die Aufteilung von Abteilungen oder die Patientenzufuhr[928] sind ebenso wie solche über die (Nicht-) Beteiligung an der IV[929] am Kartellverbot gem. Art. 81 EGV bzw. § 1 GWB zu messen. Im Verhältnis der Krankenhäuser untereinander oder zu anderen Leistungserbringer, das nicht in, sondern ggf. gegen die Erfüllung der versorgungsvertraglichen Beziehungen zu den Krankenkassen gerichtet ist, ist die Anwendung des § 1 GWB nicht durch § 69 SGB V ausgeschlossen.

Des weiteren kämen im Zeichen der Bildung von und der Konkurrenz um „horizontale(n) Vernetzungen“[930] vielfältig kartellwidrige Absprachen in Betracht. Dabei ist im Lichte des § 140b SGB V für IV-Modelle allerdings zu berücksichtigen, daß Gemeinschaften aus Vertragspartnern gerade intendiert sind, da „Zusammenschlüsse“ Integrationsleistungen hervorbringen; Kooperation ist hier Strukturmerkmal. Das darf allerdings nicht zu über die IV ausgreifenden kartell- oder wettbewerbswidrigen Absprachen führen.[931]

Im übrigen ist bei hinreichender (gesellschaftsrechtlicher) „Integrationsdichte“ auch an kartellwidrige Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder Marktmißbrauch zu denken. Die Untersagungsbeschlüsse in der Fusionskontrolle haben gezeigt, daß die Märkte der Gesundheitsversorgung in relativer räumlicher Begrenzung zu ermitteln

926 Die Vorschrift beschreibt keinen eigenen Vertragstyp, sondern ist in Kombination mit entsprechenden Regelungen, z.B. i.V.m. § 140a ff. SGB V, anzuwenden; *Sichert*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für Integrierte Versorgung, GuS 2007, S. 28.

927 Welche die Anforderungen des § 13 Abs. 4 S. 2 SGB V bzw. die sekundärrechtlich geprägten Maßstäbe zur Anerkennung von Qualifikation und Zugang zur Berufsausübung erfüllen; s. *Sichert*, a.a.O., S. 30.

928 *Klaue*, in: Bruckenberger/Klaue/Schwintowski, Krankenhausmärkte zwischen Wettbewerb und Regulierung (2006), S. 172.

929 Zum Mittelstandskartell mit Blick auf § 3 GWB *Bohle*, Die Bedeutung des Kartell- und Wettbewerbsrechts bei Krankenhausfusionen, MedR 2006, S. 259 (264).

930 *Schwintowski*, in: Bruckenberger/Klaue/Schwintowski, Krankenhausmärkte zwischen Wettbewerb und Regulierung (2006), S. 128.

931 *Kamann/Gey*, Wettbewerbsrecht im deutschen Gesundheitswesen, PhamR 2006, S. 255; 291 (294).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

sind, und so kann es in diesen Räumen schnell zur Marktbeherrschung durch dominierende Leistungserbringer, insbesondere die für die transsektorale Versorgung bedeutsamen Krankenhäuser kommen. Hinsichtlich dieser insofern marktbeherrschenden Leistungserbringer(gesellschaften) ist daher besonderes Augenmerk auf missbräuchliches Verhalten i.S.d. Art. 82 EGV zu legen, insbesondere im Hinblick auf das Diktat marktabschottender Exklusivitätsvereinbarungen als Behinderungsmißbrauch.[932]

4.4. Der Wettbewerb um Kooperationsgemeinschaften: Die „Binnenkooperation" mit anderen Leistungserbringern („Vorab-Integration")

Im Wettbewerb um Selektivverträge mit den Krankenkassen[933] sind viele Leistungserbringer bemüht, sich aus eigenem Antrieb oder im Zusammenhang mit konkreten Vorhaben der Kassen zunächst um erfolgreiche Kooperationsstrukturen mit anderen, potenten Leistungserbringern zu bemühen. In diesem Wettbewerb um Kooperationsgemeinschaften zur „Binnenkooperation" oder auch „Vorab-Integration" geht es darum, sich für den direkten Beteiligungswettbewerb gut aufzustellen, strategisch (durch komplementäre „*assets*") zu ergänzen und Synergieeffekte vorzugeben. Dadurch kann den Krankenkassen ein abgestimmtes, gemeinsames Versorgungsangebot unterbreitet bzw. vorgezeichnet oder auf Angebote reagiert werden. Krankenhäuser v.a. derselben Versorgungs- und „Spezialisierungsstufe" konkurrieren damit um Leistungserbringer als Partner, um sich gemeinsam gegen andere – einzeln oder ihrerseits kooperativ agierende – „Anbietergemeinschaften" durchzusetzen. Entsprechend der Krankenhausdichte sind entsprechende Wettbewerbssituationen v.a. in Städten, z.B. zur Durchführung von DMP denkbar. Bei der Binnenkooperation kann es sowohl zu projektbezogenen Zusammenschlüssen kommen, die zweckgerichtet auf die IV beschränkt und z.B. als „Netzwerkpartnervertrag"[934] ausgestaltet sind, als auch zu solchen, die im gleichen Zuge eine grundsätzliche und dauerhafte Neuorganisation anstreben. Somit kann sich der Wettbewerb bei der IV auch auf die Landschaft der Leistungserbringer insgesamt auswirken.

Die Krankenhäuser jedenfalls kennzeichnen besondere Attraktivität und Stärke. Dies gilt zum einen wegen ihrer Managementkompetenz, vor allem aber wegen ihrer Unentbehrlichkeit zum finanzierungserheblichen Integrationsverbund mit dem stationären Sektor nach § 140a ff. SGB V, auch wenn damit nur ein (leistungsrechtlich weiter konkretisierungsbedürftiger) Teilausschnitt der IV beschrieben ist. Auch in diesem Zusammenhang ist die Trägerschaft von MVZ durch Krankenhausträger von Bedeutung. Selbst wenn Krankenhäuser das Know-how für die ambulante ärztliche Versorgung in der Regel „einkaufen" müssen, so haben sie doch besondere Erfahrung in Sachen des Betreibens von Einrichtungen, entweder selbst oder im Sinne des „Out" bzw. „Insour-

932 *Kamann/Gey*, a.a.O.

933 Vgl. II.3.1.2.

934 Vgl. *Wallhäuser*, Verträge in der Integrierten Versorgung (2005), S. 29 ff., 51 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cing“ mittels Betreibergesellschaften. Kommt darüber hinaus die Gründung einer Managementgesellschaft in Frage, können sich Krankenhäuser zur Sicherstellung der Einflussmöglichkeiten an diesen beteiligen. Nimmt man Out- und Insourcing zusammen, wobei unter „Insourcing“ fachintern die Übertragung von Aufgaben an ein vom Krankenhaus oder dem Träger gegründetes Unternehmen verstanden wird, haben nach der Umfrage 2007 (Krankenhaus Barometer) 8 Prozent der Häuser sowohl In- als auch Outsourcing betrieben.[935]

Das Bild der Kooperationen allerdings ist erst vollständig, wenn man auch die Kooperationen der Krankenhäuser miteinander berücksichtigt. „Knapp die Hälfte der Krankenhäuser (48%) ist seit dem Jahr 2004 eine institutionalisierte Form von Kooperationen mit anderen Krankenhäusern eingegangen“, die „am häufigsten… im Bereich der medizinischen Kernleistungen und Funktionsbereiche (wie z.B. Labor, Radiologie)“ stattfinden.[936]

4.5. Verdrängungswettbewerb: Konzentrationsprozeß und Gemeinwohlaufgaben

4.5.1. Entwicklungstendenzen

Die vorgenannten Aspekte lassen erahnen, daß zunehmende Konzentrationsprozesse die Sicherstellung der „bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung“ (§ 1 Abs. 1 KHG) vor besonderen Herausforderungen stellt. Das gilt umso mehr, als ein Qualitäts- und Spezialisierungswettbewerb in Anbetracht begrenzter „Nachfragekapazitäten“ auch als Verdrängungswettbewerb zum Ausdruck kommt. Die (möglichen) Folgen im Zuge eines immer stärkeren Konzentrationsprozesses bzw. einer abnehmenden Zahl der Krankenhäuser sind bekannt; es bestehen zunehmend Defizite hinsichtlich der *Versorgung in der Fläche*. Für die Notfallversorgung wiederum ergeben sich zudem die im Zusammenhang mit der strukturellen Reorganisation der Krankenhäuser (4.7.1) zu beschreibenden Effekte. Dies bestärkt auch die „Konzentration der Notfallversorgung auf wenige Kompetenzzentren, was für die Patienten zum Teil lange Transportzeiten erforderlich mache“.[937]

Problematisch ist also, wie diesem Befund zumindest teilweise steuernd entgegengewirkt werden kann. Prospektiv betrachtet könnten insoweit Finanzierungsanreize gewährt werden, sei es als Entgeltbestandteil oder -zuschlag oder qua Ausgleichsfinanzierung durch ein Fondsmodell.[938] Aktuell jedenfalls scheint wenig Erfolg versprechend, (gerade) die flächendeckend stationäre Versorgung durch IV-Modelle zu betreiben, um

935 *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2007, S. 26 f.

936 A.a.O., S. 29 f.

937 S. die Meldung „Ist die flächendeckende Notfallversorgung in Bayern in Gefahr?“, Ärzte Zeitung, 21.10.2002 (www.aerztezeitung.de).

938 S. *Ebsen*, Perspektiven der Krankenhausplanung in einem gewandelten Markt und einem föderalen Gefüge, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2006 (2007), S. 117 (129 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dadurch *Infrastrukturprojekte* zu fördern.[939] Allerdings steht zu erwarten und wird auch z.T. verlautbart, daß gerade größere Krankenhausketten im Sinne des nicht zu unterschätzenden Imagewettbewerbs sich auch in der Fläche mit Häusern engagieren. Im Konzernverbund bestehen dazu auch entsprechende Möglichkeiten; zahlreiche „Leistungen" sind gleichwohl mittels „outsourcing" organisierbar, wie etwa die externe Röntgendiagnostik bzw. zentrale Auswertung.

4.5.2. Verlustausgleich

Dennoch droht oftmals gerade den Häusern, die sich in erster Linie als Einrichtungen zur Daseinsvorsorge verstehen, das wirtschaftliche Aus. Daher gewähren Kommunen ihren Einrichtungen z.T. Ausgleichszahlungen für die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge. Hier ist bereits darauf hingewiesen worden, daß es einer Notifizierung der Verlustausgleiche nur dann nicht bedarf, wenn die bzgl. Art. 87 Abs. 1 EGV in der Sache *Altmark-Trans* aufgestellten Kriterien erfüllt sind.[940]

Ob dies der Fall ist, muß im Einzelfall geprüft werden. Ein nachträglicher Verlustausgleich bzw. ein solcher ohne vorherige Aufstellung objektiver und transparenter Kriterien erfüllt stets den Anwendungsbereich des Art. 87 EGV.[941] Unbeschadet der Festlegung der Kriterien handelt es sich „in der Tat… bei den herkömmlichen Ausgleichszahlungen um einen nachträglichen Verlustausgleich".[942] Daß die den Tatbestand ausschließenden *Altmark*-Kriteren allerdings generell nicht erfüllt seien, weil es an einer Aufgabe fehle, „mit welcher gerade die öffentlichen Krankenhäuser betraut worden sind",[943] kann nicht gesagt werden. Zwar besteht der Versorgungsauftrag der Plankrankenhäuser unabhängig von der Trägerschaft, und Planungs- und kommunaler Krankenhausträger sind auch nicht identisch. Eine derartige Akzessorietät ist den *Altmark*-Kriterien allerdings ebenso wenig zwingend zu entnehmen, wie eine in diese Richtung tendierende Sichtweise den rechtlichen Bedingtheiten der Verankerung der Krankenhausversorgung als kommunaler Pflichtaufgabe nicht gerecht würde.[944]

---

939 Speziell unter diesem Gesichtspunkt kam die ausdrücklich an einer entsprechenden Zielrichtung orientierte Studie über „Integrierte Versorgung als Baustein für eine moderne Gesundheitswirtschaft in den neuen Bundesländern" zu negativen Ergebnissen, vgl. Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung unter www.brr.bund.de (Navigation: Forschungsprogramme, Aufbau Ost, Infrastruktur).

940 Dazu oben I.4.4.3.2.

941 Siehe auch *Cremer*, Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext, in: Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Krankenhausrecht: Herausforderungen und Chancen, 2005, S. 23 (36); *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilferecht, in: Bauer u.a. (Hrsg.), FS für Reiner Schmidt (2006), S. 205 (209).

942 *Vollmöller*, a.a.O.

943 *Cremer*, Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext, in: Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Krankenhausrecht: Herausforderungen und Chancen, 2005, S. 23 (35 f.).

944 *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilferecht, in: Bauer u.a. (Hrsg.), FS für Reiner Schmidt (2006), S. 205 (209).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Liegt aber (dennoch) eine Beihilfe vor, ist die Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV zu prüfen, die Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) betraut sind, unter bestimmten Voraussetzungen von der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften ausnimmt. Nach Art. 16 EGV ist die Durchführung der Aufgaben der DAWI gemeinschaftsrechtlich spezifisch anerkannt. Das neue Protokoll (Nr. 9)[945] über DAWI, das nach dem Entwurf des Änderungsvertrages vom 5. Oktober 2007 dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beizufügen ist, dürfte an den hier maßgeblichen Grundsätzen im Ergebnis wenig ändern.[946] Der Rechtfertigung kommt in der Praxis besondere Bedeutung zu. Im November 2005 erließ die *Kommission* eine Entscheidung über die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von DAWI betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt wurden,[947] flankiert von einem Gemeinschaftsrahmen für Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden.[948] Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a der Entscheidung gilt diese auch für „Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser". Im Krankenhaussektor allerdings existieren Besonderheiten. Während nach dem Gemeinschaftsrahmen grundsätzlich eine Notifizierungspflicht bestehen bleibt,[949] nimmt die Entscheidung u.a. den Krankenhausbereich von der Notifizierung aus.[950] Die Entscheidung erkennt für den Krankenhaussektor an,[951]

> „daß im jetzigen Entwicklungsstadium des Binnenmarkts die Wettbewerbsverfälschung… nicht zwangsläufig in einem direkten Verhältnis zum Umsatz und zur Höhe der Ausgleichszahlungen steht. Daher sollten Krankenhäuser, die medizinische Versorgungsleistungen, Notfalldienste und unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundene Nebenleistungen – vor allem auf dem Gebiet der Forschung – erbringen, … im Rahmen dieser Entscheidung von der Notifizierungspflicht freigestellt werden, selbst wenn die Höhe des Ausgleichs, den sie erhalten, die in dieser Entscheidung genannten Obergrenzen überschreitet, vorausgesetzt, die erbrachten Leistungen werden von dem betreffenden Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingestuft."

Die Freistellung, vgl. Art. 3 der Entscheidung, setzt allerdings die Erfüllung der dort aufgestellten Voraussetzungen voraus. Sie entsprechen weithin den Kriterien in Sachen *Altmark-Trans*, wobei das „*Monti-Paket*" ein *transparentes* Verfahren für die Ermittlung der Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen nicht erforderlich macht.[952] Da mangels der Erfüllung der Entscheidungskriterien die Notifizierung aber erforderlich bleibt und die Mitgliedstaaten aufge-

945 CIG 2/1/07 REV 1, S. 25.

946 *Sichert*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für Integrierte Versorgung, GuS 2007, S. 28 (34 f.).

947 2005/842/EG, ABl. EU 2005 Nr. L 312, S. 67.

948 ABl. EU 2005 Nr. C 297, S. 4.

949 Nach Ziff. 2.4. Rn. 16, Ziff. 5 Rn. 25.

950 Vgl. Erwägungsgrund 16, Art. 3 der Entscheidung.

951 A.a.O., Erwägungsgrund 16.

952 Vgl. Art. 4 lit. d der Entscheidung; Ziff. 2.3. Rn. 12 des Gemeinschaftsrahmens; siehe auch *Becker*, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, NZA 2007, S. 169 (175).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fordert waren, innerhalb von achtzehn Monaten nach Veröffentlichung des Gemeinschaftsrahmens ihre jeweiligen Regelungen hinsichtlich des Ausgleichs für die Erbringung von DAWI mit dem Gemeinschaftsrahmen in Einklang zu bringen, bestand vielerorts Handlungsbedarf. Eine Umfrage seitens des *Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen* ergab, daß 38% von 200 Krankenhäusern mit Verlustausgleichen operierten, vorrangig solche der Grund- und Regelversorgung.[953] Die Gesamtsumme der Ausgleiche betrug 1,5% der Budgets aller 200 Häuser, 4,1% des Budgets der defizitären Krankenhäuser.[954]

In Zweifelsfällen ist daher eine Notifizierung angezeigt. Im übrigen besteht die Herausforderung in der Aufstellung der Kriterien für den Verlustausgleich. Soweit dies im Gesamtzusammenhang der Betrauung „im Wege eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte" erfolgen kann, dürfte die „duale Zuständigkeit" von Planbehörde und kommunalem Träger kein Hindernis darstellen.[955]

4.6. Fusionswettbewerb

Der Fusionswettbewerb der Krankenhäuser[956] stand bereits mehrfach im Blickpunkt, etwa unter dem Gesichtspunkt der Wahlrechte des Patienten, der Einweisungssteuerung, der Betrachtung von MVZ u.a. „Seit dem Jahr 2004", so die Umfrage (Krankenhaus Barometer) 2007, „haben 9% der Krankenhäuser Fusionen mit einem oder mehreren Krankenhäusern vollzogen. Dabei nehmen mit steigender Bettengrößenklasse die Fusionen zu."[957]

Die im Bereich der Zusammenschlußkontrolle ergangenen Untersagungsentscheidungen durch das *BKartA* und die Bestätigung der Entscheidung vom April 2007 durch das *OLG Düsseldorf*[958] haben den Markt für Krankenhausleistungen in seinen Wirkungsbeziehungen unter normativen Gesichtspunkten näher konturiert. Das gilt insbesondere für den Absatzmarkt und mit Blick auf die Wahlrechte der Patienten. Zugleich wurde die Reichweite der Exklusivitätsbestimmung nach § 69 SGB V zugunsten der Anwendbarkeit der Zusammenschlußkontrolle konkretisiert. Kontrastiert mit den Entscheidungen des *BSG*[959] und des *BGH* zugunsten der materiellen Ausschlußwirkung

953 *Knorr*, Krankenhausversorgung und EU-Wettbewerbsrecht, Präsentation zur Fachtagung des BKK-Landesverbandes Bayern am 12. Juni 2007, Folie 11.

954 A.a.O.

955 Vgl. *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilferecht, in: Bauer u.a. (Hrsg.), FS für Reiner Schmidt (2006), S. 205 (211).

956 *Böge*, Der Markt für Krankenhausleistungen aus Sicht des Bundeskartellamts, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhausreport 2006 (2007), S. 35 ff.; *Bohle*, Die Bedeutung des Kartell- und Wettbewerbsrechts bei Krankenhausfusionen und Krankenhauskooperationen, MedR 2006, S. 259 ff.

957 *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2007, S. 31.

958 S. Fn. 429.

959 BSG 89, 24 (33).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

wettbewerbsrechtlicher Ansprüche, die sich „auch auf die Beziehungen von Leistungserbringern untereinander“ erstreckt, „soweit es um Handlungen in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen geht“,[960] ist der Zusammenschluss keine der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags dienende Veraltensweise. Dies gilt auch insoweit, als der Konzentrationsprozess im Sinne effizienter Versorgung intendiert ist.

Wie im Rahmen der Wahlrechte des Patienten, aber auch bezüglich der Akquisition stationärer Patienten im Kontext ambulanter Versorgung (MVZ) zum Ausdruck kam, sind den Krankenhäusern erhebliche Verhaltensspielräume attestiert worden. Auch angesichts dessen kam ein Ausschluß des GWB danach nicht in Betracht.[961] Bei alledem aber ist zu bedenken, daß das *BKartA* ein Zusammenschlußvorhaben bisher allein in 2 von mindestens *50 geprüften Fällen* mit Blick auf § 36 Abs. 1 GWB untersagt hat, weil die Akquisition die martktbeherrschende Stellung des erwerbenden Klinikums auf dem Markt für Krankenhausleistungen im räumlich relevanten Markt verstärkt hätte.[962]

Der Konzentrationsprozeß wird durch die organisationsspezifischen Grunddaten moderat abgebildet: Die Zahl der Krankenhäuser hat in den Jahren 2000-2007 um über 150, die Zahl der aufgestellten Betten um mehr als 52.000 abgenommen.[963] Die Zahl der Betten je Einrichtungen blieb dennoch im wesentlichen gleich (250/243). Veränderungen gibt es hier bezogen auf die ab 2002 registrierten Angaben zu den noch in öffentlich-rechtlicher Form geführten öffentlichen Einrichtungen, bei denen entgegen gleichbleibender Zahl bis 2006 ein Zuwachs um 21 Betten im Folgejahr zu verzeichnen war, sowie – als Ausdruck eines kontinuierlichen stetigen Anstiegs – bei den privaten Einrichtungen (+ 35 gegenüber 2002).

4.7. Wettbewerbsdruck und strukturelle Reorganisation

Die vorgenannten wettbewerbsorientierten Entwicklungen erweisen sich als Katalysatoren vielfältiger Tendenzen der strukturellen Reorganisation der Krankenhäuser. Sie betreffen in erster Linie die Organisationsform – bis hin zur materiellen Privatisierung – das Leistungsangebot und das Versorgungsmanagement. Sie sind einerseits Ausdruck und Folge, andererseits Kennzeichen einer Neuaufstellung, die wettbewerbsorientiertes Verhalten ermöglicht und beflügelt. Insbesondere der seitens des G-DRG-Systems ausgelöste Spezialisierungsdruck führt ebenso wie der Ausschluß der Möglichkeiten zur Entgeltgestaltung durch das regulierte Preissystem zu verstärkten Bestrebungen struktureller Reorganisation.

960 BGH Urt. v. 23.2.2006, GRUR 2006, S. 517 ff. = NJW RR 2006, S. 1046 ff.

961 A.a.O., Ziff. 48 ff.

962 A.a.O., a.a.O., zusammenfassend Ziff. 187.

963 *StBA*, Grunddaten der Krankenhäuser 2007 (2008), Allgemeiner Überblick 2007, sowie Ziff. I. 1.4. Näher zu den Strukturdaten unter I.3.2.; s. auch II.4.7.4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

4.7.1. Allgemeine Tendenzen, Zentrenbildung und Bedeutung für die Notfallversorgung

Viele öffentliche Krankenhäuser haben durch die Wahl privatrechtlicher Rechtsformen neue Strukturen für ein effizienteres Management geschaffen,[964] wie etwa die „kommunale Krankenhaus-GmbH".[965] Weitergehend wird mitunter auch ein Wechsel in private Trägerschaft vollzogen.[966] Beides hat freilich nicht das Ausscheiden aus dem Krankenhausplan zur Folge. Im Zuge struktureller Reorganisation kann es dazu kommen, daß sich das Krankenhaus neu aufstellt und im Rahmen einer nunmehr niedrigeren Versorgungsstufe oder durch Schließungen von Fachabteilungen vormals wahrgenommene Aufgaben der Notfallversorgung nicht mehr erfüllen kann; dabei folgt die generelle Verpflichtung zur Notfallversorgung für Plankrankenhäuser aus den Landeskrankenhausgesetzen i.V.m. den (allgemeinen) Bestimmungen in den Krankenhausplänen. Ausweislich der jüngeren Umfrage des *DKI* 2007 hat nach der verbindlichen Einführung der DRGs im Jahr 2004 „rund ein Fünftel der Krankenhäuser mindestens eine Fachabteilung neu errichtet."[967] Zugleich aber wird berichtet, daß Fachabteilungen verstärkt aufgelöst worden sind.[968]

Die „Konzentration auf die eigenen Stärken" als „Möglichkeit zur Stärkung der wettbewerblichen Position bei gleichzeitiger Wahrung oder Verbesserung der medizinischen Leistungsfähigkeit der Krankenhäuser" ist die Bildung von Zentren.[969] Man mag dies zunächst institutionell im Hinblick auf die Bildung und Steuerung mit Hilfe von MVZ[970] oder auch im Hinblick auf „Zentren und Schwerpunkte" im Sinne von § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 KHEntgG verstehen. Für letztere indes werden unbeschadet der Problematik einer akkuraten Bestimmung der Zugehörigkeit „weitgehend inhaltsfreie Vorgaben zur Bestimmung einer Vergütung" konstatiert.[971] Jedenfalls sind die Vergütungen, insbesondere Zuschläge, nach § 17b Abs. 1 S. 4 KHG i.V.m. § 11 KHEntgG von den Vertragsparteien (nach § 18 Abs. 2 KHG) zu regeln.[972] Der ökonomische Vorteil ist insoweit nicht garantiert. Ungeachtet dessen, d.h. jenseits „besonderer Leistungen", kann eine zentrierte Versorgung v.a. als „konzentrierte", spezialisierte Versorgung stattfinden, die sich an den (allgemeinen) Maßstäben des Angebotswettbewerbs ausrich-

964 Vgl. oben I.3.2.2.1. Näher noch unter II.4.7.4.

965 *Quaas*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007), Kap. 12 Rn. 21.

966 Vgl. das Zusammenschlußvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Krankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld, BKartA, Beschl. B 10 – 123/04.

967 *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2007, S. 25.

968 A.a.O.

969 Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2008/2009 (2009), Schwerpunkt: Versorgungszentren, Vorwort.

970 Vgl. II.4.3.1.

971 *Deh/Dralle*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2008/2009 (2009), S. 61 (65).

972 A.a.O., S. 63 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tet.[973] Des weiteren lassen sich Zentrumsstrukturen ausmachen, die „output-orientiert", d.h. an spezifisch zentrierter Leistungserbringung und nicht fachbezogen funktionsorientiert sind.[974] Dies lässt sich letztlich wohl so begreifen, daß von einer „produktorientierten" Optimierung derart auszugehen ist, daß die Organisationsstruktur der integrierten Leistungsstruktur folgt. Man könnte ggf. auch von organisationsstruktureller Binnenintegration und -konzentration sprechen. Damit verbunden jedenfalls ist eine Spezialisierung, und die Definition von Behandlungspfaden wird erleichtert.[975]

Der Spezialisierungswettbewerb schließlich hat zu massiven Befürchtungen geführt, ineffiziente Strukturen vor allem der Notfallversorgung einschließlich der vorzuhaltenden Kapazitäten abzubauen, da eine Refinanzierung durch DRG nicht kostendeckend, eine Quersubventionierung hingegen nicht zulässig sei. Das gilt insbesondere im Hinblick auf chirurgisch zu versorgende Polytraumata, bzgl. derer im Jahre 2004 „bei jährlich etwa 25.000 Schwerverletzten … voraussichtlich dramatische Auswirkungen auf die … Schwerstverletztenversorgung" prophezeit wurden.[976] Die Kapazität zur Akutversorgung entfällt überdies gänzlich, wenn die Krankenhäuser – wie in Bayern 22 Häuser in den Jahren von 1990 bis 2002 – aus dem Krankenhausplan ausscheiden.[977] „Reine Privatkliniken" zur exklusiven Behandlung selbstzahlender Patienten werden nicht in den Plan aufgenommen und verfügen über keinen Versorgungsauftrag nach §§ 108 Nr. 3, 109 SGB V.[978] Als regulierendes Korrektiv allerdings rückt § 17b Abs. 1 S. 4 KHG in den Vordergrund; nach der entsprechenden Vereinbarung, § 2, gilt: Krankenhäuser, die nicht an der stationären Notfallversorgung teilnehmen, erhalten einen Abschlag vom Basisfallwert.[979]

4.7.2. Symbiose von Plankrankenhaus und gewerblicher Privatklinik

Vor diesem Hintergrund stellt sich das Problem der Zulässigkeit organisatorischer Verschränkungen, wenn das öffentliche bzw. Plankrankenhaus die Strategie einer finanziellen Sanierung durch das Angebot „rein privatrechtlich" abzurechnender Leistungen verfolgt und zu deren Realisierung auf Einheiten einer „integrierten" oder kooperierenden Privatklinik zurückgreift. Ziel ist es hier, wie bei selbständigen reinen Privatpatientenkliniken auch, ohne Bindung und Beschränkung an KHG, BPflV und KHEntgG Erlöse zu erwirtschaften. Diese Strategien sind *nicht* auf die Erbringung von Wahlleistun-

973 Vgl. II.4.2.

974 *Kuntz/Wittland*, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2008/2009 (2009), S. 87 (88 ff.).

975 A.a.O.

976 Siehe *Deutsche Gesellschaft für Unfallchirurgie*, DRG-News, 25.8.2004, abrufbar unter www.dguonline.de.

977 Siehe die Meldung „Ist die flächendeckende Notfallversorgung in Bayern in Gefahr?", Ärzte Zeitung , 21.10.2002 (www.aerztezeitung.de).

978 *Quaas*, sind Wahlleistungen und Privatkliniken eine finanzierungsrechtliche Alternative?, KHuR 2006, S. 114 (119 f.).

979 Siehe unter http://www.g-drg.de/systemgrundlagen/drg_verzuab.php?m=3.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

gen gerichtet, welche die allgemeinen Krankenhausleistungen ergänzen, sondern es geht darum, das gesamte Leistungsspektrum des Krankenhauses „außerhalb des Sozialleistungsrechts und Pflegesatzrechts berechnen zu können." [980] Solche Vorhaben werden durch verschiedene Konzepte verfolgt, wobei die ersten beiden der sogleich zu benennenden dominieren:[981]

- Neugründungen gewerblicher Privatkliniken (§ 30 GewO) und Angliederung an das öffentliche Krankenhaus; dabei werden die Unterkunftsleistungen mit eigenen Mitteln der Privatklinik erbracht und die Behandlungsleistungen beim Plankrankenhaus „eingekauft";[982]
- Ausgründungen von Bereichen zur Behandlung selbst zahlender Privatpatienten aus dem öffentlichen Krankenhaus;
- Einbeziehung bestehender Privatkliniken durch Übernahme, Beteiligung oder Kooperation.

„Wenn … der Betrieb eines Plankrankenhauses und einer Privatklinik … in derselben Stadt zulässig ist", so fragt *Quaas*, „warum soll dann nicht das »Krankenhaus im Krankenhaus« bzw. der Betrieb zweier Krankenhäuser »unter einem Dach« möglich sein?"[983]

Der Kern dieser Fragestellung ist nicht in erster Linie ein organisationsrechtlicher, sondern betrifft die Auswirkungen auf bzw. *Folgen nach Krankenhausplanungsrecht* sowie die Befugnis zur Abrechnung außerhalb der für die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen. Daß die Verschränkung Auswirkungen auf die Krankenhausplanung haben kann, so insbesondere hinsichtlich der Festlegung des Bettenangebotes des Hauses bzw. die Reduktion der Fördermittel auf den spezifisch planerischen – auf die allgemeine Bevölkerung bezogenen[984] – Bereich, ist nicht zu bestreiten.[985] Fraglich ist nur, ob dies zur Unzulässigkeit entsprechender organisatorischer Abrechnungseinheiten führt,[986] wenn die Vorgaben im übrigen beachtet und Fördermittel ggf. zurückgefordert werden. Unter Beachtung der Folgen für die Planung aber ist gegen die Symbiose nichts einzuwenden, auch wenn man sich insofern fragen mag, ob damit nicht maßgebliche Vorteile des Konzepts überhaupt entfallen.

---

980 *Quaas*, sind Wahlleistungen und Privatkliniken eine finanzierungsrechtliche Alternative?, KHuR 2006, S. 114 (119).

981 *Patt*, in: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl. 2006, 2. Teil A Rn. 71.

982 Siehe auch *Quaas*, Sind Wahlleistungen und Privatkliniken eine finanzierungsrechtliche Alternative?, KHuR 2006, S. 114 (120).

983 A.a.O.

984 Dazu gehören – mit der Folge der Bindung an das Finanzierungsrecht – auch Privatpatienten, *Patt*, in: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl. 2006, 2. Teil A Rn. 74.

985 Vgl. *Quaas*, Sind Wahlleistungen und Privatkliniken eine finanzierungsrechtliche Alternative?, KHuR 2006, S. 114 (120).

986 So *Patt*, in: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl. 2006, 2. Teil A Rn. 73 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sinn und Zweck solcher Strategien erweisen sich danach bei Beantwortung der Frage, ob bei entsprechender organisatorischer Verschränkung *von den öffentlichen Finanzierungsvorschriften abgewichen* werden darf. Die dazu vertretenen Auffassungen sind konträr.[987] Die Beurteilung über das Vorliegen zahlreicher Verstöße gegen das KHG (§ 1 Abs. 1, § 6 Abs. , § 17 Abs. 1) hängt letztlich davon ab, ob rechtstatsächlich eine wirtschaftlich und organisatorisch einheitliche Betrachtungsweise angezeigt ist oder nicht, bzw. ob darüber hinaus Art. 12 GG im Sinne einer Trennungsthese den entsprechenden Betrieb der Privatklinik ebenso wie deren Errichtung schützt, bis hin zur Verhinderung eines Erlösausgleichs.[988] Allerdings ist zu bedenken, daß Freiheit nicht a priori das Recht erfaßt, Strukturvorteile aus der Planung einzubringen, wenn die Planungsziele, d.h. vor allem die Versorgung der – gesamten – Bevölkerung durch Ausgliederung oder Neugründung, bewusst negiert werden. Nicht die „Privatisierung" ist unzulässig, wohl aber das planwidrige (Mit-) Betreiben mittels der „geplanten" Versorgungseinheit.

Über den Erfolg derartiger Strategien schließlich ist bislang wenig bekannt. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß entsprechende Möglichkeiten zahlungskräftige Patienten voraussetzen. Insoweit und bereits mit Blick auf medizinische Wahlleistungen tritt die private Krankenversicherung nur bei entsprechender Vereinbarung bzw. für den nach § 1 MB/KK beschriebenen Versicherungsfall der medizinisch notwendigen Heilbehandlung wegen Krankheit oder Unfallfolgen ein.

4.7.3. Case- und Personalmanagement

Ein Schwerpunkt der in Folge wettbewerbsorientierter Strukturen indizierten *krankenhausinternen strukturellen Reorganisation* liegt auch im Bereich des Case-Managements durch eigens dafür zuständiges (und ausgebildetes) nichtärztliches (Pflege-)Personal.[989] Sie führt zur Entlastung der Ärzte von betriebswirtschaftlich relevanten Optimierungsplanungen sowie zur spezifischen Professionalisierung dieser Art der Tätigkeit. Die Aufwertung des Case Managements korrespondiert mit dem durch das GKV-WSG neu geschaffenen § 11 Abs. 4 S. 1 SGB V, der bestimmt: „Versicherte haben Anspruch auf Versorgungsmanagement…". Unbeschadet der Entlastung des Arztes hat diese Neuausrichtung unter dem Gesichtspunkt der Ausführung durch nichtärztliches (Pflege-)Personal allerdings unverkennbar Konsequenzen für das Berufs- und Tätigkeitsfeld der Heilberufe. Ohne Zweifel „verantwortet" der Case Manager medizinisch relevante und medizinisch zu fundierende Entscheidungen. Während eine spezifische Revision der Ausbildung – und entsprechende Besoldung – tendenziell leichter zu erzielen ist, sind Haftungs- und Zurechnungsfragen noch weithin ungeklärt. Das gilt auch für das Berufsrecht.

---

987 Für Unzulässigkeit *Patt*, a.a.O., Rn. 71 ff.; a.A. *Quaas*, Sind Wahlleistungen und Privatkliniken eine finanzierungsrechtliche Alternative?, KHuR 2006, S. 114 (120 f.).

988 *Quaas*, a.a.O.

989 Vgl. *von Rechenberg*, Case-Manager: Wenn die Schwester den Arzt ersetzt (s. Literatur); *Löcherbach*, Ausbildung zur Case Managerin bzw. zum Case Manager in Deutschland (s. Literatur).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Darüber hinaus zeigt sich in der jüngeren Umfrage (Krankenhaus Barometer) 2007, daß die Fachwelt § 11 Abs. 4 SGB V als normative Basis für ein umfassendes Entlassungsmanagement betrachtet, das schriftliche Standards, die Bereitstellung von Fachkräften, die Organisation des Entlassungsmanagements sowie die Einbeziehung von Nachsorgern in die Entlassungsplanung beinhaltet.[990] Ferner werden an das Case Management unter neuen Strukturen höchste Erwartungen geknüpft, wie Einschätzungen zur Erzielung von Effizienzreserven im Umfang von 1,5 Stunden Arbeitszeit/Tag des Arztes bei gleichzeitiger Patientenzufriedenheit über die raschere und personenorientierte Abläufe illustrieren.[991] Letzteres ist nicht allein kostenrelevant, sondern auch mit Anreizen für die Wahl des Krankenhauses durch den Patienten.

Ohne Zweifel schließlich stellen DRG und integrierte Systeme mannigfache Herausforderungen auch an das Personalmanagement;[992] diesbezüglich allerdings sind im wesentlichen Fragen der Governance und der Unternehmenspolitik in Bezug genommen, die hier – unbeschadet einzelner juristischer Implikationen – aus der Perspektive normativer Steuerung im Sinne der Untersuchung nicht weiter verfolgt werden können.

4.7.4. Grunddaten der Krankenhäuser: Indikatoren struktureller Reorganisation?[993]

Aus *juristischer* Sicht erscheint es problematisch, die Auswirkung der Effekte normativer Steuerung mittels der Grunddaten der Krankenhäuser veritabel messen zu wollen. Wie bereits angedeutet, sind diese Effekte in einem Kausalitäts- und Beziehungsgeflecht zu würdigen, wobei „wettbewerbsverzerrende" regulatorische Steuerungsansätze ebenso einzubeziehen sind. Danach waren eher einzelne Vertrags-, Einweisungs- und Finanzierungsstrategien und ihre Einbindung in eine Regulierungsverflechtung zu identifizieren.

Aus normativer Warte sind bereits die Maßstäbe einer Bewertung und deren relative Gewichtung zu hinterfragen. So mögen der Konzentrationsprozeß und die Senkung der Verweildauer Ausdruck allgemein funktionierenden Wettbewerbs sein, ohne daß damit Aussagen über die Qualität der Behandlung verbunden sind. Die Verweildauer – im Hinblick auf die sog. „blutige Entlassung" oftmals kritisch betrachtet – besagt ebenfalls wenig über die Qualität der Behandlung. „Qualität" wiederum ist auch ein Rechtsbegriff, müßte zudem im Hinblick auf Struktur-, Prozeß- und Ergebnisqualität unterschieden werden. Die Sicherstellung der Versorgung schließlich hat nicht nur finanzielle, sondern auch berufsrechtliche und weiterbildungsrechtliche Implikationen, und die ge-

990 *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2007, S. 71 ff.

991 *Von Rechenberg*, Case-Manager: Wenn die Schwester den Arzt ersetzt (s. Literatur); *Löcherbach*, Ausbildung zur Case Managerin bzw. zum Case Manager in Deutschland (s. Literatur).

992 Siehe *Amelung*, DRG's und integrierte Versorgungssysteme: Neue Herausforderungen an das Personalmanagement von Krankenhäusern, in: Henke/Rich/Stolte (Hrsg.), Integrierte Versorgung und neue Vergütungsformen in Deutschland (2004), S. 214 ff.

993 Siehe zu den Grunddaten im Hinblick auf die Trägerschaft oben I.3.2.2.1 sowie insgesamt I.3.2. und I.3.3.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deihliche Kostendeckung stellt sicherlich nicht das wirtschaftliche Optimum dar, dessen Erreichung den Anliegen des Sozialversicherungsrechts wiederum nicht notwendig entsprechen muß.

Das schließt nicht aus, die Anreizfunktion etwa des „Integrationsrechts" durch Vertragsvolumina und Gestaltungsmodelle ebenso zu ermessen wie die Bedeutung juristischer Intervention bezogen auf wettbewerbsgefährdendes Verhalten, insbesondere in Form (nicht zwangsläufig) EG-vertragswidriger Verlustausgleiche für kommunale Häuser. Insgesamt jedenfalls zeigt sich, daß krankenhausindividuelle Marktstrategien und Managementkapazität weiter an Bedeutung zunehmen. Zugleich setzt erfolgsorientiertes Handeln voraus, normativ abgesteckte Spielräume zu erkennen und rechtskonform zu nutzen.

Entsprechende Spielräume räumt – dies immerhin könnten die Grunddaten ausweisen – offensichtlich das Privatrecht ein, sei es, daß Krankenhäuser als private Einrichtungen, sei es, daß öffentliche Einrichtungen in privatrechtlicher Form betrieben werden. Denn während die Zahl der stationären Einrichtungen insgesamt im Zehn-Jahreszeitraum von 1995-2005 von 2.325 ebenso wie die Zahl der öffentlichen (972) und der freigemeinnützigen Einrichtungen (944) deutlich und überwiegend kontinuierlich zurückging (2.139/751/818),[994] nahm die Zahl der privaten Häuser von 409 auf 570 zu. Gleichzeitig stieg trotz Rückgangs der Zahl der öffentlichen Einrichtungen insgesamt die Zahl der in privatrechtlicher Form betriebenen öffentlichen Krankenhäuser, hinsichtlich derer seit dem Jahre 2002 nach ihrer Rechtsform differenziert wird, von 231 auf 332. Dennoch ist die Frage, „Macht die Trägerschaft einen Unterschied?", keinesfalls vollständig geklärt oder einheitlich zu beantworten.[995] Gerade mit Blick auf Regelungen zu Mindestmengen aber dürfte zunehmend wichtiger werden, daß diese „im Kontext von Klinikketten leichter zu erreichen" sind.[996]

Fest steht jedenfalls, daß die Trägerschaft als „Strukturmerkmal" und diejenige als Rechtsform in enger Verbindung zueinander stehen, daß die Formenwahl „unmittelbare betriebswirtschaftliche Konsequenzen zur Folge" hat und daß vor diesem Hintergrund zu konstatieren ist:

> „Krankenhäuser in der Rechtsform privater Betriebe nehmen deutlich zu (insbesondere bei der Rechtsform der GmbH), wohingegen Häuser in der Rechtsform öffentlicher Betriebe abnehmen (hier insbesondere bei den Eigen- und Regiebetrieben)."[997]

Unter Effizienzgesichtspunkten schließlich dürfte zu würdigen sein, daß im besagten Zehn-Jahres-Vergleich einem Rückgang der Betten um ca. 80.000 auf rund 524.000 ein

994 *StBA*, Grunddaten der Krankenhäuser 2005 (2006), Allgemeiner Überblick 2005, sowie Ziff. I. 1.4.

995 Vgl. das Gutachten (2007) des *Sachverständigenrates* zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, S. 360 ff.

996 A.a.O., S. 363.

997 *DKI* (Hrsg.), Krankenhaus Barometer, Umfrage 2007, S. 32 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Anstieg der Fallzahlen um mehr als 900.000 bei gleichzeitigem Rückgang der Verweildauer von 11,4 auf 8,6 Tage gegenüber steht.[998]

5. Wettbewerb zwischen den Versicherungsträgern

5.1. Gesetzliche Krankenkassen als Konkurrenten im Wettbewerb

Das wettbewerbsorientierte Verhältnis der Krankenkassen zueinander manifestiert sich auch nach der Neuordnung der Finanzierungsströme vor allem in zwei Tätigkeitsfeldern, nämlich im Bereich des „Mitgliederwettbewerbs" auf dem (höchst unvollkommenen) „Versicherungsmarkt" sowie bei der Nachfragetätigkeit in Ansehung spezifischer Versorgungsangebote und Kooperationen. Beide Felder sind – aus der Perspektive des Mitgliederwettbewerbs und ungeachtet des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses – eng miteinander verbunden. Ähnliches gilt für das durch Werbung erfasste multipolare Beziehungsgeflecht, will man Werbung nicht überhaupt eigenständig betrachten.

Im direkten Wettbewerbsverhältnis der Krankenkassen zueinander geht es v.a. um einen Vergleich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nach Maßgabe und im Spiegel der Finanzierungsgrundlagen. Soweit das Wettbewerbsverhältnis im übrigen bereits durch die Wahl der Versicherung durch den Verbraucher[999] und die Bindung an ebenso leistungsfähige wie kostengünstige Krankenhäuser mittelbar geprägt ist,[1000] war davon bereits die Rede.

Mit Blick auf die Krankenhausbehandlung rückt nunmehr ein Vergleich der Kostenbelastung bzw. der verfügbaren Mittel der Krankenkassen in den Vordergrund; dabei treten die Krankenhäuser zwar in Vorleistung, jedoch sind die Entgelte zeitnah an die Krankenhäuser und ggf. auch in Teilzahlungen zu entrichten, und bei Verzug bzw. verspäteter Zahlung drohen wirtschaftliche Folgen.[1001] Entsprechend hohe Zahlungen belasten die Krankenkassen auch, wenn es – äußerstenfalls – darum geht, wie es um deren Zahlungs(un)fähigkeit[1002] bestellt ist, die im Rahmen einer nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen zu erstellenden dynamischen Liquiditätsbilanz[1003] zu ermitteln ist. Ungeachtet des (geringen Einflusses) selektiver Vergütungsunterschiede ist zu bedenken, daß die Leistungsausgaben für Krankenhausbehandlung entsprechend der Morbidität der Versicherten kassenindividuell deutlich differieren. Differenziert nach Kassenarten etwa fielen im 1.-4. Q 2008 bei den Ortskrankenkassen mit rund € 908 je Versicherten für die Krankenhausbehandlung insgesamt wesentlich höhere Kosten an als bei den Innungs-

998 A.a.O., Ziff. I. 1.1.
999 Vgl. oben 2.
1000 S. 3.
1001 Vgl. § 11 Abs. 2 S. 3 KHEntgG.
1002 Vgl. § 171b Abs. 1 S. 2 SGB V i.V.m. § 17 InsO.
1003 S. *Reischl*, Insolvenzrecht, 2008, § 3 Rn. 102.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

krankenkassen (€ 560).[1004] Damit rückt auch der Risikostrukturausgleich (RSA) in den Blickpunkt.

Maßgeblich für die Steuerung des Konkurrenzverhältnisses der gesetzlichen Krankenkassen untereinander sind danach v.a. zwei Regelungskreise: ein aus Sicht der solidarischen Wettbewerbsordnung GKV „interner", in SGB V und RSAV verankerter Steuerungsmechanismus, sowie ein „externer". Der erste betrifft neben Optionen verbleibender kassenindividueller Finanzierung den finanzwirksamen Ausgleichs- bzw. Verteilungsmechanismus, mit dem GKV-spezifische Wettbewerbsgrundlagen geschaffen werden, damit Wettbewerb nicht zu Lasten der allgemein kostenträchtigen Versorgung Kranker erfolgt, insbesondere also solidaritätswidrige Risikoselektion vermieden wird. Letzterer betrifft die Problematik, inwiefern Wettbewerbs- und Kartellrecht auf das Verhalten der Krankenkassen im Rahmen der diesen verbleibenden Spielräume kontrollierend einwirken oder aber Privilegierungen bzw. Bereichsausnahmen für diesen Sektor bestehen.

5.1.1. Exkurs: Der Risikostrukturausgleich (RSA) alter Prägung

Der interne Finanzierungsmechanismus fungiert als Wettbewerbsgrundlage im solidarischen System der GKV. Insoweit ist für die Idee des Wettbewerbs zwischen gesetzlichen Krankenkassen ein kurzer Abriss der Einführung des RSA alter Prägung unerlässlich.

Als echter Finanzausgleich stand der RSA alter Prägung unmittelbar im Zusammenhang mit der Einführung der Kassenwahlrechte der Versicherten. Das kassenartübergreifende,[1005] bundesweit angelegte System diente dem Ausgleich ausgewählter wettbewerbsrelevanter Strukturunterschiede zwischen den Krankenkassen:[1006] Es waren die *Einnahmenunterschiede* aufgrund der unterschiedlichen Höhe der beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder einer Krankenkasse (Grundlohnsummen) und *Belastungsunterschiede* aufgrund unterschiedlicher Anteile von beitragsfrei versicherten Familienangehörigen sowie v.a. wegen der unterschiedlichen Verteilung der Risiken in typisiert abzubildender Risikostruktur (§ 266 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB V aF). Um die Morbiditätsrisiken zu erfassen, wurden Alter, Geschlecht, der Bezug einer Erwerbsminderungsrente sowie die Einschreibung in DMP-Programme herangezogen (§ 266 Abs. 1 S. 2 und 3, § 267 Abs. 2 SGB V a.F.). Andere Faktoren waren nicht ausgleichsfähig (§ 266 Abs. 1 S. 3 SGB V a.F.). Überstieg der Beitragsbedarf[1007] einer Krankenkasse deren Finanz-

1004 Mitglieder und Rentner zusammen; vgl. die vorläufigen Rechnungsergebnisse der gesetzlichen Krankenversicherung nach der KV 45 (BMG, 5.3.2009), S. 39. Bei den Ersatzkassen für Arbeiter € 580, bei den Betriebskrankenkassen € 605, bei den Ersatzkassen für Angestellte € 696 und bei der KBS € 1.210.

1005 Die landwirtschaftlichen Krankenkassen hingegen sind nicht beteiligt.

1006 Auf Details kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. diesbezüglich die Darstellung durch das *BVA*, Wie funktioniert der Risikostrukturausgleich? (Literatur).

1007 Vgl. § 266 Abs. 2 S. 2 SGB a.F.: „Der Beitragsbedarf einer Krankasse ist die Summe ihrer standardisierten Leistungsausgaben.".

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kraft,[1008] stand dieser „Empfängerkasse“ ein Ausgleichsanspruch in Höhe der Differenz zu; im umgekehrten Fall bestand eine Zahlungsverpflichtung.[1009] Das BVA führt(e) den Ausgleich durch,[1010] § 266 Abs. 5 SGB V a.F., die zahlungstechnische Abwicklung oblag der DRV Bund (vgl. zum monatlichen Ausgleich bzw. der Selbstbescheidung der Krankenkassen sowie zum Zwischen- und Jahresausgleich v.a. §§ 17 und 19 RSAV).

Um Wettbewerbsnachteile der Krankenkassen mit ungünstigen Versichertenstrukturen abzubauen und Anreize für eine höhere Wirtschaftlichkeit im Gesamtsolidarsystem zu schaffen, wurden (und werden) nur die durchschnittlichen, *standardisierten* (und nicht die tatsächlichen) Leistungsausgaben berücksichtigt, vgl. vormals § 266 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB V a.F. Aufwendungen für die Durchführung von DMP sind in die Ermittlung der durchschnittlichen Leistungsausgaben einzubeziehen, § 266 Abs. 4 S. 2 SGB V. Bis zum Inkrafttreten des weiterentwickelten RSA im Gesundheitsfonds existierte darüber hinaus ein Risikopool, mit dem aufwändige Leistungsfälle solidarisch finanziert wurden, § 269 (Abs. 8) SGB V.

Die Bedeutung des RSA für die wettbewerbsorientierte Organisationsreform der GKV wurde im Jahre 1993 in der Begründung zum GSG wie folgt beschrieben:

> „Der ab 1. Januar 1997 mögliche Kassenwechsel kann... erstmals zwei Jahre nach der vollständigen Einführung des Risikostrukturausgleichs zwischen allen Krankenkassen… ausgeübt werden. Dieser Übergangszeitraum ist unabdingbar, um größtmögliche Chancengleichheit zwischen allen Krankenkassen herzustellen. Erst nach Durchführung des kassenartübergreifenden Risikostrukturausgleichs sind gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Krankenkassen vorhanden.“[1011]

5.1.2. Interner Steuerungsmechanismus: Neuordnung der Finanzierungsströme im Zeichen des Gesundheitsfonds[1012]

5.1.2.1. (Risikoadjustierte) Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds

Seit dem Ausgleichsjahr 2009 ist der RSA integraler Bestandteil des Gesundheitsfonds.[1013] Aus diesem erhalten die Krankenkassen Zuweisungen, bestehend aus einer Grundpauschale sowie alters-, geschlechts- und risikoadjustierten Zu- und Abschlägen

1008 § 266 Abs. 3 S. 1 SGB V a.F.: „Die Finanzkraft einer Krankenkasse ist das Produkt aus den beitragspflichtigen Einnahmen ihrer Mitglieder und dem Ausgleichsbedarfssatz“.

1009 S. zur Höhe der Ausgleichsforderungen und -verpflichtungen im RSA 2006 bei 182 Krankenkassen mit Zahlungsverpflichtungen in Höhe von insgesamt € 13,9 Mrd. und 59 Empfängerkassen mit Ansprüchen in Höhe von € 16.3 Mrd. *Otto/Göpffarth*, in: Göpffarth, u.a., Jahrbuch Risikostrukturausgleich (2008), S. 301 (319).

1010 Bzw. führt ihn durch, soweit das Ausgleichsjahr mit dem Jahresausgleich (im Herbst des Folgejahres) noch nicht abgeschlossen ist.

1011 BT-Drucks. 12/3608, S. 74.

1012 S. *Pfohl*, Die Neuregelung der Finanzierungsströme durch den Gesundheitsfonds, in. Göpffarth, u.a. (Hrsg.) Jahrbuch Risikostrukturausgleich 2007 (2007), S. 195 ff.

1013 *Pfohl/Sichert*, Der Gesundheitsfonds: Sondervermögen des Bundes oder der Krankenkassen?, NZS 2009, S. 71 (72 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(vgl. § 266 Abs. 1 S. 1 SGB V) und Zuweisungen für sonstige Ausgaben (§ 270 SGB V).[1014] Soweit deren besondere Voraussetzungen erfüllt sind, erfolgt im Zeichen der neu gefassten Konvergenzklausel (§ 272 SGB V) gem. dessen Abs. 2 S. 1[1015] eine Erhöhung der Zuweisungen.

Für die Durchführung ergibt sich aus § 39 Abs. 2 RSAV die verfahrensrechtliche Differenzierung zwischen der grundlegenden Feststellung der kassenindividuellen Werte (vorläufige Höhe der Zuweisungen gem. S. 1, „Grundlagenbescheid“ [1016]) und der darauf basierenden Zuweisung der Mittel in Abhängigkeit der Versichertenzahl (S. 2, Zuweisungsbescheid). Nach § 39 Abs. 3 S. 1 RSAV berechnet das BVA alsdann für alle Krankenkassen im Rahmen mehrerer Strukturanpassungen[1017] die vorläufige Höhe der Zuweisungen unter Berücksichtigung der Datenmeldung nach § 32 RSAV (aktuelle Daten über die Versichertenstruktur) neu (neue Zuweisungsgrundlage); die bis dahin geleisteten Zuweisungen für das Ausgleichsjahr werden auf dieser Grundlage neu ermittelt (§ 39 Abs. 3 S. 2 RSAV) und korrigiert (§ 39 Abs. 3a RSAV, Korrekturbescheid). Der Jahresausgleich erfolgt nach § 41 RSAV.

Wesentlich für die risikoadjustierten Zuschläge entsprechend der morbiditätsgruppenorientierten Versichertenklassifikation nach Maßgabe der (derzeit) 80 ausgewählten Krankheiten[1018] sind die diagnosebezogenen Datenmeldungen der Krankenkassen.[1019] Betreffend die Aufgreifkriterien für einen Morbiditätszuschlag sind *Krankenhausdiagnosen*[1020] von besonderer Wertigkeit: Jede (krankheits-)relevante stationäre Diagnose bedingt eine Zuordnung der Versicherten zu einer Morbiditätsgruppe und hat somit einen Zuschlag zur Folge.[1021]

Bereits aus der Datenbasis für die Weiterentwicklung sind unterschiedliche Belastungen bzw. Risikostrukturen der Kassen erkennbar. Bezogen zunächst auf die Stichprobe zur Weiterentwicklung des RSA – für die nachfolgende Ermittlung der vorläufigen Werte zur Durchführung war dann die Vollerhebung maßgeblich – waren bspw. 21,2% der seitens der KBS gemeldeten Versichertenpseudonyme solche mit Krankenhausaufenthalten; die Quote bei der AOK betrug 15,16%, die der IKK 10,88%.[1022] Da-

1014 Zur Anpassung der Zuweisung in der Konvergenzphase § 272 SGB V, §§ 33a ff. RSAV, jeweils idF. des GKV-OrgWG; die zur Erhöhung der Zuweisungen erforderlichen Beträge werden aus Mitteln der Liquiditätsreserve (§ 271 Abs. 2 SGB V) aufgebracht, § 272 Abs. 2 S. 2 SGB V.

1015 I.V.m. §§ 33a ff. RSAV, vgl. insbes. § 33c Abs. 2 RSAV.

1016 Siehe BT-Drs. 16/10609 (elektron. Vorabfassung), S. 90.

1017 Zum 31. März und zum 30. September des Ausgleichsjahres sowie zum 31. März des auf das Ausgleichsjahr folgenden Jahres.

1018 §§ 268 Abs. 1 S. 1 SGB V, § 29 Nr. 1 RSAV sowie § 31 RSAV. Die Festlegungen trifft das BVA nach § 31 Abs. 4.

1019 Vgl. § 30 RSAV.

1020 S. § 30 Abs. 1 s. 1 Nr. 6 RSAV i.V.m. Meldevorschriften des SGB V.

1021 *Göpffarth*, Wie der morbiditätsorientierte Risikostrukturausgleich funktioniert, SozSich 2009, S. 12 (13 f.).

1022 Auf Grundlage der Darstellung bei *Schmidt/Wittmann/Göpffarth*, in: Göpffarth u.a., Jahrbuch Risikostrukturausgleich (2008), S. 275 (289, 291).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei entfielen bei der KBS auf einen Versicherten mit Krankenhausaufenthalt im Schnitt 10,5 Diagnosen, wohingegen bei der AOK 8,3 und der IKK 6,8 zu verzeichnen waren.[1023]

Auch im Zusammenhang mit dem RSA sind Versuche der Einflussnahme auf das ärztliche Kodierverhalten betreffend (RSA-) relevante ambulante Diagnosen bekannt geworden.[1024] Im RSA setzt die Zuordnung zu Morbiditätsgruppen mittels ambulanter Diagnosen eine Zweitdiagnose in einem weiteren Quartal („M2Q“) und ggf. zusätzliche Validierung durch Arzneimitteltherapie voraus. Das Bestreben, Daten nachzuerfassen oder zu korrigieren, versuchten einige Krankenkassen damit zu rechtfertigen, sie betrieben keine Manipulation bzw. „up-“, sondern „right-coding“. Dieser lediglich phänomenologische Terminus „right-coding“ indes wird uneinheitlich verwendet und leitet fehl, reklamiert er doch sachverhaltsunspezifisch und gleichsam begriffsjuristisch eine antizipierte Rechtfertigung.[1025] Demgegenüber sind Einflussnahmen in jedem Einzelfall zu würdigen und als solche in aller Regel unzulässig.

Der M-RSA im Gesundheitsfonds[1026] bildet keine „Ist-Morbidität“ ab, sondern die für die risikoadjustierten Zuweisungen maßgebliche morbiditätsorientierte Zuordnung folgt daraus, dass Versicherte *aufgrund* ihrer Morbidität im maßgeblichen Zeitpunkt unter entsprechender Diagnosestellung behandelt wurden und deswegen Leistungsausgaben verursacht haben. Der RSAV knüpft, vgl. § 30 RSAV, „nur“ an – vorliegende – (Abrechnungs-)Daten an, die Ergebnis der Erbringung von Versicherungsleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt (Quartal) aus konkretem Behandlungsanlass sind, soweit die Behandlung nach Auffassung des Arztes indiziert war; § 295 Abs. 1 S. 2 SGB V (Verschlüsselung nach den Vorgaben des Deutschen Instituts für medizinische Dokumentation und Information (DIMDI)) ist zu beachten. Durch „Zuweisungsrelevanz“ im RSA motivierte Nacherhebungen oder Korrekturen sind melde-, berufs- und datenschutzrechtlich (vgl. § 284 SGB V) unzulässig.[1027] Hier ist aufsichtsrechtliche Steuerung ebenso angezeigt, wie gesetzgeberisches „Nachsteuern“[1028], das durch Schaffung des neuen § 273 SGB V, einer erweiterten Plausibilitätsprüfung ex ante, erfolgte.[1029]

1023 A.a.O., S. 291.

1024 Ausf. *Göpffarth/Sichert*, Morbi-RSA und Einflussnahmen auf ärztliches Kodierverhalten, KrV 2009, S. 186 ff.

1025 *Göpffarth/Sichert*, a.a.O., S. 187 f.

1026 S. dazu unter II.5.1.2.

1027 *Göpffarth/Sichert*, Morbi-RSA und Einflussnahmen auf ärztliches Kodierverhalten, KrV 2009, S. 186 (188 ff.).

1028 S. oben I.2.3.1.8.

1029 Näher *Göpffarth/Sichert*, Morbi-RSA und Einflussnahmen auf ärztliches Kodierverhalten, KrV 2009, S. 186 (190).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5.1.2.2. Kassenindividuelle Finanzierungsinstrumente (Zusatzbeiträge, Prämien)

Vergleichbar dem vormals kassenindividuell erhobenen Beitragssatz kommt den neuen zusätzlichen Wettbewerbsinstrumenten[1030] Zusatzbeitrag (§ 242 Abs. 1 SGB V) und Prämie (Abs. 2) besondere Publizitätsfunktion zu. Die tarifäre Vergleichbarkeit der allgemeinen Versicherungsleistung wird für den zu Versichernden dadurch offenbar, daß Kassen am Markt auftreten, die einen Zusatzbeitrag erheben, daß andere ohne einen solchen auskommen und wiederum andere gar eine Prämie ausschütten.

Um Details der Ausgestaltung von Zusatzbeitrag und Prämie ranken sich jenseits der zulässigen Erhebung bzw. Ausschüttung als Pauschalbetrag bzw. in Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen[1031] zahllose Einzelfragen, die hier nicht weiter verfolgt werden können,[1032] zumal sie nicht in besonderem Zusammenhang mit Steuerungsfragen bei der Krankenhausversorgung stehen. Unter Steuerungsgesichtpunkten gleichwohl interessant sind drei Aspekte:

Der erste betrifft das strategische Verhalten unter dem Eindruck der „Besorgnis", (als erster) einen Zusatzbeitrag erheben zu müssen, was bis in das zweite Quartal des Jahres 2009 hinein nicht der Fall war. Jede gesetz- oder verordnungsgeberische Änderung im Anschluss an das GKV-WSG wurde zudem besonders kritisch dahingehend beäugt, ob sie als „zusatzbeitragsrelevant" erschien. Nicht zuletzt deshalb auch bestand das Bestreben, das Zuweisungsverfahren und Korrekturen stets möglichst nah an das im Jahresausgleich zu erwartete Ergebnis heranreichen zu lassen. Dennoch führen u.U. auch die Strukturanpassungen, d.h. die Neuberechnungen der vorläufigen Höhe der Zuweisungen mit entsprechenden Korrekturbescheiden (vgl. § 39 Abs. 3, 3a RSAV) einer Krankenkasse vor Augen, inwieweit es mit Blick auf die Vorgaben des § 242 Abs. 1 SGB V geboten ist, einen Zusatzbeitrag zu erheben. Gleichzeitig hatte noch vor der Jahreswende 2008/2009 eine massive Fusionswelle eingesetzt, um Zusatzbeiträgen, zumal als kleine Kasse, zu entkommen.

Der zweite Aspekt betrifft den Fall, daß es tatsächlich zur Erhebung eines Zusatzbeitrages kommt. Der komplexe Prozess der Erhebung und Berechnung v.a. dann, wenn der Zusatzbeitrag nicht als Pauschale erhoben werden sollte, hat zu intensiven Überlegungen zum „Outsourcing" eines Zusatzbeitragsmanagements geführt. Das auch im Bereich der Selbstverwaltung nicht per se unzulässige „contracting out" bewegt sich zwischen funktionaler (Erfüllungs-) Privatisierung sowie einer Finanzierungs- und Verfahrensprivatisierung, muss allerdings die Erhebung in Form der Festsetzung als Kernaufgabe der Kasse ebenso belassen, wie die Verantwortlichkeiten klar zuweisen, den Sozialdatenschutz beachten und schließlich von gewerblichen Koppelungsgeschäften Abstand nehmen.

1030 BT-Drs. 16/3100, S. 165.

1031 A.a.O.

1032 Dazu etwa *Wolf*, Der neue Zusatzbeitrag nach § 242 SGB V, GesR 2008, S. 567 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Drittens wird es – im gegebenen System – u.U. zu massiven Problemen führen, daß die Erhebung des Zusatzbeitrag auf 1 vom Hundert der beitragspflichtigen Einnahmen begrenzt ist (§ 242 Abs. 1 S. 2 SGB V). Dies gilt v.a. mit Blick auf eine mögliche „geplante Unterdeckung" des Gesundheitsfonds (vgl. § 220 Abs. 2 S. 1 SGB V) oder bezogen auf zusätzliche Finanzierungslasten etwa aus Haftungsverbünden bei Schließung bzw. Insolvenz. Als echtes bzw. zusätzliches „Wettbewerbsinstrument" kann der Zusatzbeitrag dann letztlich nicht mehr bezeichnet werden.

5.1.3. Externer Kontrollmechanismus: Zur Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts

Der Stabilisierung des Fundamentes für den Kassenwettbewerb dient neben den systeminternen Finanzierungs- und Ausgleichsmechanismen ein externes Kontrollsystem zur Unterbindung wettbewerbswidrigen bzw. marktmissbräuchliches Verhaltens. Die Bestimmung und die Konsequenzen des materiellen Kontrollrahmens allerdings werden kontrovers diskutiert.

5.1.3.1. Allgemeines und Mitgliederwerbung

Keinem Zweifel unterliegt, daß für den Wettbewerb der Krankenkassen untereinander betreffend die Mitgliederwerbung gem. § 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 SGG grundsätzlich der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ist und das Rechtsverhältnis diesbezüglich v.a. durch die sozialrechtlichen Vorschriften (§§ 207 ff., 265 ff. SGB V, §§ 13 ff. SGB I u.a.) bestimmt ist.[1033] Bereits aus § 51 Abs. 2 S. 2 SGG folgt überdies, daß der Rechtsweg auch bei privatrechtlichen Streitigkeiten in Angelegenheiten der GKV gegeben ist, d.h. auch in wettbewerbsrelevanten Zusammenhängen.[1034]

Eine auch in diesem Zusammenhang strittige Frage aber ist, ob z.B. mit Blick auf wettbewerbswidrige Werbung auch die Anwendung des materiellen Lauterkeitsrechts ausgeschlossen ist, und falls nein, ob auch dann ausschließlich der Weg zu den Sozialgerichten eröffnet ist. Die Problematik betrifft das Verhältnis des § 69 SGB V zur Rechtswegzuweisung und die Reichweite der Norm zugunsten sämtlicher Konstellationen mit sozialrechtlichem Bezug bzw. die Frage der Regelung der Rechtsbeziehung zwischen den Krankenkassen ausschließlich durch öffentliches Recht.[1035] So wird vertreten, das Verhalten der Krankenkassen im Mitgliederwettbewerb betreffe stets das – öffentlich-rechtlich geregelte – Verhältnis zu den Versicherten und deshalb gelte ausschließlich Sozialrecht.[1036] Indes lassen sich Fragen des Rechtsweges und des Anwendungsausschlusses materiellen Rechts durch § 69 SGB V durchaus voneinander unter-

1033 BGH, Urt. v. 9.11.2006, GRUR 2007, S. 535 (536).

1034 Vgl. *Groß*, in: Hk-SGG, § 51 Rn. 19.

1035 Vgl. BSGE 82, 87.

1036 Vgl. *Roth*, Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, S. 645 (648 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheiden. Die (mögliche) Trennung von Rechtsweg und *Kontrollmaßstab* kommt in § 51 Abs. 2 S. 1 SGG zum Ausdruck; sie soll allerdings nach strittiger[1037] Auffassung nicht nur für die kartellrechtliche Würdigung der Mitgliederwerbung gesetzlicher Krankenkassen im Verhältnis zu PKV-Unternehmen,[1038] sondern auch für einen privatrechtlichen Kontrollmaßstab des Kassenwettbewerbs gelten.[1039]

Gleichwohl kann zunächst nur gesagt werden, daß sich die materielle Exklusivität des Sozialrechts jedenfalls auf § 69 SGB V nicht eindeutig stützten lässt.[1040] Die Vorschrift betrifft nicht das Verhältnis der Krankenkassen zueinander,[1041] sondern nur das der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern, wenngleich auch, soweit Dritte betroffen sind (etwa bei Konkurrenz mit privilegierten Leistungserbringern wegen deren „Beteiligung" an der Erfüllung von Versorgungsaufgaben im Selektivvertragsverbund mit Kassen). Zur Erweiterung als „Grundnorm" ausschließlich öffentlich-rechtlichen Handelns[1042] reicht die Fassung rechtssystematisch nicht aus.[1043] Da § 69 Abs. 1 S. 1 bis 3 SGB V auch im Verhältnis zu „Dritten" nur gilt, sofern deren Rechte durch „diese Rechtsbeziehungen… betroffen" sind, § 69 Abs. 1 S. 4 SGB V, scheidet eine auch aus systematischen Gründen[1044] verfehlte Qualifikation anderer gesetzlicher Krankenkassen als „Dritten" aus.

Dessen ungeachtet ist zu konstatieren, daß die eigentlichen Maßstäbe und Grenzen der Werbung ganz überwiegend durch das öffentliche Recht vorgegeben werden. Deutlich macht dies die im Zivil-[1045] ebenso wie im Sozialrechtsweg[1046] behandelte The-

1037 Siehe BGH, Beschl. v. 9.11.2006, I ZB 23/06, GRUR 2007, S. 535 (536 m. zahlr. N.). Zur Kritik an der Entscheidung des BGH bezüglich dessen Zuständigkeit auch *Roth*, a.a.O. (S. 648): „Freilich ist dieser Lösungsansatz keineswegs über alle Zweifel erhaben. Denn auch im Bereich der Mitgliederwerbung handeln die gesetzlichen Krassen ebenfalls mit Bezug auf ihren gesetzlichen Versorgungsauftrag".

1038 Vgl. auch *Roth*, a.a.O., S. 649.

1039 Vgl. auch *Steinmeyer*, Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen (2000), S. 82 ff.

1040 Vgl. aber *Knispel*, Doppelter Rechtsweg für Klagen gegen Mitgliederwerbung einer Krankenkasse?, NZS 2008, S. 129, und *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller, Leitherer, SGG, 9. Aufl. (2008), § 51 Rn. 23.

1041 *Engelmann* (2009), jurisPK SGB V, § 69 Rn. 144.

1042 Siehe die Nachweise bei *Mühlhausen*, Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung (2002), S. 58 Fn. 19, S. 58 f.

1043 *Mühlhausen*, a.a.O., S. 58 f. m.w.N. Der Rekurs auf die Begründung, die Kassen handelten „nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts" stellt eine inhaltliche Abkopplung vom ersten Satzteil dar: „Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen *in diesen Rechtsbeziehungen* ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag".

1044 *Mühlhausen*, a.a.O., S. 57.

1045 S. *LG Itzehoe*, Urt. v. 10.06.2008, 5 O 32/07, 6 U, 28/08, WRP 2009, S. 494: Irreführende Werbung i.S.d. §§ 3 und 5 UWG: „Wirbt eine Krankenkasse allein mit dem Hinweis auf die ab dem 1.1.2009 geltenden einheitlichen Beitragssätze, ist dies irreführend, weil der unzutreffende Eindruck erweckt wird, die finanziellen Belastungen der Versicherten seien bei allen Kassen im Ergebnis gleich."

1046 S. mit Blick auf §§ 13-15 SGB I, § 86 SGB X und § 4 Abs. 3 SGB V *LSG Rheinland-Pfalz*, Beschl. v. 13.12.2007, L 5 ER 289/07 KR: „Die Krankenkasse darf nicht mit der Aussage werben, ... ohne

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

matik der Werbung unter Verweis auf den allgemeinen und gleichen Beitragssatz ab 2009 *ohne Information über die Möglichkeit kassenindividueller Zusatzbeiträge* oder Prämien. Ob der Sanktionsanspruch hier zivilrechtlicher (vgl. § 8 UWG) oder öffentlich-rechtlicher Natur ist (öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch entsprechend § 1004 BGB bzw. grundrechtlich fundiert), kann nicht entscheidend sein. In der Sache handelt es sich jedenfalls um Angelegenheiten der Krankenversicherung, die im Sozialrechtsweg zu verfolgen sind.[1047] Das gilt mit Blick auf § 51 Abs. 2 S. 1 SGG auch für eine Streitigkeit zwischen privaten und gesetzlichen Krankenversicherungen.[1048]

Eindeutiger sind die Fälle, in denen Fragen des Mitgliederwettbewerbs im Verhältnis der Krankenkassen *zu den Leistungserbringern* wurzeln, etwa wenn die Krankenkasse im Mitgliederwerb Werbung *für günstige Leistungserbringer macht, mit denen sie Vertragsbeziehungen* eingegangen ist.[1049] Diese Vorgehensweise kommt v.a. in Betracht, wenn die Kasse mit Vertragsbeziehungen zu Krankenhäusern in IV-Modellen und DMP wirbt. *Ist dies aber der Fall*, kann es, nimmt man die materielle Ausschlusswirkung des § 69 SGB V ernst, die auch der *BGH* anerkannt hat, nicht darauf ankommen, ob der Anspruch „nicht auf einen Verstoß gegen Vorschriften des SGB V, sondern ausschließlich auf wettbewerbsrechtliche Normen gestützt [wird], deren Beachtung auch jedem privaten Mitbewerber obliegt".[1050] Im Falle erheblicher Beeinträchtigung einzelner Leistungsanbieter – etwa durch grob irreführende oder sozialrechtliche Vorschriften verletzende Werbung – wäre ggf. auf eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit drittbetroffener (privater) Grundrechtsträger zu rekurrieren.[1051] Darauf (i.V.m. mit der Verletzung sozialrechtlicher Grenzen) kann ggf. auch ein Unterlassungsanspruch gestützt werden.[1052]

5.1.3.2. Fusionskontrolle

Auch die Fusion gesetzlicher Krankenkassen unterliegt staatlicher Kontrolle. Strittig allerdings ist, ob die kartellrechtlichen Maßstäbe einer Fusionskontrolle (§§ 35 ff. GWB) zur Anwendung kommen.[1053] Immerhin hatten Konzentrationsprozesse zur Fol-

---

auf die Möglichkeit der Erhebung eines kassenindividuellen Zusatzbeitrages und der Auszahlung von Prämien an Mitglieder... hinzuweisen." Vgl. dagegen *LSG Baden-Württemberg*, Beschl. v. 26.8.2008 am Maßstab des § 175 Abs. 2 und 4 SGB V: „Grenzen des Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen nicht überschritten."

1047 *Knispel*, Doppelter Rechtsweg für Klagen gegen Mitgliederwerbung einer Krankenkasse?, NZS 2008, S. 129, und *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller, Leitherer, SGG, 9. Aufl. (2008), § 51 Rn. 23.

1048 *Knispel*, a.a.O.; *Keller*, a.a.O., jeweils entgegen BGH, Beschl. v. 9.11.2006, I ZB 23/06, GRUR 2007, S. 535

1049 *SG Frankfurt/Main* v. 9.8 2006, GewArch 2006, 487 ff.

1050 Vgl. allerdings BGH, Beschl. v. 9.11.2006, GRUR 2007, S. 535. Näher zum materiell-rechtlichen Kontrollmaßstab unten II.5.1.2.

1051 Vgl. BSGE 89, 24 (33 f.).

1052 *SG Frankfurt/Main* v. 9.8 2006, GewArch 2006, 487 (488).

1053 In diesem Sinne *Lübbig/Klasse*, Kartellrecht im Pharma- und Gesundheitssektor (2007), S. 46 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ge, daß mitunter Mitgliederbestände von wenigen Tausenden auf mehrere Hunderttausend „angewachsen“[1054] waren. Am Vorabend der Einführung des Gesundheitsfonds nahmen die Fusionen nochmals deutlich zu, wodurch Krankenkassen mit ganz erheblicher Marktmacht entstanden.[1055] Im Zuge des GKV-WSG wurde ferner die kassenartübergreifende Vereinigung der Kassen möglich, § 171a SGB V; ein entsprechender Beschluß der Verwaltungsräte bedarf der Genehmigung der vor der Vereinigung zuständigen Aufsichtsbehörden.[1056] § 171a SGB V selbst jedenfalls schließt die Anwendbarkeit der §§ 35 ff. GWB nicht aus. Die Vorschrift wurde vor dem Hintergrund eingeführt, daß das *BKartA* bereits zuvor Kassenfusionen geprüft hatte,[1057] worauf der Gesetzgeber in seiner Begründung selbst hingewiesen hatte.[1058] Dieser Passus wird mitunter als Beleg für den gesetzgeberischen Willen zugunsten der Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften genommen,[1059] während anderer Auffassung zufolge die Streichung in der Beschlussfassung des Ausschusses und die Ablehung einer klarstellenden Regelung zugunsten der Anwendbarkeit der GWB-Vorschriften vom Gegenteil zeugen, ohne daß der *de lege lata* letztlich (doch) nicht verfügte Ausschluß interpretatorisch herbeizuführen wäre.[1060]

Das GKV-OrgWG hat die Frage der Anwendung kartellrechtlicher Kontrollmaßstäbe erneut offen gelassen. Ein Rückschluss aus der begrenzten Inbezugnahme im erweiterten § 69 Abs. 2 SGB V überzeugt noch nicht, da auch dann, wenn der Zusammen-

1054 Vgl. etwa die Chronik der Taunus-BKK (unter www.taunus.bkk.de) und zur Fusionskontrolle durch das BKartA (unv.), *Gaßner/Ahrens*, Anwendbarkeit der Regeln der Fusionskontrolle des GWB bei der Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen, SGb 2007, S. 528 (535).

1055 Davon zeugt etwa die Fusion von TK und IKK direkt.

1056 Siehe oben unter I. 4.5.3.

1057 Ungeachtet dessen wäre die Konturierung *materiellrechtlicher Maßstäbe* durch das BKartA interessant. Sie beträfe bereits die Betrachtung des sachlich relevanten *Marktes*, der als „Angebotsmarkt für Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung“ mit Blick auf die systemimmanenten Besonderheiten womöglich nur „unvollkommen“ beschrieben ist, *Gaßner/Ahrens*, Anwendbarkeit der Regeln der Fusionskontrolle des GWB bei der Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen, SGb 2007, S. 528 (534). Die bisher bekannten (beiden) „Fälle“ der Fusionskontrolle durch das BKartA, in denen es nicht zur Untersagung des Zusammenschlußvorhabens kam, sind unveröffentlicht geblieben, a.a.O., S. 535.

1058 Siehe BT-Drucks. 16/3100, S. 156: „Flankierende gesetzliche Regelungen, die verhindern, daß durch kassenartübergreifende Fusionen wettbewerbsschädliche Monopolbildungen entstehen, sind nicht erforderlich. Auch Vereinigungen von Krankenkassen sind nach den Regeln der Fusionskontrolle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) durch das Bundeskartellamt zu prüfen. Das Bundeskartellamt hat bisher schon Vereinigungen von Krankenkassen daraufhin geprüft, ob sie zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Auch kassenartübergreifende Fusionen wird es daraufhin überprüfen und bei Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung untersagen.“.

1059 *Gaßner/Ahrens*, Anwendbarkeit der Regeln der Fusionskontrolle des GWB bei der Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen, SGb 2007, S. 528 (532).

1060 *Roth*, Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, S. 645 (656).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schluss primär „auf der Nachfrageseite Sinn“ habe,[1061] im Grunde das Verhältnis der Krankenkassen zueinander betroffen ist. Dieses Verhältnis als solches wird von § 69 SGB V nicht unmittelbar erfasst.[1062]

Demgegenüber bringt § 69 SGB V jedenfalls zum Ausdruck, daß die Krankenkassen nach Vorstellung des *nationalen* Gesetzgebers grundsätzlich nicht als Unternehmen tätig werden, bestenfalls ausgewählte Vorschriften des GWB „entsprechend“ zur Anwendung gelangen. (Auch) nach deutschem Kartellrecht lassen sich die Krankenkassen daher nicht als solche bzw. *per se* als Unternehmen qualifizieren. Und obwohl die Ergebnisse im Hinblick auf ein bestimmtes Tätigwerden in Anknüpfung an die Rspr. des *FENIN*-Urteils divergieren können, gelangt man zum selben Ergebnis, wenn man der Auffassung folgt, im Zuge der 7. GWB-Novelle sei eine übereinstimmende Auslegung der nationalen und europarechtlichen Kartellvorschriften im Hinblick auf den Unternehmensbegriff indiziert.[1063]

Zudem beschreiben Fusionen keinen „bestimmten Markt“, auf dem Krankenkassen autonom wirtschaften, d.h. Martkanteile preisbewertet „kaufen“ könnten. Gestützt wird das Ergebnis durch die Spezialität der Vorschriften über die Vereinigung von Krankenkassen nach dem SGB V,[1064] das insoweit auch Exklusivität reklamiert. Der Genehmigung *durch die Aufsichtsbehörde* kommt rechtsgestaltende Wirkung zu; überdies kann die Vereinigung ggf. durch Rechtsverordnung erfolgen (vgl. § 168a Abs. 2 SGB V). Weiter kann die durch GKV-OrgWG in ihren Befugnissen umfassend gestärkte Aufsichtsbehörde[1065] im Zusammenwirken mit dem Spitzenverband Bund den Zusammenschluss aktiv betreiben, vgl. § 172 Abs. 3 SGB V und ggf. ersetzende Beschlüsse fassen. Die insoweit nicht marktgeleitete Vereinigung der Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts und Teil der mittelbaren Staatsverwaltung kann damit der allgemeinen Fusionskontrolle für Unternehmen grundsätzlich nicht unterstellt werden, sondern vollzieht sich im Rahmen aufsichtsrechtlicher Genehmigung (vgl. § 144 Abs. 3, § 150 Abs. 1 S. 2, § 160 Abs. 1 S. 2, § 168 Abs. 1 S. 2 SGB V).[1066]

1061 *Engelmann* (2009), jurisPK-SGB V, § 69 Rn. 163.

1062 Vgl. in vorliegendem Zusammenhang *Roth*, Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, S. 645 (655); *Gaßner/Ahrens*, Anwendbarkeit der Regeln der Fusionskontrolle des GWB bei der Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen, SGb 2007, S. 528 ff.

1063 *Roth*, a.a.O., S. 645, 656, 659, der gleichwohl eine unternehmerische Tätigkeit im Selektivvertragsbereich ablehnt.

1064 S. auch *Eggert*, Krankenkassen und Kartellamt: Fusionskontrolle zum Schutz des Wettbewerbs in der GKV?, VSSR 2007, S. 335 ff.

1065 Vgl. oben I.4.5.3.

1066 Zur Kontroverse über den Umfang aufsichtsrechtlicher Kontrollmöglichkeiten *Mühlhausen*, in: Becker/Kingreen: SGB V, 2008, § 144 Rn. 8 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5.1.4. „Ausschluss vom Markt“: Schließung und Insolvenz

Im Zuge der Herstellung der Insolvenzfähigkeit aller Krankenkassen (vgl. § 171b SGB V m.W.v. 1.1.2010) droht diesen mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. der Ablehnung mangels Masse die Schließung, § 171b Abs. 5 SGB V. Es gelten die Insolvenzeröffnungsgründe des Insolvenzrechts, §§ 17-19 InsO. § 171b Abs. 2 SGB V ist einerseits Rechtsgrundverweisung; andererseits hat der Gesetzgeber ausweislich der Begründung zum GKV-OrgWG auch hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Vorschriften Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 (Sozialversicherung) als Kompetenztitel in Anspruch genommen und als „Sache der Sozialversicherung“ begriffen,[1067] nicht jedoch Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG herangezogen, der die Verlängerung der Befristung des zweistufigen Überschuldungsbegriffs (s.u.) trägt. Die sozialstaatliche Prägung kann damit bei der Auslegung nicht außer Betracht bleiben.

Gerade unter dem Eindruck hoher Verbindlichkeiten für Krankenhausrechnungen muss andererseits ein Liquiditätsdefizit der Kassen vermieden werden, damit es nicht zur Zahlungsunfähigkeit kommt (vgl. § 17 InsO). Maßgeblicher Beobachtungszeitraum für die insoweit vorzunehmende dynamische Liquiditätsbilanz ist – grundsätzlich – ein stichtagseröffneter Drei-Wochen-Zeitraum, durch den auch Zahlungsstockungen aus der Betrachtung auszunehmen sind; darüber hinaus kommt dem Schuldner eine Bagatellgrenze von 10% zugute.[1068]

Zukünftig wird die „GKV-adäquate“ Auslegung des § 17 InsO betreffend das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit wesentliche Bedeutung erlangen. So steht nach hier vertretener Auffassung ggf. zu erwarten, daß eine wesentliche, durch die Rspr. entwickelte Ausnahme zum kurzen dreiwöchigen Betrachtungszeitraum Bedeutung erlangen könnte, nach der die Liquiditätslücke ohne Eintritt der Zahlungsunfähigkeit auch innerhalb eines längern Zeitraums geschlossen werden kann, wenn die Lücke einschließlich weiter hinzutretender Passiva erstens (nahezu) vollständig geschlossen werden kann und den Gläubigern (darunter indes nicht den Beziehern von Krankengeld) dies nach den Umständen zuzumuten ist.[1069] Denn auf der Aktivseite der Liquiditätsbilanz ist zu bedenken, daß die Einnahmen – staatlich verwaltet – durch Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds grundsätzlich garantiert sind (§ 266 SGB V, § 39 RSAV). Was die Fälligkeit der Zahlungen anbelangt, so gilt für die Liquidität folgendes: Die Auszahlungen erfolgen in Teilbeträgen, die sich insbesondere an den monatlichen Hauptfälligkeitszeitpunkten der beim Gesundheitsfonds eingehenden Beiträge[1070] orientieren, wobei

1067 BT-Drs. 16/9559, S. 17.

1068 S. dazu m.w.N. zur Rspr. *Reischl*, Insolvenzrecht, 2008 Rn. 93 ff.

1069 A.a.O., Rn. 105.

1070 S. BT-Drs. 16/10609, S. 90: „Hauptfälligkeitszeitpunkte sind insbesondere der erste Bankarbeitstag im Monat für die Beteiligung des Bundes an Aufwendungen (§ 221 Satz 3 SGB V), der Achte eines Monats für die Abschlagszahlung durch die Deutsche Rentenversicherung Bund (§ 255 Abs. 3 Satz 3 SGB V) sowie für Beträge aus Sozialleistungen (§ 23 Abs. 2 Satz 1 SGB IV), der 15. des Monats für sonstige Beiträge einschließlich der Beiträge der Künstlersozialkasse (§ 23 Abs. 1 Satz 4 SGB

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

die Zuweisungen für einen Ausgleichsmonat vollständig bis zum 15. des diesem Monats folgenden Monats ausgezahlt werden, § 39 Abs. 4 RSAV. Insbesondere die „sichere Schlusszahlung“ ist hier in den Betrachtungszeitraum ebenso mit einzustellen wie Zahlungsansprüche in Form von Korrekturbeträgen, die sich aus der Strukturanpassung zu den in § 39 Abs. 3 RSAV gem. § 39 Abs. 3a S. 1 RSAV ergeben.

Fraglich ist ferner die Konkurrenz eines Insolvenzeröffnungsgrundes zum Tatbestand der nicht mehr auf Dauer gesicherten Leistungsfähigkeit[1071], bei dessen gleichzeitigem Vorliegen die Aufsichtsbehörde dem Primat des Schließungsrechts folgend die Kasse schließen soll, § 171b Abs. 3 S. 2 SGB V. Die bisherigen Anforderungen an die Krankenkasse, wie vergleichbare Mitbewerber entsprechende Regel- und Mehrleistungen zu gewähren und sich dabei annähernd im durchschnittlichen Beitrags- und Leistungsniveau der anderen Krankenkassen halten können,[1072] müssen tw. neu konturiert werden. Denn die genannten Überschreitungsgrenzen, 10% des landesdurchschnittlichen Beitragsbedarfssatzes der Krankenkassen der Kassenart bzw. 12,5% des bundesdurchschnittlichen Beitragsbedarfsatzes aller Krankenkassen, können nach der Neuordnung der Finanzierung nicht mehr maßgeblich sein.[1073] Es muss also erstens auf kassenindividuelle Finanzierungselemente ankommen,[1074] wobei die Einnahmen selbst unter Einsatz der Rücklage die Ausgaben längerfristig nicht mehr decken können. Zweitens kann bei ggf. erforderlicher Vergleichsbetrachtung im wettbewerblichen Umfeld die Kassenart entsprechend der Lockerung des „Verbundes“ nicht mehr maßgeblich sein. Insgesamt dürfte die prognostiziert dauerhafte Erforderlichkeit eines Zusatzbeitrages am Rande der Sozialgrenze, welche die Liquidität der Kassen mit bestimmt, bestenfalls dann hinnehmbar sein, wenn dem ein besonderes Leistungsangebot gegenüber steht und dieses ausweislich der Mitgliederbewegungen als solches wahrgenommen wird.

Obwohl die danach preis-/leistungsbezogene Wettbewerbs- bzw. Leistungsfähigkeit[1075] gesichert erscheint, könnte es zwar ausnahmsweise zur Zahlungsunfähigkeit kommen, etwa dann, wenn Zahlungsansprüche im Rahmen der Strukturanpassung nach § 39 Abs. 3 und 3a RSAV – erwartbar oder bereits beschieden – noch nicht realisierbar bzw. fällig sind[1076] oder aber die im Betrachtungszeitraum nicht zu vernachlässigenden Forderungen per Saldo nicht ausreichend bedient werden können. Meist aber wird die

---

IV), der drittletzte Bankarbeitstag des Monats für Beiträge aus Arbeitsentgelt und Arbeitseinkommen (§ 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV) sowie der letzte Tag des Monats für Beiträge aus Renten der Deutschen Rentenversicherung Bund (§ 255 Abs. 3 Satz 1 und 2 SGB V).“

1071 Vgl. §§ 146, 153, 163, 170 SGB.

1072 *Hebeler*, Die Vereinigung, Auflösung und Schließung von Sozialversicherungsträgern, NZS 2008, S. 238 (243).

1073 *Koch*, jurisPK-SGB V, § 146a Rn. 4 m.w.N.

1074 Vgl. oben II.5.1.2.2.

1075 *Hebeler*, Die Vereinigung, Auflösung und Schließung von Sozialversicherungsträgern, NZS 2008, S. 238 (243).

1076 Was der Durchführung des Zahlungsverkehrs insgesamt und der Liquiditätssituation geschuldet wäre.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Leistungsfähigkeit als ein Minus zur Zahlungsfähigkeit begriffen bzw. „in der Regel" deren Mangel bei gleichzeitiger Zahlungsunfähigkeit attestiert.[1077] Der Tatbestand der „drohenden Zahlungsunfähigkeit" (vgl. § 171b Abs. 2 S. 1 SGB V) macht wegen des aufsichtsrechtlichen Instrumentariums im Vorfeld (wenn nicht bereits ein Schließungsgrund vorliegt) und mit Blick auf § 172 Abs. 3 SGB V wenig Sinn: Maßnahmen zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit sind im Grunde erst dann indiziert, wenn die Zahlungsunfähigkeit droht: Dann aber wäre, da der Tatbestand ja vorläge, sogleich der Insolvenzantrag zu stellen, will man nicht eine negative Vermeidbarkeitsprognose (Erfolglosigkeit der Rettungsfusion und anderer Maßnahmen) vorschalten, die dann wieder bereits an der Leistungsfähigkeit zweifeln lässt.

Eine echte Divergenz zwischen Insolvenztatbestand und Schließung soll nach zuweilen geäußerter Ansicht beim Insolvenztatbestand „Überschuldung" möglich sein,[1078] dessen zweistufige Prüfung (Überschuldungsbilanz und Fortführungsprognose) eine (zuletzt bis 2013 befristete) Renaissance erfahren hat.[1079] Zwar ist die Handhabung des Überschuldungsbegriffs wegen der parallelen Wirkungsrichtung des Schließungs- und des Insolvenzgrundes, wegen der zeitlichen Beschränkung des sog. „modifizierten Verschuldungsbegriffs" sowie angesichts des Primats des Schließungsrechts bei gleichzeitiger Fristsetzung zur Stellung des Insolvenzantrages und dem „Anreiz" der Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen[1080] problematisch.[1081] In der Praxis indes würde eine negative Fortführungsprognose sicherlich auch die Wertung der auf Dauer nicht mehr gesicherten Leistungsfähigkeit enthalten, so daß unter Anwendung der Konkurrenzregel des § 171b Abs. 3 S. 2 SGB V vorrangig geschlossen würde.

Vor diesem Hintergrund werden aufsichtsrechtlich präventive Maßnahmen besondere Bedeutung erlangen und die (Beaufsichtigung hinsichtlich der) Pflicht zur Auffüllung der Rücklage besondere Bedeutung erhalten.

5.2. Wettbewerb zwischen privaten Versicherungsunternehmen

Für das Verhältnis der PKV-Unternehmen zueinander gilt das Wettbewerbsrecht wie v.a. unter I.4.4.3. und 4. beschrieben ohne Einschränkungen. Zwar lässt sich mit der Reform durch das GKV-WSG das Einsickern sozialer und solidarischer Elemente,

1077 Vgl. *Bultmann*, Die Insolvenzfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen nach dem GKV-OrgWG, MedR 2009, S. 25 (31); *Füsser*, Das GKV-OrgWG, SGb 2009, S. 126 (128).

1078 *Vöcking*, Beiträge zur Insolvenzproblematik – aus Sicht der Beteiligten und Betroffenen, GesR 2009, S. 138 (139 f.).

1079 Siehe zuletzt BT-Drs. 16/13980 sowie Annahme in 3. Beratung: BT-Pl.Prot. 1/233, S. 26361B - 26261C. S. ferner *Uwer*, Der rechtliche Rahmen der Insolvenz von Krankenkassen, GesR 2009, S. 113 (115 f.).

1080 BT-Drs. 16/9559, S. 20.

1081 *Vöcking*, Beiträge zur Insolvenzproblematik – aus Sicht der Beteiligten und Betroffenen, GesR 2009, S. 138 (139 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bspw. eines Risikoausgleichs, auch in das PKV-System beobachten.[1082] Dies allerdings hat weder zu besonderen Schutzbestimmungen bzw. Bereichsausnahmen von der Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts geführt noch fordert es die tradierte Subsumtion unter den Unternehmensbegriff ernsthaft heraus.[1083]

Dessen ungeachtet entsteht zwischen den PKV-Unternehmen im Zeichen des GKV-WSG neuer Konkurrenzdruck, denn der Wechsel innerhalb der PKV wird erleichtert, jedoch zuvorderst für die ab 2009 geschlossenen Verträge. Das den Wettbewerb antreibende Kernelement ist die gesetzlich verbriefte Mitnahme der Altersrückstellungen, wenngleich dies nur im Umfang der Bemessung am Basistarif möglich ist. Bis dato war die mangelnde Portabilität der Altersrückstellungen jedenfalls aus Sicht der PKV-Versicherten ein Hindernis, das Versicherungsunternehmen zu wechseln, ggf. kumuliert mit der Abschlußfreiheit (auch) dieser Unternehmen und der Möglichkeit, Leistungsbereiche auszuschließen oder Risikozuschläge zu erheben. Seitens der PKV-Unternehmen wurde überdies das „Wechsel-Zeitfenster“ in Form einer Frist vom 1. Januar bis zum 30. Juni 2009 als ebenso „riskant“ wie interessant eingestuft, innerhalb derer (junge) Versicherte aus dem Angebotstarif eines anderen PKV-Unternehmens in das eigene (mit Kontrahierungszwang) wechseln durften, zwar (zunächst) im Basistarif,[1084] doch ggf. mit der von PKV-Unternehmen später forcierten Option, dort in den Angebotstarif „aufzusteigen“.

Auch die Konkurrenz um den Vertreib von Krankenhaus-Zusatzversicherungen kennzeichnet einen lukrativen Markt. Hier geht es mit Blick auf § 194 Abs. 1a SGB V zugleich um einen Vertrags- und Kooperationswettbewerb mit gesetzlichen Krankenkassen. Denkbar ist dabei auch ein strategisches Marktverhalten von PKV-Unternehmen, die eine BKK errichtet haben, durch deren Fusion oder Kooperation mit anderen BKKen Krankenhaus-Zusatzversicherungsmarkt über § 194 Abs. 1a SGB V zu eröffnen.

5.3. Wettbewerb zwischen gesetzlichen Krankenkassen und PKV-Unternehmen

Das (Konkurrenz-) Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen zu den PKV-Unternehmen entfaltet seine Bedeutung vor allem dort, wo im Gefolge hinreichender Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze die Möglichkeit zur freiwilligen Versicherung besteht. Wie bereits in der Entscheidung *AOK-Bundesverband*[1085] und darüber hinaus im Schrifttum[1086] zum Ausdruck kommt, ist nach verbreiteter, im Rahmen der

1082 Vgl. nochmals oben I.1.1.

1083 Siehe auch *Roth*, Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, S. 645 (659).

1084 Siehe Art. 44 Ziff. 5 b) GKV-WSG (BGBl. I 2007, S. 469) betreffend § 12b S. 2 VAG.

1085 Siehe oben II.3.1.5.

1086 *Roth*, Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, S. 645 (658 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Untersuchung tw. kritisierter Ansicht allein das ausschnittweise direkte (Versicherungs-) Konkurrenzverhältnis zwischen Krankenkassen und PKV-Unternehmen geeignet, eine Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen zu begründen. Damit berühren die gesetzlichen Krankenkassen die im PKV-Bereich vorfindbaren Marktstrukturen; insoweit besteht ein nur partielles und unvollkommenes Konkurrenzverhältnis.[1087]

Gleichwohl erfährt auch im Verhältnis der Kostenträger beider Systeme zueinander wettbewerbsschädigendes Verhalten beider Seiten eine dezidierte Kontrolle, bei welcher der sozialrechtliche Kontrollmaßstab dominiert und der Rechtsstreit im Sozialgerichtsweg zu verfolgen ist.[1088] Eine Anwendung des UWG ist jedenfalls durch § 69 SGB V zwar nicht völlig ausgeschlossen, jedoch nur in seltensten Fällen nicht mir der Frage der Konturierung einer Angelegenheit der gesetzlichen Krankenkassen verbunden, soweit es sich nicht um „schlicht" unlautere Handlungen geht.

Darüber hinaus besteht ein kooperatives Verhältnis zwischen Krankenkassen und PKV-Unternehmen im Hinblick auf die Vermittlung privater Zusatzversicherungen für die Krankenhausbehandlung durch die Krankenkassen.[1089] Je nach Perspektive führt dies wiederum zur Konkurrenz unter den PKV-Unternehmen, aber auch die Vermittlungstätigkeit gesetzlicher Krankenkassen unterminiert die Akquisition seitens der für die PKV tätigen Versicherungsmakler, so daß es – untechnisch gesprochen – zur Konkurrenz zwischen „Fremd- und Eigenvermittlung" betreffend dasselbe Versicherungsprodukt kommt.

Als ein der PKV tendenziell ähnliches Versicherungselement schließlich ist nochmals der GKV-Wahltarif für Kostenerstattung bei „Chefarztbehandlung" und „Zweibettzimmer" zu betrachten. Wichtig ist dabei, daß Kostenerstattung insoweit – mindestens – den Bereich der Krankenhausleistungen insgesamt erfassen muss.[1090] Darüber hinaus ist ebenso eindeutig, daß der gesetzliche Leistungskatalog die Chefarztbehandlung nicht ausschließt, sondern diese im Gegenteil im Einzelfall sogar erfordert.[1091] Zu diskutieren indes gilt, ob es sich vor diesem Hintergrund um eine unzulässige Ausweitung des Leistungskatalogs der GKV handelt. Daß hier oftmals der Vergleich mit klassischen Zusatzversicherungen angestellt wird, die sonst nur die PKV anbietet,[1092] ist jedenfalls kein zwingendes Argument gegen die rechtliche Zulässigkeit, soweit eine gewisse Konvergenz bzw. Konkurrenz gesetzlich intendiert ist. Letzteres lässt sich jedenfalls ausweislich der Gesetzesbegründung schwer von der Hand weisen:

1087 Dazu unter II.3.1.6.

1088 Vgl. dazu oben II.5.1.3.1 sowie die zahlr. N bei BGH, Beschl. v. 9.11.2006, GRUR 2007, S. 535 (536); siehe ferner *Dieckman/Wildberger/von Quast*, Rechtswegzuweisung nach § 51 Abs. 2 SGG bei unlauterem Wettbewerb gesetzlicher Krankenkassen, NZS 2005, S. 187 ff.

1089 Ausführlich oben II.2.1.4, sowie vorstehend II.5.2.

1090 S. II.2.1.6.

1091 *Schlegel* (2007), jurisPK SGB V, § 53 Rn. 113.

1092 Vgl. *Lang*, in: Becker/Kingreen, SGB V (2008), § 53 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

> „Diese Tarifmöglichkeit stärkt die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber der privaten Krankenversicherung."[1093]

Daß die PKV nach anderen Regeln operiert und etwa wegen der Bindungen an die Kalkulationsverordnung „Nachteile" erlangt, ist eine höchstrichterlicher Klärung harrende Frage verfassungsrechtlicher Rechtfertigung, ggf. verfassungskonformer Interpretation. Deutlich wird jedenfalls, daß sich die Frage der Zulässigkeit *nach Art und Umfang* auf der Ebene der Wirtschaftlichkeit und dem dahingehenden Prinzip des § 12 Abs. 1 SGB V zuspitzt.[1094] Dabei aber ist zu bedenken, daß § 53 Abs. 9 SGB V eine Quersubventionierung ausschließt, und zwar auch zwischen den Wahltarifen. Die Anforderungen sind daher hoch, und jedenfalls unter Gesichtspunkten der Kostenbelastung *anderer*, nicht im Wahltarif Versicherter, erfolgt eine Begrenzung, die mit Blick auf eine behauptete Erosion des Solidarprinzips für bedeutsame Abmilderung sorgt. Insofern kann, will man § 53 Abs. 4 SGB V jenseits verfassungsrechtlicher Fragen einen maßgeblichen Anwendungsbereich belassen, nicht gefordert werden, daß es gegenüber der Erbringung von Sachleistungen nicht zu Mehrkosten kommen wird. Das bringt der Gesetzgeber selbst deutlich zum Ausdruck:

> „Beispielsweise wäre es möglich, dem Versicherten den 2,3-fachen Satz nach GOÄ/GOZ zu erstatten. Für die Mehrkosten, die dies gegenüber Sachleistungen bedeutet, muss die Kasse eine entsprechend kalkulierte Prämienzahlung des Versicherten einfordern."[1095]

Die „Probebohrung"[1096] Wahltarif für stationäre Leistungen einschließlich Chefarztbehandlung und Zweibettzimmer ist daher – wie die Auseinandersetzungen zeigen[1097] – durchaus wettbewerbsrelevant, wenngleich angesichts der Kalkulationserfordernisse und Rechtsunsicherheiten in begrenztem Rahmen.

1093 BT-Drs. 16/3100, S. 109.

1094 S. *Isensee*, Wahltarif "Krankenhauskomfort" – Chefarztbehandlung und Ein-/Zweibettzimmer als Wahlleistungen de Kassen – Sicht des Sozial- und des Verfassungsrechts, NZS 2007, S. 449 (451).

1095 BT-Drs. 16/3100, S. 108 f.

1096 S. *Isensee*, Wahltarif "Krankenhauskomfort" – Chefarztbehandlung und Ein-/Zweibettzimmer als Wahlleistungen de Kassen – Sicht des Sozial- und des Verfassungsrechts, NZS 2007, S. 449 (450).

1097 Vgl. oben II.2.1.6.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Wesentliche Ergebnisse – Wahl und Wettbewerb im regulierten System

1. Zur Einführung und Kontrolle marktförmiger Strukturen durch Recht

1.1.

- Auch nach den jüngsten Reformen präsentiert sich Wettbewerb im Bereich der Krankenhausversorgung als ein in besonderem Maße regulierter Wettbewerb.
- Er ist weithin unvollkommen und als solcher Teil eines gemischt regulativ-wettbewerblich orientierten Systems im Gesamtzusammenhang bundes- und landesrechtlicher sowie kollektiv- und selektivvertraglicher Normen.
- Wettbewerb in der Krankenhausversorgung bedeutet mangels echten Preiswettbewerbs (derzeitiges DRG-System) v.a. „Wettbewerb um Strukturvorteile im regulierten System", beginnend etwa mit der Konkurrenz um die abrechnungsprivilegierte Planposition (Wettbewerb um den „Systemzutritt").
- Wettbewerb um den Erhalt der privilegierten Position und Systemverbleib etwa wird durch Mengenanforderungen (Mindestmengen) gesteuert und beflügelt die Konkurrenz um Absatzanteile im begrenzten Nachfragesegment.
- Wahlrechte wie das Recht nach § 39 Abs. 2 SGB V sind nur unvollkommen verankert und regulatorisch bzw. planbedingt begrenzt.
- Das Selektivvertragsprinzip in der GKV wird letztlich nicht um der Freiheit der Leistungserbringer willen, sondern aus Gründen der Allokation der Ressourcen zugunsten der gesamten Solidargemeinschaft verfolgt.
- Wo dessen Ergebnisse nicht zufrieden stellen, dominiert wieder die Regulierung (vgl. § 116b Abs. 2 SGB V) oder es wird „kollektivierend" durch Inhaltsvorgaben (vgl. § 140a Abs. 1 SGB V) oder mittels Kontrahierungszwang bzw. -macht (vgl. § 73b Abs. 1, § 73c SGB V) ebenso regulatorisch befördert wie durch andere systemische Privilegierungen und -verschränkungen.[1098]
- Der Erhalt der staatlichen Investitionsfinanzierung sowie die Begrenzung bzw. der Ausschluss eines generellen selektiven Preiswettbewerbs unter im übrigen gleichen Bedingungen begrenzen im wesentlichen wettbewerbliche Beziehungen zwischen Krankenkassen- und Krankenhäusern.
- Vor allem im Gefolge des GKV-WSG ist eine „Konvergenz" der gesetzlich solidarischen und der Privatversicherung erkennbar.

1098 Vgl. im Bereich der Rabattverträge gem. § 130a Abs. 8 SGB V die Vorschriften § 31 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 5, § 84 Abs. 4a S. 2, § 129 Abs. 1 S. 2 SGB V, § 140a Abs. 1 S. 5 SGB V.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

1.2.

- Auch wenn im ordnungspolitischen bzw. gesamtsystemischen Rahmen regulatorische Elemente dominieren, bestehen *en detail* doch mannigfache Wettbewerbsbeziehungen, selbst wenn die dahinter stehenden Vergütungsvolumina einen deutlich geringeren Teil ausmachen bzw. die Krankenhausversorgung nur mittelbar andere Wettbewerbsverhältnisse bestimmt.
- Insbesondere im (sozialversicherungs-)rechtlichen Dreiecksverhältnis müssen die wettbewerbsrelevanten Beziehungen multipolar gedacht werden: Der Wettbewerb der Krankenkassen etwa ist Mitgliederwettbewerb, z.B. mittels beworbener Versorgungsangebote (IV, DMP), die im Kooperationswettbewerb mit den Krankenhäusern ausgehandelt wurden.
- Der mehrfach revidierte § 69 SGB V ist ebenso Ausdruck einer beteiligtenspezifisch erforderlichen Analyse der Wettbewerbsbeziehungen wie gemischt regulatorisch-wettbewerblicher Steuerung durch partiellen Einlass ausgewählter Normen des GWB.
- Soweit nach maßgeblicher sozialrechtlicher Betrachtung anwendbar, tragen das bundesrechtlich verankerte Wettbewerbsrecht im engeren Sinne und das landesrechtlich verbindliche Berufsrecht in den Beziehungen der Krankenhäuser untereinander zum Schutz der wachsenden Wettbewerbsbeziehungen bei. Der sozial- und krankenhausrechtlich vermittelte Wettbewerbsdruck führt dazu, daß das Wettbewerbsrecht zunehmend einen neuen Wirkbereich erhält.
- Primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht gewinnen im Zeichen zunehmend marktförmiger Strukturen selbst innerhalb der nationalen „solidarischen Wettbewerbsordnung“ stärker an Einfluß.
- Das Zusammenspiel zwischen nationaler Wettbewerbsorientierung und dem hinsichtlich seiner Anwendung vorrangigen europäischen Wettbewerbsrecht wird die marktförmige Entwicklung weiter beflügeln.
- Schutz gegen kartellwidriges Handeln der Krankenkassen wird trotz Ausschlusses des § 1 GWB nach § 69 SGB V ggf. durch Art. 81 EGV vermittelt; in der „solidarischen Wettbewerbsordnung“ agieren die Krankenkassen im Hinblick auf besondere Selektivverträge ausnahmsweise als Unternehmen.
- Die Ambiguität eines gemischt wettbewerblich-regulierten Systems kommt ferner dadurch zum Ausdruck, daß Krankenkassen teilweise nicht nur als Unternehmen, sondern u.U. zugleich als öffentlicher Auftraggeber tätig werden.

1.3.

- Im Zeichen multipolarer Wettbewerbsbeziehungen lassen sich normativ verankerte „Steuerungswirkungen“ zumeist nur relativ bemessen. Steuerungsinstrumente in bestimmten Wettbewerbsverhältnissen sind Teil eines Kausalitätsge-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

flechts mit mittelbarer Einflussnahme auf Beziehungen zu weiteren Akteuren und treten in Wechselwirkung mit anderen steuerungspolitischen Maßnahmen.
- Normative Steuerung im Krankenhaussektor durch Wettbewerb ist daher nur in ihrer Mehrdimensionalität zu begreifen. Dabei kommt die Komplexität der Wettbewerbsbeziehungen im Spannungsfeld zwischen Markt und Regulierung bereits durch divergierende Interpretationsansätze des § 69 SGB V zum Ausdruck.
- Daß ein „Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Gesundheitspolitik“ im Bereich der Zusammenschlüsse von Krankenhäusern nicht besteht (*OLG Düsseldorf*), entspricht dem Befund, daß Fusionen nicht in hinreichend engem Zusammenhang mit Handlungen in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen stehen.

1.4.

- Der Markt für Krankenhausleistungen ist als Absatzmarkt an der Nachfrage durch den Patienten, auch den gesetzlich Versicherten, ausgerichtet. Die rechtliche Ausgestaltung und praktische Bedingtheit des Krankenhauswahlrechts der Patienten dient dem allerdings nur unvollkommen.
- Bedeutender Wettbewerbsparameter ist die Behandlungsqualität. Hier setzten neue Mechanismen wie die Veröffentlichung von Qualitätsberichten im Internet und vergleichende Empfehlungen seitens der Kasse als normativ fixierte Steuerungsmechanismen fördernd an.
- Mittelbar wird der Absatzmarkt über die Angebote der Krankenkassen gesteuert, sei es durch entsprechende Tarife, besondere Versorgungsformen, die Vermittlung privater Zusatzleistungen für die Krankenhausbehandlung oder krankenhausspezifische Sonderleistungen.
- Das Preisrecht spielt für die Konkurrenz der Krankenhäuser untereinander nur bedingt eine Rolle. Es eröffnet in Abhängigkeit von der Art der Leistung nur geringe Gestaltungsspielräume.
- DRG in ihrer *nationalen* Ausprägung sind mangels autonom verhandelbarer Bewertungskomponente kein an der wettbewerblichen Preisgestaltung orientiertes Instrument.
- Zunehmend Bedeutung erlangen Strategien der Einweisungssteuerung durch Krankenhäuser. Während allerdings die Einflußnahme über die Trägerschaft von MVZ weithin zulässig ist, sind „innovativen“ Strategien in Form von Einweisungspauschalen (im Rahmen des Managed Care) stärker Grenzen gesetzt.
- Letztere sind im Beziehungsgeflecht zwischen Sozial- und – tw. konträrem – Berufsrecht allerdings schwer zu konturieren. Verstärkt kooperatives und die Versorgungssektoren verzahnendes Handeln erhöht den „Druck“ auf das Berufsrecht und läßt immer deutlicher Konfliktfelder zutage treten, die nach einer grundlegenden Betrachtung des Verhältnisses beider Regime zueinander verlangen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

- Angesichts reduzierter berufsrechtlicher Restriktionen spielt die Krankenhauswerbung eine zunehmend bedeutsame Rolle.

1.5.

- Im Zeichen zunehmenden Wettbewerbs durch neue Versorgungsformen eröffnet der Selektivvertragswettbewerb auch einen Wettbewerb der „Binnenkooperation" der Leistungserbringer um effiziente Vernetzung.
- Konzentrationsprozesse infolge struktureller Reorganisation und dem Bemühen um Effizienz und Spezialisierung führen zu Versorgungsproblemen in der Fläche und im Notfallbereich. Das rechtliche Instrumentarium, dem entgegenzusteuern, ist ausbaubedürftig.
- Kommunale Verlustausgleiche für besonders an der Daseinsvorsorge orientierte öffentliche Häuser sind bei Erfüllung der eigens dafür aufgestellten europarechtlichen Anforderungen zulässig.
- Eine Symbiose von plankrankenhäuslichen und privatklinischen Organisationseinheiten zur Lösung der Bindung an öffentlich-rechtliche Preisvorschriften widerspricht Planungsrecht.

1.6.

- Im Selektivvertragswettbewerb mit den Krankenhäusern entspricht das Handeln der Krankenkassen zunehmend marktförmigen Strukturen. Sie agieren in diesem Bereich mitunter als Unternehmen i.S.d. Art. 81 f. EGV.
- Es erscheint mit Blick auf besondere wirtschaftliche und systemische Privilegierungen sowie die zunehmende, oft auch verzahnte Diversifikation von Prämien- und Angebotsstrukturen ebenso zulässig wie geboten, auch innerhalb der GKV Marktstrukturen zu identifizieren, die der Kontrolle marktförmigen Handelns bedürfen, wie sie für (private) Unternehmen in herkömmlicher Weise bekannt ist.
- Dies hat eine Abkehr von einer einheitlichen Betrachtungsweise von Gesamtversicherungs-Märkten zur Folge, die allein im Hinblick auf den Kreis der freiwillig Versicherten Marktstrukturen identifiziert.
- Integrationsverträge sind im Zeichen der europäischen Vorgaben nach Maßgabe des § 69 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 SGB V in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung öffentlich auszuschreiben. Bei qualifizierter flächendeckender Versorgung mit Budgetverantwortung und unter Einschluss der stationären Versorgung ist dies der Fall. Dadurch allerdings entstehen zusätzliche, nicht unerhebliche Transaktionskosten.
- Ausschreibung einerseits und die Kontrolle unternehmerischen Handelns andererseits sind besonderer Ausdruck der Ambiguität marktorientierter Strukturen im GKV-System. Gerade umfassende Ausschreibungspflichten stehen einem von

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Kreativität der Leistungserbringerseite her induzierten eigenen Angebotswettbewerb in größerem Umfang entgegen.
- Selbst im regulierten GKV-System herrscht mit Blick auf das Selektivvertragsrecht kein Vertragstypenzwang, auch wenn die Gestaltungsspielräume in besonderem Maße systemimmanenten Beschränkungen unterliegen.

1.7.

- Im Vergleich mit den gesetzlichen Krankenkassen ist der (originäre) Versicherungsmarkt der PKV-Unternehmen sehr viel stärker ausgeprägt und unterliegt echten Marktbedingungen.
- Andererseits besteht dieser losgelöst von – selten vorfindbaren – Vertragsbeziehungen der PKV-Unternehmen zu Krankenhäusern als Leistungserbringern. Dies ist den Strukturen des deutschen PKV-Systems geschuldet, für welches im übrigen keine der GKV vergleichbaren Regularien für integrierte Versorgung in puncto (Dispens vom) Gebührenrecht, Qualitätssicherung etc. bestehen.
- Angesichts genereller Erstattung der Kosten für allgemeine Krankenhausleistungen und im Einklang mit privatversicherungsrechtlichen Strukturen bilden Versorgungskonzepte zwischen PKV-Unternehmen und Krankenhäusern die Ausnahme und eignen sich nicht als Wettbewerbsparameter.
- Ungeachtet dessen ist ein wettbewerbsorientierter Fusions- und Konzentrationsprozeß sowohl bei den gesetzlichen als auch den privaten Kostenträger zu konstatieren, der im PKV-Bereich materiell-rechtlich der Kontrolle am Maßstab des GWB, für die gesetzlichen Krankenkassen hingegen allein den Vorgaben des SGB V, unterliegt.
- Im Zeichen strittiger Wahltarife zur Kostenerstattung bei stationärer Versorgung inklusive Zweitbettzimmer und Chefarztbehandlung kommt es in gewissem Umfang ebenso zur Konvergenz der Systeme wie durch einen Kontrahierungszwang im Bereich der privaten Basisversicherung und begrenzte Risikoausgleichsmechanismen in der PKV.
- Im Hinblick auf die Vermittlung stationärer Zusatzversicherungen kommt es zu einem Wettbewerb um Kooperationspartner, der sich sowohl innerhalb von GKV und PKV als auch versicherungsübergreifend abspielt.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

2. Steuerungseffekte und Interdependenzen

2.1. Finanzierung, Ausgaben und Effizienz

- Der Schwerpunkt normativer Steuerung der Krankenhausversorgung durch Wettbewerb liegt im Bereich der (im case-mix günstigen) Absatzsteigerung, vermittelt v.a. durch Qualität.
- Als Katalysator sowohl der Absatzoptimierung als auch des Erhaltes des Abrechnungsprivileges fungieren Mengenssteuerung bzw. die Leistungskonzentration bei entsprechend leistungsstarken Häusern.
- Anstelle selektiven Preiswettbewerbs dienen (tendenziell) einheitliche Finanzierungsgrundlagen dazu, eine kostenregulierte (landes-)einheitliche Ausgangsposition für Wettbewerb mittels anderer Parameter zu schaffen.
- Fehlender Preiswettbewerb im DRG-System macht komplexe, regulativ korrigierende Eingriffe zur Austarierung des Vergütungssystems zugunsten der Versorgungssicherheit und Qualitätssicherung erforderlich.
- Da und soweit Investitionskosten im DRG-System nicht „eingepreist" sind, sondern der dualen Finanzierung folgend planbezogener Förderung durch unterschiedliche Hoheitsträger unterliegen, fehlt es insgesamt nicht nur an Preiswettbewerb, sondern überdies an „echten" (und bereits bundes-) einheitlichen Wettbewerbsgrundlagen für einen Wettbewerb jenseits des Parameters „Preis".
- Ein „Investitionsbedarfsausgleich" erfolgt nicht.
- Gewisse Möglichkeiten zur Preisgestaltung hingegen bestehen im Rahmen eines begrenzten Selektivvertragswettbewerbs.
- Die Opportunitätskosten neuer Versorgungsmodelle und der Aufwand der Gestaltung des Selektivvertragswettbewerbs sind nicht zu unterschätzen.
- Im Rahmen der IV sind Integrations-, Koordinations- und Dokumentationsaufwand vergütungsfähig. Erst seit Wegfall der Anschubfinanzierung eröffnen sich weitere Preisgestaltungsmöglichkeiten durch Ausgliederung der Leistungen aus dem Krankenhausbudget.
- Unter enormem Kosten- und Rationalisierungsdruck entseht ein Verdrängungswettbewerb, dem sich die Häuser oftmals in struktureller Reorganisation stellen und so einen Wettbewerb der Organisations- und Gesellschafts- und Geschäftsmodelle befördern, der auch Formen des „in-" oder „outsourcing" oder einer PPP erfasst.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.2. Zusammenwirken und Wechselwirkungen: „Regulierungsverflechtung“

- Normative Steuerungsansätze lassen sich kaum in isolierter Wirkungsrichtung, sondern nur in ihrer Einbindung in multipolare Wettbewerbsverhältnisse und im Zusammenwirken mehrer Maßnahmen und des Verhaltens aller betroffenen Akteure bewerten.
- Im föderalen System besteht ein hohes Maß an „Regulierungsverflechtung“ (vgl. § 116b Abs. 2 SGB V; § 39 Abs. 2 SGB V).
- Dies kann, muß aber nicht Ausdruck einer Zielverschränkung bzw. -kollision sein, wie sie etwa im Bereich des mit Planungs- und Bedarfserwägungen „belasteten“ Rechts des Patienten, das Krankenhaus zu wählen, hervorsticht.
- Vor diesem Hintergrund ist, wie das KHRG verdeutlicht, einem echten Monistischen System in Deutschland auf absehbare Zeit voraussichtlich kein Erfolg beschieden.
- Sowohl im Zuge der unter 1.1. beschriebenen Tendenzen als auch im Hinblick auf die gesteigerte Marktmacht „kooperierender“ Vertragsgemeinschaften ist eine „Kollektivierung“ selektivvertraglicher Strukturen bzw. eine Kollektivierung der im Selektivvertragswettbewerb erzielten Ergebnisse zugunsten wohlfahrtstaatlicher Allokation zu erkennen.
- Planung und Wettbewerb können einander ebenso hemmen, wie Wettbewerb hinsichtlich der Planposition und um deren Erhalt bestehen kann.
- Im Bereich der Wahl des Krankenhauses werden sowohl ein freiheitlich wettbewerbsorientierter als auch ein regulatorisch und planungsorientiert zuweisender Ansatz gleichzeitig verfolgt. Das Wahlrecht jedoch erweist sich damit als unvollkomen.
- Nach Abschluss der Konvergenzphase bei den DRG wird die auch nach Erlaß des KHG in partiell modifizierter Form fortexistierende dualistische Finanzierung grundsätzlich permanent zu überdenken sein.
- Entlastungswirkungen im Zeichen des Endes der Konvergenzphase werden durch einen nicht unerheblichen Entwicklungs- und Implementierungsaufwand der Investitionspauschalen ab 2012 teilweise aufgezehrt.
- Das System ist hochkomplex (vgl. nur §§ 17a bis 17d SGB V). Die in § 10 KHG verankerten Schritte zur Entwicklung der optionalen Investitionsfinanzierung durch leistungsorientierte Investitionspauschalen nach Maßgabe von Investitionsbewertungsrelationen sind kein Beitrag zur Deregulierung.
- In dem vorstehend beschriebenen Regulierungsgeflecht bieten nur optimierte, langfristig kooperativ angelegte PPP-Modelle eine Chance, das Investitionsdefizit zu begrenzen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.3. Wettbewerbsverzerrungen und exogene Stützung

- Das dualistische Finanzierungssystem wirkt ungeachtet seiner Bedeutung für die Sicherstellung regionaler Versorgung tendenziell wettbewerbsverzerrend, da der in den Ländern unterschiedlich zugestandene Investitionsaufwand naturgemäß weder Erlösbestandteil noch unmittelbar erfolgsabhängig ist.
- Die Aufrechterhaltung der dualistischen Finanzierung nach Ende der DRG-Konvergenzphase kann zu merklichen standortspezifischen Wettbewerbsverzerrungen führen, wenn der landeseinheitliche Preis und die Investitionsförderung in einzelnen Ländern entsprechend gering ausfallen.
- Unter den gegebenen Bindungen wird daher ein „Konvergenzdruck" in Richtung bundeseinheitlicher Preise erfolgen.
- Ein zentrales Problem regulierten Wettbewerbs besteht naturgemäß darin, wie mittelfristig wohlfahrtsfördernde Investitionskosten im solidarischen Wettbewerbssystem internalisiert werden können.
- Daß der Monismus die Investitionskosten in diesem Sinne richtig abbilden kann, ist keinesfalls garantiert, hängt jedenfalls von der Ausgestaltung und Vergütungsgarantie, d.h. davon ab, inwiefern erhöhte Ausgabenvolumina tatsächlich bei den Krankenhäusern ankommen. Gleichzeitig würde es andere Formen der Regulierung bedürfen, ggf. auch in Form monetärer Anreize mit tendenziell wettbewerbsverzerrender Wirkung, um eine flächendeckende und Notfallversorgung jenseits rein ökonomischer Marktmechanismen sicherzustellen.
- Wettbewerb bedeutet vielfach Verteilungswettbewerb innerhalb des Budgets oder gar Konkurrenz um Wiedererlangung „abgezogener" Budgetanteile. Die vormalige Anschubfinanzierung der Integrierten Versorgung ist Beispiel einer solchen Verzerrung.
- Ein grundsätzliches Problem „morbiditätsorientierter", an Diagnosen ausgerichteter Systeme besteht in Tendenzen des „Up-Codings" oder anderweitiger Manipulation, oft fälschlich als „Right-Coding" verklärt. Hier ist eine Vermeidung von „Fehlanreizen" und -verhalten ebenso wie eine Sanktionierung unrechtmäßiger „Input-Manipulation" gefragt.
- In komplexen Systemen stellt das Erfordernis der Kohärenz den Gesetzgeber oft vor besondere Herausforderungen. Ziel- und Politikverflechtung bedeuten auch Steuerungsverflechtung mit hohem Regulierungsaufwand zur Wahrung der Kompatibilität der Regelungskomponenten, der Kohärenz und „Systemimmanenz" sowie zur Abwehr von Fehlanreizen. Solche Systeme sind daher in hohem Maße „selbstreferentiell".
- Eine besondere Form der ohnehin wettbewerbsbegrenzenden Preisregulierung ist die „Beteiligung" einzelner Akteure an der GKV-weiten Ausgabenfinanzierung in Form vielfältiger Finanzierungskürzungen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Fazit

- Ein gemischt wettbewerblich-regulatorischer Ansatz normativer Steuerung der Krankenhausversorgung ist im Kontext sozialstaatlich und grundrechtlich determinierter Gewährleistungsverantwortung in Diensten der allgemeinen Gesundheitsversorgung alternativlos.
- Dieser Ansatz ist der Sicherstellung der Versorgung ebenso verpflichtet wie dem Einsatz und der Kontrolle effizienz-, wirtschaftlichkeits- und angebotsoptimierender marktförmiger Anreizstrukturen; muß grundrechtlich fundierten wirtschaftlichen Freiheiten der Akteure hinreichend Rechnung tragen.
- Die „Steuerungsmix" verliert an Ausgewogenheit, Verlässlichkeit, und Operationalität und damit insgesamt an Zielbezug und ggf. erforderlicher Rechtfertigungsfähigkeit, wenn er sich weithin auf einen Wettbewerb um Strukturvorteile im regulierten System beschränkt und Wahlrechte als unvollkommene oder unechte Wahlrechte erscheinen lässt.
- Regulierungsverflechtung und Mehrdimensionalität im Kausalitätsgeflecht der Anreizstrukturen lassen normative Steuerung immer komplexer erscheinen. Abgesehen von unmittelbaren Mittelkürzungen bzw. „Sanierungsbeiträgen" wird gerade positive Verhaltenssteuerung zunehmend indirekter.
- Im Bereich der Krankenhausfinanzierung lautete die Frage – aus *rechtlicher* Sicht – nicht zwingend Monismus oder Dualismus. In einem monistischen System etwa sind regional abgestufte besondere Investitionszuschläge zum Leistungsentgelt zur Sicherung flächendeckender und notwendiger Versorgung ebenso denkbar, wie ein mit hinreichenden Finanzmitteln ausgestattetes, nach stärker einheitlichen Grundsätzen ausgerichtetes System der länderverantworteten Investitionsfinanzierung zum Abbau von Wettbewerbsverzerrungen und Komplexität beitragen könnte.
- Effektive normative Steuerung ist mehr als die v.a. formal koordinierte Einbindung von Partikularinteressen in das System und Wettbewerb mehr als diese Summe instrumenteller Anreize. Vielmehr muss sie eine enge Abstimmung der verschiedenen Hoheitsträger abbilden, die politische, akteursbezogene und versorgungsspezifische „Sektoren" integriert.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literatur

Altendorfer, Reinhold/ *Merk*, Wolfgang/ *Jensch*, Ingolf: Das Medizinische Versorgungszentrum, Frankfurt am Main 2004.

Amelung, Volker Eric u.a. (Hrsg.): Integrierte Versorgung und Medizinische Versorgungszentren. Von der Idee zur Umsetzung, Berlin 2006.

Andreas, Manfred: Medizinische Versorgungszentren, ArztRecht 2005, S. 144-151.

Anonymus: Unlautere Methoden im Gesundheitswesen – Wettbewerbszentrale berichtet über Tätigkeit gegen Ärzte und Krankenhäuser, KHuR 2006, S. 3739.

Augurzky, Boris/ *Tauchmann*, Harald/ *Werblow*, Andreas/ *Felder*, Stefan: Effizienzreserven im Gesundheitswesen. Hrsg.: Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung (RWI): Materialien, Heft 49, Private Krankenversicherung, München 2002.

Axer, Peter: Einbeziehung der PKV in die GKV. Standard- und Basistarif als Gegenstand der Sicherstellung in der vertragsärztlichen Versorgung, MedR 2008, S. 482-492.

Bach, Peter/ *Moser*, Hans: Private Krankenversicherung, München 2002.

Ballast, Thomas: Integrierte Versorgung zwischen Anspruch und Wirklichkeit, ErsK 2004, S. 221-224.

Balzer, Miriam: Aktuelle Rechtsprobleme aus dem Arzt- und Klinikwerberecht, KHuR 2003, S. 87-99.

dies.: Arzt- und Klinikwerberecht, Berlin u.a. 2004.

Bangard, Annette: Fusionskontrolle bei Krankenhäusern, Präsentation zum Symposium „Krankenhaus und Recht“, 9. November 2005, S. 9, abrufbar unter www.stamas.bayern.de (Krankenhaus).

Bauer, Stefan: Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen?, EuZW 2006, S. 7-11.

Becker, Stefan: Das Recht der Hochschulmedizin, Berlin/Heidelberg 2005.

Becker, Ulrich: Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung, JZ 1997, S. 534-544.

ders.: Rechtliche Rahmenbedingungen der integrierten Versorgung, NZS 2001, S. 505-514.

ders.: Bayerisches Kommunalrecht, in: Becker, Ulrich/ Heckmann, Dirk/ Kempen, Bernhard/ Massen, Gerrit, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Aufl., München 2005, 2. Teil.

ders.: EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, S. 169-176.

Becker, Ulrich/ *Kingreen*, Thorsten: SGB V, Kommentar, München 2008.

Beckschäfer, Hartmut: Die Wahltarife nach § 53 SGB V - Bilanz und Ausblick aus der Sicht des Bundesversicherungsamtes, ErsK 2008, S. 438-441.

Benner, Volkmar: Disease-Management-Programme. Unterschiedliche Ansätze von privater und Gesetzlicher Krankenversicherung, *Deutsches Ärzteblatt*, Vol. 100, 2003, Heft 3, S. A82-A84.

Beule, Claudia: Rechtsfragen der integrierten Versorgung, Berlin/Heidelberg 2003.

dies: Integrierte Versorgung nach neuem Recht, GesR 2004, S. 209-214.

Binder, Stefan, u.a. (Hrsg.): Sozialgerichtsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2003 (zitiert: Hk-SGG).

Boetius, Jan: Gegen den Wind – der Basistarif der Gesundheitsreform bricht Europa- und Verfassungsrecht, VersR 2007, S. 431-440.

Böge, Ulf: Der Markt für Krankenhausfusionen aus Sicht des Bundeskartellamts, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhausreport 2006 (2007), S. 35-48.

Bohle, Thomas (Hrsg.): Vertragsgestaltung in der Integrierten Versorgung, Landsberg/Lech 2005.

ders.: Die Bedeutung des Kartell- und Wettbewerbsrechts bei Krankenhausfusionen und Krankenhauskooperationen, MedR 2006, S. 259-267.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Bomba, Wolfgang: Verfassungsmäßigkeit berufs- und standesrechtlicher Werbebeschränkungen für Angehörige freier Berufe (2003).

Braun, Thomas/ *Rau*, Ferdinand, *Tuschen*, Karl Heinz: Die DRG-Einführung aus gesundheitspolitischer Sicht. Eine Zwischenbilanz, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2007, Stuttgart 2008, S. 3-22.

Bretthauer, Stefan: Zusammenschlüsse von Krankenhäusern in der Fusionskontrolle, NJW 2006, S. 2884-2888.

Breuer, Rüdiger: Freiheit des Berufs, in: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, § 147, Heidelberg 1989.

Bruckenberger, Ernst: Wettbewerb und Planung, in: Arnold, Michael/ Klauber, Jürgen/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, Stuttgart 2003, S. 93-102.

Bruckenberger, Ernst/ *Klaue*, Siegfried/ *Schwintowski*, Hans-Peter: Krankenhausmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb, Berlin u.a. 2006.

Bülow, Peter/ *Ring*, Gerhard: Heilmittelwerbegesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2005.

Bundesversicherungsamt: Wie funktioniert der Risikostrukturausgleich?, abrufbar unter http://www.bundesversicherungsamt.de/Fachinformationen/Risikostrukturausgleich/Informationen/Wie-funktionert-RSA.pdf.

Bultmann, Britta: Die Insolvenzfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen nach dem GKV-OrgWG, MedR 2009, S. 25-32.

Burgi, Martin: Konkurrentenschutz in der Krankenhausplanung, NZS 2005, S. 169-176.

Byok, Jan/ *Jansen*, Nicola: Die Stellung der gesetzlichen Krankenkassen als öffentlicher Auftraggeber, NVwZ 2005, S. 53-56.

Calliess, Christian */Ruffert,* Matthias: EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl., 2007.

Clausen, Tilmann/ *Schroeder-Printzen*, Jörn: Wahlleistungsvereinbarung/Privatliquidation bei stationären Behandlungen, Heidelberg 2006.

Cremer, Wolfram: Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext, in: Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.): Krankenhausrecht: Herausforderungen und Chancen, Düsseldorfer Krankenhausrechtstag 2005, S. 23-43.

Dahm, Franz Josef/ *Möller*, Karl-Heinz/ *Ratzel*, Rudolf: Rechtshandbuch Medizinische Versorgungszentren, Berlin/ Heidelberg 2005.

Degener-Hencke, Udo: Zum Recht der Krankenhausinvestitionsförderung: Die Baupauschale nach dem nordrhein-westfälischen Krankenhausgestaltungsgesetz vom 11. Dezember 2007, NZS 2009, S. 6-15.

Deh, Uwe/ *Dralle*, Ralf: Zentrenbildung im Krankenhaus – ein ungesteuerter Großversuch, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2008/2009, Stuttgart 2009, S. 61-73.

Depenheuer, Otto: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Portabilität von Altersrückstellungen in der Krankenversicherung, Gutachten, 2006, erstellt im Auftrag des Verbandes der PKV, abrufbar unter www.pkv.de (Wissenschaft).

Deutsch, Erwin/ *Spickhoff*, Andreas: Medizinrecht, 6. Aufl., Berlin u.a. 2008.

Deutsches Krankenhausinstitut: Krankenhaus Barometer Umfrage 2005 (2005) bis Umfrage 2008 (2008).

dass.: Krankenhaus Trends, Erhebung Januar 2009. Kurzfristige Investitionsmaßnahmen der Krankenhäuser im Jahr 2009, Düsseldorf 2009.

Dieckman, Thomas J./ *Wildberger*, Nils/ *von Quast*, Alexander: Rechtswegzuweisung nach § 51 Abs. 2 SGG bei unlauterem Wettbewerb gesetzlicher Krankenkassen, NZS 2005, S. 187-192.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Drösler, Saskia E.: Qualitätsberichte gem. § 137 SGB V und ihre Darstellung im Internet – eine vergleichende Analyse, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhausreport 2006 (2007), S. 207-221.

Ebsen, Ingwer: Perspektiven der Krankenhausplanung in einem gewandelten Markt und einem föderalen Gefüge, in: Klauber, Jürgen /Robra, Bernt-Peter /Schellschmidt, Henner, Krankenhaus-Report 2006 (2007), S. 117-131.

Eggert, Albrecht: Krankenkassen und Kartellamt: Fusionskontrolle zum Schutz des Wettbewerbs in der GKV?, VSSR 2007, S. 335-344.

Ehlers, Alexander P.F./ *Sichert*, Markus: „Die sozialrechtliche Fortbildungs- und Fortbildungsnachweispflicht der Ärzte", in: Pharmazeutische Industrie (pharmind) (Vol. 66) Nr. 7/2004, S. 824-826.

Eickmann, Tobias/ *Ernst*, Johanna: Abgrenzung ambulanter, voll- und teilstationärer Krankenhausbehandlung, KHR 2008, S. 85-88.

Faltin, Jürgen: Freigemeinnützige Krankenhausträger im System staatlicher Krankenhausfinanzierung, Köln u.a. 1996.

Fechner, Frank: Ist das Krankenhausprivileg am Ende? - Vor der Entscheidung des Großen Senats des Bundessozialgerichts (BSG), GesR 2007, S. 355-359.

Fellgiebel, Andreas/ *Schanz*, Benno/ *Huwer*, Frank: IV-Vertrag zur Früherkennung von Demenzpatienten mit der Barmer Ersatzkasse, das Krankenhaus 2007, S. 319-324.

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Berlin u.a. 2006.

ders.: Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin u.a. 2007.

Friedrich, Jörg/ *Beivers*, Andreas: Patientenwege ins Krankenhaus: Räumliche Mobilität bei Elektiv- und Notfallleistungen am Beispiel von Hüftendoprothesen, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2008/2009, Stuttgart 2009, S. 155-181.

Füsser, Sonja: Das GKV-OrgWG – Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung – Inhalt und Motive, SGb 2009, S. 126-131.

Gaßner, Maximilian/ *Ahrens*, Michaela: Anwendbarkeit der Regeln der Fusionskontrolle des GWB bei der Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen, SGb 2007, S. 528-535.

Gent, Andreas: Integrierte Versorgung in der PKV, Präsentation, 1. Hamburger Symposium zur Integrierten Versorgung, 30. November 2005, abrufbar unter http://www.iv-hh.de/iv-2006/2005/pdf/Gent.pdf.

Geraedts, Max: Auswirkungen von Qualitätsregulierungen auf das Angebot von Krankenhausleistungen, in: Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Reprort 2006 (2007), S. 187-203.

Gerlinger, Thomas: Zwischen Korporatismus und Wettbewerb: Gesundheitspolitische Steuerung im Wandel, Veröffentlichungen der Arbeitsgruppe Public Health, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung 2002.

Göpffarth, Dirk: Der neue Risikostrukturausgleich im Gesundheitsfonds. Wie der morbiditätsorientierte Finanzkraftausgleich funktioniert, Soziale Sicherheit 2009, S. 12-17.

Göpffarth, Dirk/ *Sichert*, Markus: Morbi-RSA und Einflussnahmen auf ärztliches Kodierverhalten. „Logik" – Fehlannahmen – Rechtslage, KrV 2009, S. 186-191.

Görs, Benjamin: Krankenhäuser im Wettbewerb: Ausschreibung von Elektivleistungen, KHR 2008, S. 57-61.

Grau, Ulrich/ *Dierks*, Christian: Die Versorgungsbereiche von öffentlicher und Krankenhausapotheke in der Integrierten Versorgung, A&R, S. 106-109.

Greß, Stefan/ *Ebsen*, Ingwer/ *Haas*, Anne-Katrin/ *Schulze*, Sabine/ *Szecsenyi*, Joachim/ *Wasem*, Jürgen: Wettbewerbliche Steuerung in der GKV – Perspektiven für mehr Qualität und Wirtschaftlichkeit, SF 2003, S. 105-108.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Greuèl, Marius: Neue Steuerungsansätze im Gesundheitswesen durch Integrierte Versorgung, Betreuungsmanagement 2005, S. 10-14.

Hamann, Erik: Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, Baden-Baden 2000.

Hambüchen, Ulrich: Aktuelle Rechtsprechung des BSG zum Krankenhausrecht, GesR 2008, S. 393-402.

Hansen, Leonhard: Eine empirische Analyse der MVZ im Krankenhaus, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2008/2009, Stuttgart 2009, S. 35-47.

Hauck, Karl/ *Noftz*, Wolfgang: SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, Bd. 1 und 2, Berlin 2007.

Häussler, Bertram/ *Berger*, Ursula: Bedingungen für effektive Disease-Management-Programme, Baden-Baden 2004.

Hefermehl, Wolfgang/ *Köhler*, Helmut/ *Bornkamm*, Joachim: Wettbewerbsrecht, 25. Auflage, München 2007.

Heller, Günther: Gibt es einen Zusammenhang zwischen Menge und Ergebnis bei operativen Routineeingriffen in Deutschland?, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2004, Stuttgart 2005, S. 213-232.

Henke, Klaus-Dirk*, Rich,* Robert F.*, Stolte*, Hilmar: Integrierte Versorgung und neue Vergütungsformen in Deutschland, Baden-Baden 2004.

Hermann, C./ *Hildebrandt*, H./ *Richter-Reichhelm*, M./ *Schwartz*, F.W./ *Witzenrath*, W., Managementgesellschaft organisiert Integrierte Versorgung einer definierten Population auf Basis eines – Das Modell „Gesundes Kinzigtal", GuS 2006, S. 11-29.

Hesselmann, Hildegard/ *Motz*, Thomas: Integrierte Versorgung und Vergaberecht, MedR 2005, S. 498-502.

Höfling, Wolfram: Von Krankenhausrecht zum Krankenhausregulierungsrecht, GesR 2007, S. 289-295.

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

Isensee, Josef/ *Kirchhof*, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 2. Aufl., München 2000; Band VI, München 1989.

Jarass, Hans D./ *Pieroth*, Bodo: Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl., München 2009.

Jasper, Jörg/ *Sundmacher*, Torsten: Wettbewerb und Kooperation als Koordinationsverfahren für die Integrierte Versorgung, SF 2005, S. 53-62.

juris Praxiskommentar SGB V, hrsgg. von *Schlegel*, Rainer/ *Voelzke*, Thomas, Saarbrücken, 1. Aufl. 2007.

Kallenberg, Stefan: Der Einheitliche Bewertungsmaßstab (EBM) in der Fassung vom 1.4.2005, GesR 2005, S. 97-102.

Kaltenborn, Markus: Vergaberechtliche Strukturen im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2006, S. 357-377.

Kamann, Hans-Georg/ *Gey*, Peter: Wettbewerbsrecht im deutschen Gesundheitswesen – Grenzen der Integrierten Versorgung und der Kooperation von Krankenkassen, Leistungserbringern und pharmazeutischer Industrie, PharmR 2006, S. 255-264; S. 291-297.

Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Gesamtredaktion: Klaus Niesel, Band 1, München, Stand: 54. Ergänzungslieferung 2007.

Kies, Friedrich: Der Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses, Frankfurt am Main u.a., 1998.

Kingreen, Torsten: Wettbewerbliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188-197.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Knappe, Eckhard (Hrsg.): Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 1999.

Knispel, Ulrich: Doppelter Rechtsweg für Klagen gegen Mitgliederwerbung einer Krankenkasse?, NZS 2008, S. 129-131.

Knorr, Gerhard: Sind PPP und Fördermittel kompatibel? Erfahrungen aus der Sicht der Förderbehörde, das Krankenhaus 2007, S. 793-798.

Knorr, Gerhard/ *Kraemer*, Alexander: Krankenhausrecht 2005, München 2005.

Koller, Christian: Risikomanagement im Krankenhaus: Haftungsrechtliche Probleme im Rahmen der Integrierten Versorgung nach dem GMG, KHuR 2005, S. 71-74.

ders.: Die Abgabebefugnis von Krankenhausapotheken in der ambulanten Versorgung, ApoR 2006, S. 20-23.

Kölking, Heinz (Hrsg.): DRG und Strukturwandel in der Gesundheitswirtschaft, Stuttgart 2007.

Korenke, Thomas: Innovativer Wettbewerb infolge integrierter Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung?, SF 2001, S. 268-277.

Krauskopf, Dieter: Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, Bd. 1 und 2, München, Stand: März 2007.

Kuchinke, Björn A.: Krankenhausdienstleistungen und Effizienz in Deutschland, Baden-Baden 2004.

Kuhlmann, Jens: Neue Versorgungsmöglichkeiten für Krankenhäuser durch das GMG, das Krankenhaus 2004, S. 13-18.

Kuntz, Ludwig/ *Wittland*, Michael: Zentrenbildung zur Verbesserung von Qualität und Effizienz – Evidenz am Beispiel der Universitätsklinik Köln, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2008/2009, Stuttgart 2009, S. 87-100.

Laufs, Adolf (Hrsg.)/ *Uhlenbruck*, Wilhelm (Begründer): Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München 2002.

Leclerque, Gregor/ *Friedrich*, Jörg. Die Krankenhausbudgets 2005 bis 2007 unter dem Einfluss der Konvergenz, in: Klauber/Robra/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2008/2009 (2009), S. 229-240.

Lehment, Cornelis: Werberecht für Krankenhäuser und Institute – Grenzüberschreitungen nicht erlaubt, DÄ 2000, S. A 2916-2918.

Lenz, Carl Otto (Hrsg.): EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 4. Aufl., Köln u.a. 2006.

Lenz, Christopher/ *Dettling*, Heinz-Uwe/ *Kieser*, Timo (Hrsg): Krankenhausrecht, Stuttgart, 2007.

Löcherbach, Peter: Ausbildung zur Case Managerin bzw. zum Case Manager in Deutschland, Vortrag, 4. Augsburger Nachsorgesymposium 2005, abrufbar unter http://www.betainstitut.de/download/symposium-loecherbach.pdf.

Loewenheim, Ulrich/ *Meessen*, Karl/ *Riesenkampff*, Alexander: Kartellrecht, Bd. 1, Europäisches Recht, Kommentar, München 2005.

Loewenheim, Ulrich/ *Meessen*, Karl/ *Riesenkampff*, Alexander: Kartellrecht, Bd. 2, GWB, Kommentar, München 2006.

Lübbig, Thomas/ *Klasse*, Max: Kartellrecht im Pharma- und Gesundheitssektor, Baden-Baden 2007.

Lüttike, Jürgen/ *Schellschmidt*, Henner: Qualitätsberichte nach § 137 SGB V – Bewertung und Vorschläge zur Erweiterung, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2004, Stuttgart 2005, S. 197-211.

von Mangoldt, Hermann/ *Klein*, Friedrich/ *Starck*, Christian (Hrsg.): Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1 und 2, 5. Aufl., München 2005.

Mayntz, Renate/ *Derlien*, Hans-Ulrich: Die Organisation der gesetzlichen Krankenversicherung, - eine strukturell-funktionale Problemstudie, Bonn 1979.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mau, Harald: Integrierte Versorgung – Chancen und Risiken aus der Sicht der klinischen Praxis, KHuR 2004, S. 71-75.

Mickwitz, Elena von: Organisation und Haftung vernetzter Kooperationsformen in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 2006.

Möller, Ralf: Kartellrechtliche Kontrolle des Krankenhaussektors, das Krankenhaus 2007, S. 313-312.

Monopolkommission: Weniger Staat, Mehr Wettbewerb – Gesundheitsmärkte und staatliche Beihilfen in der Wettbewerbsordnung, Siebzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB (2006/2007) 2008, BT-Drs. 16/10140.

Mühlhausen, Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 2002.

Müller, Matthias: Krankenhauswerbung – Möglichkeiten und rechtliche Grenzen, Pflege & Krankenhausrecht 2006, S. 88-91.

Neubauer, Günter: Zur Zukunft der dualen Finanzierung unter Wettbewerbsbedingungen, in: Arnold, Michael/ Klauber, Jürgen/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, Stuttgart 2003, S. 71-91.

ders.: Zur ökonomischen Steuerung der Krankenhausversorgung unter DRG-Fallpauschalen, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, Stuttgart 2004, S. 101-119.

ders./ Beivers, Andreas/ *Minartz*, Christof: Marktwandel und Sicherstellung der regionalen Krankenhausversorgung, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Reprort 2006 (2007), S. 65-85.

Orlowski, Ulrich/ *Rau*, Ferdinand/ *Schermer*, Joachim/ *Wasem*, Jürgen/ *Zipperer*, Manfred (Hrsg.), GKV-Kommentar, SGB V, Bd. 1 und 2, Heidelberg, Stand: August 2007.

Otto, Frank/ *Göpffarth*, Dirk: RSA-Jahresausgleich 2006 – Daten und Fakten, in: Göpffarth, Dirk u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Risikostrukturausgleich 2008, S. 303-350.

Patt, Joachim: System und Kontrolle der Preisbildung für Krankenhausleistungen, Baden-Baden 1996.

Pester, Rüdiger: Die wettbewerblichen Rechtsbeziehungen im Mitgliederwettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen, Hamburg 2005.

Peters, Horst: Handbuch der Krankenversicherung Teil II – Sozialgesetzbuch V, Bd. 2 und 3, Stuttgart, Stand: 65. Ergänzungslieferung (Juli 2007).

Pfaff, Martin/ *Wassener*, Dietmar: Das Krankenhaus im Gefolge des Gesundheits-Struktur-Gesetzes 1993, Baden-Baden 1995.

Pfohl, Andreas: Die Neuregelung der Finanzierungsströme durch den Gesundheitsfonds, in. Göpffarth, Dirk u.a. (Hrsg.) Jahrbuch Risikostrukturausgleich 2007 (2007), S. 195-214.

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

Pinter, Erwig: Qualitätssicherung im Krankennhaus nach dem GKV-WSG, KHR 2008, S. 1-6.

Pouvourville, Gérard de: Kann Qualität ein Wettbewerbsparameter im Gesundheitswesen sein?, in: Arnold, Michael/ Klauber, Jürgen/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, Stuttgart 2003, S. 175-188.

Prölls, Jürgen/ *Martin*, Anton: Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, 27. Aufl., München 2004.

Quaas, Michael: Vertragsgestaltungen zur integrierten Versorgung aus der Sicht der Krankenhäuser, VSSR 2004, S.175-195.

ders.: Sind Wahlleistungen in Privatkliniken eine finanzierungsrechtliche Alternative?, KHuR 2006, S. 114-121.

ders./ Zuck, Rüdiger: Medizinrecht, 2. Aufl., München 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ratzel, Rudolf/ *Lippert*, Hans-Dieter, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 4. Aufl., Berlin u.a. 2006.

Rau, Ferdinand, Regelungen des Krankenhausfinanzierungsreformgesetzes, das Krankenhaus 2009, S. 198-208.

Rechenberg, Christian von: Case-Manager: Wenn die Schwester den Arzt ersetzt, abrufbar unter http://morgenmagazin.zdf.de/ZDFde/inhalt/17/0,1872,7011985,00.html.

Regorz, Arndt: Vertragswettbewerb in der Krankenhausversorgung - Auswirkungen auf den Kassenwettbewerb, KHR 2008, S. 66-69.

Reischl, Klaus: Insolvenzrecht, Heidelberg 2008.

Rengeling, Hans-Werner/ *Middeke*, Andreas/ *Gellermann*, Martin: Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2003.

Richter-Reichhelm, Manfred: Faire Wettbewerbschancen für alle, Forum für Gesundheitspolitik 2004, S. 165-169.

Rixen, Stephan: Vergaberecht oder Sozialrecht in der gesetzlichen Krankenversicherung? – Ausschreibungspflichten von Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen, GesR 2006, S. 49-58.

Robbers, Boris: Geplanter Wettbewerb. Mögliche Auswirkungen von Monistik und Einzelverträgen auf die Flächenversorgung, das Krankenhaus 2007, S. 207-210.

Rolfs, Christian/ *Kreikebohm*, Ralf/ *Giessen*, Richard/ *Udsching*, Peter (Hrsg.): Beck´scher Online-Kommentar Sozialrecht, Edition 13, München 2009.

Römer, Wolfgang/ *Langheid*, Theo: Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2003.

Roth, Wulf-Henning: Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, S. 645-659.

Rüffer, Wilfried/ *Halbach*, Dirk/ *Schimikowski*, Peter: Versicherungsvertragsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden, 2009.

Rüfner, Wolfgang: Grundrechtsträger, in: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 116, Heidelberg, 2. Aufl. 2000.

Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Kooperation und Verantwortung, Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, Gutachten 2007, abrufbar unter http://www.svr-gesundheit.de/Startseite/Startseite.htm.

Scharpf, Fritz/ Reissert, Bernd/ Schnabel, Fritz: Politikverflechtung: Theorie und Empirie es kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, Kronberg 1976.

Schmehl, Arndt/ *Wallrabenstein*, Astrid (Hrsg): Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1, Wettbewerb, Tübingen 2005.

Schmidt, Dorothee/ *Wittmann*, Rüdiger, *Göpffarth*, Dirk: Morbiditätsorientierte Datenmeldungen für die Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs, in: Göpffarth u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Risikostrukturausgleich 2008, S. 275-302.

Schmidt, Tillman: GKV-WSG: die Relativierung klassischer Sozialversicherungsmerkmals in der GKV durch veränderte Beitragsbemessung und Wahltarife, GesR 2007, S. 295-302.

Schnapp, Friedrich/ *Wigge*, Peter (Hrsg.): Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl., München 2006.

Schrappe, Matthias: Qualitätstransparenz – Qualitätsmanagement und Qualität im Wettbewerb: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2004, Stuttgart 2005, S. 17-26.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009.

Seeringer, Stefanie: Der Gemeinsame Bundesausschuß nach dem SGB V, Baden-Baden 2006.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sichert, Markus: Abkehr vom Kollektivvertragssystem in der integrierten Versorgung: Verbot und Folgen der Beteiligung Kassenärztlicher Vereinigungen, VSSR 2006, S. 272-299.

ders.: Constitutional Review of Social Laws in Germany and its Impact on Social Policy and Law-Making, Zbnornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 27 (2006) no. 2, S. 725-759.

ders.: Neue Versorgungsformen und Rabattregelungen für ausländische Leistungserbringer, in: Schwarze, Jürgen/ Becker, Ulrich (Hrsg.), Arzneimittel im Europäischen Binnenmarkt, EuR, Beiheft 2/2007, S. 101-144.

ders.: Die Rolle des europäischen Rechts für die Zukunft des deutschen Gesundheitswesens, Die BKK 2007, S. 396-400.

ders.: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für Integrierte Versorgung, GuS, Heft 11/2007.

Sichert, Markus/ *Walser*, Christina*:* The Management of Chronic Diseases in The Netherlands and in Germany, EJSS 3/2007, S. 243-275.

Sodan, Helge: Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007, Berlin 2007.

Steinbrück, Ralph: Medizinische Versorgungszentren – Chancen und Risiken für Vertragsärzte und Krankenhäuser!, KHuR 2005, S. 1-6.

Steiner, Peter/ *Bussmann*, Jens/ *Koerdt*, Stefan: „Vereinbarung zum Fallpauschalensystem für Krankenhäuser (FPV 2007) – Abrechnung nach der PFV 2007, Redaktionsbeilage/FPV 2007, in: das Krankenhaus 1/2007.

Steinmeyer, Heinz-Dietrich: Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, Berlin 2000.

Stollmann, Frank: Mindestmengenregelung nach § 137 SGB V – Ausnahmeentscheidung der Planungsbehörde, GesR 2007, S. 303-309.

Strehl, Rüdiger: Privatisierungswelle im deutschen Krankenhauswesen?, in: Arnold, Michael/ Klauber, Jürgen/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, Stuttgart 2003, S. 113-129.

Streinz, Rudolf (Hrsg.): EGV/EUV, München 2003.

Tuschen, Karl Heinz/ *Trefz*, Ulrich: Krankenhausentgeltgesetz, 1. Aufl., Stuttgart 2004.

Uleer, Christoph/ *Miebach*, Jürgen/ *Patt*, Joachim: Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, Kommentar, München 2006.

Veit, Christof, Qualitätssicherung im Krankenhaus: Verbesserte Ergebnisse – weiterhin Handlungsbedarf, ErsK 2008, S. 423-425.

Verband der privaten Krankenversicherung e.V. (Hrsg.): Zahlenberichte der privaten Krankenversicherung 2003/2004 bis 2007/2008, Köln 2004 bis 2008.

Vollmöller, Thomas: Rechtsfragen bei der Umsetzung von Disease-Management-Programmen, NZS 2004, S. 63-68.

ders.: Die Schnittstelle Krankenhaus – Rehabilitation, ZMGR 2006, S. 171-177.

ders.: Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilfenrecht, in: Bauer u.a. (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt, München, 2006, S. 205-214.

ders.: Die Vereinbarkeit der Öffnung der Krankenhäuser für ambulante Leistungen (§ 116b II SGB V) mit der Berufsfreiheit der niedergelassenen Vertragsärzte (Art. 12 I GG), NZW 2006, S. 572-578.

Wagner, Karin/ *Lenz*, Immo (Hrsg.): Erfolgreiche Wege in die Integrierte Versorgung, Stuttgart 2007.

Wallhäuser, Matthias: Verträge in der Integrierten Versorgung, Heidelberg 2005.

Walter, Ute: Pauschalentgelte von Krankenhäusern an niedergelassenen Ärzte – zulässige Zuweiserbindung oder berufsrechtswidrige Provision?, KHUR 2006, S. 71-77.

Waltermann, Raimund: Sozialrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2006.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wasem, Jürgen/ *Rotter*, Isabelle/ *Focke*/Axel, *Igl*, Gerhard: Verändertes Kodierverhalten als eine der ungeklärten Herausforderungen der DRG-Einführung, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2007, Stuttgart 2007, S. 49-59.

Weatherly, John N. u.a., Leuchtturmprojekte Integrierter Versorgung und Medizinischer Versorgungszentren. Innovative Modelle in der Praxis, Berlin 2007.

Welmer, Tobias: Klinikwerberecht – Marketing und Strategie, Pflege & Krankenhausrecht 2005, S. 73-76.

Wenner, Ulrich: Einbeziehung von Krankenhäusern in die ambulante ärztliche Versorgung – Auswirkungen des Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes (VÄndG) und des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes (GKV-WSG), GesR 2007, S. 337-246.

Wenzel, Frank (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln 2007.

Wigge, Peter: Medizinische Versorgungszentren nach dem GMG, MedR 2004, S. 123-134.

Wille, Eberhard (Hrsg.): Zur Rolle des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 1999.

Winterer, Arndt: Neue Wege der Krankenhausfinanzierung – leistungsbezogene Investitionsförderung in NRW, in: Klauber, Jürgen/ Robra, Bernt-Peter/ Schellschmidt, Henner (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2008/2009 (2009), Stuttgart 2009, S. 143-154.

Wolf, Sven: Der neue Zusatzbeitrag nach § 242 SGB V, GesR 2008, S. 567-573.

Zwingel, Bernd/ *Preißler*, Reinhold: Das Medizinische Versorgungszentrum, Köln 2005.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung aus gesundheitsökonomischer Sicht – Kommentar zum Bericht über Deutschland

Günter Neubauer

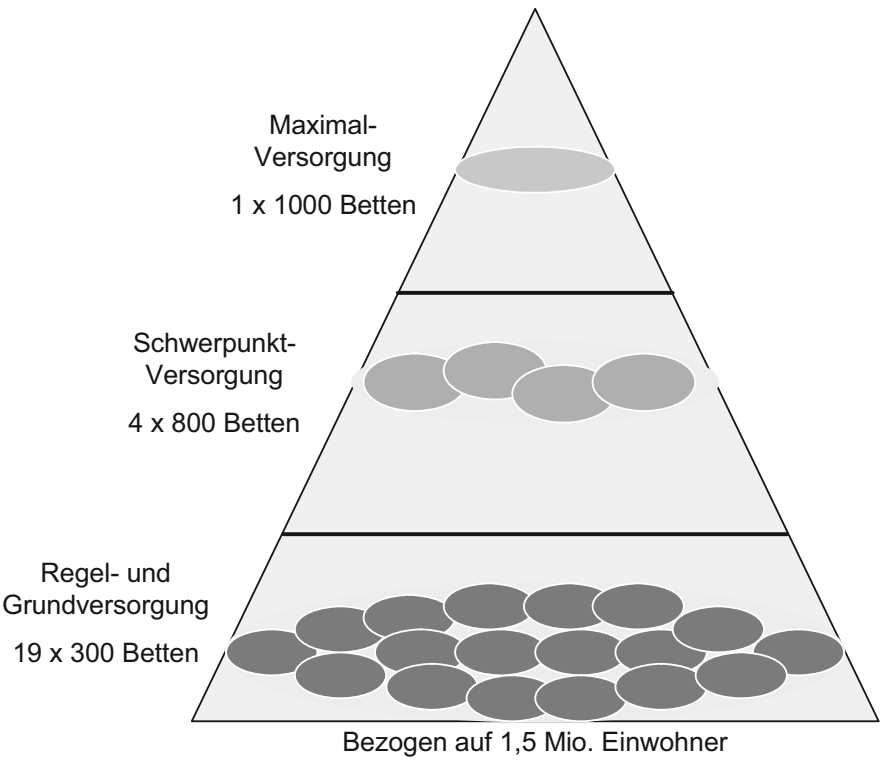
1. Das deutsche Krankenhausversorgungssystem als planwirtschaftlicher Entwurf 264
2. Transformation von der Planwirtschaft zu einer Wettbewerbswirtschaft 266
3. Ist freier Wettbewerb für die Krankenhausversorgung zielführend? 266
4. Krankenhausversorgung und Wettbewerbsrecht 268
5. Zweiteilung des Vertragsmarktes durch kollektive und selektive Verträge 269
6. Ausblick: Das Krankenhausfinanzierungsreformgesetz von 2008/9 272

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

1. Das deutsche Krankenhausversorgungssystem als planwirtschaftlicher Entwurf

Betrachtet man die Geschichte des deutschen Krankenhausversorgungssystems der letzten 25 Jahre, so kann man feststellen, dass dieses grundsätzlich nach einem planwirtschaftlichen Modellansatz aufgebaut ist. Kennzeichen dieses planwirtschaftlichen Ansatzes sind, dass die Krankenhäuser in einen staatlichen Angebotsplan eingebunden sind, der ihre betriebliche Entscheidungsfreiheit deutlich einengt. So sind sowohl der Standort, die Leistungsbreite als auch die Bettenzahl vorgegeben. Ungewöhnlich ist, dass an diesem planwirtschaftlichen Versorgungssystem nicht nur öffentliche Krankenhäuser, sondern auch freigemeinnützige Krankenhäuser und auch private, gewinnorientierte Krankenhäuser teilnehmen. Einschränkend muss man jedoch hinzufügen, dass die gewinnorientierten Krankenhäuser in der Ausgangsplanung des Jahres 1972 kaum eine Rolle spielten. Im Zentrum standen die öffentlichen Krankenhäuser und, je nach Geschichte des Bundeslandes, auch die freigemeinnützigen.

Abb. 1: Die staatlich geplante Krankenhaushierarchie

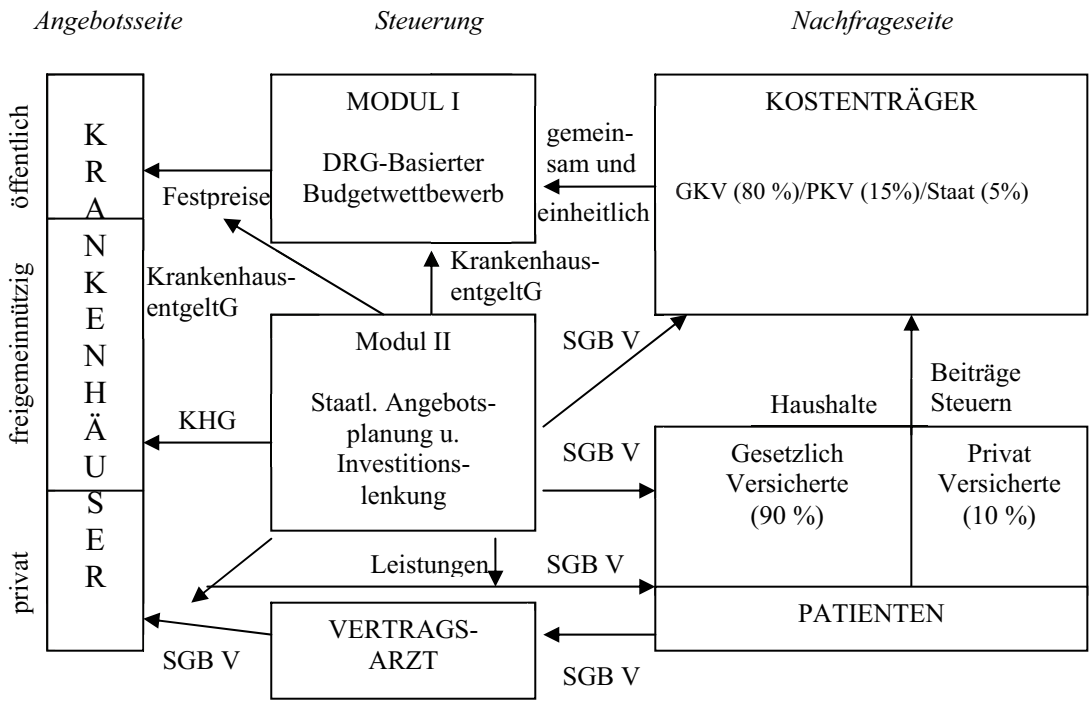


Ein weiteres planwirtschaftliches Kennzeichen neben der staatlichen Krankenhausplanung ist, dass das Entgeltsystem ebenfalls von strikten staatlichen Vorgaben beherrscht wird. Zum einen werden die Krankenhäuser bei ihren Investitionsplanungen

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

einem staatlichen Investitionsplan unterworfen. Aus ökonomischer Sicht liegt eine staatliche Investitionslenkung vor, mittels der der Angebotsplan in konkrete Behandlungskapazitäten umgesetzt werden soll. Die laufenden Kosten, die seit 1972 von den Krankenkassen übernommen werden, sind ursprünglich, und eigentlich auch noch bis heute, auf dem so genannten Selbstkostendeckungsprinzip aufgebaut. Ökonomisch bedeutet das Selbstkostendeckungsprinzip, dass man davon ausgeht, dass Krankenhäuser ihre durchschnittlichen Kosten über die Vergütung abdecken sollen. Dies impliziert, dass Krankenhäuser im Durchschnitt keine Verluste, aber auch keine Gewinne machen. Daraus lässt sich erkennen, dass dauerhaft gewinnorientierte Krankenhäuser in diesem System die Versorgung nicht alleine übernehmen könnten.

Abb. 2: Das System der Krankenhausversorgung in Deutschland



Die Krankenkassen schließlich sind bei der Auswahl ihrer Vertragspartner nicht frei, sondern an den staatlichen Krankenhaus- und Investitionsplan gebunden. Jedes Plankrankenhaus hat einen einklagbaren Anspruch auf einen Versorgungsvertrag mit den jeweiligen Krankenkassen. Es gibt somit für die Plankrankenhäuser kein echtes Marktrisiko in dem Sinne, dass sie keinen Vertragspartner finden, der kontrahiert. Andererseits haben Krankenhäuser außerhalb des Angebotsplanes, von Ausnahmen abgesehen, keinen Zutritt zur Versorgung von 90% der Patienten. Lediglich die Privatversicherten und Selbstzahler, etwa 10% des Marktes stehen ihnen offen, wobei Letztere auch Zu-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gang zu den Plankrankenhäusern haben. Alles zusammen genommen gilt, dass die deutsche Krankenhausversorgung der Idee und Ausgestaltung nach ein staatlich geplantes System ist, das die konstitutiven Merkmale einer Planwirtschaft, nämlich staatliche Gebote und Verbote statt Vertragsfreiheit, begrenzte Eigentumsrechte statt Privateigentum und eine staatliche Planbehörde statt einer Wettbewerbsaufsicht aufweist.

2. Transformation von der Planwirtschaft zu einer Wettbewerbswirtschaft

In dem vorliegenden Band wird mit Recht darauf hingewiesen, dass die deutsche Krankenhausversorgung sich in einem Transformationsprozess befindet. Aus rechtlicher Sicht ist dieser dadurch gekennzeichnet, dass Vorschriften des Sozialrechtes mehr und mehr mit Vorschriften aus dem Wirtschaftsrecht, insbesondere dem Wettbewerbsrecht, gemischt werden. Diese Entwicklung ist seit etwa 15 Jahren besonders deutlich zu beobachten.

Aus ökonomischer Sicht kann man feststellen, dass sich der planwirtschaftliche Ansatz mehr und mehr als suboptimal erweist, und daher der Staat und andere wichtige Akteure die Zukunft in einem stärker wettbewerblich orientierten Krankenhausversorgungssystem sehen. Allerdings wird in dem vorliegenden Band sehr deutlich herausgearbeitet, dass kein freies Wettbewerbssystem angestrebt wird, sondern letztlich immer nur ein regulierter Wettbewerb das Ziel ist.

Was sind nun die Kennzeichen eines regulierten Wettbewerbs? Auch auf diese Frage wird im vorliegenden Band eine relativ deutliche und klare Antwort gegeben. Der regulierte Wettbewerb zeichnet sich durch seinen instrumentalen Charakter aus. Der Staat setzt Wettbewerb ein, um von ihm vorgegebene Ziele effizienter erreichen zu können. Wenn das Kennzeichen des freien Wettbewerbs ist, dass das Ergebnis nicht vorhersehbar ist, so ist das Kennzeichen des regulierten Wettbewerbs, dass das Ziel vorgegeben ist und der Wettbewerb letztlich instrumentellen Charakter hat. Regulierter Wettbewerb bedeutet also, dass nicht die freien Marktkräfte zum Zuge kommen, sondern in erster Linie staatliche Regulative so gesetzt werden, dass die Ergebnisse des regulierten Wettbewerbs zu den staatlich gewollten Ergebnissen führen.

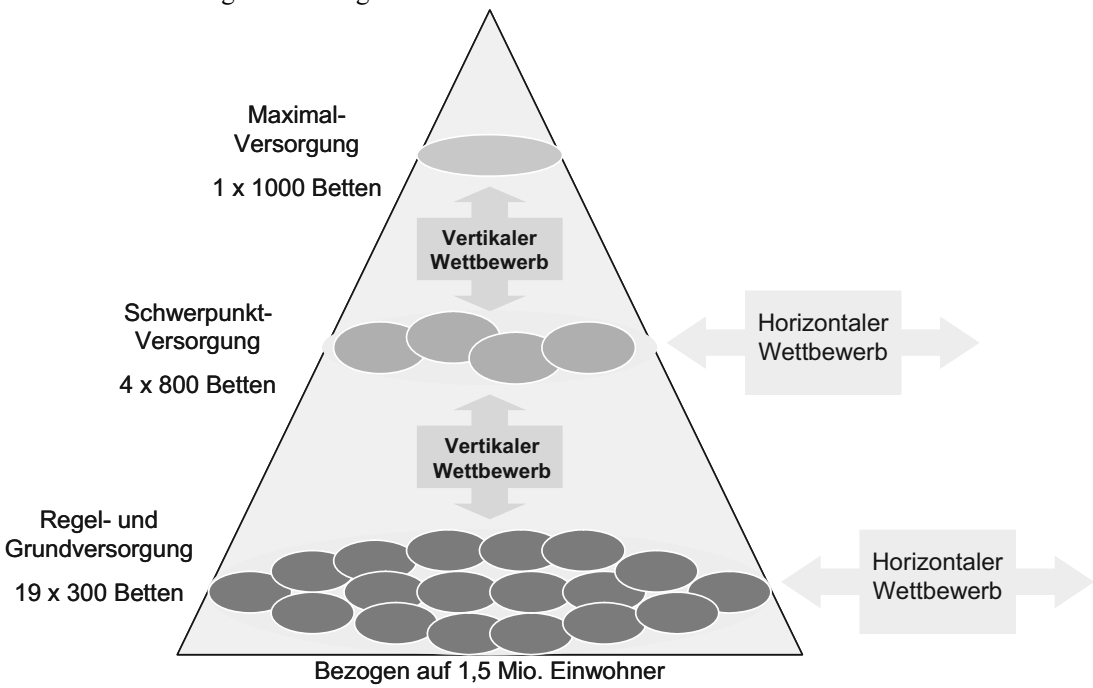
3. Ist freier Wettbewerb für die Krankenhausversorgung zielführend?

Die vorliegende Arbeit geht davon aus, dass freier Wettbewerb für die Krankenhausversorgung aus sozialrechtlichen und normativen Gründen nicht zulässig ist bzw. nicht zielführend sein kann. Diese Auffassung ist in Deutschland heute vorherrschend, wenngleich es mehr und mehr Konfliktpunkte an dieser Stelle gibt.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Ein Kennzeichen dabei ist, dass den Patienten heute freies Wahlrecht bei einer Krankenhausbehandlung eingeräumt wird. Dieses freie Wahlrecht ist in einer Planwirtschaft insofern kontraproduktiv, als durch die freien Wahlmöglichkeiten der Patienten die geplanten Versorgungskapazitäten der Krankenhäuser konterkariert werden könnten. Grundsätzlich ist nämlich der Kassenpatient an die Einweisung eines Vertragsarztes gebunden. Dieser wiederum ist gehalten, den Patienten in das jeweils medizinisch adäquate Krankenhaus einzuweisen, dabei ist er auch dem Gebot der Wirtschaftlichkeit verpflichtet.

Abb. 3: Aushöhlung der Planungshierarchie durch Wettbewerb



Nun ist in einem System von einheitlichen Vergütungen bzw. Preisen die Wirtschaftlichkeit nicht an der Preishöhe abzulesen. Gleichwohl unterstellt man, dass Patienten die Leistungen wie auch insbesondere die Leistungsqualität eines Krankenhauses vergleichend beurteilen können. Akzeptiert man aber diesen Schritt, dann ist der Schritt zu einem freiheitlichen Wettbewerb nicht mehr weit. Schließlich ist anzufügen, dass Patienten über die modernen Möglichkeiten der Telekommunikation auch tatsächlich mehr und mehr über die Krankenhäuser Informationen erhalten, wobei ihnen ihre Krankenkassen mit entsprechenden Angeboten zur Seite stehen.

Auch das Vordringen von selektiven Verträgen beinhaltet, dass der Versicherte die Versorgungsinhalte der selektiven Verträge bewerten und vergleichen kann. Andernfalls wäre es nicht sinnvoll, den Patienten bzw. Versicherten ein freies Wahlrecht hierzu einzuräumen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Krankenhausversorgung und Wettbewerbsrecht

Eine große Rolle spielt in der vorliegenden Abhandlung, aber auch in dem tatsächlichen Geschehen derzeit, die Frage, inwieweit Krankenhäuser, die sich aus ökonomischem Druck zu größeren Einheiten zusammenschließen, dem Kartellrecht unterliegen. Grundsätzlich hat im System der staatlichen Krankenhausplanung jedes Krankenhaus eine vom Krankenhausplan her vorgesehene regionale Monopolstellung. Schließlich ist die Krankenhausplanung so aufgebaut, dass die Krankenhäuser flächendeckend die Bevölkerung versorgen, aber eben nicht sich gegenseitig Konkurrenz machen. Die jeweiligen zu versorgenden Gebiete sind planerisch voneinander abgegrenzt. Entsprechend sind Standort, die Zahl der Betten und das medizinische Versorgungsangebot der einzelnen Krankenhäuser vorgegeben. Wenn nun Krankenhäuser sich über diese ihnen zugeordneten Versorgungsbereiche hinweg zusammenschließen, entsteht im Grunde genommen kein größeres Monopol, sondern allenfalls eine neue Versorgungsregion, in der die Versorgung neu strukturiert und in der Regel effizienter gestaltet wird.

Dass das Kartellamt diese Meinung nicht teilt, sondern davon ausgeht, dass Krankenhäuser marktbeherrschende Stellungen erreichen können, bedeutet, dass das Kartellamt letztlich den vorgegebenen Krankenhausplan als nicht bzw. nicht mehr zwingend für die einzelnen Krankenhäuser ansieht. Und tatsächlich ist es möglich, dass Krankenhäuser durch Zusammenschluss sich in eine Art Monopolfunktion überregionaler Art bringen, die jenseits der im Krankenhausplan vorgesehenen Position liegt. Da aber diese Krankenhäuser allesamt einem Versorgungsgebot zu vorgegebenen Preisen unterliegen, und umgedreht die Krankenkassen ihnen auch einen Versorgungsvertrag geben müssen, ist nicht schnell zu erkennen wo hier die Gefahr einer Monopolisierung droht. Auch hier scheint das Kartellamt längerfristig Preiswettbewerb zu erwarten, mit den dann schädlichen Folgen eines Monopolisten auf die Konkurrenten. Andernfalls wäre es nicht zu rechtfertigen, dass das Kartellrecht in dieser strikten Form angewendet wird.

Unabhängig bleibt davon die im Kartellrecht immer strittige Frage der Marktabgrenzung ungelöst. Die Frage, wie weit Patienten bereit sind zu wandern, und damit das jeweils zu betrachtende wettbewerbsrelevante Marktgebiet ausdehnen, ist offen und letztlich auch von der jeweiligen Fachdisziplin abhängig. In der Notfallversorgung ist sicherlich die regionale Zugänglichkeit von höherer Bedeutung als bei elektiven Behandlungen, bei denen heute die Bevölkerung auch weite Wegstrecken in Kauf nimmt, wenn sie denn meint ein besseres, d. h. medizinisch höher stehendes Angebot erreichen zu können.

In der Tendenz kann vorher gesagt werden, dass der anhaltende Kostendruck die Konzentration der Krankenhäuser zu größeren Unternehmenseinheiten vorantreiben wird. Die bisherige betriebliche Konzentration innerhalb der Kommunen wird hierbei deshalb nicht wahrgenommen, weil die kommunalen Eigentümer ihre bisher betrieblich eigenständigen Krankenhäuser in ein öffentliches Unternehmen mit zentraler Leitung

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

zusammenfassen. Ähnliches bahnt sich auch im frei-gemeinnützigen Bereich an. Selbstverständlich werden für die Patienten aber auch für die Krankenkassen die Wahlmöglichkeiten begrenzt, wenn fünf kommunale Häuser ihre Leistungsspektren abstimmen und mit einem Vorstand die Budgetverhandlungen mit den Kassen führen. Selbst dann, wenn die rund 2000 Krankenhausbetriebe in Deutschland von rund 100 Unternehmen geführt werden, kann dennoch der Wettbewerb noch intensiver sein als heute. Der oligopolitische Wettbewerb wird ohnedies von vielen Wettbewerbstheoretikern als intensiver und innovativer eingeschätzt als der polypolistische.

5. Zweiteilung des Vertragsmarktes durch kollektive und selektive Verträge

Im vorgelegten Bericht spielt das selektive Kontrahieren in den verschieden praktizierten Formen eine bedeutende Rolle. Bezeichnet man die Vertragsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern allgemein als Vertragsmarkt, so ist seit etwa 10 Jahren, insbesondere aber mit den Reformen 2000, 2004 und 2007 eine Zweiteilung zu beobachten. Einerseits gibt es die gemeinsamen und einheitlichen (kollektiven) Verhandlungen zwischen den öffentlich-rechtlichen Verbänden der Krankenkassen und den entsprechenden Verbänden der Leistungserbringer. Andererseits werden den einzelnen Krankenkassen und privatrechtlich organisierten Leistungserbringergruppen Möglichkeiten eröffnet, Vertragspartner und Vertragsinhalte kassenindividuell zu gestalten, wobei die generelle Kontrahierungspflicht der Kassen gegenüber den Plankrankenhäusern noch bestehen bleibt.

Aus ökonomischer Sicht wird damit ein Kompetenzstransfer aus dem öffentlich-rechtlichen Versorgungssektor in einen privat-rechtlichen Wettbewerbsbereich eingeleitet. Die Akteure sind damit einmal außerhalb und einmal innerhalb des Wettwerbsrechts tätig. Und an dieser Stelle gibt es auch entsprechenden juristischen Klärungsbedarf, der im Abschnitt 3.1 des Berichtes thematisiert wird.

Es ist wichtig zu verstehen, dass es zunächst nur um eine Spaltung des Vertragsmarktes geht. Der Gesetzgeber initiiert quasi einen Substitutionswettbewerb zwischen den Regelungssystemen „kollektive vs. individuelle“ Vertragssteuerung. Der „Leistungsmarkt“, das sind die Beziehungen der Patienten zu den Leistungserbringern, bleibt dem Volumen nach unverändert, doch kommt es zu gewissen strukturellen Veränderungen, wie z.B. durch DMPs. Erst wenn die Krankenkassen Wahltarife für zusätzliche Leistungen ihren Versicherten anbieten, kommt es zu einer additiven Leistungsausdehnung und damit zum unvermeidlichen Konflikt mit den privaten Krankenversicherern.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abb. 4: Vom kollektiven Verhandeln der Basisfallwerte …

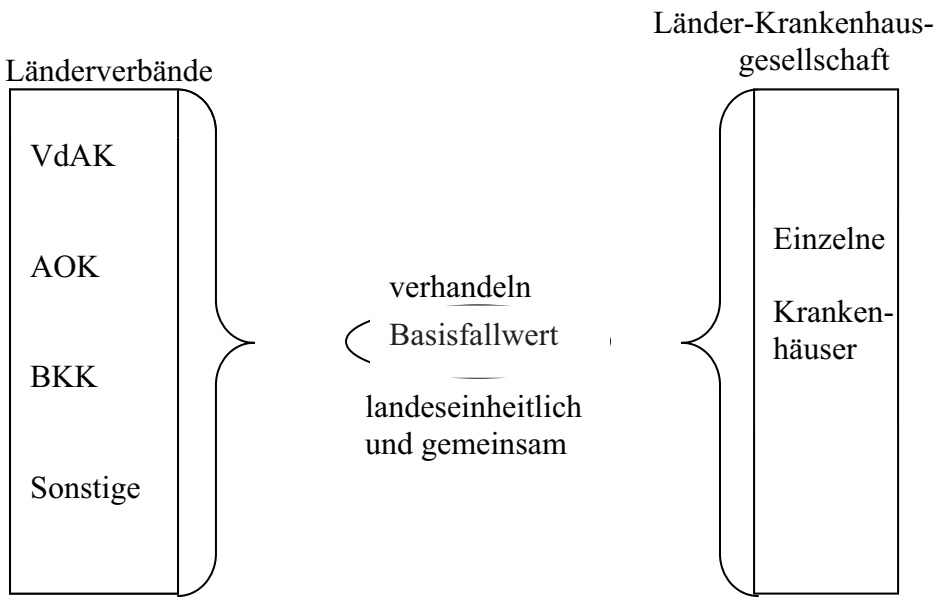
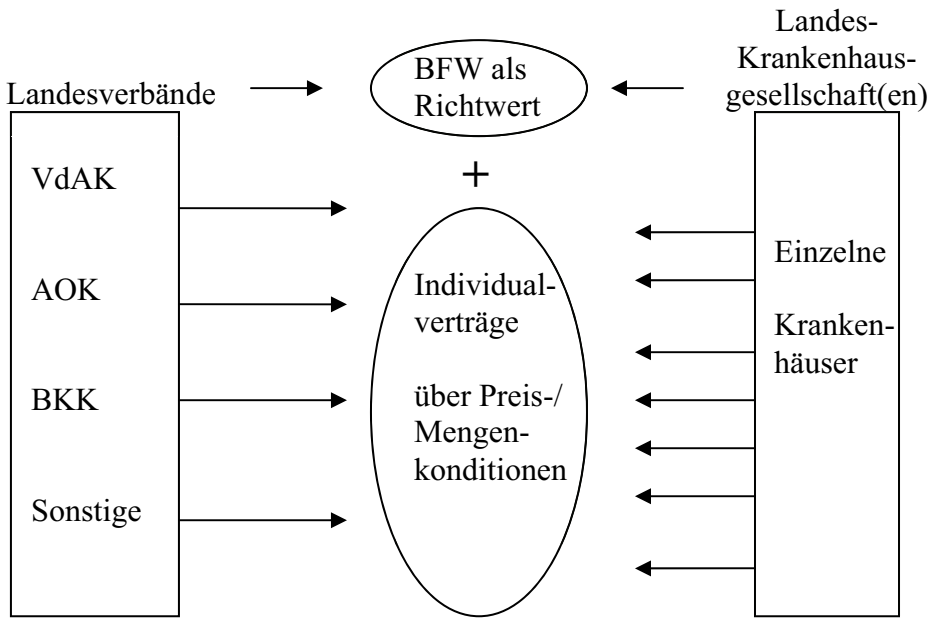


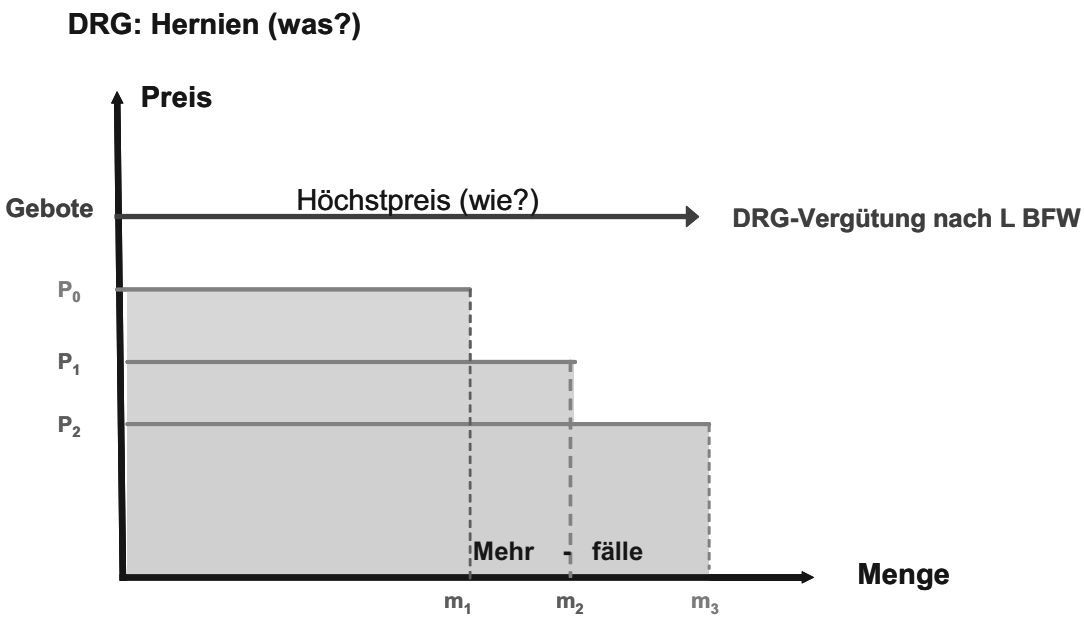
Abb. 5: …über individuelles Verhandeln
der Basisfallwerte…



https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für die Krankenhausversorgung schlagen die AOK und auch das Bundesministerium für Gesundheit auf der Referentenebene[1] ein weitergehendes selektives Vertragsrecht vor: Die Notfallversorgung soll weiterhin kollektivvertraglich geregelt werden, während elektive, planbare Krankenhausleistungen auf der Definitionsebene von DRGs über Ausschreibungen der Krankenkassen selektiv an Krankenhäuser vergeben werden sollen. Damit wird die Kontrahierungspflicht der Krankenkassen teilweise aufgehoben und die Krankenhausplanung hat nur noch indikativen Charakter. Dass dieser Vorschlag kaum so ungesetzt werden kann, insbesondere weil die Planung der Länder ausgehebelt werden könnte, bleibt dahingestellt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, in welche Richtung die Differenzierung des Vertragsmarktes weist.

Abb. 6: … zur selektiven Ausschreibung von elektiven Fällen?



1 Vgl. *G. Neubauer* und *A. Beivers*, Krankenhaus Report 2007.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

6. Ausblick: Das Krankenhausfinanzierungsreformgesetz von 2008/9

Mit dem Ende der DRG-Konvergenzphase Ende des Jahres 2008 ist eine gesetzliche Wegweisung für die weitere Krankenhausfinanzierung erforderlich. Mit dem KHRG wurde eine solche Weichenstellung versucht. Doch kann schon vorab gesagt werden, dass dieses Gesetz bei weitem nicht die Hoffnungen erfüllt, die ursprünglich an es gestellt wurden. Die Große Koalition erwies sich nämlich als unfähig, zwischen den Bundesländern und dem Bundesrat eine einheitliche Meinungsbildung zustande zu bringen. Was sind nun die wesentlichen Vorgaben des KHRG?

Im Bereich der Vergütung wurden durch das KHRG vor allem die Finanzierungsnöte der Krankenhäuser gelindert. So wurde die Vergütung um etwa 3 Mrd. Euro für 2009 angehoben. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass Lohnsteigerungen der Krankenhausbeschäftigten, die oberhalb der geschätzten Grundlohnerhöhung liegen, von den Krankenkassen zusätzlich zu finanzieren sind. Schließlich wurden noch den Krankenhäusern weitere Pflegestellen bewilligt, die zur Verstärkung der personellen Infrastruktur gedacht sind. Mittelfristig ist für den Bereich der Vergütung vorgesehen, dass die Landesbasisfallwerte ab 2010 auf eine Schwankungsbreite von plus 2,5 Prozent und minus 1,5 Prozent vom Bundesdurchschnitt zusammengeführt werden. Damit wird die Konvergenzphase der Bundesländer quasi auf Bundesebene fortgesetzt. Im Hintergrund steht die Vorstellung, dass ein bundesweiter Basisfallwert die Krankenhäuser am fairsten vergütet. Es ist klar, dass sich für eine solche Lösung jene Bundesländer eingesetzt haben, die sich als „Gewinner" bezeichnen. Dies sind vor allem Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern, während sich die „Verlierer-Länder", nämlich Rheinland-Pfalz und auch das Saarland, gegen eine solche Konvergenz wehren bzw. das Tempo der Konvergenz hinauszögern wollen. Schließlich ist auch vorgesehen, dass ab 2011 die Krankenhausvergütung, und damit die Basisfallwerte, entsprechend eines Kostenindex jeweils angepasst werden sollen und damit das bisher geltende Verhandlungsprinzip ein Stück durch eine statistische Größe ersetzt wird.

Im Bereich der staatlichen Investitionsförderung wurde versucht, Ansätze zu einer monistischen Finanzierung durchzusetzen. Doch konnte sich hier das Bundesministerium für Gesundheit nicht gegen die jeweiligen Landesministerien durchsetzen. Immerhin ist vorgesehen, dass die Pauschalförderung und die Antragsförderung in eine Förderpauschale zusammengeführt werden, die möglichst leistungsbezogen aufgebaut sein soll. Schließlich ist vorgesehen, dass einzelne Bundesländer bei einer monistischen Finanzierung auch alleine vorgehen können. Die sonstigen Regelungen des KHRG beinhalten die Forderung nach einer Weiterentwicklung bzw. Einbeziehung der Psychiatrie in das DRG-System und einige technische Regelungen für den DRG-Dauerbetrieb.

Das KHRG lässt viele wichtige Fragen unbeantwortet. Im Vergütungsbereich bleibt die Antwort darauf, ob eine flexible Vergütung oder staatliche Festpreise das Ziel sind, im Ungewissen. Schließlich wird auch die Frage der Mengensteuerung nicht beantwor-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tet. So überlässt es das Gesetz den Verhandlungspartnern, die sogenannte Mehrerlösregelung nun durch Verhandlungen entsprechend zu ersetzen. Von daher ist also die Frage, ob eine wettbewerbliche Preissteuerung oder eine staatliche Mengensteuerung dominant sein soll, weiterhin unbeantwortet.

Bei der Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung gibt es ebenfalls keine klaren Antworten. Zwar wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die Länder stärker auf eine Rahmenplanung zurückziehen sollen, doch wird keine weitere Detailvorgabe oder Anregung hierzu gegeben. Schließlich ist auch die Investitionsfinanzierung weiterhin als duale Finanzierung konzipiert. Vor allem bleibt die Investitionslücke, die die bisherige staatliche Investitionsförderung hinterlassen hat, offen. Es bleibt ungelöst, wer die geschätzten 20 bis 30 Mrd. € Investitionsbedarf der Krankenhäuser vor allem in den alten Bundesländern abdecken soll.

Das abschließende Urteil zum KHRG muss lauten: Es werden die richtigen Probleme diskutiert, jedoch keine Lösungen gefunden.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der niederländischen Krankenhausversorgung

Christina Walser

I. Grundlegendes 277
1. Das Gesundheitssystem der Niederlande - ein Überblick 277
2. Kernprobleme von Wettbewerb und Regulierung 279
2.1. Krankenhausversorgung 279
2.2. Kosten der Krankenhausversorgung 279
2.3. Normative Steuerung und politische Diskussion 281
2.3.1. Zusammenspiel von Staat und privaten Unternehmen 282
2.3.2. Flexibilisierung 283
3. Der Krankenhaussektor im Rahmen des Gesundheitssystems 284
3.1. Krankenhausversorgung 284
3.2. Organisationsstruktur des Krankenhaussektors 284
3.3. Gesetzlicher Rahmen 287
3.4. Strukturen und Institutionen der Krankenversicherungsträger 288
3.4.1. Struktur der Krankenversicherer nach dem Krankenkassengesetz bis 2005 288
3.4.2. Struktur der Krankenversicherer seit 2006 290
3.5 Rechtsverhältnisse zwischen Krankenversicherung, Leistungserbringer und Versichertem 293
4. Wettbewerb und Gesundheitsversorgung 295
4.1. Allgemeines Verständnis von Wettbewerb 295
4.2. Die Bedeutung von Wettbewerb im Gesundheitssystem 296
4.3. Gesetzlicher Rahmen 298
4.4. Institutionen der Wettbewerbskontrolle 299

II. Märkte – Wettbewerb und Regulierung in der Krankenhausversorgung 301
1. Der Verbraucher bei der Auswahl des Krankenhauses 301
1.1 Qualität 302
1.2. Preis 304
2. Anreize für den Verbraucher bei der Wahl der Krankenversicherung 304
2.1 Das Recht zum Wechsel der Krankenversicherung 306
2.1.1 Preis als Anreiz 306
2.1.2 Leistungen als Anreiz 307
2.1.3 Zusatzversicherungen 311
3. Das Verhältnis zwischen Krankenversicherung und Krankenhaus 312
3.1. Entwicklung der Kontrahierungsfreiheit zwischen Krankenhäusern und Krankenversicherern 312
3.2. Vertragsinhalt 313
3.3 Tarifgestaltung 313
4. Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern 314
4.1. Rechtsform 314
4.2 Besonderheiten der selbständigen Behandlungszentren 315
4.3 Krankenhausplanung 316

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4.4. Zulassungsverfahren 319
4.5. Finanzierung 322
4.6. Staatlicher Einfluss 325
4.7. Wettbewerbswidrige Absprachen zwischen Krankenhäusern 326
5. Wettbewerb der Krankenversicherungen untereinander 327
5.1. Konkurrenz um die Versicherten 327
5.2. Risikostrukturausgleich 330
5.3. Zusatzversicherungen 331
5.4. Konzentration 331

III. Zusammenfassung der Ergebnisse bezogen auf die Funktion und Rolle des Wettbewerbs 333

Literatur 336

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

I. Grundlegendes

1. Das Gesundheitssystem der Niederlande - ein Überblick

Das Gesundheitssystem der Niederlande ist durch eine für alle Einwohner verpflichtende Krankenversicherung geprägt. Diese hat durch die Reform im Jahre 2006[1] einen grundlegenden Wandel durchlaufen. Zwar ist die Dreigliedrigkeit der Struktur der medizinischen Versorgung beibehalten worden, nämlich die Versicherung für die notwendige medizinische Versorgung, die Versicherung für besondere Krankheitskosten als eine Pflegeversicherung und die privaten Krankenzusatzversicherungen,[2] jedoch hat die Versicherung der notwendigen medizinischen Versorgung, wozu neben der hausärztlichen Versorgung auch die hier besonders relevante Krankenhausbehandlung gehört, eine grundlegende Neufassung erfahren.[3] Die Versicherung für die medizinisch notwendige Versorgung, die ihre Grundlage im Krankenkassengesetz[4] hatte, das vor der Reform 2006 galt, fand, war eine verpflichtende Arbeitnehmerversicherung für diejenigen, deren Einkommen unterhalb der Jahresarbeitsentgeltgrenze lag. Besserverdienende mussten sich privat versichern. Es gab keine Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung im Krankenkassengesetz. Die Versicherung für besonders schwere Risiken war im Allgemeinen Gesetz über besondere Krankheitskosten[5] geregelt. Es war keine Arbeitnehmerversicherung, sondern eine Volksversicherung, die für alle Einwohner der Niederlande verpflichtend war. Sie deckt diejenigen Risiken ab, die auf dem freien Markt

1 Zorgverzekeringswet (Krankenversicherungsgesetz) vom 16. Juni 2005, Stb. 2005, 358, letzte Änderung vom 22. Dezember 2005, Stb. 2005, 708.

2 Ausführlich: *Noordam*, Socialezekerheidsrecht, 7. Aufl. 2004, S. 268 ff; *ders.*, Hoofdzaken Socialezekerheidsrecht, 3. Aufl. 2004, S. 74 ff; *Walser*, Die aktuellen Reformen der niederländischen Krankenversicherung – Anregungen für Deutschland?, ZFSH/SGB 2004, 410 (410 ff).

3 Zur Krankenversicherungsreform 2006: *Beerepoot*, De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag, Houten, 2006; *Hamilton*, Een zorgverzekering voor iedereen, 2005 Nr. 3; *van Saase/Pruijssers*, De nieuwe Zorgverzekeringswet, Kluwer 2006; *van Westerlaak*, De zorgverzekeringswet toegepast, Kluwer 2005; *Walser*, Die aktuellen Reformen der niederländischen Krankenversicherung – Anregungen für Deutschland?, ZFSH/SGB 2004, 410; *diess.,* Neue Krankenversicherung der Niederlande, ZRP 2005, S. 273; *diess*., Nach der Gesundheitsreform in den Niederlanden: Eine neue Krankenversicherung für jeden, SozSich 2006, S. 87 ff; *Hamilton*, Kabinet kiest voor wettelijke geregelde privaatrechtelijke zorgverzekering, Zorg & Financiering 2004, 12 ff; *Schooneveld*, De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoesalg in vogelvlucht, TvG 2005, 3 ff; *van der Most*, De Zorgverzekeringswet en de selfverzekerde burger, TvG 2005, 17 ff.

4 Ziekenfondswet (Krankenkassengesetz) vom 15 Oktober 1964, Stb. 1964, 392, letzte Änderung in Stb. 2003, 203.

5 *Algemene wet bijzondere ziektekosten* (AWBZ), Gesetz vom 14 Dezember 1967, Stb. 1967, 617, letzte Änderung in Stb. 2002, 241.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht wirtschaftlich zu versichern wären.[6] Durch die jüngste Reform wurde sie nicht weitergehend berührt.

Durch Inkrafttreten des neuen Krankenversicherungsgesetzes ist die gesetzliche Krankenversicherung mit den privaten Vollversicherungen in der 2. Säule zu einer einheitlichen Basisversicherung verschmolzen, die für alle Einwohner der Niederlande verpflichtend ist, Art. 2 Abs.1 Krankenversicherungsgesetz. Die Krankenversicherung wird durch private Krankenversicherungen ausgeführt, die aber strengen gesetzlichen Rahmenvorgaben entsprechen müssen. Die wesentlichen gesetzlichen Vorgaben sind ein gesetzlich umschriebenes Basispaket an Leistungen (Art. 11 Krankenversicherungsgesetz i.V.m. Art. 2.1 ff *Beschluss Krankenversicherung*, BZ[7]), ein Annahmezwang für die Krankenversicherungen hinsichtlich der Versicherten im Bereich der Basisleistungen (Art. 3 Krankenversicherungsgesetz), sowie ein morbiditätsorientierter Risikostrukturausgleich. Aber die Reform führte auch viele Gestaltungsräume für die Krankenversicherungen und die Versicherten ein.[8] So dürfen die Unternehmen Gewinn erzielen, sie setzen einen Teil der Beiträge, nämlich die nominelle Prämie, selbständig fest und entscheiden über ihre Leistungsangebote (ausgenommen das Basispaket, dies ist verpflichtend) und Selbstbehalte, Art. 11 Abs. 2, 17 Abs.1, Art. 19 ff Krankenversicherungsgesetz. Durch diese Freiheiten soll eine Zunahme von effektivem Wettbewerb erreicht werden, von dem man sich eine Stabilisierung der Kosten bei gleichbleibender Leistungsqualität erhofft.[9]

Sowohl nach dem alten Krankenkassengesetz (Art. 8) als auch nach Art. 11 des neuen Krankenversicherungsgesetz i.V.m. Art. 2.4 Beschluss Krankenversicherung haben die Versicherten neben dem Anspruch auf Behandlung durch Allgemeinärzte auch Anspruch auf Behandlung durch Spezialisten und insofern auch auf Krankenhausversorgung. An diesem Anspruch und auch an seinem Umfang hat die Reform nichts geändert. Es gab jedoch 2005 bereits Reformen im Bereich der Finanzierung von Krankenhausleistungen, auf die unten[10] näher eingegangen wird.

6 *Pruijssers/Siebers/Kolsteren/Mulder/van Scherpenzeel*, Sociale verzekeringswetten Bd. 7, Fn. 13, AWBZ Anm. 1; *Noordam,* Socialezekerheidsrecht, 7. Aufl. 2004 S. 255.

7 Besluit zorgverzekeirng, Beschluss vom 28.06.2005 nr. 05.001638, im Internet unter: www.denieuwezorgverzekering.nl/Zorgverzekering/nieuwewet/Publicaties/.

8 *de Groot*, De zorgverzekeraar: spin in het web?, TvG 2005, 41 (51 ff); *Schooneveld*, De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag in vogelvlucht, TvG 2005, 3 (11 f); *van der Most*, De Zorgverzekeringswet en de zelfverzekerde burger, 2005, 17 (26 ff).

9 Kamerstukken II 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, Gesetzesbegründung S. 2 f.

10 Unten II. 4.5.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Kernprobleme von Wettbewerb und Regulierung

2.1. Krankenhausversorgung

Der Bereich der Gesundheitsversorgung im Krankenhaus stellt einen wesentlichen Pfeiler des niederländischen Gesundheitssystems dar. Der Aufgabenbereich der Krankenhäuser ist im internationalen Vergleich in den Niederlanden sehr breit gefasst, indem die Krankenhäuser auch den Mittelpunkt der fachärztlichen Versorgung bilden.[11] Insofern ist eine Entwicklung zu beobachten, die von den „*gasthuise*n" im 18. Jahrhundert als Vorläufer der Krankenhäuser ausging. Diese wurden lediglich von den Ärmsten der Bevölkerung aufgesucht.[12] Im Gegensatz dazu sind die Krankenhäuser heutzutage Zentren der Spitzenmedizin. Die gegenwärtige Bedeutung der Krankenhäuser lässt sich auch an den finanziellen Mitteln ablesen, die für Ihre Gründung, den Betrieb und die Modernisierung aufgewendet werden. Sie beliefen sich 2004 auf 7,1% des Bruttoinlandprodukts und belaufen sich auf ca. 33% der gesamten Ausgaben im Gesundheitsbereich.[13] Noch im Jahr 2003 betrugen die Kosten lediglich 5,8%. Seit 1995 ist sogar eine Kostensteigerung um 70% zu beobachten[14], aber sie hat seit 2004 wieder abgenommen und pendelt sich auf rund 30% der Gesamtkosten der Gesundheitsversorgung ein.[15]

Aber auch anhand der vermehrten Inanspruchnahme der Krankenhäuser lässt sich ihre Bedeutung ablesen. Seit 1995 hat die Anzahl der im Krankenhaus aufgenommenen Personen einen Zuwachs von 10% zu verzeichnen.[16]

2.2. Kosten der Krankenhausversorgung

Im Gesundheitssystem der Niederlande wurden in den vergangenen Jahren fortwährend steigende Kosten verzeichnet. Während die Ausgaben für den Gesundheitssektor im Jahr 1990 noch rund 24 Milliarden EUR betrugen, beliefen sie sich 2004 bereits auf knapp 60 Milliarden EUR.[17] Die Ausgaben steigen nicht kontinuierlich an, sondern es lassen sich Einbrüche sowie sprunghafte Steigerungen infolge gesetzlicher Reformmaßnahmen beobachten. So sind die Ausgaben gemessen am Bruttoinlandsprodukt 2001

11 *Vandermeulen*, Ziekenhuisen: medisch bedrijven, III 2.1-4 in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/San-ders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg Bd. 3 2005; *Ribbens*, De positie van de huisarts in de gezondheidszorg, III 1.3-5 in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/San-ders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg Bd. 3 2005; *Maarse*, Marktwerking in de ziekenhuiszorg, Maastricht 2002, S. 52f.

12 *Scherpenisse/Verbeek*, Gezondheidszorg, 2002, S. 70.

13 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijfers 2007, S. 97.

14 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijfers 2005, S. 57.

15 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijfers 2007, S. 96 f.

16 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijfers 2005, S. 24.

17 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijffers 2005, S. 11, 13; CVZorgzijfers 1998-2003, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rapide angestiegen. 2000 beliefen sie sich noch auf rund 42 Milliarden EUR und 2001 bereits auf rund 47 Milliarden.[18] Dies ist auf den „*Aktieplan Zorg verzekerd*" zurückzuführen, in dessen Rahmen staatliche Mittel zur Verfügung gestellt wurden, um der Wartezeitenproblematik zu begegnen.[19] Dagegen sind die relativen Ausgaben 2004 gegenüber dem Vorjahr mit 4,3% nur gering gestiegen. Ursächlich sind vermehrte Einsparmaßnahmen wie die Einengung des Leistungsumfangs des Krankenkassengesetzes, aber auch das Einfrieren der Tarife für die ärztliche Versorgung.[20] 2006 sind die Kosten der Krankenhausversorgung um 5,4% gegenüber dem Vorjahr gestiegen, was auf eine Zunahme der Leistungsnachfrage und ein Ansteigen der Lohnkosten zurückgeführt wird.[21]

Die Bedeutung des Krankenhaussektors für die Ausgaben im Gesundheitssystem wird dadurch deutlich, dass im Jahr 2000 rund 10 Milliarden EUR und 2004 bereits rund 14,5 Milliarden EUR auf diesen Bereich entfielen.[22] 2006 lagen die Ausgaben der Krankenhausversorgung bereits bei knapp 19 Milliarden EUR.[23] Mit der fachärztlichen Versorgung zusammen, die zwar grundsätzlich im Krankenhaus stattfindet, aber in Ausnahmefällen wie zahnärztlicher Versorgung, eben auch in niedergelassenen Facharztpraxen, entfällt ca. 1/3 der Gesamtausgaben im Gesundheitssektor auf die Krankenhäuser.[24] Ein weiterer Anteil, der ca. 1/5 der Gesamtausgaben ausmacht, trifft die Pflegeheime und Einrichtungen der Versorgung zu Hause. Daneben machen auch die Arznei-, Heil- und Hilfsmittel, niedergelassene Ärzte (außer Fachärzten) und gemeindliche Gesundheitsdienste wesentliche Bereiche der Gesamtausgaben im Gesundheitsbereich aus.[25]

Aufgrund der stetig steigenden Kosten hat der niederländische Gesetzgeber insbesondere im Krankenhaussektor immer wieder Reformmaßnahmen verabschiedet. So wurde 2005 die Krankenhausfinanzierung auf eine neue Grundlage gestellt[26] und 2006 wurde die gesetzliche Krankenversicherung grundlegend reformiert.[27] Dabei wird als entscheidendes Mittel die Wirkung des Wettbewerbs zur Kostensenkung oder zumindest zu ihrer Stabilisierung im Verhältnis zu seiner Regulierung zum Zwecke einer sozialen Krankenversicherung angesehen. Diesen Bereich berühren die Reformen der vergangenen Jahre ebenso wie auch die gegenwärtigen Erneuerungsbestrebungen. Die Kernelemente bei dem Ansatz, eine Steigerung des Wettbewerbs im Krankenhaussektor herbeizuführen und so zu einer Kostenstabilität beizutragen, sind zum einen eine Erhöhung der Anzahl möglicher Konkurrenten und zum anderen die Schaffung größerer

18 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijffers 2005, S. 111.
19 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijffers 2005, S. 13.
20 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijffers 2005, S. 13.
21 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijffers 2007, S. 95.
22 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijffers 2005, S. 111.
23 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijffers 2007, S. 125.
24 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijffers 2007, S. 94 f.
25 Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijffers 2007, S. 94.
26 Eingehend unten II. 4.5.
27 I. 3.4.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Spielräume bei der Gestaltung vor allem der Preise, aber auch des Leistungsspektrums in diesem Bereich. Zur Erhöhung der Konkurrenzsituation tragen die Zulassungen von Selbstbehandlungszentren, der sog. selbständigen Behandlungszentren (*Zelfbehandeling Center*), einer Art Tagesklinik, bei,[28] während die Konzentration im Krankenhausbereich in den vergangenen Jahrzehnten diesem Trend wieder entgegenwirkt. Während es 1951 noch 253 Krankenhäuser gab, waren es 2001 gerade noch 112, also weniger als die Hälfte.[29] Auch die Anzahl der Betten pro Einwohner hat abgenommen. 1951 waren es 4,4 und 2001 noch 3,6. Dagegen hat die Anzahl der Betten pro Krankenhaus erheblich zugenommen, was auf die Konzentrationsbewegung zurückzuführen ist. Während ein Krankenhaus 1951 im Durchschnitt 178 Betten hatte, waren es 2001 511 Betten.[30]

Ein weiterer Reformschritt im Rahmen der Kostendämpfung war die Freigabe der Preise bei bestimmten Leistungen, die zunächst ca. 10% der gesamten Krankenhausleistungen ausmachten und seit 2008 sogar 20%. In diesem sog. B-Segment stehen die Tarife zur freien Verhandelbarkeit der Parteien, so dass eine flexiblere Preisgestaltung erreicht werden kann.[31]

Desweiteren wurde auch die Finanzierung der Krankenhauskosten in den letzten Jahren umgestellt. 2005 wurde das bisherige Budgetierungssystem zugunsten von Fallpauschalen, sog. *Diagnose Behandeling Combinaties* (DBC`s) abgelöst, die eine pauschale Festsetzung des Entgelts für bestimmte Indikationen vorsehen.

2.3. Normative Steuerung und politische Diskussion

Da das niederländische Gesundheitssystem sich durch die gegenwärtige Reform des gesamten Systems der Krankenversicherung im Umbruch befindet, kommt den normativen und politischen Vorgaben eine besondere Bedeutung zu. Durch Einführung des Krankenversicherungsgesetzes ist es zu einer Verschiebung der Aufgaben und Rollen der Beteiligten Akteure gekommen. Zwar kommt dem Staat nach wie vor eine sichernde Rolle zu, so durch die gesetzliche Vorgabe der verpflichtenden Basisversicherung, aber auch den Krankenversicherungsunternehmen und den Versicherten werden im Zuge der neuen Wettbewerbsorientierung vermehrt Spielräume gelassen.

28 Ausführlich zu den Selbstbehandlungszentren unten II. 4.2.

29 *Vandermeulen*, Ziekenhuizen: medisch bedrijven in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, III 2.1-3.

30 *Vandermeulen*, Ziekenhuizen: medisch bedrijven in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, III 2.1-3.

31 Eingehend unten II. 4.5.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.3.1. Zusammenspiel von Staat und privaten Unternehmen

Durch die Reform von 2006 sollte sich der Staat aus seiner Gestaltungsfunktion im Gesundheitswesen mehr und mehr zurückziehen, so war es jedenfalls vorgesehen.[32] Während er unter dem Krankenkassengesetz bis 2006 nicht nur die gesetzlichen Grundlagen der Krankenversicherung geschaffen und diese beaufsichtigt und kontrolliert hat, sondern auch vielfältige Gestaltungsfunktionen, insbesondere in der Preisgestaltung und Krankenhausplanung, übernommen hat, soll sich diese Funktion ändern. Zwar schafft der Staat auch unter dem neuen Krankenversicherungsgesetz die gesetzliche Grundlage der Basisversicherung und stellt in diesem Zusammenhang hoheitliche Rahmenvorgaben auf wie beispielsweise die Versicherungspflicht für alle Einwohner der Niederlande, den Kontrahierungszwang für die Versicherungsunternehmen und das Verbot der Risikoselektion aufgrund des Gesundheitszustandes. Hinsichtlich der Ausführung der Versicherung zieht sich der Staat aber zunehmend zurück. Aus diesem Grund hat man sich auch für die Trägerschaft der Krankenversicherung durch private Versicherungsunternehmen und nicht durch öffentlich-rechtliche Krankenkassen entschieden.[33] Diese sollen die Krankenversicherung im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben aufgrund der Marktgegebenheiten und der aufgestellten Anreize gestalten. Um diese Möglichkeit zu schaffen sind vielfältige Flexibilisierungen, insbesondere im Rahmen der Preisgestaltung, aber auch hinsichtlich des Leistungsumfangs, soweit dieser über das verpflichtende Basispaket hinausgeht, vorgenommen worden, auf die unten noch näher eingegangen wird.

Durch diese Zunahme an Freiheiten der privatrechtlich organisierten Beteiligten entsteht ein Bedarf an entsprechender Kontrolle und Aufsicht.[34] Aus diesem Grund ist auch der institutionelle Rahmen der stattlichen Aufsicht über den Gesundheitsmarkt erneuert worden. Vor der Reform war diese Aufgabe noch geteilt. Sowohl der Rat für die Aufsicht über Krankenversicherungen (*College Toezicht Zorgverzekeringen,* CTZ), ein öffentlich-rechtliches Aufsichtsorgan, als auch der Krankenversicherungsrat (*College voor Zorgverzekeringen,* CVZ), das vor allem Aufgaben im Rahmen der Finanzierung des Gesundheitssystems wahrnimmt, und die niederländische Wettbewerbsbehörde (*Nederlandse Mededingingsautoriteit*, NMa) sowie das niederländische Gesundheitsministerium nahmen Funktionen der Aufsicht und Kontrolle wahr. In 2006 wurde ein neues Kontrollorgan die niederländische Gesundheitswettbewerbsbehörde (*Nederlandse Zorgautoriteit,* NZa), geschaffen, das Kompetenzen des öffentlich-rechtliches Auf-

32 Kamerstukken II 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, S. 8 ff; Kamerstukken II 27 855 Nr. 2: Vernieuwing van het zorgstelsel, Nota Vraag aan bod, S. 22 ff.

33 Kamerstukken II 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, S. 20 ff.

34 Kamerstukken II 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, S. 51 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sichtsorgans und der Wettbewerbsbehörde in sich vereint und darüber hinaus noch über weitere Befugnisse verfügt.[35]

Für das Entstehen und Verstärken von Wettbewerb, aber vor allem für seine Auswirkungen in einem sozialen System der Krankenversicherung ist die Ausgestaltung der Kontrolle von eminenter Bedeutung. Ein System, das derart auf Freiheiten der privatrechtlich organisierten Beteiligten setzt, wie das niederländische Gesundheitssystem nach der Reform 2006, ist davon bedroht, dass die Chancen und Möglichkeiten deswegen nicht zum Tragen kommen, weil Freiheiten ausufern und ausgenutzt werden und demzufolge kein System der Gleichgewichte zwischen den Beteiligten, also den Krankenversicherungen, den Krankenhäusern als Stellvertreter der Leistungserbringer und natürlich auch der Versicherten, erreicht werden kann. Dies zu verhindern, also die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben, aber auch gegebenenfalls deren Anpassung oder Erweiterung, sind Aufgabe der Kontrolle des Marktes im Bereich des Gesundheitswesens.

Ein weiterer Bereich, in dem der Staat sich zunehmend zurückzieht ist die Krankenhausplanung, also die Entscheidung, wo Krankenhäuser gebaut werden und welche Krankenhäuser wie erweitert werden sollen. In der Vergangenheit hatte der Staat durch die Provinzen im Bereich der Krankenhausplanung eine erhebliche Gestaltungsfunktion im, aus der sich in der Praxis die Provinzen bereits ein Stück weit zurückgezogen haben. Für die Zukunft ist geplant, den Krankenhäusern immer mehr Entscheidungsspielräume zu überlassen. [36]

2.3.2. Flexibilisierung

Ebenfalls Bedeutung für die wettbewerblichen Zusammenhänge, Möglichkeiten und letztlich auch deren Auswirkungen haben die Gestaltungsmöglichkeiten der Beteiligten. An erster Stelle ist die Freiheit der Krankenversicherungen, mit Leistungserbringern, die dies anstreben, Leistungsverträge abzuschließen, zu nennen, Art. 12 Krankenversicherungsgesetz. Diese Verpflichtung ist für den Bereich der ambulanten Leistungen entfallen und gilt mittlerweile auch nicht mehr für die vertragliche Bindung von Krankenhäusern.[37]

Weitere Möglichkeiten der Flexibilisierung und damit der Unterscheidbarkeit von Konkurrenten bestehen bei der Gestaltung des Leistungsumfangs. Insofern ist das Basispaket der Leistungen zwar gesetzlich vorgeschrieben, Art. 10 Krankenversicherungsgesetz, insofern greift also hoheitliche Steuerung, darüber hinaus können jedoch eine Vielzahl von Zusatzversicherungen angeboten werden. Ebenfalls bei der Prämiengestaltung bestehen durch Selbstbehalte, Gruppenversicherungen und Rückzahlungsmodalitäten bei Nichtinanspruchnahme nach dem Krankenversicherungsgesetz Freiräume, die

35 Ausführlich unten I. 4.4.

36 Ausführlich zur Krankenhausplanung unten: II. 4.3.

37 Ausführlich unten II. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von den Krankenversicherern genutzt werden können, um sich voneinander abzugrenzen und in Konkurrenz zueinander zu treten.[38]

3. Der Krankenhaussektor im Rahmen des Gesundheitssystems

Der Krankenhausversorgung kommt in den Niederlanden eine erhebliche Bedeutung zu, umfasst sie doch nahezu die gesamte fachärztliche Versorgung der Versicherten.[39] Fachärztliche Versorgung durch niedergelassene Ärzte bildet eine Ausnahme, etwa bei Zahnärzten. Insofern sind effizient organisierte Krankenhäuser, die medizinische Versorgung auf hohem Niveau bieten, ein wichtiger Bestandteil eines funktionierenden Gesundheitssystems.

3.1. Krankenhausversorgung

Bis zu den 70iger Jahren gab es keine klaren Grenzen zwischen Krankenhausversorgung und solcher durch niedergelassene Ärzte. Zu dieser Zeit fand aber eine Neuordnung statt, die eine strenge Unterteilung in die Versorgung durch niedergelassene Ärzte („*eerste lijn*“) und die Versorgung im Krankenhaus und anderen Einrichtungen („*tweede lijn*“) vorsieht.[40] Nachdem diese Trennung zunächst strikt durchgesetzt wurde, hat sich in den letzten Jahren wieder eine Lockerung dieser strengen Grenzen durch die integrierte Versorgung ergeben.[41] Aus Gründen der Effektivität werden die sektoralen Grenzen überschritten, so dass beispielsweise auch der Hausarzt die Räume und Geräte von Krankenhäusern nutzen darf, ohne seine Patienten zu überweisen. Dieser Bereich der sektorübergreifenden Versorgung gewinnt immer mehr an Bedeutung.

3.2. Organisationsstruktur des Krankenhaussektors

Der maßgebliche Ausgangsbegriff für den Anspruch der Versicherten auf Krankenhausversorgung ist nach dem Krankenversicherungsgesetz die „Einrichtung“[42]. In den Regelungen des Leistungsinhalts wird zwar der Leistungserbringer nicht angesprochen, sondern lediglich die Art der zu beanspruchenden Leistungen (funktionale Umschrei-

38 Art.18, 19, 22 Krankenversicherungsgesetz.

39 *Maarse/Groot/Merode/Mur-Veeman/Paulus*, Marktwerking in de ziekenhuiszorg, Maastricht 2002, S. 52f; *van der Heyden*, De ontwikkelingen en veranderingen in de uitvoerende praktijk van medisch specialisten in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, III 2.2-1 ff; *Mackenbach/van der Maas*, Volksgezondheid en gezondheidszorg, 3. Aufl. Maarssen 2005, S. 200, 204.

40 *Scherpenisse/Verbeek*, Gezondheidszorg, S. 77.

41 *Boot/Knapen*, Nederlandse Gezondheidszorg, 2005, S. 126 f; *Scherpenisse/Verbeek*, Gezondheidszorg, S. 77.

42 *Instelling.*

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bung der Ansprüche[43]), jedoch erfolgt die Nennung in Art. 12 Abs. 3 Krankenversicherungsgesetz, der Auf Artikel 1 l) Krankenversicherungsgesetz verweist. Danach ist eine Einrichtung eine solche nach dem Zulassungsgesetz für Krankenhäuser (*Wet toelating zorginstellingen)*[44]. In Art. 1 Abs. 1 f) Zulassungsgesetz für Krankenhäuser wird eine Einrichtung als ein organisatorischer Verband definiert, der eine Zulassung nach dem Zulassungsgesetz für Krankenhäuser hat.

In Artikel 5 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser wird das Erfordernis der Zugehörigkeit des organisatorischen Verbandes zu einer der Kategorien, die durch ministeriellen Beschluss bestimmt werden sollen, aufgestellt. Hinzu kommt die Zulassung durch den Rat für Krankenversicherungen (*College voor zorgverzekeringen)*, Art. 5 Abs. 1 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Bislang gibt es auch noch keine ausführenden Beschlüsse, so dass die soeben genannten Kategorien noch nicht bekannt sind. Es steht aber zu erwarten, dass diese weit gefasst werden, denn es ist das Ziel der Reform, mehr Wettbewerbselemente einzuführen, wofür es eine Voraussetzung ist, dass es eine Vielzahl von Leistungserbringern gibt, die sich auch voneinander unterscheiden können.[45]

Das alte Gesetz (*Wet ziekenhuisvoorzieningen)* kannte einen Ausführungsbeschluss[46], der als Einrichtung zum einen Krankenhäuser wie allgemeine Krankenhäuser, kategoriale Krankenhäuser und Einrichtungen, in denen nur eine Untersuchungs- oder Behandlungsart ausgeübt wird, und andere bestimmt und zum anderen Einrichtungen, die Leistungen nach dem Beschluss Krankenversorgungsansprüche AWBZ (*Besluit zorgaanspraken AWBZ)* erbringen. Schon dieses Begriffsverständnis ist sehr weitgehend und es ist davon auszugehen, dass mit der Reform keine Einengung durchgeführt werden sollte, sondern allenfalls eine Ausweitung.

Inhaltlich umfasst Krankenhausversorgung in den Niederlanden sowohl stationäre als auch ambulante fachärztliche Versorgung der Versicherten. Für die ambulante Versorgung sind spezielle Abteilungen vorgesehen, in denen die Versicherten untersucht und behandelt werden.[47] Anschließend wird der Patient wieder nach Hause entlassen, eine Übernachtung ist im Rahmen der ambulanten Versorgung nicht möglich, dann müsste eine stationäre Aufnahme ins Krankenhaus erfolgen. Die Krankenhausversorgung wird definiert als Versorgung, bei der eine Aufnahme und ein Verbleib in einer Einrichtung,

43 Ausführlich zu der erst vor kurzem eingeführten Art der Anspruchsumschreibung: *Walser,* Die aktuellen Reformen der niederländischen Krankenversicherung – Anregungen für Deutschland?, ZFSH/SGB 2004, 410 S. 413 f; *van der Most*, Funktiegerichte verstrekking-omschrijving, TvG 1991, S. 464 ff; *ders*., Vraaggestuurde zorg als recht vanuit verzekeringsperspectief (ZFW en AWBZ), TvG 2003, 2 (10f).

44 Kamerstukken I 27 659: Vereenvoudinging van het stelsel van overheidsbemoeienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet toelating zorginstellingen) – gewijzigd voorstel van wet van 22 september 2004.

45 *Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport*, Beleidsvisie Wet toelating zorginstellingen (Zulassungsgesetz für Krankenhäuser) vom 3. Juni 2005, S. 6.

46 Besluit van 1 augustus 1979, tot aanwijzing van inrichtingen voor gezondheidszorg als bedoelt in art. 1, eerste lid, Wet ziekenhuisvoorzieningen.

47 *Mackenbach/van der Maas*, Volksgezondheid en gezondheidszorg, 3. Aufl. Maarssen 2005, S. 202.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

beispielsweise einem Krankenhaus, von mindestens einer Nacht erfolgt, Art. 1 b und c Regelung Versorgungsansprüche AWBZ.

Man kann ein Krankenhaus umschreiben als ein fachärztliches Zentrum mit einem Fokus auf Diagnose, Behandlung und Verpflegung und mit Notfallaufnahme.[48] Darüber hinaus spielt es aber auch eine zentrale Rolle bei der Ausbildung von Ärzten und nichtärztlichem Personal.

Hinsichtlich des inhaltlichen Wirkungskreises von Krankenhäusern wird üblicher Weise zwischen allgemeinen Krankenhäusern, Universitätskliniken und kategorialen Krankenhäusern unterschieden:[49]

Die allgemeinen Krankenhäuser bieten die umfassende Versorgung mit Krankenhausleistungen. Dabei wird unterschieden zwischen sog. Basiskrankenhäusern und solchen mit zusätzlichen Spezialfunktionen.[50] Die sog. Basiskrankenhäuser gewähren die Versorgung mit den regulären Leistungen, die typischer Weise häufig von Patienten in Anspruch genommen werden. Andere Krankenhäuser haben darüber hinausgehend noch bestimmte Spezialfunktionen, allerdings nicht solche, die eine besondere Genehmigung[51] erfordern wie beispielsweise Organtransplantationen oder Stammzelltransplantationen.

Die Universitätskliniken sind organisatorisch zu den jeweiligen Universitäten zugehörig und dienen neben der Versorgung von Patienten auch der Forschung und Lehre.[52] In Ihnen werden auch besondere Leistungen angeboten, für die wegen des Erfordernisses einer speziellen Genehmigung ausschließlich von Universitätskliniken erbracht werden dürfen.

Die kategorialen Krankenhäuser sind in der Regel kleinere Einrichtungen, die keine umfassende Versorgung anbieten, sondern sich auf bestimmte Bereiche spezialisiert haben.[53]

Von den Krankenhäusern ist das Selbständige Behandlungszentrum (*Zelfstandig behandelcentrum,* Zbc) zu unterscheiden. In Art. 1 Abs. 1 h) Zulassungsgesetz für Krankenhäuser ist es definiert als ein organisatorischer Verband, der kein Teil eines Krankenhauses ist oder einem Krankenhaus zuarbeitet und deas fachärztliche Versorgung anbietet.

Definitionsgemäß ist das Selbständige Behandlungszentrum also kein Krankenhaus, auch kein Teil eines Krankenhauses und es arbeitet auch nicht für ein solches. Sein

48 *Mackenbach/van der Maas*, Volksgezondheid en gezondheidszorg, 3. Aufl. Maarssen 2005, S. 200.

49 *Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa*), Concurrentie in de ziekenhuissector, 2004, S.5; *College bouw ziekenhuisvoorzieningen*, Curatieve Basiszorg: Vraag, Aanbod en infrastructuur, 2005, S. 27; *Nobels*, Prijsconcurrentie tussen ziekenhuis en ZBC, 2005, S. 26; *Scherpenisse/Verbeek*, Gezondheidszorg, 6. Aufl. 2002, S.73; *Boot/Knapen*, De nederlandse gezondheidszorg, 2005, S. 120 ff.

50 *NMa,* Concurrentie in de ziekenhuissector, 2004, S. 49.

51 *Wet Bijzondere Medische Verrichtingen* (WBMV), (Gesetz über besondere medizinische Behandlungen).

52 *NMa,* Concurrentie in de ziekenhuissector, 2004, S. 5.

53 *NMa,* Concurrentie in de ziekenhuissector, 2004, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufgabenbereich weist jedoch Parallelen zum Krankenhaus auf, nämlich die Tätigkeit von Fachärzten und gerade nicht von Hausärzten. Hinsichtlich der Finanzierung lassen sich Parallelen bei der Honorierung der Fachärzte ziehen, die sich nicht ändert, wenn es sich um solche in einem Selbständigen Behandlungszentrum handelt. Auch staatliche Förderungen beim Bau eines Krankenhauses kann ein Selbständiges Behandlungszentrum beantragen, weil es durch die *Regelung Selbständige Behandlungszentren* (*Regeling Zelfstandige Behandelcentra)*[54] als Einrichtung definiert wird.

Den Versicherten standen 2006 in den Niederlanden 88 allgemeine, 8 akademische und 2 kategoriale Krankenhäuser zur Verfügung.[55] Hinzu kommen ca. 57 selbständige Behandlungszentren.[56] Im Durchschnitt verfügt ein Krankenhaus über 505 Betten.[57]

3.3. Gesetzlicher Rahmen

Der für die Krankenhausversorgung relevante gesetzliche Rahmen teilt sich in drei Bereiche auf: die sozialrechtlichen Vorschriften für die Krankenversicherung, die unmittelbar krankenhausbezogenen Normen des Verwaltungsrechts und schließlich die Wettbewerbsregelungen, die in immer stärkerem Maße auch das Krankenhauswesen prägen.

Das Krankenversicherungsgesetz wendet sich mit seinen Vorschriften vor allem an die Krankenversicherungsunternehmen und legt ihnen Pflichten auf wie beispielsweise den Kontrahierungszwang mit allen Versicherten unabhängig von ihrem Gesundheitszustand[58] und das Anbieten einer hinsichtlich des Leistungsumfangs vorgeschriebenen Basisversicherung[59], gewährt aber gleichzeitig auch Rechte wie das Aufstellen verschiedener Vertragsmodelle etwa der Kostenerstattung, der Sachleistung oder einer Kombination hiervon[60]. Es wird konkretisiert durch den Beschluss zur Krankenversicherung[61], der den Inhalt der Leistungsansprüche der Versicherten in der Basisversicherung näher festlegt sowie durch die Regelung Krankenversicherung[62], die die inhaltliche Bestimmung der Leistungen noch weiter führt.

Hinsichtlich der verwaltungsrechtlichen Vorschriften mit Krankenhausbezug kommt dem Zulassungsgesetz für Krankenhäuser eine zentrale Aufgabe zu. Es enthält die Re-

54 Van 11 februari 1998, Stcr 1998, nr. 30, S. 9.

55 Nederlandse Zorgautoriteit, Monitor ziekenhuiszorg 2007, S.16.

56 Nederlandse Zorgautoriteit, Monitor ziekenhuiszorg 2007, S.16.

57 *CTG/Zaio*, Visiedocument ziekenhuiszorg, Analyse en aanbevelingen voor concurrentie in het B-segment, 2005, S. S. 37.

58 Art. 3 Krankenversicherungsgesetz.

59 Art. 10 ff Krankenversicherungsgesetz.

60 Art. 11 Abs. 1 und 2 Krankenversicherungsgesetz.

61 *Besluit zorgverzekering*, Beschluss vom 28. Juni 2005, Stb. 2005, 389, letzte Änderung vom 15. Dezember 2005, Stb. 2005, 690.

62 *Regeling Zorgverzekering*, Beschluss vom 1. September 2005, Stcrt. 2005, 171, letzte Änderung vom 15. Dezember 2005, Stcrt. 2005, 249.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gelungen über die Krankenhausplanung sowie über die Zulassung und steuert damit den Marktzugang für Krankenhäuser. Eine Konkretisierung dieses Gesetzes, insbesondere hinsichtlich des Zulassungserfordernisses, findet sich im Ausführungsbeschluss[63].

Der Wettbewerb im Gesundheitssektor wird zentral durch das Wettbewerbsgesetz gesteuert, das, wie noch zu zeigen sein wird[64], nach der neueren Rechtsprechung auch in diesem nicht in erster Linie ökonomisch geprägten Bereich Anwendung findet. Daneben gibt es aber noch ein spezielles Gesetz für den Wettbewerb im Gesundheitssektor, das vor allem die Kompetenzen der Gesundheitswettbewerbsbehörde regelt – das Marktordnungsgesetz für den Gesundheitsbereich. Gerade das Zusammenspiel dieser beiden Wettbewerbsgesetze und entsprechend auch der zugehörigen Behörden, der Wettbewerbsbehörde und der Gesundheitswettbewerbsbehörde, prägen die Wettbewerbsverhältnisse im Gesundheitssektor ganz wesentlich.

3.4. Strukturen und Institutionen der Krankenversicherungsträger

Die Struktur der Krankenversicherer hat sich durch die Reform 2006 wesentlich geändert, weswegen zunächst kurz die alte Rechtslage geschildert wird und sodann ausführlicher auf die aktuellen Gegebenheiten eingegangen wird.

3.4.1. Struktur der Krankenversicherer nach dem Krankenkassengesetz bis 2005

Das bis 2006 geltende Krankenkassengesetz wurde durch die Krankenkassen ausgeführt.[65] Diese waren in privatrechtlichen Rechtsformen organisiert, in privatrechtliche Stiftungen[66], Art. 2: 285 ff Bürgerliches Gesetzbuch[67] und Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit[68], Art. 2: 53 ff Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 34 Abs. 3 Krankenkassengesetz. Die Anzahl der Krankenkassen belief sich landesweit auf ungefähr 30.[69] Die Krankenkassen waren also auch vor der Reform schon in privaten Rechtsformen organisiert und der Staat hielt auch nicht die Anteile an den Gesellschaften. Gerade der Einfluss von religiösen Vereinigungen ist aber hervorzuheben.[70] Die Krankenkas-

63 Uitvoeringsbesluit WTZi (Ausführungsbeschluss WTZi).

64 Vgl. unten 3.4.

65 Ausführlich zur alten Rechtslage: *Walser*, die aktuellen Reformen der niederländischen Krankenversicherung – Anregungen für Deutschland?, ZFSH/SGB 2004, S. 410 ff; *Noordam*, Socialezekerheidsrecht, 6. Aufl. 2002, S. 269 ff; *ders*. Hoofdzaken socialezekerheidsrecht, 2. Aufl. 2002, S. 71 ff; *Kötter,* Von alten und neuen Rezepten, Radikalkuren und Wechselbädern – die Reformen des niederländischen Gesundheitssystems, ZIAS 1998, 391 ff.

66 *Stichtingen.*

67 *Burgerliijk wetboek*, BW, Stb. 1976, 395, letzte Änderung in Stb. 2003, 203.

68 *Onderlinge waarborgmaatschappijen.*

69 *Noordam*, Socialezekerheidsrecht, 7. Aufl. 2004, S. 266.

70 *Okma*, Studies on Dutch Health Politics, Policies and Law, 1997, S. 87 ff; *Maarse*, Privitisation in European Health Care, 2004, S. 100 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

sen erhielten durch den Krankenversicherungsrat[71] eine Zulassung, Art. 8a Krankenkassengesetz, die sie ermächtigte, die öffentliche Aufgabe der gesetzliche Krankenversicherung auszuführen. Diese Zulassung wurde nur unter bestimmten Voraussetzungen erteil, Art. 34 Abs. 3 Krankenkassengesetz. Die beiden bedeutsamsten waren, dass die Krankenkasse keine Gewinnerzielung beabsichtigen durfte und dass sie sicherstellen musste, dass die Versicherten einen angemessenen Einfluss auf die Verwaltung der Gesellschaft haben. Der Krankenversicherungsrat ist seit 1999 der Nachfolger des Krankenkassenrats[72]. Es ist ein Verwaltungsorgan, das dem niederländischen Gesundheitsministerium unterstellt ist, Art. 1b Abs. 1 und Art. 1e Krankenkassengesetz. Seine Aufgaben lagen neben der Erteilung der Zulassungen in der Kontrolle der Krankenkassen, in ihrer Steuerung und Finanzierung.[73]

Die einzelnen Krankenkassen standen in einem regulierten Wettbewerb zueinander.[74] Die Krankenkassen trugen zwar grundsätzlich das finanzielle Risiko, was eine Voraussetzung für das Entstehen von Wettbewerb ist, jedoch gab es einige Ausgleichsmechanismen, die diesen Wettbewerb regulierten.[75] So werden Ausgaben, die für einen einzelnen Versicherten eine festgelegte Grenze überschreiten, aus einer gemeinsamen Kasse der Krankenkassen ausgeglichen. Zu einem gewissen Prozentsatz erfolgt ein genereller Ausgleich zwischen den Kassen. Dieser knüpft an die risikoabhängige Zuweisung von Kopfpauschalen des Krankenversicherungsrates an die Krankenkassen an. Je differenzierter diese Risikoberechnung der Versicherten einer Krankenkasse desto geringer erfolgte der pauschale Ausgleich.[76]

Neben den Krankenkassen führten aber auch noch andere Organisationen die Krankenversicherung aus. Insofern wurde unterschieden zwischen den privaten Krankenversicherungsunternehmen[77] und den öffentlich-rechtlichen Krankenversicherungsunternehmen[78]. Erstere bedurften ebenso wie die Krankenkassen einer Zulassung durch den Krankenversicherungsrat, um das Krankenkassengesetz ausführen zu dürfen. Dagegen ist diese Zulassung für die öffentlich-rechtlichen Krankenversicherungen nicht erforderlich, eine bloße Anmeldung ist ausreichend.[79] Ihnen obliegt die Versicherung der Angehörigen des öffentlichen Dienstes.

71 Das *College voor zorgverzekeringen – CVZ.*

72 *Ziekenfondsraad (ZFR).*

73 *Pruijssers/Siebers/Kolsteren/Mulder/van Scherpenzeel*, Sociale Verzekeringswetten Bd. 8, Fn. 12, Algemeen Nr. 3.

74 Ausführlich zum Wettbewerb zwischen den Krankenkassen in den Niederlanden: Greß, Krankenversicherung und Wettbewerb, Das Beispiel Niederlande, 2002, S. 89 ff.

75 *Greß*, Das Beispiel Niederlande, 2002, S. 90.

76 *Greß*, Das Beispiel Niederlande, 2002, S. 91.

77 *Particuliere ziektekostenverzekeraars.*

78 *Publiekrechtelijke ziektekostenverzekeraars.*

79 *Noordam*, Socialezekerheidsrecht, 7. Aufl. 2004, S. 280.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für das Verhältnis zwischen den gesetzlichen und den privaten Krankenversicherungen kam dem sog. MOOZ[80]-Beitrag eine wesentliche Rolle zu. Diesen Beitrag müssen die privaten Krankenversicherungen an die gesetzliche Krankenversicherung zahlen. Er diente zum Ausgleich des höheren Anteils kostenintensiver Rentner in der gesetzlichen Krankenversicherung. Dazu wurde der Anteil an gesetzlich Versicherten ab 65 Jahren festgestellt, der über den amtlichen Durchschnitt in den Niederlanden hinausgeht (dieser wird vom *Centraal Bureau voor de Statistiek* berechnet), Art. 4 Abs. 1 MOOZ. In einem zweiten Schritt wurden die durchschnittlichen Kosten des Vorjahrs dieser hochbetagten Versicherten festgestellt, Art. 4 Abs. 2 MOOZ. Aus der Multiplikation dieser Ergebnisse ergab sich der MOOZ-Beitrag, den die privaten Krankenversicherungen an die gesetzlichen Krankenkassen zu zahlen hatten und der vom Gesundheitsministerium in Übereinstimmung mit dem Finanzministerium, dem Wirtschaftsministerium und dem Sozialministerium festgestellt wurde, Art. 4 Abs. 3 MOOZ. Das MOOZ verlor mit Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes 2006 seine Gültigkeit.

3.4.2. Struktur der Krankenversicherer seit 2006

Mit der Reform von 2006 hat sich das System der Krankenversicherungen durch das Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes wesentlich verändern. Die Grundidee der neuen Krankenversicherung ist, dass die Aufspaltung in ein gesetzliches und ein privates Krankenversicherungssystem entfällt.[81] Dadurch soll ein einfaches System und mehr Transparenz für die Versicherten geschaffen werden.[82] Alle Einwohner der Niederlande sollen in dem gleichen Versicherungssystem gegen das Risiko Krankheit versichert sein und ihnen sollen alle Versicherungsunternehmen offen stehen.

Die Verschmelzung der beiden Krankenversicherungssysteme, nämlich der gesetzlichen Krankenkassen und der privaten Krankenversicherungen, stellt die Konsequenz der Probleme mit der ehemals bestehenden Dualität dar. Angestrebt ist es, die Vorteile, die beide Systeme bieten, in die neue Krankenversicherung zu übernehmen, dabei aber die Nachteile auszuschalten.[83] Als nachteilig gestaltete sich der Verwaltungsaufwand beispielsweise beim Wechsel der Versicherten vom gesetzlichen in den privaten Versicherungsschutz. Dagegen soll die Flexibilität der Prämien und Leistungen, die die bisherige private Krankenversicherung auszeichnet, auch Bestandteil der neuen Versicherung werden. Die solidarischen Elemente wie etwa die teilweise einkommensabhängige

80 *Wet medefinanciering overtegenwoordiging oudere ziekenfondsverzekerden,* Stcrt. 2003, 192.

81 *Noordam,* Socialezekerheidsrecht, 7. Aufl. 2004, S. 268 ff; *ders.* (2004) Hoofdzaken Socialezekerheidsrecht, 3. Aufl. 2004, S. 74 ff; *Walse,r* Die aktuellen Reformen der niederländischen Krankenversicherung – Anregungen für Deutschland?, ZFSH/SGB 2004, 410 (410 ff).

82 Kamerstukken II 2004, 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, S. 4.

83 Kamerstukken II 2004, 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, 6; *Hamilton*, Zorgverzekering, 2005, S. 23 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Berechnung der Beiträge dagegen soll von der gesetzlichen Krankenversicherung übernommen werden, wenn auch der weit höhere Teil des Versicherungsbeitrags pauschal berechnet wird.

Die Versicherungspflicht trifft alle Einwohner der Niederlande, also auch die Selbständigen und Beamten, Art. 2 Abs. 1 Krankenversicherungsgesetz.[84] Diese Regelung wird durch eine Anlehnung an die Krankenversicherung für besondere Krankheitskosten, das *Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten* (AWBZ) erreicht. Diese ist bereits eine Volksversicherung. Nach Art. 5 Abs. 1 AWBZ sind alle Einwohner der Niederlande pflichtversichert und ebenso diejenigen, die zwar nicht in den Niederlanden wohnen, aber dort der Lohsteuer unterworfen sind. Durch diese Angleichung an das AWBZ wird schon ein erster Schritt gemacht, um später, wenn sich das Krankenversicherungsgesetz bewährt hat, auch die Versicherung für besonders schwere Risiken in das Krankenversicherungsgesetz zu integrieren. Dieses Vorhaben ist zwar nicht in der jetzigen Gesetzesbegründung angesprochen, wohl aber in dem oben bereits erläuterten Bericht des Parlaments von 2001 zur Ausgestaltung einer Gesundheitsreform.[85] Insofern kann man davon ausgehen, dass langfristig die Vereinheitlichung der gesamten Krankenversorgung in einem Versicherungssystem angestrebt wird.

Die zweite wesentliche Änderung durch das Krankenversicherungsgesetz, die für die Struktur der Träger der Krankenversicherung eine elementare Bedeutung entfaltet, ist die Ausgestaltung der Krankenversicherung durch privatrechtlich organisierte Versicherungsunternehmen, allerdings im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Vorgaben.[86] Solche Vorgaben sind beispielsweise der Annahmezwang hinsichtlich der Versicherten unabhängig von ihrem Gesundheitszustand, Basisleistungspaket und öffentlich-rechtlicher Aufsicht durch die Gesundheitswettbewerbsbehörde. Die Krankenversicherungsunternehmen sind in den Rechtsformen von Aktiengesellschaften oder Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit organisiert, einige auch als Genossenschaften.[87] Es gibt ungefähr 35 Krankenversicherungsunternehmen in den Niederlanden.[88] Als private Krankenversicherer sind es Schadenversicherungen im Sinne der Ersten Schadenrichtlinie[89]. Als Schadenversicherung benötigen sie eine Genehmigung der Niederländischen Bank, die grundsätzlich auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten offen steht.

84 Ausführlich zur Versicherungspflicht: *van der Most*, De Zorgverzekeringswet en de zelfverzekerde burger, TvG 2005, S. 17 (21 ff); *Hamilton*, Zorgverzekering, 2005 S. 29 ff; *Hermans*, Zorgverzekeringswet, 2005, S. 33 f; *Beerepoot*, Zorgverzekeirngswet, 2006, S. 65 f; *van Saase/Pruijssers*, Zorgverzekeringswet, 2006, S. 18 f*; Westerlaak*, Zorgverzekeringswet, 2005, S. 31 ff; *Kronenburg-Willems*, Sociale Zekerheid, 2006, S. 376.

85 Kamerstukken II 2001, 27 855 Nr. 2: Vernieuwing van het zorgstelsel, Nota Vraag an bod, S. 49 f.

86 Ausführlich zur privatrechtlichen Organisation der Krankenversicherungen: *Hamilton*, Zorgverzekering, 2005 S. 43ff; *Hermans*, Zorgverzekeringswet, 2005, S. 25 ff; *Beerepoot*, Zorgverzekeirngswet, 2006 S. 25 ff; *Westerlaak*, Zorgverzekeringswet, 2005 S. 18 ff.

87 *Noordam*, Socialezekerheidsrecht, 8. Aufl. 2006, S. 289; *Hamilton*, Een zorgverzekering voor iedereen, 2005, S. 143 ff.

88 *Noordam*, Socialezekerheidsrecht, 8. Aufl. 2006, S. 289.

89 Richtlinie Nr. 73/239/EG des Rates vom 24. Juli 1973, Amtsbl. EG 1973, L 228/3.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bislang hat jedoch kein nicht niederländisches Unternehmen beantragt, auf dem niederländischen Markt als Krankenversicherer tätig werden zu dürfen.

Der privatrechtliche Charakter der Krankenversicherungen betrifft in erster Linie das Zustandekommen der Versicherung und weniger die Ausführung, denn auch in einer öffentlich-rechtlichen Krankenversicherung kann die Ausführung durch private Versicherungsunternehmen erfolgen, wie bei den ehemaligen Krankenkassen zutraf.

Während bei einer Versicherung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage das Versicherungsverhältnis von Rechts wegen zustande kommt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt werden, also beispielsweise ein Beitritt erfolgt oder der Versicherte ein Einwohner der Niederlande ist (so beim AWBZ), kommt eine Krankenversicherung auf privatrechtlicher Grundlage durch Vertragsschluss zustande.[90]

Eine relevante Auswirkung der Privatisierung ist auch der Rechtsschutz für den Bürger. Da es sich im Prozessfall um einen Rechtsstreit zwischen Privaten handelt, sind die Zivilgerichte zuständig und nicht die Verwaltungsgerichte.[91] Da der Gang zu den ordentlichen Gerichten als Hürde angesehen wird, insbesondere aufgrund der fälligen Gerichtsgebühren, die der Kläger zu entrichten hat, sollen die Versicherungsunternehmen verpflichtet werden, eine unabhängige Instanz einzurichten, die Streitigkeiten vorgerichtlich klären kann, Art.113 Krankenversicherungsgesetz.[92]

Die Entscheidung der Regierung für das privatrechtliche Modell hat aber auch durchaus Kritik erfahren. So hat der *Raad van State* in seinem Bericht[93] Zweifel bekundet, ob eine derart weitgreifende Umstrukturierung erforderlich sei und überhaupt den erwünschten Effekt erzielen würde. Es gäbe keine Erfahrungen aus den Niederlanden oder aus anderen Ländern mit einem derartigen Krankenversicherungssystem, so dass die Wirkungsweise ungewiss sei. Es sollten vielmehr Möglichkeiten der Verkleinerung des Leistungspakets erwogen und geprüft werden.

Die Regierung hat sich in ihrem Gesetzesentwurf für das privatrechtliche Modell entschieden, um den beteiligten Akteuren, also den Versicherten, den Versicherern und den Leistungserbringern, möglichst viele Freiheiten und damit einhergehend auch mehr Verantwortung zuzusprechen.[94] Dies soll eine freiere Entwicklung der Marktkräfte ermöglichen, so dass über eine Zunahme von Wettbewerb eine kostengünstige und gleichzeitig zweckgerichtete, effektive und qualitativ hochwertige medizinische Versorgung ermöglicht wird. Für ein solches System ist die privatrechtliche Grundlage, bei der

90 *Hamilton*, Zorgverzekering, 2005 S. 43 ff, 67 f; *Hermans*, Zorgverzekeringswet, 2005, S. 25; *Beerepoot*, Zorgverzekeirngswet, 2006 S. 25 f.

91 *Van Schooneveld*, 2005 S. 3 (14f).

92 Vgl. *van Schooneveld*, 2005, S. 15; *Nolen,* Rechtsbescherming van Verzekerden in den nieuwe Zorgverzekeringswet*,* Zorg & Financiering 2004, 10 (12); *van der Most*, De zorgverzekeringswet en de zelfverzekerde burger, TvG 2005, 17 (36f).

93 Raad van State, Advies Zvw, 2004, S. 3 f.

94 Kamerstukken II 2004, 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, S. 2; *Hamilton*, Zorgverzekering (2005) S. 43 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch die Versicherten bereits zu Beginn durch den Vertragsschluss eine aktive Rolle und entsprechende Verantwortung übernehmen müssen, die angemessene Form.

3.5 Rechtsverhältnisse zwischen Krankenversicherung, Leistungserbringer und Versichertem

Im Bereich des Gesundheitsmarktes gibt es drei Beziehungen, die für die Beurteilung der rechtlichen Verhältnisse, insbesondere bei Thematisierung der Bereiche Wettbewerb und Markt, maßgeblich sind.[95] Diese sind das Verhältnis zwischen Krankenversicherung und Leistungserbringer, das zwischen Krankenversicherung und Versichertem und schließlich zwischen Leistungserbringer und Versichertem.

Im Verhältnis zwischen Krankenversicherung und Leistungserbringer werden Verträge geschlossen, um die Versorgung der Versicherten sicherzustellen. Damit werden die Krankenversicherungen ihrem Sicherstellungsauftrag (Art. 8 Abs. 5 Krankenkassengesetz und Art. 11 Abs. 1 Krankenversicherungsgesetz) gerecht. Bislang wurden auf Landesebene Modellverträge zwischen den Dachorganisationen der Krankenkassen und der Ärzteschaft geschlossen, die einer Billigung durch den Krankenversicherungsrat bedurften. Dadurch fehlte aber Flexibilität für die Anpassung an die regionalen Gegebenheiten.[96] So ist es denkbar, dass Absprachen über Dinge getroffen werden müssen, die in der bestimmten Region keine Rolle spielen.[97] Diese Modellverträge[98] sind durch das HOZ[99] abgeschafft worden. Die Krankenkassen und Leistungserbringer können jetzt direkt auf regionaler Ebene Verträge schließen, die ihren Bedürfnissen entsprechen.

Darüber hinaus ist auch die Kontrahierungsfreiheit der Parteien vergrößert worden. Während bislang die Krankenversicherungen verpflichtet waren, zwar nicht mit allen einzelnen Leistungserbringern,[100] jedoch mit allen interessierten Einrichtungen einen Versorgungsvertrag zu schließen, wird dieser Kontrahierungszwang im Rahmen der Gesundheitsreform zwar nicht völlig aufgehoben, aber wesentlich gelockert. Vor der Reform galt nach Art. 44 Abs. 1 Krankenkassengesetz, dass Krankenkassen generell Verträge mit Leistungserbringern schließen müssen, um ihrem Versorgungsauftrag

95 *Boot/Knapen,* Nederlandse Gezondheidszorg, 2005*,* S. 192; *Scherpenisse/Verbeek,* Gezondheidszorg 2005, S. 196; Nota vraag aan bod, S. 21.

96 Kamerstukken II 28994 Nr. 3: Wijziging van de Ziekenfondswet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten en enkele andere wetten, in verband met herziening van het overeenkomstenstelsel in de sociale ziektenkostenverzekering alsmede enkele andere wijziging (Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg) – Memorie van toelichting, S. 4; auch: 96 Kamerstukken II 2004, 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, S.32 f.

97 *Hermans/van Donk*, Herziening overeenkomstenstelsel zorg, 2004, S. 33.

98 *landelijke uitkomsten van overleg en modelovereenkomsten.*

99 Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg vom 9 Dezember 2004, Stb. 2005, 27.

100 *Noordam*, Hoofdzaken Socialezekerheidsrecht, 3. Aufl. 2004, S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nachzukommen, aber keine Verpflichtung besteht, mit *jedem* Leistungserbringer zu kontrahieren. Eine derartige Verpflichtung ergab sich jedoch hinsichtlich der Einrichtungen, also vor allem Krankenhäusern, mit einer wichtigen Ausnahme aus Art. 47 Abs. 1 Krankenkassengesetz. Danach konnte durch allgemeine Verwaltungsvorschrift für bestimmte Kategorien von Einrichtungen oder bestimmte Versorgungsformen geregelt werden, dass dieser Kontrahierungszwang nicht galt.

Nach der neuen Rechtslage besteht kein – auch kein grundsätzlicher – Kontrahierungszwang mehr für Krankenhäuser, Art. 12 Krankenversicherungsgesetz. Es ist lediglich vorgesehen, dass durch ministerielle Verordnung einzelne Einrichtungen von dieser Kontrahierungsfreiheit ausgenommen werden können, Art. 12 Abs. 2 Krankenversicherungsgesetz. Dies ist bislang jedoch nicht geschehen und es sind auch keine diesbezüglichen Bestrebungen bekannt.[101]

Das Verhältnis zwischen Leistungserbringer und Versichertem wird wesentlich durch die Wahlfreiheit der Versicherten geprägt. Er kann grundsätzlich die Leistungserbringer, die er in Anspruch nehmen möchte, nach seinem freien Ermessen bestimmen. Lediglich bei Sachleistungspolicen muss er sich an die vertraglich an die Krankenversicherung gebundenen Leistungserbringer halten.[102] Bei der Wahl eines Kostenerstattungstarifs dagegen müssen die Leistungserbringer, die konsultiert werden sollen, nicht zwingend vertraglich an die Krankenversicherung gebunden sein. In diesem Zusammenhang ist auch die Möglichkeit des Wechsels der Versicherung zu erwähnen, der einmal im Jahr zulässig ist.[103]

Die rechtliche Grundlage für das Verhältnis der Versicherten zur Krankenversicherung findet sich hinsichtlich der Basisversicherung im Krankenversicherungsgesetz. Die darüber hinausgehenden privaten Zusatzversicherungen werden dagegen am 7. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches unter Titel 17 die Versicherungsverträge umfassend geregelt.[104] Die Aufsicht über den Bereich der Lebens- und Schadenversicherungen ist im Gesetz über die Aufsicht der Versicherungsunternehmen geregelt[105].

101 *Hamilton*, Een zorgverzekering voor iedereen, 2005, S. 101.

102 Kamerstukken II 2004, 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, S. 28 f, 36 ff.

103 Kamerstukken II 2004, 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, S. 35.

104 Vgl. ausführlich: *Wansink/Blom/van Garderen-Groenveld/van Ardenne-Dick/Kalkman*, Juridisch Zakboek, Bd. IIIA XIVA.1 ff.

105 Wet Toezicht Verzekeringsbedrihf (WTV) vom 1. Juni 1987.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Wettbewerb und Gesundheitsversorgung

4.1. Allgemeines Verständnis von Wettbewerb

Miteinander zu konkurrieren und im Wettbewerb zu stehen, ist ein häufiges und wohl auch wichtiges Erscheinungsbild in unserer Gesellschaft. Entsprechend kommt ihm auch im wirtschaftlichen Gefüge eine besondere Rolle zu. In diesem Bereich hat der Gesetzgeber aufgrund seiner normativen Entscheidungsbefugnis bestimmte Regelungen aufgestellt, nach denen Wettbewerb funktionieren soll. Statt die Marktkräfte völlig frei wirken zu lassen, sollten sie in bestimmter Weise reguliert werden. Dies gilt schon seit dem Inkrafttreten des ersten Wettbewerbsgesetzes von 1956.[106] Das Verständnis von Wettbewerb in diesem ökonomischen Sinn, und allein hierauf kommt es in der vorliegenden Studie an, geht weit auseinander. Es haben sich mit der Zeit eine ganze Zahl von Wettbewerbstheorien herausgebildet. So gibt es die Auffassung, dass es sich um eine Erscheinungsform handelt, die ausschließlich die Konkurrenz zwischen Unternehmungen betrifft. Daneben wird Wettbewerb auch als die Gesamtheit der Handlungen verstanden, die darauf zielen, den Gewinn eines Unternehmens zu vergrößern. Bei diesen Theorien fällt auf, dass sie allein auf Unternehmen abstellen und schon insoweit nicht weit genug greifen, als sie beispielsweise die Verbraucher oder sogar deren Organisationen außer acht lassen.[107] Die wohl verbreitetste Auffassung vom Wettbewerbsbegriff und die für diesen Bericht am geeignetsten, weil am weitesten gefasst, ist die Definition mittels des Marktes. Danach ist Wettbewerb die Gesamtheit der Verhaltensweisen aller Teilnehmer am Marktverkehr, die auf das Erlangen einer günstigen Marktposition gerichtet sind.[108] Hierbei drängt sich nahezu zwingend die Frage der Definition des Marktes auf, da nach dieser Auffassung von diesem Begriff das ganze Wettbewerbsverständnis abhängt. Als Markt wird dabei der räumliche Bereich bezeichnet, in dem sich Angebot und Nachfrage gegenüberstehen und in dem Konkurrenten aufeinanderstoßen.[109] Der Feststellung des relevanten Marktes kommt deshalb eine so erhebliche Bedeutung zu, weil die Bestimmung der Marktmacht je nach Zuschnitt des relevanten Marktes unterschiedlich ausfallen kann.[110] Allgemein gefasst wird der Markt nach seinen jeweiligen Besonderheiten und nach den Anbietern und Nachfragern und natürlich nach den Produkten oder Diensten abgegrenzt.[111] Es wird also festgestellt, ob es beispielsweise nur eine geringe Anzahl von Abnehmern gibt oder starke Abhängigkeiten von der Konjunktur. Desweiteren spielt es eine Rolle, ob es in dem Bereich eine weitgehende hoheitliche Steuerung gibt und welche Zutrittshemmnisse für neue Marktteilnehmer beste-

106 *Wet economische mededinging* (Wem).
107 *Van der Kooij/Mulder*, Hoofdzaken mededingingsrecht, 3. Aufl. 2001, S. 1.
108 *Van der Kooij/Mulder*, Hoofdzaken mededingingsrecht, 3. Aufl. 2001, S. 1.
109 *Korsten*, Memo Mededinging 2004/05, 3. Aufl. 2004, S. 17.
110 *Korsten* Memo Mededinging 2004/05, 3. Aufl. 2004, S. 20.
111 *Korsten,* Memo Mededinging 2004/05, 3. Aufl. 2004, S. 21.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hen. Insgesamt erfolgt die Abgrenzung also nicht anhand von juristischen Kriterien, sondern vielmehr ist die ökonomische Realität maßgeblich.[112] Welche Umstände zu berücksichtigen sind, ist detailliert im *Besluit gegevensverstrekkingen Mededingingswet*[113] geregelt. Im Einzelfall sind diese Abgrenzungen nicht einfach zu treffen, wie beim Gesundheitsmarkt zu zeigen sein wird.

4.2. Die Bedeutung von Wettbewerb im Gesundheitssystem

Das Gesundheitssystem weist einige Besonderheiten auf, die für die Beurteilung sowohl des Wettbewerbs als auch seiner Steuerung zu berücksichtigen sind. So wird im niederländischen Recht und in der Ökonomie das Gesundheitswesen als nichtökonomisch eingestuft, worüber man in Anbetracht der erheblichen Umsätze beispielsweise im Bereich der Krankenhaus- oder der Arzneimittelversorgung zweifeln könnte.[114]

Der Gesundheitsmarkt generell, aber auch speziell im Bereich der Krankenhausversorgung, weist einige Besonderheiten auf. Dabei muss, wenn man sich das bereits dargestellte Leistungsdreieck vor Augen ruft, zwischen zwei relevanten Märkten unterschieden werden[115]: zum einen den Markt für Krankenversicherungen, der zum einen durch die Beziehungen zwischen den Krankenversicherern und den Versicherten und zum anderen durch die Beziehungen zwischen den verschiedenen Versicherungsunternehmen bestimmt wird und zum anderen durch den Leistungsmarkt, der durch die Verhältnisse zwischen den Leistungserbringern und den Krankenversicherern sowie zwischen den Leistungserbringern und den Versicherten und schließlich zwischen den Leistungserbringern untereinander bestimmt wird. Das Hauptproblem im Bereich des Gesundheitsmarktes ist, dass die Versicherten nicht unmittelbar für die in Anspruch genommenen Leistungen zahlen. Anders als im üblichen Marktgeschehen erfolgt also keine Preis-Leistungs-Abwägung die das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage steuert.[116] Selbst für den interessierten Nachfrager/Versicherten ist es ausgesprochen schwierig, sich über das Verhältnis von Leistung und Qualität zum Preis zu informieren. Durch die fehlende Unmittelbarkeit der Zahlungsverpflichtung für die Versicherten, neigen diese den Preisgesichtspunkt bei der Inanspruchnahme völlig außer acht zu lassen.

112 *Korsten,* Memo Mededinging 2004/05, 3. Aufl. 2004, S. 23.

113 Besluit van 17 oktober 1997, Stb. 485, letzte Änderung vom 27. April 2000, Stb. 222.

114 So *Kist*, Inleiding: De nederlandse mededingingsautoriteit en het waarborgen van niet-economische belangen in: *van de Gronden/Mortelmans*, Mededinging en niet-economische belangen, 2001, S. 1.

115 *Gaasbeek* in: *van de Gronden/Mortelmans,* Mededinging en niet-economische belangen, 2001, S. 72.

116 *Gaasbeek* in: *van de Gronden/Mortelmans*, Mededinging en niet-economische belangen, 2001, S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Das Verhältnis zwischen Leistungserbringern und Versicherten wird in erster Linie bestimmt durch eine Informations- und Wissensasymetrie.[117] Während sich die Leistungserbringer mit den Leistungen und deren Notwendigkeit und wohl auch Kosten auskennen, kann der Versicherte in der Regel nicht beurteilen, welche Leistungen notwendig sind oder selbst welche Leistungserbringer tätig werden sollten. Darüber hinaus können die Versicherten auch nicht steuern, ob sie Leistungen in Anspruch nehmen wollen, denn ob sie krank werden, liegt nicht in ihrem Einflussbereich. Diese Verhältnisse führen dazu, dass die Versicherten ihre Rolle als Nachfrager nicht aktiv ausfüllen können. Sie können das Qualitäts-Preis-Verhältnis nicht ausreichend beurteilen.[118] Angebot und Nachfrage können sich nicht frei austarieren, weil die Anbieter selbst in dem meisten Fällen die Notwendigkeit der Nachfrage bestimmen. Hierbei besteht die Gefahr, dass Leistungserbringer die Nachfrage im Sinne ihrer ökonomischen Interessen, Freizeit oder Ansehen beeinflussen.[119]

Eine wichtige Rolle spielt auch, dass der Preis von Gesundheitsleistungen für die Nachfrager keine bedeutende Rolle spielt, weil aus sozialpolitischen Gründen der Bedarf an Gesundheitsleistungen nur in geringem Maß an finanzielle Ausgaben geknüpft sein soll.[120] Aus diesem Grund erfolgt die Bezahlung von Gesundheitsleistungen im Wesentlichen durch Dritte, die gesetzlichen oder privaten Krankenversicherungen. Dadurch wird das Interesse der Nachfrager an einem Vergleich der angebotenen Leistungen und ihres Preis-Leistungs-Verhältnisses beschränkt. Es besteht die Gefahr, dass Versicherte bei der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen von vornherein mit in Betracht ziehen, dass für sie keine oder lediglich geringe Kosten entstehen (*Moral hazard*).

Auch das Verhältnis zwischen den Versicherten und den Krankenversicherungen wird bestimmt durch die vorgenannten Gegebenheiten. Da der Leistungsinhalt der gesetzlichen Krankenversicherung im *Zorgverzekeringswet* vorgeschrieben ist und sich auch die Prämien lediglich in ihrem nominellen Anteil unterscheiden dürfen, gibt es für die Versicherten keine hinreichenden Anreize, um sich eingehend über die verschiedenen Krankenversicherungen zu informieren, sie zu vergleichen und sich diejenige mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis auszuwählen. Einige wenige sehr engagierte Versicherte werden diesen Vergleich vornehmen, aber die weitgehende Mehrheit wird den erforderlichen Aufwand weit höher einschätzen als den zu erzielenden Nutzen.

Die aufgezeigten Besonderheiten führen dazu, dass die Marktkräfte sich nicht frei entfalten können und es so nicht das Ergebnis eines ausgewogenen Preis-Leistungs-Verhältnis erzielt wird, wie es sich in einem freien Markt einstellen würde. Ein freier Markt hätte im Bereich der Gesundheitsversorgung aber unerwünschte Folgen. So würde die Konkurrenz dazu führen, dass die Krankenversicherungen ihre Prämien mög-

117 *Lapré/Rutten/Schut*, Algemene economie van de gezondheidszorg, 2001, S. 14.
118 *Lapré/Rutten/Schut,* Algemene economie van de gezondheidszorg, 2001, S. 220.
119 *Lapré/Rutten/Schut,* Algemene economie van de gezondheidszorg, 2001, S. 15.
120 *Lapré/Rutten/Schut,* Algemene economie van de gezondheidszorg, 2001, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

lichst niedrig halten würden, was soweit erstrebenswert ist, aber sie würden auch ein Verhältnis der Prämie zum versicherten Risiko herstellen, also zum Gesundheitszustand des Versicherten. Diese Risikoselektion widerspricht aber den gesetzgeberischen Vorgaben, die eine solche gerade ausschließen möchten, und auch der gesellschaftliche Konsens geht dahin, dass eine für jeden zugängliche und bezahlbare Krankenversicherung bestehen muss.[121] Aus diesem Grund muss ein Gesundheitsmarkt und ein Krankenhausmarkt mit seinen kostenintensiven Leistungen gesetzlich reguliert werden. Inwieweit diese Regulierung notwendig ist, liegt im gesetzgeberischen Ermessen, das sich in den Niederlanden durch das Bestreben nach einer Verringerung des Maßes an gesetzlicher Regulierung auszeichnet.

4.3. Gesetzlicher Rahmen

Das niederländische Wettbewerbsrecht ist im Wettbewerbsgesetz (*Mededingingswet)*[122] geregelt. Wie bereits dargestellt, sind im niederländischen Gesundheitswesen mit der Zeit immer mehr Wettbewerbselemente eingeführt worden, so dass sich folgerichtig die Frage nach der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts in diesem nicht ökonomisch geprägten Bereich stellt. Von der niederländischen Wettbewerbsbehörde (*Nederlandse Mededingingsautoriteit*, NMa) wurde diese Frage in drei grundlegenden Entscheidungen[123] im Wesentlichen bejahrt.[124] Zu den Einzelheiten hat sich eine verzweigte Kasuistik herausgebildet. So werden die Zusammenschlüsse von Krankenhäusern oder Krankenkassen am Wettbewerbsrecht gemessen. Zentral steht dabei der Unternehmensbegriff, für dessen Auslegung Art. 1 f Wettbewerbsgesetzt auf Art. 81 Abs.1 EG verweist.[125]

Im Rahmen der wettbewerblich orientierten Gesundheitsreform 2006 wurde neben dem Wettbewerbsgesetz ein Gesetz verabschiedet, das speziell auf die Regelung des Wettbewerbs im Gesundheitssektor zugeschnitten ist, das Gesetz zur Marktordnung im Bereich der Gesundheitsversorgung (*Wet Marktordening Gezondheidszorg*, WMG). Ausgangspunkt dieses Gesetzes ist die Regelung der Aufgaben und Befugnisse der neu gegründeten niederländischen Gesundheitswettbewerbsbehörde (*Nederlandse Zorgautoriteit*, NZa). Hierzu gehören die Marktaufsicht über den Gesundheitsmarkt, die Marktentwicklung sowie die Tarif- und Preisregulierung und die Aufsicht über die Ausführung des Krankenversicherungsgesetz, Art. 16 Gesetz zur Marktordnung im Bereich

121 *Lapré/Rutten/Schut,* Algemene economie van de gezondheidszorg, 2001, S. 221.

122 Gesetz vom 22.05.1997, Stb. 1997, 242, letzte Änderung vom 07.07.2006, Stb. 2006, 415.

123 Besluit van de d-g NMa in zaak 165, *Sophia Ziekenhuis/Verpleeghuis de Weezenlanden*, d.d. 5 juni 1998; Besluit van de d-g NMa in zaak1165, *ANOZ Verzekeringen- ANOVA – ZAO*, d.d. 29 december 1998; Besluit van de d-g- NMa in zaak 407/882, *Amicon*, d.d. 18 juni 1999.

124 Ausführlich: *Gaasbeek*, Mededingingswet en de zorgsector in: *van de Gronden/Mortelmans,* Mededinging en niet-economische belangen, 2001*,* S. 66 ff.

125 Im Einzelnen unten II. 4.7.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Gesundheitsversorgung. Für die klassischen Felder des Wettbewerbsrechts, wie das Verbot von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsabsprachen (Art. 6 Wettbewerbsgesetz), Missbrauch einer ökonomischen Machtposition (Art. 24 Wettbewerbsgesetz), gilt aber weiterhin das Wettbewerbsgesetz.

4.4. Institutionen der Wettbewerbskontrolle

Durch die Reformen der vergangenen Jahre und insbesondere auch durch die Gesundheitsreform 2006 wurden verstärkt Wettbewerbselemente in das Gesundheitssystem implementiert. Damit diese ausgeweiteten Freiheiten aber nicht ausarten und den öffentlichen Belangen der Krankenversicherung zuwiderlaufen, ist eine ausgeprägte Kontrolle erforderlich.[126] Diese Kontrolle umfasst verschiedene Aspekte, wie die Kartellaufsicht, die Aufsicht und die Förderung des Wettbewerbs auf dem Gesundheitsmarkt, die Aufsicht über die Erfüllung der gesetzlichen Rahmenvorgaben und gesundheitssektorspezifische Verhaltensaufsicht insbesondere hinsichtlich des Informationsverhaltens zugunsten der Versicherten hinsichtlich der verschiedenen Vertragsangebote der Krankenversicherungen.[127]

Diese Aufgaben werden von zwei Organisationen wahrgenommen: der Wettbewerbsbehörde und der neu geschaffenen Gesundheitswettbewerbsbehörde. Diese Splittung der Wettbewerbsaufsicht auf zwei Organisationen folgt dem niederländischen Vorbild des Telekommunikationsmarktes.[128]

Die Gesundheitswettbewerbsbehörde (*Nederlandse Zorgautoriteit*, NZa) ist aus dem Rat für Tarife im Gesundheitsbereich (*College tarieven gezondheidszorg*, CTG) und dem Rat für die Aufsicht über Krankenversicherungen (*College van toezicht op de zorgverzekering*, CTZ) hervorgegangen ist, als das *Wet Marktordening Gezondheidszorg* in Kraft getreten ist, Art. 3 Gesetz über die Marktordnung im Gesundheitsbereich[129].

Die Gesundheitswettbewerbsbehörde ist als eine öffentlich-rechtliche Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit vorgesehen, die durch ihren Vorsitzenden nach innen und außen repräsentiert wird, Art. 3 Gesetz zur Marktordnung im Bereich der Gesundheitsversorgung. Die drei Mitglieder des Verwaltungsrates werden vom Gesundheitsministerium auf maximal vier Jahre ernannt, Art. 4 Gesetz zur Marktordnung im Bereich der Gesundheitsversorgung. Das Gesundheitsministerium ist auch in inhaltlichen Fragen

126 Wet Marktordening Gezondheidszorg – Memorie van toelichting, S. 1, 3; *Steyger*, Marktwerking in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en Nma en der werking in de praktijk, TvG 2006, 2 (3).

127 Art. 16 u. 37 WMG (Entwurf); *Hamilton*, Een zorgverzekering voor iedereen, 2005 Nr. 3, S. 33.

128 *Steyger*, Marktwerking in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en Nma en der werking in de praktijk, TvG 2006, 2 (4).

129 Wet houdende regels inzake marktordening, doelmatigheid en beheerste kostenontwikkeling op het gebied van de gezondheidszorg (Wet Marktordening Gezondheidszorg) vom 7. Juli 2006, Stb. 2006, 415, letzte Änderung vom 30.11.2006, Stb. 2006, 644.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weisungsbefugt, Art. 7 Gesetz zur Marktordnung im Bereich der Gesundheitsversorgung.

Durch das Gesetz zur Marktordnung im Bereich der Gesundheitsversorgung erhält die Gesundheitswettbewerbsbehörde weitreichende Befugnisse, die über diejenigen des Rates für Tarife im Gesundheitsbereich (CTG) und des Rates für die Aufsicht über Krankenversicherungen (CTZ), wie der Aufsicht und Regulierung der Tarife, hinausgehen.[130] So darf sie einer Partei mit beachtlicher Marktmacht spezielle Verpflichtungen auferlegen, um den Leistungseinkaufsmarkt als einen Teilmarkt mit freier Preisgestaltung zu etablieren, Art. 40 ff Gesetz zur Marktordnung im Bereich der Gesundheitsversorgung. Darüber hinaus darf sie allgemeine Regeln aufstellen, um die Transparenz des Marktes für die Versicherten zu gewährleisten. Insofern ist sie auch befugt, selbst Informationen zu veröffentlichen, Art. 20 Gesetz zur Marktordnung im Bereich der Gesundheitsversorgung.

Die Gesundheitswettbewerbsbehörde hat also recht weitreichende Kompetenzen in den Teilmärkten, in denen freie Preise etabliert werden sollen.[131] Dem liegt das gesetzgeberische Ziel der Wettbewerbsverstärkung zugrunde, für das die Unterscheidbarkeit von Preisen und deren freie Gestaltung eine wichtige Grundlage darstellt.

Demgegenüber übt die Wettbewerbsbehörde nach wie vor die herkömmliche Wettbewerbsaufsicht aus, worunter die Überwachung des Verbots von vertikalen und horizontalen Kartellabsprachen (Art. 6 Wettbewerbsgesetz) fällt, aber auch das Einschreiten bei Missbrauch einer ökonomischen Machtposition (Art. 24 Wettbewerbsgesetz) sowie die Konzentrationsaufsicht.[132]

Für die Abgrenzung der Befugnisse der Wettbewerbs- und der Gesundheitswettbewerbsbehörde ist also vor allem der zeitliche Aspekt maßgeblich. Die Gesundheitswettbewerbsbehörde wird bereits tätig, sobald sie eine ökonomische Machtposition feststellt, ohne dass es zu einem Verstoß gekommen sein muss, dagegen wird die Wettbewerbsbehörde immer erst ex post, also nach einem Verstoß gegen das Wettbewerbsgesetz tätig.[133] Die Tätigkeitsbereiche der beiden Behörden überschneiden sich folglich in der Feststellung von ökonomischen Machtpositionen im Gesundheitsbereich.[134] Um für die Praxis keine Probleme durch die eng beieinanderliegenden Befugnisse der Wettbewerbs- und der Gesundheitswettbewerbsbehörde zu schaffen, regelt Art. 18 des Gesetzes zur Marktordnung im Bereich der Gesundheitsversorgung, dass Anspruchsteller sich im Zweifel zuerst an die Gesundheitswettbewerbsbehörde wenden sollen.

---

130 Wet Marktordening Gezondheidszorg – Memorie van toelichting, S. 4.

131 *Scheerder,* De Wet Marktordening Gezondheidszorg, Zorg & Financiering 2005, 25 (32).

132 *Steyger*, Marktwerking in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en Nma en der werking in de praktijk, TvG 2006, 2 (4).

133 *Steyger*, Marktwerking in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en Nma en der werking in de praktijk, TvG 2006, 2 (14, 16); *Nederlandse Zorgautoriteit*, Consultatiedocument Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) in de Zorg, 2006, S. 13.

134 *Nederlandse Zorgautoriteit*, Consultatiedocument Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) in de Zorg, 2006, Beilage 2, S 113.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Durch das Zusammenfassen der Aufsicht über den Gesundheitsmarkt, die vorher durch verschiedene Organisationen ausgeübt wurde, in einer Hand, nämlich der Gesundheitswettbewerbsbehörde, erhofft man sich gerade in der Zeit des Veränderungsprozesses zu einem regulierten Wettbewerb eine effizientere Kontrolle.[135] Die Einführung des verstärkten Wettbewerbs wird in den verschiedenen Teilmärkten nicht homogen verlaufen, dennoch beeinflussen sich die Entwicklungen in diesen Teilmärkten gegenseitig. Aus diesem Grunde wird eine Aufsicht aus einer Hand als sinnvoll erachtet.

II. Märkte – Wettbewerb und Regulierung in der Krankenhausversorgung

Der Krankenhaussektor bildet keinen einheitlichen Markt, vielmehr beinhaltet er verschiedene Teilmärkte, die sich nach den beteiligten Akteuren bestimmen. So werden die Verhältnisse der Versicherten zu den Krankenhäusern, der Versicherten zu den Krankenversicherungen, den Krankenhäusern untereinander, den Krankenhäusern zu den Krankenversicherungen und den Krankenversicherungen untereinander nachfolgend einzeln behandelt.

1. Der Verbraucher bei der Auswahl des Krankenhauses

Das Verhältnis der Versicherten zu den Leistungserbringern, im Rahmen dieser Untersuchung insbesondere der Krankenhäuser, ist zum einen von gesetzlichen Rahmenbedingungen wie dem Überweisungserfordernis, und zum anderen von der Freiheit in Bezug auf die Wahl des behandelnden Krankenhauses geprägt.

Die Versicherten dürfen nicht allein aus eigenem Antrieb, sondern nur nach Überweisung ein Krankenhaus aufsuchen, Art. 14 Abs. 2 Krankenversicherungsgesetz.[136] Diese Einschränkung ist umso bedeutender als auch die Fachärzte weitgehend in den Krankenhäusern tätig sind und entsprechend lediglich nach Überweisung durch einen Hausarzt aufgesucht werden dürfen.[137] Jeder Niederländer muss sich bei einem Hausarzt einschreiben, worin die Grundlage für die feste Bindung zwischen Hausarzt und

135 Wet Marktordening Gezondheidszorg – Memorie van toelichting, S. 11; *Scherder* (Fn.131) S. 29; *Steyger*, Marktwerking in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en NMa en der werking in de praktijk, TvG 2006, 2 (3,4).

136 *Schrijvers*, Een kathedraal van zorg, 2001, S. 98; *van Rooij/Kodner/Rijsemus/Schrijvers*, Health and Health Care in the Netherlands, 2002, S. 69; *Boot/Knapen* , Nederlandse Gezondheidszorg, 2005, S. 102.

137 *Vandermeulen*, Ziekenhuisen: medisch bedrijven, III 2.1-4 in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg Bd. 3 2005; *Ribbens*, De positie van de huisarts in de gezondheidszorg, III 1.3-5 in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg Bd. 3 2005; *Maarse*, Marktwerking in de ziekenhuiszorg, Maastricht 2002, S. 52f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Patient gesehen wird.[138] Dieser verweist generell zur fachärztlichen Versorgung, er entscheidet aber nicht darüber, welches Krankenhaus oder welchen Facharzt der Versicherte aufsuchen darf. Diese Entscheidung liegt beim Versicherten. Allerdings ist er bei Sachleistungspolicen an die durch die Krankenversicherung kontrahierten Einrichtungen gebunden, bei Kostenerstattungsverträgen kann er frei wählen, auch wenn in der Praxis diese Wahl häufig durch die örtlichen Gegebenheiten vorbestimmt wird, wenn es in der Umgebung nämlich nur ein geeignetes Krankenhaus gibt oder wenn in Notfallsituationen das am schnellsten zu erreichende Krankenhaus aufgesucht werden muss. Hier findet dann kein Wettbewerb mehr statt, sondern es folgt eine regionale Zuordnung.

Auf der anderen Seite gibt es für die Krankenhäuser keine allgemeine Verpflichtung zur Aufnahme von Patienten, lediglich im Rahmen von Sachleistungskontrakten müssen die gebundenen Einrichtungen aufgrund der Verträge die Versicherten versorgen.[139]

1.1 Qualität

Aber auch wenn der Versicherte Zeit hat, seinen Krankenhausaufenthalt zu planen, fehlen ihm häufig die notwendigen Informationen, um eine sachlich begründete Entscheidung treffen zu können. Insofern kann von einer Wissensasymetrie gesprochen werden, während die Ärzte im Krankenhaus über Behandlungsmöglichkeiten und –abläufe gut informiert sind, fehlt dieses Wissen bei den Versicherten.[140] Häufig werden subjektive Gründe zur Wahl des Krankenhauses führen. Dies sind zum einen die örtliche Erreichbarkeit, zum anderen Empfehlungen aus dem Bekanntenkreis oder auch die konfessionelle Zugehörigkeit. Gerade die örtliche Erreichbarkeit ist hierbei hervorzuheben, denn *de facto* versorgt jedes Krankenhaus seine Region, so dass der Wettbewerb nur eine eingeschränkte Rolle spielt.[141] Mit der zunehmenden Nutzung des Internets als Informationsplattform auch für medizinische Fragen, hat sich das Verhältnis der Patienten zu den Leistungserbringern etwas verschoben. Sie sind besser informiert, „mündiger“, jedoch treten mit zunehmendem Wissen auch vermehrte Fragen auf, die an den Arzt gerichtet werden, so dass seine Beratungsfunktion gestärkt wird.[142] Das Recht auf

138 *Ribbens*, De positie van de huisarts in de gezondheidszorg, III 1.3-2 in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg Bd. 3 2005.

139 *Noordam*, Socialezekerheidsrecht, 2006, S. 304.

140 *Schipaanboord*, De rol van de consument in de gezondheidszorg, I 2.1-9 in: *Breit/Elsinga/Kasdorp/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, Looseblatt, Stand 2004.

141 *Schipaanboord,* De rol van de consument in de gezondheidszorg, I 2.1-9 in: *Breit/Elsinga/Kasdorp/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, I 2.1-13.

142 *Schipaanboord,* De rol van de consument in de gezondheidszorg, I 2.1-9 in: *Breit/Elsinga/Kasdorp/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg I 2.1-13.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Information des Patienten resultiert aber aus dem Behandlungsvertrag, art. 7:448 Bürgerliches Gesetzbuch und erstreckt sich auf Informationen über die Behandlungsmöglichkeiten sowie deren Risiken.[143] Für die stärkere allgemeine Information insbesondere über Krankenhäuser und deren Leistungen und Qualität setzen sich vermehrt Patientenverbände ein. So gibt es einen von der Patientenvereinigung aufgestellten Vergleich von 42 niederländischen Krankenhäusern hinsichtlich der Patientenzufriedenheit.[144] Eine Verpflichtung der Krankenhäuser zur Veröffentlichung eines umfassenden Qualitätsberichtes gibt es jedoch nicht. In der „NVZ-Datenbank Qualität"[145] werden eine Vielzahl von Indikatoren hinsichtlich der Qualität gesammelt und aufbereitet. Es geht um die Patientensicherheit, -zufriedenheit, die personelle Organisation, die finanzielle Position und das Qualitätssystem der Einrichtungen. Die Daten hinsichtlich des Versorgungsinhalts sind in erster Linie bestimmt für die Ausführung der Aufsicht der *Inspectie voor de Gezondheidszorg* (GZI), eine Vielzahl von Daten werden aber auch an die Patientenorganisationen weitergegeben und sind im Internet abrufbar.[146]

Schließlich ist noch die freiwillige Akkreditierungsmöglichkeit der Krankenhäuser über das Niederländische Institut für die Akkreditierung von Krankenhäusern (NIAZ, *Nederlands Instituut voor Accreditatie van Ziekenhuizen*) zu nennen, mit der die Einrichtungen werben können.[147]

Ein wesentlicher Umstand, der zunehmend an Bedeutung gewinnt, ist die Teilnahme an Formen integrierter Versorgung. Derartige Vernetzungsstrukturen der Krankenhäuser mit der Versorgung durch Niedergelassene – *transmurale zorg*, also Versorgung über die Mauern des Krankenhauses hinaus – hat sich zu Beginn der 90iger Jahre entwickelt und seitdem zunehmend verstärkt.[148] Ursache und zugleich Zielrichtung ist die Überwindung der sektoralen Grenzen zwischen der Versorgung durch die Hausärzte und die Fachärzte, die, wie oben bereits dargelegt, in den Krankenhäusern angesiedelt sind. Mittlerweile gibt es eine Vielzahl von Projekten der transmuralen Versorgung unter Beteiligung der Krankenhäuser auf der Grundlage von Art. 11 Krankenversicherungsgesetz, eine spezielle Rechtsgrundlage gibt es nicht. Diese Verträge werden auf die allgemeine Vorschrift zur Versorgung durch die Krankenversicherungen gestützt.[149] Bei-

143 Ausführlich: *Leenen*, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Deel I, 2000, S. 191 ff.

144 *Schipaanboord,* De rol van de consument in de gezondheidszorg, I 2.1-9 in: *Breit/Elsinga/Kasdorp/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, I 2.1-18.

145 *Nederlandse Vereniging Ziekenhuizen (NVZ) – databank Kwaliteit.*

146 www.kiesbeter.nl.

147 Im Internet unter: www.niaz.nl.

148 *Van der Linden/Rosendal*, The Birth of Transmural Care in the 1990 in: *van Rooij/Kodner/Rijsemus/Schrijvers*, Health and Health Care in the Netherlands, Maarssen 2002, S. 191.

149 Art. 11 Krankenversicherungsgesetz enthält den Versorgungsauftrag für die Krankenversicherungen. Hierzu kann auch der Abschluss von Leistungsverträgen gehören, wenn die jeweilige Versicherung auch Policen mit Sachleistungen anbietet. Gehören zu ihrem Versicherungspaket lediglich Policen mit Kostenerstattung, muss sie keine Leistungsverträge abschließen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spiele für derartige Projekte sind die über 90 Kooperationen, die die *Stichting Ziekenhuisverplaatste zorg* (Stiftung krankenhausverlagerte Versorgung) ins Leben gerufen hat und die vor allem Krebspatienten, Bypässe, Schmerz- und Ergotherapie sowie Diabetiker betreffen.[150] Über die Teilnahme an solchen Projekten können Krankenhäuser beispielsweise übers Internet informieren und so einen gewissen Qualitätswettbewerb beginnen. Gerade für chronisch kranke Versicherte kann das Angebot von derartigen Versorgungsstrukturen durchaus ein Anreiz zur Wahl gerade für die Wahl eines bestimmten Krankenhauses, das an einem solchen Netzwerk teilnimmt, sein.

1.2. Preis

Im Verhältnis des Versicherten zum Krankenhaus spielt Preiswettbewerb nur eine untergeordnete Rolle. Zwar gibt es fortschreitende Bestrebungen in den Niederlanden die Preisgestaltung im Krankenhaussektor in die Hände der Krankenhäuser und Krankenversicherungen zu legen, wie es bei ca. 20% der Leistungen bereits der Fall ist. Darüber hinaus wurde die Finanzierung 2005 auf DBC`s umgestellt wie oben[151] ausführlich erläutert. Jedoch betrifft diese Preisgestaltung nicht die Versicherten, denn sie zahlen lediglich ihre Prämie oder finanzieren die Kosten bei Kostenerstattungstarifen vor. Die Preise sind für sie nur in engen Ausnahmefällen relevant. Denn selbst wenn Selbstbehalte vereinbart werden, erreichen Krankenhaustarife doch meist eine Höhe, in der der Selbstbehalt in voller Höhe gezahlt werden muss, unabhängig davon ob der Behandlungspreis etwas höher oder niedriger ist. Ein derartiger Selbstbehalt in Höhe von 155 EUR im Jahr wurde 2008 verpflichtend eingeführt und löste den Anspruch auf Prämienrückerstattung bei Nichtinanspruchnahme der Versicherung ab.[152] Hinzu kommt, dass die niederländische Krankenhausvereinigung (NZV) bei den freigegebenen Preisen einen großen Einfluss hat, so dass es gar nicht zu einer Differenzierung zwischen den einzelnen Krankenhäusern kommt. Dies ist auf der einen Seite sinnvoll, weil ein einzelnes Krankenhaus – jedenfalls eines von den kleineren – keine ausreichende Verhandlungsposition gegenüber den Krankenversicherungen hat. Auf der anderen Seite fehlt es dann an der für das Entstehen von Preiswettbewerb nötigen Differenzierung.

2. Anreize für den Verbraucher bei der Wahl der Krankenversicherung

Neben der Auswahl des Krankenhauses durch die Versicherten, die wie soeben dargelegt, nur beschränkt zu Wettbewerb führt, da die Anzahl der Krankenhäuser beschränkt ist und die Versicherten häufig nicht nach finanziellen oder qualitativen Krite-

150 *Beusmans/Zutphen*, Vormen van transmurale zorg in: *Spreeuwenberg/Pop/Beusmans/Winkens/Zutphen*, Handboek transmurale zorg, 2000, S- 118 f.

151 Unten II. 4.5.

152 Pressebericht der Regierung vom 16. Mai 2007, im Internet unter: www.regering.nl.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rien auswählen, sondern auf persönliche Empfehlungen abstellen oder auf örtliche Gegebenheiten, kommt der Auswahl der Krankenversicherung eine entscheidende Bedeutung zu. Die Steuerung des Krankenversicherungssystems basiert ganz entscheidend auf dem Vermögen der Versicherten durch ihre Wahlentscheidungen und ihre Wechselbereitschaft zwischen den einzelnen Krankenversicherungen den Wettbewerb zwischen den Versicherungen zu ermöglichen und zu verstärken.[153] Umso erfreulicher waren dann auch die ersten Untersuchungen der niederländischen Gesundheitswettbewerbsbehörde, die im Jahr 2006 eine sehr hohe Wechselbereitschaft feststellen konnten. Während der Wechsel 2001 in der gesetzlichen Krankenversicherung lediglich bei 2,6% lag und in der privaten Krankenversicherung bei 6,6% und im Jahr 2005, also unmittelbar vor der Reform, in der gesetzlichen Krankenversicherung bei 4,5% und in der privaten Krankenversicherung bei 8,7%, so lag die Anzahl der Versicherten 2006, die ihre Krankenversicherung gewechselt haben bei 18%.[154] Auch wenn man berücksichtigt, dass die Wechselbereitschaft im ersten Jahr nach einer derart grundlegenden Reform sicher höher ist als in den Folgejahren, wenn die Marktanteile verteilt sind, so waren diese Zahlen dennoch hoch. Leider war 2007 ein deutlicher Rückgang bei der Wechselbereitschaft zu verzeichnen, die bei nur 4,4% lag.[155] Die Gesundheitswettbewerbsbehörde ist mit diesen Zahlen dennoch sehr zufrieden, was auf der Betrachtung derjenigen Versicherten gründet, die überlegt haben, ihren Versicherer zu wechseln, ohne dies auch tatsächlich zu tun.[156] Diese Zahl liegt 2007 mit 11% etwas über dem Niveau von 2005, aber deutlich unter den 44% von 2006. Aus dem Blickwinkel der Förderung von Wettbewerb könnte man jedoch Bedenken haben, ob diese Zahlen so zufriedenstellen sind, wie die Gesundheitswettbewerbsbehörde annimmt.

Da der Wettbewerb in diesem Bereich aus Sicht der Regierung nur dann funktionieren kann, wenn alle Teilnehmer aktiv mitwirken, hat der Gesetzgeber die Rolle der Beteiligten sowie die „Spielregeln“ an die sie gebunden sind, durch das Krankenversicherungsgesetz detailliert ausgestaltet.[157] So ist beispielsweise die Wahlfreiheit der Versicherten hinsichtlich ihrer Krankenversicherung durch die Akzeptanzpflicht aller potentiellen Versicherten für die Versicherer gewährleistet, Art. 3 Krankenversicherungsgesetz. Darüber hinaus wird auch die Transparenz des Marktes für wesentlich erachtet, weshalb die Gesundheitswettbewerbsbehörde mit der Aufgabe der Überwachung der Informationsveröffentlichung der Krankenversicherungen über ihre Policeangeboten bedacht worden ist, Art. 32 Abs. 2 Gesetz zur Marktordnung im Bereich der Gesund-

153 Kamerstukken 2003-2004, 29763: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskunduge zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) Nr. 3: Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung), S. 2, 4, 9.

154 *NZa*, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 14.

155 *NZa*, Monitor Zorgverzekeringsmarkt, 2007, S. 38.

156 *NZa*, Monitor Zorgverzekeringsmarkt, 2007, S. 38.

157 Kamerstukken 2003-2004, 29763: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) Nr. 3: Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung), S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heitsversorgung.[158] Und schließlich soll die sektorspezifische Aufsicht durch die Gesundheitswettbewerbsbehörde dafür sorgen, dass die Marktteilnehmer sich wettbewerbsfreundlich und konform zum Krankenversicherungsgesetz verhalten.[159]

2.1 Das Recht zum Wechsel der Krankenversicherung

Das Krankenversicherungsgesetz sieht nicht nur das Recht zur Wahl einer Krankenversicherung vor, sondern vielmehr auch die Pflicht, Art. 2 Abs. 1 Krankenversicherungsgesetz. Alle Niederländer müssen eine Krankenversicherung abschließen. Es gibt nur zwei Ausnahmen von der Versicherungspflicht: Angehörige des Militärs und Menschen mit Bedenken aus Gewissensgründen.[160] Auch Kinder müssen durch ihre gesetzlichen Vertreter versichert werden, Art. 2 Abs. 3 Krankenversicherungsgesetz. Allerdings zahlen Minderjährige bis 18 Jahre keine pauschale Prämie, Art. 16 Abs. 2 Krankenversicherungsgesetz. Die Versicherung für diese Gruppe wird aus dem Krankenversicherungsfonds finanziert.

Damit die Versicherten ihr Recht auf Wechsel und Auswahl der Krankenversicherung auch ausüben, was wie erörtert für das Funktionieren von Wettbewerb grundlegend ist, werden Anreize benötigt. Diese können einmal in finanzieller Hinsicht und dann in Angeboten besonderer Versorgungsformen bestehen.

2.1.1 Preis als Anreiz

Ein starker Anreiz für die Versicherten bei der Wahl ihrer Versicherung liegt sicherlich im Preis.[161] Während der einkommensabhängige Beitrag hoheitlich vorgegeben wird und insofern nicht von den Versicherungen beeinflusst werden kann, steht die Höhe der pauschalen Prämie im Ermessen der Krankenversicherungen, Art. 17 Abs. 1 Krankenversicherungsgesetz. Hier erschließen sich dem Versicherten also tatsächlich Wahlmöglichkeiten. Dabei ist aber zu beachten, dass die Krankenversicherungen nicht nach dem Gesundheitszustand des Versicherten differenzieren dürfen. Es dürfen aber für unterschiedliche Leistungsverträge, also Sachleistungs-, Kostenerstattungs- oder Mischmodelle, auch verschiedene Prämien festgelegt werden. Über die bloße Höhe hinaus können die Krankenversicherungen ihren Versicherten eine Vielzahl von Wahltari-

158 Kamerstukken 2003-2004, 29763: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) Nr. 3: Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung), S. 10.

159 Kamerstukken 2003-2004, 29763: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) Nr. 3: Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung), S. 10; *Schipaanboord,* De rol van de consument in de gezondheidszorg, I 2.1-9 in: *Breit/Elsinga/Kasdorp/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, I 2.1-20.

160 *Hamilton,* Een zorgverzekering voor iedereen, 2005, S. 29.

161 *NZa*, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fen anbieten, was wiederum dazu führt, dass für die Versicherten ein Anreiz gesetzt wird, die Unternehmen zu vergleichen und von ihrem Wahlrecht Gebrauch zu machen und so eine Voraussetzung von Wettbewerb zu schaffen.[162] Zunächst können Selbstbehalte vereinbart werden, die sich auf 100 €, 200 €, 300 €, 400 € oder 500 € im Kalenderjahr belaufen dürfen, Art. 19 Abs. 2 Krankenversicherungsgesetz. Daneben gibt es seit 2008 einen verpflichtenden Selbstbehalt, der sich für 2009 auf 155 EUR im Jahr beläuft.[163] Er löste die verpflichtende Rückzahlung eines Anteils der Prämie im Falle der Nichtinanspruchnahme der Versicherung ab. Die zu erlangende Kürzung durch einen Selbstbehalt belief sich 2008 bei einem Selbstbehalt in Höhe von 100 € auf 41 € Ersparnis und bei einem Selbstbehalt von 500 € auf 202 €.[164]

Desweiteren gibt es auch die Möglichkeit von Gruppenversicherungen, von denen viele Niederländer über ihren Arbeitgeber oder über Interessenvertretungen bis hin zu Patientenvereinigungen Gebrauch machen und so in den Genuss einer Prämienreduktion von bis zu 10% kommen, Art. 18 Krankenversicherungsgesetz.[165] Tatsächlich wir jedoch nur ein Nachlass von durchschnittlich 7% gewährt.[166] Dieses Angebot von Gruppenversicherungen stellt einen zunehmend bedeutsameren Anreiz bei der Wahl des Arbeitgebers dar, die es sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber über den einkommensabhängigen Beitrag ermöglicht Kosten zu reduzieren. Im Jahr 2006 haben 46% der Versicherten einen Gruppenvertrag abgeschlossen, während 2005 lediglich 29% über einen derartigen kollektiven Vertrag versichert waren, wobei 20% der Bevölkerung über den Arbeitgeber abgesichert sind.[167] 2007 sind sogar 57% der Versicherten einer Gruppenversicherung beigetreten.[168] Dagegen sind die Selbstbehalte bei den Versicherten nicht verbreitet, 96,3% hatten im Jahr 2006 überhaupt keinen Selbstbehalt vereinbart.[169]

2.1.2 Leistungen als Anreiz

Ein weiterer Anreiz für die Wahlentscheidung neben dem finanziellen kann auch in den angebotenen Versorgungsformen und damit einhergehend in der Qualität der Versorgung liegen. Solche besonderen Versorgungsformen, mit denen Krankenversicherungen auch werben können, sind zum einen die integrierte Versorgung, dann die DMP`s und erwähnt werden soll auch das in den Niederlanden sehr prägende Hausarztmodell:

---

162 Vgl. *Walser*, Erste Ergebnisse der niederländischen Reform des Krankenversicherungssystems, Die BKK 2006, S. 154 ff.

163 Im Internet: www.vws.nl.

164 *NZa*, Monitor Zorgverzekeringsmarkt 2007, S. 12.

165 Ausführlich: *Hamilton,* Een zorgverzekering voor iedereen, 2005, S. 119 ff.

166 NZa, Monitor Zorgverzekeringsmarkt, 2007, S. 69.

167 NZa, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 14.

168 NZa, Monitor Zorgverzekeringsmarkt, 2007, S. 30.

169 NZa, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die integrierte Versorgung, *transmurale zorg*, wurde zu Beginn der 90iger Jahre eingeführt und hat seitdem zunehmend an Bedeutung gewonnen.[170] Dabei ist schon vom Wortsinn her die Versorgung „über die Mauern hinaus", also über die Krankenhausmauern hinweg zur Verknüpfung der hausärztlichen mit der fachärztlichen Versorgung gemeint. Die Versorgung durch den Hausarzt als *Gatekeeper*, also mit der Steuerungsfunktion für den Zugang zur fachärztlichen Versorgung, steht dabei weniger im Vordergrund. Der Gedanke, der dieses Versorgungskonzept in der Vergangenheit gefördert hat, liegt in der Kombination von hoher Qualität und gleichzeitiger Effizienz. Denn auch die Niederlande verzeichnen – wie eingangs dargelegt – eine steigende Anzahl älterer und chronisch kranker Versicherter, was mit einer gewissen Kostensteigerung einhergeht. Um die Krankenversicherungsbeiträge nicht weiter anheben zu müssen, wurde eine politische Entscheidung dahingehend getroffen, die bestehenden Ressourcen besser und effizienter zu nutzen.[171] Man erkannte in den 90iger Jahren, dass eine erhebliche Ineffizienz auf die strikte Trennung der fachärztlichen Versorgung im Krankenhaus von der Versorgung durch niedergelassene Hausärzte und andere Leistungserbringer sowohl in organisatorischer als auch in finanzieller Hinsicht zurückzuführen ist.[172] Vor diesem Hintergrund wurde eine Vielzahl von unterschiedlichen Projekten initiiert und auch finanziell gefördert, deren Rechtsgrundlage sich in der allgemeinen Vorschrift über den Versorgungsauftrag der Krankenversicherungen, Art. 11 Krankenversicherungsgesetz findet. Eine Spezialnorm gibt es insoweit nicht. Ein Beispiel für derartige Projekte sind die über 90 Verträge, die durch die Stiftung krankenhausverlagerte Versorgung (*Stichting Ziekenhuisverplaatste zorg*) initiiert worden sind.[173] Sie betreffen vor allem die Gründung von Netzwerken zur Versorgung von Krebspatienten, Bypässen, Schmerztherapie und Diabetes. Hervorzuheben ist, dass bei diesen Verträgen die initiierende Stiftung den anfallenden Verwaltungsaufwand organisiert hat und so die Gründung der Netzwerke erheblich erleichtert wurde. Ein weiterer Schwerpunkt von Projekten zur integrierten Versorgung liegt in Netzwerken zur Versorgung von Patienten – zumeist nach einem Klinikaufenthalt - zu Hause. Dies meint, dass ein Team aus Gemeindeschwestern, ambulanten Pflegediensten zusammen mit Hausärzten und Fachärzten aus dem Krankenhaus zur Versorgung der Patienten an deren Wohnort tätig werden. In einer Studie von NIVEL (*Nederlands Instituut voor onderzoek van de gezondheidszorg*, niederländisches Institut für wissenschaftliche Untersuchungen der Gesund-

170 *Van der Linden/Rosendal*, The Birth of Transmural Care in the 1990 in: *van Rooij/Kodner/Rijsemus/Schrijvers*, Health and Health Care in the Netherlands, Maarssen 2002, S: 191.

171 *Van der Linden/Rosendal* The Birth of Transmural Care in the 1990 in: *van Rooij/Kodner/Rijsemus/Schrijvers*, Health and Health Care in the Netherlands, Maarssen 2002, S. 191.

172 *Van der Linden/Rosendal* The Birth of Transmural Care in the 1990 in: *van Rooij/Kodner/Rijsemus/Schrijvers*, Health and Health Care in the Netherlands, Maarssen 2002, S. 192.

173 vgl. *Van der Linden/Rosendal* The Birth of Transmural Care in the 1990 in: *van Rooij/Kodner/Rijsemus/Schrijvers*, Health and Health Care in the Netherlands, Maarssen 2002, S. 191 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

heitsversorgung) wurden 235 transmurale Projekte untersucht und 40% waren derart ausgestaltet.[174]

Der finanzielle Anreiz für die Krankenversicherungen, an solchen Projekten teilzunehmen, liegt in einer speziellen Förderung, die durch den Krankenversicherungsrat aus dem Krankenversicherungsfonds gewährt werden kann. Die Regelung Krankenversicherung (*Regeling zorgverzekering)* sieht im 6. Kapitel vor, dass Sonderzahlungen für bestimmte Projekte, die mindestens auf ein Jahr ausgelegt sind, möglich sind. Die Förderung und ihre Höhe liegen im Ermessen des Krankenversicherungsrates, wobei die Bedeutung des Projekts für die Bevölkerung einen wichtigen Stellenwert haben soll.[175]

Eine weitere besondere Versorgungsform, die der Versicherte bei seiner Wahlentscheidung berücksichtigen kann, ist das Angebot von multidisziplinären Versorgungsgruppen. Diese befinden sich zur Zeit noch im Experimentierstatus, d.h. es gibt Modellvorhaben im Bereich der Diabetikerversorgung zur Erprobung dieser Versorgungsform bevor ein endgültiger Gesetzesentwurf angefertigt wird.[176]

Zur Regelung dieses Versorgungsbedarfs hat das niederländische Gesundheitsministerium im Rahmen eines Gesetzesvorhabens einen Tätigkeitsplan erstellt[177], der auf der Grundlage des Berichts der Arbeitsgruppe Diabetes[178] im Auftrag des Gesundheitsministeriums ausgearbeitet worden ist. Dieses Vorhaben sieht im Wesentlichen drei Schritte vor:

- Bildung von multidisziplinären Diabetesversorgungsgruppen (*Diabeteszorggroepen*, DZG);
- Ketten-DBC`s sollen zu einer guten und effizienten Versorgung beitragen;
- Einrichtung eines Wissenszentrums Diabetes.

Wenn sich diese Modellvorhaben als erfolgreich erweisen sollten, ließe es sich mit entsprechenden Anpassungen auch auf andere Bereiche der chronischen Erkrankungen übertragen.

Die multidisziplinären Diabetesversorgungsgruppen, die bereits bestehen, haben eigene Rechtspersönlichkeit und auch die, die geplant sind, sollen derart ausgestaltet sein. Dies ist nahezu zwingend erforderlich, um eine sinnvolle Zusammenarbeit und somit Versorgung der Diabetiker, aber auch anderer chronischer Krankheiten bei entsprechen-

174 *Beusmans/Zutphen*, Vormen van transmurale zorg in: *Spreeuwenberg/Pop/Beusmans/Winkens/Zutphen*, Handboek transmurale zorg, 2000, S. 118 f.

175 In diesem Zusammenhang ist auch die besondere Förderung von Gesundheitszentren zu erwähnen. Darunter wird ein durch eine Einrichtung verwalteter Zusammenarbeitsverband verstanden, bei dem ausgehend von einem gemeinsamen Versorgungsort integrale Versorgung geliefert wird. Da diese aber ohne die Beteiligung von Krankenhäusern stattfindet, wird trotz ihrer Bedeutung, in diesem Rahmen nicht weiter auf sie eingegangen.

176 *Van den Bos*, Zorg, opvang en begeleiding: van onderzoeksprogramma naar praktijk in: *Groenewegen/van den Bos/van Megchelen*, Zorg, opvang en begeleiding van chronisch zieken, 2004, S. 1 ff.

177 *Plan van aanpak Diabeteszorg beter*, Kamerstukken 2005 22894, „Plan van aanpak Diabeteszorg beter“, Nr. 1.

178 *Taakgroep Diabetes.*

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Programmen, zu gewährleisten, denn nur so kann die Diabetesversorgungsgruppe selbst als Vertragspartner der Krankenversicherung agieren und es müssen nicht alle einzelnen Leistungserbringer involviert werden. Es ist somit deutlich, dass die Diabetesversorgungsgruppe als solche das gebundene Rechtssubjekt ist. Darüber hinaus ist die eigene Rechtspersönlichkeit auch eine wichtige Voraussetzung für die *Ketten-DBC`s*, die vorgesehen sind, denn nur mit eigener Rechtspersönlichkeit kann die Diabetesversorgungsgruppe auch Finanzverantwortung übernehmen.

Die multidisziplinären Versorgungsgruppen basieren auf Verträgen, für die es keine spezielle Rechtsgrundlage im Krankenversicherungsgesetz gibt. Dies ist auch nicht notwendig, da Verträge mit den Leistungserbringern bei einer Krankenversicherung mit Sachleistungsversorgung gerade das gesetzlich vorgesehene Mittel bilden, um der Versorgungspflicht der Krankenversicherungen nachzukommen.[179] Dies folgt aus Art. 12 Abs.1 Krankenversicherungsgesetz und Art. 25 Abs.2 Krankenversicherungsgesetz. Auch die vertragliche Kooperation von Leistungserbringern ist zulässig, insbesondere existiert insofern kein berufsrechtliches Verbot.[180] Denkbar wäre es jedoch, dass nach Abschluss der Modellversuche und bei einer gesetzlichen Regelung doch eine klarstellende Vorschrift erlassen wird, so dass auch der Wille des Gesetzgebers ersichtlich ist.

Neben der Einrichtung der multidisziplinären Versorgungsgruppen ist die Finanzierung der Diabetesversorgungsgruppen durch sog. *Keten-DBC`s* das Herzstück des Reformvorhabens. Diese *Keten-DBC`s* sind Sonderfälle der DBC`s, also der *Diagnose Behandeling Combinaties.* Diese lösen seit 2005 das bis dahin geltende funktionsgerichtete System[181] mit einem Gesamtbudget, aus dem alle Krankenhauskosten gezahlt werden müssen, ab und ersetzt sie durch ein Budget für die Behandlung eines Patienten mit einer bestimmten Krankheit, also einer Fallpauschale.[182] Am 01.01.2005 sind die DBC`s als Finanzierungsgrundlage eingeführt worden, so dass die Beteiligten ab dem 01.02.2005 diesbezüglich Verträge schließen konnten.[183]

Zur Finanzierung der multidisziplinären Versorgungsgruppen soll eine Fallpauschale eingeführt werden, die derart ausgestaltet ist, dass sie – zunächst abgesehen von der Krankenhausversorgung - die gesamte Behandlung der Diabetespatienten umfasst - ein

179 *Hamilton,* Een zorgverzekering voor iedereen, 2005, 98f; *Hermans,* Zorgverzekeringswet, 2006*,* S. 30.

180 *Leenen*, Gezondheidszorg en recht, Deel II, 4. Aufl. 2002, S. 59 ff.

181 *Functiegerichte budgetiering, FB-Systematik.*

182 *Maarse/Groot/van Merode/Mur-Veeman/Paulus*, Marktwerking in de ziekenhuiszorg, een analyse van de Mogelijkheiden en effecten, 2002, S. S. 43.

183 Durch das WTG ExPres und das HOZ sind die erforderlichen Änderungen des damals noch geltenden Krankenkassengesetz (Art. 44 ff Krankenkassengesetz) und des WTG (insbesondere Art. 10 a WTG) eingeführt worden. Wet van 9 december 2004 tot wijziging van de Ziekenfondswet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten en enkele andere wetten, in verband met herziening van het overeenkomstenstelsel in de sociale ziektekostenverzekering alsmede enkele andere wijziging (Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg (HOZ), Stb. 2005, 27 und Wet van 9 december 2004 tot wijziging van de Wet tarieven gezondheidszorg in verband met experimenten, prestatiebekostiging en einige andere maatregelen (WTG ExPres), Stb. 2005, 24.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sog. *Keten-DBC*. Der Begriff „Kette" nimmt dabei Bezug auf die Versorgungsreihe vom Hausarzt über den Diätassistenten und die pflegerische Versorgung zu Hause. Da die multidisziplinären Versorgungsgruppen eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, ist es möglich, sie insgesamt durch eine Fallpauschale pro behandeltem Versicherten zu honorieren. Die *Keten-DBC`s* sind eine Neuerung, die in Verbindung mit der Versorgung der Diabetiker eingeführt werden und nach und nach auch für die Versorgung anderer chronischer Erkrankungen zur Verfügung stehen sollen.[184] Die Diabetes-Fallpauschale soll nur die umfasste Behandlung abstecken, aber keinen Preis hierfür veranschlagen.[185] Die Preise sollen zwischen den Versicherern und den jeweiligen Versorgungsgruppen frei verhandelbar sein. Dies könnte dann auch Auswirkungen auf den Preiswettbewerb zwischen den verschiedenen Diabetesversorgungsgruppen im Verhältnis zu den Versicherern haben. Das Risiko, dass sich ein verschärfter Preiswettbewerb auf die Qualität der Versorgung der chronisch Kranken auswirken könnte, wird dadurch begrenzt, dass die Teilnehmer der Diabetesversorgungsgruppen an den *Diabetes Zorgstandaard* gebunden sein sollen. Neben der Honorierung der Diabetesversorgungsgruppen als Gesamtheit, die über *Keten-DBC`s* erfolgen soll, stellt sich die Frage nach der internen Verteilung der Pauschale auf die Mitglieder der Diabetesversorgungsgruppen, die wohl im Innenverhältnis geregelt werden wird.

Interessant an diesem Konzept ist die Finanzverantwortung, die die Diabetesversorgungsgruppen über die Fallpauschalen erhalten. Unabhängig davon, ob sie einen schweren, zeitintensiven oder einen schnell zu behandelnden Patienten, der nach Anleitung vielleicht auch zu Hause einige Behandlungen selbst durchführen kann, versorgen, erhalten sie die gleiche Summe, die sie mit der Versicherung ausgehandelt haben. Hierdurch werden erhebliche Anreize gesetzt, um bei Management und Prozessführung auf die Kosten zu achten und vielleicht auch die Selbstbehandlung der Patienten zu fördern. Dies kommt den Wünschen der Patienten entgegen, die sich lästige Wege zum Arzt ersparen, und es führt zu einer Kostenreduzierung der Diabetesversorgungsgruppen.[186] Hierin liegt also für die Versicherten unter Umständen ein interessanter Aspekt bei der Wahl der Krankenversicherung.

2.1.3 Zusatzversicherungen

Neben der Basisversicherung können die Versicherten sich aber auch für eine Zusatzversicherung entscheiden. Die Versicherer haben 137 verschiedene Zusatzversicherungen auf den Markt gebracht, die von 93% der Versicherten auch gewählt werden. Gerade die Policen hinsichtlich der zahnärztlichen Leistungen erfreuen sich großer Be-

184 *Plan van aanpak Diabeteszorg beter*, Kamerstukken 2005 22894, „Plan van aanpak Diabeteszorg beter", Nr. 1, S. 13.

185 *Plan van aanpak Diabeteszorg beter*, Kamerstukken 2005 22894, „Plan van aanpak Diabeteszorg beter", Nr. 1, S. 11.

186 *Bos/Groenewegen*, Zorg, opvang en begeleiding: van onderzoeksprogramma naar praktijk in: *Groenewegen/Bos/Megchelen*, Zorg, opvang en begeleiding van chronisch zieken, 2004, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liebtheit.[187] Die Versicherten müssen keine zusätzlichen Gesundheitsprüfungen ablegen, bevor sie solche Zusatzversicherungen abschließen können. Zwar gilt der Annahmezwang des Krankenversicherungsgesetzes nicht für die Zusatzversicherungen, jedoch haben sich die Versicherer freiwillig verpflichtet, allen Versicherten ohne extra Prüfung einen Vertrag anzubieten, lediglich für bestimmte Zahnarzttarife werden zum Teil Wartezeiten vorgesehen.[188] Die vertragliche Bindung der Basisversicherung an die Zusatzversicherung ist nach Art. 120 Krankenversicherungsgesetz verboten und wird von der NZa geahndet.[189]

Die Prämien für Zusatzversicherungen variieren je nach Inhalt und Versicherung erheblich, sie belaufen sich auf 5 EUR bis 77 EUR im Monat.[190]

3. Das Verhältnis zwischen Krankenversicherung und Krankenhaus

Das Verhältnis der Krankenhäuser zu den Krankenversicherungen wird zum einen von der Frage des Kontrahierungszwangs oder der Kontrahierungsfreiheit der Parteien bestimmt und zum anderen vom Inhalt der geschlossenen Verträge, wobei wiederum zwischen der Leistung und dem Entgelt zu unterscheiden ist.

3.1. Entwicklung der Kontrahierungsfreiheit zwischen Krankenhäusern und Krankenversicherern

Von vornehmlicher Bedeutung für das Konkurrenzverhältnis zwischen Krankenhäusern ist die Kontrahierungsfreiheit oder aber auch der Kontrahierungszwang zwischen den Krankenversicherungen und den Krankenhäusern. Hier hat sich in den Niederlanden in den vergangenen Jahren ein grundlegender Wandel vollzogen, der bislang noch nicht abgeschlossen ist.

Nach dem ehemaligen Krankenkassengesetz, das bis 2006 galt, unterlagen die Leistungsverträge einer detaillierten gesetzlichen Regulierung. Es gab sog. Musterübereinkommen, die durch den Krankenversicherungsrat aufgestellt oder zumindest genehmigt werden mussten und von denen nicht abgewichen werden durfte. Zusätzlich waren die Krankenkassen verpflichtet, mit jedem Krankenhaus zu kontrahieren, das an sie herantrat, Art. 47 Abs. 1 Krankenkassengesetz. Mit dem Gesetz zur Reform des Übereinkommensystems in der Gesundheitsversorgung (*Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg,* Wet HOZ,)[191] wurden die Modellübereinkommen als Grundlagen für die indivi-

187 NZA, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 32.

188 NZA, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 12.

189 Ausführlich: unten II.5.3.

190 NZA, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 12.

191 Stb. 2005, 27; Kamerstukken II 2002/2003-2004/2005, 28994, Nr. 1-23; Kamerstukken I 2004/05, 28994, Nr. A-J; ausführlich: *de Groot*, Het overeenkomstenstelsel in revisie, TvG 2004, S. 184-207.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

duellen Leistungsverträge abgeschafft. In diesem Zuge wurde zunächst für ca. 10 % der Leistungen und später für 20% der Leistungen, das B-Segment, der Kontrahierungszwang aufgehoben. Im A-Segment, dem weit größeren Bereich der Leistungen, bestand er allerdings auch 2005 noch. Weitere Änderungen gab es 2006 mit dem Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes, das die Regulierung der Leistungsverträge noch weiter einschränkt. Der Kontrahierungszwang wurde grundsätzlich aufgehoben, was bedeutet, dass es allen Krankenversicherern und allen Krankenhäusern frei steht, mit wem sie Verträge abschließen wollen. Durch ministerielle Verordnung kann für bestimmte Einrichtungen aber doch wieder ein Kontrahierungszwang festgesetzt werden, Art. 12 Abs. 2 Krankenversicherungsgesetz. Bislang wurde hiervon jedoch kein Gebrauch gemacht und es ist wohl auch keine derartige Verordnung in Vorbereitung.[192] Die Krankenversicherungen können es sich also aussuchen, für welche Leistungen, sie mit welchen Krankenhäusern kontrahieren möchten. Auf der anderen Seite steht es aber auch den Krankenhäusern frei, lediglich mit einer Auswahl von Versicherungen Leistungsverträge abzuschließen.

3.2. Vertragsinhalt

Inhaltlich sind die Verträge zunächst dadurch gekennzeichnet, dass die Krankenversicherer, zumindest bei Sachleistungspolicen, die Versorgung ihrer Versicherten mit sämtlichen Leistungen der Basisversicherung sicherstellen müssen. Etwaige zusätzliche Leistungsangebote stehen ihnen im Rahmen der Zusatzversicherungen frei.

Neben der Regelversorgung sind insbesondere die Verträge der integrierten Versorgung zu nennen wie sie bereits dargestellt worden sind.[193]

3.3 Tarifgestaltung

Bis 2005 sind alle Tarife hoheitlich durch den Rat für Tarife festgelegt oder zumindest genehmigt worden. Danach sind die Leistungen der Krankenhausversorgung, wie oben bereits angesprochen, in zwei Bereiche unterteilt worden: das A- (ca. 80% der Krankenhausversorgung) und das B-Segment (derzeit ca. 20% der Krankenhausversorgung). Für das A-Segment gelten weiterhin feste Tarife, die durch den Rat für Tarife im Gesundheitswesen aufgestellt oder genehmigt werden. Dagegen sind im B-Segment die Tarife - jedenfalls ihre Kostenkomponente, der Honoraranteil dagegen nicht - frei verhandelbar.[194] Durch diese Verhandelbarkeit wird den Beteiligten ein erhöhter Spiel-

192 *Rijken,* De diagnosebehandelingcombinatie (DBC) als instrument voor concurrentie tussen ziekenhuizen, Zorg & Financiering 2006, S. 8 (15); ausführlich: *de Groot*, De zorgverzekeraar: spin in het web?, TvG 2005, S. 46.

193 Oben II 2.1.2.

194 *Rijken,* De diagnosebehandelingcombinatie (DBC) als instrument voor concurrentie tussen ziekenhuizen, Zorg & Financiering 2006, S. 8 (13).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

raum eingeräumt und so ein auf Wettbewerb orientiertes Verhalten jedenfalls im B-Segment ermöglicht. Im A-Segment dagegen findet keine Konkurrenz statt.[195]

4. Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern

4.1. Rechtsform

Die niederländischen Krankenhäuser sind weit überwiegend als privatrechtliche Stiftungen ohne Gewinnerzielungsabsicht organisiert, Art. 2, 285 ff Bürgerliches Gesetzbuch. Diese Organisationsform resultiert aus der Entwicklung der Krankenhäuser aus caritativen Zusammenschlüssen, die Patienten zu Hause versorgt haben.[196] Die Stiftungen zeichnet vor allem die fehlende Gewinnerzielungsabsicht aus. Daneben gibt es aber auch Vereine (*verenigingen*) und GmbH`s (*besloten vernootschap*).[197]

Da es sich hierbei aber nicht um eine speziell auf Krankenhäuser oder andere einen öffentlichen Zweck verfolgende Einrichtungen ausgerichtete Rechtsform handelt, finden sich zahlreiche Sondervorschriften für Krankenhäuser etwa im Zulassungsgesetz für Krankenhäuser über unabhängige Aufsicht und transparente Verwaltungsstruktur. Die Stiftung sieht strukturell nicht die Verantwortung den Patienten gegenüber vor oder deren Einflussnahme. Hierfür sind spezielle gesetzliche Vorgaben erforderlich. Darüber hinaus wird die Rechtsform der Stiftung aber auch den Veränderungen, die Krankenhäuser in der Vergangenheit durchgemacht haben, nicht mehr gerecht. Die Einrichtungen sind durch Konzentrationsbewegungen stark vergrößert und erfordern entsprechende Verwaltungen und Management. Die Voraussetzung an Qualität nehmen immer mehr zu und zu gleicher Zeit wächst auch der finanzielle Druck auf Krankenhäuser, die immer mehr Konkurrenz ausgesetzt sind. Insgesamt fordern die Veränderungen in Richtung auf Organisation und Neufassung von Prozessabläufen vermehrte Anpassungen, denen man in den Niederlanden durch die Schaffung einer neuen Rechtsform für Unternehmen, die einen öffentlichen Zweck verfolgen, begegnen möchte. Dazu hat die Projektgruppe „Rechtsform gesellschaftliches Unternehmen“ im Auftrag des niederländischen Justizministeriums einen ersten Bericht erstellt.[198] Neben Krankenhäusern soll die neue Rechtsform auch für Schulen und Wohnkooperationen zugänglich sein, darüber ist eine weitere Ausweitung des Anwendungsbereichs denkbar. Soweit es sich um Einrichtungen des sog. semi-öffentlichen Sektors handelt.[199] Diskutiert werden zur Zeit

195 *Rijken*, De diagnosebehandelingcombinatie (DBC) als instrument voor concurrentie tussen ziekenhuizen, Zorg & Financiering 2006, S. 8 (11).

196 *Vandermeulen*, Ziekenhuizen: medisch bedrijven, S. III 2.1-1 in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/Sanders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, Bd. 3.

197 Ausführlich: *Maarse/Okma*, The privatisation paradox in Dutch health care in: *Maarse*, Privatisation in European Health Care, 2004, S. 109 f.

198 Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming, 2006.

199 Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming, 2006, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

insbesondere die Regelung der Gewinnerzielungsabsicht der neuen Rechtsform, sowie der Einfluss der Patienten. Die genannte Projektgruppe befürwortet eine privatrechtliche Rechtsform ohne Gewinnerzielungsabsicht, so dass weiterhin die Verfolgung der öffentlichen Ziele, bei Krankenhäusern also die Sicherstellung der qualitativ hochwertigen Behandlung der Patienten, im Vordergrund steht. Insofern soll die Zielrichtung also nach außen, nämlich auf die Verfolgung des öffentlichen Zwecks, gerichtet sein und nicht wie bei Kapitalgesellschaften nach innen, nämlich auf die Gewinnerzielung der Anteilseigner. Kritik erfahren diese Vorhaben von der Interessenvertretung der Krankenhäuser, der *Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen.*[200] Diese vertritt die Auffassung, dass eine neue Rechtsform nicht erforderlich sei. Zwar sei die Stiftung überholt, aber durch die bv (entspricht der deutschen GmbH) und der nv (entspricht der deutschen AG) stünden ausreichend Möglichkeiten zur Verfügung, die insbesondere auch ein wettbewerbliches Handeln mit Gewinnerzielungsabsicht ermöglichten, die den Entwicklungstrend des Krankenversicherungsgesetz fortführen würden.[201]

Ein weiteres Element der neuen Rechtsform soll nach der Projektgruppe die Möglichkeit sein, Tochtergesellschaften zu gründen. Insofern soll eine Anlehnung an die Vorschriften über die Gesellschaft, Art. 2:24a BW, erfolgen. Hinsichtlich der Verwaltung und Aufsicht soll die neue Rechtsform sich an die Vorschriften der Kapitalgesellschaften anlehnen, was aufgrund des unternehmerischen Handelns für notwendig erachtet wird.[202] Ein Aufsichtsrat muss also eingerichtet werden und ebenso ein Verwaltungsrat für die ordentliche Verwaltung. Daneben sollen die Betroffenen, also vornehmlich die Patienten durch eine extra Versammlung ähnlich einer Aktionärsversammlung beteiligt werden. In diesem Rahmen soll ein Jahresplan vorgestellt und besprochen werden, sowie damit verbundene Risiken.[203]

Insgesamt kann festgestellt werden, dass man sich in den Niederlanden einig ist, dass hinsichtlich der Rechtsform für Unternehmen mit öffentlichem Zweck, also auch den Krankenhäusern, Handlungsbedarf besteht, dass aber die Ausgestaltung der neuen Rechtsform, insbesondere die Möglichkeit der Gewinnerzielungsabsicht, umstritten ist.

4.2 Besonderheiten der selbständigen Behandlungszentren

Selbständige Behandlungszentren sind 1998 durch das Gesetz Krankenhausversorgung (*Wet ziekenhuisvoorzieningen)*[204] eingeführt worden. Die Möglichkeit der Einrichtung solcher selbständigen Behandlungszentren ist geschaffen worden, um flexibler

200 Ebenso: *Linders*, Wet toelating zorginstellingen, Houten 2006, S. 13.

201 Stellungnahme im Internet unter: www.nivra.nl/etalage.asp.

202 Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming, 2006, S. 17.

203 Rapport van de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming, S. 18.

204 Wet van 25 maart 1971, houdende regelen ter bevordering van doelmatige voorzieningen ter zake van ziekenhuisen en andere inrichtingen voor gezondheidszorg, Es soll durch das Zulassungsgesetz für Krankenhäuser, das zur Zeit im Entwurf vorliegt, abgelöst werden.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf kurzfristige Behandlungsengpässe eingehen zu können, also der niederländischen Wartezeitproblematik zu begegnen. Zwar haben sich dir Wartezeiten in der Periode von 2005 bis 2006 verkürzt, jedoch gibt es immer noch Leistungen, bei denen sich die durchschnittliche Wartezeit über der als akzeptabel angesehenen Wartezeit befindet, so beispielsweise bei Knieoperationen.[205] So kommt es, dass die meisten selbständigen Behandlungszentren sich auf Leistungen spezialisiert haben, die typischer Weise auf den Wartelisten der Krankenhäuser stehen, wie beispielsweise die bereits genannten Knieoperationen.[206] Selbständige Behandlungszentren sind vor allem durch Umwandlung von Privatkliniken entstanden.[207] Diese Umwandlung setzt die Genehmigung durch den Rat Bau Krankenhäuser (*College bouw ziekenhuisvoorzieningen)* voraus. Damit ist das Selbständige Behandlungszentrum befugt, Leistungen zu Lasten der Basisversicherung zu erbringen. Da es sich nicht um ein Krankenhaus handelt, darf jedoch auch keine Aufnahme der Versicherten über 24 Stunden hinaus erfolgen.[208] Sie stellen also kleinere und flexiblere Einrichtungen dar, die Versorgungsengpässe ausgleichen sollen und so die Nachteile der schwerfälligen Krankenhausplanung ausgleichen.

Darüber hinaus lässt sich jedoch auch feststellen, dass durch die selbständigen Behandlungszentren der Wettbewerb, insbesondere bei den Krankenhausleistungen, über die die Beteiligten frei verhandeln dürfen, deren Tarife also nicht hoheitlich festgelegt werden, gefördert wird.[209] Dies zeigt sich schon in der Anzahl der selbständigen Behandlungszentren, die in diesem Bereich tätig sind. So waren es 2005 nur 37 solcher Zentren, 2007 aber bereits 68.[210] Trotzdem werden nach einer Untersuchung der niederländischen Gesundheitswettbewerbsbehörde von Krankenhäuser doch in erster Linie andere Krankenhäuser als Konkurrenten angesehen und nur selten und lediglich in Bezug auf einzelne Leistungen auch selbständige Behandlungszentren.[211]

4.3 Krankenhausplanung

Die Zugangsmöglichkeiten der einzelnen Krankenhäuser zum Krankenhausmarkt bestimmen sich ganz wesentlich nach der Krankenhausplanung. Hier werden die Rahmenbedingungen auch für das wirtschaftliche Handeln des Krankenhauses wie beispielsweise die Bettenzahl, Expansionsmöglichkeiten festgelegt. Das niederländische Krankenhauswesen wird durch ein komplexes System der Krankenhausplanung be-

205 *NZa*, Monitor Ziekenhuiszorg 2007, S. 38.

206 *Nobels,* Prijsconcurrentie tussen ziekenhuis en ZBC, 2005, S. 28; *Tweede Kamer*, Vaststelling van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport voor het jaar 2004; Brief minister met informatie over onder meer wettelijk kader privé-kliniken en behandelcentra, 2003, Nr. 24.

207 *Nobels,* Prijsconcurrentie tussen ziekenhuis en ZBC, 2005, S. 28.

208 *Nobels,* Prijsconcurrentie tussen ziekenhuis en ZBC, 2005, S. 28.

209 *NZa*, Monitor Ziekenhuiszorg 2007, S. 16.

210 *NZa*, Monitor Ziekenhuiszorg 2007, S. 16.

211 *NZa*, Monitor Ziekenhuiszorg 2007, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stimmt, das in staatlicher Hand liegt und zur Zeit neu geordnet wird. Während sich bislang die gesetzliche Grundlage für die Krankenhausplanung im Gesetz über Krankenhausleistungen[212] befand, ist nach neuer Rechtslage das Zulassungsgesetz für Krankenhäuser[213] maßgebend, das 2006 in Kraft getreten ist.

Das Verfahren nach dem Gesetz über Krankenhausleistungen sah die Verantwortlichkeit für die Krankenhausplanung in erster Linie bei den Provinzen. Der Gesundheitsminister wies diese lediglich an, die Pläne aufzustellen und er bestimmte auch, für welches Gebiet und welche Art von Krankenhäusern, Art. 4 S. 1 Gesetz über Krankenhausleistungen. Das maßgebliche Gebiet für diese Pläne sind die Gesundheitsregionen (*regio`s*), Nr. 1.3 Richtlinien nach Artikel 3 Gesetz über Krankenhausleistungen [214]. Das Verfahren und die Inhalte der Krankenhauspläne sind ausgesprochen detailliert in diesen Richtlinien geregelt. So enthalten sie Vorschriften vom Aufbau des Planes, der zunächst den *status quo* enthalten soll, sodann die einzelnen Phasen beschreiben soll, um das angestrebte Ziel zu erreichen und ein dritter Teil soll die genauen Ausführungsbestimmungen enthalten, um die einzelnen Phasen umzusetzen, Nr. 1.4 Richtlinien nach Artikel 3 Gesetz über Krankenhausleistungen. Inhaltlich enthalten diese Richtlinien auch Vorschriften hinsichtlich der Bettenanzahl der Einrichtungen. So ist nach Nr. 2.2 Richtlinien nach Artikel 3 Gesetz über Krankenhausleistungen ein Durchschnitt von 2,8 Betten pro 1000 Einwohner anzustreben. Ebenso sind konkrete Funktionseinheiten angegeben, die die Kapazität der in den Einrichtungen tätigen Spezialisten angeben, Nr. 2.3 Richtlinien nach Artikel 3 Gesetz über Krankenhausleistungen.

In den letzten Jahren hat die Planerstellung in der Praxis stark an Bedeutung verloren.[215] Der Gesundheitsminister hat keine Aufforderungen an die Provinzen erteilt. Stattdessen wurden Anträge auf Bau oder Erweiterung eines Krankenhauses direkt nach den Richtlinien nach Artikel 3 Gesetz über Krankenhausleistungen beurteilt. Insofern ist ein fließender Übergang zur neuen Rechtslage nach Zulassungsgesetz für Krankenhäuser entstanden:

Das Zulassungsgesetz für Krankenhäuser soll im Rahmen der Gesundheitsreform das Gesetz über Krankenhausleistungen ersetzen.[216] Es ist am 22.09.2004 durch die Zweite Kammer des niederländischen Parlaments angenommen worden. In der ersten Kammer fand die Beratung am 11.10.2005 statt, so dass das Gesetz zusammen mit dem Krankenversicherungsgesetz 2006 in Kraft treten konnte. Diese Neufassung ist durch die

212 *Wet ziekenhuisvoorzieningen, WZV.*

213 *Wet toelating zorginstellingen Zulassungsgesetz für Krankenhäuser .... .*

214 Richtlijnen ex artikel 3 van de Wzv voor het ontwerpen van plannen: tevens beoordelingskader bij toepassing van artikel 29 eerste lid van de Wzv.

215 Einleitung zum Text der *Richtlijnen/beleidsregels ex artikel 3 WZV* im Internet unter: www.bouwcollege.nl/smartsite.shtml?id=559.

216 Im Hinblick auf die erforderliche terminologische Klarheit sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzesentwurf zunächst *Wet exploitatie zorginstellingen* hieß, wie auch noch die Überschrift der amtlichen Gesetzesbegründung lautet, im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens aber umbenannt wurde in Zulassungsgesetz für Krankenhäuser.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Reform des Gesundheitssystems von einem angebotsgesteuerten System, bei dem die Kapazitäten normativ durch den Staat festgelegt werden, in ein nachfrageorientiertes, bei dem die Beteiligten, also die Versicherten, die Krankenhäuser und die Krankenversicherungen die Kapazitäten und damit auch die Investierungsmaßnahmen maßgeblich bestimmen, erforderlich geworden.[217] Der Staat soll lediglich die Rahmenbedingungen vorgeben, innerhalb derer die Parteien (Versicherungen und Einrichtungen) handeln können.[218] Der Übergang zu dem reformierten System soll stufenweise erfolgen, so dass vielfältig auf gesetzliche Instrumente gewählt wurden, die sich leicht an eine veränderte Situation anpassen lassen. Ein Beispiel hierfür ist, dass das Zulassungsgesetz für Krankenhäuser mehrfach auf das vom Gesundheitsministerium zu erlassende Leitprogramm verweist. Dies kann schnell und unbürokratisch geändert werden und ist somit ein ausgesprochen flexibles Steuerungsinstrument.[219]

Für die Krankenhausplanung werden nunmehr keine Pläne durch die Provinzen aufgestellt, sondern das Gesundheitsministerium stellt mindestens alle vier Jahre einen Bericht effektives Gesundheitssystem auf, Art. 3 Abs. 1 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser (WTZi) Auf dieser Grundlage legt das Ministerium Richtlinien fest, um Bauanfragen für Krankenhäuser prüfen zu können, Art. 4 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Eine wichtige Informationsquelle für das Ministerium stellen dabei die Berichte der Regionen (*regio`s)* dar (*regiovisie*).[220] Das Zustandekommen dieser Berichte fällt in den Verantwortungsbereich der Provinzen und der vier großen Städte, die den Provinzen diesbezüglich gleichgestellt sind (Amsterdam, Den Haag, Rotterdam, Utrecht).[221] Sie stellen Regeln auf, die das Erstellen des Berichts sicherstellen sollen. Hierbei kommt ihnen ein großer Spielraum zu. Zwingend ist jedoch, dass Patienten- und Versichertenorganisationen teilnehmen sowie Leistungserbringer, Krankenversicherer, Gemeinden und die Provinzen selbst.[222] Diese sollen in eine Diskussion eintreten, an deren Ende ein Bericht steht, der dem Gesundheitsministerium als Informationsquelle dienen kann. Wenn die Beteiligten sich nicht einigen können, ist es möglich, die unter-

217 Kamerstukken II 27 659 Nr.3: Herziening van het stelsel van overheidsbemoienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen): Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung) S. 4.

218 Wet exploitatie zorginstellingen: Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung), (Fn. 217) S.

219 *De Groot*, Zorgbehoefte en capaciteitstekorten in zorginstellingen: Wie is verantwoordelijk?, in: Hubben/van Zenden, Het stelsel voorbij? Sturingsperikelen in de gezondheidszorg en jurisprudentie-overzicht, 2002, S. 49 (56).

220 Kamerstukken II 27 659 Nr.3: Herziening van het stelsel van overheidsbemoienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen): Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung) S. 36.

221 Kamerstukken II 27 659 Nr.3: Herziening van het stelsel van overheidsbemoienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen): Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung) S. 14.

222 Kamerstukken II 27 659 Nr.3: Herziening van het stelsel van overheidsbemoienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen): Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung) S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schiedlichen Auffassungen darzustellen und auf diese Weise dem Ministerium mitzuteilen.[223]

Da diese Berichte für das Ministerium jedoch nicht verbindlich sind, sondern lediglich eine Informationsquelle, muss man hinsichtlich der verstärkten Nachfrageorientierung des neuen Systems skeptisch sein. Letztlich entscheidet das Gesundheitsministerium über die Kriterien, die an den Bau neuer und die Erweiterung bereits bestehender Krankenhäuser angelegt werden. Es ist jedoch ein Schritt auf einen höheren Einfluss der Einrichtungen, insbesondere auf ihre Kapazitäten und Investierungsmaßnahmen gemacht worden; der Staat wird sich mehr und mehr aus der Krankenhausplanung zurückziehen, den Krankenhäusern und Versicherungen mehr Freiräume und damit verbunden Verpflichtungen übertragen und somit die Steuerung ein Stück weit dem Wettbewerb überlassen.[224]

4.4. Zulassungsverfahren

Ebenfalls eine Zugangsvoraussetzung zum Markt der Krankenhausversorgung stellt die Zulassung dar, die jede Einrichtung, die Leistungen der Gesundheitsversorgung anbietet, vom Krankenversicherungsrat haben muss, Art. 5 Abs. 2 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Das Gesundheitsministerium erteilt selbst die Genehmigung, Art. 5 Abs. 3 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser, wenn die Einrichtung zu einem Katalog solcher Einrichtungen in einem ausführenden Beschluss gehört und die angestrebte Art des Baus dort aufgezählt ist. Nach Art. 5.2 a) Ausführungsbeschluss Zulassungsgesetz für Krankenhäuser[225] gehören Krankenhäuser mit Ausnahme militärischer Krankenhäuser zu diesen Einrichtungen, die eine Zulassung durch das Gesundheitsministerium bedürfen, wenn die Art des Baus in Art. 5.3 Ausführungsbeschluss Zulassungsgesetz für Krankenhäuser aufgeführt ist. Hier sind alle größeren Baumaßnahmen genannt, so z.B. die Errichtung einer neuen Einrichtung, ein Neubau, der einen Altbau ersetzt, eine Erweiterung eines bestehenden Gebäudes, wenn die Kosten höher sind als der Betrag, der nach dem Gesetz über die Tarife im Gesundheitswesen für Instandhaltungskosten bereit steht, ein ergänzender Bau, der die Ausweitung der Bettenanzahl bezweckt. Insgesamt decken die Aufzählungen derart große Bereiche ab, dass es der Grundsatz und nicht die Ausnahme sein dürfte, dass die Zulassung durch das Gesundheitsministerium und nicht durch den Krankenversicherungsrat erteilt wird. Da dieser aber auch dem Gesundheitsministerium untersteht und es keinerlei Einflussnahme von Interessenvertretungen oder

223 Kamerstukken II 27 659 Nr.3: Herziening van het stelsel van overheidsbemoienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen): Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung) S. 14.

224 Kamerstukken II 27 659 Nr.3: Herziening van het stelsel van overheidsbemoienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen): Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung) S. 4.

225 Besluit van houdende uitvoering van einige bepalingen van de Wet toelating zorginstellingen (Uitvoeringsbesluit Zulassungsgesetz für Krankenhäuser).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von regionalen Gruppierungen zulässt, ist der Unterschied nicht derart erheblich wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Der Krankenversicherungsrat ist eine öffentlich-rechtliche Einrichtung, die Rechtspersönlichkeit besitzt, Art. 58 Abs. 1 Krankenversicherungsgesetz, und untersteht dem Gesundheitsministerium. So kann das Gesundheitsministerium ein Reglement hinsichtlich seiner Arbeitsweise aufstellen, Art. 62 Krankenversicherungsgesetz. Ebenso benennt und entlässt der Gesundheitsminister den Vorsitzenden und die übrigen Mitglieder des Krankenversicherungsrates, Art. 59 Abs. 2 Krankenversicherungsgesetz. Die Benennungen richten sich nach Sachkenntnis und Erfahrung, Art. 59 Abs. 3 Krankenversicherungsgesetz.

Die Erteilung der Zulassung erfolgt nach einem gesetzlich geregelten Verfahren: Wenn ein Antrag auf Zulassung beim Gesundheitsministerium oder beim Krankenversicherungsrat gestellt wird, wird zunächst der Rat für den Bau von Krankenhäusern[226] zu Rate gezogen, Art. 7 Abs. 2 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Der Rat für den Bau von Krankenhäusern ist eine öffentlich-rechtliche Einrichtung, die Rechtspersönlichkeit besitzt, Art. 19 Abs. 1 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Ebenso wie auch der Krankenversicherungsrat ist der Rat für den Bau von Krankenhäusern dem Gesundheitsministerium unterstellt, das den Vorsitzenden und die übrigen Mitglieder benennt und entlässt, Art. 20 Abs. 2 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Das Gesundheitsministerium muss dem Arbeitsprogramm, das der Rat für den Bau von Krankenhäusern jährlich aufstellt, ebenso wie dem Finanzplan und den Verwaltungskosten zustimmen, Art. 23, 24, 26 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser.

Die Voraussetzungen, die der Rat für den Bau von Krankenhäusern prüft, muss er schriftlich festlegen und durch das Gesundheitsministerium bewilligen lassen, Art. 10 Abs. 1 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Das Gesundheitsministerium verweigert die Bewilligung, wenn die Voraussetzungen nicht zu einem effektiven, für jedermann zugänglichen und ausgewogenen System der Gesundheitsversorgung passt, Art. 10 Abs. 2 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Was ein derartiges System ausmacht, geht aus dem Bericht hervor, den das Gesundheitsministerium nach Art. 3 Abs. 1 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser alle vier Jahre aufstellt.

Wenn das Gesundheitsministerium eine Zulassung erteilt hat, ist in einem zweiten Schritt eine Genehmigung durch den Rat für den Bau von Krankenhäusern erforderlich, Art. 11 Abs. 1 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Es erteilt die Genehmigung, wenn die vorgenannten Kriterien gegeben sind, Art. 11 Abs. 2 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser.

Insgesamt ist zu ersehen, dass der Krankenhaussektor durch eine erhebliche staatliche Einflussnahme und Steuerung geprägt wird, die – zumindest derzeit noch - bis hin zur konkreten Bestimmung der Bettenanzahl eines Krankenhauses reicht. Durch diese starke Steuerung wird der betroffene Markt stark gelähmt, was nicht im Einklang mit den Zielen der Reformbestrebungen steht. Die Kräfte des Marktes sollen sich stärker

226 *College bouw zorginstellingen* (Cbz).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verwirklichen können, die Beteiligten sollen selbstverantwortlich handeln, so dass ein nachfrageorientierter Markt entsteht.[227] Die Umsetzung dieser Ziele soll schrittweise erfolgen, um durch diese grundlegenden Änderungen keine Versorgungsengpässe oder anderweitige Umsetzungsprobleme zu riskieren. Ein Schritt betrifft dabei die Auflockerung des bislang strikten und umfassenden Zulassungserfordernisses für Instandhaltungs- und Erweiterungsmaßnahmen. Nach dem Zulassungsgesetz für Krankenhäuser (Art. 5 Abs. 3) in Verbindung mit dem A*usführungsbeschluss zum Zulassungsgesetz für Krankenhäuser* (Art. 5.3 c) ist für Instandhaltungsmaßnahmen dann keine Zulassung durch das Gesundheitsministerium erforderlich, wenn die damit verbundenen Kosten nicht höher sind als diejenigen im Gesetz über Tarife im Gesundheitswesen für Instandhaltungsmaßnahmen festgestellten. Hierdurch entsteht ein gewisser Freiraum für Krankenhäuser, auch Maßnahmen unabhängig vom Gesundheitsministerium durchzuführen. Eine Einflussnahme der Krankenhäuser auf ihre Kapazitäten ist hiermit zwar noch nicht gegeben, jedoch kann davon ausgegangen werden, dass entsprechende Regelungen noch folgen werden.[228] Denn nur durch die eigene Steuerung können Einrichtungen zum wirtschaftlichen Handeln angeregt werden, womit auch eine flexible Reaktion auf einen veränderten Bedarf der Versicherten einhergeht. Damit könnte erheblichen Wartezeiten, die ein schon seit längerem akutes Problem in der niederländischen Gesundheitsversorgung darstellen, begegnet werden.

In die gleiche Richtung des flexibleren und wirtschaftlichen Handelns in eigener Regie geht die Auflockerung des strikten Verbots der Gewinnerzielungsabsicht für Krankenhäuser und sonstige Einrichtungen, Art. 5 Abs. 4 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Auch hier wurde wiederum die stufenweise Neuordnung gewählt, indem die Einrichtungen, für die eine Gewinnerzielungsabsicht erlaubt sein soll, durch Beschluss bestimmt werden sollen, Art. 5 Abs. 4 Zulassungsgesetz für Krankenhäuser. Der Ausführungsbeschluss zum Zulassungsgesetz für Krankenhäuser sieht in Art. 3.1 nun gerade vor, dass Krankenhäuser nicht zu der Kategorie der vom Verbot der Gewinnerzielungsabsicht befreiten Einrichtungen gehören, Insofern hat es also bislang noch keine Änderungen gegeben. Aber auch hier ist beabsichtigt, den Kreis der von dieser Regelung befreiten Einrichtungen, mit der Zeit zu erweitern.[229] Desweiteren könnte eine erlaubte

227 Kamerstukken II 27 659 Nr.3: Herziening van het stelsel van overheidsbemoienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen): Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung) S. 1.

228 Kamerstukken II 27 659 Nr.3: Herziening van het stelsel van overheidsbemoienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen): Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung) S. 7, 17.

229 Die ursprüngliche Gesetzesbegründung geht noch von einem strikten Verbot der Gewinnerzielungsabsicht aus, Kamerstukken II 27 659 Nr.3: Herziening van het stelsel van overheidsbemoienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet exploitatie zorginstellingen): Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung) S. 19 f; Von der Einführung einer Gewinnerzielungsabsicht und ihrer späteren Ausweitung geht jedoch aus: Beleidsvisie Wet toelating zorginstelllingen (Zulassungsgesetz für Krankenhäuser) vom 3. juni 2005 S. 2 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gewinnerzielungsabsicht auch über das Einfallstor einer neuen Rechtsform für Krankenhäuser ermöglicht werden, wie oben[230] bereits erläutert wurde.

4.5. Finanzierung

Die Kosten für die Krankenhausversorgung stellen mit ca. 30 % einen substantiellen Anteil an den Gesamtkosten der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung dar.[231] Diese Zahl ist in den letzten 15 Jahren mehr oder weniger konstant geblieben, obwohl es in dem Bemühen um Kostensenkung zu einer nennenswerten Konzentration im Krankenhaussektor gekommen ist.[232] Hier sind vor allem auch viele kleine Krankenhäuser geschlossen worden.[233]

Vor diesem Hintergrund ist es von grundlegender Bedeutung, auf welche Weise die Krankenhausversorgung finanziert wird.

Ein Einschnitt hat in der Krankenhausfinanzierung 1983 stattgefunden, als in dem Bestreben um Kostenbeherrschung die Budgetierung eingeführt wurde. Für jedes Krankenhaus wurde im Vorfeld eine Pauschale festgesetzt, mit der es seine Ausgaben decken musste. Mehrausgaben gingen zu Lasten des Krankenhauses und Mehreinnahmen durften den krankenhauseigenen Reserven hinzugefügt werden. Im Jahr 1988 hat es eine grundlegende Änderung der Budgetierung hin zu einem funktionsgerichteten System (*functiegerichte budgetiering, FB-Systematik*) gegeben, das im Wesentlichen auch heute noch gilt.[234]

Im Rahmen der FB-Systematik wird zwischen vier Kostenarten unterschieden[235]:

- *Locatiegebonden kosten*, diese beziehen sich auf die Kapitallasten, den Unterhalt der Gebäude und die Nutzung des Gebäudes.
- *Beschikkbarheitskosten*, also diejenigen festen Kosten, die für das Bereithalten der Versorgung aufgewendet werden und insofern nicht variieren. Gemessen werden diese Kosten an der Anzahl der Einwohner im Einzugsgebiet eines Krankenhauses. Sie machen ca. 10 % des Krankenhausbudgets aus.
- *Capaciteitsgebonden kosten,* die semi-feste Kosten umfassen, die für das Bereithalten der Versorgung aufgewendet werden und nur in geringem Maße variieren.

230 II 3.1.

231 *Maarse/Groot/van Merode/Mur-Veeman/Paulus*, Marktwerking in de ziekenhuiszorg, een analyse van de Mogelijkheiden en effecten, 2002, S. 23 f.

232 *Maarse/Groot/van Merode/Mur-Veeman/Paulus* Marktwerking in de ziekenhuiszorg, een analyse van de Mogelijkheiden en effecten, 2002, S. 24 f.

233 *Vandermeulen*, Ziekenhuisen: medisch bedrijven in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/San-ders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, Bd. 3 2005, III 2.1-2.

234 Insgesamt zur FB-Systematik: *Maarse/Groot/van Merode/Mur-Veeman/Paulus* Marktwerking in de ziekenhuiszorg, een analyse van de Mogelijkheiden en effecten, 2002, S. 29 ff; Kamerstukken II Nr. 27490 Nr. 2: Bekostiging ziekenhuiszorg, Rapport, Beilage 1, S. 24 ff.

235 *Vandermeulen*, Ziekenhuisen: medisch bedrijven in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/San-ders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, Bd. 3 2005, III 2.1-17.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Maßstab für diese Kosten sind die Anzahl der Betten und der Spezialisteneinheiten. Sie machen ca. 20 % des Krankenhausbudgets aus.

– *Productiegebonden kosten,* variable Kosten, die abhängig sind von den Vereinbarungen zwischen den Krankenhäusern und den Krankenversicherungen, die vom CTG bewilligt werden. Sie umfassen ca. 40 % des Krankenhausbudgets.

Für die Kosten pro Bett und Spezialisteneinheit sowie für diejenigen pro Einwohner im Einzugsgebiet setzt der Rat für Tarife im Gesundheitswesen jährlich einen Tarif fest. Insgesamt sind die Kosten der Krankenhausversorgung also einerseits von den hoheitlichen Festsetzungen des Rats für Tarife im Gesundheitswesen und andererseits von den Verhandlungen mit den Krankenversicherern abhängig.[236]

In den letzten Jahren hat die Budgetierung im Krankenhaussektor immer mehr Kritik erfahren, so dass es Bestrebungen für eine Reform in diesem Bereich gibt.[237]

Hauptkritikpunkt ist zumeist die Diskrepanz zwischen den abgesprochenen Leistungen und den tatsächlich erbrachten.[238] Zwar sind die Absprachen zwischen den Krankenhäusern und den Krankenversicherern der Ausgangspunkt für die Budgets, aber die Krankenhäuser haben immer mehr neue Versorgungsformen integriert, durch die das Budget umgangen wird, wie beispielsweise die integrierte Versorgung.

Ein weiteres Argument ist der fehlende Bezug zwischen den Tarifen des FB-Systems und den tatsächlichen Kosten, der sich vor allem aus den vielfältigen Kürzungen ergibt.[239] Die Folge hiervon ist, dass für die Krankenhäuser kein ausreichender Anreiz für eine effiziente Versorgung besteht.

Schließlich wird kritisiert, dass die FB-Systematik neuen und effizienteren Versorgungsformen entgegensteht.[240] Auch wenn es Krankenhäusern gelingt, Leistungen kostengünstiger anzubieten, etwa weil sie verstärkt auf moderne Versorgungsformen zurückgreifen, haben sie hierdurch keinen Vorteil. Sie unterliegen trotzdem genauso wie Krankenhäuser, die nicht derart effizient arbeiten, der generellen Kürzung bei Über-

---

236 Nachdem das Budget festgesetzt worden ist, muss auch die Finanzierung dieses Budgets geregelt werden. Dies geschieht über die Festsetzung der Tarife, die das Krankenhaus in Rechnung stellen kann. Diese werden landesweit festgestellt, gelten also für alle Krankenhäuser, wenn sie wohl auch nicht für alle Bedeutung entfalten werden, da nicht jedes Krankenhaus alle Leistungen anbietet. Insgesamt gibt es ca. 1.600 solcher Tarife.
Eine Besonderheit stellt der Pflegetarif dar. Diese werden anders als die übrigen Tarife unmittelbar aus dem festgestellten Budget abgeleitet. Vom festgestellten Budget werden die übrigen Tarife in Abzug gebracht und der Rest durch die Pflegetage dividiert, so dass sich der Pflegetarif ergibt. Da die Einnahmen aus den Tarifen sich zwischen den einzelnen Krankenhäusern unterscheiden, ergeben sich auch unterschiedliche Pflegetarife.
Bei einer Überschreitung des macro-Budgets kann der Rat für Tarife im Gesundheitswesen auf Anweisung des Gesundheitsministers die Budgets kürzen, indem für alle Krankenhäuser die Tarife verringert werden, eine sog. "generelle Kürzung“.

237 Kamerstukken II Nr. 27490 Nr. 2: Bekostiging ziekenhuiszorg, Rapport, Beilage 1.

238 Kamerstukken II Nr. 27490 Nr. 2: Bekostiging ziekenhuiszorg, Rapport, Beilage 1, S. 11.

239 Kamerstukken II Nr. 27490 Nr. 2: Bekostiging ziekenhuiszorg, Rapport, Beilage 1, S 11.

240 Kamerstukken II Nr. 27490 Nr. 2: Bekostiging ziekenhuiszorg, Rapport, Beilage 1, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

schreitung des macro-Budgets. Insofern fehlt es an Anreizen für das Einsetzen von neuen und effizienten Versorgungsformen.

Vor diesem Hintergrund sind die betroffenen Parteien[241] seit 1994 damit beschäftigt, ein neues Finanzierungssystem zu erarbeiten. Dieses soll auf der Grundlage von *Diagnose Behandeling Combinaties* (DBC), funktionieren, d.h. die FB-Systematik mit einem Gesamtbudget, aus dem alle Krankenhauskosten gezahlt werden müssen, soll schrittweise durch ein Budget für die Behandlung eines Patienten mit einer bestimmten Krankheit, also einer Fallpauschale, abgelöst werden.[242] Am 01.01.2005 sind nun die DBC`s als Finanzierungsgrundlage eingeführt worden, von denen es derzeit ca. 30.000 gibt.[243]

Die Gesundheitswettbewerbsbehörde kann in Form von Richtlinien Leistungsbeschreibungen mit und ohne Tariffestsetzungen aufstellen, wozu beispielsweise auch DBC`s gehören, Art. 10a i.V.m. Art. 11 Gesetz über Tarife im Gesundheitswesen. Diese haben dann landesweit Geltung. Um die Aktualität der DBC`s zu gewähren, wurde im Juli 2004 eine Stiftung gegründet, die sich als unabhängiges Organ ausschließlich mit der Aktualisierung der DBC`s beschäftigt und so der Gesundheitswettbewerbsbehörde Vorschläge unterbreiten kann.[244] Sie kann aber nicht selbst DBC`s ändern, das obliegt ausschließlich der Gesundheitswettbewerbsbehörde.

Seit 2005 wird der Gesundheitsmarkt hinsichtlich de Finanzierung hat in ein sog. A- und ein B-Segment unterteilt. Im A-Segment bleibt es bei der FB-Budgetierung oder soweit vorhanden bei festen Tarifen für die jeweiligen DBC`s, die von der Gesundheitswettbewerbsbehörde festgesetzt werden.[245] Dagegen werden die Preise im B-Segment, das circa 20 % der Krankenhausleistungen umfasst, zwischen den Krankenhäusern und den Krankenversicherern frei ausgehandelt.[246] Die Folge sind Unterschiede in der Preisgestaltung der Krankenhausleistungen, wodurch die Konkurrenz um Verträge mit den Krankenversicherungen verschärft werden könnte. Für das Jahr 2006 ist

241 Berufsverband der Spezialisten (*Orde van Medisch Spezialisten*), der Krankenhausverband (*Nederlandse Vereniging van Ziekenhuisen*) und der Dachverband der Krankenversicherer (*Zorgverzekeraars Nederland*).

242 *Maarse/Groot/van Merode/Mur-Veeman/Paulus,* Marktwerking in de ziekenhuiszorg, een analyse van de Mogelijkheiden en effecten, 2002, S. 43; *Zuurbier/Krabbe-Alkemade*, Onderhandelen over DBC`s, 2004.

243 Durch das WTG ExPres und das HOZ sind die erforderlichen Änderungen des Krankenkassengesetz(Art. 44 ff Krankenkassengesetz) und des WTG (insbesondere Art. 10 a WTG) eingeführt worden. Wet van 9 december 2004 tot wijziging van de Ziekenfondswet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten en enkele andere wetten, in verband met herziening van het overeenkomstenstelsel in de sociale ziektekostenverzekering alsmede enkele andere wijziging (Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg (HOZ), Stb. 2005, 27 und Wet van 9 december 2004 tot wijziging van de Wet tarieven gezondheidszorg in verband met experimenten, prestatiebekostiging en einige andere maatregelen (WTG ExPres), Stb. 2005, 24.

244 CTG/ZAio, Visiedocument ziekenhuiszorg, Analyse en aanbevelingen voor concurrentie in het B-segment, 2005, S. 26.

245 *Nobels, Prijsconcurrentie tussen ziekenhuis en ZBC, 2005,* S. 30.

246 *Nobels, Prijsconcurrentie tussen ziekenhuis en ZBC, 2005,* S. 30.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu ersehen, dass im Vergleich zum Vorjahr keine Kostensteigerung im B-Segment zu verzeichnen war.[247] Es ist jedoch abzuwarten, ob dies ein bleibendes Ergebnis sein wird und ob es sich zu Lasten der anderen Leistungsbereiche auswirkt.

4.6. Staatlicher Einfluss

Die Finanzierung der Krankenhäuser durch die FB-Systematik, die schrittweise durch das DBC-System abgelöst wird, wurde bereits oben[248] eingehend erläutert. Offen geblieben ist jedoch die Beteiligung des Staates. Durch das ehemalige Gesetz über Krankenhausleistungen wurde die Angebotsseite der Krankenhausversorgung stark hoheitlich gesteuert. Dies sollte durch das Inkrafttreten des Zulassungsgesetzes für Krankenhäuser 2006 an die Gesamtentwicklung im Gesundheitswesen, die den Beteiligten größere Freiräume verschafft, angepasst werden. Die Krankenhäuser sollten einen größeren Einfluss, aber auch eine größere Verantwortung, hinsichtlich der Investierungsbeschlüsse erhalten.[249] Der Staat sollte lediglich Rahmenvorgaben machen. Statt eines Budgets, das *ex ante* erteilt wird und unter Umständen nach Ablauf eines Kalenderjahres nachkalkuliert wird, werden die Kapitallasten wie die Abschreibungen von Baumaßnahmen in die DBC`s einbezogen. Dies sind ca. 10% des jährlichen Umsatzes.[250] Während einer Übergangszeit werden die Unterkunftskosten noch nachträglich ausgeglichen, später soll dies jedoch entfallen.[251] In dieser Phase werden die Krankenhäuser dann völlig risikotragend sein. Entsprechend wird dann auch das Genehmigungsverfahren vor dem Rat für den Krankenhausbau schrittweise entfallen. Um einem Insolvenzrisiko vorzubeugen und die Finanzierung durch Banken zu erleichtern, ist die Bildung von Rücklagen vorgesehen. Daneben gibt es aber auch noch einen Garantiefonds[252] für den Gesundheitssektor, der in solchen Fällen ebenfalls für Ausgleich sorgt.[253] Dieser Prozess soll 2012 abgeschlossen sein.[254]

Der Vorteil des angestrebten Systems liegt in der Flexibilität der Krankenhäuser, die viel einfacher als gegenwärtig auf Veränderungen bei der Nachfrage eingehen können. Der Nachteil wird aber sein, dass Kapitalgeber ausgesprochen vorsichtig mit ihren In-

247 *NZa*, Monitor Ziekenhuiszorg 2007, S. 7.

248 S. 18 ff.

249 *Linders,* Wet toelating zorginstellingen, 2006, S. 10.

250 *Linders,* Wet toelating zorginstellingen, 2006, S. 12.

251 *Linders* , Wet toelating zorginstellingen, 2006, S. 12; ausführlich hierzu: Kamerstukken 2004/05, 27659, Nr. 52: Kapitaallastenbrief.

252 *Waarboorgfonds.*

253 *Linders,* Wet toelating zorginstellingen, 2006, S. 13.

254 *Rijken*, De Diagnosebehandelingcombinatie (DBC) als instrument voor concurrentie tussen ziekenhuizen, Zorg & Financiering 2006, S. 8 (17); *Scheerder*, Integrale tarieven en kapitaallasten, Zorg & Financiering, 2005, Nr. 4 S. 11-19.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vestitionen umgehen werden, wenn die Deckung der Kapitallasten nicht mehr durch ein garantiertes Budget sichergestellt ist.[255]

4.7. Wettbewerbswidrige Absprachen zwischen Krankenhäusern

Mit zunehmendem Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern wird auch die Frage bedeutsam, ob und in wieweit die gemeinschaftliche Tätigkeit von verschiedenen Krankenhäusern am Wettbewerbsrecht gemessen wird. Krankenhäuser werden in den Niederlanden heute als wirtschaftlich handelnde Unternehmen eingestuft und unterliegen insofern dem Wettbewerbsrecht.[256] Nun widersprechen aber nicht alle kollektiven Verhandlungen und Absprachen dem Wettbewerbsgesetz, vielmehr haben sich durch die Beschlüsse der niederländischen Wettbewerbsbehörde gewisse Richtlinien herausgebildet. Hinsichtlich der Krankenhäuser galt in der Vergangenheit, dass sie aufgrund des hohen Maßes an staatlicher Regulierung nicht tatsächlich miteinander konkurrieren können, so dass das Wettbewerbsgesetz nicht anwendbar war.[257] In zunehmendem Maße erkennt die Wettbewerbsbehörde aber, dass sich das Krankenhauswesen und seine staatliche Regulierung in Bewegung befinden und wendet das Wettbewerbsrecht an. Das gelte insbesondere, wenn die Preise zur Verhandelbarkeit freigegeben sind und der Kontrahierungszwang für Krankenhäuser abgeschafft wird.[258]

Ein typisches Beispiel sind Fusionsbestrebungen zwischen Krankenhäusern, die von der Wettbewerbsbehörde immer wieder am Wettbewerbsgesetz gemessen werden. So ist die Wettbewerbsbehörde eingeschritten, als die *stichting Ziekenhuis Walcherern* und die *stichting Oosterscheldeziekenhuizen* – zwei Allgemeinkrankenhäuser - eine gemeinsame Holding gründen wollten, die diese die Verwaltung für beide Unternehmen übernehmen sollte.[259] Die beiden Krankenhäuser werden nach der Beurteilung der Wettbewerbsbehörde nicht auf unterschiedlichen Märkten aktiv, insbesondere auch nicht in regionaler Hinsicht, weil die Reisezeiten zwischen den Häusern, aber auch von den jeweiligen Einzugsgebieten zu den Krankenhäusern relativ kurz seien. Sie sind die einzigen Anbieter von klinischer Versorgung in der Region Midden-Zeeland. Hinzukommt

255 *Vandermeulen,* Ziekenhuizen: medisch bedrijven in: *Breit/Elsinga/Kasdrop/San-ders/Vandermeulen/Weevers*, Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg, Bd. 3, III 2.1-24.

256 *Gaasbeek* in*: van de Gronden/Mortelmans,* Mededinging en niet-economische belangen, 2001*,* S. 66f.

257 Besluiten d-g NMa van 14 maart 2002 in der Sache 2877/Sint Antonius Ziekenhuis – Mesos Medisch Centrum, van 24 juli 2001 in der Sache 2589/Diaconessenhuis Eindhoven – Sint Joseph Ziekenhuis und vom 5 juni 2998 in der Sache 165/Sophia Ziekenhuis – Ziekenhuis/Verpfleeghuis de Weezenlanden.

258 Besluit van de d-g NMa van 14 maart 2002 in der Sache 2877/Sint Antonius Ziekenhuis – Mesos Medisch Centrum, Rn. 10.

259 Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 37 van de Mededingingswet, Nummer 5196/47, in zaak 5196/ Ziekenhuis Walcheren – Stichting Oosterscheldeziekenhuizen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass nach den Ausführungen der Wettbewerbsbehörde die Parteien nicht hinreichend belegt hätten, dass die gemeinsame Holding erhebliche Effizienzvorteile brächte, die auch den Patienten zugute käme.[260]

5. Wettbewerb der Krankenversicherungen untereinander

Das Verhältnis der Krankenversicherungen untereinander wird in wettbewerblicher Hinsicht wesentlich von der Krankenversicherungsreform 2006, also dem Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes, geprägt. Die relevanten Elemente sind die Konkurrenz um Versicherte, wettbewerbliche Folgen aus dem Nebeneinander von streng regulierter Basis- und freierer Zusatzversicherung, der Risikostrukturausgleich sowie Konzentrationsbewegungen der Krankenversicherungen untereinander.

5.1. Konkurrenz um die Versicherten

Seit dem Bericht der Kommission Decker in 1987[261] werden vermehrt Wettbewerbselemente in das Gesundheitssystem implementiert. Dabei wird dem Wettbewerb kein Selbstzweck beigemessen, sondern er wird als Mittel zur Erreichung des grundsätzlichen Ziels der Gesundheitspolitik, einer für jeden zugängliche Gesundheitsversorgung bei erfolgreicher Kostenbeherrschung angesehen.[262] Da es schwierig ist, Wettbewerb von Patientenseite einzuführen oder zu verstärken, da diese im Verhältnis zu den Krankenhäusern ein Informationsdefizit aufweisen und darüber hinaus auch noch örtlich gebunden sind, ist der Ausgangspunkt der vergangenen Reformen die Seite der Krankenversicherer. Diesen kommt eine Position zu, die stark und unabhängig genug ist, um wettbewerblich agieren zu können. Ihre Stellung bietet die Möglichkeit, aktiv Leistungen „einzukaufen“ und dabei entsprechend verantwortungsvoll auszuwählen, soweit das System die Möglichkeiten hierfür bietet. Sie verhandeln mit den Krankenhäusern über die Leistungen, die diese bereitstellen und die Beträge, die dies hierfür erhalten. Wie oben bereits erläutert, sind die Krankenversicherer bislang jedoch noch verpflichtet, mit allen Krankenhäusern, die dies wünschen, Verträge zu schließen. Aber auch im Verhältnis zu den Versicherten sind Spielräume für die Krankenversicherungen geschaffen worden, die Wettbewerb ermöglichen. So haben sie Gestaltungsmöglichkeiten bei den Leistungen, die sie anbieten, soweit diese über das Standardleistungspaket hinausgehen, und sie dürfen den pauschalen Anteil der Prämie selbstständig festsetzen.

260 Zaak 5196/ Ziekenhuis Walcheren – Stichting Oosterscheldeziekenhuizen (Fn. 259) S. 21.

261 Ausführlich dazu: *Kötter*, Von alten und neuen Rezepten, Radikalkuren und Wechselbädern – die Reformen des niederländischen Gesundheitssystems, ZIAS 1998, 391 ff.

262 *Gaasbeek*, Mededingingswet en de Zorgsector in :*van de Gronden/Mortelmans,* Mededinging en niet-economische belangen, 2001, S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hierdurch sind Möglichkeiten geschaffen worden, um miteinander um Versicherte zu konkurrieren.

Ein wichtiges Wettbewerbsparameter ist die Aufhebung der Dualität zwischen gesetzlicher und privater Vollversicherung durch die grundlegende Reform des Krankenversicherungssystems 2006 mit der Folge, dass alle Krankenversicherungsunternehmen um die Versicherten konkurrieren und nicht lediglich innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung oder innerhalb der privaten Krankenversicherung. Ebenfalls die Organisation der Krankenversicherung als private Unternehmen, nämlich Schadenversicherungen, die dem Gesetz über die Aufsicht über Versicherungsunternehmen von 1993 (*Wet toezicht verzekeringsbedrijf* 1993) unterworfen sind, soll der Förderung von Wettbewerb zwischen den Unternehmen dienen, wobei aber nicht verkannt werden darf, dass die niederländischen Krankenversicherungen strengen öffentlich-rechtlichen Vorgaben zur Erreichung des sozialen Zwecks der Krankenversicherung unterliegen, so dem Annahmezwang und dem festgelegten Leistungsumfang der Basisversicherung.[263] Mit der Neuordnung der Krankenversicherungsorganisation wollte die niederländische Gesetzgeber vor allem sein vornehmlichstes Ziel verfolgen, nämlich durch die Förderung von Wettbewerb zwischen den Krankenversicherungsunternehmen eine möglichst effiziente und patientenfreundliche Versorgung der Bevölkerung zu erreichen.[264]

Die Entscheidung, ob ein Versicherungsunternehmen, das Krankenversicherungsgesetz ausführen will und entsprechend eine Basisversicherung anbieten möchte, liegt in erster Linie allein bei diesem Unternehmen. Zur Zeit agieren 32 Krankenversicherungsunternehmen auf dem niederländischen Markt. sie müssen lediglich die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- Es muss der gesetzlich vorgeschriebenen Versorgungspflicht nachkommen,
- die Verwaltung muss so ausgestaltet sein, dass sie den Risikoausgleich zwischen den verschiedenen Krankenversicherungsunternehmen erlaubt,
- die Krankenversicherung wird im gesamten Gebiet der Niederlande angeboten (Ausnahme: die Versicherung hat weniger als 850.000 Versicherte),
- den Versicherten wird ein redlicher Einfluss in die Ausführung der Krankenversicherung gewährleistet.

Die Konkurrenz zwischen den Krankenversicherungen wird durch das Krankenversicherungsgesetz in erster Linie durch verschiedene Möglichkeiten für die Krankenversicherer erreicht, sich gegenüber den Versicherten voneinander zu unterscheiden, so dass ihnen eine wirkliche Auswahlentscheidung mit verschiedenen Varianten offen steht. Eines der wichtigsten Unterscheidungskriterien ist die pauschale Prämie, die die Krankenversicherungen eigenständig festsetzen dürfen. Nach einer Umfrage war für 33% der

263 Kamerstukken 2003/2004, 29763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet), Memorie van toelichting (Gesetzesbegründung) S. 25.

264 Kamerstukken II 29 763 Nr. 3: Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (Zorgverzekeringswet) – Memorie van toelichting, S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Versicherten für ihren Wechsel dies finanzielle Kriterium ausschlaggebend.[265] Im Jahr 2006 gab es eine Spanne der pauschalen Prämien von 990 EUR bis zu 1.172 EUR im Jahr.[266] Dass hierin von den Versicherten durchaus ein Kriterium zum Wechsel der Krankenversicherung gesehen wird, zeigt unter anderem die hohe Wechselbereitschaft. Im Jahr 2006 haben 18% der Niederländer ihre Krankenversicherung gewechselt, während 2004 lediglich 2,4% der gesetzlich Versicherten gewechselt haben und 8,6% der privat Versicherten.[267] Insofern ist eine deutliche Steigerung zu erkennen.

Aber neben der Prämie können sich die Versicherungen auch durch die angebotenen Leistungsarten unterscheiden. Zwar ist der Leistungsinhalt gesetzlich vorgeschrieben, aber die Art und Weise der Erbringung steht den Krankenversicherungen frei, nämlich ob sie Kostenerstattung, Sachleistung oder sogar eine Mischung hiervon anbieten wollen, Art. 11 Abs.1 Krankenversicherungsgesetz. Hier ließ sich im letzten Jahr ein deutlicher Trend zu den Kostenerstattungstarifen verzeichnen, obwohl diese gegenüber den Sachleistungspolicen etwas teurer sind.[268] Erklären lässt sich dies wohl durch den Umstand, dass in den Niederlanden vor der Reform 2006 in der gesetzlichen Krankenversicherung keine Kostenerstattungstarife angeboten wurden und damit eine freiere Wahl des behandelnden Arztes verbunden ist.

Daneben sind auch mögliche Selbstbehalte ein denkbares Kriterium für die Versicherten. Allerdings sind sie nicht sehr beliebt bei den Versicherten. 96,3% haben im Jahr 2006 eine Basisversicherung ohne Selbstbehalt gewählt.[269] Lediglich innerhalb von Gruppenversicherungen kommen Selbstbehalte etwas häufiger vor. Hierüber wird also kein nennenswerter Wettbewerb stattfinden.

Nicht zu unterschätzen ist aber auch der wettbewerbliche Vorteil, den sich Krankenversicherungsunternehmen durch das Angebot von Zusatzversicherungen zu der Basisversicherung verschaffen können. Zwar darf das Angebot einer Zusatzversicherung nach dem Krankenversicherungsgesetz nicht vom Abschluss einer Basisversicherung abhängig gemacht werden, aber viele Versicherte neigen aus Praktikabilitätsgründen doch dazu, alle Krankenversicherungen bei einem Unternehmen abzuschließen. Kurz nach Inkrafttreten kam es immer wieder (bei 1/8 der Verträge) zu Verstößen gegen dieses Kopplungsverbot in Verträgen der Krankenversicherungen, aber hiergegen ist die

265 *NZai.o.*, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 12.

266 *NZai.o.*, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 12; ausführlich: *Walse*r, Ziel erreicht? Erste Ergebnisse der niederländischen Reform des Krankenversicherungssystems, Die BKK 2006, S. 394, 396.

267 *NZai.o.*, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 16; ausführlich: *Walse*r, Erste Ergebnisse der niederländischen Reform des Krankenversicherungssystems, Die BKK 2006, S. 394, 396.

268 *NZai.o.*, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 12.

269 *NZai.o.*, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Gesundheitswettbewerbsbehörde eingeschritten, weil es die Mobilität der Versicherten auf dem Krankenversicherungsmarkt beeinträchtigt.[270]

Es ist also zu sehen, dass die Krankenversicherungsunternehmen verschiedene Möglichkeiten haben, sich voneinander zu unterscheiden und so in Konkurrenz um die Versicherten zu treten. Dagegen ist es nicht möglich, dass Versicherer sich junge und gesunde Versicherte aussuchen. Insoweit gilt der Annahmezwang des Art. 3 Abs. 1 Krankenversicherungsgesetz. Darüber hinaus erfolgt ein Risikoausgleich zwischen den Versicherungen.

Diesen rechtlichen Unterscheidungsmöglichkeiten steht aber eine erhebliche Konzentration auf dem Krankenversicherungsmarkt entgegen, die auch eingehend von der niederländischen Gesundheitswettbewerbsbehörde untersucht worden ist.[271] Die Anzahl der Versicherer hat sich von 33 Krankenversicherern 2006 aufgrund von Fusion auf 32 im Jahr 2007 verringert.[272] Genau wie im Vorjahr lassen sich die Krankenversicherer auch 2007 in 14 Konzerne unterteilen, wobei die fünf größten Konzerne über 80 % des Marktes bestimmen.[273]

5.2. Risikostrukturausgleich

Um den Krankenversicherungsunternehmen den Anreiz zur Risikoselektion zu nehmen, findet in den Niederlanden ein sehr ausdifferenzierter Risikoausgleich statt, Art. 32 ff Krankenversicherungsgesetz und Kapitel 3 des Beschlusses Krankenversicherung (*Besluit zorgverzekering)*. Der Umfang beläuft sich auf eine Größenordnung von ca. 15 Mrd. EUR.[274] Dieser Risikoausgleich gliedert sich in eine vor- und eine nachgelagerte Komponente.[275] Bereits bei der Verteilung der Geldmittel durch den Krankenversicherungsrat aus dem Krankenversicherungsfonds, in den im wesentlichen die einkommensabhängigen Beiträge der Versicherten und der Staatszuschuss eingezahlt werden, wird *ex ante* die Risikostruktur der Krankenversicherungsunternehmen berücksichtigt mit der Zielsetzung, dass diese ihre Organisation und Verwaltung so effizient gestalten, dass sie den Versicherten niedrige Prämien anbieten können, um so viele Versicherte für sich zu gewinnen. Dabei werden jährlich die Schätzungen der Gesamtausgaben aus dem Staatshaushalt hinsichtlich der Kosten des Krankenversicherungsgesetzes sowie ein Risikomodell herangezogen. Mit diesem statistischen Modell wird eine Einschätzung der voraussichtlichen Kosten eines Krankenversicherers vorgenommen, wobei die erforderli-

270 *NZai.o.*, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 12; ausführlich: *Walse*r, Ziel erreicht? Erste Ergebnisse der niederländischen Reform des Krankenversicherungssystems, Die BKK 2006, S. 394, 396.

271 *NZa*, Monitor Zorgverzekeringsmarkt, S. 19 ff.

272 NZa, Monitor Zorgverzekeringsmarkt, S. 21.

273 NZa, Monitor Zorgverzekeringsmarkt, S. 22.

274 *Beereport*, De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag, Houten 2006, S. 80.

275 Ausführlich: *Hamilton,* Een zorgverzekering voor iedereen, 2005, S. 140 ff; *Beereport* De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag, Houten 2006, S. 80 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Daten der Versicherten zur Verfügung stehen (Arzneimittelverschreibungen, Alter, Geschlecht, Wohnort etc.). Durch die Kriterien Arzneimittelverschreibungen und Krankenhauseinweisung erhält man die Morbiditätsorientierung des Ausgleichs. Diese erfolgt zum einen durch Berücksichtigung der Arzneimittelverschreibungen, die in eine Arzneimittelkostengruppe (*Famaciekostengroup*, FKG), eingeordnet werden. Zum anderen tragen auch die Diagnosekostengruppen (*diagnosekostengroepen*, DKG) zur Morbiditätsorientierung bei. Sie basieren im Wesentlichen auf den Krankenhauseinweisungen in der Vergangenheit und sollen zu einem Ausgleich für chronisch kranke Versicherte führen.

Im Nachhinein erfolgt eine Kompensation, wenn die Schätzungen zu Ungenauigkeiten geführt haben. Diese soll zukünftig eingeschränkt werden, so dass das Kostenrisiko vermehrt bei den Versicherern liegt.[276] Gemäß Art. 34 Krankenversicherungsgesetz soll die generelle Nachberechnung bis 2011 eingestellt werden. Gerade für die Krankenhausleistungen wird die Einhaltung dieses Zeitrahmens aber von der Flexibilisierung der Finanzierung insbesondere der Ausweitung des B-Segments abhängen.

5.3. Zusatzversicherungen

Neben der durch das Krankenversicherungsgesetz reglementierten Basisversicherung dürfen die Krankenversicherungsunternehmen aber auch Zusatzversicherungen anbieten, bei deren inhaltlicher und finanzieller Gestaltung sie noch freier sind, da lediglich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Versicherungen gelten, nicht aber die Regelungen des Krankenversicherungsgesetzes. Da die Krankenversicherer nunmehr alle Gewinn erzielen dürfen – den Krankenkassen vor 2006 war dies untersagt – ist der Tätigkeitsbereich der Zusatzversicherungen durchaus interessant.

Die niederländische Gesundheitswettbewerbsbehörde hat ein besonderes Augenmerk auf die Verträge, die für die Zusatzversicherungen abgeschossen werden. Hier hat es zum Teil Klauseln gegeben, die den Abschluss der Zusatzversicherung an eine bestehende Basisversicherung vorgesehen haben, was gegen Art. 120 Krankenversicherungsgesetz verstößt.[277] Nach entsprechenden Hinweisen von der Gesundheitswettbewerbsbehörde sind diese Klauseln gestrichen worden.

5.4. Konzentration

Ziel der jüngsten Reform des Krankenversicherungssystems war die Stärkung des Wettbewerbs zwischen den Beteiligten des Krankenversicherungssystems. Demzufolge gewinnt auch die Aufsicht über das Verhalten der Akteure an Bedeutung, so im Bereich

276 *Hamilton,* Een zorgverzekering voor iedereen, 2005, S. 141; *Beereport,* De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag, Houten 2006, S. 86.

277 *NZa*, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, 2006, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Konzentrationsbildung und Fusionen zwischen den Krankenversicherungsunternehmen. Diese obliegen – wie bereits erläutert[278] – der Zuständigkeit der niederländischen Wettbewerbsbehörde. Der Markt umfasste zu Beginn des Jahres 2006 33 Krankenversicherungsunternehmen, die das Krankenversicherungsgesetz ausführen. Dabei ist die Konzentration aber doch höher als man zunächst annehmen sollte, denn die Unternehmen sind in 14 Konzernen zusammengefasst, wobei zu den drei größten Konzernen (Menzis, Achmea und VGZ-IZA-Trias) 14 Versicherungsunternehmen gehören.[279] Diese Konzentration wird von der Gesundheitswettbewerbsbehörde noch nicht als bedenklich eingestuft.[280]

Erst am 9. Oktober 2006 hat die Wettbewerbsbehörde über die Meldung einer weiteren Konzentration entschieden.[281] Hierbei kam sie zu dem Schluss, dass zwar eine Zunahme von Verfügungsgewalt (*zeggenschap*) festzustellen sei, die auch unter die Aufsicht der Wettbewerbsbehörde falle, aber dass nichts darauf hinweise, dass eine ökonomische Machtposition i.S.d. Wettbewerbsgesetz erreicht oder angestrebt werde. Es ging in dieser Entscheidung um den Zusammenschluss der größeren Krankenversicherungsunternehmen *Delta Lloyd N.V., Onderlinge Waarborgmaatschappij Menzis Zorgverzekeraar U.A.,* und *Onderlinge Waarborgmaatschappij Agis Zorgverzekeringen U.A.* zu einer gemeinsamen Unternehmung, die das Krankenversicherungsgesetz ausführen sollte. In dem neu zu schaffenden Unternehmen sollten die drei Gründungsmitglieder ab 2008 in allen Entscheidungen von wirtschaftlich-strategischer Bedeutung ein Vetorecht haben. Aus diesem Vetorecht folgert die Wettbewerbsbehörde eine Verfügungsgewalt der drei Unternehmen i.S.d. Wettbewerbsgesetzes. Nach einer detaillierten Untersuchung der Marktes und des Einflusses der drei Unternehmen auf diesen Markt, kommt die Wettbewerbsbehörde jedoch zu dem Ergebnis, dass diese Verfügungsgewalt nicht zu einer ökonomischen Machtposition führen wird, die dem Wettbewerbsgesetz widersprechen würde. In ihre Erwägungen hat die Wettbewerbsbehörde auch einbezogen, dass zeitgleich über die Fusion von *VGZ* und *Univé* entschieden wird, die voraussichtlich auch zulässig ist.[282] Die beiden neuen Unternehmen werden dann zusammen mit *Achmea* und *CZ/OZ* die vier größten Anbieter von Krankenversicherungen sein, die einen Marktanteil von 87% halten werden. Dies könnte zusammen zu einer ökonomischen Machtposition führen, die dem Wettbewerbsgesetz widersprechen könnte. Die Wettbewerbsbehörde prüft die Wahrscheinlichkeit einer solchen anhand von vier Kriterien:

– Einfachheit der Koordination hinsichtlich der Verständigung,

278 Oben I. 4.4.

279 *Walser,* Ziel erreicht? Erste Ergebnisse der niederländischen Reform des Krankenversicherungssystems, Die BKK 2006, S. 394.

280 *NZa*, Monitor Ziekenhuiszorg 2007, S. 17f.

281 Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoelt in artikel 37, eerste lid, van de Mededingingswet, Nummer 5682/47, zaak 5682/Delta Lloyd – Agis – Menzis.

282 Zaak 5682/Delta Lloyd – Agis – Menzis (Fn. 281) S. 16 f.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

- Kontrolle der Unternehmen,
- Disziplinierungsmechanismus bei abweichendem Verhalten,
- keine Beeinträchtigung der angestrebten Resultate durch Außenstehende.

Nach diesen Kriterien verneint die Wettbewerbsbehörde zu diesem Zeitpunkt die Wahrscheinlichkeit des Auftretens einer ökonomischen Machtposition. Das Argument hierbei ist, dass es nach der grundlegenden Reform und der laufenden Etablierung des neuen Systems keine stabile Marktsituation gibt, so dass die Koordination und Kontrolle auf Schwierigkeiten stößt. Die Disziplinierungsmaßnahmen und der Einfluss Dritter würden dann außer Frage stehen.[283]

III. Zusammenfassung der Ergebnisse bezogen auf die Funktion und Rolle des Wettbewerbs

Insgesamt lässt sich für die Niederlande erkennen, dass sich die Steuerung im Gesundheitswesen und ganz besonders im Bereich der Krankenhäuser im Wandel befindet. Während das System bis 2005 noch von einer starken normativen Regulierung und einem erheblichen staatlichen Einfluss geprägt war, was sich in der detaillierten Krankenhausplanung bis hin zur Festlegung der Bettenzahl der einzelnen Krankenhäuser sowie in der Finanzierung nach staatlichen Vorgaben und durch ein staatliches Organ festgesetzt zeigte, verschiebt sich diese normative Regulierung mehr und mehr zu einer Steuerung durch Wettbewerb, wobei der hoheitliche Einfluss nur in geringem Maße abnimmt, aber mehr kontrollierend und rahmensetzend geprägt ist, was sich vor allem in der Tätigkeit der Gesundheitswettbewerbsbehörde, aber auch der Wettbewerbsbehörde zeigt.

Im Verhältnis der Versicherten zum Krankenhaus ließ sich in den letzten Jahren keine größere Entwicklung verzeichnen. Auch wenn sich die Versicherten mehr über die Qualität eines Krankenhauses informieren, so wird ihr Recht auf Wahl des Krankenhauses durch faktische Zwänge, wie der regionalen Verteilung der Krankenhäuser, weitgehend bestimmt, so dass keine großen Entscheidungsspielräume verbleiben und die Krankenhäuser demzufolge nicht um die Versicherten konkurrieren müssen.

Weit interessanter sind die wettbewerblichen Entwicklungen im Verhältnis des Versicherten zu der Krankenversicherung. Durch unterschiedliche Preisgestaltungen und verschiedene Ausformungen der Versicherungsangebote sowie der Möglichkeit von Zusatzversicherungen haben die Versicherten die Wahl, so dass die Versicherungsunternehmen um die Versicherten konkurrieren. Die ersten Auswertungen der Reform haben gezeigt, dass die Versichertenmobilität nach der Reform ausgesprochen hoch war und die Krankenversicherungen auch tatsächlich unterschiedliche Policen anbieten.

283 Zaak 5682/Delta Lloyd – Agis – Menzis (Fn. 281) S. 17, 18.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Verhältnis der Krankenversicherungen zu den Krankenhäusern zeigen sich vor allem infolge der Freigabe der Preisverhandlungen bei einem Teil der Leistungen und der Aufhebung des Kontrahierungszwanges verstärkte wettbewerbliche Elemente, die in diesem Bereich zumindest zu einer Kostenstabilität geführt haben. Auch hier hat der Staat den Beteiligten mehr Verantwortung übertragen und beschränkt sich auf eine kontrollierende Funktion oder auch eine ersetzende, wenn die Verhandlungen der Parteien völlig scheitern.

Auch hinsichtlich des Verhältnisses der Krankenhäuser untereinander hat es in den Niederlanden starke Bestrebungen gegeben, zu einem stärker wettbewerbsorientierten System zu gelangen. So wurde die Krankenhausplanung in der Vergangenheit weitgehend von den Regionen (*regio`s)* übernommen. Sie wird aber immer mehr freigegeben. Bereits 2005 hat man die DBC`s eingeführt und die Tarifverhandlungen im B-Segment freigegeben. 2008 ist eine Erweiterung des B-Segments geplant, so dass man eine schrittweise Ausweitung dieses freieren, mehr den Marktkräften überlassenen Feldes erreicht und der Staat sich auf eine kontrollierende Funktion beschränkt, aber weiterhin die normativen Rahmenvorgaben festlegt, in denen der Wettbewerb stattfinden soll. Das Ziel sind dabei privatrechtlich agierende Krankenhäuser als Wirtschaftsunternehmen, vielleicht in einer neuen Rechtsform, die weniger normative Vorgaben erlaubt und die hinsichtlich ihrer Planung, der Investitionen und Leistungsverträge weitgehend frei und eigenverantwortlich agieren können. Dies bildet wohl hinreichende Voraussetzungen, um Wettbewerb zwischen den einzelnen Krankenhäusern stattfinden zu lassen. Die Kehrseite ist aber, dass diesen Einrichtungen zur gleichen Zeit auch die finanzielle Verantwortung übertragen werden soll. Da es in der Vergangenheit, in der der Staat diese Verantwortung noch weitestgehend getragen hat, erhebliche Problemen mit den Kosten und der Finanzierung des Gesundheitssystems gegeben hat, erscheint es zumindest nicht völlig unproblematisch, dass die einzelnen Krankenhäuser diese Aufgabe so viel besser erfüllen können sollen und wenn ihnen dies geling, zu wessen Lasten sich diese Änderungen auswirken werden.

Schließlich hatte die Reform von 2006 auch erhebliche Auswirkungen auf das Verhältnis der Krankenversicherer untereinander. Durch die vielfältigen Möglichkeiten für die Gestaltung von Versicherungsverträgen ist eine Voraussetzung für eine Verstärkung des Wettbewerbs geschaffen worden. Eine wichtige Aufgabe fällt dabei der Gesundheitswettbewerbsbehörde zu, die die gesetzeskonforme Vertragsgestaltung mit den dargestellten Problemen überwacht. Ob sich hier tatsächlich eine Wettbewerbsverstärkung auch langfristig verzeichnen lassen wird, muss abgewartet werden. Zur Zeit lässt sich eher eine Konzentration feststellen, die allerdings von der Gesundheitswettbewerbsbehörde noch nicht als bedenklich eingestuft wird.

Die staatliche Steuerung soll zukünftig vermehrt durch Wettbewerb anstatt normativ stattfinden. Diese Entwicklung hat mit der Einrichtung der Gesundheitswettbewerbsbehörde bereits begonnen. Das Agieren von Krankenhäusern wird mittlerweile am Wett-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bewerbsgesetz gemessen und je weiter die privatrechtliche, wirtschaftlich ausgerichtete Organisation und Handlungsfreiheit zunimmt, desto mehr Handeln wird auch mit wettbewerbsrechtlichen Maßstäben zu prüfen sein.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Literatur

Beerepoot, C.C., De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag, Houten 2006.

Boot, Jan Maarten/Knapen, M.H.J.M., Nederlandse Gezondheidszorg, Houten 2005.

Breit, J.G./Elsinga, E./Kasdrop, J.P./Sanders, F.B.M./Vandermeulen, L.J.R./Weevers, K., Handboek Structuur en financiering gezondheidszorg Bd. 3, Maarsen 2005.

Centraal Bureau voor de Statistiek, Gezondheid en zorg in cijfers, Den Haag 2007.

College bouw ziekenhuisvoorzieningen, Curatieve Basiszorg: Vraag, Aanbod en infrastructuur, 2005.

CTG/Zaio, Visiedocument ziekenhuiszorg, Analyse en aanbevelingen voor concurrentie in het B-segment, Utrecht 2005.

De Groot, G.J., De zorgverzekeraar: spin in het web?, TvG 2005, S. 41 ff.

De Groot, G.J., Het overeenkomstenstelsel in revisie, TvG 2004, S. 184 ff.

De Groot, G.J., Zorgbehoefte en capaciteitstekorten in zorginstellingen: Wie is verantwoorderlijk?, In: Hubben/van Zenden, Het stelsel voorbij? Sturingsperikelen in de gezondheidszorg en jurisprudentie-overzicht, Lelystad 2002, S. 49 ff.

Gaasbeek, P.B., Mededingingswet en de Zorgsector, in: van de Gronden/Mortelmans, Mededinging en nieteconomische belangen, Utrecht 2001, S. 63 ff.

Greß, Stefan, Das Beispiel Niederlande, Frankfurt am Main 2002.

Groenewegen, P.P./van den Bos, G.A.M./van Megchelen, P., Zorg, opvang en begeleiding van chronisch zieken, Assen 2004.

Hamilton, Geert Jan, Zorgverzekering, Deventer 2005.

Hamilton, Geert Jan, Kabinet kiest voor wettelijke geregelde privaatrechtelijke zorgverzekering, Zorg&Finanziering 2004, S. 12 ff.

Hamilton, Geert Jan, Een zorgverzekering voor iedereen, Deventer 2005.

Hermans, H.E.G.M., Zorgverzekeringswet, Den Haag 2005.

Hermans, H.E.G.M./van Donk, R.N., Herziening overeenkomstenstelsel zorg, Houten 2004.

Korsten, L.E.J., Memo Mededinging 2004/05, 1. Aufl., Deventer 2004.

Kötter, Ute, Von alten und neuen Rezepten, Radikalkuren und Wechselbädern – die Reformen des niederländischen Gesundheitssystems, ZIAS 1998, S. 391 ff.

Kronenburg-Willems, E.J., Sociale Zekerheid, Deventer 2006.

Lapre´, R.M./Rutten, F./Schut, F.T., Algemene economie van de gezondheidszorg, Maarsen 2001.

Leenen, Hannie, Rechtenvan mensen in de gezondheidszorg, Teil 1 Houten 2000.

Linders, J.J.M., Wet toelating zorginstellingen, Houten 2006.

Maarse, Hans, Marktwerking in de ziekenhuiszorg, Maastricht 2002.

Maarse, Hans/Groot,W./Merode, F./Mur-Veeman, I./Paulus, A., Marktwerking in de ziekenhuiszorg, Maastricht 2002.

Maarse, Hans, Privitisation in European Health Care, Maarsen 2004.

Mackenbach, J.P./van der Maas, F.J., Volksgezondheid en gezondheidszorg, 1. Aufl., Maarssen 2005.

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Beleidsvisie Wet toelating zorginstellingen, Den Haag 2005.

Nederlandse Mededingingsautoriteit, Concurrentie in de ziekenhuissector, Den Haag 2004.

Nederlandse Zorgautoriteit, Monitor ziekenhuiszorg 2007, Den Haag 2007.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nederlandse Zorgautoriteit, Consultatiedocument Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) in de Zorg 2006.

Nederlandse Zorgautoriteit, De tussenstand op de zorgverzekeringsmarkt, Den Haag 2006.

Nobels, Carlijn, Prijsconcurrentie tussen ziekenhuis en ZBC, Rotterdam 2005.

Nolen, M.F., Rechtsbescherming van Verzekerden in de nieuwe Zorgverzekeirngswet, Zorg&Financiering 2004, S. 10 ff.

Noordam, Frits M., Socialezekerheidsrecht, 7. Aufl. Deventer 2004.

Noordam, Frits M., Hoofdzaken Socialezekerheidsrecht, 1. Aufl., Deventer 2004.

Okma, Kieke, Studies of Dutch Health Politics, Poicies and Law, Utrecht 1997.

Okma, Kieke, The privatisation paradoxon in dutch health care in: Maarse, Privatisation in European Health Care, 2004, S. 109 ff.

Pruijssers, N./Siebers, J.W.J./Kolsteren, G.T.F.A./Mulder, A./Van Scherpenzeel, A., Sociale verzekeringswetten Bd. 7, AWBZ, 7. Aufl. Deventer 2004.

Raad van State, Advies Zvw, Den Haag 2004.

Rijken, F.J., De diagnosebehandelingcombinatie (DBC) als instrument voor concurrentie tusssen ziekenhuizen, Zorg&Financiering 2006, S. 8 ff.

Scheerder, R.L.J.M., Integrale tarieven en kapitallasten, Zorg&Financiering, 2005, S. 11 ff.

Scherder, R.T.J.M., De Wet Marktordening Gezondheidszorg, Zorg&Finanziering 2005, S. 25 ff.

Scherpenisse, A.M.C./Verbeek, G., Gezondheidszorg, Houten 2002.

Schrijvers, G., Een kathedral van zorg, Maarsen 2001.

Spreeuwenberg,C./Pop, P./Beusmans, G.H.M.I./Winkens, R.A.G./Zutphen, H./, Handboek transmurale zorg, Maarsen2000.

Steyger, H.E., Marktwerking in oprichting: de bevoeggdheden van zorgautoriteit en NMa en de werking in de praktijk, TvG 2006, S. 2 ff.

Van de Gronden, J.W./Mortelmans, K.J.M., Mededingind en niet.economische belangen, Utrecht 2001.

Van der Kooij, P.A.C.E./Mulder, S.J.A., Hoofdzaken mededingingsrecht, 1. Aufl., Deventer 2001.

Van der Most, J.M., De Zorgverzekeringswet en de selfverzekerde burger, TvG 2005, S. 17 ff.

Van der Most, J.M., Funktiegerechte verstrekkiung-omschrijving, TvG 1991, S. 464 ff.

Van der Most, J.M., Vraaggestuurde zorg als recht vanuit verzekeringsperspectief (ZFW en AWBZ), TvG 2003, S. 2 ff.

Van Rooij, F.B./Kodner, D./Rijsemus, T./Schrijvers, G., Health and Health Care in the Netherlands, Maarsen 2002.

Van Saase, L./Pruijssers, N., De nieuwe Zorgverzekeringswet, Deventer 2005.

Van Schooneveld, E., De Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag in vogelflucht, TvG 2005, S. 3 ff.

Van Westerlaak, Marc, De zorgverzekeringswet toegepast, Deventer 2005.

Walser, Christina, Die aktuellen Reformen der niederländischen Krankenversicherung – Anregungen für Deutschland?, ZFSH/SGB 2004, S. 410ff.

Walser, Christina, Neue Krankenversicherung der Niederlande, ZRP 2005, S. 273 ff.

Walser, Christina, Nach der Gesundheitsreform in den Niederlanden: eine neue Krankenversicherung für jeden, SozSich 2006, S. 87 ff.

Walser, Christina, Erste Ergebnisse der niederländischen Reform des Krankenversicherungssystems, Die BKK 2006, S. 154 ff.

Wansink, H./Blom, R.J./van Garderen-Groenveld, A.S.J./van Ardenne-Dick, M.M.R./Kalkman, W.M.A., Juridisch Zakboek Bd. III, Deventer, Looseblattwerk, Stand Oktober 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zuurbier, Joost/Krabbe-Alkemade, Yvonne, Onderhandelen over DBC`s, Maarsen 2004.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Kommentar zum Bericht über die Niederlande aus ökonomischer Sicht

Hans Maarse

1. Einführung 340
2. Patienten haben freie Krankenhauswahl 340
3. Wahlfreiheit für Verbraucher bei der Krankenversicherung 342
4. Das Verhältnis zwischen Krankenhaus und Versicherungsgesellschaft 345
5. Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern 348
6. Der Wettbewerb auf dem Krankenversicherungsmarkt 353
Literatur 356

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

1. Einführung

Der *Niederländische Länderbericht* konzentriert sich hauptsächlich auf die rechtlichen Aspekte der Reform, die in der Tat von beträchtlichem Ausmaße sind. In der folgenden Stellungnahme werde ich kurz neuere Entwicklungen in der Gesundheitsreform erörtern und insbesondere einen knappen Überblick zu einigen Ergebnissen der aktuellen Marktreform geben.

2. Patienten haben freie Krankenhauswahl

Patienten, die eine stationäre oder ambulante Krankenhausbehandlung benötigen, stand die Wahl ihres Krankenhauses schon immer frei. Es gab nie irgendeine Bestimmung, die einem Patienten das Aufsuchen eines Krankenhauses außerhalb seiner Heimatregion untersagt hätte. Dennoch kann man sagen, dass die meisten Patienten gewöhnlich das nächstliegende Krankenhaus aufsuchten. Dieses Verhaltensmuster wurde dadurch verstärkt, dass Hausärzte ihre Patienten an ein bestimmtes Krankenhaus überwiesen (in den Niederlanden können Patienten nur durch Überweisung ihres Hausarztes in ein Krankenhaus eingewiesen werden). Nur wenn eine klinische Spitzenbehandlung oder irgendeine andere Art spezieller Krankenhausbehandlung erforderlich ist, suchen Patienten nicht ihr „örtliches" Krankenhaus auf, sondern ein anderes.

Inwieweit beeinflusst die aktuelle Gesundheitsreform nun die Wahl des Krankenhauses? Drei Feststellungen sind diesbezüglich von Bedeutung. Die erste betrifft den rasanten Anstieg einer neuen Art von Leistungserbringerorganisation, welche sich – anders als die Allgemeinkrankenhäuser – auf eine beschränkte Auswahl medizinischer Leistungen, wie etwa auf orthopädische Chirurgie, Kataraktchirurgie, Diagnoseleistungen oder Schwangerschaftsbetreuung spezialisiert. Die Anzahl an Fachzentren bzw. der „selbständigen Behandlungszentren" stieg von 31 im Jahr 2001 auf ungefähr 160 Ende 2006 drastisch an (NZa, 2007a). Die Neuzugänge präsentieren sich oft als „spezialisierte Unternehmen" („Focused Factory") für wahlfreie (nicht-akute) Routinebehandlungen und geben an, einen wesentlich höheren Leistungsgrad zu erzielen als Allgemeinkrankenhäuser. In den 1990ern hielt die Regierung sie nicht für notwendig, da es dem damaligen Gesundheitsminister zufolge „reichlich Kapazitäten gäbe". Die Allgemeinkrankenhäuser warfen den selbständigen Behandlungszentren auch Rosinenpickerei vor. Das Wartezeitenproblem Ende der 1990er und die Wettbewerbswelle nach dem Jahr 2000 schufen jedoch ein günstigeres Klima für selbständige Behandlungszentren und führten schließlich zu neuen Bestimmungen, die ihnen nun eine beinahe vollwertige Rolle in der Gesundheitsversorgung zuteilen. Die derzeitige Gesetzgebung gestattet es den selb-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

ständigen Behandlungszentren, in bestimmten Behandlungskategorien medizinische Betreuung inklusive Übernachtung anzubieten.

Der Vormarsch der selbständigen Behandlungszentren hat die Auswahl für die Patienten vergrößert, allerdings vorwiegend auf einer begrenzten Anzahl von Fachgebieten. Außerdem können nur Patienten, die einer ambulanten oder tagesstationären Behandlung bedürfen, von den selbständigen Behandlungszentren profitieren, wobei sich dies aufgrund jüngster Gesetzesüberarbeitungen in naher Zukunft ändern könnte. Da viele selbständige Behandlungszentren zumindest mit den großen Krankenversicherungsgesellschaften Verträge abschließen konnten, haben die meisten Patienten freien Zugang zu selbständigen Behandlungszentren, vorausgesetzt, die von ihnen benötigte medizinische Versorgung ist im Leistungspaket des neuen Krankenversicherungssystems enthalten. Ist dies nicht der Fall, so müssen diese Leistungen privat finanziert werden. Ferner besteht die Möglichkeit, die Kosten durch eine vom Patienten abgeschlossene Zusatzversicherung decken zu lassen.

Die zweite Feststellung bezieht sich auf die Rolle des Krankenversicherers. Nach der neuen Verordnung sind Krankenversicherungsgesellschaften nicht mehr verpflichtet, mit allen Leistungserbringern der medizinischen Versorgung Verträge abzuschließen, so dass beispielsweise mit einigen selbständigen Behandlungszentren keine Verträge abgeschlossen wurden. Theoretisch könnten sich Versicherungsgesellschaften auch gegen die Vertragsvergabe an ein Krankenhaus bzw. eine Krankenhausabteilung entscheiden, was bisher jedoch unterlassen wurde (ein Versicherungsträger erwirkte dies in der Vergangenheit, musste die Entscheidung jedoch nach enormer Negativwerbung in den Medien rückgängig machen). Eine weitere Möglichkeit seitens der Krankenversicherungsgesellschaft besteht darin, nur mit einer ausgewählten Anzahl an Krankenhäusern Verträge abzuschließen, den sogenannten Vorzugsdienstleistern. Suchen die Versicherungskunden einen nicht bevorzugten Dienstleister auf, so müssen sie die Differenz zwischen den vom Krankenhaus berechneten Kosten und den zwischen Versicherer und Krankenhaus ausgehandelten Kosten aus eigener Tasche bezahlen.[1] Die Vertragspolice der Krankenversicherungsträger kann somit die Wahlfreiheit ihrer Kunden einschränken.

Die Patientensteuerung durch Krankenversicherer ist und bleibt ein umstrittenes Thema im niederländischen Gesundheitswesen; verschiedene Experten erklärten hierzu jedoch, dass der Wettbewerb nicht einwandfrei funktionieren werde, solange Krankenversicherer ihre Kunden nicht effektiv steuern können. Bisher hat man damit allerdings noch nicht viele Erfahrungen gesammelt. Dafür gibt es mehrere Erklärungen, eine davon ist jedoch sicherlich die Angst der Versicherer vor einer negativen öffentlichen Reaktion auf eine selektive Vertragsvergabe. Es ist daher wahrscheinlicher, dass Versicherer ihre Patienten zukünftig über positive Anreize dem Vorzugskunden zuspielen, zum Beispiel durch Gewährung eines finanziellen Vorteils. Kürzlich erklärte eine Versiche-

1 Der Versicherer hat ebenfalls die vollen Kosten zu tragen, wenn der Versicherte eine Kostenrückerstattungspolice abgeschlossen hat, die teurer ist als eine Sachleistungspolice.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rungsgesellschaft öffentlich, dass es dieses System im Hinblick auf bestimmte Spezialbehandlungen nutzen werde.

Die dritte Feststellung betrifft den Informationsbedarf hinsichtlich der Qualität von Krankenhausbehandlungen. Solche Informationen dienen nicht nur zur Aufklärung der Allgemeinheit (Patienten) und anderer Interessensvertreter inklusive der Krankenversicherer, damit diese sachkundige Entscheidungen treffen können; sie sollen gleichzeitig Werkzeug zur Verbesserung der Leistungsfähigkeit und der Qualität der Krankenhausbehandlung sein. Informationsmaterial stellt eine Voraussetzung für jeden Wettbewerb dar und folgt dem stetigen Ruf nach größerer Qualitäts- und Kostentransparenz hinsichtlich der medizinischen Behandlung. Um die Informationslücke zu schließen, mehren sich nun in einem fort die Initiativen, quantitatives, standardisiertes und vergleichendes Informationsmaterial über Krankenhausleistungen zu sammeln. Mann kann gar von einem unvorhergesehenen Aufstieg einer „Informationsindustrie" sprechen. Die Gesundheitsaufsichtsbehörde und das Staatliche Institut für Öffentliche Gesundheit und Umwelthygiene investieren bereits in Informationssysteme zur Aufklärung von Krankenhäusern, Versicherungsgesellschaften und der Allgemeinheit in Bezug auf die Leistungen eines jeden Krankenhauses. Auch private Agenturen sind auf diesem Gebiet aktiv. Fachzeitschriften veröffentlichen jährlich ein Hospital-Ranking, d.h. eine Rangliste von Krankenhäusern, um so den Leser über die „besten" und die „schlechtesten" Krankenhäuser zu informieren. Diese Ranglisten basieren zunehmend auf Struktur- und Prozessindikatoren inklusive eventueller Wartezeiten, beinhalten jedoch auch Indikatoren zum klinischen Ergebnis. Da Ranglisten oft verschiedene Methodiken benutzen, stellen sie oft keinen Vergleich dar. Die Korrelation zwischen den Ranglisten liegt gewöhnlich bei etwa 0,20. Dies bedeutet, dass ein Krankenhaus einen hohen Rang in der einen Liste einnehmen kann, während es in der anderen auf einem unteren Rang liegt. Leider gibt es noch wenig Auskunft darüber, wie sich Informationen zu Leistungen auf die Entscheidung der Verbraucher auswirken; Versicherungsgesellschaften geben jedoch an, dass sich immer mehr ihrer Kunden für Informationen zur Qualität der Krankenhäuser und der Fachärzte interessieren.

3. Wahlfreiheit für Verbraucher bei der Krankenversicherung

Ein Eckpfeiler der Marktreform betrifft die Erweiterung der Verbraucherauswahl im Krankenversicherungswesen (Maarse & Ter Meulen, 2006). Die neuen Bestimmungen zur Krankenversicherung gewähren jedem das Recht, zum Ende eines jeden Jahres zu einer anderen Krankenversicherungsgesellschaft zu wechseln oder eine andere Krankenversicherungspolice zu erwerben. Die Versicherungsgesellschaften müssen jeden Antragsteller in der Grundversicherung aufnehmen (unbeschränkte Beitrittsmöglichkeit) und können einen mit einem Teilnehmer abgeschlossenen Vertrag nicht einseitig kündi-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen. Die Beendigungsmöglichkeit seitens des Versicherungsteilnehmers ist für den Wettbewerb unerlässlich und unterstreicht auch die individuelle Verantwortung der Versicherten im Krankenversicherungswesen.

Die Wahlfreiheit für Verbraucher ist im niederländischen Krankenversicherungswesen nichts Neues. Bereits vor der Marktreform von 2006 konnten sowohl Krankenkassenteilnehmer als auch Teilnehmer von privaten Krankenversicherungen jährlich wechseln, wobei sich die Anzahl der Wechsler als gering erwies. Laut Laske-Aldershof und Schut (2005) stieg der Anteil der überwechselnden gesetzlich Versicherten von 4,8 Prozent im Jahr 2001 auf 7,5 Prozent im Jahr 2005. Die Auswahl für den Verbraucher war im privaten Krankenversicherungsbereich schon immer größer. Laske-Aldershof und Schut meldeten hier Wechselraten von 12,7 Prozent im Jahr 2001 bis hin zu 15,4 Prozent im Jahr 2005. Sie fanden jedoch auch heraus, dass 2005 lediglich 3 Prozent der einzelnen Verbraucher absichtlich gewechselt hatten. Der relativ hohe Prozentsatz an Wechslern war hauptsächlich auf die Bedeutung der arbeitgeberbasierten Gruppenverträge zurückzuführen, die immer schon mehr schwankte als der Markt der Einzelverträge. Diesbezüglich sollte nicht vergessen werden, dass viele Teilnehmer privater Krankenversicherungen gewissermaßen „festsaßen“: Ein Wechsel war für sie sehr unattraktiv oder kaum möglich. Laske-Aldershof und Schut fassten weiter zusammen, dass die Verbrauchermobilität in den privaten Krankenversicherungen in den letzten Jahren vor der Reform im Jahr 2006 nicht wesentlich angestiegen sei.

Wie haben sich die neuen Bestimmungen zur Krankenversicherung auf die Entscheidungen der Verbraucher ausgewirkt? Entgegen der Vorhersagen der meisten Berichterstatter lag der Prozentsatz der Wechsler bei etwa 18 Prozent, was 3 Millionen Menschen entspricht. Im Jahr 2007 fiel der Prozentsatz an Wechslern jedoch auf 4,4 Prozent und im Jahr 2008 auf 3,5 Prozent (Vektis, 2008).

In ihrem Krankenversicherungsbericht machte die niederländische Gesundheitswettbewerbsbehörde folgende Feststellungen zur Verbrauchermobilität: Jüngere Menschen wechseln häufiger als Ältere; Personen, die ihre eigene Gesundheit als schlecht oder mittelschlecht beurteilen, wechseln weniger häufig als solche, die ihre Gesundheit als gut oder sehr gut einstufen; Menschen mit höherer Bildung wechseln häufiger als niedrig Gebildete; Erwachsene mit einem Lebenspartner und einem oder mehreren Kindern wechseln häufiger als Alleinstehende; die Verbrauchermobilität ist in den drei Großstädten höher als andernorts (NZa, 2007b). Diese Ergebnisse lassen darauf schließen, dass bestimmte Menschengruppen offensichtlich mehr von ihrer Wahlfreiheit profitieren konnten als andere.

Die hohe Anzahl an Wechslern im ersten Jahr nach der Reform ist beachtlich, entspricht jedoch den andernorts gemachten Erfahrungen. Verschiedene Studien verzeichneten unmittelbar nach der Reform eine beträchtliche Verbrauchermobilität, was darauf hindeutet, dass Reformen das Potenzial haben, Versicherungsteilnehmer zu einem schnelleren Wechsel zu bewegen (z.B. Cutler & Reber, 1998). Es gibt gute Gründe, die hohe Anzahl von Kassenwechslern – den sogenannten Schockeffekt – als Einmaleffekt

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Versicherungsreform zu interpretieren. Erstens war die Einführung der neuen Bestimmungen zur Krankenversicherung von Massenwerbung seitens der Regierung und der Versicherungsanstalten begleitet worden, um jeden auf sein Recht des Versicherungswechsels aufmerksam zu machen. Eine zweite Erklärung ist, dass die Reform vielen Versicherungsteilnehmern die Gelegenheit gab, ihre Lage aufs Neue zu überprüfen. Familien etwa, deren Mitglieder durch eine Mischung aus gesetzlichen und privaten Versicherungen abgedeckt gewesen waren, konnten sich nun von einer einzigen Gesellschaft versichern lassen. Drittens konnten Privatversicherte, die in den vorherigen Jahren an ihre Versicherung gebunden waren, nun einen anderen Versicherer bzw. eine andere Krankenversicherungspolice abschließen (Douven et al., 2007). Als vierte und weitere triftige Erklärung für die steigende Verbrauchermobilität ist der rasante Marktzuwachs an Gruppenverträgen (siehe unten) nach der Reform zu nennen.

Haben diese Erklärungen Gültigkeit, so wird der beachtliche Rückgang der Verbrauchermobilität in den Jahren 2007 und 2008 nicht verwundern. Die zuletzt eingeführten Bestimmungen zur Krankenversicherung haben nicht mehr den Neuheitswert von 2006, und viele Versicherungsteilnehmer haben sicherlich bereits im Jahr 2007 die Gelegenheit ergriffen, ihre persönliche Versicherungslage umzugestalten. Viele der Befragten, die 2007 einen Wechsel nicht in Betracht zogen, gaben außerdem an, sie seien mit ihrem derzeitigen Versicherer zufrieden bzw. könnten keine wesentlichen Unterschiede bezüglich der Gesundheitspolitik zwischen den einzelnen Versicherungen erkennen (NZa, 2007b). Unzufriedene Versicherungsteilnehmer wechselten möglicherweise auch deshalb nicht, weil ihre Unzufriedenheit die kritische Schwelle nicht überstieg oder weil ihnen die Kosten eines Übertritts zu hoch waren. Weitere Gründe, die gegen einen Wechsel sprechen könnten, sind fehlende administrative Kompetenz oder zu geringes Produktinteresse gegenüber dem Krankenversicherungsschutz.

Diese Feststellungen führen zu dem Schluss, dass die sehr hohe Mobilitätsrate wohl eher auf einem Einmaleffekt der Marktreform beruhte und dass man in den Jahren 2007 und 2008 „zur Normalität zurückkehrte“. Für 2009 erwarten die Fachleute jedoch aufgrund vieler im Jahr 2006 abgeschlossener und nun auslaufender Gruppenverträge einen höheren Prozentsatz an Versicherungswechslern. Viele dieser Verträge hatten eine Laufzeit von drei Jahren. Der Markt für Gruppenverträge ist bekanntlich konkurrenzfähig.

Betrachten wir einmal das Konsumverhalten näher, so können wir Folgendes beobachten: Erstens bevorzugen die meisten Versicherungsteilnehmer eine Versicherung auf Sachleistungsbasis, allerdings ist der Marktanteil dieser Versicherungstypen von 67 Prozent im Jahr 2006 auf 53 Prozent im Jahr 2008 geschrumpft. Alternativen sind Versicherungen auf Kostenerstattungsbasis und solche, die sozusagen auf der Basis einer Kombination aus Sachleistungen und Kostenerstattungen funktionieren. Zweitens ist interessant, dass Krankenversicherungsverträge mit freiwilligem Eigenanteil in den Niederlanden nicht sehr attraktiv sind. Im Jahr 2008 wählten nur 5,2 Prozent der Teil-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

nehmer einen freiwilligen Eigenanteil.[2] Drittens sind Zusatzversicherungen immer noch sehr beliebt. Im Jahr 2008 gaben etwa 95 Prozent der Teilnehmer an, eine solche Versicherung abgeschlossen zu haben und diese ist, im Gegensatz zur Kranken-Grundversicherung, freiwillig. Viertens hat die Marktreform einen beachtlichen Anstieg an Gruppenversicherungen bzw. Gruppenverträgen hervorgerufen. Der Bevölkerungsanteil mit solchen Verträgen stieg von etwas mehr als 20 Prozent in den Jahren 2004 und 2005 vor der Reform auf beinahe 60 Prozent im Jahr 2008[3]. Interessant daran ist jedoch die Tatsache, dass sich der Markt für Gruppenverträge im Jahr 2008 kaum vergrößerte, was auf eine natürliche Obergrenze für diesen Vertragsmarkt hindeuten könnte (Vektis, 2008).

Prämienrabatte (sowohl bei der Grundversicherung, als auch bei der Zusatzversicherung) sind die wichtigsten Vorteile von Gruppenverträgen, wobei auch sie Sondervereinbarungen für ihre Teilnehmer beinhalten können. So werden möglicherweise etwa die Kosten für spezielle Pharmazeutika, Hilfspersonal, Sportprogramme für ältere Menschen oder Sportkrankengymnastik erstattet. Einige Gruppenverträge mit Patientenvereinigungen enthielten gesonderte Versorgungsvereinbarungen.

Es gibt zwei Arten von Gruppenverträgen. Arbeitgeberbasierte Verträge stellen bei Weitem die wichtigste Kategorie dar: Zwei Drittel aller Verträge waren im Jahr 2007 arbeitgeberbasiert. Die zweite Kategorie besteht aus offenen Gruppenverträgen, einer sehr heterogenen Kategorie. Es gab zum Beispiel Gruppenverträge für die sozialen Minima (unterzeichnet von den Kommunalverwaltungen), für ältere Menschen, für Gewerkschaftsmitglieder und für allgemeine Verbraucherorganisationen (Schut & De Bruijn, 2007). Interessanterweise schafften es einige Patientenverbindungen auch, Gruppenverträge für ihre Mitglieder zu erwirken; der Marktanteil dieser Patientengruppenverträge hat sich jedoch bisher sehr niedrig gehalten (weniger als 1 Prozent) (Bartholomée & Maarse, 2007).

4. Das Verhältnis zwischen Krankenhaus und Versicherungsgesellschaft

Ein Eckpfeiler der Marktreform befasst sich mit der Rekonfiguration der Rolle der Versicherungsgesellschaften im Gesundheitswesen. Im Marktmodell funktionieren sie nicht nur als sozialer Mechanismus, der die Zugänglichkeit zur Gesundheitsversorgung garantiert (die *Zugangs*funktion) und die Kosten einer medizinischen Versorgung deckt (die *Kostenerstattungs*funktion), sondern auch als aktive Beschaffer von Gesundheits-

2 Man beachte, dass die Vereinbarung zur Schadensfreiheit im Jahr 2008 durch einen Pflichteigenanteil von 150 Euro ersetzt wurde.

3 In der Zeit vor der Reform profitierten hauptsächlich Privatversicherte vom arbeitgeberbasierten Gruppenvertrag. Bei solchen Verträgen bestanden sehr wenige Aufnahmeplätze für gesetzlich Versicherte.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pflege. Letztere Funktion wird als *Verwaltungs*funktion der Versicherer beschrieben (Schut & Van Doorslaer, 1999) und kann als ausschlaggebender Aspekt des vertragsschließenden Marktes erachtet werden, der als analytische Verbindung die Lücke zwischen den Versicherungsgesellschaften und den Leistungserbringerorganisationen (hier: Krankenhäuser) schließt.

Die Beschaffung betrifft ein wesentliches Element des geregelten Wettbewerbs. Ein Wettbewerb im Krankenversicherungswesen soll Versicherer dazu ermutigen, wirksame Einkaufsstrategien zu entwickeln und durchzuführen, um die eigene Position auf dem Krankenversicherungsmarkt zu stärken. Ein Wettbewerb unter Krankenversicherungen ohne Beschaffung kann sogar als sinnlos betrachtet werden. Die wahre Prüfung der Marktreform besteht nicht nur aus niedrigeren Prämien für die Krankenversicherung; es geht auch um die Frage, ob Versicherer im Hinblick auf Effizienz, Qualität, Innovation und Patientenausrichtung einen wesentlichen Beitrag zur Verbesserung des Gesundheitswesens machen können. Das vorrangige Instrument hierfür ist die Beschaffung bzw. der Einkauf.

Die Beschaffung kann als interaktive Beziehung zwischen Versicherer und Krankenhaus gesehen werden. Drei Faktoren beeinflussen dabei den Beschaffungsprozess zwischen dem Versicherer und dem Leistungserbringer: (a) die soziale Natur der Beziehung; (b) die Marktstruktur; und (c) die Instrumentarien.

Die *soziale Natur* der Beziehung zwischen dem Versicherer und dem Leistungserbringer ist geprägt von einem hohen Grad gegenseitiger Abhängigkeit, denn beide brauchen die Ressourcen des anderen und eine Substituierbarkeit scheint oft nur begrenzt möglich. Etablierte Leistungserbringer und Versicherer blicken auch auf eine langjährige Beziehung mit häufigen Kontakten zurück, die sie nicht so leicht aufgeben können. Da Verhandlungen „im Schatten der Zukunft" stattfinden, gibt es oft nur begrenzten Raum für opportunistisches Verhalten oder knallharte „rationale" Marktentscheidungen, insbesondere wenn die Gewinne vorher genau festgelegt sind.

Die *Marktstruktur* beeinflusst auch die Beschaffung. Ein knappes Angebot an Leistungserbringerorganisationen schwächt eindeutig die Verhandlungsmacht der Versicherungsanstalten; die grundlegende Frage ist jedoch, inwiefern die niederländische Krankenhausversorgung ein Problem mit einem knappen Angebot hat. Die Krankenhausversorgung stellt hierfür ein typisches Beispiel dar. Während die Krankenhausbranche des öfteren die Meinung äußerte, dass die benötigten Kapazitäten in der Krankenhausversorgung die bestehenden Kapazitäten bei Weitem überschreiten, so waren andere eher der Meinung, dass das Problem in der Krankenhausbranche nicht die mangelnde Kapazität, sondern die mangelnde Produktivität sei. Aufgrund des Zuwachses an selbständigen Behandlungszentren (siehe Kapitel 2) konnte das Defizit an Kapazitäten in mehreren Fachgebieten weitgehend oder völlig behoben werden.

Die Regierung versuchte auch, die Verhandlungsmacht der Versicherer zu stärken, indem sie deren Verpflichtung aufhob, mit jedem Leistungserbringer einen Vertrag schließen zu müssen. Die Wirksamkeit dieses *Instrumentariums* sollte jedoch nicht

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

überbewertet werden, da sich die selektive Vertragsvergabe an etablierte Leistungserbringer bisher nicht als realistische Option erwiesen hat. Man nenne nur das Beispiel einer großen Versicherungsanstalt, die sich aufgrund von überhöhten Preisen weigerte, mit einem Krankenhaus einen Vertrag abzuschließen. Diese Entscheidung rief eine landesweite Welle der Empörung hervor, so dass die Versicherung ihre Entscheidung bald zurückrufen musste.

Es ist anzumerken, dass die bilaterale Beziehung zwischen einem Versicherer und einem Krankenhaus in ein weitläufiges Umfeld gebettet ist, das den Beschaffungsprozess beeinflusst. Einer der relevanten Faktoren betrifft die Kaufkraft von Versicherungsgesellschaften. Obwohl der Einkauf in einem geregelten Wettbewerb als Schlüsselinstrument anzusehen ist, gibt es eindeutige Anzeichen dafür, dass er sich noch im Anfangsstadium befindet, und dass sowohl Versicherer als auch Krankenhäuser immer noch dabei sind, die neuen Regeln des Marktspiels zu lernen und ihre neue Rolle auszuformen. Sie müssen das für einen effektiven Einkauf benötigte Fachwissen erst aufbauen. Ein effektiver Einkauf erfordert auch den Zugang zu verlässlichen, detaillierten und zeitnah verfügbaren Informationen über die Leistungsstärke des Leistungserbringers auf Diagnose- und Behandlungsebene. Die Versicherungsgesellschaften investieren derzeit in diese Erweiterung ihres Grundwissens, denn sie verstehen sehr wohl, dass ein Mangel an wichtigen Informationen bezüglich der Qualität und der Kosten medizinischer Leistungen ihre Verhandlungsmacht schwächt.

Die Beziehung zwischen Versicherer und Krankenhaus wird auch stark von der Beziehung zwischen Versicherer und Verbraucher geprägt. Das Modell des Einkaufs basiert auf der Vorstellung, dass Versichererungsgesellschaften auf dem Vertragsmarkt im Namen ihrer Teilnehmer agieren. Sie sehen sich beim Verhandeln mit Leistungserbringern über Umfang, Qualität, Preise und Anderes als Vertreter ihrer Kunden. Ein direkter Einkauf durch den Kunden wird aufgrund der Informationsasymmetrie zwischen dem Käufer und dem Leistungserbringer und der ansonsten schwachen Verhandlungsposition der meisten Einzelkunden als nicht durchführbar erachtet. In ihrer Rolle als „Dritte“ auf dem Vertragsmarkt stecken die Versicherer in einem ernsthaften Dilemma. Während die selektive Vertragsvergabe und das Steuern von Patienten in einem geregelten Wettbewerb als wesentliche Elemente des effektiven Einkaufs betrachtet werden, ist unsicher, ob solche Strategien beim Kunden gut ankommen. Aus Furcht vor Negativwerbung und Rufschädigung haben Versicherer die selektive Einkaufsstrategie bisher vermieden (ein anderer Grund war, dass sie die erforderlichen Informationen zu Kosten und Qualität nicht liefern konnten und organisatorisch nicht auf eine selektive Vertragsvergabe vorbereitet waren). Sie haben Bedenken, dass die meisten ihrer Kunden „ihren eigenen Arzt“ behalten wollten und „in ihrem eigenen Krankenhaus“ medizinisch behandelt werden wollen, und deshalb wehren sie sich gegen eine selektive Vertragsvergabe inklusive der damit einhergehenden Patientensteuerung.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5. Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern

Der Markt für Krankenhausversorgung war schon immer umkämpft. Es gab zum Beispiel Krankenhäuser, die versuchten, ihr geografisches Einsatzgebiet auf Kosten anderer Krankenhäuser zu erweitern oder solche, die sich einen *politischen* Wettstreit lieferten, um ihre Entwicklungspläne vom Gesundheitsminister genehmigt zu bekommen. Es gibt jedoch Indizien dafür, dass der gegenwärtige Markt um die Krankenhausversorgung kompetitiver als je zuvor geworden ist, und das obwohl noch mehrere marktformende Regierungsentscheidungen zur Krankenhausversorgung ausstehen oder erst wirksam werden müssen. Gupta Strategists (2005) stellte kürzlich nicht nur ein hohes Wettbewerbsniveau in „Randstad-Gebieten" (Amsterdam, Rotterdam, Den Haag, Utrecht) fest, sondern auch in vielen anderen Gebieten. Lediglich in ein paar Gebieten erwies sich der Wettbewerb als niedrig. Der Wettbewerb im Krankenhaussektor ist daher sicherlich nichts Neues.

Aufgrund von aktuellen Marktreformen erwartet man jedoch für die Zukunft eine merkliche Intensivierung dieses Wettbewerbs. Krankenhäuser kämpfen immer mehr um Marktanteile. Dabei spielen Preisfixierung und Versorgungsqualität eine Schlüsselrolle. Was die Qualität angeht, so folgen Krankenhäuser dem momentanen Trend und interessieren sich nicht nur für eine Verbesserung der klinischen Versorgungsqualität, nein, sie haben auch begonnen, in die organisatorische Versorgungsqualität zu investieren. Einige Initiativen diesbezüglich sind: die Wiedereinführung von Einzelzimmern; die Umgestaltung der klinischen Behandlungspfade für kürzere Wartezeiten und eine patientenfreundlichere Krankenhausversorgung; die Einrichtung von Fachzentren für besondere Krankheiten und Behandlungen (z.B. Mamma-poli). Das ‚Aufpolieren' von Krankenhäusern durch zusätzliche nichtklinische Patientendienste und mehr Patientenkomfort wird auch zunehmend zu einem wichtigen Strategieelement von Krankenhäusern. Ein weiterer Aspekt bezüglich der Qualität betrifft den persönlichen Bereich. Viele Krankenhäuser investieren in einen besseren Kundenumgang seitens ihres Personals, indem sie eine optimale Kommunikation und die einwandfreie Behandlung der Patienten fordern. All diese Elemente hält man für wichtig hinsichtlich der Frage, wie Patienten die Krankenhausversorgung empfinden und bewerten.

Bisher wurden noch keine Krankenhausketten in den Niederlanden gegründet. Krankenhäuser agieren lieber als unabhängige Organisationseinheiten. Dennoch wird ihnen allmählich bewusst, dass sie durch die momentane Wettbewerbswelle wirksame gemeinschaftliche Vereinbarungen treffen werden müssen, um ihre Position auf dem Markt zu stärken. Diese Vereinbarungen sollen nicht nur als Kostensenkungsinstrument dienen, sondern auch als wirksame Methode, die Qualität der Versorgung zu verbessern, indem sie klinische Erfahrungswerte teilen, sich gegenseitig Patienten überweisen und Fachleute austauschen. Das wahrscheinlich wichtigste Ziel der Zusammenarbeit ist es

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jedoch, der laufenden Verdichtung auf dem Krankenversicherungsmarkt entgegenzuwirken, wo im Jahr 2008 die „großen Vier“ fast 90% des Marktes innehatten.

In Kapitel 2 wurde kurz der rasante Zuwachs von selbständigen Behandlungszentren angesprochen. Obgleich diese neuen Leistungserbringerorganisationen bisher nur einen geringen Anteil der gesamten Krankenhausausgaben ausmachen (höchstens ein paar Prozent), sollte ihr Einfluss nicht unterschätzt werden. Allgemeinkrankenhäuser empfinden solche selbständigen Behandlungszentren quasi als Wettbewerbsbedrohung, was sie dazu veranlasst, ihren eigenen Leistungskatalog neu zu entwerfen, um wettbewerbsfähig zu bleiben, sowie die Krankenhausversorgung patientenfreundlicher zu gestalten. Die wahre Bedeutung von selbständigen Behandlungszentren für die Krankenhausversorgung besteht vielleicht sogar eher in ihrer Einwirkung auf die Leistung von Allgemeinkrankenhäusern (z.B. hinsichtlich Produktivität und Qualität der Versorgung), als in ihrem erworbenen Marktanteil. Eine von zahlreichen Krankenhäusern übernommene Strategie ist die, eigene selbständige Behandlungszentren einzurichten bzw. unternehmerischen Fachleuten in ihren Krankenhäusern aktiv Hilfestellung zu leisten. Ganz klar haben selbständige Behandlungszentren einen härteren Konkurrenzkampf auf bestimmten Gebieten der Fachversorgung hervorgerufen. Ihre endgültige Bedeutung für die Struktur der Krankenhausversorgung steht jedoch noch nicht fest.

Die Einführung von Konkurrenz auf dem Markt erfordert die Abschaffung des Systems eines festen Krankenhausbudgets, welches zur Kostenkontrolle eingeführt worden war (Maarse, 1996). Seit seinem Beginn im Jahr 1982 durchlief das System viele Änderungen, jedoch stellten diese Änderungen nie eine klare und eindeutige Verbindung zwischen Krankenhausfinanzierung und -leistung her. Das Finanzierungssystem bot keine starken Anreize für Effizienz. Weitere Probleme fanden sich in der wachsenden Kluft zwischen der Nachfrage und dem Budget für Krankenhauspflege, sowie in der mangelnden Transparenz hinsichtlich der Krankenhausausgaben.

Hierfür wurde ein vom Case-Mix abhängiges Zahlungssystem entwickelt, das sich auf Kombinationsleistungen für Diagnose und Behandlung („Diagnosis Treatment Combinations“ - DTCs) stützt und sowohl die stationäre wie auch die nicht-stationäre medizinische Versorgung mit einschließt. Derzeit gibt es etwa 30 000 DTCs. Es überrascht nicht, dass das DTC-System in seiner augenblicklichen Form aufgrund seiner ungeheuren Komplexität als unausführbar erscheint. Die Anweisungen zur Patientenkodierung wirken ebenfalls zweideutig. Viele Ärzte beschweren sich über die Komplexität des neuen Systems, vergessen dabei jedoch oft, dass die Ärztegemeinschaft selbst bei der Entwicklung des neuen Systems sehr stark mit einbezogen wurde. Ein weiterer Grund zur Sorge ist die Möglichkeit, dass Ärzte und Krankenhäuser die Regeln des Systems missbräuchlich verwenden könnten. Aufgrund dieser und anderer Probleme wird es als ein Muss erachtet, das neue Finanzierungsmodell erheblich zu überarbeiten, um daraus ein robustes und verlässliches Instrumentarium der Krankenhausfinanzierung zu machen. Diese Überarbeitungen sind nun in die Wege geleitet worden.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein sehr wichtiges Element der aktuellen Marktreform in den Niederlanden ist die Erwartung, dass sie einen gewissen Preiswettbewerb in der Krankenhausversorgung ermöglicht. Zu diesem Zweck werden die finanziellen Einkünfte eines jeden Krankenhauses in zwei Segmente aufgeteilt. Im A-Segment wird der Tarif für jede DTC noch zentral und anhand von Höchsttarifen durch die niederländische Gesundheitswettbewerbsbehörde (*Nederlandse Zorgautoriteit - NZa*) reguliert. Hier gibt es keinen Preiswettbewerb zwischen Krankenhäusern, wobei selbständige Behandlungszentren niedrigere Preise anbieten können. Ein weiteres Hauptmerkmal des A-Segments ist die Tatsache, dass die Gesundheitswettbewerbsbehördebehörde für jedes Krankenhaus eine jährliche Budgetgrenze festlegt. Übertreffen die Einkünfte eines Krankenhauses einmal diese Budgetgrenze, wird der Kostenüberschuss rückwirkend gegengerechnet. Aufgrund dieser Vereinbarung, in welcher DTCs nur als administratives Werkzeug genutzt werden, um für die Krankenhausversorgung aufzukommen, besteht für die Krankenhäuser kein Anreiz, im A-Segment „Überproduktion" zu leisten. Im B-Segment steht es den Krankenhäusern und Versicherern jedoch frei, über die Preise für DTCs zu verhandeln. Im Gegensatz zum A-Segment gibt es im B-Segment auch keine Budgetgrenze.

Die Preiskonkurrenz begann in begrenztem Umfang im Jahr 2005, als 1246 DTCs aus 24 Kategorien – darunter Katarakte, Leistenbrüche, vollständiger Hüftgelenk- und Kniegelenkersatz sowie Diabetesbehandlungen – für den Preiswettbewerb freigegeben wurden. Krankenhäuser und Versicherer fingen an, Marktpreise für diese DTCs auszuhandeln. Im Jahr 2006 stellten sie etwa 7,3% der gesamten Krankenhauseinnahmen dar. Der Umfang für den Preiswettbewerb wurde 2007 auf 20% erweitert und wird 2009 weiter auf 34% erhöht werden. Diese Prozentsätze verdeutlichen, dass die Regierung eine umsichtige Implementierungsstrategie im Krankenhaus-Preiswettbewerb verfolgt.

Der Bruchteil der Einnahmen, für die der Preiswettbewerb bei den gesamten Krankenhauseinnahmen gilt, ist je nach Art des Krankenhauses unterschiedlich. Er ist für Allgemeinkrankenhäuser höher als für wissenschaftliche Zentren und variiert auch bei den medizinischen Fachrichtungen. Informationen der niederländischen Gesundheitswettbewerbsbehörde zufolge sind ausgehandelte Preise wesentlich wichtiger für die Orthopädie und die Augenheilkunde als für die Neurologie (NZa, 2007b).

Desweiteren sind noch verschiedene Fragen bezüglich der Preiswettbewerbspolitik abzuklären. Eine erste betrifft den ultimativen Spielraum für den Wettbewerb: Welcher Anteil der Krankenhausversorgung wird im freien Wettbewerb stehen? Werden es 70% sein wie in früheren Regierungsberichten vorausgesagt oder wird der Prozentsatz erheblich geringer ausfallen? Die Regierung bringt immer wieder den Punkt vor, dass einige Arten der Krankenhausversorgung, darunter die Notfallversorgung und die klinische Spitzenversorgung, ungeeignet für einen Preiswettbewerb sind. Für solche Leistungen muss eine andere Art der Finanzierung vereinbart werden. Eine zweite Frage betrifft die Kostenkontrolle. Werden der Wettbewerb und das gleichzeitige Anheben der Budgetgrenze einen unkontrollierbaren Anstieg der Krankenhausversorgungskosten verursachen? Aus diesem Grunde erklärte der Gesundheitsminister kürzlich, dass jegliche Er-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weiterung hinsichtlich des Umfangs des Preiswettbewerbs auf eine sorgfältige Auswertung der bisherigen Erfahrungen mit dem Wettbewerb gestützt sein muss. Er verkündete außerdem die Entwicklung eines neuen politischen Instrumentariums zur Einschränkung der wachsenden Krankenhausausgaben, welches 2010 eingesetzt werden könnte, falls der Anstieg der Krankenhausausgaben außer Kontrolle geraten sollte.

Bis jetzt gibt es einige Anzeichen dafür, dass ein Preiswettbewerb funktionieren könnte. Es gab weniger nominelle Preisanstiege im B-Segment als im A-Segment: 0% gegenüber 1,5% im Jahr 2006 und 2,1% gegenüber 2,5% im Jahr 2007 (die Preise von selbständigen Behandlungszentren sind in diesen Prozentsätzen nicht inbegriffen). Echte Preiserhöhungen im B-segment waren im Jahr 2006 im Durchschnitt sogar negativ (-1,2%) und im Jahr 2007 nur leicht positiv (0,5%) (NZa, 2008). Eine weitere interessante Feststellung war, dass die Preisanstiege generell am niedrigsten in jenen Fachgebieten waren, wo selbständige Behandlungszentren bereits den Markt erschlossen haben (Beispiele: Augenheilkunde, Urologie und Gastroenterologie). Die Frage ist natürlich, ob diese Ergebnisse nur von vorübergehender Dauer sind. Sie könnten außerdem dazu führen, dass die Kosten auf andere Sektoren der Gesundheitsversorgung verlagert werden, die nicht in die Gleichung miteinbezogen sind. Interessanterweise fand die niederländische Gesundheitswettbewerbsbehörde 2008 auch heraus, dass Versicherer mit einem großen Marktanteil niedrigere Preise aushandeln konnten als kleine Versicherer. Dieses Ergebnis lässt darauf schließen, dass Krankenhäuser es für sehr wichtig erachten, mit dem Marktführer ihrer Region Verträge abzuschließen. Was den Umfang der Krankenhausversorgung im Hinblick auf sein Wachstum betrifft, so meldete die niederländische Gesundheitswettbewerbsbehörde während der Zeit von 2005 bis 2007 ein größeres Wachstum des Umfangs im B-Segment als im A-Segment. Nach Ansicht der Behörde ist dies eventuell nur ein einstweiliger Registrierungseffekt des neuen Finanzierungsmodells. Es schließt die Möglichkeit eines angebotsbedingten Nachfrage-Effekts jedoch nicht aus (NZa, 2008).

Laut den jüngsten verfügbaren Informationen stehen die finanziellen Aussichten für Krankenhäuser ziemlich schlecht. Trotz eines merklichen Anstiegs an Krankenhauseinnahmen (6,3%) und an Krankenhausproduktivität (2%) erwies sich die „Gewinn"spanne als niedrig (1,1%) (SIRM, 2008).

Während der Markt für Krankenhausversorgung immer umkämpfter wird, fühlen sich die Krankenhäuser hinsichtlich des gefahrenen politischen Kurses der Regierung verunsichert. Zwei wichtige Punkte sollen diesbezüglich genannt werden. Der erste betrifft den Einfluss der Kostenkontrolle auf den Wettbewerb. Die Krankenhäuser behaupten, der Marktwettbewerb stehe im Widerspruch zur von der Regierung geführten zentralistischen Politik der Kostenkontrolle, insbesondere hinsichtlich der Einführung von Budgetgrenzen. Aber wird die Regierung tatsächlich davon absehen, ein solches Instrumentarium zu benutzen, wenn die Krankenhausausgaben schneller als vorhergesehen steigen? Man befürchtet allgemein, dass die aktuelle Marktreform durch neue zent-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ralistische Interventionen beeinträchtigt wird, um den Anstieg an Krankenhausausgaben einzudämmen.

Die zweite Frage befasst sich im allgemeineren Sinne mit dem weiteren Kurs der Marktreform. An anderer Stelle haben wir die Einführung des Marktwettbewerbs in den Niederlanden als Entfaltungsprozess analysiert (Maarse & Bartholomée, 2008). Es begann mit einer ziemlich radikalen Umstrukturierung des Krankenversicherungsmarktes im Jahr 2006. Jedoch müssen noch verschiedene marktformende Entscheidungen getroffen werden, die besonders den Wettbewerb auf dem Markt für Krankenhausversorgung und die Beziehung zwischen Versicherer und Krankenhaus angehen. Die schrittweise Erweiterung des Umfangs des Preiswettbewerbs wurde bereits angesprochen. Ein weiteres Beispiel betrifft die Aufhebung der zentralistischen Krankenhausplanung und die gleichzeitige Einführung einer neuen Vereinbarung zur Finanzierung von Kapitalanlagen. Krankenhäuser, die den Markt befürworten, fördern die Durchführung dieser Marktreformen, sind jedoch bezüglich ihres Inhalts etwas verunsichert. Sie befürchten, dass politische Veränderungen oder enttäuschende Meldungen zu den Auswirkungen des Marktwettbewerbs zu einem teilweisen Implementierungsprozess führen könnten, und das hieße, dass weitere marktformende Entscheidungen verschoben oder gar widerrufen würden.

Ein schönes Beispiel für diese Unsicherheit betrifft die profitorientierte Krankenhausversorgung. Diese Art der Krankenhausversorgung war schon immer ein heikles Thema im niederländischen Gesundheitswesen. Die Gesetzgebung zur Gesundheitsversorgung enthielt traditionsgemäß ein formales Verbot gegen profitorientierte Krankenhäuser, und als Folge daraus haben alle Krankenhäuser in den Niederlanden einen gemeinnützigen Status. Die frühere Regierung kündigte jedoch an, dieses Verbot als Teil seiner Marktreform aufzuheben, allerdings nicht vor 2012. Ein wichtiger Grund für diese vorsichtige Strategie war die Tatsache, dass sie das neue Zahlungssystem für Krankenhäuser, bei dem fallbasiert abgerechnet wird, nicht für stabil genug hielt, um die profitorientierte Krankenhausmedizin kurzfristig zuzulassen. Die neue Regierung, die seit 2007 im Amt ist, hat einen überarbeiteten marktformenden Vorschlag geliefert. Profitorientierte Krankenhäuser werden bis spätestens 2010 zugelassen; damit soll es Krankenhäusern erleichtert werden, Kapitalressourcen für Investitionen zu gewinnen. Es wird jedoch Einschränkungen insofern geben, dass Krankenhäuser ihren Gesellschaftern Investitionserträge zahlen können. Das Grundprinzip ist, dass jegliche Gewinne wieder in die Krankenhausversorgung investiert werden müssen. Die neue Regierung sieht Krankenhäuser als „soziale Unternehmen“, die sich in verschiedenster Hinsicht von reinen Unternehmen unterscheiden. Gewinnmaximierung wird nicht als zweckmäßiges Ziel der Krankenhausmedizin angesehen, und die in der Krankenhausversorgung erzielten Gewinne sollten prinzipiell für die Krankenhausversorgung einbehalten werden.

Der Krankenhaussektor ist unzufrieden mit dem Konzept des sozialen Unternehmens, solange das Konzept die Tatsache beinhaltet, dass den Investoren keine Investitionserträge zufallen. Deshalb sprechen sie sich für Versuche mit gewinnorientierter

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Krankenhausversorgung aus und betrachten Einschränkungen in der gewinnorientierten Krankenhausversorgung lediglich als halbe Implementierung. Diese Einschränkungen könnten außerdem den Marktwettbewerb untergraben, da sie den Krankenhausmarkt für fremde Anleger unattraktiv machen.

6. Der Wettbewerb auf dem Krankenversicherungsmarkt

Der Wettbewerb zwischen Versicherern auf dem Krankenversicherungsmarkt ist kein neues Phänomen im niederländischen Gesundheitswesen. Bei den privaten Krankenversicherungen gab es schon immer Konkurrenz auf dem Markt[4]. Außerdem gibt es unter den Krankenkassen seit 1991, dem Zeitpunkt da sie landesweit agieren durften, allerlei Wettbewerb. Der Einfluss dieser Maßnahme sollte jedoch nicht überbewertet werden. Krankenkassen agierten weiterhin hauptsächlich auf regionaler Ebene.

Die Marktreform von 2006 führte einen radikalen Wechsel gegenüber der alten Lage herbei. Sie rief einen intensiven Konkurrenzkampf zwischen Versicherern auf dem Krankenversicherungsmarkt hervor. Die Reform machte der traditionellen Trennung zwischen sozialer Krankenversicherung (Krankenkasse) und privater Krankenversicherung ein Ende. Überdies begannen alle großen Versicherungsgesellschaften, landesweit zu agieren. Das in Kapitel 3 erörterte unerwartet hohe Niveau an Verbrauchermobilität verdeutlicht den harten Wettbewerb auf dem Krankenversicherungsmarkt. Im restlichen Teil dieses Kapitels wird eine Reihe von Strategien diskutiert, mit denen Versicherungsgesellschaften der neuen Situation beizukommen versuchen.

Die erste Strategie waren die *Zusammenschlüsse*. Diese Strategie war nicht neu. Während der Zeit von 1985 bis 2005 fiel die Anzahl der Krankenkassen zum Beispiel um 58 Prozent, die Anzahl der Privatversicherer um 57 Prozent. Im ersten Jahr der neuen Bestimmungen zur Krankenversicherung fiel die Anzahl der Kassen aufgrund von Zusammenschlüssen zwischen Krankenkassen und Privatversicherungen von 57 auf 33. Zusammenschlüsse haben zu einer beträchtlichen Marktverdichtung geführt. Gemäß den neuesten Zahlen halten die „vier Großen“ im Jahr 2008 einen Marktanteil von etwa 90 Prozent. Diese Entwicklung gibt aufgrund ihrer möglichen Folgen für den Wettbewerb und die Verbraucherauswahl Grund zur Sorge; die niederländische Wettbewerbsbehörde hat bisher jedoch noch keinen Zusammenschlüssen ihre Zustimmung verweigert.

Es gibt keine alleinige Erklärung für die Tendenz zur Verdichtung im Krankenversicherungswesen. Wichtige Gründe für einen Zusammenschluss waren die Notwendigkeit

4 Man beachte, dass Versicherungsprogramme für Beamte in den Niederlanden auch als Teil der privaten Krankenversicherung angesehen werden. Hier gab es keinen Wettbewerb.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

größerer Effizienz (administrative Kosten) und die effektive Streuung von Risiken.[5] Versicherer schlossen sich auch zusammen, um ihre Marktposition im Verhältnis zu anderen Versicherern und Leistungserbringerorganisationen zu verstärken. Der merkliche Rückgang der Anzahl von Versicherern im Jahr 2006 war eine direkte Folge der neuen Bestimmungen zur Krankenversicherung, welche die traditionelle Trennlinie zwischen Krankenkassen und Privatversicherern hinfällig machten.

Die Marktreform verursachte auch einen intensiven *Preiswettbewerb* unter den Versicherungsgesellschaften. Die vorherrschende Strategie war, durch niedrige Prämiensätze für die gesundheitliche Grund– und Zusatzversorgung sowie durch beachtliche Prämienrabatte für Gruppenverträge den eigenen Marktanteil zu vergrößern. Viele Gestaltungen brachten sogar Verluste ein, was von der Niederländischen Bank AG (*De Nederlandse Bank - DNB)* in ihrer Rolle als aufsichtsführende Instanz bestätigt wurde. Die DNB fand heraus, dass diese Gestaltungen zu Verlusten für die Grundversicherung von 563 Millionen im Jahr 2006 und zu 507 Millionen im Jahr 2007 führten (DNB, 2008). Die DNB meldete für das Jahr 2006 auch Verluste von 23 Millionen bei den Zusatzversicherungen, was wirklich ein ungewöhnliches Ergebnis darstellt, wenn man die Profitabilität dieses Versicherungstyps in der Zeit vor der Reform betrachtet.

Es ist offensichtlich, dass es so in Zukunft nicht weitergehen kann. In dieser Hinsicht ist unbedingt anzumerken, dass es Hinweise dafür gibt, dass der Preiswettbewerb im Krankenversicherungswesen den Höhepunkt bereits überschritten hat.

Ein Anhaltspunkt dafür ist die Tatsache, dass im Jahr 2008 der Unterschied zwischen der preislich höchsten und der niedrigsten Prämienrate von 75 Prozent der angebotenen Grundverträge 70 Euro betrug, verglichen mit 90 Euro im Jahr 2007 (Vektis, 2008). Ein weiterer Indikator war, dass die Marketing-Ausgaben von 84 Millionen im Jahr 2006 und 46 Millionen im Jahr 2007 auf 36 Millionen im Jahr 2008 fielen (BS Health Consulting, 2008). Die Prämenrabatte für Gruppenverträge tendieren auch zum Rückgang (6,9 Prozent im Jahr 2008, verglichen mit 7,3 Prozent im Jahr 2007).

Eine dritte Marktstrategie war, *Gruppenverträge* zu gewinnen. Wir haben bereits festgestellt, dass der Markt für Gruppenverträge nach Einführung der neuen Bestimmungen zur Krankenversicherung ein Wesentliches an Zuwachs verzeichnete. Die Krankenversicherer verstanden sehr wohl das Marktpotenzial von Gruppenverträgen, und sie boten möglichen Kunden (hauptsächlich Arbeitgebern, aber auch sogenannten offenen Gruppen) attraktive Prämienrabatte auf deren Grund- und Zusatzverträge in der Krankenversicherung.

Eine vierte Marktstrategie bestand darin, die unbeschränkte Beitrittsmöglichkeit für Zusatzversicherungen einzuführen. Dies geschah aus eigenem Antrieb, denn die Bestimmungen zur Krankenversicherung verpflichten die Versicherer nicht zur Aufnahme eines jeden Bewerbers. Die Strategie der unbeschränkten Beitrittsmöglichkeit zielte eindeutig darauf ab, neue Kunden anzulocken. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Ver-

5 Einige Privatversicherungen nutzten dieses Argument auch, um ihr Versicherungsportfolio an einen anderen Versicherer zu verkaufen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sicherer ihren Kurs der unbeschränkten Beitrittsmöglichkeit für Zusatzversicherungen fortführen werden. Es gehen bereits Gerüchte um, dass die Versicherungsgesellschaften diesbezüglich immer kritischer werden und Aufnahmekriterien formulieren sowie Änderungen im Leistungspaket erwirken.

Ein letzter Punkt betrifft die Risikoauslese. Jegliche Risikoauslese durch Versicherer wird von den neuen Bestimmungen zur Krankenversicherung ausdrücklich verboten. Außerdem gibt es einen ausgeklügelten Risikoausgleichsplan, der Krankenversicherer für hohe Risiken entschädigt. Dennoch gibt es geschickte Methoden der Risikoauslese, beispielsweise das Aufstellen administrativer oder technischer Hindernisse, um Risikogruppen „abzuschrecken“, oder etwa das Entwickeln selektiver Marktstrategien, das auf „gesunde Gruppen“ abzielt. Versicherer können außerdem bei der Zusatzversicherung von der Risikoauslese Gebrauch machen, denn die Forderung der unbeschränkten Beitrittsmöglichkeit ist hier nicht verpflichtend. Die Risikoauslese spielt möglicherweise auch eine (versteckte) Rolle in Gruppenverträgen: Arbeitgeber oder offene Gruppen mit einer großen Anzahl an jungen oder gebildeten Angestellten sind die für einen Gruppenvertragsabschluss in Frage kommenden Vorzugsgruppen. Trotz des großen Repertoires an Mitteln zur Risikoauslese gibt es bisher keine oder nur dürftige empirische Nachweise für eine Risikoauslese im Krankenversicherungswesen. Bisher war die Strategie aller Versicherer, um ihren Marktanteil zu kämpfen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Literatur

Bartholomée Y, Maarse J. (2007). Empowering the chronically ill? Patient collectives in the new Dutch health insurance system.. Health Policy;84(2-3):162-169.

BS Health Consulting (2008). Stilte na de storm. Onderzoek naar de dynamiek in de zorgverzekeringsmarkt. Haarlem (report).

Cutler D, Reber S (1998). Paying for health insurance: the trade-off between and adverse selection. Quarterly Journal of Economics, 113(2): 433-466.

Douven R, Lieverdink H, Ligthart M, Vermeulen I (2007). *Measuring annual price elasticities in Dutch health Insurance: a new method.* Utrecht: NZa

Gupta Strategists (2005. The pied piper of Hamelin. Which tunes are Dutch hospitals playing? Amsterdam: report

Laske-Aldershof T, F. Schut (2005).Monitor verzekerdenmobiliteit. Rotterdam: iBMG (report).

Maarse (1996). Fixed budgets in the inpatient sector: the case of the Netherlands. In: F. Schwartz, H.Glennester, R. Saltman (eds), Fixing health budgets: experience from Europe and North-America. Chicester/New York, John Wiley & Sons, 75-92.

Maarse J, Ter Meulen R (2006). Consumer choice in Dutch health insurance after reform. Health Care Analysis, 14(1): 37-49.

Maarse J, Bartholomée Y (2008). Course and impact of market reform in Dutch health care uncertain. Intereconomics, 43(4): 189-194..

NZa (2007a). Monitor special: De rol van ZBC's in de ziekenhuiszorg. Utrecht (report).

NZa (2007b). Monitor zorgverzekeringsmarkt. De balans 2007. Utrecht (report).

NZa (008). Ziekenhuiszorg 2008. Een analyse van de marktontwikkelingen in het B-segment. Utrecht (report).

Schut F, De Bruijn D (2007). Collectieve verzekeringen en risicoselectie. Rotterdam: iBMG (report).

Schut F, Van Doorslaer E (1999). Towards a reinforced agency role of health insurers and in Belgium and the Netherlands. Health Policy, 48(1): 47-67.

SIRM (Strategies in Regulated Markets) (2008). Ziekenhuizen 2007. Analyse van de jaarverslagen van Nederlandse ziekenhuizen over 2007. Report.

Vektis (2008). Verzekerdenmobiliteit en keuzegedrag. Zeist (report).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahl und Wettbewerb als normative Steuerungsinstrumente für die Krankenhausversorgung in der Schweiz

Friso Ross

Abkürzungen 359

I. Grundlagen 360
1. Überblick 360
2. Kernfragen von Wettbewerb und Regulierung 362
2.1. Die Rolle der Krankenhausversorgung 362
2.2. Kostenbegrenzung und -kontrolle 363
2.3. Normative Steuerung und die politische Diskussion 367
2.3.1. Die freie Wahl des Versicherers 367
2.3.2. Zusatzversicherer 368
2.3.3. Spitalangebot 368
2.3.4. Der Staat als Multiakteur 369
2.3.5. Wettbewerb und wettbewerbliche Elemente 370
2.3.6. Preisbildung und Tarife 370
3. Die Krankenhausversorgung 371
3.1. Leistungen im Krankenhaussektor 372
3.2. Organisationsstruktur des Krankenhaussektors 374
3.3. Rechtlicher Rahmen 378
3.4. Beziehung zwischen Patient, Leistungsträger und -erbringer 379
4. Wettbewerb und Gesundheitsversorgung 380
4.1. Verfassungsrechtliche Fundierung 380
4.2. Wettbewerbsrechtlicher Rahmen 381
4.3. Wettbewerb im Gesundheitswesen 382

II. Märkte – Wettbewerb und Regulierung in der Krankenhausversorgung 383
1. Verbraucherorientierte Anreize der Krankenhauswahl 383
1.1. Obligatorische Krankenversicherung 383
1.1.1. Recht auf Behandlung 383
1.1.2. Auswahl und Kostendeckung 384
1.1.3. Auswahl und Einweisung 386
1.1.4. Auswahl und Aufklärungspflicht 386
1.1.5. Auswahl und Information 387
1.1.6. Auswahl und Zugang 387
1.1.7. Eingeschränkte Auswahl aufgrund des Versicherungsverhältnisses 388
1.2. Zusatzversicherung 389
2. Verbraucherorientierte Anreize der Versicherungswahl 391
2.1. Obligatorische Krankenversicherung 391
2.1.1. Wahlfreiheit, Versicherungspflicht und Kontrahierungszwang 391
2.1.2. Wahlfreiheit und Pflichtmitgliedschaften nach Arbeits- oder Verbandsrecht 392
2.1.3. Leistungen und Prämien 392
2.1.4. Prämien bei besonderen Versicherungsformen 393

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

2.1.5. Kostenerstattungsprinzip und Naturalleistungsprinzip 394
2.2. Zusatzversicherung 395
3. Wettbewerbsbeziehungen zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern 396
3.1. Obligatorische Krankenversicherung 396
3.1.1. Tarifvertrag, Behördentarif, Ersatztarif 397
3.1.2. Tarifvertragsparteien und Wettbewerb 397
3.1.3. Tarifvertragsinhalt und Preisüberwachung 397
3.1.4. Tarife und Pauschalen 398
3.2. Zusatzversicherung 399
4. Wettbewerb zwischen Krankenhäusern 399
4.1. Struktur und Status 400
4.2. Spitalplanung und Spitallisten 401
4.3. Subventionen 402
4.4. Preiswettbewerb? 403
4.5. Konzentrationsprozeß 404
4.6. Fusionen 404
5. Wettbewerb zwischen Versicherungen 405
5.1. Obligatorische Krankenversicherung 405
5.1.1. Struktur 405
5.1.2. Marktauftreten 406
5.1.3. Prämiengestaltung 406
5.1.4. Risikoausgleich 406
5.2. Zusatzversicherung 407
III. Ergebnisse: Wahl und Wettbewerb im regulierten System 409
Literatur 411

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Abkürzungen

BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BfS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgericht
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts
BR	Bundesrat
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
CHF	Schweizer Franken
DRG	Diagnosis related groups
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
EU	Europäische Union
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FMH	Féderation de médecins suisse
GesG	Gesundheitsgesetz
HMO	Health Maintenance Organization
KG	Kartellgesetz
KLV	Verordnung über Leistungen in der Krankenversicherung
KV	Krankenversicherung
KVG	Krankenversicherungsgesetz
KVUG	Kranken- und Unfallversicherungsgesetz
KVV	Krankenversicherungsordnung
OR	Obligationenrecht
PRV	Patientenrechtsverordnung
PüG	Preisüberwachungsgesetz
ReKo	Rekurskommission
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
RUKV	Rechtsprechung zur Kranken- und Unfallversicherung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Strafgesetzbuch
VKL	Kostenermittlungs- und Leistungserfassungsverordnung
VORA	Risikoausgleichsverordnung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwVG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZGB	Zivilgesetzbuch

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

I. Grundlagen

1. Überblick

Das Schweizer Krankenversicherungsrecht wird vom Krankenversicherungsgesetz KVG[1] geprägt und dadurch von der allgemeinen obligatorischen Versicherungspflicht aller Einwohner der Schweiz. Somit ist es den Einwohnern zunächst nicht freigestellt, daß sie sich versichern. Aber auch die Handlungsspielräume der Leistungsträger und Leistungserbringer werden grundsätzlich vom System der obligatorischen Krankenversicherung mitbestimmt. Insgesamt bedeutet all dies eine starke Prägung des Gesundheitswesens und damit des Krankenhausbereiches durch die Existenz des obligatorischen Krankenversicherungssystems.

Innerhalb dieses Obligatoriums können sich jedoch die dort beteiligten Akteure in einem gewissen Umfang frei entfalten. Dieser Freiraum wird durch das obligatorische System grundsätzlich gefördert. Er bedeutet nicht nur, daß die Versicherten zwischen den Leistungsträgern und deren unterschiedlichen Angeboten wählen können, sondern auch, daß grundsätzlich sowohl Träger als auch Erbringer Private sein können. Einen staatlichen Gesundheitsdienst oder eine nur staatliche Versicherungsstruktur ist jedenfalls nicht das Ziel des Obligatoriums. Außerhalb dieses Obligatoriums, welches nur die medizinische Grundversorgung gewährleistet, besteht das System der Zusatzversicherungen. Dieses ist weniger reglementiert und entspricht eher dem freien Markt. Da sich zahlreiche Zusatzleistungen auf Leistungen in Krankenhäusern beziehen, ist auch das marktwirtschaftliche Zusatzversicherungswesen von großer Bedeutung für den Krankenhaussektor der Schweiz.

Die Einführung des neuen KVG, mit Obligatorium und Kontrahierungszwang einerseits, mit Auswahlrechten und Wettbewerbselementen andererseits, war eine direkte Reaktion auf die Zustände, welche das alte KUVG[2] befördert hatte: Das Krankenversicherungssystem nach dem KUVG beruhte auf einer den Kantonen überlassenen Entscheidungsgewalt darüber, ob der jeweilige Kanton für bestimmte Personengruppen des Kantons eine Versicherungspflicht einführte. Damit ergab sich schweizweit ein buntes Bild obligatorischer Versicherung. Dem kam gleich, daß die Kantone wiederum ihren Gemeinden die Befugnis einräumen konnten, selbst für ihren Wirkungsbereich zu entscheiden, wer obligatorisch zu versichern sei, so daß es nicht nur zwischen den Kanto-

1 Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10). Im Folgenden werden alle Normen des Bundes, wie in der Schweiz üblich, nach der offiziellen Systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR) zitiert. Gesetzesrevisionen werden nach dem Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BBl) zitiert. Beide Quellen sind online verfügbar: Die SR unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html und das BBl unter http://www.admin.ch/ch/d/ff/index.html.

2 Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung, mehrfach revidiert, durch das KVG aufgehoben.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen sondern auch innerhalb eines Kantons große Unterschiede gab, wer dem Obligatorium unterstellt wurde.[3] Hinzu kam noch, daß zwar jeder Schweizer, nicht jedoch jeder Ausländer gemäß Art. 5 Abs. I KUVG das Recht hatte, einer Krankenkasse beizutreten. Dieses im Prinzip Schweizer Bürgern vorbehaltene Recht unterlag dem grundsätzlichen Vorbehalt der statuarischen Aufnahmebedingungen der jeweiligen Krankenkasse. Insgesamt konnten die Krankenversicherungen durch ihre Statuten Risikoselektion betreiben, indem sie etwa nur Mitglieder bestimmter Berufs- oder Altersgruppen aufnahmen, bestimmte Krankheiten eines Versicherten für fünf Jahre von der Versicherung ausschlossen oder die Beitragshöhe in Abhängigkeit zu Alter und einzelnen Krankheiten setzten. Wenngleich nicht alle Krankenversicherungen hiervon Gebrauch machten, vor allem größere und regionalübergreifende Krankenversicherungen sich für jedermann öffneten, gab es dennoch die Tendenz einzelner, sogenannter Billigkassen, älteren, einkommensschwachen oder kranken Personen den Zugang faktisch zu verwehren, während sie durch geringere Prämien jüngere, gesündere und finanzstärkere Personen anzogen.[4]

Das Schweizer Krankenversicherungssystem nach dem alten KUVG mit seiner sehr wettbewerblichen Ausrichtung führte einerseits zum Entstehen bzw. Herausbilden von zahlreichen Krankenkassen mit eher sogenannten guten Risiken und andererseits zur finanziellen Belastung derjenigen Krankenkassen, die eine Risikoselektion nicht im genannten Maße betrieben. Folge hiervon war eine Kostenexplosion und damit eng verbunden eine Erhöhung der Beiträge für Versicherte, die in Krankenkassen mit eher sogenannten schlechten Risiken versichert waren. Die Last des Krankenversicherungssystems trugen damit jene, denen als Alte, Kranke oder Einkommensschwache der Zugang zu finanzstarken und preisgünstigen Krankenkassen verwehrt blieb. Auf diese Situation reagierte der Schweizer Gesetzgeber 1991 mit einem dringlichen Bundesbeschluß, der schon im Titel und in den Gesetzgebungsmotiven keinen Zweifel daran ließ, was sein vorrangiges Ziel war: „Bundesbeschluß … gegen die Entsolidarisierung in der Krankenversicherung“[5]. Kern dieser legislativen Maßnahme war die Einrichtung eines Risikoausgleichs zwischen den Krankenversicherern.

Da sich die Zustände dennoch insgesamt nicht veränderten, erarbeitete man einen Entwurf für ein neues Krankenversicherungsrecht. Das hieraus entstandene KVG vom 18. März 1994, in Kraft getreten zu Beginn des Jahres 1996, hinterließ eine deutliche Zäsur im Krankenversicherungssystem. Grundelemente des KVG sind nun die obligatorische Versicherungspflicht der Schweizer Wohnbevölkerung, die grundsätzliche Wahlfreiheit der Versicherten zwischen den Versicherern, der Aufnahmezwang seitens der Versicherer in ihrem Wirkungskreis und schließlich das Prinzip der Einheitsprämie, was nichts anderes heißt, als daß der Versicherer die Prämien unabhängig von Geschlecht, Alter, Einkommen und Krankheiten erheben muß und nur regional Abstufungen vor-

3 *Maurer*, Bundessozialversicherungsrecht, S. 252.

4 *Maurer*, Bundessozialversicherungsrecht, S. 265-269 und 259.

5 BBl. 1991, IV, 917-932.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nehmen darf.[6] Die Prämien, also der Beitrag, wird weiterhin einkommensunabhängig pro Versicherten erhoben und die Prämienkalkulation fällt in die Regelungsbefugnis der Krankenkasse; dem Versicherten können aber geringere Prämien angeboten werden, wenn er etwa seine Kostenbeteiligung erhöht, seine Wahlfreiheit bezüglich der Leistungserbringer einschränkt oder an bestimmten Programmen wie HMO, DRG oder Integrierter Versorgung teilnimmt.[7] Durch die Prämienkalkulation seitens der Krankenkassen und insbesondere die Angebote zur Prämienreduktion soll, bei gleichbleibender Leistungsberechtigung der Versicherten nach dem KVG, ein Wettbewerb um die Versicherten stattfinden.

2. Kernfragen von Wettbewerb und Regulierung

2.1. Die Rolle der Krankenhausversorgung

Der Krankenhaussektor ist für das gesamte Gesundheitswesen und für das Krankenversicherungswesen von herausragender Bedeutung. Ihm obliegt nicht nur der bundesstaatliche und zumeist auch der jeweilige kantonale Auftrag, Spitzenmedizin zu gewährleisten und für sie Forschung zu treiben.[8] Vielmehr kann man schon an bloßen Zahlen ablesen, wie bedeutend er ist:

Die Krankenhäuser (im Folgenden der Terminologie folgend *Spitäler* genannt) sind der größte Arbeitgeber im Gesundheitswesen: Von den 375.000 Beschäftigten im Gesundheitswesen[9] - inklusive Industrie, Handel, Verwaltung und Prävention - waren im Jahre 2005 129.800 in den Spitälern tätig[10], also insgesamt 34,6 Prozent[11]. Dabei ist ein stetiger Anstieg zu verzeichnen: 1995 arbeiteten 115.000, 2001 schon 121.000 und 2007 bereits 131.000 Beschäftigte in den Spitälern.[12]

Für die Spitäler wurden im Jahre 2007 von der obligatorischen Krankenversicherung 37% des Gesamtbruttoleistungsbudgets von 21.6 Mrd. CHF ausgegeben,[13] wobei die

6 *Maurer*, Krankenversicherungsrecht, S. 34-38 und 143-144.

7 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 737 ff.

8 Siehe Interkantonale Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (IVHSM) vom 14. März 2008, online verfügbar unter: http://www.gdk-cds.ch/fileadmin/pdf /Themen/ Gesundheitsversorgung/Hochspezialisierte_Medizin/IVHSM_20080416_d.pdf

9 Hier, wie im Folgenden, ist die Anzahl der Beschäftigten in Vollzeitäquivalenten gemeint.

10 Bundesamt für Statistik, Beschäftigte im Gesundheitswesen 1995-2005, S. 9.

11 Die von *Boos*, Soziales Dilemma und die Organisation des Krankenhauses, S. 40, im Jahre 2002 getroffene Aussage, von den 346000 Beschäftigten im Gesundheitswesen seien 63% stationär tätig, umfaßt neben den Beschäftigten in den Spitälern auch die Beschäftigten in Heimen und anderen sozialmedizinischen Einrichtungen.

12 Bundesamt für Statistik, Beschäftigte im Gesundheitswesen 1995-2005, S. 30; Bundesamt für Statistik, Krankenhausstatistik 2007, Tabelle B2.

13 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Grafiken und Kommentare, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufwendungen für stationäre Leistungen gemessen an der Gesamtsumme 24% und für ambulante Leistungen 13% ausmachen. Im Vergleich liegt der Anteil für ambulante Leistungen von Ärzten bei 22% und für Arzneimittel bei 20%.[14]

Darüber hinaus spielen auch die privaten Leistungserbringer innerhalb des Spitalsektors eine wichtige Rolle: Von den 333 zur Erbringung von obligatorischen Leistungen zugelassenen Spitälern waren im Jahre 2007 127 private Einrichtungen und 206 öffentlich-rechtliche oder öffentlich subventionierte Spitäler.[15] Dabei ist beachtlich, daß zwar die Anzahl der zugelassenen Spitäler insgesamt zurückgeht, jedoch der Rückgang bei den privaten Einrichtungen weniger stark ist als bei den öffentlich-rechtlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern.[16]

Auch die Bedeutung für die privaten Zusatzversicherungen hat zugenommen. So stieg die Anzahl von Spitalzusatzversicherungen seit der Reform des Krankenversicherungswesens 1996 bis zum Jahre 2003. Hatten 1996 etwa 61% der obligatorisch Versicherten eine solche Police, so waren es 2003 immerhin schon 71%.[17] Dieser hohe Wert ist bis heute annähernd gleich geblieben.[18]

Letztlich ist die Zunahme der Spitalzusatzversicherungen auch dafür verantwortlich, daß die Spitäler einen großen Anteil privat zahlender Patienten haben. So lag schon im Jahre 2000 bei öffentlich-rechtlichen bzw. öffentlich subventionierten Spitälern der Anteil von Fällen in den Abteilungen für Privatpatienten durchschnittlich bei 18% und bei den Privatspitälern bei immerhin 40%.[19]

2.2. Kostenbegrenzung und -kontrolle

Die Kosten im Gesundheitssektor sind trotz der Reform des Krankenversicherungswesens im Jahre 1996 und der damit zusammenhängenden Einführung bzw. Beibehaltung wettbewerblicher Elemente teilweise linear gestiegen, teilweise sind die Kosten gleich geblieben oder so gar niedriger geworden: Betrug der Gesamtanteil der Kosten für das Gesundheitswesen am BIP 1996 etwa 10%, so lag er 2002 bei 11,5%.[20] Dieser

14 Im Jahre 2003 wurden 34,8% des Gesamtleistungsbudgets von 17.9 Mrd. CHF für die Spitäler ausgegeben, wobei die Aufwendungen für stationäre Leistungen gemessen am Budget 22,9% und für ambulante Leistungen 11,9% ausmachten, der Anteil für ambulante Leistungen von Ärzten bei 22,3% und für Arzneimittel bei 22,0 % lag. Vgl. Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2003, S. 9.

15 *Zahnd*, Kennzahlen der Schweizer Spitäler, S. 175.

16 Bundesamt für Gesundheit, Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2005, S. 7.

17 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2003, S. 37.

18 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Tabellen und Beilagen, Tabelle 9.11.

19 *Indra*, SwissDRG, S. 193.

20 Bundesamt für Gesundheit , Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2003, S. 42.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Prozentwert hat sich seither kaum verändert[21], ist in der Tendenz eher auf ca. 11% zurückgegangen,[22] so daß man zwar seit 1996 einen Anstieg der Gesundheitskosten verzeichnen kann; dieser ist jedoch seit 2002 in Beziehung zum BIP zumindest aufgehalten worden. Ähnliches läßt sich für die Rechnungssalden der sozialen Krankenversicherung, also den Differenzen zwischen Einnahmen und Ausgaben, feststellen: Gab es noch 1990 einen Überschuß von 260 Mio. CHF, so war seit Mitte der 1990er Jahre festzustellen, daß sich ein dauerhaftes Minus ergab: 1995 82 Mio. CHF, 1999 49 Mio. CHF, 2000 309 Mio. CHF, 2001 790 Mio. CHF, 2002 224 Mio. CHF.[23] Seitdem gibt es eine Trendwende. So konnten im Jahre 2003 Einnahmeüberschüsse von ca. 600 Mio. CHF, 2004 von über 800 Mio. CHF und 2006 von fast 950 Mio. CHF erzielt werden.[24]

Allerdings sind die Versicherungsprämien trotz aller Reformbemühungen stetig gestiegen: Für die obligatorische Krankenversicherung leisteten alle Versicherten im Jahre 1990 Prämien in Höhe von 6.64 Mrd. CHF, 1995 8.3 Mrd., 1999 10.4 Mrd., 2001 11.28 Mrd., 2002 12.48 Mrd.. CHF[25], 2004 bereits 18 Mrd., 2005 18.5 Mrd. und 2006 19.3 Mrd.[26], und 2007 wurde mit 19.68 Mrd. CHF fast die 20-Milliardengrenze erreicht.[27] Ein deutlicher Prämienanstieg seit dem Jahre 2000, wenngleich nicht in derselben Höhe wie bei der obligatorischen Krankenversicherung, macht sich auch bei den Zusatzversicherungen, insbesondere bei den Spitalzusatzversicherungen bemerkbar.[28]

Trotz steigender Prämien zeigen wiederum andere Zahlen ein differenzierteres Bild: Die Sozialleistungen für Gesundheit[29] sind zwar sowohl vor als auch nach der Reform von 1996 unvermindert gestiegen, nämlich von 1990 7.4 Mrd., über 1995 10 Mrd., 1999 12.4 Mrd., 2001 14 Mrd. auf 2002 14.7 Mrd. CHF[30] und von 2003 16.3 Mrd. über 2004 17.2 Mrd., 2005 18.3 Mrd. auf 2006 18.6 Mrd. CHF.[31] Doch stiegen die Sozialleistungen für Gesundheit auch nicht stärker an als etwa die Geldleistungen im Alter und waren sogar niedriger angewachsen als die Sozialleistungen für Arbeitsmarktmaßnahmen

21 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Tabellen und Beilagen, Tabelle 9.19.

22 http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/05/blank/key/internationaler_vergleich.html

23 Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2004, S. 20.

24 Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2008, S. 143.

25 Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2004, S. 22.

26 Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2008, S. 148.

27 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Tabellen und Beilagen, Tabelle 1.01.

28 Vgl. etwa: Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Graphiken und Kommentare, S. 46, oder: Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2008, S. 148.

29 Die Sozialleistungen für Gesundheit selbst machen etwa 16% der Gesamtausgaben der Sozialversicherungen aus. Höher liegt der Anteil für Geldleistungen im Alter (43%), etwas niedriger für Geldleistungen der Invalidität (9%): Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2008, S. 4.

30 Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2004, S. 27.

31 Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2008, S. 36.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

und die Geldleistungen für Invalidität.[32] Vielmehr läßt sich sagen, daß die Sozialleistungen für Gesundheit in ähnlichem Maße angewachsen sind wie die gesamten Sozialleistungen in der Schweiz.[33]

Die Kosten der Krankenversicherungen pro Versicherten für Leistungen in den Spitälern sind von 1998 bis 2007 um ca. 63% gestiegen, während sie bei ambulanten Leistungen durch Ärzte und Arztpraxen nur um 30% gestiegen sind.[34] Allerdings gewinnt die Aussagekraft solcher Zahlen eine andere Bedeutung, wenn man die Zunahme von ambulanten Leistungen in den Spitälern betrachtet: Durch die Einführung von HMO-Modellen, aber auch schon durch die Leistungserweiterung seitens der Spitäler ist es zu einem Anstieg von ambulanten Leistungen durch die Spitäler seit den Reformen gekommen, nämlich von 1998 bis 2007 um 216%.[35] Es nimmt daher nicht Wunder, wenn 2007 jeder dritte Franken für ambulante Leistungen von den Krankenversicherern an die Spitäler gezahlt wurde.[36] Insgesamt heißt dies aber, daß die Zunahme für Kosten pro Versicherten in den Spitälern eben auch mit der Zunahme der Leistungserbringung auf einem Sektor korreliert, der zuvor eher nicht in und von den Spitälern erbracht wurde.

Zusammenfassend lassen sich aber aus den gezeigten Beispielen von Kostenentwicklungen selbst noch keine eindeutigen Aussage darüber ableiten, inwieweit die Reformen des Krankenversicherungswesens wie auch die Einführung bzw. Beibehaltung wettbewerblicher Elemente zur Kostendämpfung beitrugen oder etwa Kosten erst stimulierten. Dabei gibt es weitere Faktoren, die beim momentanen Forschungsstand gänzlich unbekannt sind, jedoch vermuten lassen, daß sie erheblichen Einfluß auf die Kostenentwicklung haben. So sind im Wirtschaftskreislauf insbesondere von bedeutendem Einfluß die allgemeine Inflationsrate wie auch die Preissteigerungen gemessen am BIP.

Allerdings können Teilbereiche ausgemacht werden, die gerade hinsichtlich ihrer wettbewerblichen Funktion wenigstens zur Dämpfung von Kosten geführt haben könnten. Als beste Beispiele für eine solche Vermutung seien hier die wählbaren Franchisen der Versicherten, die Verwaltungskosten der Krankenversicherer und der Anteil der öffentlichen Haushalte am Gesundheitswesen genannt:

Das Modell der wählbaren Franchise beinhaltet, daß der Versicherte seinen jährlichen Eigenanteil an den Kosten erhöht und dafür weniger an jährlicher Prämie zahlt.[37]

---

32 Folgende Steigerungen sind von 1987 (= Index 100) zu 2006 zu verzeichnen: Sozialleistungen für Gesundheit 290, Geldleistungen im Alter 260, Sozialleistungen für Arbeitsmarktmaßnahmen 338, Geldleistungen für Invalidität 381: Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2008, S. 36.

33 Die Sozialleistungen der Gesamtrechnung für die Schweiz stiegen von 100 (1987) auf 271 (2006), nämlich von 38.5 Mrd. auf 104.7 Mrd. CHF: Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2008, S. 36..

34 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Tabellen und Beilagen, Tabelle 2.16.

35 Ebenda.

36 Ebenda.

37 Zum Franchise- und Prämiensystem siehe ausführlich II.2.1.4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für diese Form der Minderung von Prämienzahlungen optieren nicht nur immer mehr Versicherte, sondern sie hat gerade bei den Kosten pro Versicherten dazu geführt, daß im Jahre 2002 die Krankenversicherungen für Versicherte mit Wahlfranchise (CHF 2361,-) deutlich weniger an Leistungen zahlen als für Versicherte ohne Wahlfranchise (CHF 3904,-).[38] Dem kommt gleich, daß die Kosten pro Versicherten, der aufgrund sogenannter HMO- oder Hausarztmodellen eingeschränkt Leistungsangebote der obligatorischen Krankenversicherung in Anspruch nimmt, deutlich geringer sind (CHF 1792,-) als bei einem Versicherten ohne Einschränkung von Leistungsangeboten.[39]

Auch bei den Verwaltungskosten scheint einiges dafür zu sprechen, daß die Einführung von Wirtschaftlichkeitskriterien im Krankenversicherungsgesetz Einfluß auf die Kostenentwicklung genommen hat. Während sich die Ausgaben für Sozialleistungen in der obligatorischen Krankenversicherung von 1990 bis 2006 verzweieinhalbfacht haben (von 7.4 auf 18.7 Mrd. CHF), sind die Kosten für Verwaltung und Durchführung der Krankenversicherung im gleichen Zeitraum nur um zwei Fünftel höher geworden (von 740 auf 1083 Mio. CHF).[40] Dabei wird sicherlich auch eine Rolle gespielt haben, daß die Einführung wettbewerblicher Elemente insgesamt zu einer Verminderung der Anzahl von Krankenversicherungen geführt hat und somit Synergieeffekte auslöste.[41]

Schließlich sind die Kosten für die öffentlichen Haushalte nicht in dem Maße gestiegen wie für die Beitragszahler. Die gesamten Beiträge für die obligatorische Krankenversicherung haben sich von 1990 bis 2006 fast verzweieinhalbfacht (von 6.6 auf 15.9 Mrd. CHF), während die Kosten der öffentlichen Haushalte für Krankenversicherungsleistungen nur um etwa vier Fünftel gestiegen sind (von 1.9 auf 3.3 Mrd. CHF).[42] War 1990 das Verhältnis zwischen Beiträgen der öffentlichen Haushalte und Beiträgen der Versicherten noch 1:3, so lag dieses Verhältnis 2006 schon bei 1:5.[43] Diese Verschiebung zu Lasten der Beiträge der Versicherten und zu Gunsten der öffentlichen Haushalte kann noch nicht abschließend geklärt werden. Jedoch läßt der Umstand, daß die öffentlichen Haushalte verpflichtet sind, bestimmte Leistungen der Krankenversicherung mitzutragen (z.B. Festzuschüsse zu Spitalleistungen oder Prämienverbilligungen), vermuten, daß diese bestimmten Leistungen nicht im selben Maße gestiegen sind wie insgesamt alle Leistungen.

38 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Tabellen und Beilagen, Tabelle 2.15.

39 Ebenda.

40 Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2008, S. 145.

41 Von 1990 bis 2006 ist die Anzahl von Versicherern der obligatorischen Krankenversicherung von 246 auf 87 geschrumpft: Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2003, S. 29; Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Tabellen und Beilagen, Tabelle 2.15.

42 Bundesamt für Sozialversicherungen, Sozialversicherungsstatistik 2008, S. 145.

43 Ebenda.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.3. Normative Steuerung und die politische Diskussion

Sowohl die normative Steuerung als auch der politische Ansatz hierzu sind für unsere Fragestellung hinsichtlich des Schweizer Systems von außerordentlicher Bedeutung. Denn einerseits hat die Schweiz auf Einführung eines obligatorischen Krankenversicherungssystems gesetzt, um die Gesundheitsvorsorge für jedermann, wie sie schon die Verfassung in Auftrag gibt,[44] zu gewährleisten. Andererseits hat die Schweiz den Versuch unternommen, wettbewerbliche Elemente innerhalb des Obligatoriums zu installieren, um die Kräfte des freien Marktes zu simulieren bzw. sie mit einzubeziehen. Nicht von ungefähr kam daher der Wille zum Ausdruck, sowohl auf Seiten der Leistungsträger als auch auf Seiten der Leistungsanbieter Private für dieses System zu gewinnen.

Konterkariert wird dies jedoch bereits durch die Tatsache, daß der Staat selbst, vornehmlich die Kantone, sich nicht auf die Durchführung oder die bloße Aufsicht beschränkt, sondern vielmehr Akteur auf den verschiedensten Ebenen ist. Daher ist es das Spannungsverhältnis zwischen garantierter Gesundheitsvorsorge, Förderung wirtschaftlicher Anreize, Ausbau privaten Engagements einerseits und weiterhin staatlicher Dominanz andererseits, welches die normative Steuerung und den politischen Willen prägt:

2.3.1. Die freie Wahl des Versicherers

Obwohl kein Einwohner der Schweiz darin frei ist, daß er sich versichert, räumt ihm das Gesetz einen großen Spielraum ein, wie er sich versichert. Insbesondere steht ihm die freie Wahl zu, sich seinen Versicherer auszusuchen.[45] Doch bereits hier kann er nur auf solche Anbieter zurückgreifen, denen der Staat die Zulassung erteilt hat: Während dies bei den sogenannten sozialen Krankenkassen kaum Probleme bereitet, müßten private Versicherer zahlreiche Auflagen erfüllen, insbesondere hinsichtlich der Rechtsform.[46] Ihnen wäre es auch gestattet, weitere Versicherungen anzubieten, doch sind die Arten der Versicherungen gemäß Art. 12 Abs. II KVG und Art. 14 KVV[47] eingeschränkt. Die genannten Auflagen wie Beschränkungen führen neben anderen Gründen dazu, daß private Versicherungen im Bereich des Obligatoriums keine Rolle spielen.[48] Das hat wiederum zur Folge, daß der Versicherte eigentlich nur zwischen den verschiedenen sozialen Krankenversicherungen und damit nur innerhalb der mittelbaren Staatsverwaltung auswählen kann.

Trotz dieser faktischen Einschränkung sind die Wahlmöglichkeiten bei den sozialen Krankenversicherungen beträchtlich. Der Versicherte kann wählen zwischen einer „normalen“ obligatorischen Versicherung ohne finanzielle Mehrbelastung, d.h. ohne Wahlfranchise, einer Versicherung mit Wahlfranchise in verschiedenen Abstufungen,

44 Zu verfassungsrechtlichen Vorgaben vgl. *Gächter/Vollenweider*, Gesundheitsrecht, Rz. 75ff.

45 *Maurer*, Das neue Krankenversicherungsrecht, S. 143-150.

46 Art. 11b und 13 KVG.

47 Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (SR 832.102).

48 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 182.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer Versicherung mit Einschränkung des Leistungsangebotes (HMO-/Hausarztmodell) sowie Versicherungen mit bestimmten Bonussystemen. Der Anreiz zur Wahl einer Versicherung mit Mehrkosten oder Leistungseinschränkung wird durch geringere Prämien gesetzt. Diese Wahlmodi mit entsprechendem Prämiennachlaß sind für die Versicherten derart attraktiv, daß im Jahre 2007 nur noch 40% der Versicherten eine „normale" Versicherung ohne Wahlfranchise oder ohne Leistungseinschränkung hatten.[49]

2.3.2. Zusatzversicherer

Die obligatorische Krankenversicherung garantiert die Grundversorgung, das heißt die medizinisch notwendige Versorgung. Damit ist aus juristischer Sicht der Spielraum für privat abzusichernde medizinische Leistungen eigentlich eher gering; sieht man einmal von Chefarztbehandlung oder plastischen Eingriffen ab. Dennoch ist zu verzeichnen, daß die privaten Haushalte immer mehr Gebrauch von Zusatzversicherungen machen, insbesondere von Spitalzusatzversicherungen.[50] Damit bleibt zunächst einmal ungewiß, ob die Annahme in der juristischen Lehre[51], die Grundversorgung schließe alle notwendigen Leistungen des Spitals mit ein, so richtig ist und ob die Aussage, die Spitalzusatzversicherungen gewährleisteten wohl eher Annehmlichkeiten, wirklich zutrifft.

Beachtlicher für die normative Steuerung ist jedoch die Ausgestaltung der Zusatzversicherungen. Dem Willen des Gesetzgebers entsprechend, sollte ein facettenreiches Angebot entstehen. Festzustellen ist, daß sich die Angebote der Zusatzversicherer, insbesondere im Spitalwesen, immer mehr gleichen. Da das Zusatzversicherungswesen aber in vollem Maße dem Wettbewerbsrecht untersteht, könnten solche inhaltsgleichen Angebote dazu führen, daß die Wettbewerbskommission ermitteln müßte, falls man hinter solchen Inhalten Wettbewerbsabsprachen vermuten würde.[52]

2.3.3. Spitalangebot

Die Leistungserbringer, also die Spitäler, können obligatorische Leistungen nach dem KVG nur dann erbringen, wenn sie zugelassen worden sind.[53] Die Zulassung für den jeweiligen Kanton gibt der jeweilige Kanton. Dieser betreibt aber in aller Regel – zur Sicherung der Grundversorgung – selbst mindestens ein oder zwei Spitäler, selbst wenn der Kanton einwohnerschwach ist und der Nachbarkanton über ausgezeichnete, leicht erreichbare Infrastruktur verfügt. Damit fungiert der Kanton – als Betreiber eigener Spitäler – als Zulassungsbehörde für Spitäler in fremder Trägerschaft. Die von ihm

49 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Tabellen und Beilagen, Tabelle 11.07.

50 *Indra*, SwissDRG und ihre Auswirkungen, S. 193.

51 *Eugster*, Grund- und zusatzversicherte Leistungen, S. 25.

52 Siehe II.5.2.

53 Siehe II.4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erlassene Spitalliste, die für Zahlungen der Krankenversicherer Voraussetzung ist, war auch bis zur Errichtung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht justitiabel, sondern konnte nur durch Rekurs vor dem Kanton und letztinstanzlich vor der Regierung in Bern (Bundesrat) angegriffen werden. Nun können Beschwerden gegen die Spitalliste vor das Bundesverwaltungsgericht gebracht werden, sind also umfänglich justitiabel.[54]

Das Spitalangebot insgesamt wird also einerseits durch formales Recht bestimmt (Spitalliste) und andererseits durch das Faktum, das bereits jeder Kanton über eigene Spitäler verfügt. Weiterhin ist das Spitalangebot dadurch geprägt, daß dem Versicherten nur diejenigen Kosten ersetzt werden, die in seinem Heimatkanton für Leistungen bezahlt werden. Mit anderen Worten: Begibt sich der Versicherte aus seinem Heimatkanton, muß er gegebenenfalls mit Mehrkosten rechnen. Diese Mehrkosten werden zwar eventuell vom Zusatzversicherer übernommen, erschweren aber im übrigen die gesetzlich festgelegte Wahlfreiheit.

2.3.4. Der Staat als Multiakteur

Der Staat, zumeist der Kanton, steuert aber nicht nur das Gesundheitswesen und überwacht es. Er ist auch nicht nur ein Anbieter auf dem Markt (siehe oben). Vielmehr trägt er auch die Kosten im Gesundheitswesen weiterhin. Dies nicht nur wegen Infrastrukturmaßnahmen, wie etwa Errichtung von Kantonsspitälern oder Universitätskliniken, sondern auch bei jeder Leistung. Im Spitalwesen gibt es kein monistisches System der Leistungstragung. Vielmehr übernehmen der Versicherer und der jeweilige Kanton zusammen die Kosten für die obligatorischen Leistungen.

Schließlich trägt der Staat auch insoweit Kosten, als er die Prämien pro Versicherten verbilligt. Nach Einkommen gegliedert gibt es Prämienverbilligungen. Damit beeinflußt der Staat die Prämienkalkulation der Krankenversicherer. Der Versicherte macht die Prämienverbilligung gegenüber dem jeweiligen Kanton geltend.[55] Die Prämienverbilligung kann heute als Bedarfsleistung eingeordnet werden und nähert sich immer mehr einem Rechtsanspruch an.[56] Im Jahre 2007 erhielten insgesamt 2,271 Mio. Personen eine Prämienverbilligung; diese betrug im Durchschnitt 1506 CHF.[57] Die Kosten für die Prämienverbilligung werden zwischen dem Kanton und dem Bund aufgeteilt. Das System ist so vorgesehen, daß der Bund die Gelder pro Kanton nach dessen Bevölkerungszahl (1997 bis 2001 auch nach der Prämienhöhe; bis 2007 auch nach der Finanzkraft der Kantone) zahlt, wobei der Bundesbeitrag für alle Kantone insgesamt der Höhe

54 Art. 34 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.32); BVwG, Zwischenverfügung vom 20.10.2008 (C-2907/2008).

55 Art. 65 KVG.

56 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 1068.

57 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Graphiken und Kommentare, S. 30-31.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von 7,5 Prozent der Bruttokosten der obligatorischen Krankenversicherung entspricht[58]. Diese Art der Finanzierung folgt dem neuen[59] Konzept des Finanzausgleichs zwischen Bund und Kantonen.

2.3.5. Wettbewerb und wettbewerbliche Elemente

Während Leistungen und Leistungsverhältnisse im Zusatzversicherungsbereich vollkommen den Wettbewerbsgesetzen unterliegen, ist das obligatorische Krankenversicherungswesen nicht durch Wettbewerbsrecht i.e.S. geprägt. Dennoch ist dieses System durch zahlreiche wettbewerbliche Elemente gekennzeichnet. So ist die Schweiz eines der ersten Länder Europas gewesen, welches HMO, Managed Care und Integrierte Versorgung im Rahmen der obligatorischen Versicherung einführte.[60] Diese Wettbewerbsfelder haben sich in zunehmender Weise bis heute vergrößert: Bereits im Jahre 2002 hatte jeder 10. Einwohner der Schweiz eine Versicherung mit Integrierter Versorgung oder HMO-Modell.[61] Im Jahre 2007 verfügte dann schon fast jeder 4. Einwohner über eine Versicherung mit eingeschränkter Wahl des Leistungserbringers, mithin also über eine Versicherung mit Integrierter Versorgung, HMO- oder Hausarzt-Modell.[62]

2.3.6. Preisbildung und Tarife

Der Tarif zur Kostenvergütung des Leistungserbringers durch die Krankenversicherer kann nach Maßgabe des KVG wie folgt definiert werden: Der Tarif ist ein Rahmen für vertragliche Kostenpreise, die nach dem tatsächlichen oder standardisierten Aufwand des Erbringers berechnet werden. Damit sind alle Ansprüche des Erbringers gegenüber dem Empfänger abgegolten.[63] Die Leistungen werden durch die zuständigen Behörden und die Versicherer nach den Kriterien der Zweckmäßigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit überprüft gemäß Art. 32 i.V.m. 46 Abs. IV KVG. Je nachdem, welche Finanzierung gewählt wird, unterliegen die Spitäler positiven und negativen Anreizen: Der Einzelleistungstarif wirkt in der Regel mengentreibend, Fallpauschalen oder Globalbudgets können die implizite Abweisung von schweren Fällen zur Folge

58 Art. 66 KVG i.V.m. Verordnung über den Bundesbeitrag zur Prämienverbilligung in der Krankenversicherung vom 7. November 2007 (SR 832.112.4).

59 Zuvor mußten die Kantone ihrerseits einen Komplementärbeitrag im Umfang von 50% des Bundesbeitrages leisten (1996 35%, 1997 40%, 1998 45%, seit 1999 50%). Der Subventionsbeitrag lag damit z.B. für 2002 bei 3.47 Mrd. CHF. Tatsächlich waren es nur 2.98 Mrd. CHF, weil die Kantone von der Reduktion Gebrauch machten. Denn die Kantone konnten ihre Beteiligung senken, wodurch allerdings auch der Bundeszuschuß sank. Hiervon machten 2002 immerhin 15 Kantone Gebrauch. Die genannten Zahlen ergeben sich aus: Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2003, S. 22.

60 Erste HMO bereits 1990 und 1991: *Finsterwald*, Managed Care – Pionierland Schweiz, S. 75.

61 *Winkler*, Integrierte Versorgung, S. 27-29.

62 Bundesamt für Gesundheit, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Tabellen und Beilagen, Tabelle 11.06.

63 Sogenannter Tarifschutz, Art. 44 KVG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben.[64] Praktisch alle genannten Finanzierungsformen waren und sind in der Schweiz anzutreffen:[65]

- Einzelleistungstarif für ambulante Behandlung und Zusatzversicherer in den Spitälern;
- Pauschalisierte Abgeltungen wie Tages-, Abteilungs- und Fallpauschalen (je nach Versicherer, Kanton und Leistungsbereich);
- Globalbudgets in gewissen Kantonen;
- Preise für außerkantonale Patienten.

Die Teilrevision des KVG – grundsätzlich in Kraft getreten am 1. Januar 2009, allerdings mit Übergangszeiten bis in das Jahr 2014 hinein – hat unter anderem zum Ziel, daß die Vielfalt vertraglich möglicher Tarif- und Preisbildungen ihr Ende findet und nunmehr in der Regel Fallpauschalen zur Geltung kommen werden,[66] die auf gesamtschweizerischen Strukturen beruhen.[67] Damit soll eine Vergleichbarkeit der Kosten erreicht und somit Wettbewerb gefördert werden. Denn die bisher anzutreffende unterschiedliche Tarif- und Preisbildung in jedem Kanton bedingte geradezu signifikante Unterschiede im wirtschaftlichem Anreiz. Dem kam und kommt gleich, daß durch die insgesamt nicht-monistische Finanzierung der Leistungen[68] ein Wettbewerbsvorteil für Spitäler gegenüber anderen ambulanten Erbringern besteht. Dies ist letztlich schon deswegen der Fall, weil die Finanzierung ambulanter Leistungen außerhalb der Spitäler monistisch erfolgt, also nur durch die Versicherer, und damit die Tendenz besteht, daß an der Schnittstelle ambulanter/stationärer Medizin die volkswirtschaftlich günstigeren ambulanten Leistungen dennoch stationär ausgeführt werden, weil sie den Versicherern billiger zu stehen kommen.[69]

3. Die Krankenhausversorgung

Das schweizerische Spitalwesen nimmt eine zentrale Rolle im Gesundheitswesen ein.[70] Die Spitäler sollen nicht nur für eine flächendeckende Leistungserbringung stationärer (bis 2009 auch teilstationärer) Behandlung sorgen, sondern sie dürfen auch ambulante Leistungen erbringen und somit für diese Leistungen in Konkurrenz zu anderen Leistungserbringern treten. Daneben obliegt es einzelnen Spitälern, vor allem den Universitätsspitälern, Forschung der Spitzenmedizin zu betreiben; einer der wichtigen Voraussetzungen für ein qualitativ hochwertiges Gesundheitswesen.

64 *Undritz*, Krankenhaus, S. 103.

65 Zu den Tarifen und Tarifverträgen vgl. Kapitel II.3.1.

66 Art. 49 Abs. I S. 2 KVG.

67 Art. 49 Abs. I S. 3 KVG.

68 Der Wohnkanton und der Versicherer kommen im Grundfall für die Kosten stationärer Behandlung auf.

69 So schon *Undritz*, Krankenhaus, S. 103.

70 Vgl. Kapitel I.2.1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3.1. Leistungen im Krankenhaussektor

Das Konzept der Leistungserbringung im Spital nach dem KVG wird geprägt von den Begriffen der einzelnen Leistungsarten (stationär, ambulant) und von der Bestimmung, was eine Leistung nach dem KVG ist:

Die Begriffe stationäre und ambulante (bis 2009 auch teilstationäre) Behandlung finden sich zwar im KVG selbst, ihre Definition und damit die Abgrenzung zwischen den Behandlungsarten untereinander wie auch die Abgrenzung zu anderen Arten von Leistungen werden aber in der VKL[71] geregelt. Dabei wird heute nur noch zwischen stationärer und ambulanter Behandlung unterschieden. Zuvor unterteilte man auch noch in teilstationäre Behandlung[72]. Diese Feinunterscheidung hat sich in der Praxis nicht bewährt.[73] Nach Art. 3 VKL gelten als stationäre Behandlung Aufenthalte im Spital von mindestens 24 Stunden zur Untersuchung, Behandlung und Pflege, Aufenthalte im Spital von weniger als 24 Stunden, bei denen während einer Nacht ein Bett belegt wird, sowie Aufenthalte im Spital bei Überweisungen in ein anderes Spital und bei Todesfällen. Damit folgt die Definition nach der Rechtsprechung des EVG[74] der altrechtlichen Einordnung des KUVG nun auch im KVG.

Die ambulante Behandlung wird in Art. 5 VKL damit umschrieben, daß sie jede Behandlung umfaßt, die keine stationäre Behandlung ist. Demnach gehören heute zum Begriff ambulante Behandlung all jene Behandlungsarten, die man zuvor als teilstationäre Behandlung begriff.[75] Zur Abgrenzung der ambulanten Behandlung im Spital von anderen Behandlungsformen als der stationären Behandlung kann Art. 6 VKL herangezogen werden, welcher die Langzeitpflege definiert. Demnach zeichnet sich die ambulante Spitalbehandlung dadurch aus, daß ihr ein Aufenthalt im Spital zu Grunde liegt, der nach medizinischer Indikation eine Behandlung und Pflege oder eine medizinische Rehabilitation im Spital erfordert. Ist die medizinische Indikation nicht gegeben, handelt es sich jedenfalls nicht um eine ambulante Spitalbehandlung der obligatorischen Krankenversicherung.

Wenngleich die Definitionen der einzelnen Behandlungsarten geeignet sind zu bestimmen, um welche Art der Spitalbehandlung es sich nach dem KVG handelt, und somit weitreichende Folgen für die Ermittlung der maßgebenden Tarife und für die

71 Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler und Pflegeheime in der Krankenversicherung (SR 832.104).

72 Als teilstationäre Behandlung galten nach Art. 4 aF VKL geplante Aufenthalte zur Untersuchung, Behandlung und Pflege, die eine an die Behandlung anschließende Überwachung oder Pflege sowie die Benutzung eines Bettes erfordern, sowie auch wiederholte Aufenthalte in Tages- oder Nachtkliniken. Demnach grenzte sich im Umkehrschluß zu Art. 3 VKL die teilstationäre von der stationären Behandlung dadurch ab, daß der jeweilige Aufenthalt weniger als 24 Stunden dauerte oder nicht mit einer Übernachtung verbunden war. Vgl. *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 384 und 382.

73 *Gächter/Vollenweider*, Gesundheitsrecht, Rz. 738.

74 BGE 127 V 409.

75 Zur Definition vgl. Fn. 72.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kostentragung nach dem KVG haben, ist damit noch nicht geklärt, was überhaupt eine Leistung nach dem KVG ist. Denn nach den Art. 24 KVG übernimmt die obligatorische Krankenversicherung die Kosten für Leistungen gemäß den Art. 25-31 KVG (d.h. insbesondere Diagnose und Behandlung von Krankheiten, Medizinische Prävention und besondere Leistungen bei Mutterschaft) nur, wenn diese Leistungen wirksam, zweckmäßig und wirtschaftlich sind. Die Krankenversicherer dürfen im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung keine anderen als die genannten Leistungen übernehmen. Zur Klärung, was eine wirksame, zweckmäßige und wirtschaftliche Leistung im Sinne des Leistungsbereiches der Art. 25-31 KVG ist, bedient sich das schweizerische System eines facettenreichen Kommissionswesens, das hier, da es nicht nur für Spitalleistungen sondern für alle Leistungen des KVG maßgebend ist, nur in groben Zügen beschrieben werden kann:

Die in Art. 33 Abs. IV KVG und Art. 37a KVV sogenannten Beratenden Kommissionen unterstützen den Verordnungsgeber bei der Erstellung von Listen, die für die Leistungserbringung nach dem KVG verbindlich sind. Ihre Zusammensetzung soll dafür sorgen, daß unter den verschiedensten Gesichtspunkten wirksame, zweckmäßige und wirtschaftliche Leistungen bestimmt werden. Die Eidgenössische Kommission für allgemeine Leistungen und Grundsatzfragen[76] berät das EDI (Eidgenössische Departement des Inneren) bei der Bezeichnung der allgemeinen Leistungen, insbesondere der Diagnose- und Behandlungsarten. Aus diesem Beratungsprozeß gehen die jeweiligen Regelungen der KLV[77] und insbesondere der Negativkatalog hervor (Anlage 1 der KLV), in dem minutiös aufgelistet wird, welche Diagnose- oder Behandlungsart eine Leistung des KVG ist oder nicht, jedoch auch solche, die zur Zeit noch in Überprüfung sind. Die Eidgenössische Arzneimittelkommission[78] berät hauptsächlich das Bundesamt für Gesundheit (BAG) bei der Erstellung der Spezialitätenliste, daneben auch bei der Erstellung der Arzneimittelliste. Die Eidgenössische Kommission für Analysen, Mittel und Gegenstände[79] berät das EDI bei der Erstellung der Analysenliste[80] und bei

76 Zusammensetzung nach Art. 37d KVV: 20 Mitglieder werden vom Bundesrat ernannt, davon müssen vertreten: 6 Mitglieder die Ärzteschaft, 1 die Spitäler(-betreiber), 1 die Apotheker, 5 die Kranken- und Unfallversicherungen, 2 die Versicherten, 1 die Kantone, 1 die Analysen-, Mittel und Gegenständekommission, 1 die Dozenten der Laboranalytik und 2 die medizinische Ethik. Der Kommission steht ein Vertreter des BAG (Bundesamt für Gesundheit) vor.

77 Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (SR 832.112.31).

78 Zusammensetzung nach Art. 37e KVV: 20 Mitglieder werden vom Bundesrat ernannt, davon müssen vertreten: 3 Mitglieder die Ärzteschaft, 1 die Spitäler(-betreiber), 3 die Apotheker, 3 die Kranken- und Unfallversicherungen, 2 die Versicherten, 1 die Kantone, 4 die Fakultäten der Medizin und Pharmazie, 2 die Pharmaindustrie und 1 das Schweizerische Heilmittelinstitut. Der Kommission steht ebenfalls ein Vertreter des BAG vor.

79 Zusammensetzung nach Art. 37f KVV: 19 Mitglieder werden vom Bundesrat ernannt, davon müssen vertreten: 2 Mitglieder die Ärzteschaft, 1 die Spitäler(-betreiber), 1 die Apotheker, 4 die Kranken- und Unfallversicherungen, 2 die Versicherten, 1 das Schweizerische Heilmittelinstitut, 2 die Dozenten der Laboranalytik, 2 die Laboratorien, 1 die Diagnostica- und Diagnosticageräteindustrie,

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Beurteilung von Mitteln und Gegenständen. Aus diesem Prozeß gehen die Regelungen der KLV und insbesondere der Festlegung dieser Leistungen in Anhang 2 und 3 zur KLV hervor.

Insgesamt kann festgehalten werden, daß die Leistungen im Spital nach dem KVG einerseits reglementiert sind, insbesondere hinsichtlich der Wirksamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit, andererseits aber das medizinisch Notwendige beinhalten. Andere Leistungen, die nicht aufgrund des KVG getragen werden, also Mehrleistungen darstellen, müßten von den Patienten selbst oder von deren Zusatzversicherungen vergütet werden. Ob hierfür überhaupt Raum besteht, ist allerdings fraglich. Denn die Literatur nimmt an,[81] daß es medizinisch notwendige Leistungen außerhalb des Leistungskataloges des KVG, also echte Mehrleistungen, so gut wie nicht gibt, orientiert sich das KVG doch daran, die Gesundheitsversorgung auf qualitativ hohem Niveau sicherzustellen, was vor allem durch die KLV und die Leistungskataloge erreicht wird. Dem kommt gleich, daß auch die Zusatzversicherer sich am Grundsatz der Wirksamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit ausrichten, so daß es in der Praxis wohl kaum Raum für von Dritten getragene Luxusbehandlungen im medizinischen Sinne gibt. Davon zu unterscheiden sind die sogenannten unechten Mehrleistungen, die vor allem in der Auswahl des behandelnden Arztes sowie im Unterkunftsservice liegen und damit keine medizinischen Mehrleistungen im engeren Sinne sind. Diese Leistungen werden in den sogenannten Halbprivat- oder Privatabteilungen der Spitäler erbracht und sind der eigentliche Gegenstand des Zusatzversicherungswesens.[82]

3.2. Organisationsstruktur des Krankenhaussektors

Was ein Spital ist, könnte vielfach gedeutet werden. Einer ökonomischen Studie über schweizerische Spitäler nach ist ein Spital ein Gebäude oder ein Gebäudekomplex, in dem Kranke aller Art durch Ärzte und Pflegepersonal von ihrer Krankheit befreit werden, wobei das Ganze von einer Organisation umfaßt wird, die es zu einem Betrieb zusammenhält.[83] Mit einer solchen Definition ist jedoch noch nicht allzuviel gewonnen, weil sie die Unterschiede etwa zu einem Ärztezentrum oder einer reinen Tagesklinik nicht deutlich hervorbringt. Hinzuzufügen wäre einer solchen Definition in jedem Falle, daß ein Spital ebenfalls Betten und Service zur Übernachtung anbieten muß. Mit

2 die Hersteller und Vertreiber von Mitteln und Gegenständen und 1 die Abgabestellen für Mittel und Gegenstände. Auch dieser Kommission steht ein Vertreter des BAG vor.

80 Mittel- und Gegenstände-Liste, Arzneimittelliste, Analysenliste und Spezialitätenliste werden nicht in der SR publiziert, können jedoch online eingesehen werden: www.bag.admin.ch/kv/gesetze/d/index.htm.

81 Vgl. etwa *Eugster*, Grund- und zusatzversicherte Leistungen, S. 25.

82 Ein weiterer Gegenstand des Zusatzversicherungswesens ist die Auswahl des Spitals, insbesondere außerhalb des Wohnortkantons, insoweit das außerkantonale Spital sich nicht auf der kantonalen Spitalliste (siehe II.2.1.) befindet. Zur Auswahl des Spitals siehe II.1.

83 *Heusser*, Öffentliche und private Spitäler, S. 119.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer solchen Erweiterung ist man wiederum nahe am Begriff der stationären Behandlung. Und in der Tat ist der gesetzliche Spitalbegriff eng mit dem Begriff der stationären Behandlung verknüpft. Nach der Legaldefinition des Art. 39 Abs. I KVG sind Spitäler „Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen (Spitäler)". Damit kommt zum Ausdruck, daß Spitäler im Sinne des KVG, obgleich sie, wie eben gezeigt[84], Leistungen der ambulanten Behandlung anbieten können, in einer gesetzeskonformen Auslegung zu einem gewissen Grade sogar anbieten sollten, immer stationäre Behandlung in ihrem Leistungsangebot haben müssen. Reine Tages- oder Nachtkliniken, Geburtshäuser ohne Notfallinfrastruktur sind somit ebenso wenig Spitäler im Sinne des KVG wie etwa Einrichtungen zur Langzeitpflege, zur reinen beruflichen und/oder sozialen Rehabilitation sowie zur Kur, immer vorausgesetzt, daß sie über keinerlei Dienstleistungs- oder Infrastrukturvoraussetzungen für stationäre Behandlung und/ oder medizinischer Rehabilitation verfügen.[85]

Der gesetzliche Spitalbegriff des KVG grenzt zwar Spitäler von anderen Einrichtungen ab, dennoch bedarf es weiterer Voraussetzungen, um ein Spital im Sinne des KVG zu sein. Herausragendes Kriterium hierfür ist die Notwendigkeit der Zulassung durch den jeweiligen Kanton. Wenngleich hier nicht der Ort ist, das Zulassungsverfahren zu beleuchten,[86] so zeigen aber schon die Voraussetzungen der Zulassung, welche Anforderungen das KVG an ein Spital stellt, damit dessen Leistungen als Leistungen der obligatorischen Krankenversicherung gelten können: Zu nennen sind zunächst die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen, insbesondere eine Gewährleistung der genügenden ärztlichen Betreuung nach Art. 39 Abs. I lit.a KVG, das zur Verfügung Stellen des erforderlichen Fachpersonals nach Art. 39 Abs. I lit.b KVG und die Gewährleistung zweckentsprechender medizinischer Einrichtungen und pharmazeutischer Versorgung nach Art. 39 Abs. I lit.c. KVG. Des weiteren zu nennen sind die Bedarfsdeckungs- und Koordinationsvoraussetzungen, insbesondere daß ein Spital der Spitalplanung[87] eines oder mehrerer Kantone für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entspricht gemäß Art. 39 Abs. I lit. d KVG. Schließlich ist die Publizitätsvoraussetzung zu erwähnen, was nichts anderes heißt, als daß ein Spital auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten kantonalen Spitalliste[88] gemäß Art. 39 Abs. I lit.e KVG verzeichnet sein muß.

In der Binnenorganisation der Spitäler gibt es häufig die Unterscheidung zwischen Allgemeiner Abteilung, Halbprivatabteilung und Privatabteilung. Dabei gilt als Allgemeine Abteilung diejenige, in der nur Leistungen nach dem KVG erbracht werden, während die Halbprivat- und die Privatabteilungen (auch) Leistungen außerhalb des KVG

84 Siehe I.3.1.

85 So auch *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 739.

86 Siehe aber: II.4.

87 Zur Spitalplanung siehe II.4.2.

88 Zur Spitalliste siehe II.4.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erbringen, insbesondere die sogenannten unechten Mehrleistungen (etwa Arztwahl und Unterkunftsservice). Dies sind keine Unterscheidungen, die man direkt aus dem KVG entnehmen könnte. Auch läßt sich eine solche Unterscheidung, vor allem eine rechtliche Pflicht zu einer Allgemeinen Abteilung, nicht aus dem KVG ableiten.[89] Dennoch spielt die Unterscheidung faktisch wie rechtlich eine bedeutsame Rolle. Sollen in der Halbprivat- oder der Privatabteilung auch Leistungen nach dem KVG erbracht werden mit der Folge, daß der Versicherte oder eventuell sein Zusatzversicherer nur die Mehrkosten für die Mehrleistungen zu tragen haben, so müssen diese Abteilungen zugelassen werden und somit sowohl die Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen wie auch die Bedarfsdeckungs-, Koordinations- und Publizitätsvoraussetzungen nach Art. 39 I lit.a-e erfüllen.[90] Mit anderen Worten: Entsprechen die Halbprivat –oder Privatabteilungen nicht der kantonalen Spitalplanung und/oder sind sie nicht explizit als eigene Abteilungen auf der Spitalliste aufgeführt, können sie Leistungen nach dem KVG nicht erbringen und sind demnach auch keine Spitäler im Sinne des KVG.

In der rechtlichen Betrachtung gibt es über die Binnenorganisation hinaus eine wichtige Unterscheidung, nicht zu verwechseln mit dem zuvor Gesagtem, zwischen privaten Spitälern und öffentlichen bzw. öffentlich subventionierten Spitälern. Die jeweilige Einordnung spielt überall dort eine Rolle, wo die Kantone als Akteure im Gesundheitswesen auftreten: So trägt etwa der Kanton nur dann einen Zuschuß zur jeweiligen Spitalleistung, wenn der Leistungserbringer ein öffentliches bzw. öffentlich subventioniertes Spital ist. Darüber hinaus hat der Kanton bei der Spitalplanung und bei der Erstellung der Spitalliste private Spitäler nur angemessen zu berücksichtigen. Ihm wird also hinsichtlich dieser Spitäler ein Auswahlermessen eingeräumt. Dies hat weitreichenden Folgen dafür, ob eine Leistungserbringung überhaupt als Spitalleistung im Sinne des KVG angesehen wird. Im Jahr 2004 gab es in der Schweiz noch 132 private und 213 öffentliche bzw. öffentlich subventionierte Spitäler[91]; im Jahre 2005 waren es dann nunmehr 129 private und 208 öffentliche bzw. öffentlich subventionierte Spitäler.[92] Beachtlicher als der Rückgang innerhalb eines Jahres ist der Rückgang von 1997 bis 2005 von 406 auf 337 Spitäler insgesamt.[93]

Das Kriterium zur Unterscheidung zwischen privaten Spitälern auf der einen Seiten und den öffentlichen bzw. öffentlich subventionierten Spitälern auf der anderen Seite ist weniger der Frage geschuldet, wer Rechtsträger oder Verantwortlicher ist oder in welcher Gesellschaftsform die Spitäler errichtet wurden oder ob sie überhaupt eine eigene Rechtspersönlichkeit haben, sondern vielmehr ist zu unterscheiden, ob die öffentliche Hand das Spital finanziell bevorteilt. Bei den echten öffentlichen Spitälern ist dies außer Frage, sind sie doch kantons- oder gemeindeeigene Spitäler bzw. von Zweckverbänden,

89 *Maurer*, Krankenversicherungsrecht, S. 147.

90 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 741.

91 Bundesamt für Gesundheit, Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2004, S. 12.

92 Bundesamt für Gesundheit, Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2005, S. 7.

93 Ebenda, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

zumeist von Gemeindeverbänden, betriebene oder ihnen gehörende Einrichtungen, sind sie damit Einrichtungen des Gemeinwesens[94], gleichgültig wie sie verfaßt sind, und liegt somit die finanzielle Bevorteilung in der finanziellen Letztverantwortung der öffentlichen Hand als Eigentümerin oder Beteiligungsinhaberin. Fundamentaler ist die Frage, wann ein Spital als privat oder öffentlich subventioniert gilt, stehen doch hinter diesen Spitälern immer Private. Ausschlaggebendes Kriterium ist die Subvention seitens der öffentlichen Hand. Als Subventionen gelten weder die Übernahme von Investitionskosten[95], einmalige Leistungen wie etwa Abtretung von Gebäuden und Grundstücken, Minderheitsbeteiligungen der öffentlichen Hand durch nicht aus Steuermitteln finanzierte Gelder, vertragliche Verpflichtungen des Kantons zur Restdefizitübernahme noch Subventionen anderer Kantone für ein Spital im eigenen Kanton.[96] Entscheidend für eine Subvention sind daher nicht vertragliche oder freiwillige Leistungen, sondern nur Betriebsbeiträge nach kantonalem Recht, insbesondere wenn solche Beiträge zu den Betriebskosten im jeweiligen Gesetz des Kantons vorgesehen sind.

Weiterhin lassen sich die Spitäler in die Art ihres Angebotes unterteilen. Die Grundklassifizierung unterscheidet in Allgemeine Spitäler und Spezialspitäler. Zu ersteren gehören 28 Spitäler der Zentrumsversorgung (27/1)[97] mit einem breiten medizinischen Angebot sowie 122 Spitäler der Grundversorgung (85/34) mit dem medizinischen Basisangebot. Zu letzteren gehören 64 Psychiatrien (51/13), 45 Rehabilitationskliniken (18/27), 40 Spezialkliniken der Chirurgie, Gynäkologie/Neantologie oder Pädiatrie (7/33) sowie 35 Spezialkliniken anderer Fachrichtungen (18/17). Wiewohl diese Bezeichnungen nicht juristischer Natur sind, haben sie dennoch insoweit rechtliche Bedeutung, als bei der Erstellung der kantonalen Spitalplanung wie auch bei der Aufstellung der kantonalen Spitallisten dafür Sorge zu tragen ist, daß der kantonalen Wohnbevölkerung ausreichend medizinisches Angebot zur Verfügung steht. Demnach finden sich diese Klassifizierungen auch teilweise in den kantonalen Normen wieder, sei es bereits in den Gesundheitsgesetzen, sei es konkret in den Spitallisten.

Schließlich unterscheiden sich die Spitäler voneinander durch ihre Verfaßtheit. Dabei spielt die Einordnung als privates Spital oder öffentliches bzw. öffentlich subventioniertes Spital keine große Rolle. Vielmehr herrscht selbst bei den öffentlichen Spitäler eine gewisse Buntheit der Verfaßtheit, seien es öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Anstalten, gemeinnützige Aktiengesellschaften oder öffentlich-rechtliche Stiftungen, seien es Spitäler mit eigener Rechtspersönlichkeit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Bei den privaten Spitälern und den öffentlich subventionierten Spitälern herrscht die Formenfreiheit, so daß es alle Typen des Privatrechts gibt, von der Einfachen Ge-

94 *Poledna/Berger*, Öffentliches Gesundheitswesen, Rz. 105.

95 Entscheid des Bundesrates vom 26.3.1997, RUKV 1997 KV 2.

96 Entscheid des Bundesrates vom 29.4.1998, RUKV 1998 KV 32.

97 Die in diesem Absatz in Klammern genannten Zahlen nennen die Anzahl von öffentlichen bzw. öffentlich subventionierten Spitälern gegenüber (/) privaten Spitälern und beruhen auf: Bundesamt für Statistik, Spitalaufenthalte 2005, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sellschaft, über die KG, AG und GmbH bis hin zur Genossenschaft und zur privaten Stiftung.[98] Bei letzterem ist bedeutsam, daß die Privatisierung eines öffentlichen Spitals nicht automatisch zu seiner Einordnung als privates Spital führt, vielmehr kommt es auf die konkreten Umstände, insbesondere der Beteiligungshöhe, an.[99] Letztlich ist die Verfaßtheit der Spitäler hinsichtlich des neuen Kartellgesetzes auch nicht mehr entscheidend für die Frage, ob es sich um ein Unternehmen handelt, weil im Gegensatz zur alten Rechtslage der formale Unternehmensbegriff durch den funktionalen Unternehmensbegriff abgelöst worden ist.[100]

3.3. Rechtlicher Rahmen

Das gesamte Spitalwesen ist geprägt von zwei unterschiedlichen Normengefügen, die durchaus Interdependenzen aufweisen. Einerseits bestimmen das Sozial- und Privatversicherungsrecht das Recht der Leistungserbringer, Leistungsträger und Leistungsempfänger, andererseits ist das Spitalwesen als Teil des Gesundheitswesens den Regelungen des öffentlichen Gesundheitsrechtes unterworfen. Beide Normengefüge entstammen verfassungsrechtlichen Vorgaben[101] und sind einzelgesetzlich verschieden aufgestellt:

Das Krankenversicherungsrecht ist Ausdruck des verfassungsrechtlichen Auftrages aus Art. 117 Bundesverfassung[102] (BV). Demnach erläßt der Bund Vorschriften über die Krankenversicherung. In der Ausgestaltung läßt die Verfassung dem Bund freie Hand.[103] Explizit räumt Art. 117 Abs. II BV dem Bund die Möglichkeit ein, „die Kranken- … versicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch [zu] erklären“. Von dieser Gesetzgebungskompetenz, die zugleich ein Gesetzgebungsauftrag darstellt[104], hat der Bund durch das KVG umfassend Gebrauch gemacht. Das KVG errichtet nicht nur ein Obligatorium für die gesamte Wohnbevölkerung der Schweiz und unterstellt die obligatorische Krankenversicherung seinen Vorschriften, sondern das KVG regelt zudem, daß sich das Zusatzversicherungswesen nach dem Privatversicherungsrecht des VVG zu richten hat.[105] Damit ordnet das KVG abschließend das Recht der Krankenversicherung und zwar nicht nur der sozialen, obligatorischen Krankenversicherung sondern ebenfalls der privaten, freiwilligen Zusatzversicherungen. Für kantonale Gesetzgebung bleibt somit kein Raum, das Krankenversicherungsrecht abweichend zu regeln. Die Kantone sind jedoch Vollzugsorgane des Krankenversiche-

98 *Heusser*, Öffentliche und private Spitäler, S. 119-121.

99 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 907 mit Verweis auf BR RUKV 1998 und 1997

100 *Zäch/Heizmann*, Markt und Marktmacht, S. 33.

101 Vgl. zur Gesundheitsverfassung insgesamt: *Gächter/Vollenweider*, Gesundheitsrecht, Rz. 74ff.

102 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

103 *Mader*, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, BV, Rz. 3 zu Art. 117.

104 Ebendort.

105 Art. 12 Abs. 3 KVG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

rungsrechts und –wesens. Daher erlassen sie in Ausführung des KVG und der auf ihm beruhenden Verordnungen Vorschriften, wie etwa die Spitalliste, welche zum Sozialversicherungsrecht gehören.

Das Gesundheitswesen ist nur zu einem geringen Teil in der Zuständigkeit des Bundes. Nach Art. 118 BV ist der Bund konkurrierend zuständig für den Umgang mit bestimmten Waren und Gegenständen, insbesondere von Heilmitteln, sowie für die Bekämpfung bestimmter Krankheiten und den Schutz vor ionisierenden Strahlen. Ansonsten sind die Kantone zuständig für das Gesundheitswesen.[106] Dies hat sich darin niedergeschlagen, daß jeder Kanton eigene Gesundheitsgesetze und weitere Vorschriften, wie etwa Gesetze über die Patientenrechte, erlassen hat. Die Zuständigkeit für das Gesundheitswesen ist allumfassend zu verstehen und wird nur durch die Gesetzgebung des Bundes hinsichtlich des Sozialversicherungsrechtes eingeschränkt, insbesondere dadurch, daß das KVG den Kantonen die Spitalplanung und die Erstellung von Spitallisten auferlegt und somit in ein wesentliches Element der kantonalen Autonomie im Gesundheitswesen eingreift; aber ebenso dadurch, daß der Bund nach Art. 39 Abs. 2ter KVG ermächtigt wird, für die Spitäler Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit zu erlassen. Das Recht des Gesundheitswesen beinhaltet vor allem Vorschriften über die Zulassung von Medizinalpersonen[107], Apotheken, die Organisation von Gesundheitseinrichtungen, Regeln zur Vorsorge und Prävention sowie die Gewährleistung der Gesundheitsversorgung. Letzteres ist vor allem für das Spitalwesen wichtig, weil, abgesehen von der Spitalplanung und den Spitallisten, die aufgrund des KVG erfolgen, die Einrichtung kantonaler Spitäler, die Aufgabenzuweisung an Spitäler und die Bezuschussungsmöglichkeiten für Spitäler hier ihren Niederschlag finden.

3.4. Beziehung zwischen Patient, Leistungsträger und -erbringer

Die Beziehung des Versicherten zu seiner obligatorischen Krankenversicherung ist aufgrund des KVG sozialversicherungsrechtlich und damit öffentlich-rechtlich geprägt, während das Verhältnis des Versicherten zu seiner Zusatzversicherung aufgrund des KVG mit dessen Verweis auf das VVG privatrechtlicher Natur ist.

Die Beziehung des Patienten zum Spital ist je nach Art des Spitals unterschiedlich. Das Rechtsverhältnis zu den öffentlichen Spitälern ist öffentlich-rechtlich, dasjenige zu den privaten Spitälern ist privatrechtlich.[108] Dennoch gibt es einzelne Aspekte, die auf-

106 *Poledna*, Gesundheitsrecht und Wettbewerb, S. 33; *Mader*, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, BV, Rz. 3 zu Art. 118.

107 Die Kompetenz über Ausbildungsregeln hingegen unterliegen dem Bund aufgrund Art. 95 BV (Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit). Demgemäß hat der Bund ein Medizinalberufegesetz (Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006, SR 811.11) erlassen, mit dem er vor allem die Qualität der universitären Ausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Fortbildung sowie der Berufsausübung der Fachpersonen im Bereich der Humanmedizin regelt. Vgl. zu diesem Gesetz: *Gächter/Vollenweider*, Gesundheitsrecht, Rz. 423ff.

108 *Poledna/Berger*, Öffentliches Gesundheitsrecht, Rz. 105 und 108.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

grund des KVG anders einzuordnen sind. So ist etwa die Kostenschuldnerschaft des Patienten gegenüber dem Spital aufgrund des Art. 41 KVG immer privatrechtlicher Natur, gleich ob nach dem Kostenerstattungsprinzip oder nach dem Naturalleistungsprinzip zu verfahren ist.[109]

Da prinzipiell das Kostenerstattungsprinzip gilt, treten die obligatorische Krankenversicherung und die Spitäler in keinerlei Verhältnis zueinander. Allerdings gibt das KVG verschiede Bereiche vor, in denen beide miteinander Vereinbarungen schließen, wie etwa beim Tarifvertrag. Die daraus entstehenden Rechtsverhältnisse sind immer sozialversicherungsrechtlicher Art und damit öffentlich-rechtlich. Ansonsten treten sich beide als Private gegenüber. Dies gilt grundsätzlich immer auch für das Verhältnis von Spitälern zu den Zusatzversicherern, gleichgültig ob der Zusatzversicherer ansonsten auch als obligatorische Krankenversicherung auftritt.

4. Wettbewerb und Gesundheitsversorgung

4.1. Verfassungsrechtliche Fundierung

Der Wettbewerb ist Ausdruck der wirtschaftlichen Freiheit. Er ist gemäß des Art. 27 Bundesverfassung (BV), in dem das Recht auf wirtschaftliche Freiheit gewährleistet wird, sowohl ein Individualanspruch als auch ein Ordnungsprinzip.[110] Träger des Individualanspruches können nur Private sein, nicht jedoch das Gemeinwesen (Bund, Kantone, Gemeinden etc.), egal in welcher Ausprägung.[111] Gemäß Art. 94 BV verpflichten sich der Bund und die Kantone zur Wahrung der Wirtschaftsfreiheit und zu seiner Förderung. Hierzu gehört auch, daß der Staat sich aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Verbindung mit Art. 94 Abs. I BV wettbewerbsneutral zu verhalten hat.[112] Dennoch läßt schon Art. 94 Abs. IV BV Maßnahmen gegen den Wettbewerb unter strengen Voraussetzungen zu. Die Wettbewerbspolitik ist in einem eigenen Verfassungsartikel verankert: Nach Art. 96 BV erläßt der Bund „Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Er trifft Maßnahmen … zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung von marktmächtigen Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, …“. Die Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit und den Schutz vor Beschränkungen und Mißbräuchen hat der Bund aufgrund des Verfassungsauftrages in Einzelgesetzen zum Gegenstand seiner Gesetzgebung gemacht:

109 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 986ff.

110 *Vallender*, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, BV, Rz. 3 zu Art. 27.

111 Ebenda, Rz. 32 zu Art. 27.

112 Ebenda, Rz. 6 zu Art. 94.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

4.2. Wettbewerbsrechtlicher Rahmen

Für unsere Themenstellung von herausragender Bedeutung sind die bundesstaatlichen Gesetze des Kartellgesetzes[113] und des Preisüberwachungsgesetzes[114]. Keine Relevanz haben hingegen die Vorschriften über das Vergaberecht, weil das schweizerische Binnenmarktgesetz[115], nicht zuletzt auf dem EU-Schweiz-Abkommen und den GATT-Regelungen fußend, öffentliche Güter von der Anwendung größtenteils[116] ausschließt. Auch kantonale Vergabenormen agieren in diesem Sinne. Darüber hinaus kennt die Schweiz, abgesehen von Haushaltsgesetzen, kein eigentliches Beihilferecht: Im Verhältnis zur EU gilt inhaltlich immer noch das Freizügigkeitsabkommen von 1972,[117] wodurch die Anwendbarkeit des Art. 87 EUV grundsätzlich nicht gegeben ist.[118]

Das Kartellgesetz (KG) ist von weitreichender Bedeutung, weil sich seit seiner Novellierung der Unternehmensbegriff fundamental geändert hat. Nicht zuletzt der indirekte Einfluß des EU-Rechtes hat dafür gesorgt, daß vom formalen Unternehmensbegriff Abstand genommen wurde und der funktionale Unternehmensbegriff Einzug gehalten hat.[119] Demnach sind heute sowohl öffentliche Spitäler als auch die sozialen Krankenversicherungen Unternehmen im Sinne des KG.[120] Das KG kennt insgesamt 3 Bereiche von wettbewerbswidrigem Verhalten marktbeherrschender Unternehmen. Einmal unzulässige Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG, des weiteren unzulässige Verhaltensweisen nach Art. 7 KG und schließlich Unternehmenszusammenschlüsse als solche nach Art. 9 ff KG.

Die Anwendbarkeit des KG setzt voraus, daß gemäß Art. 3 Abs. I lit.a KG nicht andere Vorschriften den Wettbewerb ausschließen. Dabei spricht man von vorbehaltenen Vorschriften. Dies bedeutet aber nicht, daß ganze Regelungswerke nun automatisch die Anwendbarkeit ausschließen könnten. Im hiesigen Fall heißt dies, daß weder das KVG und seine Verordnungen noch die kantonalen Gesundheitsgesetze und Normen zum Gesundheitswesen die Anwendbarkeit des KG von vornherein ausschließen können. Denn die Anwendungsvorbehalte sind restriktiv auszulegen, solange eine gesetzliche

113 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251).

114 Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20).

115 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (SR 943.02).

116 Vgl. aber für ausgewählte Wirtschaftssektoren und ausgewählte öffentliche Güter: Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68).

117 *Seitz*, Neuere Entwicklungen im Beihilferecht, S. 212.

118 Begrenzte Bereiche sind aber auszumachen, so etwa beim Luftverkehr. Vgl. *Seitz*, Neuere Entwicklungen im Beihilferecht, S. 212

119 *Zäch/Heizmann*, Markt und Marktmacht, S. 33.

120 *Schaller/Tagman*, Kartellrecht und öffentliches Recht, S. 707.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regelung noch Raum für wettbewerbliche Prinzipien zuläßt.[121] Es ist also immer konkret im Einzelfall anhand der jeweiligen Norm auszulegen, ob der Gesetzgeber wettbewerbswidriges Verhalten unter Vorbehalt gestellt hat.[122] Solche Vorbehalte können nicht nur durch Normen des Bundes, sondern auch durch Normen der Kantone veranlaßt werden.[123] Auf die Frage, inwieweit in den einzelnen Märkten Bundes- oder kantonale Vorbehalte die Anwendbarkeit ausschließen, wird in Teil II eingegangen.

Der Frage nach Wettbewerbsverstößen nach dem KG geht die Wettbewerbskommission nach. Sie wird entweder tätig auf Antrag oder durch eigene Initiative. Ihr zur Seite steht das Sekretariat, das einen Großteil der Untersuchungen und Ermittlungen durchführt. Das Verfahren wird nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) durchgeführt. Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Wettbewerbskommission gehen an das neue Bundesverwaltungsgericht.

Das Preisüberwachungsgesetz (PüG) hat eine andere Zielrichtung als das KG. Hier geht es um den Mißbrauch in der Preisbildung. Für unsere Themenstellung von herausragender Bedeutung ist der Art. 14 PüG. Demnach ist bei behördlich zu genehmigenden oder festzusetzenden Preiserhöhungen immer der Preisüberwacher anzuhören. Er kann die Senkung des Preises beantragen oder den Verzicht auf die Erhöhung. Will die Behörde hiervon abweichen, hat sie dies ausführlich zu begründen. Im KVG gibt es zahlreiche Beispiele von Genehmigungen seitens der Behörden. Zu denken sind an die Tarifgenehmigungen seitens der Kantone oder etwa an die Prämiengenehmigungen durch das Bundesamt für Sozialversicherung.

Das PüG hat eine eigene Wettbewerbsbehörde, den sogenannten Preisüberwacher. Auch er ist ein unabhängiges Organ und die Verfahren richten sich ebenfalls nach dem VwVG.

4.3. Wettbewerb im Gesundheitswesen

Das KVG, wie schon zum wiederholten Male erwähnt, kennt zahlreiche Wettbewerbselemente. Sie zu fördern und Wettbewerbseinschränkungen zu verhindern, ist Gegenstand zahlreicher Normen, die im weiteren Verlauf des Teils II erläutert werden. Dabei darf insgesamt nicht vergessen werden, daß der Gesetzgebungsprozeß zum neuen KVG in einem nicht unbedeutenden Maße von der Wettbewerbskommission beeinflußt worden ist.[124] Dennoch wird man anhand einzelner Beispiele auch zur Kenntnis nehmen müssen, daß gerade das KVG auch zahlreiche Wettbewerbseinschränkungen zum Gegenstand hat.

121 ReKo RPW 2004, 861.

122 *Borer*, KG, Rz. 3-5 zu Art.3.

123 BG RPW 2004, 941.

124 *Lauterburg*, Kartellrechtliche Fragen, S. 103.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Märkte – Wettbewerb und Regulierung in der Krankenhausversorgung

1. Verbraucherorientierte Anreize der Krankenhauswahl

1.1. Obligatorische Krankenversicherung

1.1.1. Recht auf Behandlung

Es besteht kein allgemeines Recht auf Behandlung durch ein Spital. Die Standesordnung der Ärzte deklariert die Freiheit, den Behandelnden aussuchen zu können.[125] Selbst die maßgebenden Kantonsgesetze sehen teilweise diese Freiheit vor.[126] Darüber hinaus wird sogar die Pflicht postuliert Patienten abzulehnen, vor allem wenn fachliche Gründe zur Abweisung führen müssen.[127] Trotz alle dem wird die Freiheit der Patientenwahl in zahlreichen Fällen durchbrochen und somit ein Recht auf Behandlung indiziert:

In Notfällen besteht ein Recht auf Behandlung. Die kantonalen Gesundheitsgesetze verpflichten die Leistungserbringer zum Tätigwerden, gleichgültig ob sie öffentlichrechtlich oder privatrechtlich tätig werden.[128] Diese Pflicht wird durch weitere Normen bestimmt. So handelt es sich beim Unterlassen gebotener Hilfeleistung um ein zivilrechtliches Delikt[129] und wird strafrechtlich, vor allem durch Art. 128 StGB, geahndet. Darüber hinaus verpflichtet die Bundesverfassung aufgrund ihres Art. 12 die öffentlichen Spitäler als Einrichtungen des Gemeinwesens direkt zur Hilfe in Notlagen.[130]

Schließlich sehen alle kantonalen Gesundheitsgesetze eine allgemeine Behandlungspflicht, also nicht nur in Notfällen, für die öffentlichen Spitäler vor.[131] In einigen Kantonen gilt dies auch für die öffentlich-subventionierten Spitäler oder für solche, die staatlicherseits in sonstiger Weise unterstützt werden.[132]

Endlich ist noch zu nennen, daß im KVG selbst seit 1. Januar 2009 eine Aufnahmepflicht postuliert wird. In Art. 41a Abs. 1 KVG heißt es: „Im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten sind die Listenspitäler verpflichtet, für alle versicherten Personen mit Wohnsitz im Standortkanton des Listenspitals eine Aufnahmebereitschaft

125 § 5 der Standesordnung der FMH (Féderation de médecins suisse), online abrufbar unter: http://www.fmh.ch/de/data/pdf/standesordnung_2008.pdf

126 So etwa Art. 84 GesG FR oder Art. 30 GesG VD.

127 *Poledna/Berger*, Öffentliches Gesundheitsrecht, Rz. 117.

128 So etwa § 12 GesG ZH, § 28 GesG LU oder § 25 GesG ZG.

129 *Poledna/Berger*, Öffentliches Gesundheitsrecht, Rz. 122.

130 Zur verfassungsrechtlichen Frage, was damit denn inhaltlich garantiert wird bzw. ob alle medizinischen Leistungen des KVG von einem solchen Recht umfaßt werden, vgl. *Gächter/Vollenweider*, Gesundheitsrecht, S. 38.

131 So etwa § 33 GesG ZH, § 64 GesG LU oder § 33 GesG SG.

132 *Poledna/Berger*, Öffentliches Gesundheitsrecht, Rz. 118.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu gewährleisten (Aufnahmepflicht).“ Für Personen mit Wohnsitz außerhalb des Standortkantons gilt die genannte Aufnahmepflicht gemäß Art. 41a Abs. 2 KVG nur aufgrund von Leistungsaufträgen ihres Heimatkantons an besagtes Spital oder aber in Notfällen. Die Einhaltung der Aufnahmepflicht untersteht gemäß Art. 41a Abs. 3 KVG der Aufsicht der Kantone.

1.1.2. Auswahl und Kostendeckung

Unbeachtlich des Themas der Behandlungspflicht seitens der Spitäler ist der Patient grundsätzlich frei in der Wahl des Spitals. Dies ergibt sich schon aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Es leitet sich hinsichtlich öffentlicher Spitäler direkt aus dem Recht der persönlichen Freiheit aufgrund von Art. 10 BV und hinsichtlich privater Spitäler aus dem Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB ab.

Dessen ungeachtet erfährt die Wahlfreiheit nicht nur ihre Relativierung in den Rechten und (Nicht)Pflichten der Spitäler zur Behandlung, sondern im besonderen Maße in finanzieller Hinsicht: Der Patient als Versicherter nach dem KVG erhält nur diejenigen Kosten der Spitalbehandlung durch den Versicherer ersetzt, welche im KVG als Pflichtleistungen des Leistungskataloges anfallen.[133] Mehrleistungen sind ihm nicht zu erstatten. Als Mehrleistungen in diesem Sinne gelten dabei nicht nur sogenannte Luxusbehandlungen wie etwa der medizinisch nichtindizierten plastischen Chirurgie, auch nicht nur unechte Mehrleistungen wie etwa Unterkunftsservice oder Chefarztbehandlung, sondern ebenfalls Leistungen von solchen Spitälern, welche auf keiner der kantonalen Spitallisten aufgeführt sind, weil diese somit grundsätzlich keine Spitalleistungen nach den KVG erbringen können.[134]

Darüber hinaus ist aber die Kostendeckung seitens der Versicherer bzw. des Kantons nach dem KVG bei Inanspruchnahme stationärer Leistungen eines auf einer der kantonalen Spitallisten aufgeführten Spitals nicht in jedem Falle gleich. Denn auch bei Pflichtleistungen des KVG werden die Art und der Umfang der Kostentragung danach beurteilt, ob ein innerkantonales oder ein außerkantonales Spital die Leistung erbringt. Der nun neu eingefügte und bis zum 31. Dezember 2011 umzusetzende Art. 41 Abs. 1bis KVG besagt auch hierbei nichts anderes. Er gewährt zwar zunächst, daß der Versicherte unter allen Spitälern wählen darf, welche sich auf irgendeiner kantonalen Spitalliste befinden; dennoch besagt dieses Wahlrecht noch nichts darüber, ob alle anfallenden Kosten übernommen werden. Vielmehr kann nach Art. 41 KVG als Faustregel gelten, daß die Kosten für Leistungen eines innerkantonalen Spitals komplett übernommen werden, während Leistungen eines außerkantonalen Spitals nur in der Höhe desjenigen Tarifes übernommen werden, der ortsüblich am Wohnortkanton des Versicherten ist.[135] Ein innerkantonales Spital ist nur ein solches, das im Wohnortkanton liegt und sich auf

133 Zur Bestimmung der Leistungen nach dem KVG siehe I.3.1.

134 Siehe I.3.2. und II.4.

135 *Poledna/Berger*, Öffentliches Gesundheitsrecht, Rz. 513.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der kantonalen Spitalliste des Wohnortkantons befindet. Fehlt einer dieser Voraussetzungen, wird das Spital als außerkantonales behandelt mit weitreichenden Folgen für die Kostenübernahme:

Mußte bis zum 31. Dezember 2008 ein Versicherter aus medizinischen Gründen[136] ein außerkantonales öffentliches oder öffentlich subventioniertes Spital aufsuchen, so übernahm sein Kanton nach Art. 41 Abs. III aF KVG die Differenz zwischen der in Rechnung gestellten Kosten und dem ortüblichen Tarif des Wohnortkantons. Für den Fall, daß der Versicherte ein privates außerkantonales Spital aus medizinischen Gründen aufsuchen mußte, sah das Gesetz keine ausdrückliche Regelung vor. Man mußte jedoch aufgrund des klaren Wortlautes von Art. 41 Abs. III aF KVG davon ausgehen, daß eine Pflicht der Kostendifferenzübernahme durch den Kanton ausgeschlossen war.[137] Ganz anders lag der Fall, wenn sich der Versicherte in einem außerkantonalen Spital auf einer Halbprivat- oder Privatabteilung eines öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitals behandeln ließ. Hier hatte der Kanton nach der Rechtsprechung diejenigen Kosten zu übernehmen, die er bei der Behandlung in einer Allgemeinen Abteilung hätte zahlen müssen.[138]

Muß nun (seit 1. Januar 2009) ein Versicherter aus medizinischen Gründen[139] ein außerkantonales Spital aufsuchen, macht es gemäß Art. 41 Abs. 3 nF KVG hinsichtlich der Kostenübernahme keinen Unterschied mehr, ob das Spital als öffentliches, öffentlich subventioniertes oder privates eingestuft wird. Außer in Notfällen muß allerdings die außerkantonale Behandlung aus medizinischen Gründen vom Wohnkanton genehmigt werden. Sucht der Versicherte aus anderen Gründen ein außerkantonales Spital auf, so trägt der Versicherer aus dem a.e.c. des Art. 41 Abs. I und III KVG wiederum nur die Kosten nach dem ortsüblichen Tarif des Wohnortkantons und der Kanton selbst übernimmt keinerlei Kostendifferenz.

Insgesamt befindet sich die Wahlfreiheit des Versicherten in starker Abhängigkeit zur Kostenübernahme. Denn insoweit weder der Versicherer noch der eigene Kanton für Mehrkosten aufkommen, muß der Patient diese selbst tragen. Hierbei kann sich der Patient auch nicht auf die Einschätzung seiner Versicherung verlassen, weil dem Kanton ein eigenes Prüfungsrecht zukommt.[140] Dies ist vor allem in den Fällen erheblich, wo dem Versicherten die Wahl des außerkantonalen Spitals aus medizinischen Gründen dadurch eingeengt wird, daß er selbst dafür zu sorgen hat, daß ein zweckmäßiges Spital aufgesucht wird, was unter Umständen danach zu beurteilen ist, ob der Kanton direkt

136 Zur Kasuistik vgl. *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 963-967.

137 *Eugster*, Krankenversicherung, Fn. 1498.

138 BGE 123 V 290.

139 Gemäß Art. 41 Abs. 3bis nF KVG liegen medizinische Gründe dann vor, wenn es sich um einen Notfall handelt oder wenn die stationäre Behandlung in den auf der Spitalliste des Wohnkantons aufgeführten Spitäler nicht erbracht wird.

140 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 968.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder auf interkantonaler Ebene Vereinbarungen über die Entschädigung außerkantonaler Leistungen abgeschlossen hat.[141]

1.1.3. Auswahl und Einweisung

Der Versicherte muß sich nach dem neuen KVG nicht von einem niedergelassenen Arzt einweisen lassen. Vielmehr entspricht es seiner grundsätzlichen Wahlfreiheit, daß er ein Spital selbst aufsuchen kann. Der zuständige Spitalarzt prüft dann die Aufnahme ins Spital.[142] Damit kann es geschehen, daß der Versicherte eine Leistung in Anspruch nimmt, die ihm im nachhinein nicht rückerstattet wird, sei es von der Versicherung, sei es vom Kanton. Gegenüber beiden kann der Versicherte in ein Abklärungsverfahren treten, um Gewißheit über die Kostendeckung zu erzielen. Insoweit er das Spital besucht nach Einweisung durch einen Arzt, zum Beispiel einem Belegarzt, oder durch Aufnahme durch den Spitalarzt und im Nachhinein Kosten nicht nach dem KVG übernommen werden, kann er die entstandenen Kosten eventuell aufgrund von Haftungstatbestände gegenüber dem Arzt oder dem Spital einfordern.[143]

1.1.4. Auswahl und Aufklärungspflicht

Die grundsätzliche Auswahlfreiheit für den Versicherten ist, wie eben gezeigt, mit einem gewissen Kostenrisiko verbunden. Damit er hinsichtlich seines Selbstbestimmungsrechtes überhaupt eine Entscheidung treffen kann, müssen ihm die Behandlung und ihre Folgen erklärt werden. Demnach hat der Patient einen Anspruch auf Aufklärung, das Spital eine Pflicht zur Aufklärung. Gegenüber öffentlichen Spitälern ergibt sich dies schon aus Art. 10 Bundesverfassung und aus den kantonalen Vorschriften[144]; gegenüber den anderen Spitälern aus der Informations- und Rechenschaftspflicht des Beauftragten nach Art. 400 Abs. I OR[145]. Des weiteren ergibt sich diese Pflicht schon aus der Standesordnung.[146] Wesentlich ist bei alle dem, daß der Patient neben den Informationen zur Behandlung auch über die Kosten aufgeklärt wird, vor allem wie diese zu tragen sind.[147] Nur hierdurch kann es dem Versicherten überhaupt gelingen, die finanziellen Folgen der Behandlung einzuschätzen. Dies ist wiederum bedeutsam für eventuelle Ansprüche gegenüber den Aufklärungspflichtigen hinsichtlich entstandener Kosten, die nicht von Dritten übernommen werden.

---

141 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 969. Ob dies seit dem 1. Januar 2009 aufgrund der Neufassung des Art. 41 KVG grundsätzlich noch so gelten kann, muß als fraglich erscheinen.

142 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 341 und Fn. 513.

143 *Poldena/Berger*, Öffentliches Gesundheitsrecht, Rz. 181-207.

144 So etwa § 12 PRV ZH, § 31 GesG SO, § 21 GesG VD oder § 47 GesG FR.

145 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

146 Art. 10 der Standesordnung der FMH (Féderation de médecins suisse), online abrufbar unter: http://www.fmh.ch/de/data/pdf/standesordnung_2008.pdf

147 *Poledna/Berger*, Öffentliches Gesundheitsrecht, Rz. 133.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Aufklärungspflicht seitens des Spitals spielt aber in gleicher Hinsicht eine Rolle, wo es um die Behandlung als solche geht. Sie beinhaltet auch das Aufzeigen von Alternativen zur Behandlung, nicht nur von Alternativen der stationären sondern im besonderen von Alternativen zur stationären Behandlung. Deswegen führen kantonale Patientengesetze insbesondere die Aufklärungspflicht hinsichtlich von Alternativbehandlungen auf.[148] Auch hier geht es neben den medizinischen Gründen vor allem wiederum um die Kostenfolgen.

1.1.5. Auswahl und Information

Der Patient würde um so besser gestellt, als es ihm schon im Vorfeld gelänge, Informationen über die Leistungen des Spitals zu erhalten, insbesondere in Bezug auf die Qualität. Es ist daher nicht verwunderlich, daß Forderungen aufkommen, die Spitäler zur Publikation von Qualitätsberichten zu verpflichten.[149] Denn zur Zeit sind die Leistungserbringer aufgrund von Art. 58 KVG und Art. 77 KVV nur verpflichtet, Qualitätsberichte und andere Informationen zur qualitativen Gesundheitsleistungen den zuständigen Behörden zu übermitteln. Diese werden aber nicht veröffentlicht. Daher ist es den Versicherten bis heute nicht möglich, Vergleiche anzustellen und damit ihre Auswahl anhand von Qualitätsmerkmalen zu treffen.

1.1.6. Auswahl und Zugang

Trotz der geschilderten Zugangsbegrenzungen zeichnet sich das schweizerische Spitalwesen durch eine große Verfügbarkeit von Ressourcen aus. Nicht nur die Anzahl der Spitäler pro Einwohner spricht dafür, sondern auch der regionale Zuschnitt. Dabei gibt es zwar Unterschiede in der regionalen Verteilung, vor allen Dingen die Großräume verfügen über eine große Anzahl von Spitälern, während in der Peripherie die Anzahl deutlich geringer ist; doch sind es drei wesentliche Aspekte die dies wiederum ausgleichen: Die Entfernungen innerhalb der Schweiz wie auch innerhalb der Kantone sind nicht derart ausgeprägt, als daß man nicht innerhalb weniger Stunden von einem Ort zum anderen gelangen könnte. Weiterhin verfügt schon jeder Kanton über mindestens ein öffentliches Spital. Schließlich haben in fast allen kantonalen Spitallisten außerkantonale Spitäler Eingang gefunden[150], dies nicht zuletzt, um den Auftrag des KVG, für eine qualitativ hochwertige Medizin für jedermann zu sorgen, gerecht zu werden. Durch die Aufnahme in die Spitallisten sind für die Versicherten auch solche Spezialleistungen verfügbar, über die im eigenen Kanton nicht verfügt wird. Dem kommt letztlich gleich, daß seit dem 1. Januar 2009 die Kantone verpflichtet sind, im Bereich der hochspezialisierten Medizin eine gesamtschweizerische Planung für die Spitäler zu beschließen;[151]

148 So etwa § 13 PRV ZH.

149 *Locher*, Die Vertreibung aus dem Schlaraffenland, S. 107-113.

150 Vgl. Spitallisten AR, ZH, TG, SG, BE.

151 Art. 39 Abs. 2bis KVG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

was nichts anderes heißt, als daß gerade der Zugang zur hochspezialisierten Medizin kantonsübergreifend und damit schweizweit zu gewährleisten ist.

1.1.7. Eingeschränkte Auswahl aufgrund des Versicherungsverhältnisses

In der obligatorischen Krankenversicherung gibt es besondere Versicherungsverhältnisse, die dem Patienten eine Vergünstigung einräumen, wenn er bei der Auswahl des Leistungserbringers nicht vollkommen frei agiert.[152] Insbesondere zu nennen sind hierbei die Hausarztmodelle und die HMO-Modelle. Grundsätzlich dürfen solche Modelle weder zur Leistungserweiterung[153] noch zur Leistungseinschränkung führen.[154] Vielmehr gilt der Leistungskatalog der sozialen Krankenversicherung auch hier.

Die Hausarztmodelle beinhalten die vorherige obligatorische Konsultation eines Allgemeinpraktikers. Dieser hat die Funktion eines *gatekeepers*. Er ist die erste Anlaufstelle für alle medizinischen Leistungen. Der Hausarzt behandelt selbst oder überweist an Spezialisten oder Spitäler. Der Versicherte muß immer zuerst zu ihm, außer in Notfällen. Sucht der Versicherte selbst ein Spital auf, ohne den *gatekeeper* aufgesucht zu haben, verliert er den Leistungsanspruch gegenüber seiner Versicherung, auch wenn es im nachhinein medizinisch begründbar ist.[155]

Die HMO-Modelle beinhalten, daß der Versicherte sich verpflichtet, sich von den Leistungserbringern der HMO untersuchen und behandeln oder sich von diesen an andere überweisen zu lassen. Auch hier sind es Notfälle, die eine Ausnahme bilden. Die Leistungserbringer einer HMO haben eine Behandlungspflicht gegenüber dem Patienten. Andererseits müssen die Patienten Leistungen von den HMO entgegennehmen. Allerdings kann bestimmt werden, daß unter bestimmten Umständen der Wechsel zu einem anderen Leistungserbringer möglich ist.[156]

HMO haben den Vorteil, daß der Versicherte einen Naturalleistungsanspruch gegenüber der Versicherung hat, er also nicht in Vorleistung treten muß. Darüber hinaus und mit letzterem eng verbunden sind die Handlungen der Hausärzte oder der HMO den Versicherungen zuzurechnen.[157] Daher liegt ein weitere Vorteil darin, daß die Überweisung in ein Spital gleichzusetzen ist mit der Genehmigung seitens der Versicherung. Kostenrisiken, wie oben geschildert,[158] verschieben sich damit im Innenverhältnis zwischen Versicherung und Versichertem zu Lasten der Versicherung.

Schließlich gibt es noch die Versicherungsmodelle mit einer Ärzteliste (Preferred Provider Organization). Hierbei geht es nicht um das *gatekeeping* und/oder das Zusammenwirken vieler Leistungserbringer in einem Behandlungsprozeß, sondern vielmehr

152 Siehe II.2.1.4.
153 Art. 34 Abs. 1 KVG.
154 Art. 41 Abs. 4 KVG.
155 EVG RUKV 2000 KV 108, EVG RKUV 2003 KV 241.
156 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 1088.
157 Ebenda, Rz. 1090.
158 Siehe II.1.1.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

um die Einschränkung der Auswahl insgesamt. Der Versicherte kann jeden Leistungserbringer, der sich auf der Liste befindet, ohne vorherige Konsultation aufsuchen. Andere Leistungserbringer sind ihm aber grundsätzlich verwehrt.[159]

Verweigert ein Hausarzt eine Überweisung in ein Spital, sieht eine HMO eine Spitalbehandlung nicht als notwendig an oder gibt es auf der Ärzteliste nach Ansicht des Patienten keinen Leistungserbringer, der die medizinisch notwendige Behandlung durchführen kann, ist die Aufnahme in ein (anderes) Spital mit einem erheblichen Kostenrisiko für den Versicherten verbunden. Da alle Handlungen und Unterlassungen der vorgenannten Modelle den Versicherungen zugeschrieben werden, kann der Versicherte hiergegen Rechtsmittel einlegen.[160] Bei Obsiegen wären die Kosten der Spitalbehandlung zu übernehmen.

Letztendlich und eng verbunden mit den Ausführungen in II.1.1.2. können faktische Einschränkungen dadurch geschehen, daß der Versicherte eine Zusatzversicherung abschließt, deren Leistungen ihm nur zu Gute kommen, wenn er sich an die Vorgaben der Auswahl von Leistungserbringern hält. Denn die Zusatzversicherungen werden nicht nur hinsichtlich der sogenannten unechten Mehrleistungen[161] abgeschlossen, so daß besserer Unterkunftsservice oder Chefarztauswahl oder Kostentragung außerkantonaler Spitalbehandlung geschuldet werden, sondern auch teilweise in der Form, daß die unechten Mehrleistungen nur durch bestimmte vom Versicherer vorgegebene Leistungserbringer durchzuführen sind. Damit wirkt das Privatversicherungsverhältnis auf das Sozialversicherungsverhältnis ein, indem bei der Spitalauswahl der Versicherte sich gebunden fühlt, vor allem weil er unechte Mehrleistungen in Anspruch nehmen möchte. Tatsächlich und rechtlich behindert ihn dies bei der Spitalauswahl im Sinne des Sozialversicherungsverhältnisses nicht mehr als andere, denn ihm stehen hinsichtlich des Leistungskatalogs der sozialen Krankenversicherung die gleichen Auswahlmöglichkeiten nach dem KVG zur Verfügung, als wenn er keine Zusatzversicherung hätte. Dennoch wird man aufgrund der Leistungen aus einer Hand davon ausgehen müssen, daß solche Zusatzversicherungen Steuerungselemente aufweisen.

1.2. Zusatzversicherung

Herausragender Unterschied bei der Auswahl des Spitals zwischen einem Patienten mit Zusatzversicherung gegenüber einem Patienten ohne Zusatzversicherung ist die anders angelegte Kostenübernahme durch die Zusatzversicherung. Mit anderen Worten: Der Unterschied liegt darin, daß Mehrkosten, die nicht von der obligatorischen Krankenversicherung übernommen werden, eventuell von der Zusatzversicherung getragen werden. Warum die obligatorische Krankenversicherung nach dem KVG Kosten nicht übernimmt, kann, weil sie ja die medizinisch notwendige Behandlung zu tragen hat, nur

159 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 1093.

160 Ebenda, Rz. 1091.

161 Siehe I.3.1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darin begründet sein, daß der Patient Leistungen außerhalb des KVG in Anspruch nimmt. Solche Leistungen, die durch die Zusatzversicherer abgedeckt werden können, sind in der Praxis vor allem bei zwei Sachverhalten anzutreffen: Zum einen bei der aus medizinischen Gründen nicht notwendigen sogenannten außerkantonalen Hospitalisation[162] und zum anderen bei den sogenannten unechten Mehrleistungen. Beiden Sachverhalten ist gemein, daß das KVG sie unterschiedslos nicht als Spitalleistungen der obligatorischen Krankenversicherung ansieht, demnach sie als Nichtleistungen gleich behandelt. Tatsächlich haben sie aber bei der Auswahl eines Spitals aufgrund der jeweiligen Art der Zusatzversicherung (und damit zuvor bei der Auswahl der Zusatzversicherung)[163] unterschiedliche Ansätze:

Die aus medizinischen Gründen nicht notwendige außerkantonale Behandlung[164] birgt für den Patienten ein finanzielles Risiko[165], nicht weil er Leistungen außerhalb des Leistungskatalogs des KVG in Anspruch nimmt, sondern weil die Leistungen durch ein Spital erbracht werden, das nach dem KVG diese nicht als Spitalleistungen der obligatorischen Krankenversicherung für diesen Patienten erbringen kann. Mit anderen Worten: Der Patient erweitert nicht den Leistungsinhalt für sich, sondern seine Auswahlmöglichkeiten hinsichtlich der die Leistung erbringenden Spitäler.

Ganz anders verhält es sich bei den unechten Mehrleistungen[166]. Hier nimmt der Patient vom Leistungsinhalt her andere Leistungen in Anspruch, als sie durch das KVG als Pflichtleistungen deklariert werden, also Annehmlichkeiten im Service oder in der Auswahl des Arztes. Der Patient erweitert daher durch die Inanspruchnahme von unechten Mehrleistungen nicht die Auswahlmöglichkeiten hinsichtlich der Erbringer, sondern hinsichtlich des Leistungsinhaltes.

Insgesamt hat der Zusatzversicherungsmarkt auf die oben genannten Bedürfnisse der Versicherten reagiert. Ziel der Policen ist die (teilweise) Übernahme derjenigen Kosten, die weder von der sozialen Krankenversicherung noch vom Kanton übernommen werden. Damit erweitert die Zusatzversicherung die Auswahlmöglichkeiten entweder nach dem Inhalt der Leistung oder nach dem Erbringer der Leistung, wobei oftmals auch beides anzutreffen ist. Jedoch darf nicht verkannt werden, daß verschiedene Policen das „erweiterte“ Angebot dadurch einschränken, daß es nur durch bestimmte Spitäler, mit denen der Zusatzversicherer Verträge eingegangen ist, erbracht werden kann.[167]

---

162 Zu den Problematiken und Chancen außerkantonaler Hospitalisation vgl. insgesamt: *Gächter* (ed.), Ausserkantonale Hospitalisation.

163 Siehe II.2.2.

164 Zur Bedeutung der außerkantonalen Behandlung siehe: *Meyer*, Schranken und Freiräume, S. 3-4; *Jordi*, Bedeutung der ausserkantonalen Hospitalisation, S. 87-96.

165 Siehe II.1.1.2.

166 Zum Begriff unechte Mehrleistungen siehe *Eugster*, Grund- und zusatzversicherte Leistungen im Spitalbereich, S. 16-20.

167 Siehe II.1.1.7.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Verbraucherorientierte Anreize der Versicherungswahl

2.1. Obligatorische Krankenversicherung

2.1.1. Wahlfreiheit, Versicherungspflicht und Kontrahierungszwang

Kernelemente des KVG sind die Versicherungspflicht für die Wohnbevölkerung, die Wahlfreiheit des Versicherten und der Kontrahierungszwang seitens der Versicherer. Während die Versicherungspflicht fast alle Personen, die in der Schweiz leben oder arbeiten,[168] in das System des KVG zwingt und somit nicht freistellt, ob man sich versichert, ermöglichen einerseits die Freiheit der Versicherten, sich den Versicherer nach Art. 4 Abs. I KVG aussuchen zu können, und andererseits die Pflicht seitens der Versicherer, gemäß Art. 4 Abs. II KVG in ihrem örtlichen Tätigkeitsbereich jedermann aufnehmen zu müssen, wie man sich versichert. Damit schafft das KVG den Freiraum, um für bestimmte Versicherungsverhältnisse zu optieren.

Die Kantone haben zu überwachen, ob der Versicherungspflichtige seiner Pflicht nachkommt, und ihn gegebenenfalls zwangsweise zu versichern.[169] Der Verstoß gegen die Versicherungspflicht führt auch zu Sanktionen in der Weise, daß sowohl die Prämien nachgezahlt werden müssen, als auch ein Prämienzuschlag für die pflichtige nicht versicherte Zeit zu bezahlen ist[170]. Ein solcher Zuschlag liegt zwischen 30 und 50% der normalen Prämie.[171]

Der Kontrahierungszwang der Versicherungen ist umfassend zu verstehen. Die Versicherungen dürfen nicht nach Risiken selektieren, wie dies im alten KUVG noch möglich war.[172] Allerdings dürfen regional wirkende Versicherungen nur Versicherte, die in ihrem Wirkungsbereich wohnen, gemäß Art. 4 Abs. II KVG aufnehmen. Schweizweit agierende Versicherungen haben alle Personen aufzunehmen. Das Verbot zu Selektieren[173] bedeutet nur, daß administrative oder andere Schikanen zu unterlassen sind, jedoch nicht, daß sich die Versicherungen nicht um die guten Risiken bemühen dürften.

Wahlfreiheit und Kontrahierungszwang finden ihre Grenzen in den Vorschriften über den Wechsel der Versicherung nach Art. 7 Abs. I und II KVG[174]. Demnach muß der Versicherte mit einer Dreimonatsfrist zum Ende des Kalenderhalbjahres die Versicherung ordentlich kündigen, was ihm in jedem Falle zusteht, und er kann im Falle der Prämienerhöhung unter Einhaltung einer einmonatigen Frist zum Ende eines Monates

168 Die zahlenmäßig geringfügigen Ausnahmen sind in den Art. 3 Abs. II-IV KVG und Art. 2-6 KVV genannt.

169 Art. 6 Abs. I und II KVG.

170 Art. 5 Abs. II KVG.

171 Art. 8 Abs. I KVV.

172 *Maurer*, Bundessozialversicherungsrecht, S. 252, 265-269 und 259.

173 Zur Kasuistik des EVG vgl. *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 127.

174 Sowie der Art. 64a KVG, 94 Abs. II, 97 Abs. II und 100 Abs. II KVV.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

außerordentlich kündigen, wobei ihm insgesamt ab Kenntnis der Prämienerhöhung zwei Monate Bedenkzeit einzuräumen sind. Abweichend hiervon sind die Vorschriften über die Wechselfreiheit in Bezug auf besondere Versicherungsverhältnisse.[175] Wer eine Wahlfranchise vereinbart, kann nur zum Ende des Kalenderjahres ordentlich kündigen;[176] gleiches gilt für Teilnehmer an Hausarzt- und HMO-Modellen;[177] wer an einer Bonusversicherung teilnimmt, kann nur zum Ende des fünften Versicherungsjahres ordentlich kündigen.[178]

Um den Wechsel zu ermöglichen und Erschwerungen zu verhindern, hat das Gesetz in Art. 7 Abs. V KVG einen eigenen Haftungstatbestand für Versicherungen eingeführt, wonach Schäden aufgrund des Verschuldens der Versicherung dem Versicherten auszugleichen sind.

2.1.2. Wahlfreiheit und Pflichtmitgliedschaften nach Arbeits- oder Verbandsrecht

Weiterhin gibt es auch im neuen Recht des KVG arbeits- oder verbandsrechtliche Pflichten zum Beitritt zu einer bestimmten Versicherung. Sie sind als Überbleibsel des alten KVUG weiterhin zulässig.[179] Dennoch muß die Versicherungen es akzeptieren, wenn der Pflichtige nicht beitritt oder der Versicherte wechseln will.[180] Dem Versicherten steht es also sozialversicherungsrechtlich vollkommen frei, ob er die arbeits- oder verbandsrechtlichen Pflichten erfüllen möchte.

2.1.3. Leistungen und Prämien

Anreize zur Wahl eines Versicherers können im Leistungsangebot und/oder in der Höhe der Beiträge liegen. Bei ersterem sind im schweizerischen System der obligatorischen Krankenversicherung keine Anreize vorhanden, weil alle Leistungen, die erbracht werden, sich am Leistungskatalog[181] zu orientieren haben. Die Versicherungen dürfen demnach weder andere, noch Mehrleistungen noch Minderleistungen anbieten. Sie müssen dem Versicherten dasjenige gewähren, was als Pflichtleistungen nach dem Leistungskatalog Gegenstand der obligatorischen Krankenversicherung ist.

Demnach liegt der eigentliche Anreiz für die Versicherten in der Gestaltung der Prämie[182] durch die Versicherung. Die Prämie ist eine Individualprämie, unabhängig von Einkommen oder Vermögen. Sie muß nach dem Prinzip der Einheitsprämie gestaltet sein, was nichts anderes heißt, als daß die Prämie für alle Versicherten gleich hoch sein muß, unabhängig von ihrem Geschlecht, Alter, Morbiditätsrisiko oder sonstigen in

175 Dazu näher unter II.2.1.
176 Art. 94 Abs. I-II KVV
177 Art. 100 Abs. III-IV, 94 Abs. II-III KVV.
178 Art. 97 Abs. II KVV.
179 *Maurer*, Krankenversicherungsrecht, S. 37.
180 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 125.
181 Siehe I.3.1.
182 Zur Prämiengestaltung im Einzelnen siehe II.3.1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Eigenschaft der Person liegenden Gründen. Einheitsprämie heißt aber auch, daß die Höhe der Prämie für alle Personen in einem geographisch abgrenzbaren Raum gleich sein muß. Demnach darf der Versicherer auch innerhalb eines Kantons differenzieren aufgrund von Art. 61 Abs. I-II KVG, also beispielsweise für die Bevölkerung der Kantonshauptstadt andere Prämien ansetzten als für diejenige einer Landgemeinde. Das Prinzip der Einheitsprämie wird nur hinsichtlich des Alters durchbrochen, weil nach Art. 61 Abs. III KVG für junge Erwachsene und Minderjährige niedrigere Prämien anzusetzen sind.

Trotz des Prinzips der Einheitsprämie und des manifestierten gleichen Leistungsangebotes aller Krankenversicherungen nach dem KVG gibt es beträchtliche Unterschiede in der Höhe der Prämie.[183] Erst hierdurch wird faktisch ein Anreiz für die Versicherten gesetzt, Prämien zu vergleichen und für die Wahl des Versicherers heranzuziehen.

2.1.4. Prämien bei besonderen Versicherungsformen

Außerhalb der normalen Prämie gibt es im KVG auch Prämienermäßigungen. Sie finden überall dort Eingang, wo der Versicherte sich entweder höher an den jährlichen Behandlungskosten beteiligt oder wo der Versicherte seine Wahlfreiheiten bezüglich des Leistungserbringers einschränkt. Bei alle diesen Prämienermäßigungen gilt aber auch das Prinzip der Einheitsprämie, hier dergestalt, daß die höhere Selbstbeteiligung oder die Einschränkungen in der Wahlfreiheit wiederum nicht zu Prämienreduktionen aufgrund von Alter, Geschlecht oder Morbiditätsrisiko führen dürfen. Weiterhin gilt, daß der Versicherer keine anderen Leistungen als diejenigen des Leistungskatalogs anbieten darf.

Das System der Wahlfranchise nach Art. 62 Abs. II lit.a KVG beinhaltet die höhere Selbstbeteiligung an den jährlichen Behandlungskosten als im gesetzlichen Normalfall, wo nach Art. 103 KVV bereits jeder Versicherte 300 CHF selbst zu tragen hat. Als Höchstgrenze der Wahlfranchise ist zur Zeit der Betrag von jährlichen 2500 CHF festgelegt nach Art. 93 Abs. I KVV.

Die Bonusversicherung nach Art. 62 Abs. II lit.b KVG gibt dem Versicherten einen Prämienbonus, wenn er während eines Kalenderjahres weder stationäre noch ambulante Leistungen in Anspruch genommen hat, wobei Leistungen der Mutterschaft und Leistungen der medizinischen Prävention nicht dazu gehören.[184]

Versicherungsmodelle mit einer Ärzteliste (Preferred-Provider-Organization) schränken die Wahl der Leistungserbringer danach ein, daß der Versicherte nur Erbringer dieser Liste in Anspruch nehmen darf.[185] In Notfallsituationen dürfen aber, wie auch bei HMO- oder Hausarztmodellen, andere Leistungserbringer in Anspruch genommen werden.

---

183 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 999.

184 Art. 96 Abs. I KVV.

185 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 1093.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei den HMO-Modellen schränkt der Versicherte seine Wahlfreiheit dadurch ein, daß er sich verpflichtet, sich nur von den Erbringern des HMO untersuchen oder behandeln und gegebenenfalls von diesen an Dritte überweisen zu lassen. Dadurch soll der gesamte Behandlungsprozeß aus einer Hand geschehen. Neben dem finanziellen Anreiz der Prämienreduktion ist dieses Modell das einzige, das auch Anreize in der Behandlung schafft. Zwar werden auch hier nur Leistungen nach dem Leistungskatalog des KVG gewährt, doch bieten sich die HMO insbesondere für Personengruppen an, die eine hohe Interaktionsdichte zwischen den Leistungserbringern benötigen, wie dies etwa bei chronischen Krankheiten der Fall sein kann. Die HMO sind fast ausschließlich Gründungen der Krankenversicherungen und verwalten ein Globalbudget für jeden Versicherten.[186] Sie sind aber bis heute nicht schweizweit verbreitet. Der Versicherte kann sie nur in den Agglomerationen der Deutschschweiz sowie in einigen städtischen Zentren der Romandie finden.[187]

Schließlich seien noch die Hausarztmodelle genannt, bei denen sich der Versicherte verpflichtet, immer erst einen bestimmten Allgemeinpraktiker (*gatekeeper*) aufzusuchen, der ihn wiederum an Spezialisten oder an Spitäler überweist. Auch hierbei gibt es eine Budgetverantwortung seitens des *gatekeeper*. [188]

Insgesamt haben die Anreize der Prämienreduktionen bei den vorgenannten besondern Versicherungsformen dazu geführt, daß in der Schweiz im Jahre 2006 nur noch 44% aller Versicherten über eine „normale“ Versicherung verfügten,[189] also nur noch 44% der Versicherten weder ihre Selbstbeteiligung erhöht hatten noch Leistungserbringungseinschränkungen hinnahmen. Neben den Prämienreduktionen gibt es bei den Hausarzt- und HMO-Modellen aber noch einen weiteren finanziellen Anreiz, der nicht unterschätzt werden darf: Im Gegensatz zum sonstigen Kostenerstattungsprinzip im KVG verpflichten sich die Versicherer in den vorgenannten Modellen zur Naturalleistung.[190] Der Versicherte muß also nicht in Vorleistung treten, sondern kann die Leistung in Anspruch nehmen, ohne Kostenschuldner gegenüber dem Leistungserbringer, wie etwa dem Spital, zu sein.

2.1.5. Kostenerstattungsprinzip und Naturalleistungsprinzip

Das schweizerische System der Krankenversicherung ist, wie bereits häufiger erwähnt, geprägt vom Kostenerstattungsprinzip. Dieses sogenannte System des *tiers garant* beinhaltet nach Art. 42 Abs. I KVG, daß der Patient Kostenschuldner des Leistungserbringers ist, was insbesondere bei Spitalleistungen eine erhebliche finanzielle Belastung darstellt, die sich nicht nur momentan äußert, sondern hinsichtlich der Aus-

186 Ebenda, Rz. 1090.

187 *Baumberger*, Managed Care, S. 174.

188 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 1090.

189 Bundesamt für Sozialversicherungen, Schweizerische Sozialversicherungsstatistik 2008, S. 151.

190 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 1086.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wahl des Spitals auch zu einem Kostenrisiko werden kann.[191] Versicherungen können aber auch das System des *tiers payant* anbieten, wo der Versicherer an die Stelle des Kostenschuldners tritt nach Art. 42 Abs. II S. 2 KVG, allerdings nur für denjenigen Anteil, den er sonst auch beim *tiers garant* nachträglich zu leisten hätte, womit die Leistungspflicht des Kantons an den Erbringer unberührt bleibt.[192] Immerhin könnte das System der Naturalleistung für Versicherte einen Anreiz setzen, mit solchen Versicherungen eine Mitgliedschaft zu vereinbaren, die ihn aufgrund des *tiers payant* finanziell entlasten. Ob dies tatsächlich Anreize gibt oder ob es, abgesehen von den HMO- und Hausarztmodellen, überhaupt Angebote seitens der Versicherungen gibt, ist in den sonst bekannten Statistiken zum Krankenversicherungswesen nicht verzeichnet.

2.2. Zusatzversicherung

Der Zugang zu den Zusatzversicherern richtet sich aufgrund des KVG nach dem VVG. Damit gibt es für die privaten Anbieter von Zusatzversicherungen keinen Aufnahmezwang und damit keinen Kontrahierungszwang. Aufgrund von Art. 12 KVG können die sozialen Krankenkassen ebenfalls solche Zusatzversicherungen anbieten. Jedoch ist auch hier davon auszugehen, daß die Zusatzversicherung der sozialen Krankenkasse, gleich ob sie sie selbst oder durch ausgegliederte Organisationen durchführt, nicht zu einem Kontrahierungszwang führt.[193] Ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Aufnahme besteht, anders als beim Thema der Aufnahmepflicht durch öffentliche Spitäler, wohl nicht.

Der Patient, der sich eine Zusatzversicherung aussuchen möchte, wird aber nicht nur damit konfrontiert, daß ihn generell niemand aufnehmen muß. Vielmehr richten sich die Prämien auch nach der individuellen Risikoeinschätzung, wonach ältere und damit für Krankheiten anfälligere Personen mit erheblich höheren Prämien zu rechnen haben. Risikoselektion ist daher gang und gäbe bei den Zusatzversicherern. Daß selbst die sozialen Krankenkassen dies so betreiben, obwohl ihnen nach Art. 12 Abs. 2 KVG auch im Zusatzversicherungsbereich jeder Erwerbszweck untersagt ist, wird zwar gesellschaftlich als Problem angesehen, jedoch mit versicherungsmathematischen Grundsätzen gerechtfertigt.[194] Solchen Einschätzungen wird man zu Gute halten müssen, daß das Konzept des obligatorischen Krankenversicherungssystems Risikoselektion nicht zuläßt und gleichzeitig das medizinisch Notwendige auf hohem Niveau für alle bereitstellt, somit Zusatzversicherungen Annehmlichkeiten anbieten, deren Luxus Geld kostet. Hier wird man aber grundsätzlicher zu fragen haben, warum die sozialen Kranken-

191 Siehe I.3.1., I.3.2. und II.1.1.2.

192 Nach dem zum 1. Januar 2009 neu eingeführten Art. 49a Abs. 3 KVG leistet der Kanton direkt an das Spital, es sei denn, Versicherer und Kanton haben vereinbart, daß der Kanton seinen Anteil an den Versicherer und dieser beide Anteile an das Spital überweist.

193 *Streit*, Zusatzversicherungen nach Versicherungsvertragsgesetz, S. 224.

194 Ebenda, S. 223-224.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kassen sich überhaupt auf diesem Markt verhalten sollen, ist ihnen doch jeder Erwerbszweck untersagt und hat der Staat, mithin die mittelbare Staatsverwaltung in Form der sozialen Krankenkassen unternehmerische Aktivitäten soweit wie möglich zu unterlassen.[195]

Was Gegenstand der Zusatzversicherung ist, könnte somit frei verhandelbar sein. Tatsächlich wird man wohl eher davon ausgehen können, daß der Zusatzversicherer Leistungen anbietet, die der Interessierte abzuwägen hat. Einen vorgegebenen Mindestkatalog gibt es nicht, so daß der Versicherer auf Basis seiner Kalkulationen das Leistungspaket bestimmt. Dennoch gibt es selbst hier Einschränkungen, kann der Interessierte nicht alles auf dem Markt finden, wogegen er sich gerne absichern möchte. Dabei ist an erster Stelle das Verbot zu nennen, wonach die gesetzlich vorgesehenen Kostenbeteiligungen der Patienten (Franchise, Selbstbehalt etc.) gemäß Art. 64 Abs. VIII KVG in keinem Falle von einer Schweizer Versicherung versichert werden dürfen. Darüber hinaus besteht das Verbot der Doppelversicherung, will heißen: Leistungen nach dem KVG dürfen nicht in einer anderen Versicherungen versichert werden.[196] Demnach ist die Zusatzversicherung immer Komplementärversicherung. Dabei ist allerdings bedenklich, daß das Leistungsangebot der Zusatzversicherer nicht immer nur komplementär ist, wie dies offensichtlich bei den Annehmlichkeiten von Service oder Arztwahl gegeben ist, sondern die Zusatzversicherer auch die medizinisch nicht notwendige außerkantonale Behandlung gegen die hieraus für den Patienten resultierenden, weil nicht vom Kanton oder seiner Krankenkasse abgedeckten Kosten versichert, obwohl die Leistung selbst schon durch die obligatorische Krankenversicherung und/oder den Kanton abgedeckt wäre, wenn sich der Patient in ein zu Leistungen an ihn berechtigtes Spital begeben würde.[197]

3. Wettbewerbsbeziehungen zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern

3.1. Obligatorische Krankenversicherung

Das Verhältnis zwischen den Krankenversicherungen und den Spitälern ist im KVG vornehmlich durch das Tarifrecht geprägt. Dabei gilt der Grundsatz, daß kein Leistungserbringer einseitig Tarife und Preise bestimmen kann.[198] Demnach haben sich die Tarifparteien auf einen Tarif zu einigen. Das Ziel eines Tarifes muß gemäß Art. 43 Abs. VI KVG immer die qualitativ hochstehende Versorgung zu möglichst günstigen Kosten sein. Beide Vertragsparteien müssen demnach die Qualität der Versorgung im Auge

195 Siehe dazu: II.5.2.

196 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 198, mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hierzu in Fn. 294.

197 Siehe hierzu: II.1.2.

198 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 838.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben, die Versicherungen weiterhin die Kostengünstigkeit, die Spitäler vor allem die Kostendeckung.

3.1.1. Tarifvertrag, Behördentarif, Ersatztarif

Die Tarifparteien haben über die Spitalleistungen einen Tarif auszuhandeln nach Art. 46 und 49 KVG. Nicht in ihren Zuständigkeitsbereich fällt nach Art. 52 Abs. I KVG die Tarifierung für die Vergütung von Analysen und Arzneimitteln sowie für Mittel und Gegenstände. Diese Tarife sind Behördentarife und werden vom EDI festgesetzt. Kommt ein Tarif, aus welchen Gründen auch immer, nicht zustande, hat der Kanton als Genehmigungsbehörde gemäß Art. 47 Abs. I KVG einen Ersatztarif zu erlassen.

3.1.2. Tarifvertragsparteien und Wettbewerb

Die Tarifparteien können einzeln oder kollektiv Tarifverträge aushandeln nach Art. 46 Abs. I KVG. Der Praxis entspricht es, daß die Verbände auf kantonaler Ebene, insbesondere *H+* für die Spitäler und *santesuisse* für die Versicherungen, Tarifverträge abschließen. Wettbewerbswidrig, schon nach dem KVG, sind vertikale Tarifverträge in dem Sinne, daß Einzelne einem Verband gegenüberstehen. Art. 46 Abs. III lit.d KVG ist damit schon auf der Ebene des KVG eine Bestimmung zum Verbot marktbeherrschender Stellung von Kartellen.[199] Etwas anderes gilt für die Kollektivverträge. Sie sind nach Art. 46 Abs. I KVG statthaft und stellen somit einen Vorbehalt dar, der die Anwendung des KG aufgrund bundesgesetzlicher Regelung ausschließt.[200]

3.1.3. Tarifvertragsinhalt und Preisüberwachung

Die Mehrzahl von neuen Tarifverträgen beinhaltet Preiserhöhungen, die von den Kantonen zu genehmigen sind. Damit kommt Art. 14 PüG zur Anwendung. Demnach ist bei behördlich zu genehmigenden oder festzusetzenden Preiserhöhungen immer der Preisüberwacher[201] anzuhören. Er kann die Senkung des Preises beantragen oder den Verzicht auf die Erhöhung. Will der Kanton hiervon abweichen, hat er dies ausführlich zu begründen. Eine Nichtanhörung des Preisüberwachers führt in jedem Falle zur Nichtigkeit des Tarifvertrages. Der Preisüberwacher überprüft vor allen Dingen die Wirtschaftlichkeit der Tarife und hierbei insbesondere, ob ein Mißbrauch in der Preisbildung vorliegt. In zahlreichen Fällen hat das Votum des Preisüberwachers dazu geführt, daß die Tarifverträge in anderer Form in Kraft getreten sind, als sie zuvor noch von den Tarifparteien ausgehandelt worden sind.

199 *Schaller/Tagmann*, Kartellrecht und öffentliches Recht , S. 709.

200 ReKo RPW 2003, 514.

201 Vgl. I.4.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3.1.4. Tarife und Pauschalen

Gegenstand der Vergütung sind feste Tarife oder Pauschalen. Dabei läßt das Gesetz zunächst einen weiten Spielraum, was vereinbart werden kann: Der Zeittarif nach Art. 43 Abs. II lit.a KVG entschädigt nach dem Zeitaufwand. Mit dem Einzelleistungstarif nach Art. 43 Abs. II lit.b KVG werden die Einzelleistungen in Rechnung gestellt. Hingegen werden bei den Pauschalen gemäß Art. 43 Abs. II lit.c KVG die erbrachten Leistungen pauschal nach bestimmten Mustern abgegolten. Letztere Kategorie läßt sich wiederum in Kopfpauschale, Tagespauschale und Fallpauschale unterscheiden.[202] Nach Art. 49 Abs. I S. 1 KVG wird die stationäre Behandlung durch Pauschalen abgegolten. Andere Tarifarten waren gemäß Art. 49 Abs. II aF KVG grundsätzlich, aber nur in Einzelfällen möglich. Von dieser Öffnung ist man nun abgerückt. In Art. 49 Abs. I S. 4 heißt es daher nur noch: „Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass besondere diagnostische oder therapeutische Leistungen nicht in der Pauschale enthalten sind, sondern getrennt in Rechnung gestellt werden." Damit bleibt grundsätzlich nur noch für die genannten Leistungen die Möglichkeit, anderes zu bestimmen.[203] Ansonsten hat die Teilrevision des KVG, grundsätzlich in Kraft getreten am 1. Januar 2009, dazu geführt, daß nicht nur Pauschalen prinzipiell zu vereinbaren sind, sondern daß gemäß Art. 49 Abs. I S. 2 in der Regel „Fallpauschalen festzulegen" sind. Diese haben nach Art. 49 Abs. I S. 3 leistungsbezogen zu sein und müssen auf „gesamtschweizerisch einheitlichen Strukturen" beruhen.

Bei den Fallpauschalen ist hervorzuheben, daß sie bereits seit 2002 verstärkt in den Spitälern als sogenannte DRG-Pauschalen angewendet werden, besser bekannt unter dem Stichwort SwissDRG.[204] Dabei werden Patientenklassifikationssysteme benutzt, um die einzelnen Fallpauschalen zu ermitteln.[205] Jeder Patient wurde daher einer der 600 diagnosebezogenen Fallgruppen im Spital zugewiesen. In diesem Vergütungssystem bestimmten die Tarifpartner für jedes Spital oder für Spitalgruppen oder für alle Spitäler Basispreise für die einzelnen Klassifikationen.[206] In der Schweiz wird seit 2007 eine modifizierte Version des GermanDRG verwendet, die 912 Fallgruppen ausweist. Diese Art der diagnosebezogenen Fallgruppen[207] hat mit der Teilrevision des KVG nun auch im Gesetz selbst seinen Niederschlag gefunden.[208] Insbesondere ist eine Organisation durch die Tarifpartner und die Kantone zu schaffen, welche für die Erarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Anpassung und Pflege der Strukturen zur

202 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 840-843.

203 Zu beachten gilt dabei allerdings, daß die Kantone als finanzielles Steuerungsinstrument gemäß Art. 50 Abs. I KVG weiterhin einen Gesamtbetrag als Globalbudget für die Finanzierung der Spitäler festsetzen können.

204 Vgl. hierzu insgesamt *Indra*, SwissDRG.

205 Ausführlich dazu aus ökonomischer Sicht: *Malk/Kampmann/Indra*, DRG-Handbuch Schweiz.

206 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 843.

207 Zur Kritik an solchen Pauschalen vgl. *Hanhart*, Diagnosebezogene Fallpauschalen.

208 Vgl. hierzu insgesamt Art. 49 nF KVG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ermittlung schweizweit einheitlicher Fallpauschalen zu sorgen hat. Schließlich muß noch hervorgehoben werden, daß das genannte System der diagnose- und leistungsbezogenen Fallpauschalen aufgrund gesamtschweizerischer Strukturen erst bis Ende 2011 umzusetzen ist.[209]

3.2. Zusatzversicherung

Das Zusatzversicherungswesen ist ebenfalls von Vereinbarungen zwischen den Spitälern und den Versicherern geprägt. Auch dort geht es um Tarife oder Pauschalen. Viel stärker als bei der obligatorischen Krankenversicherung kommt hier allerdings das Kartellgesetz (KG) zur Anwendung.[210] Insbesondere bei Kollektivverträgen ist immer die Frage nach einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 5 KG zu stellen. Auch die nach dem Privatrecht an sich zulässigen Vereinbarungen zwischen Einzelnen und Verbänden rufen immer Besorgnis hervor, ob hier nicht die nach Art. 5 KG untersagten horizontalen Vereinbarungen mit vertikaler Auswirkung zum Tragen kommen.[211]

Die Anwendbarkeit des KG auf solche Verträge kann auch kaum unter Vorbehalt gestellt worden sein. Denn nach Art. 3 KG könnte dies nur aufgrund bundesstaatlicher oder kantonaler Gesetze geschehen. Bundesstaatliche Vorbehalte sind aber nicht gegeben, weil das KVG im Zusatzversicherungswesen auf das Vertragsversicherungsgesetz (VVG) verweist, das gerade den Wettbewerb zwischen Versicherern und Leistungserbringern nicht ausschließt.[212] Aber auch kantonale Vorbehalte sind kaum möglich, zumal sich sowohl das KVG als auch das VVG der Kompetenz der Kantone entzieht und kantonale Gesundheitsgesetze auch die Zusatzversicherungen nicht zum Gegenstand haben.[213]

4. Wettbewerb zwischen Krankenhäusern

Mit fast 900.000 stationär behandelten Personen im Jahre 2005[214] und schon über 920.000 im Jahre 2007[215] handelt es sich beim Spitalwesen in der Schweiz um einen großen und attraktiven Markt. Um das Angebot wahrnehmen zu können, hängen nicht nur die Patienten sondern auch die Spitäler von Versicherungen ab, welche einen Teil der Kosten für die Behandlung übernehmen. Diese leisten aber nur aufgrund des KVG

209 Vgl. am Textende des KVG den Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007.

210 Vgl. I.4.2.

211 *Schaller/Tagmann*, Kartellrecht und öffentliches Recht , S. 709.

212 ReKo RPW 2006, 515.

213 ReKo RPW 2006, 524-525.

214 Bundesamt für Statistik, Spitalaufenthalte 2005, S. 8

215 Bundesamt für Statistik, Statistik der Krankenhäuser 2007, Tabelle C1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder aufgrund der privatrechtlichen Versicherungsverträge. Da die gesamte Wohnbevölkerung nach dem KVG versichert ist, haben sich die Spitäler in ihrem Wettbewerb untereinander vor allem an diesem System auszurichten. Dennoch ist das Zusatzversicherungswesen so attraktiv, daß selbst die öffentlichen Spitäler Halbprivat- und Privatabteilungen betreiben. Im Wettbewerb der Spitäler geht es daher um beide Finanzierungs- und Regelungsformen, zumal die Zusatzversicherung zumeist nur eine Ergänzung ist. Daher sollen im Folgenden, abweichend von der bisherigen Systematik, beide Versicherungsformen zusammenbehandelt werden, soweit es sinnvoll erscheint.

4.1. Struktur und Status

Die fundamentale Unterscheidung im Spitalwesen wird danach getroffen, ob es sich um ein öffentliches Spital bzw. öffentlich subventioniertes Spital oder um ein privates Spital handelt.[216] Denn nach dieser Unterscheidung richten sich im KVG die Möglichkeiten und Grenzen des Wettbewerbes untereinander aus. Von geringerer Bedeutung ist demnach die Verfaßtheit der Spitäler, wobei die öffentlich-subventionierten und die privaten jede privatrechtliche Form wählen dürfen. Die Verfaßtheit selbst mag betriebswirtschaftlich von großer Bedeutung sein; im Wettbewerb untereinander ist sie eine juristisch zu vernachlässigende Größe. Dem steht auch nicht entgegen, daß die öffentliche Hand im Trend dazu übergeht, die öffentlichen Spitäler nach und nach zu privatisieren.[217]

Neben der vorgenannten Einordnung ist es von besonderer Bedeutung, ob die Spitäler auf einer Spitalliste aufgenommen werden. Denn ohne eine solche Aufnahme können die Spitäler keine Leistungen nach dem KVG erbringen und können somit nicht in den Wettbewerb um die KVG-Versicherten treten. Dies gilt vor allem für die privaten Spitäler, weil die öffentlichen Spitäler immer Eingang in die Spitalliste finden, die öffentlich-subventionierten fast immer aufgenommen werden.[218]

Dieser durchgängigen faktischen wie rechtlichen Bevorzugung der öffentlichen Spitäler, ohne hier auf die Einzelheiten bereits einzugehen, kommt gleich, daß die Wettbewerbskommission eine marktbeherrschende Stellung der Kantonsspitäler, die es ja in jedem Kanton mindestens einmal gibt, abgelehnt hat, nicht zuletzt weil ein Kantonsspital der grundsätzlichen Gesundheitsversorgung dient.[219] Damit werden wohl private Konkurrenten zukünftige Anträge an die Wettbewerbskommission, mit dem Ziel den Markt offener zu gestalten, nicht stellen, wenn es um die öffentlichen Kantonsspitäler geht.

Trotz der im schweizerischen System angelegten Bevorzugung der öffentlichen Spitäler zeigt es sich, daß es eher zu Konzentrationen bei den öffentlichen bzw. öffentlich

216 Siehe I.3.2.

217 *Schwarz*, Privatisierung von Spitälern, S. 76 ff.

218 Siehe hierzu II.4.2.

219 ReKo RPW 1998, 592

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

subventionierten Spitäler als bei den privaten Spitälern kommt, nahmen erstere doch deutlich mehr in ihrer Anzahl ab als letztere.[220] Dies hat seinen Grund auch darin, daß die privaten Spitäler vor allem bei Spezialkliniken dominant sind: von 45 Rehabilitationskliniken waren 27 private, von 40 Spezialkliniken der Chirurgie, Gynäkologie/Neantologie oder Pädiatrie waren 33, von 35 Spezialkliniken anderer Fachrichtungen 17 private Spitäler. Die Spezialisierung schafft den privaten Spitälern einen gewissen Vorsprung, der letztendlich auch dazu führt, daß sie aufgrund der kantonalen Spitalplanung, die eine ausreichend Versorgung gewährleisten soll, auch auf die Spitallisten aufgenommen werden. Hingegen ist das Vorkommen von privaten Spitälern der Zentrumsversorgung mit breitem medizinischen Angebot verschwindend, bei den Spitälern der Grundversorgung bei ca. 25%.[221] Grundsätzlich läßt sich damit festhalten, daß die privaten von vornherein konkurrenzfähiger bei Spezialkliniken sind als bei den Grund- und Zentrumsversorgern.

4.2. Spitalplanung und Spitallisten

Nach Art. 39 Abs. I lit.d KVG soll die kantonale Spitalplanung eine optimale Ressourcennutzung, einen Abbau von Überkapazitäten und damit eine Dämpfung der Kosten bewirken. Die Instrumente zur Spitalplanung sind die Formulierung von Leistungsaufträgen und die Zuweisung von Bettenzahlen.[222] Die Bedarfsermittlung erfordert die Ermittlung des Angebotes an stationärer Versorgung im Kanton und wird dem Bedarf der obligatorisch versicherten Personen im Kanton gegenübergestellt.[223] Darüber hinaus müssen auch der Bedarf für die Patienten der Halbprivat- und Privatabteilungen ermittelt werden.[224] Der Abbau von Überkapazitäten geht nur nach der Bedarfsplanung und nicht nach dem Wettbewerb.[225]

Insgesamt erhalten diejenigen Spitäler den Vorzug, welche die Leistungen nach dem Leistungsauftrag bei gleicher Qualität kostengünstiger erbringen, wobei die Versorgungsqualität höher eingestuft werden soll als die Kosteneinsparungen.[226] Mit letzterem Argument verbunden ist die Kernaussage des Art. 39 Abs. I lit.d KVG, welcher vorschreibt, daß private Spitäler angemessen zu berücksichtigen sind. Dies heißt nicht, daß sie berücksichtigt werden müssen. Die Kantone dürfen bei der Spitalplanung unter den privaten Spitälern nach Ermessen eine Auswahl treffen.[227]

---

220 Bundesamt für Statistik, Spitalaufenthalte 2005, S. 5.
221 Ebenda, S. 7.
222 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 747.
223 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 750.
224 EVG RKUV 1998 KV 54.
225 EVG RKUV 2001 KV 183.
226 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 755-756.
227 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 759.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundsätzlich sind die Leistungsaufträge so zu formulieren, daß sie grundsätzlich die Gesundheitsversorgung der Kantonsbevölkerung gewähren, was nichts anderes heißt als das nach Diagnosekriterien zu verfahren ist, so daß auch spezielle medizinische Disziplinen zum Tragen kommen müssen.[228] Dabei behelfen sich kleinerer Kantone vor allem damit, daß sie außerkantonalen Spezialkliniken einen Leistungsauftrag geben. Konsequenz der gesamten Spitalplanung ist die Erstellung der Spitallisten. Nur wer dort aufgeführt ist, kann gemäß Art. 39 Abs. I lit.e KVG Leistungen nach dem KVG erbringen.

Die Teilrevision des KVG zum 1. Januar 2009 bringt bei der Spitalplanung erhebliche Neuerungen; wenngleich die meisten von ihnen aufgrund der Übergangsbestimmungen erst Ende 2014 verwirklicht sein müssen.[229] Hiernach haben die Kantone ihre Planungen zu koordinieren (Art. 39 Abs. 2 KVG) und hinsichtlich der hochspezialisierten Medizin eine gesamtschweizerische Planung zu beschließen (Art. 39 Abs. 2bis S. 1 KVG). Kommen sie letzterem nicht nach, legt der Bundesrat fest, welche Spitäler für welche Leistungen auf den kantonalen Spitallisten aufzuführen sind (Art. 39 Abs. 2bis S. 2 KVG). Zur Planung der Kantone erläßt der Bundesrat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit (Art. 39 Abs. 2ter S. 1 KVG). Folgen die Kantone somit den neuen Kriterien in Zukunft und gleichen ihre Spitallisten an, wobei sie weiterhin die privaten Spitäler nur angemessen berücksichtigen müssen (Art. 39 Abs. 1 lit.d), so besteht die Gefahr, daß die Kantone schon ob des nun höheren Finanzierungsanteils ihrerseits und des nun auch an die privaten Spitäler zu leistenden Kantonsbeitrages versuchen könnten, die privaten Spitäler auf ihren Spitallisten zu verdrängen. Um dies zunächst zu verhindern, wurde eine Übergangsbestimmung[230] eingeführt, wonach die Kantone wenigstens während des Zeitraums, in welchem die Spitallisten anzupassen sind, verpflichtet werden, ihren Kostenanteil für alle auf den Spitallisten aufgeführten Spitälern weiterhin zu übernehmen.[231]

4.3. Subventionen

Die Kantone können einzelnen Spitälern, die privat verfaßt sind, Subventionen oder sonstige Vergünstigungen gewähren. Handelt es sich um eine Subvention, so wird aus dem privaten Spital ein öffentlich-subventioniertes. Die Grundlage für Subventionen oder für andere Vergünstigungen beruhen auf den kantonalen Gesetzen, zumeist auf den Gesundheitsgesetzen.[232] Die Zuwendungen erfolgen aber nicht ohne Gegenleistung. Insbesondere verpflichtet die Subvention zu bestimmten Vorkehrungen in der Ausstat-

228 EVG RUKV 2001 KV 183.

229 Vgl. am Textende des KVG die Abs. 3 und 4 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007.

230 Vgl. am Textende des KVG den Abs. 4 S. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007.

231 *Rich*, Umsetzung der Spitalfinanzierung, Rz. 11.

232 So etwa § 71 GesG ZH.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

tung des Spitals hinsichtlich der Gesundheitsversorgung. So etwa zur Einrichtung eines Notfalldienstes oder zur Vorhaltung bestimmter Leistungsangebote.[233] Demnach ist das finanzielle Mehr nicht immer attraktiv, können private Spitäler ohne Zuwendungen freier ihr Angebot gestalten.

Der Vorteil liegt aber nicht nur in der finanziellen Zuwendung, sondern in dem Faktum begründet, daß häufig die öffentlich-subventionierten Spitäler auch auf die Spitalliste aufgenommen werden, wobei hier allerdings kein Automatismus herrscht.[234] Ein Anspruch auf Subvention besteht je nach Ausgestaltung der kantonalen Gesetze. Dabei wird man wiederum den Grundsatz aufstellen können, daß die Kantone zunächst ihre finanziellen Ressourcen bei den öffentlichen Spitälern einsetzen. Daß aber eine Subvention als solche für das Bestehen auf dem Gesundheitsmarkt noch nicht entscheidend sein muß, zeigt die große Anzahl von privaten Spitälern auf allen kantonalen Spitallisten. Demnach sind es insgesamt immerhin 132 private Spitäler gegenüber 213 öffentlichen bzw. öffentlich subventionierten Spitälern[235]. Demnach ist jedenfalls für diese Spitäler ein Auskommen ohne Subvention möglich, trotz aller Hemmnisse, die eine Nichteinordnung als öffentlich-subventioniertes Spital zur Folge haben kann.[236]

4.4. Preiswettbewerb?

Die Tarifgestaltung, wie sie die Normen des KVG vorgibt[237], scheint es zu ermöglichen, daß die Abgeltung der Spitalleistung je nach Verhandlungsergebnis mit einem Versicherer unterschiedlich hoch sein könnte, so daß die Leistungen bei dem einen oder anderen Spital von vornherein zu mehr Einnahmen oder etwa günstigere Tarife zu mehr Patienten und damit zu kostendeckender Auslastung führen könnten. Dem steht aber schon die Erfahrung aus der Praxis entgegen, wonach die meisten Tarifverträge Kollektivverträge sind, zumeist durch die kantonalen Verbände des Versicherungsverbandes *santesuisse* einerseits und andererseits des Spitalverbandes *H+*. Demnach agieren die meisten Spitäler hinsichtlich des KVG aufgrund des gleichen Tarifes. Anderes könnte nur dort gelten, wo die Tarifverträge Freiheiten in den Pauschalen geben, so daß etwa das eine Spital seinen Vorteil daraus zieht, vorwiegend Fallpauschalen abzurechnen, ein anderes dadurch, daß es Zeitpauschalen in Anspruch nimmt. Die Einführung der Fallpaschaulen aufgrund gesamtschweizerischer Strukturen[238] beendet voraussichtlich diese Art von Preiswettbewerb, soweit er überhaupt jemals weitgehend bestand, endgültig.

Im Zusatzversicherungsbereich könnte etwas anderes gelten. Leider stehen nach derzeitigem Kenntnisstand keine flächendeckenden und schweizweiten Informationen zur

233 *Poledna/Berger*, Öffentliches Gesundheitsrecht.

234 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 758.

235 Bundesamt für Gesundheit (ed.), Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2004, S. 12.

236 Vgl. hierzu I.3.2. und II.1.1.2.

237 Vgl. hierzu II.3.

238 Vgl. hierzu II.3.1.4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verfügung, inwieweit die einzelnen Tarife tatsächlich voneinander abweichen. Jedoch dürfte die Tatsache, daß einzelne Versicherungen ihre Versicherten verpflichtet haben, die Halbprivat- oder Privatabteilungen eines bestimmten Spitals aufzusuchen, einerseits dafür sprechen, daß dadurch Auslastung erreicht und kostendeckend gewirtschaftet werden kann, andererseits die Bindung an nur einen Versicherer aber nicht unbedingt einen besseren Preis erwarten läßt.

4.5. Konzentrationsprozeß

Bei den Schweizer Spitälern ist über den bereits genannten Rückgang in der Anzahl[239] hinaus auch zu verzeichnen, daß es insgesamt zu einem Konzentrationsprozeß gekommen ist. Einmal gibt es einen deutlichen Rückgang von 1990 bis 2002, was die Länge des Krankenhausaufenthaltes betrifft, nämlich von durchschnittlich 13,2 Tagen auf 9,2 Tage.[240] Des weiteren hat die Anzahl der Betten in den Krankenhäuser abgenommen: Gab es 1990 noch 6,5 Betten pro 1000 Einwohnern, so waren es 2002 nur noch 3,9 Betten.[241] Dem kommt gleich, daß im selben Zeitraum die Auslastung der Betten zugenommen hat, nämlich von 79% auf 85%.[242]

Inwieweit dies mit den Steuerungselementen, insbesondere durch die Vorgaben der Spitalplanung und der Erstellung der Spitallisten, zusammenhängt, bedürfte einer eingehenden Untersuchung. Zu beachten ist dabei, daß sich die Spitäler insgesamt betriebswirtschaftlicher ausgerichtet und damit vermehrt neu aufgestellt haben,[243] so daß vorgenannte Indikatoren eines Konzentrationsprozesses auch daraus resultieren können.

4.6. Fusionen

Fusionen von Spitälern können Wettbewerbsvorteile schaffen. Tatsächlich liegen keine Zahlen vor, inwieweit der Konzentrationsprozeß im Spitalwesen mit der Fusion von Spitälern zu tun hat. Rechtlich und insbesondere hinsichtlich des KG wird man danach zu urteilen haben, ob die Fusionen zwischen öffentlichen Spitälern oder zwischen privaten Spitälern stattfinden. Die Fusion öffentlicher Spitäler wird dem Grunde nach kaum dem Anwendungsbereich des KG unterliegen, weil Art. 3 KG Vorbehalte kantonaler Normen kennt. Da sich die Fusionen entweder auf Gesetzesgrundlage vollziehen oder sich aber in den Gesundheitsgesetzen oder Organisationsgesetzen Vorschriften

239 Vgl. hierzu II.4.1.

240 OECD Health Data 2005, Chart 2.30.

241 Ebenda, Chart 2.12.

242 Ebenda, Chart 2.13.

243 Vgl. hierzu insgesamt *Oggier*, Spitalfinanzierungsmodelle, sowie die Beiträge von *Müller*, Überlegungen zur Privatisierung; *Bertschinger*, Konzernrechtliche Fragen; *Staffelbach*, Privatisierung öffentlicher Spitäler; *Schwarz*, Das Zuger Modell; *Barmettler*, Reform Obwalden; und *Eichenberger*, Wettbewerb aus Sicht der Spitäler.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

über die Wirtschaftlichkeit öffentlichen Handelns finden, wird man hierin wohl einen Vorbehalt zu sehen haben. Insgesamt und für die privaten Spitäler insbesondere darf darauf verwiesen werden, daß das Kartellgesetz in seinem Art. 9 als meldepflichtige Fusionen nur solche Unternehmensfusionen bezeichnet, die zu einem Gesamtjahresumsatz von mindestens 500 Mio. CHF in der Schweiz oder von mindestens 2 Mrd. CHF weltweit führen. Aber auch hinsichtlich der Marktbeherrschung gilt es den Art. 11 KG zu beachten, wonach bei überwiegend öffentlichem Interesse Fusionen nicht zu beanstanden sind.

5. Wettbewerb zwischen Versicherungen

5.1. Obligatorische Krankenversicherung

Die Krankenversicherer, die dem KVG unterstehen, dürfen keine Gewinnerzielung beabsichtigen, jedenfalls nicht für den Bereich, auf dem sie aufgrund des KVG tätig sind. Trotz alle dem sind die Krankenversicherer zum größten Teil bestrebt, auf dem für sie eher unvollkommenen Markt an Versicherten zu gewinnen, nicht zuletzt weil dies ein Mehr an Prämien verspricht und so für das eigene Überleben sorgt. Immerhin hat ein starker Konzentrationsprozeß stattgefunden, der aus ehemals weit über 1000 Krankenversicherer vor einem Vierteljahrhundert zu einer Gesamtzahl von 95 Krankenversicherern geführt hat.

5.1.1. Struktur

Nach Art. 11 KVG soll die obligatorische Krankenversicherung einerseits von den sozialen Krankenkassen gemäß Art. 12 KVG und andererseits von den privaten Versicherungseinrichtungen gemäß Art. 13 KVG durchgeführt werden. Dem Wunsch des Gesetzgebers nach sollte erreicht werden, daß neben den bestehenden sozialen Krankenkassen auch private Versicherungsunternehmen im KVG eine Rolle spielen. Gesetzt wurde auf deren Know-how, insbesondere hinsichtlich von Finanzfragen. Deswegen wurden die Bedingungen, als Versicherer des KVG zu agieren, im Art. 13 KVG nicht zu restriktiv verfaßt. Der Erfolg dieses gesetzgeberischen Willens ist aber bislang nicht eingetreten. Vielmehr läßt sich sagen, daß dieses Konzept nicht aufgegangen ist: Denn tatsächlich ist seit Inkrafttreten des KVG vor etwa 13 Jahren kein einziges privates Versicherungsunternehmen auf den Markt „gedrängt“.

Die obligatorische Krankenversicherung wird weiterhin nur von den sozialen Krankenkassen betrieben, die nun grundsätzlich neben juristischen Personen des öffentlichen Rechts auch juristische Personen des privaten Rechts sein dürfen, allerdings mit der Einschränkung des Art. 12 KVV, wonach sie nur Vereine, Stiftungen, Genossenschaften oder Aktiengesellschaften mit anderem als wirtschaftlichen Zweck nach Art. 620 Abs. III OR sein dürfen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5.1.2. Marktauftreten

Der Wettbewerb um Patienten hängt vom Verhalten der Versicherer auf dem Markt ab. Das Gesetz läßt ihm zahlreiche Spielräume, um sich von anderen Versicherern zu unterscheiden oder ihnen gleichzutun. So kann der Versicherer Wahlfranchisen, Bonusversicherungen, Hausarzt-, HMO- und Preferred-Provider-Modelle anbieten, um Patienten zu gewinnen. Darüber hinaus ist es dem Versicherer gestattet, vom System des *tiers payant* abzuweichen und das für die Versicherten attraktivere Systeme des *tiers garant* anzubieten.[244] Weiterhin ist es die Entscheidung einer jeden Versicherung, ob es seinen Tätigkeitsbereich ausdehnt, schweizweit oder in bestimmten Regionen seine Versicherung anbietet, oder sich eher auf einen Kanton beschränkt und direkten Kontakt zum Kunden sucht. Des weiteren kann zur Attraktivität des Versicherers führen, wenn sie, wie es ihr Art. 12 Abs. 2 KVG gestattet, auch Zusatzversicherungen anbietet, so daß dem Kunden Pakete aus einer Hand angeboten werden. Schließlich darf sich der Versicherer um gute Risiken bemühen und dafür Werbung machen; was jedoch nichts daran ändert, daß er nicht nach Risiken selektieren darf.

5.1.3. Prämiengestaltung

Ein wichtiger Aspekt des Marktauftretens ist sicherlich die Höhe der Prämien. Denn für viele Versicherte ist letztlich die Prämie für die Wahl der Versicherung entscheidend. Hierbei ist die Versicherung allerdings nicht ganz frei. Erstens müssen Prämien vom Bundesamt für Gesundheit genehmigt werden. Zweitens, und eng verknüpft mit letzterem, ruft dies immer die Preisüberwachung nach Art. 14 PüG auf den Plan. Der Preisüberwacher kontrolliert hierbei, ob es sich nicht um einen Marktmißbrauch in der Preisbildung handelt.[245]

Bei der Gestaltung der Prämien sind folgende Gesichtspunkte zu beachten: Finanzielle Entwicklung der Krankenkasse im Prämienjahr, Betriebsergebnisse der Vorjahre und das Budget des Prämienjahres. Darüber hinaus: die Entwicklung des Versichertenstandes, die Auswirkungen des Risikoausgleiches und die aktuelle Finanzlage.[246] Keinesfalls dürfen die Prämien zu einer Unterdeckung führen, weil man etwa durch Dumping-Prämien hofft, neue Versicherte zu gewinnen.

5.1.4. Risikoausgleich

Mittels des Risikoausgleichs zwischen den Versicherern wird versucht, schlechte Risiken in der Mitgliederstruktur auszugleichen, um der Entsolidarisierung zu begegnen.[247] Nach Art. 105 KVG und der VORA[248] werden zunächst 15 Altersgruppen ge-

244 Siehe II.2.1.5.

245 Siehe I.4.2.

246 *Eugster*, Krankenversicherung, Rz. 1017.

247 Zur Beurteilung des Risikoausgleichs vgl. aus ökonomischer Sicht: *Spycher*, Risikoausgleich; und *Beck*, Risiko Krankenversicherung; sowie aus juristischer Sicht: *Baumann*, Der Risikoausgleich.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bildet und diese nach Geschlecht aufgeteilt, so daß insgesamt 30 Risikogruppen entstehen. Dies geschieht für jeden Kanton, so daß insgesamt 780 Risikogruppen zu bewerten sind. Für jeden Kanton werden dann die Durchschnittskosten der einzelnen Risikogruppen sowie die Durchschnittskosten für alle Versicherten berechnet. Weichen die Durchschnittkosten einer Risikogruppe von den Durchschnittskosten aller Versicherten im Kanton ab, löst dies einen Ausgleich hinsichtlich der Risikogruppe aus: Der Differenzbetrag ist entweder zu erstatten oder berechtigt selbst, eine Ausgleichsbetrag verlangen zu dürfen. Für die Krankenkasse heißt dies, daß sie für jedes Mitglied einer Risikogruppe im Kanton entweder einen Betrag abzugeben hat oder einen Betrag erhält. Da jede Krankenkasse sowohl gute wie schlechte Risiken versichert und damit über Mitglieder verfügt, die hinsichtlich des Risikoausgleichs eine Zahlung auslösen oder zum Empfang eines Betrages berechtigen, wird in jedem Kanton nur der Saldo zwischen Abgaben und Ausgleichsbeträgen für jede einzelne Krankenkasse ermittelt und erst danach zwischen den Krankenkassen ausgeglichen.[249]

Der Risikoausgleich orientiert sich nur an den Ausgaben. Für die Versicherer, die über viele gute Risiken, vor allem über viele junge Männer, verfügen, führt der Risikoausgleich nach dem Solidaritätsprinzip zu hohen Ausgleichszahlungen. Anders herum gewendet, bedeutet dies eventuell auch ein Umdenken innerhalb des Marktverhaltens: Wer schlechtere Risiken einwirbt, kann die Höhe der Ausgleichszahlungen senken.

5.2. Zusatzversicherung

Der Zusatzversicherungsmarkt[250] ist aufgrund seiner Struktur und der Möglichkeit, Gewinne zu erzielen, attraktiv genug, daß private Anbieter ihre Produkte dort anbieten. Aber auch die sozialen Krankenkassen bieten Zusatzversicherungen an, wozu sie nach Art. 12 KVG berechtigt sind, jedoch dabei keinen Erwerbszweck verfolgen dürfen. Das Zusammentreffen von privaten Anbietern und sozialen Krankenkassen auf einem Markt führt zu Problemen:

Zum einen sind die sozialen Krankenkassen faktisch schon erste Ansprechpartner für die Versicherten bei Vertragsabschlüssen, weil jene sich in einer obligatorischen Krankenversicherung versichern müssen. Damit haben die sozialen Krankenkassen einen gewissen Vorteil, vor allem wenn sie „Gesamtpakete“ anbieten, also die obligatorische Versicherung, eventuell mit Wahlfranchise, mit Zusatzversicherungsleistungen verbinden. Schon dadurch kann bei sehr großen Krankenkassen - eine z.B. verfügt über fast 800.000 Mitglieder - sehr schnell das Marktverhalten im KVG Einfluß auf den Markt

248 Verordnung über den Risikoausgleich in der Krankenversicherung vom 12. April 1995 (SR. 832.112.1).

249 *Schneider*, Risikoausgleich, S. 315-316

250 Überwacht wurde dieser Markt bis zum 31. Dezember 2008 vom Bundesamt für Privatversicherungen. Seit dem 1. Januar 2009 ist die Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA zuständig.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach dem VVG haben. Darin könnte je nach Einzelfall eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 7 KG gesehen werden. Bedeutsam ist dies deswegen, weil in solch einem Fall ein Vorbehalt nach Art. 3 KG die sozialen Krankenkassen nicht vor der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes schützt, spielt sich doch das Zusatzversicherungswesen innerhalb des VVG ab, der grundsätzlich den Wettbewerb nicht durch Vorbehalte gestaltet. Allerdings ist der Vorteil, den die Krankenkassen einst hatten, weil sie aus einer Hand Gesamtlösungen anbieten konnten, heute kaum mehr feststellbar. Die einstige Dominanz vor Verabschiedung des neuen KVG relativierte sich schon 2001, als die Krankenkassen mit 1.7 Mrd. CHF weniger Prämien für Einzelkrankenversicherungen verzeichneten als die privaten Versicherer mit 2.7 Mrd. CHF[251], und erfuhr 2005 einen noch größeren Bedeutungsverlust, als die Krankenkassen mit 1 Mrd. CHF deutlich weniger Prämien für Einzelkrankenversicherungen verzeichneten als die privaten Versicherer mit 3.3 Mrd. CHF[252]. Dieses Ergebnis wurde im Jahre 2007 wiederum in fast der gleichen Höhe erreicht.[253]

Zum anderen ist es, trotz des Rückgangs an Bedeutung, ein grundsätzlicher Anachronismus des Schweizer Systems, daß sich die sozialen Krankenkassen weiterhin auf dem Zusatzversicherungsmarkt betätigen dürfen.[254] Schon verfassungsrechtlich ist zu bedenken[255], ob die Wettbewerbsneutralität des Staates[256] und damit auch der mittelbaren Staatsverwaltung in Form von sozialen Krankenkassen es überhaupt erlaubt, daß der Staat auf einem Bereich agiert, den Private durchaus erfüllen können und auch erfüllen. Darüber hinaus ist es, wie bereits dargelegt[257], schon fraglich, worin die Notwendigkeit bestehen soll, daß die Krankenkassen dort agieren dürfen, wenn sie gerade bei der Prämiengestaltung für ältere und krankheitsanfälligeren Personen ebenso Risikoselektion betreiben wie die Privaten. Letzterem und in Hinsicht zur Wettbewerbsneutralität kann nur zu Gute gehalten werden, daß die sozialen Krankenkassen dadurch nicht in den Markt durch soziale Elemente eingreifen, was aber nochmals zu der Frage führt, warum sie dann überhaupt Zusatzversicherungen anbieten dürfen.

Jedenfalls kommen auch die privaten Versicherungsunternehmen untereinander mit ihrem Verhalten leicht in die Nähe von Verbotsnormen des KG. Nicht zuletzt die Tatsache, daß sich viele Versicherungspolicen nicht mehr voneinander unterscheiden, sei es hinsichtlich der Leistungen, sei es hinsichtlich der Prämien, könnte die Wettbewerbs-

251 Statistik des Bundesamts für Privatversicherungen über die Zusatzkrankenversicherungen 2001: http://www.finma.ch/archiv/bpv/d/dokumentation/01012/01014/01023/01101/index.html?lang=de

252 Statistik des Bundesamts für Privatversicherungen über die Zusatzkrankenversicherungen 2005: http://www.finma.ch/archiv/bpv/d/dokumentation/00909/00911/00944/00963/index.html?lang=de

253 Statistik des Bundesamts für Privatversicherungen über die Zusatzkrankenversicherungen 2007: http://www.finma.ch/archiv/bpv/d/dokumentation/00439/01389/01393/01404/01427/index.html?lang=de

254 Siehe hierzu schon die vorangehende Kritik bei II.2.2.

255 *Egli*, Einheitskasse oder verzerrter Wettbewerb, S. 45-56.

256 Vgl. I.4.1.

257 Siehe II.2.2.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kommission auf den Plan rufen, damit diese überprüft, ob sie aufgrund des Art. 5 KG, Verbot wettbewerbswidriger Absprachen, eine Ermittlung einleiten wird.[258]

III. Ergebnisse: Wahl und Wettbewerb im regulierten System

Der Wettbewerb im Spitalwesen zeichnet sich durch zwei kontradiktorische Elemente aus. Erstens gibt es überall dort, wo sich die Rechtsverhältnisse eindeutig nur dem Privatrecht zuordnen lassen, den fast vollkommenen Schutz durch die Wettbewerbsgesetze, was zunächst auch nicht sonderlich verwundert. Zweitens gibt es überall dort, wo das KVG als öffentliches Recht zum Tragen kommt, kaum einen Schutz durch das KG. Diese Einschätzungen könnten leicht dazu führen, zu behaupten, daß die Wettbewerbselemente im Bereich des KVG überhaupt keine Rolle spielen.

Dem ist aber erstens entgegenzuhalten, daß zwar oftmals nicht das KG zum Tragen kommt, allerdings andere Wettbewerbsgesetze, wie etwa das PüG, sehr wohl Anwendung finden. Darüber hinaus gibt es schon im KVG selbst Vorschriften zur Bekämpfung von Wettbewerbseinschränkungen. Dem kommt gleich, daß das KVG vor allem viele Vorschriften kennt, die eine Art von Wettbewerb überhaupt erst fördern. Dies nicht zuletzt deswegen, weil bei den Beratungen zum KVG wesentliche Beiträge von der Wettbewerbskommission selbst kamen.

In den einzelnen Marktbereichen kann man insgesamt verzeichnen, daß die Wettbewerbselemente höchst unterschiedlich ausgeprägt sind:

Das Verhältnis des Versicherten zum Spital, vor allem sein Recht ein Spital auszuwählen, ist aufs Engste mit Vorgaben der Sicherung der kantonalen Gesundheitsvorsorge verknüpft. Dadurch ist es dem Versicherten bei nicht medizinischen Gründen zwar nicht verwehrt, ein anderes Spital aufzusuchen, allerdings werden nicht alle Kosten automatisch übernommen, hat der Versicherte somit ein finanzielles Risiko für seine Wahlfreiheit zu erwägen. Diese ordre-public-Vorschriften engen die Wahlfreiheit faktisch wie rechtlich unnötigerweise ein. Der Grund für diese Vorkehrungen ist zwar von essentieller Bedeutung für die kantonale Gesundheitsversorgung, doch ist dies in zahlreichen Fällen nicht erkennbar, vor allem weil die Versicherten somit in Zusatzversicherungen gedrängt werden.

Die Wahlmöglichkeiten des Versicherten hinsichtlich der Krankenversicherung bieten ein breites Spektrum innerhalb des Obligatoriums. Die Wahlmöglichkeiten und der Kontrahierungszwang seitens der Versicherer sind eines der Kernelemente, um überhaupt sozial verträglichen Wettbewerb zu organisieren.

Das Verhältnis der Spitäler untereinander ist ebenfalls von ordre-public-Vorgaben gekennzeichnet, die wiederum auf den Erhalt der öffentlichen Spitäler abzielen. Jedoch zeigt sich hierbei, daß zahlreiche private Spitäler sich nicht nur ohne jede staatliche

258 ReKO RPW 2007

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Subvention behaupten, sondern durch Spezialisierung ihre Nische gefunden haben. Die deutliche Bevorzugung der öffentlichen Spitäler hat nicht zur Verdrängung der privaten geführt, vielmehr haben die öffentlichen zahlenmäßig deutlicher abgenommen. Darüber hinaus bleibt festzuhalten, daß die Teilrevision des KVG, grundsätzlich in Kraft getreten zum 1. Januar 2009, die Position der privaten Spitäler gestärkt hat, indem einige Bevorzugungen öffentlicher Spitäler abgebaut worden sind.

Das Verhältnis der Spitäler zu den Versicherern ist rechtlich geprägt von einem relativ großen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Tarifverträge. Schon die Vorgaben des KVG vor den Reformen zum 1. Januar 2009 führten faktisch nicht dazu, daß neue Impulse, wie etwa SwissDRG, nicht in das System aufgenommen werden konnten. Dort erweist sich sogar insgesamt das eher wettbewerbshindernde Element der horizontalen Kollektivverträge als fruchtbar für die Grundbedingungen von Wettbewerb.

Das Verhältnis der obligatorischen Krankenversicherer untereinander wird von vornherein dadurch getrübt, daß sich bis heute kein einziges privates Unternehmen jemals als Krankenversicherer nach dem KVG betätigt hat. Deswegen können die sogenannten Wettbewerbselemente bisher nicht ausreichend sein, weil nur die alten sozialen Krankenkassen - trotz der gesetzgeberischen Intention - den Markt unter sich aufteilen. Hinzu kommt noch, daß die sozialen Krankenkassen unnötigerweise und verfassungsrechtlich problematisch den privaten Anbietern auf dem Zusatzversicherungsmarkt Konkurrenz machen. Letztlich ist aber das teilweise nahezu einheitliche Auftreten der privaten Zusatzversicherer, was Leistungsangebot und Prämiengestaltung betrifft, schon Grund genug zur Besorgnis hinsichtlich eines nicht gerade wettbewerbsfördernden Verhaltens.

Insgesamt zeigen die einzelnen Verhältnisse und Märkte deutlich die Unterschiede hinsichtlich der Wettbewerbselemente auf. Damit kann jedenfalls festgehalten werden, daß Wettbewerb in der obligatorischen Krankenversicherung schon heute eine Rolle spielt und vor allem auch wichtige Funktionen wahrnimmt. Dies wäre graduell auszubauen. Dabei muß man sich vergewissern, daß gerade solche Vorschriften, die auf den ersten Blick eher Wettbewerb zu hindern scheinen, teilweise als Grundpfeiler erst dafür sorgen, daß Wettbewerb überhaupt sozial verträglich stattfinden kann.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Literatur

Bartmettler, Jost, Reform des Kantonsspitals Obwalden in zwei Schritten, in: Hürlimann, Barbara/ Poledna, Thomas/ Rübel, Martin (ed.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitswesen, Zürich 2000, S. 87-100.

Baumann, Meret, Der Risikoausgleich im KVG - ein Ausgleich des Risikos?, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS) 2005, S. 370–409.

Baumberger, Jürg, Managed Care, in: Kocher, Gerhard/Oggier, Willy (ed.), Gesundheitswesen Schweiz 2007-2009: Eine aktuelle Übersicht, 3. Auflage, Bern 2007, S. 171-179.

Beck, Konstantin, Risiko Krankenversicherung: Risikomanagement in einem regulierten Krankenversicherungsmarkt, Bern u.a. 2004.

Bertschinger, Urs, Konzernrechtliche Fragen bei der Privatisierung öffentlicher Spitäler, in: Hürlimann, Barbara/ Poledna, Thomas/ Rübel, Martin (ed.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitswesen, Zürich 2000, S. 37-63.

Boos, Leo, Soziales Dilemma und die Organisation des Krankenhauses: Die Aufgaben des Spitalmanagements, Bern 2002.

Borer, Jürg, Kartellgesetz. Kommentar, Zürich 2005.

Bundesamt für Gesundheit (ed.), Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2005, Bern 2008.

Bundesamt für Gesundheit (ed.), Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2004, Bern 2006

Bundesamt für Gesundheit (ed.), Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2003, Bern 2004.

Bundesamt für Gesundheit (ed.), Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Teil: Graphiken und Kommentare, Bern 2009.

Bundesamt für Gesundheit (ed.), Statistik der obligatorischen Krankenversicherung 2007 – Teil: Tabellen und Beilagen, Bern 2009.

Bundesamt für Sozialversicherungen (ed.), Schweizerische Sozialversicherungsstatistik 2008, Bern 2008.

Bundesamt für Sozialversicherungen (ed.), Schweizerische Sozialversicherungsstatistik 2004, Bern 2004.

Bundesamt für Statistik (ed.), Beschäftigte im Gesundheitswesen. Fakten und Trends auf der Basis der Betriebszählungen von 1995 bis 2005 (BfS Aktuell, 14 Gesundheit, November 2007), Neuchâtel 2007.

Bundesamt für Statistik (ed.), Krankenhausstatistik 2007 – Standardtabellen: Definitive Resultate (BfS Aktuell, 14 Gesundheit, März 2009), Neuchâtel 2009.

Bundesamt für Statistik (ed.), Medizinische Statistik der Krankenhäuser 2007 - Standardtabellen: Definitive Resultate (BfS Aktuell, 14 Gesundheit, März 2009), Neuchâtel 2007.

Bundesamt für Statistik (ed.), Spitalaufenthalte im Überblick: Ergebnisse aus der medizinischen Statistik der Krankenhäuser 2005, Neuchâtel 2007.

Egli, Philipp, Einheitskasse oder verzerrter Wettbewerb: Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Würdigung der Organisation der Krankenversicherer unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Diskussion um die Einheitskasse, Zürich/Basel/Genf 2006.

Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi, Philippe/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008.

Eichenberger, Thomas, Wettbewerb aus der Sicht der Spitäler, in: Hürlimann, Barbara/ Poledna, Thomas/ Rübel, Martin (ed.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitswesen, Zürich 2000, S. 133-156.

Eugster, Gebhard, Die Unterscheidung zwischen grund- und zusatzversicherten Leistungen im Spitalbereich: Welche juristischen Kriterien sind massgeblich, in: Gächter, Thomas (ed.), Spitalfinanzie-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung: Spitäler im Spannungsverhältnis zwischen Grund- und Zusatzversicherung, Bern/Luzern 2005, S. 15-46.

Eugster, Gebhard, Krankenversicherung, in: Meyer, Ulrich (ed.), Soziale Sicherheit, 2. Auflage (= Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV), Basel/Genf/München 2007, S. 337-823.

Finsterwald, Daniel, Managed Care – Pionierland Schweiz, Bern 2004.

Gächter, Thomas (ed.), Außerkantonale Hospitalisation: Eine Tür zu mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen?, Bern 2006.

Gächter, Thomas (ed.), Spitalfinanzierung: Spitäler im Spannungsverhältnis zwischen Grund- und Zusatzversicherung, Bern/Luzern 2005.

Gächter, Thomas/Vollenwieder, Irene, Gesundheitsrecht, Basel 2008.

Hanhart, Roger, Diagnosebezogene Fallpauschalen – Ein Risiko für die Krankenversicherer? Welche Gefahren beinhalten AP-DRG? Bern 2004.

Heusser, Markus, Öffentliche und private Spitäler: Finanzierung, Rechnungslegung und Marktverhalten, Bern/Stuttgart/Wien 1996.

Indra, Peter, Die Einführung von SwissDRGs in Schweizer Spitälern und ihre Auswirkungen auf das schweizerische Gesundheitswesen, Zürich/Bern 2004.

Jordi, Michael, Bedeutung der außerkantonalen Hospitalisation für die Kantone, in: Gächter, Thomas (ed.), Ausserkantonale Hospitalisation: Eine Tür zu mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen? Bern. 2006, S. 87-102.

Lauterburg, Margareta, Gesundheits- und Versicherungsmärkte: Kartellrechtliche Fragen in der Praxis der Wettbewerbsbehörde, in: Hürlimann, Barbara/ Poledna, Thomas/ Rübel, Martin (ed.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitswesen, Zürich 2000, S. 101-132.

Locher, Heinz, Die Vertreibung aus dem Schlaraffenland: Irrtümer der schweizerischen Gesundheitspolitik und Vorschläge zu ihrer Korrektur, in: Schaffhauser, René/ Locher, Heinz/ Poledna, Thomas (ed.), Das Gesundheitswesen – Motor von Wohlbefinden und Wohlstand: Radikale Denkanstösse für das schweizerische Gesundheitswesen, St. Gallen 2006, S. 79-122.

Malk, Rolf/Kampmann, *Thorsten/Indra, Peter* (ed.), DRG-Handbuch Schweiz, Grundlagen, Auswirkungen, Anwendungen und praktische Tipps für Anwender, Bern 2006.

Maurer, Alfred, Bundessozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Bern u.a. 1993.

Maurer, Alfred, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel u.a. 1996.

Meyer, Beat, Schranken und Freiräume von Art. 41 KVG, in: Gächter, Thomas (ed.), Ausserkantonale Hospitalisation: Eine Tür zu mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen? Bern. 2006, S. 1-16.

Müller, Andreas, Grundlegende Überlegungen zur Privatisierung öffentlicher Spitäler, in: Hürlimann, Barbara/ Poledna, Thomas/ Rübel, Martin (ed.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitswesen, Zürich 2000, S. 9-36.

Oggier, Willy, Spitalfinanzierungsmodelle für die Schweiz: Trends und Empfehlungen aus Sicht der Gesundheitsökonomie, Bern u.a. 1999.

Poledna, Thomas, Gesundheitsrecht und Wettbewerb: Der schmale Pfad zwischen Plan und Markt, in: Schaffhauser, René/ Poledna, Thomas (ed.), Wettbewerb im Gesundheitsrecht. Krankenversicherung, Arzt und Arzneimittel zwischen staatlicher Lenkung und Markt, St. Gallen 2004, S. 27-54.

Poledna, Thomas/Berger, Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002.

Rich, Lukas, Die geplante Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung im Kanton Zürich: Eine kritische Betrachtung, Jusletter vom 19.1.2009 (www.jusletter.ch).

Schaller, Oliver/Tagman, Christoph, Kartellrecht und öffentliches Recht: Neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens, Aktuelle juristische Praxis (AJP) 2004, 704-711.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schneider, Beat, Solidarität zwischen den Geschlechtern und den Generationen: Der Risikoausgleich in der sozialen Krankenversicherung, Soziale Sicherheit (CHSS) 1995, 314-317.

Schüpfer, Guido/ Konrad, Christoph/ Staffelbach, Bruno, Privatisierung von öffentlichen Spitälern in der Schweiz: Gedanken aus ärztlicher Sicher, in: Hürlimann, Barbara/ Poledna, Thomas/ Rübel, Martin (ed.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitswesen, Zürich 2000, S. 65-73.

Schwarz, Andreas, Privatisierung öffentlicher Spitäler: Das Zuger Modell, in: Hürlimann, Barbara/ Poledna, Thomas/ Rübel, Martin (ed.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitswesen, Zürich 2000, S. 75-85.

Seitz, Claudia, Autonomie der Regionen bei Steuerregelungen: Neuere Entwicklungen im europäischen Beihilferecht und ihre Bedeutung für die Schweiz, Aktuelle juristische Praxis (AJP) 2007, S. 415-423.

Spycher, Stefan, Risikoausgleich in der Krankenversicherung: Notwendigkeit, Ausgestaltung und Wirkungen, Bern u.a. 2002.

Streit, Peter, Zusatzversicherungen nach Versicherungsvertragsgesetz (VVG): Erfahrungen und Entwicklungen, Soziale Sicherheit (CHSS) 1997, S. 222-224.

Undritz, Nils, Krankenhaus, in: Kocher, Gerhard/Oggier, Willy (ed.), Gesundheitswesen Schweiz 2001-2002: Eine aktuelle Überblick, Solothurn 2001, S. 97-107.

Winkler, Andreas, Integrierte Versorgung - Spitäler und Ärztenetze im Verbund: Interessengemeinschaft Leistungserbringer integriertes Managed Care Thurgau (ILIT) - ein praxisorientiertes Projekt, Bern 2004.

Zäch, Roger/Heizmann, Reto A., Markt und Marktmacht, in: Geiser, Thomas/ Krauskopf Patrick/ Münch, Peter, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, S. 29-62.

Zahnd, Daniel, Kennzahlen der Schweizer Spitäler – Eine neue Statistikpublikation zur Krankenversicherung, CHSS 2008, S. 175-177.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regulierter Wettbewerb im schweizerischen Gesundheitswesen – Kommentar zum Bericht über die Schweiz aus ökonomischer Sicht

Jürg H. Sommer

1. Auf Expansion ausgerichtete finanzielle Anreize 416
1.1 Anreize für die Versicherten/Patienten 416
1.2 Anreize für die Leistungserbringer 417
1.3 Anreize für die ergänzenden Sachwalter 418
2. Bessere marktwirtschaftliche Kontrollen 419
3. Ideale Wettbewerbsvoraussetzungen in der Schweiz 421
4. Ungenügende Reform des Krankenversicherungsgesetzes 422
5. Abbau bestehender Wettbewerbshindernisse 424
5.1 Freie Preis- und Vertragsbildung garantieren 424
5.2 Spitallisten abschaffen 424
5.3 Monistische Spitalfinanzierung einführen 425
5.4 Kostenverantwortung an Ärzte übertragen 425
5.5 Sozialausgleich auf wirtschaftlich Schwache konzentrieren 427
Literatur 428

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Die Schweiz gilt als Land mit dem wettbewerbsfreundlichsten Gesundheitswesen in Europa. *Friso Ross* hat jedoch in seinem Länderbericht ausführlich und treffend nachgewiesen, dass dieser Wettbewerb im schweizerischen Krankenhaussektor nur beschränkt spielt und nach wie vor gewichtige Wettbewerbshindernisse bestehen.

Im Folgenden soll in Ergänzung zu seinen Ausführungen in einem etwas breiteren Kontext kurz gezeigt werden, dass in der Schweiz nach wie vor auf Expansion ausgerichtete finanzielle Anreize vorherrschen (Abschnitt 1) und bessere marktwirtschaftliche Kontrollen möglich wären (Abschnitt 2). Die Schweiz weist eigentlich ideale Wettbewerbsvoraussetzungen auf (Abschnitt 3), hat sie aber mit der vor zehn Jahren durchgeführten Reform des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) nur ungenügend genutzt (Abschnitt 4). Schließlich wird ein konsequenter Abbau der bestehenden Wettbewerbshindernisse gefordert (Abschnitt 5), wobei sowohl bei der Analyse als auch bei den Reformvorschlägen der Krankenhaussektor bzw. dessen Finanzierung im Vordergrund stehen.

1. Auf Expansion ausgerichtete finanzielle Anreize

In einer Welt, in der anders als im Schlaraffenland *beschränkte Mittel* fast *unbegrenzten Wünschen gegenüberstehen,* stellt die Vornahme von Kosten-Nutzen-Abwägungen im Gesundheitswesen - wie in allen anderen Bereichen – eine *unausweichliche Notwendigkeit* dar. In der Schweiz hat keiner der involvierten Akteure einen Anreiz, diese auch vorzunehmen, wie im Folgenden gezeigt wird:

1.1 Anreize für die Versicherten/Patienten

Wie in den meisten Industriestaaten so wurde auch in der Schweiz die Finanzierung von Gesundheitsleistungen so geregelt, dass für den einzelnen bei seinen Entscheidungen zur Inanspruchnahme nur *Nutzenüberlegungen* (z.B.: Welches ist der *beste* Arzt zur Behandlung meiner Krankheit?) relevant sind. *Kostenüberlegungen* spielen dagegen *keine Rolle* (z.B.: Welches ist der *günstigste* Arzt zur Behandlung meiner Krankheit?). Bei den vorherrschenden Abrechnungssystemen hat ein Patient in der Regel nicht einmal die Möglichkeit, kostengünstige Leistungserbringer zu identifizieren.

Wer das Gesundheitswesen nur wenn absolut nötig beansprucht, wird nicht mit geringeren individuellen Beiträgen belohnt, sondern muss zusätzlich den Mehrkonsum der anderen in Form steigender Prämien und Steuern mitbezahlen. Da medizinische Leistungen bei kollektiver Risikodeckung weitgehend kostenlos beansprucht werden können, besteht für den einzelnen Versicherten ein starker Anreiz, im Krankheitsfall eine Maximalmedizin ohne Rücksicht auf deren Kosten nachzufragen. Gerade bei steigenden

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Prämien erscheint es für ihn nur rational und konsequent, seine Nachfrage nach Gesundheitsleistungen weit über den existentiellen Grundbedarf auszudehnen, um auch einen Gegenwert für seine wachsenden Beiträge zu erhalten. Wenn dies alle tun, kommt es zur *Ausbeutung der Krankenversicherung durch ihre eigenen Mitglieder.*

1.2 Anreize für die Leistungserbringer

In der Schweiz wird ein *Arzt in freier Praxis* üblicherweise für jede erbrachte Einzelleistung separat entschädigt. Erbringt er aus Wirtschaftlichkeitsüberlegungen gewisse Leistungen nicht, wird er dafür mit weniger Einnahmen bestraft. Er verdient also nicht mehr, wenn sein Behandlungsstil *effizient* ist, sondern wenn er mehr und komplexere Leistungen erbringt. Die zu beobachtende ständige Mengenausweitung ist möglich, weil der Patient kaum in der Lage ist, die im Einzelfall notwendige medizinische Behandlung zu bestimmen. Er erwartet im Gegenteil vom Arzt die Konkretisierung seiner unbestimmten Nachfrage sowie seiner diffus empfundenen Krankheitssymptome oder Gesundheitsbedürfnisse in einem anerkannten Bedarf nach medizinischen Leistungen. Dabei ist trotz unbestreitbarer Fortschritte in der Medizin die für gegebene Krankheitssymptome notwendige Behandlung selten klar und eindeutig vorgegeben. Es gibt nur bei einem Teil der Fälle die „richtige" Behandlung oder auch nur eine klare Linie zwischen „notwendigen" und „überflüssigen" Behandlungen. Es besteht im Gegenteil oft *eine große Ungewissheit bei der Diagnosestellung*. Insbesondere bei unbestimmten Krankheitssymptomen sowie bei psychosomatischen und chronischen Erkrankungen existiert *ein weiter Spielraum bei den Therapieentscheidungen,* den der Arzt je nach seinen Kapazitäten nutzen kann. Dabei hat wie der Patient auch der ihn behandelnde Arzt keinerlei Anreize, bei seinen Entscheidungen auch die Kostenseite mit einzubeziehen und die in einer Welt knapper Mittel notwendigen Kosten-Nutzen-Abwägungen vorzunehmen.

In einer derartigen Umgebung käme kein *Krankenhaus* auf die Idee, mit dem Argument zu werben, dass seine Patienten *kostengünstiger* als anderswo behandelt werden. Weil der *Preis keine Rolle* spielt, werden der Patient und allenfalls sein einweisender Arzt sich überlegen, welches das *beste* Krankenhaus zur Behandlung der jeweiligen Beschwerden ist. Dabei wird in der Regel die Qualität eines Krankenhauses – mangels geeigneter Informationen – anhand des Rufes seiner Chefärzte und der Neuheit des Hauses (Hotelkomfort) und seiner Einrichtungen beurteilt. Da kein Krankenhaus es sich leisten kann, über veraltete Apparaturen und wenig bekannte Chefärzte zu verfügen, ist ein in der Schweiz seit Jahren zu beobachtender (kostensteigernder) *„Annehmlichkeits- und Ausrüstungswettbewerb"* vorprogrammiert.

In diesem Umfeld erhalten auch die *Geräte- und Arzneimittelhersteller* starke Anreize für die Markteinführung auch nur *geringfügig modifizierter Produkte.* Dabei sind insbesondere bei den Apparaturen die wenigsten jemals nach wissenschaftlichen Krite-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rien auf ihre Wirksamkeit, geschweige denn auf ihre Kostenwirksamkeit überprüft worden. Im Gegensatz zu technologischen Neuerungen in der Industrie wirken sich diese in der Medizin in der Regel *kostensteigernd* aus, weil die neuen Apparaturen oft *additiv* zu den bereits vorhandenen hinzukommen und zusätzliches, speziell ausgebildetes Personal erfordern.

1.3 Anreize für die ergänzenden Sachwalter

Wenn die Beziehungen zwischen dem Auftraggeber (in diesem Fall der Patient) und dem Sachwalter (in diesem Fall der Arzt) zu keinen befriedigenden Ergebnissen führen, so können gemäss der Principal-Agent-Theorie sog. *ergänzende Sachwalter* (z.B. der Staat, die Krankenversicherer) beigezogen werden, die insbesondere Hilfestellung für die Vornahme der in einer Welt knappen Mittel unumgänglichen Kosten-Nutzen-Abwägungen leisten können oder diese selbst vornehmen.

Denkbar wäre, dass die zuständige Behörde *einer bestimmten staatlichen Ebene* diese Rolle als ergänzender Sachwalter im Gesundheitswesen wahrnimmt. In der Schweiz gehört das Gesundheitswesen nach landläufiger Auffassung in den Zuständigkeitsbereich der Kantone. In Wirklichkeit verfügt der Bund jedoch über eine Reihe wichtiger Kompetenzen, die größte Auswirkungen auf unser Gesundheitswesen haben (z.B. Ausgestaltung der sozialen Krankenversicherung). Innerhalb der Kantone haben oft auch die Gemeinden wesentliche Kompetenzen. Weiter werden die im Gesundheitswesen anfallenden Kosten auf alle möglichen Träger verteilt, nämlich den Bund, die Kantone, die Gemeinden, die Sozial- und Privatversicherungen sowie die Selbstzahler. *Keine staatliche Stelle* hat somit *die volle (Kosten)Verantwortung* für die medizinische Versorgung der Bevölkerung zu übernehmen. Weder der Bund noch die Kantone werden gezwungen, explizit darüber zu entscheiden, wieviel aus den verfügbaren knappen Mitteln für das Gesundheitswesen ausgegeben werden soll. Stattdessen lädt das heutige System zu den seit Jahren zu beobachtenden *Kostenüberwälzungsstrategien* geradezu ein.

Des Weiteren könnten auch die *Krankenversicherer* zum vorrangigen Sachwalter des Individuums in gesundheitlichen Belangen werden und insbesondere für ihre Mitglieder eine kostengünstige medizinische Versorgung aushandeln. Ein Kassenmanager könnte sich beispielsweise durch eine harte Haltung bei Preisverhandlungen mit den Ärzten auszeichnen. Doch die Tarife werden auf *kantonaler* Ebene von den jeweils zuständigen Verbänden der Krankenkassen und der Ärzte festgesetzt. Warum soll sich also ein Kassenmanager dabei besonders einsetzen, wenn die Tarife dann doch für *alle* Kassen gelten? Die Krankenkassen haben zudem bis in die neunziger Jahre durch verbandliche Regelungen jeglichen Prämienwettbewerb untereinander auszuschalten versucht. Nicht erstaunlich ist, dass in einer derartigen Umgebung die Möglichkeiten *organisatorischer* Innovationen im Gesundheitswesen kaum genutzt werden, die über neuartige Kombina-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionen von Produktionsprozessen und über Synergieeffekte Kostensenkungen ermöglichen würden (z.B. integrierte Gesundheitsversorgung durch Managed Care-Modelle).

Entscheidend ist, dass nur ein *einziger* ergänzender Sachwalter eingesetzt wird, sonst können die zu beobachtenden Anreize zur Kostenüberwälzung und fehlenden Steuerungsmöglichkeiten auf allen Ebenen nicht behoben werden. In der Schweiz konnte man sich jedoch bis anhin zwischen den möglichen ergänzenden Sachwaltern „Staat" oder „Krankenversicherer" nicht entscheiden.

Expansives Verhalten belohnende finanzielle Anreize werden dafür sorgen, dass der Kostendruck im Gesundheitswesen weiter zunehmen wird. Gleichzeitig ist absehbar, dass – allein schon demographisch bedingt – die Gesundheits- und Sozialausgaben in der Schweiz ohne Gegenmaßnahmen in Zukunft massiv ansteigen werden. Dies hat zur Folge, dass die *Mittelknappheit* im Gesundheitswesen *immer spürbarer* wird und sich die Suche nach Auswegen aus der Kostenfalle intensivieren muss. Der Frage nach dem *wirtschaftlich noch Tragbaren* kann auch im Gesundheitswesen nicht länger ausgewichen werden.

2. Bessere marktwirtschaftliche Kontrollen

In funktionierenden Märkten werden die in einer Welt knapper Mittel notwendigen Kosten-Nutzen-Abwägungen automatisch vorgenommen, weil die kostenbewussten Nachfrager mit ihrer Suche nach den Anbietern, welche die gewünschten Gütern und Dienstleistungen in der erforderlichen Qualität zu den tiefsten Preisen offerieren, einen höheren Gesamtnutzen erzielen können. Die Leistungserbringer stehen unter einem gewissen Zwang, zu tiefstmöglichen Kosten zu produzieren, weil sie sonst durch bestehende oder neu in den Markt eintretende Konkurrenten unterboten werden können. Entgegen oft gehörten Behauptungen ist es auch im Gesundheitswesen möglich, die Vorteile des Marktmechanismus zu nutzen. Die meisten Patienten wären zwar zweifellos damit überfordert, *im Krankheitsfall* Angebote bei verschiedenen Ärzten einzuholen und zu beurteilen, ob jede einzelne medizinische Leistung ihren Preis auch wert ist. Hingegen sollte dem *mündigen* Bürger zugemutet werden können, bei entsprechenden Informationen *auf Versicherungsebene* zwischen konkurrierenden Krankenversicherungsmodellen mit verschiedenen Leistungspaketen und unterschiedlicher Prämienhöhe auswählen zu können. Wer dem Bürger diese Fähigkeit abspricht, müsste ihn doch auch in vielen anderen Bereichen (z.B. bei der Berufs- oder Partnerwahl), wo ebenfalls erhebliche Unsicherheiten und Informationsdefizite bestehen, für unmündig erklären. Und wer sollte dann für ihn entscheiden? Staatliche Bürokraten?

Mit der Einführung von Wettbewerb auf Versicherungsebene können die Vorteile des Marktes – eine effiziente Verwendung der verfügbaren Ressourcen bei größtmöglicher Handlungs- und Wahlfreiheit des einzelnen – auch im Gesundheitswesen genutzt

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden. Eine derartige Allokationsstrategie macht Sinn, weil die *Präferenzen der Bevölkerung differieren* und weil die *Praxisstile* der Ärzte selbst in sogenannten homogenen Versorgungsregionen extrem *variieren.* Mit Hilfe des Angebots entsprechender Versicherungsmodelle mit verschiedenen Leistungspaketen sollen also die (unterschiedlichen) Präferenzen der Patienten/Versicherten besser in Einklang mit den (unterschiedlichen) Praxisstilen der medizinischen Leistungserbringer gebracht werden. Notwendige *Voraussetzungen* eines derartigen wettbewerblichen Reformansatzes sind demzufolge, dass die Bürger

- in die Lage versetzt werden, Ärzte und Krankenhäuser, die eine qualitativ gute Medizin weniger behandlungsintensiv und damit kostengünstiger erbringen als andere Anbieter, überhaupt *identifizieren* zu können, und
- für die Wahl eines entsprechenden Versicherungspaketes *mit niedrigeren Prämien und/oder Eigenanteilen an den Kosten belohnt* werden.

Diese Reformstrategie erfordert, dass jeder *einzelne* Krankenversicherer nicht mehr alle, sondern nur noch eine *ausgewählte Gruppe* von Leistungserbringern einer bestimmten Region unter Vertrag nimmt. Die Auswahl von medizinischen Anbietern erzeugt *Wettbewerbsdruck* und ermöglicht es, die Kostenerfahrungen von Teilgruppen von Leistungserbringern zu isolieren und über die Beitragshöhe (Prämien, Eigenanteil) an die Versicherten weiterzugeben. Damit die berücksichtigten Ärzte ein Interesse an einer erfolgreichen Existenz ihres Versicherungsmodells (sog. *Managed Care-Organisationen, MCOs*) haben, müssen sie in irgendeiner Form an dessen Ergebnis *finanziell beteiligt* werden. Dabei sind viele Varianten denkbar. Entscheidend ist, dass für die Ärzte die finanziellen Anreize geändert werden und *effizientes Verhalten belohnt* statt bestraft wird. Im Gegensatz zu der in der traditionellen Krankenversicherung üblichen Einzelleistungshonorierung verdienen sie nicht mehr, wenn die Versicherten bei einer Erkrankung maximal versorgt werden, sondern wenn sie gesund bleiben bzw. möglichst wenig Ressourcen beanspruchen. Die ersten derartigen Versicherungsmodelle wurden deshalb in den USA *Health Maintenance Organizations (HMOs)*, also "Organisationen zur Gesundheitserhaltung", genannt.

Besteht ein Angebot an solchen MCOs, werden einige Versicherte bereit sein, *gegen einen Prämienvorteil* einen Teil der vollen Arztwahlfreiheit aufzugeben und sich einer solchen anzuschließen. Für MCOs wird demzufolge die Suche nach den kostengünstigsten Lösungen zur Existenzfrage. Sie setzen dadurch einen *Kostenmaßstab* und bringen damit die anderen Versicherer unter Wettbewerbsdruck, der sich (auch) *auf den medizinischen Bereich überträgt*. Wenn sich die Prämien der traditionellen Versicherer zu weit von jenen der MCOs entfernen, müssen sie damit rechnen, dass vermehrt Mitglieder zu diesen abwandern. Dies wird sie zwingen, ebenfalls günstigere Prämien-Leistungspakete anzubieten, indem sie effizientere Kooperationsformen mit den medizinischen Leistungserbringern entwickeln und/oder nur noch mit denjenigen mit einem besseren Kosten-Nutzen-Verhältnis Verträge abschließen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Konsumenten schränken mit dem Beitritt zu einem Versicherungsplan, der außer in Notfällen ausschließlich die Behandlung bei den diesem Plan angeschlossenen Ärzten umfasst, ihre Arztwahlfreiheit im Krankheitsfall ein. Als marktwirtschaftliches Steuerungselement macht dies nur dann Sinn, wenn der Beitritt *freiwillig* erfolgt sowie ein *Austritt oder Wechsel der Versicherten periodisch möglich* ist. Die Garantie der *vollen Freizügigkeit* ist deshalb eine weitere wichtige Voraussetzung einer marktwirtschaftlichen Reform im Gesundheitswesen. Sie verringert auch die Gefahr, dass einzelne Versicherungspläne versuchen könnten, ein günstiges finanzielles Ergebnis durch die medizinische Unterversorgung ihrer Mitglieder zu erreichen. Dieser Unterversorgung steht dann nicht mehr nur die *ärztliche Ethik* entgegen, sondern auch die Möglichkeit der Mitglieder, die Versicherung bei Unzufriedenheit zu wechseln. Sobald ein Versicherungsplan auch nur das Image bekommt, in bestimmten Fällen eher zu wenig zu tun, werden die Mund-zu-Mund-Propaganda sowie Medieninforma-tionen rasch zu Mitgliederverlusten führen. Will ein Versicherungsmodell seine Existenz nicht gefährden, muss es sofort korrigierende Maßnahmen ergreifen.

3. Ideale Wettbewerbsvoraussetzungen in der Schweiz

In der Schweiz wurde eine derartige marktwirtschaftliche Reformstrategie erstmals vor über zwanzig Jahren von Ökonomen propagiert. Sie erhielt im Laufe der Jahre vermehrt auch Unterstützung von politischen Entscheidungsträgern, weil sich die Schweiz aus folgenden Gründen ausgezeichnet für die Schaffung staatlicher Rahmenbedingungen eignet, die einen funktionierenden Wettbewerb im Krankenversicherungsbereich ermöglichen sollen:

- Die Bevölkerung kommt für einen beträchtlichen Teil der europaweit höchsten Gesundheitsausgaben über *Kopfprämien* auf. Sie sollte deshalb ein erhebliches Interesse daran haben, auch kostengünstige Versicherungsvarianten wählen zu können.
- In der Schweiz existiert seit Jahren eine *Vielzahl von Krankenkassen*. Das Vorhandensein mehrerer Kassen macht nur Sinn, wenn sie auf der Basis der Prämienhöhe untereinander konkurrieren und für ihre Mitglieder bei (ausgewählten) Leistungserbringern günstige Verträge aushandeln.
- Das bisherige Mischsystem ohne klare Verantwortlichkeiten hat in der Schweiz im internationalen Vergleich zu *sehr hohen Kapazitäten* geführt. Diese bieten in Kombination mit der Kleinräumigkeit der Schweiz *ideale Voraussetzungen* für wettbewerblich ausgerichtete Reformen auf *Versicherungsebene*.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Ungenügende Reform des Krankenversicherungsgesetzes

Auf den ersten Blick könnte man meinen, die Schweiz sei mit dem auf den 1.1.1996 eingeführten neuen Krankenversicherungsgesetz (KVG) diesen Weg gegangen. So wurde der freie Kassenwechsel in jedem Alter ohne Vorbehalte und finanzielle Einbussen in der obligatorischen Krankenversicherung ermöglicht (Art. 4 KVG), die Einführung von Versicherungen mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer erlaubt (Art. 41, 62 KVG), die Möglichkeit der Abkehr von der Einzelleistungshonorierung geschaffen (Art. 43 KVG), ein Verbot von Kartellabsprachen ausgesprochen (Art. 46 KVG) und die Durchführung regelmäßiger Kontrollen der Qualitätssicherung angeordnet (Art. 58 KVG). Bei näherem Hinsehen stellt sich jedoch heraus, dass weder die *auf Expansion ausgerichteten finanziellen Anreize grundlegend geändert* noch alle bestehenden *Wettbewerbshindernisse* konsequent aus dem Wege geräumt wurden.

Die Ausgestaltung der Krankenhausfinanzierung ist ein illustratives Beispiel dafür, dass der Gesetzgeber die marktwirtschaftliche Reform des KVG nicht konsequent zu Ende gedacht hat und sich vor allem nicht entscheiden konnte, welcher ergänzende Sachwalter das Primat der Steuerung übernehmen sollte. Die Spitalfinanzierung ist in der Schweiz *dual* ausgestaltet und zwar in dem Sinne, dass die öffentliche Hand (Kantone und Gemeinden) und die Krankenkassen sich getrennt und teilweise unabhängig voneinander an der Finanzierung des stationären Bereichs beteiligen. Die Kantone tragen die Investitionskosten, mindestens 50 Prozent der sog. anrechenbaren Betriebskosten und zusammen mit den Gemeinden die Defizite der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler (sog. Objektsubventionierung). Die Krankenkassen ihrerseits übernehmen bei stationärer und teilstationärer Behandlung in der allgemeinen Abteilung maximal 50 Prozent der anrechenbaren Betriebskosten.

Eine derart ausgestaltete Spitalfinanzierung fand damals eine politische Mehrheit, weil einerseits eine reine Finanzierung über Kopfprämien als zu regressiv empfunden wurde. Andererseits wollte man aber auch nicht die Spitalausgaben voll über Steuern finanzieren, weil dadurch die Wirkung der Kopfprämie als zentrales Wettbewerbselement des KVG drastisch reduziert worden wäre. Dieses gegenwärtige System der dualen Spitalfinanzierung macht jedoch die *Vorteile einer wettbewerbsorientierten Reform der Krankenversicherung* aus folgenden Gründen *weitgehend zunichte* und führt zu beträchtlichen *Ineffizienzen*:

- Stationäre Leistungen werden dank der Subventionierung der öffentlichen Hand künstlich verbilligt, wodurch für die Versicherer und deren Mitglieder kein Anreiz besteht, gewisse Behandlungen vom teureren stationären in den kostengünstigeren teilstationären oder ambulanten Bereich zu verlagern. Dadurch wird insbesondere *die Entwicklung und Ausbreitung von MCOs stark behindert.* Diese erzielen ihre Kosteneinsparungen im Vergleich zu den traditionellen Krankenkassen vor allem über geringere Hospitalisationsraten und kürzere Spitalaufenthalte. Wegen der Sub-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ventionierung der stationären Leistungen können sie jedoch *nur einen Teil* der effektiven Kosteneinsparungen selbst realisieren und in Form reduzierter Prämien an ihre Mitglieder weitergeben. Mehr als die Hälfte dieser Kosteneinsparungen kommt der öffentlichen Hand zugute.

- Die Kantone haben nur *ein beschränktes Interesse an* von den Krankenkassen zu bezahlenden, *niedrigen Tarifen* im stationären Sektor, weil sie allenfalls entstehende Defizite selbst zahlen müssen. Dies wirkt sich insbesondere dann nachteilig aus, wenn sich die Krankenkassen und Spitäler nicht auf einen Tarifvertrag einigen können. Gemäß Art. 47 KVG kommt den Kantonen in diesem Fall die Schiedsrichterrolle zu. Damit reduziert sich der Druck, kosteneffizient zu produzieren. Die Kantone sind so in der Lage, zumindest einen Teil des Kostendrucks von Seiten der Krankenversicherer abzublocken und an sich notwendige Strukturbereinigungen aufzuhalten oder zu verzögern. Darüber hinaus führte die heutige Regelung in vielen Fällen zu aufwendigen Abklärungen und Strittigkeiten, wer welchen Teil der Kosten zu übernehmen hat (z.B. bezüglich Abgrenzung stationärer zu teilstationärer Leistungen oder bei der Frage der Kostenübernahme bei ausserkantonalen Hospitalisationen).
- Fälschlicherweise wird in der Schweiz immer wieder argumentiert, diese beträchtlichen staatlichen Zuschüsse würden den sozialen Ausgleich sicherstellen. Versteht man unter Solidarität den Ausgleich zwischen Reich und Arm, so kann wohl kaum behauptet werden, dass durch die *generelle Verbilligung* des Spitalaufenthaltes für alle Patienten (ob arm oder reich) dieses Ziel erreicht wird. *Einkommensabhängige Prämienbeiträge* sind ein weit wirksameres Umverteilungsinstrument.
- Schließlich bestimmen die Kantone über die Objektsubventionierung und weiteren, im KVG enthaltenen Regulierungsinstrumenten (Spitalplanung, Spitallisten) faktisch die Gesamtkapazitäten und die Struktur des Spitalsektors.

Werden diese *dirigistischen* Elemente im KVG beibehalten, so ermöglicht dies – wie in der Schweiz zu beobachten – sowohl den Versicherern als auch den Leistungserbringern, sich hinter den wettbewerbsbehindernden Vorschriften zu verstecken, *Kostenüberwälzungstrategien* zu betreiben und sich vor der anspruchsvollen Rolle des Aufbaus von *Managed Care-Modellen* zu drücken.[1] Letztere sind jedoch ein *entscheidendes Element* eines erfolgreichen marktwirtschaftlich organisierten Gesundheitssystems. Sie vergrößern nicht nur die Wahlmöglichkeiten der Versicherten, sondern sie zwingen mit ihren pauschalisierten Entschädigungssystemen und Erfolgsbeteiligungen insbesondere auch die beteiligten Leistungserbringer (Ärzte, Krankenhäuser etc.) zur Vornahme der unerlässlichen Kosten-Nutzen-Abwägungen.

1 Trotz aller Mängel beschleunigte die Reform des KVG den im schweizerischen Krankenkassenmarkt zu beobachtenden Konzentrationsprozess beträchtlich. Existierten vor 40 Jahren noch über 1'000 Krankenkassen, so gibt es zurzeit noch 87 Kassen. Hefti und Frey, 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5. Abbau bestehender Wettbewerbshindernisse

Wie die folgenden Empfehlungen belegen, ist in der Schweiz am meisten Handlungsbedarf im Bereich der *Stärkung der Rolle der Krankenversicherer als ergänzende Sachwalter* und der daraus folgenden *Beseitigung* der nach wie vor bestehenden *Wettbewerbsbarrieren* auszumachen:

5.1 Freie Preis- und Vertragsbildung garantieren

Tarifverträge müssen heute von der zuständigen Kantonsregierung bzw. – bei Geltung in der gesamten Schweiz – vom Bundesrat genehmigt werden (Art. 46 KVG). In einem wettbewerblichen System ist nicht einzusehen, weshalb politische Behörden in die Tarifgestaltung zwischen den Vertragspartnern involviert sein sollen. Bei Missbräuchen von Marktmacht besteht mit der *Wettbewerbsbehörde* bereits eine adäquate Kontrollinstanz. Eingriffe politischer Instanzen in die Preis- und Vertragsbildung sind deshalb im Gesetz auszuschließen, und der *Kontrahierungszwang der Krankenkassen ist aufzuheben*. Desgleichen sind alle weiteren staatlichen Eingriffe in die freie Preisbildung strikt zu unterlassen. Mit der Einführung der sog. *SwissDRGs* sollen ab 2009 schweizweit *einheitliche* fallbezogene *Tarifstrukturen* geschaffen werden. Dagegen ist nichts einzuwenden. Nur sollen die *Preise* pro Fallgruppe weder auf staatlicher noch auf Verbands-Ebene festgetzt werden. Diese sollen vielmehr die einzelnen Krankenversicherer bzw. Managed Care-Organisationen mit einzelnen oder Gruppen von Leistungserbringern aushandeln.

5.2 Spitallisten abschaffen

Die *Spitallisten* sind *abzuschaffen*. Es sollen nicht die Spitäler mit dem größten politischen Einfluss, sondern jene überleben, die sich am Markt durchsetzen können. Dementsprechend sind die staatlichen Spitäler rechtlich zu verselbständigen. Sie sollen die *volle Führungsverantwortung* erhalten. Sie sind befugt, mit *einzelnen oder Gruppen von Krankenversicherern* bezüglich Patientenaufnahmen, Entschädigung, Qualitätskontrollen etc. direkt zu verhandeln. Der *Marktdruck* wird sie zum Aufbau aussagekräftiger Informations- und Führungsinstrumente, zur Entwicklung fairer Entschädigungssysteme, zur bewussten Positionierung des Spitals im Gesundheitsmarkt sowie zur Entwicklung neuer (kostengünstiger) Versorgungsformen (z.B. Förderung der ambulanten Chirurgie) und Versicherungsformen (z.B. Beteiligung an Managed Care-Organisationen) *zwingen*.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5.3 Monistische Spitalfinanzierung einführen

Damit die Abwägungen zwischen Behandlungsoptionen nach den tatsächlichen Kosten erfolgen und nicht verzerrt werden**,** sollen im Gesundheitswesen keine einzelnen Leistungsbereiche subventioniert (und dadurch scheinbar verbilligt) werden. Insbesondere die *Subventionen an die Betriebskosten und die Investitionen der Spitäler* sind demzufolge *abzubauen* bzw. auf die gemeinwirtschaftlichen Leistungen (z.B. Aufwendungen für Lehre und Forschung) zu beschränken. Dies würde für die Schweiz den Übergang von einem dualen auf ein *monistisches* Spitalfinanzierungssystem bedeuten, wobei die Krankenversicherer die Rolle des Monisten zu übernehmen hätten. Die zentralen Merkmale einer monistischen Finanzierung sind der Übergang von der Objekt- zur Subjektfinanzierung einerseits und die Übertragung der Finanzierungsverantwortung auf jeweils einen Akteur auf der Nachfrageseite.

Dabei könnte der Übergang zur vollständigen Prämienfinanzierung nicht auf einen Schlag, sondern auch *zeitlich gestaffelt* erfolgen. In einem ersten Schritt sollte die Zahlung des 50 %igen Anteils der Kantone an den Behandlungskosten hospitalisierter Patienten nicht mehr an die betreffenden Spitäler, sondern *an die einzelnen Krankenversicherer* erfolgen. Diese Zuschüsse würden dann beispielsweise im Verlauf von zehn Jahren auf Null reduziert, also um jährlich 10 % gesenkt. Im politischen Prozess wäre auszuhandeln, in welchem Ausmaß die sinkenden kantonalen Spitalausgaben für eine Reduktion der Steuerbelastung bzw. für eine Heraufsetzung der Prämienzuschüsse an die wirtschaftlich Schwachen verwendet werden sollen.

Die Krankenversicherer wüssten, dass sie innerhalb von zehn Jahren die vollen Spitalkosten zu übernehmen haben. Es ist anzunehmen, dass sie sich unter steigendem Wettbewerbsdruck frühzeitig auf diese Situation einstellen würden und das in der Schweiz zweifellos vorhandene *große Potential ambulanter Substitutionsmöglichkeiten stationärer Behandlungen* auszuschöpfen und (endlich) die Effizienz der spitalinternen Leistungserbringung zu überwachen beginnen. Es ist durchaus denkbar, dass es vielen Krankenkassen und MCOs dank dieser Rationalisierungsgewinne möglich sein wird, trotz rückläufiger kantonaler Spitalzuschüsse auf kompensatorische Prämienerhöhungen ganz oder teilweise zu verzichten.

5.4 Kostenverantwortung an Ärzte übertragen

In der Schweiz wird seit Jahren darüber gestritten, welche Leistungen die obligatorische Krankenversicherung übernehmen soll und welche nicht. Die kostenmäßig weit mehr ins Gewicht fallende Herausforderung besteht jedoch weniger in der Definition dieses Mindestleistungspakets als im Entscheid, wer im Einzelfall welche Leistungen erhalten sollte und wer nicht. Dies ist primär Aufgabe der Ärzte. Diese übernehmen sie

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf effiziente Weise in MCOs, in denen die finanziellen Anreize entsprechend gesetzt sind.

In der Schweiz erreichen die MCOs zwar mittlerweile einen Marktanteil von über 15 Prozent. Bei näherem Hinsehen stellt sich jedoch heraus, dass die meisten dieser Organisationen keine echten Managed Care-Modelle sind, weil insbesondere die Ärzte in den meisten, in der Schweiz *Ärztenetze* genannten MCOs keinerlei Budgetverantwortung übernehmen müssen. Nur 2 Prozent der Bevölkerung sind denn auch in echten MCOs versichert. Die meisten Hausarztmodelle wurden von den Ärzten vorsorglich gegründet, um möglichst viele Ärzte einer Region einzubinden und gar keine Konkurrenz aufkommen zu lassen. Nicht überraschend weisen diese Hausarztmodelle gegenüber traditionellen Krankenkassen nur geringfügige Kostenvorteile auf.[2]

Viele Schweizer Ärzte lehnen die Übernahme einer derartigen Kostenverantwortung als mit ihren ethischen Grundsätzen nicht vereinbar ab. Sie wollen weiterhin für jede erbrachte Einzelleistung entschädigt werden und eine Maximalmedizin ohne Rücksicht auf deren Kosten praktizieren dürfen. „Unethisch" ist jedoch nicht – wie in der Schweiz oft behauptet wird – , wenn auch im Gesundheitswesen die in einer Welt knapper Mittel unerlässlichen Kosten-Nutzen-Abwägungen vorgenommen werden, sondern vielmehr, wenn wegen deren Verweigerung zu viele Mittel dort eingesetzt werden, wo sie vergleichsweise weniger Nutzen erzeugen und dafür dort fehlen, wo mehr (z.B. auch für den Gesundheitszustand der Bevölkerung) erreicht werden könnte. Auf der politischen Ebene sollte demzufolge wenigstens darüber ein Konsens erzielt werden, dass die Ärzte im Rahmen neuer ethischer Richtlinien sowohl dem *Wohl des individuellen Patienten* als auch jenem der *Gemeinschaft der Versicherten* verpflichtet sind.

Die neue Rolle der Krankenversicherer als ergänzende Sachwalter führt bei den Leistungserbringern zu einem eigentlichen *Paradigmenwechsel.* Gefordert sind insbesondere die Ärzte. Wurden sie in der Schweiz im Rahmen der Einzelleistungshonorierung jahrelang für mehr Leistungen mit mehr Einnahmen belohnt, sollen sie jetzt plötzlich innerhalb der Budgets der MCOs und unter Übernahme eines Teils des finanziellen Risikos ihre Patienten möglichst kostengünstig, aber trotzdem qualitativ hochstehend behandeln. Voraussetzung für eine derartige Verhaltensänderung ist eine vertiefte Aus- und Weiterbildung der Ärzte in Fragen der *Effektivität* und *Effizienz* der medizinischen Versorgung und entsprechender *Methoden der Entscheidungsfindung*. Sollen Allgemeinpraktiker wirksam als Gatekeeper eingesetzt werden, müssen sie zudem die Gelegenheit haben, diese Aufgabe in Zusammenarbeit mit den Spezialärzten und in Spitälern während ihrer Aus- und Weiterbildung systematisch zu üben.

2 Hammer et al, 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5.5 Sozialausgleich auf wirtschaftlich Schwache konzentrieren

Auch in einem marktwirtschaftlich organisierten Gesundheitssystem kann der von der Gesellschaft gewünschte *soziale Ausgleich* sichergestellt werden – und zwar mittels den auch im KVG vorgesehenen *einkommensabhängigen Prämienzuschüssen.* Die genaue Ausgestaltung des Zuschusssystems fällt jedoch in den Zuständigkeitsbereich der Kantone. Dies führte zu einer großen Vielfalt der gewählten Lösungen, wobei oft zu wenig darauf geachtet wurde, dass auch für die wirtschaftlich Schwächeren *der Anreiz zur Wahl einer kostengünstigen Versicherungsvariante nicht verloren gehen* darf. Ansonsten werden die Wachstumschancen der MCOs beträchtlich vermindert. Weiter sind die dazu vorgesehenen staatlichen Zuschüsse so großzügig ausgefallen, dass in weniger als zehn Jahren die Mehrheit der Bevölkerung Anspruch auf Prämienverbilligung haben wird. Reformen zur Eindämmung der ausufernden Kostenentwicklung werden dann kaum noch möglich sein, weil ja eine Mehrheit zu den subventionierten Nutzniessern gehören wird.

Wie das jahrelange Ringen um eine Refom des KVG in der Schweiz eindrücklich illustriert, stellt eine *marktwirtschaftliche Reformstrategie* im Gesundheitswesen *hohe Anforderungen an alle Beteiligten*. Voraussetzung für deren Erfolg sind ein klarer politischer Wille und *richtig gesetzte staatliche Rahmenbedingungen*. Regulierter Wettbewerb setzt weiter die Bereitschaft zur Übernahme von komplexen Aufgaben im Rahmen eines eigentlichen *Gesundheitsmanagements* voraus. Bloßes Verwalten im Rahmen kartellähnlicher Absprachen gehört ebenso der Vergangenheit an wie ärztliches Handeln ohne Richtlinien und ohne ökonomische Verantwortung. Solche Verhaltensänderungen brauchen Zeit. Sie setzen ein ständiges Lernen an konkreten Erfahrungen mit den neuen Versicherungs- und Vergütungsformen und den schrittweisen Aufbau des entsprechenden Know-hows voraus. Kurzfristige (Spar)Erfolge können nicht erwartet werden.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Literatur

Hammer, S., Peter, M., Trageser, J.: Wettbewerb im Gesundheitswesen: Analyse und Perspektiven, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium, Neuenburg, 2008.

Hefti, C. und Frey, M.: Die Entwicklung der Versicherungslandschaft in der Krankenversicherung 1996-2006, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium, Neuenburg, 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung der USA

*Robert F. Rich and Christopher T. Erb**

Abkürzungen 430

I. Grundlagen 431
1. Der institutionelle Rahmen 431
2. Kernprobleme des Wettbewerbs und der Regulierung im Gesundheitssystem 434
3. Die Krankenhausversorgung 437
3.1 Der Krankenhaussektor 438
3.2 Historische Entwicklung 439
3.3 Die Organisationsstruktur des Krankenhaussektors 443
3.3.1. Krankenhauspersonal 444
3.3.2. Krankenhausfinanzierung 446
3.4 Der rechtliche Rahmen 452
3.5 Struktur und Institutionen einzelner Versicherungsträger (Gesellschaften, Betreiber, Kostenträger) 457
3.5.1 Medicare 457
3.5.2 Medicaid und SCHIP 460
3.5.3 Privatversicherungen und Mangaged-Care-Organisationen 462
4. Wettbewerb und Gesundheitsversorgung 463
4.1 Die Idee des Wettbewerbs 463
4.2 Kartellgesetze 465

II. Wettbewerb und Regulierung in der Krankenhausversorgung 469
1. Verbraucherorientierte Anreize der Krankenhauswahl 469
1.1. Die Krankenhauswahl des Verbrauchers 471
1.2. Abwendung von der stationären Krankenhausbehandlung 473
2. Verbraucherorientierte Anreize der Versicherungswahl 473
2.1. Das Recht auf Wahl der Krankenkasse 478
2.2. Der Katalog an Versicherungsleistungen 481
2.3. Preise 482
3. Wettbewerbliche Beziehungen zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern 483
3.1. Verstärkter Rückgriff auf Managed Care 483
3.2. Die Auswirkungen von Medicaid 485
3.3. Der Einfluss einzelstaatlicher Initiativen 487
4. Wettbewerb zwischen Krankenhäusern 491
5. Wettbewerb zwischen den Kostenträgern 492
5.1. ERISA 492
5.2. HIPAA 494
5.3. Weitere Ansätze 496

* Ein besonderer Dank gilt Kelly Merrick, J.D. und Nathan Uchtmann für ihre wertvolle Recherche-Arbeit.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

III. Ergebnisse: Wahl und Wettbewerb 496
1. Die Entwicklung des Wettbewerbs 496
2. Die Zukunft des Wettbewerbs 498

Literatur 501

Abkürzungen

AMA	American Medical Association
APCs	Ambulatory Payment Classifications
ASCs	Ambulatory Surgery Centers
CAHs	Critical Access Hospitals
CCM	Critical Care Medicine
CEOs	Chief Executive Officers
CFR	Code of Federal Regulations
CMS	Center for Medicare & Medicaid Services
CONs	Certificates of Need (Bedarfsprüfungen)
DOJ	Department of Justice
DRGs	Diagnosis-Related Groups
DSH	Disproportionate Share Hospital Program
EMTALA	Emergency Medical Treatment and Active Labor Act
ERISA	Employee Retirement Income Security Act
FTC	Federal Trade Commission
FTCA	Federal Trade Commissions Act
HIPPA	Health Insurance Portability and Accountability Act
HMOs	Health Maintenance Organizations
HSAs	Health spending accounts
ICAHO	Joint Commission on Accreditation in Healthcare Organizations
IPPS	Inpatient Prospective Payment System
IRBs	Institutional Review Boards
MHPA	Mental Health Parity Act
MSAs	Medical saving accounts
NMHPA	Newborns´ and Mothers´ Health Protection Act
NP	Nurse Practitioner (Krankenpfleger/in mit Zusatzqualifikation)
OPPS	Outpatient Prospective Payment System
PA	Physician's Assistant (Arzthelfer/in)
PPOs	Preferred Provider Organizations
PPS	Prospective Payment System
RN	Registered Nurse (geprüfte Krankenpflegerin/geprüfter Krankenpfleger)
SCHIP	State Children's Health Insurance Program
SMS	Socioeconomic Monitoring System
SSHs	Single Specialty Hospitals

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Grundlagen

Das Gesundheitssystem der USA zeichnet sich durch drei besondere Merkmale aus. Zum einen entfällt in den USA im Vergleich zu allen anderen OECD-Ländern der größte Anteil des Bruttoinlandsprodukts auf die Kosten der Gesundheitsversorgung. Während Mitte des 20. Jahrhunderts weniger als 5% des BIP auf die Gesundheitsversorgung entfielen, stieg dieser Prozentsatz Ende des Jahrhunderts auf beinahe 14% an. Dennoch kann das Gesundheitssystem keine außerordentlichen Ergebnisse vorweisen, wie etwa im Bereich der Kindersterblichkeit und der allgemeinen Lebenserwartung.

Ein zweites wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist, dass die USA als einzige Industrienation keine einheitliche Gesundheitsversorgung kennen. Das Gesundheitssystem der USA obliegt zum größten Teil privaten Leistungserbringern und privaten und staatlichen Versicherungen, wobei der Staat weitreichend regulierend eingreift.

Als drittes Merkmal ist zu nennen, dass das US-amerikanische System im Gegensatz zu allen anderen Industrienationen keinen Rechtsanspruch auf eine gesundheitliche Versorgung aufgrund der Staatsbürgerschaft kennt. Nur für über 65-Jährige und Geringverdienende wurde ein rechtlicher Anspruch auf Krankenversicherung geschaffen.

Da die steigenden Kosten im Gesundheitssektor die Gewinne schmälern und eine anwachsende Zahl von Nichtversicherten die Ausgaben noch weiter in die Höhe treibt, sehen die Arbeitgeber in den Kosten und Leistungen des Gesundheitssektors zunehmend ein Problem, das dringend aufgegriffen werden muss. Gleichzeitig deuten auch die immer häufigere Selbstbeteiligung der Arbeitnehmer, die steigenden Krankenversicherungskosten und die wachsende Zahl von Menschen ohne irgendeine Art Versicherungsschutz darauf hin, dass sich das Gesundheitswesen in einer „Krise" befindet.

Traditionell sehen die Arbeitgeber die Nichtversicherten in der Verantwortung des Staates. Allerdings gibt es angesichts der oben erwähnten Entwicklung mittlerweile Unternehmen und Experten im Leistungssektor, die die 44 - 47 Millionen nicht krankenversicherter US-Amerikaner als einen sie belastenden Kostenfaktor sehen, weil Krankenhäuser und Ärzte zur Kostendeckung solcher Versorgungsfälle die Sätze erhöhen.[1]

1. Der institutionelle Rahmen

Wenn wir das Gesundheitssystem der USA einer näheren Betrachtung unterziehen, lauten die Kernfragen: Welche Kräfte steuern die Gesundheitskosten, die Inanspruchnahme der Einrichtungen, die Patienten-Ergebnisse und die Effektivität des Systems? Drei „Akteure" genießen gegenwärtig im amerikanischen Gesundheitssystem Gesetzes-

1 Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in diesem Text auf die gleichzeitige Verwendung weiblicher und männlicher Personenbegriffe verzichtet.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

status: Patienten, Leistungserbringer und Kostenträger, d.h. Versicherungsträger (Third-Party-Payers). Zu den Versicherungsträgern zählen im Gesundheitswesen Privatversicherungen und der Staat.

Am besten wird die Ausgestaltung des US-amerikanischen Gesundheitssystems im Wechselspiel der rechtlichen und normativen Vorgaben zwischen diesen drei Akteuren der staatlich und privat organisierten und finanzierten Gesundheitssysteme verständlich. Im staatlichen Versorgungssystem dominiert Medicare (eine ausführliche Abhandlung von Medicare folgt an anderer Stelle des Berichts), weil Medicare die größten Ausgaben hat und bei der Festlegung und Ausgestaltung des Kostenerstattungsverfahrens in allen Teilbereichen des Systems eine große Rolle spielt. Zum staatlichen Versorgungssystem gehören ferner Medicaid (siehe nachfolgend), die staatliche Kinderkrankenversicherung State Children's Health Insurance Program (SCHIP), die staatlichen Krankenhäuser, die kommunalen Gesundheitszentren (Community Health Centers), die „Veterans Administration" (VA) für Veteranen und das „Bureau of Indian Affairs". Das private Versorgungssystem besteht aus einer Vielzahl von Krankenhäusern, Kliniken und ambulanten Service-Einrichtungen und wird überwiegend von einem von den Arbeitgebern bereitgestellten Krankenversicherungsschutz und durch Eigenversicherungen getragen. Die staatlichen Versicherungsprogramme (Medicare und Medicaid) übernehmen für ihre Mitglieder auch Versorgungskosten, die in diesen privaten Einrichtungen entstehen.

Zu Beginn der 1990er Jahre waren 140 Millionen Amerikaner, das sind zwei Drittel der Bevölkerung unter 65 Jahren, über ihren Arbeitgeber krankenversichert.[2] Insgesamt ging der Prozentsatz der Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen, die einer unternehmensbasierten Krankenversicherung angehörten von 70% im Jahr 1987 auf 59,5% im Jahr 2005 zurück. Dieser Prozentsatz stellt innerhalb eines mehr als zehnjährigen Zeitraums den niedrigsten Stand des arbeitnehmerbasierten Versicherungsschutzes dar. Da mit dem Rückgang dieses Versicherungsschutzes die staatlichen Versicherungsprogramme nicht gleichzeitig ausgeweitet wurden, zählen mittlerweile viele Arbeitnehmer, die auf die private Versicherung verzichten müssen, zu den Nichtversicherten. 2005 waren 27,4 Millionen Arbeitnehmer nichtversichert, weil eine Krankenversicherung nicht angeboten wurde, weil sie keine Anspruchsberechtigung besaßen oder weil die Beitragszahlungen in das unternehmensbasierte System für sie nicht bezahlbar waren.[3] In demselben Jahr waren etwa 20 Millionen nichterwerbstätige Amerikaner ebenfalls ohne privaten oder staatlichen Versicherungsschutz. Damit belief sich die Gesamtzahl der nichtversicherten Amerikaner auf ungefähr 45 Millionen, das sind ca. 15% der US-amerikanischen Bevölkerung.

Trotz des Rückgangs des arbeitgeberbasierten Versicherungsschutzes wurde diese Form der Krankenversicherung weiterhin durch die Steuerpolitik des Bundes wie auch

2 Field, Marilyn Jane and Harold T. Shapiro, Employment and Health Benefits: A Connection at Risk (1993), 1.

3 Siehe National Coalition on Health Coverage, Health Insurance Coverage, abrufbar unter: http://www.nchc.org/facts/coverage.shtml.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der einzelnen Staaten unterstützt, um dieses arbeitgeberbasierte System gerade in den jüngsten Zeiten schnell ansteigender Kosten durch steuerliche Fördermittel zusätzlich zu stärken.[4] 2006 machten die von Bund und Einzelstaaten für arbeitgeberbasierte Versicherungsprämien gewährten steuerlichen Fördermittel insgesamt 208,6 Milliarden Dollar aus.[5] Der Großteil dieser Fördermittel – 166,6 Milliarden oder 79,9% – ging an Privatunternehmen und ihre Arbeitnehmer. 34,7 Milliarden Dollar wurden für den von Staaten und Kommunen gewährten Versicherungsschutz eingesetzt und 7,3 Milliarden Dollar flossen in den Versicherungsschutz für Angestellte des Bundes.[6] Die durchschnittlichen jährlichen Fördermittel für alle Arbeitnehmer betrugen 1.585 Dollar und für Arbeitnehmer, die einer Vollversicherung angehören 2.279 Dollar, was etwa 35% der Prämien gleichkommt.

In den frühen 1990er Jahren überwog bei der Krankenversicherungsfinanzierung und bei der Leistungserbringung die leistungsbezogene Einzelvergütung (Fee-for-Service). Managed Care gewann langsam an Einfluss, hatte aber noch immer einen kleinen Marktanteil. 1994 gehörten 50,5 Millionen Amerikaner Health Maintenance Organizations (HMOs) an, 1993 hatten die mit zusätzlichen Vorteilen versehenen Preferred Provider Organizations (PPOs) etwa 60 Millionen Mitglieder. Ende 2006 waren über 70 Millionen Amerikaner HMOs angegliedert und annähernd 90 Millionen PPOs.[7]

Besonders folgenreich war diese Verlagerung in Richtung Managed Care für Medicaid. 1991 nahmen 2,7 Millionen Leistungsberechtigte von Medicaid in irgendeiner Form an Managed Care teil. Ende 2004 nahmen 27 Millionen der Medicaid-Versicherten an Managed Care teil, und 2005 waren es 63% aller Medicaid-Versicherten.

Das amerikanische Gesundheitssystem ist so gestaltet, dass die Versicherungsträger an der Ausformung des Versicherungsschutzes wesentlich beteiligt sind. Noch 1960 wurden die meisten Gesundheitskosten von den Leistungsempfängern selbst getragen. 1960 waren es 55% der Gesundheitskosten, Ende 1998 weniger als 20%.[8] Es ist sicherlich kein Zufall, dass die Aufwendungen für das Gesundheitswesen in Prozenten des BIP entsprechend dem Anstieg der Versicherungszahlungen zugenommen haben. Es muss auch erwähnt werden, dass sich die öffentliche Gesundheitsversorgung vor 1965 und den Medicare- und Medicaid-Gesetzen auf öffentliche Gesundheitsämter und einige

4 Gruber, Johnathan, The Impact of the Tax System on Health Insurance Decisions, International Journal of Health Care Finance and Economics 1, no. 3–4 (2002): 293–304.

5 Selden, Thomas M. and Bradley M. Gray, Tax Subsidies For Employment-Related Health Insurance: Estimates For 2006, Health Affairs, 25, no. 6 (2006): 1568-1579, abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/25/6/1568#R3.

6 Ibid.

7 Dimmitt, Barbara Sande, “Managed care has become the dominant mode of health care delivery in the United States, and providers must deliver not only on price, but also on value, quality, and performance” - Sonderausgabe: The State of Health Care in America 1995, Business & Health, Annual, 1995.

8 Scandlen, Gregg (2000), "Defined Contribution Health Insurance," Policy Backgrounder #154, National Center for Policy Analysis, October 26, 2000.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

öffentliche Krankenhäuser beschränkte und dass es für keine Bevölkerungsgruppe einen umfassenden staatlichen Versicherungsschutz gab.

Das System des Versicherungsschutzes wies – insbesondere in der Form der einzelleistungsbezogenen *Fee-for-Service*-Versicherung – einen nur sehr geringen Anreiz für eine Kostenkontrolle auf. Weder die Leistungserbringer noch die Patienten gehen bei einer Entscheidung bezüglich einer medizinischen Behandlung ein finanzielles Risiko ein. Ökonomisch gesehen waren die Marginalkosten beider Beteiligter sehr niedrig, wenn überhaupt existent. Der bei Sonderaufwendungen entstehende minimale Gewinn nahm zwar ab, war aber sicherlich vorhanden. Da die Leistungen die privaten Kosten überstiegen, war es für einen Arzt „sinnvoll", mehr medizinische Behandlungen und Kontrolluntersuchungen anzuordnen. Allerdings ist es unwahrscheinlich, dass die Leistungen die für die Gesellschaft entstehenden Gesamtkosten überstiegen. Ungeachtet dieser Tatsache nahmen die Kosten im Gesundheitswesen in der Folge immer mehr zu. So ist von Mitte der 1960er Jahre bis Anfang der 1980er Jahre für das Gesundheitswesen ein jährlicher Kostenanstieg von über 10% zu verzeichnen.[9] Viele der jüngsten Entwicklungen im Gesundheitswesen können auf Veränderungen der mit dem Gesundheitswesen im Zusammenhang stehenden Gesetze und Verordnungen zurückgeführt werden. Während manche dieser Gesetze zu einer Kostenreduzierung beitrugen, führten andere zu Kostensteigerungen, und das auf mannigfaltige Weise.

Seit den späten 1980er Jahren liegt ein besonderes Gewicht auf der Kostendämpfung, und durch die Gesundheitsreformen wurde auch ein wettbewerblicher Ansatz verfolgt. Sinn der Einführung von mehr Wettbewerb ist, die staatliche Regulierung aus der Gesundheitsbranche herauszuhalten oder einzuschränken und die Rolle des Staates dahingehend umzugestalten, sich wettbewerbliche Anreize zunutze zu machen. Beispiele für diese Maßnahmen sind eine intensive Förderung der „Kauflust" bei Verbrauchern sowie die Eingrenzung wettbewerbshemmender Aktionen auf der Seite der Leistungserbringer.[10]

2. Kernprobleme des Wettbewerbs und der Regulierung im Gesundheitssystem

Die oben dargelegten Entwicklungen sind von großer Bedeutung, weil sie zeigen, welchen Spannungen das amerikanische Gesundheitssystem bezüglich der Frage ausgesetzt ist, ob es einerseits wettbewerbliche Mechanismen innerhalb eines Markt-Paradigmas unterstützen und andererseits Zugang und Fairness gegenüber den Verbrauchern weiterhin gewährleisten soll. Während die Ausweitung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen stark propagiert wurde, behielten Bund und Staaten gleichzeitig eine

9 Siehe Health Insurance Association of America, 2000.

10 *Arnould, Richard, Robert F. Rich* and *William D. White* (1993), "Competitive Reforms: Context and Scope", in: *Arnould, Richard, Robert F. Rich* and *William D. White* (eds.), Competitive Approaches to Health Care Reform, Washington D.C. Urban Institute Press, 1993.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

„Überwachungsfunktion“ bei und schritten ein, sobald ein vermeintliches Marktversagen in Bezug auf Kosten, Leistungszugang und Fairness vorlag. Diese Spannungen und die Reaktionen, die auf sie von privater wie von staatlicher Seite zukamen, beeinflussten den Krankenhaussektor in den USA nachhaltig. Ein zunehmend wettbewerbsorientierter Krankenhausmarkt sowie eine sich verändernde Zahlungspolitik sowohl im privaten wie im staatlichen Sektor zwangen die Krankenhäuser, ihre Rolle im Bereich des Gesundheitswesens neu zu überdenken. In der Folge wurden zahlreiche strukturelle, verfahrenstechnische und finanzielle Veränderungen vorgenommen.

Der Wettbewerb wirkt sich auf vielerlei Art auf die Krankenhäuser aus. Er kann einerseits zu einer Qualitätsverbesserung und Kostenreduzierung führen, kann aber auch die Möglichkeit der Krankenhäuser unterhöhlen, eine Mischfinanzierung zwischen lohnenswerten und nicht lohnenswerten medizinischen Behandlungen oder zwischen wohlhabenden und armen Leistungsempfängern einzugehen. Medicare zahlt im Grunde für eine bestimmte medizinische Leistung denselben Preis, unabhängig davon, wo sie erbracht wird. In der Folge konkurrieren die Krankenhäuser um Medicare-Patienten mit systembasierten Besonderheiten, die nicht vom Preis abhängig sind. Auf der anderen Seite hält der Markt der Privatpatienten bzw. Privatzahler für die Krankenhäuser aber auch die Möglichkeiten eines preisbasierten und eines nichtpreisbasierten Wettbewerbs bereit.

Für etwa 60% der stationären Versorgung in den Krankenhäusern kommen der Bund und die Einzelstaaten auf. Dieser wesentliche Anteil, den der Staat an der Krankenhausfinanzierung hat, erlaubt es ihm als Zahlendem, nicht nur beträchtlichen Einfluss auf die Höhe und Art der Krankenhausabrechnungen zu nehmen, sondern auch auf das Leistungsspektrum und die Art der Leistungen, die in den staatlichen und privaten Krankenhäusern erbracht werden.

Die Zahlungen, die Krankenhäuser für die stationäre Versorgung erhalten, belaufen sich auf etwa 30% der gesamten Gesundheitskosten in den USA.[11] Die Gesamtausgaben für die stationäre Versorgung sind jedoch in den letzten 20 Jahren prozentual gesunken, weil private Versicherungsträger und staatliche Kostenträger zu einer höheren Effizienz und zu einem Ausbau der ambulanten Versorgungszentren – insbesondere ambulant arbeitender Krankenhäuser – drängten. Zwischen 1993 und 1999 sind die jährlichen Kostensteigerungen für die stationäre Versorgung in den Krankenhäusern relativ gering geblieben, erst seit 2000 sind die Ausgaben in zweistelliger Höhe gestiegen.[12]

Die Veränderungen in der stationären Krankenhausfinanzierung spiegeln sich in der erheblich veränderten Art der medizinischen Leistungen und in der Dauer der stationär

11 *Levit, Katharine*, et al., Health Spending Rebound Continues in 2002, 23 Health Affairs 147, 155 (2004).

12 Centers for Medicare and Medicaid Services, Health Accounts: National Health Expenditures 1965-2013, History and Projections by Type of Service and Source of Funds” Kalenderjahre 1965-2013, unter: http://www.cms.hhs.gov/statistics/nhe/default.asp#download.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

geleisteten Versorgungsmaßnahmen wider (und sind auch meist dort zu suchen). So haben z.B. viele Krankenhäuser Zentren für ambulante Chirurgie eingerichtet, die keinerlei nächtliche Versorgung erforderlich machen. 2004 wurden 63% der chirurgischen Eingriffe ambulant vorgenommen, im Vergleich dazu waren es 1990 51% und 1980 16%.[13] Auch ging die durchschnittliche altersangepasste Dauer der stationären Aufenthalte drastisch von 7,5 Tagen 1980 auf 4,9 Tage im Jahr 2000 zurück, blieb jedoch zwischen 2000 und 2004 mit 4,8 Tagen unverändert.[14] Aufgrund dieses Rückgangs sahen sich viele Krankenhäuser gezwungen, ihre Kapazität im stationären Bereich zu verkleinern. Zwischen 1990 und 2004 ging die Zahl der kommunalen Krankenhausbetten von ca. 927.000 auf 808.000 zurück, wobei die Bettenauslastung in den kommunalen Krankenhäusern seit 1990 mit 62%-67% gleichbleibend war.[15]

Medicare und Medicaid leisten weiterhin die meisten Zahlungen in der stationären Krankenhausversorgung, auch wenn der Prozentsatz der stationären Pflege insgesamt zurückgegangen ist. Das gilt insbesondere für größere Eingriffe, wie etwa in der Herzchirurgie. Es gibt Zahlen von 1997, die besagen, dass Medicare für ca. drei Viertel aller Krankenhausaufenthalte mit einer Herzschrittmacher- oder Defibrillator-Operation aufkam und etwa für die Hälfte aller Krankenhausaufenthalte mit Herzkatheter- und aortokoronaren Bypass-Operationen (CAOBG), Herz-Ultraschalluntersuchungen und perkutaner transluminaler Koronarangioplastie (PTCA). Ferner wurden Medicare mehr als 65% aller Krankenhausaufenthalte mit Hämodialyse (einer Behandlung bei Nierenversagen) in Rechnung gestellt, weil die Behandlung von Nierenerkrankungen im Endstadium von Medicare ungeachtet des Alters der Patienten übernommen wird.

Die prozentuale Zunahme der Herzbehandlungen im Rahmen der stationären Pflege zeigt, dass der Trend dahin geht, die schwierigeren Versorgungsleistungen in Krankenhäusern anzubieten, während ambulante Einrichtungen die weniger komplizierten Patientenbehandlungen und Operationen übernehmen. Zwischen 1985 und 2000 stieg die Zahl der Krankenhausbetten, die in Akutkrankenhäusern für schwierige medizinische Fälle (Critical Care Medicine – CCM) gebraucht wurden, um 71,8% an (von 7,8% auf 13,4%). Dem liegen zwei unterschiedliche Tendenzen zugrunde: Während die Bettenzahl für schwierige medizinische Fälle (CCM) um 25% anstieg (von 69.300 auf

13 National Center for Health Statistics, Tabelle 100; abrufbar unter: http://www.cdc.gov/nchs/products/pu bs/pubd/hus/state.htm#facilities.

14 Ibid., Tabelle 96. Supplementary chart unter: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/bv.fcgi?rid=healthus05.table.448 [Tabelle 100. Hospital stays with at least one procedure, according to sex, age, and selected procedures: United States, average annual 1992–93 and 2002–03].

15 National Center for Health Statistics, Tabelle 112, abrufbar unter: http://www.cdc.gov/nchs/ products/pubs/pubd/hus/state.htm#facilities Supplementary chart unter: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/bv.fcgi?rid=healthus05.table.449 [Tabelle 101. Hospital admissions, average length of stay, and outpatient visits, according to type of ownership and size of hospital, and percent outpatient surgery].

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

87.400), nahm die Zahl der Betten für nichtschwierige Fälle (außerhalb CCM) um 31% ab (von 820.300 auf 566.900).[16]

Psychiatrische Krankenhäuser blieben von dieser Entwicklung nicht verschont. Zwischen 1990 und 2002 ging die Gesamtzahl der stationären Betten in diesen Krankenhäusern in den USA um 22% zurück. In den medizinischen Versorgungszentren der „Veterans Affairs" ging die Anzahl der stationären Betten im Bereich der Psychiatrie um 55% zurück, in den psychiatrischen staatlichen Krankenhäusern, den psychiatrischen County-Krankenhäusern und den psychiatrischen Privatklinken um 42% und in den psychiatrischen Abteilungen der nichtbundesstaatlichen Allgemeinen Krankenhäuser um 25%.[17]

Das Profil der stationären Behandlungen, die von Medicaid übernommen werden, unterscheidet sich sehr von dem Profil von Medicare, weil Medicaid einen Großteil seiner Mittel für die Versorgung von Kindern einsetzt. Zum Beispiel sind sieben von zehn der wichtigsten stationären Eingriffe, die Medicaid in Rechnung gestellt werden, mit Schwangerschaften, Entbindungen und Neugeborenenversorgung verbunden. Ungefähr ein Drittel aller Rechnungen für Krankenhausaufenthalte, die mit Entbindungen zu tun haben, gehen an Medicaid. Ebenso haben bei den nichtversicherten Patienten vier von zehn bedeutenden stationären Eingriffen mit Schwangerschaft, Entbindung und Neugeborenenversorgung zu tun.[18]

3. Die Krankenhausversorgung

Der rechtliche Rahmen, in dem die Krankenhäuser in den USA agieren, hat sich im Lauf der Zeit auf bundes- und einzelstaatlicher Ebene herausgebildet. Gesetze und Verordnungen behandeln Themen wie staatliche Finanzierung, ärztliche Schweigepflicht, Patientenrechte, Risiko-Management, Klagen gegen Kunstfehler, Peer Review, den Abbruch lebensunterstützender Maßnahmen, Patientenverfügungen, medizinische Betreuung (guardianships), Überwachung durch Institutional Review Boards (IRBs), Personalprivilegien, auf den Gesundheitssektor angewandtes Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Fragen der AIDS-Prüfung, Bedarfsprüfungen, etc.[19]

Kostensteigerungen, Entwicklungen innerhalb der Versicherungsbranche, die Abrechnungspolitik von Medicare und regulierende Maßnahmen sind die Ursache dafür,

16 Changes in Critical Care Bed Occupancy in the United States http://www.medscape.com/viewarticle/546181.

17 National Center for Health Statistics, table 113, abrufbar unter: http://www.cdc.gov/nchs/products/pubs/pubd/hus/state.htm#facilities.

18 HCUP Fact Book 1997, unter: http://www.ahrq.gov/data/hcup/factbk2/factbk2.htm Siehe auch: Tabelle 143: Medicaid recipients and medical vendor payments, according to type of service: United States, selected fiscal years 1972–2001, unter: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/bv.fcgi?rid=healthus05.table.49.

19 Siehe US Legal, Hospitals Law and Legal Definitions, unter: http://definitions.uslegal.com/h/hospitals.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass die Krankenhäuser zahlreichen finanziellen Belastungen ausgesetzt sind. Zu den Kosten- und Kostensteigerungsfaktoren im Krankenhauswesen zählen die öffentliche Nachfrage nach neueren und besseren Verfahren, die Alterung der Bevölkerung, der Mangel an medizinischem Personal insbesondere an Krankenpflegerinnen und –pflegern, die Erneuerung und Ausweitung des Berichts- und Informationswesens, Initiativen zur Patientensicherheit, steigende Haftpflichtversicherungsprämien, höhere Arzneimittelkosten und die steigende Zahl von nichtversicherten Patienten, die medizinisch versorgt werden müssen.[20] Die Belastungen erhöhen sich zudem, weil die Krankenhäuser von Seiten des Bundes verpflichtet sind, in einem bestimmen Rahmen unentschädigte medizinische Versorgung zu gewährleisten. Auf diese Sachverhalte wird im Folgenden näher eingegangen.

3.1 Der Krankenhaussektor

In den USA definiert das Ministerium für Gesundheit und Soziales Krankenhäuser im weitesten Sinne als „jede Einrichtung, die auf der Stufe eines Krankenhauses eine stationäre Versorgung bereitstellt, unabhängig davon, ob die Behandlung kurzfristig oder langfristig, akut oder weniger akut ist, ob die Zahlung durch prospektive Vergütung oder auf andere Weise geleistet wird und ob ausschließlich Spezialbehandlungen oder ein breiteres Spektrum von Leistungen angeboten werden.“[21] Der Code of Federal Regulations (CFR) der USA, nach dem sich die Bundessteuerbehörde bei der Festsetzung von Steuern richtet, definiert Krankhäuser als eine Institution, die (1) von der Kommission zur Akkreditierung von Organisationen im Gesundheitswesen (Joint Commission on Accreditation in Healthcare Organizations – JCAHO) akkreditiert ist; die (2) in erster Linie dazu dient, Patienten durch die Arbeit von Ärzten oder unter deren Aufsicht auf stationärer Basis Diagnostik, der medizinischen Diagnose dienende therapeutische Leistungen und Heilbehandlungen anzubieten, sowie die Versorgung von verletzten, behinderten und kranken Personen zu gewährleisten; die (3) jeden Patienten unter die Versorgung und Kontrolle eines Arztes stellt; und die (4) eine 24-stündige Versorgung durch einen geprüften Krankenpfleger bzw. unter dessen Aufsicht gewährleistet, wobei immer ein geprüfter Krankenpfleger (Nurse Practitioner – NP/Registered Nurse – RN) Dienst haben muss.[22]

20 Improving Health Care: A Dose of Competition. Report to the Federal Trade Commission and Department of Justice, July 2004, chap. 3, S. 9.

21 71 FR 17052.

22 26 CFR 1.448-1. Nach dieser Section des CFR muss eine Einrichtung nicht notwendigerweise einer staatlichen Einheit angeschlossen oder in ihrem Besitz oder im Besitz einer Organisation nach s. 591(c)(3) sein oder von einer Organisation nach s. 510(c)(3) betrieben werden, um als Krankenhaus zu gelten. Außerdem beinhaltet ein Krankenhaus nach dieser Section kein Pflege- oder Altenheim, keine ständige Betreuungseinrichtung, keine Tagesstätte, keine medizinische Lehreinrichtung, kein Forschungslabor und keine ambulante Pflegeeinrichtung.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

Traditionell waren die Krankenhäuser der Ort, zu dem sich Menschen begaben, die in größerem Umfang ärztliche Dienste in Anspruch nehmen wollten, einschließlich Diagnostik, therapeutischer Maßnahmen und Rehabilitation. Sie waren der Behandlungsort für Patienten in gesundheitlichen Nöten, von relativ geringfügigen, chronischen Leiden bis zu schwerwiegenden, lebensbedrohlichen Notfällen. Die Patienten wurden in die Krankenhäuser aufgenommen und blieben bis zu ihrer Genesung, was ein paar Tage, Wochen oder Monate dauern konnte. Auf diese Weise erhielten die Krankenhäuser den Großteil der Gelder des Gesundheitswesens. Die Vielfalt des Leistungsangebots ermöglichte ihnen eine Finanzierung, die weniger gewinnbringende Leistungen mit lukrativeren Leistungen finanziell verband. Da sie eine bestimmte Anzahl an Betten, OP-Räumen und Notaufnahmestationen bereithalten mussten – häufig mit einer zusätzlichen Kapazität für unvorhergesehene Fälle – waren die Krankenhäuser auf diese Verbindung angewiesen, um das finanzielle Gleichgewicht halten zu können.

Die Entwicklungen der letzten 20 Jahre haben jedoch den wettbewerblichen Rahmen, in dem Krankenhäuser agieren, verändert. Diese Entwicklungen stellten die Krankenhäuser in ihrer traditionellen Rolle fast ausnahmslos vor neue Herausforderungen und zwangen sie zu einer neuen Art von Wettbewerbsfähigkeit. Ambulante OP-Zentren, Spezial-Krankenhäuser, Rehabilitationskrankenhäuser und ambulante Zentren für diagnostische Abbildungen partizipieren nun an den Einnahmen, die ursprünglich nur den Allgemeinen Krankenhäusern zur Verfügung standen. Allgemeine Krankenhäuser müssen unterdessen noch immer zusätzliche Kapazitäten in den weniger gewinnbringenden und kostenaufwändigeren Bereichen wie der Nothilfe, der allgemeinen Chirurgie und der Intensivpflege bereithalten. Die Diversifizierung auf dem Gesundheitsmarkt stärkt zwar einerseits den Wettbewerb unter den verschiedenen Leistungserbringern, andererseits zwingt sie den Krankenhaussektor aber auch zu entscheidenden, tiefgreifenden neuen Entwicklungen. Im Folgenden wird auf die Anfänge und die Entwicklung der Krankenhäuser in den USA eingegangen und die Organisationsstruktur des Krankenhaussektors dargelegt. Außerdem werden die hauptsächlichen Entwicklungstendenzen und Zwänge untersucht, mit denen die Krankenhäuser auf dem gegenwärtigen wettbewerbsbedingten Gesundheitsmarkt konfrontiert sind.

3.2 Historische Entwicklung

Nach dem Ende des 2. Weltkriegs war die US-amerikanische Regierung an einer Erweiterung des Krankenhaussektors in den USA interessiert. Nachdem zwischen 1915 und 1946 diverse Vorschläge für einen universellen Krankenversicherungsschutz abgelehnt worden waren, war es in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg im Gesundheitswesen zu einer Ausweitung der privaten Krankenversicherungen durch Blue Cross und Blue Shield und andere Versicherungen gekommen, sowie vermehrt zu im Voraus bezahlten Leistungsprogrammen (Prepaid Direct Service Plans), wie sie Henry J. Kaiser für den großen Kreis seiner Angestellten in Kalifornien eingeführt hatte.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Nach dem 2. Weltkrieg räumte Präsident Truman der Krankenversicherung eine hohe Priorität ein. Er baute auf den Vorschlägen von 1938 auf, denen er folgende Komponenten hinzufügte: den Krankenhausausbau, eine zunehmende Förderung des Gesundheitswesens, eine Förderung der ärztlichen Versorgung von Mutter und Kind, eine vermehrte bundesstaatliche Förderung der medizinischen Forschung und Ausbildung und, was am wichtigsten war, ein einheitliches Krankenversicherungsprogramm, das die gesamte Gesellschaft erfasste.[23] Wieder wurde dieser Vorschlag aus denselben Gründen und von derselben Koalition abgelehnt, die diese Art von Reformen schon früher vereitelt hatte.

Ein Teil von Trumans Vorstellungen wurde jedoch während seiner Amtszeit verwirklicht, nämlich der Ausbau der Krankenhäuser. Der Kongress verabschiedete den Hill-Burton-Construction-Act von 1946, der für den Bau von kommunalen Krankenhäusern für jeden zweiten Dollar, den die Einzelstaaten für diesen Zweck ausgaben, einen Bundeszuschuss von einem Dollar vorsah. Die Folge dieses Gesetzes war, dass der Bund den Krankenhausbau bezuschusste.

Mit Hilfe des Hill-Burton Act von 1946 wurden Zuschüsse und Darlehen für den Bau und die Modernisierung von Krankenhäusern gewährt.[24] Im Gegenzug wurden alle Hill-Burton-Krankenhäuser verpflichtet, die gesetzlichen Auflagen des Hill-Burton einzuhalten, einschließlich der Bedingung, in einer bestimmten Höhe unentgeltliche Leistungen zu erbringen. Die wichtigsten Auflagen des Hill-Burton waren die „Verpflichtung zur kommunalen Leistungserbringung“ und die „Verpflichtung zur kostenfreien Behandlung“. Die „Verpflichtung zur kommunalen Leistungserbringung“ besagte, dass die Krankenhäuser Leistungen für die nähere kommunale Umgebung zu erbringen hatten; die Verpflichtung zur „kostenfreien Behandlung“ bedeutete, dass die Krankenhäuser für Patienten, für die eine ärztliche Behandlung nicht bezahlbar war, „Leistungen in einem angemessenen Umfang“ bereitzustellen hatten. Die Zuschüsse nach Hill-Burton wurden 1975 eingestellt und die Verpflichtung zur „kostenfreien Behandlung“ lief 20 Jahre später, nämlich 1995, aus und wird auch heute nicht mehr eingefordert.

Die „Verpflichtung zur kommunalen Leistungserbringung“ gilt in den USA noch immer für mehr als 300 Krankenhäuser und medizinische Versorgungseinrichtungen.[25] So müssen alle Krankenhäuser, die einmal Mittel aus Hill-Burton erhalten haben, der Leistungserbringung innerhalb der Kommune nachkommen und Medicaid- und Medicare-Vergütungen entgegennehmen, Notstationen bereithalten und ärztlichen Notdienst selbst dann leisten, wenn die Patienten nicht zahlen können. Diese Auflagen wurden mit dem Emergency Medical Treatment and Active Labor Act (EMTALA) von 1986 noch

23 Siehe *Starr, Paul,* The Social Transformation of American Medicine, 1982, 281.

24 Hill-Burton Act of 1946 42 U.S.C.A § 291 c (e).

25 U.S. Department of Health and Human Services, Hill-Burton Free and Reduced Care, abrufbar unter http://www.hrsa.gov/hillburton/default.htm.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

einmal bekräftigt. 1979 wurden sie explizit kodifiziert und finden auf die Mehrzahl der gemeinnützigen Krankenhäuser in den USA Anwendung.[26]

Während die Krankenhäuser in der Vergangenheit regionalwirtschaftlich als unabhängige Organisationen betrieben wurden, gehören jetzt mehr als zwei Drittel einem bestimmten System an oder sind in einem Netzwerk zusammengeschlossen. Dieser Zusammenschluss von Krankenhäusern ist einerseits eine Antwort auf die wachsende wettbewerbliche Ausgestaltung des Krankenhausmarktes, andererseits bietet er die Möglichkeit zu einer größeren Konkurrenzfähigkeit, weil doppelt erbrachte Leistungen abgebaut werden können, und aus den Größenvorteilen und der Fachkompetenz einer gemeinsamen Verwaltung ein Nutzen erwächst. Die Systeme und Netzwerke reichen von eng vernetzten Organisationen mit gemeinsamer Zulassung und gemeinschaftlicher Eigentumsregelung bis hin zu lockeren Kooperationen mit gemeinsamen Verwaltungsgremien und voneinander unabhängig arbeitenden Einrichtungen. Zu den Vorzügen der Krankenhauszusammenschlüsse gehören der Abbau von Überkapazitäten, die Möglichkeit einer größeren finanziellen Risikoübernahme, der Ausbau des Versorgungsnetzes und die Leistungskoordination.[27]

Es gibt gewisse Bedenken, dass Krankenhaussysteme den Zusammenschluss als Mittel zur Ausübung von größerer Marktmacht nutzten und nutzen, um den wettbewerblichen Rahmen zu verzerren und von den Zahlenden mehr Geld zu verlangen. Diese These gründet auf der Beobachtung, dass einige Krankenhauszusammenlegungen eine Preiserhöhung zur Folge hatten, ohne dass gleichzeitig z.B. durch eine Leistungsvernetzung oder durch den Abbau doppelter Leistungen eine höhere Effizienz zu verzeichnen gewesen wäre.[28]

Eine andere verhältnismäßig neue Erscheinung auf dem US-amerikanischen Krankenhausmarkt sind Spezialkliniken (Single Specialty Hospitals – SSHs) und Zentren für ambulante Chirurgie (Ambulatory Surgery Centers – ASCs), die fachspezifische medizinische Leistungen gewöhnlich ambulant ohne die hohen laufenden Kosten von Krankenhäusern mit dem vollen Leistungsangebot anbieten. Während der US-Kongress schon 1980 zustimmte, dass Leistungen der ASCs von Medicare erstattet werden, und diese Zentren seither schnelle Verbreitung fanden, sind SSHs erst vor kurzem entstanden und landesweit noch wesentlich weniger verbreitet. So gibt es gegenwärtig in den USA ungefähr 150 SSHs und 3500 ASCs.[29] Während Kinderkliniken und psychiatrische Fachkliniken seit langem Bestand haben, stehen Herzzentren und Zentren für Orthopädie und Allgemeinchirurgie seit ihrer Entstehung mit den Allgemeinen Krankenhäusern im Wettbewerb, mit denen sie um die Patienten, die einer entsprechenden Spe-

26 45 C.F.R. §124.603 (1979).

27 Improving Health Care: A Dose of Competition. Report to the Federal Trade Commission and Department of Justice, July 2004, chap. 3, S. 13.

28 Ibid., S. 16.

29 Siehe *Casalino, Lawrence P.,* et al., Focused Factories? Physician-owned Specialty Facilities, 22 Health Affairs 56, 58-59 (2003).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zialbehandlung bedürfen, konkurrieren. Interessanterweise werden die meisten SSHs in Staaten betrieben, in denen es keine gesetzlichen Bedarfsprüfungen (Certificates of Need – CONs) gibt, die die Errichtung von neuen Krankenhausanlagen oder die Erweiterung von Bettenkapazitäten einer Genehmigung unterziehen und eingrenzen.[30] Tatsächlich zeigen die im Staat Washington zwischen 1971 und Juli 2005 durchgeführten Bedarfsprüfungen, dass es oft in den Bereichen zu Schwierigkeiten kommt, in denen andere medizinische Unternehmen die neue Einrichtung oder Dienstleistung als Konkurrenz empfinden.[31] Folglich ist anzunehmen, dass Spezialkrankenhäuser bewusst jene Staaten meiden, in denen die Erfüllung der gesetzlichen Bedarfsprüfungsbestimmungen sichtlich erschwert wird. Auf die gesetzlichen Bedarfsprüfungen im Krankenhaussektor wird unten näher eingegangen.

In bestimmten Spezialbereichen wie der Kardiologie und Orthopädie stellten sich die Allgemeinen Krankenhäuser dem neuen wettbewerblichen Druck, indem sie neue Fachbereiche innerhalb ihrer Krankenhäuser einrichteten oder mit ihren eigenen Ärzten eigene SSHs aufmachten. Es gab Krankenhäuser, die bei einer Bedarfsprüfungsanhörung Einspruch gegen die Errichtung neuer SSHs in eben solchen Fachbereichen erhoben. Auch gab es Fälle, in denen gegen medizinisches Personal oder dem Krankenhaus angeschlossene Ärzte, die in konkurrierenden SSHs arbeiteten, vorgegangen wurde, indem sie aus der Gruppe der bevorrechtigten Leistungserbringer ausgeschlossen wurden und ihnen Arbeitsprivilegien genommen wurden.[32] Gelegentlich wird behauptet, dass die allgemeinen Krankenhäuser mit diesen Aktionen eher die Konkurrenz vom regionalen Markt verdrängen wollen, anstatt selbst notwendige Veränderungen hinsichtlich einer höheren Effizienz vorzunehmen und Patienten eine verbesserte medizinische Behandlung auf ihrem Gebiet anzubieten.[33]

Die ASCs sind den SSHs in vielem ähnlich, sind aber im Allgemeinen kleiner und ausschließlich auf ambulante Behandlung beschränkt. Sie gehören entweder Krankenhäusern oder Krankenhausnetzwerken an oder werden von Ärztegruppen und Krankenhäusern als Joint Ventures betrieben oder stehen ganz im Eigentum von Ärzten. Während die ASCs ursprünglich in Konkurrenz zu den stationären Einrichtungen der Krankenhäuser standen, konkurrieren sie nun aufgrund der sich auf dem Krankenhaussektor allgemein ändernden Dynamik unmittelbar mit den ambulanten chirurgischen Diensten der Krankenhäuser.

30 U.S. General Accounting Office, GAO-04-167, Specialty Hospitals: Geographic Locations, Services Provided and Financial Performance 3-4 (2003), abrufbar unter: http://www.gao.gov/new.items/d04167.pdf.

31 Siehe *Barnes, John,* Failure of Government Central Planning: Washington's Medical Certificate of Need Program, abrufbar unter http://www.washingtonpolicy.org/HealthCare/PBBARNESCON.htm (January 2006).

32 Improving Health Care: A Dose of Competition. Report to the Federal Trade Commission and Department of Justice, July 2004, chap 3, S. 23.

33 Ibid., chap. 3, S. 24.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ASCs konkurrieren mit den traditionellen Krankenhäusern auf verschiedenste Weise, wobei dieser Wettbewerb häufig von der Vergütungsstrategie von Medicare abhängt. So setzen viele ASCs z.B. auf Leistungen, für die Medicare einen verhältnismäßig hohen Vergütungssatz zahlt, und stehen damit mit den Krankenhäusern, die dieselben Leistungen anbieten, unmittelbar im Wettbewerb. Leistungen, für die der Vergütungssatz im Verhältnis niedriger ausfällt oder für die die Marginalkosten höher sind, werden in ASCs eher nicht angeboten. Um diese Leistungen konkurrieren Krankenhäuser und ASCs nicht. In manchen Fällen zahlt Medicare Krankenhäusern und ASCs für dieselben Leistungen verschieden hohe Sätze. Für manche Leistungen erhalten die ASCs eine höhere Vergütung als die Krankenhäuser und umgekehrt, was den unterschiedlichen Leistungsmix in ASCs und Krankenhäusern teilweise oder ganz erklärt.[34] So hat die Vergütungsstrategie von Medicare einen unmittelbaren, vorhersehbaren Einfluss auf die Errichtung von ASCs (und SSHs) in einem bestehenden Markt und auf die Art der Leistungen, die dort angeboten werden, sowie darauf, wie viel Konkurrenzdruck die ASCs auf die allgemeinen Krankenhäuser in diesem Markt ausüben.

3.3 Die Organisationsstruktur des Krankenhaussektors

Das US-amerikanische Gesundheitswesen kennt drei verschiedene Arten von Krankenhäusern: staatlich betriebene Krankenhäuser, gemeinnützige (not-for-profit) und gewinnorientierte (for-profit) Krankenhäuser. Die meisten Krankenhäuser in den USA sind privat organisiert – entweder gemeinnützig oder gewinnorientiert. Außerdem gibt es eine kleine Zahl staatlich betriebener Krankenhäuser, die der Veterans Administration, der Armee oder der Marine angehören, die insgesamt jedoch nur einen sehr kleinen Prozentsatz ausmachen. 2005 kamen auf 1000 Einwohner drei Krankenhausbetten. Ca. 60% von den insgesamt 5000 Krankenhäusern in den USA sind gemeinnützig, während gewinnorientierte Krankenhäuser auf 15% und staatliche Krankenhäuser auf 24% aller Krankenhäuser kommen. Ferner weisen die gemeinnützigen Krankenhäuser eine überproportional hohe Bettenkapazität für stationäre Behandlungen auf, nämlich 71% der gesamten Bettenkapazität. Auf gewinnorientierte Krankenhäuser fallen hingegen 13% und auf staatliche Krankenhäuser 16% aller stationären Krankenhausbetten.[35]

Gemeinnützige Krankenhäuser erhalten Steuervergünstigungen, wenn sie Patienten, die die Leistungen nicht bezahlen können, kostengünstiger oder unentgeltlich behan-

34 Siehe Improving Health Care: A Dose of Competition. Report to the Federal Trade Commission and Department of Justice, July 2004, chap. 3, pa. 26, Tabelle 2. Als Beispiel für abweichende Medicare-Vergütungen für spezielle Leistungen gilt z.B Folgendes: Für Katarakt-Operationen zahlt Medicare 19% weniger und für eine der Diagnose dienende obere gastrointestinale Endoskopie 14% weniger, wenn sie in ASCs vorgenommen werden; Medicare zahlt jedoch 8% mehr für eine diagnostische Koloskopie und 33% mehr für eine epidurale Injektion sowie 81% mehr für eine Laserbehandlung bei Grauem Star, die in ASCs vorgenommen werden.

35 The American Hospital Association, (2004). Hospital Statistics 2, Tabelle 1. abrufbar unter: http://www.aha.org/aha/research-and-trends/health-and-hospital-trends/2004.html.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deln. Diese Steuervergünstigungen werden den gemeinnützigen Krankenhäusern normalerweise in Form einer geringeren Grundsteuer gewährt, wobei davon ausgegangen wird, dass die unentgeltlich geleisteten Behandlungen monetär dem Betrag entsprechen, bzw. über dem Betrag liegen, den diese Krankenhäuser andernfalls mit der Grundsteuer hätten zahlen müssen. Diese Form der staatlichen Subventionierung von privaten Krankenhäusern ist gesetzlich geregelt und stellt seit über 50 Jahren eine treibende Kraft in der Krankenhausbranche dar.

3.3.1. Krankenhauspersonal

In den letzten 25 Jahren hat sich die Besetzung der Krankenhäuser mit Fachpersonal wesentlich geändert. Die Krankenhäuser beschäftigen landesweit 5,1 Millionen Menschen, wobei nur 10% davon Ärzte sind.[36] Veränderungen in der Anstellung von Ärzten durch die Krankenhäuser sind jedoch bedeutend, weil sie gleichzeitig andere Entwicklungen auf dem Krankenhaussektor widerspiegeln. Von 567.000 Ärzten und Chirurgen in den USA im Jahr 2004 waren nur 16% in Privatkrankenhäusern angestellt. Ca. 60% der festangestellten Ärzte und Chirurgen arbeiteten in Gruppen zusammen, ca. einer von sieben war selbständig tätig. Wieder andere waren in staatlichen Einrichtungen des Bundes, der Einzelstaaten und Kommunen beschäftigt einschließlich Krankenhäusern, Colleges, Universitäten und Fachschulen, sowie in privaten Colleges, Universitäten und Fachschulen und ferner in ambulanten Versorgungszentren.[37]

Nach Angaben des Socioeconomic Monitoring System (SMS), eines Kontrollsystems der American Medical Association (AMA), stieg der Anteil der angestellten Ärzte zwischen 1983 und 1995 von 24% auf über 45% an. Gleichzeitig fiel in demselben Zeitraum der Anteil der selbständig praktizierenden Ärzte um 14% für Alleinpraktizierende und um 7% für Gruppenpraxen. Gerade in den letzten Jahren verstärkte sich diese Tendenz, was daran abzulesen ist, dass der Zuwachs an angestellten Ärzten in den letzten Jahren des Untersuchungszeitraums besonders hoch war. Die Auswirkungen auf die medizinische Versorgung, die sich aufgrund der steigenden Tendenz zum angestellten Arzt ergeben, werden vermutlich weiter anhalten, weil gerade junge Ärzte diese Form besonders häufig wählen. Gemäß dem Bericht der AMA arbeiteten 1994 von den Ärzten, die ihren Beruf zwischen null und fünf Jahren ausüben, 64% in einem Angestelltenverhältnis.

Junge Ärzte, die ihre Laufbahn als Angestellte begonnen hatten, wechselten traditionell in die Selbständigkeit, sobald sie eine Praxis aufgebaut hatten. Dieses Muster

36 United States Census Bureau, 2005, unter: http://www.census.gov/Press-Release/www/releases/archives/facts_for_features_special_editions/004491.html.

37 U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics: Physicians and Surgeons, unter: http://www.bls.gov/oco/ ocos074.htm.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheint aber nicht mehr prägend zu sein, wie der steigende Prozentsatz der angestellten Ärzte nach dem Bericht der AMA seit 1983 in allen Sparten zeigt.[38]

Heute geht die Zahl der Ärzte mit Privatpraxis zurück, während die Zahl derer im Angestelltenverhältnis steigt. Ärzte, die eine Privatpraxis aufmachen wollen, müssen sich speziell was die Finanzierung anbelangt größeren Herausforderungen stellen als früher. Nur wenige können als Selbständige eine Praxis eröffnen, ohne auf eine anfängliche finanzielle Hilfe von dritter Seite angewiesen zu sein. Um die Immobilienkosten und die hohen laufende Kosten decken zu können, schließen sich privat praktizierende Ärzte oft in Gruppenpraxen zusammen, weil ihnen das erlaubt, Räume, Sekretariatsdienste, Geschäftsführung, technische Geräte und Hilfsmittel sowie EDV-gestützte Datenverarbeitung für Krankenakten, Codierung und Rechnungsstellung gemeinsam zu nutzen.[39]

Krankenhäuser beschäftigen u.a. auch viele Krankenpfleger, Arzthelfer (Physician's Assistants – PAs), Krankenpfleger mit Zusatzqualifikation (NPs) und Labortechniker. 2006 waren in den USA etwa 110.000 PAs und NPs aktiv in Krankenhäusern tätig. Sie machen ungefähr ein Sechstel der Arbeitnehmer im medizinischen Sektor aus, wobei beide Gruppen gleich stark sind. Immer mehr PAs und NPs arbeiten in Krankenhäusern und sind meist von der Einrichtung oder einem Arzt angestellt und gehören in der Regel einem Zweierteam zusammen mit einem Arzt oder einem Chirurgen an. Im Allgemeinen können PAs und NPs in Krankenhäusern mit geringeren Einschränkungen Narkotika verschreiben, Behandlungen vornehmen und Anweisungen zur Patientenversorgung geben als das in der ambulanten Versorgung der Fall ist. Ca. 30% der PAs sind nach eigenen Angaben in irgendeiner Weise an ein Krankenhaus gebunden.[40]

2004 waren ungefähr 87.000 Personen als Medizintechniker, Zahntechniker und Augentechniker tätig. Etwa drei von fünf Festangestellten arbeiteten in Labors, die medizinische Geräte und Krankenhausbedarf herstellten. Meist handelt es sich dabei um kleine Privatunternehmen mit weniger als fünf Angestellten. Es gibt aber auch große Labors, einige von ihnen beschäftigen sogar mehr als 1000 Arbeitnehmer. Medizintechniker arbeiteten außerdem in Läden für Körper- und Gesundheitspflege, in staatlichen und privaten Krankenhäusern, in Großhandelsunternehmen für Berufsausstattung und Spezialbedarf, in Arztpraxen, im Konsumgüterverleih oder als Selbständige.

Von den 2.421.351 RNs, die 2004 in der Krankenpflege beschäftigt waren, arbeiteten 56,2% (1.360.847) im Krankenhaussektor. Im Jahr 2000 waren es noch 59,1% (1.300.323), eine Tatsache, die den generellen Rückgang der stationären Krankenhaus-

38 *Guadagnino, Christopher* (1997), The rise of the physician employee, Physicians News Digest, unter: http://physiciansnews.com/cover/797wp.html.

39 *Leung, Lester* (2006), Careers in Medicine: Private Practice, The Next Generation, 2 (5), unter: http://www.nextgenmd.org/vol2-5/private_practice.html.

40 *Hooker, Roderick S.* (2006), Physician assistants and nurse practitioners: the United States Experience, Medical Journal of Australia, 185 (1): 4-7. http://www.mja.com.au/public/issues/185_01_030706/hoo10101_fm.html.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

versorgung innerhalb des gesamten Systems,[41] aber auch den allgemeinen Krankenpflegemangel, den der amerikanische Krankenhaussektor in den letzten Jahren zu spüren bekam, widerspiegelt.

Nach Schätzungen meldeten im Oktober 2004 etwa 72% der Krankenhausinspektoren in ihren Einrichtungen einen Mangel an Krankenpflegern. Schon im Jahr 2000 ging aus einer Schätzung ein solcher Mangel in etwa 30 Staaten hervor. Im April 2006 gab die American Hospital Association einen Bericht heraus, nach dem in den US-amerikanischen Krankenhäusern landesweit ungefähr 118.000 (8,5%) RN-Stellen unbesetzt waren. Ferner geht aus dem Bericht hervor, dass 49% der Krankenhaus-Geschäftsführer (Chief Executive Officers – CEOs) 2005 größere Schwierigkeiten hatten, RNs einzustellen, als 2004.[42] 2003 waren mehr als 126.000 Stellen in Krankenhäusern auf dem Land unbesetzt, so die Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations. Außerdem wird der Belegschaftsstand auch deshalb weniger, weil die Stelleninhabenden älter werden und in Ruhestand gehen – und das in doppelt so hoher Zahl wie in anderen Berufen,[43] mit weiterhin steigender Tendenz. Nach einer statistischen Schätzung werden 2020 in mehr als 44 Staaten – einschließlich Washington D.C. – RNs fehlen.[44]

3.3.2. Krankenhausfinanzierung

Die Abrechnungsmechanismen bei Krankenhäusern sind komplex und unterschiedlich. Manche Krankenhäuser stellen den Patienten die Leistungen unmittelbar in Rechnung, andere leiten die Rechnung an deren Versicherungsgesellschaft weiter. Es gibt Versicherungen, die von den Patienten zum Zeitpunkt der Behandlung eine Eigenleistung verlangen und darüber hinausgehende Kosten direkt an das Krankenhaus zahlen, während andere Versicherungen vorsehen, dass die Patienten die gesamte Rechnung im Voraus bezahlen, und ihnen später die berücksichtigungsfähigen Kosten ersetzen.[45] Viele Medicare-Programme sehen eine Eigenleistung der Patienten zum Zeitpunkt der Behandlung vor, führen aber den darüber hinausgehenden Rechnungsbetrag für die Patienten unmittelbar an das Krankenhaus ab.[46]

Als Medicare 1983 das „prospektive Zahlungssystem“ (Prospective Payment System – PPS) einführte, hatte das eine tiefgreifende Auswirkung auf den Krankenhaussektor.

41 U.S. Department of Health and Human Services, Health Resources and Services Administration (2004), The Registered Nurse Population : Findings from the 2004 National Sample Survey of Registered Nurses, abrufbar unter: http://bhpr.hrsa.gov/healthworkforce/rnsurvey04/2.htm.

42 Siehe American Association of Colleges of Nursing (AACN), Nursing Shortage Resource, abrufbar unter: http://www.aacn.nche.edu/Media/shortageresource.htm.

43 Siehe USA Weekend, The nursing shortage & you, August 31, 2003 http://www.usaweekend.com/03_issues/030831/030831nurses.html.

44 Siehe The Nursing Shortage, http://www.nursingshortageinfo.com.

45 *Vladeck, Bruce C.* (2006), Paying For Hospitals' Community Service, Health Affairs, 25, no. 1: 34-43, abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/25/1/34#R1.

46 Auf die Medicare and Medicaid Programme des Bundes wird unten näher eingegangen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das PPS gliedert sich in zwei Systeme, in ein stationäres System (Inpatient Prospective Payment System – IPPS), das auf Diagnose (Diagnosis-Related Groups – DRGs) beruht, und in ein ambulantes System (Outpatient Prospective Payment System – OPPS), das 2000 eingeführt wurde und sich auf ambulante, auf den Behandlungsabschnitt bezogene Vergütungsordnungen (Ambulatory Payment Classifications – APCs) stützt. Das PPS, das das vorherige kostenbasierte Vergütungssystem ersetzt, soll den Krankenhäusern einen Anreiz bieten, mit jeder Behandlungsphase, die den Medicare-Patienten zukommt, leistungseffizienter zu werden. Die Administratoren von Medicare glaubten, dass dieses Vergütungssystem für den Krankenhaussektor marktähnliche wettbewerbliche Rahmenbedingungen schaffen würde. Es wurde die Theorie vertreten, dass Krankenhäuser, die erfolgreich Effizienzverbesserungen unter dem PPS-Programm durchführen, gegenüber ihren Kontrahenten, die die gleiche Effizienz nicht erreichen können, konkurrenzfähiger werden würden.

Medicare führte DRGs 1983 ein. Seither wurden DRGs international von den Gesundheitssystemen eingesetzt, um die Kosten unter Kontrolle zu halten. Das DRG-System gliedert medizinische Konditionen in ca. 500 Gruppen. DRGs (und ähnlich im Rahmen der ambulanten Behandlung APCs) stehen für im Vorhinein festgelegte Vergütungen, die auf den durchschnittlichen Kosten basieren, die für eine bestimmte Leistungserbringung einschließlich aller Nebenkosten nötig sind. Die Zahlungen richten sich nach dem Mittelwert, den die Leistung in einem bestimmten geographischen Raum hat. Man geht davon aus, dass die Leistungen für eine bestimmte Diagnosegruppe die gleichen Kosten nach sich ziehen und eines ähnlichen Aufwandes bedürfen, so dass sie für die Erstellung von Standard-Medicare-Vergütungssätzen herangezogen werden können.

Die Befürworter des DRG-Vergütungssystems machen geltend, dass die DRG-Erstattungssysteme mit den Krankenhauskosten, die sie beinhalten, in den ersten Jahren ihrer Durchführung nahezu 18 Milliarden Dollar eingespart haben. Kritiker wenden ein, dass die niedrigen Vergütungssätze für privat praktizierende Ärzte ein Beweggrund seien, Medicare-Patienten abzuweisen, und die Krankenhäuser so einer übermäßigen steuerlichen Belastung ausgesetzt werden. Die Kosten werden dann an andere, versicherte Krankenhauspatienten weitergegeben, und lassen die Gesundheitskosten insgesamt steigen.[47]

Ein Ziel der Einführung des PPS war auch, bestimmte Krankenhausleistungen auf die weniger teueren ambulanten Einrichtungen zu verlagern und damit die Gesamtkosten der stationären Krankenhausversorgung zu reduzieren. Dafür gibt es zahlreiche, empirisch bestätigte Beispiele einschließlich der Tatsache, dass sich die durchschnittliche Länge der stationären Krankenhausaufenthalte nach der Einführung des PPS-Systems rapide verringerte. In den ersten Jahren der Anwendung des PPS-Systems ging die Zahl

47 *Rosenblatt, Rand E., Sylvia A. Law* and *Sara Rosenbaum*, Law and the American Health Care System 1997, Fn. 13, 484-485, [nachfolgend *Rosenblatt,* Law and the American Health Care System.].

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der stationär durchgeführten Kataraktoperationen um mehr als 65% zurück, während die Zahl der ambulant durchgeführten Kataraktoperationen um beinahe 130% anstieg.[48]

Das PPS-System hatte zudem einen tiefgreifenden, wenn auch indirekten und weitgehend unbeabsichtigten Effekt. In vielen Fällen haben Privatzahlende das PPS-System für ihre eigenen Zwecke modifiziert oder das DRG-Vergütungssystem von Medicare gänzlich als Kostenreferenz für ihre eigene Erstattungspolitik verwendet. Die Folge dieser Entwicklung ist, dass sich die Vergütungspolitik von Medicare nicht nur auf die Kosten für medizinische Behandlungen von Medicare-Patienten auswirkt, sondern auch einen Standard für die Behandlungskosten in der gesamten Gesundheitsbranche setzt, und das sowohl im staatlichen wie im privaten Bereich.

Mit welcher Art von Krankenhäusern private Versicherungsgesellschaften Verträge abschießen, kann sich auf die Konkurrenzfähigkeit der Versicherungsgesellschaften untereinander auswirken. So hängt z.B. die Tatsache, ob sich Versicherungspläne verkaufen lassen, für Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht nur davon ab, zu welchem Preis der Versicherungsschutz angeboten wird, sondern auch davon, in welchen Krankenhäusern dieser Versicherungsschutz gilt, sowie von der Qualität, der Anbindung und der Attraktivität dieser Krankenhäuser.[49] Zu den „Must-haves“ zu gehören, kann für ein Krankenhaus bei den Vertragsverhandlungen mit privaten Versicherungsgesellschaften einen erheblichen Wettbewerbsvorteil darstellen.

Das Center for Medicare & Medicaid Services (CMS), das Verwaltungsorgan des Medicare-Programms, hat eindeutig einen entscheidenden Einfluss auf den wettbewerblichen Rahmen, in dem Krankenhäuser arbeiten. Dieser Einfluss wirkt allerdings durch die Preisgestaltungskompetenz in erster Linie indirekt. CMS hat z.B. keine Möglichkeit, sich einer Ausschreibung oder selektiver Mechanismen bei einem Vertragsabschluss zu bedienen, um die Leistungserbringer, mit denen CMS verhandelt, direkt zu steuern.[50] Auch gibt es so gut wie keine Möglichkeit für Medicare, einen außerpreislichen Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern zu fördern. Das versuchen neuerdings leistungsbezogene „Pay for Performance“-Initiativen, indem sie Maßstäbe für Qualität und Erfolg mit in ihre Zahlungspolitik aufnehmen. Diese Initiativen stecken jedoch noch in den Anfangen.

Die Preisgestaltung der Krankenhäuser wird in den USA von vier hauptsächlichen Faktoren bestimmt: der entsprechenden Mengenabnahme durch die Versicherungsgesellschaften, der Preisdifferenzierung zwischen den verschiedenen Leistungseinkäufern, der Kostenumverteilung zwischen den Verbrauchern und einer leistungsübergreifenden Finanzierung. Mengenabnahmen finden üblicherweise durch große Versicherungsgesellschaften statt, die für bestimmte oder alle Leistungen Preisnachlässe verhandeln und

48 Improving Health Care: A Dose of Competition, Report to the Federal Trade Commission and Department of Justice, July 2004, chap. 3, S. 28.

49 Improving Health Care: A Dose of Competition. Report to the Federal Trade Commission and Department of Justice, July 2004, chap. 3, S. 32.

50 Ibid., chap 3, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dafür ein bestimmtes Kontingent garantieren. Preisdifferenzierungen können sich aus Verhandlungen mit verschiedenen Versicherungsgesellschaften ergeben und für unterschiedliche Zahlungsleistende verschiedene Preise für dieselben Leistungen zur Folge haben. Eine Kostenumverteilung tritt ein, wenn ein Leistungserbringer (ein Krankenhaus) die Preise für eine Gruppe von Leistungseinkäufern anhebt und für eine andere Gruppe gleichzeitig senkt. Die leistungsübergreifende Finanzierung ist insofern der Kostenumverteilung ähnlich, als eine Gruppe für bestimmte Leistungen mehr bezahlen muss, der überschüssige Betrag aber dafür verwendet wird, die Kosten dieser Leistungen für eine andere Gruppe zu subventionieren.

Kontovers wird diskutiert, ob Krankenhäuser von Privatzahlern höhere Sätze verlangen und die Sätze für öffentliche Programme im Gegenzug senken – d.h. ob sie eine „Kostenumverteilung" vornehmen.[51] Die Kostenumverteilung wurzelt in der Versicherung mit einer Beitragsbemessung nach dem Prinzip der Einheitsprämie, die auf „Überzahlungen" junger und wenig kranker Menschen angewiesen ist, um die „Unterzahlungen" auszugleichen, die sich aufgrund der Gesundheitskosten der älteren und kränkeren Menschen ergeben. Diese Form der Kostenumverteilung entstand als Nebenerscheinung aus den Abrechnungspraktiken der Krankenhäuser und Ärzte, bevor eine Krankenversicherung allgemein verfügbar war. Die Auseinandersetzung um die Kostenumverteilung konzentriert sich heute meist auf Krankenhäuser, in denen die entstehenden Kosten von staatlichen Kostenträgern und Selbstzahlern nicht vollends gedeckt werden. Der finanzielle Verlust, der den Krankenhäusern dadurch entsteht, wird im Allgemeinen durch Überschüsse finanziert, die aufgrund der Zahlungen von privatversicherten Patienten erwirtschaftet werden.[52]

Seit der Einführung von Managed Care ist die Praxis, Krankenhaussätze durch die Staaten unmittelbar festzusetzen, stark zurückgegangen. In den 1970er und 1980er Jahren waren die Gesundheitsanalytiker von diesem Experiment fasziniert, so dass dieses System Ende 1980 in 30 Staaten Anwendung fand. Gegenwärtig wird es allerdings nur noch in Maryland und West Virginia angewandt. Eine Quelle begründet diesen Rückgang folgendermaßen: „Der Rückgang spiegelt die Entwicklung von Managed Care und Kopfpauschale als alternative Möglichkeiten wider, die steigenden Ausgaben im Gesundheitswesen zu kontrollieren. Dieser Trend zeigt sich auch in der Entwicklung des

51 *Clement, J.P.,* "Dynamic Cost Shifting in Hospitals: Evidence from the 1980s and 1990s", Inquiry 34, no. 4 (1997/98): 340–350; *Ginsburg, Paul B.,* "Can Hospitals and Physicians Shift the Effects of Cuts in Medicare Reimbursement to Private Payers?" Health Affairs 22 (2003): w472–w479 (Online-Veröffentlichung am 8. Oktober 2003; 10.1377/hlthaff.w3.472); *Lee, J.S.,* et al., "Medicare Payment Policy: Does Cost Shifting Matter?" Health Affairs 22 (2003): w480–w488 (Online-Veröffentlichung am 8. Oktober 2003; 10.1377/hlthaff.w3.480); *Morrisey, M.A.,* "Cost Shifting: New Myths, Old Confusion, and Enduring Reality," Health Affairs 22 (2003): w489–w491 (Online-Veröffentlichung am 8. Oktober 2003).

52 *Dobson, Allen, Joan DaVanzo* and *Namrata Sen,* The Cost-Shift Payment 'Hydraulic': Foundation, History, And Implications, Health Affairs, 25, No. 1 (2006): 22-33, abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/25/1/22#R14.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

prospektiven Zahlungssystems und in einer neuerlichen Präferenz für eine private anstelle einer vom Staat durchgeführten Preiskontrolle."[53]

Eine andere Quelle weist darauf hin, dass „Studien zeigen, dass die die Krankenhaussätze festsetzenden Systeme zwar die Kosten pro Krankenhauseinweisung unter Kontrolle hatten, nicht aber die des gesamten Gesundheitswesens. Diese Systeme kontrollierten weder die Zahl der gesamten Krankenhauseinweisungen, noch steuerten sie die Kosten für die ambulante Pflege. Mit dem Anstieg von Managed Care und ihren größeren Möglichkeiten, die Gesundheitskosten einzudämmen, wandten sich die meisten Staaten marktgestützten Strategien zu und verzichteten auf regulierende Maßnahmen."[54]

Vor 1993 gab es Leistungserbringer, die sich dem Medicare-Programm nicht „anschlossen", weil sie die Vergütungsordnung von Medicare umgehen wollten. Seit 1993 dürfen jedoch die Höchstbeträge, die ein „nicht angeschlossener" Leistungserbringer verlangen kann, die von Medicare angesetzten Vergütungen um nicht mehr als 15% übersteigen. Seither behandeln viele Leistungserbringer nur noch eine bestimmte Anzahl von Medicare-Patienten oder schränken ihr Leistungsangebot für Medicare-Patienten ein. Diese Vorgehensweise nimmt mit jeder Budgetkürzung von Medicare zu und schränkt für Medicare-Patienten das Recht auf eine Behandlung durch bestimmte Leistungserbringer ein.[55] Fortlaufende Budgetkürzungen haben dazu geführt, dass sich die Anzahl der Leistungserbringer, die Medicare-Patienten ohne Einschränkung behandeln, weiter verringerte.

Da Kostenumverteilung und leistungsübergreifende Finanzierung (cross-subsidization) in einem wettbewerbsfähigen Markt tendenziell zurückgehen, erkannte der US-Kongress, dass es in bestimmten Gebieten eine soziale Notwendigkeit gibt, diese Dienstleistungen in Krankenhäusern weiter anzubieten. Laut Schätzungen entstehen den US-amerikanischen Krankenhäusern jährlich durch die Leistungen in den Gemeinden Kosten in Höhe von 25 - 50 Milliarden Dollar, und dies in erster Linie in Form von medizinischer Ausbildung und Vorhaltekosten. Krankenhäuser mit größerer Lehrfunktion oder mit einem Patientenstamm, der deutlich ärmer als der Durchschnitt ist, erhalten dafür unmittelbare Fördermittel durch Medicare. Diese unmittelbar an die Krankenhäuser abgeführten Fördergelder machen jährlich mehr als 10 Milliarden Dollar aus.

Sowohl gewinnorientierte als auch gemeinnützige Krankenhäuser erhalten von Medicare Zuschüsse für alles, was mit der medizinischen Ausbildung verbunden ist. Große medizinisch-wissenschaftliche Zentren wie auch viele kommunale Krankenhäuser erhalten proportional zur Anzahl der bei ihnen beschäftigten Praktikanten (Medizinstu-

53 *McDonough, John E.* (1997), Tracking the Demise of State Hospital Rate Setting, Health Affairs, 16(1), 142-149, abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/reprint/16/1/142.pdf.

54 *Volpp, Kevin G.M., Sankey V. Williams* and *Mark V. Pauly* (2003), Market Reform in New Jersey and Quality of Care: A Cautionary Tale, Leonard Davis Institute Issue Brief Vol. 8, no. 7. abrufbar unter: http://www.upenn.edu/ldi/issuebrief8_7.pdf.

55 *Kaplan, Richard* (1998), Taking Medicare Seriously, University of Illinois Law Review, 777-779.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

denten im klinischen Semester, Ärzte im Praktikum, Mitarbeiter und Praktikanten anderer medizinischer Berufe) Gelder von Medicare. Diese Gelder tragen zur Deckung der Ausbildungskosten dieser Krankenhäuser bei, wobei hier oft auch die Kosten für die unentgeltliche Behandlung finanzschwacher Patienten überdurchschnittlich hoch sind, weil sich Lehrkrankenhäuser häufig in Einzugsbereichen mit Niedrigeinkommen befinden, in denen der Bevölkerungsanteil der nichtversicherten Patienten über dem Durchschnitt liegt. Ohne die unentgeltlichen Behandlungen (Charity Care) werden die Ausbildungskosten für die medizinischen Berufe auf jährlich 20 - 25 Milliarden Dollar geschätzt.[56] Wie erwähnt, machen die Zuschüsse, die Medicare den Lehrkrankenhäusern gewährt, einen wesentlichen Teil davon aus. Mit ihnen trägt Medicare zur Graduiertenausbildung für medizinische Berufe (graduate medical education) bei, wobei diese Zuschüsse sowohl die mittelbaren Krankenhaus-Betriebskosten, als auch die unmittelbaren Lohn- und Vergütungskosten für Praktikanten und Ärzte einschließen.

Über die staatlichen Zuschüsse zur medizinischen Graduiertenausbildung hinaus erhalten manche Krankenhäuser zusätzliche Mittel aus dem Medicaid-Programm als Unterstützung für die „kommunalen Leistungen", die sie für Niedrigverdiener in ihrer Region zu erbringen haben. Dieses Krankenhausprogramm zum Ausgleich disproportionaler Kosten (Disproportionate Share Hospital Program – DSH) trägt zur Deckung der Kosten bei, die vielen kleinen Krankenhäusern im Einzugsbereich von Niedrigverdienern durch unentgeltliche Behandlungen (Charity Care) entstehen und stellt eine wesentliche zusätzliche staatliche Investition auf dem Krankenhaussektor dar. 2002 meldeten die Krankenhäuser Gesamtkosten für unentgeltliche Behandlungen in Höhe von 22,3 Milliarden Dollar,[57] wobei die Zahlungen aus dem DSH-Programm 15,2 Milliarden Dollar betrugen.[58]

Das DSH-Programm von Medicaid wurde 1981 eingeführt, um Krankenhäusern mit einer unverhältnismäßig hohen Zahl von Medicaid-Patienten und den entsprechend niedrigen Vergütungen von Medicaid zusätzliche Mittel zu Verfügung zu stellen. Die DSH-Programme sind für Krankenhäuser, die die notwendige medizinische Versorgung in Gemeinden mit vorwiegend niedrigen Einkommen leisten, eine wesentliche Finanzierungsquelle. DSH-Programme unterstützen vor allem Krankenhäuser, die in ärmeren Gemeinden arbeiten und so zahlungsfähig bleiben. Ohne diese Zuschüsse wären diese Krankenhäuser vermutlich finanziell nicht mehr wettbewerbsfähig und die Gemeinden würden wertvolle medizinische Ressourcen und Einrichtungen verlieren.

Während die Kosten für die „kommunalen Leistungen" teilweise explizit von Medicare und Medicaid bezuschusst werden, werden sie implizit durch die Sätze, die privat-

56 Ibid.

57 Anderen Schätzungen zufolge liegen diese Kosten eher bei 30 Milliarden Dollar. Siehe *Vladeck, Bruce C.,* Paying For Hospitals' Community Service, Health Affairs, 25, no. 1 (2006): 34-43, abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/25/1/34#R1.

58 *Mechanic, Robert E.* (2004), Medicaid's Disproportionate Share Hospital Program: Complex Structure, Critical Payments, National Health Policy Forum Background Paper, Sept. 14, 2004.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

versicherte Patienten zahlen, bezuschusst, wie weiter oben bei der Kostenumverteilung und der leistungsübergreifenden Finanzierung (cross-subsidization) angedeutet. Auch ist es wichtig, auf die Kontroverse über die Beschaffenheit von Charity Care in Bezug auf den Finanzstatus der Krankenhäuser hinzuweisen: Trotz der Unterschiede in ihrer institutionellen Form und Aufgabe,[59] scheint der Prozentsatz der in gewinnorientierten und gemeinnützigen Krankenhäusern erbrachten unentgeltlichen Behandlungen empirisch annähernd gleich hoch zu sein.[60]

Einschließlich der unentgeltlichen Versorgung könnten sich die Gesamtkosten, die den US-amerikanischen Krankenhäusern für alle in den Gemeinden erbrachten Leistungen entstehen, auf etwa 80 - 95 Milliarden Dollar belaufen bzw. auf etwas mehr als 15% der Gesamtaktivitäten dieses 500 Milliarden Dollar umfassenden Wirtschaftszweiges. Krankenhäuser geben allgemein durchschnittlich etwa 6% ihrer Leistungen als unentgeltliche Behandlungen (Charity Care) und „uneinbringliche Forderungen" an.[61]

3.4 Der rechtliche Rahmen

Wie oben erwähnt, regeln zahlreiche Gesetze und Programme das Krankenhauswesen in den USA, u.a. der Hill-Burton-Act, Medicare, die Regelung gemeinnütziger Organisationen (anhand von Bedarfsprüfungen / CONs) und Antitrust-Gesetze. Auch muss berücksichtigt werden, dass es zwischen Wettbewerb und Regulierung einen lückenlosen Zusammenhang gibt, an dem in den USA der gesetzliche Rahmen mitwirkt. So gibt es z.B. Gesetze, die den Wettbewerb zwischen Krankenhäusern und Versicherungen unterstützen und fördern (Employment Retirement Income Security Act - ERISA, HMO Act, Antitrust) und es gibt Gesetze, die den Wettbewerb behindern (zahlreiche Versicherungsbestimmungen). Es gibt auch praktische Gründe, warum der Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern in bestimmten geographischen Regionen der USA eingeschränkt ist. Die Größe des Landes und die landwirtschaftliche Ausprägung vieler Staaten macht die Förderung des Wettbewerbs auf manchen Märkten schwierig.

Das Baugesetz Hill-Burton von 1946 machte es möglich, dass die Staaten für jeden zweiten Dollar, den sie in den Bau von kommunalen Krankenhäusern investierten, einen Dollar aus Bundesmitteln erhielten. Das Gesetz enthielt aber auch eine Bestimmung, dass diese Hill-Burton-Krankenhäuser in einem bestimmten Umfang unentgeltliche Leistungen zu erbringen haben.[62] Hill-Burton war für das amerikanische Gesundheitssys-

59 Gewinnorientierte Krankenhäuser haben die treuhänderische Pflicht das Aktionärsvermögen bzw. den Unternehmenswert zu maximieren, während gemeinnützige Krankenhäuser eine Fürsorgepflicht gegenüber der Gemeinschaft haben und das Unternehmen finanziell im Gleichgewicht halten müssen.

60 Siehe *Hyman, David A.,* Hospital Conversions: Fact, Fantasy, and Regulatory Follies, 23 Journal of Corporate Law, 741 (1998); Picone, Gabriel, et al., Are For-Profit Hospital Conversions Harmful to Patients and to Medicare? 33 Rand Journal of Economics, 507 (2002).

61 *Vladeck, Bruce C.,* Paying For Hospitals' Community Service, Health Affairs, 25, no. 1: 34-43.

62 Siehe *Starr, Paul,* The Social Transformation of American Medicine, 1982, S. 281.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

tem von immenser Bedeutung, weil zum ersten Mal zur Bedingung gemacht wurde, dass die Bedürftigen der Gemeinde, in der sich die Krankenhäuser befanden, unentgeltlich versorgt werden müssen.[63] Von ausnehmend großer Bedeutung war auch, dass alle Krankenhäuser, die jemals Mittel aus Hill-Burton bekommen haben, Medicare- und Medicaid-Patienten aufnehmen müssen, auch wenn die Vergütungen, die sie dafür erhalten, die Kosten der Leistungserbringung nicht in voller Höhe decken. Die Krankenhäuser bringen vor, dass Programme wie Hill-Burton die Kosten für die Leistungserbringung für den durchschnittlichen Patienten nach oben treiben, weil diese Patienten die Kosten für die Nichtversicherten, die Bedürftigen und die durch Medicare und Medicaid versicherten Patienten mittragen müssen.

Hill-Burton war der Vorgänger des Emergency Medical Treatment and Active Labor Act (EMTALA), der noch über Hill-Burton hinausging. Wie in der Einleitung erwähnt, macht EMTALA zur Bedingung, dass jedes Krankenhaus, das Mittel aus dem Medicare-Programm erhält, Patienten, die eine Notversorgung brauchen, aufnimmt und entsprechend behandelt bzw. stabilisiert. Diese Notversorgung muss unabhängig von den finanziellen Möglichkeiten, der Versicherung und dem Medicare-Status des Patienten gewährt werden. Ähnlich wie Hill-Burton hat EMTALA vielen Krankenhäusern eine zusätzliche finanzielle Verpflichtungen auferlegt und sogar die Schließung mancher Notaufnahmen, sowie eine Kostenanhebung für versicherte und zahlende Patienten erzwungen.[64] Während die Fördermittel nach Hill-Burton eine potenzielle Quelle zur Finanzierung der von den Krankenhäusern erbrachten Leistungen in der Gemeinde darstellten, sehen die Geschäftsführer der Krankenhäuser allgemein in den „ungedeckten Maßnahmen" durch EMTALA eher eine Belastung als einen Nutzen.[65]

Die Gesetze über die Bedarfsprüfung (CON) sind staatliche Vorschriften, die von institutionellen Leistungserbringern die Einholung einer Bewilligung verlangen, bevor Verbesserungen durchgeführt, Geräte gekauft oder Einrichtungen hinzugefügt und bestehende Versorgungseinrichtungen ersetzt werden. Diese Vorabbewilligung wird vom Ministerium für Gesundheit und Soziales des jeweiligen Staates erteilt und ist auch einzuholen, wenn eine Einrichtung bestimmte zusätzliche medizinische Leistungen anbieten möchte. Die Bedarfsprüfungsgesetze sollen durch die Verhinderung einer Doppelbildung von medizinischen Leistungen dazu beitragen, Kosten niedrig zu halten.[66] Beispiele für Einrichtungen, die eine Bedarfsprüfung (CON) einholen müssen, sind „neue Krankenhäuser, psychiatrische Einrichtungen, Einrichtungen zur Behandlung chemischer Abhängigkeiten, Pflege-Einrichtungen, Altenpflegeheime, Behandlungszentren für Nierenkrankheiten, Einrichtungen für die zwischenzeitliche Betreuung von geistig

63 *Rosenblatt,* Law and the American Health Care System, Fn. 13, S. 65.

64 *Rosenblatt,* Law and the American Health Care System, Fn. 13, S. 93.

65 *Vladeck, Bruce C.,* Paying For Hospitals Community Service, Fn. 102.

66 *McGinely, Patrick John* (1995), Beyond Health Care Reform: Reconsidering Certificate of Need Laws in a Managed Competition System, Fl. St. Univ. L. Rev., abrufbar unter: http://www.law.fsu edu/journals/lawreview/issues/231/mcginley.html.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

behinderten Menschen, Rehabilitationszentren, Agenturen für häusliche Pflege, Hospize, Diagnostische Zentren, onkologische Behandlungszentren und Einrichtungen für ambulante Chirurgie."[67] Bedarfprüfungsgesuche werden bewilligt, wenn nachgewiesen wird, dass die Gemeinde die beabsichtigte Leistung oder Einrichtung wirklich braucht.

Die Bedarfsprüfungsgesetze sind aufgrund der Meinung entstanden, dass es im Krankenhaussektor eine unwirtschaftliche Doppelung von medizinischen Ressourcen und Einrichtungen gibt. Da die Preise in einer bestimmten geographischen Region unter bestimmten Gesichtspunkten meist Festpreise waren, warben die Krankenhäuser nicht mit den Preisen, die sie für ihre Leistungen verlangten, sondern steigerten ihre Wettbewerbsfähigkeit anhand der Qualität der Behandlung, des Leistungsangebots oder der Einrichtung selbst. Folglich basierte der Wettbewerb um Patienten auf Qualität und unnötigen, unwirtschaftlichen Ausgaben.[68]

Die Einführung der Bedarfsprüfungsgesetze (CON-Laws) gründete ursprünglich auf einem Bundesantrag von 1974, dieser Antrag wurde jedoch 1982 zurückgezogen, weil sich herausstellte, dass die Regelung auf die steigenden Kosten im Gesundheitssektor wenig Einfluss hatte.[69] Die Kritiker der CON-Laws führten vielmehr an, dass „Krankenhäuser diese Gesetze missbraucht haben, um den Wettbewerb einzuschränken und dass Bedarfprüfungsprogramme sogar zur Steigerung der Gesundheitskosten beitragen können, weil das Leistungsangebot einfach unter die für einen Wettbewerb nötige Höhe gedrückt wird."[70] Trotz dieser Kritik und des aufgehobenen Antrags hielten 36 Staaten und Washington D.C. an ihren CON-Laws fest.[71]

Die Standards in den Krankenhäusern werden von einer unabhängigen, nicht staatlichen Institution, der Joint Commission, festgesetzt und überwacht. Die Joint Commission (früher „Joint Commission on Accreditation of Hospital Organizations – JCAHO) evaluiert und akkreditiert nahezu 15.000 US-amerikanische Gesundheitsorganisationen und -Programme. Die Joint Commission ist eine unabhängige, private gemeinnützige Organisation, deren Zweck es ist, „fortlaufend die Sicherheit und Qualität der öffentlichen Versorgung durch die Akkreditierung im Gesundheitswesen und durch andere Dienste zu verbessern, die zur Optimierung der Leistungserbringung in den Gesundheitsorganisationen beitragen."

Seit 1951 setzt sie vorwiegend die Leistungsstandards fest und ist für die Akkreditierung im Gesundheitswesen der USA zuständig. Die Medicare- und Medicaid-Programme erkennen sie als die standardsetzende Institution für die Gesundheitsorganisationen an. Eine Akkreditierung durch die Joint Commission ist landesweit als Quali-

67 North Carolina Division of Facility Services, Certificate of Need Section: Overview of CON Process, abrufbar unter: http://facility-services.state.nc.us/conpage.htm.

68 *McGinely, Patrick John,* Beyond Health Care Reform, Fn.107.

69 Ibid.

70 *Barnes, John* (2006), Failure of Government Central Planning: Washington's Medical Certificate of Need Program, Washington Policy Center, Policy Brief, abrufbar unter: http://www.washingtonpolicy.org/HealthCare/PBBARNESCON.htm.

71 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tätssymbol anerkannt und steht dafür, dass bestimme Leistungsstandards verbindlich eingehalten werden. In der Tat sind die Krankenhäuser bei einer Evaluierung durch die Joint Commission um eine gute Leistungserbringung bemüht, weil akkreditierte Organisationen den Zertifizierungserfordernissen von Medicare und Medicaid entsprechen, was für eine Kostenerstattung durch Medicare und durch Organisationen von Managed Care wichtig ist. Außer der Anerkennung durch Medicare, kann eine Akkreditierung durch die Joint Commission weitere Vorteile bringen, wie ein gesteigertes Vertrauen der Gemeinde in die Qualität und Sicherheit der medizinischen Versorgung, Behandlung und Leistungserbringung, einen Wettbewerbsvorteil auf dem Markt, ein verbessertes Risikomanagement und eine Risikominderung, die Herausbildung von „Good Practices" für eine verbesserte Betriebsführung, fachlichen Rat und Beistand, eine bessere Mitarbeiterausbildung, eine bessere Personalrekrutierung und -entfaltung, sowie die Anerkennung durch ausgewählte Versicherer und andere Kostenträger und in einigen Staaten die Einhaltung von Ordnungsmaßnahmen.

Die Joint Commission evaluiert mittels eines umfassenden Akkreditierungsprozesses, ob eine Organisation die Standards hinsichtlich Qualität und Umgang mit den Patienten und andere Akkreditierungsvoraussetzungen erfüllt. Die Evaluierung wird anhand von unangekündigten Erhebungen und Ortsbegehungen durchgeführt, so dass die Gesundheitsunternehmen keine Möglichkeit haben, sich darauf vorzubereiten. Die Standards der Joint Commission zielen auf das Leistungsniveau der Unternehmen in wichtigen Bereichen wie den Patientenrechten, der Patientenbehandlung und der Infektionskontrolle ab. Sie beziehen sich nicht nur auf das Vermögen einer Organisation, eine sichere, hoch qualifizierte Versorgung anzubieten, sondern auch auf die tatsächliche Leistungserbringung. Die Standards erläutern die Leistungserwartungen für alle Bereiche, die die Sicherheit und Qualität der Patientenversorgung angehen.

Die Evaluierung der Joint Commission erstreckt sich auf unterschiedliche Arten von Gesundheitsunternehmen, zu ihnen zählen traditionelle Krankenhäuser genauso wie allgemeine Krankenhäuser, psychiatrische Kliniken, Kinder- und Rehabilitationskliniken, Critical Access Hospitals (CAHs – der CAH-Status bedeutet, dass diese Krankenhäuser von Medicare finanziell unterstützt werden, um ihre Schließung zu verhindern), Einrichtungen für medizinische Geräte, Hospizeinrichtungen und ambulante Pflegeorganisationen, Pflegeheime und andere Pflegeeinrichtungen, Verhaltenskliniken, Suchtkliniken, Rehabilitationszentren, Gruppenpraxen, selbständige chirurgische Praxen und andere ambulante Leistungserbringer, sowie unabhängige oder selbständig geführte Labors.

Die Joint Commission entwickelt ihre Standards in Zusammenarbeit mit Gesundheitsexperten, Leistungserbringern, Datenexperten, Leistungskäufern und Verbrauchern. Der leitende Vorstand besteht aus 29 Personen und setzt sich aus, Ärzten, Administratoren, Krankenpflegern, Arbeitgebern, einem Laborvertreter, Verantwortlichen für Gesundheitspläne, Experten für Qualität, Ethikern, einem Verbraucheranwalt und Pädagogen zusammen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Der Zugang zur medizinischen Versorgung, die Verpflichtung zur unentgeltlichen Behandlung nach Hill-Burton und die Auswirkungen von EMTALA sind ein Grund dafür, dass staatliche Aufsichtsbeamte dem Status der sog. Gemeinnützigkeit der Krankenhäuser besondere Aufmerksamkeit schenken. 2005 waren 85% der US-amerikanischen Krankenhäuser als gemeinnützig eingestuft.[72] Das Hauptproblem in mindestens 20 Staaten ist der Steuerbefreiungsstatus dieser Krankenhäuser. Der Steuerbefreiungsstatus wird einer besonderen Prüfung unterzogen, weil sichergestellt werden soll, ob diese Krankenhäuser der Verpflichtung zur „kommunalen Leistungserbringung" nachkommen, die die Steuerbefreiung begründet. Anhand der kommunalen Leistungsverpflichtungen wird berechnet, ob eine Steuerbefreiung für die Krankenhäuser angemessen ist.[73] Staaten und Gemeinden fragen sich im Wesentlichen: „Erhalten wir für die Steuerbefreiung, die den gemeinnützigen Krankenhäusern gewährt wird, genügend Gegenleistung?" Dies ist die Frage, die sich angesichts der rückläufigen Einnahmen der Staaten und der Gemeinden und der wachsenden Zahl nichtversicherter Patienten gegenwärtig stellt.[74]

Die „kommunale Standardleistung" wurde 1969 durch das Federal Internal Revenue Service festgesetzt. Dieses Gesetz „verpflichtet gemeinnützige Gesundheitsorganisationen, als Gegenleistung für die Steuerbefreiung durch den Bund Dienstleistungen zum Wohl ihrer Gemeinde zu erbringen."[75] Generell werden diese kommunalen Leistungen nach einer bestimmten Anzahl von unentgeltlichen Behandlungen und nach der Erbringung von Notfallversorgungen bemessen. Wie diese Leistungsverpflichtungen genau gestaltet sind, ist jedoch umstritten, weil der Bund die von den gemeinnützigen Krankenhäusern zu erbringenden „kommunalen Leistungen" nicht eindeutig definiert hat.[76]

Nun stehen diese Krankenhäuser auf staatlicher wie auf kommunaler Ebene angesichts der Grundsteuerbefreiung vor einer Herausforderung. Sie antworteten darauf – insbesondere in Illinois und Ohio – mit der Einleitung gerichtlicher Verfahren.

Noch bevor diese Krankenhäuser auf bundes- und einzelstaatlicher Ebene mit entsprechenden Regelungsschwierigkeiten zu kämpfen hatten, hatten sie beträchtliche Herausforderungen finanzieller Art zu meistern: Zwischen 1991 und 2001 sank die Zahl der Krankenhäuser in den USA um 8,1%, die der Krankenhausbetten um 10,6%, die der stationären Krankenhaustage um 12,9%, während die ambulanten Behandlungen um 67,2% anstiegen.[77] Auch muss angemerkt werden, dass die Spanne zur Deckung der

72 *Hayden, Eric* (2005), "Non-Profit Hospitals Face Structural As Well As Financial Challenges: Lessons from Massachusetts", Working Paper 1003, Financial Services Forum, College of Management, University of Massachusetts-Boston, S. 3.

73 *Maiuro, Lisa Simonson, Helen Schneider* and *Nicole Bellows,* "Endangered Species? Not-for profit hospitals face tax-emption challenges", (September 2004), Healthcare Financial Management.

74 *Maiuro,* et al., ibid., S. 1.

75 *Maiuro, et al.,* ibid., S. 2.

76 *Reinhardt, Uwe* (2000), "Economics of For-Profit and Not-For Profit Hospitals", Health Affairs, S. 178-185.

77 *Hayden, Eric,* Non-Profit Hospitals Face Structural As Well As Financial Challenges, Fn. 113, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verwaltungskosten der Krankenhäuser landesweit von 3,8% im Jahr 1998 auf 2,7% im Jahr 2003 zurückgegangen ist.[78]

3.5 Struktur und Institutionen einzelner Versicherungsträger (Gesellschaften, Betreiber, Kostenträger)

Mit der durch Titel XVIII (Medicare) und Titel XIX (Medicaid) geänderten Fassung des Social Security Act von 1965 veränderte sich der Ansatz der Bundesregierung in Bezug auf das Gesundheitswesen elementar. Medicare bietet US-Amerikanern über 65 Jahren und Medicaid US-Amerikanern mit einem geringen oder gar keinem Einkommen eine Krankenversicherung. Diese beiden Programme erweiterten die Aufgaben des Staates hinsichtlich der Ausgestaltung, Finanzierung und Gewährung der medizinischen Versorgung beträchtlich. Sie machen einen Großteil der staatlichen Investitionen im Gesundheitssektor aus.

3.5.1 Medicare

Als Teil seines neuen Regierungsprogramms „New Frontier“ hatte Präsident Kennedy die Wiedereinführung eines nationalen Krankenversicherungsprogramms vorgeschlagen. Nach Kennedy gelang es Präsident Johnson Medicare in Kraft zu setzen. Auf Medicare haben jeder Bürger und jede Bürgerin ab dem Alter von 65 Jahren Anspruch. Teil A des Medicare-Programms verfügte die Kostenerstattung für stationäre Krankenhausbehandlungen, während Teil B einen freiwilligen Versicherungsschutz für die ambulante Versorgung und die Kostenerstattung von Arzthonoraren ermöglichte. Dieses Programm schuf für einen bestimmten Teil der Bevölkerung eine wichtige neue Finanzierungsquelle, die die bisherige Finanzierung des Gesundheitswesens veränderte. Von 1965 bis 1985 trug Medicare mit dazu bei, die Finanzierungs- und Kostenerstattungspolitik des gesamten US-amerikanischen Gesundheitswesens umzugestalten – und nicht nur für dieses Programm. Das gelang vor allem, weil private Versicherungsgesellschaften ihrer Kostenerstattungspolitik die Kostensätze, die Medicare den Krankenhäusern und Ärzten zahlte, zugrunde legten.

In den USA gehen mehr als ein Drittel der Ausgaben für das Gesundheitswesen auf die ältere Bevölkerung zurück. Nahezu zwei Drittel ihrer Gesundheitskosten werden von Medicare bezahlt. Medicare ist (zusammen mit Medicaid) der größte individuelle Geldgeber, was die öffentlichen Gesundheitskosten in den USA anbelangt.[79] Diese Gesundheitskosten werden in den kommenden Jahren voraussichtlich steigen, weil der Anteil der über 65-Jährigen zunehmen wird und sich die Lebenserwartung über dieses

78 Massachusetts Hospital Association (February 11, 2005), “Report on Acute Care Hospital Performance”.

79 Siehe *Lubitz, James D., James Beebe* and *Colin Baker* (1995), Longevity and Medicare Expenditures, 332 The New England Journal of Medicine 15; 999-1003.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Alter hinaus zusätzlich erhöhen wird. So lautet die Prognose in der Tat, dass der Bevölkerungsanteil der über 65-Jährigen von 13% im Jahr 2000 auf 20% im Jahr 2030 ansteigen wird, und dass 40% der Menschen, die 2000 65 Jahre alt waren, 85 Jahre und älter werden.[80]

Die geschätzten Kosten pro Medicare-Patient verwundern. So wurden z.B. für das Jahr 2000 alle Leistungen, die Menschen ab 65 Jahren bis zu ihrem Tod gewährt wurden (unter Berücksichtigung der Inflationsrate) auf insgesamt etwas 165.000 Dollar pro Person veranschlagt. Diese Schätzung beruht auf einer Kostenkombination verschiedener medizinischer Leistungen, die ein Medicare-Patient durchschnittlich in Anspruch nimmt, und schließt Krankenhaus- und Arztkosten, die Versorgung in Pflegeheimen, ambulante Pflege, verschreibungspflichtige Medikamente, Sehhilfen, Zahnversorgung und medizinische Geräte ein. Die Voranschläge für die Gesamtkosten steigen ab dem 66. Lebensjahr bis zum Lebensende mit der Langlebigkeit bedeutend an, wobei sie für Menschen, die mit 65 Jahren sterben insgesamt etwa 32.000 Dollar betragen und für 90 Jahre alte und ältere Menschen bei über 200.000 Dollar liegen.[81] Viele Untersuchungen zeigen, dass der größte Teil der Medicare-Ausgaben für sehr alte Menschen in deren letzten Lebensjahren aufgewendet werden muss, in denen die Pflegeheimkosten extrem zunehmen.

Um besser verstehen zu können, wie sich die Kosten von Medicare zusammensetzen, ist es wichtig, zwischen den Kosten für eine akut notwendige Versorgung und Langzeitpflege zu unterscheiden. Ausgaben für eine akute Versorgung, insbesondere im Bereich der Krankenhausversorgung und der ärztlichen Dienstleistung, nehmen mit der Zunahme der Lebensdauer langsamer zu, die Pflegekosten hingegen sehr viel schneller. Die Langlebigkeit nach 65 hat tendenziell höhere Pflegekosten zu Folge. Ganz besonders wesentlich für die Gesamtkosten ist jedoch, wie schon erwähnt, die Zunahme der alternden Bevölkerung insgesamt.[82]

Auch muss angemerkt werden, dass Medicare als Programm effizient ist und sogar effizienter als die entsprechenden Privatversicherungen. Die laufenden Geschäftskosten und die Verwaltungskosten von Medicare machen ca. 2 - 5% der Gesamtkosten aus, während sie bei den Privatversicherern bei etwa 26 - 35% liegen.[83] Hinsichtlich der Kostenkontrolle und der medizinischen Leistungserbringung für ihre jeweiligen Mitglieder wenden Medicare und Medicaid eine Reihe von Strategien an, die sich wesentlich auf den Krankenhausmarkt in den USA auswirken.

Durch die Zahlung geringerer Sätze an die Leistungserbringer beeinflusste Medicare die Kostengestaltung grundlegend. Die Folge dieser Strategie war eine Kostenumvertei-

80 Siehe *Spillman, Brenda C.* and *James Lubitz* (2000), The Effect of Longevity on Spending for Acute and Long Term Care, 342 The New England Journal of Medicine 19; 1409-1415.

81 Ibid.

82 Siehe *Spillman, Brenda C.* and *James Lubitz,* The Effect of Longevity on Spending, Fn. 120.

83 Siehe *Kaplan, Richard* (1998), Taking Medicare Seriously, University of Illinois Law Review; 777-779.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lung, da die Leistungserbringer ihre Kosten an die Patienten weitergaben, die nicht durch Medicare gesichert waren, und von diesen Patienten höhere Sätze verlangten als von Medicare-Patienten. In gewisser Weise kommt das indirekt einer Art „Besteuerung" gleich, indem der Staat seine Belastung durch die Absicherung von Medicare-Patienten an Privatversicherungen und Arbeitnehmer durch eine Erhöhung der Krankenversicherungskosten weitergibt. Tatsächlich kommen die höheren Beiträge, die Versicherte unter 65 Jahren für ihre Krankenversicherung zu zahlen haben, Mitgliedern von Medicare zugute.[84] Dieses Prinzip der Kostenumverteilung und die neueren rechtlichen Einschränkungen, die Privatversicherungen die Möglichkeit nehmen, auf diese Kostenumverteilung einzuwirken, werden nachfolgend eingehender behandelt.

Hinsichtlich Teil D des Medicare-Programms sieht der Staat für den Versicherungsplan 2006 einen monatlichen Beitrag von 37 Dollar pro Mitglied und einen jährlichen Selbstbehalt von bis zu 250 Dollar vor. Wenn dieser Selbstbehalt erreicht ist, zahlen die einzelnen Versicherten 25% der Kosten für jedes unter den Versicherungsschutz fallende verschreibungspflichtige Medikament bis zu einer Höhe von 2.500 Dollar. Zuzahlungen, die beim Kauf dieser Arzneimittel zu leisten sind, werden in diese Kosten nicht einberechnet und können je nach dem gewählten Versicherungsschutz und nach dem verschriebenen Medikament unterschiedlich sein.

Kritiker bringen vor, dass dieser Versicherungsplan der Regierung keine wirksame Handhabe lässt, über niedrigere Preise für verschreibungspflichtige Medikamente zu verhandeln und dass er den Pharmamarkt und den Markt für Privatversicherungen fördert. Hauptargument ist die Deckungslücke, die sich „Donut Hole" nennt. Diese Lücke bedeutet, dass Versicherte, deren Gesamtkosten für verschreibungspflichtige Medikamente 2.250 Dollar betragen, laut Versicherungsplan alle weiteren Kosten solange aus eigener Tasche bezahlen müssen bis sie die Summe von 3.600 Dollar erreicht haben. Erst dann greift die „Katastrophenhilfe". Obwohl diese Lücke auch nicht viele Medicare-Patienten trifft, sind die Auswirkungen für diejenigen, die diese Summe von verschreibungspflichtigen Medikamenten erreichen, sehr groß, weil sie anschließend für verschreibungspflichtige Medikamente keinen Versicherungsschutz mehr haben.[85]

Am 15. Juni 2006 gibt das Zentrum für Medicare- und Medicaid-Services (CMS) an, dass 38,2 Millionen Menschen einen Versicherungsschutz für Medikamente genießen. 31,8 Millionen erhalten diese Leistungen nach dem Medicare-Programm Teil D, und 5,4 Millionen entweder von einer Privatversicherung, dem Department of Veterans Affairs oder aus einem staatlichen Programm für verschreibungspflichtige Medikamente.

84 Ibid.

85 Kaiser Family Foundation, Kaisernetwork.org Daily Health Reports, Medicare | Medication Prices in Medicare Prescription Drug Benefit 'Doughnut Hole' Often Higher Than Retail Prices, Study Finds, Oct 12, 2006, abrufbar unter: http://www.kaisernetwork.org/Daily_reports/rep_index.cfm?DR_ID=40366.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gemäß CMS werden täglich mehr als 3,5 Millionen Rezepte aus dem Medicare-Programm Teil D eingelöst.[86]

3.5.2 Medicaid und SCHIP

Das zweitgrößte staatlich finanzierte Krankenversicherungsprogramm in den USA ist Medicaid. An Medicaid sind Bund und Einzelstaaten beteiligt. Das Programm gewährt Geringverdienenden, die die Anspruchsvoraussetzungen erfüllen, eine medizinische Versorgung. Medicaid will anspruchsberechtigten Personen durch Kaufkraft den Zugang zum Gesundheitsmarkt und damit eine freie Wahl der Leistungserbringer und eine flexible Kostenerstattung ermöglichen, die auf angemessenen Preisen und für nicht-institutionalisierte Leistungserbringer auf leistungsbezogenen Einzelabrechnungen (Fee-for-Service) basiert.[87] Das Gesetz sieht für die Leistungserbringer außerhalb des Krankenhaussektors die Möglichkeit vor, Medicaid-Patienten für eine Behandlung zu akzeptieren oder abzuweisen. Das Programm sieht ein Basis-Set an minimalen Leistungen vor, die alle Staaten erbringen müssen, sowie ein zweites Leistungsset, das je nach Staat optional erbracht werden kann.

Das staatliche Kinderkrankenversicherungsprogramm SCHIP ist ein Bundesprogramm für Familien, die weder in der Lage sind, eine private Versicherung abzuschließen noch die Anspruchsvoraussetzungen für Medicaid erfüllen. SCHIP trat 1997 mit der Zielsetzung in Kraft eines der Hauptprobleme im Gesundheitswesen in den 1990er Jahren in den Griff zu bekommen, nämlich die steigende Zahl der Nicht-Versicherten und insbesondere die wachsende Zahl nicht krankenversicherter Kinder. SCHIP leitet sich aus Titel XXI des Social Security Act ab.[88]

2005 waren mehr als 6 Millionen Kinder über SCHIP krankenversichert. SCHIP wird vom Bund und den Einzelstaaten gemeinsam finanziert. Jeder Staat hat einen eigenen Versicherungsplan, der bewilligt sein muss. Der Versicherungsplan wird von den einzelnen Staaten nach den Richtlinien des Bundes verwaltet, wobei die Staaten die Verwaltung, die Anspruchsvoraussetzungen und die Mechanismen der Leistungserbringung bestimmen. Zur Finanzierung des Programms gewährt der Bund „Blockzuschüsse", die von den Staaten ergänzt werden.

Medicaid verursacht den Staaten aufgrund der Beteiligungsgestaltung beträchtliche Kosten, weil die Staaten einen hohen Anteil der Versorgung für ihre Mitglieder tragen. Ihr Kostenanteil bewegt sich zwischen 50% und 80%, je nach dem, wie groß der über Medicaid versicherte Bevölkerungsanteil ist. Die Ausgaben der Staaten für Medicaid und SCHIP belaufen sich gegenwärtig durchschnittlich auf 15% des Gesamthaushalts. Außerdem liegt der durchschnittliche Anstieg der Medicaid-Ausgaben der Staaten in

86 Senior Journal, Medicare Releases Details on Drug Plan Enrollment, June 15, 2006, abrufbar unter: http://www.seniorjournal.com/NEWS/MedicareDrugCards/6-06-15-MedicareReleases.htm.

87 Siehe *Rosenblatt,* Law and the American Health Care System, S. 411.

88 Centers for Medicare and Medicaid Services, Low Cost Insurance for Families and Children, abrufbar unter: http://www.cms.hhs.gov/LowCostHealthInsFamChild/.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den letzten Jahren um einige Prozentpunkte pro Jahr über dem Anstieg des Gesamthaushalts (z.B. 10,6% im Gegensatz zu 8,3% im Jahr 2001).[89] Da die Staaten deswegen vor einem erheblichen Einkommensdefizit stehen, suchen sie nach Möglichkeiten, ihre Ausgaben für Medicaid und SCHIP zu kürzen, einzufrieren oder einzuschränken.

Die Medicaid- und SCHIP-Programme bieten 45 Millionen Menschen eine umfassende Krankenversicherung, die nichts oder wenig kostet, und versichern eines von fünf Kindern. Das Medicaid-Programm gewährt vor allem Kindern und schwangeren Frauen aus gering verdienenden Familien und Familien ohne Einkommen Versicherungsschutz und kommt für 40% aller Geburten auf. Für 6 Millionen ältere Leistungsempfänger ist Medicaid eine Ergänzung zu Medicare. Ferner bietet Medicaid 7 Millionen Menschen mit Behinderung und 70% aller Bewohner von Pflegeeinrichtungen Versicherungsschutz und kommt für etwa 50% der Ausgaben für alle Langzeitpflegefälle auf. Das SCHIP-Programm versichert etwa 5 Millionen Kinder und – in manchen Staaten – auch deren Eltern sowie schwangere Frauen aus höheren Einkommensschichten, und zwar üblicherweise durch Bonusleistungen, anteilige Kostenübernahme bzw. Kostenübernahme in Form einer Zuzahlung. Der Ermessensspielraum der Staaten in der Ausgestaltung der Medicaid-Programme ist groß und räumt Optionen ein, welche Bevölkerungsgruppen versichert und welche Leistungen gewährt werden können. Die Ausgaben von Medicaid und SCHIP zusammen übersteigen die Ausgaben von Medicare, wobei nach Schätzungen 2003 155 Milliarden Dollar auf den Bund und 116 Milliarden Dollar auf die Staaten entfielen. Die Programme machen etwa 17% der Gesamtausgaben im Gesundheitswesen der USA aus und belaufen sich auf 44% der Zuschüsse, die vom Bund an die Staaten gehen. Die jährlichen Medicaid-Ausgaben pro Person liegen durchschnittlich bei 1.225 Dollar für Kinder, 1.892 Dollar für Erwachsene, 9.558 Dollar für blinde und behinderte Menschen und bei jeweils 11.235 Dollar für ältere Menschen.[90]

2007 war der US-Kongress dabei, SCHIP „neu zu bewilligen". Da SCHIP bisher kein Programm mit Anspruchsberechtigung ist, deckt es auch nicht automatisch die wachsende Zahl der nichtversicherten Kinder und ihrer Familien. Gegenwärtig wird über eine angemessene Aufstockung der Mittel diskutiert (wobei der Kongress 35 Milliarden Dollar befürwortete und der frühere Präsident Bush 5 Milliarden Dollar) und darüber, ob das Programm auf Kinder beschränkt werden soll, ohne ihre Familien zu berücksichtigen. Es scheint jedoch nicht fraglich, dass das SCHIP-Programm unter Gewährung zusätzlicher Mittel neu bewilligt wird.

Im Hinblick auf den Wettbewerb sollten auch Medicaid-Zahlungen als Zahlungsleistung von dritter Seite betrachtet werden, was sich wiederum nicht einschränkend auf

89 National Association of State Budget Offices (NASBO), The Fiscal Survey of State, May 2002, and Medicaid and other State Health Care Issues, the Current Situation. A Supplement to the Fiscal Survey of States, May 2002.

90 Siehe *Bruen, Brian K.* and *John Holahan* (2001), Medicaid Spending Growth Remained Modest in 1998, But Likely Headed Upward, The Urban Institute, abrufbar unter: http://www.urban.org/url.cfm?ID=1000321.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

den Wettbewerb auswirken sollte. Wegen der niedrigen Kostenerstattungen wird Medicaid jedoch von vielen Leistungserbringern nicht als Kostenerstatter anerkannt. Das hemmt den Wettbewerb auf verschiedenste Weise. Dazu gehört nicht zuletzt, dass es sehr wenige Leistungserbringer gibt, die um weitere Medicaid-Mitglieder „konkurrieren". Viele Leistungserbringer sehen Medicaid-Patienten in der Tat als unerwünscht an. Die Staaten mussten Möglichkeiten finden, Leistungserbringer zu bestärken bzw. von ihnen zu verlangen, eine bestimmte Anzahl von Medicaid-Patienten zu behandeln, um für diese Patienten den Zugang zur medizinischen Versorgung aufrecht zu erhalten.

3.5.3 Privatversicherungen und Mangaged-Care-Organisationen

Wie erwähnt, lag der Schwerpunkt von Gesundheitspolitik und Recht seit 1930 auf der Eindämmung der Gesundheitskosten. Die Kostendämpfung hat das US-amerikanische Gesundheitssystem in seiner Organisation und Finanzierung verändert, wobei das staatlich finanzierte Medicare-Programm als Grundmodell für die Kostenerstattung diente. Weder aber die Kostendämpfungsinitiative noch die neuen Gesetze, wie EMTALA, HIPPAA oder SCHIP, befassten sich mit den großen Mängeln, die Arbeitgeber, Verbraucher und Kostenträger in dem traditionellen leistungsbezogenen Einzelabrechnungssystem (Fee-For-Service) sehen. Daraus resultiert die wachsende Akzeptanz von Managed Care.

Der Begriff „Managed Care" umspannt eine Reihe von organisatorischen Vereinbarungen im Bereich des Gesundheitswesen, die durch die Vermeidung von unnötiger, überflüssiger oder unangemessener Versorgung zu einer Kostenreduzierung führen sollen. Die grundlegende Theorie von Managed Care ist es, die Kosten unter Kontrolle zu halten, indem der Zugang zu den Leistungen und die Leistungen selbst eingeschränkt werden, die Qualität jedoch gewahrt bleibt.[91] Zu den Grundmerkmalen von Managed Care gehören: (1) vertragliche Vereinbarungen mit ausgewählten Leistungserbringern, die für Mitglieder ein umfassendes Set an medizinischen Versorgungsleistungen bereithalten, (2) maßgebliche finanzielle Anreize, um die Patienten auf diese innerhalb des Plans vorgesehenen Leistungserbringer und medizinischen Behandlungen bzw. Maßnahmen „auszurichten" und (3) eine laufende Rechenschaftspflicht der Leistungserbringer hinsichtlich ihrer medizinischen und finanziellen Leistungen durch die förmliche Zusicherung von Qualität und Prüfung der Inanspruchnahme.[92] Ein wesentliches Charakteristikum von Managed Care ist es, eine beschränkte Anzahl von Leistungserbringern in ihr Programm aufzunehmen, wobei auf deren klinisches Angebot und Spezial-

91 Siehe *Welch, J.J.* (1998), Managed Care: The Dominant Paradigm in U.S. Healthcare, Journal Of Ahima, abrufbar unter: http://www.ahima.org/publications/2f/498.welch.html.

92 Siehe *Arnould, Richard J., Robert F. Rich, William D. White* and *Charles Copeland* (ed.), Competitive Approaches To Health Care Reform, Washington D.C. Urban Institute Press, 1993.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

gebiet geachtet wird und die Bereitschaft vorhanden sein muss, finanzielle Anreize für eine kostenbewusste Nutzung der Ressourcen zu akzeptieren.[93]

Diese Managed-Care-Vereinbarungen ermöglichen es, Gesundheitsversorgung in einer Weise bereitzustellen und zu finanzieren, die sich von den bisherigen Fee-for-Service-Vereinbarungen grundlegend unterscheidet und gestehen den Managed-Care-Organisationen (MCOs) eine aktive Rolle bei der Lenkung und Überwachung sowohl der Anzahl als auch der Art der Leistungen zu, die von Ärzten und anderen Dienstleistenden für Patienten erbracht werden. Unterschiede bestehen in der Höhe des finanziellen Risikos, das die MCOs tragen, in der Risikoteilung mit den Leistungserbringern, in der Einschränkung der Provider bei der Leistungserbringung und in der Höhe der Eigenanteils, den die Leistungsempfänger zu tragen haben.[94]

Die Zahlen lassen landesweit vermuten, dass die Arbeit der MCOs hinsichtlich der Kostenüberwachung effektiver war als die der Versicherungspläne. Zwischen 1989 und 1999 gingen die Prämien, die die Arbeitgeber durchschnittlich für Gesundheitsleistungen zahlen, wesentlich zurück. Während 1989 der jährliche Prämienanstieg durchschnittlich 18% betrug, machte er 1996 nur noch 1% aus.[95] Diese und andere erhebliche Veränderungen in der Organisation und Finanzierung des Gesundheitssystems gehen auf die weite Verbreitung von Managed Care zurück.[96] In den ersten Jahren nach der Jahrtausendwende sind die Krankenversicherungsprämien aber wiederum angestiegen. Es wird vermutet, dass der Anstieg dieser Prämien mit den negativen Auswirkungen im Zusammenhang steht, die manche Verordnungen auf Managed Care haben.[97]

4. Wettbewerb und Gesundheitsversorgung

4.1 Die Idee des Wettbewerbs

Der „Wettbewerb" auf den Gesundheitsmärkten ist das strategische Werkzeug, das in den USA am meisten herangezogen wird, um Kosten zu begrenzen, Effizienz zu fördern und Innovationen anzukurbeln. Gerade hinsichtlich der Kostendämpfung wird in den

93 Siehe *Simon, Carol* (1997), Economic Implications of "Any Willing Provider" Legislation (es handelt sich um ein unveröffentlichtes Manuskript, das für die Konferenz der Second Industrial Organization of Health Care erarbeitet wurde).

94 Siehe *Gage, B.* (1998), The History and Growth of Medicare Managed Care, Health Affairs, Summer 1998, S. 11-18.

95 Siehe *Morrisey, M.A., R.L. Ohsfeldt* and *V. Johnson* (1998), Effects of Any Willing Provider and Freedom of Choice Laws on HMO Market Shares, Vortrag gehalten anlässlich der Association for Health Services Research Convention, (Juni 1998).

96 Siehe *Gottlieb, S.* and *T.A. Einhorn* (1997), Managed Care: Form, Function, and Evolution, Journal Of Bone Joint Surgery; 125-135.

97 Siehe *Rich, Robert F.* and *Christopher T. Erb* (2005), The Two Faces of Managed Care Regulation and Policymaking, The Stanford Law and Policy Review, 16:1.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

USA in erster Linie auf Wettbewerb gesetzt, wesentlich mehr als in vielen europäischen Staaten, die auf andere Strategien setzen, wie Preisfixierung, globale Budgets und einen rationierten Zugang zu den medizinischen Leistungen. Es wird sogar argumentiert, dass die rigorose staatliche Durchsetzung von Antitrust-Regelungen und der daraus resultierende Schutz privater Innovationen den Gesundheitsunternehmen in den USA ermöglichen, in erster Linie in privater Hand zu bleiben, ganz im Gegensatz zu den meisten anderen Ländern, in denen sie staatlich sind.[98] Deshalb liefern die USA viele Beispiele dafür, wie „Wettbewerb" auf dem Krankenhausmarkt funktionieren kann.

Wenn Gesundheitsmärkte in idealer Weise „richtig funktionieren, setzt der Wettbewerb die jeweiligen Preise für die medizinischen Leistungen fest, gibt die geeignete Organisationsform für die Finanzierung und Bereitstellung der Gesundheitsversorgung vor und bestimmt über die entsprechenden Möglichkeiten einer Abwägung zwischen Kosten, Qualität und Leistung."[99]

Die Wettbewerbsgesetze in den USA spielen innerhalb des organisatorischen und strukturellen Rahmens der Gesundheitsbranche für die Interaktion zwischen Leistungserbringern und Patienten eine große Rolle und wirken sich dadurch auf die Finanzierung der Gesundheitsversorgung und die Leistungserbringung aus, sowie auf ihre Qualität und ihre Finanzierbarkeit.

Das Wettbewerbsrecht ist traditionell auf die Interaktionen des Marktes gerichtet und nicht zwangsläufig auf die einzelnen Akteure oder auf die Ergebnisse – es beschäftigt sich nicht damit, „ob die Ergebnisse aus einer wirksamen Markttätigkeit mit einer bestimmten Definition von Sozialpolitik optimal übereinstimmen."[100] In Anbetracht der sich verändernden Marktdynamiken und der Erwartungen der Verbraucher schließt das Wettbewerbsrecht jedoch ein Abwägen zwischen Preis, Qualität, Innovation und Zugang mit ein, also zwischen Merkmalen des Gesundheitssystems, das die Verbraucher fordern.

Trotzdem gibt es in der Privatversicherung in den USA Probleme mit dem Wettbewerb. Zwischen 1990 und 2000 haben sich im wettbewerblichen Umfeld der Leistungserbringer tiefgreifende Veränderungen vollzogen. Zahlreiche Fusionen und Übernahmen führten zu einer starken Konzentration im Krankenhaussektor, wobei in diesem Zeitraum einige große staatliche Krankenhausnetzwerke einen bedeutenden Marktanteil erwarben. Die Krankenhausbranche argumentierte, dass die Effizienzsteigerungen bei diesen Fusionen so groß gewesen seien, dass sie alle denkbaren wettbewerbshemmenden Effekte aufgewogen hätten. Trotz der Bedenken von staatlichen Kartellbehörden, Industrieanalytikern und der Öffentlichkeit[101] konnte bis zu einem gewissen Grad em-

98 *Havighurst, Clark C., James F. Blumstein* and *Troyen A. Brennan,* (1998), Health Care Law and Policy, 2nd ed. Foundation Press, New York; S. 501.

99 *Sage, William D., David A. Hyman* and *Warren Greenburg* (2003), Why Competition Law Matters to Health Care Quality, Health Affairs, 22(2), S. 32.

100 *Sage, Hyman,* Greenburg, ibid., S. 33.

101 Siehe *Gaynor, Martin and Deborah Haas-Wilson* (1999), Change, Consolidation, and Competition in Health Care Markets, 13 Journal of Economic Perspectives 1, 1999; 141-64.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

pirisch nachgewiesen werden, dass diese Effizienzsteigerungen wirklich existierten. Untersuchungen zum Krankenhauswettbewerb in Kalifornien[102] und Washington[103] deuteten darauf hin, dass der wachsende Wettbewerb unter den Krankenhäusern in der Tat zu einer Kostensenkung führte. Ferner fand eine landesweite Untersuchung der HMOs und PPOs heraus, dass sie in den Regionen mit konkurrierenden Krankenhäusern eine beträchtliche Senkung der Gesundheitskosten herbeiführen.[104]

Der Wettbewerb auf dem US-amerikanischen Krankenversicherungsmarkt wurde seit Anfang bzw. Mitte der 1990er Jahre hauptsächlich durch die Entwicklung von Managed Care angeregt. Ende 1996 waren 73% aller über ein Arbeitverhältnis Versicherten in Managed-Care-Pläne aufgenommen, während es acht Jahre zuvor nur 27% waren. HMOs gehörten zu den beliebtesten Plänen und machten auf dem Markt 31% aus.[105]

Managed-Care-Pläne enthielten für Patienten bezüglich der Leistungsausgestaltung wesentlich weniger finanzielle Anreize, als das bei traditionellen Versicherungsplänen der Fall gewesen war. Das spiegelte die Philosophie von Managed Care wider, die besagt, dass die Verbraucher die Inanspruchnahme von Leistungen nicht aufgrund ihrer Zahlungsmöglichkeiten einschränken sollten, sondern dass das Fachpersonal – die Ärzte, indem sie ihren Patienten andere Anreize als leistungsbezogene Einzelabrechnungen bieten, oder das klinische Personal des Gesundheitsplans – die Verantwortung für eine Reduzierung der Leistungen übernehmen sollte, die wenig Nutzen bringen.[106]

4.2 Kartellgesetze

Die Anwendung von Kartellgesetzen, -verordnungen und -prinzipien auf die Leistungen des Gesundheitswesens beruht auf der Annahme, dass Krankenhäuser Unternehmen sind, die medizinische Versorgung in Form einer Leistung bereitstellen. Damit liegt die Gewichtung nicht mehr auf dem unabhängigen, die einzelnen Leistungen abrechnenden Leistungserbringer (Fee-For-Service), was relativ neu ist. Der Supreme Court wandte 1975 zum ersten Mal Kartellprinzipien auf Leistungserbringer im Gesundheitswesen an. Seither müssen sich Krankenhäuser und Leistungserbringer an die Kartellgesetzgebung des Bundes halten.[107] Zuvor hatte die Rechtsprechung die These

102 Siehe *Zwanziger, Jack and Glenn Melnick* (1988), The Effects of Hospital Competition and the Medicare PPS Program on Hospital Cost Behavior in California, 7 Journal of Health Economics 4, 1988; 301-320.

103 Siehe *Gift, Tom, Richard Arnould* and *Larry DeBrock* (2002), Is Healthy Competition Healthy: New Evidence of the Impact of Hospital Competition, 39 Inquiry 1, 2002; 45-55.

104 Siehe *Bamezai, Anil, Jack Zwanziger, Glenn Melnick* and *Joyce Mann*, Price Competition and Hospital Cost Growth in the United States (1989-1994), 8 Health Econ. 3, 233 (1999).

105 *Ginsburg, Paul B.* (2005), Competition In Health Care: Its Evolution Over The Past Decade, Health Affairs, 24 (6): 1512-1522.

106 Ibid.

107 *Rosenblatt,* Law and the American Health Care System, Fn. 13, dort: 649.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

vertreten, dass die Ärzteschaft zu den „gelehrten Berufen“ zähle und von den Kartellregelungen ausgenommen sei.[108]

Es gibt drei wichtige Bundesgesetze zum wettbewerblichen Umfeld der Gesundheitsbranche in den USA. Der Sherman Act,[109] der Clayton Act,[110] und der Federal Trade Commission Act[111] sind die wesentlichsten Gesetze, aus denen das „Wettbewerbsrecht” in den USA besteht.

Der Sherman Act, auch als „Antitrust Act“ bekannt, ist das führende Gesetz in den USA, das Wettbewerbsfragen auf dem Finanz- und Unternehmensmarkt behandelt. Aufgabe des Sherman Act ist es, den Wettbewerb zum Wohl der Verbraucher aufrechtzuerhalten. Er unterbindet allgemein einseitiges Verhalten und Kollektivverhalten, das den Wettbewerb untragbar gefährdet. Generell verhindert der Sherman Act wettbewerbsbeschränkende Verträge, Zusammenschlüsse und Monopolisierungen oder Monopolisierungsversuche. Section 1 des Sherman Act verbietet „jeden Vertrag, jeden Zusammenschluss... oder jede wettbewerbsbeschränkende Konspiration.....“.[112] „Wettbewerb“ im eigentlichen Sinne kann definiert werden als „ein dynamischer Prozess, der durch freiwillige Abwicklungen zwischen und unabhängige Entscheidungen von gegenseitig haftbaren Käufern und Verkäufern gekennzeichnet ist.[113] Im Rahmen des Gesundheitswesens werden unter dem Sherman Act die potenziell wettbewerbshemmenden Aktionen wie Preisabsprachen, Marktteilungen und Gruppenboykotts besonders eingehend geprüft.[114] Section 2 des Sherman Act behandelt die Entwicklung von Monopolen, insbesondere wenn sie durch unrechtmäßige Mittel oder durch Ausschluss entstehen oder unterhalten werden. Der Bestand eines Monopols im Gesundheitssektor, wie z.B. eines einzigen Krankenhauses in einem bestimmten geographischen Gebiet, ist nicht zwingend ein Verstoß gegen den Sherman Act. Taktiken dieser Krankenhausverwaltung jedoch, ein zweites Krankenhaus in der Region zu verhindern oder ihm den Zugang zu erschweren, können sehr wohl einen entsprechenden Verstoß darstellen.

Der Clayton Act (wie auch der ihm verwandte Robinson-Patman Act) untersagt Warenpreisdifferenzierungen und wettbewerbsbeschränkende exklusive Handelsabsprachen, sowie Fusionen, Akquirierungen oder Joint Ventures, die den Wettbewerb wesentlich eindämmen oder ein Monopol begründen. Section 7 des Clayton Act untersagt z.B. Fusionen und Akquirierungen, die „wesentlich zu einer Beschränkung des Wettbewerbs oder der Entstehung eines Monopols“ führen können. Durch die Überprüfung von potenziellen oder geplanten Vereinbarungen, die zu einem späteren Verstoß gegen

108 *Rosenblatt,* Law and the American Health Care System, Fn. 13, dort: 656.

109 15 U.S.C. ss 1-7.

110 15 U.S.C. ss 12-27.

111 15 U.S.C. ss 41-61.

112 15 U.S.C. ss 1 (1994). Siehe auch *Havighurst, Clark C., James F. Blumstein* and *Troyen A. Brennan,* Health Care Law and Policy, Fn. 132, S. 499.

113 Ibid., S. 499.

114 Ibid., S. 500.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Sherman Act führen könnten, bietet der Clayton Act einen zusätzlichen Schutz gegen die Entwicklung wettbewerbsfeindlicher Monopolgewalt. Im gegenwärtigen US-amerikanischen Gesundheitsumfeld, in dem große nationale Gesundheitssysteme ihre Marktmacht konsolidierten, beriefen sich die Akteure wiederholt auf den Clayton und den Sherman Act.

Der Federal Trade Commissions Act (FTCA) untersagt unfaire Wettbewerbsmethoden und unlauteres Handeln bzw. betrügerische Machenschaften, wozu auch Tatsachenverdrehungen oder unaufrichtige und irreführende Werbung gehören.[115]. „Unfaire Wettbewerbsmethoden" und „geschäftsschädigendes oder die Geschäfte betreffendes unlauteres Handeln bzw. betrügerische Machenschaften" untersagt der FTCA in Section 5. In der Geltendmachung der Ansprüche und Forderungen gibt es sowohl zwischen den drei Kartellgesetzen als auch zwischen den Kontrollbehörden deutliche Überlappungen. Das Justizministerium und die Federal Trade Commission FTC setzen das Recht in erster Linie durch, die Generalstaatsanwaltschaft und private Parteien können auf der Grundlage der Wettbewerbsgesetzte klagen.

Die „Kartellgesetze" sehen einige Ausnahmen vor, die bestimmte Arten von Krankenhausfusionen zulassen, wobei solche Fusionen nicht alle als potenziell wettbewerbshemmend einer eingehenden Prüfung unterzogen werden. In der Tat schreibt das „Health Care Statement" der Federal Trade Commission, das die Durchsetzungsstrategie zum Kartellverbot (antitrust) beinhaltet, eine „Sicherheitszone" für bestimme Arten von Krankenhauskonsolidierungen und Fusionierungen vor, die sie vor einer Überprüfung schützt. Diese „Sicherheitszone" soll die Belastung durch die Fusionstätigkeit schmälern, wenn die beiden fusionierenden Krankenhäuser vorher keine großen Konkurrenten waren. Sie bietet vor allem Fusionen zwischen zwei allgemeinen Krankenhäusern Sicherheit, die in der Akut-Versorgung tätig sind, „wenn eines dieser Krankenhäuser (1) durchschnittlich weniger als 100 zugelassene Betten aufweist und (2) durchschnittlich weniger als 40 stationäre Patienten täglich erfasst werden."[116] Generell werden die FTC oder das DOJ eine potenzielle Fusion auch dann nicht in Zweifel ziehen, wenn durch die Fusionierung der beiden Krankenhäuser eine nachweisbare, wesentliche Effizienzsteigerung erzielt werden soll. Um als wettbewerbsfähig (oder zumindest nicht wettbewerbsfeindlich) angesehen werden zu können, sollte eine solche Effizienzsteigerung (1) fusionsspezifisch und (2) nachprüfbar sein und (3) nicht aus einem wettbewerbsfeindlichen Abbau der Leistungen oder der Leistungserbringung erwachsen.[117]

Andere Arten der Fusionierung können jedoch von der FTC oder dem DOJ eingehender geprüft werden, wenn die Tendenz besteht, dass die fusionierenden Krankenhäuser in einer bestimmten Region eine Marktmacht schaffen bzw. ihre Marktmacht erwei-

115 *Rosenblatt,* Law and the American Health Care System, Fn. 13, dort: 650.

116 U.S. Dept of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement Policy Statements in the Health Care Area, ss 1 (1996), http://www.ftc.gov/reports/hlth3s.pdf.

117 U.S. Dept. of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, ss 0.1 (1992, rev. 1997), http://www.ftc.gov/bc.docs/horizmer.htm.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

tern. Nach den „Horizontal Merger Guidelines“ von 1992[118] hängt ein potenzieller Wettbewerbsverstoß einer geplanten Fusion von vier Kriterien ab, nämlich (1) ob sich die Fusion angesichts der Marktkonzentration und anderer den Markt bestimmender Faktoren möglicherweise nachteilig auf den Wettbewerb auswirken könnte, (2) ob der Eintritt in den Markt in Bezug auf Zeitpunkt, Wahrscheinlichkeit und Größe wesentliche Wettbewerbseffekte verhindern oder ihnen entgegenwirken könnte, (3) ob sich aus der Fusion eine Effizienzsteigerung ergibt, die die Prüfungskriterien der Behörden erfüllt und (4) ob eine der beiden beteiligten Parteien ohne die Fusion nicht weiter bestehen könnte und vom Markt abtreten müsste.[119] Nach diesen Richtlinien wird ein Markt als Produkt und geographische Region definiert, innerhalb derer produziert oder verkauft wird, so dass ein hypothetisches gewinnmaximierendes Unternehmen als einziger gegenwärtiger und zukünftiger Produzent bzw. Verkäufer dieser Waren in dieser Region wenigstens eine „kleine, aber deutliche und nicht nur vorübergehende“ Preiserhöhung durchsetzt.[120]

Der institutionelle Status der Krankenhäuser (gewinnorientiert bzw. gemeinnützig) kann bei einer Antitrust-Analyse bei geplanten Fusionen manchmal von Belang sein. Ein gemeinnütziges Krankenhaus ist nicht per se vor einer Prüfung nach den Antitrust-Gesetzen geschützt, auch wenn manche Gerichte gemeinnützigen Einrichtungen und ihren Transaktionen mit anderen gemeinnützigen Einrichtungen wohlwollender gegenüber stehen.[121] Aber selbst in solchen Fällen wird nach den Antitrust-Regeln untersucht, ob eine derartige Einrichtung die neuerlich gewonnene Marktmacht in einer Weise nutzen könnte, die den Verbrauchern schädlich wird.

Das Antitrust-Recht ist in der Medizin deshalb kompliziert, weil die größte regulierende Kraft und der bedeutendste Käufer von Gesundheitsleistungen der Bund und die Einzelstaaten sind, während Kartellgesetze in erster Linie auf die Regulierung der Privatwirtschaft zugeschnitten sind.[122] Das traditionelle Kartellrecht ist darauf ausgerichtet, die Verhaltensweisen von Privatunternehmen zu formen. In der Finanzierung, im Kauf und der Erbringung medizinischer Leistungen verschmelzen jedoch private und öffentliche Akteure. Das kann marktstörende Folgen haben, die „zu unnötigen Unternehmenstransaktionen führen, die organisatorische Effizienz beeinträchtigen und die Verhandlung von für beide Seiten vorteilhaften Vereinbarungen zwischen bereitwilligen Käufern und Verkäufern erschweren.“[123] Die staatlichen Programme wie Medicare und

118 U.S. Dept. of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, ss 0.1 (1992, rev. 1997), http://www.ftc.gov/bc.docs/horizmer.htm.

119 Ibid., ss 0.2.

120 DOJ and FTC, Merger Guidelines, ss 1.0.

121 Siehe FTC versus Butterworth Health Corp., 1997-2 Trade Cas. (6th Cir. 1997) & United States v. Long Island Jewish Med. Ctr., 983 F. Supp. 121, 149, 146 (E.D.N.Y. 1997).

122 *Hammer, Peter J.* and *William M. Sage,* Competition & Consolidation: Critical Issues In Hospital Antitrust Law 22 Health Affairs 88 (2003).

123 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Medicaid beeinflussen das Verhalten der Krankenhäuser auf dem Markt als wettbewerbsfähige Unternehmen wesentlich.

Darüber hinaus beruht das Antitrust-Recht auf der Voraussetzung, dass Verhandlungen zwischen Käufern und Verkäufern Wettbewerb schaffen. Mit dem Aufkommen von Managed Care und Kostenträgern ist diese Verhandlungskomponente aber so gut wie weggefallen.[124] Managed Care hat den Verhandlungsmarkt auf zweierlei Weise verändert, nämlich durch die Einbindung expliziter Verträge über den Verkauf von Krankenhausleistungen und durch die Schaffung einer neuen Gruppe von Käufern (den Kostenträgern), die die Preise für die Gesundheitsleistungen verhandeln.[125] Der komplexe und sich wandelnde Gesundheitsmarkt passt deshalb nicht immer in den Rahmen der traditionellen Kartellregelung, so dass mancher Kommentar bereits lautete, dass diese Regelungen den Wettbewerb in der Tat ersticken und für einen Kostenanstieg sorgen würden, anstatt den Wettbewerb in Gang zu bringen und die Kosten moderat zu halten.

II. Wettbewerb und Regulierung in der Krankenhausversorgung

Aus Sicht des Wettbewerbsrechts verdienen Krankenhäuser aufgrund ihrer Rolle in der Gesundheitsversorgung als "Produzenten" von Gesundheitsleistungen einen weit größeren Schutz als der individuell tätige Arzt.

1. Verbraucherorientierte Anreize der Krankenhauswahl

Die Gesundheitspolitik und die Regulierung des Gesundheitsmarktes spiegeln die Interessen und Wechselbeziehungen von Konsumenten, Leistungserbringern und Kostenträgern wider. Es ist im Interesse der Verbraucher, ihre Einfluss- und Wahlmöglichkeiten zu maximieren. Voraussetzung hierfür ist, dass sie bestmögliche Informationen über die Leistungserbringer, die Behandlungsmöglichkeiten und das Gesundheitssystem als solches erhalten. Allerdings zeichnet die Konsumenten gegenüber den Leistungserbringern ein Informationsdefizit aus. Die Ärzte als Leistungserbringer verfügen über ungleich mehr Informationen und Expertise als ihre Patienten, und diese sind daher darauf angewiesen, dass der Leistungserbringer die bestmögliche Behandlung anbietet und verschreibt. Auf der anderen Seite sind die Leistungserbringer in der traditionellen Arzt-Patienten-Beziehung auf die Loyalität ihrer Patienten und darauf, dass sie eine angemessenen Bezahlung durch die Kostenträger erhalten, angewiesen. Traditionell befinden sich die Leistungserbringer in einer Position, in der der „Arzt ein Angebot macht und

124 Ibid.

125 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Patient disponiert" („*physicians propose and patients dispose*").[126] In einem Gesundheitssystem, in dem der Verbraucher den Leistungserbringer frei wählen kann, kann er diesen auch jederzeit wechseln. Die Kostenträger – insbesondere die des Managed Care – spielen eine sehr kritische Rolle in diesem System, da sie die Vergütung festsetzen und häufig darüber bestimmen, ob der Verbaucher die von ihm bevorzugte Behandlung auch tatsächlich erhält.

Die „Managed-Care-Revolution" hat dieses traditionelle Beziehungsgeflecht wesentlich verändert, insbesondere in einer Zeit, in der die Mehrheit der Amerikaner über eine arbeitgeberfinanzierte Krankenversicherung abgesichert ist, in der der Arbeitgeber für den Verbraucher die Wahl des konkreten Leistungsplans trifft. Worin in diesem Zusammenhang das eigentliche Wahlrecht des Verbrauchers besteht, ist unklar.

Laut Jack Knott und Robert Rich ist das amerikanische Gesundheitssystem ein Spiegelbild der Werte und Präferenzen bestimmter Interessen- und Berufsgruppen in der amerikanischen Gesellschaft, die sowohl mit den Experten als auch den politischen Institutionen interagieren.[127] Diese politischen Werte und Institutionen sind es, die bestimmen, wer was, wann und wo erhält und die Geschwindigkeit und den Charakter des politischen Wandels beeinflussen. Nichts desto trotz ist die Struktur des amerikanischen Gesundheitssystems nicht auf die Maximierung von Wahlrecht und Souveränität der Verbraucher ausgerichtet. Dank ungleichen Zugangs zu Informationen, wirtschaftlicher Dominanz und bestimmter struktureller Ausrichtungen, nehmen Leistungserbringer und Kostenträger im Vergleich zu den Verbraucher eine weitaus dominantere Stellung ein.

Die Regierungen des Bundes und der Einzelstaaten auf der einen, sowie die Arbeitgeber auf der anderen Seite haben die Rolle des Schlichters eingenommen, in dessen Verantwortung es steht, Spannungen zu beseitigen und vermittelte oder verhandelte Lösungsansätze bereitzustellen.

Verbraucherschutz und reguliertem Wettbewerb ist das Denkmuster gemeinsam, dass die Verteilung sozialer Güter, inklusive der Gesundheitsversorgung, nicht auf einer kollektiven, sondern auf einer individuellen Entscheidung beruhen soll.[128] Die informierte und kostenorientierte Wahl des einzelnen Konsumenten repräsentiere Werte und Präferenzen des Patienten besser als die Entscheidungen selbst der wohlwollendsten Dritten. Die Effizienz des Systems der Leistungserbringung werde durch Anreize für Konsumenten und Leistungserbringer in der Art erhöht, dass die Verfolgung des Eigeninteresses und des gesellschaftlichen Interesses an der Förderung eines qualitativ hochwertigen

126 *Dranove, David,* "Demand Inducement and the Physician-Patient Relationship" Economic Inquiry 24 (1988): 282-298; Rochaix, Lise, "Information Asymmetry and Search in the Market for Physicians' Services" Journal of Health Economics 8 (1989): 53-84.

127 *Knott, Jack* and *Robert R. Rich,* The Politics of Health and Social Welfare in the United States, in: *Rich, Robert F.* and *Christopher T. Erb* (eds.), Consumer Choice: Social Welfare and Health Policy, Transactions, 2005.

128 *Robinson, James C.* (2005), Managed Consumerism In Health Care, Health Affairs, 24, no. 6: 1478-1489 abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/24/6/1478#R9.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und kostenorientierten Gesundheitssystems aufeinander abgestimmt werden. Instrumente der Kollektiventscheidung, wie z.B. Regulierungsbehörden, Berufsverbände und Wirtschaftsverbände, sollen unterstützende Funktionen einnehmen, dürfen aber Individualentscheidungen nicht ersetzen.

Während die Mehrzahl der Entwicklungen hin zu einem verbraucherorientierten Gesundheitssystem von der amerikanischen Bevölkerung positiv aufgenommen wurde, haben einige Kommentatoren auf mögliche versteckte Kosten hingewiesen. Beispielsweise argumentiert Deborah Stone, die Phrasen des Verbraucherswahlrechts seien teilweise nur ein Deckmantel für die Kostenverlagerung auf Kranke, sie würden gute ärztliche Behandlung untergraben und weder das Gefühl der Menschen für Freiheit noch das für Autonomie stärken. Anstatt den Menschen den Zugang zu qualitativ hochwertiger Gesundheitsversorgung zu ermöglichen, habe das Konsumentenwahlrecht eine unfreiwillige Konsequenz: Es verschaffe dem Bürger prozessuale Genugtuung, nicht aber substantielle Hilfe.[129] In einer Ära der konservativen Sozialpolitik ersetze das "Wahlrecht des Verbrauchers" laut *Stone* die soziale Verpflichtung, den Bedürfnisse des Bürgers gerecht zu werden, durch die Verpflichtung Haushaltsvorgaben zu erfüllen.

1.1. Die Krankenhauswahl des Verbrauchers

Der Wandel des amerikanischen Gesundheitswesens in ein von Managed Care dominiertes System hat das Augenmerk wieder vermehrt auf Patientenrechte und Verbraucherschutz gerichtet. Er hat auch zu einem neuen Bündnis von Leistungserbringern und Verbrauchern geführt, mit dem Ziel, die Macht der Managed-Care-Organisationen und der Versicherungsgesellschaften einzuschränken.

Dieses neue Bündnis wirbt gemeinsam für mehr Entscheidungsfreiheit sowie einen besseren und umfassenderen Zugang zu Informationen auf der Verbraucherseite und größere Autonomie auf Seiten der Leistungserbringer. Eine Reihe von Entwicklungen der letzten Jahre verdeutlicht diesen Trend.

Die konsumentenorientierten Gesundheitspläne basieren auf finanziellen Anreizen für den Verbraucher, die diesen zu einem kostenbewussteren Verhalten motivieren sollen. Er soll das in die Gesundheitsversorgung investierte Geld als „eigenes Geld" begreifen.[130] Außerdem beruhen diese Pläne auf der Annahme, dass der Verbraucher bereit ist, für ein „Mehr" an Auswahl und Kontrolle, ein „Mehr" an Kosten in Form von Selbstbehalt und Arbeitnehmerbeiträgen in Kauf zu nehmen.

129 *Stone, Deborah,* The False Promise of Consumer Choice, in: *Rich, Robert F.* and *Christopher T. Erb* (eds.), Consumer Choice: Social Welfare and Health Policy, Transactions, 2005.

130 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Diese zunehmend populären konsumentenbestimmten Gesundheitspläne verdoppeln bzw. verdreifachen den Selbstbehalt im Vergleich zu traditionellen Plänen und schaffen Anreize für den Einzelnen, seine Ausgaben („health dollars") „weise" zu verwenden.[131]

Diese Pläne nehmen den Arbeitgebern und Versicherungsgesellschaften die Kontrolle über die Ausgabenseite und erlauben es dem Verbraucher, Ärzte und Krankenhäuser frei zu wählen. Es wurde vorausgesagt, dass diese Art von Versicherungsplan bis 2007 7% und in fünf Jahren 25% der Krankenversicherungen in den USA ausmachen wird.

"Während Befürworter der Pläne anführen, dass die Beteiligung an der Verwaltung der Gelder auf Konsumentenseite zu einem vorsichtigeren und kostenbewussteren Handeln führen wird, wenden die Kritiker ein, dass diese Gesundheitspläne einen Großteil der Kosten auf den Verbraucher abwälzen und diesen davon abhalten könnten, die für ihn notwendige ärztliche Behandlung in Anspruch zu nehmen."[132]

Als Antwort auf die ständig zunehmende Kritik am Managed-Care-System durch Leistungserbringer und Konsumenten sowie die zunehmend negative Berichterstattung in der Presse, haben die einzelstaatlichen Gesetzgeber und der Kongress eine „Regulierungs-Strategie" entwickelt. Seit dem Scheitern der Clinton'schen Gesundheitsreform haben die Einzelstaaten eine Reihe von Gesetzen erlassen, die sowohl die Vertrags- als auch die Dienstleistungsfreiheit der MCOs einschränken sollen. Bis Ende 1996 hatten 28 Staaten sogenannte "Any Willing Provider" Gesetze verabschiedet.[133] Diese Gesetze sehen vor, dass jeder Leistungserbringer, der die entsprechenden Mitgliedskriterien erfüllt, die Möglichkeit haben muss, einer MCO beizutreten. Im Jahre 1997 begann zusätzlich zu Gesetzgebungsentwürfen, die eine Mindestaufenthaltsdauer für bestimmte Krankenhausbehandlungen (z.B. Geburten) vorsahen, ein Trend hin zu sogenannten „Patients' Bill of Rights". Damit sollten alle Regulierungsvorschläge für das Managed-Care-System in einem Gesetzesentwurf zusammengefasst werden.[134] Mindestens 20 Einzelstaaten spielten im Laufe des Jahres 1997 mit dem Gedanken, einen sogenannten "Patients Protection Act" zu erlassen: Diese Gesetzgebung sollte eine Reihe von regulativen Ansätzen in einem umfassenden Gesetz bündeln.[135]

131 Kaiser Network "Los Angeles Times Examines Trend Toward Consumer-Directed Health Plans" Kaiser Daily Health Policy Report (August 16, 2004) abrufbar unter: http://www.kaisernetwork.org/daily_reports.

132 *Roan, Shari,* "More Choice, at a Cost: Consumer-directed Health Plans Give Patients Freedom to Choose – And a Larger Bill" Los Angeles Times, August 16, 2004.

133 Siehe *Marstellar, J.A., R.R. Bovbjerg, L.M. Nichols* and *D.K. Verrilli* (1997), The Resurgence of Selective Contracting Restrictions, Journal Of Law And Medicine; 97-113.

134 Siehe *Brown, V.Y.* and *B.R. Hartung* (1998), Managed Care at the Crossroads: Can Managed Care Organizations Survive Government Regulation? Annals Of Health Law; 25-72.

135 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1.2. Abwendung von der stationären Krankenhausbehandlung

Im amerikanischen Gesundheitswesen war das von den Kostenträgern entwickelte Anreizsystem traditionell auf die Unterstützung der stationären Krankenhausbehandlung ausgerichtet. Mit der Entwicklung des Managed-Care-Systems und den ständig steigenden Kosten der Gesundheitsversorgung kommt es zu einer zunehmenden Ausrichtung – sowohl der Versicherer als auch der Verbraucher – hin zu ambulanter Betreuung in sowie außerhalb von Krankenhäusern.

2. Verbraucherorientierte Anreize der Versicherungswahl

Unter dem Einfluss des Wettbewerbsrechts hat sich der Fokus im amerikanischen Gesundheitssystem verschoben. Das Recht auf freie Wahl des Versicherers wird in seiner Bedeutung dem Recht auf freie Wahl des Leistungserbringers gleichgestellt. Dies hat zur Folge, dass Gerichte es für wettbewerbskonform halten, dass Versicherer nur mit bestimmten Gruppen von Leistungserbringern kontrahieren. Unter dem Decknamen der „käuferinitiierten Marktveränderung" erlauben es Gerichte großen Versicherern, selektive Verträge mit Leistungserbringern abzuschließen, die restriktiver sind als jene im traditionellen Versicherer-Leistungserbringer-Verhältnis.

Der Anstieg der sogenannten konsumentenbestimmten Gesundheitsversorgung beruht auf dem Gedanken, dass der Verbraucher selbst entscheiden will, wie er sein Geld ausgibt. Die wesentliche Verheißung konsumentenbestimmter Gesundheitsversorgung ist, dass sie die Rolle der Kostenträger zurückdrängen und die Kontrolle des einzelnen Konsumenten über die Ressourcen wieder herstellen kann.[136] Dies stellt einen dramatischen Perspektivenwechsel in der Beziehung von Patienten und Leistungserbringern dar.

Die konventionelle Sicht basierte auf der Annahme, dass sich die Beziehung von Arzt und Patient durch einen Mangel an medizinischen Kenntnissen auf Seiten des Patienten auszeichnet,[137] und zwar gekoppelt mit der Erwartung, dass alles erdenklich Mögliche für den Patienten getan werde, allerdings auf eine Art und Weise, die von den realen Kosten der Versorgung abgekoppelt ist, weil die Versicherung zwischengeschaltet wird. [138]

Im letzten Jahrzehnt wurde eine Reihe von Fällen des "Marktversagens" im Rahmen der komplexen Beziehungen von Patienten, Leistungserbringern und Kostenträgern

136 *Scandlen, Greg* (2005), Consumer-Driven Health Care: Just A Tweak Or A Revolution? Health Affairs, 24, no. 6: 1554-1558, abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/24/6/1554#R4.

137 *Bloche, M. Gregg* (2006), Consumer-Directed Health Care, New England Journal of Medicine, vol. 355, no. 17; 1756-1759.

138 *Robinson, James C.* (2005), Managed Consumerism In Health Care, Health Affairs, 24, no. 6: 1478-1489 abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/24/6/1478#R9.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch Gesetzgebungsinitiativen des Bundes gefördert. Beispielsweise sahen sich sowohl Leistungserbringer als auch Konsumenten sogenannten "gag clauses" ausgesetzt. Diese hindern Leistungserbringer daran, Patienten über Behandlungsformen zu informieren, die nicht durch den Managed-Care-Plan gedeckt sind, begrenzen die Dauer des stationären Aufenthalts bei Geburten und limitieren die Rechte des Patienten, MCOs zu verklagen, wenn diese „gesundheitlich indizierte Behandlungen" („needed care") nicht gewähren.[139]

Auch die Einzelstaaten griffen aktiv regulierend in die Beziehungen von Kostenträgern, Leistungserbringern und Konsumenten ein. In allen fünfzig Staaten wurde jeweils zumindest ein Gesetz erlassen, das die Natur von Krankenversicherungsverträgen, den Versicherungsumfang oder den Rechtsschutz regelte. Eine Diskussion dieser umfassenden und mannigfaltigen Rechtssprechung würde den Rahmen dieses Berichts sprengen, kann aber an anderer Stelle eingesehen werden.[140] Im Folgenden soll genauer auf drei Bundesgesetze eingegangen werden, die einen direkten Einfluss auf die Beziehung der Krankenversicherungsindustrie, hauptsächlich der MCOs, mit den Verbraucher haben.

Der kontinuierliche Druck auf die Gesetzgebung, die mit Managed Care einhergehenden Einschränkungen zu lockern, ist nicht die einzige Herausforderung mit der sich Reformer des Gesundheitssystems in der Zukunft auseinandersetzen müssen. Nach einigen Jahren des langsamen oder flachen Wachstums steigen nun die Versicherungsprämien.[141] Man könnte argumentieren, dies sei die negative Folge der Managed-Care-Regulierung. Eine zunehmende Anzahl von Konsumenten entscheidet sich für ein betriebliches Versicherungssystem ("self-insurance") und zwar zumindest teilweise mit der Intention staatliche Regulierung zu umgehen. Die oben erwähnte Ausnahmeregelung in ERISA, wonach betriebliche Sozialleistungen in den USA rechtlich nicht als Versicherung behandelt werden, hat zur Folge, dass die sogenannten "self- insurance plans" der Arbeitgeber nicht den entsprechenden einzelstaatlichen Regulierungen unterliegen. Dies beeinflusst den Wettbewerb zwischen den einzelnen Krankenversicherungsplänen, da sich einige der Versicherer vollständig aus bestimmten Märkten zurückziehen, womit die Auswahl für den Verbraucher schrumpft.

Vorherrschende Themen der in den letzten Jahren an die Versicherungsindustrie gerichteten Gesetzgebungsinitiativen des Bundes waren der Verbraucherschutz sowie die Entwicklung des Konzepts einer Charta der Patientenrechte („Patient Bill of Rights").

Die Diskussion über eine Auflistung von Grundrechten in der Gesundheitsversorgung wurde durch Präsident Clinton initiiert, war aber auch Teil der Reformbemühungen der nachfolgenden Bush-Regierung. Diese "Patient Bills of Rights" verwenden den

139 Siehe *Morrisey, Michael A., R.L. Ohsfeldt* and *V. Johnson,* Effects of Any Willing Provider and Freedom of Choice Laws on HMO Market Shares, Vortrag gehalten anlässlich der Association for Health Services Research Convention, (June 1998).

140 Siehe *Rich, Robert F.* and *Christopher T. Erb* (2005), "The Two Faces of Managed Care Regulation and Policymaking, The Stanford Law and Policy Review 16(1).

141 Siehe Interstudy Publications (1998), HMO Trend Report 1987-1997.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Begriff "Wettbewerb" im Sinne von Zugang zu Informationen, Transparenz, freiem Wahlrecht und konsumentenbestimmter Gesundheitsversorgung.

Nach dem Scheitern seiner Gesundheitsreform 1993, errichtete Präsident Clinton eine Beratungskommission für Verbraucherschutz und Qualität in der Gesundheitsversorgung: „President´s Advisory Commission on Consumer Protection and Quality in the Health Care Industry". Das Kernstück des Berichts, den die Kommission 1997 vorlegte, war der Entwurf einer "Health Care Consumer Bill of Rights".[142] Der Gesetzesentwurf sah im Besonderen folgende Grundrechte des amerikanischen Bürgers vor: Das Recht auf genaue und verständliche Informationen, das Recht auf Notfallversorgung, das Recht auf Beteiligung an medizinischen Entscheidungen, die Vertraulichkeit der Patientenakte sowie ein Beschwerdeverfahren zur Regelung von Streitigkeiten, die medizinische Versorgung betreffend.[143] Ein entsprechendes Gesetz wurde während der Clinton-Regierung nicht verabschiedet. Allerdings wurde seitdem eine Reihe von Gesetzesvorschlägen für eine „Patient Bill of Rights" in den Kongress eingebracht.

Zusätzlich zu den Erwägungen, die im Bericht der Beratungskommission angesprochen wurden, adressierten diese Gesetzesentwürfe aber auch die durchaus kritische Frage der Haftung der MCOs.[144]

Obwohl noch kein entsprechendes Bundesgesetz durch den Kongress verabschiedet wurde, hielt die Debatte auch in der Bush-Administration an. Dabei ging es nicht mehr darum, ob überhaupt eine „Patient Bill of Rights" verabschiedet werden sollte, sondern um Art und Inhalt des Gesetzes.[145] Obwohl in den letzten zehn Jahren kein umfassendes Verbraucherschutzgesetz erlassen wurde, wurden doch wenigstens drei Gesetze verabschiedet, die die freie Gestaltung von Versicherungsverträgen zugunsten des Zu-

142 Siehe The President`s Advisory Commission on Consumer Protection and Quality in the Health Care Industry, Final Report (1998), "Quality First: Better Health Care for All Americans," abrufbar unter: http://www.hcqualitycommission.gov/.

143 Siehe Interim Report of the President's Advisory Commission, Consumer Bill of Rights and Responsibilities, (November, 1997) abrufbar unter: http://www.hcqualitycommission.gov/press/cbor.html.

144 Beispielsweise erließ der US Senat 2001 s. 1052 (eine Version einer Patient Bill of Rights), über die das Repräsentantenhaus zwar debattierte, dann aber kein entsprechendes Gesetz erließ. (H.R. 2563). Siehe: Annas, George J., A National Bill of Patient's Rights, 338 New Eng. J. Med., 10, 695, 697-699 (1998) (dieser fasst die als für den Patientenschutz kritisch betrachteten Rechte zusammen, inklusive dem Recht auf Information, Privatsphäre, Behandlungsverweigerung, Notfallversorgung, anwaltliche Vertretung sowie dem kontroverseren Recht, seine Krankenversicherung verklagen zu können). Nach dem jetzigen Stand hat der Kongress noch keine Patient Bill of Rights erlassen.

145 Siehe allgemein *Arlen, Jennifer* and *W. Bentley MacLeod,* Torts, Expertise and Authority: Liability of Physicians and Managed Care Organizations, Univ. of Southern California Law School Research Paper No. 03-9 (2003), abrufbar unter http://papers.ssrn.com/abstract=405740, aufgerufen am 6. Mai 2004 (diskutiert wird die optimale Haftung natürlicher und juristischer Personen bei Fahrlässigkeit: "Es zeigt sich, dass die Standardregeln für die Bestimmung von Fahrlässigkeit und Schadensersatz nicht zu einem effizienten Ergebnis führen, wenn nur die Ärzte allein für ihre unerlaubten Handlungen haften; etwas anderes gilt, wenn alleine die MCOs für die durch ihre Ärzte begangenen unerlaubten Handlungen haften." unter 1).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gangs des Patienten zu medizinischen Leistungen, inklusive des Zugangs zur Mütter- und Neugeborenenversorgung sowie zur Behandlung psychischer Erkrankungen einschränken.

Der Newborns´ and Mothers´ Health Protection Act (NMHPA) von 1996[146] wurde noch während der Präsidentschaft Clintons erlassen. Dieses Gesetz, auch bekannt als "forty-eight-hours maternity mandate", wendet sich an Versicherer, MCOs und ERISA-Pläne, die der Gesundheitsversorgung von Arbeitnehmern dienen.[147] Der NMHPA sieht eine Mindestaufenthaltsdauer im Krankenhaus von 48 Stunden für eine "Normalgeburt" und von 96 Stunden für eine Geburt per Kaiserschnitt vor. Außerdem dürfen nach diesem Gesetz Versicherer, ERISA-Pläne und MCOs (1) der Mutter eines neugeborenen Kindes nicht den Versicherungsschutz oder die Erneuerung desselben mit dem Ziel die vorgeschriebenen Mindestaufenthaltsdauer zu umgehen verwehren,[148] (2) der Mutter keine Anreize dafür geben, dass sie einen geringeren als den vorgeschriebenen Mindestaufenthalt akzeptiert[149] oder (3) den Leistungsumfang während des Mindestaufenthalts nicht einschränken.[150] Diese von Präsident Clinton und dem Kongress initiierten Maßnahmen fanden Parallelen in einzelstaatlichen Aktionen, die das Ziel verfolgten, die Bemühungen der Managed-Care-Pläne, zentrale kostensparende Elemente der Managed-Care-Theorie umzusetzen, einzudämmen.

Ein weiteres wesentliches, im Rahmen der Fokussierung der Bundesregierung auf den Verbraucherschutz erlassenes Bundesgesetz war der Mental Health Parity Act of 1996 (MPHA)[151], der später durch den Mental Health Equitable Treatment Act of 2001 (MEHTA)[152] ersetzt werden sollte.[153] Das ursprüngliche Gesetz entwickelte eine Reihe von neuen Regeln für fremd- und eigenversicherte ERISA-Pläne, außerdem für staatliche und kommunale sowie kirchliche Gesundheitspläne und sah vor, die Abdeckung der Behandlung psychischer Erkrankungen mit der Abdeckung von traditionellen medizinischen oder chirurgischen Behandlungen gleichzustellen.[154] Aufgrund der weit gefassten Umsetzungsrichtlinien des Federal Mental Health Parity Act erließen über 30

146 Newborns' and Mothers' Health Protection Act of 1996 Pub. L. No. 104-204, 110 Stat. 2935 (1996).

147 *Hastings, Douglas A.* (1998), Patients' Rights meet Managed Care: Understanding the Underlying Conflicts, 31 J. Health L. 3, 241; 273.

148 Idem.

149 Idem.

150 Idem.

151 Mental Health Parity Act, 42 U.S.C. § 300gg-5 (1998, 2001).

152 Mental Health Equitable Treatment Act of 2001, S. 543, 107th Cong. (2001).

153 Der ursprüngliche MHPA enthielt eine Sunset-Klausel, derzufolge er 2001 außer Kraft trat, 42 U.S.C. § 300gg-5 (f).

154 Der MPHA schränkte die MCOs speziell darin ein, unterschiedliche finanzielle Deckungsgrenzen bei Versicherungsleistungen für psychische Erkrankungen zu setzen. Dies war bis dahin übliche Praxis in der Managed-Care-Industrie. Allerdings setzte er kein Limit für andere Arten von Deckungsgrenzen, wie beispielsweise der abgedeckten Anzahl von Therapiesitzungen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einzelstaaten eigene, oft weitergehende Fassungen des Gesetzes.[155] Einige Staaten verpflichteten die Versicherungsunternehmen sogar zur Abdeckung der Behandlung psychischer Krankheiten, eine Verpflichtung, die das Bundesgesetz tunlichst vermieden hatte.[156] Dabei handelte es sich um einen erneuten Versuch, die Beschränkungen des Versicherungsschutzes durch die MCOs einzudämmen.

Ebenfalls 1996 erließ der Kongress den Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA)[157], der die Vertragsfreiheit der MCOs hinsichtlich der Beschränkung des Versicherungsschutzes begrenzte. Die Abschnitte des HIPAA, die die größte Auswirkung auf die Tätigkeit der MCOs haben, sind jene, die der Versagung des Vertragsabschlusses bei Vorerkrankungen sowie Wartezeiten eine Grenze setzen und die Erneuerbarkeit des Versicherungsschutzes garantieren.[158] Der HIPAA bestimmt erstens als maximale zeitliche Grenze für die Versagung des Vertragsabschlusses bei bestimmten Vorerkrankungen zwölf Monate nach dem Zeitpunkt, in dem der Versicherte in einen neuen Gruppenplan eintritt.[159] Zweitens darf die Ablehnung wegen Vorerkrankung nicht auf solche Erkrankungen Anwendung finden, für die der Versicherte für einen Zeitraum von sechs Monaten vor Versicherungsabschluss keinerlei Leistungen erhalten hat.[160] Drittens ermöglicht es der HIPAA dem Einzelnen, den Versicherungsausschluss bei Vorerkrankungen vollständig zu umgehen, wenn er nachweisen kann, dass er über einen zwölfmonatigen Zeitraum vor Versicherungsabschluss über eine Gruppen- oder Einzelversicherung, inklusive Medicaid oder Medicare, krankenversichert war.[161] Während der Kongress mit der Verabschiedung des HIPAA die Absicht verfolgte, den Patienten ein gewisses Maß an Schutz und Sicherheit gegenüber den MCOs zu gewähren, könnten die Regelungen den Effekt haben, dass die Möglichkeiten der MCOs bestimmte Leistungsoptionen zu fördern bzw. einzudämmen, eingeschränkt werden. Das Resultat könnte auf der einen Seite die erhöhte Zugänglichkeit für manche Patienten sein, auf der anderen Seite aber auch erhöhte Kosten und geringere Wahlmöglichkeiten für alle bedeuten.

155 Siehe *Sing, Merrile, Steven Hill, Suzanne Smolkin* and *Nancy Heiser,* The Costs and Effects of Parity for Mental Health and Substance Abuse Insurance Benefits, Dept. Health Human Serv's, SAMHSA, (1998), abrufbar unter http://www.mentalhealth.org/publications/allpubs/Mc99-80/prtyfnix.asp.

156 Siehe Insure.com, Mental Health Parity Laws by State, abrufbar unter http://info.insure.com/health/mentalstate.html (aufgerufen am 6. Mai 2004); Staaten wie Tennessee, Nevada, New Mexico, Massachusetts und Kentucky gehen um einiges weiter und verlangen eine extensive Neugestaltung des Leistungsplans bei psychischen Erkrankungen und Drogenmissbrauch.

157 Health Insurance Portability and Accountability Act, Pub. L. No. 104-191, 110 Stat. 1936 (1996), (kodifiziert in einzelnen Abschnitten von 26 U.S.C.A., 29 U.S.C.A., & 42 U.S.C.A.).

158 29 U.S.C.A. 1181(a) (West Supp. 1997).

159 Idem 1181(a)(2).

160 Idem 1181(a)(1).

161 Idem 1181(c)(1).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.1. Das Recht auf Wahl der Krankenkasse

Die marktorientierte Gesundheitspolitik setzt auf finanzielle Anreize, die ein angemessenes Verhalten sowohl auf der Nachfrage- wie auch der Angebotsseite, d.h. sowohl auf Konsumenten- als auch Leistungserbringerseite des Gesundheitsmarktes generieren sollen.[162] Aufgrund ihrer numerischen Bedeutung bestimmen Änderungen der arbeitgeberfinanzierten Versicherungen in Bezug auf den Leistungskatalog das Recht auf freie Wahl des Leistungserbringers, sowie Arbeitnehmerbeiträge weitestgehend den Umfang des Rechts auf freie Wahl der Krankenversicherung der Verbraucher im erwerbsfähigen Alter.

Im Jahre 2000 waren 164,4 Millionen Menschen durch ein arbeitgeberfinanziertes Versicherungssystem abgedeckt – bis zum Jahr 2004 ist diese Zahl um 5 Millionen gefallen.[163]

In Wahrheit sind es tatsächlich die Arbeitgeber und Arbeitnehmer – nicht die kommerziellen Versicherer – die die Last der Inflation in der Gesundheitsversorgung zu tragen haben.[164]

Es wird weithin angenommen, dass die Gestaltung und Änderung von arbeitgeberfinanzierten Krankenversicherungsplänen in den Händen der Arbeitgeber liegt und die Arbeitnehmer diesbezüglich wenig Einfluss haben. Hingegen argumentiert Robert Kaestner, dass sich dieser konventionelle Glaube möglicherweise als falsch erweisen könnte und betont, dass es der Arbeitnehmer ist, der die Krankenversicherung zahlt, ungehindert der Auffassung, dass es sich hierbei um Arbeitgeberkosten handle.[165] Dieser Glaube führte zu der Annahme, dass das Wahlrecht des Verbrauchers in Bezug auf seine Krankenversicherung sehr eingeschränkt und er von seinem Arbeitgeber abhängig sei.

Die Dominanz privater arbeitgeberfinanzierter Krankenversicherungssysteme in den USA wird noch verstärkt durch den Employment Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA).[166] Dieser standardisiert das Regulierungsumfeld der Krankenversicherungsunternehmen, indem er nationale Standards setzt. ERISA regt den Wettbewerb zwischen multistaatlichen Versicherern und Arbeitgebern an, indem er die Variabilität der Regulierungsstandards reduziert, die eine Beachtung von 50 verschiedenen einzelstaatlichen Versicherungsgesetzen mit sich brächte. Insoweit repräsentiert ERISA die

---

162 *Robinson, James C.* (2005), Managed Consumerism In Health Care, Health Affairs, 24, no. 6: 1478-1489. Abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/24/6/1478#R9.

163 *Iglehart, John K.* (2006), Will Employer-Sponsored Health Insurance Endure? Health Affairs, 25, no. 6.

164 *Gold, Marsha* (2006), Commercial Health Insurance: Smart or Simply Lucky? Health Affairs, 25, no. 6: 1490-1493. Abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/25/6/1490#R6.

165 *Kaestner, Robert,* You Get What You Pay For: Consumer Choice and Employer-sponsored Health Insurance, in: Rich, Robert F. and Christopher T. Erb (eds.), Consumer Choice: Social Welfare and Health Policy, Transactions, 2005.

166 Siehe 29 U.S.C. §§ 1001-1461 (2000).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Spannung zwischen bundes- und einzelstaatlichen Regierungsebenen hinsichtlich der Frage, wie eine angemessene Regulierung des Gesundheitssystems aussehe.

Zu einem großen Teil hat die arbeitgeberfinanzierte Krankenversicherung ihr Überleben in den letzten Jahrzehnten der Existenz von Medicare und Medicaid zu verdanken.[167] Obwohl sich der potentiell ausgleichende Marktanteil der Arbeitgebergruppen den 30% von Medicare annähert, verteilt er sich doch auf eine Vielzahl von Arbeitgebern und miteinander konkurrierenden Gesundheitsplänen.[168] Die Diversifizierung im öffentlichen Sektor erlaubt es der Privatindustrie, trotz der Erosion der arbeitgeberfinanzierten Versicherung weiter zu wachsen, und setzt sie, was genauso wichtig ist, weniger dem Druck der Käufer aus.[169]

Trotz seiner Überlebensfähigkeit als dominierende Form der Krankenversicherung in den USA weist das arbeitgeberfinanzierte Versicherungssystem im Vergleich zu einer idealisierten national geregelten Krankenversicherung eine Reihe von Nachteilen auf. Zu den durch das Schrifttum identifizierten hervorstechendsten Mängeln zählen hohe administrative Kosten, ineffiziente Mittel- und Kostenallokation sowie Unzulänglichkeiten im Versicherungsschutz.

Erstens: Die administrativen Kosten der arbeitgeberfinanzierten Krankenversicherung belaufen sich auf eine Größenordnung von 11% des Versicherungsbeitrags und dies beinhaltet nicht die dem Arbeitgeber durch Kauf und Verwaltung entstehenden Kosten, inklusive der Kosten für Beratung, Leistungsverwaltung und Vermittlung.[170] Manche Studien schätzen die gesamten Verwaltungskosten in den USA, inklusive Versicherungs-Overhead, als sogar noch höher ein, nämlich in der Größenordnung von 30%.[171] Solche hohen Verwaltungskosten sind jedoch nicht unvermeidbar und es gibt Beispiele privater arbeitgeberfinanzierter Versicherungsarrangements, bei denen sich die administrativen Kosten in der Größenordnung von 0,5% des Versicherungsbeitrags bewegen. Der große Arbeitgeber „Kaiser Permanente“ in Kalifornien ist vielleicht das beste Beispiel hierfür.[172]

Zweitens werden in arbeitgeberfinanzierten Versicherungssystemen die Kosten der Gesundheitsversorgung auf eine Art und Weise auf die Arbeitnehmer verlagert, die von der Öffentlichkeit als ungerecht empfunden wird.[173] Im Wesentlichen tragen die Ar-

167 *Selden, Thomas M.* and *Bradley M. Gray,* Tax Subsidies For Employment-Related Health Insurance: Estimates For 2006, Health Affairs, 25, no. 6 (2006): 1568-1579.

168 *Nichols, Len M. and Ann S. O'Malley,* Hospital Payment Systems: Will Payers Like The Future Better Than The Past?, Health Affairs, 25, no. 1 (2006): 81-93. Abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/25/1/81#R2.

169 *Robinson, James C.* (2006), The Commercial Health Insurance Industry In An Era Of Eroding Employer Coverage, Health Affairs, 25, no. 6: 1475-1486. Abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/25/6/1475#R7.

170 Ibid.

171 *Woolhandler, Steffie,* Terry Campbell and David Himmelstein, Costs of Health Care Administration in the United States and Canada, New England Journal of Medicine, 349(8), 2003, 768-775.

172 Ibid.

173 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

beitnehmer die Versicherungskosten, indem sie niedrigere Löhne akzeptieren. Dabei sind es die Geringverdiener, die in Relation zu ihrem Einkommen die größte Last zu tragen haben.

Drittens nimmt die arbeitgeberfinanzierte Versicherung viele Menschen aus ihrem Versicherungsschutz aus und kann daher nicht als Vorlage für einen umfassenden Versicherungsschutz für die gesamte Bevölkerung dienen. Nur 60% aller Unternehmen mit einer Arbeitnehmerzahl zwischen drei und 199 haben im Jahre 2005 ihren Arbeitnehmern überhaupt Versicherungsschutz angeboten.[174] Rund 20% der Arbeitnehmer in Firmen, die Versicherungsschutz anbieten, erfüllen nicht die Teilnahmevoraussetzungen und weitere 17% erfüllen die Voraussetzungen, nehmen ihr Teilnahmerecht aber nicht wahr. Kleine Arbeitgeber, die hauptsächlich Arbeitnehmer im Niedriglohnbereich beschäftigen, bieten gar keinen Versicherungsschutz an. Die Menschen verlieren ihren Versicherungsschutz, wenn sie ihre Arbeit verlieren. Die arbeitgeberfinanzierte Versicherung nimmt Selbständige, Nicht- Bedürftige sowie nicht von Medicare erfasste Witwen und Rentner aus ihrem Schutz aus oder zwingt sie, sich für hohe Prämien selbst zu versichern.[175]

Andere identifizierte Ursachen für erhöhte Kosten und verringerte Effizienz im arbeitgeberfinanzierten Versicherungssystem sind die Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehungen sowie die Unzulänglichkeiten des Modells der Einzelleistungsvergütung. Solche Versicherungssysteme beeinträchtigen die Mobilität der Arbeitnehmer ("job lock") und verzerren Arbeitsmarktentscheidungen von Individuen und Firmen. Indem Arbeitgeber versuchen, Versicherungskosten auf den Arbeitnehmer abzuwälzen, werden sie zu schmerzhaften Entscheidungen wie der Reduzierung des Versicherungsschutzes oder der Löhne gezwungen.[176] Die arbeitgeberfinanzierte Versicherung hat auch zur Verfestigung der Unzulänglichkeiten des fragmentierten, unkoordinierten und auf Einzelleistungsvergütung basierenden Einzelpraxenmodells beigetragen, in dem immer noch die Mehrzahl der Gesundheitsleistungen erbracht wird.[177] Da das System der Einzelleistungsvergütung Quantität und nicht Qualität honoriert, schafft es Anreize für übermäßigen Gebrauch, zu geringen Gebrauch und Missbrauch und belohnt Leistungserbringer, die Komplikationen verursachen oder lange für eine Diagnose brauchen.

174 *Claxton, G.,* et al., Employer Health Benefits: 2005 Annual Survey, September 2005, http://www.kff.org/insurance/7315/index.cfm.

175 *Enthoven, Alain C.* and *Victor R. Fuchs,* Employment-Based Health Insurance: Past, Present, And Future, Health Affairs, 25, no. 6 (2006): 1538-1547. Abrufbar unter: http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/25/6/1538#R3.

176 Ibid.

177 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.2. Der Katalog an Versicherungsleistungen

Bei einer wettbewerblichen Betrachtung sollte zwischen den vier Komponenten von Medicare unterschieden werden: Teil A (stationäre Behandlung, vorwiegend in Krankenhäusern); Teil B (ambulante Behandlung und Vergütung ärztlicher Dienstleistungen); Teil C (die Managed-Care-Option) und Teil D (Kostenerstattung für verschreibungspflichtige Medikamente). Theoretisch schränkt Medicare als Versicherungsform den Wettbewerb nicht ein. Dies gilt besonders für Teil D. Die Bundesregierung hat sich bewusst gegen den Großeinkauf von verschreibungspflichtigen Medikamenten sowie eine damit einhergehende Preissenkung entschieden, um die pharmazeutischen Unternehmen zu schützen und ein gewisses Maß an Wettbewerb zwischen den Unternehmen zu erhalten. Allerdings schränkt Medicare durch seine dominante Position in der Festsetzung der Gebührensätze für die Kostenerstattung an Krankenhäuser und Ärzte unter Medicare Teil A und B den Preiswettbewerb unter den Leistungserbringern ein.

Medicare Teil D wurde 2006 durch eine Gesetzesänderung von Titel XVIII des Social Security Act eingeführt. Der Medicare Prescription Drug Improvement and Modernization Act of 2003 schuf einen neuen und umstrittenen Leistungsplan zur Versicherung für verschreibungspflichtige Medikamentenkosten.[178] Die zusätzliche Möglichkeit der Versicherung für anfallende Kosten für verschreibungspflichtige Medikamente ist eine der umfassendsten Reformen des Medicare-Systems seit vielen Jahren. Medicare Teil D trat am 1.Januar 2006 in Kraft. Die Bundesregierung subventioniert den Kauf von verschreibungspflichtigen Medikamenten bei privaten pharmazeutischen Unternehmen durch Medicare-Empfänger. Die eigentlichen Medikamentenleistungen werden von privaten Versicherungsunternehmen überwacht, die dafür wiederum durch die Bundesregierung entschädigt werden. Zwei Arten von privaten Versicherungsplänen bieten die Medicare- Versicherung für Kosten verschreibungspflichtiger Medikamente an: Der "Prescription Drug Benefit Plan" enthält alleine eine Medikamentenversicherung, während der „Medicare Advantage Plan" die Versicherung für verschreibungspflichtige Medikamente im Rahmen eines HMO- oder PPO-Versicherungsplans anbietet. Versicherungsgesellschaften können die Arzneimittel aufgrund von Mengenrabatten und gestaffelten Berechnungssystemen, in denen die billigen und auf unterster Stufe angesiedelten Arzneimittel für den Arzt am einfachsten zu verschreiben sind, zu günstigeren Preisen anbieten. Derzeit gibt es 34 "Prescription Drug Benefit Plan"-Regionen in den USA und 26 "Medicare-Advantage-Plan"-Regionen.[179]

178 Medicare Prescription Drug Improvement and Modernization Act of 2003.

179 Kaiser Family Foundation, Medicare Health and Prescription Plan Tracker, abrufbar unter: http://www.kff.org/medicare/healthplantracker/index.jsp.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.3. Preise

Es ist nicht einfach, zwischen den unterschiedlichen Modellen der Managed-Care-Organisationen aufgrund von Organisationsform, Leistungspaketen oder Versorgungsqualität zu differenzieren.[180] Außerdem bestehen möglicherweise Deckungslücken oder Absprachen zur Selbstbeteiligung, die manche Konsumenten nicht akzeptieren wollen oder können.

Folglich halten einige Konsumenten nach ergänzenden Versicherungspolicen Ausschau oder wechseln gänzlich zu anderen Versicherungsformen.

"Health spending accounts" (HSAs) gewinnen zunehmend an Attraktivität und hatten bzw. haben die Unterstützung einiger Kongressmitglieder wie des früheren Präsidenten Bushs. Die Voraussetzung für ein HSA ist, dass der Arbeitgeber und/oder Arbeitnehmer einen bestimmten Geldbetrag auf ein vom Arbeitnehmer kontrolliertes Konto einzahlt, über das dann bestimmte Gesundheitsmaßnahmen finanziert werden sollen. Diese Konten sind normalerweise Teil eines Versicherungsplans mit hohen jährlichen Selbstbehalten.[181] Ein ähnliches Konzept, die "medical saving accounts" (MSAs) (Gesundheitssparkonten) erlauben es Steuerzahlern unter 65 Jahren, noch nicht versteuertes Einkommen zur Seite zu legen und dieses dann exklusiv für Gesundheitsausgaben zu verwenden. Diese Konten werden durch den Verbraucher kontrolliert und können von Jahr zu Jahr verlängert werden; sie sind ebenfalls Teil eines Versicherungsplans mit hohem Selbstbehalt.[182] Der Balanced Budget Act of 1997 autorisierte mit Beginn des Jahres 1999 MSAs in limitiertem Umfang auch für Medicare-Versicherte.[183] Das Medicare MSA ist eine Variante des 1996 für Nicht-Medicare-Versicherte eingeführten MSA-Plans und steht Medicare-Versicherten seit 1997 zur Verfügung.[184] Die MSAs verbinden eine Krankenversicherungspolice mit hoher Selbstbeteiligung mit einem Sparkonto, das der Versicherte kontrolliert und in dem er Teile seines Einkommens steuerfrei oder steuerbegünstigt zurückstellen kann.[185]

---

180 *Berenson, Robert A.* (1997), Beyond Competition, Health Affairs, 16(1); 171-180.

181 Kaiser Network "Sen. Grassley Calls for Treasury Department to Permit Rollover of Unused Money in Flexible Spending Accounts" Kaiser Daily Health Policy Report (August 24, 2004) abrufbar unter: http://www.kaisernetwork.org/daily_reports.

182 Ibid.

183 Siehe Pub. L. No. 105-33, § 4006, 111 Stat. 251, 331-34 (1997) (autorisiert Medicare MSAs). Ein Maximum von 390.000 Medicare MSAs wurden autorisiert. Diese Gesetzgebung autorisiert ebenfalls mit Beginn des Jahres 1999 von Ärzten und Krankenhäusern gegründete PPOs und "provider service organizations". Diese Alternativen nennen sich zusammen mit den MSAs „Medicare + Choice", siehe idem.

184 Siehe I.R.C. § 220 (West Supp. 1997) (in Kraft getreten als Teil des Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996, Pub. L. No. 104-191, § 301(a), 110 Stat. 1936, 2037-48 [nachstehend genannt HIPAA]).

185 Siehe idem §§ 220(a), (c)(1)(A)(i), (e)(1).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Solange sie in legitime Gesundheitsleistungen investiert werden, sind das Kapital und die Einnahmen hieraus nicht steuerpflichtig.[186] Wesentlicher Hintergedanke der MSAs, sowohl in ihrer „Medicare-Ausformung" als auch im Übrigen, ist die Schaffung von Anreizen für den Einzelnen, darauf zu achten, dass möglichst wenig Kosten für die eigene Gesundheitsversorgung entstehen.[187]

Viele Krankversicherer haben ein Stufensystem entwickelt, wonach die Leistungserbringer, d.h. Krankenhäuser und Ärzte, je nach Kosten und Qualität ihrer Leistungen eingestuft werden. Die Höhe der Vergütung richtet sich dabei nach der jeweiligen Einstufung. Höhere Qualität wird besser bezahlt.[188] Es hat auch eine Verbesserung definierter Zuzahlungspläne stattgefunden, bei denen der Arbeitgeber einen gewissen Fixbetrag zur Krankenversicherung des Arbeitnehmers beisteuert, wobei der Arbeitnehmer die Wahl zwischen verschiedenen Versicherungsformen hat. Das Wahlrecht steht hierbei dem Arbeitnehmer und nicht dem Arbeitgeber zu.[189]

3. Wettbewerbliche Beziehungen zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern

3.1. Verstärkter Rückgriff auf Managed Care

Der verstärkte Rückgriff der Privatwirtschaft und der Medicaid-Programme auf Managed Care wurde von einer wachsenden Unzufriedenheit der Verbraucher und Leistungserbringer mit den damit einhergehenden neuen Finanzierungs-, Verwaltungs- und Organisationsgestaltungen begleitet. Öffentliche Umfragen in den späten 1990er Jahren deuteten an, dass eine zunehmende Anzahl von Amerikanern den Trend zu Managed Care als für sie nachteilig ansah.[190] Sowohl Leistungserbringer als auch Konsumenten haben sich für eine Reihe von Korrekturen der Managed-Care-Praktiken eingesetzt, z.B. größere Foren von Leistungserbringern in den Managed-Care-Netzwerken und geringere Beschränkungen der Leistungsinanspruchnahme außerhalb des Netzwerks. Im Wesentlichen wollten die Kunden bzw. Konsumenten einen weniger eingeschränkten Zugang zu Leistungserbringern als den, der ihnen durch die Managed-Care-Pläne vorge-

186 Siehe idem §§ 213(d), 220(d)(2)(A), (e)(1), (f)(1).

187 Siehe H.R. Rep. No. 104-496, 110 (1996), neue Auflage 1996 U.S.C.C.A.N. 1865, 1911; siehe auch *Steuerle, Gene,* Medical Savings Accounts: Can One Solve Half a Problem?, 71 Tax Notes 537 (1996); Friedman, Milton, A Way out of the Soviet-Style Health Care, Wall St., J., Apr. 17, 1996, A20; *Goodman, John,* A Healthy Choice for Sick Patients, Wall St. J., Oct. 17, 1995, A20.

188 *Roan, Shari,* "More Choice, at a Cost: Consumer-directed Health Plans Give Patients Freedom to Choose – And a Larger Bill" Los Angeles Times, August 16, 2004.

189 Ibid.

190 1996 und 1997 durchgeführte Harris-Umfragen deckten auf, dass 43% bzw. 54% der in diesen Jahren befragten Amerikaner Managed Care als nachteilig empfanden. Siehe *Kilborn, P.T.,* Trend to Managed Care is Unpopular, Surveys Find, N.Y. Times, Sept. 28, 1997; siehe auch *Zelman, Walter* and *Robert A. Berenson,* The Managed Care Blues and How to Cure Them, siehe Fn. 16, S. 103.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

geben wurde. In ähnlicher Weise sprachen sich die Leistungserbringer für den unbeschränkten Zugang zu Patienten aus, auch weil sie teilweise aus selektiven Vertragsabsprachen ausgeschlossen wurden und damit einen entsprechenden Einkommensverlust befürchteten.

Im Anschluss an Medicare und Medicaid erließ der Kongress den HMO-Act von 1973. Dieses Gesetz stand für einen neuen Ansatz in der Gesundheitspolitik des Bundes: Es war ein „Versuch, Kontrolle über die Preisgestaltung in der Gesundheitsversorgung zu gewinnen, indem man die Entwicklung von integrierten Gesundheitsorganisationen förderte, die eine vertikale Preiskontrolle über die Leistungserbringung ihrer Mitglieder ausübten."[191] Der Kongress malte sich die Entstehung von bis zu 1700 HMOs bis zum Jahre 1976 aus; hiervon entstand schließlich nur ein Bruchteil. Diese von der Nixon-Regierung eingebrachte innovative Gesetzgebung sah einen Trend in der amerikanischen Gesundheitsversorgung voraus, der schließlich in den 1990er Jahren recht populär werden sollte. 1988 waren beispielsweise nur 25% der arbeitgeberfinanzierten Versicherten in Managed-Care-Plänen eingeschrieben; bis zum Jahr 1997 war diese Zahl auf 80% gestiegen.[192]

Zur ungefähr gleichen Zeit wuchs die Sorge der Öffentlichkeit und des Privatsektors über die steigenden Kosten der Gesundheitsversorgung sowie die Skepsis über die Effizienz des traditionellen Einzelleistungsvergütungssystems. Das alte System wurde zwar als benutzerfreundlich angesehen, da es sowohl auf Leistungserbringer- als auch auf Patientenseite Raum für Flexibilität und Diskretion ließ, aber es schien unfähig, Ausgaben zu begrenzen. Steigerungen der Krankenversicherungsbeiträge von beispielsweise 15 bis 20% im Jahr waren Mitte und Ende der 80er Jahre an der Tagesordnung.[193] 1990, als sich die Beiträge für arbeitgeberfinanzierte Gruppenversicherungen „um nur 14%" erhöhten, wurde dies als frohe Nachricht betrachtet, da sie im vorherigen Jahr um 24% angestiegen waren.[194] Für viele war es die Unfähigkeit, diese schwindelerregenden Kostensteigerungen unter Kontrolle zu bekommen, die das Einzelleistungsvergütungssystem endgültig zum Scheitern verurteilt hat.

Zwischen 1985 und 2000 waren auch die Regierungen der Einzelstaaten auf dem Schauplatz der Gesundheitspolitik aktiv. Traditionell lag die Kompetenz für den Aufgabenbereich der öffentlichen Gesundheit, die Festsetzung und Lizenzierung von Versicherungssätzen sowie die Regulierung der Krankenversicherung bei den Einzelstaaten. In den letzten 15 Jahren führten einzelstaatliche Regierungen auch eine Reihe von Gesetzen ein, die den Verbraucher vor mit dem Managed-Care-System assoziierten Praktiken schützen sollten.

---

191 Siehe *Rosenblatt,* Law and the American Health Care System, Fn. 13, S. 483.

192 Siehe *Zelman, Walter A.* and *Robert A. Berenson,* The Managed Care Blues and How to Cure Them, 1998, S. 11.

193 Ibid., S. 1.

194 Siehe *Sullivan, C.B.* and *T. Rice* (1991), The Health Picture in 1990, Health Affairs, Summer 1991; 104-115.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Die spezifischen Merkmale der Managed-Care-Regulierung unterscheiden sich von Einzelstaat zu Einzelstaat, aber die Typen von Regulierung lassen sich in zwei Kategorien einteilen: Gesetze, die die Beziehung zwischen MCOs und Leistungserbringern regeln und Gesetze, die die Beziehung zwischen MCOs und Konsumenten regeln. Gesetze, die die Beziehung zwischen MCOs und Leistungserbringern regeln, nehmen Einfluss darauf, wie die MCOs den Arzt, den sie entweder direkt anstellen oder mit dem sie einen Versorgungsvertrag schließen, selektieren, deselektieren, kompensieren und kontrollieren.[195] Dies schließt Gesetze mit ein, die die Fähigkeit der MCOs einschränken, den Zugang der Patienten zu auserwählten Leistungserbringern zu steuern, die Exklusivitätsverträge zwischen den MCOs und den Leistungserbringern verbieten (Verträge, die den Leistungserbringern untersagen, mit anderen MCOs Verträge zu schließen) und die anordnen, dass jeder Leistungserbringer, der bereit ist, die Kostenvorgaben des Gesundheitsplans zu erfüllen, in das Netzwerk aufgenommen werden muss – die sogenannte „Any Willing Provider"-Gesetzgebung.[196] Mindestens 14 Bundesstaaten haben umfassende „Any Willing Provider"-Gesetze[197] und weitere 14 Bundesstaaten eine beschränkte Fassung dieser Gesetze erlassen.[198]

3.2. Die Auswirkungen von Medicaid

Das Ausmaß des staatlichen Einflusses auf die Gesundheitsversorgung wird durch die Tatsache deutlich, dass ungefähr 20% des Staatshaushalts in die Gesundheitsversorgung fließen; das meiste davon in die Medicaid und SCHIP-Programme.[199]

Zwischen 1989 und 1993 erließen Florida, Hawaii, Massachusetts, Minnesota, Oregon und Washington allesamt Gesetze, die einen umfassenden Versicherungsschutz für alle Einwohner des jeweiligen Bundesstaats innerhalb eines Jahrzehnts verwirklichen sollten. Dieser gewagte Schritt einiger weniger Einzelstaaten war die Antwort auf die öffentliche Kritik an der sich verändernden Natur des Versicherungsmarktes. Washington beispielsweise stattete seine Arbeitgeber mit einem Wahlrecht aus: Sie konnten ihren eigenen zertifizierten Gesundheitsversorgungsplan betreiben, sich einem anderen zertifizierten Plan vertraglich anschließen, ihren eigenen Gesundheitsversorgungsplan

195 Siehe *Korobkin, Russell* (1999), The Efficiency of Managed Care Patient Protection Laws: Incomplete Contracts, Bounded Rationality, and Market Failure, 85 Cornell Law Review 1, 10-11 (1999).

196 Siehe *Gottlieb, Scott* and *Thomas A. Einhorn* (1997), Managed Care: Form, Function, and Evolution, 79 J. Bone & Joint Surg. 1, 125.

197 Siehe *Korobkin, Russels,* The Efficiency of Managed Care Patient Protection Laws, Fn. 219.

198 Siehe *Zachary, Monica* (2000), Any-Willing Provider Laws as a Case of Managed Care Regulation, (unveröffentlichtes Manuskript, in den Akten der University of Illinois at Urbana-Champaign).

199 Siehe *Weissert, Carol S.* and *William G. Weissert,* Governing Health: The Politics of Health Policy, 1996, S. 186.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kaufen oder einer Kooperation zum Kauf von Gesundheitsleistungen („health care purchasing cooperative“) beitreten.[200]

Diese Gesetzesinitiativen schafften einen Rahmen für die Einführung des universellen Versicherungsschutzes. Außerdem (a) reformierten sie die Regulierung kleiner Gruppenversicherungen, um kleineren Unternehmen die Versicherung ihrer Angestellten zu erleichtern, (b) entwickelten sie ein neues Leistungserbringungssystem bzw. reformierten die bestehenden Systeme, um eine zugänglichere und hochqualitative Versorgung für den Verbraucher zu gewährleisten[201] und (c) schufen sie gemeindebasierte oder häusliche Langzeitpflegeprogramme für die ältere Bevölkerung.[202] Allerdings machten es die Bemühungen um größere Kostenkontrolle den Bundesstaaten schwer, dem Managed-Care-Trend zu widerstehen. Die Pläne von Washington und Oregon wurden später aufgehoben, der Plan von Massachusetts wurde nie vollzogen.[203]

Andere Bundesstaaten entwickelten innovative Programme unter Section 1115 der „Research and Development Medicaid waivers”. Unter diesem System können die Bundesstaaten beim United States Department of Health and Human Services (DHHS) eine Befreiung von den normalen Auflagen des Medicaid-Progamms beantragen. Diese Befreiung erlaubt es dem Bundesstaat ein neues und individualisiertes System zu entwickeln, das auf die staateneigenen Mittel und Bedürfnisse zugeschnitten ist. Die Bundesregierung ist dabei verpflichtet, den ursprünglichen Level der Finanzierung aufrechtzuerhalten. Entsprechende Befreiungen wurden 17 Staaten in den Anfangsjahren des Programms gewährt. Die erste Gruppe der Befreiungen betonte die erhöhte Anspruchsberechtigung für Medicaid, während in den darauffolgenden Jahren (1995-1996) mit den steigenden Kosten die Betonung mehr auf der Kosteneinsparung durch Managed Care lag.

Während der letzten zwei Jahre haben einige Staaten Gesetzesinitiativen unternommen, die die Natur ihrer jeweiligen öffentlichen und privaten Gesundheitssysteme wesentlich verändern würden. Diese Initiativen betonen die Bedeutung eines verbesserten Zugangs zu Gesundheitsleistungen, während sie gleichzeitig Kostenkontrollmechanismen einführen, die das Problem der stetig steigenden Staatskosten für die Gesundheitsversorgung angehen sollen. Unter diesen jüngsten Vorschlägen gibt es Pläne, die den Versicherungsschutz auf nahezu alle Einwohner eines Staates ausdehnen, solche, die diesen nur auf alle Kinder und Jugendliche eines Staates erweitern und Pläne, die den Zugang zu bezahlbaren rezeptpflichtigen Medikamenten und Vorsorgemaßnahmen erleichtern.

---

200 Ibid., S. 231-232.

201 z.B. Arizona mit wettbewerblichen Angeboten für Festpreisabsprachen für Medicaid Patienten, ein einheitliches Vergütungssystem für alle Kostenträger (“all-payer reimbursement system”) in Maryland, Massachussetts, New York und New Jersey.

202 z.B. New York und Connecticut. Siehe *Weissert, Carol S.* and *William G. Weissert,* Governing Health: The Politics of Health Policy, Fn. 34, S. 216-217.

203 Siehe *Holohan, John* and *Lee Nichols,* State Health Policy in the 1990's, in: *Rich, Robert F.* and *William D. White* (eds.), Health Policy, Federalism, and the American States 1996, S. 39.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

Gesetzesentwürfe, die die Beziehung zwischen den MCOs und den Verbrauchern betreffen, enthalten Regeln, die den Patienten einen direkten Zugang zu Spezialisten ohne vorherige Überweisung (die sogenannten „direct access laws“) ermöglichen, Mindestaufenthaltsdauern bei Geburten und anderen Behandlungsmaßnahmen vorschreiben sowie den Versicherten ein Klagerecht gegen die MCOs einräumen, wenn diese eine notwendige ärztliche Behandlung verweigern.

3.3. Der Einfluss einzelstaatlicher Initiativen

Wie bereits vorstehend im Überblick zur Rechtsgeschichte bemerkt, haben kürzlich eine Reihe von Bundesstaaten umfassende Vorschläge zur Gesundheitsreform eingeführt, welche – falls und sobald diese durchgesetzt würden – tiefgreifende Wirkungen auf die Krankenversicherungsindustrie und, im allgemeineren Sinne, auf die Gesundheitsversorgungssysteme in diesen Staaten hätten. In den letzten zwei Jahren haben die Staaten Massachusetts, Illinois, Kalifornien und Oregon in der Gesundheitsreform die Führung übernommen. Das Gesundheitsreformgesetz von Massachusetts, das "Massachusetts's Health Care Reform Law", wurde am 12. April 2006 verabschiedet, und wurde nicht nur als effektive Lösung für viele Probleme der Gesundheitsversorgung von Massachusetts gepriesen, sondern auch als Vorzeigebeispiel, zu dem andere Staaten und sogar die Regierung aufsehen konnten. Das Hauptziel des Plans ist die Einrichtung eines voll integrierten, universellen Gesundheitssystems für alle Bürger von Massachusetts bis Juli 2007.[204] Der Plan prognostiziert, dass durch die Erweiterung des Versicherungsschutzes mehr gesunde Leute auf den Markt gebracht werden und somit die Gesamtkosten reduziert und stabilisiert werden können.[205] Durch den verordneten Erwerb einer Krankenversicherung wird Einzelpersonen und Familien, die zuvor erschwerten Zugang zur Gesundheitsgrundversorgung hatten, dieser Zugang nun gewährt, um höheren Kosten, die durch eine unbehandelte Diagnose entstehen könnten, vorzubeugen.[206]

Das Gesundheitsreformgesetz von Massachusetts teilt die Verantwortung für die Finanzierung und den Versicherungsschutz unter Einzelpersonen, Arbeitgebern, dem Bundesstaat Massachusetts und der Regierung auf. Einzelpersonen sind für ihren Versicherungsschutz gleichsam der „Play-or-Pay“-Methode verantwortlich: Alle Einzelpersonen, die sich eine Krankenversicherung leisten können, müssen eine solche erwerben, andernfalls müssen sie eine Strafe von bis zu 50% der möglichen Kosten zahlen. Ermäßigte Versicherungen sind erhältlich für Einzelpersonen und Familien, die mehr als 300% unter der staatlichen Armutsgrenze liegen.[207] Einzelstaatliche Fonds, die die

204 Idem.

205 Idem.

206 Idem.

207 *Blendon, Robert J., Tami Buhr, Channtal Fleischfresser* and *John M. Benson* (2006), The Massachusetts Health Reform Law: Public opinion and perception, The Blue Cross Blue Shield of Massa-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Krankenhausversorgung für Nichtversicherte bezuschussen, werden in Förderprogramme umgewandelt, die Familien mit niedrigem Einkommen eine kostengünstige Krankenversicherung bereitstellt.[208] Das „Connector-Programm" stellt Kleingruppenmärkten und gruppenunabhängigen Märkten wie etwa Kleinunternehmen, Selbständigen, sowie jüngeren Einzelpersonen, die gerade erst in den Arbeitsmarkt eintreten, Pläne zur Gesundheitsvorsorge zur Verfügung. Das Connector-Programm ist ein von der Regierung entworfener Marktplatz, wo diese und andere Gruppen einen persönlichen, überall gültigen, deregulierten Krankenversicherungsschutz finden können.[209]

Illinois hat sein Augenmerk auch auf das Doppelproblem der Nichtversicherten – Kosten und Zugang – gerichtet. Die Programme von Illinois haben sich darauf konzentriert, den Versicherungsschutz auf Familien mit niedrigem Einkommen und auf Kinder auszuweiten. KidsCare etwa, der Vorgänger von All Kids, der Vollversicherung für alle Kinder in Illinois, passte seine ursprüngliche 185%-Markierung so an, dass nun auch diejenigen einbezogen werden, die um mehr als 200% unter der staatlichen Armutsgrenze liegen.[210] Die eng verwandte FamilyCare wurde auch mehrere Male erweitert, um denen zugute zu kommen, die aus dem Bereich von 133% unter der staatlichen Armutsgrenze in den Bereich von 185% unter der staatlichen Armutsgrenze fielen.[211] Den steigenden Gesundheitskosten für Kleinunternehmen wurde mit der Einrichtung eines Versicherungspools für Kleinunternehmen Rechnung getragen. In diesem Pool können sich Arbeitgeber mit zusammen mindestens 50 Angestellten zusammenschließen und durch Verhandlungstarife, geringere Verwaltungskosten und niedrigere Maklergebühren 10 -15% der Kosten sparen.[212]

Die größte Reform war bisher die Einführung des „All-Kids"-Programms, welches geschaffen wurde, um alle Kinder in Illinois mit einem Versicherungsschutz auszustatten. All Kids versorgt alle im Staat Illinois wohnhaften Kinder unter 18 Jahren mit Gesundheitsleistungen, ganz gleich ob sie nun Teilnehmer bei KidsCare oder Medicaid waren, und mindestens ein Jahr lang keine Versicherung hatten.[213] Für All Kids gibt es keine einkommensbasierten Einschränkungen, sondern eher ein Stufensystem, in dem Teilnehmer aus einkommensstärkeren Familien einen höheren Beitrag zahlen und Zu-

---

chusetts Foundation, abrufbar unter: http://www.bcbsmafoundation.org/foundationroot/en_US/documents/2006HealthReformPollingreport.pdf.

208 *Haislmaier, Edmund F.* (2006), The Significance of Massachusetts Health Reform, The Heritage Institute, Webmemo 1035, abrufbar unter: http://www.heartland.org/Article.cfm?artId=20094.

209 Idem.

210 Siehe Illinois Government News Network, June 29, 2005: Gov. Blagojevich signs "No Senior Left Behind" law: New law fills gaps created by federal drug benefits program., abrufbar unter: http://www.illinois.gov/PressReleases/ShowPressRelease.cfm?SubjectID=1&RecNum=4107.

211 Idem.

212 Gov. Blagojevich reaches out to Illinois' Congressional Delegation urging them to help with federal SCHIP funding to Illinois, abrufbar unter: http://www.illinois.gov/PressReleases/PressReleasesListShow.cfm?RecNum=5638.

213 Siehe State of Illinois All Kids Program, unter: http://www.allkids.com/about.html.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zahlungen leisten.[214] Ein eventueller Einwanderungsstatus wird Kindern nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt und verzögert den Erwerb der Staatsbürgerschaft nicht, solange die restlichen Forderungen von All Kids erfüllt werden.[215] Im Dezember 2006 verzeichnete das All-Kids-Programm 300 000 beteiligte Kinder.[216]

All Kids deckt eine Vielzahl von medizinischen Notwendigkeiten ab und wirkt auch wie eine Art Zusatzversicherung. Arztbesuche, Krankenhausaufenthalte, verschreibungspflichtige Medikamente, die augen- und zahnärztliche Versorgung, Brillengläser, Kontrolluntersuchungen, Impfungen, medizinische Ausrüstung, Sprachtherapie und Physiotherapie gehören zu den abgedeckten Leistungen von All Kids und werden all denen zur Verfügung gestellt, die entsprechende Leistungen benötigen.[217] Kinder mit Vorerkrankungen, bzw. solche, deren Eltern Gesundheitsleistungen durch den Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act (COBRA) erhalten, sowie Kinder, die nur gegen eine einzige Krankheit versichert sind oder nur eine einzige Leistung beziehen, sind auch zur Teilnahme am All-Kids-Programm berechtigt.[218]

Illinois hat sich auch für eine Kostensenkung bei verschreibungspflichtigen Medikamenten eingesetzt. Vor der Einführung von Teil D des Medicaid-Programms hat die Gesetzgebung in Illinois versucht, die Kosten für verschreibungspflichtige Medikamente stabil zu halten; viele hatten aufgrund der Einführung eine Preiserhöhung für verschreibungspflichtige Medikamente für unzählige Senioren prognostiziert. Bedenken gegenüber Teil D des Medicare-Programms gab es aufgrund des „Lochs im Donut", einer Kluft von $ 2250 bis $ 5100, in der Patienten für die vollen Kosten aufkommen müssen, anstatt für einen Prozentsatz mit Beitrag und Eigenanteil. Zudem sieht Teil D keine Medikamente aus dem Ausland und kein Verhandeln mit Pharmafirmen vor, und ermöglicht kein schnelleres Eindringen von Generika in den Markt.

Auch Kalifornien hat einen ehrgeizigen Vorschlag zu einer allumfassenden Gesundheitsreform, welche einen universellen Versicherungsschutz für alle Bürger Kaliforniens anstrebt. Der Vorschlag bietet einen dreiteiligen Lösungsansatz, der „(1) Prävention, Gesundheitsförderung und Wohlbefinden; (2) einen Versicherungsschutz für alle Kalifornier; und (3) Erschwinglichkeit und Kostendämpfung beinhaltet."[219]

Die erste Säule des Plans, „Prävention, Gesundheitsförderung und Wohlbefinden" konzentriert sich auf Veränderungen im Sinne eines gesunden Lebensstils und auf die Bildungsarbeit. Die gesunde Erziehung von Jugend und Kindern ist ein zentrales Anliegen und birgt möglicherweise enorme finanzielle Vorteile dadurch, dass eine gesündere Bevölkerung herangezogen wird. Mit der Bildungsarbeit gekoppelt sind scheinbar ein-

214 Idem.

215 Idem.

216 Gov. Blagojevich sworn in for second term at Inauguration Ceremony in Springfield, January 8, 2007, abrufbar unter: http://www.illinois.gov/PressReleases/ShowPressRelease.cfm?SubjectID=3&ReNum=5629.

217 Idem.

218 Idem.

219 Id.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fache Reformen, die Verbote von Junk Food und kohlensäurehaltigen Getränken wie etwa Coca Cola und Pepsi aus dem Schulautomatenverkauf beinhalten. Der Staat Kalifornien will die Gesundheitsbildung auch steigern, indem er die Sportabteilungen und -lehrer, die in den 1990er Jahren reduziert worden waren, wieder aufstockt.[220]

Die zweite Säule des Plans, „Versicherungsschutz für alle Kalifornier", ist der ehrgeizigste Teil des Plans und wird wahrscheinlich als wertvolles Modell und Informationsquelle für zukünftige einzelstaatliche und nationale Reformen dienen. Kalifornien ist ein großer Staat mit bunt gemischter Bevölkerung; dort leben 12% der Bevölkerung der Vereinigten Staaten, davon sind 6,5 Millionen Einwohner nicht versichert und noch mehr sind unterversichert.[221] Die neuen Reformvorschläge setzen voraus, dass jeder Einzelne irgendeine Art von Krankenversicherung haben muss.

Den Erwerb einer Krankenversicherung erschwinglich zu machen, ist ein Hauptfaktor für einen erfolgreichen universellen Charakter des Plans, und dieser Faktor wird in der dritten Säule des Plans, „Erschwinglichkeit und Kostendämpfung", angegangen. Steuernachlässe werden von Kleinunternehmen, die für sich und ihre Angestellten einen Versicherungsschutz erwerben, genutzt werden.[222]

Der neue Vorschlag verlangt hier, dass Versicherungsgesellschaften mindestens 85% ihrer Einkünfte in die Patientenversorgung investieren und dass Verwaltungskosten und Gewinne auf 15% beschränkt bleiben. Um die Kosten für verschreibungspflichtige Medikamente zu reduzieren, hat Kalifornien ein Gesetz erlassen, welches den Bundesstaat befugt, die Preise für Nichtversicherte durch Medi-Cal (Medicaid California) sogar aushandeln zu lassen.[223]

Die Gemeinsamkeit zwischen diesen verschiedenen Formen der Regulierung von Managed Care ist die Tatsache, dass sie alle ihr Hauptaugenmerk auf Kosten- und Zugänglichkeitsaspekte legen. Ein Angelpunkt der Fähigkeit von Managed Care, den rasanten Kostenanstieg im Gesundheitswesen einzudämmen, ist die Zugangsbeschränkung und die Einschränkung in der Auswahl der Leistungserbringer. Managed Care beschränkt den Zugang durch Inanspruchnahme einer begrenzten Anzahl von Leistungserbringern, die für die Teilnahme am Gesundheitsplan auserwählt wurden, sowie durch finanzielle Anreize, mit denen sie die Patienten auf die an diesem Plan teilnehmenden Leistungserbringer hinlenkt. Die Eliminierung bzw. Beschränkung egal welcher dieser Merkmale hat einen wesentlichen Einfluss auf die Fähigkeit der MCOs, die

220 Schwarzenegger Outlines Benefits of Health Care Reform for Consumers, February 15, 2007, unter: http://gov.ca.gov/index.php?/speech/5425/.

221 *Arensmeyer, John,* Business Eyes the California Health Reform Debate, Small Business Review, Feb 11, 2007, abrufbar unter: http://smallbusinessreview.com/for_the_boss/california-health-reform-debate-business/.

222 State of California Office of the Governor, Fact Sheet: Comparing the President's Plan to Governor Schwarzenegger's Comprehensive Health Care Reforms, abrufbar unter: http://gov.ca.gov/index.php?/fact-sheet/5296/.

223 Siehe California Health Care Foundation, Prescription Drug Information Project, November 2006. abrufbar unter: http://www.chcf.org/topics/chronicdisease/index.cfm?itemID=103138.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Kosten zu kontrollieren. Ein erweiterter Zugang zu einer großen Reihe an Leistungserbringern, und eine daraus resultierende größere Auswahl und bessere Kostenkontrolle scheinen sich gegenseitig auszuschließen, wenn man an den Prinzipien von Managed Care festhalten will.

4. Wettbewerb zwischen Krankenhäusern

Der Wettbewerb der Krankenhäuser wird durch Wettbewerbsgesetze (siehe oben) und durch staatlich kontrollierte Bedarfsplanungen in Form sog. „Bedarfsnachweisbestimmungen" reguliert. Gemäß diesen Bestimmungen müssen Staatsregierungen bestätigen, dass es einen nachweislichen Bedarf für ein neues Krankenhaus, ein Pflegeheim oder eine Klinik gibt, bevor deren Bau bewilligt wird. Diese Bestimmungen sind umstritten und werden von vielen als wettbewerbsfeindlich empfunden.

Dieses Bundesgesetz wurde als Antwort auf den scheinbar steigenden Trend unter Krankenhäusern eingeführt, den Patienten, die für die vorzunehmenden Leistungen nicht aufkommen konnten, die Behandlung zu verweigern. EMTALA fordert von Krankenhäusern, die Einkünfte aus der öffentlichen Krankenversicherung Medicare beziehen (und das sind fast alle Krankenhäuser in den Vereinigten Staaten), alle Patienten, die medizinischer Hilfe im Notfall bedürfen, zu behandeln, unabhängig davon, ob sie zahlungsfähig sind oder nicht, und ungeachtet dessen, ob sie einen Anspruch auf Medicare-Leistungen haben oder nicht.[224] Das Gesetz verpflichtet Krankenhäuser, eine „adäquate medizinische Reihenuntersuchung" durchzuführen. Außerdem ist der Zustand der Patienten zu stabilisieren, bevor sie in eine andere Einrichtung überführt werden können.

EMTALA wurde teilweise aufgrund der Einschätzung des Kongresses eingeführt, welche besagt, dass die Bestimmungen nach dem Hill-Burton-Prinzip nicht ausreichten, um Nichtversicherten einen ausreichenden Zugang zu Krankenhausbehandlungen zu gewähren. Notfallstationen dienen als hauptsächliche Anlaufstationen für die medizinische Betreuung zahlreicher "unterversorgter Bevölkerungsschichten", die keine andere Möglichkeit der medizinischen Versorgung haben.[225] EMTALA ist jedoch ein „Mandat" an Krankenhäuser, das nicht finanziell von der Bundesregierung unterstützt wird. Zwar hat EMTALA für einkommensschwache, nichtversicherte Amerikaner größere Zugangsmöglichkeiten zur Notfallversorgung geschaffen, jedoch ist eine der Hauptfolgen dieses Gesetzes die landesweite Schließung vieler Notaufnahmen aufgrund der enormen, durch unbezahlte Behandlungen entstandenen Belastungen. Dies wiederum hat dazu geführt, dass die Notfallstationen derjenigen Krankenhäuser, die sich für eine Aufrechterhaltung ihres Notfallbetriebs entschieden haben, nun völlig überfüllt sind. Diese "Überfüllung" gibt vielen Medizinern Anlass zur Sorge hinsichtlich der Qualität

224 Siehe *Rosenblatt,* Law and the American Health Care System, Fn. 13, S. 65.

225 *Asplin, B.R.* (2001),"Tying a knot in the unraveling health care safety net", ACADEMY OF EMERGENCY MEDICINE, 8:1075-9.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Notfallversorgung, der Gefährdung der Patientensicherheit und des erhöhten Risikos für ärztliche Behandlungsfehler.[226]

5. Wettbewerb zwischen den Kostenträgern

5.1. ERISA

Es bleibt traditionell den Einzelstaaten vorbehalten, die Versicherungsbranche zu regulieren. Das Versicherungsrecht, die Zertifizierung und die Lizenzierung von Versicherungen haben den Staaten zugleich ein Kontrollmittel über die Gesundheitsindustrie gegeben. Trotzdem verabschiedete der US-Kongress im Jahr 1974 ERISA, eine umfassende, einheitliche und landesweit gültige Gesetzgebung für betriebliche Sozialleistungen (*employee pension and welfare benefit plans*), welche Gesundheitsleistungen mit einschließt.[227] ERISA hat zur Verschiebung der Kompetenzen geführt, soweit es Maßnahmen betrifft, die auf eine durchgängige Absicherung durch Pflichtleistungen des Arbeitgebers ausgerichtet sind. Darüber hinaus wurde ERISA von den Bundesgerichtshöfen oft so ausgelegt, dass es gewissermaßen die gesamte weitgefasste Struktur an staatlicher Versicherungsregulierung sowie anderen, auf die Gesundheitsversorgungspläne anwendbaren Gesetzen oder Bestimmungen aushebelt.

Drei Vorschriften von ERISA haben in der Rechtsprechung besondere Bedeutung entfaltet. Der erste, Absatz 514(a), sieht vor, dass ERISA „jedes und alle Landesgesetze insofern verdrängen soll, als diese jetzt oder hiernach betriebliche Sozialleistungen (*any employee benefit plan*) betreffen....". Dieser Absatz legt die Vorrangstellung des Bundesgesetzes bei der Regulierung von Sozialleistungen fest. Als zweitwichtigster Teil von ERISA in seiner Anwendung auf Krankenversicherungsleistungen wird Absatz 514(b)(2)(A) gesehen. Die Bestimmung sieht vor, dass kein Inhalt von ERISA „so auszulegen ist, dass irgendeine Person von irgendeinem die Versicherung regelnden Gesetz irgendeines Staates auszunehmen oder zu entlasten ist….". Dieser als „Saving-Klausel" bekannte Absatz erhält die traditionelle Rolle der Staaten als Versicherungsregulierer aufrecht. Eine Ausnahme der Saving-Klausel ist ebenfalls von Bedeutung. Die „Deemer-Klausel" (Absatz 514(b)(2)(B)) besagt, dass „keine Arbeitgeberleistung Versicherungscharakter haben soll oder als anderweitige Versicherung angesehen werden soll…. beziehungsweise dem Versicherungswesen zugerechnet werden soll….damit kein Gesetz bzw. kein Staat vorgeben kann, Versicherungsgesellschaften [oder] Versicherungsverträge zu regulieren….". Diese Klausel schließt den Versuch von Staaten aus, Arbeitgeberleistungen durch eigene Gesetze unter dem Deckmantel der Versicherungsregulie-

226 *Trzeciak, S.* and *E.P. Rivers* (2003), "Emergency department overcrowding in the United States: an emerging threat to patient safety and public health", EMERGENCY MEDICINE JOURNAL, 20:402-405.

227 Siehe *Rosenblatt,* Law and the American Health Care System, Fn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung zu steuern, und ist besonders wichtig im Hinblick auf den Schutz von Organisationen, die nun eigenversichert agieren. Der letzte wichtige und rechtlich umstrittene Teil von ERISA ist Absatz 502(a)(1)(B), wonach dem Gesetz alle Ansprüche eines Versicherten unterfallen, um „fällige Leistungen zurückzufordern…gemäß seinem Plan, seine Rechte gemäß dem Plan durchzusetzen, oder seine Rechte auf zukünftige Leistungen gemäß dem Plan darzulegen…". Dieser Abschnitt bringt speziell jeden von einer Versicherungsgesellschaft vorgelegten Streitfall über die Art von Versicherungsleistungen in die Reichweite von ERISA und stellt sicher, dass jegliche Prämien oder Entschädigungssummen auf nationaler Ebene standardisiert anstatt durch bruchstückhafte Gesetzgebung auf Ebene der Einzelstaaten festgelegt werden.

Das Kernstück von ERISA, wie es in der Politik und bei der Regulierung des Gesundheitswesens Anwendung findet, ist sein umfassender Vorrang, der dazu führt, dass viele einzelstaatlichen Gesetze, die „im Zusammenhang" mit Sozialleistungen stehen, parktisch bedeutungslos werden. Der Oberste Gerichtshof hat diese, hinter der ursprünglichen Gesetzgebung stehende Absicht bestätigt und festgehalten: „Der grundlegende Antrieb für die Bevorrechtigungsklausel (…) war das Ziel, eine Regelungsvielfalt zu vermeiden, um eine landesweit einheitliche Verwaltung der Arbeitgeberleistungen zu erreichen." Infolgedessen entwickelten sich einzelstaatliche Initiativen zur Steuerung der Gesundheitspolitik zu einer Hauptquelle rechtlicher Streitfragen: Handelte es sich bei diesen um ein Gesetz, das „im Zusammenhang" mit Arbeitgeberleistungen stand (und wird es daher unanwendbar), oder gehörte es stattdessen zu den Vorschriften des Krankenversicherungswesens, die sachgemäß in die Zuständigkeit der Einzelstaaten fielen (d.h. von dem Vorrang der bundesrechtlichen Regelung verschont blieben)?

Die richterliche Interpretation von ERISA hat sich größtenteils auf diese umstrittene Problematik des Föderalismus konzentriert. Die zugrundeliegende Frage war die nach der adäquaten Rolle des Bundes einerseits und der Einzelstaaten bei der Entwicklung der Gesetze, der Politik und der Steuerung des Gesundheitswesens andererseits. Trotz der langjährigen, traditionellen Einstellung, dass die Gesetzgebung zur Krankenversicherung sowie das Gesundheitswesen in die Zuständigkeit der Einzelstaaten gehörten, hat man ERISA genutzt, um auf dem Gebiet der Gesundheitsversorgung einen umfassenden und landesweiten Standard durchzusetzen.

Dennoch gab es während der letzten dreißig Jahre große Spannungen zwischen dem Beharren der einzelnen Bundesstaaten auf ihren Rechtssystemen und der Absicht des US-Kongresses, Einheitlichkeit in der Verwaltung der Sozialleistungen zu schaffen.

Die „Rechtslehre" von Managed Care, wie sie aus Gerichtsentscheidungen auf Bundesstaaten- und Landesebene folgt, die zugleich die Absicht des Kongresses hinter dem Health Maintenance Organization Act von 1973,[228] dem Gesetz zur Pensionsfürsorge

228 Health Maintenance Organization Act of 1973, Pub. L. no. 93-222 (kodifiziert unter 42 U.S.C.A. 300c et seq.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(ERISA) von 1974[229] und verschiedenen einzelstaatlichen Gesetzen und Bestimmungen erklärten, ist uneinheitlich, ja sogar verwirrend.[230] Die Geschichte der Entscheidungen um Managed Care stützt die Ansicht, dass sich Gerichte nicht entscheiden können, ob sie Managed Care nun fördern oder zügeln sollen.[231] Die Rechtsprechung zu den entsprechenden Absätzen der ERISA-Gesetzgebung hat sowohl zur Einschränkung als auch zur Sicherung der MCOs beigetragen. Zwischen 1990 und 2004 entschied der Oberste Gerichtshof drei Fälle, in denen Managed-Care-Programme oder -Praktiken befürwortet wurden, und fünf Fälle, in denen sie eingeschränkt wurden; auf Ebene der Bundesberufungsgerichte wurden 71 Fälle befürwortend und 65 eingeschränkend behandelt; und auf Ebene der einzelstaatlichen Gerichte gab es acht befürwortende und zehn eingeschränkende Entscheidungen.[232] Diese einfache Statistik untermauert unsere Argumentation, dass die Rechtsprechung nicht einheitlich ausfiel, sondern im Hinblick auf eine Managed-Care-Politik sogar widersprüchlich war.

5.2. HIPAA

Die 1990er Jahre gehören zu einer der aktivsten Zeitspannen der Gesundheitsreform in der Geschichte der Vereinigten Staaten. Mehr als 63 Reformgesetze wurden dem 102. Kongress im Jahr 1991 vorgelegt.[233] Von 1993 bis 1994 gingen aus den Debatten und Diskussionen des Kongresses zur Gesundheitsreform 27 verschiedene Gesetzesvorschläge hervor.[234] Das im Jahr 1993 vorgeschlagene Clinton'sche Gesetz zur Gesundheitssicherung, der Clinton Health Security Act, wurde rasch zum Mittelpunkt einer intensiven öffentlichen Debatte über das amerikanische Gesundheitssystem. Aus dieser umfassenden Gesundheitsdebatte entstand das Bundesgesetz zum Schutz der Geheim-

229 The Employee Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA), Pub. L. no. 93-406, 88 Stat. 4639-40, 4643 (1974) (kodifiziert unter 29 U.S.C. § 1144).

230 Siehe allgemein *Korobkin, Russell,* The Failed Jurisprudence of Managed Care, and How to Fix It: Reinterpreting ERISA Preemption 51 UCLA L. Rev. 457 (2003) (geht detailliert auf die komplizierte Entwicklung der richterlichen Interpretation der ERISA-Gesetzgebung im Zusammenhang mit Managed Care ein).

231 Dies gilt auch für die exekutiven und legislativen Bereiche der Staatsgewalt, welche ebenfalls uneinheitlich und sogar widersprüchlich hinsichtlich der Theorie des kostengesteuerten Gesundheitswesens und der Managed-Care-Organisationen entschieden haben; siehe *Rich, Robert F.* and *Christopher T. Erb,* The Two Faces of Managed Care Regulation and Policy-Making, 16 Stanford Law and Policy Review 1 (2005).

232 Diese Zahlen basieren auf einer Auswahl von Fällen, die sich hauptsächlich mit der kostengesteuerten Gesundheitsversorgung und dem ERISA-Gesetz befassten; nach Meinung der Autoren haben sie nicht unerhebliche Folgen für die Handhabung von Managed-Care-Konzepten. Jede Eingruppierung in die Kategorien 'befürwortet' oder 'eingeschränkt' stützt sich auf die Bewertung der Autoren bezüglich der gerichtlichen Entscheidungen und Auslegungen im einzelnen Fall.

233 *Hacker, Jacob S.* (1997), The Road to Nowhere: The Genesis of President Clinton's Plan for Health Security. Health Affairs, 47.

234 *Bok, Derek,* "The Great Health Care Debate of 1993-94" Online Journal of Discourse Leadership, abrufbar unter: http://www.upenn.edu/pnc/ptbok.html.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haltung von Patientendaten (Federal Health Insurance and Portability and Accountability Act – HIPAA) von 1996. Die erklärten Ziele von HIPAA sind die „Modifizierung der Steuergesetzgebung von 1986 zur Verbesserung der Portabilität und Kontinuität des Krankenversicherungsschutzes auf Gruppen- und Individualmärkten, zur Bekämpfung von Verschwendung, Betrug und Missbrauch von Leistungen im Krankenversicherungswesen und in der Gesundheitsversorgung, zur Förderung der Nutzung von Gesundheitssparkonten (MSAs), zur Verbesserung der Zugangsmöglichkeiten zu Langzeitpflegediensten und zum Pflegeversicherungsschutz, zur vereinfachten Verwaltung des Krankenversicherungswesens, sowie zu anderen Zwecken."[235] Die Bestimmungen des HIPAA erfassten ursprünglich "Gesundheitskonzepte, Gesundheitsabwicklungssysteme und diejenigen Leistungserbringer, die bestimmte finanzielle und verwaltungstechnische Transaktionen elektronisch abwickeln (z.B. Aufnahme, Abrechnung und Eignungsprüfung)."[236] Andere Krankenversicherer, Leistungserbringer, Ärzte und Apotheker mussten ab dem 14. April 2003 die HIPAA-Normen erfüllen.[237]

HIPAA hatte zwei wesentliche Folgen: Es schränkte einerseits die Krankenversicherungen enorm in ihren Möglichkeiten ein, Teilnehmer aufgrund von Vorerkrankungen zu benachteiligen, andererseits verbesserte es die Mobilität von Arbeitern, die früher bei einem Arbeitswechsel Angst vor dem Verlust ihres Krankenversicherungsschutzes haben mussten. HIPAA optimierte außerdem den Datenschutz im Hinblick auf Patientenunterlagen und andere vertrauliche medizinische Mitteilungen. Nach den Vorgaben von HIPAA kann ein von einem Arbeitgeber bereitgestellter Krankenversicherungsplan den Versicherungsschutz unter Berufung auf eine Vorerkrankung jetzt nur noch ablehnen, wenn „der Angestellte oder Angehörige in den dem Aufnahmedatum vorausgehenden sechs Monaten diagnostiziert wurde, in Pflege oder Behandlung ist, oder ihm eine Pflege oder Behandlung empfohlen wurde."[238] Eine Schwangerschaft gilt nicht als Vorerkrankung. Der Versicherungsschutz für eine Vorerkrankung kann höchstens zwölf Monate verweigert werden, bzw. höchstens 18 Monate für diejenigen Teilnehmer, die nach Ablauf der festgelegten Aufnahmefristen einen Versicherungsplan in Anspruch nehmen. Säumige Antragsteller sind Personen, die sich nicht sofort neu versichern, sobald sie dazu berechtigt sind, bzw. solche, bei denen eine wesentliche Unterbrechung an „anrechnungsfähiger Versicherungszeit" von 63 Tagen oder mehr eintritt.

Die zum Schutz von Patientendaten entwickelten HIPAA-Vorschriften enthielten auch „Bestimmungen, die eine elektronische Abwicklung fördern sollten", sowie „neue Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz der Sicherheit und der Vertraulichkeit von Informa-

235 PUBLIC LAW 104-191, HEALTH INSURANCE PORTABILITY AND ACCOUNTABILITY ACT OF 1996, AUG. 21, 1996.

236 Presseerklärung, United States Department of Health and Human Services, Protecting the Privacy of Patient's Health Information, Monday, April 14, 2003, abrufbar unter: http://www.hhs.gov/news/facts/privacy.html.

237 Ibid.

238 HIPAA Preexisting Conditions, abrufbar unter: http://www.idfpr.com/DOI/HealthInsurance/HIPAA_preexisting_cond.asp.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionen über die Patientengesundheit."[239] Die Datenschutzmaßnahmen von HIPAA gelten für vertrauliche Gesundheitsinformationen, die einem Patienten von seinem Arzt oder anderen Leistungserbringern der Gesundheitsversorgung übermittelt werden, inklusive der in der Krankenakte eingetragenen Informationen, der Gespräche zwischen dem Arzt/Leistungserbringer der Gesundheitsversorgung und dem Patienten, der der Krankenversicherung des Patienten vorliegenden Informationen über den Patienten, und der den Klinken, Krankenhäusern und Arztpraxen vorliegenden Rechnungsdaten.[240] Nach den HIPAA-Vorschriften haben Patienten das Recht, ihre Krankenakten einzusehen und Kopien davon zu bekommen, sowie ihre Krankenakten zu berichtigen; sie haben das Recht auf Auskunft darüber, wenn, wie und warum ihre Gesundheitsdaten abgerufen und genutzt wurden, sowie das Recht, die Nutzung ihrer Patientenakte zu Forschungs-, Marketing- oder anderen Zwecken nur nach ausdrücklicher Genehmigung zu gestatten.

HIPAA gilt als wichtigster Bestandteil der landesweiten Gesetzgebung seit der Einführung von Medicare. Die Erstellung von elektronischen Datensätzen, die ärztliche Schweigepflicht, die Dokumentation und die Forschung standen unter ihrem Einfluss. Die Verordnung sollte zwar eine Kostenersparnis darstellen, jedoch ist umstritten, ob sie dieses Ziel erfolgreich umgesetzt hat.

5.3. Weitere Ansätze

Eine Antwort auf den zunehmenden Wettbewerb in der Versicherungsbranche ist eine „steuerliche Vergünstigung", welche dem Kunden bzw. Verbraucher theoretisch eine freiere persönliche Entscheidung bei der Wahl der jeweiligen Privatversicherung einräumen würde. Einige dieser Vorschläge sind mit der Beseitigung bzw. Beschränkung der einzelstaatlichen Regulierungsmacht bezüglich der Versicherungsträger verbunden, damit eine Versicherung auch über die Grenzen einzelner Staaten hinaus verkauft werden kann und somit der Wettbewerb angekurbelt wird.

III. Ergebnisse: Wahl und Wettbewerb

1. Die Entwicklung des Wettbewerbs

Die 1990er Jahre erlebten tiefgreifende Veränderungen im Wettbewerbsumfeld von Leistungserbringern der Gesundheitsversorgung. Sowohl die horizontale als auch die

239 Presseerklärung, United States Department of Health and Human Services, Protecting the Privacy of Patient's Health Information, Monday, April 14, 2003, abrufbar unter: http://www.hhs.gov/news/facts/privacy.html.

240 HIPAA Privacy Factsheet, abrufbar unter: http://www.hhs.gov/ocr/hipaa/consumer_summary.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vertikale Konzentration nahmen aufgrund von Zusammenschlüssen und Unternehmenskäufen wesentlich zu. Zusammenshlüsse, so das Argument der Industrie, dem die für die Überwachung des Wettbewerbs Zuständigen zustimmten, böten größtenteils Produktivitätssteigerungen, die jegliche wettbewerbshemmenden Nebenwirkungen mehr als ausglichen. Die alte Literatur des „medizinischen Wettrüstens" behauptete zwar, dass der Wettstreit unter Krankenhäusern ein besonders ineffizientes Geschäft sei. *Zwanziger* und *Melnick* (1988) zeigten jedoch, dass der zunehmende Wettbewerb unter Krankenhäusern die Kosten in Kalifornien senkte.[241] *Gaynor* und *Hass-Wilson* (1999) lieferten ein theoretisches Argument gegen ein rasches Wachstum durch Konzentration und verwiesen darauf, dass dieses zu steigenden Kosten im Gesundheitswesen führen könnte.[242] *Bamazai et al.* (1999) fanden heraus, dass HMOs und PPOs die Kosten für die Gesundheitsversorgung in Regionen mit konkurrierenden Krankenhäusern merklich senken.[243] *Gift*, *Arnould* und *DeBrock* (2002) erhielten ähnliche Ergebnisse aus einer Studie über den Krankenhauswettbewerb im Bundesstaat Washington.[244]

Schließlich gibt es noch widerstreitendes Beweismaterial bezüglich der Frage, inwiefern das Angebot an Ärzten die Marktergebnisse beeinflusst. *Seldon, Jung* und *Cavazos* (1998) fanden Belege für eine nicht unbedeutende Marktmacht der Ärzte und meinten, politische Werkzeuge könnten die Kosten für die Gesundheitsversorgung reduzieren, wenn sie Beschränkungen des Zugangs zum Ärztemarkt erleichtern würden.[245] *Brown et al.* (2001) schlugen ein Modell der induzierten Nachfrage vor, wonach der Ärztezuwachs die treibende Kraft für den Kostenanstieg in der Gesundheitsversorgung sei.[246] Sie forderten eine stärkere Kontrolle des Angebots an Ärzten.

Alles in allem existiert eine Reihe von Mechanismen bzw. Instrumentarien der Kostenkontrolle, die schon erfolgreich eingesetzt worden sind oder noch eingeführt werden müssen:

- Die vorliegenden Ergebnisse zeigen, dass MCOs, und zwar insbesondere in Form der HMOs, zeitweise zur Senkung der Kosten für die Gesundheitsversorgung beitragen konnten. Die Ersparnisse werden vor allem durch die Kontrolle der Kosten pro erbrachter Leistungseinheit gegenüber der Anzahl Leistungseinheiten erzielt.

241 Siehe *Zwanziger, Jack* and *Glenn Melnick* (1988), The Effects of Hospital Competition and the Medicare PPS Program on Hospital Cost Behavior in California, 7 Journal of Health Economics 4, 1988, 301-320.

242 Siehe *Gaynor, Martin* and *Deborah Haas-Wilson* (1999), Change, Consolidation, and Competition in Health Care Markets, 13 Journal of Economic Perspectives 1, 1999, 141-64.

243 Siehe *Bamazai, Anil,* et al., Fn. 9.

244 Siehe *Gift, Tom, Richard Arnould* and *Larry DeBrock* (2002), Is Healthy Competition Healthy: New Evidence of the Impact of Hospital Competition, 39 Inquiry 1, 2002, 45-55.

245 Siehe *Seldon, Barry J., Chulho Jung* and *Roberto Cavazos* (1998), Market Power among Physicians in the U.S., 1983-1991, 38 Quarterly Review of Economics and Finance 4, 1998, 799-824.

246 Siehe *Brown, Melissa M., Gary Brown, Sanjay Sharma, Hussein Hollands* and *Andrew Smith* (2001), Physician Manpower and Health Care Expenditures in The United States: A Thirty-Year Perspective, 27 Journal of Health Care Finance 4, 2001, 55-64.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

- Ein Behandlungsaufschub oder -verzicht hat schwerwiegendere Krankheiten und vermeidbare Gesundheitsproblemen zur Folge. Bei Nichtversicherten ist eine Krankenhauseinweisung aufgrund von Krankheiten, die vermeidbar gewesen wären, wahrscheinlicher als bei Versicherten. Deshalb ist zu empfehlen, einen Schwerpunkt auf die Prävention zu legen und die medizinische Grundversorgung den derzeit Nichtversicherten zugänglich zu machen.
- Die demographishen Entwicklungen in den USA sind ein ganz wesentlicher Faktor für die steigende Inanspruchnahme von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln und für die Entwicklung der Arzneimittelausgaben. Sie haben zur Folge, dass ein Anstieg sowohl bei der Anzahl der Personen zu verzeichnen ist, die verschreibungspflichtige Arzneimittel einnehmen, als auch bei der Anzahl der Pro-Kopf-Verschreibungen. Ein Großteil dieses Anstiegs ist der Alterung der Bevölkerung zuzuschreiben. Deshalb müssen einige Maßnahmen zur Reduzierung der Arzneimittelkosten ergriffen werden, insbesondere hinsichtlich der Personen, die über der Medicare gesichert sind.
- Es gibt wenige Hinweise darauf, dass Schadensersatzklagen wegen ärztlicher Kunstfehler eine spürbare direkte Auswirkung auf die steigenden Kosten der Gesundheitsversorgung haben. Aus diesem Grund können gesetzliche Maßnahmen auf diesem Gebiet wohl nur in sehr geringem Maße zu einer Senkung der Gesundheitsausgaben beitragen.

2. Die Zukunft des Wettbewerbs

Die Wettbewerbssituation in der Gesundheitsindustrie der Vereinigten Staaten wird sich zum einen als Antwort auf Kostendruck und Konsumnachfrage entwickeln zum anderen als Ergebnis technischer Fortschritte. Zu den größten Druckmitteln für wettbewerbsfördernde Reformen zählen die verbraucherorientierte Versorgung, die Forderung nach einer größeren Auswahl an Leistungserbringern, die sich ändernde Rolle des Krankenhaussektors und die zunehmende Bedeutung von Medicare und Medicaid in der privaten Krankenversicherungsindustrie. Außerdem wird der Trend zur Eigenversicherung auch Einfluss auf die Situation des Wettbewerbs entfalten. Finanzielle Anreize für Patienten werden immer mehr an Bedeutung gewinnen; mehr Augenmerk wird man auch auf die Verbesserung der Beitragsstrukturen legen, eingeschlossen eine merkliche Eigenbeteilung der Patienten. Auch wird verstärkt darauf zu achten sein, Anreize für die Wahl effizienterer Leistungserbringer zu schaffen.

Die Gesundheitspolitik in den Vereinigten Staaten wird allgemein als Ausdruck einer besonderen amerikanischen Einstellung angesehen, die auf Eigenständigkeit und zugleich einem Misstrauen gegenüber staatlichen Maßnahmen beruht. Diese Einstellung hat zur Entstehung des vorwiegend privaten Systems der Gesundheitsversorgung geführt, zur Krankenversicherung als einem “Privileg”, das mit einer Anstellung verbun-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den ist anstatt einem an die Staatsbürgerschaft geknüpften „Recht". Und es hat frühere Versuche einer staatlichen Gesundheitsreform vereitelt.

Seit den 1990er Jahren glaubten viele Experten, dass die steigenden Kosten für die Gesundheitsversorgung die Unternehmen dazu veranlassen würde, bereitwillig neue Mechanismen zur Kostenkontrolle zu begrüßen, selbst wenn solche Kostenkontrollen von Seiten der Regierung kämen. Sowohl Unternehmer als auch Gewerkschaftsangehörige zeigen sich besorgt über die Kosten der Gesundheitsversorgung, über die steigende Zahl der Arbeitgeber, die es sich nicht mehr leisten können, die Krankenversicherung als eine betriebliche Leistung anzubieten, und damit über das wachsende Problem des mangelnden Zugangs zu einer angemessenen Gesundheitsversorgung.

Die derzeitige Debatte über die Gesundheitsreform steht unter dem Einfluss der Diskussionen der *Jackson Hole Group* der frühen 1990er Jahre, die davon ausging, dass die Vereinigten Staaten eine Strategie des „gelenkten Wettbewerbs" annehmen müssen. Gemeint ist damit eine marktbasierte Politik des kontrollierten bzw. regulierten Wettbewerbs unter Versicherungsträgern, in dem für Versicherungsträger, Ärzte und andere Leistungserbringern Anreize gesetzt werden, um die Qualität zu verbessern, den Zugang zu erweitern sowie zugleich auch die Kosten zu kontrollieren. Gefordert ist ein "strammer Wettbewerb unter den Gesundheitsversorgungsplänen" durch die Schaffung großer regionaler Gesundheitsbündnisse bzw. Kooperativen für die Gesundheitsversorgung.[247]

In Zukunft werden sich Wettbewerbsmodelle wahrscheinlich am Wahlverhalten der Verbraucher und an einigen Kernkonzepten des gelenkten Wettbewerbs orientieren. Den Verbrauchern werden zunehmend Informationen zur Verfügung stehen und das wird ihnen, weil sie nun besser durchdacht wählen können, den Vergleich von Leistungserbringern und Finanzierungssystemen ermöglichen.[248] Die Informationstechnologie (IT) wird ein wichtiger Bestandteil dieser neuen Wettbewerbssituation im Gesundheitswesen sein, und sie wird von Verbrauchern und Leistungserbringern auf jeden Fall unterschiedlich genutzt werden. Die Leistungserbringer werden die IT nutzen, um die Informationen über ihr Streben nach höherer Effizienz und verbesserter Qualität zu organisieren und zu präsentieren, und um beim Verbraucher die „Werbetrommel zu rühren". Die Verbraucher wiederum werden die IT nutzen, um sich die besten Angebote des besten Leistungserbringers „zu ergattern", den sie finden können.[249] In ihren Bemühungen, im Geschäft um die Verbraucher konkurrenzfähig zu sein, werden die Leistungserbringer gezwungen sein, die Qualität und die Ergebnisse zu verbessern. Dies erfordert natürlich mehr und bessere Informationen über die verschiedenen Leistungserbringer auf dem Markt.

Verbraucherorientierte Gesundheitspläne könnten auf verschiedenste Arten das amerikanische Gesundheitssystem beeinflussen. Die Finanzierungssysteme werden sich mit

247 *Zeman, Michelle* (1993), "Health Care in an era of managed competition", The CPA Journal, November, 1993, S. 1.

248 *Ginsburg, Paul B.,* Competition in Health Care, Fn. 139.

249 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sicherheit ändern, jedoch wird es auch Änderungen geben, die sich auf die medizinische Praxis, die Gestaltung des medizinischen Managements und sogar auf die Mischung aus Spezialkrankenhäusern gegenüber Allgemeinkrankenhäusern und Diensten der Grundfürsorge beziehen. Ähnlich wie die unter Managed Care aufgetretenen Verlagerungen der Finanzierung wird auch die verbraucherorientierte Gesundheitsversorgung Einfluss auf die von Krankenhäusern betriebenen Kostenverlagerungsstrategien nehmen, ebenso wie auf deren Fähigkeit, ihre traditionelle Rolle des „Nutzens für das Gemeinwesen" zu erfüllen.

Krankenhäuser werden sich wahrscheinlich weiterhin zusammenschließen. Dazu motiviert werden sie zum Großteil durch ihren realtiv schwindenden Marktanteil bei gleichzeitig zunehmender Konkurrenz. Das wird den Krankenhäusern neue Gelegenheiten geben, innovative Partnerschaften zu entwickeln, möglicherweise durch eine Kombination aus ehemals profitorientierten Krankenhäusern und gemeinnützigen Krankenhäusern, um so neue Krankenhaussysteme zu schaffen.[250]

Bei der Entwicklung von neuen Wettbewerbsansätzen wird Medicare vermutlich stärker und in größerem Umfang Einfluss auf das amerikanische Gesundheitssystem gewinnen, und seine Ausgaben werden infolge des Eintritts der Babyboom-Generation in das Rentenalter ansteigen. Medicare wird die private Versicherungsindustrie weiterhin hinsichtlich der Regelungen zur Rückerstattung sowie der Qualitäts- und Leistungsbemessung beeinflussen.[251] Der Wettbewerb wird sicherlich auch in Zukunft eine wichtige Rolle im Gesundheitssystem der Vereinigten Staaten spielen, in welcher Form und mit welchen Einschränkungen jedoch, das wird sich erst noch zeigen. Wer wird den größten Einfluss über die Zukunft des Gesundheitswettbewerbs in den Vereinigten Staaten ausüben – der Staat, die Leistungserbringer, die Versicherer oder die Bürger? Diese Frage bleibt vorerst ungelöst.

250 Ibid.

251 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Literatur

Annas, George J., A national Bill of Patient's Rights, 338 NEW ENG. J. MED., 10, 695, 697-699 (1998).

Arensmeyer, John, Business Eyes the California Health Reform Debate, Small Business Review, Feb 11, 2007, abrufbar unter: http://smallbusinessreview.com/for_the_boss/california-health-reform-debate-business/.

Arnould, Richard J., Robert F. Rich and *William D. White* (1993), "Competitive Reforms: Context and Scope", in: *Richard J. Arnould, Robert F. Rich* and *William D. White* (Editors), Competitive Approaches to Health Care Reform, Washington D.C. Urban Institute Press, 1993.

Arnould, Richard J., Robert F. Rich, William D. White and *Charles Copeland* (Editors), Competitive Approaches To Health Care Reform. Washington D.C. Urban Institute Press, 1993.

Arlen, Jennifer and *W. Bentley MacLeod*, Torts, Expertise and Authority: Liability of Physicians and Managed Care Organizations, Univ. of Southern California Law School Research Paper No. 03-9 (April 2003), abrufbar unter http://papers.ssrn.com/abstract=405740.

Asplin, B.R. (2001),"Tying a knot in the unraveling health care safety net." ACADEMY OF EMERGENCY MEDICINE, 8:1075-9.

Bamezai, Anil, Jack Zwanziger, Glenn Melnick and *Joyce Mann,* Price Competition and Hospital Cost Growth in the United States (1989-1994), 8 HEALTH ECON. 3, 233 (1999).

Barnes, John, Failure of Government Central Planning: Washington's Medical Certificate of Need Program, abrufbar unter http://www.washingtonpolicy.org/HealthCare/PBBARNESCON.htm (January 2006).

Berenson, Robert A. (1997), Beyond Competition, Health Affairs, 16(1), 171-180.

Blendon, Robert J, Tami, Buhr, Channtal Fleischfresser and *John M. Benson* (2006), The Massachusetts Health Reform Law: Public opinion and perception, The Blue Cross Blue Shield of Massachusetts Foundation, abrufbar unter http://www.bcbsmafoundation.org/foundationroot/en_US/documents/2006HealthReformPollingreport.pdf

Bloche, M. Gregg (2006), Consumer-Directed Health Care, New England Journal of Medicine, Vol 355, No. 17; 1756-1759.

Bok, Derek, "The Great Health Care Debate of 1993-94 Online Journal of Discourse Leadership, abrufbar unter: http://www.upenn.edu/pnc/ptbok.html.

Brown, V.Y. and *B.R. Hartung* (1998), Managed Care at the Crossroads: Can Managed Care Organizations Survive Government Regulation? ANNALS OF HEALTH LAW; 25-72.

Bruen, Brian K. and *John Holahan* (2001), Medicaid Spending Growth Remained Modest in 1998, But Likely Headed Upward, The Urban Institute, abrufbar unter: http://www.urban.org/url.cfm?ID=1000321.

Casalino, Lawrence P., et al., Focused Factories? Physician-owned Specialty Facilities, 22 Health Affairs 56, 58-59 (2003).

Claxton, G,. et al., Employer Health Benefits: 2005 Annual Survey, September 2005, http://www.kff.org/insurance/7315/index.cfm.

Clement, J.P., "Dynamic Cost Shifting in Hospitals: Evidence from the 1980s and 1990s," Inquiry 34, No. 4 (1997/98): 340–350.

Dimmitt, Barbara Sande, "Managed care has become the dominant mode of health care delivery in the United States, and providers must deliver not only on price, but also on value, quality, and performance" - special edition: The State of Health Care in America 1995. Business & Health, Annual, 1995.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dobson, Allen, Joan DaVanzo and *Namrata Sen*, The Cost-Shift Payment 'Hydraulic': Foundation, History, And Implications, Health Affairs, 25, No. 1 (2006): 22-33.

Dranove, David, "Demand Inducement and the Physician-Patient Relationship" Economic Inquiry 24 (1988): 282-298.

Enthoven, Alain C. and *Victor R. Fuchs*, Employment-Based Health Insurance: Past, Present, And Future, Health Affairs, 25, No. 6 (2006): 1538-1547.

Field, Marilyn Jane and *Harold T. Shapiro*, Employment and Health Benefits: A Connection at Risk (1993).

Friedman, Milton, A Way out of the Soviet-Style Health Care, Wall St., J., Apr. 17, 1996, unter A20.

Gage, B. (1998), The History and Growth of Medicare Managed Care, HEALTH AFFAIRS, Summer, 11-18.

Gaynor, Martin and *Deborah Haas-Wilson* (1999), Change, Consolidation, and Competition in Health Care Markets, 13 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 1, 1999, 141-64.

Gift, Tom, Richard Arnould and *Larry DeBrock* (2002), Is Healthy Competition Healthy: New Evidence of the Impact of Hospital Competition, 39 INQUIRY 1, 2002, 45-55.

Ginsburg, Paul B. (2005), Competition In Health Care: Its Evolution Over The Past Decade. Health Affairs, 24 (6): 1512-1522.

Ginsburg, Paul .B, "Can Hospitals and Physicians Shift the Effects of Cuts in Medicare Reimbursement to Private Payers?" Health Affairs 22 (2003): w472–w479.

Gold, Marsha (2006), Commercial Health Insurance: Smart or Simply Lucky? Health Affairs, 25, No. 6: 1490-1493.

Goodman, John, A Healthy Choice for Sick Patients, Wall St. J., Oct. 17, 1995, unter A20.

Gottlieb, Scott and *Thomas A. Einhorn* (1997), Managed Care: Form, Function, and Evolution, JOURNAL OF BONE JOINT SURGERY, 79 (1); 125-135.

Gruber, Johnathan, "The Impact of the Tax System on Health Insurance Decisions," International Journal of Health Care Finance and Economics 1, No. 3–4 (2002): 293–304.

Guadagnino, Christopher (1997), The rise of the physician employee, Physicians News Digest, unter: http://physiciansnews.com/cover/797wp.html.

Hacker, Jacob S. (1997), The Road to Nowhere: The Genesis of President Clinton's Plan for Health Security. Health Affairs, 47.

Haislmaier, Edmund F. (2006), The Significance of Massachusetts Health Reform, The Heritage Institute, Webmemo # 1035, abrufbar unter: http://www.heartland.org/Article.cfm?artId=20094.

Hammer, Peter J. and *William M. Sage*, Competition & Consolidation: Critical Issues In Hospital Antitrust Law 22 HEALTH AFFAIRS 88 (2003).

Hastings, Douglas A. (1998), Patients' Rights meet Managed Care: Understanding the Underlying Conflicts, 31 J. HEALTH L. 3, 241; dort 273.

Havighurst, Clark C., James F. Blumstein and *Troyen A. Brennan,* (1998). Health Care Law and Policy, 2nd Ed. Foundation Press, New York.

Hayden, Eric (2005), "Non-Profit Hospitals Face Structural As Well As Financial Challenges: Lessons from Massachusetts." Working Paper 1003, Financial Services Forum, College of Management, University of Massachusetts-Boston, S. 3.

Holohan, John and *Lee Nichols,* State Health Policy in the 1990's, in: *Rich, Robert F. and William D. White* (Editors), Health Policy, Federalism, and the American States 1996, dort 39.

Hooker, Roderick S. (2006), Physician assistants and nurse practitioners: the United States Experience, Medical Journal of Australia, 185 (1): 4-7.

Hyman, David A., Hospital Conversions: Fact, Fantasy, and Regulatory Follies, 23 Journal of Corporate Law, 741 (1998).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Iglehart, John K. (2006, Will Employer-Sponsored Health Insurance Endure? Health Affairs, 25, No. 6.

Improving Health Care: A Dose of Competition. Report to the Federal Trade Commission and Department of Justice, July 2004, Chap. 3, S. 9.

Interim Report of the President's Advisory Commission, Consumer Bill of Rights and Responsibilities, (November, 1997) abrufbar unter: http://www.hcqualitycommission.gov/press/cbor.html.

Interstudy Publications (1998), HMO Trend Report 1987-1997.

Kaestner, Robert, You Get What You Pay For: Consumer Choice and Employer-sponsored Health Insurance, in: *Rich, Robert F.* and *Christopher T. Erb* (Editors), Consumer Choice: Social Welfare and Health Policy, Transactions, 2005.

Kaplan, Richard (1998), Taking Medicare Seriously, UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW; 777-779.

Kilborn, P.T., Trend to Managed Care is Unpopular, Surveys Find, N.Y. Times, Sept. 28, 1997.

Knott, Jack and Robert R. Rich, The Politics of Health and Social Welfare in the United States, in: *Rich, Robert F. and Christopher T. Erb* (Editors), Consumer Choice: Social Welfare and Health Policy, Transactions, 2005.

Korobkin, Russell (1999), The Efficiency of Managed Care Patient Protection Laws: Incomplete Contracts, Bounded Rationality, and Market Failure, 85 CORNELL LAW REVIEW 1, 10-11 (1999).

Korobkin, Russell, The Failed Jurisprudence of Managed Care, and How to Fix It: Reinterpreting ERISA Preemption 51 UCLA L. REV. 457 (2003).

Lee, J.S., et al., "Medicare Payment Policy: Does Cost Shifting Matter?" Health Affairs 22 (2003): w480–w488.

Leung, Lester (2006), Careers in Medicine: Private Practice. The Next Generation, 2(5), unter: http://www.nextgenmd.org/vol2-5/private_practice.html

Levit, Katharine, et al., Health Spending Rebound Continues in 2002, 23 Health Affairs 147, 155 (2004).

Lubitz, James D., James Beebe and *Colin Baker* (1995), Longevity and Medicare Expenditures, 332 THE NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE 15; 999-1003.

Maiuro, Lisa Simonson, Helen Schneider and *Nicole Bellows,* "Endangered Species? Not-for profit hospitals face tax-emption challenges", (September 2004), Healthcare Financial Management.

Marstellar, J.A., R.R. Bovbjerg, L.M. Nichols and *D.K. Verrilli* (1997), The Resurgence of Selective Contracting Restrictions, JOURNAL OF LAW AND MEDICINE; 97-113.

McDonough, John E. (1997), Tracking the Demise of State Hospital Rate Setting. Health Affairs, 16(1); 142-149.

McGinely, Patrick John (1995), Beyond Health Care Reform: Reconsidering Certificate of Need Laws in a Managed Competition System, FL. ST. UNIV. L. REV.

Mechanic, Robert E. (2004), Medicaid's Disproportionate Share Hospital Program: Complex Structure, Critical Payments. National Health Policy Forum Background Paper, Sept. 14, 2004.

Morrisey, M.A., "Cost Shifting: New Myths, Old Confusion, and Enduring Reality," Health Affairs 22 (2003): w489–w491.

Morrisey, Michael A., R.L. Ohsfeldt and *V. Johnson,* Effects of Any Willing Provider and Freedom of Choice Laws on HMO Market Shares, Paper presented at the ASSOCIATION FOR HEALTH SERVICES RESEARCH Convention, (June 1998).

National Association of State Budget Offices (NASBO), The Fiscal Survey of State, May 2002, and Medicaid and other State Health Care Issues, the Current Situation. A Supplement to the Fiscal Survey of States, May 2002.

Nichols, Len M. and *Ann S. O'Malley,* Hospital Payment Systems: Will Payers Like The Future Better Than The Past?, Health Affairs, 25, No. 1 (2006): 81-93.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Picone, Gabriel, et al., Are For-Profit Hospital Conversions Harmful to Patients and to Medicare? 33 Rand Journal of Economics, 507 (2002).

Reinhardt, Uwe (2000), "Economics of For-Profit and Not-For Profit Hospitals", Health Affairs, S. 178-185.

Rich, Robert F. and *Christopher T. Erb* (2005), "The Two Faces of Managed Care Regulation and Policymaking, The Stanford Law and Policy Review 16(1).

Roan, Shari, "More Choice, at a Cost: Consumer-directed Health Plans Give Patients Freedom to Choose – And a Larger Bill" Los Angeles Times, August 16, 2004.

Rochaix, Lise, "Information Asymmetry and Search in the Market for Physicians' Services" Journal of Health Economics 8 (1989): 53-84.

Robinson, James C. (2005), Managed Consumerism In Health Care, Health Affairs, 24, No. 6: 1478-1489.

Robinson, James C. (2006), The Commercial Health Insurance Industry In An Era Of Eroding Employer Coverage, Health Affairs, 25, No. 6: 1475-1486.

Rosenblatt, Rand E., Sylvia A. Law and *Sara Rosenbaum,* Law and the American Health Care System 1997.

Sage, William D., David A. Hyman and *Warren Greenburg.* (2003) Why Competition Law Matters to Health Care Quality, Health Affairs, 22(2), pg. 32.

Scandlen, Greg (2005), Consumer-Driven Health Care: Just A Tweak Or A Revolution? Health Affairs, 24, Nr. 6: 1554-1558.

Scandlen, Greg (2000), "Defined Contribution Health Insurance," Policy Backgrounder #154, National Center for Policy Analysis, October 26, 2000.

Selden, Thomas M. and *Bradley M. Gray*, Tax Subsidies For Employment-Related Health Insurance: Estimates For 2006, Health Affairs, 25, No. 6 (2006): 1568-1579.

Simon, Carol (1997), Economic Implications of "Any Willing Provider" Legislation (unpublished manuscript prepared for the Second Industrial Organization of Health Care Conference).

Sing, Merrile, Steven Hill, Suzanne Smolkin and *Nancy Heiser*, The Costs and Effects of Parity for Mental Health and Substance Abuse Insurance Benefits, DEPT. HEALTH HUMAN SERV'S, SAMHSA, (1998), abrufbar unter http://www.mentalhealth.org/publications/allpubs/Mc99-80/prtyfnix.asp.

Spillman, Brenda C. and *James Lubitz* (2000), The Effect of Longevity on Spending for Acute and Long Term Care, 342 THE NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE 19; 1409-1415.

Starr, Paul, The Social Transformation of American Medicine, 1982.

Stone, Deborah, The False Promise of Consumer Choice, in Consumer Choice: Social Welfare and Health Policy, Robert F. Rich and Christopher T. Erb, Editors, Transactions, 2005.

Steuerle, Gene, Medical Savings Accounts: Can One Solve Half a Problem?, 71 Tax Notes 537 (1996).

Sullivan, C.B. and *T. Rice* (1991), The Health Picture in 1990, HEALTH AFFAIRS, Summer 1991; 104-115.

The President`s Advisory Commission on Consumer Protection and Quality in the Health Care Industry, Final Report (1998), "Quality First: Better Health Care for All Americans," abrufbar unter http://www.hcqualitycommission.gov/.

Trzeciak, S. and *E.P. Rivers* (2003), "Emergency department overcrowding in the United States: an emerging threat to patient safety and public health", EMERGENCY MEDICINE JOURNAL, 20:402-405.

Vladeck, Bruce C. (2006), Paying For Hospitals' Community Service, Health Affairs, 25, No. 1: 34-43.

Volpp, Kevin G.M., Sankey V. Williams and *Mark V. Pauly* (2003), Market Reform in New Jersey and Quality of Care: A Cautionary Tale. Leonard Davis Institute Issue Brief Vol. 8, No. 7. abrufbar unter: http://www.upenn.edu/ldi/issuebrief8_7.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Weissert, Carol S. and *William G. Weissert,* Governing Health: The Politics of Health Policy, 1996, 186.

Welch, J.J. (1998), Managed Care: The Dominant Paradigm in U.S. Healthcare, JOURNAL OF AHIMA.

Woolhandler, Steffie, Terry Campbell and *David Himmelstein,* Costs of Health Care Administration in the United States and Canada, New England Journal of Medicine, 349(8); 2003, 768-775.

Zachary, Monica (2000), Any-Willing Provider Laws as a Case of Managed Care Regulation, (unveröffentlichtes Manuskript, in den Akten der University of Illinois at Urbana-Champaign).

Zelman, Walter A. and *Robert A. Berenson,* The Managed Care Blues and How to Cure Them, 1998, 11.

Zeman, Michelle (1993), "Health Care in an era of managed competition", The CPA Journal, November, 1993; S. 1.

Zwanziger, Jack and *Glenn Melnick* (1988), The Effects of Hospital Competition and the Medicare PPS Program on Hospital Cost Behavior in California, 7 JOURNAL OF HEALTH ECONOMICS 4, 1988; 301-320.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auswertung

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahl und Wettbewerb als Strukturmerkmale des Gesundheitsrechts – Rechtsvergleichende Analyse von Steuerungsinstrumenten in der Krankenhausversorgung Deutschlands, der Niederlande, der Schweiz und der USA

Markus Sichert und Friso Ross

I. Der instrumentale Charakter des Wettbewerbs in der Gesundheitsversorgung 511

II. Wahl und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung 512
1. Wahlmöglichkeiten – Typologie, Zuordnung und Systematisierung 513
a) „Grundentscheidungen“ 513
aa) Systemrelevante Ausrichtung der Versorgungstätigkeit des Krankenhauses 513
bb) Absicherung des Risikos der Bedürftigkeit stationärer Behandlung nach Art der Versicherung 514
b) Wahloptionen nach Art der rechtlichen Gewährung 516
c) Funktionale Zuordnung zu Wettbewerbsverhältnissen 518
2. Der Einsatz von Wahlmöglichkeiten zur Zielerreichung 520
a) Erwartungen an Wettbewerbselemente 520
b) Ansatzpunkte für Wettbewerbselemente 522
aa) Verbraucherorientierte Anreize der Wahl des Krankenhauses und der krankenhausbezogenen Wahl des Versicherers 522
bb) Ansatzpunkte im Verhältnis der Kostenträger zu den Krankenhäusern 523
cc) Wettbewerb zwischen Versicherern und Wettbewerb zwischen Krankenhäusern 524
(1) Versicherer 524
(2) Krankenhäuser 525
c) Regulatorische Begrenzung von Wahlmöglichkeiten 526
d) Zur Erfolgswirksamkeit wettbewerblicher Instrumente 527
aa) Preisstabilität und Kostenkontrolle 527
bb) Schaffung kooperativer Versorgungsstrukturen 528
cc) Allgemeiner Versicherungsschutz 529
dd) Wahlverhalten und Informationsangebot 529
3. Fortentwicklung institutioneller und organisatorischer Strukturen 530
a) Finanzierungsstrukturen 530
b) Trägerstrukturen (Leistungserbringer und Versicherer) 531
c) Wettbewerbsrecht und -kontrolle im Krankenhaus- und Gesundheitswesen 532
aa) Krankenhauswettbewerb 532
bb) Versicherungswettbewerb 533
cc) Wettbewerbsrelevante Vertragsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Versicherern 535

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

III. Wettbewerb als Strukturprinzip des Gesundheitsrechts und „Gesundheitswettbewerbsrecht“ 536

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die in den Studien zu Deutschland, den Niederlanden, der Schweiz und den USA aufgezeigten Strukturkomponenten sowie Bedingungs- und Wirkungszusammenhänge normativer Steuerung in der Krankenhausversorgung sind komplex und mehrdimensional. Klassifikation und Evaluation sowohl des Einsatzes als auch der Kontrolle wettbewerblicher Elemente in den untersuchten gemischt wettbewerblich-regulativen Systemen werden daher in differenzierter Form vorgenommen. Die Reflexion der vielfältigen Erfahrungen in den Ländern ermöglicht eine Verdichtung dieser Erfahrungen zu Beurteilungsgrundlagen, um annäherungsweise gemeinschaftliche Maßstäbe anzulegen, mittels derer sich Funktionalität und Konsequenz normativer Steuerung durch Wettbewerb zugunsten einer effizienten und wohlfahrtsfördernden Gesundheitsversorgung rechtsvergleichend bewerten lassen.

I. Der instrumentale Charakter des Wettbewerbs in der Gesundheitsversorgung

Der skizzierte Bewertungsansatz folgt der Erkenntnis, daß die rechtliche Konzeptualisierung der Wettbewerbsidee im Gesundheitswesen insbesondere der europäischen Staaten überwiegend *instrumentellen Charakter* angenommen hat. Dies gilt es an prominenter Stelle hervorzuheben, denn die normative Verankerung von Wahloptionen läßt sich nicht losgelöst davon ermessen, welchen Zielen sie dient.

Demnach bilden nicht in erster Linie die Förderung und Ermöglichung des Wettbewerbs um der – teilweise verfassungsrechtlich verbürgten – Freiheit der Akteure willen als vielmehr die Indienststellung des Wettbewerbs für gesundheitspolitische Zwecke den Hintergrund normativer Steuerungsaktivitäten der jüngeren Zeit. Dies ist zwar je nach Wettbewerbsverhältnis und „Marktsegment" sowie in Abhängigkeit der Durchsetzungsfähigkeit des traditionellen Wettbewerbverständnisses im Gesundheitswesen graduell unterschiedlich. Indes folgt der wettbewerbliche Ansatz – vor allem bezogen auf die Wahl der Versicherung und die Beziehungen zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern – zumeist der Überlegung: Wie viel bzw. bis zu welcher Grenze soll Wettbewerb eröffnet werden, um Effizienz- bzw. Qualitätsreserven zu erschließen (*Deutschland, Niederlande*; teilweise: *Schweiz*)? Oder aber: Welcher Art Regulierung bedarf es, damit ein für die Versorgung der Bevölkerung adäquater Wettbewerb überhaupt stattfinden kann (*USA*, teilweise: *Schweiz*)? Für die *Schweiz* etwa seien die „Transformation" eines auf dem Versicherungsmarkt vormals vorzufindenden freien Selektionswettbewerbs in ein Obligatorium mit effektiven Wahlrechten sowie der Einsatz zukünftig *schweizweit* einheitlicher DRG hervorgehoben.

Es hat sich gezeigt, daß die Instrumentalisierung wettbewerblicher Strukturen oftmals gerade mit den Mitteln der Regulierung erzielt wird (insbesondere in *Deutschland*, teilweise in der *Schweiz*, in den *Niederlanden*). So ermöglicht und befördert Preisregu-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lierung für Krankenhausleistungen mittels (vorwiegend) einheitlicher DRG nach Vorstellung des Normgebers und in der Konsequenz normativer Steuerungsansätze einen Qualitäts-, Spezialisierungs- und Mengenwettbewerb (*Deutschland*, *Schweiz*; teilweise: *Niederlande*). Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß derartige Ansätze unbedingt zielführend sind.

Der instrumentale Charakter des regulierten Wettbewerbs wird insbesondere aus ökonomischer Sicht kritisch hinterfragt (*Deutschland,* teilweise: *Schweiz*), und in den *USA* existiert ohnehin die Vorstellung, das Vorherrschen von Wettbewerb als solchem sei heilsam, nur müsse dieser aus sozialpolitischen Gründen regulierend flankiert werden. Dennoch ist festzuhalten: Der einem funktionalen Verständnis folgende Wettbewerb und die Steuerung mittels hoheitlicher Regulierung sind nicht antinomisch, sondern vielfach *relativ und interdependent*. Der dezidiert funktionalen Ausrichtung des Wettbewerbs in diesem Sinne entspricht es auch, wenn zum Beispiel die selektivwettbewerbliche Organisation transsektoraler Versorgung durch eine Anschubfinanzierung befördert wird (*Deutschland*, *Niederlande*), die sich aus regulatorisch-interventionistischer Vergütungsabschlägen an anderer Stelle speist (vor allem *Deutschland*, vormals).

Sind jedoch wettbewerbliche oder wettbewerbsrelevante (etwa marktzutrittsrelevante) Verhaltensspielräume erst einmal eröffnet, ändert die Instrumentalisierung nichts daran, daß der (ökonomische) Erfolg für das Versorgungsgeschehen insgesamt vor allem durch den (ökonomischen) Erfolg der Wettbewerber vermittelt wird. Hier setzten normative (Anreiz-)Strukturen an, die (Wahl-) Entscheidungen eröffnen.

II. Wahl und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung

Vor diesem Hintergrund sollen die nachfolgend zentralen Erkenntnisse aus der Untersuchung in vier Schritten präsentiert werden: Zunächst werden die in den Ländern vorfindbaren Wahlmöglichkeiten typologisch und systematisierend erfaßt (II.1.). Im Anschluß daran ist der Einsatz der Wahloptionen dahingehend vergleichend zu bewerten, welche Erwartungen damit verfolgt, wie sie zweckgerichtet eingesetzt, wie sie reguliert und wie sie kontrolliert werden (II.2.). Diese Ergebnisse werden durch wettbewerbsspezifisch markante Änderungen institutioneller und organisatorischer Strukturen komplettiert (II.3.), bevor abschließend beantwortet wird, inwiefern sich Wahl und Wettbewerb als (neue) tragende Strukturelemente der Rechtsordnung erweisen und die Herausbildung eines „Gesundheitswettbewerbsrechts“ kennzeichnen oder fördern (III).

Schon vorweg bedarf es hinsichtlich der im Folgenden verwendeten Begrifflichkeiten eines Hinweises: Die Begriffe „Verbraucher“ und „Markt“ werden, der jeweiligen Tradition entsprechend, in den Vergleichsländern in unterschiedlichem Maß und mit unterschiedlichem Vorverständnis verwendet. Bei Wahlmöglichkeiten in der Kranken-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hausversorgung und bei deren Einsatz in Wettbewerbsverhältnissen erweist sich die Rolle des Versicherten als zentral. Bilanzierend und insbesondere im versicherungsrechtlichen Kontext ist daher vorwiegend vom „Versicherten", jenseits dieses Bezugs nur vereinzelt vom Verbraucher die Rede. Überdies werden im Gesundheitssektor unter „Märkten" im engeren Sinne nur der „Leistungs-" bzw. „Krankenhausmarkt" und der „Versicherungsmarkt" (zusammen: „Gesundheitsmarkt") verstanden.[1]

1. Wahlmöglichkeiten – Typologie, Zuordnung und Systematisierung

Wettbewerb ist nur dort eröffnet, wo Wahlmöglichkeiten existieren. Die Untersuchung hat gezeigt, daß Wahlmöglichkeiten im Rahmen der Krankenhausversorgung in unterschiedlichster Form und in höchst unterschiedlichem Umfang angelegt sind.

a) „Grundentscheidungen"

Eine gleichsam erste Stufe normativ verankerter Wahloptionen eröffnet die grundlegende Entscheidung darüber, auf welchem Tätigkeitsfeld bzw. unter welchen Systembedingungen der Akteur in die Wettbewerbsbeziehungen eingebunden ist. Die Entscheidung ist präjudiziell hinsichtlich der (nur) für das gewählte Tätigkeitsfeld bzw. nur in diesem System vorgehaltenen Wahloptionen und zumeist auch für die Grundlagen der Krankenhausfinanzierung. Diese Grundentscheidung kann selbst Ausdruck einer Wahloption oder aber gesetzlich weithin vorgegeben sein. Dieser Zusammenhang ist vornehmlich an der systemrelevanten Ausrichtung der Versorgungstätigkeit des Krankenhauses sowie an der Entscheidung über die Absicherung des Risikos der Bedürftigkeit stationärer Behandlung zu verdeutlichen.

aa) Systemrelevante Ausrichtung der Versorgungstätigkeit des Krankenhauses

Welches versicherungs- und wettbewerbsrechtliche Regime Wahlmöglichkeiten des Akteurs Krankenhaus eröffnet und reglementiert, hängt entscheidend davon ab, auf welche Weise und mit welcher medizinischen und wirtschaftlichen Ausrichtung der Träger des Krankenhauses versorgungsbezogen zu agieren gedenkt:

So steht es dem *deutschen* (privaten) Krankenhausträger frei, sich um die allen Trägern gleichermaßen offen stehende Aufnahme als Plankrankenhaus zu bemühen, um nach erfolgreichem „Markteintritt" am Leistungsmarkt der GKV nach dessen Regeln sowie an der Investitionsfinanzierung teilzuhaben, oder aber als „reine Privatklinik" zu agieren, deren Wirken in zentralen Bereichen anderen (vor allem privatwirtschaftlichen) Regeln unterworfen ist.

1 Näher dazu im Rahmen der funktionalen Zuordnung zu Wettbewerbsverhältnissen unter II.1.c.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das den *schweizerischen* Kantonen bei der Spitalplanung zur Berücksichtigung privater Spitäler eingeräumte Auswahlermessen stellt den Träger vor die Wahl, den an Gegenleistungen (z.B. Notfallversorgung) gekoppelten Status eines öffentlich-subventionierten zu erstreben, der die Aufnahme in die Liste zwar nicht garantiert, jedoch die Erfolgsaussichten maßgeblich erhöht. Die Aufnahme in die Spitalliste ist Voraussetzung dafür, Leistungen nach dem KVG, also der notwendigen Versorgung, zu erbringen; anderenfalls ist allein der weithin wettbewerblich organisierte Markt an Zusatzversicherungsleistungen eröffnet.

Auch in den *Niederlanden* existieren reine Privatkliniken, von denen einige durch Umwandlung in sog. „selbständige Behandlungszentren" mit staatlicher Genehmigung den allgemeinen Krankenhäusern dadurch Konkurrenz machen, daß sie spezialisierte Leistungen nicht stationär zu Lasten der Basisversicherung erbringen.

In den *USA* hat sich gezeigt, daß anstelle allgemeiner Krankenhäuser Spezialkliniken (SSHs) sowie Zentren für ambulante Chirurgie (ASCs) – letztere sind keine Krankenhäuser – gerade in Abhängigkeit von der Vergütungsstrategie durch *Medicare* (Auswahl von Leistungen mit verhältnismäßig hohem Vergütungssatz) sowie abhängig davon entstehen, ob in den betreffenden Staaten Bedarfsprüfungsgesetze (CON-Laws) existieren, welche die Errichtung zusätzlicher Häuser oder Einrichtungen begrenzen könnten. Des weiteren müssen Krankenhäuser, die Gelder durch *Medicare* erhalten wollen, den Notfallbetrieb aller Patienten ohne Rücksicht auf deren Zahlungsfähigkeit sicherstellen, so daß manche Notfallstationen infolge der Überfüllung durch weite Nutzung dieses „allgemeinen Zugangs" aufgegeben werden. Für die notfallversorgenden (privaten) Häuser stellt sich alsdann die Frage nach der Betreibung als gemeinnützige Einrichtung (*not for profit*), die durch Steuervergünstigungen nicht unerheblich staatlich subventioniert werden, wenn „kommunale Leistungen", gemessen an unentgeltlichen und Notfallversorgungen für den Gemeindebereich, erbracht werden.

bb) Absicherung des Risikos der Bedürftigkeit stationärer Behandlung nach Art der Versicherung

Die Grundentscheidung darüber, wie bzw. nach Maßgabe welchen Systems Krankenhausleistungen überhaupt versichert sein sollen, ist nur bedingt der Wahl durch einen Versicherten zugänglich.

Notwendige Leistungen (auch) der Krankenhausversorgung sind in der *Schweiz* einheitlich nach dem KVG versichert. Innerhalb dieses Obligatoriums ist der Verbraucher hinsichtlich der Wahl des Versicherers faktisch auf die sozialen Krankenkassen beschränkt. Obwohl es auch privaten Versicherungsunternehmen offen steht, Leistungen im Obligatorium anzubieten, engagieren sich diese dort nicht, mit der Folge, daß die Privaten bis heute nur im voll wettbewerblich ausgerichteten Zusatzversicherungswesen agieren, insbesondere Spitalzusatzversicherungen anbieten. Innerhalb des Obligatoriums freilich bestehen diverse, vor allem tarifäre Wahlmöglichkeiten, ebenso bei der

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusatzversicherung, die als solche fakultativ ist. Im Jahre 2003 verfügten 71% der obligatorisch Versicherten über eine Spitalzusatzversicherung, welche insbesondere unechte Mehrleistungen abdeckt, die in Halb- oder Privatabteilungen erbracht werden.

Der von der Versicherungspflicht befreite *deutsche* Verbraucher vermag anders als die in der GKV Pflichtversicherten die allgemeinen Krankenhausleistungen im Rahmen einer privaten Krankheitskostenvollversicherung abzudecken. Unter den Voraussetzungen der freiwilligen Versicherung kann er die Art der Versicherung wählen. PKV- wie GKV-Versicherten stehen, auch durch gesetzliche Krankenkassen (lediglich) vermittelbare, Zusatzversicherungen vor allem über Wahlleistungen offen, die dem Privatversicherungsrecht unterfallen. Zusatzversicherungen werden allein durch PKV-Unternehmen angeboten. GKV-Wahltarife zur stationären Versorgung, ein Binnenwahlrecht, fordern diese heraus. 2007 waren 20 Mio. Personen zusatzversichert; über Versicherungen für Wahlleistungen im Krankenhaus verfügten 5,16 Mio. der GKV- und 7,2 Mio. der privat Vollversicherten.

Während in der *Schweiz* theoretisch auch die obligatorische Grundversorgung durch private Versicherungsunternehmen angeboten werden kann, aber bis dato nicht wird, ist der umgekehrte – in der Untersuchung kritisch hinterfragte – Fall des Angebots von Zusatzversicherungen auch durch die sozialen Krankenkassen einschließlich medizinisch nicht notwendiger außerkantonaler Behandlung weit verbreitet, wenngleich quantitativ rückläufig. Ebenso sind die nunmehr unter einheitlichem Recht organisierten (privatrechtlich verfaßten) Krankenversicherer in den *Niederlanden* sowohl Anbieter der für alle Einwohner maßgeblichen Basisversicherung als auch von Zusatzversicherungen. Mit der Annahme der Versicherung im Basistarif darf zwar kein Junktim in Form des Abschlusses von Zusatzversicherungen verbunden werden; allerdings läßt die Attraktivität des Angebotes aus einer Hand den Markt einheitlich als attraktiv erscheinen. Der hohe Anteil von Zusatzversicherungen (93% der obligatorisch Versicherten) ist insbesondere der Absicherung der Kosten für zahnärztliche Behandlung geschuldet.

Der obligatorische Teil des *US-amerikanischen Medicare*-Programms erfaßt Krankenhausleistungen, wie diese ebenfalls zum durch *Medicaid* abgedeckten Leistungsspektrum gehören. Auch das *SCHIP*-Programm erfaßt Krankenhausleistungen; Details hängen von der Ausgestaltung des jeweiligen staatlichen Programms ab. Bezogen auf private Versicherungen ist das Bild außerordentlich vielschichtig und insoweit grundsätzlich ein Spektrum an Wahloptionen eröffnet: Traditionelle private Versicherungen erfassen Krankenhausleistungen nach dem Prinzip von Einzelleistungsvergütung und Erstattung und sehen regelmäßige Selbstbehalte oder prozentuale Selbstbeteiligungen vor. Der Arbeitgeber kann ferner das Risiko bzw. die Versicherung der Kosten für die Gesundheitsversorgung einschließlich der stationären Behandlung selbst übernehmen. *MCOs* versichern die Kosten der Krankenhausversorgung, die teils in eigenen Einrichtungen erbracht wird, wobei die Inanspruchnahme einer Einrichtung besonders überwacht bzw. reglementiert wird. Ebenso wie *HMOs* agieren auch *PPOs* als *MCOs*, wobei

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die in *PPO*-Plänen ermöglichte Wahl verschiedener (externer) Krankenhäuser üblicherweise durch Preisabschläge hinsichtlich der Vergütungssätze „erkauft" wird.

b) Wahloptionen nach Art der rechtlichen Gewährung

Im Vordergrund normativer Steuerung durch Verhaltensanreize stehen gesetzlich verbürgte Wahlrechte und Vertragsfreiheiten sowie vertraglich fundierte Wahlrechte. Keinesfalls zwingend indes korrelieren Art und Umfang der Gewährung mit der gesetzgeberischen Grundentscheidung für die Ausgestaltung des Versicherungssystems.

Dies erweist sich zunächst bei der Frage, ob der Versicherte – bezogen auf notwendige Krankenhausleistungen, also ohne Berücksichtigung von Zusatzversicherungen – zur Wahl zwischen Sachleistung und Kostenerstattung berechtigt ist: So kann der in der *niederländischen* Basisversicherung vertragspartnerschaftlich (Pflicht-)Versicherte ebenso wie der in *Deutschland* kraft Gesetzes bei der gewählten Körperschaft anstelle des Sachleistungsprinzips Kostenerstattung wählen. Im übrigen ergibt sich der Sachleistungsanspruch unbeschadet gesetzlicher Vorgaben in den *Niederlanden* aus Vertrag, während er für das *deutsche* GKV-System gesetzlich fundiert ist. Der in *Deutschland* obligatorisch (v.a. im Basistarif) oder wegen Befreiung von der GKV-Versicherungspflicht privat Versicherte hingegen ist – grundsätzlich – ebenso an das Kostenerstattungsprinzip[2] gebunden, wie dies für Zusatzversicherungen gilt. Dem im *schweizerischen* Obligatorium öffentlich-rechtlich Versicherten steht gesetzlich kein Anspruch zu, ohne Weiteres Naturalleistung einfordern zu können. Vielmehr ist das System der obligatorischen Krankenversicherung vom Kostenerstattungsprinzip geprägt. Die Versicherer können davon aber abweichen und Naturalleistung in ihren Policen anbieten. Auf dem privatrechtlich ausgestalteten Zusatzversicherungsmarkt ist ohnehin jegliche Form der Kostenschuldnerschaft möglich.

Die Unterscheidung zwischen Sachleistung und Kostenerstattung schärft den Blick für die Inhaltsbestimmung anderer Wahlrechte des Verbrauchers, insbesondere des Rechts der Wahl des Krankenhauses. Die bereits gesetzlich unvollkommen verbürgte Freiheit der Krankenhauswahl durch den *deutschen* GKV-Versicherten ist an die Übernahme des „Mehrkostenrisikos"[3] gekoppelt, d.h. selbst bei notwendiger Behandlung läuft der Versicherte Gefahr, nicht eigenleistungsfrei und somit aus seiner Sicht nicht hinreichend versichert zu sein. Diesem vor allem aus Planungsgründen restriktiv ausgestalteten „Wahlrecht" steht das im *deutschen* Privatversicherungsrecht vertraglich verankerte Recht der freien Wahl des Krankenhauses ohne Beschränkung des Umfangs der Kostenerstattung gegenüber. Das dort ohnehin nicht erkannte Mehrkostenrisiko wird systemintern bzw. bezogen auf das Wettbewerbssystem insgesamt austariert, nicht

2 Siehe aber zu der „unmittelbaren Abrechnung der Leistungen... mit deren Erbringern" als „zusätzliche Dienstleistung" und Inhalt der Krankheitskostenversicherung nach § 192 Abs. 3 Nr. 5 VVG; diese ist ebenfalls Ausdruck einer Konvergenz der Systeme.

3 Unbeschadet der Vereinheitlichung der Preise im Zeichen der DRG.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aber die unwirtschaftliche Einzelentscheidung sanktioniert. Der in den *Niederlanden* im Wege einer Sachleistungspolice Versicherte ist an die Wahl des mit dem Krankenversicherungsunternehmen vertraglich verbundenen Unternehmens gebunden; allein Kostenerstattungsverträge ermöglichen die Wahl die freie Wahl des Krankenhauses. Auch in der *Schweiz* und den *USA* kann eine Einschränkung der Krankenhauswahl im Wege besonderer Versorgungsformen bei dort zuweilen ausnahmsweise maßgeblicher Sachleistungsgewährung erfolgen. Ungeachtet dessen besteht im allgemeinen Obligatorium der *Schweiz* ebenfalls das Mehrkostenrisiko für eine aus medizinischen Gründen nicht notwendige außerkantonale Behandlung, wenn diese mit höheren Kosten verbunden ist als in einem Spital, welches auf der Spitalliste des Wohnortkantons verzeichnet ist; dort kommen Zusatzversicherungen ins Spiel.

Demgegenüber ist es den Verbrauchern in allen Systemen grundsätzlich möglich, Kostenrisiken bzw. Risiken erhöhter Eigenbeteiligung bei Selbstbehalten in besonderer Weise bewußt zu übernehmen, und dieses wahlbedingt übernommene Risiko wird tarifär privilegiert.

Spezielle rechtliche Absicherungen flankieren Wahlrechte zumeist dann, wenn diese der Ausgestaltung oder Umsetzung von Grundpflichten dienen. Dies gilt in erster Linie für die Pflicht, sich zu versichern. Die Entscheidungsfolgen der Wahl sind in besonderer Weise gesetzlich verankert, sowohl in Bezug auf die Begründung als auch die Beendigung des Versicherungsverhältnisses bei einem Versicherer: Unabhängig vom Gesundheitsstatus herrscht im *Schweizer* Obligatorium und der *deutschen GKV* grundsätzlich ebenso Aufnahmezwang der Krankenkassen wie in den *Niederlanden* und im Basistarif der *deutschen PKV* ein Kontrahierungszwang der Versicherungsunternehmen. Das Recht, zu wechseln, ist grundsätzlich verbürgt und zumeist nur durch eine Mindestbindung zeitlich konditioniert. Hinzu kommen mit kürzeren Fristen bemessene Sonderkündigungsrechte im Falle von Prämienerhöhungen wie in der *Schweiz* und in der *deutschen GKV*.

Wahlrechte sind vielfach als gesetzlich bzw. satzungsrechtlich verankerte Gestaltungs-, Erklärungs- oder Beitrittsrechte verankert. Dieser Kategorie gehören – vor allem in *Deutschland* und in der *Schweiz* – die Begründung der Gewährung von Wahltarifen und -franchisen sowie der Teilnahme an integrierten Versorgungsformen an. In den *Niederlanden* und den *USA* sind solche Inhalte gestaltende Bestandteile des Versicherungsvertrags(modells). Im Sinne dieser Unterscheidung bildet die Möglichkeit der Einschreibung in besondere Versorgungsformen (z.B. die integrierte Versorgung in *Deutschland*) zuweilen eine zusätzliche Wahloption innerhalb des bereits begründeten Versicherungsverhältnisses, während sie im zumeist von Anfang an darauf zugeschnitten Privatversicherungsverhältnis als dessen alternative Begründung direkt mit dem Abschluß des Versicherungsvertrages verbunden ist. Aus Sicht der Verbraucher stehen „Managed Care“ und „Choice“ daher in einem komplexen Verhältnis zueinander. Die Integrierte Versorgung in Deutschland ist als Optionsmodell innerhalb des Versorgungsverhältnisses mit Teilnahmebegründungsoption des Versicherten konzipiert. In

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anderen Ländern bestimmen und betonen Managed-Care-Modelle entweder die leistungsbezogene Ausgestaltung nach Maßgabe des Versicherungsverhältnisses (*USA*) oder rekurrieren – soweit nicht eher selten besonders zugeschnittene Sachleistungspolicen betroffen sind – überwiegend auf die Kooperation der Erbringer (*Niederlande*). Diese Kooperation kann freilich zu einer Verengung der Wahlfreiheit auf die „vernetzten Versorger" führen.

Letztlich bleibt dann für individuelle Inhaltsgestaltungen nach Wahl des Versicherten wenig Raum. Immerhin besteht insoweit eine *Aus*wahlmöglichkeit zwischen Komponenten des Versicherungsumfangs oder des Versicherungsmodells insgesamt.

Weitergehende vertragliche Gestaltungs- und insofern Wahlfreiheit sind eher im Verhältnis der Kostenträger zu den Krankenhäusern sowie im Verhältnis verschiedener Leistungserbringer zueinander zu finden. An Versorgungsbedürfnissen ausgerichtete Netzwerkpartnerschaften etwa werden gesetzlich gefördert oder bestimmen, wie vielfach in MCO-Plänen, das Versicherungsverhältnis maßgeblich. Gesetzlich obligatorische Systeme wie die *deutsche GKV* öffnen sich für selektive Verträge. Selbst im Preisrecht wurde zum Teil, wie in den *Niederlanden*, der Kontrahierungszwang (bezogen auf Musterübereinkommen) partiell aufgehoben, und auch in *Deutschland* gilt neuerdings die Ausnahme jedenfalls von Leistungen in den integrierten Versorgung aus dem Krankenhausbudget. Im übrigen aber ist gerade im Preisrecht die Zurückdrängung des Tarifgestaltungsspielraums (vgl. vormals die *Schweiz*) durch (Fall-)Pauschalierungen erkennbar, deren Vergütung zumeist (Ausnahmen etwa in den *Niederlanden*) nicht verhandelbar ist.

Schließlich können vertraglich fundierte Versorgungsmodelle eigens vereinbarte Wahlmöglichkeiten vorsehen, soweit gesetzliche Vorgaben dem nicht widersprechen.

c) Funktionale Zuordnung zu Wettbewerbsverhältnissen

Normativ gesetzte Anreizstrukturen zur Zielerreichung durch Wahloptionen sind in allen für die Untersuchung maßgeblichen Wettbewerbsverhältnissen vorzufinden: Als verbraucherorientierte Anreize der Krankenhauswahl, bei der Wahl der Versicherung durch den Verbraucher, im Rahmen wettbewerblicher Beziehungen zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern, im Wettbewerb zwischen Krankenhäusern sowie schließlich im Wettbewerb zwischen den Versicherungsträgern. Da indes weder Versicherte mit Versicherern noch Versicherte mit Krankenhäusern und auch Versicherer nicht mit Krankenhäusern konkurrieren, sind allein die Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Versicherern sowie diejenigen zwischen den Krankenhäusern unmittelbarer Ausdruck marktförmiger Strukturen des „Versicherungs-" und des „Leistungsmarktes". Wettbewerbsfunktional geht es dort um alle ökonomisch geprägten Tätigkeitsfelder, auf denen Krankenkassen miteinander konkurrieren („Wettbewerb der Versicherer"), und alle ökonomisch geprägten Tätigkeitsfelder, auf denen Krankenhäuser miteinander konkurrieren („Krankenhauswettbewerb").

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Während allein diese Marktteilnehmer im direkten Wettbewerb („Konfrontation") zueinander stehen, setzen normative Anreizstrukturen insbesondere im Verhältnis ungleichartiger Akteure zueinander an. Adressaten gewinnbringender Einbindung in Anreizstrukturen sind insbesondere die Verbraucher (d.h. Krankenhauspatienten bzw. Versicherungsnehmer). Gleichzeitig agieren die Krankenkassen im Verhältnis zu den mit ihnen nicht konkurrierenden Krankenhäusern als Nachfrager.

In den genannten Wettbewerbsverhältnissen werden wahlorientierte Steuerungsanreize operationalisiert: Unter welchen Bedingungen besteht ein Recht, das Krankenhaus zu wählen, und wie wird es, mit der Folge auch der Positionierung des Krankenhauses am Markt, ausgeübt? Geht man dem nach, treten vielfältige Wechselbeziehungen zu Tage: In *allen* der untersuchten *Ländern* etwa ist das Recht der Krankenhauswahl aufgrund von Managed-Care-Konzepten eingeschränkt, doch ist dies zumeist die Folge intensiver Kooperation zwischen Versicherer und Krankenhaus, die mit dem Modell ihrerseits im Markt um die Versicherten werben; der Markt wird zum Teil durch zusätzliche staatliche Finanzierungsanreize (siehe oben) gelenkt – nach anderer Lesart verzerrt –, um sektorale Versorgungsgrenzen zu überwinden.

Normative Anreizstrukturen in allen fünf der untersuchten Wettbewerbsverhältnissen bestimmen im Ergebnis den Erfolg der „Marktteilnehmer" Krankenhäuser und Versicherer. Im Zeichen des zunehmenden Einsatzes von Wahlmöglichkeiten hat sich der „Gesundheitsmarkt" vor allem in jüngerer Zeit verändert bzw. erst entwickeln können. Gleichzeitig entstanden neue Regulierungs- und Kontrollmechanismen, um die zu wettbewerblichen Verhalten animierten „Unternehmen" zu kontrollieren bzw. das Verhalten steuernd zu regulieren.

Ungeachtet massiver Änderungen im Detail sind vor allen Dingen die Krankenhäuser bereits seit längerem als Marktteilnehmer auch im tradierten Sinne aktiv. Krankenhäuser gelten grundsätzlich in *allen Ländern* und unbeschadet der Organisationsform als Unternehmen im Sinne selbst des nationalen Wettbewerbsrechts, wobei sich dieses, wie in der *Niederlanden*, mit der Einräumung von Handlungsoptionen im nicht regulierten Bereich zum Teil erst in jüngerer Zeit Bahn gebrochen hat.

Bei den Versicherungsträgern stellt sich die Lage etwas anders dar: In *Deutschland* agieren Krankenkassen der Untersuchung zufolge ausnahmsweise als Unternehmen im Sinne des europäischen Rechts, nicht indes nach nationalem Recht, wenngleich dieses in nicht unerheblichem Umfang entsprechende Anwendung findet. Entsprechend dem jüngeren funktionalen Unternehmensbegriff gelten in der *Schweiz* selbst die sozialen Krankenversicherungen als Unternehmen im Sinne des nationalen Kartellgesetzes. Auch in den *Niederlanden* werden die Versicherer als Unternehmen angesehen, deren Tätigwerden, Fusionen eingeschlossen, an allgemeinem Wettbewerbsrecht (insbesondere bezüglich Ansprachen und Marktmißbrauch) und zum Teil an speziellen Regelungen für den Gesundheitsmarkt (z.B. Preisregulierung) zu messen ist. In den *USA* agieren konventionelle private Versicherungen und *MCOs* als Versicherungsunternehmen. Arbeitgeber nehmen eine Sonderstellung ein; Leistungen nach *self-insurance plans* gelten

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht als Versicherungsleistungen, und die für die Versicherungsunternehmen maßgebliche Regulierung erfaßt die *self-insurance* nicht.

2. Der Einsatz von Wahlmöglichkeiten zur Zielerreichung

Der Einsatz von Wahlmöglichkeiten zur Zielerreichung steht in engem Zusammenhang mit dem in Kapitel I. beschriebenen instrumentalen Charakter wettbewerblicher Strukturen. Die Ziele werden von der Idee und dem Bedürfnis der Kostenkontrolle, Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung und zugleich dem Streben nach Sicherstellung, Erhalt und Ausbau qualitativ hochwertiger, innovativer und bedürfnisorientierter Versorgungsstrukturen bestimmt. Zwischen Wettbewerbsinteressen und der Gewährleistungsverantwortung für die Bevölkerung oder einzelne Versichertengruppen kann es zu Zielkonflikten kommen. Ein konsequent funktionaler Wettbewerbsansatz löst diese Konflikte meist nach einem zielhierarchischen (Vorrang-)Prinzip.

Das primäre Ziel der Steuerung *mittels* Wettbewerb orientiert sich dabei in den *europäischen Ländern* entscheidend am öffentlichen Interesse. Dies gilt bereits für die Eröffnung bzw. Einführung, nicht nur die Kontrolle des Wettbewerbs. Durchsetzung und Verwirklichung individueller Wirtschaftsinteressen hingegen werden als sekundäre Ziele verfolgt. Das private Interesse an persönlicher Entfaltung soll nicht im Gegensatz zum öffentlichen Interesse stehen. Gewinn- bzw. Wirtschaftlichkeitsstreben der Träger und Erbringer sollen dem Wohlfahrtsgewinn dienen.

Für die *USA* hingegen wird dieser Zusammenhang anders betont. Die rechtliche Entwicklung ist von steten „Bemühungen um Lenkung des Wettbewerbs“ gekennzeichnet, die darauf gerichtet sind, Beeinträchtigungen des öffentlichen Versorgungsinteresses durch das private Wirtschaftsinteresse zu vermeiden. Daraus lassen sich jedoch nur bedingt Schlüsse über die vermutete Dominanz wettbewerblicher Strukturen ziehen. Denn vor allem der mittelbare Einfluß durch staatliche Versicherer wie *Medicare* ist nicht zu unterschätzen, sei es etwa in Bezug auf Maßstäbe für das Preisrecht, sei es im Hinblick auf die Verpflichtung zur (gegebenenfalls unentgeltlichen) Notfallversorgung.

a) Erwartungen an Wettbewerbselemente

Es versteht sich, daß die Erwartungen der Normgeber an den Einsatz und die Kontrolle von Wettbewerbselementen darauf gerichtet sind, dem öffentlichen Interesse vor allem an wohlfahrtsfördernder Kostensenkung, Wirtschaftlichkeit und Qualität besser gerecht zu werden als ohne den Einsatz wettbewerblicher Elemente. Die eigentliche Frage lautet daher, welche konkret funktionsbezogenen Wirkungen der Normgeber auszulösen gedenkt.

Vor allem für die *europäischen Länder* erschließt sich dies aus der Intention, die Akteure durch Wahrnehmung gesteigerter wirtschaftlicher Verantwortung für die eigene

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tätigkeit zugleich in die allgemeine Versorgungsverantwortung systemisch einzubinden. Erwartet werden Angebots- und Strukturinnovation, Qualitätsoptimierung, Versorgungsintegration, Spezialisierung, Transparenz und Konzentrationsprozesse.

Man kann insofern von einer „delegierten Verantwortung" sprechen. Diese soll partnerschaftlich wahrgenommen werden, insbesondere wenn es um die Überwindung von Grenzen zwischen den Versorgungsbereichen stationär und ambulant geht (*Integrierte Versorgung*, *„transmurale" Versorgung*). Krankenhäuser sollen in diese und weitere Netzwerkpartnerschaften eingebunden werden. Von der eigenverantwortlichen Wahl des Krankenhauses durch den Verbraucher trotz Mehrkostenrisiko (*Deutschland, Schweiz*) oder bei Kostenerstattungstarifen[4] (*Niederlande*) sollen darüber hinaus Qualitäts- und Spezialisierungsanreize ausgehen, (gerade) mit der Konsequenz zunehmender Konzentrationsprozesse.

Alle *genannten Länder* intendieren überdies mit der – unterschiedlich ausgestalteten – teilweisen Öffnung der Krankenhäuser für ambulante Leistungen eine partiell neuartige „transsektorale" Konkurrenz der Krankenhäuser mit anderen Leistungserbringern.

Besondere Erwartungen sind zudem auf die Überwindung von Strukturdefiziten und die Schaffung einheitlicher Wettbewerbsgrundlagen gerichtet, um Wettbewerb im Gesundheitswesen erst zu ermöglichen. Diese Erwartungen knüpfen meist an die bereits erfolgte Einführung wettbewerblicher (Grund-)Strukturen an, vor allen Dingen an die Wahl der Versicherung mit Aufnahmezwang in der *GKV* und im *schweizerischen Obligatorium* bzw. mit Kontrahierungszwang in der *niederländischen Basisversicherung*. In allen Systemen steht den positiv bewerteten Anreizstrukturen durch Entscheidungen nach „Wahl" das negativ besetzte Phänomen der (Risiko-)„Selektion" gegenüber, welches als solidaritätswidrig erkannt wird. In allen Ländern herrschen dementsprechend unterschiedlich ausgestaltete Risiko-Ausgleichsysteme vor, von deren Durchführung erwartet wird, wettbewerbliches Verhalten für alle Versicherer als gleichermaßen lukrativ zu stimulieren. Ähnliches gilt für die Entfachung eines Qualitäts- und Spezialitätswettbewerbs (gerade) durch einheitliche Finanzierungsgrundlagen auch im Preisrecht, sofern nicht, wie zum Teil in den *Niederlanden*, von der Freigabe einzelner Segmente im DRG-Bereich noch weitergehend Effizienzpotential erwartet wird.

Für die *USA* ist wiederum ungeachtet der Frage, inwieweit der Wettbewerb (rechts-) praktisch nicht doch weithin reguliert ist, das tendenziell andere Grundverständnis zu betonen, das sich auch in den an den Wettbewerb gerichteten Erwartungen widerspiegelt. In den *USA* geht es weniger darum, Wettbewerbselemente funktional auf den Gesundheitsmarkt zuzuschneiden und entsprechend zu implementieren. Ausgangspunkt ist dort vielmehr: Der Wettbewerb ist vorfindlich (bzw. vorgegeben). Die Aufgabe des Gesetzgebers besteht mithin darin, „Probleme mit dem Wettbewerb" *vis-à-vis* gesundheitspolitischer Zielvorstellungen in den Griff zu bekommen. Ferner fällt im Unterschied zu den *europäischen* Staaten auf, daß dem Preiswettbewerb auch im Gesund-

4 Ebenso gegebenenfalls bei Sachleistungstarifen, soweit mehrere Vertragspartner zur Verfügung stehen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heitswesen jedenfalls grundsätzlich (eher) Kostensenkungspotential beigemessen und er deswegen für das Gesundheitswesen verträglich realisiert wird.

b) Ansatzpunkte für Wettbewerbselemente

Wenn Wettbewerb eingesetzt wird, welche Wettbewerbsparameter spielen dann eine zentrale Rolle? Für welche Parameter in welchen der untersuchten Wettbewerbsverhältnissen werden Anreizstrukturen geschaffen und genutzt?

Bezogen auf die Akteure läßt sich grob skizziert sagen, daß unmittelbar verhaltensbezogene Anreize für Wahlentscheidungen in besonderer Weise beim wahlberechtigten Verbraucher ansetzen, während die Positionierung des Krankenhauses auf weitergehenden strategischen Entscheidungen basiert. Ein kooperatives Agieren von Krankenhaus und Versicherern hängt von spezifischer Konsensfindung im Vertragswettbewerb ab. Letzterer ist in den *USA* stärker ausgeprägt als in den *europäischen Ländern*.

Bezogen auf die Wettbewerbsparameter ist ebenso allgemein festzustellen, daß im Grunde bei allen hier wesentlichen Parametern wie dem Leistungs- und dem Versicherungsangebot, dem Versorgungszuschnitt, der Qualität und dem Preis mittels Wahloptionen angesetzt wird, wenngleich, je nach System, mit wesentlichen Unterschieden. Gestaltungsspielräume betreffend das Leistungs- und Versicherungsangebot sind in obligatorischen Systemen tendenziell anderer Art und restriktiver als in freiwilligen (privaten) oder in Zusatzversicherungssystemen. Weiterhin ist feststellbar, das der Preiswettbewerb in den *europäischen Ländern* – mit unterschiedlicher Nuancierung – als Wettbewerbsparameter relativ stark ausgeblendet wird.

aa) Verbraucherorientierte Anreize der Wahl des Krankenhauses und der krankenhausbezogenen Wahl des Versicherers

Ausgehend vom Versicherten lassen sich in allen Ländern bedeutende Anreize sowohl für die Wahl des Krankenhauses als auch der Versicherung ausmachen. Bezogen auf die Krankenhausversorgung kommt es besonders darauf an, an welcher Stelle Anreize geschaffen werden. Soweit dem Verbraucher, wie etwa in *Deutschland* und der *Schweiz*, die Wahl des Krankenhauses möglich ist, wenngleich unter Aufbürdung des Mehrkostenrisikos im Verhältnis zur regional determinierten Überweisung, hat die Wahlentscheidung unmittelbar Einfluß auf Leistungs- und Mindestmengen (*Deutschland*) und das Vergütungsvolumen sowie gegebenenfalls auf Entwicklungen in Sachen Qualität, Spezialisierung und Case-Mix. Fusionskontrollentscheidungen in *Deutschland* zeigen, daß an die Wahlentscheidung des Verbrauchers zugunsten eines Krankenhauses wesentliche Erwartungen geknüpft werden; die Verbraucher werden dezidiert als „Nachfrager“ in einem existenten Absatzmarkt bezeichnet. In der *Schweiz* ist man dabei insoweit skeptischer, als meßbare Effekte eher in Richtung „Flucht“ in die verbreitete Zusatzversicherung gehen, um „echte“ Wahlfreiheit ohne Mehrkostenrisiko herzustel-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

len. Valide Studien über die Abweichung des Verbrauchers von der Einweisungsentscheidung des Arztes sind relativ rar, insbesondere in Bezug auf krankenhausindividuelle Motive. Weitergehend wahlberechtigt ist der in *Deutschland PKV*-Versicherte, ohne daß damit besondere Steuerungsansätze verbunden sind. Die Relativität der Garantie der Wahlentscheidung auch in der *deutschen GKV* und im *Schweizer Obligatorium* allerdings ergibt sich daraus, daß für besondere Versorgungsmodelle das Wahlrecht des Versicherten in ebenso freier Selbstbindung wieder eingeschränkt werden kann. Mit anderen Worten: Auch die Zustimmung zur Einengung oder der Verzicht auf die Wahlentscheidung und damit die Zustimmung zur Patientensteuerung beruhen auf einer Wahlentscheidung. In diesem Zusammenhang kommen auch verbraucherbezogene krankenhausrelevante Anreize der Wahl der Versicherung ins Spiel. Wirklich krankenhausbezogen sind diese allerdings erst dann, wenn es dabei nicht nur um Tarifreduktion, sondern darum geht, mit welchen Krankenhäusern bezogen auf welches durch Krankenhausbehandlung geprägte Versorgungsmodell der Versicherer Verträge geschlossen hat. Attraktive Verträge (etwa DMP, IV) existieren durchaus, indes ist die motivatorische Kausalität für die Wahl des Versicherers schwer quantifizierbar.

In den *Niederlanden* ist die Wahl des Krankenhauses seit der Reform deutlich stärker mit der privatvertraglichen Begründung des Versicherungsverhältnisses insgesamt verbunden. Auch dort geht es natürlich um Kosten und Mehrkosten, denn einer privat gezahlten Behandlung in einem frei gewählten Krankenhaus steht rechtlich nichts entgegen. Der Kern des Problems allerdings liegt in der großzügigen Gestattung privatversicherungsvertraglicher Steuerung der Wahlentscheidung bis hin zu deren Reduktion auf ein Haus. Unterschieden wird zwischen Sachleistungspolicen, bei denen die Wahl auf dasjenige Haus oder diejenigen Häuser beschränkt wird, mit dem bzw. denen der Versicherer Verträge abgeschlossen hat, und Kostenerstattungspolicen, die das Wahlrecht des Versicherten in umfassender Weise aufrechterhalten. Als „Zwischenform" kann die Auswahl unter bevorzugten Dienstleistern vorgesehen werden, und in ähnlicher Form sind „preferred provider"- Modelle auch in *schweizerischen* Integrationsmodellen und in den *USA* ohnehin bekannt. Gerade die Managed-Care-Modelle in den *USA* sind schließlich traditionell Ausdruck dessen, daß erstens die Grundsätze der Wahl des Krankenhauses zuvorderst dem jeweiligen Versicherungsplan entspringen und diese zweitens stets mit der im Grunde zulässigen Einweisungssteuerung der Patienten eng verbunden und somit vielfach eingeschränkt sind.

bb) Ansatzpunkte im Verhältnis der Kostenträger zu den Krankenhäusern

Damit ist schon das *Verhältnis zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern* angesprochen. Insofern liefern die Länderstudien Aufschluß darüber, wo Probleme gesehen werden. In den *USA* wird Vertragsfreiheit in der Beziehung zwischen *HMOs* und Leistungserbringern einschließlich Krankenhäusern, die sogar Eigentümer von *HMOs* sein können, vorausgesetzt. Ausgehend davon werden Korrekturbedürfnisse durch Regulierung diskutiert. Wahloptionen in Form von Abschlußfreiheit (Auswahl der Netzwerk-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

partner) und Gestaltungsfreiheit (Versorgungszuschnitt, Zugangsvoraussetzung für die Patienten) sind im Grunde weit reichend und erfassen alle Wettbewerbsparameter. Sie sind gleichwohl keineswegs frei von Regulierung und Kontrolle (dazu II.2.c.). In der *Schweiz* hat man sich jüngst dazu entschieden, die im Verhältnis der Spitäler zu den Versicherern noch vorherrschenden Freiheiten der Tarifgestaltung zukünftig zugunsten *schweizweit* einheitlicher Vergütungsstrukturen und damit der Beförderung des Wettbewerbs durch andere Parameter einzuengen. Im übrigen existieren Vertragsschlußmöglichkeiten zur Bildung von Netzwerkpartnerschaften besonderer Versorgungs- und Integrationsmodelle (noch) ohne dezidierte Vorgaben durch das KVG. Letzteres stellt sich in *Deutschland* anders dar. Das Vordringen des Selektivvertragsprinzips und damit verbundener Vertragsfreiheiten („Vertragskonkurrenz", „Konkurrenz der Versorgungsformen") bricht sich im Sozialversicherungsrecht Bahn. In unterschiedlicher Ausrichtung erfaßt es zum Teil das Angebot bzw. die Leistungsberechtigung, den Versorgungszuschnitt, die Qualitätssicherung und den Preis, speziell für besondere Versorgungsformen. Der Preis für die allgemeine Krankenhausversorgung hingegen ist einzelvertraglich grundsätzlich nicht zwischen Krankenkasse und Krankenhaus verhandelbar. In den *Niederlanden* hingegen wird eine bestimmte Quote an DRG (*DBC*) selektiven Vergütungsverhandlungen überantwortet. Dieser Bereich wurde jüngst von 10% auf 20% und wird alsbald auf 34% ausgedehnt. Soweit Verträge auf die *„transmurale" Versorgung*, d.h. die Überwindung der Sektorengrenzen, abzielen, muß darauf hingewiesen werden, das es bei diesen vor allen Dingen um Integration der haus- und der bei den Krankenhäusern angesiedelten fachärztlichen Versorgung geht.

cc) Wettbewerb zwischen Versicherern und Wettbewerb zwischen Krankenhäusern

Vor dem Hintergrund der vorstehend beschriebenen Anreizstrukturen werden zwei Märkte im eigentlichen Sinne erkennbar: der Krankenhaus- und der Versicherungsmarkt, jeweils im Sinne unmittelbarer Konkurrenz zwischen Versicherern einerseits sowie zwischen Krankenhäusern andererseits. Wettbewerbsanreize ergeben sich hier insbesondere mittelbar, nämlich als Folge der verbraucherorientierten Anreize, weil Versicherte per Wahlentscheidung über die Leistung des Krankenhauses bzw. krankenhausbezogener Versicherungskonzepte „abstimmen".

(1) Versicherer

Auf die Krankenhausversorgung bezogen werden den Versicherern Wahlentscheidungen dahingehend eröffnet, ob sie Krankenhauszusatzversicherungen vermitteln (*Deutschland, GKV*) oder anbieten (*Niederlande*, *Schweiz, Deutschland [PKV]*) bzw. Wahltarife (*Deutschland, GKV*) oder besondere Selbstbehalte für die stationäre Versorgung (*alle Länder, obligatorische Versicherung*) offerieren. Als Ergänzung zur obligatorischen Sicherung existiert sowohl in den *Niederlanden* als auch – teilweise – in der *Schweiz* ein „interaktiver" Zusatzversicherungsmarkt, einmal ausgehend von privaten,

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einmal von sozialen Versicherern. In der *Schweiz* ist es überdies möglich, daß sich umgekehrt private Versicherungsunternehmen „zusätzlich" als soziale Krankenversicherer nach dem KVG betätigen können; diese Option wird in der Praxis allerdings nicht genutzt. In *Deutschland* steht der Zusatzversicherungsmarkt traditionell den privaten Versicherern offen. Der – umstrittene – Wahltarif „stationäre Versorgung" mit Chefarztbehandlung und Zweitbettzimmer in der *GKV* allerdings ist Ausdruck einer zunehmenden Konvergenz der Systeme *GKV* und *PKV*.

So umfänglich die Diversifikation des Versicherungsangebots selbst in obligatorischen Systemen vorankam, so wenig eindeutig ist, inwieweit Versicherte Wahlentscheidungen gerade bezogen auf besondere Angebote zur Krankenhausversorgung stützen. Absehen von dem genannten Wahltarif betreffen Selbstbehalte meist ambulante und stationäre Versorgung gemeinsam; in den *USA* sind exklusiv auf die Krankenhausbehandlung zugeschnittene Selbstbehalttarife weit stärker verbreitet. Unter Umständen sind spezifische Differenzierungen zwischen Selbstbehalten für die ambulante und die stationäre Versorgung ausschlaggebend. Den Versicherern steht es frei, im Zuge (tarifärer) Binnendifferenzierung mehrere Angebote vorzuhalten und den Versicherten an ein Angebot zu binden oder einen Wechsel anzuregen.

Soweit die Attraktivität des Versicherers einem krankenhausbezogenen Versorgungsmodell folgt, das der Versicherer mit einem Krankenhaus in Wahrnehmung entsprechender Gestaltungsfreiheit ausgehandelt hat, sei auf die Ausführungen in den Unterkapiteln II.2.b.aa. und II.2.b.bb. verwiesen. Neben der Inhaltsgestaltung kommt hier ebenso der Wahl eines leistungsstarken Krankenhauses als Vertragspartner zentrale Bedeutung zu.

(2) Krankenhäuser

Der letztgenannte Aspekt betrifft naturgemäß auch den Wettbewerb zwischen Krankenhäusern. Soweit der Versicherte im Rahmen eines Versorgungsmodells an ein vertragsschließendes Krankenhaus gebunden ist, muß das Krankenhaus besonders an der Auswahl eines vergütungsbezogen leistungs- und versichertenstarken Versicherers interessiert sein.

Inwieweit es für den Erfolg des Krankenhauses auf solche Verträge, etwa für die reine Privatklinik, überhaupt ankommt und inwieweit Vertragsbeziehungen Restriktionen unterworfen sind, hängt von der systemrelevanten Ausrichtung des Krankenhauses ab (vgl. unter II.1.a.aa.). Auf die dort bereits diskutierten grundlegenden Wahlentscheidungen und -möglichkeiten des Trägers wird verwiesen. Dazu kommt die Möglichkeit, daß Krankenhäuser von den verstärkt vorgesehenen Befugnissen zur ambulanten Versorgung Gebrauch machen.

Auch innerhalb der einmal getroffenen und erfolgreich verwirklichten Grundentscheidung, an einer Sozialversicherung, z.B. als *Plankrankenhaus* oder als *Listenspital*, teilzunehmen, ist der Träger des Krankenhaus in der Lage, über die Rechtsform, Vernetzung und Zentrenbildung, Outsourcing etc. zu entscheiden und damit den Rahmen

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für sein Handeln wesentlich zu beeinflussen. Das *deutsche* Krankenhaus kann als Träger eines *Medizinischen Versorgungszentrums* oder das *US-amerikanische* als Eigentümer einer *HMO* die Einweisungssteuerung der Patienten vorgeben bzw. mittelbar mitbestimmen.

Der Wettbewerb zwischen Krankenhäusern ist überdies ebenso Antrieb wie Folge zum Teil intendierter, zum Teil kritisch verfolgter Spezialisierung (vgl. zu *US-amerikanischen SSHs* und *ASCs* oben); diese führt zu einem zunehmenden Konzentrations- und Fusionswettbewerb.

Von Bedeutung sind schließlich dem Wettbewerb immanente Begleitrechte wie Werbung (vgl. dazu insbesondere *Deutschland*), die im Zeichen der Lockerung berufsrechtlicher Restriktionen bzw. der Betonung der Unternehmenseigenschaft des Krankenhauses größeres Gewicht erhalten.

c) Regulatorische Begrenzung von Wahlmöglichkeiten

Der Einsatz wettbewerblicher Elemente durch Wahlentscheidungen in der Krankenhausversorgung ist vielfach begrenzt. Anders als in den *USA* und dem dort allgemein vorherrschenden Ansatz des „gelenkten Wettbewerbs" geht es hier für die *europäischen Länder* zunächst (noch) gar nicht um – weiter reichende – Fragen der Begrenzung (von außen) bzw. um die Wettbewerbskontrolle, sondern darum, in welchem Umfang und zu welchen Konditionen Wahlrechte *überhaupt* eingeführt und zugelassen werden.

Mehrfach wurde betont, daß im *europäischen*, fast vorwiegend sachleistungsgeprägten System vielfach keine Preisfreiheit herrsche. Dennoch ist das Bild uneinheitlich. Teilweise wird die preisbezogene Kontrahierungsfreiheit zunehmend wieder eingeführt (*Niederlande*), überwiegend aber bestehen Tendenzen fortschreitender Vereinheitlichung und damit der Preisregulierung (*Deutschland*, zukünftig: *Schweiz*), um einheitliche Wettbewerbsgrundlagen zu schaffen bzw. Wettbewerb über andere Parameter abzubilden. Für *Deutschland* wird dies wenigstens dadurch relativiert, daß allgemeine Krankenhausleistungen im Rahmen der Integrationsversorgung nun nicht mehr Bestandteil des Krankenhauserlösbudgets nach KHEntgG sind.

Im Gegensatz zu den *Niederlanden* und den *USA* wurde für die *Schweiz* und *Deutschland* auf die Verflechtung des Rechts zur Wahl des Krankenhauses mit regionalen bzw. kantonalen Planungsentscheidungen hingewiesen. Mit anderen Worten: Das Wahlrecht soll nur insoweit bestehen, als dies im Einklang mit vorausgehenden Planungsentscheidungen steht und nicht zu Mehrkosten führt. Jedenfalls bezogen auf den angestrebten Qualitätswettbewerb ist dies nicht nur inkonsequent, sondern es werden auch regional bedingte „Mehrkosten" aufgebürdet, die – wäre der Versicherte entsprechend anderweitig ansässig – naturgemäß von der Versicherung erfaßt würden. Ungeachtet zunehmender Konvergenz der Preise führt dies neben anderen Gründen dazu, daß nach der für beide Länder vertretenen Auffassung nur von „unvollkommenen", nicht aber von echten Wahlrechten gesprochen werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch Qualität wird angesichts der Dominanz gesetzlicher Regulative nur bedingt dem Wettbewerb überantwortet. Der Erfolg selektiver Qualitäts- und Qualitätssicherungsvereinbarungen, Behandlungsleitpfade und struktureller Organisationsentscheidungen muß sich in *Deutschland* zwingend auch am Absatz der Leistungsmenge messen lassen. Werden die vom Gemeinsamen Bundesausschuß zur Qualitätssicherung planbarer Leistungen festgesetzten Mindestmengen unterschritten, ist eine Abrechnung zu Lasten der *GKV* nicht möglich. Ungeachtet dessen stehen die Häuser vor der Wahl, offensiv mit Qualitätsinformationen umzugehen und sich um zusätzliche qualitätsbezogene Akkreditierungen zu bemühen (*Niederlande*). Der Akkreditierung folgt das Recht, damit zu werben.

d) Zur Erfolgswirksamkeit wettbewerblicher Instrumente

Aussagen darüber, inwieweit die mit dem Einsatz wettbewerblicher Konzepte verfolgten Ziele und Erwartungen tatsächlich eingetreten sind, lassen sich nur mit besonderer Vorsicht treffen. Gemäß der primär am öffentlichen Interesse (siehe oben) ausgerichteten Ziele und Erwartungen des Gesetzgebers unterscheidet sich dessen Bewertung naturgemäß oft von derjenigen der Leistungserbringer. Die Diskrepanz wird vielfach beim regulierten Preisrecht (mit *fixen* Fallpauschalen) sichtbar, das seitens des Normgebers als Erfolg im Sinne der Schaffung anreizfördernder gleicher Wettbewerbsgrundlagen gewertet wird. Leistungserbringer hingegen empfinden diese „Wettbewerbsgrundlagen" vielfach zumindest dann als Wettbewerbshemmnis, wenn DRG-Bewertungen nicht verhandelbar sind. Daß von fixen Vergütungsstrukturen ein derartiger positiver Ansporn ausginge, um sich dem Wettbewerb auf anderen Felder zu stellen, ist kaum erkennbar; vielmehr wird die dahingehende Intention des Gesetzebers als gelenkter Zwang wahrgenommen.

aa) Preisstabilität und Kostenkontrolle

Preisstabilität ist danach häufig das Ergebnis der Regulierung, nicht des Wettbewerbs. Im übrigen ist mit der Preis- noch nichts über die Kostenstabilität ausgesagt. Die *europäischen Länder* mußten trotz Einführung wettbewerbsorientierter Reformen jenseits der Preisregulierung weiterhin die Erfahrung machen, daß die Kosten (u.a. bedingt durch den medizinischen Fortschritt) gestiegen sind. Dies gilt freilich auch für andere Sozialleistungsbereiche, und auch dort, wo Preise weitergehend verhandelbar sind (*USA, vormals Schweiz*), sind Kosten (und Preise) gestiegen. Mit besonderem Interesse wird angesichts dessen zu verfolgen sein, welche Auswirkungen die partielle, zunehmende Freigabe einer Quote spezifischer *DBC* in den *Niederlanden* auf Preisentwicklung und Kostenstabilität haben wird. Aus ökonomischer Warte wurde berichtet, daß in den Anfangsjahren der nominelle Preisanstieg im verhandelbaren B-Segment deutlich

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geringer ausfiel als im fixen A-Segment, ohne daß daraus auf allgemeine Entwicklungstendenzen geschlossen werden könnte.

Etwas anders stellt sich die Situation im Hinblick auf die Beurteilung selektivvertraglicher Wahlentscheidungen in Integrationsversorgungsmodellen, speziell am Beispiel *Deutschlands* dar. Dort sind im Rahmen von Budgetverantwortung und (begrenzter) Preisfreiheit vereinzelt innovative Vergütungsstrukturen entwickelt worden, selbst wenn diese bis zur Reform durch das *KHRG* zunächst nur Integrationsleistungen außerhalb des Erlösbudgets nach dem *KHEntgG* betrafen. Überhaupt brach sich der Erfolg der *Integrierten Versorgung* nur langsam Bahn, ging es den Akteuren zunächst doch vielfach darum, mit qualitativ schlechten bzw. minimal „integrativen" Verträgen Mittel der Anschubfinanzierung zu akquirieren. Dies änderte sich erst schrittweise, auch im Gefolge gesetzgeberischen Nachsteuerns. Gemessen an den Leistungsausgaben der GKV ist der Erfolg dieser Vertragsformen zwar noch als gering zu bezeichnen. Gemessen an der Weiterentwicklung des medizinisch-qualitativen und organisatorischen Versorgungsmanagements indes sind innovative Versorgungsmodelle auf dem Vormarsch, und in gewissen Bereichen wie der Endoprothetik und der DMP werden verbreitete Standards gesetzt. Die Idee der Vertragskonkurrenz findet sich etwa darin wieder, daß DMP mittels verschiedener Selektivvertragstypen umgesetzt werden.

bb) Schaffung kooperativer Versorgungsstrukturen

Die der Kostenreduktion und Qualitätssteigerung dienende Überwindung von Schnittstellenproblemen rückt ins Zentrum und gelingt zunehmend. Transsektorale Netzwerke und Kooperationen sind in den *europäischen Ländern* auf dem Vormarsch; zuerst begann man damit in der *Schweiz*. In den *USA* sind sie ohnehin seit längerem bekannt. Krankenhäuser werden zunehmend eingebunden und ihre Managementkapazitäten genutzt. Die Versorgung chronisch Kranker rückt in den Vordergrund. In den *Niederlanden* mit den *selbständigen Behandlungszentren* und in *Deutschland* mit *MVZ* werden zudem Strukturen befördert, die mittelbare Konkurrenzverhältnisse zwischen ambulanten und stationären Leistungserbringern hervorrufen, mit dem Trend zur Spezialisierung. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Krankenhäuser *selbständige Behandlungszentren* oder *MVZ* betreiben und somit Patientenströme steuern. Weitergehend wird in den *Niederlanden* der Einfluß der Behandlungszentren auf die Qualität und das Angebot der Allgemeinkrankenhäuser erkannt, auch im Hinblick darauf, daß sich die (zukünftige) Rolle dieser Zentren im Hinblick ein mögliches Vordringen in den stationären Bereich noch herausbilden wird. Der direkte Wettbewerb baut ferner darauf auf, daß die *niederländische* ambulante fachärztliche Versorgung bei den Krankenhäusern angesiedelt ist.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Allgemeiner Versicherungsschutz

Mittels effektiver Wahlrechte der Versicherten haben die *europäischen* Gesetzgeber schließlich erfolgreich „Entsolidarisierungstendenzen" entgegen gewirkt, d.h. im Obligatorium (*Schweiz*)bzw. der Basisversicherung (*Niederlande*) eine Risikoselektion, gemessen an Tarif und Aufnahme, ausgeschlossen. Diesem Erfolg zugunsten der Versicherten steht freilich die Aufnahmepflicht (*Deutschland, Schweiz*) bzw. der Abschlußzwang (*Niederlande*) seitens der Versicherer gegenüber. Die *USA* sehen nach wie vor keine vergleichbare *Wahlpflicht* für alle Einwohner vor.

dd) Wahlverhalten und Informationsangebot

Die in den *Niederlanden* im Jahr 2006 vollzogene Reform weist eine zu Beginn durchaus veritable Verbrauchermobilität von 18 Prozent Wechslern aus. Allerdings fiel diese in den Folgejahren auf einen niedrigen einstelligen Prozentwert. Im übrigen gilt für *alle Länder*, daß sich bezogen auf das Versicherungsverhältnis zwar Anreize auch aus krankenhausspezifischen Versorgungsmodellen ergeben, daß hingegen im Grunde nicht empirisch belegt werden kann, inwieweit dies die (ohnehin geringe) Wahl- oder Wechselentscheidung beeinflußt.

Dieses insgesamt existente, mangels aussagefähiger Studien zum Teil jedoch auch nur vermutete Informationsdefizit besteht auch im Hinblick auf die Wahrnehmung der Rechte zur Wahl des Krankenhauses, soweit diese nicht ohnehin durch *Managed Care* oder Sachleistungsverträge eingeschränkt sind. Doch immerhin lassen sich auch auf teilweise defizitärer Informationsgrundlage oder singulärer Motive Entscheidungen treffen. Untersuchungen in *Deutschland* deuten an, daß möglicherweise ein Drittel der *GKV*-Patienten weitgehend autonom das Krankenhaus wählt, und sei es in Übereinstimmung mit der Einweisungsentscheidung des Arztes.

Die seitens der Reformgesetzgeber intendierte Transparenz konnte nur zum Teil gesteigert werden, und es steht zu vermuten, daß die Informationsasymmetrie in einem erheblichen Umfang grundsätzlich kaum zu beseitigen ist. Immerhin wird sie in kleinen Schritten dadurch abgebaut, daß Informationsmöglichkeiten durch (obligatorische) Qualitätsberichte (*Deutschland*, *Niederlanden, Schweiz*) und (Optionen der) Akkreditierung (*USA, Niederlande*) sowie jeweils durch Möglichkeiten zur Werbung zugenommen haben.

Für die *USA* wäre die „Erfolgsmessung" in gewisser Weise in umgekehrter Richtung vorzunehmen. Hier wäre zu fragen: Wo hat der auch im Gesundheitswesen grundsätzlich vorherrschende Wettbewerb nicht zu Problemen geführt, die sich gerade zu Lasten allgemeiner Gesundheitsversorgung auswirken? Die Diskussion kapriziert sich damit auf die an anderer Stelle diskutierte bzw. noch zu erörternde Fragen der Regulierung bzw. der Wettbewerbskontrolle.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Weiter gehende Bewertungen lassen sich aus normativer Warte erst treffen, wenn das Zusammen- und Wechselspiel des Einsatzes der Wettbewerbsinstrumente mit Mechanismen der Regulierung und der Wettbewerbskontrolle berücksichtigt wird.

3. Fortentwicklung institutioneller und organisatorischer Strukturen

Die Implementierung wettbewerblicher Konzepte geht zumeist mit einer Änderung institutioneller und organisatorischer Strukturen einher. Diese sollen Wettbewerb nach den Vorstellungen jedenfalls des Gesetzgebers erst ermöglich, sind jedoch oft auch Ausdruck notwendiger bzw. nachgeordneter Folgeregelungen, um später erkannte Hemmnisse und Ungleichgewichte zu beseitigen. Insoweit erfolgt die fortgesetzte Änderung institutioneller und organisatorischer Strukturen häufig erst im Nachgang zu grundlegenden wettbewerbsorientierten Entscheidungen. In Deutschland etwa kennzeichnet der Erlaß des GKV-OrgWG und weiterer Gesetze im Gefolge des GKV-WSG diesen markant zeitversetzten Entwicklungsprozeß.

a) Finanzierungsstrukturen

Von der Hinwendung zu einheitlichen Finanzierungsmodellen im Sinne der Schaffung einheitlicher Wettbewerbsgrundlagen war bereits mehrfach die Rede. Über die Implementierung (zukünftig) landeseinheitlicher *DRG* hinaus (*Schweiz*) ist für *Deutschland* weitergehend die Neuordnung der Finanzierungsströme zur Verteilung der beim Gesundheitsfonds eingehenden Beträge an die Krankenkassen zu betonen (Gesundheitsfonds mit RSA als integralem Bestandteil). Die vielfach als Zentralisierung kritisierte Vereinheitlichung zugunsten egalitärer Wettbewerbsgrundlagen zeugt von Konsequenz. Krankenkassen- und krankenhausbezogen ist ferner die aus der Reform der Verbandsstrukturen resultierende Konzentration von Verhandlungsmacht zu erwähnen, nach der nunmehr der Spitzenverband Bund als Partner zur Vereinbarung von Fallpauschalen nach § 17b Abs. 2 KHG agiert. Schließlich liegen auf der Linie der Vereinheitlichungstendenzen zukünftig mögliche Investitionspauschalen, sofern sie sich an bundeseinheitlichen Investitionsbewertungsrelationen ausrichten, wenngleich über die wettbewerbliche Orientierung mit diesem Schritt in Richtung Monistik noch wenig ausgesagt ist.

Umgekehrt ist in den *Niederlanden* der Abbau von Budgetgrenzen und kontrollierten Höchsttarifen zu erkennen, wenn im B-Segment der *DBC* mehr und mehr frei verhandelt wird. Damit korrespondieren die Einbindung in neu geschaffene Kontrollstrukturen (dazu unter II.3.c.) und der (weniger institutionalisierte) Aufbau von Verhandlungsstrukturen. Hervorzuheben ist ferner das in Teilen intendierte Zurückweichen des Staates aus der Krankenhausplanung, allerdings zugleich über den Weg neuerlicher Konzentration der Planbefugnisse beim Gesundheitsminister zu Lasten der im Ergebnis unverbindlich beteiligten Provinzen.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

In den *USA* wird, bezogen auf den Versicherungsmarkt, eine Veränderung der Finanzierungsstrukturen in Richtung zunehmender Diversifikation, insbesondere durch verstärkte Orientierung an höheren Selbstbehalten, erwartet. Andererseits wird ebenso angenommen, daß die zur Regulierung des Versicherungsvertragswettbewerbs angelegten Reformen angesichts wachsender Zahlen von Rentenempfängern an Bedeutung verlieren und die privaten Systeme immer stärker unter den Einfluß staatlicher Versicherungssysteme geraten.

b) Trägerstrukturen (Leistungserbringer und Versicherer)

Bezogen auf die Leistungserbringer wurden zwei wesentliche Aspekte bereits hervorgehoben: Erstens, daß im Gefolge der Netzwerkpartnerschaften und des Konzentrations- und Spezialisierungswettbewerbs neue Organisationsformen entstanden sind, die in den Gesundheitssystemen (*Schweiz*, MVZ in *Deutschland*) ausdrücklicht verankert bzw. anerkannt wurden (selbständige Behandlungszentren in den *Niederlanden*, Spezialkliniken [*SSHs*] sowie Zentren für ambulante Chirurgie [*ASCs*] in den *USA*). Zweitens, daß und welche organisationsrelevanten Grundstrukturen über den Marktzutritt entscheiden; siehe II.1.a.).

Innerhalb der Binnenorganisation der Krankenhäuser ist ein Trend zur Privatisierung und auch zum Outsourcing festzustellen. Ungeachtet der rechtlichen Organisationsform werden Krankenhäuser mittlerweile in allen Ländern grundsätzlich als Unternehmen behandelt. Größere Diskussionen und Reformpläne sind indes mit Überlegungen zur Aufgabe der strukturellen Unterscheidungen zwischen gemeinnützigen bzw. *not for profit*- und gewinnorientierten Krankenhäusern verbunden, welche Folgen hinsichtlich der Finanzierung und der Versorgungsverpflichtungen haben. Diese liegt mitunter in der Konsequenz abnehmender Bedeutung der kategorialen Unterschiede durch das (jüngere) Recht selbst. Die Diskussion in den *Niederlanden* kursiert dabei um die „Rechtsform gesellschaftliches Unternehmen“, und in den *USA* wird prospektiv über Kombinationen aus ehemals profitorientierten Krankenhäusern und gemeinnützigen Krankenhäusern in Richtung neuer Krankenhaussysteme nachgedacht. Die entsprechenden Zusammenschlüsse sind länderübergreifend Ausdruck einer Strukturveränderung im Gefolge von Spezialisierungs- und Konzentrationsprozessen (*Schweiz*). Fusionswellen haben bereits eingesetzt (*Deutschland, Niederlande*), zuweilen werden sie – auch in Form von Kettenbildungen – noch erwartet (*weiterhin Niederlande, USA*).

In gleicher Weise vollziehen sich Konzentrationsprozesse bei den Versicherern, sowohl den öffentlichen bzw. sozialen wie auch den privaten. In *Deutschland* hat der massive Konzentrationsprozesse bei den gesetzlichen Krankenkassen nach Einführung des weit reichenden Kassenwahlrechts in jüngster Zeit nochmals einen erheblichen Schub erhalten. Dies hat neben der Einführung des Gesundheitsfonds und der Besorgnis, (gegebenenfalls als erste Kasse) einen Zusatzbeitrag erheben zu müssen, auch mit der Ein-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

führung der Insolvenzfähigkeit und der ab dem Jahre 2010 (nur partiell modifizierten) Geltung des Insolvenzrechts für alle Krankenkassen zu tun.

In *allen Ländern* sind die Träger weiterhin zunehmend mit der Errichtung effektiver Managementstrukturen befaßt, und zwar nicht nur in eigenen Angelegenheiten, sondern – wie eingehend untersucht – im Bereich des Leistungs(erbringungs)managements, auch und gerade bezogen auf die allgemeine Krankenhausversorgung.

Ein besonders interessanter Aspekt schließlich liegt in der strukturellen Konvergenz obligatorischer und privater (Zusatzversorgungs-)Systeme insoweit, als in der *Schweiz* die sozialen und in den *Niederlanden* dieselben privaten Basisversicherer auch Zusatzversicherungen anbieten dürfen. Das führt nicht nur zu dem Bedürfnis und der Verpflichtung, nach unterschiedlichen Grundsätzen zu wirtschaften, sondern auch zu Geboten struktureller Trennung wie etwa Koppelungsverboten (*Niederlanden*) oder dem Verbot, gesetzlich-obligatorische Selbstbehalte zusätzlich zu versichern (*Schweiz*). In *Deutschland* dürfen private Zusatzversicherungen, insbesondere zur besonderen stationären Versorgung, von den gesetzlichen Krankenkassen nur vermittelt werden, und wo ein spezifischer Leistungszuschnitt bei stationärer Versorgung mit Wahltarifen verbunden ist, regt sich erheblicher Widerstand mit der Berufung auf eine unzulässige Konvergenz der Systeme.

c) Wettbewerbsrecht und -kontrolle im Krankenhaus- und Gesundheitswesen

Die zunehmende wettbewerbliche Ausrichtung des Gesundheitswesens und die dabei wahrgenommenen Spannungen zwischen Wettbewerb und Regulierung sind in besonderer Weise mit den Fragen nach der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts und der Errichtung bzw. dem Einsatz effektiver Kontrollstrukturen verbunden. Hierbei ist danach zu differenzieren, welche Wettbewerbsverhältnisse den Gegenstand der Betrachtung bilden.

aa) Krankenhauswettbewerb

Bezogen auf das Wettbewerbsverhältnis der Krankenhäuser untereinander hat sich die Anwendung des Wettbewerbsrechts gerade im Zuge wettbewerbsorientierter Reformen mittlerweile durchgesetzt. Eines ausdrücklichen Anwendungsbefehls bedurfte es dabei im Grunde nicht, vielmehr hat sich – wie in den *Niederlanden* – die Auffassung Bahn gebrochen, daß die Krankenhäuser nunmehr als wirtschaftlich handelnde Unternehmen agieren und deshalb – im Grundsatz nach allgemeinen Regeln – dem Wettbewerbs- und Kartellrecht unterfallen. In der *Schweiz* spielte der mittelbare Einfluß des EG-Rechts eine zentrale Rolle, so daß in Abkehr vom formalen und nach Hinwendung zum funktionalen Unternehmensbegriff auch öffentliche Spitäler als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Wettbewerbs- bzw. Kartellrecht erfaßt grundsätzlich auch Krankenhausfusionen. Doch gerade dieses Beispiel zeigt – *pars pro toto* –, daß sich das „Hineinwachsen" der wettbewerblichen (Konzentrations-)Aktivitäten in den Anwendungsbereich des Wettbewerbs weder automatisch noch vollumfänglich vollzogen hat, und es gibt darüber hinaus Aufschluß über die rechtssystematische Vermittlung der Geltung des Wettbewerbs- und Kartellrechts. So wird für die *Schweiz* davon ausgegangen, daß öffentliche Spitäler (d.h. die ungeachtet der Rechtsträgerschaft und Wahl der Gesellschaftsform durch das Betreiben in öffentlicher Hand finanziell bevorteilten Häuser) nicht automatisch dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes unterliegen. Denn dieses kennt auch den Vorbehalt kantonaler Normen, der bereits insoweit zum Tragen kommt, als sich Fusionen auf gesetzlicher Grundlage vollziehen bzw. Gesundheitsgesetze Vorschriften über die Wirtschaftlichkeit öffentlichen Handelns enthalten. Bezogen auf den wettbewerbsrechtlichen Rahmen bedeutet dies indes nicht, daß ganze Regelungswerke automatisch das KG ausschließen können. Deshalb ist immer im Einzelfall anhand der jeweiligen Norm auszulegen, ob der Gesetzgeber wettbewerbswidriges Verhalten unter Vorbehalt gestellt hat. Im Zusammenspiel dieser Erwägungen hat schon die Wettbewerbskommission eine grundsätzliche marktbeherrschende Stellung von Kantonsspitälern abgelehnt.

Soweit Krankenhausfusionen nicht ausschließlich das Verhältnis der Krankenhäuser zueinander betreffen, sondern auch die (Gewährleistung der) Versorgung als öffentliche Aufgabe jedenfalls tangierten, mußte sich die Anwendbarkeit des Kartellrechts in *Deutschland* im Zeichen der Auslegung der § 69 SGB V erst höchstrichterlich Bahn brechen. Von der Fusionskontrolle sind grundsätzlich auch öffentliche Häuser erfaßt, die in privater Rechtsform betrieben werden können.

In den *USA* wurde der frühe Konzentrationsprozeß, gestützt auf empirische Untersuchungen, für Effizienzsteigerungen verantwortlich gemacht. Dennoch kam es nach Maßgabe des *Sherman Act* und des *Clayton Act* verstärkt zur Fusionskontrolle, und die Anwendung der Bestimmungen folgt traditionell dem Verständnis vom Schutz des Wettbewerbs. Auch dabei gibt es indes „Bereichsausnahmen", wie im *Health Care Statement* von der *Federal Trade Commission* niedergelegt: Bestimmte Arten von Krankenhauskonsolidierungen und -fusionen sind danach als gleichsam in einer „Sicherheitszone" befindlich geschützt. Dies betrifft (sehr) kleine allgemeine Krankenhäuser der Akutversorgung selbst im Hinblick auf eine nachweisbar wesentliche Effizienzsteigerung. Erneut ist der institutionelle Status des Hauses (gewinnorientiert bzw. gemeinnützig) ungeachtet zum Teil wohlwollender Betrachtung der gemeinnützigen Einrichtungen nicht entscheidend. Praktische Probleme bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts ergeben sich aus der Rolle von Bund und Staaten als Nachfragern.

bb) Versicherungswettbewerb

Beim Wettbewerb der Versicherer rücken zunehmend Zusatzversicherungen in den Vordergrund. Interessant sind die Beispiele *Niederlande* und *Schweiz*, soweit dort Ver-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

sicherer sowohl im Rahmen der verpflichtenden Basisversicherung bzw. des Obligatoriums als auch auf dem Zusatzversicherungsmarkt tätig sind. Für beide Felder gelten jeweils unterschiedliche Regelungseinheiten. Agieren die *niederländischen* (privaten) Versicherer im Rahmen der Basisversicherung, wenngleich auf privatvertraglicher Grundlage, so ist der Wettbewerb dort in weitem Rahmen durch Überlagerung des Vertragsrechtsregimes nach Maßgabe sozialrechtlicher Vorschriften ausgeschlossen (Kontrahierungszwang, Verbot der Risikoselektion, Koppelungsverbote etc.), anders als im Bereich der Zusatzversicherung. Das *Schweizer* Modell geht, im Ergebnis ähnlich, umgekehrt von sozialrechtlichen Sicherungen aus, die mit wettbewerbsrechtlichen Elementen wie Beitragswettbewerb, Franchisen, Selbstbehalten etc. angereichert sind. Im Obligatorium gilt der Vorbehalt des Krankenversicherungsrechts, der die automatische Anwendung des Kartellrechts grundsätzlich ausschließt. Im Bereich der Zusatzversicherung schützt dieser die dort ebenfalls agierenden sozialen Krankenkassen nicht; Wettbewerbsverstöße ahndet die Wettbewerbskommission. In beiden Ländern gelten die *Versicherer*, d.h. in der *Schweiz* einschließlich der sozialen Versicherer, als Unternehmen.

In *Deutschland* ist dies grundsätzlich anders. Nach der Grundentscheidung des nationalen Gesetzgebers sind Krankenkassen keine Unternehmen, ungeachtet der Vermittlung *entsprechender* Geltung des Wettbewerbs- und Kartellrechts durch § 69 SGB V in zentralen Bereichen. Die jüngere Revision dieser Vorschrift läßt etliche praktische Probleme ungelöst und vermag die vor allen Dingen nach europäischem Recht (ausnahmsweise) vorzunehmende Qualifikation als Unternehmen nicht auszuschließen. Auch die – nach wie vor zugunsten der Aufsichtsbehörden zu entscheidende – Diskussion über die Zuständigkeit über Vereinigungen bzw. „Zusammenschlüsse“ ist Ausdruck der Kontroverse über die Rolle der Krankenkassen im solidarischen Wettbewerb; die Aufsichtsbehörden sind überdies zuständig zur Überwachung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Träger im solidarischen Wettbewerb, auch etwa bezogen auf Wahltarife zur stationären Versorgung.

Demgegenüber ist für Fusionen zwischen Versicherern in den *Niederlanden* gerade nicht die im Zuge der jüngeren Krankenversicherungsreform auf der Grundlage des neuen Gesetzes zur „Marktordnung im Bereich des Gesundheitswesens“ eigens geschaffene Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* zuständig, sondern die traditionelle Wettbewerbsbehörde *NMa*. Bei anderen nach Maßgabe sozialrechtlicher Beschränkungen „wettbewerbswidrigen“ Verhaltensweisen hingegen, etwa Verstößen gegen das Koppelungsverbot, der Verknüpfung des Abschlusses einer Basis- mit dem einer Zusatzversicherung, ist zuständigkeitshalber die Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* eingeschritten.

Dennoch folgt die Zweispurigkeit des Kontrollsystems in den *Niederlanden* nicht immer einer strikten Trennung, und die Tätigkeiten der Behörden ergänzen sich. So wird die Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* oftmals im Vorfeld einer Rechtsverletzung aktiv, welche dann die Wettbewerbsbehörde *NMa* als klassische Wettbewerbs-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Kartellverstöße verfolgt. Die Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* äußerte sich etwa zur Konzentration des Versicherungsmarktes infolge des Zusammenschlusses von 33 Versicherungsunternehmen zu 14 Konzernen. Der Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* obliegt neben der Beobachtung der Marktentwicklung und der Aufsicht über die Ausführung des Krankenversicherungsgesetzes die „Tarif und Preisüberwachung", vorwiegend mit Kontrollfunktion im obligatorischen A- und Beobachtungsfunktion im verhandelbaren B-Segment.

Bezogen auf das Verhältnis Verbraucher-Versicherung schließlich existiert auch in den *USA* eine umfängliche, vorwiegend einzelstaatliche Regulierung (betreffend die Natur der Versicherungsverträge, den Versicherungsumfang und Rechtsschutz). Sie wird die in gewissem Umfang durch Gesetze des Bundes flankiert, die sich mit dem Leistungsumfang, mit Karenzzeiten und mit der Berücksichtigungsfähigkeit von Vorerkrankungen befassen (vgl. im Übrigen unten).

cc) Wettbewerbsrelevante Vertragsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Versicherern

Die *niederländische* Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* ist in den tarifären Vertragsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Versicherern in ähnlicher Weise „Preisüberwacher" wie die gleichnamige Behörde nach dem *Schweizer* KVG. Der *Schweizer* Preisüberwacher ist eigenständige Wettbewerbsbehörde, der Verstöße nach dem PüG, nicht dem Kartellgesetz verfolgt. Neben der Zuständigkeit für die Prämiengestaltung im vorstehend beschriebenen Versicherungsmarkt kommt ihm im Rahmen der Tarifverträge zur Vergütung von Krankenhausleistungen – da und soweit sie (noch) verhandelbar sind bzw. waren – besondere Bedeutung zu. Er überprüft die Wirtschaftlichkeit der Tarife, insbesondere Preisbildungsmißbrauch, und kann die Senkung des Preises ebenso beantragen wie den Verzicht auf die Erhöhung. Will der Kanton hiervon abweichen, hat er dies ausführlich zu begründen. Eine Nichtanhörung des Preisüberwachers führt zur Nichtigkeit des Tarifvertrages. Für sonstige Wettbewerbsverstöße ist die Wettbewerbskommission zuständig, für die Überwachung wettbewerblicher Elemente innerhalb des KVG das zuständige Bundesamt. In der *Schweiz* ist das Kontrollsystem damit systematisch zwei- und organisatorisch dreispurig.

Die Diskussion über den Grad des staatlichen Einflusses auf die Krankenkassen bestimmte in *Deutschland* die Streitfrage, ob diese als öffentliche Auftraggeber angesehen werden und deshalb Bestimmungen auch des Vergaberechts Anwendung finden. Mutete schon vor der jüngsten Revision des § 69 SGB V angesichts zunehmender unternehmerischer Krankenkassenstrukturen die Parallelität der Anwendung von Kartell- und Vergaberecht seltsam an, so wurde diese Ambiguität nunmehr „festgeschrieben", wenngleich dadurch relativiert, daß es sich bei den zu prüfenden Selektivverträgen wie etwa denen über die IV in der Regel gerade nicht um öffentliche Aufträge handeln soll.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Für die *USA* wurde – inhaltsbezogen – der mittelbare Einfluss von *Medicare*, *Medicaid* und *SCHIP* auf Versorgungsverträge im Rahmen des *Managed Care* bereits herausgestellt. Bezogen auf verbleibende Spielräume und „Absprachen" kommt das Wettbewerbsrecht zur Kontrolle von Wettbewerbsverstößen zur Anwendung. Im Vordergrund aber steht der Wettbewerbsschutz zugunsten der (potentiellen) Vertragspartner im Rahmen einzelstaatlicher und durchaus unterschiedlicher *Managed-Care*-Regulierung. Diese Gesetze machen den *MCOs* Vorgaben hinsichtlich der Auswahl der anzustellenden bzw. der auf der Grundlage von Versorgungsverträgen kooperierenden Leistungserbringer. Sie reglementieren ferner die Steuerung des Zugangs der Patienten zu sowie Exklusivitätsverträge mit Leistungserbringern, und ordnen schließlich an, dass jeder die Kostenvorgaben zu erfüllen bereite Leistungserbringer in das Netzwerk aufgenommen werden muss (*any-willing-provider-laws*).

III. Wettbewerb als Strukturprinzip des Gesundheitsrechts und „Gesundheitswettbewerbsrecht"

Ungeachtet aller Nuancen: Im Gesundheitswesen hat Wettbewerb eine dem Sozialen dienende Funktion, er ist eingebettet in eine sozial gebundene Ordnung. Jedenfalls diese funktionsbezogenen und mittlerweile weit reichende Verankerung wettberblicher Strukturen zeugt ausweislich der Untersuchungsergebnisse von einem Maß an Konsequenz, das es rechtfertigt, von Wettbewerb als einem auch im Gesundheitswesen vorfindbaren Strukturprinzip selbst dann zu sprechen, wenn Wettbewerb „im übrigen", d.h. zur Förderung der freien wirtschaftlichen Entfaltung, als „nicht konsequent verfolgt" erachtet wird. Ob der einzelne Ansatz oder das konkrete Instrument „richtig", d.h. eher das weithin freie Spiel der Marktkräfte oder der regulatorische Ansatz für angemessen gehalten werden, ist nicht ausschlaggebend. Wo grundlegende und verfassungsrechtliche Garantien, nämlich die freier wirtschaftlicher Entfaltung einerseits und der Versorgung der Gesamtbevölkerung mit qualitativ hochwertigen Gesundheitsgütern andererseits, einfach-gesetzliche miteinander zu vereinbaren sind, kann Wettbewerb nicht vollkommen sein.

Die vorgenannten Garantien wirtschaftlichen Handelns vermitteln zunächst das einem Prinzip innewohnende Mindestmaß an Stabilität, das auch durch den steten Reformwandel, der unsteten Implementierung verschiedenster Wettbewerbsansätze, nicht gefährdet wird. Die sich daran anschließende Frage freilich ist indes diejenige danach, inwieweit das allgemeine Prinzip auch im Gesundheitswesen bzw. Gesundheitsrecht gilt, jedenfalls konkret verwirklicht wird. Dies zu beantworten, ist schon deshalb schwierig, weil das „Gesundheitsrecht" eine Querschnittsmaterie darstellt, wie die Betrachtung der jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse und -beziehungen in den Studien zu Deutschland, den Niederlanden, der Schweiz und der USA deutlich gemacht hat. Maß-

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

geblich sind zudem nicht nur sozialversicherungsrechtliche und andere regulatorische Bestimmungen, sondern mit diesen zusammen insgesamt polyzentrische, d.h. interdependente Normgefüge, zu denen neben dem allgemeinen das besondere Wettbewerbs- und Wirtschaftsrechts unterschiedlicher Normgeber sowie das Berufsrecht zu zählen sind.

Die eingangs vorläufige Charakterisierung des Rechts des Gesundheitswesens als einem gemischt wettbewerblich-regulatorischen System wird zusehends zur klaren Erkenntnis. Aus einer übergeordneten Warte ist dabei weniger entscheidend, ob bestehender (privatrechtlich organisierter) Wettbewerb regulatorisch (stark) überlagert wird, oder aber sozialrechtliche Vorschriften binnensystematische Wettbewerbselemente einführen oder die Geltung des allgemeinen Wettbewerbs(rechts) erst vermitteln. Allgemeines Charakteristikum des „Gesundheitswettbewerbsrechts" ist vielmehr dessen materielle und institutionell-organisatorische Zweispurigkeit. Die Ausformung dieser Strukturen geht einher mit dem „Zugewinn" an Unternehmenseigenschaft sowohl der (öffentlichen bzw. gemeinnützigen) Krankenhäuser als auch der (sozialen) Krankenkassen. Sie hat zur Errichtung eigener Kontrollstrukturen geführt, so vor allem in den *Niederlanden*, und dort vorherrschende Kompetenzabgrenzungsprobleme sind ebenso wie die in *Deutschland* zunehmend reklamierten Zuständigkeiten des *Bundeskartellamts* Ausdruck dieser Entwicklung. Die materielle Zweispurigkeit, bei näherer Betrachtung der *Schweiz* sogar Dreispurigkeit, zeigt sich etwa am Beispiel der sowohl im Basis- als auch im Zusatzversicherungsmarkt tätigen *niederländischen* Versicherer sowie der im Obligatorium und auf dem Zusatzversicherungsmarkt agierenden sozialen *Schweizer* Krankenkassen, die insoweit unterschiedlichen Regimen bzw. Regularien unterworfen sind. Begleitet wird diese Entwicklung durch eine partielle Konvergenz der Systeme durch Anreicherung des Privatversicherungsrechts mit sozialen Elementen (Basisversicherung [*Niederlande*], Basistarif [*Deutschland*]) ebenso, wie Anreicherung des Sozialversicherungsrechts um wettbewerbliche Elemente wie Wahltarife und Selbstbehalte (*Schweiz*, *Deutschland*), die das Solidarprinzip herausfordern.

Das externe, inkorporierte oder für anwendbar erklärte „allgemeine Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen" wird vielfach flankiert durch spezifische „binnensystematische" Regelungen. Dazu gehören in *Deutschland* sozialrechtliche Normen etwa zum Wettbewerbsrahmen und zu Ausschreibungsgeboten im Selektivvertragsrecht ebenso wie in den *Niederlanden* das Marktordnungsgesetz für das Gesundheitswesen.

Die vorgenannte Zweispurigkeit ist indes auch Ausdruck von Ambiguität und Friktionen. Die Betrachtung der Krankenhausversorgung war diesbezüglich besonders fruchtbar. Krankenhäuser, d.h. Unternehmen, deren Fusion kartellrechtlicher Kontrolle unterliegt und deren Managementkapazitäten durch *Managed-Care*-Befugnisse und Integrierte Versorgung wettbewerbsorientiert eingebunden werden, konkurrieren um den nach Planungsgesichtspunkten regulierten Marktzutritt, wobei – mittelbar oder unmittelbar – Preiswettbewerb reglementiert oder gar ausgeschlossen ist. Auch das Recht

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Verbraucher, das Krankenhaus zu wählen, ist vielfach planungsrechtlich konditioniert.[5]

Wettbewerb im Gesundheitswesen ist und wird daher auf unabsehbare Zeit „gelenkter", „geplanter" oder „unvollkommener" Wettbewerb bzw. nur „partiell verwirklicht" sein. Diese Aussage gilt auch für die *USA*, bezüglich derer die Untersuchung ein erhebliches Maß an Regulierung ebenso zutage gefördert hat, wie den Einfluss staatlicher Programme auf *Managed Care* und hier z.B. das Preisrecht. Die tatsächlich im Gesundheitssektor vorhandenen Märkte sind daher stark reguliert. Das gilt für den Krankenhausmarkt ebenso wie den Versicherungsmarkt. Der regulierte Wettbewerb ist ein solcher eigener Art. Die Konkurrenz um den Markteintritt, d.h. die Planposition, bzw. um wirtschaftsrelevante Strukturvorteile in der Regulierung machen dies deutlich.

Die Differenziertheit und spezifische Interaktion der national eingesetzten Wettbewerbselemente machen eine abschließende, transnationale vergleichende „Erfolgsbewertung" der Systeme über das in Kapitel II.2.d. hinaus Gesagte kaum möglich. Vor allem lässt sich dies nicht vordergründig an „Effizienzgewinnen" hier oder da ermessen, sondern hängt nach dem eingangs Gesagten davon ab, welches Verständnis und welcher Grad von Solidarität, ausgedrückt im Umfang der Risikoabsicherung und den dazu verwendeten Finanzierungsinstrumenten, einer solchen Bewertung zugrunde gelegt würde. Zumindest bezogen auf effiziente, kostengünstige Versorgung derjenigen, die versichert sind, vermögen auch die im Ausgangspunkt wettbewerbsorientierten *USA* nicht als Vorzeigemodell zu fungieren: Daß in den USA große Versorgungslücken bei extremem finanziellen Aufwand bestehen, zeigt die Schwächen dieses Ansatzes– nicht umsonst nimmt der Aufwand an Reformen, die weiterhin möglichst freiheitsschonend angelegt sind, stetig zu. Die hochkomplexe Regulierungsverflechtung im *deutschen* System andererseits erscheint gleichfalls weder uneingeschränkt übertragbar noch vermittelt es die im Wettbewerb bedeutsame Planbarkeit.

Der Streit um Konzepte wird anhalten, auch deshalb, weil sich die Entscheidungsfindung zugunsten weiterer Reformen in einem Rahmen von Regelungs- und „Regulierungsverflechtung"[6] ereignet, in welchem Entscheidungsträger aus *Bund*, *Kantonen*, *Ländern* und *Einzelstaaten* agieren. Der Politikwettbewerb für das Gesundheitswesen muß stärker darauf bedacht sein, dass Krankenhäuser und Kostenträger mindestens mittelfristig konstante Wettbewerbsbedingungen vorfinden, wenn die Akteure gewinnbringend in eine wettbewerblich organisierte Gesundheitsversorgung eingebunden werden sollen. Dies kann und muss auch im regulierten Wettbewerb erfolgen, und so sind die Kombination von Ausweitung der allgemeinen Versicherungspflicht mit Kontrahierungs- bzw. Aufnahmezwang und Maßnahmen gegen Risikoselektion als Erfolge zugunsten dessen zu verzeichnen, auf den es nach der sozialen Funktion des Wettbewerbs ankommt: des Patienten bzw. Versicherten. Dieser kann auch als Nachfrager besonderer

5 S. oben II.1.b., II.2.c.

6 In Anlehnung an *Scharpf* (Theorie der Politikverflechtung) und die Studie für Deutschland (II. 3.1.3.).

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

krankenhausbezogener Versicherungsleistungen von seiner wahlorientiert einflussreichen Position gewinnbringend profitieren. Hingegen wird der Nachfrage nach Versorgungsleistungen in einem bestimmten Haus zwar weiterhin Bedeutung zukommen, stößt das systemische Steuerungspotential angesichts planungsrechtlicher Restriktionen und Einschränkungen durch Managed Care sowie wegen des Vorrangs regulatorischer Qualitätssicherung jedoch an Grenzen.

Auf ein gesteigertes Maß an Wettbewerb könnte kaum mehr, auf Regulierung in Diensten des Sozialen hingegen niemals verzichtet werden.

https://doi.org/10.5771/9783845221915 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY