

Hier könnten größere Spielräume vorgesehen werden. Beispielsweise wäre es denkbar, den Kassen für ambulante Operationen Auswahlmöglichkeiten einzuräumen.⁵⁷⁶

b) Wettbewerb zwischen Leistungserbringern

Für den Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern sind gleiche Zugangschancen (aa) und – vorbehaltlich selektivvertraglich begründeter Abweichungen – gleiche Honorierungsregeln (bb) von entscheidender Bedeutung. Beides ist bei der künftigen Ausgestaltung des neu geschaffenen Versorgungssektors zu beachten; angesichts der derzeit offenen Rechtslage können insofern nur die wesentlichen Grundsätze genannt, aber keine Verbesserungsvorschläge unterbreitet werden. Die Leistungserbringer sind im Verhältnis zueinander an das Wettbewerbsrecht gebunden. Für die Überprüfung von möglichen Verstößen gegen das UWG sind nach der Rechtsprechung des BSG die Sozialgerichte zuständig (cc), ohne dass insofern ein Reformbedarf besteht.

aa) Gesonderte Zugangshindernisse zur spezialfachärztlichen Versorgung bestehen nach § 116b SGB V grundsätzlich weder für Fachärzte noch für Krankenhäuser. Vorausgesetzt ist aber eine Eignung. Die dafür geltenden Kriterien werden durch den GBA festgelegt. Als problematisch kann sich auch in diesem Zusammenhang die Festlegung von Mindestmengen erweisen,⁵⁷⁷ nicht zuletzt weil insofern der Vergleich zwischen Krankenhäusern und Fachärzten schwierig sein kann. Die vorgesehenen Vertragsschlusspflichten mögen versorgungrechtlich erforderlich sein, zumal sie auf relativ eng gefasste Behandlungsfälle begrenzt sind. Sie sind aber nur deshalb akzeptabel, weil für ihre Erfüllung die nachgewiesene Verhandlungsbereitschaft genügt und sie daher keine absolute Marktzugangsbarriere darstellen.⁵⁷⁸

Für die Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten in anderen Bereichen bleibt es bei zusätzlichen berufsrechtlichen und zum Teil krankenhausrrechtlichen Vorgaben. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang § 31 MBO-Ä zu beachten, der eine Zuweisung von Patienten gegen Entgelt oder andere Vorteile verbietet.⁵⁷⁹ Die entsprechenden Bestimmungen dienen vor allem dem Schutz der Patienten. Dieser Schutz kann nicht völlig von den Re-

⁵⁷⁶ Schönbach, G+S 2010, 11, 16f.

⁵⁷⁷ Vgl. § 6 der RL über die ambulante Behandlung im Krankenhaus (http://www.g-ba.de/downloads/62-492-576/ABK-RL_2011-12-15.pdf).

⁵⁷⁸ Was insbesondere ein Problem für Krankenhäuser dargestellt hätte, dazu Baum, KH 2011, 661, 665.

⁵⁷⁹ Vgl. zu einer landesrechtlichen Ausdehnung auf Krankenhäuser Stollmann, GesR 2011, 136ff.

geln des UWG, die im Verhältnis zwischen den Leistungserbringern anwendbar sind, übernommen werden.⁵⁸⁰ Denn die beiden Regelungskomplexe verfolgen verschiedene Zwecke und sehen deshalb auch unterschiedliche Durchsetzungsmechanismen vor.

bb) Die Vergütung erfolgt nach einheitlichen Regeln außerhalb der Gesamtvergütung. Die anzuwendenden Regeln entsprechen konsequenterweise denen für Vertragsärzte. Für die ambulante spezialfachärztliche Versorgung ist nun eine Budgetbereinigung vorgesehen, zudem sind Einzelheiten kollektivvertraglich zu regeln. Die Ausgestaltung bleibt abzuwarten. Immerhin können aber Investitionsaufwendungen berücksichtigt werden. Dabei gilt zumindest vorläufig für Krankenhäuser ein Abschlag, der einen möglichen tatsächlichen Wettbewerbsvorteil, der allerdings nur mittelbar auf der öffentlichen Förderung beruhen kann,⁵⁸¹ ausgleichen soll. Jedoch enthält das Gesetz keine Regelung für qualitätsbezogene Honorierungsbestandteile. Insofern können selbst auf der Grundlage der noch zu treffenden Regelungen der gemeinsamen Selbstverwaltung keine besondere Anforderungen an die Tätigkeit der Leistungserbringer eingeführt werden (vgl. dazu D.I.4.b)aa)). Das sollte zur Verbesserung des Qualitätswettbewerbs geändert werden.

cc) Nach der bisherigen Rechtsprechung des BSG folgt schon aus dem vertragsärztlichen Status, dass gegenüber anderen Leistungserbringern ein Schadensersatzanspruch besteht, wenn diese die gesetzlichen Vorgaben nicht einhalten. Das wurde bei der sektorenübergreifenden Versorgung entschieden für nicht von den rechtlichen Bestimmungen abgedeckte ambulante Operationen⁵⁸² und vertragsärztliche Tätigkeiten nicht ermächtigter Krankenhausärzte.⁵⁸³ Gestützt wird diese Rechtsprechung jetzt auf „die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätze des UWG“, wobei dessen Vorschriften entweder „entsprechend“ angewendet werden oder „in Anlehnung“ gelten sollen.⁵⁸⁴ Die Zuständigkeit der Sozialgerichte soll aus § 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 SGG folgen, womit nach Ansicht des BSG „die Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem SGB V umfassend, auch soweit die Rechtsbeziehungen der Leistungserbringer untereinander betroffen sind, den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen“ sind.⁵⁸⁵ Angesichts der engen

⁵⁸⁰ So aber *Kiefer/Meseke*, VSSR 2011, 211, 221 f.

⁵⁸¹ Vgl. BT-Drs. 17/6906, S. 84; krit. dazu *Baum*, KH 2011, 661, 665. Vgl. auch § 120 Abs. 3 S. 2 SGB V.

⁵⁸² BSG v. 23. 3. 2011, 6 KA 11/10 R.

⁵⁸³ BSGE 83, 128.

⁵⁸⁴ BSG v. 23. 3. 2011, 6 KA 11/10 R, Rn. 44 f.

⁵⁸⁵ BSG v. 23. 3. 2011, 6 KA 11/10 R, Rn. 17. So im Ergebnis auch SchHolsOLG v. 14. 1. 2011, 16 W 120/10; ebenfalls zum sozialgerichtlichen Rechtsweg im Zusam-

Verknüpfung zwischen den Voraussetzungen der Leistungserbringung und dem wettbewerblichen Verhalten der Leistungserbringer sollte an der Zuständigkeit der Sozialgerichte festgehalten (s.o., C. III.3.c)), allerdings das UWG unmittelbar angewendet werden (s.o., C. III.2.b)).

menhang mit der Vereinbarung von Vergütungspauschalen für Überweisungen im Rahmen einer integrierten Versorgung OLG München v. 3. 4. 2008, 29 W 1081/08.

E. Wettbewerb zwischen GKV und PKV

I. Ausgangslage

1. Anlage der Versicherungssysteme

a) In Deutschland bieten GKV und PKV jeweils eine umfassende, grundständige Vorsorge gegen Krankheitsrisiken. Für die PKV wird von einer substitutiven (§ 12 VAG) oder ersetzenden Versicherung gesprochen, womit Bezug genommen wird auf die Sicherungsfunktion der GKV. Die Zweigleisigkeit der Risikoabsicherung ist historisch gewachsen (vgl. A.II.1.). Sie hat ihren Ursprung in der zunächst auf bestimmte Personen beschränkten Versicherungspflicht in der GKV, die von Anfang an zu einem Nebeneinander zwischen sog. Zwangskassen und Hilfskassen führte.⁵⁸⁶

In ihrer Anlage unterscheiden sich GKV und PKV bis heute.⁵⁸⁷ Die wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Versicherungssystemen bestehen – abgesehen von der Rechtsform, die für die Anwendung des Wettbewerbsrechts keine Rolle spielt, aber Ausdruck der Zuordnung zur staatlichen oder gesellschaftlichen Sphäre mit entsprechenden Konsequenzen für die Grundrechtsfähigkeit der Träger der PKV ist – in folgenden Merkmalen: dem Finanzierungsverfahren (Umlage vs. Anwartschaftsdeckung, die vor allem für die Altersrückstellungen relevant ist), der Beitragsbemessungsgrundlage (einkommensbezogen vs. personenbezogen), dem Risikobezug der Beiträge (nicht risikobezogen vs. beschränkt risikobezogen⁵⁸⁸), dem Leistungsprinzip gegenüber den Versicherten (Sachleistung vs. Kostenerstattung) und den Beziehungen zu den Leistungsanbietern bzw. -erbringern (Regulierung vs. vertragliche Absprachen). Hinzu kommen, obwohl beide Systeme das medizinisch Notwendige leisten sollen,⁵⁸⁹ im Einzelnen Unterschiede im Hinblick auf den Leis-

⁵⁸⁶ Dazu *Stier-Somlo*, Sozialgesetzgebung (Fn. 431), S. 64 ff.

⁵⁸⁷ Zu den Systemunterschieden im Zusammenhang mit dem steuerfreien Existenzminimum BVerfGE 120, 125.

⁵⁸⁸ § 12 Abs. 1 Nr. 1 VAG, § 203 Abs. 1 S. 2 VVG; beschränkt insofern, als der Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Risikobeurteilung entscheidend ist.

⁵⁸⁹ Für die GKV §§ 12 Abs. 1 und 70 Abs. 1 SGB V; für die PKV § 192 Abs. 1 VVG, wonach „im vereinbarten Umfang die Aufwendungen für medizinisch notwendige

tungsumfang, weil die in der GKV vorgenommene Konkretisierung der Leistungsansprüche durch Richtlinien (vgl. oben, C.I.2.c)) in der PKV keine normative Wirkung besitzt.⁵⁹⁰ Hinzugefügt sei, dass Unterschiede im Leistungsumfang gerade auch zwischen der Beihilfeberechtigung für Beamte und der Versicherung in der GKV bestehen.⁵⁹¹

b) Ungeachtet der unterschiedlichen Ausgestaltung stehen PKV und GKV nicht beziehungslos nebeneinander. Vielmehr ergeben sich zwischen ihnen Wettbewerbsbeziehungen, sowohl was die ersetzende als auch was die ergänzende Krankenversicherung betrifft:

aa) Einige Personen sind keinem der beiden Systeme fest zugeordnet, sondern können zwischen diesen wählen. Das gilt für diejenigen, die in der GKV versicherungsfrei (§ 6 SGB V), aber zugleich versicherungsberechtigt sind (§ 9 SGB V). Denn für die in der GKV Versicherten besteht keine Versicherungspflicht zur PKV (§ 193 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 VVG). Allerdings ist der Gesetzgeber darum bemüht, zumindest über den Versicherungsverlauf die den beiden unterschiedlichen Versicherungssystemen angehörenden Personengruppen getrennt zu halten.⁵⁹² Deshalb bezieht sich der Wettbewerb überwiegend auf Selbständige und die Arbeitnehmer, die über der Jahresarbeitsentgeltgrenze (§ 6 Abs. 6–8 SGB V) verdienen, und zwar vor allem am Beginn ihrer beruflichen Karriere.

bb) Ein zweites Wettbewerbsfeld betrifft ergänzende Leistungen, d.h. Leistungen, die über den im SGB V vorgesehenen Katalog an medizinisch notwendigen Behandlungen einschließlich der dafür vorgesehenen Mittel und die Entgeltersatzleistungen hinausgehen. Der Gesetzgeber hat in dieser Hinsicht über die letzten Jahre die Angebotsmöglichkeiten der GKV erweitert (dazu oben, C.I.2.b)).

c) Durch die erstmalige Einführung einer umfassenden Versicherungspflicht in Deutschland, die für die Krankenversicherung ab 2009 besteht, hat eine funktionale Annäherung zwischen PKV und GKV stattgefunden. Dem schon in der Pflegeversicherung eingeschlagenen Weg folgend,⁵⁹³ hat es der Gesetzgeber bei einer weitge-

Heilbehandlung“ zu leisten sind. Zu den Unsicherheiten der Festlegung in der PKV *Uzunovic*, *Der Streit um die medizinische Notwendigkeit*, 2012, S. 31 ff.

⁵⁹⁰ Erwähnung fanden diese Unterschiede in der Entscheidung des BVerfG zu einem grundrechtlichen Leistungsanspruch von GKV-Versicherten, BVerfGE 115, 25, 48.

⁵⁹¹ Vgl. zur Kryokonservierung von Samen BSG, SozR 4–2500 § 27 a Nr. 1.

⁵⁹² Weshalb die Versicherungsberechtigung in der GKV schon seit dem GRG an längere Vorversicherungszeiten gebunden worden ist.

⁵⁹³ Mit dem Pflegeversicherungsgesetz v. 26. 5. 1994 (BGBl. I, 1014). Zu den damit aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen hat das BVerfG durch Entscheidungen v. 3. 4. 2011 Stellung genommen, vgl. BVerfGE 103, 197, 217 ff. (zur Zulässigkeit der auf Art. 74 I Nr. 11 GG gestützten privaten Pflegeversicherung und auch zur Zuläs-

henden Aufteilung der jeweils in GKV und PKV versicherten Personengruppen belassen. Er hat aber mit der Einführung einer Versicherungspflicht und eines Basistarifs in der PKV⁵⁹⁴ dieser Versicherung sozialpolitische Aufgaben auferlegt. Auch wenn damit ein sozialer Ausgleich innerhalb der PKV verbunden ist,⁵⁹⁵ geschieht dies nach Ansicht des BVerfG, das die Reform für verfassungskonform gehalten hat, in einem Umfang, der das „Geschäftsmodell privater Krankenversicherungen“ nicht schwerwiegend beeinträchtigt.⁵⁹⁶ Damit hat sich zwar dieses Modell spürbar verändert,⁵⁹⁷ über seine mögliche verfassungsrechtliche Fundierung und damit eine rechtliche Garantie seines Fortbestands musste aber nicht entschieden werden.⁵⁹⁸

2. Zu den Wettbewerbsbeziehungen zwischen GKV und PKV

Das damit umrissene Verhältnis zwischen GKV und PKV wirft einige Probleme auf. Mit der gegenwärtigen Ausgestaltung ist einerseits höchstens in Randbereichen ein Systemwettbewerb verbunden (a)),⁵⁹⁹ andererseits führen die Berührungen zwischen den beiden Systemen zu zunehmenden Annäherungen und Überschneidungen (b)). Das schließt es nicht aus, den bestehenden Wahlmöglichkeiten einen verfassungsrechtlichen Wert beizumessen.⁶⁰⁰ Auf das Angebot

sigkeit einer umfassenden Versicherungspflicht); 103, 271, 287 ff. (zum fehlenden Wahlrecht der privat Krankenversicherten). Krit. dazu *Isensee*, in: FS für Gitter, 1995, S. 401, 406 f.; *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, S. 488 ff.

⁵⁹⁴ Art. 43–45 des GKV-WSG.

⁵⁹⁵ Wobei es nicht darauf ankommt, inwieweit dieser systemuntypisch ist, weil eine darauf bezogene Solidarität für die GKV prägend sein soll, so *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, 2009, S. 183 ff.; a. A. *Schenkel*, VSSR 2010, S. 79, 81 ff., und *Wallrabenstein*, Versicherung im Sozialstaat, 2009, S. 362.

⁵⁹⁶ So BVerfGE 123, 186, 244, weshalb die Berufsausübungs-, nicht aber die Berufswahlfreiheit betroffen sei. Zur Kritik an der Entscheidung *Wilms*, ZVersWiss. 100 (2011), 325 ff.; zu vorhergehenden verfassungsrechtlichen Einwänden *Thüsing/v. Medem*, Vertragsfreiheit und Wettbewerb in der privaten Krankenversicherung, 2008, S. 77 ff.

⁵⁹⁷ Vgl. *Pitschas*, in: ders. (Hrsg.), Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb, 2008, S. 109, 125 ff. („neues Geschäftsmodell der PKV“, S. 127).

⁵⁹⁸ Vgl. dazu *Hufen*, NZS 2009, S. 649, 651 f., wonach das BVerfG aber von einem „Zwei-Säulen-Modell von GKV und PKV“ ausgegangen sei.

⁵⁹⁹ Zu der positiveren Einschätzung der PKV *Genett*, KrV 2011, 41, 42, und aus Sicht der Versicherungswirtschaft *Beutelmann*, in: *Oberender*, Wettbewerb (Fn. 440), S. 59, 63 f.; näher *Mühlenbruch*, System-„wettbewerb“ zwischen GKV und PKV?, in: *Schmehl/Wallrabenstein*, Steuerungsinstrumente (Fn. 51), S. 37, 39 ff.

⁶⁰⁰ So *Isensee*, ZfV 2010, 838 ff., 873 ff.

von Zusatzleistungen durch die GKV ist daneben hier schon deshalb nicht einzugehen, weil dessen Aufrechterhaltung aus GKV-system-internen Gründen nicht vorgeschlagen wird (s.o., C. III.1.).

a) Zwar wird von Seiten der GKV und der PKV der Wanderungssaldo zwischen den Systemen mit Aufmerksamkeit verfolgt,⁶⁰¹ dieser sagt aber nur etwas über die Präferenzen bestimmter, relativ kleiner Versichertengruppen aus. Für die meisten Versicherten bestehen nach wie vor keine Wahlmöglichkeiten. Das beruht einerseits auf der in der GKV vorgesehenen Versicherungspflicht, in faktischer Hinsicht aber auch auf den Besonderheiten der Absicherung von Beamten, Richtern und Soldaten. Fast die Hälfte der in der PKV Vollversicherten ist beihilfeberechtigt.⁶⁰² Für diese Personen kann nur die PKV Tarife anbieten, mit denen die Beihilfe bis zur vollen Kostentragung⁶⁰³ ergänzt wird.

Wo ein Wettbewerb zwischen GKV und PKV herrscht, findet dieser auf der Grundlage höchst unterschiedlicher Regulierungsregime und Handlungsmöglichkeiten statt. Die Entscheidung des Einzelnen folgt dem individuellen Kalkül, ob die Vorteile risikoabhängiger Individualbeiträge oder einkommensabhängiger Beiträge mit Familienversicherung überwiegen.⁶⁰⁴ Einsichten über das unabhängig hiervon „bessere“ bzw. effizientere System folgen daraus nicht.⁶⁰⁵

b) Einige im Rahmen der GKV getroffenen Regulierungen werden aus Effizienzgründen auf die PKV ausgedehnt. Dazu gehören Maßnahmen der Qualitätssicherung, weil sie vom GBA für „alle Patienten“ getroffen werden (§ 137 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 SGB V, s.o., D.I.2.c)). Ähnlich ist die Situation bei den Arzneimittelrabatten,⁶⁰⁶ die nach § 1 AMRabG⁶⁰⁷ „entsprechend § 130a Absatz 1, 1a, 2, 3, 3a und 3b SGB V“ nun auch der PKV und den Beihilfeträgern von

⁶⁰¹ Der nach Angaben der PKV über die letzten Jahre für diese positiv war, vgl. für 2000–2010 Zahlenbericht der PKV 2010/2011 (https://bestellungen.pkv.de/w/files/shop_zahlenberichte/zahlenbericht20102011.pdf), S. 90; die jüngsten Zahlen haben zu Meinungsverschiedenheiten zwischen GKV und PKV geführt, <http://www.handelsblatt.com/finanzen/vorsorge-versicherung/nachrichten/pkv-gegen-gkv-grosse-kranken-kassen-locken-privatversicherte/6080440.html?p6080440=all>.

⁶⁰² Im Jahr 2010 47,5%, PKV-Zahlenbericht (Fn. 601), S. 28.

⁶⁰³ Zum Ausschluss der Übererstattung BVerfGE 83, 89.

⁶⁰⁴ Vgl. allerdings Böcken/Altenhöner, SF 2011, 87ff., denen zufolge ein wichtiges Motiv für die Wahl der GKV durch freiwillig Versicherte die Einbeziehung in das sog. Solidarprinzips ist.

⁶⁰⁵ Krit. daher auch Wasem/Walendzik, in: Wille/Knabner (Hrsg.), Reformkonzepte im Gesundheitswesen nach der Wahl, 2011, S. 43, 47f.

⁶⁰⁶ Zu einem Anspruch auf Gleichstellung unabhängig von Systemunterschieden Scholz, Zur Wettbewerbsgleichheit von gesetzlicher und privater Krankenversicherung, PKV Dok. 14, 2. Aufl. 1993, S. 26ff.

⁶⁰⁷ G v. 22. 12. 2010 (BGBl. I, 2262, 2275).

pharmazeutischen Unternehmern zu erstatten sind.⁶⁰⁸ Für die Durchführung des Basistarifs kommen weitere Steuerungsinstrumente der GKV zur Anwendung, nämlich der Sicherstellungsauftrag der KVen mit der Möglichkeit, kollektivvertragliche Vergütungsbedingungen auszuhandeln (§ 75 Abs. Abs. 3 a und 3 b SGB V) und einer von der Regel abweichenden, Gemeinwohlinteressen betonenden Besetzung der zur Schlichtung vorgesehenen Schiedsstelle.⁶⁰⁹

Umgekehrt ist anzunehmen, dass die GKV insofern von der PKV profitiert, als Ärzte Honorarbegrenzungsmaßnahmen (s.o., D.I.2.b)) möglicherweise durch ihre Tätigkeit für Privatversicherte ausgleichen können.⁶¹⁰ Wie die Situation im Hinblick auf die Finanzierung innovativer Behandlungsmaßnahmen aussieht, ist deshalb schwer zu beurteilen,⁶¹¹ weil insofern bereits innerhalb der GKV die Regeln zwischen ambulanter und stationärer Versorgung noch Unterschiede aufweisen.⁶¹²

II. Offenheit der Optionen für eine künftige Ausgestaltung

1. Angesichts der geschilderten Situation werden vor allem von gesundheitsökonomischer Seite Reformvorschläge unterbreitet.⁶¹³ Dabei sind zwei Ansätze denkbar: entweder die Voraussetzungen für einen echten Systemwettbewerb zu schaffen oder die beiden Systeme funktional besser aufeinander abzustimmen.

Zur Verfolgung der ersten Alternative wäre entweder über eine Veränderung der Versicherungspflicht⁶¹⁴ oder über die Ermöglichung umfassender Wahlrechte zwischen PKV und GKV, dann unter Umwandlung des verfassungsrechtlich nicht geschützten Beihilfeanspruchs⁶¹⁵ in einen Arbeitgeberzuschuss (entsprechend § 257 SGB V), nachzudenken. Allerdings bleiben die Wahloptionen zwangsläufig gering, wenn nicht zugleich die Finanzierung beider Systeme so einander angenähert wird, dass ohne Begünstigung von *Free-Rider*-Effekten ein Wechsel möglich sein soll.

⁶⁰⁸ Zu den verfassungsrechtlichen Fragen im Hinblick auf die PKV *Butzer/Soffner*, NZS 2011, 841 ff. m. w. N.

⁶⁰⁹ Zu verfassungsrechtlichen Einwänden *Kluth*, VerwArch. 102 (2011), 525, 539 ff.

⁶¹⁰ Vgl. *Pfister*, Das duale Krankenversicherungssystem in Deutschland nach dem GKV-WSG, 2010, S. 274 f.

⁶¹¹ Zu den Argumenten *Hofer/Westphal*, ZfV 2011, 393, 394.

⁶¹² Vgl. §§ 135 und 137c SGB V sowie den durch das GKV-VStG eingefügten § 137e SGB V.

⁶¹³ S. z. B. *Wasem/Walendzik*, in: Wille/Knabner, Reformkonzepte a. a. O., S 43 ff.

⁶¹⁴ Dazu *Oberender/Zerth*, in: FS für Henke, 2007, 255 ff.

⁶¹⁵ Vgl. BVerfGE 83, 89; 106, 225.