

Astrid Wallrabenstein (Hrsg.)

Braucht das Gesundheitswesen  
ein eigenes Regulierungsrecht?



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

# Einleitung

*Astrid Wallrabenstein*

Die Fragestellung der Tagung des Instituts für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht bietet nach ihrem ersten Eindruck die Möglichkeit, sich zu einem Reformziel oder gar -projekt zu positionieren. Man kann – so scheint es – ein eigenes, spezifisches Gesundheitsregulierungsrecht fordern oder auch ablehnen, etwa, weil man es für überflüssig hält.

## I. Ein eigenes Regulierungsrecht?

Tatsächlich steht ein solches Reformprojekt nicht auf der politischen Tagesordnung. Auch in der Wissenschaft – sei es die Rechtswissenschaft oder die Gesundheitswissenschaft oder andere mit dem Gesundheitswesen befasste Disziplinen – wird die Forderung nach *einem*, d.h. einem umfassenden, konzeptionell geschlossenen (Regulierungs-)Recht des Gesundheitswesens soweit erkennbar nicht gestellt. Vielmehr bemühen sich etwa einige Rechtswissenschaftler um eine Rückbindung oder auch den Anschluss des Sozialrechts insgesamt und des Rechts des Gesundheitswesens im Besonderen an Erkenntnisse und Diskussionsprozesse in der allgemeinen Verwaltungsrechtswissenschaft.<sup>1</sup> Ähnlich lässt sich die wettbewerbsrechtliche Diskussion darum verstehen, ob und wie das Kartellrecht, konkret das GWB, auf das Recht des Gesundheitswesens umfassend anzuwenden ist.<sup>2</sup> Auch dies wäre ein (Wieder-)<sup>3</sup> Anschluss an allgemeinere Rechtsgebiete und -strukturen. Liegt damit die Fragestellung gegen den Trend?

Man kann die angesprochenen rechtswissenschaftlichen Ansätze auch gerade umgekehrt deuten: Sie lassen sich als Reaktion auf eine Entwicklung verste-

---

1 *T. Kingreen/S. Rixen*, DÖV 2008, S. 741 ff.; *H. Wijmann*, Kooperation im Wettbewerb: Soziale Dienstleistungen als Herausforderung staatlicher Regulierung, in: A. v. Arnauld/A. Musil (Hg.), Strukturelemente eines Sozialverfassungsrechts, 2009, S. 139 ff.; s. bereits zuvor: A. Schmehl/A. Wallrabenstein (Hg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens Bd. 1-3, 2005-2007; für das Krankenversicherungsrecht den Anschluss an regulierungsrechtliche Strukturierungen herstellend: *A. Wallrabenstein*, Versicherung im Sozialstaat, 2009, S. 236 ff.; für den ambulanten Sektor und dabei sehr knapp auch für Versicherer: *M. Schuler-Harms*, in M. Fehling/M. Ruffert (Hg.), Regulierungsrecht 2010, § 15 (S. 788 ff.); für den stationären Sektor: *A. Hense*, ebd., § 16 (S. 863 ff.).

2 S. hierzu *W.-H. Roth* in diesem Band m.w.N.

3 Vgl. den historischen Abriss bei *W.-H. Roth* in diesem Band, S. 117 ff.

hen, die eigene, bereichsspezifische Regelungssysteme hervorgebracht hat, die sich von allgemeineren Rechtsentwicklungen abgekoppelt haben. Versteht man „Regulierung“ weit, so könnte man postulieren, dass das Gesundheitswesen ein eigenes, verselbständigte Regulierungsrecht bereits hat. Die Frage richtet sich dann darauf, ob es *ein* Regulierungsrecht gibt, also ob die verschiedenen im Gesundheitssystem aufeinander bezogenen Bereiche mit einem umfassenden Regulierungsansatz erfasst werden anstatt in einzelne jeweils „autonome“ Regulierungskonzepte, etwa für die vertragsärztliche Versorgung, den Arzneimittelmarkt, den Versicherungssektor oder die Krankenhausversorgung zu zerfallen. Die umfassende Einbeziehung in das Kartellrecht oder eine verwaltungswissenschaftliche Regulierungsperspektive lassen sich als Versuch einer Zusammenführung und Herausbildung *eines* „Regulierungs“konzepts verstehen, das ein Dach bildet oder doch zumindest Strukturen und Beziehungen zwischen den Regelungen der verschiedenen Bereiche des Gesundheitswesens herausstellt.

In diesem Sinne ist die Fragestellung der Tagung gedacht. Sie zu bejahen meint, dass es sich lohnt, die Regelungsstrukturen der verschiedenen Bereiche des Gesundheitswesens auf einer „höheren Abstraktionsebene“ zusammenzudenken. Sie zu verneinen heißt, dass sich ein solches Unterfangen, sei es wegen mangelnder Erfolgsaussichten, sei es wegen zu geringen Ertrags, nicht lohnt. Natürlich ist die Tagungskonzeption zunächst auf eine positive Antwort angelegt; zumindest soll der Versuch unternommen werden, verschiedene Regelungsbereiche nebeneinander zu betrachten und dabei den Blick auf seine allgemeineren oder verallgemeinerungsfähigen Strukturen und Regulierungsmuster zu lenken.

## II. Wettbewerbsparadigma

Die angesprochene „höhere Abstraktionsebene“, auf der das Denken eines Gesundheitsregulierungsrechts gelingen könnte, ist dabei bereits vorgegeben: So wohl die kartellrechtliche Behandlung als auch der Zugriff über ein Regulierungsrecht im spezifischeren Sinn – vergleichbar der Regulierung des Energie- oder Telekommunikationssektors – haben die gleichen Grundannahmen; nämlich die, dass Akteure im Gesundheitswesen – seien es Ärzte, Krankenhäuser, Krankenversicherungen etc. – zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen und dieser Wettbewerb durch staatliche Regulierung gesteuert wird. Die Idee eines Gesundheitsregulierungsrechts setzt also als Paradigma die Vorstel-

lung von Wettbewerb als durchgehendes Grundmuster der Beziehungen im Gesundheitswesen voraus.<sup>4</sup>

Dies ist nicht selbstverständlich, sondern es ist eine konzeptionelle Setzung. Man muss die Beziehungen im Gesundheitswesen nicht notwendigerweise als Wettbewerb verstehen, aber es ist möglich und findet statt – allerdings nicht ubiquitär. Dies wird dann deutlich, wenn die Zugriffsweisen, die einerseits das deutsche und andererseits das europäische Recht auf das Gesundheitswesen haben, einander gegenübergestellt werden. In zwei aktuellen Diskussionen wird die Diskrepanz deutlich, die sich hier zwischen nationalem und europäischem Recht auftut. Bei der Frage, ob und wie die Bestimmungen des GWB auf das Handeln von Krankenkassen Anwendung finden, und bei den Konsequenzen, die die passive Dienstleistungsfreiheit für Leistungen im Gesundheitswesen hat, zeigt sich, dass die Unterstellung unter das Wettbewerbsparadigma nicht zwingend sondern eine rechtspolitische Entscheidung ist. Zwei Themenfelder dieses Tagungsbandes – der Beitrag von *Wulf-Henning Roth* sowie der Kommentar von *Karl-Heinz Mühlhausen*: „Das GWB als Regulierungsrecht – geeignet für das Gesundheitswesen?“ und der Beitrag von *Stephan Rixen* mit dem Kommentar von *Frank Schreiber*: „Patientenrechte-Richtlinie als „Dienstleistungsrichtlinie des Gesundheitswesens“? – sind deshalb diesen Fragen gewidmet. Vorangestellt ist eine systematisierende Einführung durch den Beitrag von *Margarete Schuler-Harms*.

### *1. Für die Beziehungen der Krankenkassen „upstream“ und „downstream“<sup>5</sup>*

Im deutschen Gesundheitssystem ist uns das Denken als Wettbewerbsordnung heute geläufig<sup>6</sup>: Leistungserbringer verstehen sich als Anbieter von Gesundheitsleistungen, sehen sich im Wettbewerb zueinander und/oder der Marktmacht der Krankenkassen als Nachfragermonopolisten oder Nachfragekartell gegenüber. Nicht um die Anwendbarkeit des Wettbewerbsparadigmas an sich dreht sich heute der Streit. Vielmehr geht es „nur“ um die Frage, wo und wie das rechtliche Regelungs- und Kontrollregime ausgestaltet ist. Wenn etwa die Ge-

4 Vgl. bei *C. Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009, S. 75 f.: Bei dem „Regelungsmodell“ gehe es „um die ebenso fundamentale wie triviale Einsicht in die Regelungsbedürftigkeit und -fähigkeit des Verhältnisses von Staat und Markt“; und: „Im Regelungsmodell manifestiert sich nicht der Abschied von Markt, sondern die Anerkennung der Marktkräfte.“

5 Zur Begrifflichkeit s. *W.-H. Roth* in diesem Band, S. 118 f.

6 Vgl. insb. *S. Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005.

richtszuständigkeit zwischen Sozial- und Zivilgerichten kontrovers ist, dann ist dennoch weder das Grundverständnis, dass es um eine Wettbewerbskonstellation geht, noch die normative Tatsache, dass das SGB V diesen Wettbewerb reguliert, das Problem.<sup>7</sup> Die Differenzen liegen erst bei der Frage, wie Wettbewerb und Regulierungsvorgaben im konkreten Fall zueinander zu gewichten und gegeneinander auszutarieren sind. Weil hier den Sozialgerichten eine regulierungs- und krankenkassenfreundliche Grundeinstellung unterstellt wird, wohingegen bei den Zivilgerichten eher Zurückhaltung gegenüber Krankenkassen und Zuwendungtheit gegenüber den Leistungserbringern vermutet wird,<sup>8</sup> wird die Zuständigkeitsfrage so kontrovers diskutiert<sup>9</sup> wie auch die Frage der Aufsichtskompetenzverteilung zwischen Bundesversicherungsamt und Bundeskartellamt.<sup>10</sup> Ebenso bestehen sachliche Auseinandersetzungen darüber, inwieweit und mit welchen Mitteln der Wettbewerb reguliert werden soll. Ob etwa die konzentrierte Ankündigung von Zusatzbeiträgen mehrerer Krankenkassen ordnungspolitisch sinnvoll ist oder nicht, lässt sich unterschiedlich beurteilen.<sup>11</sup> Unstreitig ist jedoch, dass durch die Zusatzbeiträge die Krankenkassen in Wettbewerb zueinander stehen. Kurz: Sowohl das sogenannte Leistungserbringungsrecht – die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern – als auch die Versicherungsbeziehung zwischen Krankenkassen und ihren Versicherten wird heute im deutschen Gesundheitswesen im Ansatz als Wettbewerb begriffen, so dass die Frage nach einem Gesundheitsregulierungsrecht auf diesem Paradigma aufsetzt.

Aber im europäischen Kontext gilt diese Setzung nicht in gleicher Weise. Der Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts findet auf Sozialversicherungen wie die deutschen Krankenkassen nach ständiger – wenn auch kritisierte<sup>12</sup> – Rechtsprechung des EuGH<sup>13</sup> keine Anwendung. Weil – und „so-

---

7 S. auch *P. Aixer* in diesem Band, S. 87.

8 Vgl. die ähnliche Einschätzung bei *W.-H. Roth* in diesem Band, S. 121 f..

9 Aktuell für den Rechtsweg gegen Maßnahmen des Bundeskartellamts BSG, Beschluss vom 28.09.2010, GesR 2011, S. 38.

10 Vgl. LSG Darmstadt, Urteil vom 15.09.2011 – L 1 KR 89/10 KL, juris.

11 Aktuelle Zwischenbilanzen deuten darauf hin, dass der Zusatzbeitrag seine Funktion als Preissignal nicht sinnvoll erfüllt hat, vgl. <http://www.bkk.de/presse-politik/presse/aktuelle-dpa-meldungen/itemId/733/itemTime/1324990820/cHash/5fd9e016d4/page/1>

12 S. etwa *R. Giesen*, ZESAR 2009, S. 311 ff.; *C. Kersting/S. Faust*, WuW 2011, S. 6 ff.; s. auch *W.-H. Roth* in diesem Band, S. 126 f. m.w.N.

lange“ – Krankenkassen ihre (Versicherungs-)Leistungen als Wahrnehmung einer sozialen Aufgabe erbringen, dabei keine Gewinnerzielungsabsicht haben, aufgrund von Pflichtmitgliedschaft nicht im Wettbewerb zu anderen Anbietern stehen und solidarisch finanziert sind, konkret die Leistungen gesetzlich vorgegeben sind, während die Beiträge nicht risikoäquivalent kalkuliert werden und daher ein Kosten- und Risikoausgleich stattfindet, sind sie keine Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts.<sup>14</sup> Die Frage nach Regulierung der Beziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen oder auch zwischen Krankenkassen und Versicherten, lässt sich daher im europarechtlichen Kontext nicht als Frage des Wettbewerbsrechts bearbeiten. Ein allgemein gültiges Wettbewerbsparadigma besteht so nicht. Umgekehrt rechnet das europäische Recht die Tätigkeit von Krankenkassen der staatlichen Sphäre zu und gelangt so zur Anwendung des Vergaberechts.<sup>15</sup> Damit wird ein anderes Modell zugrundegelegt. Anstelle eines Verständnisses der Krankenkassen als Marktteilnehmer, wie es dem Regulierungs- und Wettbewerbsrecht vorausliegt, werden die Krankenkassen nun als monopolistische „Besteller“ der sozialrechtlichen Leistungserbringung angesehen.<sup>16</sup>

## 2. Für die Beziehung Patient - Leistungserbringer

Bemerkenswerterweise ist es gerade umgekehrt bei der „dritten Seite“ des Leistungsbeziehungsdreiecks, also bei der Beziehung zwischen Versichertem bzw. Patient und Leistungserbringer. Der Europäische Gerichtshof hat diese Leistungsbeziehung unabhängig von der Ausgestaltung des nationalen Sozialleistungssystems als Dienstleistung eingeordnet und damit den Grundfreiheiten,

---

13 EuGH, 17. 2. 1993, Rs. C-159, 160/91 (Poucet), Slg. 1993, I-637; EuGH, 22.1.2002, Rs. C-218/00 (Cisal), Slg. 2002 I-691; EuGH, 16.03.2004, Rs. C-263/01 u.a. (AOK Bundesverband), Slg. 2004, I-2493; EuGH, 11.07.2006, Rs. C-205/03 P (Fenin), Slg. 2006, I-6295; auch EuGH, 5.3.2009, Rs. C-350/07 (Kattner), Slg. 2009, I-1513; wobei zusätzlich zur Frage nach der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auch die Grundfreiheiten potentiell konkurrierender Unfallversicherer geprüft wurden.

14 Ausführlich: *W.-H. Roth* in diesem Band, S. 126 ff.

15 EuGH, 11.09.2009, Rs. C-300/07 (Oymanns), Slg. 2009, I-4779, entsprechend das deutsche Recht, s. § 69 Abs. 2 S. 4 SGB V; zur Debatte hierüber vgl. etwa *U. Becker/T. Kingreen*, SGB V (2010), § 69, Rn. 41 ff. m.w.N.

16 Vgl. zu diesem „Wettbewerb um den Markt“ im Unterschied zu „Wettbewerb im Markt“: *C. Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009, S. 493 ff.