

Andreas Penner

# Leistungserbringerwettbewerb in einer sozialen Krankenversicherung

Zu den Grundsätzen eines liberalisierten  
Vergütungsrechts in der ambulanten Versorgung  
der GKV und der Basis-PKV



**Nomos**

# Inhaltsverzeichnis

§ 1 – Einleitung	19
I. Kontext der Untersuchung	19
1. Zielkonflikte in Gesundheitssystemen	19
2. Erkenntnisdefizite	23
3. Vorteile wettbewerblicher Verfahren	26
4. Leistungserbringerwettbewerb in der GKV	27
5. Grundlagenfragen	30
a) Wettbewerbsregularien	30
b) Pflicht zum Wettbewerb	34
6. Grundlagenprobleme	37
II. Programm der Untersuchung	38
1. Gegenstand der Untersuchung und Prüfungsmaßstab	38
2. Exemplarische Einzelfragen	40
3. Untersuchungsgrundlage und übergreifende Erkenntnisinteressen	41
Erster Teil: Entwicklung des Leistungserbringungsrechtes	45
§ 2 – Grundlagen	46
I. Strukturen des Krankenversicherungssystems	46
1. Akteure	46
2. Beziehungsdreieck	47
3. Vergütungsregelungen	48
4. Unvereinbarkeit von Sachleistungs- und Erstattungsprinzip?	51
II. Gesundheitsökonomik	52
1. Stärken und Schwächen gesundheitsökonomischer Erkenntnisse	55
2. Ergänzungsbedarf in der Rechtswissenschaft	60
§ 3 – Bisherige Entwicklung	64
I. Vom zweipoligen Vertrag zum Versicherungsschutz	64
II. Vom Leistungserbringungs- zum Leistungssteuerungsrecht	71
1. Anfänge der Leistungssteuerung	71
2. Anbieterinduktion	77
3. Sachwalterpotenzial der Versicherungen	82
4. Steuerungspotenzial von Vergütungsregelungen	89

III. Vom Marktmachtmissbrauch zur kollektiven Selbstverwaltung	93
1. Disparität im Kaiserreich	93
2. Hat der Staat oder der Markt versagt?	98
IV. Von der kollektiven Selbstverwaltung zum staatlichen Dirigismus	104
1. Autonomieverluste	104
2. Effizienz Nachteile kollektiver Selbstverwaltung	107
a) Kartellrechtliche Erklärung	107
b) Erklärungsalternativen	113
V. Von der Staatsverwaltung zum Individualvertrag	118
1. Hase und Igel	118
2. Flexibilitäts- und Komplexitätsschranke	118
3. Umsetzungsschwierigkeiten	123
a) Eigeninteresse der Betroffenen	123
b) Externalisierung der Verantwortung	125
4. Rückbesinnung	126
§ 4 – Aktueller Entwicklungsstand	128
I. GKV	131
1. Ärzte	131
a) Ärzte, Zahnärzte und Psychotherapeuten in der Allgemeinversorgung	131
aa) Verfahrensmaßgaben	132
(1) Zahnärzte	132
(2) Ärzte	133
(3) Versorgungsmonopol und Kontrahierungszwang	135
bb) Inhaltliche Maßgaben	136
(1) Zahnärzte	136
(2) Ärzte	137
b) Ärzte in der besonderen Versorgung	139
aa) Integrierte Versorgung	140
bb) Hausarztzentrierte Versorgung	141
cc) Besondere ambulante ärztliche Versorgung	142
dd) Modellvorhaben	143
ee) Ärzte für besondere Arzneimitteltherapie	143
ff) Strukturverträge für Hausarztmodelle und vernetzte Praxen	143
gg) Unterstützung bei der Hilfsmittelerbringung	144
hh) Spezialisierte ambulante Palliativversorgung	144
c) Stationäre Einrichtungen	144
2. Arzneimittel	147
a) Apotheker	147
b) Pharmahersteller	149

3. Heil-, Hilfsmittel und Zahntechnik in der Allgemeinversorgung	153
a) Heilmittelerbringer	153
b) Hilfsmittelerbringer und Erbringer nicht-ärztlicher Dialyseleistungen	154
c) Zahntechniker	155
4. Hebammen, Krankenpflege und Sonstige in der Allgemeinversorgung	156
a) Hebammen	156
b) Häusliche Krankenpflege	157
c) Sonstige Leistungserbringer	158
5. Krankentransporte in der Allgemeinversorgung	159
II. Basis-PKV	160
1. Nicht-ärztliche Leistungen	160
2. Ärztliche Leistungen	162
3. Zwischenergebnis	165
§ 5 – Zukünftige Entwicklungen	166
I. Grenzen des Leistungserbringerwettbewerbs?	166
1. Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch Wettbewerbsrecht	166
a) Vergleichsperspektive USA	167
aa) Entwicklung bis in die 90er Jahre	168
bb) Kartellrecht	171
cc) Entwicklung ab Mitte der 90er Jahre	176
b) Generelles Marktversagen?	178
c) Sicherung der Flächen- und Notdienstversorgung	184
d) Nationale Besonderheiten?	186
2. Sicherung sozialen Schutzes	188
a) Notwendige Wettbewerbsfreiheiten	189
b) Notwendige Instrumente sozialen Schutzes	192
aa) Versicherungswettbewerb	192
bb) Risikostrukturausgleich	195
cc) Verbleibende Selektionsrisiken?	199
c) Zwischenergebnis	202
3. Komparative Vorteile	202
a) Qualität	205
b) Effizienz	210
aa) Transaktionskosten	211
bb) Präferenz für eine hohe Marktdeckung	213
c) Schwächung des Solidargedankens	213
d) Budgetierungskontrolle	214

II. Konkurrierende Vertragssysteme	219
1. Ausstrahlen der Ineffizienz	220
2. Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen	224
3. Abgrenzungsregelungen	225
4. Zwischenergebnis	227
III. Fazit zur Entwicklung des Leistungserbringungsrechtes	227
Zweiter Teil: Europäisches Wettbewerbsrecht	235
§ 6 – Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts	236
I. Systematik	236
1. Unternehmensadressierter Gehalt	237
a) Private Unternehmen	237
b) Öffentliche Unternehmen	238
2. Staatsadressierter Gehalt	239
II. Wirtschaftliche Tätigkeit	242
1. Angebot von Leistungen als wirtschaftliche Tätigkeit	243
2. Angebot medizinischer Leistungen	244
3. Nachfrage von Leistungen als wirtschaftliche Tätigkeit	245
4. Nachfrage der Versicherungen	246
III. Ausnahmen	248
1. Systematik	249
a) Bereichsausnahmen und Ausnahmebereiche	249
b) Immanente Gründe und kollidierende Rechtsgüter	249
c) Konkordanter Ausgleich	251
d) Dogmatik	257
e) Abgrenzung zu weiteren Unternehmensbegriffen	258
2. Bereichsausnahmen: Stahl- und Agrarmarkt	259
3. Ausnahmebereich: Arbeit, Verbrauch und hoheitliches Handeln	260
4. Anbieterseite der Krankenversicherungen	264
a) Rechtsprechung und Kommission	265
b) Kritik	267
c) Sozialer Schutz	268
aa) Verfahrens- statt Inhaltsschranken	268
bb) Erfordernis kategorischer Kollisionen	270
cc) Beurteilungsspielraum	271
dd) Anwendung auf Krankenversicherungen mit sozialen Zwecksetzungen	272
ee) Aliud-Argumente	274
d) Gesetzesbindung	288

e) Kompetenzschränken	289
aa) Art. 16 EGV	291
bb) Sonstige Kompetenzschränken	293
cc) Vertrag von Lissabon	294
f) Zwischenergebnis	295
IV. Nachfrageseite der Krankenversicherung	296
1. Akzessorietätsthese der Rechtsprechung	297
2. Kritik	298
a) Schutzdefizit	298
b) Erfordernis autonomer Beurteilung der Nachfrageseite	300
3. Eigenständige Rechtfertigung der Unanwendbarkeit?	301
a) Sozialer Schutz	301
b) Marktstörungen	304
c) Kompetenzschränken	305
4. Zwischenergebnis	305
V. Anbieterseite der Leistungserbringer	306
1. Grundsatz	306
2. Qualifizierung von Kooperationsformen	308
a) Berufsausübungs- und Kooperationsgemeinschaften	310
b) Organisationsgemeinschaften	311
3. Zwischenergebnis	313
VI. Fazit	314
§ 7 – Wettbewerbsverzerrungsverbote	318
I. Systematik	318
1. Gemeinsame Tatbestandsvoraussetzungen	318
2. Differierende Tatbestandsvoraussetzungen	319
3. Anwendung auf Leistungserbringungsverhältnisse	320
II. Unternehmensbegriff des Art. 86 I EGV	323
1. Gesetzliche Versicherungen	323
2. Kassen(zahn)ärztliche Vereinigungen, 50%-Gemeinschaften in der hausärztlichen Versorgung und Zahntechnikerinnungen	325
3. Sonstige Leistungserbringervereinigungen und Basis-PKV'en	327
III. Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil öffentlich-rechtlicher Versicherungen	327
IV. Kontrolle verbindlicher Verpflichtungen	330
1. Unanwendbarkeit auf Verpflichtungen ohne Wettbewerbsverzerrungsrisiko	330
a) Abgrenzung	331
b) Inkonsistenzen in der Rechtspraxis	332
c) Differenzierung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsverzerrung	335
d) Exemplarische Anwendung auf das Krankenversicherungsrecht	341

2. Kriterien für den staatlichen Charakter einer Regelung	342
a) Unmittelbar hoheitliche Entscheidungen	344
aa) Kriterien	344
bb) Exemplarische Anwendung auf das Krankenversicherungsrecht	345
b) Mittelbar hoheitliche Entscheidungen	348
aa) Kriterien	348
bb) Exemplarische Anwendung auf das Krankenversicherungsrecht	349
c) Zwischenergebnis	352
V. Unzulässige Koordinierungsförderung – Art. 81 EGV	352
1. Wettbewerbsbeschränkung	352
a) Kriterien	352
b) Anwendung auf das Krankenversicherungsrecht	354
2. Kernbereichsbeschränkungen	355
a) Verkaufsgemeinschaften	356
b) Einkaufsgemeinschaften	358
c) Empfehlungskartelle	360
d) Zwischenergebnis	361
3. Sonstige Einschränkungen	362
a) Markt	362
b) Spürbarkeit	363
c) Zwischenstaatlichkeit	364
aa) Kriterien	364
(1) Handel und Beeinträchtigungseignung	365
(2) Spürbarkeit	366
bb) Anwendung auf das Krankenversicherungsrecht	367
d) Zwischenergebnis	371
VI. Förderung unzulässiger Marktmarktstrukturen – Art. 82 EGV	372
1. Marktmarktmissbrauch der Krankenkassen	373
a) Marktmarkt der Krankenkassen	373
aa) Kriterien	373
(1) Marktmarktgrenzung	373
(2) Marktmarkt	375
bb) Anwendung auf Krankenkassen	376
(1) Fehlende Kollektivmacht der GKV	376
(2) Sachlicher Markt	377
(3) Maßgeblicher Versichertenanteil	378
(4) Räumlicher Markt	379
(5) Marktanteile	380
b) Missbrauch	382
aa) Unangemessene Einkaufspreise	382
bb) Geschäftsverweigerung	385
c) Risiko des Missbrauchs	388

2. Marktmachtmissbrauch von Leistungserbringervereinigungen	389
a) Marktmacht	389
b) Missbrauchsrisiko	391
3. Zwischenstaatlichkeit	391
4. Zwischenergebnis	392
VII. Rechtfertigung – Art. 86 II EGV	392
1. Systematik	392
a) Verhältnismäßigkeitsprinzip	395
b) Unauslegbarkeit?	397
c) Regel-Ausnahme-Verhältnis?	402
d) Einschätzungsspielraum	403
2. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	412
3. Betrauung	414
a) Versicherungen	415
b) Leistungserbringer	419
4. Gefährdung der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben	420
a) Geeignetheit	420
b) Erforderlichkeit	420
aa) Verhinderung	421
bb) Mildere Mittel	424
cc) Gleichwertigkeit	427
c) Verhältnismäßigkeit i.e.S.	429
5. Anwendung auf Vergütungskartelle	432
6. Anwendung auf Schiedsverfahren	435
VIII. Marktverhalten der Beteiligten	438
IX. Fazit	439
Dritter Teil: Deutsche Grundrechte	447
§ 8 – Bedeutung und Anwendungsbereich der Grundrechtsverbürgungen	449
I. Grundrechtsverhältnisse	452
1. Öffentliche Hand gegenüber Leistungserbringern und Basis-PKV	456
2. Öffentliche Hand gegenüber Kassen und Leistungserbringervereinigungen	458
a) Bundesverfassungsgericht	459
b) Voraussetzung der Grundrechtsdienlichkeit für natürliche Personen	460
aa) Unbeachtliche Kriterien	463
bb) Beachtliche Kriterien	464



c) Leistungserbringervereinigungen	466
aa) Grundrechtsdienlichkeit	468
bb) Subsidiarität	469
cc) Zwischenergebnis	471
d) Krankenkassen	471
3. Leistungserbringer und Basis-PKV im Verhältnis zueinander	475
II. Äquivalenzen zwischen Schutz- und Abwehrfunktion?	477
1. Abgrenzung zwischen Schutz- und Abwehrfunktion	478
a) Zuordnungsthese	479
b) Problemfälle bei zweipoligen Verhältnissen	479
aa) Folgenbeseitigung	480
bb) Erlaubnisvorbehalt	480
cc) Kombinationsfälle	482
c) Problemfälle bei mehrpoligen Verhältnissen	482
aa) Deliktisches Handeln	482
bb) Vertragliches Handeln	484
2. Dogmatische Unmöglichkeit der Äquivalenz?	485
3. Einheitlichkeit des Schutzbereichs- und Beeinträchtigungsbegriffs?	493
a) Begründung von Schutzpflichten	493
b) Systematische Einordnung von Schutzpflichten	497
c) Beeinträchtigungsbegriff iwS und ieS	498
4. Allgemeine Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips?	504
5. Zwischenergebnis	513
III. Relevanz sonstiger Grundrechtsfunktionen	514
1. Verfahrensverbürgungen	515
2. Allgemeinwohlbelange und Rechte Dritter	519
IV. Fazit	525
§ 9 - Grundrechtliche Gewährleistungen	529
I. Schutzbereich der Berufsfreiheit	529
1. Abschluss-, Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit	529
2. Abgrenzung zur Eigentumsfreiheit	535
3. Abgrenzung zu sonstigen Grundrechten	536
II. Eingriffe und Beeinträchtigungen ieS in die Berufsfreiheit	539
1. Voraussetzungen	539
2. Eingriffe durch Gesetzgeber und unmittelbare Staatsverwaltung	541
a) Vergütungshöhe und Vergütungsstrukturen	541
b) Marktmachtmissbrauchsverbote	543
c) Begrenzungen der Kostenübernahme	543
d) Kontrahierungszwänge	550
e) Kartellbildungsgebote und -verbote	550

f) Dispositive Regelungen	552
g) Strukturentscheidungen	554
3. Eingriffe und Beeinträchtigungen ieS durch öffentlich-rechtliche Kassen	554
a) Auftreten am Markt	555
b) Unterlassen eines Vertragsabschlusses	556
c) Vertragsinhalte	557
d) Kartellbildung	558
4. Beeinträchtigung durch Duldung privaten Handelns	558
III. Fazit	560
§ 10 - Gesetzesvorbehalt	562
I. Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage	563
1. Systematik	563
a) Gesetzesvorbehalt, Wesentlichkeitsvorbehalt und Legitimation	563
b) Gesetzesvorbehalt und Judikative	567
2. Eingriffe	568
a) Grundsatz	568
b) Mittelbare Eingriffe	570
c) Öffentlich-rechtliche Krankenkassen	572
3. Beeinträchtigungen ieS	573
a) Rechtsgrundlagen für ein Unterlassen?	573
aa) Handeln Privater	573
bb) Unterlassen der öffentlich-rechtlichen Krankenkassen	574
(1) Vertragsabschluss und Vertragsinhalte	575
(2) Unterlassen von Vertragsabschlüssen	576
b) Rechtsgrundlagen für Schutzpflichtverwirklichungen	577
II. Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen	579
1. Maßstab	579
a) Verhältnis des Wesentlichkeitsvorbehaltes zu Art. 80 GG	579
b) Kriterien für die Konkretisierung des Wesentlichkeitsvorbehaltes	581
2. Vergütungsregelungen	583
3. Kontrahierungszwänge	587
4. Kartellbildung	589
III. Fazit	590
§ 11 - Demokratische Legitimation	593
I. Eingrenzung der Fragestellung	593
II. Legitimationsbedarf	595
1. Legitimationsbedarf öffentlich-rechtlichen Handelns	595
2. Legitimationsbedarf privaten Handelns	597

III. Legitimationsmittel	598
1. Legitimationsdefizite von Selbstverwaltungsträgern	598
2. Kompensationsmöglichkeiten	599
3. Legitimationsniveau und Kombinationen der Legitimationsmittel	602
IV. Vergütungsvereinbarungen	604
1. Legitimation gegenüber den Leistungserbringern	604
2. Legitimation gegenüber Dritten	606
V. Kontrahierungszwangsverfahren	608
VI. Kartellbildung	610
VII. Fazit	611
§ 12 - Vorbeugender Paritätsschutz im Wettbewerb	613
I. Dogmatische Grundlage: Grundrechtsschutz durch Verfahren	613
II. Besonderer Rechtfertigungsgrund für die Kartellbildung?	614
III. Einfachgesetzliche Regelungen	616
1. Generelles Kartellbildungsverbot	616
2. Fehlen von Kartellbildungsregelungen	616
3. Kartellbildungserlaubnis	618
IV. Fazit	620
§ 13 - Inhaltskontrolle und Abschlusszwang im Vertragswettbewerb	622
I. Angemessenheitskontrolle	623
1. Idealwettbewerb	623
a) Private Beteiligte	623
aa) Kontrolle zugunsten des Leistungserbringers	623
bb) Kontrolle zugunsten der Versicherung	627
b) Beteiligung einer öffentlich-rechtlichen Versicherung	628
2. Paritätsgestörter Wettbewerb	631
a) Anknüpfung an die Diskussion um gesetzliche Vergütungsregelungen	632
b) Marktmacht privater Versicherungen	633
c) Angemessenheit	634
aa) Gegenstand der Angemessenheitskontrolle	634
bb) Angemessenheitsmaßstab	636
(1) Kostendeckung	639
(2) Existenzsicherung	643
(3) Leistungsertrag	644

d) Marktmacht der Leistungserbringer	648
e) Marktmacht von und gegenüber öffentlich-rechtlichen Versicherungen	648
3. Gesetzliche Vergütungsregelungen	648
II. Kontrahierungsansprüche	653
1. Leistungserbringer	653
a) Private Beteiligte	653
aa) Diskussion um Zulassungsschranken	654
bb) Folgerungen	656
b) Öffentlich-rechtliche Versicherung	657
c) Monopolstellung	658
2. Versicherungen	660
3. Gesetzliche Kontrahierungsansprüche	661
a) Zulässigkeit genereller Kontrahierungsansprüche	661
aa) Kontrahierungsansprüche zugunsten der Versicherungen	661
bb) Kontrahierungsansprüche zugunsten der Leistungserbringer	663
b) Modifikationen verfassungsrechtlich gebotener Ansprüche	663
III. Fazit	664
Schlussbetrachtung	667
Literaturverzeichnis	675