

5 - 17

25. Mai 2017



**Fairer Wettbewerb  
in der  
Gesetzlichen Krankenversicherung**

**Wege zur Steigerung von Wettbewerbsneutralität  
und Effizienz in der Kassenaufsicht**

BzG

**Prof. Dr. rer. pol. Eberhard Wille, Mannheim und  
Prof. Dr. iur. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard), Bonn**

**DAK**  
Gesundheit  
*Ein Leben lang.*

## Fairer Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung

### - Wege zur Steigerung von Wettbewerbsneutralität und Effizienz in der Kassenaufsicht -

von  
**Prof. Dr. rer. pol. Eberhard Wille, Mannheim und  
Prof. Dr. iur. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard)**

Zusammenfassung der gutachtlichen Stellungnahme im Auftrag der DAK – Gesundheit

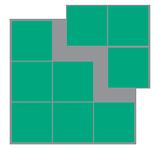
#### Fazit und Empfehlungen

#### 1. **Ökonomische Schlussfolgerungen und Konsequenzen**

(1) Im Sinne einer Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern besteht in Deutschland bzw. in der GKV eine historisch gewachsene geteilte Zuständigkeit für die Kassenaufsicht. Das BVA beaufsichtigt die bundesunmittelbaren Krankenkassen, während die landesunmittelbaren der Aufsicht der jeweiligen Landesbehörden unterstehen. Vor dem Hintergrund dieser geteilten Aufsicht stellt sich die Frage, ob und inwieweit das BVA und die zuständigen Behörden der Bundesländer bei ihren überwiegend fallbezogenen Prüfungen durchgehend dieselben Maßstäbe anlegen oder die Geschäftstätigkeit der Krankenkassen in gleich gelagerten Fällen unterschiedlich beurteilen und bewerten. Sofern bei dieser geteilten Kassenaufsicht spürbare Unterschiede in der Stringenz der Prüfungen und Bewertungen auftreten, drohen daraus relevante Wettbewerbsverzerrungen zu erwachsen.

(2) Wettbewerbsverzerrungen können für die benachteiligten Krankenkassen auf der Einnahmenseite zu Mindereinnahmen und auf der Ausgabenseite zu Nachteilen hinsichtlich ihrer Attraktivität für die Versicherten führen. Mehrere Krankenkassen, insbesondere die Ersatzkassen, kritisieren in diesem Kontext die geltende geteilte Kassenaufsicht und fordern, eine einheitliche Aufsichtspraxis über alle Krankenkassen sicher zu stellen. Mit dieser Intention trat die DAK-Gesundheit an die Gutachter mit dem Prüfungsauftrag heran, auf welchen ökonomisch zu priorisierenden und juristisch zulässigen Wegen Reformationen faire Wettbewerbsbedingungen zwischen den Krankenkassen generieren können. Diese Untersuchung erfolgt in getrennten Schritten unter ökonomischen und juristischen Aspekten. Dabei geht es in ökonomischer Hinsicht um die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und Effizienzverlusten und der juristische Teil stellt auf die verfassungs- und sozialrechtlichen Rahmenbedingungen ab.

(3) Der Wettbewerb bildet aus normativer Sicht auch im Gesundheitswesen keinen Selbstzweck, sondern ein Mittel zur Realisierung höherrangiger Ziele wie vor allem zur Steigerung von Effektivität und Effizienz der Versorgung. Dabei schuf vornehmlich das GSG die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Intensivierung eines funktionsfähigen Wettbewerbs, der auch das Solidaritätsprinzip berücksichtigt. Der entsprechende Gesetzentwurf betont in diesem Zusammen-



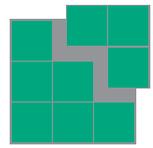
hang vor allem die Notwendigkeit einer größtmöglichen „Chancengleichheit aller konkurrierenden Krankenkassen“ bzw. „gleiche Wettbewerbsbedingungen“ und verweist darüber hinaus auch auf die Ziele Qualität, Effektivität und Effizienz.

(4) Eine nähere Betrachtung der Prüfungspraxis von BVA und den zuständigen Behörden der Bundesländer zeigt zahlreiche unterschiedliche Entscheidungen der jeweiligen Aufsichten in gleich gelagerten Fällen. Diese betrafen in der Vergangenheit und betreffen teilweise noch heute die Rücklagen für die Altersversorgung, die Mitgliederwerbung, die Wahltarife und den Nachweis ihrer Wirtschaftlichkeit, Werbeaussagen, das Outsourcen von Geschäftsbereichen und nicht zuletzt die Aufsicht über die Kodierung ambulanter Diagnosen. Aus diesen offensichtlich unterschiedlichen Prüfungen und Entscheidungen der jeweiligen Aufsichten resultierten relevante Wettbewerbsverzerrungen zuungunsten der bundesunmittelbaren Krankenkassen und das geltende System bietet keine Gewähr dafür, dass diese wettbewerblichen Verwerfungen und die mit ihnen einhergehenden Effizienzverluste künftig nicht mehr auftreten. Vor diesem Hintergrund stellt sich in zielorientierter Hinsicht kaum mehr die Frage nach dem „Ob“, sondern nur noch nach dem „Wie“ einer Reform der geltenden geteilten Kassenaufsicht.

(5) Die momentane Kassenaufsicht entstammt noch einer Zeit, in der im Vergleich zu heute nicht nur eine erheblich höhere Anzahl von Krankenkassen, sondern auch abweichende Wettbewerbsbedingungen mit einem für die Aufsichten weniger komplexen Aufgabenspektrum existierten. Die Reduktion der Zahl der Krankenkassen von über 1.200 Anfang der 90er Jahre auf derzeit 113 führte u.a. dazu, dass inzwischen 4 Bundesländer überhaupt keine Krankenkasse mehr und 4 weitere nur noch eine Krankenkasse beaufsichtigen. Bei Fortsetzung dieses Strukturwandels dürfte, vor allem im Zuge von Fusionen, die Zahl der landesunmittelbaren Krankenkassen und damit die Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden der Bundesländer weiter abnehmen. Es stellt sich dann das Problem, ob die jeweiligen Landesbehörden die ihnen übertragenen Aufgaben noch effizient wahrnehmen können.

(6) Das Gutachten analysiert unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten die folgenden Reformansätze:

- (a) die Erhöhung von Transparenz und Stringenz der geteilten Prüfungstätigkeit im gegebenen System,
- (b) die Verlagerung der kompletten Finanzaufsicht auf das BVA bei weiterhin geteilter Kassenaufsicht
- (c) die Durchführung der Kassenaufsicht ausschließlich durch die Behörden der Bundesländer
- (d) eine zentrale Kassenaufsicht durch das BVA
- (e) die funktionale Zuordnung der Prüfungstätigkeiten auf das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer sowie
- (f) eine Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden der Bundesländer nur ab 3 landesunmittelbaren Krankenkassen.



(7) Mit dem Ziel einer einheitlichen Prüfungstätigkeit stehen das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer in einem regelmäßigen Informations- und Meinungsaustausch, der auch gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze einschließt. Zudem versuchte die Bundesregierung in der Vergangenheit, im Zuge der laufenden Gesetzgebung einigen offensichtlichen wettbewerblichen Verzerrungen entgegen zu steuern. Weitere Vorschriften zu obligatorischen Informationen und/oder verpflichtenden Maßnahmen zielen auf Basis des Status quo zwar in die richtige Richtung, belassen den jeweiligen Aufsichtsbehörden aber immer noch hinreichende Spielräume zu einer unterschiedlichen Prüfungs- und Entscheidungspraxis mit daraus resultierenden Wettbewerbsverzerrungen. Zur Lösung der derzeitigen und sich auch künftig abzeichnenden Wettbewerbs- und Effizienzprobleme reicht eine Erhöhung von Transparenz und Stringenz der geteilten Kassenaufsicht im gegebenen System daher nicht aus.

(8) Eine Betrachtung der Vor- und Nachteile der aufgelisteten Reformoptionen zeigte, dass eine zentrale Kassenaufsicht durch das BVA sowie die funktionale Zuordnung der Prüfungstätigkeiten auf das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer gegenüber den alternativen Ansätzen unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten eindeutige komparative Vorzüge aufweisen. Unabhängig von rechtlichen Postulaten und politischen Erwägungen stellt die zentrale Kassenaufsicht durch das BVA den in ökonomischer Hinsicht besten Ansatz für eine nachhaltige Lösung der Wettbewerbsverzerrungen und Effizienzverluste der geltenden geteilten Kassenaufsicht dar. Bei einem zu erwartenden weiteren Rückgang der Anzahl der Krankenkassen sollte das BVA die dann zusätzlich anfallenden Prüfungstätigkeiten ohne eine erhebliche Ausdehnung seiner bestehenden personellen Infrastruktur bewältigen können.

(9) Bei der funktionalen Zuordnung der Prüfungstätigkeiten übernimmt das BVA die Finanzaufsicht, d.h. die Prüfungen im Bereich des Versicherungs- und Beitragsrechts sowie des Rechnungswesens, während die Belange des Vertrags- und Leistungsrechts in die Kompetenz der Aufsichtsbehörden der Bundesländer fallen. Im Vergleich mit einer zentralen Kassenaufsicht durch das BVA schneidet die funktionale Zuordnung der Prüfungstätigkeiten unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten etwas schwächer ab. Sie setzt aber keine negativen Anreize in Richtung einer Behinderung des endogenen Strukturwandels der Krankenkassen. Zudem spricht für die Zuordnung des Vertrags- und Leistungsrechts an die Aufsichtsbehörden der Bundesländer der regionale Charakter der Gesundheitsversorgung. Insgesamt gesehen bietet auch dieser Ansatz gegenüber dem Status quo in ökonomischer Hinsicht relevante Vorzüge.

(10) Sofern der Ansatz, die komplette Finanzaufsicht auf das BVA zu verlagern, es beim Vertrags- und Leistungsrecht dagegen bei Status Quo zu belassen, im Vergleich zu den beiden präferierten Reformoptionen geringere rechtliche Probleme aufwirft, steht auch dieser Ansatz in ökonomischer Hinsicht zur Diskussion. Er beseitigt auf der Einnahmenseite der Krankenkassen Ungleichbehandlungen zwischen bundes- und landesunmittelbaren Krankenkassen. Wegen der unterschiedlichen Aufsichten im Vertrags- und Leistungsbereich schneidet er zwar gegenüber den beiden anderen Reformoptionen vor allem in wettbewerblicher Hinsicht schwächer ab, besitzt aber insgesamt gegenüber der geltenden geteilten Kassenaufsicht immer noch spürbare Vorzüge.

## 2. Juristische Schlussfolgerungen und Konsequenzen

(1) Aus juristischer Sicht ergibt sich im Hinblick auf den Status quo der Kassenaufsicht nur wenig Spielraum für Modifikationen. Sowohl das Grundgesetz mit seiner lex regia Art. 87 Abs. 2 GG als auch die auf einfachgesetzlicher Ebene maßgeblichen Normen des Sozialrechts sehen eine grundsätzliche Trennung der Kassenaufsicht auf Bundes- und Landesebene vor. Nur an wenigen Stellen ergibt sich bereits heute aus dem Gesetz eine übergreifende Aufsicht durch das Bundesversicherungsamt. Weitergehende Änderungen der Aufteilung der Aufsicht erfordern daher ebenfalls eine Änderung des Grundgesetzes.

(2) Allerdings kann auch im Rahmen des Status quo – d.h. unterhalb einer Grundgesetzänderung – das Ziel der verbesserten Effizienz und Wettbewerbsneutralität in der Aufsicht über die gesetzliche Krankenkasse gefördert werden, soweit dabei die grundgesetzlichen Rahmenvorgaben dabei nicht umgangen werden. Bereits heute sieht § 90 Abs. 4 SGB IV einen regelmäßigen Erfahrungsaustausch der Aufsichtsbehörden vor. Dieser findet aktuell in Form von Aufsichtsbehörden tagungen und der Erstellung von gemeinsamen Leitfäden und Grundsätzen statt. Darüber hinaus ist aber auch eine Intensivierung des Erfahrungsaustauschs möglich. Werden die in § 90 Abs. 4 GG bereits enthaltenen Vorgaben zum Erfahrungsaustausch zwischen den Behörden durch die Einrichtung einer Datenbank und den verstärkten schriftlichen Austausch erweitert, ergeben sich insoweit keine Konflikte mit dem Status quo der Aufsichtsaufteilung. Auch wäre es rechtlich unproblematisch, die Ermessensentscheidung über das Einschreiten der Aufsichtsbehörde bei der Identifikation von Rechtsverstößen der Krankenkassen nach § 89 Abs. 1 SGB IV in eine zwingende Norm umzuwandeln. Somit hinge die Entscheidung, ob die Aufsichtsbehörde überhaupt einschreitet, nicht länger von ihrer jeweiligen Entscheidung ab. Auf diese Weise könnte die Aufsichtspraxis zumindest hinsichtlich des Beginns aufsichtlichen Einschreitens vereinheitlicht werden. Der einfachgesetzliche Zwang zur Kooperation führt nicht zu einer Änderung der Rechtsaufsicht und damit nicht zu einer Verletzung des Art. 87 Abs. 2 GG.

(3) Auf der anderen Seite bestehen jedoch erhebliche Bedenken gegenüber der Zulässigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit, die über die bloße Kooperation hinausgeht. Die Verpflichtung zu einer einheitlichen Prüf- und Entscheidungspraxis sowie die Einrichtung einer Clearingstelle für den Fall divergierender Rechtsauslegungen und Aufsichtsentscheidungen erscheint aufgrund der insofern bestehenden großen Nähe zu einer unzulässigen Mischverwaltung aus verfassungsrechtlicher Perspektive als nicht umsetzbar. An dieser Stelle besteht nämlich die Gefahr, dass die jeweilige Behörde keine eigenständige Entscheidung mehr treffen kann.

(4) Im Zuge einer entsprechenden Änderung des Grundgesetzes wären hingegen deutlich weitreichendere Modifikationen hinsichtlich der Aufsichtszuständigkeit möglich. Die Entstehungsgeschichte der Norm zeigt, dass es sich bei der derzeitigen territorialen Orientierung der Aufsichtszuständigkeit in Art. 87 Abs. 2 GG nicht um den zwingenden Anknüpfungspunkt des Grundgesetzes handelt. Hier wäre beinahe jeglicher sachlicher Anknüpfungspunkt möglich gewesen. Der Gesetzgeber könnte also sogar ein einziges zentrales Bundesamt und damit gleichzeitig eine einzige zentrale Stelle der Rechtsaufsicht über die Krankenkassen schaffen, indem er alle Krankenkassen als bundesunmittelbar ausgestaltet. Mit der Ausgestaltung als bundesunmittelbare Körperschaft ginge

eine durch den Bund erfolgende Aufsicht einher. So könnte eine vollständige Übertragung der Kassenaufsicht auf das BVA erreicht werden.

(5) Diese Möglichkeit schließt es allerdings aus, die Rechtsaufsicht für die ausgabenseitigen Belange des Leistungs- und Vertragsrechts bei den Ländern zu belassen. Die Aufsicht über eine bundesunmittelbare Einrichtung kann nur durch den Bund selbst, nicht durch eine Landesbehörde erfolgen.

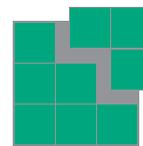
(6) Auch eine vollständige Übertragung der Finanzaufsicht auf das BVA wäre nicht ohne Grundgesetzänderung zu erreichen. Zwar besitzt das BVA bereits heute im Bereich des Finanzwesens einige spezielle Prüfkompetenzen, die sich sowohl auf bundes- als auch auf landesunmittelbare Krankenkassen beziehen, die entsprechenden Normen haben jedoch keinen Einfluss auf das grundlegende Zuständigkeitsregime, dass die Aufsicht zwischen Bundes- und Landesbehörden aufteilt. Mithin kann daraus auch nicht auf die Möglichkeit einer umfassenden Übertragung der Finanzaufsicht auf das BVA, ohne Grundgesetzänderung, geschlossen werden.

(7) Einer veränderten Aufteilung der Aufsichtszuständigkeit durch Grundgesetzänderung stehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Zwar bedarf eine Grundgesetzänderung in formeller Hinsicht insbesondere der nicht unwesentlichen Hürde einer doppelten Zweidrittelmehrheit, jeweils in Bundestag und Bundesrat, die materielle Hürde der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG müsste eine funktionsorientierte Aufteilung jedoch nicht nehmen. Weder das insofern geschützte Sozialstaatsprinzip, noch das Rechtsstaatsgebot oder das Bundesstaatsgebot würden dadurch berührt. Insbesondere birgt eine funktionsorientierte Aufteilung der Aufsicht nicht die Gefahr einer unzulässigen Mischverwaltung. Es handelt sich eben nicht um eine gemischte, sondern um eine aufgeteilte Verwaltung.

(8) Um jedoch den Grundsätzen der „Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit“ bzw. der „Verantwortungszurechenbarkeit“ entsprechend Genüge zu tun, muss jedoch erkennbar sein, welche Handlungsbefehle aus einer Norm hervorgehen und welchem Staatsorgan entsprechende Entscheidungen als Verantwortlichem zugerechnet werden können, um die Aufdeckung von defizitärem Handeln zu erleichtern. Diesen Erfordernissen kann jedoch durch eine dementsprechende konkrete Ausgestaltung einer neuen Aufsichtszuständigkeit genüge getan werden.

### 3. Fazit unter ökonomischen und juristischen Aspekten

Ohne eine Änderung des Grundgesetzes ergibt sich aus juristischer Sicht hinsichtlich der geltenden geteilten Kassenaufsicht nur ein geringer Spielraum für die unter ökonomischen Aspekten angezeigten bzw. zur Diskussion stehenden Reformoptionen. Das Ziel einer Steigerung von Wettbewerbsneutralität und Effizienz ließe sich dann nur durch wenig verbindliche und inhaltlich begrenzte Maßnahmen, wie z.B. eine Intensivierung des Informations- und Erfahrungsaustausches, die Errichtung einer Datenbank oder die Umwandlung des § 89 Abs.1 SGB V in eine zwingende Norm, verwirklichen. Schon gegen die Verpflichtung einer einheitlichen Prüf- und Entscheidungspraxis sowie die Schaffung einer Clearingstelle bestehen erhebliche rechtliche Be-



denken. Der ohne eine Grundgesetzänderung mögliche Spielraum für Reformansätze reicht damit bei weitem nicht aus, um die derzeitigen Wettbewerbsverzerrungen und Effizienzverluste, die aus der geteilten Kassenaufsicht resultieren, mit hinreichenden Erfolgsaussichten beseitigen oder zumindest spürbar einschränken zu können.

Eine Änderung des Grundgesetzes würde dagegen in rechtlicher Hinsicht im Prinzip die Realisierung der unter ökonomischen Aspekten zu priorisierenden Reformansätze ermöglichen, d.h. sowohl eine zentrale Kassenaufsicht durch das BVA als auch eine funktionale Zuordnung der Prüfungstätigkeiten auf das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer oder eine Verlagerung der kompletten Finanzaufsicht auf das BVA bei Beibehaltung des Status quo im Vertrags- und Leistungsbereich. Unabhängig von politischen Erwägungen bzw. möglichen Kompromissen zwischen Bund und Ländern bildet die zentrale Kassenaufsicht durch das BVA den in ökonomischer Hinsicht am meisten überzeugenden Ansatz zur Beseitigung der derzeitigen Wettbewerbsverzerrungen und Effizienzverluste der geltenden geteilten Kassenaufsicht.

Als beste ökonomische Alternative bietet sich die funktionale Zuordnung der Prüfungstätigkeiten an, bei der das BVA die Finanzaufsicht übernimmt und das Vertrags- und Leistungsgeschehen in die Kompetenz der Aufsichtsbehörden der Bundesländer fällt. Dieser Ansatz setzt ebenfalls keine Anreize für die Krankenkassen, den endogenen Strukturwandel zu behindern, und schneidet unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten zwar etwas schwächer als eine zentrale Kassenaufsicht durch das BVA, aber besser als alle übrigen diskutierten Reformalternativen ab.

Verglichen mit der geltenden geteilten Kassenaufsicht besitzt auch der Ansatz, die komplette Finanzaufsicht auf das BVA zu verlagern, es beim Vertrags- und Leistungsrecht jedoch beim Status quo zu belassen, spürbare ökonomische Vorzüge. Dieser Ansatz vermag zwar im Vertrags- und Leistungsgeschehen nicht die bestehenden Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, er schafft aber auf der Einnahmenseite der Krankenkassen einheitliche wettbewerbliche Bedingungen und verspricht damit aus ökonomischer Perspektive ebenfalls eine Verbesserung zum Status quo der geteilten Kassenaufsicht.