



FORSCHUNGSSTELLE FÜR
VERSICHERUNGSWESEN
UNIVERSITÄT MÜNSTER

128

18. Münsterische Sozialrechtstagung

Wirtschaftsrecht und Sozialrecht – Unversöhnliche Gegensätze?

30. November 2012 in Münster

Veranstalter:
Münsterische Sozialrechtsvereinigung e.V.



MÜNSTERANER REIHE

18. Münsterische Sozialrechtstagung

Wirtschaftsrecht und Sozialrecht – Unversöhnliche Gegensätze?

30. November 2012 in Münster

Veranstalter:

Münsterische Sozialrechtsvereinigung e.V.

Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Versicherungswesen
– Universität Münster mit Unterstützung des Vereins zur Förderung der
Forschungsstelle für Versicherungswesen – Universität Münster e. V.

Münsteraner Reihe Band 128
Begründet von Prof. Dr. Dr. h. c. Helmut Kollhosser
Herausgeber Prof. Dr. Heinrich Dörner
 Prof. Dr. Dirk Ehlers
 Prof. Dr. Petra Pohlmann
 Prof. Dr. Martin Schulze Schwienhorst
 Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

18. Münsterische Sozialrechtstagung

Wirtschaftsrecht und Sozialrecht –
Unversöhnliche Gegensätze?

30. November 2012 in Münster

Veranstalter:
Münsterische Sozialrechtsvereinigung e.V.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2013 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2013 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

ISSN 0937-518X

ISBN 978-3-89952-768-1

Vorwort

Dass Wirtschaftsrecht und Sozialrecht etwas miteinander zu tun haben sollen, verwundert auf den ersten Blick. Da handelt es sich doch beim Sozialrecht um Leistungsverwaltungsrecht und zudem um eine Regelungsmaterie, die sich mit einem zentralen Aspekt der Daseinsvorsorge befasst. Wirtschaftsrecht scheint dem so ziemlich entgegengesetzt zu sein, wenn man da an Wettbewerbs- und Kartellrecht, an Haftung von Vorständen von Unternehmen und ihre D&O-Versicherung sowie das Insolvenzrecht denkt.

Bei näherer Betrachtung wird dann aber klar, dass es sich hier um einen Bereich handelt, in dem jährlich über 200 Milliarden € „umgesetzt“ werden und der deshalb auch in ganz erheblichem Maße von wirtschaftlichen Interessen geprägt ist. Eine Krankenkasse ist ein ausgesprochen veritabler Nachfrager nach Gesundheitsleistungen und kann deshalb durchaus ihre wirtschaftliche Macht ausspielen. Ein Zusammenwirken von Ärzten und Krankenkassen mag zur Frage führen, ob da nicht ein Kartell besteht. Krankenkassen konkurrieren miteinander und führen Wettbewerb bis hin zur Konsequenz des „Marktaustritts“ – sprich Schließung.

Die Bedeutung des Wirtschaftsrechts für das Sozialrecht hat sich insbesondere seit der Jahrtausendwende gezeigt und zunächst eher zu Abwehrreaktionen seitens der Akteure im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung geführt; man sah zwischen Wirtschaftsrecht und Sozialrecht unversöhnliche Gegensätze. Inzwischen ist die Diskussion differenzierter geworden und Querverbindungen etwa zum GWB finden sich inzwischen auch ausdrücklich im SGB V. Dies wird auch unterstrichen durch die Diskussion um die inzwischen verabschiedete und in Kraft getretene 8. GWB-Novelle.

Es ist dies deshalb eine Thematik, die stärkere Aufarbeitung verdient hat, was anlässlich der 18. Münsterischen Sozialrechtstagung unternommen wurde, deren Referate in diesem Tagungsband veröffentlicht werden.

Die Tagung hat sich zunächst in einem Referat von Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik) mit Wettbewerbsrecht und Kartellrecht in der Sozialversicherung allgemein befasst. Speziell zur gesetzlichen Krankenversicherung und dem Vergaberecht und Kartellrecht referierte Dr. Martin Krasney. Aus der Sicht der pharmazeutischen Industrie werden dann die Verträge zwischen Kostenträgern und Leistungserbringern speziell vor dem Hintergrund der §§ 19 bis 21 GWB beleuchtet (Dr. Natz). Dass sich Haftungsfragen bei den Verantwortlichen der Krankenkassen inzwischen denen in der freien Wirtschaft annähern und die dort eingeführten Maßstäbe und Mechanismen auch hier gelten, machen die Vorträge der Professoren Steinmeyer und Schulze Schwienhorst deutlich. Der Vortrag von Professor Schulze Schwienhorst wurde in diesem Tagungsband in den Beitrag von Professor Steinmeyer aufgenommen.

Das Wettbewerbsrecht im Verhältnis der Leistungserbringer untereinander (VRiLSG Knispel) wird ebenso beleuchtet wie das sich aus dem neuen Patientenrechtegesetz ergebende Spannungsverhältnis zwischen Zivilrecht und Sozialrecht (Berner).

Damit liefert dieser Tagungsband eine Sammlung aktueller Abhandlungen zu diesem wichtigen Thema und dürfte deutlich machen, dass die Gegensätze vielleicht nicht unversöhnlich sind, wohl aber spannungsgeladen.

Münster, im Juli 2013

RiSG Detlef Gebauer

Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

RA Dr. Peter Wigge

Inhaltsübersicht

Wettbewerb und Wettbewerbsrecht in der Sozialversicherung Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI) Geschäftsführender Direktor des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik, München	1
Das Spannungsverhältnis zwischen zivilrechtlichem Behandlungsanspruch und sozialem Leistungserbringer recht nach dem Patientenrechtegesetz Ass. jur. Barbara Berner Fachabteilungsleiterin der Rechtsabteilung, Kassenärztliche Bundesvereinigung, Berlin	27
Rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses der Leistungserbringer im Recht der GKV Ulrich Knispel Vors. Richter am Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Essen	41
Vergaberecht und Kartellrecht in der GKV Dr. Martin Krasney Rechtsanwalt und Leiter der Rechtsabteilung des GKV-Spitzenverbandes, Berlin	59
Der neue kartellrechtliche Ordnungsrahmen in der GKV: Auswirkungen für die AOK-Rabattverträge? Dr. Alexander Natz, LL.M. Leiter der Europavertretung des Bundesverbandes der Pharmazeutischen Industrie (BPI) e. V., Brüssel	77
Vorstandshaftung bei den Krankenkassen Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer Westfälische Wilhelms-Universität Münster	93

Wettbewerb und Wettbewerbsrecht in der Sozialversicherung

Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI)

*Geschäftsführender Direktor des
Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik, Berlin*

Überblick

I.	Einführung	2
II.	Wettbewerb in der Sozialversicherung	6
	1. Ziele und Funktionen des Wettbewerbs	6
	2. Rechts- und mögliche Wettbewerbsbeziehungen in der Sozialversicherung	8
	3. Wettbewerb und Solidarität: Rahmenbedingungen wettbewerblichen Handelns	11
III.	Wettbewerbsrecht in der Sozialversicherung	15
	1. Zur Notwendigkeit des rechtlichen Schutzes	15
	2. Zur Geeignetheit des Schutzes durch Wettbewerbsrecht	16
	3. Verfahren und Organisation: Wer soll den Wettbewerb kontrollieren?	19
IV.	Möglichkeiten einer wettbewerblichen Weiterentwicklung der GKV	21
	1. PKV und GKV	22
	2. Sektorenspezifische Weiterentwicklungen	23
	3. Ein möglicher regulierungsrechtlicher Ansatz	23
V.	Fazit	24

I. Einführung

1. Der Wettbewerb in der Sozialversicherung bewegt die Gemüter und spaltet die Geister. Das ist schon seit langer Zeit so. Die derzeitigen Debatten betreffen vor allem die Gesetzliche Krankenversicherung. Sie wurden ausgelöst durch das zähe Gesetzgebungsverfahren zur 8. GWB-Novelle sowie den diesjährigen Deutschen Juristentag, bei dessen 69. Tagung auch das Thema Wettbewerb im Gesundheitswesen auf der Tagesordnung stand. Wer diese Debatten verfolgt, wird zweierlei feststellen, nämlich sowohl festgefahrene Grundpositionen wie sich verändernde Ausgangspositionen.

Erstens haben sich die Erkenntnisse in Grundsatzfragen kaum weiterentwickelt. Immer noch geht es, ganz dem heutigen Tagungsthema entsprechend, um die Behauptung „unversöhnlicher Gegensätze“ zwischen Wettbewerb und Sozialem sowie Wettbewerbsrecht und Sozialrecht – wohl gemerkt versehen mit einem Fragezeichen. Gerade die Begleitaufsätze zum DJT haben gezeigt, dass diese Gegensätze nach wie vor empfunden werden, ohne dass die zum Thema im Grundsätzlichen zwischenzeitlich veröffentlichten Überlegungen erkennbar in die Argumentation eingeflossen wären – etwas einfacher ausgedrückt, es scheint so, als wenn die Positionen unverrückbar fest stünden, bildlich gesprochen wie in einer mittelalterlichen Burg die Zugtüren geschlossen blieben. Dass dabei die Linien zwischen den Lagern weniger entlang der jeweiligen parteipolitischen Heimat als eher zwischen Sozial- und Wirtschaftspolitikern wie zwischen Sozial- und Wirtschaftsrechtlern verlaufen, ist ebenso offensichtlich wie erklärlich.

Geändert hat sich aber zweitens im Laufe der Zeit der Auslöser der Debatten. Am Beginn ging es um mögliche europarechtliche Einflüsse, um einen Einbruch des Wirtschaftsrechts in das sorgsam national umhегte Sozialrecht. Sollte aber wirklich je der kalte Wind des Wettbewerbs aus Brüssel geweht haben, so ist er zwischenzeit-

lich merklich abgeflaut, im hier interessierenden Zusammenhang fast zum Erliegen gekommen.¹ Grund dafür ist zum einen eine Entwicklung des primären europäischen Unionsrechts. Zwar enthalten dessen wirtschaftsrechtliche Vorschriften auch Vorgaben für die im Allgemeininteresse liegenden Dienstleistungen. Die Hervorhebung deren Besonderheiten im neuen AEUV² deutet aber, selbst wenn ihre Funktion sehr umstritten ist,³ auf eine gewachsene Sensibilität hin: Die öffentliche Hand soll transparent und diskriminierungsfrei handeln, dennoch zugleich die Erbringung von wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sicherstellen können. Dazu passen die gegenwärtig verfolgten Anstrengungen zur Reform des sekundärrechtlichen Vergaberechts. Die Schwierigkeiten, die aus dessen Anwendung insbesondere für die Auswahl von Erbringern personenbezogener Gesundheitsleistungen folgen können, erkennt bereits das geltende EU-Vergaberecht an, indem es Vorgaben für die Vergabe von Verträgen über soziale Dienstleistungen (sog. nichtprioritäre Dienstleistungen bzw. „B“-Dienstleistungen) deutlich reduziert. In der für 2012 anstehenden Reform will die EU-Kommission hieran anknüpfen,⁴ darüber hinaus aber die Regelungskompetenz für Vergabeverfahren für soziale Dienstleistungen ausdrücklich dezentralisieren. Das muss hier nicht näher ausgeführt werden, es ist Gegenstand eines eigenen Beitrags.⁵ Noch wichtiger für die hier relevante Argumentation ist, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung schon früh eine Anwendungsausnahme für soziale

¹ Vgl. insgesamt zum Wechselspiel zwischen den politischen Ebenen sowie sozialrechtlichen und sozialpolitischen Vorgaben *Becker*, Der Sozialstaat in der Europäischen Union, in: ders./Hockerts/Tenfelde (Hrsg.), *Sozialstaat Deutschland – Geschichte und Gegenwart*, 2010, S. 313 ff. Es bleibt aber erstens eine sozialpolitisch motivierte und grundsätzliche Kritik (vgl. dazu prägnant *Supiot*, *L'esprit de Philadelphie: La justice sociale face au marché total*, Paris 2010, S. 38 ff.); zweitens die zur Zeit vor allem die Finanz- und Wirtschaftspolitik treffende Kritik an der Unterminierung der Handlungsspielräume der demokratisch legitimierten Akteure (vgl. etwa *Habermas*, *Zur Verfassung Europas*, 2011, S. 39 ff.).

² Art. 14 AEUV mit Prot. Nr. 26 zum Lissabonner Vertrag.

³ Vgl. dazu nur *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 14 AEUV Rdnr. 9 ff.

⁴ Durchaus zurückhaltend zur Notwendigkeit einer Reform daher noch: EU-Kommission, *Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens*, KOM(2011) 15 endg.

⁵ Vgl. Beitrag Krasney, *Vergaberecht und Kartellrecht in der GKV*, S. 59.

Sicherungssysteme vom Wettbewerbsrecht anerkannt hat. Spätestens seit der Entscheidung in der Rs. *Kattner*⁶ ist deren Bedeutung klargestellt worden. Diese Entscheidung bezog sich auf die Gesetzliche Unfallversicherung und damit, etwas martialisch gesprochen, den in Deutschland in besonderem Maße umkämpften Zweig der Sozialversicherung.⁷ Einige wollten hier einen Aufbruch durch Aufbrechen des Versicherungsmonopols anstoßen. Der EuGH ließ sich dazu nicht gebrauchen. Er entschied vielmehr auch hier, dass Sozialversicherungen von der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts ausgenommen sind.⁸ Soweit soziale Sicherungssysteme gesetzliche Aufgaben auf der Basis von Solidarität durchführen, fehlt ihnen die Unternehmenseigenschaft. Einer Rechtfertigung für die Errichtung und Durchführung von Sozialversicherungen bedarf es nicht, wenn auch der EuGH die Voraussetzungen der „Solidarität“ auf Tatbestandsebene eingehend prüft. Als Ergebnis der mittlerweile ständigen Rechtsprechung stellt sich jetzt ganz umgekehrt die Frage, ob das zum unionalen Kartellrecht ergangene Sekundärrecht auch verhindert, dass der deutsche Gesetzgeber eine kartellrechtliche Kontrolle auf Sozialleistungssysteme erstrecken kann.⁹ Diese veränderte Fragestellung verdeutlicht einen zwischenzeitlich vollzogenen Perspektivenwechsel: Bei der Frage nach der Anwendung des Wettbewerbsrechts im Bereich des Sozialen geht es nicht mehr um von außen, durch die Europäische Union aufgezwungene Vorgaben. Es geht darum, ob und wie Wettbewerb helfen kann, die eigenen sozialen Sicherungssysteme besser auszugestalten, und um die Frage, ob das Wettbewerbsrecht dann die passenden Regulierungsinstrumente bereit stellt.

⁶ EuGH v. 5.3.2009, Rs. C-350/07 (*Kattner-Stahlblau*), Slg. 2009, S. I-1513; zuvor für die GKV EuGHv. 16.3.2004, Rs. C-264/01 (*AOK Bundesverband*), Slg. 2004, S. I-2493.

⁷ Grundl. dazu *Giesen*, Sozialversicherungsmonopol und EGV, 1995.

⁸ Zusammenfassend nur *Becker*, Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Sozialrecht, in: Müntefering/Becker (Hrsg.), 50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht, 2008, S. 95 ff.

⁹ Vgl. dazu nur *Becker/Kingreen*, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht – Zur geplanten Ausdehnung der Anwendung des GWB auf das Handeln der Krankenkassen, NZS 2010, S. 417, 421 m.w.N.

2. Beiden Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.¹⁰ Dabei wird nur das Ziel verfolgt, allgemeine Aussagen zu treffen. Auf die vielfältigen, im späteren Verlauf der Tagung zu beantwortenden Einzelfragen soll und kann hier nicht eingegangen werden. In einem ersten Schritt (unten, II.) geht es um die grundsätzliche Funktion eines Wettbewerbs in der Sozialversicherung: Was kann mit ihm angestrebt werden, in welchen Rechtsbeziehungen ist er möglich, welcher Rahmen ist ihm gesetzt? In einem zweiten Schritt werde ich auf das Wettbewerbsrecht eingehen: Ist es grundsätzlich geeignet, im Rahmen der Durchführung von sozialen Sicherungssystemen angewendet zu werden? In diesem Zusammenhang empfiehlt sich eine Unterscheidung nach Rechtsverhältnissen, aber insbesondere auch nach der Art verschiedener Handlungen und den darauf bezogenen Regulierungsanforderungen (unten, III.). Schließlich sollen in einem dritten Schritt Möglichkeiten der Weiterentwicklung einer wettbewerblichen Ausgestaltung der Gesetzlichen Krankenversicherung angesprochen werden. Hier ist allerdings vieles offen und eher spekulativ. Die GKV ist aber nicht umsonst das interessanteste Anwendungsfeld für entsprechende Überlegungen, das auch im Mittelpunkt der weiteren Beiträge dieser Tagung steht. Nicht nur ihre große wirtschaftliche Bedeutung, sondern vor allem der besondere Stellenwert, den die Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsgütern besitzt, sichern ihr zu Recht besondere Aufmerksamkeit. Dazu kommt ihre große Komplexität: Nirgends sonst finden sich ähnlich viele Akteure, die auf sehr unterschiedlichen Sektoren tätig sind und deren Besonderheiten Beachtung verdienen. Sie zu steuern, ist eine höchst anspruchsvolle Aufgabe, zu deren Bewältigung simple Weisheiten wenig beitragen können.

¹⁰ Einmal mehr, wäre hinzuzufügen. Die Ausführungen entsprechen zum Teil früheren Veröffentlichungen, worauf soweit wie möglich hingewiesen werden wird, schon um dem Einwand des sog. Selbst-Plagiats zu begegnen. Eine erste Auseinandersetzung mit dem Thema findet sich in *Becker, Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung, Reformen des Gesundheitssystems und ihre europäischen Perspektiven*, JZ 1997, S. 534 ff.