

# Auswertung



# Wahl und Wettbewerb als Strukturmerkmale des Gesundheitsrechts – Rechtsvergleichende Analyse von Steuerungsinstrumenten in der Krankenhausversorgung Deutschlands, der Niederlande, der Schweiz und der USA

*Markus Sichert und Friso Ross*

I. Der instrumentale Charakter des Wettbewerbs in der Gesundheitsversorgung	511
II. Wahl und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung	512
1. Wahlmöglichkeiten – Typologie, Zuordnung und Systematisierung	513
a) „Grundentscheidungen“	513
aa) Systemrelevante Ausrichtung der Versorgungstätigkeit des Krankenhauses	513
bb) Absicherung des Risikos der Bedürftigkeit stationärer Behandlung nach Art der Versicherung	514
b) Wahloptionen nach Art der rechtlichen Gewährung	516
c) Funktionale Zuordnung zu Wettbewerbsverhältnissen	518
2. Der Einsatz von Wahlmöglichkeiten zur Zielerreichung	520
a) Erwartungen an Wettbewerbselemente	520
b) Ansatzpunkte für Wettbewerbselemente	522
aa) Verbraucherorientierte Anreize der Wahl des Krankenhauses und der krankenhausbezogenen Wahl des Versicherers	522
bb) Ansatzpunkte im Verhältnis der Kostenträger zu den Krankenhäusern	523
cc) Wettbewerb zwischen Versicherern und Wettbewerb zwischen Krankenhäusern	524
(1) Versicherer	524
(2) Krankenhäuser	525
c) Regulatorische Begrenzung von Wahlmöglichkeiten	526
d) Zur Erfolgswirksamkeit wettbewerblicher Instrumente	527
aa) Preisstabilität und Kostenkontrolle	527
bb) Schaffung kooperativer Versorgungsstrukturen	528
cc) Allgemeiner Versicherungsschutz	529
dd) Wahlverhalten und Informationsangebot	529
3. Fortentwicklung institutioneller und organisatorischer Strukturen	530
a) Finanzierungsstrukturen	530
b) Trägerstrukturen (Leistungserbringer und Versicherer)	531
c) Wettbewerbsrecht und -kontrolle im Krankenhaus- und Gesundheitswesen	532
aa) Krankenhauswettbewerb	532
bb) Versicherungswettbewerb	533
cc) Wettbewerbsrelevante Vertragsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Versicherern	535

III. Wettbewerb als Strukturprinzip des Gesundheitsrechts  
und „Gesundheitswettbewerbsrecht“

536

Die in den Studien zu Deutschland, den Niederlanden, der Schweiz und den USA aufgezeigten Strukturkomponenten sowie Bedingungs- und Wirkungszusammenhänge normativer Steuerung in der Krankenhausversorgung sind komplex und mehrdimensional. Klassifikation und Evaluation sowohl des Einsatzes als auch der Kontrolle wettbewerblicher Elemente in den untersuchten gemischt wettbewerblich-regulativen Systemen werden daher in differenzierter Form vorgenommen. Die Reflexion der vielfältigen Erfahrungen in den Ländern ermöglicht eine Verdichtung dieser Erfahrungen zu Beurteilungsgrundlagen, um annäherungsweise gemeinschaftliche Maßstäbe anzulegen, mittels derer sich Funktionalität und Konsequenz normativer Steuerung durch Wettbewerb zugunsten einer effizienten und wohlfahrtsfördernden Gesundheitsversorgung rechtsvergleichend bewerten lassen.

### *I. Der instrumentale Charakter des Wettbewerbs in der Gesundheitsversorgung*

Der skizzierte Bewertungsansatz folgt der Erkenntnis, daß die rechtliche Konzeptualisierung der Wettbewerbsidee im Gesundheitswesen insbesondere der europäischen Staaten überwiegend *instrumentellen Charakter* angenommen hat. Dies gilt es an prominenter Stelle hervorzuheben, denn die normative Verankerung von Wahloptionen läßt sich nicht losgelöst davon ermessen, welchen Zielen sie dient.

Demnach bilden nicht in erster Linie die Förderung und Ermöglichung des Wettbewerbs um der – teilweise verfassungsrechtlich verbürgten – Freiheit der Akteure willen als vielmehr die Indienststellung des Wettbewerbs für gesundheitspolitische Zwecke den Hintergrund normativer Steuerungsaktivitäten der jüngeren Zeit. Dies ist zwar je nach Wettbewerbsverhältnis und „Marktsegment“ sowie in Abhängigkeit der Durchsetzungsfähigkeit des traditionellen Wettbewerbsverständnisses im Gesundheitswesen graduell unterschiedlich. Indes folgt der wettbewerbliche Ansatz – vor allem bezogen auf die Wahl der Versicherung und die Beziehungen zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern – zumeist der Überlegung: Wie viel bzw. bis zu welcher Grenze soll Wettbewerb eröffnet werden, um Effizienz- bzw. Qualitätsreserven zu erschließen (*Deutschland, Niederlande*; teilweise: *Schweiz*)? Oder aber: Welcher Art Regulierung bedarf es, damit ein für die Versorgung der Bevölkerung adäquater Wettbewerb überhaupt stattfinden kann (*USA*, teilweise: *Schweiz*)? Für die *Schweiz* etwa seien die „Transformation“ eines auf dem Versicherungsmarkt vormals vorzufindenden freien Selektionswettbewerbs in ein Obligatorium mit effektiven Wahlrechten sowie der Einsatz zukünftig *schweizweit* einheitlicher DRG hervorgehoben.

Es hat sich gezeigt, daß die Instrumentalisierung wettbewerblicher Strukturen oftmals gerade mit den Mitteln der Regulierung erzielt wird (insbesondere in *Deutschland*, teilweise in der *Schweiz*, in den *Niederlanden*). So ermöglicht und befördert Preisregu-

lierung für Krankenhausleistungen mittels (vorwiegend) einheitlicher DRG nach Vorstellung des Normgebers und in der Konsequenz normativer Steuerungsansätze einen Qualitäts-, Spezialisierungs- und Mengenwettbewerb (*Deutschland, Schweiz*; teilweise: *Niederlande*). Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß derartige Ansätze unbedingt ziel führend sind.

Der instrumentale Charakter des regulierten Wettbewerbs wird insbesondere aus ökonomischer Sicht kritisch hinterfragt (*Deutschland*, teilweise: *Schweiz*), und in den *USA* existiert ohnehin die Vorstellung, das Vorherrschen von Wettbewerb als solchem sei heilsam, nur müsse dieser aus sozialpolitischen Gründen regulierend flankiert werden. Dennoch ist festzuhalten: Der einem funktionalen Verständnis folgende Wettbewerb und die Steuerung mittels hoheitlicher Regulierung sind nicht antinomisch, sondern vielfach *relativ und interdependent*. Der dezidiert funktionalen Ausrichtung des Wettbewerbs in diesem Sinne entspricht es auch, wenn zum Beispiel die selektiv-wettbewerbliche Organisation transsektoraler Versorgung durch eine Anschubfinanzierung befördert wird (*Deutschland, Niederlande*), die sich aus regulatorisch-interventionistischer Vergütungsabschlügen an anderer Stelle speist (vor allem *Deutschland*, vormals).

Sind jedoch wettbewerbliche oder wettbewerbsrelevante (etwa marktzutrittsrelevante) Verhaltensspielräume erst einmal eröffnet, ändert die Instrumentalisierung nichts daran, daß der (ökonomische) Erfolg für das Versorgungsgeschehen insgesamt vor allem durch den (ökonomischen) Erfolg der Wettbewerber vermittelt wird. Hier setzten normative (Anreiz-)Strukturen an, die (Wahl-) Entscheidungen eröffnen.

## II. Wahl und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung

Vor diesem Hintergrund sollen die nachfolgend zentralen Erkenntnisse aus der Untersuchung in vier Schritten präsentiert werden: Zunächst werden die in den Ländern vorfindbaren Wahlmöglichkeiten typologisch und systematisierend erfaßt (II.1.). Im Anschluß daran ist der Einsatz der Wahloptionen dahingehend vergleichend zu bewerten, welche Erwartungen damit verfolgt, wie sie zweckgerichtet eingesetzt, wie sie reguliert und wie sie kontrolliert werden (II.2.). Diese Ergebnisse werden durch wettbewerbsspezifisch markante Änderungen institutioneller und organisatorischer Strukturen komplettiert (II.3.), bevor abschließend beantwortet wird, inwiefern sich Wahl und Wettbewerb als (neue) tragende Strukturelemente der Rechtsordnung erweisen und die Herausbildung eines „Gesundheitswettbewerbsrechts“ kennzeichnen oder fördern (III).

Schon vorweg bedarf es hinsichtlich der im Folgenden verwendeten Begrifflichkeiten eines Hinweises: Die Begriffe „Verbraucher“ und „Markt“ werden, der jeweiligen Tradition entsprechend, in den Vergleichsländern in unterschiedlichem Maß und mit unterschiedlichem Vorverständnis verwendet. Bei Wahlmöglichkeiten in der Kranken-

hausversorgung und bei deren Einsatz in Wettbewerbsverhältnissen erweist sich die Rolle des Versicherten als zentral. Bilanzierend und insbesondere im versicherungsrechtlichen Kontext ist daher vorwiegend vom „Versicherten“, jenseits dieses Bezugs nur vereinzelt vom Verbraucher die Rede. Überdies werden im Gesundheitssektor unter „Märkten“ im engeren Sinne nur der „Leistungs-“ bzw. „Krankenhausmarkt“ und der „Versicherungsmarkt“ (zusammen: „Gesundheitsmarkt“) verstanden.<sup>1</sup>

### 1. Wahlmöglichkeiten – Typologie, Zuordnung und Systematisierung

Wettbewerb ist nur dort eröffnet, wo Wahlmöglichkeiten existieren. Die Untersuchung hat gezeigt, daß Wahlmöglichkeiten im Rahmen der Krankenhausversorgung in unterschiedlichster Form und in höchst unterschiedlichem Umfang angelegt sind.

#### a) „Grundentscheidungen“

Eine gleichsam erste Stufe normativ verankerter Wahloptionen eröffnet die grundlegende Entscheidung darüber, auf welchem Tätigkeitsfeld bzw. unter welchen Systembedingungen der Akteur in die Wettbewerbsbeziehungen eingebunden ist. Die Entscheidung ist präjudiziell hinsichtlich der (nur) für das gewählte Tätigkeitsfeld bzw. nur in diesem System vorgehaltenen Wahloptionen und zumeist auch für die Grundlagen der Krankenhausfinanzierung. Diese Grundentscheidung kann selbst Ausdruck einer Wahloption oder aber gesetzlich weithin vorgegeben sein. Dieser Zusammenhang ist vornehmlich an der systemrelevanten Ausrichtung der Versorgungstätigkeit des Krankenhauses sowie an der Entscheidung über die Absicherung des Risikos der Bedürftigkeit stationärer Behandlung zu verdeutlichen.

#### aa) Systemrelevante Ausrichtung der Versorgungstätigkeit des Krankenhauses

Welches versicherungs- und wettbewerbsrechtliche Regime Wahlmöglichkeiten des Akteurs Krankenhaus eröffnet und reglementiert, hängt entscheidend davon ab, auf welche Weise und mit welcher medizinischen und wirtschaftlichen Ausrichtung der Träger des Krankenhauses versorgungsbezogen zu agieren gedenkt:

So steht es dem *deutschen* (privaten) Krankenhausträger frei, sich um die allen Trägern gleichermaßen offen stehende Aufnahme als Plankrankenhaus zu bemühen, um nach erfolgreichem „Markteintritt“ am Leistungsmarkt der GKV nach dessen Regeln sowie an der Investitionsfinanzierung teilzuhaben, oder aber als „reine Privatklinik“ zu agieren, deren Wirken in zentralen Bereichen anderen (vor allem privatwirtschaftlichen) Regeln unterworfen ist.

---

1 Näher dazu im Rahmen der funktionalen Zuordnung zu Wettbewerbsverhältnissen unter II.1.c.

Das den *schweizerischen* Kantonen bei der Spitalplanung zur Berücksichtigung privater Spitäler eingeräumte Auswahlermessen stellt den Träger vor die Wahl, den an Gegenleistungen (z.B. Notfallversorgung) gekoppelten Status eines öffentlich-subventionierten zu erstreben, der die Aufnahme in die Liste zwar nicht garantiert, jedoch die Erfolgsaussichten maßgeblich erhöht. Die Aufnahme in die Spitalliste ist Voraussetzung dafür, Leistungen nach dem KVG, also der notwendigen Versorgung, zu erbringen; anderenfalls ist allein der weithin wettbewerblich organisierte Markt an Zusatzversicherungsleistungen eröffnet.

Auch in den *Niederlanden* existieren reine Privatkliniken, von denen einige durch Umwandlung in sog. „selbständige Behandlungszentren“ mit staatlicher Genehmigung den allgemeinen Krankenhäusern dadurch Konkurrenz machen, daß sie spezialisierte Leistungen nicht stationär zu Lasten der Basisversicherung erbringen.

In den *USA* hat sich gezeigt, daß anstelle allgemeiner Krankenhäuser Spezialkliniken (SSHs) sowie Zentren für ambulante Chirurgie (ASCs) – letztere sind keine Krankenhäuser – gerade in Abhängigkeit von der Vergütungsstrategie durch *Medicare* (Auswahl von Leistungen mit verhältnismäßig hohem Vergütungssatz) sowie abhängig davon entstehen, ob in den betreffenden Staaten Bedarfsprüfungsgesetze (CON-Laws) existieren, welche die Errichtung zusätzlicher Häuser oder Einrichtungen begrenzen könnten. Des weiteren müssen Krankenhäuser, die Gelder durch *Medicare* erhalten wollen, den Notfallbetrieb aller Patienten ohne Rücksicht auf deren Zahlungsfähigkeit sicherstellen, so daß manche Notfallstationen infolge der Überfüllung durch weite Nutzung dieses „allgemeinen Zugangs“ aufgegeben werden. Für die notfallversorgenden (privaten) Häuser stellt sich alsdann die Frage nach der Betreibung als gemeinnützige Einrichtung (*not for profit*), die durch Steuervergünstigungen nicht unerheblich staatlich subventioniert werden, wenn „kommunale Leistungen“, gemessen an unentgeltlichen und Notfallversorgungen für den Gemeindebereich, erbracht werden.

## bb) Absicherung des Risikos der Bedürftigkeit stationärer Behandlung nach Art der Versicherung

Die Grundentscheidung darüber, wie bzw. nach Maßgabe welchen Systems Krankenhausleistungen überhaupt versichert sein sollen, ist nur bedingt der Wahl durch einen Versicherten zugänglich.

Notwendige Leistungen (auch) der Krankenhausversorgung sind in der *Schweiz* einheitlich nach dem KVG versichert. Innerhalb dieses Obligatoriums ist der Verbraucher hinsichtlich der Wahl des Versicherers faktisch auf die sozialen Krankenkassen beschränkt. Obwohl es auch privaten Versicherungsunternehmen offen steht, Leistungen im Obligatorium anzubieten, engagieren sich diese dort nicht, mit der Folge, daß die Privaten bis heute nur im voll wettbewerblich ausgerichteten Zusatzversicherungswesen agieren, insbesondere Spitalzusatzversicherungen anbieten. Innerhalb des Obligatoriums freilich bestehen diverse, vor allem tarifäre Wahlmöglichkeiten, ebenso bei der

Zusatzversicherung, die als solche fakultativ ist. Im Jahre 2003 verfügten 71% der obligatorisch Versicherten über eine Spitalzusatzversicherung, welche insbesondere unechte Mehrleistungen abdeckt, die in Halb- oder Privatabteilungen erbracht werden.

Der von der Versicherungspflicht befreite *deutsche* Verbraucher vermag anders als die in der GKV Pflichtversicherten die allgemeinen Krankenhausleistungen im Rahmen einer privaten Krankheitskostenvollversicherung abzudecken. Unter den Voraussetzungen der freiwilligen Versicherung kann er die Art der Versicherung wählen. PKV- wie GKV-Versicherten stehen, auch durch gesetzliche Krankenkassen (lediglich) vermittelbare, Zusatzversicherungen vor allem über Wahlleistungen offen, die dem Privatversicherungsrecht unterfallen. Zusatzversicherungen werden allein durch PKV-Unternehmen angeboten. GKV-Wahltarife zur stationären Versorgung, ein Binnenwahlrecht, fordern diese heraus. 2007 waren 20 Mio. Personen zusatzversichert; über Versicherungen für Wahlleistungen im Krankenhaus verfügten 5,16 Mio. der GKV- und 7,2 Mio. der privat Vollversicherten.

Während in der *Schweiz* theoretisch auch die obligatorische Grundversorgung durch private Versicherungsunternehmen angeboten werden kann, aber bis dato nicht wird, ist der umgekehrte – in der Untersuchung kritisch hinterfragte – Fall des Angebots von Zusatzversicherungen auch durch die sozialen Krankenkassen einschließlich medizinisch nicht notwendiger außerkantonalen Behandlung weit verbreitet, wengleich quantitativ rückläufig. Ebenso sind die nunmehr unter einheitlichem Recht organisierten (privatrechtlich verfaßten) Krankenversicherer in den *Niederlanden* sowohl Anbieter der für alle Einwohner maßgeblichen Basisversicherung als auch von Zusatzversicherungen. Mit der Annahme der Versicherung im Basistarif darf zwar kein Junktim in Form des Abschlusses von Zusatzversicherungen verbunden werden; allerdings läßt die Attraktivität des Angebotes aus einer Hand den Markt einheitlich als attraktiv erscheinen. Der hohe Anteil von Zusatzversicherungen (93% der obligatorisch Versicherten) ist insbesondere der Absicherung der Kosten für zahnärztliche Behandlung geschuldet.

Der obligatorische Teil des *US-amerikanischen Medicare*-Programms erfaßt Krankenhausleistungen, wie diese ebenfalls zum durch *Medicaid* abgedeckten Leistungsspektrum gehören. Auch das *SCHIP*-Programm erfaßt Krankenhausleistungen; Details hängen von der Ausgestaltung des jeweiligen staatlichen Programms ab. Bezogen auf private Versicherungen ist das Bild außerordentlich vielschichtig und insoweit grundsätzlich ein Spektrum an Wahloptionen eröffnet: Traditionelle private Versicherungen erfassen Krankenhausleistungen nach dem Prinzip von Einzelleistungsvergütung und Erstattung und sehen regelmäßige Selbstbehalte oder prozentuale Selbstbeteiligungen vor. Der Arbeitgeber kann ferner das Risiko bzw. die Versicherung der Kosten für die Gesundheitsversorgung einschließlich der stationären Behandlung selbst übernehmen. *MCOs* versichern die Kosten der Krankenhausversorgung, die teils in eigenen Einrichtungen erbracht wird, wobei die Inanspruchnahme einer Einrichtung besonders überwacht bzw. reglementiert wird. Ebenso wie *HMOs* agieren auch *PPOs* als *MCOs*, wobei

die in *PPO*-Plänen ermöglichte Wahl verschiedener (externer) Krankenhäuser üblicherweise durch Preisabschläge hinsichtlich der Vergütungssätze „erkauft“ wird.

### b) Wahloptionen nach Art der rechtlichen Gewährung

Im Vordergrund normativer Steuerung durch Verhaltensanreize stehen gesetzlich verbürgte Wahlrechte und Vertragsfreiheiten sowie vertraglich fundierte Wahlrechte. Keinesfalls zwingend indes korrelieren Art und Umfang der Gewährung mit der gesetzgeberischen Grundentscheidung für die Ausgestaltung des Versicherungssystems.

Dies erweist sich zunächst bei der Frage, ob der Versicherte – bezogen auf notwendige Krankenhausleistungen, also ohne Berücksichtigung von Zusatzversicherungen – zur Wahl zwischen Sachleistung und Kostenerstattung berechtigt ist: So kann der in der *niederländischen* Basisversicherung vertragspartnerschaftlich (Pflicht-)Versicherte ebenso wie der in *Deutschland* kraft Gesetzes bei der gewählten Körperschaft anstelle des Sachleistungsprinzips Kostenerstattung wählen. Im übrigen ergibt sich der Sachleistungsanspruch unbeschadet gesetzlicher Vorgaben in den *Niederlanden* aus Vertrag, während er für das *deutsche* GKV-System gesetzlich fundiert ist. Der in *Deutschland* obligatorisch (v.a. im Basistarif) oder wegen Befreiung von der GKV-Versicherungspflicht privat Versicherte hingegen ist – grundsätzlich – ebenso an das Kostenerstattungsprinzip<sup>2</sup> gebunden, wie dies für Zusatzversicherungen gilt. Dem im *schweizerischen* Obligatorium öffentlich-rechtlich Versicherten steht gesetzlich kein Anspruch zu, ohne Weiteres Naturalleistung einfordern zu können. Vielmehr ist das System der obligatorischen Krankenversicherung vom Kostenerstattungsprinzip geprägt. Die Versicherer können davon aber abweichen und Naturalleistung in ihren Policen anbieten. Auf dem privatrechtlich ausgestalteten Zusatzversicherungsmarkt ist ohnehin jegliche Form der Kostenschuldnerschaft möglich.

Die Unterscheidung zwischen Sachleistung und Kostenerstattung schärft den Blick für die Inhaltsbestimmung anderer Wahlrechte des Verbrauchers, insbesondere des Rechts der Wahl des Krankenhauses. Die bereits gesetzlich unvollkommen verbürgte Freiheit der Krankenhauswahl durch den *deutschen* GKV-Versicherten ist an die Übernahme des „Mehrkostenrisikos“<sup>3</sup> gekoppelt, d.h. selbst bei notwendiger Behandlung läuft der Versicherte Gefahr, nicht eigenleistungsfrei und somit aus seiner Sicht nicht hinreichend versichert zu sein. Diesem vor allem aus Planungsgründen restriktiv ausgestalteten „Wahlrecht“ steht das im *deutschen* Privatversicherungsrecht vertraglich verankerte Recht der freien Wahl des Krankenhauses ohne Beschränkung des Umfangs der Kostenerstattung gegenüber. Das dort ohnehin nicht erkannte Mehrkostenrisiko wird systemintern bzw. bezogen auf das Wettbewerbssystem insgesamt austariert, nicht

2 Siehe aber zu der „unmittelbaren Abrechnung der Leistungen... mit deren Erbringern“ als „zusätzliche Dienstleistung“ und Inhalt der Krankheitskostenversicherung nach § 192 Abs. 3 Nr. 5 VVG; diese ist ebenfalls Ausdruck einer Konvergenz der Systeme.

3 Unbeschadet der Vereinheitlichung der Preise im Zeichen der DRG.

aber die unwirtschaftliche Einzelentscheidung sanktioniert. Der in den *Niederlanden* im Wege einer Sachleistungspolice Versicherte ist an die Wahl des mit dem Krankenversicherungsunternehmen vertraglich verbundenen Unternehmens gebunden; allein Kostenerstattungsverträge ermöglichen die Wahl die freie Wahl des Krankenhauses. Auch in der *Schweiz* und den *USA* kann eine Einschränkung der Krankenhauswahl im Wege besonderer Versorgungsformen bei dort zuweilen ausnahmsweise maßgeblicher Sachleistungsgewährung erfolgen. Ungeachtet dessen besteht im allgemeinen Obligatorium der *Schweiz* ebenfalls das Mehrkostenrisiko für eine aus medizinischen Gründen nicht notwendige außerkantonale Behandlung, wenn diese mit höheren Kosten verbunden ist als in einem Spital, welches auf der Spitalliste des Wohnortkantons verzeichnet ist; dort kommen Zusatzversicherungen ins Spiel.

Demgegenüber ist es den Verbrauchern in allen Systemen grundsätzlich möglich, Kostenrisiken bzw. Risiken erhöhter Eigenbeteiligung bei Selbsthalten in besonderer Weise bewußt zu übernehmen, und dieses wahlbedingt übernommene Risiko wird tarifär privilegiert.

Spezielle rechtliche Absicherungen flankieren Wahlrechte zumeist dann, wenn diese der Ausgestaltung oder Umsetzung von Grundpflichten dienen. Dies gilt in erster Linie für die Pflicht, sich zu versichern. Die Entscheidungsfolgen der Wahl sind in besonderer Weise gesetzlich verankert, sowohl in Bezug auf die Begründung als auch die Beendigung des Versicherungsverhältnisses bei einem Versicherer: Unabhängig vom Gesundheitsstatus herrscht im *Schweizer* Obligatorium und der *deutschen GKV* grundsätzlich ebenso Aufnahmezwang der Krankenkassen wie in den *Niederlanden* und im Basistarif der *deutschen PKV* ein Kontrahierungszwang der Versicherungsunternehmen. Das Recht, zu wechseln, ist grundsätzlich verbürgt und zumeist nur durch eine Mindestbindung zeitlich konditioniert. Hinzu kommen mit kürzeren Fristen bemessene Sonderkündigungsrechte im Falle von Prämienerrhöhungen wie in der *Schweiz* und in der *deutschen GKV*.

Wahlrechte sind vielfach als gesetzlich bzw. satzungsrechtlich verankerte Gestaltungs-, Erklärungs- oder Beitrittsrechte verankert. Dieser Kategorie gehören – vor allem in *Deutschland* und in der *Schweiz* – die Begründung der Gewährung von Wahlтарifen und -franchisen sowie der Teilnahme an integrierten Versorgungsformen an. In den *Niederlanden* und den *USA* sind solche Inhalte gestaltende Bestandteile des Versicherungsvertrags(modells). Im Sinne dieser Unterscheidung bildet die Möglichkeit der Einschreibung in besondere Versorgungsformen (z.B. die integrierte Versorgung in *Deutschland*) zuweilen eine zusätzliche Wahloption innerhalb des bereits begründeten Versicherungsverhältnisses, während sie im zumeist von Anfang an darauf zugeschnitten Privatversicherungsverhältnis als dessen alternative Begründung direkt mit dem Abschluß des Versicherungsvertrages verbunden ist. Aus Sicht der Verbraucher stehen „Managed Care“ und „Choice“ daher in einem komplexen Verhältnis zueinander. Die Integrierte Versorgung in *Deutschland* ist als Optionsmodell innerhalb des Versicherungsverhältnisses mit Teilnahmebegründungsoption des Versicherten konzipiert. In

anderen Ländern bestimmen und betonen Managed-Care-Modelle entweder die leistungsbezogene Ausgestaltung nach Maßgabe des Versicherungsverhältnisses (*USA*) oder rekurren – soweit nicht eher selten besonders zugeschnittene Sachleistungspolice betroffen sind – überwiegend auf die Kooperation der Erbringer (*Niederlande*). Diese Kooperation kann freilich zu einer Verengung der Wahlfreiheit auf die „vernetzten Versorger“ führen.

Letztlich bleibt dann für individuelle Inhaltsgestaltungen nach Wahl des Versicherten wenig Raum. Immerhin besteht insoweit eine *Auswahlmöglichkeit* zwischen Komponenten des Versicherungsumfangs oder des Versicherungsmodells insgesamt.

Weitergehende vertragliche Gestaltungs- und insofern Wahlfreiheit sind eher im Verhältnis der Kostenträger zu den Krankenhäusern sowie im Verhältnis verschiedener Leistungserbringer zueinander zu finden. An Versorgungsbedürfnissen ausgerichtete Netzwerkpartnerschaften etwa werden gesetzlich gefördert oder bestimmen, wie vielfach in MCO-Plänen, das Versicherungsverhältnis maßgeblich. Gesetzlich obligatorische Systeme wie die *deutsche GKV* öffnen sich für selektive Verträge. Selbst im Preisrecht wurde zum Teil, wie in den *Niederlanden*, der Kontrahierungszwang (bezogen auf Musterübereinkommen) partiell aufgehoben, und auch in *Deutschland* gilt neuerdings die Ausnahme jedenfalls von Leistungen in den integrierten Versorgung aus dem Krankenhausbudget. Im übrigen aber ist gerade im Preisrecht die Zurückdrängung des Tarifgestaltungsspielraums (vgl. vormals die *Schweiz*) durch (Fall-)Pauschalierungen erkennbar, deren Vergütung zumeist (Ausnahmen etwa in den *Niederlanden*) nicht verhandelbar ist.

Schließlich können vertraglich fundierte Versorgungsmodelle eigens vereinbarte Wahlmöglichkeiten vorsehen, soweit gesetzliche Vorgaben dem nicht widersprechen.

### c) Funktionale Zuordnung zu Wettbewerbsverhältnissen

Normativ gesetzte Anreizstrukturen zur Zielerreichung durch Wahloptionen sind in allen für die Untersuchung maßgeblichen Wettbewerbsverhältnissen vorzufinden: Als verbraucherorientierte Anreize der Krankenhauswahl, bei der Wahl der Versicherung durch den Verbraucher, im Rahmen wettbewerblicher Beziehungen zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern, im Wettbewerb zwischen Krankenhäusern sowie schließlich im Wettbewerb zwischen den Versicherungsträgern. Da indes weder Versicherte mit Versicherern noch Versicherte mit Krankenhäusern und auch Versicherer nicht mit Krankenhäusern konkurrieren, sind allein die Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Versicherern sowie diejenigen zwischen den Krankenhäusern unmittelbarer Ausdruck marktförmiger Strukturen des „Versicherungs-“ und des „Leistungsmarktes“. Wettbewerbsfunktional geht es dort um alle ökonomisch geprägten Tätigkeitsfelder, auf denen Krankenkassen miteinander konkurrieren („Wettbewerb der Versicherer“), und alle ökonomisch geprägten Tätigkeitsfelder, auf denen Krankenhäuser miteinander konkurrieren („Krankenhauswettbewerb“).

Während allein diese Marktteilnehmer im direkten Wettbewerb („Konfrontation“) zueinander stehen, setzen normative Anreizstrukturen insbesondere im Verhältnis ungleichartiger Akteure zueinander an. Adressaten gewinnbringender Einbindung in Anreizstrukturen sind insbesondere die Verbraucher (d.h. Krankenhauspatienten bzw. Versicherungsnehmer). Gleichzeitig agieren die Krankenkassen im Verhältnis zu den mit ihnen nicht konkurrierenden Krankenhäusern als Nachfrager.

In den genannten Wettbewerbsverhältnissen werden wahlorientierte Steuerungsanreize operationalisiert: Unter welchen Bedingungen besteht ein Recht, das Krankenhaus zu wählen, und wie wird es, mit der Folge auch der Positionierung des Krankenhauses am Markt, ausgeübt? Geht man dem nach, treten vielfältige Wechselbeziehungen zu Tage: In *allen* der untersuchten *Ländern* etwa ist das Recht der Krankenhauswahl aufgrund von Managed-Care-Konzepten eingeschränkt, doch ist dies zumeist die Folge intensiver Kooperation zwischen Versicherer und Krankenhaus, die mit dem Modell ihrerseits im Markt um die Versicherten werben; der Markt wird zum Teil durch zusätzliche staatliche Finanzierungsanreize (siehe oben) gelenkt – nach anderer Lesart verzerrt –, um sektorale Versorgungsgrenzen zu überwinden.

Normative Anreizstrukturen in allen fünf der untersuchten Wettbewerbsverhältnissen bestimmen im Ergebnis den Erfolg der „Marktteilnehmer“ Krankenhäuser und Versicherer. Im Zeichen des zunehmenden Einsatzes von Wahlmöglichkeiten hat sich der „Gesundheitsmarkt“ vor allem in jüngerer Zeit verändert bzw. erst entwickeln können. Gleichzeitig entstanden neue Regulierungs- und Kontrollmechanismen, um die zu wettbewerblichen Verhalten animierten „Unternehmen“ zu kontrollieren bzw. das Verhalten steuernd zu regulieren.

Ungeachtet massiver Änderungen im Detail sind vor allen Dingen die Krankenhäuser bereits seit längerem als Marktteilnehmer auch im tradierten Sinne aktiv. Krankenhäuser gelten grundsätzlich in *allen Ländern* und unbeschadet der Organisationsform als Unternehmen im Sinne selbst des nationalen Wettbewerbsrechts, wobei sich dieses, wie in der *Niederlanden*, mit der Einräumung von Handlungsoptionen im nicht regulierten Bereich zum Teil erst in jüngerer Zeit Bahn gebrochen hat.

Bei den Versicherungsträgern stellt sich die Lage etwas anders dar: In *Deutschland* agieren Krankenkassen der Untersuchung zufolge ausnahmsweise als Unternehmen im Sinne des europäischen Rechts, nicht indes nach nationalem Recht, wenngleich dieses in nicht unerheblichem Umfang entsprechende Anwendung findet. Entsprechend dem jüngeren funktionalen Unternehmensbegriff gelten in der *Schweiz* selbst die sozialen Krankenversicherungen als Unternehmen im Sinne des nationalen Kartellgesetzes. Auch in den *Niederlanden* werden die Versicherer als Unternehmen angesehen, deren Tätigwerden, Fusionen eingeschlossen, an allgemeinem Wettbewerbsrecht (insbesondere bezüglich Ansprachen und Marktmißbrauch) und zum Teil an speziellen Regelungen für den Gesundheitsmarkt (z.B. Preisregulierung) zu messen ist. In den *USA* agieren konventionelle private Versicherungen und *MCOs* als Versicherungsunternehmen. Arbeitgeber nehmen eine Sonderstellung ein; Leistungen nach *self-insurance plans* gelten

nicht als Versicherungsleistungen, und die für die Versicherungsunternehmen maßgebliche Regulierung erfaßt die *self-insurance* nicht.

## 2. Der Einsatz von Wahlmöglichkeiten zur Zielerreichung

Der Einsatz von Wahlmöglichkeiten zur Zielerreichung steht in engem Zusammenhang mit dem in Kapitel I. beschriebenen instrumentalen Charakter wettbewerblicher Strukturen. Die Ziele werden von der Idee und dem Bedürfnis der Kostenkontrolle, Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungserbringung und zugleich dem Streben nach Sicherstellung, Erhalt und Ausbau qualitativ hochwertiger, innovativer und bedürfnisorientierter Versorgungsstrukturen bestimmt. Zwischen Wettbewerbsinteressen und der Gewährleistungsverantwortung für die Bevölkerung oder einzelne Versichertengruppen kann es zu Zielkonflikten kommen. Ein konsequent funktionaler Wettbewerbsansatz löst diese Konflikte meist nach einem zielhierarchischen (Vorrang-)Prinzip.

Das primäre Ziel der Steuerung *mittels* Wettbewerb orientiert sich dabei in den *europäischen Ländern* entscheidend am öffentlichen Interesse. Dies gilt bereits für die Eröffnung bzw. Einführung, nicht nur die Kontrolle des Wettbewerbs. Durchsetzung und Verwirklichung individueller Wirtschaftsinteressen hingegen werden als sekundäre Ziele verfolgt. Das private Interesse an persönlicher Entfaltung soll nicht im Gegensatz zum öffentlichen Interesse stehen. Gewinn- bzw. Wirtschaftlichkeitsstreben der Träger und Erbringer sollen dem Wohlfahrtsgewinn dienen.

Für die *USA* hingegen wird dieser Zusammenhang anders betont. Die rechtliche Entwicklung ist von steten „Bemühungen um Lenkung des Wettbewerbs“ gekennzeichnet, die darauf gerichtet sind, Beeinträchtigungen des öffentlichen Versorgungsinteresses durch das private Wirtschaftsinteresse zu vermeiden. Daraus lassen sich jedoch nur bedingt Schlüsse über die vermutete Dominanz wettbewerblicher Strukturen ziehen. Denn vor allem der mittelbare Einfluß durch staatliche Versicherer wie *Medicare* ist nicht zu unterschätzen, sei es etwa in Bezug auf Maßstäbe für das Preisrecht, sei es im Hinblick auf die Verpflichtung zur (gegebenenfalls unentgeltlichen) Notfallversorgung.

### a) Erwartungen an Wettbewerbselemente

Es versteht sich, daß die Erwartungen der Normgeber an den Einsatz und die Kontrolle von Wettbewerbselementen darauf gerichtet sind, dem öffentlichen Interesse vor allem an wohlfahrtsfördernder Kostensenkung, Wirtschaftlichkeit und Qualität besser gerecht zu werden als ohne den Einsatz wettbewerblicher Elemente. Die eigentliche Frage lautet daher, welche konkret funktionsbezogenen Wirkungen der Normgeber auszulösen gedenkt.

Vor allem für die *europäischen Länder* erschließt sich dies aus der Intention, die Akteure durch Wahrnehmung gesteigerter wirtschaftlicher Verantwortung für die eigene

Tätigkeit zugleich in die allgemeine Versorgungsverantwortung systemisch einzubinden. Erwartet werden Angebots- und Strukturinnovation, Qualitätsoptimierung, Versorgungsintegration, Spezialisierung, Transparenz und Konzentrationsprozesse.

Man kann insofern von einer „delegierten Verantwortung“ sprechen. Diese soll partnerschaftlich wahrgenommen werden, insbesondere wenn es um die Überwindung von Grenzen zwischen den Versorgungsbereichen stationär und ambulant geht (*Integrierte Versorgung*, „*transmurale*“ *Versorgung*). Krankenhäuser sollen in diese und weitere Netzwerkpartnerschaften eingebunden werden. Von der eigenverantwortlichen Wahl des Krankenhauses durch den Verbraucher trotz Mehrkostenrisiko (*Deutschland*, *Schweiz*) oder bei Kostenerstattungstarifen<sup>4</sup> (*Niederlande*) sollen darüber hinaus Qualitäts- und Spezialisierungsanreize ausgehen, (gerade) mit der Konsequenz zunehmender Konzentrationsprozesse.

Alle *genannten Länder* intendieren überdies mit der – unterschiedlich ausgestalteten – teilweisen Öffnung der Krankenhäuser für ambulante Leistungen eine partiell neuartige „transsektorale“ Konkurrenz der Krankenhäuser mit anderen Leistungserbringern.

Besondere Erwartungen sind zudem auf die Überwindung von Strukturdefiziten und die Schaffung einheitlicher Wettbewerbsgrundlagen gerichtet, um Wettbewerb im Gesundheitswesen erst zu ermöglichen. Diese Erwartungen knüpfen meist an die bereits erfolgte Einführung wettbewerblicher (Grund-)Strukturen an, vor allen Dingen an die Wahl der Versicherung mit Aufnahmepflicht in der *GKV* und im *schweizerischen Obligatorium* bzw. mit Kontrahierungspflicht in der *niederländischen Basisversicherung*. In allen Systemen steht den positiv bewerteten Anreizstrukturen durch Entscheidungen nach „Wahl“ das negativ besetzte Phänomen der (Risiko-), „Selektion“ gegenüber, welches als solidaritätswidrig erkannt wird. In allen Ländern herrschen dementsprechend unterschiedlich ausgestaltete Risiko-Ausgleichssysteme vor, von deren Durchführung erwartet wird, wettbewerbliches Verhalten für alle Versicherer als gleichermaßen lukrativ zu stimulieren. Ähnliches gilt für die Entfaltung eines Qualitäts- und Spezialisierungswettbewerbs (gerade) durch einheitliche Finanzierungsgrundlagen auch im Preisrecht, sofern nicht, wie zum Teil in den *Niederlanden*, von der Freigabe einzelner Segmente im DRG-Bereich noch weitergehend Effizienzpotential erwartet wird.

Für die *USA* ist wiederum ungeachtet der Frage, inwieweit der Wettbewerb (rechts-) praktisch nicht doch weithin reguliert ist, das tendenziell andere Grundverständnis zu betonen, das sich auch in den an den Wettbewerb gerichteten Erwartungen widerspiegelt. In den *USA* geht es weniger darum, Wettbewerbselemente funktional auf den Gesundheitsmarkt zuzuschneiden und entsprechend zu implementieren. Ausgangspunkt ist dort vielmehr: Der Wettbewerb ist vorfindlich (bzw. vorgegeben). Die Aufgabe des Gesetzgebers besteht mithin darin, „Probleme mit dem Wettbewerb“ *vis-à-vis* gesundheitspolitischer Zielvorstellungen in den Griff zu bekommen. Ferner fällt im Unterschied zu den *europäischen* Staaten auf, daß dem Preiswettbewerb auch im Gesund-

---

4 Ebenso gegebenenfalls bei Sachleistungstarifen, soweit mehrere Vertragspartner zur Verfügung stehen.

heitswesen jedenfalls grundsätzlich (eher) Kostensenkungspotential beigemessen und er deswegen für das Gesundheitswesen verträglich realisiert wird.

### b) Ansatzpunkte für Wettbewerbselemente

Wenn Wettbewerb eingesetzt wird, welche Wettbewerbsparameter spielen dann eine zentrale Rolle? Für welche Parameter in welchen der untersuchten Wettbewerbsverhältnissen werden Anreizstrukturen geschaffen und genutzt?

Bezogen auf die Akteure läßt sich grob skizziert sagen, daß unmittelbar verhaltensbezogene Anreize für Wahlentscheidungen in besonderer Weise beim wahlberechtigten Verbraucher ansetzen, während die Positionierung des Krankenhauses auf weitergehenden strategischen Entscheidungen basiert. Ein kooperatives Agieren von Krankenhaus und Versicherern hängt von spezifischer Konsensfindung im Vertragswettbewerb ab. Letzterer ist in den *USA* stärker ausgeprägt als in den *europäischen Ländern*.

Bezogen auf die Wettbewerbsparameter ist ebenso allgemein festzustellen, daß im Grunde bei allen hier wesentlichen Parametern wie dem Leistungs- und dem Versicherungsangebot, dem Versorgungszuschnitt, der Qualität und dem Preis mittels Wahloptionen angesetzt wird, wenngleich, je nach System, mit wesentlichen Unterschieden. Gestaltungsspielräume betreffend das Leistungs- und Versicherungsangebot sind in obligatorischen Systemen tendenziell anderer Art und restriktiver als in freiwilligen (privaten) oder in Zusatzversicherungssystemen. Weiterhin ist feststellbar, das der Preiswettbewerb in den *europäischen Ländern* – mit unterschiedlicher Nuancierung – als Wettbewerbsparameter relativ stark ausgeblendet wird.

#### aa) Verbraucherorientierte Anreize der Wahl des Krankenhauses und der krankenhausesbezogenen Wahl des Versicherers

Ausgehend vom Versicherten lassen sich in allen Ländern bedeutende Anreize sowohl für die Wahl des Krankenhauses als auch der Versicherung ausmachen. Bezogen auf die Krankenhausversorgung kommt es besonders darauf an, an welcher Stelle Anreize geschaffen werden. Soweit dem Verbraucher, wie etwa in *Deutschland* und der *Schweiz*, die Wahl des Krankenhauses möglich ist, wenngleich unter Aufbürdung des Mehrkostenrisikos im Verhältnis zur regional determinierten Überweisung, hat die Wahlentscheidung unmittelbar Einfluß auf Leistungs- und Mindestmengen (*Deutschland*) und das Vergütungsvolumen sowie gegebenenfalls auf Entwicklungen in Sachen Qualität, Spezialisierung und Case-Mix. Fusionskontrollentscheidungen in *Deutschland* zeigen, daß an die Wahlentscheidung des Verbrauchers zugunsten eines Krankenhauses wesentliche Erwartungen geknüpft werden; die Verbraucher werden dezidiert als „Nachfrager“ in einem existenten Absatzmarkt bezeichnet. In der *Schweiz* ist man dabei insoweit skeptischer, als meßbare Effekte eher in Richtung „Flucht“ in die verbreitete Zusatzversicherung gehen, um „echte“ Wahlfreiheit ohne Mehrkostenrisiko herzustellen.

len. Valide Studien über die Abweichung des Verbrauchers von der Einweisungsentscheidung des Arztes sind relativ rar, insbesondere in Bezug auf krankenhausindividuelle Motive. Weitergehend wahlberechtigt ist der in *Deutschland* PKV-Versicherte, ohne daß damit besondere Steuerungsansätze verbunden sind. Die Relativität der Garantie der Wahlentscheidung auch in der *deutschen GKV* und im *Schweizer Obligatorium* allerdings ergibt sich daraus, daß für besondere Versorgungsmodelle das Wahlrecht des Versicherten in ebenso freier Selbstbindung wieder eingeschränkt werden kann. Mit anderen Worten: Auch die Zustimmung zur Einengung oder der Verzicht auf die Wahlentscheidung und damit die Zustimmung zur Patientensteuerung beruhen auf einer Wahlentscheidung. In diesem Zusammenhang kommen auch verbraucherbezogene krankenhausrelevante Anreize der Wahl der Versicherung ins Spiel. Wirklich krankenhausbezogen sind diese allerdings erst dann, wenn es dabei nicht nur um Tarifiereduktion, sondern darum geht, mit welchen Krankenhäusern bezogen auf welches durch Krankenhausbehandlung geprägte Versorgungsmodell der Versicherer Verträge geschlossen hat. Attraktive Verträge (etwa DMP, IV) existieren durchaus, indes ist die motivatorische Kausalität für die Wahl des Versicherers schwer quantifizierbar.

In den *Niederlanden* ist die Wahl des Krankenhauses seit der Reform deutlich stärker mit der privatvertraglichen Begründung des Versicherungsverhältnisses insgesamt verbunden. Auch dort geht es natürlich um Kosten und Mehrkosten, denn einer privat gezahlten Behandlung in einem frei gewählten Krankenhaus steht rechtlich nichts entgegen. Der Kern des Problems allerdings liegt in der großzügigen Gestattung privatversicherungsvertraglicher Steuerung der Wahlentscheidung bis hin zu deren Reduktion auf ein Haus. Unterschieden wird zwischen Sachleistungspolicen, bei denen die Wahl auf dasjenige Haus oder diejenigen Häuser beschränkt wird, mit dem bzw. denen der Versicherer Verträge abgeschlossen hat, und Kostenerstattungspolicen, die das Wahlrecht des Versicherten in umfassender Weise aufrechterhalten. Als „Zwischenform“ kann die Auswahl unter bevorzugten Dienstleistern vorgesehen werden, und in ähnlicher Form sind „preferred provider“-Modelle auch in *schweizerischen* Integrationsmodellen und in den *USA* ohnehin bekannt. Gerade die Managed-Care-Modelle in den *USA* sind schließlich traditionell Ausdruck dessen, daß erstens die Grundsätze der Wahl des Krankenhauses zuvorderst dem jeweiligen Versicherungsplan entspringen und diese zweitens stets mit der im Grunde zulässigen Einweisungssteuerung der Patienten eng verbunden und somit vielfach eingeschränkt sind.

## bb) Ansatzpunkte im Verhältnis der Kostenträger zu den Krankenhäusern

Damit ist schon das *Verhältnis zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern* angesprochen. Insofern liefern die Länderstudien Aufschluß darüber, wo Probleme gesehen werden. In den *USA* wird Vertragsfreiheit in der Beziehung zwischen *HMOs* und Leistungserbringern einschließlich Krankenhäusern, die sogar Eigentümer von *HMOs* sein können, vorausgesetzt. Ausgehend davon werden Korrekturbedürfnisse durch Regulierung diskutiert. Wahloptionen in Form von Abschlußfreiheit (Auswahl der Netzwerk-

partner) und Gestaltungsfreiheit (Versorgungszuschnitt, Zugangsvoraussetzung für die Patienten) sind im Grunde weit reichend und erfassen alle Wettbewerbsparameter. Sie sind gleichwohl keineswegs frei von Regulierung und Kontrolle (dazu II.2.c.). In der *Schweiz* hat man sich jüngst dazu entschieden, die im Verhältnis der Spitäler zu den Versicherern noch vorherrschenden Freiheiten der Tarifgestaltung zukünftig zugunsten *schweizweit* einheitlicher Vergütungsstrukturen und damit der Beförderung des Wettbewerbs durch andere Parameter einzuengen. Im übrigen existieren Vertragsschlußmöglichkeiten zur Bildung von Netzwerkpartnerschaften besonderer Versorgungs- und Integrationsmodelle (noch) ohne dezidierte Vorgaben durch das KVG. Letzteres stellt sich in *Deutschland* anders dar. Das Vordringen des Selektivvertragsprinzips und damit verbundener Vertragsfreiheiten („Vertragskonkurrenz“, „Konkurrenz der Versorgungsformen“) bricht sich im Sozialversicherungsrecht Bahn. In unterschiedlicher Ausrichtung erfaßt es zum Teil das Angebot bzw. die Leistungsberechtigung, den Versorgungszuschnitt, die Qualitätssicherung und den Preis, speziell für besondere Versorgungsformen. Der Preis für die allgemeine Krankenhausversorgung hingegen ist einzelvertraglich grundsätzlich nicht zwischen Krankenkasse und Krankenhaus verhandelbar. In den *Niederlanden* hingegen wird eine bestimmte Quote an DRG (*DBC*) selektiven Vergütungsverhandlungen überantwortet. Dieser Bereich wurde jüngst von 10% auf 20% und wird alsbald auf 34% ausgedehnt. Soweit Verträge auf die „*transmurale*“ Versorgung, d.h. die Überwindung der Sektorengrenzen, abzielen, muß darauf hingewiesen werden, das es bei diesen vor allen Dingen um Integration der haus- und der bei den Krankenhäusern angesiedelten fachärztlichen Versorgung geht.

### cc) Wettbewerb zwischen Versicherern und Wettbewerb zwischen Krankenhäusern

Vor dem Hintergrund der vorstehend beschriebenen Anreizstrukturen werden zwei Märkte im eigentlichen Sinne erkennbar: der Krankenhaus- und der Versicherungsmarkt, jeweils im Sinne unmittelbarer Konkurrenz zwischen Versicherern einerseits sowie zwischen Krankenhäusern andererseits. Wettbewerbsanreize ergeben sich hier insbesondere mittelbar, nämlich als Folge der verbraucherorientierten Anreize, weil Versicherte per Wahlentscheidung über die Leistung des Krankenhauses bzw. krankenhausesbezogener Versicherungskonzepte „abstimmen“.

#### (1) Versicherer

Auf die Krankenhausversorgung bezogen werden den Versicherern Wahlentscheidungen dahingehend eröffnet, ob sie Krankenhauszusatzversicherungen vermitteln (*Deutschland, GKV*) oder anbieten (*Niederlande, Schweiz, Deutschland [PKV]*) bzw. Wahltarife (*Deutschland, GKV*) oder besondere Selbstbehalte für die stationäre Versorgung (*alle Länder, obligatorische Versicherung*) offerieren. Als Ergänzung zur obligatorischen Sicherung existiert sowohl in den *Niederlanden* als auch – teilweise – in der *Schweiz* ein „interaktiver“ Zusatzversicherungsmarkt, einmal ausgehend von privaten,

einmal von sozialen Versicherern. In der *Schweiz* ist es überdies möglich, daß sich umgekehrt private Versicherungsunternehmen „zusätzlich“ als soziale Krankenversicherer nach dem KVG betätigen können; diese Option wird in der Praxis allerdings nicht genutzt. In *Deutschland* steht der Zusatzversicherungsmarkt traditionell den privaten Versicherern offen. Der – umstrittene – Wahltarif „stationäre Versorgung“ mit Chefarztbehandlung und Zweitbettzimmer in der *GKV* allerdings ist Ausdruck einer zunehmenden Konvergenz der Systeme *GKV* und *PKV*.

So umfänglich die Diversifikation des Versicherungsangebots selbst in obligatorischen Systemen vorankam, so wenig eindeutig ist, inwieweit Versicherte Wahlentscheidungen gerade bezogen auf besondere Angebote zur Krankenhausversorgung stützen. Absehen von dem genannten Wahltarif betreffen Selbstbehalte meist ambulante und stationäre Versorgung gemeinsam; in den *USA* sind exklusiv auf die Krankenhausbehandlung zugeschnittene Selbstbehalttarife weit stärker verbreitet. Unter Umständen sind spezifische Differenzierungen zwischen Selbsthalten für die ambulante und die stationäre Versorgung ausschlaggebend. Den Versicherern steht es frei, im Zuge (tarifärer) Binnendifferenzierung mehrere Angebote vorzuhalten und den Versicherten an ein Angebot zu binden oder einen Wechsel anzuregen.

Soweit die Attraktivität des Versicherers einem krankenhausbezogenen Versorgungsmodell folgt, das der Versicherer mit einem Krankenhaus in Wahrnehmung entsprechender Gestaltungsfreiheit ausgehandelt hat, sei auf die Ausführungen in den Unterkapiteln II.2.b.aa. und II.2.b.bb. verwiesen. Neben der Inhaltsgestaltung kommt hier ebenso der Wahl eines leistungsstarken Krankenhauses als Vertragspartner zentrale Bedeutung zu.

## (2) Krankenhäuser

Der letztgenannte Aspekt betrifft naturgemäß auch den Wettbewerb zwischen Krankenhäusern. Soweit der Versicherte im Rahmen eines Versorgungsmodells an ein vertragsschließendes Krankenhaus gebunden ist, muß das Krankenhaus besonders an der Auswahl eines vergütungsbezogen leistungs- und versichertenstarken Versicherers interessiert sein.

Inwieweit es für den Erfolg des Krankenhauses auf solche Verträge, etwa für die reine Privatklinik, überhaupt ankommt und inwieweit Vertragsbeziehungen Restriktionen unterworfen sind, hängt von der systemrelevanten Ausrichtung des Krankenhauses ab (vgl. unter II.1.a.aa.). Auf die dort bereits diskutierten grundlegenden Wahlentscheidungen und -möglichkeiten des Trägers wird verwiesen. Dazu kommt die Möglichkeit, daß Krankenhäuser von den verstärkt vorgesehenen Befugnissen zur ambulanten Versorgung Gebrauch machen.

Auch innerhalb der einmal getroffenen und erfolgreich verwirklichten Grundentscheidung, an einer Sozialversicherung, z.B. als *Plankrankenhaus* oder als *Listenspital*, teilzunehmen, ist der Träger des Krankenhauses in der Lage, über die Rechtsform, Vernetzung und Zentrenbildung, Outsourcing etc. zu entscheiden und damit den Rahmen

für sein Handeln wesentlich zu beeinflussen. Das *deutsche* Krankenhaus kann als Träger eines *Medizinischen Versorgungszentrums* oder das *US-amerikanische* als Eigentümer einer *HMO* die Einweisungssteuerung der Patienten vorgeben bzw. mittelbar mitbestimmen.

Der Wettbewerb zwischen Krankenhäusern ist überdies ebenso Antrieb wie Folge zum Teil intendierter, zum Teil kritisch verfolgter Spezialisierung (vgl. zu *US-amerikanischen SSHs* und *ASCs* oben); diese führt zu einem zunehmenden Konzentrations- und Fusionswettbewerb.

Von Bedeutung sind schließlich dem Wettbewerb immanente Begleitrechte wie Werbung (vgl. dazu insbesondere *Deutschland*), die im Zeichen der Lockerung berufsrechtlicher Restriktionen bzw. der Betonung der Unternehmenseigenschaft des Krankenhauses größeres Gewicht erhalten.

### c) Regulatorische Begrenzung von Wahlmöglichkeiten

Der Einsatz wettbewerblicher Elemente durch Wahlentscheidungen in der Krankenhausversorgung ist vielfach begrenzt. Anders als in den *USA* und dem dort allgemein vorherrschenden Ansatz des „gelenkten Wettbewerbs“ geht es hier für die *europäischen Länder* zunächst (noch) gar nicht um – weiter reichende – Fragen der Begrenzung (von außen) bzw. um die Wettbewerbskontrolle, sondern darum, in welchem Umfang und zu welchen Konditionen Wahlrechte *überhaupt* eingeführt und zugelassen werden.

Mehrfach wurde betont, daß im *europäischen*, fast vorwiegend sachleistungsgeprägten System vielfach keine Preisfreiheit herrsche. Dennoch ist das Bild uneinheitlich. Teilweise wird die preisbezogene Kontrahierungsfreiheit zunehmend wieder eingeführt (*Niederlande*), überwiegend aber bestehen Tendenzen fortschreitender Vereinheitlichung und damit der Preisregulierung (*Deutschland*, zukünftig: *Schweiz*), um einheitliche Wettbewerbsgrundlagen zu schaffen bzw. Wettbewerb über andere Parameter abzubilden. Für *Deutschland* wird dies wenigstens dadurch relativiert, daß allgemeine Krankenhausleistungen im Rahmen der Integrationsversorgung nun nicht mehr Bestandteil des Krankenhauserlösbudgets nach KHEntgG sind.

Im Gegensatz zu den *Niederlanden* und den *USA* wurde für die *Schweiz* und *Deutschland* auf die Verflechtung des Rechts zur Wahl des Krankenhauses mit regionalen bzw. kantonalen Planungsentscheidungen hingewiesen. Mit anderen Worten: Das Wahlrecht soll nur insoweit bestehen, als dies im Einklang mit vorausgehenden Planungsentscheidungen steht und nicht zu Mehrkosten führt. Jedenfalls bezogen auf den angestrebten Qualitätswettbewerb ist dies nicht nur inkonsequent, sondern es werden auch regional bedingte „Mehrkosten“ aufgebürdet, die – wäre der Versicherte entsprechend anderweitig ansässig – naturgemäß von der Versicherung erfaßt würden. Ungeachtet zunehmender Konvergenz der Preise führt dies neben anderen Gründen dazu, daß nach der für beide Länder vertretenen Auffassung nur von „unvollkommenen“, nicht aber von echten Wahlrechten gesprochen werden kann.

Auch Qualität wird angesichts der Dominanz gesetzlicher Regulative nur bedingt dem Wettbewerb überantwortet. Der Erfolg selektiver Qualitäts- und Qualitätssicherungsvereinbarungen, Behandlungsleitpfade und struktureller Organisationsentscheidungen muß sich in *Deutschland* zwingend auch am Absatz der Leistungsmenge messen lassen. Werden die vom Gemeinsamen Bundesausschuß zur Qualitätssicherung planbarer Leistungen festgesetzten Mindestmengen unterschritten, ist eine Abrechnung zu Lasten der *GKV* nicht möglich. Ungeachtet dessen stehen die Häuser vor der Wahl, offensiv mit Qualitätsinformationen umzugehen und sich um zusätzliche qualitätsbezogene Akkreditierungen zu bemühen (*Niederlande*). Der Akkreditierung folgt das Recht, damit zu werben.

#### d) Zur Erfolgswirksamkeit wettbewerblicher Instrumente

Aussagen darüber, inwieweit die mit dem Einsatz wettbewerblicher Konzepte verfolgten Ziele und Erwartungen tatsächlich eingetreten sind, lassen sich nur mit besonderer Vorsicht treffen. Gemäß der primär am öffentlichen Interesse (siehe oben) ausgerichteten Ziele und Erwartungen des Gesetzgebers unterscheidet sich dessen Bewertung naturgemäß oft von derjenigen der Leistungserbringer. Die Diskrepanz wird vielfach beim regulierten Preisrecht (mit *fixen* Fallpauschalen) sichtbar, das seitens des Normgebers als Erfolg im Sinne der Schaffung anreizfördernder gleicher Wettbewerbsgrundlagen gewertet wird. Leistungserbringer hingegen empfinden diese „Wettbewerbsgrundlagen“ vielfach zumindest dann als Wettbewerbshemmnis, wenn DRG-Bewertungen nicht verhandelbar sind. Daß von *fixen* Vergütungsstrukturen ein derartiger positiver Ansporn ausginge, um sich dem Wettbewerb auf anderen Felder zu stellen, ist kaum erkennbar; vielmehr wird die dahingehende Intention des Gesetzgebers als gelenkter Zwang wahrgenommen.

#### aa) Preisstabilität und Kostenkontrolle

Preisstabilität ist danach häufig das Ergebnis der Regulierung, nicht des Wettbewerbs. Im übrigen ist mit der Preis- noch nichts über die Kostenstabilität ausgesagt. Die *europäischen Länder* mußten trotz Einführung wettbewerbsorientierter Reformen jenseits der Preisregulierung weiterhin die Erfahrung machen, daß die Kosten (u.a. bedingt durch den medizinischen Fortschritt) gestiegen sind. Dies gilt freilich auch für andere Sozialleistungsbereiche, und auch dort, wo Preise weitergehend verhandelbar sind (*USA, vormals Schweiz*), sind Kosten (und Preise) gestiegen. Mit besonderem Interesse wird angesichts dessen zu verfolgen sein, welche Auswirkungen die partielle, zunehmende Freigabe einer Quote spezifischer *DBC* in den *Niederlanden* auf Preisentwicklung und Kostenstabilität haben wird. Aus ökonomischer Warte wurde berichtet, daß in den Anfangsjahren der nominelle Preisanstieg im verhandelbaren B-Segment deutlich

geringer ausfiel als im fixen A-Segment, ohne daß daraus auf allgemeine Entwicklungstendenzen geschlossen werden könnte.

Etwas anders stellt sich die Situation im Hinblick auf die Beurteilung selektivvertraglicher Wahlentscheidungen in Integrationsversorgungsmodellen, speziell am Beispiel *Deutschlands* dar. Dort sind im Rahmen von Budgetverantwortung und (begrenzter) Preisfreiheit vereinzelt innovative Vergütungsstrukturen entwickelt worden, selbst wenn diese bis zur Reform durch das *KHRG* zunächst nur Integrationsleistungen außerhalb des Erlösbudgets nach dem *KHEntgG* betrafen. Überhaupt brach sich der Erfolg der *Integrierten Versorgung* nur langsam Bahn, ging es den Akteuren zunächst doch vielfach darum, mit qualitativ schlechten bzw. minimal „integrativen“ Verträgen Mittel der Anschubfinanzierung zu akquirieren. Dies änderte sich erst schrittweise, auch im Gefolge gesetzgeberischen Nachsteuerns. Gemessen an den Leistungsausgaben der GKV ist der Erfolg dieser Vertragsformen zwar noch als gering zu bezeichnen. Gemessen an der Weiterentwicklung des medizinisch-qualitativen und organisatorischen Versorgungsmanagements indes sind innovative Versorgungsmodelle auf dem Vormarsch, und in gewissen Bereichen wie der Endoprothetik und der DMP werden verbreitete Standards gesetzt. Die Idee der Vertragskonkurrenz findet sich etwa darin wieder, daß DMP mittels verschiedener Selektivvertragstypen umgesetzt werden.

## bb) Schaffung kooperativer Versorgungsstrukturen

Die der Kostenreduktion und Qualitätssteigerung dienende Überwindung von Schnittstellenproblemen rückt ins Zentrum und gelingt zunehmend. Transssektorale Netzwerke und Kooperationen sind in den *europäischen Ländern* auf dem Vormarsch; zuerst begann man damit in der *Schweiz*. In den *USA* sind sie ohnehin seit längerem bekannt. Krankenhäuser werden zunehmend eingebunden und ihre Managementkapazitäten genutzt. Die Versorgung chronisch Kranker rückt in den Vordergrund. In den *Niederlanden* mit den *selbständigen Behandlungszentren* und in *Deutschland* mit *MVZ* werden zudem Strukturen befördert, die mittelbare Konkurrenzverhältnisse zwischen ambulanten und stationären Leistungserbringern hervorrufen, mit dem Trend zur Spezialisierung. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Krankenhäuser *selbständige Behandlungszentren* oder *MVZ* betreiben und somit Patientenströme steuern. Weitergehend wird in den *Niederlanden* der Einfluß der Behandlungszentren auf die Qualität und das Angebot der Allgemeinkrankenhäuser erkannt, auch im Hinblick darauf, daß sich die (zukünftige) Rolle dieser Zentren im Hinblick ein mögliches Vordringen in den stationären Bereich noch herausbilden wird. Der direkte Wettbewerb baut ferner darauf auf, daß die *niederländische* ambulante fachärztliche Versorgung bei den Krankenhäusern angesiedelt ist.

### cc) Allgemeiner Versicherungsschutz

Mittels effektiver Wahlrechte der Versicherten haben die *europäischen* Gesetzgeber schließlich erfolgreich „Entsolidarisierungstendenzen“ entgegen gewirkt, d.h. im Obligatorium (*Schweiz*) bzw. der Basisversicherung (*Niederlande*) eine Risikoselektion, gemessen an Tarif und Aufnahme, ausgeschlossen. Diesem Erfolg zugunsten der Versicherten steht freilich die Aufnahmepflicht (*Deutschland, Schweiz*) bzw. der Abschlußzwang (*Niederlande*) seitens der Versicherer gegenüber. Die *USA* sehen nach wie vor keine vergleichbare *Wahlpflicht* für alle Einwohner vor.

### dd) Wahlverhalten und Informationsangebot

Die in den *Niederlanden* im Jahr 2006 vollzogene Reform weist eine zu Beginn durchaus veritable Verbrauchermobilität von 18 Prozent Wechslern aus. Allerdings fiel diese in den Folgejahren auf einen niedrigen einstelligen Prozentwert. Im übrigen gilt für *alle Länder*, daß sich bezogen auf das Versicherungsverhältnis zwar Anreize auch aus krankenhausspezifischen Versorgungsmodellen ergeben, daß hingegen im Grunde nicht empirisch belegt werden kann, inwieweit dies die (ohnehin geringe) Wahl- oder Wechselentscheidung beeinflusst.

Dieses insgesamt existente, mangels aussagefähiger Studien zum Teil jedoch auch nur vermutete Informationsdefizit besteht auch im Hinblick auf die Wahrnehmung der Rechte zur Wahl des Krankenhauses, soweit diese nicht ohnehin durch *Managed Care* oder Sachleistungsverträge eingeschränkt sind. Doch immerhin lassen sich auch auf teilweise defizitärer Informationsgrundlage oder singulärer Motive Entscheidungen treffen. Untersuchungen in *Deutschland* deuten an, daß möglicherweise ein Drittel der *GKV*-Patienten weitgehend autonom das Krankenhaus wählt, und sei es in Übereinstimmung mit der Einweisungsentscheidung des Arztes.

Die seitens der Reformgesetzgeber intendierte Transparenz konnte nur zum Teil gesteigert werden, und es steht zu vermuten, daß die Informationsasymmetrie in einem erheblichen Umfang grundsätzlich kaum zu beseitigen ist. Immerhin wird sie in kleinen Schritten dadurch abgebaut, daß Informationsmöglichkeiten durch (obligatorische) Qualitätsberichte (*Deutschland, Niederlande, Schweiz*) und (Optionen der) Akkreditierung (*USA, Niederlande*) sowie jeweils durch Möglichkeiten zur Werbung zugenommen haben.

Für die *USA* wäre die „Erfolgsmessung“ in gewisser Weise in umgekehrter Richtung vorzunehmen. Hier wäre zu fragen: Wo hat der auch im Gesundheitswesen grundsätzlich vorherrschende Wettbewerb nicht zu Problemen geführt, die sich gerade zu Lasten allgemeiner Gesundheitsversorgung auswirken? Die Diskussion kapriziert sich damit auf die an anderer Stelle diskutierte bzw. noch zu erörternde Fragen der Regulierung bzw. der Wettbewerbskontrolle.

Weiter gehende Bewertungen lassen sich aus normativer Warte erst treffen, wenn das Zusammen- und Wechselspiel des Einsatzes der Wettbewerbsinstrumente mit Mechanismen der Regulierung und der Wettbewerbskontrolle berücksichtigt wird.

### 3. Fortentwicklung institutioneller und organisatorischer Strukturen

Die Implementierung wettbewerblicher Konzepte geht zumeist mit einer Änderung institutioneller und organisatorischer Strukturen einher. Diese sollen Wettbewerb nach den Vorstellungen jedenfalls des Gesetzgebers erst ermöglichen, sind jedoch oft auch Ausdruck notwendiger bzw. nachgeordneter Folgeregelungen, um später erkannte Hemmnisse und Ungleichgewichte zu beseitigen. Insoweit erfolgt die fortgesetzte Änderung institutioneller und organisatorischer Strukturen häufig erst im Nachgang zu grundlegenden wettbewerbsorientierten Entscheidungen. In Deutschland etwa kennzeichnet der Erlaß des GKV-OrgWG und weiterer Gesetze im Gefolge des GKV-WSG diesen markant zeitversetzten Entwicklungsprozeß.

#### a) Finanzierungsstrukturen

Von der Hinwendung zu einheitlichen Finanzierungsmodellen im Sinne der Schaffung einheitlicher Wettbewerbsgrundlagen war bereits mehrfach die Rede. Über die Implementierung (zukünftig) landeseinheitlicher DRG hinaus (*Schweiz*) ist für *Deutschland* weitergehend die Neuordnung der Finanzierungsströme zur Verteilung der beim Gesundheitsfonds eingehenden Beträge an die Krankenkassen zu betonen (Gesundheitsfonds mit RSA als integralem Bestandteil). Die vielfach als Zentralisierung kritisierte Vereinheitlichung zugunsten egalitärer Wettbewerbsgrundlagen zeugt von Konsequenz. Krankenkassen- und krankenhausesbezogen ist ferner die aus der Reform der Verbandsstrukturen resultierende Konzentration von Verhandlungsmacht zu erwähnen, nach der nunmehr der Spitzenverband Bund als Partner zur Vereinbarung von Fallpauschalen nach § 17b Abs. 2 KHG agiert. Schließlich liegen auf der Linie der Vereinheitlichungstendenzen zukünftig mögliche Investitionspauschalen, sofern sie sich an bundeseinheitlichen Investitionsbewertungsrelationen ausrichten, wenngleich über die wettbewerbliche Orientierung mit diesem Schritt in Richtung Monistik noch wenig ausgesagt ist.

Umgekehrt ist in den *Niederlanden* der Abbau von Budgetgrenzen und kontrollierten Höchsttarifen zu erkennen, wenn im B-Segment der DBC mehr und mehr frei verhandelt wird. Damit korrespondieren die Einbindung in neu geschaffene Kontrollstrukturen (dazu unter II.3.c.) und der (weniger institutionalisierte) Aufbau von Verhandlungsstrukturen. Hervorzuheben ist ferner das in Teilen intendierte Zurückweichen des Staates aus der Krankenhausplanung, allerdings zugleich über den Weg neuerlicher Konzentration der Planbefugnisse beim Gesundheitsminister zu Lasten der im Ergebnis unverbindlich beteiligten Provinzen.

In den *USA* wird, bezogen auf den Versicherungsmarkt, eine Veränderung der Finanzierungsstrukturen in Richtung zunehmender Diversifikation, insbesondere durch verstärkte Orientierung an höheren Selbsthalten, erwartet. Andererseits wird ebenso angenommen, daß die zur Regulierung des Versicherungsvertragswettbewerbs angelegten Reformen angesichts wachsender Zahlen von Rentenempfängern an Bedeutung verlieren und die privaten Systeme immer stärker unter den Einfluß staatlicher Versicherungssysteme geraten.

### *b) Trägerstrukturen (Leistungserbringer und Versicherer)*

Bezogen auf die Leistungserbringer wurden zwei wesentliche Aspekte bereits hervorgehoben: Erstens, daß im Gefolge der Netzwerkpartnerschaften und des Konzentrations- und Spezialisierungswettbewerbs neue Organisationsformen entstanden sind, die in den Gesundheitssystemen (*Schweiz*, MVZ in *Deutschland*) ausdrücklich verankert bzw. anerkannt wurden (selbständige Behandlungszentren in den *Niederlanden*, Spezialkliniken [*SSHs*] sowie Zentren für ambulante Chirurgie [*ASCs*] in den *USA*). Zweitens, daß und welche organisationsrelevanten Grundstrukturen über den Marktzutritt entscheiden; siehe II.1.a.).

Innerhalb der Binnenorganisation der Krankenhäuser ist ein Trend zur Privatisierung und auch zum Outsourcing festzustellen. Ungeachtet der rechtlichen Organisationsform werden Krankenhäuser mittlerweile in allen Ländern grundsätzlich als Unternehmen behandelt. Größere Diskussionen und Reformpläne sind indes mit Überlegungen zur Aufgabe der strukturellen Unterscheidungen zwischen gemeinnützigen bzw. *not for profit*- und gewinnorientierten Krankenhäusern verbunden, welche Folgen hinsichtlich der Finanzierung und der Versorgungsverpflichtungen haben. Diese liegt mitunter in der Konsequenz abnehmender Bedeutung der kategorialen Unterschiede durch das (jüngere) Recht selbst. Die Diskussion in den *Niederlanden* kursiert dabei um die „Rechtsform gesellschaftliches Unternehmen“, und in den *USA* wird prospektiv über Kombinationen aus ehemals profitorientierten Krankenhäusern und gemeinnützigen Krankenhäusern in Richtung neuer Krankenhaussysteme nachgedacht. Die entsprechenden Zusammenschlüsse sind länderübergreifend Ausdruck einer Strukturveränderung im Gefolge von Spezialisierungs- und Konzentrationsprozessen (*Schweiz*). Fusionswellen haben bereits eingesetzt (*Deutschland, Niederlande*), zuweilen werden sie – auch in Form von Kettenbildungen – noch erwartet (*weiterhin Niederlande, USA*).

In gleicher Weise vollziehen sich Konzentrationsprozesse bei den Versicherern, sowohl den öffentlichen bzw. sozialen wie auch den privaten. In *Deutschland* hat der massive Konzentrationsprozesse bei den gesetzlichen Krankenkassen nach Einführung des weit reichenden Kassenwahlrechts in jüngster Zeit nochmals einen erheblichen Schub erhalten. Dies hat neben der Einführung des Gesundheitsfonds und der Besorgnis, (gegebenenfalls als erste Kasse) einen Zusatzbeitrag erheben zu müssen, auch mit der Ein-

führung der Insolvenzfähigkeit und der ab dem Jahre 2010 (nur partiell modifizierten) Geltung des Insolvenzrechts für alle Krankenkassen zu tun.

In *allen Ländern* sind die Träger weiterhin zunehmend mit der Errichtung effektiver Managementstrukturen befaßt, und zwar nicht nur in eigenen Angelegenheiten, sondern – wie eingehend untersucht – im Bereich des Leistungs(erbringungs)managements, auch und gerade bezogen auf die allgemeine Krankenhausversorgung.

Ein besonders interessanter Aspekt schließlich liegt in der strukturellen Konvergenz obligatorischer und privater (Zusatzversicherungs-)Systeme insoweit, als in der *Schweiz* die sozialen und in den *Niederlanden* dieselben privaten Basisversicherer auch Zusatzversicherungen anbieten dürfen. Das führt nicht nur zu dem Bedürfnis und der Verpflichtung, nach unterschiedlichen Grundsätzen zu wirtschaften, sondern auch zu Geboten struktureller Trennung wie etwa Koppelungsverboten (*Niederlanden*) oder dem Verbot, gesetzlich-obligatorische Selbstbehalte zusätzlich zu versichern (*Schweiz*). In *Deutschland* dürfen private Zusatzversicherungen, insbesondere zur besonderen stationären Versorgung, von den gesetzlichen Krankenkassen nur vermittelt werden, und wo ein spezifischer Leistungszuschnitt bei stationärer Versorgung mit Wahltarifen verbunden ist, regt sich erheblicher Widerstand mit der Berufung auf eine unzulässige Konvergenz der Systeme.

### c) Wettbewerbsrecht und -kontrolle im Krankenhaus- und Gesundheitswesen

Die zunehmende wettbewerbliche Ausrichtung des Gesundheitswesens und die dabei wahrgenommenen Spannungen zwischen Wettbewerb und Regulierung sind in besonderer Weise mit den Fragen nach der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts und der Errichtung bzw. dem Einsatz effektiver Kontrollstrukturen verbunden. Hierbei ist danach zu differenzieren, welche Wettbewerbsverhältnisse den Gegenstand der Betrachtung bilden.

#### aa) Krankenhauswettbewerb

Bezogen auf das Wettbewerbsverhältnis der Krankenhäuser untereinander hat sich die Anwendung des Wettbewerbsrechts gerade im Zuge wettbewerbsorientierter Reformen mittlerweile durchgesetzt. Eines ausdrücklichen Anwendungsbefehls bedurfte es dabei im Grunde nicht, vielmehr hat sich – wie in den *Niederlanden* – die Auffassung Bahn gebrochen, daß die Krankenhäuser nunmehr als wirtschaftlich handelnde Unternehmen agieren und deshalb – im Grundsatz nach allgemeinen Regeln – dem Wettbewerbs- und Kartellrecht unterfallen. In der *Schweiz* spielte der mittelbare Einfluß des EG-Rechts eine zentrale Rolle, so daß in Abkehr vom formalen und nach Hinwendung zum funktionalen Unternehmensbegriff auch öffentliche Spitäler als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten.

Das Wettbewerbs- bzw. Kartellrecht erfaßt grundsätzlich auch Krankenhausfusionen. Doch gerade dieses Beispiel zeigt – *pars pro toto* –, daß sich das „Hineinwachsen“ der wettbewerblichen (Konzentrations-)Aktivitäten in den Anwendungsbereich des Wettbewerbs weder automatisch noch vollumfänglich vollzogen hat, und es gibt darüber hinaus Aufschluß über die rechtssystematische Vermittlung der Geltung des Wettbewerbs- und Kartellrechts. So wird für die *Schweiz* davon ausgegangen, daß öffentliche Spitäler (d.h. die ungeachtet der Rechtsträgerschaft und Wahl der Gesellschaftsform durch das Betreiben in öffentlicher Hand finanziell bevorteilten Häuser) nicht automatisch dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes unterliegen. Denn dieses kennt auch den Vorbehalt kantonaler Normen, der bereits insoweit zum Tragen kommt, als sich Fusionen auf gesetzlicher Grundlage vollziehen bzw. Gesundheitsgesetze Vorschriften über die Wirtschaftlichkeit öffentlichen Handelns enthalten. Bezogen auf den wettbewerbsrechtlichen Rahmen bedeutet dies indes nicht, daß ganze Regelungswerke automatisch das KG ausschließen können. Deshalb ist immer im Einzelfall anhand der jeweiligen Norm auszulegen, ob der Gesetzgeber wettbewerbswidriges Verhalten unter Vorbehalt gestellt hat. Im Zusammenspiel dieser Erwägungen hat schon die Wettbewerbskommission eine grundsätzliche marktbeherrschende Stellung von Kantonsspitalern abgelehnt.

Soweit Krankenhausfusionen nicht ausschließlich das Verhältnis der Krankenhäuser zueinander betreffen, sondern auch die (Gewährleistung der) Versorgung als öffentliche Aufgabe jedenfalls tangierten, mußte sich die Anwendbarkeit des Kartellrechts in *Deutschland* im Zeichen der Auslegung der § 69 SGB V erst höchstrichterlich Bahn brechen. Von der Fusionskontrolle sind grundsätzlich auch öffentliche Häuser erfaßt, die in privater Rechtsform betrieben werden können.

In den *USA* wurde der frühe Konzentrationsprozeß, gestützt auf empirische Untersuchungen, für Effizienzsteigerungen verantwortlich gemacht. Dennoch kam es nach Maßgabe des *Sherman Act* und des *Clayton Act* verstärkt zur Fusionskontrolle, und die Anwendung der Bestimmungen folgt traditionell dem Verständnis vom Schutz des Wettbewerbs. Auch dabei gibt es indes „Bereichsausnahmen“, wie im *Health Care Statement* von der *Federal Trade Commission* niedergelegt: Bestimmte Arten von Krankenhauskonsolidierungen und -fusionen sind danach als gleichsam in einer „Sicherheitszone“ befindlich geschützt. Dies betrifft (sehr) kleine allgemeine Krankenhäuser der Akutversorgung selbst im Hinblick auf eine nachweisbar wesentliche Effizienzsteigerung. Erneut ist der institutionelle Status des Hauses (gewinnorientiert bzw. gemeinnützig) ungeachtet zum Teil wohlwollender Betrachtung der gemeinnützigen Einrichtungen nicht entscheidend. Praktische Probleme bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts ergeben sich aus der Rolle von Bund und Staaten als Nachfragern.

## bb) Versicherungswettbewerb

Beim Wettbewerb der Versicherer rücken zunehmend Zusatzversicherungen in den Vordergrund. Interessant sind die Beispiele *Niederlande* und *Schweiz*, soweit dort Ver-

sicherer sowohl im Rahmen der verpflichtenden Basisversicherung bzw. des Obligatoriums als auch auf dem Zusatzversicherungsmarkt tätig sind. Für beide Felder gelten jeweils unterschiedliche Regelungseinheiten. Agieren die *niederländischen* (privaten) Versicherer im Rahmen der Basisversicherung, wenngleich auf privatvertraglicher Grundlage, so ist der Wettbewerb dort in weitem Rahmen durch Überlagerung des Vertragsrechtsregimes nach Maßgabe sozialrechtlicher Vorschriften ausgeschlossen (Kontrahierungszwang, Verbot der Risikoselektion, Koppelungsverbote etc.), anders als im Bereich der Zusatzversicherung. Das *Schweizer* Modell geht, im Ergebnis ähnlich, umgekehrt von sozialrechtlichen Sicherungen aus, die mit wettbewerbsrechtlichen Elementen wie Beitragswettbewerb, Franchisen, Selbstbehalten etc. angereichert sind. Im Obligatorium gilt der Vorbehalt des Krankenversicherungsrechts, der die automatische Anwendung des Kartellrechts grundsätzlich ausschließt. Im Bereich der Zusatzversicherung schützt dieser die dort ebenfalls agierenden sozialen Krankenkassen nicht; Wettbewerbsverstöße ahndet die Wettbewerbskommission. In beiden Ländern gelten die *Versicherer*, d.h. in der *Schweiz* einschließlich der sozialen Versicherer, als Unternehmen.

In *Deutschland* ist dies grundsätzlich anders. Nach der Grundentscheidung des nationalen Gesetzgebers sind Krankenkassen keine Unternehmen, ungeachtet der Vermittlung *entsprechender* Geltung des Wettbewerbs- und Kartellrechts durch § 69 SGB V in zentralen Bereichen. Die jüngere Revision dieser Vorschrift läßt etliche praktische Probleme ungelöst und vermag die vor allen Dingen nach europäischem Recht (ausnahmsweise) vorzunehmende Qualifikation als Unternehmen nicht auszuschließen. Auch die – nach wie vor zugunsten der Aufsichtsbehörden zu entscheidende – Diskussion über die Zuständigkeit über Vereinigungen bzw. „Zusammenschlüsse“ ist Ausdruck der Kontroverse über die Rolle der Krankenkassen im solidarischen Wettbewerb; die Aufsichtsbehörden sind überdies zuständig zur Überwachung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Träger im solidarischen Wettbewerb, auch etwa bezogen auf Wahltarife zur stationären Versorgung.

Demgegenüber ist für Fusionen zwischen Versicherern in den *Niederlanden* gerade nicht die im Zuge der jüngeren Krankenversicherungsreform auf der Grundlage des neuen Gesetzes zur „Marktordnung im Bereich des Gesundheitswesens“ eigens geschaffene Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* zuständig, sondern die traditionelle Wettbewerbsbehörde *NMa*. Bei anderen nach Maßgabe sozialrechtlicher Beschränkungen „wettbewerbswidrigen“ Verhaltensweisen hingegen, etwa Verstößen gegen das Koppelungsverbot, der Verknüpfung des Abschlusses einer Basis- mit dem einer Zusatzversicherung, ist zuständigkeitshalber die Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* eingeschritten.

Dennoch folgt die Zweispurigkeit des Kontrollsystems in den *Niederlanden* nicht immer einer strikten Trennung, und die Tätigkeiten der Behörden ergänzen sich. So wird die Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* oftmals im Vorfeld einer Rechtsverletzung aktiv, welche dann die Wettbewerbsbehörde *NMa* als klassische Wettbewerbs-

und Kartellverstöße verfolgt. Die Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* äußerte sich etwa zur Konzentration des Versicherungsmarktes infolge des Zusammenschlusses von 33 Versicherungsunternehmen zu 14 Konzernen. Der Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* obliegt neben der Beobachtung der Marktentwicklung und der Aufsicht über die Ausführung des Krankenversicherungsgesetzes die „Tarif und Preisüberwachung“, vorwiegend mit Kontrollfunktion im obligatorischen A- und Beobachtungsfunktion im verhandelbaren B-Segment.

Bezogen auf das Verhältnis Verbraucher-Versicherung schließlich existiert auch in den *USA* eine umfängliche, vorwiegend einzelstaatliche Regulierung (betreffend die Natur der Versicherungsverträge, den Versicherungsumfang und Rechtsschutz). Sie wird die in gewissem Umfang durch Gesetze des Bundes flankiert, die sich mit dem Leistungsumfang, mit Karenzzeiten und mit der Berücksichtigungsfähigkeit von Vorerkrankungen befassen (vgl. im Übrigen unten).

### cc) Wettbewerbsrelevante Vertragsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Versicherern

Die *niederländische* Gesundheitswettbewerbsbehörde *NZa* ist in den tarifären Vertragsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Versicherern in ähnlicher Weise „Preisüberwacher“ wie die gleichnamige Behörde nach dem *Schweizer* KVG. Der *Schweizer* Preisüberwacher ist eigenständige Wettbewerbsbehörde, der Verstöße nach dem PüG, nicht dem Kartellgesetz verfolgt. Neben der Zuständigkeit für die Prämiengestaltung im vorstehend beschriebenen Versicherungsmarkt kommt ihm im Rahmen der Tarifverträge zur Vergütung von Krankenhausleistungen – da und soweit sie (noch) verhandelbar sind bzw. waren – besondere Bedeutung zu. Er überprüft die Wirtschaftlichkeit der Tarife, insbesondere Preisbildungsmissbrauch, und kann die Senkung des Preises ebenso beantragen wie den Verzicht auf die Erhöhung. Will der Kanton hiervon abweichen, hat er dies ausführlich zu begründen. Eine Nichtanhörung des Preisüberwachers führt zur Nichtigkeit des Tarifvertrages. Für sonstige Wettbewerbsverstöße ist die Wettbewerbskommission zuständig, für die Überwachung wettbewerblicher Elemente innerhalb des KVG das zuständige Bundesamt. In der *Schweiz* ist das Kontrollsystem damit systematisch zwei- und organisatorisch dreispurig.

Die Diskussion über den Grad des staatlichen Einflusses auf die Krankenkassen bestimmte in *Deutschland* die Streitfrage, ob diese als öffentliche Auftraggeber angesehen werden und deshalb Bestimmungen auch des Vergaberechts Anwendung finden. Mutete schon vor der jüngsten Revision des § 69 SGB V angesichts zunehmender unternehmerischer Krankenkassenstrukturen die Parallelität der Anwendung von Kartell- und Vergaberecht seltsam an, so wurde diese Ambiguität nunmehr „festgeschrieben“, wenngleich dadurch relativiert, daß es sich bei den zu prüfenden Selektivverträgen wie etwa denen über die IV in der Regel gerade nicht um öffentliche Aufträge handeln soll.

Für die *USA* wurde – inhaltsbezogen – der mittelbare Einfluss von *Medicare*, *Medicaid* und *SCHIP* auf Versorgungsverträge im Rahmen des *Managed Care* bereits herausgestellt. Bezogen auf verbleibende Spielräume und „Absprachen“ kommt das Wettbewerbsrecht zur Kontrolle von Wettbewerbsverstößen zur Anwendung. Im Vordergrund aber steht der Wettbewerbsschutz zugunsten der (potentiellen) Vertragspartner im Rahmen einzelstaatlicher und durchaus unterschiedlicher *Managed-Care-Regulierung*. Diese Gesetze machen den *MCOs* Vorgaben hinsichtlich der Auswahl der anzustellenden bzw. der auf der Grundlage von Versorgungsverträgen kooperierenden Leistungserbringer. Sie reglementieren ferner die Steuerung des Zugangs der Patienten zu sowie Exklusivitätsverträge mit Leistungserbringern, und ordnen schließlich an, dass jeder die Kostenvorgaben zu erfüllen bereite Leistungserbringer in das Netzwerk aufgenommen werden muss (*any-willing-provider-laws*).

### *III. Wettbewerb als Strukturprinzip des Gesundheitsrechts und „Gesundheitswettbewerbsrecht“*

Ungeachtet aller Nuancen: Im Gesundheitswesen hat Wettbewerb eine dem Sozialen dienende Funktion, er ist eingebettet in eine sozial gebundene Ordnung. Jedenfalls diese funktionsbezogenen und mittlerweile weit reichende Verankerung wettbewerblicher Strukturen zeugt ausweislich der Untersuchungsergebnisse von einem Maß an Konsequenz, das es rechtfertigt, von Wettbewerb als einem auch im Gesundheitswesen vorfindbaren Strukturprinzip selbst dann zu sprechen, wenn Wettbewerb „im übrigen“, d.h. zur Förderung der freien wirtschaftlichen Entfaltung, als „nicht konsequent verfolgt“ erachtet wird. Ob der einzelne Ansatz oder das konkrete Instrument „richtig“, d.h. eher das weithin freie Spiel der Marktkräfte oder der regulatorische Ansatz für angemessen gehalten werden, ist nicht ausschlaggebend. Wo grundlegende und verfassungsrechtliche Garantien, nämlich die freier wirtschaftlicher Entfaltung einerseits und der Versorgung der Gesamtbevölkerung mit qualitativ hochwertigen Gesundheitsgütern andererseits, einfach-gesetzliche miteinander zu vereinbaren sind, kann Wettbewerb nicht vollkommen sein.

Die vorgenannten Garantien wirtschaftlichen Handelns vermitteln zunächst das einem Prinzip innewohnende Mindestmaß an Stabilität, das auch durch den steten Reformwandel, der unsteten Implementierung verschiedenster Wettbewerbsansätze, nicht gefährdet wird. Die sich daran anschließende Frage freilich ist indes diejenige danach, inwieweit das allgemeine Prinzip auch im Gesundheitswesen bzw. Gesundheitsrecht gilt, jedenfalls konkret verwirklicht wird. Dies zu beantworten, ist schon deshalb schwierig, weil das „Gesundheitsrecht“ eine Querschnittsmaterie darstellt, wie die Betrachtung der jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse und -beziehungen in den Studien zu Deutschland, den Niederlanden, der Schweiz und der USA deutlich gemacht hat. Maß-

geblich sind zudem nicht nur sozialversicherungsrechtliche und andere regulatorische Bestimmungen, sondern mit diesen zusammen insgesamt polyzentrische, d.h. interdependente Normgefüge, zu denen neben dem allgemeinen das besondere Wettbewerbs- und Wirtschaftsrechts unterschiedlicher Normgeber sowie das Berufsrecht zu zählen sind.

Die eingangs vorläufige Charakterisierung des Rechts des Gesundheitswesens als einem gemischt wettbewerblich-regulatorischen System wird zusehends zur klaren Erkenntnis. Aus einer übergeordneten Warte ist dabei weniger entscheidend, ob bestehender (privatrechtlich organisierter) Wettbewerb regulatorisch (stark) überlagert wird, oder aber sozialrechtliche Vorschriften binnensystematische Wettbewerbselemente einführen oder die Geltung des allgemeinen Wettbewerbs(rechts) erst vermitteln. Allgemeines Charakteristikum des „Gesundheitswettbewerbsrechts“ ist vielmehr dessen materielle und institutionell-organisatorische Zweispurigkeit. Die Ausformung dieser Strukturen geht einher mit dem „Zugewinn“ an Unternehmenseigenschaft sowohl der (öffentlichen bzw. gemeinnützigen) Krankenhäuser als auch der (sozialen) Krankenkassen. Sie hat zur Errichtung eigener Kontrollstrukturen geführt, so vor allem in den *Niederlanden*, und dort vorherrschende Kompetenzabgrenzungsprobleme sind ebenso wie die in *Deutschland* zunehmend reklamierten Zuständigkeiten des *Bundeskartellamts* Ausdruck dieser Entwicklung. Die materielle Zweispurigkeit, bei näherer Betrachtung der *Schweiz* sogar Dreispurigkeit, zeigt sich etwa am Beispiel der sowohl im Basis- als auch im Zusatzversicherungsmarkt tätigen *niederländischen* Versicherer sowie der im Obligatorium und auf dem Zusatzversicherungsmarkt agierenden sozialen *Schweizer* Krankenkassen, die insoweit unterschiedlichen Regimen bzw. Regularien unterworfen sind. Begleitet wird diese Entwicklung durch eine partielle Konvergenz der Systeme durch Anreicherung des Privatversicherungsrechts mit sozialen Elementen (Basisversicherung [*Niederlande*], Basistarif [*Deutschland*]) ebenso, wie Anreicherung des Sozialversicherungsrechts um wettbewerbliche Elemente wie Wahltarife und Selbstbehalte (*Schweiz, Deutschland*), die das Solidarprinzip herausfordern.

Das externe, inkorporierte oder für anwendbar erklärte „allgemeine Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen“ wird vielfach flankiert durch spezifische „binnensystematische“ Regelungen. Dazu gehören in *Deutschland* sozialrechtliche Normen etwa zum Wettbewerbsrahmen und zu Ausschreibungsgeboten im Selektivvertragsrecht ebenso wie in den *Niederlanden* das Marktordnungsgesetz für das Gesundheitswesen.

Die vorgenannte Zweispurigkeit ist indes auch Ausdruck von Ambiguität und Friktionen. Die Betrachtung der Krankenhausversorgung war diesbezüglich besonders fruchtbar. Krankenhäuser, d.h. Unternehmen, deren Fusion kartellrechtlicher Kontrolle unterliegt und deren Managementkapazitäten durch *Managed-Care*-Befugnisse und Integrierte Versorgung wettbewerbsorientiert eingebunden werden, konkurrieren um den nach Planungsgesichtspunkten regulierten Marktzutritt, wobei – mittelbar oder unmittelbar – Preiswettbewerb reglementiert oder gar ausgeschlossen ist. Auch das Recht

der Verbraucher, das Krankenhaus zu wählen, ist vielfach planungsrechtlich konditioniert.<sup>5</sup>

Wettbewerb im Gesundheitswesen ist und wird daher auf unabsehbare Zeit „gelenkter“, „geplanter“ oder „unvollkommener“ Wettbewerb bzw. nur „partiell verwirklicht“ sein. Diese Aussage gilt auch für die *USA*, bezüglich derer die Untersuchung ein erhebliches Maß an Regulierung ebenso zutage gefördert hat, wie den Einfluss staatlicher Programme auf *Managed Care* und hier z.B. das Preisrecht. Die tatsächlich im Gesundheitssektor vorhandenen Märkte sind daher stark reguliert. Das gilt für den Krankenhausmarkt ebenso wie den Versicherungsmarkt. Der regulierte Wettbewerb ist ein solcher eigener Art. Die Konkurrenz um den Markteintritt, d.h. die Planposition, bzw. um wirtschaftsrelevante Strukturvorteile in der Regulierung machen dies deutlich.

Die Differenziertheit und spezifische Interaktion der national eingesetzten Wettbewerbselemente machen eine abschließende, transnationale vergleichende „Erfolgsbewertung“ der Systeme über das in Kapitel II.2.d. hinaus Gesagte kaum möglich. Vor allem lässt sich dies nicht vordergründig an „Effizienzgewinnen“ hier oder da ermesen, sondern hängt nach dem eingangs Gesagten davon ab, welches Verständnis und welcher Grad von Solidarität, ausgedrückt im Umfang der Risikoabsicherung und den dazu verwendeten Finanzierungsinstrumenten, einer solchen Bewertung zugrunde gelegt würde. Zumindest bezogen auf effiziente, kostengünstige Versorgung derjenigen, die versichert sind, vermögen auch die im Ausgangspunkt wettbewerbsorientierten *USA* nicht als Vorzeigemodell zu fungieren: Daß in den *USA* große Versorgungslücken bei extremem finanziellen Aufwand bestehen, zeigt die Schwächen dieses Ansatzes – nicht umsonst nimmt der Aufwand an Reformen, die weiterhin möglichst freiheitsschonend angelegt sind, stetig zu. Die hochkomplexe Regulierungsverflechtung im *deutschen* System andererseits erscheint gleichfalls weder uneingeschränkt übertragbar noch vermittelt es die im Wettbewerb bedeutsame Planbarkeit.

Der Streit um Konzepte wird anhalten, auch deshalb, weil sich die Entscheidungsfindung zugunsten weiterer Reformen in einem Rahmen von Regelungs- und „Regulierungsverflechtung“<sup>6</sup> ereignet, in welchem Entscheidungsträger aus *Bund, Kantonen, Ländern* und *Einzelstaaten* agieren. Der Politikwettbewerb für das Gesundheitswesen muß stärker darauf bedacht sein, dass Krankenhäuser und Kostenträger mindestens mittelfristig konstante Wettbewerbsbedingungen vorfinden, wenn die Akteure gewinnbringend in eine wettbewerblich organisierte Gesundheitsversorgung eingebunden werden sollen. Dies kann und muss auch im regulierten Wettbewerb erfolgen, und so sind die Kombination von Ausweitung der allgemeinen Versicherungspflicht mit Kontrahierungs- bzw. Aufnahmepflicht und Maßnahmen gegen Risikoselektion als Erfolge zugunsten dessen zu verzeichnen, auf den es nach der sozialen Funktion des Wettbewerbs ankommt: des Patienten bzw. Versicherten. Dieser kann auch als Nachfrager besonderer

5 S. oben II.1.b., II.2.c.

6 In Anlehnung an *Scharpf* (Theorie der Politikverflechtung) und die Studie für Deutschland (II. 3.1.3.).

krankenhausbezogener Versicherungsleistungen von seiner wahlorientiert einflussreichen Position gewinnbringend profitieren. Hingegen wird der Nachfrage nach Versorgungsleistungen in einem bestimmten Haus zwar weiterhin Bedeutung zukommen, stößt das systemische Steuerungspotential angesichts planungsrechtlicher Restriktionen und Einschränkungen durch Managed Care sowie wegen des Vorrangs regulatorischer Qualitätssicherung jedoch an Grenzen.

Auf ein gesteigertes Maß an Wettbewerb könnte kaum mehr, auf Regulierung in Diensten des Sozialen hingegen niemals verzichtet werden.