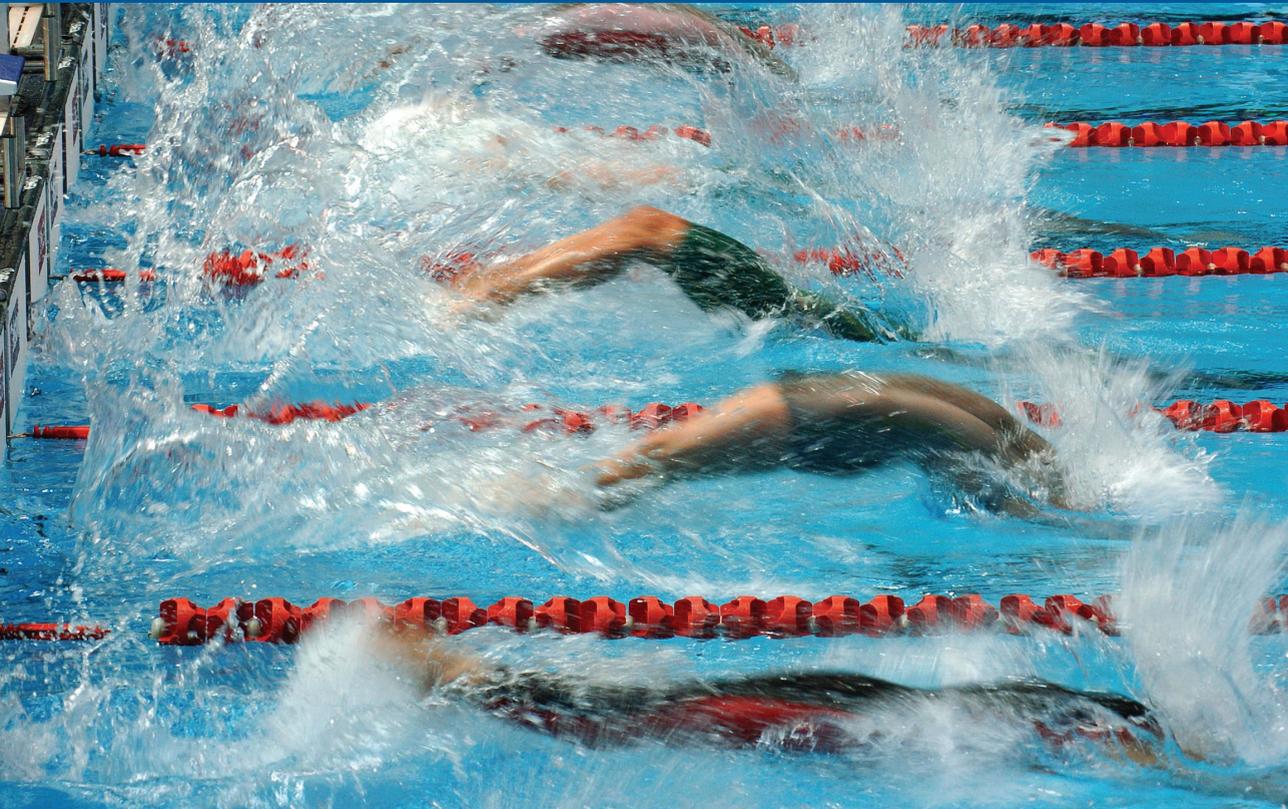




Bundesversicherungsamt

SONDERBERICHT

ZUM WETTBEWERB IN DER GESETZLICHEN KRANKENVERSICHERUNG



Sonderbericht Wettbewerb

Vorwort

Vor gut 25 Jahren, im Herbst 1992 verständigten sich die damalige christlich-liberale Bundesregierung, die SPD und die Bundesländer auf eine grundlegende Organisationsreform der gesetzlichen Krankenversicherung. Sie trat am 1. Januar 1993 mit dem Gesundheitsstrukturgesetz in Kraft. Kern der Reform war die Einführung des Wettbewerbs in das System der gesetzlichen Krankenversicherung mit freier Kassenwahl und dem Risikostrukturausgleich. Viele weitere Gesetze zum Wettbewerbsgeschehen folgten.



Die wettbewerbliche Ausgestaltung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung hat sich nach Einschätzung aller Experten im Gesundheitswesen im Wesentlichen bewährt, verkrustete Verwaltungsstrukturen wurden aufgebrochen, die Versorgung der Versicherten hat sich verbessert und Wirtschaftlichkeitsreserven wurden gehoben. Aber es ist auch nicht alles Gold, was vermeintlich glänzt.

Im Hinblick auf seine Aufgabenstellung im System der gesetzlichen Krankenversicherung sowohl als Aufsichtsbehörde als auch als Durchführungsbehörde für den morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleich (RSA) nimmt das Bundesversicherungsamt das Jubiläum zum Anlass, die aktuelle Situation einer kritischen Betrachtung zu unterziehen. Hierzu werden statistische Kennzahlen, Erkenntnisse aus der eigenen umfangreichen Aufsichts- und Verwaltungspraxis sowie Experteninterviews analysiert und konkrete Vorschläge zur Weiterentwicklung des Rechtsrahmens unterbreitet. Wir möchten hiermit einen Beitrag zur aktuellen politischen Diskussion im Hinblick auf die Weiterentwicklung eines fairen und solidarischen Wettbewerbs unter den gesetzlichen Krankenkassen leisten.

Ich wünsche Ihnen viel Vergnügen und aufschlussreiche Erkenntnisse.

A handwritten signature in blue ink that reads "Frank Plate". The signature is written in a cursive, flowing style.

Frank Plate
Präsident Bundesversicherungsamt

A.	Einleitung.....	6
B.	Ausgangslage	7
C.	Untersuchungsfelder.....	10
I.	Bedeutung des RSA für eine solidarische Wettbewerbsordnung.....	10
II.	Zentrale Elemente der Wettbewerbsordnung	13
1.	Entwicklung der Versichertenzahlen und der Strukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV).....	13
a.	Zahl und Struktur der Versicherten	13
b.	Zahl und Größe der Krankenkassen.....	15
c.	Konzentration des „Krankenkassenmarktes“	17
2.	Entwicklung des Beitragssatzes.....	19
a.	Entwicklung der rechtlichen Grundlagen	19
b.	Entwicklung der Beitragssatzbandbreiten	20
3.	Ausgabenentwicklung.....	23
a.	Leistungsausgaben.....	23
b.	Verwaltungsausgaben	24
c.	Ausgaben für Werbung.....	25
III.	Auswirkungen kassenindividueller Gestaltungsspielräume	27
1.	Satzungsleistungen.....	28
2.	Selektivverträge.....	43
3.	Wahltarife	59
4.	Bonusprogramme	68
5.	Prävention.....	77
6.	Zusammenarbeit gesetzlicher Krankenkassen mit privaten Versicherungsunternehmen.....	82
IV.	Auswirkungen der wettbewerblichen Ausrichtung des GKV-Systems auf die Zusammenarbeit der Träger untereinander	87
1.	Kooperation zur Aufgabenerfüllung.....	87
2.	Wettbewerbsrechtliche Konflikte unter Krankenkassen.....	95
V.	Auswirkungen des Haftungsverbundes auf den Wettbewerb	101
VI.	Auswirkungen des Wettbewerbs auf die Zusammenarbeit der Krankenkassen mit Leistungserbringern und Dienstleistern	106
1.	Verträge mit Leistungserbringern	106
2.	Verträge mit Dienstleistern.....	112

VII. Auswirkungen des Wettbewerbs auf das Verhältnis zwischen Krankenkasse und Versicherten.....	119
VIII. Mögliche Neuordnung der Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden.....	129
1. Derzeitige Situation: Geteilte Aufsicht	129
2. Aktuell diskutierte Vorschläge zur Reform der Aufsichtsaufteilung	131
a. Alleinige Aufsicht durch das Bundesversicherungsamt.....	132
b. Aufteilung der Aufsichtszuständigkeit zwischen Bundes- versicherungsamt und Landesaufsichten nach funktionalen Gesichtspunkten.....	132
c. Aufsichtszuständigkeit allein bei den Ländern	134
d. Weitere Vorschläge.....	134
3. Sonderfall Einflussnahme auf Datenmeldungen zum RSA.....	135
IX. Unterschiede in der Prüfpraxis des Bundes und der Länder	139
1. Prüfungen nach § 274 Abs. 1 SGB V, § 46 Abs. 6 SGB XI	139
2. Prüfungen nach § 252 SGB V.....	141
3. Prüfungen nach § 266 Abs. 7 SGB V i. V. m. § 42 RSAV im Prüffeld Versicherungszeiten/strukturierte Behandlungsprogramme/DMP und Morbiditätsorientierter RSA.....	143
X. Gesamtbewertung und Vorschläge.....	144
1. Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs	144
2. Kassenindividuelle Gestaltungsspielräume	144
a. Satzungsleistungen.....	144
b. Selektivverträge.....	145
c. Wahltarife	146
d. Bonusprogramme	147
e. Prävention.....	147
f. Zusammenarbeit gesetzlicher Krankenkassen mit privaten Versicherungsunternehmen	148
3. Zusammenarbeit der Träger untereinander.....	149
4. Zusammenarbeit der Träger mit Leistungserbringern und Dienstleistern	149
5. Verhältnis zwischen Krankenkasse und Versicherten	150
6. Aufsichtszuständigkeit zwischen Bund und Länder	151
7. Prüfdienst des Bundes und der Länder.....	152
D. Ausblick.....	153
Anlagen Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze	154

A. Einleitung

Das Bundesversicherungsamt sieht sich in seiner Verwaltungs- und Aufsichtspraxis mit einem starken Wandel des Selbstverständnisses der gesetzlichen Krankenkassen konfrontiert. Die Träger verstehen sich heute eher als Unternehmen, die stärker am „Betriebsergebnis“ orientiert sind. Auch das Verhältnis zum Versicherten hat sich maßgeblich verändert. Sie werden als Kunden bezeichnet und mit digitalen Kommunikationsangeboten direkt(er) betreut. Beim „Einkauf von Gesundheitsleistungen“ unterliegen die Krankenkassen allerdings nach wie vor engen gesetzlichen Vorgaben. Die Geschäftsmodelle der einzelnen Krankenkassen finden sich in einem Spannungsfeld zwischen Leistungsangebotsoptimierung und Vermeidung von Zusatzbeitragserhöhungen.

Im folgenden Sonderbericht analysiert das Bundesversicherungsamt zunächst anhand objektiver Kennzahlen, wie sich dieser Wandel mit der Einführung des freien Krankenkassenwahlrechts der Versicherten entwickelt hat. Die Auswirkungen der Einführung weiterer wettbewerblicher Elemente wie Satzungsleistungen, Selektivverträge, Wahltarife, Bonusprogramme, Kooperation mit der privaten Krankenversicherung werden unter Heranziehung von statistischen Erhebungen und Experteninterviews bewertet. Schließlich unterbreitet das Bundesversicherungsamt konkrete Vorschläge zur Fortentwicklung des Rechtsrahmens, mit dem Ziel einer Stärkung eines fairen und solidarischen Wettbewerbs unter den gesetzlichen Krankenkassen als Körperschaften öffentlichen Rechts.

Arbeitsmethoden

Das Bundesversicherungsamt hat öffentlich zugängliche Statistiken und wissenschaftliche Studien für diesen Sonderbericht herangezogen sowie hausinterne Datenbanken ausgewertet. Es hat adressatenorientierte Interviewleitfäden entwickelt und mit folgenden Institutionen Experteninterviews geführt:

- Patientenbeauftragte der Bundesregierung
- landes- und bundesunmittelbare Krankenkassen
- Arbeitsgemeinschaften der Krankenkassen

-
- Landesaufsichtsbehörden
 - Wettbewerbszentrale Bad Homburg
 - Verbraucherzentrale NRW
 - Landesprüfdienste

B. Ausgangslage

Das Wettbewerbsmodell in der gesetzlichen Krankenversicherung ist als solidarischer Wettbewerb ausgestaltet, der im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des Gesamtsystems alle Träger der Sozialversicherung über alle Zweige der Sozialversicherung und der Kassenarten hinaus zur Zusammenarbeit verpflichtet (§ 86 Sozialgesetzbuch (SGB) X, § 4 Abs. 3 SGB V, 11 Abs. 3 SGB I).

Mit der Einführung des freien Krankenkassenwahlrechts durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. Dezember 1992 hat der Gesetzgeber den Startschuss für eine wettbewerbliche Ausrichtung des Krankenversicherungssystems gegeben.¹ Krankenkassen müssen sich aktiv darum bemühen, ihre Mitglieder zu halten und neue Mitglieder zu gewinnen.

Mit der wettbewerblichen Ausrichtung des Krankenversicherungssystems verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, die Krankenkassen in ein Konkurrenzverhältnis untereinander zu stellen, um Innovationen im Gesundheitswesen und Serviceorientierung gegenüber den Versicherten zu fördern. Dies führt zwangsläufig zu einem Spannungsfeld zwischen öffentlich-rechtlichem Versorgungs- und Verwaltungsauftrag und kassenindividuellen Marketingstrategien zur Positionierung im Wettbewerb.

Eine zentrale Rolle in der wettbewerblichen Ausrichtung der gesetzlichen Krankenversicherung spielt die Sicherstellung fairer und gleicher Chancen im Wettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen und die Vermeidung von Risikoselektion zu Lasten der Versicherten.

Von vielen Akteuren im Gesundheitswesen wird in Frage gestellt, ob alle Krankenkassen in diesem Wettbewerb faire Ausgangsvoraussetzungen haben. Als Hintergrund dieser Kritik sind uneinheitliche Rahmenbedin-

1 BGBl. I S. 2266.

gungen zu nennen. So sind die Erstreckungsbereiche der einzelnen Krankenkassen unterschiedlich groß. Die Marktkonzentration der AOK'en ist, wie das Sondergutachten des Wissenschaftlichen Beirats zur Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs vom 27. November 2017² bestätigt – in den einzelnen Bundesländern sehr hoch (vgl. auch weiter unten II.1.c.). Ob es zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs einer stärkeren Berücksichtigung regionaler Unterschiede bedarf, wird in einem weiteren Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats untersucht.

Eine wesentliche Voraussetzung für einen fairen Wettbewerb der Krankenkassen bei freier Kassenwahl und einkommensabhängigen Beiträgen ist der morbiditätsorientierte RSA, der die finanziellen Auswirkungen der unterschiedlichen Versichertenstrukturen ausgleicht.

Für die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen untereinander hat der Gesetzgeber im Sozialgesetzbuch Regelungen geschaffen, die die Krankenkassen im Interesse der Wirtschaftlichkeit und Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems zur Zusammenarbeit verpflichten³. Sowohl im Verhältnis unter den Krankenkassen, als auch im Verhältnis der Krankenkassen zu ihren Versicherten sind die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb entsprechend anwendbar⁴. Im Verhältnis zu den Leistungserbringern haben die Krankenkassen die Grundrechte aus Art 12 und 3 GG zu beachten, darüber hinaus auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, welches sie zu einem diskriminierungsfreien Verhalten bei Vertragsverhandlungen verpflichtet⁵. Schließlich haben die Krankenkassen das Vergaberecht zu berücksichtigen, welches ein transparentes und diskriminierungsfreies Handeln im Vertragsgeschäft fordert⁶.

2 Drösler et al. (2017): Sondergutachten zu den Wirkungen des morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleichs, Bonn. Im Rahmen dieser Ausarbeitung wird die Bezeichnung „Sondergutachten“ verwendet.

3 §§ 13-15 SGB I, 4 Abs. 3 SGB V, 86 SGB X.

4 BSG Urteil v: 31.03.1998, B1 KR 9/95 R; LSG NRW Urteil v. 6.06.2002, L 16 KR 57/01; Mühlhausen, NZS 1999, 120ff.

5 § 69 Abs. Abs. 2,3 SGB V.

6 § 69 Abs. 4 SGB V, § 127 Abs. 1 S. 5, Abs. 1b S. 5 SGB V.

Die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder⁷ haben Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze⁸ (Wettbewerbsgrundsätze) entwickelt, in denen eine einvernehmliche, gemeinschaftliche Interpretation der gesetzlichen Rahmenbedingungen durch alle Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung formuliert wird. Hierbei verfolgen die Aufsichtsbehörden das Ziel, ein einheitliches Wettbewerbsverhalten der Krankenkassen auf Bundes- und Landesebene sicherzustellen. Den Wettbewerbsgrundsätzen kommt daher rechtliche Bedeutung zur Vereinheitlichung des Ermessensgebrauches zu.

Die Krankenkassen selbst, aber auch der Wissenschaftliche Beirat zur Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs beim Bundesversicherungsamt⁹ sowie die Monopolkommission¹⁰ fordern ein einheitliches Aufsichtshandeln, um einen fairen und gleichberechtigten Wettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen zu gewährleisten. Hieran arbeiten die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder nicht zuletzt in ihren regelmäßigen Aufsichtsbehördentagungen und in Facharbeitsgruppen. Aufgrund der föderalen Aufsichtszuständigkeit und der Interpretationsspielräume der Aufsichtsbehörden ist aber nicht zu vermeiden, dass es im Einzelfall zu unterschiedlichen Bewertungen von Sachverhalten kommt.

Im Folgenden werden die Auswirkungen der wettbewerblichen Ausrichtung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung dargestellt. Der Sonderbericht gliedert sich in neun Untersuchungsfelder und schließt mit einer Gesamtbewertung ab, die als Anregung für mögliche Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen dienen soll.

7 Bundesversicherungsamt, Bundesministerium für Gesundheit und Landesaufsichtsbehörden.

8 vom 19. März 1998 in der Fassung vom 11. November 2015, vgl. Anlage.

9 Sondergutachten S. 25ff.

10 Sondergutachten aus 2017 „Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem“, Kurzzusammenfassung K 21.

C. Untersuchungsfelder

I. Bedeutung des RSA für eine solidarische Wettbewerbsordnung

Der RSA, der die finanziellen Auswirkungen der unterschiedlichen Versicherungsstrukturen ausgleicht und den Widerspruch zwischen Solidarität und Wettbewerb auflösen soll, steht meist synonym für die „Solidarische Wettbewerbsordnung“ der GKV. Tatsächlich ist aber das Wettbewerbsmodell der GKV mehr als der RSA. Auch das Bundesverfassungsgericht schreibt dem RSA in seinem Beschluss aus dem Jahr 2005 (nur) die Aufgabe zu, „eine Wettbewerbsordnung zu flankieren, die auf der Basis des Solidarprinzips wirtschaftliches und effizientes Verhalten der Krankenkassen bei der gesundheitlichen Leistungserstellung fördern will“.¹¹

Der RSA selbst schafft somit noch keine wettbewerbliche Rahmenordnung. Eine solche Rahmenordnung muss der gesetzlich verankerten Rechtspflicht zur Zusammenarbeit einerseits und den rivalisierenden Bestrebungen der Krankenkassen um Marktanteile andererseits gleichermaßen Rechnung tragen, d.h. sie muss die Rechtsbeziehungen der konkurrierenden Akteure regeln und klare Abgrenzungen zwischen zulässigen und unzulässigen Marktaktivitäten treffen. Solche Regelungen finden sich in den maßgeblichen Vorschriften des SGB an verschiedenen Stellen, gleichwohl muss konstatiert werden, dass das Wettbewerbsmodell der GKV kein in sich geschlossenes Regelwerk ist.

Soweit es um die finanziellen Beziehungen in der GKV geht, nimmt der RSA jedoch eine zentrale Stellung ein. Der Wissenschaftliche Beirat zur Weiterentwicklung des RSA hat im o.g. Sondergutachten herausgestellt, dass das zentrale Ziel des RSA darin besteht, die Anreize zur Risikoselektion zu verringern, um so den einzelnen Krankenkassen faire Chancen im Wettbewerb um die Gewinnung von Versicherten einzuräumen. Dieses Ziel könne der RSA umso mehr erreichen, je besser es gelinge, die systematischen Ausgaberrisiken der Versicherten auf Grundlage der im RSA-Verfahren berücksichtigten Risikomerkmale auszugleichen.

¹¹ BVerfG, Beschl. V. 18.07.2005, 2 BvF 2/01, juris Rn. 172.

Er hat festgestellt: Je höher die Zielgenauigkeit der Zuweisungen auf Individualebene, nach Versichertengruppen und auf Krankenkassenebene, desto niedriger sind die verbleibenden Wettbewerbsverzerrungen.

Obwohl jedoch die Auswertungen der bisher durchgeführten Jahresausgleiche zeigen, dass die anhand verschiedener statistischer Kennwerte gemessene Prognosequalität des RSA-Modells kontinuierlich verbessert wurde und insbesondere deutlich besser ist als bei einem Verzicht auf die direkte Morbiditätsorientierung, reißt die Kritik am morbiditätsorientierten RSA nicht ab. Im Gegenteil könnte man den Eindruck gewinnen, dass mit zunehmender Zielgenauigkeit der RSA in seiner jetzigen Ausgestaltung (von einem Teil der Krankenkassen) als Wettbewerbshindernis empfunden wird.

Ein wesentlicher Grund hierfür dürfte darin zu sehen sein, dass der Zusatzbeitragssatz als entscheidender Wettbewerbsparameter angesehen wird. „Soweit der Finanzbedarf einer Krankenkasse durch die Zuweisungen nicht gedeckt ist, hat sie in ihrer Satzung zu bestimmen, dass von ihren Mitgliedern ein einkommensabhängiger Zusatzbeitrag erhoben wird“ lautet die entsprechende gesetzliche Vorschrift des § 242 Abs. 1 SGB V. Lässt man weitere Bemessungsfaktoren wie das Betriebsmittel- und Rücklagevermögen einmal außer Acht, wird der Zusatzbeitragssatz dadurch unmittelbarer Ausdruck einer Über- oder Unterdeckung von Ausgaben durch Zuweisungen des Gesundheitsfonds.

Im Ergebnis soll durch Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds nur der Finanzbedarf gedeckt werden, der nicht managementfähig ist, d.h. der nicht durch Wirtschaftlichkeitsbemühungen von der Krankenkasse selbst beeinflusst werden kann. Der Beitragssatzwettbewerb soll dadurch entsprechende Wirtschaftlichkeitsanreize setzen. Bestehen daher beitragsatzrelevante, aber – aus welchen Gründen auch immer – objektiv nicht managementfähige Unterschiede in der Finanzbelastung einzelner Krankenkassen, führen diese zu Wettbewerbsverzerrungen.

Fazit:

Auch der Wissenschaftliche Beirat stellt fest, dass der RSA zwar eine notwendige Bedingung für einen zielorientierten Wettbewerb darstellt,

als ordnungspolitische Grundlage aber bei weitem nicht ausreicht.¹² Es gibt zahlreiche wettbewerbliche Einflussfaktoren, die nicht auf die Risikostrukturen der Krankenkassen zurückzuführen sind.

Mit Veröffentlichung des Gutachtens sind die Diskussionen um eine Reform des RSA allerdings nicht beendet. Kritik an den Ergebnissen der Evaluation kam von den Betriebskrankenkassen (BKK'en), den Ersatzkassen und den Innungskrankenkassen (IKK'en). Die drei Kassenarten haben in einer gemeinsamen Stellungnahme die Evaluation kritisiert. Sie bemängeln, dass die Evaluation keine Lösungsvorschläge für ihrer Meinung nach offensichtliche Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Krankenkassen anbiete. Stattdessen werde diese beispielsweise durch die empfohlene Berücksichtigung des vollständigen Krankheitspektrums noch verschärft.

Das Bundesversicherungsamt sieht hier den Bedarf an einer Versachlichung der Debatte durch Konzentration auf die Zielsetzung des RSA. Wenn in der vorgenannten Stellungnahme als Grund für eine zunehmend angespanntere Wettbewerbssituation zwischen den gesetzlichen Krankenkassen „massive Fehlsteuerungen im GKV-Finanzausgleich der Krankenkassen“ genannt werden, wird die Rolle des RSA falsch interpretiert. Denn primäre Zielsetzung des RSA ist die Vermeidung von Risikoselektion: Je höher die Zielgenauigkeit der Zuweisungen, desto geringer sind – unter sonst gleichen Umständen – die verbleibenden krankheitsrisikobedingten Wettbewerbsverzerrungen. Der RSA ist damit zwar eine notwendige Bedingung für funktionierenden Wettbewerb in der GKV, reicht aber als ordnungspolitische Grundlage bei weitem nicht aus.

Der primären Zielsetzung des RSA dienen daher auch die Abschaffung der Krankheitsauswahl und die Umstellung auf ein Krankheits-Vollmodell. Derzeit werden im morbiditätsorientierten RSA maximal 80 Krankheiten ausgeglichen. Der Beirat empfiehlt den Verzicht auf die jährliche Krankheitsauswahl, sodass dementsprechend alle (ca. 360) Krankheiten im RSA ausgeglichen werden. Die Zielgenauigkeit der Zuweisungen würde sich dadurch verbessern, das Ziel Risikoselektionsanreize zu verringern, würde damit also besser erreicht. Zudem hätte dies den Vorteil, dass die jährlichen Arbeiten an der Krankheitsauswahl entfielen und die

12 Sondergutachten S. 10.

freiwerdenden Bearbeitungskapazitäten für die Weiterentwicklung der Zuweisungssystematik genutzt werden könnten.

Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Debatte um den RSA Reformvorschläge, die von den Krankenkassen geäußert werden, häufig interessengetrieben sind und vom jeweils konkurrierenden Lager kritisch gesehen werden. Das Bundesversicherungsamt und der Wissenschaftliche Beirat sind daher wichtige neutrale Instanzen, da beide Institutionen die Minimierung von Risikoselektion innerhalb der GKV als oberstes Ziel haben.

II. Zentrale Elemente der Wettbewerbsordnung

1. Entwicklung der Versichertenzahlen und der Strukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die gesetzlichen Krankenkassen ohne die Landwirtschaftliche Krankenkasse, die in dem hier relevanten Kontext außen vor bleiben kann.

Sofern sich Abweichungen zu anderen Veröffentlichungen ergeben, beruhen diese in aller Regel darauf, dass es für Zahlen über Versicherte und Krankenkassen unterschiedliche Datenquellen oder Erhebungsstichtage gibt. Die Veröffentlichung des GKV-Spitzenverbands über die Entwicklung der Zahl der Krankenkassen beruht z.B. auf Angaben zum Stichtag 1.1. eines Jahres und umfasst auch die landwirtschaftlichen Krankenkassen. Diese Abweichungen sind insgesamt aber vernachlässigbar.

Die folgenden Ausführungen beziehen sich teilweise auf die im Sondergutachten veröffentlichten Daten und Ergebnisse.

a. Zahl und Struktur der Versicherten

Die Versichertenentwicklung ist gekennzeichnet von einem zuletzt deutlichen Anstieg der bei den gesetzlichen Krankenkassen versicherten Personen, nach dem in den Jahren zuvor ein stetiger Rückgang bestanden hat. So nahm im Zeitraum zwischen 2005 und 2011 die jah-

resdurchschnittliche Zahl der Versicherten mit Veränderungsraten zwischen -0,1 Prozent und -0,3 Prozent jährlich ab, von 2012 bis 2016 nahm die jahresdurchschnittliche Zahl der Versicherten dagegen mit jährlich steigenden Veränderungsraten wieder zu. 2016 betrug die Veränderungsrate +1,0 Prozent, diese Größenordnung ist auch 2017 eingetreten. Aktuell sind in der GKV rd. 72 Mio. Menschen versichert.¹³

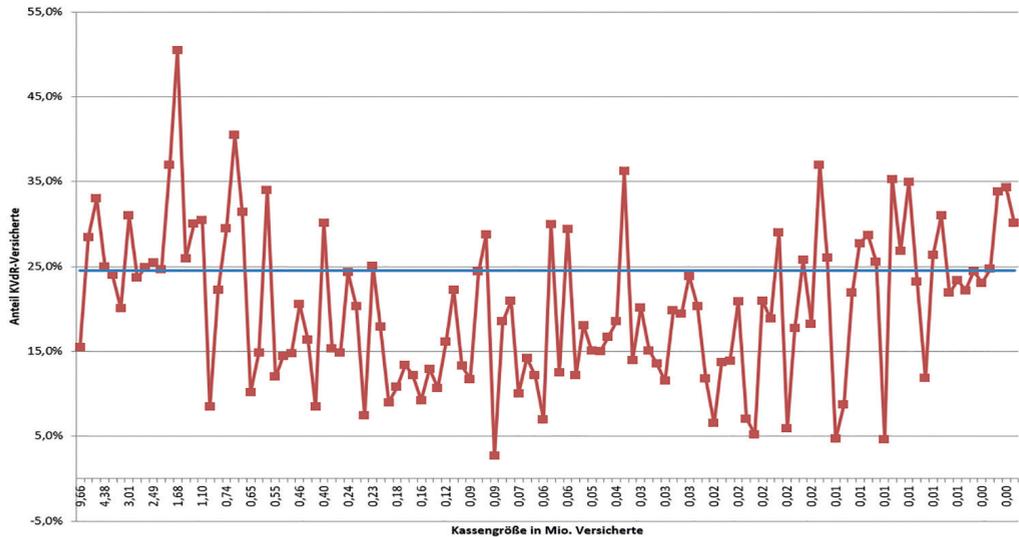
Ob und mit welchen Anteilen Zuwanderungen, Wechsel aus PKV, Geburtenüberschuss oder andere Gründe für die jüngste Entwicklung maßgeblich sind, kann aus den Daten nicht abgeleitet werden. Im Sondergutachten wird dazu festgestellt, dass Flüchtlingszuwanderungen nicht der alleinige Grund für die Zunahme ab 2012 sind, aber den bestehenden Trend, insbesondere in den Jahren 2015 und 2016 verstärkt haben. Auch die Zuwanderung aus der EU dürfte eine wichtige Rolle spielen. Entsprechend hat sich auch das Durchschnittsalter der Versicherten in der GKV entwickelt: Es betrug im Jahr 2005 42,1 Jahre und ist bis 2015 auf 44,1 Jahre angestiegen, allerdings verlangsamte sich der Anstieg aufgrund des o.g. Zugangs zuletzt deutlich. Das Durchschnittsalter der GKV-Zugänge im Jahr 2015 beträgt 30,0 Jahre. 59,5 Prozent der Zugänge sind männlich, wobei der Anteil im GKV-Durchschnitt 47,5 Prozent beträgt.¹⁴

Die bestehenden Strukturunterschiede zwischen den Krankenkassen lassen sich am einfachsten anhand des Rentneranteils veranschaulichen. Der durchschnittliche Anteil der in der GKV pflichtversicherten Rentner¹⁵ lag 2005 bei 23,8 Prozent, stieg bis 2009 auf 25,7 Prozent und sank bis 2016 auf 24,5 Prozent. Der höchste Anteil einer Krankenkasse im Jahr 2016 betrug 50,5 Prozent, der niedrigste Anteil 2,7 Prozent. Die Verteilung über die Krankenkassen im Jahr 2016 zeigt folgendes Bild:

13 Mitgliederstatistik KM 1 für Dezember 2017 ohne LKK. Die LKK versichert rd. 0,6 Mio. Personen.

14 Sondergutachten a.a.O.

15 In der „Krankenversicherung der Rentner – KVdR“ wird pflichtversichert, wer eine Rente der gesetzlichen Rentenversicherung bezieht oder beantragt hat und die notwendige Vorversicherungszeit erfüllt.



Verteilung der Anteile der KVdR-Versicherten an den Versicherten gesamt

Die Grafik veranschaulicht auf einfachste Weise bestehende Unterschiede in den Versichertenstrukturen der Krankenkassen. Die Gründe für diese Unterschiede sind darin zu sehen, dass die Strukturen der Krankenkassen nach wie vor durch das vor 1996 bestehende Mitgliederzuweisungssystem gekennzeichnet sind und vom Kassenwahlrecht nach dessen Einführung im wesentlichen jüngere Mitglieder Gebrauch gemacht haben. Dabei wechselten viele Mitglieder zu BKK'en, die sich mit einem meist günstigen Beitragssatz durch Satzungsregelung für alle Mitglieder geöffnet haben. Zu den Krankenkassen mit überdurchschnittlich hohen Anteilen an KVdR-Versicherten gehören die Knappschaft und die meisten AOK'en, während die größere Zahl der BKK'en unterdurchschnittliche Anteile ausweisen.

b. Zahl und Größe der Krankenkassen

Bekanntermaßen gab es Anfang der 1990er Jahre noch mehr als 1.000 Krankenkassen, 2005 waren es nur noch 257 Träger. Hiervon ausgehend reduzierte sich die Zahl der Krankenkassen stetig, allerdings mit abnehmender Tendenz; im Jahr 2017 waren es 112.¹⁶

¹⁶ Sondergutachten S. 14.

Gesetzliche Vorgaben über die Größe von Krankenkassen finden sich lediglich in den Vorschriften zur Errichtung von Betriebs- und Innungskrankenkassen. Hier gilt die Mindestvoraussetzung von 1.000 Versicherungspflichtigen. Angaben über die Größe von Krankenkassen finden sich ansonsten nur in der Gesetzesbegründung zu § 171a SGB V, der erstmals über die Kassenarten hinweg die Vereinigung von Krankenkassen zuließ. Danach seien kleine Krankenkassen „nur beschränkt in der Lage“, neue Möglichkeiten von Vereinbarungen mit Leistungserbringern umzusetzen, so dass der Zusammenschluss zu größeren Einheiten „wünschenswert“ sei.¹⁷

Im Rahmen der Beratungen über das Gesetz gab es auch Überlegungen, eine Mindestgröße von einer Million Versicherten gesetzlich vorzugeben, die aber nicht weiterverfolgt wurden. Die Aussage der früheren Bundesgesundheitsministerin Ulla Schmidt, dass 30 bis 50 Krankenkassen ausreichend seien, um den Versicherten genügend Wahlmöglichkeiten zu bieten, beruhen auf diesen Überlegungen. So gab es im Jahr 2005 15 Krankenkassen mit einer Größe von mehr als einer Million Versicherten. Die Versicherten der übrigen Krankenkassen hätten rechnerisch 24 Krankenkassen mit mindestens 1 Mio. Versicherten ergeben, so dass 39 Krankenkassen mit mindestens 1 Mio. Versicherten entstanden wären.

An der Zahl der Krankenkassen mit mehr als einer Million Versicherten hat sich bis heute nicht viel geändert. In den Jahren 2015 und 2016 waren es 18, bedingt durch die freiwillige Vereinigung von Barmer GEK und Deutsche BKK ist die Zahl im Jahr 2017 wieder auf 17 gesunken. Würde man alle übrigen Krankenkassen zu Einheiten von mindestens 1 Million Versicherten zusammenfassen, könnte die Zahl der Krankenkassen auf 34 gesenkt werden.

Allerdings hat sich die Größe der Krankenkassen im Laufe der Jahre stark verändert. So ist die Techniker Krankenkasse mit mehr als 10 Mio. Versicherten die größte Krankenkasse in der GKV; im Jahr 2005 war dies die Barmer mit rd. 7,1 Mio. Versicherten. Die Verteilung der Versicherten auf die Krankenkassen ergibt aktuell folgendes Bild, um die Entwicklung zu verdeutlichen in Klammern die Zahl des Jahres 2005:¹⁸

¹⁷ BT-Drs. 16/3100, S. 155f, vgl. dazu auch Sondergutachten S. 14.

¹⁸ vgl. auch Sondergutachten S. 15.

-
- Die 3 größten Krankenkassen versorgen zusammen 35,2 Prozent (27,6 Prozent) aller Versicherten
 - Die 10 größten Krankenkassen versorgen zusammen 68,1 Prozent (55,1 Prozent) der Versicherten
 - Die 30 größten Krankenkassen versorgen zusammen 90,5 Prozent (79,8 Prozent) der Versicherten
 - Die übrigen 82 (227) Krankenkassen versorgen 9,5 Prozent (20,2 Prozent) der Versicherten

Einen Beleg für die aktuell wiederholte Aussage, dass dadurch drei von vier Krankenkassen überflüssig seien, weil aus wirtschaftlichen Gründen eine entsprechende Größenordnung notwendig sei, stellen diese Zahlen allerdings nicht dar. Die zuletzt genannte Gruppe erhebt im (gewichteten) Durchschnitt einen Zusatzbeitragssatz von 0,98 Prozent, während die 30 größten Krankenkassen mit 90,5 Prozent der Versicherten einen durchschnittlichen Zusatzbeitragssatz von 1,11 Prozent erheben (Stand 2017).

c. Konzentration des „Krankenkassenmarktes“

Ein weiterer Grund für die fehlende Aussagekraft allein einer bundesweiten Betrachtung ist die Frage der Wählbarkeit der Krankenkassen, für die der Erstreckungsbereich entscheidend ist. Derzeit haben 28 Betriebskrankenkassen in ihrer Satzung keine Öffnungsregelung nach § 173 Abs. 2 Nr. 4 SGB V und sind daher nur für Beschäftigte des jeweiligen Unternehmens wählbar. 36 Krankenkassen sind für alle Bundesländer geöffnet, 14 Krankenkassen erstrecken sich auf 4 bis 15 Bundesländer, 34 Krankenkassen sind für 1 bis 3 Bundesländer geöffnet¹⁹. Im Durchschnitt sind in einem Bundesland 48 Krankenkassen wählbar.

Ein sehr einfaches und das am meisten verbreitete Konzentrationsmaß stellt der Herfindahl-Hirschmann-Index (HHI) dar, der aus der Summe der quadrierten Marktanteile gebildet wird.

19 Quelle: Übersicht des GKV-Spitzenverbandes nach § 242 Abs. 5 SGB V.

Zur Bewertung können folgende Richtwerte herangezogen werden:²⁰

HHI < 15 Prozent	unkonzentrierter Markt
15 Prozent < HHI < 25 Prozent	moderate Konzentration
HHI > 25 Prozent	hohe Konzentration

Der Wissenschaftliche Beirat hat in seinem Sondergutachten die Entwicklung des HHI ausführlich untersucht.²¹ 2009 betrug der HHI 4,62 Prozent, er stieg bis zum Jahr 2015 auf 6,10 Prozent an und sinkt 2016 auf 6,01 Prozent ab. Damit wäre der GKV-Markt als unkonzentrierter Markt zu bezeichnen. Ursächlich für die Entwicklung bis 2015 ist der Rückgang der Zahl der Krankenkassen, der Anstieg im Jahr 2016 dürfte auf die Zunahme der Versichertenzahlen zurückzuführen sein.²²

Für die Bewertung kommt es allerdings aus den genannten Gründen auf die Betrachtung der Länderebene an. Bundesweit weisen die drei großen Ersatzkassen zwar insgesamt einen Marktanteil von rund einem Drittel auf, in den Ländern sind jedoch überwiegend die AOK'en führend. Betrachtet man daher den HHI auf Länderebene, zeigt sich, dass der HHI in keinem Land unter 10 Prozent liegt, die geringste Konzentration weisen Länder wie Hamburg, Rheinland-Pfalz und Saarland mit einem HHI unter 14 Prozent auf, die höchste Sachsen mit einem HHI von über 30 Prozent.²³

Fazit:

Trotz des erheblichen Rückgangs der Zahl der Krankenkassen weist die GKV eine äußerst heterogene Struktur auf. Bereits eine einfache Betrachtung des Anteils an KVdR-Versicherten zeigt deutliche Unterschiede in der Versichertenstruktur der Krankenkassen. Mehr als 70 Prozent der gesetzlichen Krankenkassen versorgen weniger als 10 Prozent der Versicherten, während sich rd. ein Drittel aller Versicherten der GKV auf nur drei große Krankenkassen verteilen. Auf Länderebene liegt die Marktführerschaft jedoch meist bei den AOK'en. Daher lassen sich aus den Grö-

-
- 20 Der HHI wird üblicherweise zur Konzentrationsmessung und Fusionskontrolle auf Märkten verwendet, die Richtwerte variieren jedoch von Quelle zu Quelle. Vorliegend handelt es sich um die im Sondergutachten verwendeten Richtwerte.
- 21 Sondergutachten S. 15ff.
- 22 vgl. Sondergutachten S. 17.
- 23 ausführliche Darstellung vgl. Sondergutachten S. 18.

ßenverhältnissen noch keine Folgerungen für den Wettbewerb ableiten, da es hierfür auf die Wählbarkeit einer Krankenkasse ankommt.

Für die Frage der Wettbewerbsfähigkeit einer Krankenkasse ist zudem die Differenz zwischen den risikospezifischen Zuweisungen durch den RSA und den tatsächlich bei der Krankenkasse anfallenden Kosten von Bedeutung. Diese Differenz ist der wesentliche Grund für die unterschiedlich hohen Zusatzbeitragssätze. Vereinigungen erfolgten bislang auf freiwilliger Grundlage; selbst für die Zwangsvereinigung, die von der Aufsichtsbehörde angeordnet werden kann, bedarf es immer noch einer aufnahmebereiten Krankenkasse. Dass sich die Versichertenzahlen der einzelnen Krankenkassen daher durch Zusammenschlüsse auf ein wie auch immer definiertes „optimales Maß“ einpendeln, ist so nicht zu erwarten.

2. Entwicklung des Beitragssatzes

a. Entwicklung der rechtlichen Grundlagen

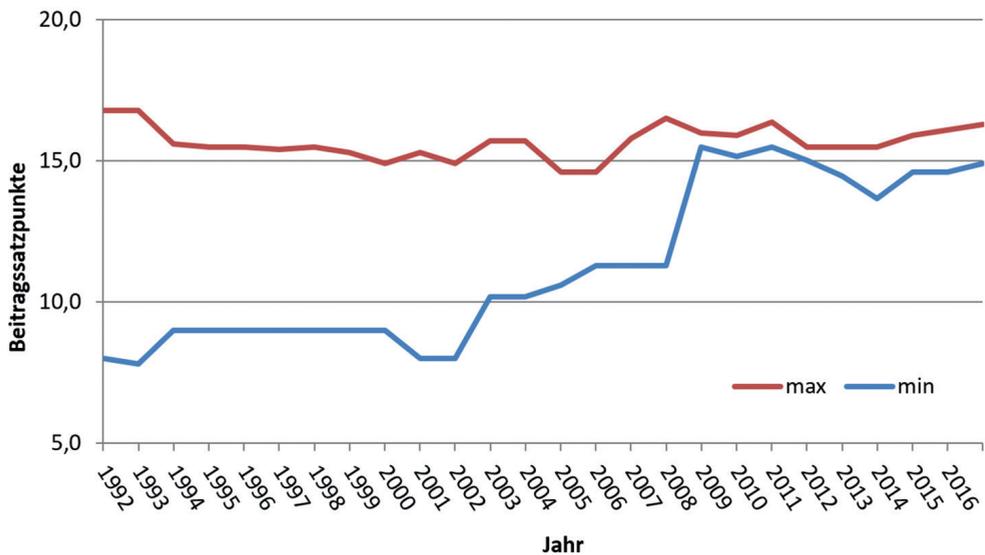
Nach der bis zum 31.12.2008 geltenden Regelung des § 220 SGB V wurden die Beitragssätze vollständig von den einzelnen Krankenkassen festgelegt. Bis 1998 galt zudem die nach neuen und alten Bundesländern getrennte Haushaltsführung, nach der ein getrennter Beitragssatz festzulegen war. Ab dem 1. Januar 2009 wurde ein bundesweit einheitlicher Beitragssatz erhoben, der bis zum 31. Dezember 2010 von der Bundesregierung durch Rechtsverordnung und ab 2011 gesetzlich festgelegt wurde.

Mit der Einführung eines einheitlichen Beitragssatzes zum 1. Januar 2009 und der Finanzierung durch Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds wurde die Möglichkeit der Erhebung von Zusatzbeiträgen geschaffen. Ist der Finanzbedarf einer Krankenkasse durch die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds nicht gedeckt, hat sie einen Zusatzbeitrag zu erheben. Bis zum 31. Dezember 2010 konnte dieser als Pauschale oder in Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen festgelegt werden, wobei er auf 1 Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen begrenzt war. Auf eine Prüfung des Einkommens des Mitglieds konnte verzichtet werden, wenn der monatliche Zusatzbeitrag den Betrag von 8 Euro nicht überstieg. Soweit die Zuweisungen die Ausgaben überstiegen, konnte dagegen eine Prämienzahlung vorgesehen werden.

Seit dem 1. Januar 2015 ist der Zusatzbeitrag einkommensabhängig anhand eines kassenindividuellen Zusatzbeitragsatzes zu erheben.

b. Entwicklung der Beitragssatzbandbreiten

Aus den o.g. Gründen ist die Beitragssatzentwicklung der letzten Jahre praktisch nicht zu vergleichen bzw. lässt wenig Aussagen hinsichtlich der wettbewerblichen Auswirkungen zu. Folgende Grafik lässt vielmehr die Wirkung der Einführung des morbiditätsorientierten RSA erkennen:²⁴



Quelle: Bundesversicherungsamt

Während die Beitragssätze der Krankenkassen im Jahr 2008 vor Start des Gesundheitsfonds noch um bis zu 5,2 Prozentpunkte auseinanderlagen, bestanden 2017 nur noch 1,4 Prozentpunkte an Beitragssatzunterschieden.

²⁴ vgl. ausführliche Darstellung im Sondergutachten S. 19f.

Die Einführung des RSA im Jahr 1994 hatte bereits spürbare Auswirkungen auf die Beitragssatzunterschiede, die in der Grafik durch die fehlende Gewichtung und zugleich noch hohe Zahl an Krankenkassen etwas verdeckt wird. Zwischen den Jahren 2000 und 2002 ist das Phänomen der sogenannten Direktkassen erkennbar, bei dem im Wesentlichen zunächst kleine BKK'en mit niedrigen Beitragssätzen hohe Mitgliederzuwächse initiierten. Der Anstieg im Jahr 2003 ist Ausdruck der dadurch entstandenen Unterfinanzierung bei diesen Krankenkassen. Viele Krankenkassen waren Ende 2003 in einem Maße verschuldet, was den Gesetzgeber dazu veranlasste, die Krankenkassen zu einem Abbau der am 31. Dezember 2003 bestehenden Verschuldung innerhalb von vier Jahren zu verpflichten. Im Jahr 2010 wurde erstmals der Zusatzbeitrag nach Maßgabe der Neuregelung in Höhe von 6,50 Euro bis 15 Euro sowie in Höhe von 1 Prozent des beitragspflichtigen Einkommens erhoben. Eine Analyse der Auswirkungen hat das Bundesversicherungsamt im Jahr 2012 vorgenommen.

Bundesunmittelbare Krankenkassen mit ZB		Höhe	von	bis	Mitgliederveränderung im ZB-Zeitraum
unter 200.000 Mitglieder	ungewichteter Durchschnitt	8,83 €	02 / 2010	10 / 2011	-20,45%
	gewichteter Durchschnitt	9,23 €	03 / 2010	09 / 2011	-29,48%
über 200.000 Mitglieder	ungewichteter Durchschnitt	8,00 €	06 / 2010	02 / 2012	-12,08%
	gewichteter Durchschnitt	8,00 €	11 / 2010	06 / 2012	-7,75%
Quelle: KM1. Als Gewicht wurde die Anzahl der Mitglieder verwendet. Ohne prozentuale Zusatzbeiträge.					

Der bis zum 31. Dezember 2014 geltende allgemeine Beitragssatz von 15,5 Prozent wurde zum 1. Januar 2015 auf 14,6 Prozent abgesenkt. Für das Jahr 2015 hat das Bundesministerium für Gesundheit auf der Grundlage der Zahlen des GKV-Schätzerkreises einen durchschnittlichen Zusatzbeitragssatz von 0,9 Prozent festgelegt, so dass in der Gesamtbetrachtung die Beitragsbelastung stabil blieb. Weil aber der Zusatzbeitragssatz erstmals von den Krankenkassen zu erheben war und die Erhebung ein Sonderkündigungsrecht sowie weitergehende Informationspflichten an die Mitglieder auslöste, ergab sich aus der Perspektive der Krankenkassen auch dann ein Wettbewerbsnachteil, wenn insgesamt

kein höherer Beitrag als im Jahr zuvor erhoben wurde. Überschreitet der Zusatzbeitragssatz den durchschnittlichen Zusatzbeitragssatz, hat die Krankenkasse ihre Mitglieder ausdrücklich auf die Möglichkeit des Wechsels in eine günstigere Krankenkasse hinzuweisen. Die Krankenkassen sind daher bestrebt einen durchschnittlichen oder unterdurchschnittlichen Zusatzbeitragssatz zu erheben. Die Sensitivität der Mitglieder, d.h. die Stärke der Reaktion auf Änderungen im Beitragssatz ist bei den Krankenkassen dabei von höchstem Interesse. Die tatsächlich festgelegten Zusatzbeitragssätze lagen im (gewichteten) Durchschnitt im Jahr 2015 bei rd. 0,8 Prozent. Zwei (landesunmittelbare) Krankenkassen hatten keinen Zusatzbeitragssatz festgelegt, ansonsten lag die Spanne zwischen 0,3 Prozent und 1,3 Prozent. Für das Jahr 2016 erhöhte das Bundesministerium für Gesundheit den durchschnittlichen Zusatzbeitragssatz um 0,2 Prozent-Punkte auf 1,1 Prozent. Das Minimum lag weiterhin bei 0 Prozent, das Maximum nunmehr bei 1,7 Prozent. Für das Jahr 2017 blieb es bei einem durchschnittlichen Zusatzbeitragssatz von 1,1 Prozent, das Minimum liegt jedoch nunmehr bei 0,3 Prozent, das Maximum bei 1,8 Prozent.

Fazit

Der Beitragssatz bzw. Zusatzbeitragssatz einer Krankenkasse ist einerseits Ausdruck einer Über- oder Unterdeckung von Ausgaben durch Zuweisungen des Gesundheitsfonds und andererseits zentraler Wettbewerbsparameter. Die Beitragssatzunterschiede haben sich seit Einführung des RSA im Jahr 1994 und insbesondere seit Einführung der Morbiditätsorientierung 2009 deutlich angeglichen. Die Höhe einer Über- oder Unterdeckung hängt von verschiedenen Einflussfaktoren ab, die nicht alle von der einzelnen Krankenkasse gesteuert werden können. Daher stellen die unterschiedlich hohen Beitragssätze allein keinen Indikator für die Funktionalität des GKV-Wettbewerbs dar.

Insbesondere ist zu konstatieren, dass der Zusatzbeitragssatz eine stärkere Signalwirkung entfaltet, als eigentlich gerechtfertigt. Die Regelung, dass bei Überschreitung des durchschnittlichen Zusatzbeitragssatzes die Mitglieder ausdrücklich auf die Möglichkeit des Wechsels in eine günstigere Krankenkasse hinzuweisen sind, ist insoweit sachwidrig, als der durchschnittliche Zusatzbeitragssatz als Kalkulationsmaßstab lediglich die jährlichen Einnahmen und Ausgaben der GKV berücksichtigt und eine

rechnerische Größe darstellt, während der von den Krankenkassen zu kalkulierende Zusatzbeitragssatz weitere Faktoren wie z.B. die Auffüllung der Rücklage oder ein besonderes Leistungsangebot beinhalten kann. Der vorgeschriebene Vergleich mit dem durchschnittlichen Zusatzbeitragssatz suggeriert dem Mitglied Überteuerung und Unwirtschaftlichkeit selbst dann, wenn der erhobene Zusatzbeitragssatz um nur ein Zehntelprozentpunkt über den Durchschnitt liegt. Eine solche Einflussnahme des Gesetzgebers auf die Wahlentscheidung eines Mitglieds, die stets eine Abwägung von individuellen Nutzen und Nachteilen darstellen soll, ist aus wettbewerblicher Sicht unbegründet.

3. Ausgabenentwicklungen

a. Leistungsausgaben

Die Leistungsausgaben der GKV sind in den letzten Jahren stetig gestiegen. Die Gründe hierfür sind vielseitig. Einflussfaktoren sind Gesetzesänderungen und Steigerungen der Vergütungen sowie weitere Faktoren wie der demografische Wandel, der medizinische Fortschritt und die allgemeine Preisentwicklung. Die folgende Tabelle zeigt die Entwicklung der Leistungsausgaben.²⁵

Jahr	standardisierte Leistungsausgaben			berücks. Satzungs- und Ermessensleistung		
	in Mio. Euro	je Versicherten	Steigerungssatz	in Mio. Euro	je Versicherten	Steigerungssatz
2010	161.236	2.323,98	-	836	12,05	-
2011	164.852	2.375,89	2,23%	780	11,24	-6,72%
2012	169.304	2.434,69	2,47%	720	10,35	-7,91%
2013	178.681	2.560,24	5,16%	875	12,53	21,10%
2014	189.364	2.694,99	5,26%	991	14,11	12,55%
2015	197.703	2.792,08	3,60%	921	13,01	-7,82%
2016	205.867	2.883,11	3,14%	1.137	15,92	22,29%

²⁵ Es werden hier die standardisierten Ausgaben aufgeführt, da diese im RSA berücksichtigt werden.

Auf den Großteil ihrer Leistungsausgaben können die Krankenkassen zwar keinen Einfluss ausüben, es haben sich aber einige Instrumente etabliert, um Kostensteigerungen zu vermeiden bzw. Kostensenkungen zu verwirklichen. Hierzu zählen z.B. die Prüfung von Krankenhausrechnungen, der Abschluss von Rabattverträgen mit pharmazeutischen Unternehmen, die Prüfung von Krankengeldansprüchen, sowie Heil- und Hilfsmittelverordnungen und die Prüfung der Leistungspflicht anderer Sozialversicherungsträger (Pflegeversicherung, Unfallversicherung, Rentenversicherung).²⁶

Die Senkung der eigenen Leistungsausgaben durch die oben genannten Instrumente kann den Krankenkassen einen wettbewerblichen Vorteil im Preiswettbewerb um niedrige Beitragssätze bringen.

Die Ausgaben für Satzungs- und Ermessensleistungen können die Krankenkassen steuern. Allerdings macht dieser Bereich nur einen geringen Anteil an den Ausgaben aus. Hier wägen die Krankenkassen zwischen dem Qualitäts- und Leistungswettbewerb ab und entscheiden im Sinne ihrer Wettbewerbspositionierung wie viel zusätzliche Leistungen sie anbieten und finanzieren möchten.

b. Verwaltungsausgaben

Die Entwicklung der Verwaltungsausgaben in der GKV ist in der folgenden Tabelle dargestellt.

Jahr	Netto-Verwaltungskosten in Euro	je Versicherten in Euro
2010	9.510.175.966	136,24
2011	9.440.874.434	135,57
2012	9.665.034.609	138,66
2013	9.932.263.029	142,17
2014	10.013.755.824	142,46
2015	10.430.586.385	147,47
2016	10.980.405.544	153,78

²⁶ Vgl. Sondergutachten 2012 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Ziffer 242.

Schlussfolgerungen über die Auswirkungen des Wettbewerbs lassen sich hieraus allerdings nicht unmittelbar ableiten. Auch wenn die Verwaltungsausgaben nur etwa 5 % der Gesamtausgaben der GKV ausmachen, sehen die Krankenkassen dieses Instrument zur Kostensenkung als „relativ wichtig“ an.²⁷

c. Ausgaben für Werbung

Die Ausgaben der Krankenkassen für Werbung sind in den vergangenen Jahren deutlich gestiegen. Ausweislich der amtlichen Statistik KJ1 wurden zu Lasten des „Werbekontos“ 7108 in 2012 noch 136 Mio. Euro und in 2016 insgesamt 172 Mio. Euro für die gesamte GKV verbucht, was einem Anstieg von ca. 26 Prozent entspricht. Zum Vergleich: Die Gesamtausgaben der Krankenkassen für individuelle Primärprävention belaufen sich auf 210 Mio. Euro (in 2016).

Der Großteil der Ausgaben entfällt auf das Konto Werbemaßnahmen. Erfasst werden hier „Sachkosten für die im Rahmen der Werbung durchgeführte Öffentlichkeitsarbeit“. Dazu gehören Aufwendungen für allgemeine Werbemaßnahmen und deren Portokosten (u.a. Veröffentlichungen in Funk, Fernsehen, Kino, Tagespresse sowie Werbeartikel, Merkblätter und Broschüren, einschließlich aller Kosten aus Aufträgen an Dritte z.B. Werbeagenturen) (Bestimmung des Kontenrahmens zu 7108). Den deutlichsten Anstieg gab es bei den „Verwaltungskosten für Mitgliederwerbung von privaten Dienstleistern“: von 9,5 Mio. Euro in 2011 auf 20,5 Mio. Euro in 2016. Der Anteil an den gesamten Werbeausgaben erhöhte sich im Zeitraum 2011 auf 2016 von 6,2 Prozent auf 9,6 Prozent.

27 Vgl. Sondergutachten 2012 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Ziffer 242.

Ausgaben für Werbung in Euro					
Jahr	Gesamt	davon externe Dienstleister	Werbung ohne externe Dienstleister	je Mitglied	Budget gem. Wettbewerbsgrundsätze
2010	164.408.156	-	164.408.156	3,20	3,83 €
2011	151.721.573	9.492.104	142.229.470	2,76	3,83 €
2012	163.062.008	6.718.643	156.343.365	3,00	3,94 €
2013	181.958.261	8.385.531	173.572.730	3,31	4,04 €
2014	199.183.498	11.628.695	187.554.803	3,54	4,15 €
2015	207.201.866	15.389.914	191.811.952	3,57	4,15 €
2016	214.049.076	20.472.555	193.576.521	3,51	4,36 €

Die Kosten eines Mitgliederwechsels lassen sich nicht allgemeingültig quantifizieren. In den geführten Interviews erläuterten die Kassenvertreter, dass sich der Mitgliederwechsel heute oftmals über das Internet vollzieht und keine erheblichen Verwaltungskosten verursacht. Allerdings initiieren die Krankenkassen nach Eingang einer Kündigung auch Rückwerbeaktionen, bei denen auch externe Dienstleister eingesetzt werden, die nach den Wettbewerbsgrundsätzen bis zu 85 Euro als Werbeprämie erhalten können.²⁸

Fazit:

Die Entwicklung der Leistungsausgaben und auch der Verwaltungsausgaben wird von zahlreichen Faktoren beeinflusst. Angesichts der Vielzahl möglicher Bestimmungsgrößen kann der konkrete Einfluss des Wettbewerbs auf die Kostenentwicklung nicht festgestellt werden. Es kann jedoch festgestellt werden, dass die einzelnen Krankenkassen versuchen, ihre Kosten, sowohl im Leistungs- als auch im Verwaltungsbereich zu senken. Im Preiswettbewerb können sie so einen Vorteil erlangen. Die Ausgaben der Satzungs- und Ermessensleistungen können Krankenkassen über ihr Angebot in diesem Bereich selbst bestimmen. Hier müssen sie zwischen der Gewinnung von Mitgliedern durch ein attraktives An-

²⁸ Rz. 35a der Wettbewerbsgrundsätze.

gebot und einer schlechteren Positionierung im Preiswettbewerb durch höhere Ausgaben abwägen.

Auch die Ausgabenentwicklung für Werbung lässt keine Rückschlüsse auf die „Kosten des Wettbewerbs“ zu. Zwar ließe sich argumentieren, dass bei einer Einschränkung der Wahlrechte bzw. einer Rückkehr zu einem Mitgliederzuweisungssystem Ausgaben in diesem Bereich entbehrlich wären, jedoch liegt der volkswirtschaftliche Nutzen des Wettbewerbs in der GKV darin, dass der Wettbewerb Druck auf Preise und Beiträge ausübt, der ohne die rivalisierenden Bemühungen der Krankenkassen um Mitglieder nicht entstanden wäre. Eine Bezifferung des ökonomischen Vorteils ist jedoch kaum möglich.

III. Auswirkungen kassenindividueller Gestaltungsspielräume

Der gesetzliche Leistungskatalog ist zu rund 95 Prozent für alle gesetzlichen Krankenkassen gleich. Auch machen sogenannte Regelleistungen, also Leistungen, zu deren Finanzierung alle gesetzlichen Krankenkassen einheitlich rechtlich verpflichtet sind, rund 95 Prozent der Leistungsausgaben aus. 5 Prozent sind aber als individuelle Leistungsangebote gestaltbar und damit als Wettbewerbsinstrument nutzbar.²⁹ Hierzu zählen etwa die Satzungsleistungen, die Wahltarife und die Selektivverträge.

Diese individuellen Gestaltungsmöglichkeiten des Leistungsangebots sind zum einen ein politisch gewolltes Wettbewerbsinstrument. Zum anderen sind sie aber auch eine Folge der Streichung von Leistungen aus dem gesetzlichen Leistungskatalog. Seit dem KVKG³⁰ im Jahr 1977 werden Bagatellarzneimittel (Negativliste) aus der Leistungspflicht der Krankenkassen ausgenommen. Ferner sind Selbstbeteiligungen der Versicherten für Zahnersatz und Kieferorthopädie in Höhe von bis zu 20 Prozent normiert worden.³¹ Mit dem GMG³² sind das Sterbe- und das Ent-

29 *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, 2014, S. 128.

30 Gesetz zur Dämpfung der Ausgabenentwicklung und zur Strukturverbesserung in der gesetzlichen Krankenversicherung (Krankenversicherungskostendämpfungsgesetz) vom 27.06.1977 (BGBl. I 1977, S. 1069).

31 *Knieps/Reiners*, Gesundheitsreformen in Deutschland, 2015, S. 329.

32 Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz) vom 14.11.2003 (BGBl. I 2003, S. 2190).

bindungsgeld sowie Zuschüsse für Sehhilfen und Zahnersatz gestrichen worden. Daneben sind Zuzahlungen auf die meisten GKV-Leistungen von 10 Prozent des Preises, mindestens jedoch 5,00 und höchstens 10,00 Euro, eingeführt worden.³³

Im Folgenden werden die Gestaltungsspielräume der Krankenkassen und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb unter den Krankenkassen aus aufsichtsrechtlicher Sicht dargestellt und bewertet.

1. Satzungsleistungen

Ein bedeutsames Wettbewerbsinstrument stellt die Möglichkeit dar, kassenindividuell den Leistungskatalog durch Satzungsleistungen zu gestalten.

Der Gesetzgeber führte zum 1. Juli 1997 mit § 56 SGB V i.d.F. des 2. GKV-NOG³⁴ erstmalig eine umfassende Regelung ein, nach der es den gesetzlichen Krankenkassen gestattet war, ihr Leistungsangebot zu erweitern. Hierdurch sollte den gesetzlichen Krankenkassen vor allem die Möglichkeit eröffnet werden, gesetzlich aus dem Leistungskatalog herausgenommene Leistungen, beispielsweise Leistungen der Prävention, als erweiterte Leistungen anzubieten. Diese kassenindividuellen Leistungserweiterungen waren einzig von den Versicherten aufzubringen.³⁵

Bereits zum 1. Januar 1999 schaffte der Gesetzgeber § 56 SGB V mit der Begründung wieder ab, diese Instrumente der privaten Krankenversicherung seien mit den Prinzipien einer solidarischen Krankenversicherung nicht vereinbar und beeinträchtigten den solidarischen Ausgleich zwischen Gesunden und Kranken, Jungen und Alten, Beziehern höherer und niedrigerer Einkommen sowie zwischen Ledigen und Familien mit Kindern.³⁶ Darüber hinaus würden die Regelungen zu Fehlsteuerungen führen und könnten so das

33 *Knieps/Reiners*, Gesundheitsreformen in Deutschland, 2015, S. 341; *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, 2016, S. 193.

34 Zweites Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung (2. GKV-Neuordnungsgesetz) vom 23.06.1997 (BGBl. I 1997, S. 1520).

35 BT-Drs. 13/6087, 18.

36 BT-Drs. 14/157, S. 30.

vermeintliche Ziel, zu einer sparsamen Leistungsanspruchnahme beizutragen, nicht erreichen.³⁷

Durch das GKV-VStG³⁸ wurde den gesetzlichen Krankenkassen ab dem 1. Januar 2012 auf der Grundlage von § 11 Abs. 6 SGB V wieder die Möglichkeit eröffnet, zusätzliche Satzungsleistungen anzubieten.³⁹ Der Gesetzgeber verspricht sich durch die Einführung von Satzungsmehrleistungen eine Stärkung der wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten der Krankenkassen.⁴⁰ Zudem können die Versicherten nach seiner Auffassung so künftig auf breiterer Basis Angebote nutzen, die ihrem individuellen Bedarf entsprechen.⁴¹

Folgende Leistungsbereiche werden von § 11 Abs. 6 SGB V erfasst:

- medizinische Vorsorge und Rehabilitation (§§ 23, 40 SGB V),
- Leistungen von Hebammen bei Schwangerschaft und Mutterschaft (§§ 24d SGB V),
- künstliche Befruchtung (§ 27a SGB V),
- zahnärztliche Behandlung ohne die Versorgung mit Zahnersatz (§ 28 Abs. 2 SGB V),
- Versorgung mit nicht verschreibungspflichtigen apothekenpflichtigen Arzneimitteln (§ 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V),
- Heilmittel (§ 32 SGB V),
- Hilfsmittel (§ 33 SGB V),
- häusliche Krankenpflege (§ 37 SGB V),
- Haushaltshilfe (§ 38 SGB V) und
- Leistungen von nicht zugelassenen Leistungserbringern.

In den genannten Bereichen wird den gesetzlichen Krankenversicherungen ausweislich der Gesetzesbegründung zwar ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt.⁴² Die Leistungen

37 BT-Drs. 14/24, S. 18; BT-Drs. 14/157, S. 30.

38 Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz) vom 22.12.2011 (BGBl. I 2011, S. 2983).

39 BT-Drs. 17/6906, S. 53.

40 BT-Drs. 17/6906, S. 53.

41 BT-Drs. 17/8005, S. 4.

42 BT-Drs. 17/6906, S. 53.

dürfen allerdings nicht vom Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) ausgeschlossen sein. Darüber hinaus muss die Satzung nach § 11 Abs. 6 Satz 2 SGB V insbesondere die Art, die Dauer und den Umfang der Leistung bestimmen. Bezüglich der „Art“ der Leistung nennt § 11 Abs. 6 SGB V die betreffenden Bereiche unter Verweis auf die ihnen zugrundeliegenden Normen (z.B. §§ 23, 37, 38 SGB V). Zudem haben die Krankenkassen in ihren Satzungen hinreichende Anforderungen an die Qualität der Leistungserbringung zu regeln.

Als Satzungsleistungen können nur solche Leistungen gewährt werden, die im unmittelbaren Zusammenhang zum allgemeinen Leistungskatalog der GKV stehen.⁴³ Der dabei den Kassen eingeräumte weite Gestaltungsspielraum bezieht sich darauf, dass der Satzungsgeber die aufgeführten Bereiche durch die Satzung näher ausgestalten kann, es sich also um eine Weiterentwicklung der Regelleistung handelt. Die Grenze ist dort erreicht, wo Art und Funktion der Regelleistung verändert wird. Das Gesetz ermöglicht nicht, wesentlich neue, anders als im Gesetz vorgeformte Leistungen zuzulassen; grundlegende Umgestaltungen bleiben dem Gesetzgeber vorbehalten.⁴⁴ Die Regelung verweist für zusätzliche Leistungen auf das Grundmodell des jeweiligen Leistungsbereiches. Die Krankenkassen werden dadurch lediglich zur Ausgestaltung „zusätzlicher“ Leistungen innerhalb der in Bezug genommenen Vorschriften ermächtigt.⁴⁵

Die reine ärztliche Behandlung ist von der Erweiterungsmöglichkeit des § 11 Abs. 6 SGB V ausgenommen. Dieser Ausschluss der ärztlichen Leistungen sowie die Beschränkung auf „vom G-BA nicht ausgeschlossene Leistungen“ bereitet im Genehmigungsalltag des Bundesversicherungsamtes regelmäßig Schwierigkeiten bei der rechtlichen Abgrenzung der zusätzlichen Satzungsleistungen, da die Krankenkassen verstärkt z.B. flächendeckende Früherkennungsuntersuchungen (wie zusätzliche Screening-Maßnahmen während der Schwangerschaft) nach § 25 SGB V anbieten möchten. Dies ist jedoch nur im Kontext von § 23 SGB V, d.h. im Einzelfall für Risikopatienten möglich, so dass diese ge-

43 BR-Drs. 17/6906, S. 53; *Jossen* in Rolfs et al., BeckOK Sozialrecht, § 11 SGB V, Rn. 17.

44 LSG Hessen, Urteil vom 15. Mai 2014 – L 1 KR 56/13 KL, juris Rn. 24 und Urteil vom 28. April 2016, L 1 357/14 KL, juris Rn. 27; *Noftz* in Hauck/Haines, § 11 SGB V Rn. 73, 76, 79.

45 BSG, Urteil vom 18. November 2014 – B 1 A 1 1/14 R, juris Rn. 12.

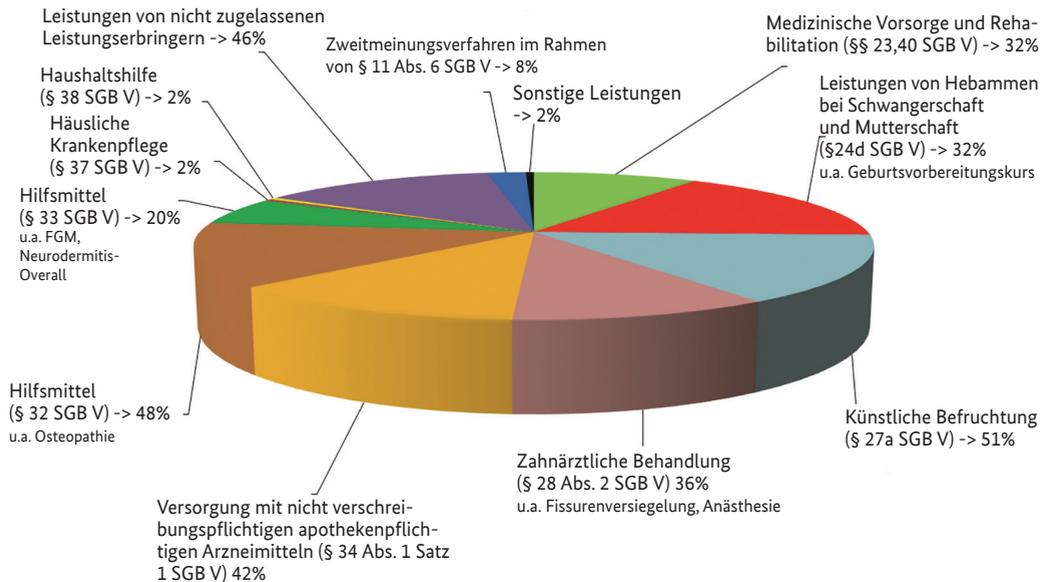
setzlichen Vorgaben oftmals umfangreiche Abstimmungsprozesse und detaillierten Anpassungsbedarf bei den Satzungsregelungen erfordern. Die Aufwendungen nach § 11 Abs. 6 SGB V werden bei der Ermittlung der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds zur Deckung der standardisierten Aufwendungen für satzungsgemäße Mehr- und Erprobungsleistungen nicht berücksichtigt (§ 270 Abs. 1 Satz 1 Ziff. a SGB V).

In der Aufsichts- und Genehmigungspraxis ist festzustellen, dass sich die Satzungsleistungen nach § 11 Abs. 6 SGB V seit 2012 im Angebotsportfolio der gesetzlichen Krankenkassen – wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß – etabliert haben. Am häufigsten vertreten sind unter den bundesunmittelbaren Krankenkassen⁴⁶ die zusätzlichen Leistungen im Bereich der Leistungen von Hebammen bei Schwangerschaft und Mutterschaft nach § 24d SGB V. Von 65 Krankenkassen bieten 55 Prozent Leistungen in diesem Bereich an. Auf dieses Leistungsangebot folgen mit 51 Prozent die zusätzlichen Leistungen im Bereich der künstlichen Befruchtung nach § 27a SGB V. Dem schließt sich mit 48 Prozent der Bereich der Heilmittel nach § 32 SGB V an. Kaum etabliert haben sich dagegen zusätzliche Leistungen im Bereich der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V sowie der Haushaltshilfe nach § 38 SGB V. Letzteres vor dem Hintergrund, dass § 38 SGB V bereits selbst eine umfangreiche Grundlage für zusätzliche Satzungsleistungen beinhaltet. Lediglich eine von 65 Krankenkassen führte 2012 zusätzliche Leistungen in diesen Bereichen ein. Insgesamt stellt sich die Verteilung der zusätzlichen Leistungen in den einzelnen Bereichen des § 11 Abs. 6 SGB V bei 65 bundesunmittelbaren Krankenkassen wie folgt dar:

- Medizinische Vorsorge und Rehabilitation: 32 Prozent
- Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft: 55 Prozent
- Künstliche Befruchtung: 51 Prozent
- Zahnärztliche Behandlung: 36 Prozent
- Versorgung mit nicht verschreibungspflichtigen apothekenpflichtigen Arzneimitteln: 42 Prozent
- Heilmittel: 48 Prozent
- Hilfsmittel: 20 Prozent
- Häusliche Krankenpflege: 2 Prozent
- Haushaltshilfe: 2 Prozent
- Leistungen von nicht zugelassenen Leistungserbringern: 46 Prozent

⁴⁶ Die SVLFG ist hier nicht erfasst, da diese als Verbundträger nicht am Wettbewerb beteiligt ist.

§ 11 Abs. 6 SGB V - Leistungen
Stand: 26. September 2017 (65 Krankenkassen ohne SVLFG)



z.B.: 32% von 65 Krankenkassen (ohne SVLFG) haben den Leistungsbereich der med. Vorsorge und Rehabilitation nach §§ 23, 40 SGB V bereits in ihrer Satzung eingeführt.

Quelle: Bundesversicherungsamt

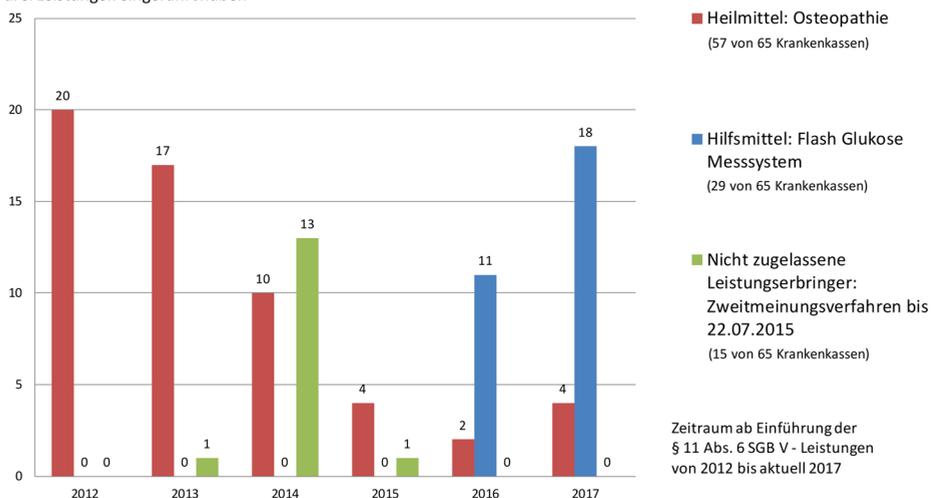
Die inhaltlichen Schwerpunkte in den vom Bundesversicherungsamt genehmigten Satzungsleistungen nach § 11 Abs. 6 SGB V lagen dabei vor allem in den Leistungsbereichen Osteopathie, professionelle Zahnreinigung (PZR), medizinische Vorsorge (insbesondere in Form von zusätzlichen Hautkrebsvorsorgeuntersuchungen, zusätzlichen Untersuchungen bei Schwangerschaft und zusätzlichen Untersuchungen bei Kindern unter 11 Jahren sowie sportmedizinische Untersuchungen), Hilfsmittel für Diabetiker (Flash Glukose Messsystem, FGM), nicht zugelassene Leistungser-

bringer (Ärzte und Krankenhäuser ohne Kassenzulassung), sportmedizinische Untersuchung und Beratung sowie Rufbereitschaft von Hebammen. In der Anfangszeit beginnend mit dem Jahre 2012 haben die Kassen dabei in erster Linie osteopathische Leistungen, dicht gefolgt von PZR angeboten. Die erste Krankenkasse, die damit „auf den Markt“ ging, war eine Ersatzkasse, der die anderen Krankenkassen bald folgten. Im Jahr 2012 boten 20 Krankenkassen Leistungen der Osteopathie im Bereich der Heilmittel an. 2013 folgten 17 und 2014 weitere 10 Krankenkassen. Mit weiteren 10 Krankenkassen in den Jahren 2015 bis 2017 bieten aktuell alle bundesunmittelbaren Krankenkassen Leistungen der Osteopathie an. Ab dem Jahr 2013 übernahmen die Krankenkassen mehrheitlich das ärztliche Zweitmeinungsverfahren, wobei hier die AOK'en Auslöser der Entwicklung waren. Konnte das Bundesversicherungsamt im Jahr 2013 lediglich eine Krankenkasse mit einer zusätzlichen Leistung des Zweitmeinungsverfahrens registrieren, waren es im Jahr 2014 insgesamt 13 Krankenkassen mehr. Jüngst wurden zahlreiche Satzungsgenehmigungen für das Hilfsmittel FGM ausgesprochen. Das Bundesversicherungsamt verzeichnet hier 11 bundesunmittelbare Krankenkassen im Jahr 2016 und 18 weitere Krankenkassen im Jahr 2017. Damit bietet fast die Hälfte der der Aufsicht des Bundesversicherungsamtes unterstehenden Krankenkassen das Hilfsmittel FGM an. Auch hier war eine Ersatzkasse Vorreiterin.

Unter den angebotenen Satzungsleistungen finden sich auch so genannte „Individuelle Gesundheitsleistungen“ (IGeL-Leistungen), deren Wirksamkeit nicht wissenschaftlich belegt ist. Zwar liegen für einige dieser Zusatzleistungen laut IGeL-Monitor des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen e.V. (MDS) teilweise „tendenziell positive“ Bewertungen vor (z.B. Akupunktur zur Migräneprophylaxe, Lichttherapie bei saisonal depressiver Störung), teilweise werden Zusatzleistungen in der medizinischen Fachwelt jedoch kritisch gesehen (z.B. PSA-Test zur Früherkennung von Prostatakrebs, Ultraschall der Eierstöcke zur Krebsfrüherkennung). Durch das Inkrafttreten des GKV-VSG am 22. Juli 2015 wurde die Möglichkeit zur Kostenübernahme ärztlicher Zweitmeinungen in § 27b Abs. 6 SGB V geregelt. Neue Zweitmeinungsverfahren können daher nur noch auf der Grundlage des § 27b Abs. 6 SGB V genehmigt werden.

Jährliche Übersicht an den Beispielen über die Einführung der Osteopathie, des Flash Glukose Messsystemes und des Zweitmeinungsverfahrens im Rahmen des § 11 Abs. 6 SGB V (Stand: 26. September 2017)

Anzahl der Krankenkassen, die in den Jahren 2012 - 2017 die drei Leistungen eingeführt haben



Quelle: Bundesversicherungsamt

Die Aufwendungen für diese Leistungen werden – anders als bei den Satzungsleistungen nach § 11 Abs. 6 SGB V – bei der Ermittlung der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds berücksichtigt. Da bisher die Festlegung des G-BA zu den Indikationen und Qualitätsanforderungen an die Leistungserbringer nach § 27b Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 SGB V⁴⁷ fehlt, genehmigt das Bundesversicherungsamt seit Ende 2015 entsprechende Satzungsregelungen nur unter der Bedingung, dass die Satzungsregelung lediglich bis zum Inkrafttreten der Richtlinie des G-BA gilt. Bestehende Satzungsregelungen nach § 11 Abs. 6 SGB V zur Kostenübernahme für Zweitmeinungen toleriert das Bundesversicherungsamt ebenfalls bis zu

⁴⁷ Mit Beschluss vom 21.09.2017 hat der GB-A eine Richtlinie zur Durchführung eines strukturierten Zweitmeinungsverfahrens für die Entfernung von Gaumen- und/oder Rachenmandeln sowie der Gebärmutter erlassen. Die Richtlinie liegt derzeit dem Bundesministerium für Gesundheit zur rechtlichen Bewertung vor.

diesem Zeitpunkt. So bieten zurzeit noch 8 Prozent der bundesunmittelbaren Krankenkassen ein Zweitmeinungsverfahren im Rahmen des § 11 Abs. 6 SGB V an.

Satzungsleistungen nach § 11 Abs. 6 SGB V stiegen in den Jahren 2012 bis 2016 um 568 Prozent und verursachten im Jahr 2016 Leistungsausgaben von insgesamt 340.527.176 Euro oder auch 4,76 Euro pro Versicherten. Dies entspricht einem Anteil an den Gesamtausgaben von nur 0,16 Prozent.⁴⁸

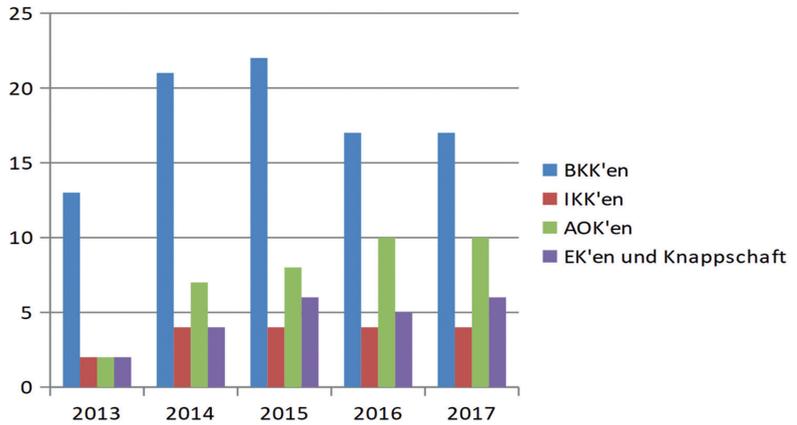
Satzungsmehrleistungen werden von den Krankenkassen als Wettbewerbsinstrument genutzt. In zahlreichen Internetportalen werden die Mehrleistungsangebote der Krankenkassen untereinander verglichen (vgl. Stiftung Warentest, Focus Money, Krankenkasseninfo.de sowie GesetzlicheKrankenkassen.de). Mit Hilfe einer Auswertung verschiedener jährlich erscheinender Tests der Stiftung Warentest aus den Jahren 2013-2017, welche die Zusatzleistungen von 85 gesetzlichen Krankenkassen, darunter 60 bundesunmittelbare und 25 landesunmittelbare Krankenkassen,⁴⁹ verglichen haben, lässt sich feststellen, dass das Angebot bei den meisten getesteten Zusatzleistungen kontinuierlich stieg. So entwickelte sich die Zahl der Krankenkassen, die die Zusatzleistung „künstliche Befruchtung“ anbot, in den Jahren 2013 bis 2017 von 19 auf 37, wobei sich die Anzahl der Krankenkassen im selben Zeitraum durch Fusionen um 21, von 134 auf 113, reduzierte.⁵⁰

48 Bundesministerium für Gesundheit, KJ1 Statistik 2016.

49 Finanztest 9/2013, S. 62 ff.; Finanztest 9/2014, S. 66 ff.; Finanztest 9/2015, S. 68 ff.; Finanztest 9/2017, S. 66 ff.; Finanztest 6/2017, S. 75 ff.

50 GKV-Spitzenverband, https://www.gkv-spitzenverband.de/presse/zahlen_und_grafiken/zahlen_und_grafiken.jsp, zuletzt eingesehen am 15.11.2017.

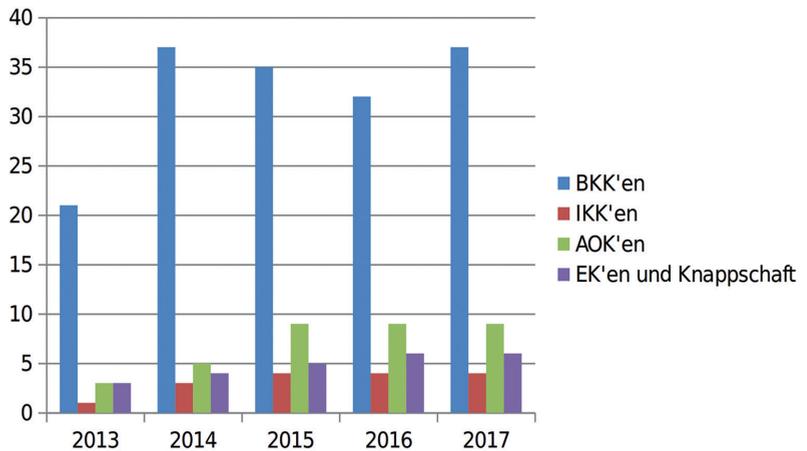
Künstliche Befruchtung



Quelle: Bundesversicherungsamt

Auch die zusätzliche Untersuchung bei Schwangerschaft wurde zunächst 2013 von 28 und 2017 bereits von 56 Krankenkassen offeriert.

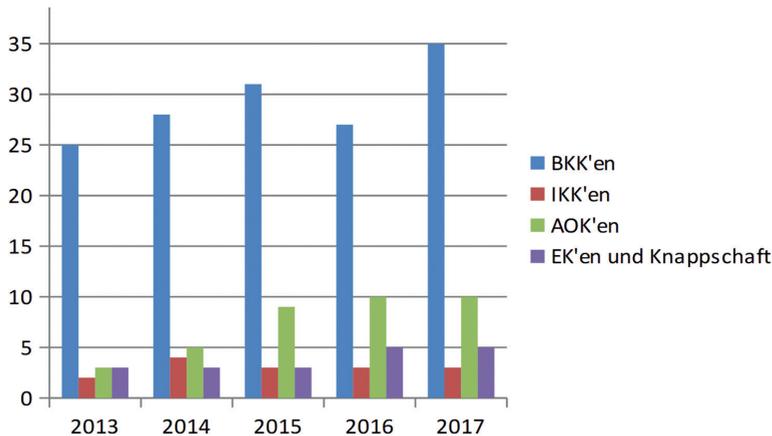
Zusätzliche Untersuchungen bei Schwangerschaft



Quelle: Bundesversicherungsamt

Ferner stieg auch die Zahl von Angeboten zu sportmedizinischen Untersuchungen von 10 auf 34. Zusätzliche alternative Arzneimittel bieten zwischenzeitlich 53 Krankenkassen an.

Zusätzliche alternative Arzneimittel



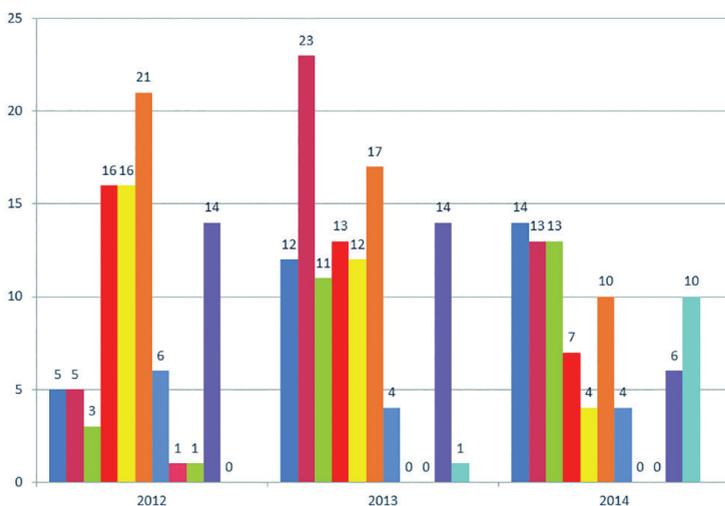
Quelle: Bundesversicherungsamt

Die Zahl der Krankenkassen, die Leistungen der Osteopathie anbieten, stieg von 53 auf 60. Hingegen stieg die Zahl der Krankenkassen, die Zusatzleistungen zur Haushaltshilfe bei schwerer Erkrankung, zusätzliche Früherkennung bei Kindern (U10, U11), zusätzliche Hautkrebsvorsorgeuntersuchung, Homöopathie und PZR anbieten in den Jahren 2013 bis 2017 nicht an. Sie pendelten sich mit 78, 72, 68, 77, 65 und 56 anbietenden Krankenkassen aber auf einem sehr hohen Niveau ein. Auch die Zahlen des Bundesversicherungsamtes zu 66 bundesunmittelbaren Krankenkassen belegen diese Auswertung verschiedener jährlich erscheinender Tests der Stiftung Warentest aus den Jahren 2013–2017. Boten z. B. im Jahr 2012 lediglich 3 Krankenkassen Leistungen der künstlichen Befruchtung an, folgten ein Jahr später bereits 11 und im Jahr 2014 nochmals 13 Krankenkassen. Im Bereich der Leistungen von Hebammen bei Schwangerschaft und Mutterschaft zeichnete sich die Tendenz zum zahlenmäßig führenden Leistungsbereich des § 11 Abs. 6 SGB V bereits frühzeitig ab. Im Jahr 2012 führten 5 Krankenkassen Leistungen in diesem Bereich ein. Im Jahr 2013

konnte das Bundesversicherungsamt 23 Krankenkassen verzeichnen, die zusätzliche Leistungen im Bereich Schwangerschaft und Mutterschaft in ihre Satzungen aufnehmen.

Übersicht 3-Jahreszeitraum (2012-2014) ab Einführung der § 11 Abs. 6 SGB V-Leistungen (Stand: 26. September 2017)

Anzahl an Krankenkassen, die die einzelnen Leistungsbereiche in den Jahren 2012-2014 erstmals eingeführt haben



§ 11 Abs. 6 SGB V - Leistungsbereiche

- Medizinische Vorsorge und Rehabilitation (§§ 23, 40 SGB V)
- Leistungen von Hebammen bei Schwangerschaft und Mutterschaft (§ 24d SGB V)
- Künstliche Befruchtung (§ 27a SGB V)
- Zahnärztliche Behandlung (§ 28 Abs. 2 SGB V)
- Versorgung mit nicht verschreibungspflichtigen apothekenpflichtigen Arzneimitteln (§ 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V)
- Heilmittel (§ 32 SGB V)
- Hilfsmittel (§ 33 SGB V)
- Häusliche Krankenpflege (§ 37 SGB V)
- Haushaltshilfe (§ 38 SGB V)
- Leistungen von nicht zugelassenen Leistungserbringern
- Zweitmeinungsverfahren im Rahmen von § 11 Abs. 6 SGB V bis zum Inkrafttreten des GKV-VSG zum 23. Juli 2015
- Sonstige Leistungen

Quelle: Bundesversicherungsamt

Trotzdem gibt es immer noch einzelne Krankenkassen, die nur sehr wenig von den Gestaltungsmöglichkeiten der Zusatzleistungen Gebrauch gemacht haben. Denn in der Kassenlandschaft gibt es insoweit zwei gegensätzliche Strömungen: Ein Teil der Krankenkassen entscheidet sich für Preiswettbewerb, in dem er einen möglichst niedrigen Zusatzbeitrag fordert, ein größerer Teil der Krankenkassen entscheidet sich für Leistungswettbewerb über das verstärkte Angebot von Satzungsmehrleistungen,

teilweise bezogen auf eine bestimmte Personengruppe, z.B. junge Familien und Diabetiker oder auch - gesellschaftlichen Ernährungstrends entsprechend - Veganer und Vegetarier⁵¹. Im Ergebnis konnte die Auswertung bestätigen, dass die Krankenkassen regelmäßig sehr zeitnah auf neue Angebote ihrer Mitbewerber reagierten und ihr Leistungsangebot entsprechend anpassten. Ersichtlich wird dies beispielsweise anhand der oben genannten Zahlen des Hilfsmittels FGM in den Jahren 2016 und 2017.

Das Institut für Forschung und Entwicklung (IGES) konnte im Rahmen seines Discrete Choice Experiments aus dem Jahr 2009 erste Hinweise dafür liefern, dass sich höhere Zusatzbeiträge durch ausgewählte Versorgungsleistungen, wie beispielsweise alternative Heilmethoden, teilweise kompensieren lassen.⁵² Daneben stellte auch der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen in seinem Gutachten 2012 fest, dass preisliche Argumente zwar im Mittelpunkt der Abwägungen von Versicherten mit Wechselintention stehen, aber für die Versicherten das Leistungsangebot einer Krankenkasse durchaus von Bedeutung sein kann.⁵³ Dies gilt im Besonderen für nicht akut wechselinteressierte Kunden.⁵⁴ Darüber hinaus konnte der Sachverständigenrat in seinem Gutachten 2012 feststellen, dass die Krankenkassen auf die Frage nach den besten Instrumenten zur Steigerung der Versorgungsqualität und Zufriedenheit der Versicherten umfangreiche Satzungsleistungen ungewichtet am Zweithöchsten und gewichtet nach Versicherten im oberen Mittelfeld einstufen.⁵⁵

-
- 51 Blutuntersuchungen von Veganern oder Vegetariern wurden vom Bundesversicherungsamt nicht als Satzungsmehrleistung nach § 11 Abs. 6 SGB V im Bereich des § 23 SGB V genehmigt. Das LSG Rheinland-Pfalz bestätigte diese Entscheidung, vgl. Urteil vom 2. Juni 2016 - L 5 KR 66/15 KL.
 - 52 IGES Institut, Kompass Gesundheit – Mentalität und Erleben, Ansprüche und Präferenzen, Ergebnisreport 2009.
 - 53 SVR-G, Sondergutachten 2012, Wettbewerb an der Schnittstelle zwischen ambulanter und stationärer Gesundheitsversorgung, Vollversion als BT-Drs. 17/10323, S. 401.
 - 54 SVR-G, Sondergutachten 2012, Wettbewerb an der Schnittstelle zwischen ambulanter und stationärer Gesundheitsversorgung, Vollversion als BT-Drs. 17/10323, S. 401.
 - 55 SVR-G, Sondergutachten 2012, Wettbewerb an der Schnittstelle zwischen ambulanter und stationärer Gesundheitsversorgung, Vollversion als BT-Drs. 17/10323, S. 408, 409.

Schließlich können auch die vom Bundesversicherungsamt geführten strukturierten Interviews mit Krankenkassen, deren Verbänden und Arbeitsgemeinschaften, einer Landesaufsicht sowie der Patientenbeauftragten überwiegend bestätigen, dass der Aspekt eines attraktiven Angebots an zusätzlichen Satzungsleistungen wichtig für die Wahlentscheidung der gesetzlich Krankenversicherten ist. Lediglich drei Interviewpartner sind der Meinung, individuelle Leistungsangebote hätten keinen wesentlichen Einfluss auf die Wahlentscheidung der Mitglieder. Nach Einschätzungen einer Arbeitsgemeinschaft von Betriebskrankenkassen dürfte hierbei aber der Wechseleffekt deutlich geringer ausfallen, als der Halteeffekt. Viele Krankenkassenvertreter berichteten, dass sie zusätzliche Leistungen wie Osteopathie oder Homöopathie aufgrund des Drucks im Wettbewerb anbieten, obwohl sie selbst diesen Leistungsangeboten eher kritisch gegenüber stehen.

Kritik:

In den vom Bundesversicherungsamt geführten Interviews äußern viele Krankenkassen und ihre Verbände Kritik an einer unterschiedlichen Genehmigungspraxis der Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder. Diese Kritik teilt die Monopolkommission und führt in ihrem aktuellen Gutachten aus, dass es hierdurch zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen den landes- und den bundesunmittelbaren gesetzlichen Krankenkassen komme.⁵⁶

Das Bundesversicherungsamt hat sich auch Satzungsregelungen landesunmittelbarer Krankenkassen angesehen und in der Tat teilweise Satzungsregelungen identifiziert, die das Bundesversicherungsamt - und ggf. auch andere Landesaufsichtsbehörden - nicht genehmigen würden. Allerdings handelt es sich nur um sehr wenige Regelungen, deren Wettbewerbsrelevanz im Einzelfall durchaus in Frage gestellt werden kann. So genehmigen acht Landesaufsichtsbehörden - abweichend von der Genehmigungspraxis des Bundesversicherungsamtes und einer Entscheidung des LSG Hessen⁵⁷ - zusätzliche Satzungsleistungen im Bereich der „Sehhilfen für Versicherte ab Vollendung des 18. Lebensjahres“. Eine Betriebskrankenkasse hat zudem abweichend von der Genehmigungs-

⁵⁶ Monopolkommission, Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem, Sondergutachten 75, 2017, S. 52, 53.

⁵⁷ LSG Hessen, Urteil vom 15. Mai 2014 - L 1 KR 56/13 KL.

praxis des Bundesversicherungsamtes Satzungsmehrleistungen im Bereich häusliche Krankenpflege von der zuständigen Aufsicht genehmigt bekommen, bei denen Pflegebedürftigkeit vorliegt und die Voraussetzungen für den Bezug von Leistungen nach § 43 SGB XI (vollstationäre Pflege) gegeben sind. Im Gegensatz zur Genehmigungspraxis des Bundesversicherungsamtes wird sieben landesunmittelbaren Krankenkassen die Satzungsmehrleistung der Unterbringung des begleitenden Elternteils im Elternzimmer im Rahmen der Leistungen von Hebammen bei Schwangerschaft und Mutterschaft nach § 24d SGB V genehmigt. Die Rechtsansicht des Bundesversicherungsamtes, dass diese Leistung nicht genehmigungsfähig ist, wurde durch die Rechtsprechung bestätigt.⁵⁸

Durch die Rechtsprechung bestätigt ist auch die Entscheidung des Bundesversicherungsamtes, Leistungen zur künstlichen Befruchtung für nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht zu genehmigen.⁵⁹ Abweichende Satzungsregelungen landesunmittelbarer Krankenkassen wurden daraufhin nach und nach gestrichen. Lediglich eine AOK gewährt eine solche Leistung für gleichgeschlechtliche weibliche eingetragene Lebenspartnerschaften nach dem Gesetz über die eingetragenen Lebenspartnerschaften. Zwischenzeitlich dürfen diese Lebenspartner heiraten, wodurch sich die rechtliche Bewertung der Regelung verändert.⁶⁰ Derzeit beim Bayerischen LSG anhängig sind Regelungen des Mitgliedschaftsrechts als Leistungsvoraussetzung einer Kostenerstattung nach § 11 Abs. 6 SGB V. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Satzungsregelung einer landesunmittelbaren Krankenkasse, ihren Versicherten nur dann Kostenerstattung für das Leistungsangebot nach § 11 Abs. 6 SGB V zu gewähren, wenn im Zeitpunkt der Rechnungslegung durch den Versicherten noch eine ungekündigte Mitgliedschaft besteht. Der Anspruch auf die Kostenerstattung entsteht bereits im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Leistungsangebots nach § 11 Abs. 6 SGB V während einer bestehenden Mitgliedschaft. Dieser Anspruch kann nach Ansicht des Bundesversicherungsamtes sodann nicht mehr im Zeitpunkt der rein verfahrenstechnischen Rechnungslegung genommen werden. Dies würde § 2 Abs. 1 SGB V unterlaufen, nach dem die Mitgliedschaft das Recht

58 Beschluss des LSG Sachsen-Anhalt vom 30. April 2014, L 6 KR 35/14 ER.

59 BSG Urteil vom 18. November 2014, B 1 A 1/14 R (vorgehend LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13. Juni, L 1 KR 435/12 KL, Rn. 49).

60 Im Falle einer Heirat gleichgeschlechtlicher Paare dürfte ein gesetzlicher Leistungsanspruch bestehen.

zur Inanspruchnahme der Leistungen der Krankenkassen begründet. Von verschiedenen Landesaufsichtsbehörden wird eine solche Regelung aber genehmigt,⁶¹ so dass nach den Recherchen des Bundesversicherungsamtes derweil 6 landesunmittelbare Krankenkassen eine entsprechende Satzungsregelung besitzen. Ob diese Satzungsregelungen aber eine Relevanz im Wettbewerb der Krankenkassen untereinander haben, darf bezweifelt werden.

Fazit:

Ob Satzungsleistungen tatsächlich in der Praxis einen signifikanten Effekt im Wettbewerb um Mitglieder haben, ist umstritten. In den vom Bundesversicherungsamt geführten Interviews maßen sowohl Krankenkassenverbände als auch landes- und bundesunmittelbare Krankenkassen den Satzungsleistungen nach § 11 Abs. 6 SGB V eine Wettbewerbsrelevanz zu.

Die Krankenkassen nutzen ihre Gestaltungsspielräume für zusätzliche Leistungen aus Wettbewerbsgründen rege. Insoweit ist das gesetzgeberische Ziel der Eröffnung von Gestaltungsspielräumen der Krankenkassen voll erreicht. Dabei spielt die Ausrichtung der zusätzlichen Leistungen auf bestimmte Personengruppen aus Marketingaspekten und zur gezielten Anwerbung neuer Mitglieder eine große Rolle.

Auch der Konkurrenzdruck in der Krankenkassenlandschaft führt nach Aussagen der Interviewpartner regelmäßig zu einer Implementierung von Leistungen, wenn die Mitbewerber entsprechende Leistungen bereits anbieten. Die Einführung erfolgt selbst dann, wenn die Krankenkasse inhaltlich skeptisch zu einzelnen Leistungen wie z.B. Osteopathie und Homöopathie steht, da der Wettbewerbsdruck und die Nachfragen der Versicherten zu stark sind. Zwar ist die Genehmigungspraxis der Aufsichtsbehörden von Bund und Ländern nicht deckungsgleich. Hierbei handelt es sich aber um wenige Einzelfälle, die nach Einschätzung des Bundesversicherungsamtes kaum eine große Relevanz haben.

Die Möglichkeit der Krankenkassen, ihren Versicherten über § 11 Abs. 6 und § 27b Abs. 6 SGB V Leistungen über den gesetzlichen Leistungskatalog hinaus anzubieten, stößt zudem den Prozess der Implementierung neuer Leistungen in den Regelleistungskatalog an.

61 LSG München, L 5 KR 394/16 KL.

Beispielhaft hierfür ist die Kostenübernahme für das Flash Glukose Messsystem und das Zweitmeinungsverfahren zu nennen.

Auf der anderen Seite birgt die Eröffnung der zusätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten für die Kassen vor dem Hintergrund des Wettbewerbsdrucks auch Risiken. Denn es ist zu vermuten, dass Wirksamkeit, Qualitätssicherung und Wirtschaftlichkeit der Leistungen in der Regel eher eine untergeordnete Rolle spielen. So bieten die Krankenkassen etwa keine Zusatzleistungen im Bereich der Rehabilitation an. Dafür schaffen sie aber gezielt Angebote, deren medizinische Wirksamkeit nicht sicher nachgewiesen oder Regelleistungen kaum überlegen ist. Kritiker sehen die satzungsmäßigen Zusatzangebote nach § 11 Abs. 6 SGB V aus sozialpolitischer Sicht als problematisch an, weil Zusatzangebote Selektionsprozesse begünstigten.⁶² Auch werden damit reguläre Verfahren zur Qualitätssicherung neuer Leistungen, etwa durch den G-BA, umgangen. Auch der Gesetzgeber führte bei der Abschaffung des § 56 SGB V i.d.F. des 2. GKV-NOG in seiner Begründung aus, dass durch die zusätzlichen Satzungsleistungen der solidarische Ausgleich zwischen Gesunden und Kranken, Jungen und Alten, Beziehern höherer und niedrigerer Einkommen sowie zwischen Ledigen und Familien mit Kindern beeinträchtigt würde.⁶³ Da sich die Prüfung des Bundesversicherungsamtes bei der Genehmigung von Satzungsneufassungen und Satzungsänderungen auf reine Rechtmäßigkeitsfragen beschränkt, besteht auf Grund der aktuellen Rechtslage keine Möglichkeit, die Kostenübernahme für gegebenenfalls unwirksame bzw. nicht durch den Gemeinsamen Bundesausschuss bewertete Leistungen abzulehnen. Eine wesentliche Verbesserung der Versorgung im Hinblick auf einen Qualitätswettbewerb erscheint aus hiesiger Sicht fraglich.

2. Selektivverträge

In der Aufsichtspraxis ist festzustellen, dass die Krankenkassen ihre Gestaltungsspielräume beim Abschluss von Selektivverträgen rege nutzen und diese zur Abgrenzung gegenüber ihren Mitbewerbern einsetzen.

62 Becker/Kingreen in: Becker/Kingreen, § 11 SGB V, Rn. 40; Noftz in: Hauck/Noftz, § 11 SGB V, Rn. 82.

63 BT-Drs. 14/157, S. 30.

Dem Gesetzgeber ging es aber bei Einführung der gesetzlichen Grundlagen für Selektivverträge nicht allein darum, ein Wettbewerbselement für die Krankenkassen in der Auseinandersetzung um Mitglieder und Leistungserbringer⁶⁴ zu schaffen. Hierdurch sollte vor allem insgesamt die Qualität und Effizienz der Versorgung gesteigert werden.⁶⁵

Zu den Selektivverträgen zählen verschiedene Vertragstypen, die auf der Grundlage verschiedener Rechtsnormen des SGB V geschlossen werden können. Kennzeichnend ist dabei, dass die Krankenkassen in diesem Bereich Verträge mit einzelnen Leistungserbringern schließen können. Insgesamt ist festzuhalten, dass im Bereich der Selektivverträge seitens des Gesetzgebers immer wieder stark nachjustiert worden ist und die Rahmenbedingungen sich vielfach geändert haben. So bestand zum Beispiel für einige Vertragstypen zwischenzeitlich eine Vorlagepflicht gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde, der auch ein besonderes Beanstandungsrecht eingeräumt war. Diese Vorlagepflicht ist wieder entfallen. Die Verträge über Modellvorhaben müssen weiterhin nach § 63 Abs. 5 Satz 2 SGB V der zuständigen Aufsichtsbehörde vorgelegt werden. Allerdings ist an diese Vorlage weder eine Genehmigung noch ein besonderes Beanstandungsrecht der Aufsichtsbehörde geknüpft.

§§ 63 ff. SGB V Modellvorhaben

Mit den Modellvorhaben⁶⁶ soll den Krankenkassen eine Möglichkeit an die Hand gegeben werden, um bisher nicht vorgesehene Leistungen, Maßnahmen und Verfahren zu erproben.⁶⁷ Zweck der Modellvorhaben ist es, durch sie die Versorgung der Versicherten weiter zu entwickeln. Im Laufe der Jahre sind die Möglichkeiten der Krankenkassen in diesem Bereich schrittweise ausgeweitet worden. So sind neben der allgemeinen Möglichkeit zur Vereinbarung und Durchführung von Modellvorhaben nach den §§ 63 und 64 SGB V im Laufe der Jahre vom Gesetzgeber die Möglichkeiten zur Durchführung von Modellvorhaben für ganz konkrete

64 Durch die Selektivverträge sollte auch der Wettbewerb unter den Leistungserbringer entfacht werden, GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, BT-Drs. 16/3100, S. 87.

65 BT-Drs. 14/1977, S. 153.

66 Die Modellvorhaben sind weitestgehend zu den Selektivverträgen zu zählen, s.a. Huster/Schütz, Die Neuordnung der selektivvertraglichen Versorgung durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz in: NZS 2016, Heft 17, S. 645ff.

67 BT-Drs. 11/2237, S. 188, Koch in: jurisPK, SGB V, § 63, Rn. 1f.).

Bereiche eingeführt worden.⁶⁸ Schließlich ist zum Zwecke der Entbürokratisierung im Rahmen des GKV-Versorgungsstärkungsgesetzes auch das Satzungserfordernis in § 63 Abs. 5 S. 1 SGB V a.F. abgeschafft worden.

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der Modellvorhaben nach den §§ 63 ff. SGB V nicht vornehmlich die Förderung des Wettbewerbs unter den Krankenkassen angestrebt. Auch in der Praxis ist nicht zu erkennen, dass Modellvorhaben in dieser Hinsicht von den Krankenkassen genutzt werden; das Gegenteil ist eher der Fall. Nach den Erkenntnissen des Bundesversicherungsamtes werden einzelne Modellvorhaben von mehreren Krankenkassen gemeinsam entwickelt. Ein gemeinsames Vorgehen ist im Gesetz selbst angelegt. So bestimmt § 64d SGB V, dass die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen die an dieser Stelle vorgesehenen Modellvorhaben gemeinsam und einheitlich zu vereinbaren haben. Auch die Modellvorhaben zur Versorgung psychisch kranker Menschen nach § 64b SGB V werden von den Krankenkassen überwiegend gemeinsam entwickelt, auch ohne dass dies gesetzlich so vorgeschrieben wäre.

§ 73b SGB V Hausarztzentrierte Versorgung (HzV)

Der Gesetzgeber hat die Krankenkassen in § 73b SGB V verpflichtet, mit Verbänden der Hausärztlichen Gemeinschaften oder einzelnen Hausärzten hausarztzentrierte Versorgungsverträge zu schließen. Vorrangig sind Verträge mit privilegierten Gemeinschaften von Hausärzten zu schließen, die mindestens die Hälfte der Hausärzte des Bezirks einer Kassenärztlichen Vereinigung vertreten. Die Verträge müssen Regelungen zur Verbesserung der Versorgungsqualität (Lotsenfunktion des Hausarztes) enthalten und treten insoweit neben das Regelversorgungssystem.

Die hausarztzentrierte Versorgung war ursprünglich als eine Maßnahme vorgesehen, um den Wettbewerb der verschiedenen Versorgungsformen zu ermöglichen.⁶⁹ Der Gesetzgeber ging davon aus, dass dieser Wettbewerb Innovationen beschleunigen und Effizienzreserven erschließen würde.⁷⁰ Aus aufsichtsrechtlicher Sicht ist jedoch grundsätzlich nicht erkennbar, dass dieser Vertragstyp von den bundesunmit-

68 Modellvorhaben zur Arzneimittelversorgung (§ 64a SGB V), zur Versorgung psychisch kranker Menschen (§ 64b SGB V), zum Screening auf 4MRGN (§ 64c SGB V) sowie zur Heilmittelversorgung (§ 64d SGB V).

69 Fr. Adolf in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 73b Rz. 1.

70 vgl. BT-Drs. 15/1525, S. 74.

telbaren Krankenkassen in diesem Sinne als Wettbewerbsinstrument eingesetzt würde. Dementsprechend findet er sich auch nicht in den Krankenkassen-Rankings der diversen Vergleichsmedien.

Es lässt sich aus Sicht des Bundesversicherungsamtes aber feststellen, dass die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung von den Krankenkassen auch dazu genutzt werden, um Einfluss auf ihre Zuweisungen aus dem morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleich zu nehmen und sich so auf ihrer Einnahmenseite einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Dies geschieht gegenwärtig im Wege der sog. „Chronikerpauschalen“.⁷¹ Das Bundesversicherungsamt hat bis jetzt die Rechtsauffassung vertreten, dass eine Pauschale dann nicht rechtswidrig ist, wenn sie nur in dem Fall an den Arzt ausgezahlt wird, dass auch tatsächlich eine besondere ärztliche Leistung hiermit vergütet wird. Allerdings überprüft das Bundesversicherungsamt angesichts der andauernden Diskussionen um die in Rede stehenden Einflussnahmen diese Position. Sofern die Chronikerpauschale seitens der Krankenkassen auch dann vergütet wird, wenn es zu keinem Arzt-Patienten-Kontakt kommt und auch sonst keine ärztliche Leistung der Zahlung der Pauschale gegenübersteht, ist das nach Auffassung des Bundesversicherungsamtes rechtswidrig.

Leider konnte in diesem Punkt mit den Landesaufsichtsbehörden keine Übereinstimmung erzielt werden.

Zudem wäre es zu begrüßen, wenn mehr gesicherte Erkenntnisse dahingehend vorlägen, ob diese Versorgungsform auch tatsächlich eine Verbesserung der Versorgung für die Versicherten zur Folge hat. Bislang legt lediglich eine Evaluation des Instituts für Allgemeinmedizin der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main eine solche Verbesserung nahe.⁷² Auch hinsichtlich der Realisierung der versprochenen Effizienzsteigerungen liefert allein diese Evaluation erste Erkenntnisse. Die im Gesetz angelegte Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 73b Abs. 5 SGB V sieht vor, dass sich die Vertragspartner bei Vertragsschluss auf Kriterien verständigen, anhand derer sie unter Berücksichtigung des

71 s. hierzu auch das Gutachten „Versorgungsverträge und die Vergütung von Diagnosen im ambulanten Sektor“ des IGES Institutes.

72 Evaluation der HzV nach § 73b SG BV in Baden-Württemberg (2013-2016) des Instituts für Allgemeinmedizin der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main und des Universitätsklinikums Heidelberg.

jeweiligen Vertrages später dann eine Wirtschaftlichkeitsbewertung durchführen. Der Gesetzgeber hat hierbei auch kein konkretes Verfahren vorgegeben. Die mit dem 14. SGB V-Änderungsgesetz erfolgten Gesetzesänderungen legen nahe, dass der Gesetzgeber hier auf einen Vergleich der Vertragssysteme Kollektiv- versus Selektivvertrag bewusst verzichtet hat. Denn mit dieser Änderung wurde die bis dahin ausdrücklich geregelte geltende Einhaltung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität aufgehoben. Gesetzlich war vorgeschrieben gewesen, dass der Grundsatz insbesondere dann erfüllt war, wenn die Vergütung im HzV-Vertrag nicht höher als in der Regelversorgung war.

Allerdings wäre es wünschenswert, wenn die Verträge unabhängig wissenschaftlich evaluiert werden würden⁷³, da es anderenfalls allein in der Hand der Vertragspartner liegt, wie die Wirtschaftlichkeit der Verträge nachgewiesen wird. Es besteht die Gefahr, dass Wirtschaftlichkeitskriterien oder Methoden vereinbart werden, die nicht vollständig geeignet sind, die Wirtschaftlichkeit der Verträge nachzuweisen.

§ 140a SGB V Besondere Versorgung

Im Rahmen der besonderen Versorgung können die Krankenkassen Verträge über eine sektorenübergreifende, eine interdisziplinär-fachübergreifende oder eine besondere ambulante ärztliche Versorgung mit den Leistungserbringern abschließen. Im Zuge des GKV-Versorgungsstärkungsgesetzes (GKV-VSG) sind die bisherigen Möglichkeiten für selektivvertragliche Abschlüsse im § 140a SGB V zum 23. Juli 2015 zusammengefasst worden.

Die besondere ambulante ärztliche Versorgung nach § 73c SGB V a.F. wurde durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) aus seiner bisherigen gesamtvertraglichen Einbettung herausgelöst und den Krankenkassen wurde eine rein selektivvertragliche Abschlusskompetenz eingeräumt. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte der Wettbewerb entscheiden, welche Vertragsformen hier sinnvoll sind.⁷⁴ Insgesamt sollte hiermit der Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung weiter intensiviert werden.⁷⁵ Es sollte nicht nur der Wettbewerb der

73 s. hierzu unten im Fazit.

74 BT-Drs. aaO S. 114.

75 BT-Drs. 16/3100, S. 113.

Krankenkassen untereinander um Mitglieder etabliert werden, sondern auch der Wettbewerb unter den Leistungserbringern.

Die integrierte Versorgung nach § 140a SGB V a.F. war durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 zum 1. Januar 2000 eingeführt worden. Der Gesetzgeber verfolgte das Ziel einer Effizienz- und Qualitätssteigerung durch die Verknüpfung mehrerer Leistungssektoren. Die starre Aufgabenteilung zwischen ambulanter und stationärer Versorgung sollte durchbrochen werden, um die Voraussetzungen für eine stärker an den Versorgungsbedürfnissen der Versicherten orientierten Behandlung zu verbessern.⁷⁶ Der wettbewerbliche Aspekt der integrierten Versorgung ist durch den Gesetzgeber erst in späteren Gesetzgebungsverfahren deutlich zum Ausdruck gebracht worden. So spricht er etwa im Rahmen des GKV-WSG von einem Wettbewerb zwischen verschiedenen Versorgungsformen für eine patienten-, bedarfsgerechtere und effizientere Versorgung.⁷⁷ Zudem betont er ausdrücklich, dass der Wettbewerb innerhalb der GKV weiter intensiviert werden sollte.⁷⁸

Quantitative Entwicklung der Selektivverträge

Es wird zunächst darauf hingewiesen, dass es seit der Einführung der Möglichkeit zu selektiven Vertragsschlüssen keine Stelle oder Institution gegeben hat, die regelmäßig die Zahl der Selektivverträge ermittelt hat oder der die Verträge hätten gemeldet werden müssen. Lediglich punktuell hat es in unterschiedlichen Ausprägungen zentrale Melde- oder Vorlagepflichten gegeben.

Hinsichtlich der Verträge zur integrierten Versorgung galt in der Zeit vom 1. April 2007 bis zum 31. Dezember 2011, dass die Krankenkassen nach § 140d Abs. 5 SGB V a.F. der gemeinsamen Registrierungsstelle Einzelheiten über die einbehaltenen Mittel nach §140d Abs. 1 Satz 1 SGB V a.F. melden mussten (die sog. Anschubfinanzierung). Die gemeinsame Registrierungsstelle hatte hierüber Bericht zu erstatten. Mit der Anschubfinanzierung sollten Anreize für den Abschluss von Verträgen zur integrierten Versorgung geschaffen werden. Die Meldung an die gemeinsame Registrierungsstelle sollte der Erhöhung der Transparenz dienen, da

76 GKV-GRG, BT-Drs. 14/1245, S. 91.

77 GKV-WSG, BT-Drs. 16/3100, S. 152.

78 GKV-WSG, BT-Drs. 16/3100, S. 87.

durch die Anschubfinanzierung die Verträge zur integrierten Versorgung die finanziellen Interessen der Vertragsärzte und Krankenhäuser berühren.⁷⁹

In ihrem Bericht (Stand 19. Oktober 2009) gibt die Registrierungsstelle z.B. an, ihr lägen 6.407 Meldungen im Zeitraum von 2004 bis 2008 zu Integrationsverträgen vor, die zum Ende 2008 noch in Kraft gewesen seien.⁸⁰ Diese Zahlen betreffen allerdings nur die Verträge zur integrierten Versorgung.

Schließlich mussten auch in der Zeit vom 1. Januar 2012 bis zum 22. Juli 2015 die Verträge zur besonderen ambulanten ärztlichen und zur integrierten Versorgung der für die Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde vorgelegt werden. Diese Vorlagepflicht war mit einem Beanstandungsrecht für die Aufsichtsbehörde verbunden. Dem Bundesversicherungsamt sind bis heute (Stand Dezember 2017) insgesamt 3.626 Verträge über eine integrierte oder eine besondere ambulante ärztliche Versorgung bekannt geworden. Daneben mussten eine Zeitlang auch die Verträge der hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b SGB V der für die Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde vorgelegt werden. Dem Bundesversicherungsamt sind bis heute insgesamt 1.126 Verträge über eine hausarztzentrierte Versorgung bekannt geworden. Die Ärzte Zeitung online berichtet zudem, dass die Zahl der Verbundverträge mit Krankenkassen zur hausarztzentrierten Versorgung von 75 Ende 2016 auf 79 im dritten Quartal 2017 gestiegen sind. Daneben steigerte sich die Zahl der Einzelverträge von 580 auf 630.

Momentan nehmen somit ca. 17.000 Ärzte und 4,5 Millionen Versicherte an den Hausarztverträgen des Deutschen Hausärzteverbands teil, wobei gerade in Nordrhein-Westfalen nach Aussage des Deutschen Hausärzteverbands die Teilnehmerzahlen kontinuierlich steigen.

79 GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, GKV-WSG, BT-Drs. 16/3100, S. 153.

80 www.bqs-register140d.de/

Daher gibt es nur noch wenige Regionen, wie Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen-Anhalt, in denen keine Vollversorgungsverträge zur hausarztzentrierten Versorgung bestehen.⁸¹

In der Aufsichtspraxis ist festzustellen, dass die Krankenkassen in einem sehr unterschiedlichen Umfang von der Möglichkeit Gebrauch machen, besondere Versorgungsverträge abzuschließen. Selbst innerhalb der Kassenarten schwanken die Vertragszahlen deutlich. Die Betriebskrankenkassen schließen vermehrt Selektivverträge über ihre Arbeitsgemeinschaften. Auch eine kassen- und kassenartübergreifende Zusammenarbeit ist zum Teil festzustellen. Diese Entwicklung wird durch den zeitlich bis zunächst 2021 befristeten Innovationsfonds gemäß § 92a SGB V noch verstärkt. Hier entwickeln regelmäßig mehrere Träger gemeinsam innovative Versorgungskonzepte. In den strukturierten Interviews bewerten die Träger den Innovationsfonds größtenteils als Motor für eine Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Allerdings wird der erhebliche bürokratische Aufwand für die Förderung von Projekten und deren Begleitung durch den Projektträger DLR⁸² kritisiert. Eine Ersatzkasse schlägt vor, Krankenkassen gesetzlich zu verpflichten, einen gewissen Mindestbetrag für innovative Versorgungskonzepte zu verausgaben. Für den Fall, dass die Mittel nicht ausgegeben werden, schlägt diese Krankenkasse vor, die Mittel an den Gesundheitsfonds abführen zu müssen.

Gestaltungsspielräume

Neben der reinen Möglichkeit zum Vertragsabschluss hat der Gesetzgeber den Krankenkassen auch einen weiten Gestaltungsspielraum an die Hand gegeben. So ist in allen o.g. Vertragstypen vorgesehen, dass die Krankenkassen im Rahmen der Verträge von gesetzlichen Vorgaben abweichen können. So konnten die Krankenkassen in der Vergangenheit bereits bei allen Vertragstypen in zum Teil unterschiedlicher Ausprägung von den Vorgaben des im 4. Kapitel SGB V normierten Leistungserbringerrechts abweichen. Durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz ist der

81 Ärzte Zeitung online vom 30.08.2017, HzV-Verträge sorgen besonders im Südwesten für Honorarplus, https://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/aerztliche_verguetung/article/941958/hzv-vertraege-honorarplus-besonders-suedwesten.html, zuletzt eingesehen am 25.10.2017.

82 Deutsches Zentrum für Luft- und Raumfahrt e.V.

Gestaltungsspielraum abermals ausgeweitet worden, da die Krankenkassen jetzt auch im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung und der besonderen Versorgung unter bestimmten Voraussetzungen auch von den Vorgaben des Leistungsrechts im 3. Kapitel des SGB V abweichen können. Zudem war es bei diesen Verträgen auch immer möglich, Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zum Gegenstand der Verträge zu machen.

Auf der einen Seite führt dieser erweiterte Gestaltungsspielraum dazu, dass die Krankenkassen die Versorgung der Versicherten anders organisieren oder den Versicherten ein breiteres Spektrum an Leistungen als in der Regelversorgung anbieten können, womit sie sich dann in der Folge von anderen Krankenkassen abheben können.

In der Aufsichtspraxis ist aber andererseits festzustellen, dass bei der Nutzung dieser Möglichkeiten das geltende Recht nicht immer in ausreichender Weise - von den Krankenkassen - beachtet wird.

Diesen Umstand konnte das Bundesversicherungsamt insbesondere mit Einführung der Vorlagepflicht für Selektivverträge nach § 71 Abs. 4 SGB V durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG) feststellen. Im Rahmen der Vorlage und Prüfung der Verträge konnten zahlreiche der o.g. Feststellungen getroffen werden⁸³, die vor der Einführung der Vorlagepflicht in der Form nicht möglich waren. Als Beispiele sind zu nennen:⁸⁴

- Diskriminierende Teilnahmebeschränkungen (z.B. Mindestversicherungsdauer, Selbstbehalte der Versicherten, Fallzahlenbegrenzungen, Altersdiskriminierungen, regionale Beschränkungen)
- Beteiligung nicht zugelassener Leistungserbringer
- Fehlender integrativer Ansatz bei schlicht ambulanten Leistungen in Praxiskliniken
- Berufsrechtliche Fragestellungen im Rahmen der Delegation ärztlicher Leistungen auf Dritte (Abrechnung ärztliche Leistungen/Hilfeleistungen § 28 Abs.1 SGB V)

83 Siehe Pressemitteilung des Bundesversicherungsamte „Pflicht der Krankenkassen zur Vorlage der Selektivverträge hat sich bewährt“ vom 7. März 2014.

84 Plate/Domscheit, Stärkung der Vertragsfreiheit der Krankenkassen – Neue Gestaltungsspielräume in der Selektivversorgung durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG) in: Die Krankenversicherung, Heft 4, 2016, S.129ff.

- Verträge über eine besondere ärztliche Versorgung nach § 73c SGB V a.F. ohne überhaupt ärztliche Leistungen einzubeziehen
- Verletzung von gesetzlich vorgeschriebenen Formvorschriften, wie mangelnde Einschreibung der Versicherten oder Ärzte bei Verträgen nach § 73c SGB V a.F.
- Missverhältnis zwischen Leistungsausgaben und Vergütungsanteil für Managementgesellschaften (im Einzelfall lediglich 40 Prozent der Vergütung für medizinische Versorgungsleistungen)
- Versuchte Einflussnahmen der Krankenkassen auf das Kodierverhalten der Vertragsärzte mit der Erwartung, hierdurch die Zuweisungen aus dem morbiditätsorientierten RSA zu erhöhen

Interessant ist die in der Aufsichtspraxis zu beobachtende Gestaltung von Selektivverträgen unter Einbeziehung von Versorgungs-Apps, die nicht immer die rechtlichen Rahmenbedingungen beachten.⁸⁵ Für den Bereich der Selektivverträge ist bei der Prüfung im Blick zu behalten, dass bei der Einbindung von Apps in das Versorgungsgeschehen die gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich des Fernbehandlungsverbotes sowie des Arztvorbehaltes nach §§ 15, 28 SGB V eingehalten werden. Hier ist von der Aufsichtsbehörde zum Schutz des Versicherten darauf zu achten, dass der Arzt bestimmte Leistungen (z.B. Anamnese, Feststellung der Indikation) persönlich zu erbringen hat⁸⁶. Allein das Ergebnis der Befragung einer technischen Plattform ersetzt nicht den Arztbesuch.

Versorgungsschwerpunkte

In der Aufsichtspraxis ist festzustellen, dass die Gestaltungsspielräume durch die Krankenkassen weniger dazu genutzt wurden, neue innovative Versorgungskonzepte zu entwickeln. Zwar gibt es Verträge, die verschiedene Sektoren miteinander verknüpfen oder die interdisziplinär-fachübergreifende Versorgung durchaus zum Gegenstand haben. Allerdings kann bei diesen Verträgen in der im Gegensatz zur Regelversorgung veränderten, bzw. verbesserten Zusammenarbeit nur selten eine echte Innovation festgestellt werden. Zudem ist festzustellen, dass die Krankenkassen die Verträge, die eine verbesserte Zusammenarbeit der Leistungserbringer zum Gegenstand haben, offensiv zu Marketingzwecken einsetzen. Von den Krankenkassen werden im Wettbewerb eher Verträge

⁸⁵ Tätigkeitsbericht des Bundesversicherungsamtes für das Jahr 2016, S. 24.

⁸⁶ Siehe C.VI.

bevorzugt, die einzelne Leistungen zum Gegenstand haben, um diese zu Marketingzwecken zu nutzen. Hierbei sind als Beispiele das Hautkrebs-screening für Versicherte, die das 35. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, die ambulante Tonsillotomie bei Kindern oder Leistungen bei Schwangeren, die es nicht in der Regelversorgung gibt, zu nennen. Ebenso zählen homöopathische Erst- und Folgenanamnesen und die professionelle Zahnreinigung zu diesem Kreis der Leistungen. Dass Krankenkassen diese Leistungen ihren Versicherten anbieten, dürfte auch an der Nachfrage durch die Versicherten liegen und nicht unbedingt daran, dass die Krankenkasse überzeugt wäre, damit die Versorgung zu verbessern.⁸⁷ Letztlich dienen solche Angebote den Krankenkassen dazu, ihren Versicherten Leistungen anbieten zu können, die nicht zum Leistungskatalog der GKV zählen. Insoweit stellen die Verträge ein echtes Wettbewerbsinstrument dar, da die Krankenkassen damit in die Lage versetzt werden, sich von anderen Marktteilnehmern abzugrenzen.

Es werden von den Krankenkassen aber auch Leistungen angeboten, die nach aufsichtsrechtlicher Bewertung Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden darstellen und die noch nicht Eingang in die Regelversorgung gefunden haben. Hier ist zum Beispiel an die Lasertechnik bei Venenbehandlungen, neue Verfahren zur Messung des Blutzuckerwertes, die Behandlung von Tinnitus mittels bestimmter Softwareprogramme oder die zusätzlichen Kinder- und Jugenduntersuchungen zu denken.

Dass die Krankenkassen die Möglichkeit haben, ihren Versicherten diese Leistungen über die Selektivverträge zur Verfügung zu stellen, ist auf der einen Seite zu begrüßen. Andererseits kann das aber auch ein Grund dafür sein, dass dem nach den Regularien des SGB V vorgesehenen Entscheidungsprozess, welche Leistungen überhaupt in den gesetzlichen Regelleistungskatalog übernommen werden, die Dringlichkeit genommen wird. Denn das Angebot an die Versicherten für diese Leistung ist in diesem Falle dann meist flächendeckend vorhanden und die Leistungserbringer werden in die Lage versetzt, diese Leistung ohne Beteiligung des G-BA als Sachleistung anbieten zu können. Als Beispiel für eine verzögerte Aufnahme in den gesetzlichen Leistungskatalog ist etwa die

87 Zu den Versorgungsschwerpunkten s.a. Domscheit, Versorgungsinnovationen: Erfahrungen aus der Selektivversorgung in: Monitor Versorgungsforschung, Heft 2, 2014, S. 35 ff.

intravitreale Injektion zu nennen, die erst zum Herbst 2014 nach einem längeren Entscheidungsprozess in den Einheitlichen Bewertungsmaßstab aufgenommen worden ist und Jahre zuvor schon flächendeckend über Selektivverträge zum Leistungsbestandteil geworden war.⁸⁸

Zweckentfremdung von Selektivverträgen

Schließlich ist festzustellen, dass die Krankenkassen die ihr eingeräumten weiten Gestaltungsspielräume nicht nur dazu nutzen, um in einen Wettbewerb um die beste Versorgungsform einzutreten. Dies zeigt sich am Beispiel der sog. Betreuungsstrukturverträge, mit denen die Krankenkassen versuchen, auf ihre Zuweisungen aus dem morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleich Einfluss zu nehmen, um dadurch ihre Einnahmeseite positiv zu beeinflussen. Im Rahmen der Verträge wird dabei die Vergütung der ärztlichen Leistungen daran geknüpft, wie viele Diagnosen der einzelne Vertragsarzt im Rahmen der Behandlung gesichert kodiert.

Das Bundesversicherungsamt hat sich mit den für die Sozialversicherung zuständigen Aufsichtsbehörden der Länder u.a. auf folgende Rechtsauffassungen hinsichtlich dieser Verträge verständigt:⁸⁹

Es ist zwar grundsätzlich zulässig, in Selektivverträgen die Abrechnung bestimmter Leistungen von dem Vorhandensein bestimmter eindeutig zu kodierender Krankheiten abhängig zu machen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 73a SGB V a.F., 73c SGB V a.F. bzw. 140a SGB V erfüllt sind. So müssen die Versorgungsleistungen konkret formuliert werden. Außerdem müssen die Verträge ein schriftliches Teilnahmeverfahren für Ärzte und Versicherte vorsehen. Diese Regelungen sind zur Zeit insbesondere im Rahmen der sog. „Betreuungsstrukturverträge“ Gegenstand intensiver Diskussionen, die auch gegenwärtig weiter geführt wird. Das Bundesversicherungsamt steht hierzu in einem ständigen Dialog mit dem Bundesministerium für

88 s. hierzu Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes „Verträge über die intravitreale Medikamentenapplikation von sog. VEGF-Hemmern in das Auge“ vom 19.12.2014, www.bundesversicherungsamt.de/aufsicht/krankenversicherung.html.

89 s. hierzu auch Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes vom 12. Dezember 2016 (Az.: 311-5241.1-1597/2012) und 25. Juli 2017 (Az.: 215-4120.1-1701/2012), www.bundesversicherungsamt.de/aufsicht/krankenversicherung.html.

.Gesundheit, den zuständigen Aufsichtsbehörden der Länder und den Krankenkassen.

Die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder sind übereinstimmend der Auffassung, dass in selektivvertraglichen Regelungen eine gesonderte Vergütung allein für eine vollständige und zutreffende Diagnose des Vertragsarztes unzulässig ist.

Die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder sind außerdem übereinstimmend der Auffassung, dass kassenindividuelle oder kassenartenspezifische Vereinbarungen nicht auf Grundlage der §§ 83, 87a SGB V geschlossen werden können. Dies gilt auch für die sog. Betreuungsstrukturverträge, die Krankenkassen oder ihre Verbände als Anlage zum Gesamtvertrag abgeschlossen haben. Derartige bilaterale Verträge sind rechtswidrig. Einzelbestimmungen in Verträgen, wonach Verdachtsdiagnosen mit Zusatzkennzeichen „G“ kodiert werden sollen, auch wenn die Diagnose nicht tatsächlich gesichert ist, sind ebenfalls rechtswidrig.

Der Gesetzgeber hat mit den Regelungen im Gesetz zur Heil- und Hilfsmittelversorgung (HHVG) auf die rechtswidrigen Aktivitäten der Krankenkassen zur Beeinflussung des Kodierverhaltens der Ärzte reagiert. So hat er u.a. im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung in § 73b Abs. 5 S. 6 SGB V klargestellt, dass Vereinbarungen über zusätzliche Vergütungen für Diagnosen nicht Gegenstand der Verträge sein können. Darüber hinaus hat er im Rahmen des § 83 SGB V klargestellt, dass kassenindividuelle oder kassenartenspezifische Vereinbarungen über zusätzliche Vergütungen für Diagnosen nicht Gegenstand der Gesamtverträge sein können. Auch erfolgte über die Neufassung des § 273 Abs. 3 Satz 3 SGB V eine Konkretisierung bezüglich der Befugnisse des Bundesversicherungsamtes und der Mitwirkungspflichten der Krankenkassen im Rahmen der auf die Sicherung der Datengrundlage des morbiditätsorientierten RSA gerichteten Prüfungen nach § 273 SGB V.

Kritik:

Die Aufsichtspraxis zeigt, dass nicht alle Aufsichtsbehörden rechtswidrige Vertragsmodelle beanstanden. Dies bestätigen auch die mit Krankenkassen und ihren Verbänden geführten strukturierten Interviews. Beispielhaft ist die Entwicklung des im Gesetz geregelten Einschreibeverfahrens

für Leistungserbringer und Versicherte zu nennen. Einige Krankenkassen schließen besondere Versorgungsverträge als Anlage zum Gesamtvertrag nach § 83 SGB V, um auf das im Gesamtvertrag nicht erforderliche Einschreibeverfahren zu verzichten und alle Vertragsärzte einer Fachgruppe an den Vertrag zu binden. Dieses Verfahren ist aufgrund des gesetzlich vorgeschriebenen Schriftformerfordernisses rechtswidrig.⁹⁰ Einige Krankenkassen berichteten dem Bundesversicherungsamt, dass Landesaufsichtsbehörden diese Verfahrensweise nicht beanstanden. Hierdurch entsteht den bundesunmittelbaren Krankenkassen ein Wettbewerbsnachteil alleine dadurch, dass die ärztlichen Leistungserbringer für diesen Verwaltungsaufwand eine zusätzliche Vergütung fordern. Auch lehnen einige Ärzte eine Teilnahme an einem Selektivvertrag ab, weil sie den zeitlichen Aufwand für erläuternde Gespräche mit den Versicherten scheuen.

Festzustellen ist ferner aus der Aufsichts- und Prüfpraxis, dass Krankenkassen unter dem Druck des Wettbewerbs Selektivverträge anderer Krankenkassen „analog“ anwenden und ihren Versicherten Leistungen bewilligen, für die es eines schriftlichen Versorgungsvertrags bedürfte. Das Bundesversicherungsamt hat die bundesunmittelbaren Krankenkassen in einem Rundschreiben auf die Rechtswidrigkeit eines solchen Verwaltungshandelns hingewiesen.⁹¹

Insbesondere von den Betriebskrankenkassen wird ferner vorgetragen, dass landesunmittelbare Krankenkassen unbeanstandet durch die zuständigen Landesaufsichtsbehörden in unzulässiger Weise auf das Kodierverhalten von Ärzten und Krankenhäusern mit dem Ziel Einfluss nehmen, sich Vorteile aus dem Risikostrukturausgleich zu verschaffen.

Bei konkreten Hinweisen von Krankenkassen zu einem unterschiedlichen Aufsichtshandeln nimmt das Bundesversicherungsamt mit der betroffenen Landesaufsicht Kontakt auf, um auf ein einheitliches Aufsichtshandeln hinzuwirken. Ferner stimmen die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder sich in regelmäßigen Aufsichtsbehördentagungen und Arbeitsgruppensitzungen ab, um ein möglichst einheitliches Aufsichtshandeln sicherzustellen.

⁹⁰ LSG NRW v. 26.11.2014, Az.: L 11 KA 29/13 KL.

⁹¹ RS. vom 26.10.2016, www.bundesversicherungsamt.de/aufsicht/krankenversicherung.html.

Fazit:

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Selektivverträge von den Krankenkassen auch zu Wettbewerbszwecken eingesetzt werden und somit der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck an der Stelle durchaus erfüllt worden ist. Fraglich bleibt allerdings, ob hierdurch die Versorgung entscheidend verbessert worden ist. Klar ist aber, dass bei der Nutzung der selektivvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten durch die Krankenkassen ein genaues Beobachten und ggf. Einschreiten durch die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde auch in der Zukunft geboten ist. Dies gilt umso mehr, seit die Vorlagepflicht für die Verträge zur hausarztzentrierten und besonderen Versorgung im Jahr 2015 weggefallen ist.

Dies zeigt sich auch an den sogenannten Betreuungsstrukturverträgen und den sog. Chronikerpauschalen im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung. An beiden Beispielen wird deutlich, dass die Krankenkassen die ihnen eingeräumten Gestaltungsspielräume im Zusammenspiel mit den Vertragsärzten nicht nur dazu nutzen, um die Versorgung der Versicherten zu verbessern, sondern durchaus auch andere Ziele damit verfolgen.⁹² Das Bundesversicherungsamt hat bereits mit Rundschreiben vom 2. Mai 2017 an alle Krankenkassen appelliert, mit der ihnen übertragenen Verantwortung in einem solidarischen System zum Wohle der Versicherten (§ 1 SGB V) sorgsam umzugehen.⁹³ Letztlich ist es bei fortgesetzter Ausnutzung bestehender Gestaltungsspielräume in der beschriebenen Weise nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber taugliche Instrumente zur Weiterentwicklung der Versorgung zugunsten eines rechtssicheren Finanzausgleichs auch wieder abschafft.

Weiter wird hieran deutlich, dass eine Vorlagepflicht für die Verträge über die besondere und die hausarztzentrierte Versorgung bei der zuständigen Aufsichtsbehörde auch Vorteile bieten kann, da dann die Aufsicht frühzeitig in die Lage versetzt wird, auf Fehlentwicklungen zu reagieren. Bei der Ausgestaltung der Vorlagepflicht würde es ausreichen, wenn die Verträge der Aufsicht zunächst lediglich zur Kenntnis gegeben werden, ohne dass hieran eine Beanstandungsmöglichkeit binnen 2 Monaten (wie in § 71 Abs. 4 SGB V) oder gar eine Genehmigung geknüpft wird. Sollte die

92 s. hierzu auch das Gutachten „Versorgungsverträge und die Vergütung von Diagnosen im ambulanten Sektor“ des IGES Institutes.

93 www.bundesversicherungsamt.de/aufsicht/krankenversicherung.html.

Aufsicht Rechtsverstöße feststellen, kann sie mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln nach § 89 SGB IV und § 71 Abs. 6 SGB V tätig werden.

Weiterhin wäre es zu begrüßen, wenn auch die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung umfassend wissenschaftlich evaluiert werden würden, da die Zahl der Verträge und das finanzielle Volumen der Verträge sich in den vergangenen Jahren deutlich gesteigert hat. So haben sämtliche Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung zusammen seit 2016 in jedem Jahr ein Gesamthonorar von über einer Milliarde Euro erreicht (2016: 1,03 Milliarden Euro und 2017 1,15 bis 1,2 Milliarden Euro). Der Deutsche Hausärzteverband geht sogar davon aus, dass das Honorar in 2019 insgesamt bei 1,5 Milliarden Euro liegen wird.⁹⁴ Vorbild für eine gesetzliche Regelung könnte § 65 SGB V sein, der für die Modellvorhaben eine wissenschaftliche Begleitung und Auswertung vorsieht. Wird ein Vertragsmodell mit einer neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode positiv bewertet, sollten die Krankenkassen aus Sicht des Bundesversicherungsamtes verpflichtet werden, beim Gemeinsamen Bundesausschuss einen Antrag auf Überführung der Leistung in die Regelversorgung zu stellen.

Auch Transparenz über die Selektivvertragsangebote aller Krankenkassen wäre wünschenswert, weil die Versicherten hierdurch in die Lage versetzt würden, ihre Krankenkasse nach ihrem Zusatzleistungsangebot zu wählen. Einzelne Leistungsangebote haben erhebliche Auswirkungen auf die Qualität der medizinischen Versorgung der Versicherten⁹⁵. Aus Sicht des Bundesversicherungsamtes ist es sozialpolitisch problematisch, dass infolge dessen ein nur beschränkter Kreis von Versicherten Zugang zu diesen Leistungsangeboten hat. Das Bundesversicherungsamt spricht sich daher für die Regelung eines Beitrittsrechts von Krankenkassen nach einer gewissen Vertragslaufzeit aus.

Die Aufsichtsbehörden sind im Übrigen bei der Aufsichtsführung bestrebt, möglichst eine einheitliche Rechtsauffassung zu vertreten und dementsprechend zu handeln, um evtl. Wettbewerbsverzerrungen mög-

94 Ärzte Zeitung online vom 8. November 2017, HzV knackt zum zweiten Mal Milliarden-Grenze, https://www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/selektivvertraege/special2-hausarztvertraege/article/947090/honorar-hzv-knackt-zweiten-mal-milliarden-grenze.html.

95 Bspw. neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der Krebstherapie.

lichst zu vermeiden. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass eine vollständige Angleichung der Aufsichtsführung an der Stelle schwer zu erreichen ist, da die einzelne Aufsichtsbehörde über Spielraum bei der Interpretation der Gesetze verfügt und außerdem im Rahmen ihrer jeweiligen Ermessensausübung einzelfallbezogen die Entscheidung treffen muss, ob sie bei einer festgestellten Rechtsverletzung tatsächlich auch einschreitet. Im Bereich der Selektivverträge wird dem Bedürfnis nach einer möglichst einheitlichen Rechtsanwendung dadurch Rechnung getragen, dass die Aufsichtsbehörden sich nicht nur im Rahmen der zweimal jährlich stattfindenden Aufsichtsbehördentagung austauschen, sondern auch in einer eigens für die Selektivverträge installierten Arbeitsgruppe. Das Bundesversicherungsamt ist bestrebt, diesen Dialog intensiv mit dem Ziel fortzusetzen, eine einheitliche Aufsichtspraxis zu gewährleisten.

3. Wahltarife

Mit den Möglichkeiten, individuell gestaltete Wahltarife in den Satzungen der Krankenkassen zu regeln, hat der Gesetzgeber ein weiteres Wettbewerbsinstrument geschaffen. Der Gesetzgeber wollte mit den Wahlтарifen die Wahlmöglichkeiten für Versicherte erhöhen.

Bereits ab dem 1. Januar 2004 erhielten gesetzliche Krankenkassen die Möglichkeit, für die Gruppe der freiwillig Versicherten in ihren Satzungen Wahltarife anzubieten.

Ab 1. April 2007 galt die Regelung auch für Pflichtversicherte (Selbstbehalt, Beitragsrückerstattung unter der Bezeichnung „Prämienzahlung“, Kostenerstattung), Arzneimittelgewährung der besonderen Therapierichtungen, Krankengeld für Selbstständige/Künstler (verpflichtend) und schließlich ein Wahlтарif Teilkostenerstattung (für DO-Angestellte und Beihilfeberechtigte).

Die Wahlтарife für besondere Versorgungsformen sind zunächst unter der Bonusregelung gemäß § 65a Abs. 2 a. F. eingeordnet worden, später als verpflichtender Wahlтарif unter § 53 Abs. 3 SGB V.

§ 53 SGB V enthält sieben unterschiedliche Arten von Wahlтарifen, die jeweils mit einer Modifizierung von Leistungsansprüchen und einer fi-

nanziellen Ent- oder Belastung des teilnehmenden Versicherten einhergehen. Von diesen sieben Arten haben die gesetzlichen Krankenkassen gemäß Absatz 3 und Absatz 6 zwingend in ihren Satzungen Wahltarife zu den besonderen Versorgungsformen und zum Krankengeld vorzuhalten. Daneben ist es gemäß der Absätze 1, 2, 4, 5 und 7 in ihr Ermessen gestellt, auch Regelungen zum Selbstbehalt, zur Prämienzahlung von nicht in Anspruch genommenen Leistungen (Beitragsersetzung), zur Kostenerstattung, zur Kostenübernahme für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen sowie zum Ausgleich von Leistungsbeschränkungen vorzusehen.

Bei allen Freiräumen, die sowohl den Versicherten als auch den gesetzlichen Krankenkassen durch die Gestaltungsmöglichkeiten der Wahltarife eingeräumt worden sind, haben beide Seiten, sowohl die sich in Wahltarife einschreibenden Versicherten, als auch die Krankenkassen, folgende gesetzliche Vorgaben zu beachten:

Für die Versicherten, die an den Wahlтарifen nach den Absätzen 2, 4 und 5 teilnehmen, gelten Mindestbindungsfristen von einem Jahr und nach den Absätzen 1 und 6 von drei Jahren. Lediglich der Wahlтарif der besonderen Versorgungsformen ist von einer Mindestbindungsfrist ausgenommen.

Die gesetzlichen Krankenkassen wiederum haben vornehmlich das Verbot der Quersubventionierung aus § 53 Abs. 9 Satz 1 SGB V zu beachten. Dies bedeutet, dass die Aufwendungen für jeden Wahlтарif aus Einnahmen, Einsparungen und Effizienzsteigerungen aus diesen Wahlтарifen auf Dauer finanziert werden müssen, wobei kalkulatorische Einnahmen, die allein durch das Halten oder die Neugewinnung von Mitgliedern erzielt werden, dabei nicht berücksichtigt werden dürfen. Die Wahlтарife können daher weder untereinander, noch einzeln oder insgesamt durch sonstige Einnahmen der Krankenkassen quersubventioniert werden.

Um sicherzustellen, dass das Verbot der Quersubventionierung auch eingehalten wird, haben die Krankenkassen ihren Aufsichtsbehörden gemäß § 53 Abs. 9 Satz 3 SGB V zwingend regelmäßig (mindestens alle 3 Jahre) über die Finanzierung ihrer Wahlтарife Rechenschaft durch ein versicherungsmathematisches Gutachten abzulegen. Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Verbot der Quersubventionierung sowie einer

Nichtvorlage des versicherungsmathematischen Gutachtens werden im Gesetz nicht explizit benannt. Das Bayerische LSG führt hierzu aus, dass die Krankenkasse ihre Satzung ändern muss, wenn die Aufwendungen nicht durch die mit dem Wahltarif erreichten Einnahmen, Einsparungen und Effizienzsteigerungen gedeckt werden und anhand der Änderung die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 30 SGB IV, § 12 SGB V) erreicht werden kann. Anderenfalls muss der Wahltarif geschlossen werden.⁹⁶ Das Bayerische LSG führt weiter aus, dass von dieser Rechtsfolge auch unter Berücksichtigung des Wettbewerbs zwischen landes- und bundesunmittelbaren Kassen nicht abgesehen werden könnte, da einige Länder von der verpflichtenden Vorlage eines versicherungsmathematischen Gutachtens absähen. Auch bzgl. des Wettbewerbs gelte jedoch der Grundsatz „keine Gleichbehandlung im Unrecht“. Seit dem 1. Januar 2011 sind die Krankenkassen verpflichtet, Aktuare damit zu beauftragen, die Wirtschaftlichkeit der Wahltarife zu belegen. Das finanzielle Defizit eines Wahltarifs trägt die gesamte Versichertengemeinschaft der Krankenkasse.

Aus Sicht der Genehmigungspraxis führt diese Anforderung aber teilweise dazu, dass sich gerade Wahltarife mit einer geringen Teilnehmerzahl wegen der gesetzlich vorgeschriebenen Beauftragung eines Aktuars defizitär entwickeln und durch Streichung der Satzungsregelung einzustellen sind.

Der Gesetzgeber verfolgt mit der Auflage der Wirtschaftlichkeit eines Wahltarifs das Ziel, dass nicht die Versichertengemeinschaft der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern die in einem Wahltarif eingeschriebenen Versicherten das wirtschaftliche Risiko des Wahltarifs tragen sollen. Gerade dieses Ziel wird jedoch in der Realität regelmäßig verfehlt. Die Genehmigungspraxis zeigt, dass eine Genehmigungsbehörde im Falle einer plausiblen ersten finanziellen Einschätzung bezüglich eines Wahltarifs zunächst keine Möglichkeit hat, eine Satzungsgenehmigung zu versagen. Entwickelt sich der Wahltarif in der Folge hingegen defizitär, kann die Genehmigungsbehörde zwar zum Schließen des Wahltarifs auffordern. Für die Defizite, die der Wahltarif bis dahin gemacht hat, haftet aber die Versichertengemeinschaft und nicht die Wahltarifteilnehmer.

⁹⁶ Bayerisches LSG, Beschluss vom 7. Dezember 2016, L 5 KR 603/16 KL ER; Dreher in Schlegel/Voelzke, juris PK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 53 SGB V, Rn. 139.

Trotz aller bürokratischen Voraussetzungen haben sich in der Praxis alle sieben Arten von Wahlтарifen – wenn auch in unterschiedlicher Stärke – am Markt etabliert.

64 Prozent der bundesunmittelbaren Krankenkassen bieten einen Wahlтарif zum Selbstbehalt, 57 Prozent einen Wahlтарif zur Nichtinanspruchnahme von Leistungen und 31 Prozent einen Wahlтарif zur Kostenerstattung an. Der Wahlтарif für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen wird lediglich von 19 Prozent und der Wahlтарif für Teilkostenerstattung (für DO-Angestellte und Beihilfeberechtigte) nur von 10 Prozent aller bundesunmittelbaren Krankenkassen angeboten.

Aus der KM1-Statistik des Bundesministeriums für Gesundheit lässt sich ablesen, dass im Jahr 2016 insgesamt 13.970.245 gesetzlich Versicherte in die diversen Wahlтарife eingeschrieben waren. Dies bedeutete im Zeitraum von 2012 bis 2016 eine Steigerung um 35 Prozent.⁹⁷ Trotzdem sanken die Ausgaben für Wahlтарife in den Jahren 2012 bis 2016 um 19 Prozent. Sie verursachten im Jahr 2016 Leistungsausgaben in Höhe von 191.942.366 Euro im Jahr 2016 oder auch 2,68 Euro pro Versicherten, was einem Anteil von nur 0,09 Prozent an den Gesamtausgaben im GKV-System entsprach.⁹⁸ Die folgende Übersicht zeigt die Entwicklung der Zahl der eingeschriebenen Versicherten in der GKV (einschl. LKK) seit 2009:

97 <http://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/krankenversicherung/zahlen-und-fakten-zur-krankenversicherung/mitglieder-und-versicherte.html>, zuletzt eingesehen am 11.12.2017 (im Folgenden Internetseite BMG).

98 BMG, KJ1 Statistik 2016.

Wahltarif		2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
§ 53 Abs. 1 SGB V	Selbstbehalt	277.864	395.538	500.408	556.334	505.975	526.120	503.723	419.798
§ 53 Abs. 2 SGB V	Prämienzahlung	169.268	152.571	161.867	170.189	173.264	175.666	188.049	204.871
§ 53 Abs. 3 SGB V	besondere Versorgungsformen	8.437.270	9.445.916	7.930.309	8.835.827	10.173.016	11.282.532	11.525.903	12.013.218
§ 53 Abs. 4 SGB V	Kostenerstattung	131.083	304.953	510.637	719.338	900.306	1.000.849	1.112.600	1.256.241
	<i>davon AOK</i>	125.642	297.603	509.026	717.391	897.035	999.164	1.110.891	1.254.476
§ 53 Abs. 5 SGB V	Kostenübernahme für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen	655	1.037	1.197	703	426	444	517	558
§ 53 Abs. 6 SGB V	Krankengeld	107.281	65.079	73.181	73.804	68.448	65.958	63.081	60.705
§ 53 Abs. 7 SGB V	Teilkostenerstattung	14.910	15.017	15.137	15.241	15.106	14.895	14.730	14.854
Gesamt*		8.963.319	10.175.969	8.989.176	10.157.978	11.543.633	12.688.546	13.026.955	13.579.203

* Die Gesamtzahl ist die Zahl der eingeschriebenen Versicherten, ergibt sich jedoch nicht aus der Summe der Spaltensummen, da Mehrfacheinschreibungen möglich sind.

Aktuell (April 2017) und nach Kassenarten gegliedert zeigt sich folgendes Bild:

Kassenart	Selbstbehalt	Prämienzahlung	bes. Versorgungsformen	Kostenerstattung	bes. Therapierichtungen	Krankengeld	Teilkostenerstattung	Gesamt
AOK	303.627	-	6.267.926	1.326.710	51	5.900	13.634	7.633.631
BKK	14.161	75.618	905.842	182	207	867	-	992.288
IKK	15.237	31.428	651.436	623	76	3.467	867	688.651
SVLFG	5	71.476	198.381	-	4	-	138	196.524
KBS	165	64	610.799	796	37	330	4	611.946
VDEK	108.762	27.192	3.852.079	117	185	48.106	7	4.001.277
GKV	441.957	205.778	12.486.463	1.328.428	560	58.670	14.650	14.126.317

Derzeit sind rd. 14 Mio. Versicherte eingeschrieben, davon entfallen aber rd. 12,5 Mio. auf den Pflichtwahltarif für besondere Versorgungsformen.

Betrachtet man die Wahltarife einzeln, zeigt sich, dass der Großteil aller Versicherten in den Wahltarif der besonderen Versorgungsformen nach § 53 Abs. 3 SGB V eingeschrieben ist, der entsprechende von den Krankenkassen individuell abgeschlossene Selektivverträge voraussetzt. Die Gesamtteilnehmerzahl belief sich im Jahr 2016 auf 12.013.218, was ca. 86 Prozent aller Wahltarifteilnehmer entsprach. Die zweitmitgliederstärkste Gruppe von Wahltarifteilnehmern bildete daneben der Wahltarif der Kostenerstattung nach § 53 Abs. 4 SGB V mit einer Teilnehmerzahl von 1.256.241 im Jahr 2016. An diesem nahmen mit 99,9 Prozent und rd. 1,3 Mio. eingeschriebenen Versicherten fast ausschließlich AOK-Versicherte teil.⁹⁹

Nach dem Kostenerstattungswahltarif bilden die Wahltarife Selbstbehalt und Nichtinanspruchnahme von Leistungen gemäß § 53 Abs. 1 und 2 SGB V die dritt- und viertmitgliederstärkste Gruppe mit Gesamtteilnehmerzahlen im Jahr 2016 von 419.798 und 204.871. Die mitgliederstärksten Gruppen sind schließlich in absteigender Reihenfolge die Wahltarife Krankengeld, eingeschränkter Leistungsumfang bei Teilkostenerstattung und Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen gemäß § 53 Abs. 6, 7 und 5 SGB V. Sie wiesen im Jahr 2016 Teilnehmerzahlen von 60.705, 14.854 und nur 558 aus.¹⁰⁰

Kritik:

Die Regelungen zu den Wahlтарifen gemäß § 53 SGB V werden von Kritikern¹⁰¹ als systemwidrig erachtet. Ferner wird die Auffassung vertreten, die gesetzlichen Regelungen verstießen gegen die Gesetzgebungskompetenz des Bundes und schließlich wird vorgetragen, sie seien wegen eines Eingriffs in die Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG verfassungswidrig.¹⁰²

Es wird geäußert, dass die Wahltarife das Verhältnis von Wettbewerb und Solidarität innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung stark verändert, da mit der Schaffung von besonderen Tarifen für einzelne Versicher-

99 Internetseite BMG.

100 Internetseite BMG.

101 BT-Drs. 16/4247, S. 13, 14; Daubenbüchel, RPG 2007, S. 96, 97; Hovermann, gpk 2007, Nr. 6/07, S. 7, 8; Isensee, NZS 2007, S. 452-455; KassKomm, § 53 SGB V, Rn. 4; Lang in Becker/Kingreen, § 53 SGB V, Rn. 2, 3; Paquet, gpk 2007, Nr. 4/07, S. 3; Thüsing, NZS 2008, S. 510-518.

102 Isensee, NZS 2007, S. 452-455; Thüsing, NZS 2008, S. 510-518.

tengruppen ein fremdes Prinzip implementiert werde, welches dem der gesetzlichen Krankenversicherung inhärenten Kernprinzip der Solidarität aus den §§ 1 und 3 SGB V im Grundsatz widerspräche.¹⁰³

Trotz aller strukturellen und verfassungsrechtlichen Bedenken betrachtet der Gesetzgeber die Wahltarife dennoch als ein adäquates Instrument zur Steigerung der Transparenz und des Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen.¹⁰⁴ Zugleich kann die Möglichkeit der Einführung von Wahlтарifen auch als Ausgleich für den Verlust des Rechts zur Beitragsatzgestaltung aufgefasst werden, der ebenfalls auf dem GKV-WSG beruhte.¹⁰⁵ So ist es den einzelnen Krankenkassen weiterhin möglich, sich von ihren Konkurrenten abzuheben und das Kassenwahlrecht der Versicherten in ihrem Sinne zu beeinflussen. Darüber hinaus ist es dem Gesetzgeber bei den Wahlтарifen auch ein Anliegen gewesen, einen Wettbewerb zwischen den privaten und den gesetzlichen Krankenversicherungen zu initiieren, wie schon der Wahlтарif der Kostenerstattung belegt.¹⁰⁶ Dies gilt auch für den Wahlтарif für Krankengeld, der partiell Strukturen einer privaten Krankentagegeldversicherung aufweist. Probleme in der Genehmigungspraxis bestehen hier aber hinsichtlich der weiterhin zu beachtenden Vorgaben und Parallelen zum gesetzlichen Krankengeld. Der vielfach apostrophierte Wettbewerb zu den privaten Krankenversicherungen ist wegen der unterschiedlichen Systeme nur eingeschränkt in der Praxis möglich. Denn letztlich muss bei den Wahlтарifen der Solidargedanke der gesetzlichen Krankenversicherung bedacht werden und nicht die Versicherungsmathematik.

In der Genehmigungspraxis ist festzustellen, dass die Landesbehörden Wahlтарife genehmigen, die nach Auffassung des Bundesversicherungsamtes rechtswidrig sind. So hält das Bundesversicherungsamt etwa Wahlтарife zur Kostenerstattung für einzelne Leistungen (z.B. Zahnersatz, Ein- und Zweibettzimmer, Auslandsaufenthalt, Krankenhauszuzahlung und Versorgung mit Sehhilfen) für rechtswidrig, da § 13 Abs. 2 Satz 4 SGB V eine Einschränkung der Wahl der Kostenerstattung nur auf ganze Leistungsbereiche zulässt.¹⁰⁷ Acht Landesaufsichten hingegen genehmi-

103 *Daubenbüchel*, RPG 2007, S. 96, 97; KassKomm, § 53 SGB V, Rn. 4.

104 BT-Drs. 16/3100, S. 108.

105 Dreher in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 53, Rn. 13.

106 BT-Drs. 16/3100, S. 109; Dreher in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 53, Rn. 13.

107 Beckschäfer, Die Ersatzkasse 11/2008, S. 439.

gen entsprechende Kostenerstattungstarife. Sowohl das LSG Hamburg¹⁰⁸ als auch das LSG Schleswig-Holstein¹⁰⁹ haben allerdings die Rechtsauffassung des Bundesversicherungsamtes rechtskräftig bestätigt. Zurzeit wird ein aufsichtsrechtliches Verfahren gegenüber einer weiteren bundesunmittelbaren Krankenkasse betrieben. Hier ist das Verfahren bereits beim LSG Schleswig-Holstein anhängig.¹¹⁰

Aus Sicht des Bundesversicherungsamtes werden die Wahltarife von den Krankenkassen genutzt, um sich im Wettbewerb voneinander abzugrenzen. Zahlreiche Internetportale werten aus, welche Krankenkassen in welchem Umfang Wahltarife anbieten. Es ist davon auszugehen, dass das Angebot an Wahlтарifen Auswirkungen auf die Wahlentscheidung der Versicherten hat.

Dies belegen die Teilnahmezahlen der Wahltarife: ca. 20 Prozent aller gesetzlich Versicherten sind in Wahltarife eingeschrieben. Auch der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen stellte fest, dass das Leistungsangebot für die Versicherten von Bedeutung sein kann.¹¹¹ Auch in den vom Bundesversicherungsamt durchgeführten strukturierten Interviews bestätigen zahlreiche Krankenkassen, dass die Wahltarife Auswirkungen auf die Wahlentscheidungen der Versicherten haben.

Die politische Diskussion um die Wahltarife ist groß. Alleine in 2016 haben sich der Bundesrechnungshof, die Monopolkommission und die Fraktion der Grünen mit einer Kleinen Anfrage zuletzt vom 20. Oktober 2016 mit den Wahlтарifen befasst.¹¹² Hierzu ist anzumerken, dass die aufgeworfenen Fragen zum Großteil eher die Problematik bei den landesunmittelbaren Krankenkassen widerspiegeln, die insgesamt betrachtet ein höheres Volumen an Wahlтарifteilnehmern und mithin auch an Ausgaben dafür haben.

108 LSG Hamburg, Urteil vom 27.09.2012, L 1 KR 73/10 KL.

109 LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 16.07.2008, L 5 KR 36/08 KL.

110 LSG Schleswig-Holstein, Az. L 5 KR 148/16 KL.

111 SVR-G, Sondergutachten 2012, Wettbewerb an der Schnittstelle zwischen ambulanter und stationärer Gesundheitsversorgung, Vollversion als BT-Drs. 17/10323, S. 401. SVR-G, Sondergutachten 2012 a.a.O., S. 408, 409, 411, 419.

112 Monopolkommission, Sondergutachten vom 7. März 2017, Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Gesundheitswesen, S. 40 ff.

Fazit:

Insgesamt zeigt sich somit, dass die gesetzlichen Krankenkassen das Wettbewerbsinstrument der Wahltarife, wenn auch in unterschiedlichem Umfang, rege nutzen und sich teilweise sogar erweiterte Möglichkeiten zum Angebot von Wahlтарifen wünschen. Allerdings wirkt der im Vergleich zu den Satzungsleistungen höhere verwaltungstechnische Aufwand auf kleinere Krankenkassen zum Teil eher abschreckend.

Zudem zeigt sich, dass das Anbieten von Wahlтарifen die Wahlentscheidung der Versicherten durchaus zu beeinflussen vermag. Aus den dargestellten Teilnehmerzahlen lässt sich jedoch vermuten, dass nicht jeder Wahlтарif denselben Einfluss auf die Wahlentscheidungen haben dürfte. So binden vor allem die besonderen Versorgungsformen die meisten Versicherten an sich. Darüber hinaus erweisen sich nur noch die Wahlтарife zur Kostenerstattung für einen Großteil der Versicherten als attraktiv. Dies dürfte aber gerade in der aufgezeigten großzügigen Genehmigungspraxis einiger Länder begründet liegen. Bei den anderen Wahlтарifen, insbesondere beim Wahlтарif zur Kostenübernahme für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen, stellt sich hingegen schon aufgrund ihrer geringen Teilnehmerzahlen die Frage nach ihrer Wirtschaftlichkeit und Systemrelevanz.

Dennoch bieten die meisten gesetzlichen Krankenkassen, nicht zuletzt wegen des enormen Drucks, der durch Vergleichsportale im Internet aufgebaut wird, einen Großteil aller Wahlтарifarten an. Wahlтарife mit geringen Teilnehmerzahlen entwickeln sich regelmäßig defizitär und sind in der Folge zu schließen. Für das Defizit kommt am Ende nicht die Gemeinschaft der Wahlтарifteilnehmer, sondern die Versichertengemeinschaft insgesamt auf.

Daher stellt sich abschließend die Frage, ob die Wahlтарife in ihrer gegenwärtigen Form beibehalten oder nicht besser in Gänze beziehungsweise zumindest teilweise aus dem Gesetz gestrichen werden sollten. Denn obwohl sich der Wettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen durch die Einführung der Wahlтарife verstärkt hat, belegen nicht nur die teilweise sehr geringen Einschreibezahlen, dass über eine Abschaffung zumindest einiger Wahlтарifarten - wie z.B. der Kostenübernahme für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen - nachgedacht wer-

den sollte. Herausragende Vorteile für die GKV-Versicherten sind nicht erkennbar. Auch decken die Produkte der privaten Unternehmen den Bedarf ausreichend ab. Eine vielfach behauptete Konkurrenz zu den privaten Versicherungsunternehmen besteht nicht.¹¹³ Systematische Bedenken bestehen gegen die Wahltarife zum Selbstbehalt und zur Nichtinanspruchnahme von Leistungen, weil sie gegen den Grundsatz der Solidarität nach §§ 1 und 3 SGB V verstoßen könnten. Auf der anderen Seite hilft der Wahltarif zur Kostenerstattung dabei, freiwillig, zum großen Teil gutverdienende, Versicherte im GKV-System zu halten und so die Einnahmenseite des Gesundheitsfonds zu stabilisieren. Darüber hinaus erweisen sich letztlich die Wahltarife auch als nützliches Mittel zum Ausgleich von Leistungsbeschränkungen, um entsprechende Versorgungslücken im GKV-System auszufüllen. Kritisch sind aber die Wahltarife zum Selbstbehalt, zur Nichtinanspruchnahme von Leistungen und zur Kostenübernahme für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen zu sehen. Überdacht werden sollte ferner die gesetzliche Regelung zum Wahltarif Krankengeld. Sie haben eine geringe praktische Bedeutung und verursachen einen erheblichen Prüfaufwand in der Genehmigungspraxis. Auf diesem Leistungsfeld treten die gesetzlichen Krankenkassen nur eingeschränkt in den Wettbewerb mit der PKV, die gleichartige Versicherungsangebote unterbreiten.

4. Bonusprogramme

Durch das GKV-Modernisierungsgesetz wurde zum 1. Januar 2004 der bisherige § 65a SGB V (seit 1. Januar 2000 Versichertenbonus in der hausärztlichen Versorgung) inhaltlich zum Bonus für gesundheitsbewusstes Verhalten geändert.

Die Krankenkassen konnten Bonusprogramme in ihrer Satzung einführen und bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Versicherte, die regelmäßig Leistungen zur Früherkennung von Krankheiten nach den §§ 25 und 26 SGB V oder qualitätsgesicherte Leistungen der Krankenkasse zur primären Prävention in Anspruch nehmen, Anspruch auf einen Bonus haben.

¹¹³ Monopolkommission, Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem, Sondergutachten 75, 2017, S. 54.

Darüber hinaus bestand nach § 65a Abs. 2 SGB V die Möglichkeit, eine Ermäßigung der Zuzahlungen oder von Beiträgen vorzusehen, wenn Versicherte an einer hausarztzentrierten Versorgung, einem strukturierten Behandlungsprogramm bei chronischen Krankheiten oder an einer integrierten Versorgung teilnehmen. Dieser Absatz wurde zum 1. April 2007 gestrichen, da für die genannten Bereiche nunmehr die Möglichkeit besteht, einen Wahltarif nach § 53 Abs. 3 SGB V anzubieten. Mit Absatz drei bestand ferner die Möglichkeit, durch Arbeitgeber- und Arbeitnehmerboni das betriebliche Gesundheitsmanagement zu fördern (heute § 65a Abs. 2 SGB V).

Gegenstand der weiteren Betrachtung ist allein der Individualbonus nach § 65a Abs. 1 SGB V.

Durch die Möglichkeit der Krankenkassen mit dem neuen § 65a SGB V Bonusmodelle einzuführen, sollten Anreize für ein gesundheitsbewusstes Verhalten der Versicherten geschaffen und somit die regelmäßige Inanspruchnahme der im Gesetz genannten Maßnahmen gefördert werden.¹¹⁴ Anschließend wurde die Kann-Regelung zum 25. Juli 2015 im Rahmen des Präventionsgesetzes zu einer Soll-Regelung geändert und die Bereiche der bonusfähigen Maßnahmen weiter konkretisiert.

Gemäß § 65a Abs. 1 SGB V sollen die Krankenkassen in ihrer Satzung bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Versicherte einen Anspruch auf einen Bonus haben, die regelmäßig Früherkennungsuntersuchungen nach §§ 25 und 26 SGB V, Schutzimpfungen nach § 20i SGB V oder regelmäßig Leistungen zur verhaltensbezogenen Prävention nach § 20 Abs. 5 SGB V in Anspruch nehmen oder an vergleichbaren qualitätsgesicherten Angeboten zur Förderung eines gesundheitsbewussten Verhaltens teilnehmen.

Mit der Gesetzesänderung sollte die Inanspruchnahme der in Absatz 1 genannten Leistungen noch weiter gefördert werden, da nunmehr die Krankenkassen in der Regel verpflichtet sind, durch einen Bonus Anreize zu schaffen. Zudem beabsichtigte der Gesetzgeber durch die Notwendigkeit der Zertifizierung von Leistungen zur verhaltensbezogenen Prävention nach § 20 Abs. 5 Satz 1 SGB V zu vermeiden, dass die Krankenkassen

114 BT-Drs. 15/1525, S. 95.

für Leistungen Boni zahlen, die nur mittelbaren oder gar keinen Bezug zur Gesundheitsförderung haben.¹¹⁵ Letztlich wurde dies aber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens nicht für § 65a SGB V übernommen, so dass hier auf vergleichbare, qualitätsgesicherte Angebote abgestellt wird, die nicht zertifiziert sein müssen.¹¹⁶

Die Krankenkassen sind in der Ausgestaltung ihrer Bonusprogramme weitestgehend frei, wobei das Bundesversicherungsamt bei der Erfassung von Bewegungs- und Gesundheitsdaten im Zusammenhang mit Bonusleistungen regelmäßig darauf hinweist, dass Krankenkassen keinen Zugriff auf diese Daten erhalten dürfen.¹¹⁷

Aufgrund dessen findet sich eine Vielzahl unterschiedlich aufgebauter Bonusprogramme bei den bundesunmittelbaren Krankenkassen. Die BKK-Mustersatzung enthält nur eines der möglichen Modelle. In der Genehmigungspraxis lässt sich insoweit aber feststellen, dass die Krankenkassen die Angebote ihrer Mitbewerber beobachten und hieran ausgerichtet ihre Programme an die anderen Krankenkassen anpassen.

Vergleichbar sind die Bonusprogramme insoweit, als in der Regel eine Anzahl von bonusfähigen Maßnahmen von der Krankenkasse festgelegt wird, die vom Versicherten entweder als Pflichtmaßnahmen oder zumindest wiederholt und regelmäßig durchgeführt werden müssen, um einen Anspruch auf einen Bonus zu erhalten.

Darüber hinaus werden gegebenenfalls weitere Wahlmaßnahmen angeboten, die den Bonus erhöhen.

Als „klassische“ bonusfähige Maßnahmen sind die Früherkennungsuntersuchungen, der Nachweis des vollständigen Impfschutzes, die Mitgliedschaft im Sportverein oder einem qualitätsgesicherten Fitnessstudio sowie die Teilnahme an Sportveranstaltungen unter qualifizierter Leitung mit entsprechender Vorbereitung zu nennen.

115 BT-Drs. 18/4282, S. 43.

116 BT-Drs. a.a.O.

117 Tätigkeitsbericht des Bundesversicherungsamtes aus 2016, S. 27 mit Hinweis auf die Internetseite der BfDi.

In der Genehmigungspraxis häufig zu sehen, sind Bonusgestaltungen, bei denen der Nachweis von Körperdaten und Laborwerten einen Bonus auslöst. Diese Form des Bonus wird unterschiedlich benannt: Erfolgsbonus, Gesundheitsbonus, Länger-leben-Bonus und findet sich zwischenzeitlich in den Satzungen mehrerer Kassen.

Hierzu ist festzustellen, dass alleine der Nachweis von Gesundheitswerten im Normbereich für eine Bonusgewährung unzureichend ist. Entsprechend sind bloße Feststellungen bestimmter Daten oder Werte, d.h. Ergebnisse von Körpermessungen oder Statusfeststellungen (Nichtrauchereigenschaft, BMI, Blutdruckwerte, Cholesterin usw.) für sich alleine genommen nicht genehmigungsfähig. Gleichwohl besteht die Möglichkeit der Genehmigung, wenn zur Erreichung des Bonus zusätzliche weitere Voraussetzungen nach § 65a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 SGB V nachgewiesen werden und beispielsweise der Faktor Bewegung in ein Gesamtkonzept eingebettet ist. In der Regel werden daher sportliche Aktivitäten als zwingende Kombination ergänzt.

Die Programme unterscheiden sich auch hinsichtlich der Art des Bonus. So können Versicherte in der Regel zwischen einem Geldbonus, einem Sachbonus oder einem Zuschuss zu gesundheitsnahen Dienstleistungen wählen.

Wurden beispielsweise im Jahr 2010 ausschließlich Geld- und Sachboni ausgekehrt, zeigte sich in den letzten Jahren ein Trend hin zu einem Bonus in Form eines Zuschusses zu gesundheitsnahen Dienstleistungen. Die Krankenkassen können so gegenüber ihren Versicherten mittelbar ein breites Leistungsspektrum über die Regelleistungen hinaus anbieten. Zuletzt konnte in der Genehmigungspraxis des Bundesversicherungsamtes beobachtet werden, dass Leistungen, die bislang auf der Grundlage einer Satzungsregelung gemäß § 11 Abs. 6 SGB V angeboten wurden, nunmehr als Zuschussleistungen im Bonusprogramm implementiert werden (z.B. Individuelle Gesundheitsleistungen (IGel), PZR, Naturheilkunde, Leistungen nach dem Hufelandverzeichnis etc.). Auf diese Weise werden die Leistungen nur noch dem eingeschränkten Personenkreis der erfolgreichen Teilnehmer am Bonusprogramm zugänglich gemacht und in der Folge Kosten reduziert.

Da die Satzungsregelungen dem Genehmigungsvorbehalt der zuständigen Aufsichtsbehörde unterliegen, wird im Rahmen des Genehmigungsverfahrens durch das Bundesversicherungsamt ferner auch geprüft, ob die Bonusprogramme grundsätzlich von allen Versicherten gewählt werden können und keine diskriminierenden Einschränkungen im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand oder Alter und Geschlecht der Versicherten vorgenommen werden. Daneben achtet das Bundesversicherungsamt bei seiner Prüfung zusätzlich darauf, dass der gesundheitliche Nutzen im Vordergrund steht und unabhängig davon, ob es sich um ein neues Mitglied oder einen Bestandsversicherten handelt, dieselben Voraussetzungen zum Erhalt eines Bonus gelten.¹¹⁸

Im Jahr 2004 haben 98 von 151 der damals existierenden bundesunmittelbaren Krankenkassen bereits von der Regelung des § 65a SGB V Gebrauch gemacht und bieten ihren Versicherten seitdem ein Bonusprogramm an.¹¹⁹ Weitere 10 Prozent zogen im darauf folgenden Jahr nach. Im Jahr 2010 sahen 82 der damals 93 bundesunmittelbaren Krankenkassen eine Bonusregelung vor.¹²⁰ Bis zum Jahr 2011 führten weitere 13 der heute 66 bundesunmittelbaren Krankenkassen versichertenbezogene Bonusprogramme ein. Es folgte jährlich im Durchschnitt eine weitere Krankenkasse, sodass im Jahr 2014 insgesamt 77 von 79 und im Jahr 2016 insgesamt 65 von 66 bundesunmittelbaren Krankenkassen ein Bonusprogramm im Angebot hatten.¹²¹ Ende 2017 haben bis auf eine Krankenkasse alle bundesunmittelbaren Krankenkassen ein Bonusprogramm nach § 65a Abs. 1 SGB V in ihrer Satzung implementiert.

Über die Jahre hinweg wurden die Bonusprogramme stetig weiter entwickelt und an den Programmen der Mitbewerber ausgerichtet. Die Krankenkassen nehmen häufig Änderungen an ihrem Maßnahmenkatalog, der Höhe des Bonus oder der Bonusart vor. Änderungen zum Bonusprogramm sind daher regelmäßiger Gegenstand

118 Vgl. dazu insbesondere die Kleine Anfrage der Fraktion, DIE LINKE: BT-Drs. 18/7784.

119 Auswertung der Statistik des Bundesversicherungsamtes auf eine Anfrage des Bundesministeriums für Gesundheit vom 6. Mai 2004.

120 Auswertung der Statistik des Bundesversicherungsamtes auf eine Anfrage des Bundesministeriums für Gesundheit vom 27. März 2010.

121 Tätigkeitsbericht des Bundesversicherungsamtes 2014, S. 28; Tätigkeitsbericht des Bundesversicherungsamtes 2016, S. 31, 32.

eines Satzungsnachtrages, der vom Bundesversicherungsamt zu genehmigen ist.

Die Krankenkassen besitzen hinsichtlich der Ausgestaltung zwar einen weiten Gestaltungsspielraum, jedoch müssen sich die Bonusprogramme nach § 65a Abs. 3 SGB V durch Einsparungen und Effizienzsteigerungen finanzieren. Diesbezüglich haben die Krankenkassen gegenüber ihrer Aufsichtsbehörde Rechenschaft abzulegen und müssen die Einsparungen mindestens alle drei Jahre nachweisen.

Bei der Evaluation von Bonusprogrammen handelt es sich um einen gesetzlichen Auftrag, der jedoch schwer umsetzbar ist, da der Gesetzgeber keine Vorgaben zur Ausgestaltung der Evaluation gemacht hat. Das Bundesversicherungsamt hat aus diesem Grund und aus Gründen der Gleichbehandlung der dem Bundesversicherungsamt unterstehenden Krankenkassen mit Rundschreiben vom 19. Mai 2005 Angaben zum Evaluationsdesign und insbesondere zur Berücksichtigung von Kosten gemacht.¹²²

Grundsätzlich muss bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit auf die Datenbasis der Krankenkassen vertraut werden, die dem Evaluator zur Verfügung gestellt wird, da keine eigenen Daten durch das Bundesversicherungsamt erhoben werden. Es kann also nur geprüft werden, ob die Evaluationsberichte vollständig und plausibel sind und die methodischen Vorgaben unseres Rundschreibens eingehalten wurden. Im Ergebnis muss der Bericht bestätigen, dass sich die Bonusprogramme aus den erzielten Einsparungen und Effizienzsteigerungen finanzieren.

Ein mögliches Eingreifen bei offensichtlichen Fehlern im Evaluationsdesign oder beim Feststellen eines defizitären Bonusprogrammes kann auch aus Gründen des Vertrauensschutzes der Versicherten stets nur zeitversetzt erfolgen. Die Krankenkassen evaluieren einen Dreijahreszeitraum und stellen die entsprechenden Daten anschließend einem externen Evaluator zur Verfügung. Die Bereitstellung der Daten erfolgt in der Regel ein Jahr nach Ablauf des letzten Jahres des zu evaluierenden Zeitraums. Die Berichte über Einsparungen im Bundesversi-

122 Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes vom 19. Mai 2005; http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/Risikostrukturausgleich/Rundschreiben/Rundschreiben_Bonus.pdf.

cherungsamt liegen demnach erst rund eineinhalb Jahre nach Ablauf des Evaluationszeitraums vor.

Letztlich wird bei den Prüfungen des Bundesversicherungsamtes nur auf die Wirtschaftlichkeit der Bonusprogramme abgestellt, nicht aber auf die Steigerung des gesundheitsbewussten Verhaltens bzw. ob die Inanspruchnahme von bonifizierten Leistungen sich bei den Teilnehmern erhöht hat. Ausgehend vom Stand September 2017 konnten fünf Krankenkassen den Nutzen ihres Bonusprogrammes nicht nachweisen. Darüber hinaus liegen derzeit noch ca. zehn Evaluationsberichte zur Prüfung vor, die bei kursorischer Durchsicht laut des Evaluators aber ein positives Finanzergebnis ausweisen.

Die Krankenkassen kritisieren häufig die Kosten für die Anfertigung eines Evaluationsberichts, da sich diese negativ auf die Einsparungen auswirken und sich die Einsparungen zudem erst langfristig und nicht mittelfristig zeigen. Da dies jedoch für alle Krankenkassen gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist, sind diese Berichte unumgänglich.

Hinsichtlich der bonusfähigen Maßnahmen zeigt sich auch die gelegentlich unterschiedliche Genehmigungspraxis von Bund und Ländern. So lassen sich in den Bonusprogrammen von acht landesunmittelbaren Krankenkassen Regelungen hinsichtlich bonusfähiger Maßnahmen (z.B. Feuerwehreignungstest, Erste Hilfe Kurs für Führerscheinprüfung, Blutspende) finden, die fremdnützigen Charakter haben und deshalb nicht das eigene gesundheitsfördernde Verhalten des Versicherten fördern. Zudem enthält die Satzung einer landesunmittelbaren Krankenkasse eine Regelung, bei der die Registrierung in der Online-Geschäftsstelle zwingende Voraussetzung für die Teilnahme am Bonusprogramm ist. Schließlich genehmigten sechs Landesaufsichten bei neun landesunmittelbaren Krankenkassen Bonusprogramme, bei denen für die Gewährung eines Bonus schon die einmalige Teilnahme an einem Präventionskurs, wie z.B. „Reisen und Gesundheit“, ausreichend ist. Das Bundesversicherungsamt genehmigt derartige Bonusprogramme nicht, weil die im Gesetz geforderte Regelmäßigkeit fehlt.

Es handelt sich jedoch um Einzelfälle gerade bei kleineren Krankenkassen, sodass nicht davon auszugehen ist, dass sich die zum Teil unterschiedliche Genehmigungspraxis tatsächlich wettbewerbsverzerrend auswirkt.

Wie wichtig dabei das Instrument der Bonusprogramme für die Krankenkassen im Wettbewerb ist, zeigt beispielsweise eine Versichertenbefragung in einem Artikel des Focus Money aus dem Jahre 2013. Hiernach stellt die Ausgestaltung von Bonusprogrammen einen Anreiz für einen Kassenwechsel dar und wird folglich von den Krankenkassen als ein wichtiges Instrument zur Mitgliedergewinnung genutzt.¹²³ Auch die vom Bundesversicherungsamt geführten strukturierten Interviews können diese Einschätzung überwiegend bestätigen.

Die Krankenkassen setzen Bonusprogramme dazu ein, ihren Versicherten aufzuzeigen, dass sie über die Regelleistungen hinaus im Rahmen der Bonusprogramme Anspruch auf Zusatzleistungen haben. Dennoch ist einem Bericht der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen aus dem September 2015 zu entnehmen, dass die Bonusprogramme aus Sicht der Versicherten zu unübersichtlich und zu aufwendig gestaltet und im Ergebnis nur schwer zu durchblicken sind. Ein tatsächlicher Wettbewerb gehe dadurch verloren.¹²⁴

Es stellt sich daher die Frage, ob die Intention des Gesetzgebers, das gesundheitsbewusste Verhalten der Versicherten zu stärken und einen Anreiz für ein solches Verhalten zu schaffen, in der Praxis umgesetzt wird oder nicht vielmehr die Krankenkassen mit ihren Bonusprogrammen versuchen, möglichst gesunde Versicherte als Zielgruppe anzusprechen und dauerhaft an ihre Krankenkasse zu binden. Durch die Gestaltungsfreiheit können Krankenkassen dem Grunde nach nämlich eine bestimmte Zielgruppe ansprechen.

Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen stellte in ihrem Bericht vom September 2015 in diesem Zusammenhang fest, dass die Bonusprogramme vorrangig von Versicherten genutzt werden, die ohnehin an den bonifizierten Maßnahmen teilnehmen.¹²⁵

In der Öffentlichkeit werden Bonusprogramme zudem kritisiert, die bei

123 FOCUS-MONEY 45/2013, S. 67 ff.

124 Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen, Bonusprogramme der Gesetzlichen Krankenkassen - Anreize für gesundheitsbewusstes Verhalten oder Prämienzahlung für Gesunde? - Untersuchung der Verbraucherzentrale NRW, September 2015, S. 3, 17.

125 Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen a.a.O., S. 3, 15.

erfolgreicher Teilnahme einen Zuschuss zu einem Gerät mit Trackingfunktion (i Phone, Wearables) ausloben. Das Bundesversicherungsamt ist dieser Kritik nicht gefolgt, weil auch die Auszahlung von Bargeld rechtmäßig ist, welches völlig ohne Einschränkung verausgabt werden darf. Kritisch bewertet das Bundesversicherungsamt aber das Auszahlen eines Bonus, der ausschließlich an das Erreichen bestimmter Schrittzahlen geknüpft ist.¹²⁶

Fazit:

Bonusprogramme werden von den gesetzlichen Krankenkassen als ein Instrument zur Werbung, Mitgliederakquise und Mitgliederbindung genutzt, um sich von ihren Mitkonkurrenten abzugrenzen und im Wettbewerb zu bestehen.

Dennoch stellt sich die Frage, inwieweit sich der gesetzgeberische Wille, mit dem Instrument der Bonusprogramme das gesundheitsbewusste Verhalten aller Versicherten zu stärken, wirklich in der Praxis manifestiert hat. Denn nicht nur die Aussagen der Verbraucherzentrale NRW, sondern auch die vom Bundesversicherungsamt geführten Interviews belegen, dass Krankenkassen ihre Bonusprogramme vorwiegend dazu nutzen, junge, gesunde sowie sportliche Versicherte anzusprechen und an sich zu binden. Zudem ist der Nutzen vieler angebotener Bonusprogramme nicht hinreichend qualitätsgesichert, weil nicht nur zertifizierte, dem Leitfaden Prävention des GKV-Spitzenverbandes gemäß § 20 Abs. 2 SGB V entsprechende Präventionsangebote an einen Bonus gekoppelt werden, sondern auch „vergleichbare“ qualitätsgesicherte Angebote gemäß § 65a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB V, wie das Erlangen eines Sportabzeichens oder die Mitgliedschaft in einem Fitnessstudio, hierfür genügen.¹²⁷ Hier bedürfte es - wie im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum Präventionsgesetz ursprünglich beabsichtigt - einer gesetzlichen Anpassung dergestalt, dass die Versicherten zertifizierte Präventionsangebote für das Erlangen eines Bonus durchlaufen müssten.

Schließlich ist im Hinblick auf die Evaluierung der Wirtschaftlichkeit der Bonusprogramme gemäß § 65a Abs. 3 SGB V anzumerken, dass der Nut-

126 Tätigkeitsbericht des Bundesversicherungsamtes aus 2015, S. 18; Tätigkeitsbericht des Bundesversicherungsamtes aus 2016, S. 25.

127 Begründung des 14. Ausschusses für Gesundheit zur Änderung des § 65a Abs. 1 Nr. 3 SGB V, vgl. SGB V-Handbuch-Sozialgesetzbuch V Krankenversicherung, 21. Auflage 2016, S. 149.

zen von Bonusprogrammen je nach Rechenmodell und Evaluationsinstitut, zum Teil unter Ausschluss von Hochleistungsfällen, unterschiedlich ermittelt wird. Ob in der Folge ein objektiver Nutzen für die Bonusteilnehmer feststellbar ist, kann daraus nicht abgeleitet werden. Kosten und Nutzen des Bonusprogramms werden darüber hinaus stets für die Vergangenheit abgebildet. Eine Prognose über die „Wirtschaftlichkeit“ des Bonusprogramms für die Zukunft obliegt den Krankenkassen, die insoweit eine Einschätzungsprärogative haben.

Bereits im Zuge der Einführung des Präventionsgesetzes hat daher das Bundesversicherungsamt in Anbetracht des hohen tatsächlichen wie auch finanziellen Aufwands bei der Ermittlung der Einsparungen aus dem Bonusprogramm die Einführung eines Maximalwertes für Ausgaben nach § 65a SGB V vorgeschlagen. Denn ein Maximalwert würde es aus Sicht des Bundesversicherungsamtes deutlich (und überprüfbar) machen, dass ein bestimmtes Finanzvolumen für die Aufgabe zuverlässig zur Verfügung steht.

5. Prävention

Die Krankenkassen nutzen ihre in den jeweiligen Satzungen definierten Präventionsangebote zu Wettbewerbszwecken. Insbesondere individuelle Präventionsleistungen wie Nordic-Walking und Gesundheitsreisen werden im Vertrieb stark beworben, wohingegen Leistungen für Settingangebote oder Suchtprävention weniger stark hervorgehoben werden. Der Gesetzgeber hat dieser Entwicklung immer wieder gegengesteuert.

Durch das GRG¹²⁸ wurde zum 1. Januar 1989 mit dem damals neu eingeführten § 20 SGB V erstmals eine umfassende Regelung über Leistungen zur Förderung der Gesundheit und zur Verhütung von Krankheiten eingeführt. Bei den gesetzlichen Krankenkassen traf der neue § 20 SGB V i.d.F. des GRG auf starke Resonanz.¹²⁹

Diese Ausweitung von Prävention und Gesundheitsförderung wurde 1997 zum Teil wieder zurückgeführt, weil die Krankenkassen den ihnen gemäß

128 Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz) vom 20.12.1988 (BGBl. I 1988, S. 2477).

129 Gerlach in: Hauck/Noftz, § 20 SGB V, Rn. 9.

§ 20 Abs. 3 S. 2 SGB V i.d.F. des GRG eingeräumten Gestaltungsspielraum missbraucht hatten. Unter der Überschrift „Gesundheitsförderung“ sind Leistungsausweitungen erfolgt, die weder medizinisch notwendig, noch generell sinnvoll waren.¹³⁰

Diese Sichtweise kann auch durch die Aufsichtspraxis bestätigt werden. So bezuschussten die gesetzlichen Krankenversicherungen im Rahmen von Präventions- und Gesundheitsförderungsleistungen etwa die Kosten für Kochkurse, Bauchtanzkurse, Nordic-Walkingkurse auf einem Donau-Dampfschiff sowie Snowboardkurse; die Präventionsmaßnahmen dienten mithin eher als Marketinginstrument. Auf der 47. Arbeitstagung der Aufsichtsbehörden der Sozialversicherungsträger vom 15. bis 17. November 1995 in Speyer wurde festgestellt, dass keine Maßnahmen der Gesundheitsförderung nach § 20 SGB V sind: Hilfen bei der Partnerwahl, Pannenkurse, Selbstverteidigungskurse, Koch- und Backkurse, Übernahme der Kosten für Restaurantbesuche, Mountainbike fahren, Snowboard fahren, Bewerbertraining und allgemeine Umweltmaßnahmen. Diese Aufzählung macht das Ausmaß der Fehlsteuerung der Krankenkassen deutlich.

Aufgrund dieser Fehlentwicklung schränkte der Gesetzgeber zum 1. Januar 1997 durch das Beitragsentlastungsgesetz¹³¹ die Maßnahmen zur Gesundheitsförderung weitgehend ein.

§ 20 SGB V wurde dann durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000¹³² völlig neu gefasst. Seitdem stand den Krankenkassen wieder ein erweiterter Handlungsrahmen für die Primärprävention und für die betriebliche Gesundheitsförderung zur Verfügung.¹³³ Innerhalb eines von den Spitzenverbänden der Krankenkassen vorgegebenen

130 BT-Drs. 13/5099; Gerlach in: Hauck/Noftz, § 20 SGB V, Rn. 10.

131 Gesetz zur Entlastung der Beiträge in der gesetzlichen Krankenversicherung (Beitragsentlastungsgesetz) vom 1.11.1996 (BGBl. I 1996, S. 1631).

132 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) vom 22.12.1999 (BGBl. I 1999, S. 2626).

133 Eberle, G+G, 9/2000, S. 36.

Rahmens¹³⁴ konnten die gesetzlichen Krankenkassen nun wieder Leistungen zur Primärprävention erbringen und für den Arbeitsschutz ergänzende Maßnahmen der betrieblichen Gesundheitsförderung durchführen. Ferner war auch eine Zusammenarbeit mit den Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung bei der Verhütung arbeitsbedingter Gesundheitsgefahren möglich.

Des Weiteren sollten die Krankenkassen Selbsthilfegruppen, -organisationen und -kontaktstellen fördern, die sich die Prävention oder die Rehabilitation von Versicherten mit bestimmten Krankheiten zum Ziel gesetzt haben. Schließlich und wohl vor allem, um den obskuren Leistungsauswüchsen der Vergangenheit zu begegnen, wurden erstmals für die Ausgaben der Primärprävention, einschließlich der betrieblichen Gesundheitsförderung sowie für die Ausgaben zur Förderung der Selbsthilfe (§ 20 Abs. 1, 2 und 4 SGB V i.d.F. des GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) Richtwerte festgelegt.¹³⁵

In der Aufsichts- und Prüfpraxis zeigte sich jedoch, dass die Krankenkassen weiter beispielsweise orientalische Frauentänze im Rahmen der Primärprävention bezuschussten, die durch eine Volkshochschule angeboten wurden. Darüber hinaus (re-)finanzierten einige Krankenkassen teilweise auch die Funktionsgymnastik für Babys und Kleinkinder sowie das Babyschwimmen.

Aufgrund der regelmäßigen Bezuschussung von Angeboten, die dem o.g. Leitfaden für Prävention und somit dem gesetzlichen Auftrag widersprachen, entschied sich das Bundesversicherungsamt im Jahr 2009, die Haushaltsansätze der bundesunmittelbaren gesetzlichen Krankenkassen für Präventionsmaßnahmen zu überprüfen. Der gesetzliche Soll-Wert nach § 20 Abs. 2 SGB V i.d.F. des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz für Präventionsmaßnahmen lag beispielsweise im Jahr 2009 bei 2,80 Euro

134 Leitfaden Prävention, Handlungsfelder und Kriterien des GKV-Spitzenverbandes zur Umsetzung von §§ 20 und 20a SGB V vom 21. Juni 2000 in Zusammenarbeit mit den Verbänden der Krankenkassen auf Bundesebene, http://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/redaktion/pdf_broschueren/praevention_leitfaden_2010.pdf, zuletzt eingesehen am 11.12.2017.

135 Gerlach in Hauck/Noftz, § 20 SGB V, Rn. 14; Knieps/Reiners, Gesundheitsreformen in Deutschland, 2015, S. 185; Rosenbrock/Gerlinger, Gesundheitspolitik, 2014, S. 80.

pro Versicherten. In der Aufsichtspraxis wurden jedoch bei einigen Krankenkassen Ausgaben festgestellt, die bis zu 15,00 Euro pro Versicherten und Jahr betragen, also das Fünffache des Soll-Wertes. Zu Beginn des Jahres 2009 hielten sich 41 bundesunmittelbare Krankenkassen nicht an den Richtwert nach § 20 Abs. 2 SGB V i.d.F. des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz. 2010 hatten noch immer 14 bundesunmittelbare Krankenkassen den Soll-Wert massiv (teilweise bis zum vierfachen) überschritten und 2011 waren es immer noch acht Krankenkassen. Ferner zeigte sich, dass die Krankenkassen deutlich mehr Ausgaben für Individualprävention veranschlagten als für Präventionsmaßnahmen in Settings inklusive der betrieblichen Gesundheitsförderung. Präventionsmaßnahmen wurden weiterhin vor allem zur „Haltearbeit“ der Krankenkassen genutzt. Angebote zur Suchtprävention oder betrieblichen Gesundheitsförderung wurden dagegen nur selten unterbreitet.

Als Konsequenz hieraus wurde in der Folge aufsichtsrechtlich darauf hingewirkt, dass der Richtwert durch die Kassenkassen beachtet und die betriebliche Gesundheitsförderung stärker gefördert wird. In Abstimmung mit dem Bundesministerium für Gesundheit wurde entschieden, dass die Haushaltsansätze für Präventionsausgaben ab einer Überschreitung von 100 Prozent des nach § 20 Abs. 2 SGB V i.d.F. des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vorgesehenen Wertes beanstandet werden.¹³⁶

Nicht zuletzt weil die Krankenkassen Präventionsleistungen vielfach zu Marketingzwecken eingesetzt haben, verpflichtet der Gesetzgeber die Krankenkassen mit Inkrafttreten des Präventionsgesetz¹³⁷ dazu, einen Mindestausgabenwert von 2,00 Euro¹³⁸ pro Versicherten für Settingangebote (§ 20a SGB V) und 2,00 Euro für betriebliche Gesundheitsförderung (§ 20b SGB V) auszugeben. Für alle Präventionsleistungen insgesamt sieht das Gesetz aber einen Richtwert in Höhe von 7,00 Euro pro Versicherten pro Jahr vor. In der Aufsichtspraxis ist festzustellen, dass die Mindestausgaben für Settingangebote oftmals nicht erreicht wurden. Zwar stiegen die Ausgaben von 2011-2016 insbesondere in diesen Bereichen kontinuierlich an. Nach Überprüfung des abgeschlossenen Haushaltsjah-

136 BT-Drs. 17/8279 Nr. 161, 162.

137 Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (Präventionsgesetz) vom 17.07.2015 (BGBl. I 2015, S. 1368).

138 Wird dynamisiert.

res 2016 musste das Bundesversicherungsamt feststellen, dass insgesamt 54 von 66 bundesunmittelbaren Krankenkassen den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestbetrag für Präventionsmaßnahmen in Lebenswelten noch nicht erreicht haben. Des Weiteren stellte das Bundesversicherungsamt fest, dass 17 Krankenkassen den Mindestbetrag für Leistungen zur betrieblichen Gesundheitsförderung unterschreiten.

Die Auswertung der Haushaltspläne der Krankenkassen für das Haushaltsjahr 2017 hat ergeben, dass immer noch 26 von 66 bundesunmittelbaren Krankenkassen zu wenig Geld für den Setting-Ansatz in ihren Haushaltsplänen veranschlagten.

Im laufenden Haushaltsjahr nicht verausgabte Mittel für Leistungen der Prävention in Lebenswelten müssen im folgenden Haushaltsjahr zusätzlich zur Verfügung gestellt werden. Die nicht verausgabten Mittel für betriebliche Gesundheitsförderung müssen gemäß § 20b Abs. 4 SGB V an den Spitzenverband der gesetzlichen Krankenkassen überwiesen werden. Der Spitzenverband hat im September 2017 für insgesamt 46 Krankenkassen entsprechende Bescheide verfasst. Dies zeigt, dass auch die landesunmittelbaren Krankenkassen ihrem gesetzlichen Auftrag aus dem Präventionsgesetz nicht im erforderlichen Umfang nachgekommen sind.

Daher wurden mit Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes¹³⁹ vom 19. Dezember 2017 alle bundesunmittelbaren Krankenkassen darauf hingewiesen, dass die Krankenkassen den gesetzlichen Richtwert für die Präventionsleistungen von insgesamt 7,00 Euro pro Versicherten verausgaben sollen, wobei ein gesetzlicher Mindestbetrag von 2,00 Euro für Settingangebote nach § 20a SGB V und ein Mindestbetrag von 2,00 Euro für die betriebliche Gesundheitsförderung ausgegeben werden muss.

Fazit:

Der Grund, weshalb die meisten gesetzlichen Krankenkassen weiterhin schwerpunktmäßig individuelle Präventionsleistungen anbieten, liegt an der wettbewerblichen Ausrichtung des Krankenversicherungssystems. Jeder Versicherte kann seine Krankenkasse innerhalb eines kurzen Zeitraums wechseln, während langfristige, effektive Gesundheitsförderungs-

139 Bundesversicherungsamt, Az. 211 – 59998.41 – 2469/2017, S. 2., www.bundesversicherungsamt.de/aufsicht/krankenversicherung.html.

und Präventionsangebote keine kurzfristigen wirtschaftlichen Erfolge für die Krankenkassen zeitigen. Der Krankenkassenwettbewerb verleitet die Krankenkassen eher dazu, in verhaltensbezogene individuelle Freizeit- und Wellnessangebote zu investieren,¹⁴⁰ um neue und vor allem junge, gesunde, sowie gut verdienende Versicherte anzulocken. Der morbiditätsorientierte RSA in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung weist für diese Versichertengruppe noch immer eine Überdeckung auf.¹⁴¹ Auch herrscht bei den Krankenkassen aufgrund der Haushaltsplanung eine jahresbezogene Betrachtung von Projekterfolgen vor.

Daher ist die durch das Präventionsgesetz eingeführte Mindestwertregelung für Settingangebote und betriebliche Gesundheitsförderung sehr zu begrüßen. Trotzdem beweist die Aufsichtspraxis, dass diese Mindestwerte in den Haushaltsansätzen lückenlos kontrolliert werden müssen, da ansonsten die gesetzlichen Krankenversicherungsträger weiterhin tendenziell geneigt sein werden, zu wenig Geld für den Setting-Ansatz auszugeben.

6. Zusammenarbeit gesetzlicher Krankenkassen mit privaten Versicherungsunternehmen

Das Bundesversicherungsamt stellt Bestrebungen der gesetzlichen Krankenkassen fest, sich im Markt durch Kooperationen mit privaten Versicherungsunternehmen gemeinsam zu positionieren.

Die Möglichkeit der Zusammenarbeit der gesetzlichen Krankenkassen mit privaten Versicherungsunternehmen basiert auf § 194 Abs. 1a SGB V. Hiernach ist es den gesetzlichen Krankenkassen gestattet, private Zusatzversicherungsverträge, die den gesetzlichen Krankenversicherungsschutz ergänzen, zwischen ihren Versicherten und privaten Krankenversicherungsunternehmen zu vermitteln.

Die Vorschrift wurde durch das GKV-Modernisierungsgesetz¹⁴² eingeführt und gilt vor allem als eine gewisse Kompensation für die Streichung von Leistungen aus dem gesetzlichen Leistungskatalog. Daneben ist die Neu-

140 Knieps/Reiners, Gesundheitsreformen in Deutschland, 2015, S. 184, 185.

141 Rosenbrock/Gerlinger, Gesundheitspolitik, 2014, S. 81; Buchner et al. in: Wasem et al., Medizinmanagement, 2013, S. 152.152; Drösler et al. 2017, S. 413ff.

142 Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz) vom 14.11.2003 (BGBl. I 2003, S. 2190).

regelung aber auch eine Reaktion auf die Rechtsprechung,¹⁴³ wonach die Vermittlung privater Zusatzsterbegeldversicherungen ohne Rechtsgrundlage nicht mehr im Rahmen des den Krankenkassen gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereichs gemäß § 30 Abs. 1 SGB IV lag und wettbewerbswidrig im Sinne von § 1 UWG war.¹⁴⁴

Im weiteren Verlauf wurde § 194 Abs. 1a SGB V durch Art. 1 Nr. 12a GKV-Finanzstärkungsgesetz¹⁴⁵ zum 1. Januar 2011 geändert. Nach der Begründung des Ausschusses für Gesundheit war es die Intention der Gesetzesnovelle klarzustellen, dass gesetzliche Krankenkassen nur für Leistungen, die den gesetzlichen Krankenversicherungsschutz „ergänzen“, private Zusatzversicherungen vermitteln dürfen. Unzulässig war und ist mithin die Vermittlung von privaten Zusatzversicherungen, die keinen Bezug zur GKV aufweisen.¹⁴⁶ Das Bundesversicherungsamt greift daher die Vermittlung von Rechtsschutz- und Risikolebensversicherungen oder Versicherungstarifen für Arbeitgeber auf. Auch das für die Versicherten kostenlose Anbieten einer weltweiten Auslandsreise- und Krankenversicherung durch gesetzliche Krankenkassen beanstandet das Bundesversicherungsamt.¹⁴⁷

In der Aufsichtspraxis stellt das Bundesversicherungsamt fest, dass einige Krankenkassen die Grenzen der zulässigen Kooperationen mit privaten Versicherungsunternehmen überschreiten. Sie verfolgen die Strategie, vom guten Image mancher privater Versicherungsunternehmen zu profitieren und durch gemeinsame Werbeaktionen erhebliche Verwaltungsausgaben zu sparen.

Hierdurch entlasten sie ihren Haushalt und verschaffen sich damit einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen gesetzlichen Krankenkassen. Denn sowohl bei der Vermittlung von Zusatzversicherungen, als auch bei der Bewerbung der eigenen Krankenkasse handelt es sich

143 BT-Drs. 15/1525, S. 138.

144 BGH, Urt. v. 19.01.1995 – I ZR 41/93.

145 Gesetz zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzierungsgesetz) vom 1.01.2011 (BGBl. I 2010, S. 2309).

146 Baier: in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 2017, § 194 SGB V, Rn. 24.

147 BSG, Urteil vom 31. Mai 2016 – B 1 A 2/15 R, juris, Rn. 12.

um gesetzlich zugelassene Aufgaben im Sinne des § 30 Abs. 1 SGB IV, deren Kosten sie – mit Ausnahme der erstattungsfähigen Personal- und Verwaltungsaufwands für die Vermittlungstätigkeit, aus eigenen Mitteln zu tragen haben¹⁴⁸. Dieses Fremdfinanzierungsverbot ergibt sich aus dem Grundsatz der Eigenfinanzierung gemäß §§ 220 Abs. 1 Satz 1 SGB V i.V.m. § 30 SGB IV. Die Krankenkassen erhalten zur Deckung ihrer Ausgaben Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds gemäß §§ 266 Abs. 1 Satz 1, 271 SGB V. Soweit ihr Finanzbedarf durch diese Zuweisungen nicht gedeckt werden kann, haben sie nach § 242 Abs. 1 Satz 1 SGB V einen Zusatzbeitrag zu erheben. Übernahme ein privates Versicherungsunternehmen nun Teile dieser Kosten für eine Krankenkasse, würde dies im Ergebnis zu einer unzulässigen Entlastung des Haushalts der Krankenkasse und damit zu Wettbewerbsverzerrungen führen, da der Beitragssatz der Krankenkasse künstlich durch die unzulässige Kostenübernahme des privaten Versicherungsunternehmens gestützt würde.

In einem konkreten Fall hat das Bundesversicherungsamt die Übernahme von Kosten für eine Werbekampagne in Höhe von 4 Mio. Euro durch ein privates Versicherungsunternehmen beanstandet. Anlässlich einer Fusion einer gesetzlichen Krankenkasse mit einer Betriebskrankenkasse eines privaten Versicherungsunternehmens verständigten sich das Trägerunternehmen und die gesetzliche Krankenkasse auf eine gemeinsame Werbeaktion, die das gesetzliche Vollversicherungsgeschäft und das Angebot an privaten Zusatzversicherungen zum Gegenstand hatte. Neben gemeinsamen Plakataktionen, Mailings an Verbraucher etc. finanzierte das private Versicherungsunternehmen auch die Neugestaltung der Leuchtreklame der gesetzlichen Krankenkassen, den Druck von neuem Briefpapier und Kassenstempeln. Die Tragung dieser Kosten fällt in die alleinige Zuständigkeit der gesetzlichen Krankenkasse, so dass eine Kostentragung durch das private Versicherungsunternehmen rechtswidrig war. Aber auch bei gemeinsamen Mailingaktionen von gesetzlichen Krankenkassen und privaten Versicherungsunternehmen sind die gesetzlichen Krankenkassen verpflichtet, anteilig die Kosten der Werbeaktion selbst zu tragen. Hierauf drängt auch die Aufsichtsbehörde der privaten Versicherungsunternehmen, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).

¹⁴⁸ Bundesversicherungsamt, Rundschreiben vom 8. März 2004, I1-4982-3810/82003, S. 4, 5, www.bundesversicherungsamt.de/aufsicht/krankenversicherung.html; BFH, Beschluss vom 3. Februar 2010 - I R 8/09, juris, Rn. 13.

Eingaben von Versicherten zeigen aber auch, dass in der Außendarstellung nicht immer klar wird, welche Institution für welches Leistungsspektrum verantwortlich ist. Aufgrund dessen haben die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder in den Wettbewerbsgrundsätzen eine neue Randziffer 45d aufgenommen, die dafür sorgen soll, dass klar erkennbar ist, wer welche Produkte anbietet und vor allem wer Risikoträger ist. Die Krankenkassen sind bei der Werbung für Zusatzversicherungen zur sachlichen Darstellung verpflichtet, und dürfen als Vermittler im Sinne des § 194 Abs. 1a SGB V weder aktiven Vertrieb noch Absatzförderung zu Gunsten der privaten Versicherungswirtschaft betreiben. Auch dürfen die privaten Versicherungsunternehmen den gesetzlichen Krankenkassen keine Provisionen für die Vermittlung von Zusatzversicherungen zahlen. Die Krankenkassen dürfen als Körperschaften des öffentlichen Rechts keine Gewinne erzielen, sondern sich allenfalls einen nachweisbaren, kostendeckenden Verwaltungsaufwand von den privaten Krankenversicherungen erstatten lassen.¹⁴⁹

Dem Bundesversicherungsamt liegen Konzepte mehrerer Krankenkassen unter der Überschrift „Versorgung aus einer Hand“ vor, die eine gemeinsame Antragsbearbeitung und Kostenerstattung im Verhältnis zu den Versicherten beinhalten¹⁵⁰. Leistungsentscheidungen auf dem Gebiet der GKV darf bei derartigen Konzepten aber lediglich die gesetzliche Krankenkasse treffen, weil es sich hierbei um hoheitliche Aufgaben im Sinne des § 31 SGB X handelt. Auch achtet das Bundesversicherungsamt auf die Einhaltung des Datenschutzes.¹⁵¹

Auch der Versuch einer gesetzlichen Krankenkasse, aus Beitragsmitteln selbst ein privates Versicherungsunternehmen zu gründen, konnte mit Aufsichtsmitteln unterbunden werden. Ferner wird vom Bundesversicherungsamt regelmäßig auch eine fehlende gewerbliche Erlaubnis zur Vermittlungstätigkeit einiger gesetzlicher Krankenkassen beanstandet.

149 Bundesversicherungsamt, Rundschreiben vom 8. März 2004, I1-4982-3810/82003, S. 4, 5., www.bundesversicherungsamt.de/aufsicht/krankenversicherung.html.

150 Beispielweise bei der Zahnersatzversorgung.

151 Siehe auch Tätigkeitsbericht der Beauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) für die Jahre 2013-2014 S. 202f., und Tätigkeitsbericht für die Jahre 2007-2008, S. 116 ff., www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Taetigkeitsberichte.

Fazit:

Die Zusammenarbeit zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und privaten Versicherungsunternehmen ist gesetzgeberisch gewollt, um die Absicherung der Versicherten im Krankheitsfall zu komplettieren. Auch die Zusammenarbeit zur Leistungsabwicklung ist nach Auffassung des Bundesversicherungsamtes im Interesse der Versicherten. Die Krankenkassen müssen aber in der Außendarstellung gegenüber ihren Versicherten deutlich machen, wer für welches Leistungsangebot verantwortlich ist. Dies beeinflusst auch die Rechtsschutzmöglichkeiten der Versicherten im Falle einer Leistungsablehnung. Das Bundesversicherungsamt wird weiter auf die Einhaltung des Datenschutzes und die Pflicht zur Eigenfinanzierung achten.

IV. Auswirkungen der wettbewerblichen Ausrichtung des GKV Systems auf die Zusammenarbeit der Träger untereinander

1. Kooperation zur Aufgabenerfüllung

Unter dem Druck, Verwaltungskosten zu sparen, arbeiten Krankenkassen verstärkt bei der Erfüllung ihrer gesetzlich zugewiesenen Aufgaben miteinander zusammen. Im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften ist an zahlreichen Stellen vorgesehen, dass die Krankenkassen zur Erfüllung der ihnen zugewiesenen Aufgaben sich dabei von anderen Stellen/Organisationen unterstützen lassen können. Zahlreiche Vertragsschlüsse mit Leistungserbringern auf Landesebene sind Krankenkassen nur gemeinsam und einheitlich möglich.¹⁵² Insbesondere bei der Leistungsbewilligung, der Abrechnungsprüfung oder Vertragsschlüssen mit Hilfsmittel- oder Heilmittelleistungserbringern, der Verhandlung von Rabattverträgen sowie besonderen Versorgungsverträgen haben die Krankenkassen aber individuelle Gestaltungsrechte und können sich hier zur Aufgabenerledigung mit anderen Trägern zusammenschließen.

Diese Zusammenarbeit entspricht der Zielsetzung des Gesetzgebers¹⁵³, dass die Krankenkassen und ihre Verbände im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung sowohl innerhalb einer Kassenart als auch kassenartenübergreifend und mit allen anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens eng zusammenarbeiten sollen.

Nach § 94 Abs. 1a SGB X können die Träger der Sozialversicherung, die Verbände von Trägern der Sozialversicherung und die Bundesagentur für Arbeit einschließlich der in § 19a Abs. 2 SGB I genannten anderen Leistungsträger insbesondere zur gegenseitigen Unterrichtung, Abstimmung, Koordinierung und Förderung der engen Zusammenarbeit im Rahmen der ihnen gesetzlich übertragenen Aufgaben Arbeitsgemeinschaften bilden. Zudem können die Krankenkassen und ihre Verbände nach § 219

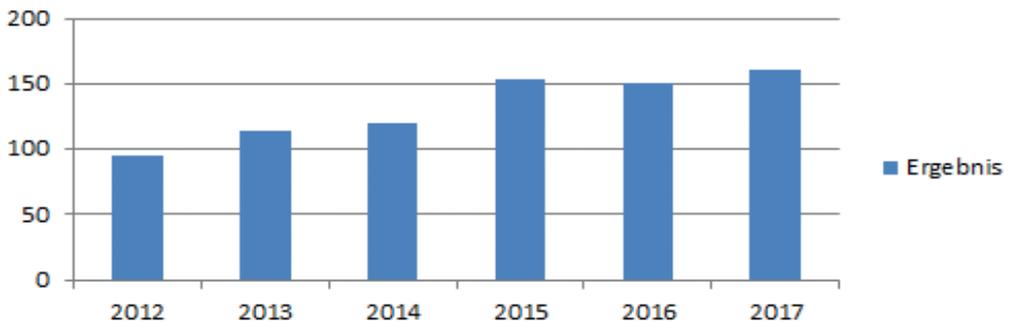
152 Bspw. Gesamtverträge nach § 83 SGB V, Gesamtvergütungsverträge § 85 SGB V, Versorgungsverträge mit Krankenhäusern § 109 SGB V u.a.

153 § 4 Abs. 3 SGB V, § 86 SGB X.

SGB V insbesondere mit Kassenärztlichen Vereinigungen und anderen Leistungserbringern sowie mit dem öffentlichen Gesundheitsdienst zur Förderung der Gesundheit, Prävention, Versorgung chronisch Kranker und Rehabilitation Arbeitsgemeinschaften zur Wahrnehmung der in § 94 Abs. 1a S. 1 SGB X genannten Aufgaben bilden.

Von der Möglichkeit Arbeitsgemeinschaften zu bilden, haben die Krankenkassen in der Vergangenheit rege Gebrauch gemacht, so dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt nach Kenntnis der Aufsichtsbehörden 161 Arbeitsgemeinschaften mit Beteiligung von Krankenkassen bestehen.¹⁵⁴

Anzahl von Arbeitsgemeinschaften mit Beteiligung Krankenkassen



Quelle: Bundesversicherungsamt

Die Zahl der Arbeitsgemeinschaften, an denen Krankenkassen oder deren Verbände beteiligt sind, ist seit 2012 von 95 auf heute aktuell 161 gestiegen. Die Zahl der Aufgaben, die durch Arbeitsgemeinschaften wahrgenommen werden, hat sich deutlich ausgeweitet. So werden die Arbeitsgemeinschaften vorwiegend in den folgenden Themenbereichen tätig:

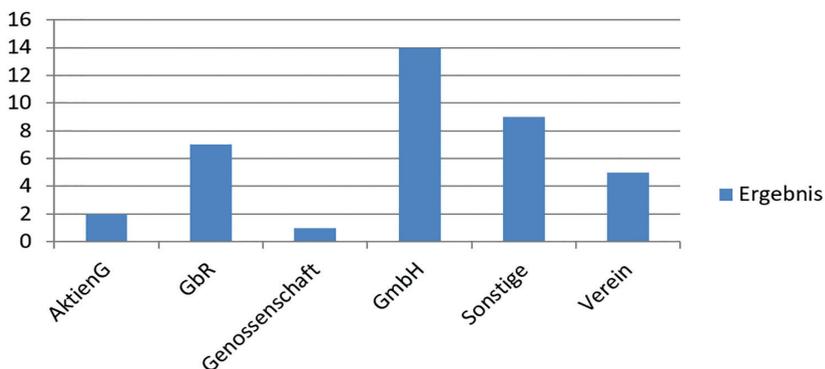
¹⁵⁴ Die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft ist gemäß 94 Abs.1a S. 2 SGB X bei der zuständigen Aufsichtsbehörde anzuzeigen.

Vertragsschlüsse

- Versorgungsverträge (hausarztzentrierte Versorgung, Disease Management Programme, Pflegeberatung, Heil- und Hilfsmittel, häusliche Krankenpflege)
- Dienstleistungsverträge (Abrechnung mit Leistungserbringern, Service-Hotlines und Coaching-Maßnahmen)
- Rabattverträge
- Softwareentwicklung
- Informationsmanagement
- Bereitstellung von Benchmarksystemen
- Schulungen
- Rechtsberatung
- Vergabeverfahren
- Einkaufsgesellschaften
- Zertifizierung von Präventionsangeboten
- Härtefallprüfungen
- Interessenvertretung der Krankenkassen (vdek, BKK Dachverband)

Eine bestimmte Organisationsform der Arbeitsgemeinschaften ist nicht vorgesehen, allerdings ist der größte Teil der Arbeitsgemeinschaften, die bundesunmittelbarer Aufsicht unterstehen, in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiert.

**Organisationsformen der bundesunmittelbaren
Arbeitsgemeinschaften**



Quelle: Bundesversicherungsamt

Daneben ist eine Zusammenarbeit der Krankenkassen auch über ihre Verbände organisiert. Wie eingangs bereits erwähnt, spielen vor allem die Landesverbände der Krankenkassen eine wichtige Rolle. So schreibt der Gesetzgeber an zahlreichen Stellen vor, dass die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam und einheitlich bestimmte Verträge zu schließen haben. Eine solche Kooperation ist beispielsweise in folgenden Fällen vorgesehen:

Bereiche	Gesetzliche Regelungen
Prävention und Verhütung	§§ 20f, 20i und 21 SGB V
Zahntechnische Leistungen	§ 57 Abs. 2 SGB V
Weiterentwicklung der Versorgung	§§ 64a, 64c, 64d, 65c Ab. 4 SGB V
Vertragsärztliche Versorgung *	§§ 84 Abs. 1, 85 Abs. 2a, 87a Abs. 2 SGB V
Wirtschaftlichkeitsprüfungen	§§ 106 Abs.1, 106b Abs.1 106d Abs. 5 SGB V
ambulante Krankenhausleistungen	§ 120 SGB
parenterale Zubereitungen	§ 130a Abs. 8a SGB V

* Der gemeinsame und einheitliche Vertragsschluss ist an dieser Stelle nicht obligatorisch vorgeschrieben.

Quelle: Bundesversicherungsamt

Im Rahmen des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes zum 1. Januar 2009 wurden die bis dahin bestehenden Verbandsstrukturen seitens des Gesetzgebers grundlegend verändert.¹⁵⁵ So wurden die bislang bestehenden Spitzenverbände der Krankenkassen auf Bundesebene¹⁵⁶ vom nach § 217a SGB V neu gebildeten Spitzenverband Bund der Krankenkassen abgelöst.

155 s. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), BT-Drs. 16/3100.

156 § 213 SGB V n der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung: „Spitzenverbände der Krankenkassen sind die Bundesverbände der Krankenkassen, die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See, die Verbände der Ersatzkassen und See-Krankenkasse.“

Die Organisation der Landesverbände der einzelnen Krankenkassenarten wurde jedoch beibehalten. So bilden nach § 207 SGB V die Ortskrankenkassen, die Betriebskrankenkassen und die Innungskrankenkassen in jedem Land einen Landesverband. Diese sind Körperschaften des öffentlichen Rechts und haben gemäß § 211 SGB V die ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen.

Darüber hinaus haben auch die Landesverbände der Krankenkassen der gleichen Kassenart die Möglichkeit, sich mit Zustimmung der für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder zu einem Verband zusammenzuschließen. Von dieser Möglichkeit haben vor allem die Landesverbände der Betriebskrankenkassen Gebrauch gemacht.

So bestehen aktuell noch vier Landesverbände der Betriebskrankenkassen, die sich wie folgt auf die Länder verteilen:

- BKK-Landesverband Bayern
- BKK Landesverband Nordwest (Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein)
- BKK-Landesverband Mitte (Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen)
- BKK-Landesverband Süd (Baden-Württemberg und Hessen)

Als weitere Arbeitsgemeinschaften im Betriebskrankenkassensystem zu nennen sind die „Arbeitsgemeinschaft ostwestfälischer Betriebskrankenkassen“ und der „BKK im Unternehmen e.V.“. Es gibt zahlreiche weitere auch kassenartenübergreifende Arbeitsgemeinschaften, die vor allem regional begrenzte Versorgungsregionen betreffen.

Durch den Zusammenschluss versprechen sich die Verbände eine Stärkung ihrer Position in regionalen und überregionalen Verhandlungen.¹⁵⁷ In den vom Bundesversicherungsamt geführten strukturierten Interviews erläuterten die Kassenvertreter, dass es vor allem zur Entwicklung von Versorgungsprojekten unabdingbar sei, kassenübergreifend auch mit den Sozialministerien und Landkreisen zusammen zu arbeiten. Hier wird gerade die Zusammenarbeit unter den kleineren regional ausge-

157 s. Pressemitteilung des BKK Landesverbandes Süd vom 13. Januar 2014.

richteten Krankenkassen als besonders positiv geschildert, weil diese nach Auffassung der Vertreter der Betriebskrankenkassen noch näher an den Versicherten agieren, die oft auch gleichzeitig Arbeitnehmer der Trägerunternehmen sind. Die Kooperationen betreffen zum Teil auch das Leistungsbewilligungsgeschäft, welches auch unter Einbeziehung der Bescheiderteilung auf andere Träger übertragen wird.¹⁵⁸

Insgesamt begrüßen die Krankenkassen und Verbände die Möglichkeit, sich zur gemeinsamen Aufgabenerledigung zusammenschließen zu können. Durch den Zusammenschluss zur gemeinsamen Aufgabenerledigung ließen sich mit Hilfe einer größeren Marktmacht durchweg günstigere Preise und größere Rabatte erzielen, wodurch im Arzneimittelbereich erhebliche Einsparungen erwirtschaftet würden. Auch kostenintensivere Projekte wie etwa die Digitalisierung würden sich durch eine enge Zusammenarbeit der Krankenkassen effizienter bewältigen lassen.

In der Aufsichtspraxis stellt das Bundesversicherungsamt fest, dass sich die Arbeitsgemeinschaften in ihrer Struktur verändern. Während früher das gesamte Dienstleistungsspektrum einer Arbeitsgemeinschaft von ihren Mitgliedskrankenkassen in Anspruch genommen wurde, bieten die Arbeitsgemeinschaften heute überwiegend die Möglichkeit, sich einzelne Leistungsbereiche aus dem Angebot (Produkten) auszuwählen. Auch wird externen Krankenkassen, die nicht selbst Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft sind, die Möglichkeit eingeräumt, einzelne Leistungen der Arbeitsgemeinschaft gegen Entgelt in Anspruch zu nehmen. Insoweit unterscheiden die Arbeitsgemeinschaften auch bezüglich der Umlage ihrer Kosten zwischen Mitglieds- und Kundenkassen.

Diese Entwicklung bereitet im Aufsichtsbereich Schwierigkeiten. Sogenannte Kundenkassen, die eine Arbeitsgemeinschaft mit der Erfüllung einer Aufgabe nach dem SGB beauftragen, sind verpflichtet, diese Aufgabenerfüllung gemäß § 97 SGB X bei ihrer zuständigen Aufsichtsbehörde anzuzeigen.¹⁵⁹ Durch die Möglichkeit, Arbeitsgemeinschaften nur für selektive Bereiche in Anspruch zu nehmen, geht das Interesse an einer Vollmitgliedschaft in den Arbeitsgemeinschaften zurück, was zu einer

¹⁵⁸ Gemäß § 88 SGB X zulässig.

¹⁵⁹ichert „Die Arbeitsgemeinschaft als Akteur in der GKV – Von offenen Kooperationsgewinnen und verborgenen Kontrollverlusten“, NZS 2013 S. 129, 133.

Unterfinanzierung von Arbeitsgemeinschaften führt. Insgesamt bestehen Schwierigkeiten bei der Aufsicht über Arbeitsgemeinschaften, weil ein Durchgriff mit Aufsichtsmitteln nach §§ 88 ff. SGB IV lediglich gegenüber den einzelnen Krankenkassen möglich ist. Oft schließen sich landes- und bundesunmittelbare Krankenkasse in einer Arbeitsgemeinschaft zusammen, so dass mehrere Aufsichtsbehörden zuständig sind. Besonders problematisch erweisen sich Arbeitsgemeinschaften, die in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft gebildet werden¹⁶⁰, weil diese sich auf den Verschwiegenheitsgrundsatz nach §§ 93, 116 Aktiengesetz berufen und Aufsichts- und Prüfrechte der Aufsichtsbehörde zurückweisen. Das Bundesversicherungsamt vertritt insoweit die Auffassung, dass Arbeitsgemeinschaften nach § 94 Abs. 1a SGB X nicht in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft gegründet werden dürfen.

Als ein Hemmschuh bei der Entwicklung weiterer Kooperationen der Krankenkassen erweist sich die Rechtsposition einiger Finanzverwaltungen, dass Arbeitsgemeinschaften von gesetzlichen Krankenkassen der Umsatzsteuerpflicht unterliegen sollen.¹⁶¹

Kritisiert wird auch die Abschaffung der kassenartenbezogenen Spitzenverbände durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz. Einige Krankenkassen fühlen sich durch den GKV Spitzenverband nicht interessengerecht vertreten, weil dieser sich im Wettbewerb neutral verhält. Daher ist festzustellen, dass die Krankenkassen über ihre Arbeitsgemeinschaften AOK Bundesverband, vdek e.V, BKK-Dachverband e.V. und IKK e.V. wieder stärker kassenartenbezogene Positionen zur Gesundheitspolitik bilden. Ferner entwickeln die Arbeitsgemeinschaften auf Bundesebene Dienstleistungsangebote für ihre Mitgliedskrankenkassen.¹⁶² Während die Ersatzkassen sich nach der Organisationsreform zunächst stark im Wettbewerb auch untereinander abgegrenzt haben, ist in jüngster Zeit eine verstärkte Zusammenarbeit auf Verbandsebene des vdek e.V. auch zur Positionierung gegenüber der Politik zum Risikostrukturausgleich festzustellen. Hintergrund

160 Rechtsstreit des Bundesversicherungsamtes mit der Medikalcontact AG vor dem LSG Essen Az. 511-58668.6-5122/2013.

161 FG Münster Urteil v. 14.02.201, Az. 15 K 33/14 U.

162 Zertifizierung von Präventionsangeboten, Entwicklung besonderer Versorgungsverträge, Zulassung von Heilmittelleistungserbringern, Datenanalysen, Marketingkonzepte u.a.

dieser Entwicklung wird nicht zuletzt der kassenartenbezogene Haftungsverbund¹⁶³ sein.

Den AOK'en ist es sehr frühzeitig nach Einführung der Krankenkassenwahlfreiheit gelungen, sich als einheitliche Marke zu positionieren. Die ursprünglich 4500 AOK'en wurden geräuschlos zu zunächst 17 und heute 11 Krankenkassen fusioniert. Es gelingt den AOK'en über ihren Bundesverband einheitliche politische Positionen und Marketingstrategien zu entwickeln, da sie untereinander nicht im Wettbewerb stehen.

Die Betriebskrankenkassen haben es insbesondere aufgrund ihrer sehr heterogenen Struktur¹⁶⁴ schwerer, sich im Markt gemeinsam zu positionieren. 10 Betriebskrankenkassen sind nicht Mitglied im BKK Dachverband. Aber auch bei den Betriebskrankenkassen ist eine Entwicklung zur verstärkten Zusammenarbeit festzustellen. So haben sich die Geschäftsfelder der Arbeitsgemeinschaften GWQ ServicePlus AG und spektrum K stetig ausgeweitet. Aber auch die Vertragsarbeitsgemeinschaften auf Landesebene bieten den Betriebskrankenkassen an, für diese Verträge mit Leistungserbringern zu schließen. Dies dürfte auch der Tatsache geschuldet sein, dass es kleineren Krankenkassen nicht so gut gelingt, den notwendigen Fach- und Sachverstand aufzubauen und vorzuhalten, um auf jedem Aufgabengebiet Verträge aushandeln zu können.

Nach zahlreichen Fusionen gibt es noch 5 Innungskrankenkassen, die alle im IKK e.V. organisiert sind. Er versteht sich vor allem als politisches Sprachrohr. Die seinerzeit größte Innungskrankenkasse IKK direkt hat 2009¹⁶⁵ mit der Techniker Krankenkasse fusioniert. Auch die Innungskrankenkassen sind äußerst heterogen und sehr unterschiedlich groß¹⁶⁶. Während die landesunmittelbaren Kassen sich regional ausrichten, wurde die BIG gesund direkt 1996 als Direktkasse ohne Geschäftsstellennetz gegründet.

Fazit:

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass sich die Zusammenarbeit der Krankenkassen vor allem innerhalb ihrer Kassenartensysteme verstärkt

163 § 171d Abs. 1 S. 3 SGB V.

164 Landesunmittelbare, bundesunmittelbare Krankenkassen, trägerbezogen und 2.200 bis 707.000 Versicherte.

165 929.000 Mitglieder.

166 Landesunmittelbare, bundesunmittelbare, 230.400 bis 3,27 Mio. Versicherte.

und sich vor allem auf Geschäftsfelder konzentriert, die nicht wettbewerbsrelevant sind (z.B. Abrechnung Leistungserbringer, IT-Entwicklung und Pflegeberatung).

Zudem ist zu konstatieren, dass trotz Abschaffung der vorherigen Spitzenverbände alle Krankenkassen über kassenartenspezifische Arbeitsgemeinschaften (AOK Bundesverband, vdek e.V, BKK-Dachverband e.V. und IKK e.V.) Positionen zur Gesundheitspolitik entwickeln und für ihre Mitgliedskrankenkassen Dienstleistungen anbieten. Es gibt zahlreiche Arbeitsgemeinschaften von Betriebskrankenkassen, die zum Teil stark regional zusammenarbeiten und effizient gemeinsam Aufgaben wahrnehmen.

Das Bundesversicherungsamt begrüßt diese Entwicklung, weil auf diese Weise die Pluralität des Krankenversicherungssystems bestehen bleibt und Verwaltungskosten eingespart werden, die in die Versorgung der Versicherten fließen können.

Es bedarf einer gesetzlichen Klarstellung zur Umsatzsteuerfreiheit von Arbeitsgemeinschaften. Auch sollte gesetzlich klargestellt werden, dass Arbeitsgemeinschaften nicht in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft gegründet werden können.

2. Wettbewerbsrechtliche Konflikte unter den Krankenkassen

Durch die Einführung des Kassenwahlrechtes zum 1. Januar 1996¹⁶⁷ bestand auf Seiten der Krankenkassen die Notwendigkeit, neue Mitglieder zu werben und durch Haltearbeit Kündigungen zu verhindern. Die Mitgliederwerbung als solche ist nicht zu den gesetzlich zugewiesenen Aufgaben der Krankenkassen im Sinne des § 30 SGB IV zu zählen. Unstreitig sind Krankenkassen aber berechtigt, Personal- und Verwaltungskosten für Marketing aufzuwenden, weil ohne entsprechende Aktivitäten eine Behauptung im Markt unter den gesetzlichen Krankenkassen nicht möglich ist.

Bereits am 3. November 1994 haben die Aufsichtsbehörden des Bundes

¹⁶⁷ Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. Dezember 1992, BGBl. I S. 2266.

und der Länder Wettbewerbsgrundsätze entwickelt, die unter Heranziehung der gesetzlichen Regelungen im SGB und des UWG zusammenfassen, welches Wettbewerbsverhalten die Aufsichtsbehörden für rechtlich zulässig halten. Hierbei haben sie sich vor allem auf die gegenüber den Versicherten bestehenden Beratungspflichten gemäß § 11ff. SGB I, die Pflicht zur Zusammenarbeit der Träger untereinander gemäß §§ 86 SGB X, 4 Abs. 3 SGB V, 15 Abs. 3 SGB I gestützt. Aufgrund dessen war in den Wettbewerbsgrundsätzen 1994 noch gefordert worden, dass die Werbemaßnahmen nicht auf eine Reklame beschränkt werden darf, sondern einen sachlichen Informationsgehalt über den Auftrag der gesetzlichen Krankenversicherung aufweisen muss.¹⁶⁸ Die Aufsichtsbehörden haben aufgrund der politisch gewollten verstärkten wettbewerbliehen Ausrichtung der Krankenkassen und der Weiterentwicklung des modernen Marketings die Wettbewerbsgrundsätze zum 9. November 2006 angepasst und die Anforderung eines sachlichen Informationsgehalts in Werbemaßnahmen gestrichen. Aufgrund dessen lassen die Aufsichtsbehörden heute auch Werbemaßnahmen zu, die schlicht der „Markenpflege“ dienen und keinen Informationsgehalt beinhalten.

Vor allem die Art der Werbung und die Öffentlichkeitswirksamkeit der Marketingstrategien hat sich massiv verändert. Während früher Werbemaßnahmen einen aufklärenden Inhalt hatten, herrscht heute eine Strategie um das Festigen der „Marke“ durch Fernsehspots, Plakatwerbung oder Sponsoring von sportlichen Events und Präsenz in Social Media Portalen wie Facebook vor. Auch die Ergebnisse von Studien zu gesundheitspolitischen Randthemen und deren öffentlichkeitswirksame Vermarktung werden heute für Öffentlichkeitsarbeit genutzt¹⁶⁹.

Ob diese Werbemaßnahmen immer den gewünschten Erfolg haben, ist fraglich.

In der Aufsichts- und Prüfpraxis bereitet immer wieder Schwierigkeiten, dass die Regularien eines fairen und solidarischen Wettbewerbs unter den gesetzlichen Krankenkassen nicht in gesonderten Rechtsnormen

168 II Ziffer 2

169 u.a. GEK-Schriftenreihe zur Gesundheitsanalyse: Arbeit und Gesundheit der Berufsgruppe der Binnenschiffer; Musiker-Gesundheit oder Forsa-Umfrage im Auftrag der DAK „Frust durch Frost“.

kodifiziert sind. Von der Rechtsprechung anerkannt ist, dass sich aus der Pflicht der Zusammenarbeit der Träger untereinander¹⁷⁰ Beschränkungen hinsichtlich Form und Inhalt von Maßnahmen der Mitgliederwerbung ergeben.¹⁷¹ Aus dem Gebot der Zusammenarbeit bei der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben folgert die Rechtsprechung die Pflicht der Krankenkassen zur sachbezogenen Information und zur Rücksichtnahme auf die Belange der anderen Krankenversicherungsträger¹⁷² Anerkannt ist, dass die Regeln des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend auf die Wettbewerbsbeziehung von gesetzlichen Krankenkassen anzuwenden sind.¹⁷³ Aus dieser Pflicht folgt, dass insbesondere vergleichende Werbung nicht herabwürdigend sein darf. In der Aufsichtspraxis beanstandet das Bundesversicherungsamt regelmäßig Werbeverhalten von Krankenkassen, welches geeignet ist, Mitbewerber im Ansehen herabzusetzen.

Die Wettbewerbsgrundsätze¹⁷⁴ stellen Verwaltungsbinnenrecht dar und binden die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder in ihrer Ermessensentscheidung, wann sie gegen eine Krankenkasse aufsichtsrechtlich wegen eines Wettbewerbsverstößes einschreiten.¹⁷⁵ Sie haben keinen Rechtsnormcharakter, aber sie leiten sich aus den Regelungen des SGB ab, welche eine sparsame und wirtschaftliche Mittelverwendung sowie eine Pflicht der Krankenkassen zur Zusammenarbeit normieren. Ferner formulieren die Wettbewerbsgrundsätze unter Heranziehung der Regelungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), welche Art der Werbung für eine gesetzliche Krankenkasse angemessen ist, die einen öffentlich-rechtlichen Auftrag zu erfüllen hat.

In den Wettbewerbsgrundsätzen ist auch formuliert, welche Ausgaben dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Mittelverwendung gemäß §§ 4, 12 SGB V und § 69 SGB IV entsprechen.

Das Bundesversicherungsamt wertet jährlich die Haushaltspläne und

170 §§ 13-15 SGB I, § 4 Abs. 3 SGB V, § 86 SGB X.

171 BSG-Urteil v. 31.03.1998; Az. B 1 KR 9/95 R, Rz. 14.

172 BSG a.a.O., Rz. 12.

173 BSG a.a.O., Dr. Koenig, Dr. Engelmann, Hentschel „Die wettbewerbliche Beurteilung von Werbemaßnahmen gesetzlicher Krankenkassen“, WRP 2003, 831-838.

174 Aktuelle Fassung s. Anhang.

175 Plate/Sichert: Die „Wettbewerbsgrundsätze“ 2016; NZS 2016, 374.

Jahresrechnungen der Krankenkassen im Hinblick auf die Einhaltung der Werbebudgets aus.¹⁷⁶ Es kommt immer wieder zu Überschreitungen der Werbebudgets. In der Aufsichts- und Prüfpraxis stellt das Bundesversicherungsamt ferner fest, dass die Krankenkassen die Ausgaben für Werbung oft nicht zutreffend verbuchen, um ihr Werbebudget zu schonen.

Ausfluss des Wettbewerbs der gesetzlichen Krankenkassen um neue Mitglieder und Strategien zur Mitgliederbindung ist auch die gegenseitige Marktbeobachtung. Die Beschwerdezahlen bzw. die Fälle aufsichtsrechtlicher Prüfung mit wettbewerblichem Schwerpunkt beim Bundesversicherungsamt und bei der Wettbewerbszentrale Bad Homburg (Wettbewerbszentrale) sind konstant hoch. Im Aufsichtsbereich des Bundesversicherungsamtes werden jährlich zwischen 86 (2015) und 173 (2013) derartige Sachverhalte geprüft. Aktuell (Stand Dezember 2017) sind im Krankenkassenbereich bereits 131 Wettbewerbsfälle zu verzeichnen. Diese Erkenntnisse decken sich auch mit denen anderer Aufsichten. Bei der Wettbewerbszentrale sind die Beschwerden und Anfragen zum Wettbewerbsverhalten der Krankenkassen von 2015 auf 2016 um 44 Prozent auf 72 Fälle gestiegen.

Schwerpunktthemen im Aufsichts- und Prüfgeschäft des Bundesversicherungsamtes stellen unzulässig hohe Halte- und Wechselprämienangebote der Krankenkassen dar. Zunächst hat das Bundesversicherungsamt das Zahlen einer Wechselprämie von 25,00 Euro toleriert. Auf der 90. Aufsichtsbehördentagung wurde beschlossen, dass derartige Zahlungen nicht mehr zulässig sind. Die Wettbewerbsgrundsätze wurden entsprechend ergänzt.¹⁷⁷ Den Krankenkassen steht insoweit nur noch die Möglichkeit der Auskehrung von Werbegeschenken (derzeit ca. 6,00 Euro) offen.¹⁷⁸ Einzelne Krankenkassen zahlen zum Teil in Kombination mit Wahlтарifen bis zu 900,00 Euro an sog. Wechselprämien und begründen diese mit der Möglichkeit, bei ihrer Krankenkasse Bonuszahlungen zu erhalten.¹⁷⁹ Im Einzelfall wird dieser Bonus von den Krankenkassen als Sofortbonus im Voraus ausgezahlt, obwohl dieser Bonus eigentlich nach den Satzungsregelungen der Krankenkassen erst nach erfolgreicher Teil-

176 Rz. 17

177 Rz. 35

178 Rz. 18a

179 BVA-Tätigkeitsbericht 2016, S.23.

nahme an Sportveranstaltungen, Früherkennungsmaßnahmen etc. ausbezahlt werden darf. Einige Krankenkassen fordern in diesen Fällen keine Belege von den Versicherten über eine entsprechende Teilnahme. Auch ist die Art der Bewerbung dieser Prämien oft irreführend. Nicht selten werden die Versicherten gar nicht umfassend darüber aufgeklärt, dass es sich nicht um eine schlichte Prämie, sondern um einen Bonus handelt, an dessen Zahlung auch gesetzlich gemäß § 65a SGB V Bedingungen geknüpft sind. Auch die Teilnahme an Wahlтарifen ist nicht folgenlos, da mit diesen i.d.R. der Ausschluss der Kündigung der Mitgliedschaft für einen gewissen Zeitraum einhergeht. Im Jahr 2016 hat das Bundesversicherungsamt die Auslobung einer „kostenfreien Mitgliedschaft“ in einer gesetzlichen Krankenkasse via Facebook beanstandet.¹⁸⁰

Immer wieder greift das Bundesversicherungsamt rechtswidrige Kündigungshilfen der Krankenkassen auf. In diesem Zusammenhang setzen die Krankenkassen vermehrt private Dienstleister ein, die unter Verstoß gegen das UWG unangemeldet Telefonwerbung machen oder mit nachgemachten Unterschriften den Mitgliedschaftswechsel herbeiführen.¹⁸¹

Die Versicherten beschwerten sich beim Bundesversicherungsamt regelmäßig über diese Mittelverwendung, insbesondere, wenn ihre Krankenkasse gerade ihren Zusatzbeitrag erhöht hat. Gegenstand dieser Beschwerden waren beispielsweise sehr teure Werbeaktionen wie das Verlosen einer Kreuzfahrt. Eine andere Krankenkasse beschaffte einen Heißluftballon, eine andere wiederum einen teuren Oldtimer zu Werbezwecken. Bandenwerbung im Profi-Fußball kostet zwischen 500.000 – 1 Mio. Euro pro Jahr. Das Sponsoring eines Auto-Rennstalls liegt bei rund 400.000 Euro/Jahr.

Ein weiteres immer wieder auftretendes Aufsichtsthema ist die Kooperation von gesetzlichen Krankenkassen mit Dritten, bei der den Versicherten Rabatte bspw. beim Einkauf in Apotheken, Sportgeschäften etc. gewährt werden, die nicht von den Krankenkassen selbst finanziert werden. Hierbei handelt es sich grundsätzlich um eine unzulässige Absatzförderung für Produkte Dritter, was nicht zu den gesetzlichen Aufgaben einer Krankenkasse gehört. Hinzukommt, dass diese Kooperation durch-

180 BVA-Tätigkeitsbericht 2016 S.24.

181 BVA-Tätigkeitsbericht 2016 a.a.O.

aus mit personellem und sächlichem Aufwand betrieben wird. Einzelne Krankenkassen geben an die Versicherten eine eigens hierfür hergestellte Rabattkarte aus¹⁸², handeln mit bis zu 2000 Kooperationspartnern die Rabatte aus und präsentieren diese in Rabattheftchen und im Internet. Als besonders problematisch bewertet das Bundesversicherungsamt die Vermittlung von Rabatten, wenn diese keinerlei Gesundheitsbezug haben. So wurden in der Vergangenheit Rabatte in Solarien, Döner Restaurants oder bei Reifenhändlern vermittelt. Auch das Vermitteln von Rabatten zur Erlangung der Golfplatzreife oder für ein Facelifting hat das Bundesversicherungsamt in 2016 beanstandet.

Die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder haben sich in den Wettbewerbsgrundsätzen darauf verständigt, lediglich die Vermittlung von Rabatten mit einem Gesundheitsbezug nicht zu beanstanden.¹⁸³ Art und Umfang dieses Gesundheitsbezugs beschäftigt gleichwohl zunehmend auch die Sozialgerichtsbarkeit.¹⁸⁴

Aktuell beschäftigt das Bundesversicherungsamt – aber auch die Wettbewerbszentralen – die irreführende Information von Krankenkassen über die Erhöhung ihres Zusatzbeitrages. Die Krankenkassen sind verpflichtet, ihre Versicherten über die Erhöhung ihres Zusatzbeitrages in einem gesonderten Schreiben zu informieren.¹⁸⁵ In der Aufsichtspraxis ist festzustellen, dass die Krankenkassen in diesen Schreiben den Schwerpunkt der Information nicht bei der Erhöhung des Zusatzbeitrages setzen, sondern in der Anpreisung ihres Leistungsspektrums und ihrer Servicequalität.¹⁸⁶ Oft erfolgen auch nur selektive Beitragssatzvergleiche mit vermeintlich ungünstigeren Krankenkassen. Diese Art der „Information“ ist irreführend, weil sie die Versicherten von dem Hinweis über die Erhöhung des Zusatzbeitrages und dem hiermit einhergehenden Recht auf Sonderkündigung ablenkt.¹⁸⁷ Auch die gesetzliche Pflicht zur Information über die Möglichkeit eines Wechsels in eine preisgünstigere Kranken-

182 AOK PLUS Card.

183 Beschluss der 78. Aufsichtsbehördentagung 11./12.05.2011; heute Rz. 19 der Wettbewerbsgrundsätze i.d.F. vom 11.11.2015.

184 Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 10. Dezember 2014, L 1 KR 361/12.

185 § 175 Abs. 4 S. 6 SGB V.

186 LG Hamburg, Urteil vom 11.07.2017 - 312 O 290/16.

187 LG Hamburg a.a.O.

kasse¹⁸⁸ wird nicht immer erfüllt. Sowohl das Bundesversicherungsamt als auch die Wettbewerbszentrale Bad Homburg halten diese Regelung allerdings für korrekturbedürftig. Die Erhöhung des Zusatzbeitrages muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass eine Krankenkasse unwirtschaftlich handelt. Ursache hierfür kann auch die Entscheidung der Krankenkasse sein, ein besonders personalintensives Beratungs- und Betreuungsangebot für ihre Versicherten vorzuhalten oder Zusatzleistungen anzubieten.

Fazit:

Werbung gehört zu den Aufgaben einer gesetzlichen Krankenkasse. Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Struktur der Krankenversicherung bleiben die Krankenkassen aber verpflichtet, bei vergleichenden Werbemaßnahmen keine aggressive und unsachliche Kritik über ihre Mitbewerber zu äußern. Die Kodifizierung der Wettbewerbsregeln in der gesetzlichen Krankenversicherung würde zu mehr Rechtssicherheit führen. Das Bundesversicherungsamt wird weiter Werbemaßnahmen beanstanden, die den Verbrauchern suggerieren, sie bekämen Wechselprämien von mehreren Hundert Euro. Auch wird das Bundesversicherungsamt weiter auf eine sachliche Information der Versicherten anlässlich der Erhöhung von Zusatzbeiträgen drängen. Hiervon losgelöst setzt sich das Bundesversicherungsamt aber für eine Korrektur der gesetzlichen Regelungen über die Information der Versicherten über preisgünstige Mitwerber ein, weil es diese bei einem gewollten Wettbewerb nicht für zielführend hält.

V. Auswirkung des Haftungsverbundes auf den Wettbewerb

Mit Inkrafttreten des GSG zum 01.01.1996 erfolgte die Einführung weitgehender Krankenkassenwahlfreiheit. Die Organisation der Krankenkassen in Krankenkassenarten wurde jedoch beibehalten. Da es sich bei der gesetzlichen Krankenversicherung um ein System der Zwangsmemberschaft handelt und die Ansprüche der Versicherten und Leistungserbringer zu jeder Zeit gesichert sein sollen, ist die gesetzliche Regelung einer Haftung im Falle einer Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse unumgänglich.

188 § 175 Abs. 4 S. 7 SGB V.

Die Haftung ist in Form einer „Haftungskaskade“ in den §§ 146a, 155, 164 und 171 SGB V sowie der auf Grund des § 171d Abs. 2 SGB V erlassenen „Verordnung zur Aufteilung und Geltendmachung der Haftungsbeträge durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen bei Insolvenz oder Schließung einer Krankenkasse“ (KKInsoV) geregelt. Wenn das Vermögen der Kasse nicht ausreicht, haben die übrigen Krankenkassen der Kassenart die Verpflichtungen zu erfüllen. Der von den übrigen Krankenkassen der Kassenart zu übernehmende Anteil der Verpflichtungen ist allerdings auf einen Schwellenwert begrenzt. Dieser entspricht 2,5 % des Gesamtbetrags der jährlichen Zuweisungen, den die Krankenkassen der betroffenen Kassenart aus dem Gesundheitsfonds erhalten (§ 3 Abs. 1 KKInsoV).

Übersteigen die Verpflichtungen diesen Schwellenwert, macht der GKV-Spitzenverband den nicht von der Kassenart gedeckten Betrag bei allen anderen Krankenkassen geltend. Hieraus ergeben sich folgende Beträge (Zahlen 2016, ohne gesonderte Berücksichtigung der Teilhaftung bei kassenartenübergreifender Vereinigung sowie für nicht geöffnete Betriebs- und Innungskrankenkassen):

Kassenart	Zuweisungen in Mio. Euro	davon 2,5 %
AOK	79.676	1.992
BKK	27.233	681
IKK	13.866	347
vdek	78.616	1.965

Im Rahmen des Einkommensausgleichs nach § 270a SGB V werden für jedes Mitglied die gleichen beitragspflichtigen Einnahmen (bpE) zugrunde gelegt, d.h. dass die Krankenkassen je Mitglied und Zusatzbeitragsatzpunkt die gleichen Einnahmen erzielen. Weil sich demgegenüber die RSA-Zuweisungen aus Morbiditäts- und Versichertendaten ergeben, wirkt sich der Schwellenwert unterschiedlich auf die mögliche Finanzierung der Kosten durch den Zusatzbeitragsatz aus:

Es handelt sich allerdings um rein rechnerische Werte ohne Bezug zur Praxis. Nach den Bestimmungen zum Kontenrahmen sind nur Verpflichtungen aus Haftungsumlagen zu buchen, die der GKV-Spitzenverband

Kassenart	Mitglieder*	Anteile*	Anteil bpE Mio. Euro**	0,1 ZBS- Punkt Mio. Euro	Schwellenwert in ZBS-Punkte
AOK	19.566.735	36%	463.872	464	0,43%
BKK	8.834.051	16%	209.430	209	0,33%
IKK	4.073.419	7%	96.569	97	0,36%
vdek	20.828.527	38%	493.786	494	0,40%

* KM 1/13 2016, Gesamt o. LKK: 54.706.617, 3 % entfällt auf KBS

**geschätzte bpE für 2016 gem. Schätzerkreistableau v. 14.10.15: 1.296.940 Mio. Euro

tatsächlich angefordert hat. Schließungskosten fallen jedoch über den Zeitraum der Abwicklung an. Im Fall der City BKK werden die gesamten Schließungskosten zwischen 194 Mio. Euro (Real-Case) und 219 Mio. Euro (Worst-Case) geschätzt. Bis zum 31.12.2016 wurden seit der Schließung 156,8 Mio. Euro verausgabt, d.h. dass 5,5 Jahre nach der Schließung 81 % bzw. 72 % der Gesamtkosten angefallen sind.

Der Wissenschaftliche Beirat hat vorgeschlagen, die Primärhaftung im Falle einer Schließung, Auflösung oder Insolvenz einer Krankenkasse auf den GKV-Spitzenverband zu übertragen, da durch das freie Krankenkassenwahlrecht, die Krankenkassen, ungeachtet der Krankenkassenarten, innerhalb ihres Erstreckungsgebiets miteinander in direkter Konkurrenz stehen¹⁸⁹. Auch stelle das Solidarprinzip in der GKV sicher, dass die Morbiditätsrisiken, die von den Krankenkassen versichert werden, von allen Versicherten, unabhängig von der jeweils gewählten Krankenkasse oder Krankenkassenart, gemeinsam getragen werden. Er hält das vom GKV-Spitzenverband aufgebaute Frühwarnsystem, das die Aufsichten in die Lage versetzen soll, gemeinsam mit dem GKV-Spitzenverband den Eintritt eines Schließungs- und Insolvenzfalls zu verhindern, für ausreichend. Der Wissenschaftliche Beirat erkennt jedoch an, dass die Umwandlung der Subsidiär- in eine Primärhaftung des GKV-Spitzenverband einen tiefgreifender Eingriff in die Haftungsarchitektur der GKV darstellt, der zunächst einer eingehenden Prüfung der möglichen Auswirkungen bedarf. Die Primärhaftung der jeweiligen Krankenkassenarten ist aus Sicht des Wissenschaftlichen Beirats der wesentliche Grund dafür, dass vonseiten der genannten Verbände eine Untersuchung der „wettbewerbsverzerren-

189 Sondergutachten S. 23 ff.

den Ausgestaltung des morbiditätsorientierten RSA“ nach Kassenarten gefordert wird.

Im Rahmen der Haftungsprävention nimmt das Hilfsmanagement der jeweiligen Krankenkassenarten bei der Vermeidung der Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse eine entscheidende Rolle ein. Die Krankenkasse können z. B. Verträge über die Gewährung von Hilfeleistungen schließen, um die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit einer Krankenkasse zu erhalten (§ 265 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V) oder Haftungsfälle insbesondere durch Unterstützung von freiwilligen Vereinigungen verhindern (§ 265b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB V) oder die Aufteilung von Haftungsbeträgen (§ 265b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V), die der GKV-Spitzenverband geltend macht, abweichend von der Rechtsverordnung nach § 172d Abs. 2 SGB V regeln. Neben der Vermeidung von negativen Imageschäden auf die „Marke“ der Kassenart ist die Vermeidung der Haftung ein Hauptanreiz zu freiwilligen Hilfen zu kommen.

Es ergeben sich sowohl Argumente für, als auch gegen den Vorschlag des Wissenschaftlichen Beirates. Für den Übergang der Haftungsverantwortung auf den GKV-Spitzenverband sprechen finanzwirtschaftliche und wettbewerbliche Argumente, Argumente dagegen sind in erster Linie organisationsrechtlicher und praktischer Art und betreffen das Gesamtsystem.

Zutreffend ist, dass Krankenkassen unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer Kassenart in Konkurrenz und Wettbewerb stehen. Auch gibt es keine kassenartenspezifischen Gründe für eine auf Dauer nicht mehr gesicherte Leistungsfähigkeit, die auch nur innerhalb der Kassenart beseitigt werden könnte. Bei der Primärhaftung des GKV-Spitzenverbandes bleibt eine Schließung wettbewerbsneutral, zumal die finanzielle Tragfähigkeit der Haftung einer Kassenart bei Schließung von großen Krankenkassen fraglich ist.

Im Ergebnis verringert sich die Beitragssatzrelevanz eines Schließungsfalls für alle Krankenkassen. Dies könnte jedoch im Einzelfall auch die Risikobereitschaft von Krankenkassen erhöhen, z.B. wenn eine Krankenkasse den Beitragssatz künstlich niedrig hält, um möglichst viele neue Mitglieder zu gewinnen, jedoch im Ergebnis damit überfordert ist. Im Schließungsfall würde dann die gesamte GKV für die (Fehl)Entscheidung

einer Krankenkasse haften. Mithin könnte die Abschaffung der Haftung der Krankenkassenarten zu einer Entsolidarisierung im System führen. Die „soziale Kontrolle“, der Druck im „eigenen Lager“ der Kassenart, der bei der Haftungsprävention eine entscheidende Rolle spielt, würde wegfallen.

Die Erfahrung zeigt außerdem, dass die Haftungsprävention der Kassenarten eine wertvolle Unterstützung der Aufsicht darstellt, da die unterstützenden Krankenkassen durch ihre tiefgehenden Kenntnisse des tatsächlichen Kassenhandels vor Ort unverzichtbare Praxiserfahrung mit einbringen. Die Verantwortlichkeit der Krankenkassen, andere Krankenkassen derselben Art zu unterstützen, um Kosten für das Gesamtsystem zu vermeiden, würde bei einer Primärhaftung des GKV-Spitzenverbandes sinken. Auch die Bereitschaft, Verträge nach § 265b SGB V abzuschließen, dürfte, selbst wenn die Beschränkung auf Krankenkassen derselben Kassenart aufgehoben würde, abnehmen. Damit würden die bisher genutzten Chancen zur Vermeidung von Schließungen, z.B. durch Rettungsfusionen vertan, so dass mit deutlich mehr Schließungen zu rechnen ist. Dies hätte auch Auswirkungen auf das Vertrauen von Versicherten und Leistungserbringern in die Stabilität der GKV.

Durch die Verlagerung der Primärhaftung auf den GKV-Spitzenverband würde in der Konsequenz die Verpflichtung der auf Landesebene organisierten Krankenkassenarten (Landesverbände) zur Beratung einer angeschlagenen Krankenkasse und Unterrichtung der zuständigen Aufsichtsbehörde über geeigneten Maßnahmen entfallen.

Die Aufgaben der Landesverbände sind jedoch weitreichender Natur und nicht nur isoliert auf den drohenden Haftungsfall zu betrachten. So übernehmen diese im Gesamtsystem eine wichtige Funktion auch an anderen Stellen, z.B. im Versorgungsgeschehen, beim Abschluss von (Versorgungs)verträgen, den Betrieb von Rechenzentren (§ 211 SGB V). Auch in diesen Aufgaben würden aber die Landesverbände geschwächt, wenn ihre wichtige Funktion in Finanzfragen entfielen.

Es wären in der Folge erhebliche Rechtsänderungen an verschiedenen Stellen, vor allem im Organisationsrecht des SGB V (z.B. §§ 207 ff SGB V) erforderlich, die das bewährte System auf den Prüfstand stellen und an denen auch die Länder zu beteiligen wären. Aus praktischer Sicht ist zu-

dem darauf hinzuweisen, dass die Krankenkassen trotz Wegfalls der Bundesverbände nach wie vor in Krankenkassenarten als „Marke“ denken.

Fazit:

Das Bundesversicherungsamt vertritt die Meinung, dass die Übertragung der Primärhaftung auf den GKV- Spitzenverband nicht isoliert zu betrachten ist und Auswirkungen auf das GKV-System insgesamt hat. Je nach Ausgestaltung könnte dies deutliche Veränderungen im Wettbewerb zur Folge haben.

VI. Auswirkungen des Wettbewerbs auf die Zusammenarbeit der Krankenkassen mit Leistungserbringern und Dienstleistern

1. Verträge mit Leistungserbringern

Das SGB V regelt im 4. Kapitel die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen mit Leistungserbringern. Die auf dieser Grundlage geschlossenen Verträge sind öffentlich-rechtlicher Natur¹⁹⁰, wobei die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gemäß § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V entsprechend anzuwenden sind. Es besteht ein so genannter Typenzwang, so dass Krankenkassen auf die allgemeine Vorschrift des § 53 SGB X zum Abschluss von Verträgen lediglich zurückgreifen können, wenn es keine spezialgesetzliche Norm für Vertragsschlüsse mit Leistungserbringern nach dem 4. Kapitel des SGB V gibt.¹⁹¹

Das System der Gesetzlichen Krankenversicherung ist nach wie vor durch das Kollektivvertragssystem geprägt: Auf der Leistungserbringenseite verhandeln für eine Vielzahl von einzelnen Leistungserbringern deren Verbände die Verträge mit den Krankenkassen. Auch auf der Krankenkassenseite werden viele Verträge gemeinsam und einheitlich geschlossen.¹⁹² Die Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten wird gar durch dreiseitige Verträge auf Landesebene geregelt (vgl. § 115 SGB V). Der Gesetzgeber bricht dieses Kollektivsystem aber

¹⁹⁰ BSG v. 25.09.2001, B 3 KR 3/01 R.

¹⁹¹ Spickhoff, § 69 SGB V, Rn. 4.

¹⁹² Gesamtverträge nach § 83 SGB V.

mehr und mehr auf und ermöglicht es den Krankenkassen, in bilateralen Verträgen mit den Leistungserbringern maßgeblichen Einfluss auf den Leistungsumfang, die Qualität und den Preis der Versorgung zu nehmen. Die Krankenkassen haben in § 130 Abs. 8 SGB V die Möglichkeit erhalten, mit Herstellern Arzneimittelrabattverträge abzuschließen. Ferner können die Krankenkassen gemäß § 130 Abs. 8a SGB V gemeinsam und einheitlich auf Landesebene Rabattverträge zur Versorgung mit Zytostatika abschließen.

Mit Inkrafttreten des Gesundheitsreformgesetzes vom 22. Dezember 1999 hat der Gesetzgeber erstmals die Möglichkeit geschaffen, Selektivverträge unter Beteiligung von Vertragsärzten und Krankenhäusern abzuschließen. Mit dem GKV Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 1. April 2007 und dem Versorgungsstärkungsgesetz vom 22. Juli 2015 setzte der Gesetzgeber diese Intention fort und ermöglicht es den Krankenkassen, außerhalb des vertragsärztlichen Kollektivvertragssystems besondere Versorgungskonzepte mit und ohne Beteiligung der Kassenärztlichen Vereinigungen zu entwickeln.¹⁹³

Die Zulassung von Leistungserbringern zum Gesundheitsmarkt der gesetzlichen Krankenversicherung erfolgt in zahlreichen Versorgungsbereichen nicht mehr durch Verwaltungsakt¹⁹⁴, sondern durch Vertragsschlüsse zwischen den Krankenkassen, ihren Verbänden oder Arbeitsgemeinschaften auf der einen Seite und den Leistungserbringern oder ihren Verbänden auf der anderen Seite.

Es handelt sich um öffentlich-rechtliche Vertragsbeziehungen, die aber nach dem Willen des Gesetzgebers im freien Spiel der Kräfte auf einem Gleichordnungsverhältnis¹⁹⁵ zustande kommen sollen. Das SGB V sieht lediglich in §§ 127 Abs. 1, 130 Abs. 8, Abs. 8a SGB V die Möglichkeit einer limitierten Ausschreibung vor. Im Übrigen haben Leistungserbringer grundsätzlich einen Anspruch auf Vertragsschluss, wenn sie die fachlichen und räumlichen Voraussetzungen des Gesetzes erfüllen, wobei die Krankenkassen selbstverständlich nicht alle Preisvorstellungen der Leistungserbringer akzeptieren müssen. Insoweit sind die Regelungen

193 § 140a SGB V n.F., § 73c SGB V a.F.

194 Aber noch in § 124 Abs. 4 SGB V im Heilmittelbereich.

195 §§ 53, 55 SGB X.

des allgemeinen Schuldrechts entsprechend anwendbar¹⁹⁶, so dass es einer übereinstimmenden Willenserklärung sowohl der Kassen- als auch der Leistungserbringerseite bedarf. Können sich die Verhandlungspartner nicht auf einen Vertrag einigen, sieht das SGB V in zahlreichen Vorschriften die Möglichkeit vor, die Einsetzung einer Schiedsperson zu beantragen oder eine ständig eingerichtete Schiedsstelle anzurufen.¹⁹⁷

In der Aufsichtspraxis stellt das Bundesversicherungsamt fest, dass sich die Qualität der Zusammenarbeit der Krankenkassen mit den Leistungserbringern unter dem Druck des Wettbewerbs verändert hat. Ziel einer jeden Krankenkasse ist es, Einfluss auf die Leistungsausgaben zu nehmen. Viele Krankenkassen arbeiten im Versorgungsvertragsgeschäft und beim Abschluss von Rabattverträgen zusammen, um ihr Nachfragepotenzial gegenüber den Leistungserbringern und Herstellern zu bündeln. Dies hat regelmäßig einen positiven Einfluss auf die Preisverhandlungen. Aufgrund der regionalen Ausrichtung der AOK'en mit einem Marktanteil von über 40 Prozent in einer Region, gelingt es dieser Kassenart besonders gut, wirtschaftliche Verträge abzuschließen. Diese Einschätzung wird in den mit den Krankenkassen und deren Verbänden geführten Interviews bestätigt. Die Vertreter des AOK-Systems sehen in diesen erfolgreichen Vertragsverhandlungen den Hauptgrund für die positive Entwicklung der Finanzsituation der AOK'en. Auch die anderen Kassenarten arbeiten vornehmlich in ihrem Kassenartensystem, aber auch im Einzelfall kassenartenübergreifend zusammen, um Synergien zu nutzen. In den mit Krankenkassen und ihren Verbänden geführten Interviews konnte bestätigt werden, dass es eine starke Tendenz zur Verstärkung der Zusammenarbeit der Krankenkassen gibt. Allerdings wird die Zusammenarbeit mit den AOK'en nicht immer positiv bewertet. Es wird bspw. berichtet, dass die AOK'en ihren Marktanteil bei den Vertragsverhandlungen mit den Krankenhäusern klar zu ihrem Vorteil ausnutzen.

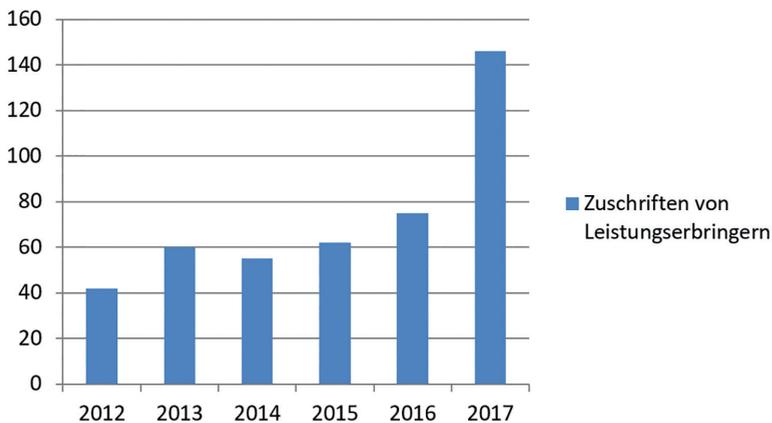
Insgesamt ist eine Bestrebung der Krankenkassen zur Verschlan-
kung ihres Verwaltungsaufwandes beim Abschluss von Versorgungsver-
trägen festzustellen. Die Zahl der beim Bundesversicherungsamt
eingehenden Zuschriften von Leistungserbringern gegen das Ver-

196 § 69 Abs. 1 S: 3 SGB V, §§ 145ff. BGB.

197 Bspw. §§ 73b Abs. 4a, 125 Abs. 2 S. 4, 132a Abs. 2, 4 S. 7-8 SGB V.

tragsverhandlungsverhalten der Krankenkassen hat sich im Jahr 2017 nahezu verdoppelt (siehe Schaubild). Zudem ist festzustellen, dass sich vermehrt Verbände von Leistungserbringern an das Bundesversicherungsamt wenden und damit die einzelnen Beschwerden ihrer Mitglieder gebündelt an das Bundesversicherungsamt herantragen.

Zuschriften von Leistungserbringern



Quelle: Bundesversicherungsamt

Viele Krankenkassen erarbeiten bspw. in der Hilfsmittelversorgung Musterverträge, die sie den Leistungserbringern zum Beitritt anbieten. Verhandlungen werden vermieden oder finden zum Teil gar nicht statt. Das Bundesversicherungsamt weist in seiner Aufsichtspraxis immer wieder darauf hin, dass ein einseitiges Diktieren von Vertragstexten nicht zulässig ist.¹⁹⁸ Aktuell ist ein Klageverfahren zwischen dem Bundesversicherungsamt und einer Krankenkasse vor dem LSG Niedersachsen-Bremen anhängig¹⁹⁹, in welchem über die Zulässigkeit einer Zulassung von Hilfsmittelleistungserbringern nach dem vom EuGH²⁰⁰ für Arzneimittelrabatt-

198 Rundschreiben vom 28.12.2010, Az. 212-5417.1-1077/2010, vom 20.07.2017 Az. 211-5417.1-1077/2017.

199 L 16 KR 242/17 KL.

200 EuGH, Urt. vom 2. Juni 2016 – C-410/14, Dr. Falk Pharma, und den Vorlagebeschluss des Senats vom 13. August 2014 – VII-Verg 13/14.

verträge entwickelten Open-house-Verfahren auf der Grundlage des § 127 Abs. 2 SGB V entschieden wird. Nach diesem Modell formuliert die Krankenkasse einseitig einen Versorgungsvertrag, dem Leistungserbringer beitreten können. Individuelle Vertragsverhandlungen finden nicht statt. Das Bundesversicherungsamt vertritt insoweit die Auffassung, dass das für die Arzneimittelrabattverträge entwickelte Open-house-Verfahren auf Versorgungsverträge nach dem SGB V nicht anwendbar ist. Arzneimittelrabattverträge muss eine Krankenkasse nicht abschließen. Da es sich um Waren handelt, haben die Krankenkassen grundsätzlich das Vergaberecht zu beachten, so dass Verträge dieser Art europaweit auszuschreiben sind. Der EUGH lässt das Open-house-Verfahren für diese Vertragsschlüsse alternativ zu, weil auch dieses Verfahren einen diskriminierungsfreien Vertragsschluss ermöglicht.²⁰¹

Eine Übertragung dieser Verfahrensweise auf Versorgungsverträge nach § 127 SGB V hält das Bundesversicherungsamt insoweit in Übereinstimmung mit dem Bundesministerium für Gesundheit²⁰² und dem Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages²⁰³ nicht für zulässig. Im Hilfsmittelversorgungsbereich hat das SGB V einen Typenzwang entwickelt, der spezialgesetzlich zu beachten ist. Entscheidet sich eine Krankenkasse gegen eine Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 SGB V, ist sie grundsätzlich verpflichtet, Verträge im Verhandlungswege nach § 127 Abs. 2 SGB V zu schließen. Nur ausnahmsweise ist sie berechtigt, Einzelverträge nach § 127 Abs. 3 SGB V zu schließen.

Auch die einseitige Vorgabe von Krankenkassen, Kostenvoranschläge zur Versorgung mit Hilfsmitteln auf elektronischem Wege einzureichen, ist nicht zulässig.²⁰⁴ Das Bundesversicherungsamt begrüßt zwar die Bestrebungen der Krankenkassen, das Verwaltungsverfahren so effizient und kostengünstig zu gestalten und hierbei soweit möglich auch die elektronischen Kommunikationswege zu erweitern. Mangels entsprechender gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage kann eine solche Vorgabe aber nicht ohne Zustimmung der Leistungserbringer durchgesetzt werden.

201 EuGH a.a.O.

202 Schreiben des Bundesministers Gröhe vom 2. Juli 2017.

203 vom 26. Juni 2017, Az.: WD9-3000-025/17.

204 Vgl. Fn. 18.

Auch das zum 1. April 2017 in Kraft getretene HHVG verfolgt das gesetzgeberische Ziel, dass Krankenkassen für alle gängigen Produktgruppen mit Leistungserbringern Verträge schließen, in denen sie maßgeblich Einfluss auf die Qualität der Versorgung und die Reduzierung von Aufzahlungen der Versicherten nehmen sollen. Diesen gesetzlichen Auftrag können Krankenkassen nicht erfüllen, wenn sie keine Verträge schließen. Auch die Ermittlung der Mehrkostenanteile der Versicherten nach § 33 Abs. 1 S. 5 SGB V kann in diesem Fall nicht transparent erfolgen. Auch der Prüfdienst des Bundesversicherungsamtes stellt fest, dass zahlreiche Krankenkassen ihrer Pflicht zum Abschluss von Verträgen nach §§ 127 Abs. 1, 2 SGB V nicht nachkommen. In der Praxis ermitteln viele Krankenkassen im einzelnen Versorgungsfall die Preise für das beantragte Hilfsmittel, reduzieren den Kostenvoranschlagspreis um bis zu 25 Prozent und bieten den Leistungserbringern unter diesen Bedingungen eine Versorgungszusage an. Diese Praxis verhindert jede Einflussnahme der Krankenkasse auf die Qualität der Versorgung und greift zudem rechtswidrig in die Rechtsposition der Leistungserbringer ein.

Auch die aktuell veröffentlichten Hilfsmittelausschreibungen von Krankenkassen nach Inkrafttreten der neuen Vorgaben in § 127 Abs. 1b SGB V stellen in Frage, ob das gesetzgeberische Ziel einer Steigerung der Qualität in der Hilfsmittelversorgung sich erfüllt. In diesen Ausschreibungen wird als Zuschlagskriterium bis zu 90 Prozent der Preis definiert. Nach den durch das HHVG in Kraft getretenen Neuregelungen darf die Gewichtung der Zuschlagskriterien, die nicht den Preis oder die Kosten betreffen, 50 Prozent nicht unterschreiten. Die Krankenkassen berufen sich darauf, dass das Gesetz hiervon eine Ausnahme zulässt, wenn bereits die Leistungsbeschreibung qualitätssteigernde Anforderungen formuliert. Das Bundesversicherungsamt prüft die Ausschreibungen detailliert, hat aber nur wenig Instrumente an der Hand, zeitnah und wirkungsvoll das rechtswidrige Handeln von Krankenkassen zu unterbinden. Vor dem Erlass eines Verpflichtungsbescheides hat das Bundesversicherungsamt die Träger anzuhören. Nach § 89 Abs. 1 Satz 1 SGB IV soll vor dem Erlass eines Verpflichtungsbescheides eine Beratung erfolgen. Im Beratungsschreiben wird auch zum möglichen Tenor eines Verpflichtungsbescheides angehört. Gegen den Erlass eines Verpflichtungsbescheides ist die Klage vor den Landessozialgerichten zulässig, die regelmäßig aufschie-

bende Wirkung hat.²⁰⁵ Dies hat zur Folge, dass die Krankenkassen bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung das beanstandete Verwaltungshandeln fortsetzen dürfen. Die Verbindung eines Verpflichtungsbescheides mit einer sofortigen Vollziehung kommt nur ausnahmsweise in Betracht. Das Bundesversicherungsamt würde es begrüßen, wenn es wirkungsvollere Aufsichtsmittel analog der Regelungen in § 71 Abs. 6 SGB V²⁰⁶ zur Verfügung hätte, um wirksam und zeitnah ein rechtmäßiges Verwaltungshandeln der Krankenkassen auch im Interesse der Qualität der Versorgung erreichen zu können.

Das Bundesversicherungsamt spricht sich dafür aus, für alle Vertragstypen des 4. Kapitels des SGB V zur Lösung von Konflikten bei der Verhandlung von Verträgen die Möglichkeit der Einleitung eines Schiedsverfahrens zu regeln. Auch sollten analog §§ 73b Abs. 4a S. 5, § 125 Abs. 2 S. 9 SGB V Widersprüche und Klagen gegen die Einsetzung von Schiedspersonen bei allen Schiedsverfahren im Interesse einer zeitnahen Konfliktlösung keine aufschiebende Wirkung haben.

Fazit:

Die Konflikte zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern nehmen aufgrund des Drucks zur Verhinderung von Zusatzbeitrags erhöhungen zu. Die Krankenkassen beachten in der Umsetzung des neuen HHVG nicht in ausreichendem Maße das gesetzgeberische Ziel einer Steigerung der Qualität in der Hilfsmittelversorgung. Es besteht ein Spannungsfeld zwischen dem Vergaberecht und dem Sozialrecht, welches durch gesetzliche Klarstellungen im SGB V aufgelöst werden sollte.

Die Aufsichtsmittel des Bundesversicherungsamtes sind nicht effektiv genug, um Rechtsverstößen der Krankenkassen zeitnah zu begegnen. Eine Ausweitung der Aufsichtsmittel nach § 71 Abs. 6 SGB V auf das Vertragsgeschäft der Krankenkassen insgesamt wäre wünschenswert.

2. Verträge mit Dienstleistern

Das Bundesversicherungsamt stellt fest, dass die Krankenkassen auf-

²⁰⁵ 86a Abs. 1 SGG.

²⁰⁶ Recht zum Erlass von einstweiligen Anordnungen unter Androhung einer Zwangsgeldfestsetzung.

grund des Drucks, Zusatzbeitragserhöhungen zu vermeiden, sogar Teile ihres Kerngeschäftes auf private Dienstleister übertragen.

Nach § 197b S. 1 SGB V ist eine Auslagerung an einen Dritten oder eine Arbeitsgemeinschaft zulässig, soweit die Aufgabenwahrnehmung durch diese wirtschaftlicher ist, es im wohlverstandenen Interesse der Betroffenen liegt und die Rechte der Versicherten nicht beeinträchtigt werden.

Dies wird sichergestellt, indem gemäß § 97 SGB X die Aufsichtsbehörde rechtzeitig und umfassend über die Aufgabenauslagerung zu unterrichten ist. Diese kann im Rahmen ihrer Prüfung im Dialog mit der Krankenkasse auf eine rechtskonforme Vertragsgestaltung hinwirken oder ggf. mit aufsichtsrechtlichen Mitteln den Abschluss rechtswidriger Verträge verhindern oder ihre Kündigung veranlassen.

Die Prüfung solcher Verträge beinhaltet auch eine wettbewerbsrechtliche Komponente, denn für die Krankenkassen ist das Outsourcing von Aufgaben gleich in mehrfacher Hinsicht auch eine Frage ihrer Wettbewerbsfähigkeit: Zum einen erfolgt die Auslagerung von Aufgaben mit dem Ziel, durch Kostenersparnis gegenüber anderen Krankenkassen die eigene Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern. Zum anderen versuchen Krankenkassen immer wieder in Zusammenarbeit mit Dienstleistern Leistungen anzubieten, die als besonderer Service Werbewirkung haben oder die Kundenbindung verbessern, bei denen aber fraglich ist, ob die Krankenkasse diese Aufgabe überhaupt selbst wahrnehmen darf.

Die Kooperation der Kassen untereinander, aber auch vor allem mit privaten Dienstleistern wird mit steigendem Wettbewerbsdruck stärker.

Spezialisierte Dienstleister können klar umrissene Aufgaben häufig günstiger anbieten, als die Krankenkasse das selbst kann. Gerade Massengeschäfte wie Abrechnungsprüfungen oder der Beitragseinzug sind daher häufig Gegenstand eines Outsourcings, um die eigenen Kosten im Vergleich mit den Wettbewerbern zu senken. Die Aufsichtsbehörde prüft dabei nicht nur, ob die gesetzlichen Grenzen eingehalten wurden - wesentliche Aufgaben zur Versorgung der Versicherten dürfen nach § 197b S.2 SGB V nicht in Auftrag gegeben werden. Sie prüft auch, ob das Outsourcing überhaupt wirtschaftlicher ist als eine Aufgabenwahr-

nehmung durch die Krankenkasse selbst. Das Rundschreiben „Anforderungskatalog Outsourcing an Dritte gemäß § 197b Satz 1 SGB V“ vom 14. Mai 2012 enthält detaillierte Regelungen zu der von der Kasse mit der Outsourcinganzeige vorzulegenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.²⁰⁷

Auch die regelmäßige Prüfung der Verträge darauf, ob die rechtlichen Grenzen des Outsourcings überschritten sind, ist eine Maßnahme zur Erhaltung eines fairen Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen. Denn zum Teil kann die Auslagerung von Aufgaben dann die größte Kostenersparnis und damit einen Wettbewerbsvorteil generieren, wenn auch nach geltendem Recht nicht auf private Dritte auslagerungsfähige Aufgaben wie die sozialrechtliche Beratung nach § 14 SGB I oder die abschließende Bearbeitung leistungsrechtlicher Entscheidungen bis hin zum Erlass von Verwaltungsakten dem Dienstleister übertragen werden. Die Krankenkassen haben darauf zu achten, dass der Vertragsinhalt keine ihr obliegenden Kernaufgaben zur Erfüllung der Versorgungsansprüche der Versicherten betrifft.²⁰⁸ In diesen Bereichen dürfen nur unterstützende Hilfstätigkeiten ausgegliedert werden. Die Prozesse nicht rechtlich einwandfrei zu trennen und eine zu weitgehende, rechtswidrige Aufgabenauslagerung vorzunehmen, die die Kostenersparnis maximiert, ist hier eine stetige Versuchung für die Krankenkassen. In einzelnen Fällen vergessen sie, dass sie als Körperschaften des öffentlichen Rechts die Beachtung bestehender gesetzlicher Beschränkungen nicht zugunsten maximaler Kostenersparnis und damit Wettbewerbsvorteilen vernachlässigen dürfen.

Gravierende Verstöße gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot sind vor allem festzustellen, wo Krankenkassen im Zeichen des Wettbewerbs Dienstleistungen für ihre Versicherten anbieten, die sie weder selbst noch durch andere erbringen dürfen. Gemäß § 30 Abs. 1 SGB IV dürfen Versicherungsträger nur Geschäfte zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben oder zugelassenen Aufgaben führen und ihre Mittel nur für diese Aufgaben sowie die Verwaltungskosten verwenden. Jede Leistung, die eine Krankenkasse an einen Dienstleister auslagern möchte, bedarf

207 Az. II5-5422.0 – 5072/2011, www.bundesversicherungsamt.de/aufsicht/krankenversicherung.html.

208 vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/3100 zu Nr. 142 Arbeitspapier „Outsourcing“ der Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 23.06.2008.

daher einer konkreten gesetzlichen Grundlage, die es der Krankenkasse erlaubt, diese Leistung selbst zu erbringen. Wettbewerb zwischen den Krankenkassen ist zwar erwünscht und wird durch gesetzliche Regelungen wie den Zusatzbeitrag oder die Möglichkeit der Mitgliederwerbung auch gefördert. Als Maßnahmen der Mitgliederwerbung bzw. Haltearbeit mit Gesundheitsbezug werden in der Literatur unter anderem medizinische Hotlines, die Vermittlung von Facharztterminen oder Online-Suchportale für Krankenhäuser, Ärzte und andere Leistungserbringer genannt.²⁰⁹

Beginnt eine Krankenkasse aber, Leistungen ohne Rechtsgrundlage oder unter Eingriff in das Arzt-Patient-Verhältnis anzubieten, um sich dadurch Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Krankenkassen zu verschaffen, ist die Grenze zulässigen Wettbewerbs überschritten. Solche Angebote enthalten häufig Leistungen, die die Krankenkasse durch einen Dritten erbringen lässt, und werden daher im Rahmen der Prüfung von Outsourcingverträgen aufgegriffen. Selbst wenn die erbrachte Leistung dem Versicherten dienlich ist und durch die Aufsichtsbehörde toleriert wird, bedürfen Angebote im Grenzbereich des § 30 SGB IV unter Wettbewerbsgesichtspunkten und im Interesse des Patientenschutzes fortlaufender aufsichtsrechtlicher Überwachung und Begrenzung.

Aktuell ist dies im Bereich der Gesundheitshotlines festzustellen, die inzwischen von den meisten Krankenkassen angeboten und von den Aufsichtsbehörden im Rahmen einer maßvollen Rechtsaufsicht nicht aufgegriffen werden. Als zulässig wird hier angesehen, wenn die Krankenkasse (in aller Regel über einen externen Dienstleister, da das Vorhalten eigenen medizinisch und pharmazeutisch sachkundigen Personals nie wirtschaftlicher sein dürfte) über die Hotline ausschließlich allgemeine medizinische Informationen zu Krankheitsbildern und Medikamenten bereitstellt oder dabei hilft, einen passenden Arzt zu finden. Dass die dabei erfolgende medizinische Beratung auch einen individuellen Bezug zum anrufenden Versicherten hat, ist unvermeidlich. Allerdings darf keine individuelle leistungsrechtliche Beratung erfolgen und die medizinische Beratung darf lediglich ergänzend zur Behandlung durch die Leistungserbringer und ohne Eingriff in das Arzt-Patient-Verhältnis erfolgen.

209 Schneider-Danwitz in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 30 SGB IV, Rn. 38.

Für die Krankenkassen ist das Angebot solcher Beratungen inzwischen eine kaum mehr verzichtbare Serviceleistung, deren Fehlen Wettbewerbsnachteile bedeutet. Dies geht einher mit der Versuchung, das Angebot immer attraktiver zu gestalten, zum Beispiel aktuell durch einen „Videochat“ oder die Möglichkeit, über eine App medizinische Befunde hochzuladen. Hier ist es Aufgabe der Aufsichtsbehörde sicherzustellen, dass die Krankenkasse zwar bestmöglichen Service anbieten kann, jedoch dabei nicht die Grenzen zulässiger medizinischer Beratung überschreitet. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn seitens der Gesundheitshotline medizinische Diagnosen gestellt oder in die Medikation eingegriffen würde. Oder wenn, wie kürzlich im Fall einer großen Krankenkasse, suggeriert wird, der Anruf der Hotline ersetze einen lästigen Arztbesuch oder biete eine ärztlich fundierte „Zweitmeinung“. Die Unterbindung solcher Auswüchse dient zwar primär dem Schutz des Versicherten und der Eindämmung von Krankenkassenausgaben, die nicht durch § 30 SGB IV gedeckt sind, verhindert aber auch unfairen Wettbewerb zwischen den Krankenkassen.

Den gesamten Bereich des Outsourcings kennzeichnet der Versuch vieler Kassen, auch Bereiche und Tätigkeiten, die einer Wahrnehmung durch Dritte nicht zugänglich sind, zur Stärkung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit auszulagern. Im Bereich des Beitragseinzugs haben Krankenkassen bis 2012 einen privaten Dienstleister eingeschaltet, der bis zur Bescheiderteilung gegenüber zahlungsunwilligen Beitragsschuldern alle Aufgaben der Krankenkasse übernommen hat. In der jüngsten Vergangenheit beschäftigte das Bundesversicherungsamt die „unechte Arbeitnehmerüberlassung“, bei der Krankenkassen neben oder anstelle von Dienstleistungsverträgen mit einem privaten Dritten Arbeitnehmerüberlassungsverträge geschlossen haben, die die gesetzlichen Voraussetzungen nach § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht erfüllten. Kennzeichnend für solche unechten Arbeitnehmerüberlassungsverträge ist, dass Aufgaben an einen Dienstleister übertragen werden, der dann seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung zur Verfügung stellt. Während die Krankenkasse dadurch für sich reklamiert, die Aufgabe weiterhin selbst wahrzunehmen, verbleiben die überlassenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter tatsächlich im Betrieb des Dienstleisters.

Folge dieser Praxis sind die Umgehung der Anzeigepflichten nach § 80 SGB X (Datenverarbeitung im Auftrag) und § 97 SGB X (Durchführung von Aufgaben durch Dritte), die dem Sozialdatenschutz und der Kontrolle der Sozialversicherungsträger durch die Aufsicht dienen.

Mit dem Rundschreiben „Umgehung der Anzeigepflicht für Outsourcingmaßnahmen nach § 97 SGB X durch Arbeitnehmerüberlassungsverträge der Krankenkassen mit privaten Dienstleistern“ vom 15. Dezember 2016²¹⁰ und der folgenden Prüfung aller derartigen Verträge konnte diese Praxis inzwischen vollständig beseitigt werden.

Ein anderes Beispiel für die rechtswidrige Ausweitung der Kooperation mit privaten Dienstleistern ist der Bereich der externen Hilfsmittelberatung. Das Bundesversicherungsamt hat hier zahlreiche Verträge von Krankenkassen mit Dienstleistern aufgegriffen, bei denen die Versicherten in ihrer Häuslichkeit aufgesucht worden sind und unter Preisgabe ihrer gesamten Krankengeschichte beraten wurden. Besonders problematisch bewertete das Bundesversicherungsamt Verträge, die eine „erfolgsabhängige“ Vergütung vorsahen. Erfolg im Sinne dieser Vertragsregelungen bedeutete das Senken der Hilfsmittelausgaben, so dass von einer objektiven Bewertung nicht ausgegangen werden konnte. Im Einzelfall erhielt der Dienstleister gar kein Geld für seine Beratungsleistung, wenn nicht Einsparungen bei den Hilfsmittelausgaben erzielt werden konnten. Die Krankenkassen dürfen weder selbst, noch durch private Dritte die medizinische Notwendigkeit einer konkreten Hilfsmittelversorgung bewerten. Hierfür ist ausschließlich der Medizinische Dienst der Krankenkassen (MDK) zuständig.²¹¹ Dies hat der Gesetzgeber mit dem HHVG²¹² klargestellt. Insbesondere die AOK'en sind dazu übergegangen, nun eigene Hilfsmittelberater zu beschäftigen, die in die Häuslichkeit der Versicherten gehen. Auch dies ist nicht zulässig. Ausschließlich der MDK darf die medizinische Notwendigkeit von Hilfsmitteln prüfen. Diese Vorgehensweise verstößt gegen den Sozialdatenschutz. Unzulässig ist es ferner, wenn Krankenkassen Personal von Dienstleistern in ihren Räumlichkeiten damit beschäftigen, Hilfsmittelanträge zu prüfen. Hilfsmittelanträge müssen durch eigenes, weisungsgebundenes Personal geprüft

210 Az. 215-59998.520-2102/2015.

211 § 275 Abs. 3 Ziffer 1 SGB V.

212 § 33 Abs. 5a SGB V.

werden. Das Bundesversicherungsamt unterbindet entsprechende Vorgehensweisen.

Trotz dieser Erfolge bleibt es in Sachen Beeinflussung des Wettbewerbs durch Outsourcingmaßnahmen bei einer hohen Dunkelziffer, da viele Kassen Outsourcingverträge nicht ordnungsgemäß nach § 97 SGB X anzeigen. Dem Bundesversicherungsamt liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die Krankenkassen dieser Verpflichtung zur Vorlage der Verträge nicht immer vollständig nachgekommen sind. Die exemplarische und vollständige Prüfung der Vertragsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu einem einzelnen Dienstleister im besonders kritischen Bereich des individuellen Versorgungsmanagements brachte allerdings 2017 folgendes Ergebnis: Von insgesamt 38 vorgelegten Verträgen waren lediglich sieben durch die Kassen zuvor angezeigt worden. Infolgedessen muss auch im Sinne eines fairen Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen die aufsichtsrechtliche Tätigkeit im Bereich Outsourcing verstärkt auf die Auswertung von Prüfberichten, Internetseiten und Kassenzeitschriften zurückgreifen sowie gezielt auffällige Vertragsgestaltungen bei den Krankenkassen abfragen.

Fazit:

Vor dem Hintergrund des zunehmenden wirtschaftlichen Drucks für die Krankenkassen, stellt das Bundesversicherungsamt eine verstärkte Ausgliederung von Krankenkassenaufgaben auf meist preiswerte, aber nicht immer qualifizierte Dienstleister fest. Hierbei beachten sie bisweilen nicht ausreichend, dass Kernaufgaben der Sozialversicherungsträger wie die Auskunft- und Beratungsleistungen nach §§ 11-15 SGB I oder auch die Kompetenz zum Erlass von Verwaltungsakten nicht an private Dritte ausgegliedert werden dürfen. Hiermit einher geht nicht selten ein Qualitätsverlust in der Beratung der Versicherten, weil die Dienstleister nicht immer sozialversicherungsrechtlich geschultes Personal beschäftigen. Auch der Sozialdatenschutz wird bei diesen Aufgabenausgliederungen nicht immer beachtet. Festzustellen sind ferner Verstöße gegen den Arztvorbehalt und Zulassungsbeschränkungen, wenn Dienstleister medizinische Beratungsleistungen erbringen. Da die Krankenkassen die Anzeigepflicht nach § 97 SGB X oft missachten, kann das Bundesversicherungsamt dieser Entwicklung nur begrenzt entgegen wirken.

VII. Auswirkungen des Wettbewerbs auf das Verhältnis zwischen Krankenkasse und Versicherten

Die Möglichkeit der freien Krankenkassenwahl hat die Art der Kommunikation zwischen den Krankenkassen und ihren Versicherten nachhaltig verändert.

Zwar hat der Gesetzgeber das Wettbewerbsmodell in der gesetzlichen Krankenversicherung auf der einen Seite als solidarischen Wettbewerb ausgestaltet, der im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des Gesamtsystems gemäß §§ 86 SGB X, 4 Abs. 3 SGB V und 13-15 SGB I, alle Träger der Sozialversicherung über alle Zweige der Sozialversicherung und der Kassenarten hinaus zur Zusammenarbeit verpflichtet. Auf der anderen Seite verfolgt der Gesetzgeber jedoch mit der wettbewerblichen Ausrichtung des Krankenversicherungssystems das Ziel, die Krankenkassen in ein Konkurrenzverhältnis untereinander zu stellen, um Innovationen und Serviceorientierung gegenüber dem Versicherten zu fördern.

Krankenkassen verstehen sich oftmals weniger als Behörden (siehe § 31 Abs. 3 SGB IV), als vielmehr als Unternehmen und nennen ihre Versicherten Kunden. Sie bewegen sich in einem Spannungsfeld zwischen öffentlich-rechtlichem Versorgungsauftrag einerseits und kassenindividuellen Marketingstrategien zur Positionierung im Wettbewerb andererseits; sie sind immer noch Teil der mittelbaren Staatsverwaltung.²¹³ Dementsprechend haben sie ihr Handeln trotz des Wettbewerbs untereinander weiterhin an verwaltungsrechtlichen Maßstäben auszurichten und ihre Versicherten insbesondere gemäß §§ 13 ff. SGB I zu beraten, sowie ihnen gemäß § 2 Abs. 1 SGB V alle in den §§ 11 ff. SGB V genannten Leistungen, die unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots und des aktuellen Standes der medizinischen Erkenntnisse sowie unter Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts erforderlich sind, zu bewilligen.

In der Aufsichtspraxis stellt das Bundesversicherungsamt jedoch fest, dass die Krankenkassen diese gesetzlichen Regelungen zum Teil missach-

²¹³ §§ 29 Abs. 1, 31 Abs. 3 S. 1 SGB IV.

ten. Die Folge ist ein allgemeiner Anstieg an Beschwerden von Versicherten. So verzeichnete das Bundesversicherungsamt in den Jahren 2012 bis 2016 einen leichten Anstieg der jährlichen Aufsichtsverfahren nach §§ 87ff. SGB IV von 3.587 auf 3.685 auf einem hohen Niveau. Im gleichen Zeitraum wuchs der Anteil an erfolgreichen Beschwerden der Versicherten beim Bundesversicherungsamt über ihre Krankenkasse von 19,8 Prozent auf 25,8 Prozent. Auch die Zahlen der neu erhobenen Widersprüche der Versicherten gegen Bescheide ihrer Krankenkassen stiegen in den Jahren 2012 bis 2016 um 33 Prozent sowie die Zahl der beklagten Widerspruchsbescheide um 14 Prozent.²¹⁴ Darüber hinaus stieg die Zahl der Sozialgerichtsverfahren von 2012 bis 2015 um 29 Prozent und die Zahl der Landessozialgerichtsverfahren um 3,6 Prozent im Bereich Krankenversicherung. Lediglich die Zahl der Bundessozialgerichtsverfahren im Bereich Krankenversicherung sank von 2012 bis 2015 um drei Prozent.²¹⁵

Die Gründe für den Anstieg an Beschwerden, Widersprüchen und Klagen von Versicherten lassen sich nicht allein mit einer gesteigerten Emanzipation oder Anspruchshaltung der Versicherten erklären. Vielmehr hat das Bundesversicherungsamt in den vergangenen Jahren verstärkt die Erkenntnis gewonnen, dass die Krankenkassen ihre Verwaltungsabläufe häufig nicht mehr nach verwaltungsrechtlichen Maßstäben ausrichten. So bedienen sich viele Krankenkassen einer vereinfachten und damit vermeintlich kundenfreundlicheren Behördensprache, die aber oft die Möglichkeit eines verwaltungsaufwendigen und teuren Widerspruchsverfahrens verschleiert.

Die aufsichtsrechtliche Praxis zeigt zudem, dass die bundesunmittelbaren Krankenkassen ihre Informationspflichten bei einem Außenauftritt im Internet²¹⁶ sowie im Schriftverkehr²¹⁷ verletzen. So fehlt bei einigen Krankenkassen die Bezeichnung ihrer Rechtsform „Körperschaft des öf-

214 SG 01-Statistik Bundesergebnis ohne LKK (Bund) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) zur Tätigkeit der Widerspruchsstellen im Bereich der Krankenversicherung.

215 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.7, 2012-2015 (Überblick nach SG 10-Statistik der Sozialgerichte, SG 20-Statistik der Landessozialgerichte und SG 30-Statistik der Bundessozialgerichte zur Anzahl der Klagen im Bereich Krankenversicherung).

216 §§ 5 TMG, 55 RStV und 175 Abs. 4 S. 9 SGB V i.V.m. 13 SGB I.

217 §§ 13-15 SGB I i.V.m. 35a GmbHG, 80 AktG und 25a GenG sowie gemäß 175 Abs. 4 S. 9 SGB V i.V.m. 13 SGB I.

fentlichen Rechts mit Selbstverwaltung²¹⁸ auf dem Briefkopf und/oder im Impressum ihres Internetauftritts. Dies macht es für die Versicherten schwieriger, das Handeln ihrer Krankenkasse rechtlich einzuordnen und gegebenenfalls Widerspruch oder Klage bei dem zuständigen Sozialgericht einzureichen. Andere Krankenkassen erwähnen ihre Kassenart nicht, so dass die Versicherten gar nicht erst auf den Gedanken kommen können, dass ihre Krankenkasse möglicherweise gemäß § 175 Abs. 4 S. 6 SGB V über eine Satzungsregelung verfügt, nach der die Versicherten bei einem Wechsel zu einer Krankenkasse der gleichen Kassenart nicht für 18 Monate an die Wahl ihrer Krankenkasse gebunden sind. Weitere Krankenkassen führen schließlich nicht ihre Aufsichtsbehörde im Impressum ihres Internetauftritts auf oder erwähnen sie ohne die Nennung der Postanschrift beziehungsweise eines Links zur Homepage der Aufsichtsbehörde.

Darüber hinaus muss das Bundesversicherungsamt feststellen, dass einige Krankenkassen ihre Ablehnungsbescheide nicht nur unzureichend begründen,²¹⁹ sondern auch vermehrt von einer rechtlich zwingenden schriftlichen Rechtsmittelbelehrung²²⁰ absehen. Zur Vermeidung von Widerspruchsverfahren fordern Krankenkassen sehr häufig ihre Versicherten auf, ihre Anträge zurückzunehmen.

Ähnliche Erfahrungen machte auch eine von uns im Rahmen unserer strukturierten Interviews befragte Landesaufsicht. Sie schilderte uns, dass sich bei ihr in letzter Zeit die Beschwerden von Versicherten häufen, die ihre Ablehnungsbescheide der Krankenkassen nicht mehr nachvollziehen konnten. Häufig liegt dies nach Auskunft der Landesaufsicht daran, dass die Krankenkassen wegen der vermeintlichen Lesefreundlichkeit auf eine obligatorische Begründung des Bescheides, die Nennung der einschlägigen Paragraphen oder eine Rechtsbehelfsbelehrung verzichten.

Auch die Unabhängige Patientenberatung Deutschland gGmbH (UPD) stellte in ihrem Jahresbericht „Monitor Patientenberatung 2016“ an den Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und

218 §§ 29 Abs. 1 SGB IV, 4 Abs. 1 SGB V.

219 § 35 SGB X.

220 §§ 62 SGB X i.V.m. 66 SGG.

Patienten fest, dass im Jahr 2016 insgesamt 71.436 Anfragen und Beschwerden bei der UPD eingegangen sind, von denen in 76 Prozent der Fälle aus Sicht der UPD-Berater eine Problemlage vorgelegen hat. Die am häufigsten dokumentierten Hinweise auf Problemlagen bezogen sich dabei auf eine unzureichende Information und Beratung durch die einzelnen Akteure des Gesundheitssystems und damit auch der Krankenkassen. In 29.754 Fällen, dies entsprach über 50 Prozent aller bei der UPD dokumentierten Problemlagen im Jahre 2016, kamen die Berater der UPD zu der Einschätzung, dass die Ratsuchenden falsch oder unvollständig informiert und beraten worden seien.²²¹ Diese Beurteilung teilt auch die Patientenbeauftragte der Bundesregierung. Im Rahmen eines strukturierten Interviews erklärten die Vertreter der Patientenbeauftragten, dass viele Versicherte als Folge einer veränderten Behördensprache nicht wüssten, dass die Möglichkeit besteht, Widerspruch gegen Leistungsbescheide einzulegen.

Auch eine Studie des IGES im Auftrage des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten sowie Bevollmächtigten für Pflege aus dem Juni 2017 bestätigt dies. Nach den Auswertungen von IGES war rund ein Drittel der Versicherten nicht über die Möglichkeit informiert, gegen eine Entscheidung ihrer Krankenkasse Widerspruch einlegen zu können.²²² Darüber hinaus arbeitete die IGES Studie im Rahmen einer Versichertenbefragung heraus, dass nur etwa jeder zweite Befragte die gesetzlichen Fristen, innerhalb derer die Krankenkassen Leistungsanträge bearbeiten müssen, kannte. Von den Befragten, die wussten, dass es eine konkrete Frist gibt, war sogar nur circa einem Drittel die Regelung zur Genehmigungsfiktion und der daraus entstehende Kostenerstattungsanspruch gemäß § 13 Abs. 3a SGB V bekannt. Auch die große Mehrheit der Patientenorganisationen beurteilte die Informiertheit der Versicherten diesbezüglich als sehr schlecht beziehungsweise schlecht.²²³ Informationslücken bestehen laut der IGES Studie oftmals auch hinsichtlich der Ansprüche, die Versicherte gegenüber ihrer Krankenkasse haben. Insbesondere wiesen Patientenorganisationen

221 UPD, Monitor Patientenberatung 2016, S. 49.

222 IGES Institut in Zusammenarbeit mit Gerhard Igl, Leistungsbewilligungen und -ablehnungen durch Krankenkassen, Studie für den Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten sowie Bevollmächtigten für Pflege, 2017, S. 143.

223 IGES, a.a.O., S. 144, 145.

darauf hin, dass die Versicherten häufig Mehrkostenvereinbarungen unterschrieben, obwohl sie vorher nicht ausreichend über die Möglichkeiten einer aufzahlungsfreien Hilfsmittelversorgung informiert worden waren.²²⁴ Schließlich arbeitete die IGES Studie heraus, dass die Krankenkassen nach Einschätzung der Patientenorganisationen ihre Entscheidungen über die Leistungsanträge der Versicherten nicht immer ausreichend begründeten. Gerade die Ablehnungsbescheide für die Versicherten waren somit vielfach nicht mehr verständlich. Dies bestätigte auch eine Befragung der Versicherten im Rahmen der IGES Studie, nach der sich die von einer Leistungsablehnung betroffenen Versicherten mehrheitlich nicht ausreichend über die Gründe der Leistungsablehnung informiert fühlten.²²⁵

Die Patientenbeauftragte und die Verbraucherzentrale NRW fordern in den strukturierten Interviews einen direkten Zugang der Patientinnen und Patienten zum MDK, um die Qualität der Hilfsmittelversorgung unabhängig untersuchen lassen zu können.

Das Bundesversicherungsamt stellt in der Aufsichtspraxis fest, dass Krankenkassen in gewisser Weise Risikoselektion betreiben. So musste das Bundesversicherungsamt in der Vergangenheit etwa sog. Zielgruppenvereinbarungen zwischen Krankenkassen und externen Werbern beanstanden, welche die Mitgliederwerbung auf „gute Risiken“ beschränkten.²²⁶ Für Rentner und Hausfrauen erhielten Werber gar keine Werbepremien. Auch verfügten Krankenkassen über Tarifverträge für kasseneigene Werber, deren Verdienst von der Deckungsbeitragsquote der angeworbenen Versicherten abhängt. Hierzu fasste auch die 85. Aufsichtsbehördenatagung im November 2014 einen einheitlichen Beschluss, der mittlerweile in den Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätzen der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung unter der Randziffer 45b seinen Niederschlag gefunden hat, wonach Zielgruppenvereinbarungen unzulässig sind. Gleichwohl stellte der Prüfdienst des Bundesversicherungsamtes 2016 wieder fest, dass eine Krankenkasse eine unterschiedlich hohe Prämie für die Akquise neuer Mitglieder abhängig vom Einkommensstatus zahlt.²²⁷

224 IGES, a.a.O., S. 143.

225 IGES, a.a.O., S. 143.

226 Bundesversicherungsamt, Tätigkeitsbericht 2012, S. 18-20.

227 Bundesversicherungsamt, Tätigkeitsbericht 2016 S. 37.

Auch stellt der Prüfdienst des Bundesversicherungsamtes in Übereinstimmung mit dem Prüfdienst eines Landes fest, dass die Krankenkassen gerade in Leistungsbereichen, die vorwiegend junge und gesunde Versicherte anlocken, wie Prävention und betriebliche Gesundheitsförderung, rechtswidrige Leistungen häufig „aus Kulanz“ gewähren. Auch die Patientenbeauftragte und einzelne Krankenkassen bestätigten dem Bundesversicherungsamt, dass Krankenkassen vor allem Versicherte mit „guten Risiken“ verstärkt umwerben. Darüber hinaus fand das IGES Institut in der oben genannten Studie heraus, dass einige Krankenkassenarten im Bereich der Vorsorge und Rehabilitation Ablehnungsquoten von bis zu 19,4 Prozent sowie im Bereich der Hilfsmittel von bis zu 24,5 Prozent aufweisen. Besonders betroffen von den Leistungsablehnungen waren nach Einschätzung von Patientenorganisationen ältere Personen, chronisch Kranke, bildungsbenachteiligte sowie schwerbehinderte Menschen.²²⁸ Noch deutlicher werden die Maßnahmen der Krankenkassen zur indirekten Risikoselektion bei den Widersprüchen gegen die Leistungsablehnungen. Während sich nach der IGES Studie circa knapp ein Drittel aller Widersprüche als begründet herausstellten, waren die Widersprüche im Bereich der Vorsorge und Rehabilitation gemäß §§ 23, 24, 40, 41 SGB V sogar in mehr als jedem zweiten Fall erfolgreich.²²⁹

Bei aller Kritik ist aber festzustellen, dass sich die Servicequalität der Krankenkassen vor allem durch den Einsatz moderner Kommunikationsmittel und einer Erweiterung der telefonischen Erreichbarkeit verbessert.

Einige Krankenkassen bieten ihren Versicherten eine Facharztterminvermittlung an. Die Verbraucherzentrale NRW bestätigt, dass dieser Service von den Versicherten sehr geschätzt wird, weil die in § 75 Abs. 1a SGB V normierte Terminvermittlung über die Kassenärztlichen Vereinigungen kaum bekannt ist und eine Dringlichkeitsbescheinigung des behandelnden Arztes erfordert. Untersuchungen des Bundesversicherungsamtes haben ergeben, dass einzelne Krankenkassen unter Einsatz externer Dienstleister bis zu 25,00 Euro pro vermitteltem Facharzttermin zahlen. Es bestehen Zweifel an der Wirtschaftlichkeit derartiger Dienstleisterverträge. Das Bundesversicherungsamt hat sich aber in Abstimmung mit

²²⁸ IGES, a.a.O., S. 142.

²²⁹ IGES, a.a.O., S. 145.

dem Bundesministerium für Gesundheit entschlossen, die Verträge nicht zu beanstanden. Eine weitere Problematik sieht das Bundesversicherungsamt in Vertragsabschlüssen von Krankenkassen mit Kassenärztlichen Vereinigungen beispielsweise zur bevorzugten Terminvergabe an Versicherte einer bestimmten Krankenkasse bei niedergelassenen Psychotherapeuten. Die Vorteile derartiger Verträge liegen auf der Hand: Die Erfolgsaussichten einer Gesundung psychisch Kranker steigen erheblich, wenn sie sehr zeitnah therapiert werden. Hierdurch werden die Ausgaben der Krankenkassen an Krankengeldzahlungen erheblich gesenkt. Die Nachteile derartiger Vereinbarungen liegen aber auch auf der Hand: Versicherte anderer Krankenkassen müssen noch länger auf Termine bei einem Psychotherapeuten warten. Gerade in der Situation knapper Versorgungsangebote wirken derartige Verträge entsolidarisierend.

In den strukturierten Interviews mit Krankenkassen, deren Verbänden und Arbeitsgemeinschaften, wird auf interne und externe Untersuchungen beispielsweise vom Deutschen Institut für Servicequalität, Kundenmonitor Deutschland, Focus Money, TÜV SÜD und TÜV NORD CERT verwiesen, wonach sich die Servicequalität der Krankenkassen erhöht hat. Diese Bewertungen stehen allerdings im Widerspruch zu den Ergebnissen der IGES Studie aus 2017. Ein Grund hierfür mag sein, dass eine Vielzahl der Zertifizierungsinstitute vornehmlich Online-Umfragen macht, die beispielsweise multimorbide oder ältere nicht technikaffine Versicherte gar nicht erreichen.

Gerade die fortschreitende Digitalisierung und das Internet ermöglichen den Krankenkassen und ihren Versicherten nicht nur, neue Wege der Kommunikation über Email, Web- bzw. Videowebchat und Social Media Präsenzen zu beschreiten, sondern sie erlauben ihnen auch eine kostengünstige Bereitstellung, Nutzung und Bearbeitung von Informationen „rund um die Uhr“. Leider trägt eine Fokussierung auf die neuen Medien aber auch zur indirekten Risikoselektion bei. Während junge, gesunde und technikaffine Versicherte von den neuen Möglichkeiten der Digitalisierung oftmals geradewegs angezogen werden, fällt es vor allem multimorbiden und älteren Patienten in der Regel schwerer, die neuen Medien zu nutzen. Die Geschäftsstellenzahl der Krankenkassen sinkt gleichzeitig drastisch.

In jüngster Zeit entwickeln Krankenkassen vor allem digitale Angebote als sog. Apps (Anwendungen für Smartphones und Tablet-Computer), damit die Versicherten auch unterwegs und jederzeit mit ihrer Krankenkasse kommunizieren können. Hierzu zählen zum einen Apps und Online-Funktionen, die der Auskunft und Beratung gemäß §§ 13 ff. SGB I, 305 SGB V sowie 83 SGB X dienen, wie ein Zugriff der Versicherten auf Basisinformationen zum Sozialversicherungs-, Arbeits- und Steuerrecht, ein digitaler Zugang zur Patientenquittung²³⁰ sowie ein digitaler Zugang zu historischen Verwaltungsdaten. Daneben bieten die Krankenkassen mittlerweile auch Apps und Online-Leistungen, wie ein Diabetes-Tagebuch als Bestandteil einer Online-Patientenschulungsmaßnahme gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 2 SGB V, Gesundheitsselbstmanagementprogramme im Sinne des § 1 S. 4 SGB V, Programme als zertifizierte Medizinprodukte und/oder als besondere Versorgungsangebote gemäß § 140a SGB V an, bei denen beispielsweise Tinnituspatienten mithilfe digital frequenzgefilterter Musik ihren Tinnitus oder bei denen Kinder ihre funktionale Sehschwäche mit einer zusätzlichen Sehschule am Computerbildschirm lindern können. Auch Apps, die beispielsweise einen digitalen Schwangerschaftsratgeber beinhalten, der Frauen in Echtzeit eine individuelle Handlungsempfehlung, wie das unmittelbare Aufsuchen eines Arztes, das regelmäßige Kontrollieren bestimmter Werte (z.B. Blutdruck) oder auch Massagen, Wechselbäder und Schwimmen bei Ödemen gibt, wurden bereits von Krankenkassen und ihren Arbeitsgemeinschaften entwickelt. Das Bundesversicherungsamt hat aber Apps aufgegriffen, die wegen ihrer individuellen medizinischen Handlungsempfehlungen gegen den Arztvorbehalt gemäß §§ 15, 28 SGB V, § 2 der Anlage 24 BMV-Ä verstoßen.

Schließlich offerieren die Krankenkassen auch Apps und Online-Servicelösungen, die die Geschäftsprozesse und das Verwaltungsverfahren verschlanken, beschleunigen und transparenter gestalten. So können die Versicherten bei vielen Krankenkassen ihre Anträge online ausfüllen bzw. downloaden, eine Änderung ihrer Stammdaten auch im Rahmen der Fami-Bestandspflege online vornehmen, Beitragsbescheinigungen oder Auslandskrankenscheine anfordern sowie Rechnungen online einreichen. Daneben bieten die Krankenkassen ihren Versicherten auch die Möglichkeit an, ihre Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen einzuscannen oder abzufotografieren und über ihre App online einzureichen. Eine Ersatzkas-

²³⁰ Bundesversicherungsamt, Rundschreiben vom 5. September 2014.

se hat ferner zum Oktober 2017 ein Pilotprojekt gestartet, bei dem der behandelnde Arzt mit seiner Praxisverwaltungssoftware eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erstellt, sie mit einer Signatur versieht und die Daten mit Zustimmung des Versicherten an die Krankenkasse versendet. In einem nächsten Schritt plant die Ersatzkasse dann, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung seines Mitarbeiters elektronisch zur Verfügung zu stellen. Weitere Krankenkassen haben darüber hinaus eine App im Angebot, mit welcher die Versicherten ihre bonusfähigen Aktivitäten durch Abfotografieren oder Einscannen von Belegen erfassen und ihrer Krankenkasse senden können. Die Bonusauszahlung kann dann von den Versicherten mit einem Klick bei ihrer Krankenkasse angefordert werden und die Auszahlung automatisiert erfolgen.

Das Bundesversicherungsamt begrüßt das Voranschreiten der digitalen Kommunikation der Krankenkassen mit ihren Versicherten. Dennoch muss bei entsprechenden Anwendungen stets geprüft werden, ob die verwaltungsrechtlichen sowie die sozial- und datenschutzrechtlichen Anforderungen beachtet werden. Als unproblematisch bewertet das Bundesversicherungsamt Apps und Online-Applikationen mit allgemeinen Service-, Such- und Auskunftsfunktionen.²³¹ Bei der Anforderung einer digitalen Patientenquittung sind aber beispielsweise hohe Anforderungen an die Authentifizierung zu stellen, da besonders sensible Krankheits- und Behandlungsdaten der Versicherten übermittelt werden.²³² Als derzeit rechtswidrig bewertet das Bundesversicherungsamt hingegen Apps, die auf der Grundlage von durch die Versicherten selbst eingespeisten Gesundheits- und Verordnungsdaten eine Anamnese oder Diagnose selbst oder durch ein Team von Ärzten oder Mitarbeitern vornehmen und Medikationen empfehlen, da dies gegen das Fernbehandlungsverbot und den Arztvorbehalt verstößt.²³³ Hier ist die aktuelle dynamische Entwicklung zunächst abzuwarten.²³⁴

Um die leistungsrechtlichen, datenschutzrechtlichen, technologischen

231 Bundesversicherungsamt, Tätigkeitsbericht 2016, S. 24.

232 Bundesversicherungsamt, Rundschreiben vom 5. September 2014, S. 2; Bundesversicherungsamt, Tätigkeitsbericht 2016, S. 24.

233 Bundesversicherungsamt, Tätigkeitsbericht 2016, S. 25.

234 Modellprojekt zur Fernbehandlung in Baden-Württemberg, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/83048/Modellprojekt-zur-ausschliesslichen-Fernbehandlung-startet-in-Baden-Wuerttemberg>

und verwaltungsrechtlichen Fragestellungen zukünftig besser zwischen den einzelnen Fachdisziplinen abstimmen zu können, hat das Bundesversicherungsamt einen Digitalausschuss eingerichtet, der eine regelmäßige abteilungsübergreifende, interdisziplinäre Abstimmung sicherstellen und für die Sozialversicherungsträger als zentraler Anlaufpunkt bei Fragen rund um die Digitalisierung dienen soll.²³⁵ In diesem Ausschuss wird auch geprüft, ob die Krankenkassen bei der Vermarktung ihrer digitalen Angebote das Wettbewerbsrecht beachten.

Trotz aller bisherigen Bemühungen des Gesetzgebers, des Bundesversicherungsamtes und der Landesaufsichten wünschen sich die Krankenkassen noch weitergehende Freiheiten bei der Umsetzung der Digitalisierung. Darüber hinaus wünschten sie sich eine unbefristete und unbeschränkte Nutzung der Versichertendaten zu Zwecken der Versorgungsforschung.

Fazit:

Die Möglichkeit der freien Krankenkassenwahl hat in der Art der Kommunikation zwischen den Krankenkassen und ihren Versicherten durchaus zur Verbesserung beigetragen. So profitieren die Versicherten heutzutage von einer Erweiterung der telefonischen Erreichbarkeit und der Nutzungsmöglichkeit moderner Kommunikationsmittel. Das Verwaltungshandeln wird hierdurch schneller und für die Versicherten transparenter. Dennoch müssen zum Schutz der Versicherten die verwaltungsrechtlichen, sozial- und datenschutzrechtlichen Anforderungen beachtet werden.

Die Veränderungen in der Art der Kommunikation dürfen nicht von den Krankenkassen als Einfallstor dazu genutzt werden, Versicherte im Ungewissen über ihre Leistungsansprüche oder Rechtsbehelfe zu lassen, ihnen Leistungen aufzudrängen, die sie nicht wünschen oder ihnen den Zugang zu adressatengerechten Kommunikationskanälen zu erschweren. Jedwede Risikoselektion steht im Widerspruch zu den Grundsätzen eines solidarischen Wettbewerbs und verletzt zugleich den Gleichheitsgrundsatz. Daher hält es das Bundesversicherungsamt für zwingend erforderlich, dass der Rechtsrahmen gemäß § 30 SGB IV von den Krankenkassen beachtet wird.

²³⁵ Bundesversicherungsamt, Tätigkeitsbericht 2016, S. 16, 17; Bundesversicherungsamt, Rundschreiben vom 21. März 2017, S. 2.

VIII. Mögliche Neuordnung der Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden

1. Derzeitige Situation: Geteilte Aufsicht

Derzeit ist die Aufsichtszuständigkeit in der gesetzlichen Krankenversicherung zwischen Bund und Ländern aufgeteilt. Sie hängt davon ab, ob es sich bei dem beaufsichtigten Träger um eine bundes- oder landesunmittelbare Krankenkasse handelt. Diese Aufteilung der Zuständigkeiten über die Sozialversicherungsträger ist Folge des föderalen Staatsaufbaus der Bundesrepublik Deutschland und verfassungsrechtlich vorgegeben. Für den Bereich der Sozialversicherung stellt Art. 87 Abs. 2 GG eine ausdrückliche und daher gewollte Ausnahme vom Grundsatz der Verwaltungszuständigkeit der Länder gemäß Art. 30 und 83 GG dar. Als bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes werden danach diejenigen Sozialversicherungsträger geführt, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt. Sozialversicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes, aber nicht über mehr als drei Länder hinaus erstreckt, werden davon abweichend als landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes geführt, wenn das die Aufsicht führende Land durch die beteiligten Länder bestimmt ist. Auch nach der Einfügung von Art. 87 Abs. 2 Satz 2 GG sollte die Aufsicht des Bundes bei einer die Ländergrenzen überschreitenden Tätigkeit von Sozialversicherungsträgern die Regel bleiben (so die Gesetzesbegründung zum Grundgesetzänderungsgesetz, BT-Drs. 12/6633, S. 11).

Immer wieder wird diskutiert, dass es wegen der ungleichen Handhabung der Rechtsaufsicht zwischen Bund und Ländern zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Krankenkassen komme.²³⁶ In diesem Zusammenhang werden auch Forderungen nach einer stärkeren Vereinheitlichung der Aufsichtspraxis erhoben sowie verschiedene Vorschläge zur Erreichung dieses Ziels gemacht.²³⁷ Zuletzt hat die Diskussion über die sog. Betreuungsstrukturverträgen und die rechtliche Bewertung nach-

²³⁶ Sondergutachten zu den Wirkungen des morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleichs vom 30.09.2017.

²³⁷ Neuordnung der Kassenaufsicht. Bestandsaufnahme und Reformoptionen. Wille/Tüsing im Auftrag der DAK-Gesundheit, August 2017.

träglicher Datenänderungen mit RSA-Relevanz aufgrund der direkten Auswirkung dieses Vorgehens auf den morbiditätsorientierten RSA die Diskussionen über eine mögliche Neuordnung der Kassenaufsicht wieder angefacht.

Wie die Ausführungen in den vorangegangenen Kapiteln zeigen, ist zunächst festzuhalten, dass es zu unterschiedlichen Entscheidungen von Aufsichtsbehörden kommen kann. Die Gründe hierfür sind unterschiedlich:

Die Erfahrungen zeigen, dass, wenn es zu Problemen mit divergierenden Auslegungen durch Aufsichtsbehörden kommt, dies vielfach bereits auf der Tatbestandsebene bei der Feststellung eines Rechtsverstößes auftritt. Gerade die rechtliche Wertung eines bestimmten Handelns oder des Inhalts einer Satzungsregelung als Rechtsverstoß wird in Streitfällen der Praxis uneinheitlich vorgenommen. Dies hat seinen Grund in der Verwendung von unbestimmten und damit auslegungsfähigen Rechtsbegriffen durch den Gesetzgeber, nicht zuletzt aber auch, in der nicht immer klar formulierten Gesetzesnorm insgesamt.

Außerdem gilt bei Ausübung der Aufsicht gemäß § 89 SGB IV auf der Rechtsfolgenseite der Opportunitätsgrundsatz. Die Aufsicht muss - nicht bei der rechtlichen Beurteilung - jedoch bei seinem Aufsichtshandeln, Ermessen ausüben. Allein dies kann bei scheinbar vergleichbaren Sachverhalten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, obwohl es keine divergierenden Rechtsauffassungen gibt.

Eine unterschiedliche Aufsichtspraxis kann aber auch faktisch seine Ursachen in den jeweiligen Ressourcen der Aufsicht haben. Während das Bundesversicherungsamt mit derzeit 63 zu beaufsichtigenden Kassen auf einen differenzierten Aufsichtsapparat mit in den einzelnen Aufsichtsfeldern besonders qualifizierten und hochspezialisierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in allen Rechts- und Wirtschaftsfragen zurückgreifen kann, sind zuweilen in den Ministerien der Länder im Hinblick auf die geringe Anzahl der zu beaufsichtigenden Krankenkassen nur wenige Beschäftigte mit sämtlichen zum Teil ja sehr komplexen Fragen der Aufsicht befasst. So können zum Teil schon aus Ressourcengründen gar nicht alle relevanten Themen in der Tiefe und Breite behandelt werden, wie es erforderlich wäre.

Letztendlich kann ein Bundesland ein erhöhtes politisches Interesse an „seinen“ Krankenkassen, insbesondere den AOK'en als Versorgerkassen im Land haben. Diese eröffnen den Landesregierungen Gestaltungsspielräume im Land, die sich sowohl bei der Gesetzesauslegung als auch auf der Rechtsfolgende bei der Ausübung des Ermessens widerspiegeln. Demgegenüber ist das Bundesversicherungsamt gemäß § 94 SGB IV eine selbständige Bundesbehörde und laut Gesetz ausdrücklich bei der Ausübung seines Aufsichtsrechts auch nur allgemeinen Weisungen der Ministerien unterworfen.

Es ist also festzuhalten, dass divergierende aufsichtsrechtliche Bewertungen durch Bundes- und Landesaufsichtsbehörden vorkommen können und dies auch begründbar ist. Eine grundsätzlich unterschiedliche Aufsichtspraxis ist aus Sicht des Bundesversicherungsamtes jedoch nicht zu erkennen. Von der divergierenden Aufsichtspraxis betroffen sind konkrete Einzelfälle und spezielle Bereiche des Leistungsgeschehens.²³⁸ Solche konkreten Einzelfälle einer unterschiedlichen Aufsichtspraxis von Bundesversicherungsamt und Landesaufsichtsbehörden in bestimmten Bereichen sind jedoch noch kein Beweis für gravierende systematische Wettbewerbsverzerrungen mit entscheidender Wettbewerbsrelevanz.

Die rechtliche Bewertung der sog. Betreuungsstrukturverträge und vergleichbarer Fallgestaltungen sowie nachträglicher Datenänderungen mit RSA-Relevanz bedarf einer eigenen Betrachtung, da dies nur zu einem (eher kleineren) Teil eine Frage unterschiedlicher Aufsichtspraxis ist.

2. Aktuell diskutierte Vorschläge zur Reform der Aufsichtsaufteilung

Um aber einer unterschiedlichen Aufsichtspraxis entgegenzuwirken, selbst wenn sie sich „nur“ auf einzelne Fälle bezieht, werden verschiedene Modelle diskutiert. Als „Hauptmodelle“ einer Neuaufteilung“ der Aufsichtsführung lassen sich die alleinige Aufsicht durch das Bundesversicherungsamt, eine geteilte Aufsicht von Bund und Ländern nach funktionalen Gesichtspunkten sowie die alleinige Aufsicht durch die Länder ausmachen.

²³⁸ Vgl. oben III. 1, 3.

a. Alleinige Aufsicht durch das Bundesversicherungsamt

Durch die alleinige Aufsichtszuständigkeit des Bundesversicherungsamtes wäre ein einheitliches aufsichtsrechtliches Vorgehen gegenüber allen gesetzlichen Krankenkassen gewährleistet. Neben der einheitlichen Aufsichtsführung wäre insoweit auch von Vorteil, dass das Bundesversicherungsamt nach § 94 Abs. 2 Satz 3 SGB IV nur an allgemeine Weisungen des zuständigen Bundesministeriums gebunden ist und daher in seinem Aufsichtshandeln unempfindlicher gegenüber politischen Erwägungen und Motiven ist.

Da die derzeitige Aufteilung in bundes- und landesunmittelbare Träger aus dem Föderalismusprinzip, hier speziell für die Sozialversicherung Art. 87 Abs. 2 GG, resultiert, wäre hierfür aber eine Grundgesetzänderung notwendig. Eine solche erfordert allerdings gemäß Art. 79 Abs. 2 GG eine 2/3-Mehrheit sowohl im Bundestag als auch im Bundesrat und stellt damit eine schwer überwindbare Hürde dar.

Ein anderer Weg wäre, alle gesetzlichen Krankenkassen einfachgesetzlich für bundesunmittelbar zu erklären. Dies erscheint aber verfassungsrechtlich bedenklich, da hierbei über eine einfachgesetzliche Regelung die verfassungsrechtlichen Vorgaben ohne die nötigen Mehrheiten (s.o.) ausgehebelt würden.

b. Aufteilung der Aufsichtszuständigkeit zwischen Bundesversicherungsamt und Landesaufsichten nach funktionalen Gesichtspunkten

Eine Aufteilung nach Aufgabenbereichen wonach die Aufsicht über das „Haushalts- und Geschäftsgebaren“ (wie Finanzierung, Beitragseinzug und Datenmeldungen für die Finanzausgleiche sowie Grundsatzfragen der Leistungsgewährung) sowie über die Satzungen einheitlich auf die Bundesebene verlagert wird und die Aufsicht über die Versorgungsverträge von der zuständigen Behörde des jeweiligen Bundeslandes wahrgenommen wird, bedarf ebenfalls einer Änderung des Grundgesetzes. Diese könnte aus Sicht der Bundesländer zwar eher akzeptabel erscheinen. Gegen eine solche Aufteilung nach funktionalen Gesichtspunkten spricht allerdings eine Vielzahl von Gründen rechtlicher und praktischer Art:

So lassen sich etwa Fragestellungen im Rahmen der Aufsicht über die Versorgungsverträge nicht mit hinreichender Eindeutigkeit von Fragen im Rahmen der Haushaltsführung oder im Rahmen der Satzungs genehmigungen trennen (z.B. Satzungsregelungen zu Wahlleistungen etc.). Da in der Regel alle Fragen des Versorgungsgeschehens in verschiedenen Aspekten auch von finanzieller Relevanz sind, würden wegen dieser nur schwer zu trennenden Sachzusammenhänge massive Abgrenzungsprobleme entstehen, und es wäre ein enormer Abstimmungsbedarf zwischen den Aufsichtsbehörden auf Bundes- und Landesebene im Hinblick auf jede einzelne Kasse erforderlich. Die bestehenden Probleme würden nicht gelöst, sondern im ungünstigen Fall sogar verschärft.

Diese praktischen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung nach Sachbereichen könnten auch das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG tangieren, da dem Gebot der Verwaltungszurechenbarkeit und Verwaltungsklarheit nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Ferner besteht die Gefahr einer unzulässigen Mischverwaltung. Als Mischverwaltung werden Verwaltungskooperationen bezeichnet, bei denen der Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung dadurch durchbrochen wird, dass dem Bund in den Ländern oder einem Land in einem anderen Bundesland Mitentscheidungsrechte bezüglich einer in der Kompetenz des anderen liegenden Frage eingeräumt werden.²³⁹ Dies ist unter anderem im Hinblick auf das Demokratieprinzip problematisch, da die demokratische Legitimation in einem föderal verfassten Staat grundsätzlich nur durch das Bundes- oder Landesvolk für seinen jeweiligen Bereich vermittelt werden kann. Eine Mischzuständigkeit zwischen Bundesaufsicht über landesunmittelbare Träger und Landesaufsicht über bundesunmittelbare Träger bzw. Träger, die einer anderen Landesaufsicht unterstehen, führt auch zu einem Verlust an politischer Steuerungsfähigkeit und Verantwortlichkeit.

Zudem verbliebe es auch hier bei einer aufsichtsbehördlichen Konkurrenz, da mit den verschiedenen Ländern mehrere Beteiligte mit potentiell unterschiedlichen Rechtsansichten vorhanden sind. Das Ziel einer einheitlichen Aufsichtsführung wäre nicht nur nicht erreicht. Dieses Modell wäre vielmehr nicht nur das verfassungsrechtlich problematischere,

239 Pieroth in: Jarass/ Pieroth, GG Kommentar, 10. Aufl., Art. 30, Rn. 10; Broß in: v. Münch/ Kunig, Grundgesetzkommentar, Band 3, 5. Aufl., Art. 83, Rn. 15.

sondern es würde die aktuelle Situation durch ein deutlich schlechteres Modell ersetzen.

c. Aufsichtszuständigkeit allein bei den Ländern

Bei einem Modell, welches den Bund als Akteur aus der Aufsicht herausnimmt und die Aufsichtsführung allein den Ländern überlässt, bedürfte es ebenfalls einer Verfassungsänderung, die zwar möglicherweise die Zustimmung der Länder finden könnte, allerdings aus Sicht des Bundes nicht akzeptabel sein dürfte. Allerdings wird auch durch dieses Modell das zugrundeliegende Problem nicht gelöst. Es verbleibt weiterhin bei einer Wettbewerbssituation, da mit den einzelnen die Aufsicht führenden Bundesländern mehrere Akteure vorhanden sind, die im Rahmen der Aufsicht nicht zwingend einheitlich handeln und bewerten. Eine einheitliche Aufsichtsführung ist hiermit gerade nicht gewährleistet.

d. Weitere Vorschläge

Auch die Stärkung und Erweiterung des Austausches zwischen den Aufsichtsbehörden wird im Hinblick auf eine bessere Abstimmung unter den Aufsichtsbehörden diskutiert. Bereits jetzt findet zweimal jährlich eine Aufsichtsbehördentagung statt (vgl. § 90 Abs. 4 SGB IV). Eine Frequenzerhöhung wäre möglich, erscheint aber ebenso wie ein stärkerer schriftlicher Austausch oder die Errichtung von Datenbanken lediglich im Hinblick auf einen verstärkten Informationsaustausch zielführend, würde jedoch noch keine einheitliche Aufsichtspraxis gewährleisten. Unabhängig davon setzen die Aufsichtsbehörden bereits im Rahmen der bisherigen Rechtslage verstärkt Arbeitsgruppen ein, die sich zwischen den Aufsichtsbehördentagungen vertieft mit aktuellen aufsichtsrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen, um diese anschließend einer gemeinsamen Beschlussfassung auf der nächsten Tagung zuzuführen.

Die Einführung einer obligatorischen Pflicht der Aufsichtsbehörde, bei festgestellten Rechtsverstößen einzuschreiten, würde dazu führen, dass die Beurteilung auf der Rechtsfolgende damit nicht mehr im Ermessen der jeweiligen Aufsichtsbehörde läge. Problematisch hierbei ist, dass es dem bisherigen Opportunitätsprinzip der Aufsicht – und damit der grundlegenden Dogmatik des Aufsichtsrechts – zuwider läuft, wenn de jure kein Ermessensspielraum mehr verbleibt. Auch würde das Selbst-

verwaltungsrecht der Krankenkassen massiv eingeschränkt. Auch dieser Vorschlag begegnet daher praktischen und rechtlichen Bedenken.

Zudem greift dieser Gedanke zu kurz, indem er lediglich auf der Rechtsfolgenseite ansetzt. Die praktischen Erfahrungen zeigen aber, dass eine unterschiedliche Aufsichtspraxis vielfach bereits auf der Tatbestandsebene bei der Feststellung eines Rechtsverstoßes auftritt. Gerade die rechtliche Wertung eines bestimmten Handelns oder des Inhalts einer Satzungsregelung als Rechtsverstoß wird in Streitfällen der Praxis uneinheitlich vorgenommen. Eine verbindliche Vorgabe des Handelns erst auf Rechtsfolgenseite kann daher schon vom Ansatz her keine Gleichförmigkeit des Aufsichtshandelns gewährleisten.

3. Sonderfall Einflussnahme auf Datenmeldungen zum RSA

Die aktuelle Debatte um eine unterschiedliche Aufsichtspraxis hat sich vor allem an den sogenannten Betreuungsstrukturverträgen entzündet. Diese sind heute ein Synonym für den Versuch der Krankenkassen auf die Datengrundlagen des morbiditätsorientierten RSA Einfluss zu nehmen. Auch wenn die aktuelle Diskussion es nahelegen könnte, ist dies aber nicht per se ein grundsätzliches Problem unterschiedlicher Aufsichtsführung. Vielmehr haben sich die strategischen Überlegungen sowohl bundes- als auch landesunmittelbarer Krankenkassen zur Einnahmepflicht unterhalb des Radars der Aufsichtsbehörden entwickelt und mangels entsprechender Vorlage-, Anzeige- oder Genehmigungspflichten auch die daraus resultierende Vertragsgestaltungen. Erst als die Auswirkungen dieser Verträge im Rahmen des RSA nach und nach deutlich wurden, insbesondere dass sich einzelne Krankenkassen unzulässig dauerhaft massiv finanzielle Vorteile zu Lasten aller anderen verschafft haben, wurde die Sachlage bekannt und die Aufsichtsbehörden haben sich eingeschaltet. Seit dem Jahr 2016 haben diese dann in den seitdem stattgefundenen Aufsichtsbehördentagungen und speziellen Arbeitsgruppensitzungen die Thematik umfangreich aufgearbeitet und sind zu einheitlichen rechtlichen Bewertungen gelangt. Auch in der daraus resultierenden Aufsichtspraxis haben grundsätzlich alle Aufsichtsbehörden die bekannten Fälle aufgegriffen und rechtswidriges Handeln der Krankenkassen in der Regel beendet.

Eine einheitliche Aufsicht hätte die Entstehung des Problems wahrscheinlich auch nicht verhindert, allenfalls die Aufarbeitung mangels notwendiger Abstimmungsprozesse zwischen den Aufsichtsbehörden etwas beschleunigt.

Trotz der aktuellen Diskussion, die die Thematik in das Licht der Öffentlichkeit gerückt hat, scheinen zumindest einzelne Krankenkassen erneut strategische Überlegungen anzustellen, wie auch jetzt wieder legale oder wohl auch illegale Schlupflöcher in der aktuellen Gesetzeslage genutzt werden können. Eine ethisch moralische Bewertung dieses Vorgehens in einer Solidargemeinschaft der Krankenversicherung ist nicht Gegenstand dieses Berichts, die Motivation der Krankenkasse ist aber letztlich die eigene finanzielle Ausgangslage im Wettbewerb zu verbessern.

Für einen funktionierenden Wettbewerb ist es also unabdingbar, grundsätzlich jegliche Wettbewerbsverzerrung durch eine Manipulationsresistenz des RSA auszuschließen. Hierzu muss bereits die Einflussnahme von Krankenkassen auf die Datengrundlagen des RSA ausgeschlossen werden, aber auch die vollständige Gleichbehandlung aller Krankenkassen in Bezug auf die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen von RSA-Datenmeldungen sowie möglicher Sanktionen bei Verstößen hiergegen, sichergestellt werden.

Bereits den Anreiz zu Manipulationen beispielsweise durch ein Vollmodell zu senken oder Verbesserungen durch einheitliche Kodierrichtlinien und die Zertifizierung von Praxissoftware zu erreichen, hat der Wissenschaftliche Beirat in seinem Gutachten vorgeschlagen. Dies muss aber zwingend flankiert werden durch einen deutlichen Ausbau der Kompetenzen des Bundesversicherungsamt als RSA-Durchführungsbehörde sowie durch klare Regelungen der Zusammenarbeit mit den Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder in den aktuell gegebenen föderalen Strukturen. Nur eine vollkommene Transparenz hinsichtlich der RSA-Datenmeldungen sowie eine enge Zusammenarbeit mit den Aufsichtsbehörden können entstandene oder weiter zu befürchtende Wettbewerbsverzerrungen beseitigen bzw. verhindern.

Hierzu bedarf es aber einer deutlichen Ausweitung der Prüfkompetenzen des Bundesversicherungsamt als RSA-Durchführungsbehörde. Während das Bundesversicherungsamt im Rahmen des § 273 SGB V bisher nur in

sehr eingeschränkten Maße und mit hohem Aufwand lediglich rückwirkende Korrekturen vornehmen konnte, muss es zukünftig in die Lage versetzt werden, bereits im Vorfeld rechtswidrige Datenerhebungen zu vermeiden. In diesem Zusammenhang muss dem Bundesversicherungsamt die alleinige Kompetenz obliegen, Versorgungsverträge im Hinblick auf ihre RSA-Relevanz einheitlich zu beurteilen. Die Rechtsklarheit erfordert hier klare Verfahrensregelungen für alle Beteiligten, insbesondere die weitere Ausgestaltung der Zusammenarbeit mit den Aufsichtsbehörden. Ein Ausbau der Auskunftsrechte des Bundesversicherungsamt auch gegenüber anderen am System beteiligten Institutionen, insbesondere den Organisationen der Leistungserbringer, ist unabdingbar. Auch die Leistungserbringer haben, ebenso wie die Krankenkassen, massive finanzielle Interessen in diesem System, so dass es hier zwingend einer neutralen Instanz bedarf. Eine Vielzahl von Maßnahmen ist denkbar, wodurch die RSA-Durchführungsbehörde im bestehenden föderalen Aufsichtssystem ein hohes Maß an Transparenz und Einheitlichkeit sicherstellen könnte und somit Wettbewerbsverzerrungen hinsichtlich der Zuweisungen verhindern könnten.

Fazit:

Das Bundesversicherungsamt vertritt seit vielen Jahren die Auffassung, dass die aktuell vorgesehene Aufteilung der Aufsichtszuständigkeiten über die Krankenkassen auch weiterhin zielführend und eine Neuaufteilung auch vor dem Hintergrund möglicherweise in Einzelaspekten unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen nicht zwingend erforderlich ist. Vor dem Hintergrund, dass eine tiefgreifende Wettbewerbsrelevanz gravierender Art nicht zu verifizieren ist, sieht das Bundesversicherungsamt keine zwingende Notwendigkeit dafür, ein grundsätzlich bewährtes System unter Änderung der Verfassung aufzugeben. Die zur Diskussion stehenden Reformansätze erweisen sich als nicht überzeugend und bieten - mit der Ausnahme der politisch schwer realisierbaren ausschließlichen Aufsichtsführung durch das Bundesversicherungsamt - keine Lösung für das Problem der unterschiedlichen Aufsichtspraxis, sondern führen im Fall einer funktionalen Aufteilung von Aufsichtszuständigkeiten sogar zu deutlich schlechteren Ergebnissen.

Eine Änderung der bestehenden Zuständigkeitsverteilung zur Vereinheitlichung der Bedingungen ist zudem nicht erforderlich. Durch die Errich-

tung des Bundesversicherungsamtes sollte eine Aufsicht mit zentraler Bedeutung geschaffen werden, die imstande ist, bei voller Wahrung der Rechte der Länder maßgeblich auf die anzustrebende Einheitlichkeit in der Handhabung der Aufsicht hinzuwirken²⁴⁰. Das Bundesversicherungsamt ist hierbei ein zentraler Akteur im Austausch der bundes- und landesunmittelbaren Aufsichtsbehörden und übernimmt in diesem Zusammenhang oft die Federführung bei der Auslegung des geltenden Sozialversicherungsrechts (Rundschreiben, gemeinsame Arbeitspapiere, Erarbeitung von grundsätzlichen Stellungnahmen zur Auslegung sozialversicherungsrechtlicher Gesetze u.v.m.). Kommt es dennoch - z.B. nach Gesetzesänderungen - zu divergierenden Rechtsauslegungen der Aufsichtsbehörden, tritt eine Vereinheitlichung der Aufsichtspraxis jedenfalls mit der Klärung dieser Fragen durch die Gerichte ein, was ebenfalls durch die Prozessführungen des Bundesversicherungsamtes vorangetrieben wird. Einem verstärkten Austausch unter den Aufsichtsbehörden steht das Bundesversicherungsamt wie bisher jederzeit offen gegenüber.

In diesem Zusammenhang wäre es aus Sicht des Bundesversicherungsamtes hilfreich, auf der Gesetzgebungsebene dort, wo möglich, (neue) gesetzliche Vorgaben konkreter zu fassen und soweit zu präzisieren, dass weniger Auslegungsspielräume verbleiben (Vermeidung von unbestimmten Rechtsbegriffen). Dann bliebe auch weniger Raum für eine unterschiedliche Umsetzung dieser Vorgaben und eine entsprechende unterschiedliche Aufsichtspraxis.

Wenn jedoch der Grund für die erneute Diskussion der unterschiedlichen Aufsichtspraxis hauptsächlich die Manipulationsresistenz des morbiditätsorientierten RSA betrifft, so liegt es zunächst näher, den morbiditätsorientierten RSA durch Anpassungen seiner sonstigen Rahmenbedingungen weniger anfällig für Manipulationen zu machen, z.B. durch die Einführung eines Vollmodells, von Kodierrichtlinien, durch die Zertifizierung von Praxissoftware oder verbindlicher Vorgaben zur Vertragsgestaltung. Entsprechende Nachjustierungen hinsichtlich des Vertragsbereichs hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (HHVG) bereits vorgenommen²⁴¹. Eine Änderung der Auf-

240 vgl. auch Schewe, Dieter, Die Praxis des Bundesversicherungsamtes, Bonn 1977, S. 21f.

241 § 83 S. 4 SGB V n.F.

sichtszuständigkeiten, die zudem die Änderung der Verfassung notwendig macht, ist Ausdruck einer verkürzten Sicht auf das Gesamtgeschehen. Ein denkbarer Weg zur Vereinheitlichung der RSA-relevanten Rahmenbedingungen wäre ein Ausbau der Prüf- und Sanktionskompetenzen des Bundesversicherungsamtes als RSA-Durchführungsbehörde.

IX. Unterschiede in der Prüfpraxis des Bundes und der Länder

Einheitliche Wettbewerbsbedingungen bilden die Grundlage für einen fairen Wettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen. Jedoch birgt das Nebeneinander der Zuständigkeiten des Prüfdienstes des Bundesversicherungsamtes und der Landesprüfdienste die Gefahr, dass nicht alle gesetzlichen Krankenkassen nach gleichen Maßstäben sowie mit ähnlicher Intensität und Häufigkeit in ihrem Verwaltungshandeln geprüft werden und hieraus Wettbewerbsverzerrungen erwachsen. Dies belegen auch die strukturierten Interviews, die das Bundesversicherungsamt im Rahmen dieses „Sonderberichts Wettbewerb“ mit Landesprüfdiensten, zahlreichen Krankenkassen, deren Verbänden und Arbeitsgemeinschaften geführt hat.

1. Prüfungen nach § 274 Abs. 1 SGB V, § 46 Abs. 6 SGB XI

Die Grundlage für das Tätigwerden der Prüfdienste bilden zum einen § 274 Abs.1 SGB V für die Prüfung der Krankenkassen sowie § 46 Abs. 6 SGB XI für Prüfungen der Pflegekassen. Danach haben die Prüfdienste des Bundes und der Länder mindestens alle fünf Jahre die Geschäfts-, Rechnungs- und Betriebsführung der der jeweiligen Aufsicht unterstehenden Kranken- und Pflegekassen zu prüfen. Außerdem erstreckt sich seit 2010 das Prüfrecht bzw. die -pflicht der Prüfdienste auch auf eine Prüfung der von den Krankenkassen und ihren Verbänden gebildeten Arbeitsgemeinschaften. Der gesetzliche Prüfauftrag umfasst dabei sämtliche Aktivitäten der Kranken- und Pflegekassen. Der Prüfung unterworfen sind daher sowohl die unmittelbaren Aufgaben der Versicherungsträger (Versicherung und Leistungsgewährung) als auch die mittelbaren Aufgaben (Leitung und Führung, Organisation, Perso-

nal, Daten- und Informationsverarbeitung, allgemeine Verwaltung sowie Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen).

Die von den Versicherungsträgern wahrgenommene mittelbare Staatsverwaltung erfordert eine unabhängige Prüfung. „Die Wirksamkeit des Prüfwesens, das Vertrauen der Beitragszahler und Anspruchsberechtigten und der Allgemeinheit in eine ordnungsgemäße Erledigung der Aufgaben setzen voraus, dass die Prüfeinrichtungen bei der Durchführung ihres Prüfauftrages sowohl von Aufträgen der zu prüfenden Körperschaft wie aber auch von sonstigen Einflussnahmen unabhängig sind“ (BT-Drs. 11/2493 S.42).

Aufgabe dieser Prüfungen ist neben der Kontrolle der Rechtsanwendung vor allem auch die Prävention. Die Prüfung ist daher nicht in erster Linie auf die Aufdeckung von fehlerhaften Entscheidungen oder Mängeln ausgerichtet, sondern dient auch dem rechtzeitigen Erkennen von Schwachstellen. Ziel ist es, den Versicherungsträgern rechtzeitig Fehlentwicklungen aufzeigen zu können und sie zu beraten.

Um den gestiegenen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Prüfung gerecht werden zu können, hat der Prüfdienst des Bundes bereits 2009 organisatorische Veränderungen vorgenommen und spezialisierte Fachprüfgruppen gebildet (Leistung, Pflege, Allgemeine Verwaltung, Mitgliedschaft/Beiträge, Krankenhausabrechnung, IT und Finanzen). Damit soll sowohl den umfangreichen und teilweise komplexen Rechtsfragen als auch der zunehmenden Spezialisierung insbesondere bei den Großkassen Rechnung getragen werden. Die Prüfdienste der Länder haben eine entsprechende Differenzierung schon aufgrund geringerer Personalkapazitäten nicht im gleichen Umfang umgesetzt/umsetzen können, sodass einzelne Prüferinnen und Prüfer zwangsläufig mehrere Prüfgebiete abdecken müssen.

Die Prüfdienste des Bundes und der Länder arbeiten bei den Prüfungen nach § 274 SGB V und § 46 Abs. 6 SGB XI vertrauensvoll zusammen und stimmen sich in regelmäßigen Bund-Länder-Besprechungen ab und tauschen Erkenntnisse aus. Die gemeinsamen Ansätze finden sich wieder in einem abgestimmten Prüfthemenkatalog oder auch bei gemeinsam durchgeführten Prüfungen (insbesondere bei Arbeitsgemeinschaften und

Leistungserbringern). Dennoch ist ein einheitliches Prüfniveau und eine einheitliche Prüfintensität nicht immer gewährleistet. Unterschiedliche Erfahrungen und Prüfansätze resultieren zwangsläufig aus der Größe der Prüfdienste und der Anzahl der Prüfungen sowie der Zahl der jeweils zu beratenden Träger. In vielen Ländern sind z. B. aufgrund von Fusionen von Krankenkassen die Prüfungen nach § 274 SGB V und § 46 SGB XI in den letzten Jahren stark rückläufig oder ganz entfallen. Vormalig landesunmittelbare Krankenkassen sind fusionsbedingt entweder in die Zuständigkeit anderer Länder oder in die Bundeszuständigkeit übergegangen. Bei allen Prüfdiensten ist eine ständige Abnahme der Anzahl der zu beratenden Krankenkassen zu beobachten. So gibt es z. B. vier Prüfdienste, in deren Zuständigkeit jeweils lediglich eine Krankenkasse fällt.

Aber nicht nur Größe und Organisation eines Prüfdienstes haben Auswirkungen auf den Wettbewerb, sondern auch die Prüffthemenauswahl. Da der Gesetzgeber eine 100-Prozent-Prüfung der Träger weder für erforderlich noch für praktisch umsetzbar hält, obliegt es den einzelnen Prüfungseinrichtungen in eigener Zuständigkeit Prüffthemen und Prüftiefe zu bestimmen. Im Ergebnis werden daher durch die unterschiedlichen Prüfdienste unterschiedliche Prüfungen durchgeführt, mit entsprechenden Auswirkungen auf den Wettbewerb der Träger untereinander.

2. Prüfungen nach § 252 Abs. 5 SGB V

Durch Prüfungen auf der Grundlage des § 252 Abs. 5 SGB V soll erreicht werden, dass die Krankenkassen die sog. „sonstigen Beiträge“ ordnungsgemäß festsetzen, einziehen und an den Gesundheitsfonds weiterleiten. Das Bundesministerium für Gesundheit regelt durch Rechtsverordnung die Einzelheiten der Prüfung der Beiträge nach § 252 Abs. 2 Satz 2 SGB V durch die mit der Prüfung gemäß § 274 SGB V befassten Stellen. Die Verordnung gemäß § 252 Abs. 5 SGB V (Prüfverordnung sonstige Beiträge) schreibt vor, die Prüfung nach einheitlichen Maßstäben durchzuführen. Auf der Grundlage der o.g. Vorschriften haben die Prüfungseinrichtungen einen gemeinsamen Prüfleitfaden beschlossen, der weitere Einzelheiten der Prüfungen regelt.

Ziel der in diesem Prüfleitfaden beschriebenen versicherten- und kontenbezogenen Prüfung ist es dabei, die Einnahmen des Gesundheitsfonds sicherzustellen.

Das Bundesversicherungsamt in seiner Funktion als Verwalter des Gesundheitsfonds erhält mit den Ergebnissen der Prüfung eine verlässliche Grundlage, um mögliche schuldhaftige Pflichtverletzungen der Einzugsstellen feststellen und den daraus resultierenden Schadensersatz verlässlich geltend machen zu können. Die Prüfung (Prüfzeitraum) erfolgt grundsätzlich für die (rechtlich) prüfbaren und noch nicht verjährten Haushaltsjahre. Den Prüfdiensten ist es jedoch in diesem Rahmen unbenommen, individuelle Prüfzyklen festzulegen.

Nach § 2 Abs. 2 der Prüfverordnung sonstige Beiträge legen die einzelnen Prüfungseinrichtungen nach § 274 SGB V die Kriterien für die Stichprobe und ihren Umfang fest. Das Bundesministerium für Gesundheit hat im Hinblick auf die Vermeidung einer verfassungsrechtlich unzulässigen sogenannten Mischverwaltung keine einheitliche Stichprobenfestlegung gefordert. Im Ergebnis einigten sich die Prüfdienste von Bund und Ländern auf „nur“ zwei Stichprobenmodelle, wobei beide Modelle den allgemeinen Kriterien entsprechen.

Ebenso wie bei den Prüfungen nach § 274 SGB V und § 46 SGB XI werden beim Prüfdienst des Bundes auch bei diesen Prüfungen Prüferinnen und Prüfer eingesetzt, die auf die Prüfungen nach § 252 SGB V spezialisiert sind. Bei der Erstellung des Prüfleitfadens, der Organisation der Prüfungen einschließlich der Meldungen an den Gesundheitsfonds leistete der Prüfdienst des Bundes einen wesentlichen Beitrag. Der Bund-Länder-Arbeitskreis Gesundheitsfonds tagt unter der Leitung des Prüfdienstes des Bundes, Schulungen erfolgen weitgehend durch Personal des Prüfdienstes des Bundes und auch die zur Zeit entwickelte Software zur Durchführung der Prüfungen wird im Hause des Bundesversicherungsamtes entwickelt und programmiert. Sie wird nach Fertigstellung und Testung allen Prüfdiensten zur Verfügung gestellt.

3. Prüfungen nach § 266 Abs. 7 i. V. m. § 42 RSAV im Prüffeld Versicherungszeiten/strukturierte Behandlungsprogramme/DMP und morbiditätsorientierter RSA

Der Verfahrensablauf sowie die Prüfkriterien sind bei diesen Prüfungen jeweils in einem gemeinsamen verbindlichen Prüfhandbuch geregelt.

Stichprobenmethodik und Umfang ergeben sich für alle Prüfdienste aus den Bestimmungen des Bundesversicherungsamtes. Über eine gemeinsame Hotline und gemeinsame Gremien wird auch während der Prüfung eine enge Abstimmung ermöglicht, so dass die Prüfungen bei allen Prüfdiensten weitestgehend einheitlich erfolgen. Mittels einer vom Prüfdienst des Bundes betriebenen Software wird außerdem sichergestellt, dass alle Prüferinnen und Prüfer über die gleichen Informationen verfügen und Entscheidungen schnell an alle Prüfdienste kommuniziert werden. Die Verfahrensweisen sind über gemeinsame Gremien (Bund-Länder Arbeitskreise, Arbeitskreis 274 und Bund-Länder Tagungen), ein gemeinsames Prüftool und gemeinsame Schulungen eng abgestimmt.

Fazit:

Die Aufbauorganisation einer Prüfeinrichtung ist ein wesentlicher Faktor für den Prüferfolg. Dies zeigt sich besonders deutlich bei den Prüfungen nach § 274 SGB V und § 46 SGB XI. Die vom Prüfdienst des Bundesversicherungsamtes vor einigen Jahren vorgenommene Abkehr von der Gesamtverwaltungsprüfung hin zur Prüfung einzelner Prüfgebiete (Leistung, Pflege, Allgemeine Verwaltung, Mitgliedschaft/Beiträge, Krankenhausabrechnungen, IT und Finanzen) gewährleistet einen engeren Kontakt zum Träger. Auch die Arbeit im Team mit mehreren Prüferinnen und Prüfern des gleichen Fachgebietes hat sich als vorteilhaft erwiesen. Fachwissen und Erfahrung können so intensiver ausgetauscht werden und ermöglichen so eine größere Prüftiefe. Außerdem ist auch die Organisation der Prüfung bei Störfällen (z. B. Krankheit) leichter bzw. überhaupt möglich. Angesichts knapper Personalressourcen ist dies ein wesentlicher Gesichtspunkt für eine effiziente und effektive Prüfung. Die thematische Ausgestaltung der Prüfung sowie die Prüftiefe liegen in der Zuständigkeit des jeweiligen Prüfdienstes und haben insoweit Auswirkung auf den Kas senwettbewerb.

Bei RSA-Prüfungen und Prüfungen nach § 252 SGB V erfolgen die Prüfungen in enger Abstimmung der einzelnen Prüfdienste. Dies gewährleistet eine weitestgehend gleiche Vorgehensweise aller Prüfdienste.

X. Gesamtbewertung und Vorschläge

1. Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs

Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesversicherungsamt hat in seinem aktuellen Gutachten zu den Wirkungen des morbiditätsorientierten Wettbewerbs Vorschläge zur Weiterentwicklung veröffentlicht, die nun auf dem Prüfstand stehen. Das Bundesversicherungsamt hält insbesondere den Vorschlag einer Berücksichtigung aller Krankheiten im RSA für sinnvoll, im Sondergutachten werden aber noch weitere Maßnahmen aufgezeigt, mit denen sich der RSA weiter verbessern ließe. Der RSA ist daher noch nicht am Ende der Entwicklung angelangt, weshalb die Debatte um eine Weiterentwicklung des RSA nicht abreißen wird. Dieser stellt sich das Bundesversicherungsamt als RSA Durchführungsbehörde. Eine ständige Evaluation des RSA durch den wissenschaftlichen Beirat hält das Bundesversicherungsamt für wünschenswert.

2. Kassenindividuelle Gestaltungsspielräume

a. Satzungsleistungen

Die Relevanz von Zusatzleistungen nach § 11 Abs. 6 SGB V für die Wahlentscheidung von Versicherten wird unterschiedlich bewertet. Die entsprechenden Leistungskataloge der Krankenkassen unterscheiden sich kaum und neue Satzungsleistungen werden mit einem gewissen Zeitversatz auch von den Mitbewerbern angeboten. Es gibt bisher keine Satzungsleistungen für Rehabilitation, was darauf schließen lässt, dass Krankenkassen Zusatzleistungen vor allem zur Bindung und Akquise von Versicherten mit guten Risiken anbieten.

Das Bundesversicherungsamt schlägt vor, im Gesetz präzise Vorgaben für die Leistungen zu machen, die als Zusatzleistung in den Satzungen der Krankenkassen angeboten werden dürfen und diese Möglichkeit auf evidenzbasierte Leistungen zu beschränken.

b. Selektivverträge

Selektivvertragsangebote haben nur vereinzelt einen innovativen Ansatz. Sektorübergreifende Projekte sind ebenfalls die Ausnahme. Die Krankenkassen nutzen Selektivverträge vor allem, um Ausgaben durch die Verlagerung stationärer Leistungen in die ambulante Versorgung zu sparen. Die vom Bundesversicherungsamt interviewten Krankenkassen wünschen sich weitere Gestaltungsmöglichkeiten bspw. zur Öffnung der Krankenhäuser für die ambulante Versorgung²⁴² verbunden mit einer sektorübergreifenden Bedarfsplanung.

Viele Selektivverträge verletzen die gesetzlichen Vorgaben. Zu nennen sind hier vor allem Sozialdatenverstöße, Verstöße gegen Zulassungsregelungen und die rechtswidrige Erhebung zusätzlicher Eigenanteile der Versicherten über die gesetzlichen Zuzahlungsregelungen hinaus. Um rechtswidrige Vertragsgestaltungen - insbesondere Verträge zur Einflussnahme auf die RSA relevanten Diagnosen - wirksam beseitigen zu können, schlägt das Bundesversicherungsamt die Wiedereinführung einer Anzeigepflicht von Selektivverträgen vor.

Alle Selektivvertragsangebote, einschließlich der hausarztzentrierten Versorgungsverträge, sollten entsprechend den Regelungen für Modellvorhaben evaluiert werden. Fällt die Evaluation positiv aus, sollte die Krankenkasse gesetzlich verpflichtet werden, einen Antrag beim G-BA zur Prüfung der Überführung der Leistung in die Regelversorgung zu stellen. Es sollte transparent gemacht werden, welche Selektivverträge die Krankenkassen anbieten, damit Selektivvertragsangebote die Wahlentscheidung der Versicherten beeinflussen können. Vor dem Hintergrund, dass aber die Leistungsangebote bspw. bei schwerwiegenden Erkrankungen auch Auswirkungen auf die Qualität der Versorgung haben, sollten Krankenkassen die Möglichkeit erhalten, nach einer gewissen Vertragslaufzeit den Selektivverträgen anderer Krankenkassen beizutreten.

242 Vgl. auch Brandhorst in „Kooperation und Integration – des unvollendeten Projekts des Gesundheitssystems“, 2017 S. 14 ff..

c. Wahltarife

Die Krankenkassen nutzen die gesetzliche Möglichkeit zur Entwicklung von Wahlтарifen rege. Die praktische Relevanz für die Wahlentscheidung der Versicherten wird von den Interviewpartnern unterschiedlich bewertet.

In der Genehmigungspraxis zeigt sich, dass die Evaluation der Wirtschaftlichkeit von Wahlтарifen Schwierigkeiten bereitet und unwirtschaftliche Wahlтарife nur auf Druck der Genehmigungsbehörden geschlossen werden. Die Folgen unwirtschaftlicher Wahlтарife treffen die gesamte Versicherungsgemeinschaft. Diese Regelung wird vom Bundesversicherungsamt kritisch bewertet. Da die Wirtschaftlichkeitskontrolle in effizienter Weise kaum durchführbar ist, sollte über eine Neuregelung nachgedacht werden.

Das Bundesversicherungsamt hält das Konkurrenzverhältnis zwischen gesetzlichen und privaten Krankenkassen bei dem Angebot von Wahlтарifen für unsystematisch.²⁴³ Das Einschreibeverhalten in Wahlтарife ist sehr unterschiedlich. Aufgrund der geringen Einschreibezahlen in den Wahlтарif „Kostenübernahme für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen“, sollte über dessen Abschaffung nachgedacht werden. Sozialpolitisch kritisch wird der Wahlтарif zum Selbstbehalt und zur Nichtinanspruchnahme von Leistungen bewertet. Überdacht werden sollte ferner die gesetzliche Regelung zum Wahlтарif Krankengeld. Sie haben eine geringe praktische Bedeutung und verursachen zusätzlichen Verwaltungsaufwand bei den Krankenkassen sowie einen erheblichen Prüfaufwand in der Genehmigungspraxis. Auch auf diesem Leistungsfeld treten die gesetzlichen Krankenkassen klar in den Wettbewerb mit der PKV, die gleichartige Versicherungsangebote unterbreiten.

Im Ergebnis sieht das Bundesversicherungsamt die Notwendigkeit, den Fortbestand der Wahlтарife in der GKV grundsätzlich zu überdenken.

²⁴³ vgl. hierzu auch Sondergutachten der Monopolkommission aus 2017 „Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem“, Kurzzusammenfassung K 21.

d. Bonusprogramme

Bonusprogramme werden von den allermeisten Interviewpartnern als wettbewerbsrelevant bewertet. Allerdings ist festzuhalten, dass sich der gesetzgeberische Wille, mit dem Instrument der Bonusprogramme das gesundheitsbewusste Verhalten aller Versicherten zu stärken, in der Praxis nicht erfüllt hat. Bonusprogramme werden vielmehr dazu genutzt, junge, gesunde sowie sportliche Versicherte anzusprechen und an die Krankenkasse zu binden. Zudem ist der Nutzen vieler angebotener Bonusprogramme nicht hinreichend qualitätsgesichert. Die gesetzlichen Anforderungen an die Angebote sind aus Sicht des Bundesversicherungsamtes nicht hoch genug.

Der Verwaltungsaufwand der Krankenkassen zur Prüfung der Leistungsvoraussetzungen ist erheblich. Auch sind die Regelungen zur Evaluierung der Wirtschaftlichkeit der Bonusprogramme so unbestimmt, dass es in der Praxis sehr unterschiedliche Bewertungsmodelle gibt. In Anbetracht des hohen tatsächlichen wie auch finanziellen Aufwands bei der Ermittlung der Einsparungen aus dem Bonusprogramm sollte die Einführung eines Maximalwertes für Ausgaben nach § 65a SGB V gesetzlich geregelt werden. Ein Maximalwert würde es aus Sicht des Bundesversicherungsamtes deutlich (und überprüfbar) machen, dass ein bestimmtes Finanzvolumen für die Aufgabe zuverlässig zur Verfügung steht.

In der Aufsichtspraxis stellt das Bundesversicherungsamt fest, dass Bonusprogramme häufig in der Mitgliederwerbung unzulässig eingesetzt werden, indem ein (zum Teil deutlich überhöhter) Sofortbonus als Halte- oder Wechselprämie eingesetzt wird.

Zusammenfassend schlägt das Bundesversicherungsamt vor, über den Fortbestand der gesetzlichen Regelungen zur Entwicklung von Bonusprogrammen nachzudenken.

e. Prävention

Präventionsleistungen werden von den Krankenkassen im Wettbewerb mit dem Ziel einer Akquise von gesundheitsbewussten Versicherten genutzt. Die Krankenkassen investieren noch zu wenig in langfristige

Präventionsprojekte, weil sie unter dem Zusatzbeitragsdruck eine Haushaltsjahr-betrachtung vornehmen. In der Aufsichtspraxis ist festzustellen, dass die Krankenkassen die im Präventionsgesetz vorgeschriebenen Ausgabewerte noch nicht erreichen. Das Bundesversicherungsamt schlägt vor, Krankenkassen, die zu wenig für Leistungen zur Gesundheitsförderung und Prävention in Lebenswelten sowie Betriebliche Gesundheitsförderung ausgeben dergestalt zu sanktionieren, dass die nicht verausgabten Mittel an den GKV-Spitzenverband analog zu § 20b Abs. 4 SGB V abzuführen sind. Die in § 20 Abs. 6 S. 3 SGB V normierte Pflicht, in diesem Fall die nicht verausgabten Mittel im folgenden Haushaltsjahr zusätzlich zu verausgaben, hat sich nicht bewährt. Die Krankenkassen schieben derzeit erhebliche Haushaltsmittel wie eine Bugwelle vor sich her, die sie im Folgejahr zusätzlich ausgeben müssten. Es ist aber nicht damit zu rechnen, dass die Krankenkassen dieser Pflicht nachkommen (können).

f. Zusammenarbeit gesetzlicher Krankenkassen mit privaten Versicherungsunternehmen

Aus Sicht des Bundesversicherungsamtes ist es für die Versicherten von Vorteil, wenn auch die gesetzlichen Krankenkassen über die Möglichkeiten einer privaten Absicherung von Leistungslücken aufklären. In der Aufsichtspraxis ist aber festzustellen, dass die Krankenkassen diese Kooperationsmöglichkeit mit privaten Versicherungsunternehmen dazu nutzen, konkrete Absatzförderung für private Versicherungsunternehmen zu betreiben. Im Gegenzug erhalten gesetzliche Krankenkassen oftmals zur Entlastung ihres Haushaltes Finanzmittel von privaten Versicherungsunternehmen, bspw. zur Bewerbung des Kooperationsangebots.

Um eine wettbewerbswidrige Zusammenarbeit im Sinne einer Absatzförderung zu verhindern, schlägt das Bundesversicherungsamt eine Konkretisierung der Vorschrift § 194 Abs. 1a SGB V vor, die die Grenzen der Zusammenarbeit deutlicher formuliert.

3. Zusammenarbeit der Träger untereinander

Auf der einen Seite hat sich die Zusammenarbeit der Krankenkassen vor allem innerhalb der Kassenartensysteme verstärkt. Eine noch engere auch kassenartenübergreifende Zusammenarbeit bei der Entwicklung regionaler Versorgungskonzepte wäre wünschenswert und könnte durch eine Verpflichtung zur Entwicklung selektivvertraglicher Angebote noch unterstützt werden.

Auf der anderen Seite ist eine Verschärfung vor allem des kassenartenübergreifenden Wettbewerbs unter den Krankenkassen festzustellen. Die Krankenkassen sind sich nicht immer ihrer gemeinsamen Verantwortung für die Solidargemeinschaft bewusst und verhalten sich oft wettbewerbswidrig. Im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes gegen diese Entwicklung spricht sich das Bundesversicherungsamt für eine gesetzliche Regelung zur direkten Anwendbarkeit des UWG und für die Kodifizierung der Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder aus.

Es bedarf einer gesetzlichen Klarstellung zur Umsatzsteuerfreiheit von Arbeitsgemeinschaften, um Kooperationen unter den Krankenkassen zu fördern. Das Bundesversicherungsamt spricht sich ferner für eine gesetzliche Klarstellung aus, dass Arbeitsgemeinschaften nicht in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft gegründet werden können.

Ob der Haftungsverbund der Krankenkassenarten aufgelöst werden sollte, bedarf einer tiefgehenden Diskussion. Einerseits ist dieser ein Treiber der Wettbewerbsdiskussion, andererseits ist die Rolle der Haftungsprävention für die Stabilität des Gesamtsystems nicht zu unterschätzen.

4. Zusammenarbeit der Träger mit Leistungserbringern und Dienstleistern

Der Druck der Krankenkassen, bei ihren Vertragsverhandlungen mit Leistungserbringern Leistungsausgaben zu sparen, wächst. Die Krankenkassen beachten in der Umsetzung des HHVG nicht in ausreichendem Maße das gesetzgeberische Ziel einer Steigerung der Qualität in der Hilfsmittelversorgung. Insgesamt verstärken sich die Konflikte zwischen

Krankenkassen und Leistungserbringern. Daher sollte für alle Vertragsmodelle des SGB V zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern ein Schiedsverfahren zur zeitnahen Lösung von Konflikten geregelt werden. Ferner schlägt das Bundesversicherungsamt vor, bei allen Vertragstypen im 4. Kapitel des SGB V die aufschiebende Wirkung von Widersprüchen und Klagen gegen die Einsetzung von Schiedspersonen auszuschließen. Das Bundesversicherungsamt spricht sich darüber hinaus für die Regelung effektiver Aufsichtsmittel analog der Vorschrift § 71 Abs. 6 SGB V aus.

Es besteht ein Spannungsfeld zwischen dem Vergaberecht und dem Sozialrecht, welches durch gesetzliche Klarstellungen im SGB V aufgelöst werden sollte.

Das Bundesversicherungsamt unterstützt den Vorschlag der Patientenbeauftragten und der Verbraucherzentrale NRW, den Versicherten einen direkten Zugang zum MDK einzuräumen, um insbesondere die Qualität in der Hilfsmittelversorgung zu verbessern.

Die Krankenkassen überschreiten teilweise ihre Kompetenzen bei der Ausgliederung von Aufgaben auf externe Dienstleister. Der Sozialdatenschutz wird bei diesen Aufgabenausgliederungen nicht immer beachtet. Medizinische Beratungsleistungen von privaten Dienstleistern verstoßen zum Teil gegen den Arztvorbehalt und Zulassungsbeschränkungen.

5. Verhältnis zwischen Krankenkassen und Versicherten

Die Kommunikation zwischen Krankenkassen und Versicherten hat sich nachhaltig verändert. Positiv bewertet das Bundesversicherungsamt den Aufbau digitaler Kommunikationswege, die Ausweitung der telefonischen Erreichbarkeit und den Ausbau von telefonischen Beratungsleistungen. Allerdings steigt mit diesem Wandel in der Kommunikation die Gefahr von Risikoselektion. Das Bundesversicherungsamt beobachtet das Verwaltungshandeln der Krankenkassen und besteht auf Beachtung des Verwaltungsverfahrensrechts. Auch wird der Vorschlag der Patientenbeauftragten begrüßt, die Widerspruchszahlen der Krankenkassen zu veröffentlichen.

6. Aufsichtszuständigkeit zwischen Bund und den Ländern

Das Bundesversicherungsamt ist der Auffassung, dass die aktuell vorgesehene Aufteilung der Aufsichtszuständigkeiten über die Krankenkassen auch weiterhin zielführend und eine Neuaufteilung auch bei möglicherweise in Einzelaspekten unterschiedlicher rechtlicher Bewertungen nicht zwingend erforderlich ist. Vor dem Hintergrund, dass eine tiefgreifende Wettbewerbsrelevanz gravierender Art nicht zu erkennen ist, sieht das Bundesversicherungsamt nicht die Notwendigkeit, ein grundsätzlich bewährtes System unter Änderung der Verfassung aufzugeben. Die zur Diskussion stehenden Reformansätze erweisen sich als nicht überzeugend und bieten - mit der Ausnahme der politisch schwer realisierbaren ausschließlichen Aufsichtsführung durch das Bundesversicherungsamt - keine Lösung für das Problem der unterschiedlichen Aufsichtspraxis, sondern führen im Fall einer funktionalen Aufteilung von Aufsichtszuständigkeiten sogar zu deutlich schlechteren Ergebnissen.

Die aktuelle Diskussion zu einer unterschiedlichen Aufsichtspraxis hat sich hauptsächlich an der nicht ausreichenden Manipulationsresistenz des morbiditätsorientierten RSA entzündet. Daher liegt es zunächst näher, den morbiditätsorientierten RSA durch Anpassungen seiner sonstigen Rahmenbedingungen weniger anfällig für Manipulationen zu machen. Eine Änderung der Aufsichtszuständigkeiten wäre Ausdruck einer verkürzten Sicht auf das Gesamtgeschehen. Ein denkbarer Weg zur Vereinheitlichung der RSA-relevanten Rahmenbedingungen wäre ein Ausbau der Prüf- und Sanktionskompetenzen des Bundesversicherungsamtes als RSA-Durchführungsbehörde.

Manipulationsversuchen kann auch durch die Wiedereinführung einer Anzeigepflicht für Selektivverträge und konsequente Prüfungen nach § 273 SGB V bei allen landes- und bundesunmittelbaren Krankenkassen begegnet werden. Auch die Einführung einer Pflicht zur Veröffentlichung von Selektivverträgen auf den Internetseiten der Krankenkassen und der Vertragspartner auf Leistungserbringerseite wäre geeignet, Transparenz über die Verträge zu erhalten. Auch aktuell setzt sich das Bundesversicherungsamt mit Landesaufsichtsbehörden ins Benehmen, wenn es Kenntnis von rechtswidrigen Vertragsgestaltungen bei landesunmittel-

baren Krankenkassen erhält. Entgegen dem Eindruck der Öffentlichkeit gelingt es zumeist, im Dialog mit den Landesaufsichtsbehörden ein einheitliches Aufsichtshandeln zu erreichen.

7. Prüfdienst des Bundes und der Länder

Durch eine enge Zusammenarbeit der Prüfdienste des Bundes und der Länder in Bund-Länder-Tagungen und insbesondere den Arbeitskreisen wird eine möglichst einheitliche rechtliche Bewertung durch die Prüferinnen und Prüfer aller Prüfdienste gewährleistet. Ein völliger Gleichklang wird aber bereits deshalb nicht erreicht werden können, weil die Prüfdienste unterschiedlich hoch spezialisiert und personell ausgestattet sind.

D. Ausblick

Die wettbewerbliche Ausgestaltung des GKV Systems hat sich nach Einschätzung aller Experten im Gesundheitswesen im Wesentlichen bewährt, verkrustete Verwaltungsstrukturen aufgebrochen und Wirtschaftlichkeitsreserven gehoben. Der RSA stellt zwar eine notwendige Bedingung für einen zielorientierten Wettbewerb dar, reicht als ordnungspolitische Grundlage aber bei weitem nicht aus. Es gibt zahlreiche wettbewerbliche Einflussfaktoren, die nicht auf die Risikostrukturen der Krankenkassen zurückzuführen sind.

Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Debatte um den RSA, Reformvorschläge, die von den Krankenkassen geäußert werden, häufig interessengeleitet sind und vom jeweils konkurrierenden Lager kritisch gesehen werden.

Es ist aber Aufgabe aller Akteure im Gesundheitswesen den Mittelpunkt ihrer Bemühungen nicht aus den Augen zu verlieren – die Versicherten. Die Krankenkassen müssen sich ihrer Verantwortung für die Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des Gesamtsystems bewusster werden und in diesem Interesse konstruktiv auf politischer Ebene und im Versorgungsgeschehen vor Ort zusammenarbeiten. Bei allem Streben nach einer wirtschaftlichen Versorgung darf die Qualität der Versorgung nicht aus dem Blick geraten.

Unlautere Wettbewerbsstrategien zur Gewinnung und Bindung gesunder Versicherter verstoßen gegen das Solidaritätsprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Es ist Aufgabe der Aufsichts- und Prüfbehörden des Bundes und der Länder, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Krankenkassen zu unterbinden. Hierfür benötigen sie ausreichende Personal- und Sachmittel sowie effiziente Aufsichtsmittel.

Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze
der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung
vom 19. März 1998
– geändert am 9. November 2006 –

in der Fassung vom 11. November 2015 (Wettbewerbsgrundsätze 2016)

Wettbewerb in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) hat eine der Gesundheitsversorgung der Versicherten dienende Funktion. Durch Wettbewerb sollen die Leistungen und ihre Qualität verbessert sowie Wirtschaftlichkeit und Effizienz der Versorgung und ihrer Strukturen erzielt werden.

Um die Rechtmäßigkeit des wettbewerblichen Handelns der Krankenkassen gleichmäßig sicherzustellen, haben sich die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder am 19. März 1998 darauf verständigt, ihre Aufsichtspraxis an konkretisierten gemeinsamen Maßstäben („Wettbewerbsgrundsätzen“) auszurichten.

Die zuletzt am 9. November 2006 geänderten Grundsätze treffen mittlerweile auf geänderte gesetzliche Rahmenbedingungen; das Wettbewerbsverhalten hat neue Formen angenommen. Daher haben sich die Aufsichtsbehörden unter Berücksichtigung ihrer regelmäßig ausgetauschten Erfahrungen (§ 90 Abs. 4 SGB IV) auf die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze 2016“ neu verständigt.

I. Ausgangslage

In der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte, Versicherungspflichtige oder Versicherungsberechtigte können frei wählen, welcher Krankenkasse sie angehören wollen. Dies führt zu einem verstärkten Wettbewerb der Krankenkassen um Mitglieder. (1)

Der Wettbewerb der Krankenkassen ist jedoch nicht auf die Mitgliedergewinnung beschränkt. Wettbewerbsfelder der Krankenkassen sind insbesondere der (Zusatz-) Beitragssatz- und der Servicewettbewerb sowie der Vertragswettbewerb und der Wettbewerb um innovative Versorgungsformen und (Zusatz-) Leistungen innerhalb des gesetzlich eröffneten Rahmens. Maßnahmen, die der Risikoselektion dienen oder diese fördern, sind unzulässig. (2)

Möglichkeiten zur Gestaltung und mithin wettbewerbliche Auswirkungen ergeben sich auf dem Gebiet der allgemeinen Aufklärung (§ 13 SGB I), auf dem Gebiet der Verträge (v.a. besondere Versorgung nach § 140a SGB V), der Modellvorhaben (§ 20g, §§ 63 - 65 SGB V), der Bonusregelung für gesundheitsbewusstes Verhalten

(§ 65a SGB V), der strukturierten Behandlungsprogramme bei chronischen Krankheiten (§ 137f SGB V) sowie durch Satzungsmehrleistungen. (3)

Den Krankenkassen steht einerseits grundsätzlich die Möglichkeit offen, sich und ihre Aktivitäten den potentiellen Versicherten darzustellen. Dabei haben sie die allgemeinen Wertungsmaßstäbe der §§ 1, 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu beachten, d.h. die Werbung der Krankenkassen darf nicht unlauter sein. (4)

Im Verhältnis zu ihren Versicherten (Verbrauchern) ist das Verhalten der Krankenkassen unmittelbar am UWG zu messen, soweit dieses die Richtlinie 2005/29/EG (UGP-RL) über unlautere Geschäftspraktiken umsetzt. (4a)

Im Verhältnis zu den Versicherten ist das UWG überdies für solche Beschränkungen geschäftlicher Handlungen heranzuziehen, die nicht auf der Umsetzung der UGP-RL beruhen oder die der Umsetzung anderen EU-Sekundärrechts dienen (z.B. der Datenschutz-RL 2002/58/EG für elektronische Kommunikation). Dies gilt vor allem für die Bestimmungen zum Schutz vor unverlangt auf elektronischem Weg zugesandter Werbung und vor unerbetenen telefonischen Anrufen (§ 7 UWG; s. Rz. 12, 26). (4b)

Gleichzeitig sind die Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung im Wettbewerb untereinander besonderen Bedingungen unterworfen, die über jene des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb hinausgehen, da ihre Ausgaben durch Beiträge der Versicherten und Arbeitgeber finanziert werden, sie gesetzlich zu sparsamer und wirtschaftlicher Mittelverwendung verpflichtet sind, ihr Wettbewerb ihrem sozialen Auftrag angemessen sein muss. (5)

Die wettbewerblichen Aktivitäten der Krankenkassen, ihrer Verbände und Arbeitsgemeinschaften haben sich daher nach folgenden Grundsätzen zu richten: (6)

II. Allgemeine Werbemaßnahmen

1. Definition

Maßnahmen, die auf Gewinnen und Halten von Mitgliedern gerichtet sind und die weder der Leistungserbringung noch der allgemeinen Aufklärung dienen, sind allgemeine Werbemaßnahmen. (7)

Ausgaben für Aufwandsentschädigungen an Laienwerber (Rz. 35) für die Mitgliedererwerbung zählen zu allgemeinen Werbemaßnahmen. (7a)

Ausgaben und Unterstützungsleistungen für Sportvereine und -veranstaltungen zählen ebenfalls zu den allgemeinen Werbemaßnahmen, soweit es sich nicht um Präventionsmaßnahmen handelt. (7b)

2. Inhalt und Art

Die Werbung kann die Besonderheiten der Versicherung bei der Krankenkasse herausstellen. Es ist jedoch darauf zu achten, dass nur durch eine sachliche Darstellung der eigenen Besonderheiten aufgeklärt wird. (8)

Vergleiche von Beiträgen oder Leistungen sind zulässig, sofern sie nicht in unlauterer Weise erfolgen, d.h. insbesondere nicht irreführend, herabsetzend oder verunglimpfend sind. Werden ausschließlich Beiträge verglichen, ist über Leistungsunterschiede aufzuklären. (9)

Negative Behauptungen über andere Krankenkassen sind zu unterlassen. Dies sind insbesondere negative Bemerkungen oder Vergleiche, die geeignet sind, die Verhältnisse bei anderen Kassen diskriminierend oder diffamierend darzustellen. (10)

(unbesetzt) (11)

Die Werbemaßnahmen dürfen keinen belästigenden Charakter haben (s. auch Rz. 4 bis 4c); Werbeanrufe (auch so genannte Rückhol- und Haltegespräche) ohne vorherige Einwilligung des Angerufenen und Anrufe mit unterdrückter Rufnummer sind unzulässig (s. auch Rz. 25). (12)

Hausbesuche bei potentiellen oder zu haltenden Mitgliedern sind zulässig, sofern sie vorher vereinbart oder - unter Terminennung - schriftlich angekündigt werden. (13)

3. Mittel und Ausgaben

Als Mittel allgemeiner Werbemaßnahmen kommen grundsätzlich alle zur Verfügung stehenden Medien in Betracht. (14)

Folgende Einschränkungen sind jedoch zu beachten:

- (unbesetzt) (15)
- Die Werbung hat in einer Form zu erfolgen, die einer öffentlich-rechtlichen Institution angemessen ist. (16)
- Bei den Ausgaben für allgemeine Werbemaßnahmen ist das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. In der Regel ist dieser Grundsatz gewahrt, solange die jährlichen Ausgaben der einzelnen Krankenkasse für allgemeine Werbemaßnahmen – einschließlich der entsprechend auszuweisenden Verbandsbeitragsanteile – 0,15 % der monatlichen Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV je Mitglied nicht überschreiten. Ausgaben für Aufwandsentschädigungen sind als allgemeine Werbemaßnahmen bei der Berechnung des Ausgabenbudgets für Werbemaßnahmen zu berücksichtigen. Davon ausgenommen sind Aufwandsentschädigungen für extern gewerblich vermittelnde Dritte (vgl. Rz. 35a). (17)
- Das Verteilen von Werbegeschenken ist in angemessenem Rahmen zulässig. Als angemessene Richtgröße wird insoweit ein Wert von rund 0,2 % der monatlichen Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV angesehen. (18)
- Werbegeschenke müssen als Zuwendung der Krankenkasse erkennbar sein. Die Krankenkasse darf die Auslobung, Gewährung und Ausschüttung von Werbegeschenken nicht Dienstleistern übertragen, die zugleich mit der Mitgliederwerbung betraut sind. Im Übrigen gilt Rz. 35b. (18a)
- Preisausschreiben dürfen der Erfüllung des Aufgabenzwecks der gesetzlichen Krankenversicherung nicht entgegenstehen; die ausgelobten Preise müssen sich im Rahmen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit halten. Im Fall einer Drittfinanzierung von Gewinnspielen der Krankenkassen haben die Krankenkassen den Sponsor zu benennen. Sie müssen hierbei dem besonderen Status der gesetzlichen Krankversicherungsträger als Körperschaften des öffent-

lichen Rechts Rechnung tragen und dürfen nicht augenfällig (unter Einsatz ihrer Autorität als Krankenkasse) als Werbeträger für den Sponsor in Erscheinung treten. Diesen Grundsätzen widerspricht es beispielsweise, wenn der privat-wirtschaftliche Kooperationspartner einer Krankenkasse deren Versicherten kassenfremde Rabatte (ohne Gesundheitsbezug) gewährt und die Krankenkasse dieses besondere Angebot bewirbt. (19)

- Sach- und Dienstleistungen, die Krankenkassen zur Unterstützung ihrer Werbemaßnahmen erhalten, sind zu marktüblichen Preisen zu vergüten (Rz. 19 bleibt unberührt). Profitieren Krankenkassen von den zugleich in Angelegenheit ihres Kooperationspartners betriebenen Maßnahmen (z.B. gemeinsamer Postversand im Wege der Mitversendung von Werbebriefen), ist der damit verbundene Vorteil (anteilig) zu vergüten. Der der Vergütung entsprechende finanzielle Aufwand ist Bestandteil der budgetierten Ausgaben für allgemeine Werbemaßnahmen (Rz. 17). (19a)
- Prämien, die nur bei entsprechenden Erfolgen an den Sportverband/ Verein ausbezahlt werden, sind zulässig, wenn damit die Berechtigung des Verbandes/ der Krankenkasse verbunden ist, allgemeine Werbemaßnahmen (Trikotwerbung, Banden- und Fußbodenwerbung) auf dieser prämierten Veranstaltung durchzuführen. (19b)

III. Aufklärung (§ 13 SGB I) und Beratung (§ 14 SGB I) in Abgrenzung zu Werbemaßnahmen

Die Krankenkassen sind verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Bevölkerung über Rechte und Pflichten nach dem Sozialgesetzbuch aufzuklären (vgl. 20 § 13 SGB I). (20)

Zu fördern sind Maßnahmen, mit denen mehr Menschen in die Lage versetzt werden, Rechte und Pflichten aus dem Sozialgesetzbuch zu erkennen und wahrzunehmen. Den Krankenkassen ist es daher z.B. gestattet, über Mitgliedschafts- und Versicherungsrechte, Beitragspflichten und Zugangsmöglichkeiten zur Versicherung zu informieren. Die ausführliche Darstellung von Rechten und Pflichten aus anderen Sozialleistungsbereichen ist statthaft, soweit Schnittstellen mit der Krankenversicherung bestehen; die Verpflichtung zu weitergehenden Auskünften an den einzelnen Bürger nach § 15 SGB I bleibt unberührt. (21)

Aufklärung und Beratung haben andere Inhalte, unterliegen anderen Bedingungen und Maßstäben als Werbemaßnahmen. Sie sind daher von ihnen zu unterscheiden. Aufklärungsmaßnahmen können daher allenfalls als Nebeneffekt auch Werbecharakter für die Krankenkassen haben. Im Vordergrund muss jedoch eindeutig die Vermittlung einer Sachinformation stehen. (22)

IV. Datenschutz/ Medieneinsatz

Bei allen Werbeaktivitäten haben die Krankenkassen die für sie jeweils geltenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen strikt einzuhalten. (23)

Dies gilt auch bei Einschaltung Dritter. Im Falle der Auftragsdatenverarbeitung bleiben die Krankenkassen unmittelbar verantwortlich. Erfolgt die Aufgabenerledigung bzw. -durchführung durch Dritte, sind sie für die Auswahl eines zuverlässigen Dienstleisters sowie die (Organisations-) Kontrolle über diesen verantwortlich. Die Einschaltung Dritter ist nach den maßgeblichen Vorschriften in jedem Falle der Aufsichtsbehörde anzuzeigen. (24)

Werbung mit einem Telefonanruf ohne die gesonderte vorherige ausdrückliche Einwilligung des Versicherten bzw. des potentiell Interessierten ist unzulässig (Rz. 4b, 12; § 7 Abs. 2 UWG); die Einholung der Einwilligung zu Beginn des Telefonats ist ebenfalls unzulässig. Dies gilt insbesondere auch für die Teilnahme im Rahmen von Selektivverträgen sowie bei der Vermittlung privater Zusatzversicherungen. In gleicher Weise unzulässig ist es, unverlangt auf elektronischem Wege Werbung zuzusenden. (25)

Auch wenn eine Werbung per E-Mail, SMS oder Fax erfolgen soll, ist die Einwilligung dazu jeweils mittels einer gesonderten Erklärung zu erteilen („Opt-in Erklärung“). (26)

(unbesetzt) [27]

(unbesetzt) [28]

V. Werbung und (Zusatz-) Beitrag / Beitragssatz

Mit Aussagen über den Verzicht auf die Erhebung eines Zusatzbeitrages oder über den Verzicht auf die Erhöhung des Zusatzbeitragssatzes darf nur für das laufende

oder – soweit absehbar – das darauf folgende Haushaltsjahr geworben werden. Aussagen über den (Zusatz-) Beitrag bzw. Beitragssatz dürfen nicht irreführend sein. Dies gilt vor allem für die Herausstellung oder Erwähnung des (Zusatz-) Beitrags bzw. Beitragssatzes im Zusammenhang mit der Herausstellung oder Erwähnung von Versorgungs- und Serviceleistungen. Aussagen die dazu geeignet sind, irrige Vorstellungen über das Verhältnis von allgemeinem Beitragssatz und Zusatzbeitragssatz und das Verhältnis von Pflicht- und Zusatzleistungen hervorzurufen, sind unzulässig und daher zu unterlassen. (29)

Soweit Krankenkassen gesetzlich verpflichtet sind, ihre Mitglieder mit einem gesonderten Schreiben auf Sonderkündigungs- und Wechselrechte hinzuweisen, ist der Hinweis schriftlich an jedes einzelne Mitglied zu richten. Den Anforderungen an ein gesondertes Schreiben entspricht es nicht, eine individualisierte schriftliche Information anderen Medien (etwa der Mitgliederzeitschrift) beizulegen (z.B. als „Einlieger“ oder innen angeheftetes Schreiben). Der Hinweis muss eindeutig, vollständig und verständlich sowie klar erkennbar sein. Er soll nicht mit Werbeaussagen verbunden werden; soweit ausnahmsweise gleichwohl eine Verbindung erfolgt, ist der Hinweis klar von Werbeaussagen abzugrenzen und muss erkennbar den wesentlichen Bestandteil des Schreibens ausmachen; er darf nicht in kleinerer Schriftgröße verfasst sein. (30)

Krankenkassen dürfen Mitgliedern, die von ihrem Sonderkündigungsrecht in Ansehung der Erhebung oder Erhöhung des Zusatzbeitrags oder -beitragssatzes Gebrauch machen wollen, keine Geldprämien für den Fall anbieten, dass sie von einem Krankenkassenwechsel Abstand nehmen; eine solche Koppelung von „Halteprämien“ und Zusatzbeiträgen bzw. Beitragssätzen ist unzulässig. (31)

VI. Leistungsgewährung und Beitragseinstufung

Den Krankenkassen ist es auch aus Wettbewerbsgründen nicht gestattet, Leistungen zu gewähren oder Beitragseinstufungen vorzunehmen, die nicht dem gesetzlichen Rahmen oder der gesetzlichen Ermächtigung für satzungsgemäße Regelungen entsprechen. (32)

VII. Verhalten der Krankenkassen im Rahmen der Mitgliederwerbung

Im Rahmen der Mitgliederwerbung ist insbesondere Folgendes zu beachten:

1. Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Laienwerbern

Mitarbeitern der Krankenkassen, die hauptamtlich Mitglieder zu werben haben, darf kein über die Dienstbezüge/Vergütung sowie die Reisekostenvergütung hinausgehendes Entgelt gezahlt werden. Die jeweils geltenden dienst- und tarifrechtlichen Regelungen über Mehrarbeit/Überstunden bleiben unberührt. (33)

Mitarbeitern, die im Rahmen einer Nebentätigkeit außerhalb der Dienst- oder Arbeitszeit Mitglieder werben, darf zusätzlich zu etwaigen Reisekostenvergütungen eine Aufwandsentschädigung gewährt werden, die 0,7 % der monatlichen Bezugsgröße (§ 18 SGB IV) je aufgenommenes Mitglied, aufgerundet auf einen vollen durch fünf teilbaren Eurobetrag, nicht überschreitet. (34)

Die vorgenannten Beträge sind Höchstbeträge; darüber hinausgehende Zahlungen (z.B. Reise- und Verwaltungskostenpauschalen, Betreuungsprämien, Bestandspflegevergütungen o.ä.) dürfen nicht gewährt werden. (34a)

Eine entsprechende Aufwandsentschädigung (Rz. 34, 34a) kann auch Versicherten oder nicht gewerblich tätigen Dritten gewährt werden, die neue Mitglieder werben (Laienwerber). Auch Versichertenälteste und Betreuungsbeauftragte (Betriebsmitarbeiter, die für die jeweilige Krankenkasse als Ansprechpartner zur Verfügung stehen), die Mitgliederwerbung betreiben, sind Laienwerber. Laienwerbern darf neben der Aufwandsentschädigung keine zusätzliche Reisekostenvergütung gezahlt werden. (35)

2. Gewerblich vermittelnd tätige Dritte

Mitglieder dürfen auch durch externe gewerblich vermittelnd tätige Dritte (Finanzdienstleister) angeworben werden. Die gezahlte Aufwandsentschädigung darf 3 % der monatlichen Bezugsgröße je aufgenommenes Mitglied nicht überschreiten. Als Aufwandsentschädigung gilt auch der Vorteil, den PKV- Unternehmen, die für eine Krankenkasse kostenlos Mitglieder werben, dadurch erzielen, dass die Krankenkasse ihrerseits private Zusatzversicherungen für dieses PKV-Unternehmen vermittelt (Rz. 45 c), ohne dass dies vergütet wird. (35a)

Die Grenzbeträge für die Aufwandsentschädigung sind Höchstgrenzen. Darüber hinausgehende Zahlungen (z.B. Reise- und Verwaltungskostenpauschalen, Betreuungsprämien, Bestandspflegevergütungen o.ä.) dürfen nicht gewährt werden. (35b)

Externe gewerbliche Dritte im vorgenannten Sinne sind ausschließlich Finanz-

dienstleister und gewerbliche Vermittler, die über eine gewerberechtliche Erlaubnis zur Vermittlungstätigkeit verfügen. Im Übrigen gelten die Grundsätze zur Beauftragung Dritter (Rz. 45 ff.). (35c)

Werden extern gewerblich vermittelnd tätige Dritte im Auftrag der beworbenen Krankenkasse tätig, darf die Krankenkasse eine Aufwandspauschale nur zahlen, wenn die Wettbewerbsgrundsätze in Anbetracht des Tätigwerdens des Dritten eingehalten werden. Die Regelungen zur Beauftragung (Rz. 45 ff.) gelten entsprechend. (35d)

3. Verhalten der Krankenkassen untereinander

Die Krankenkassen können auf die Möglichkeit einer Kündigung bzw. eines Austritts sowie auf die bei einer Kündigung bzw. einem Austritt aus einer anderen Krankenkasse einzuhaltende Frist und Form hinweisen. (36)

Kündigungshilfen, die nach den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb rechtswidrig sind, sind zu unterlassen. (37)

Eine solche unzulässige Kündigungshilfe liegt insbesondere vor, wenn die Kasse das zu werbende Mitglied irreführt, überrumpelt oder sonst unangemessen unsachlich in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. (38)

(unbesetzt) (39)

Die Krankenkassen dürfen sich nicht zur Abgabe von Kündigungserklärungen bevollmächtigen lassen. (40)

4. Inanspruchnahme der Autorität Dritter

Die Autorität Dritter (Unternehmen, Behörden etc.) darf nicht zur Werbung eingesetzt werden. Damit soll sichergestellt werden, dass durch Dritte kein unzulässiger Druck auf potentielle Mitglieder bei der Kassenwahl ausgeübt wird. (41)

Unzulässiger Einsatz der Autorität Dritter liegt dann vor, wenn damit zugunsten einer bestimmten Krankenkasse missbräuchlich oder täuschend Einfluss genommen und insbesondere die freie Kassenwahl unterlaufen wird. Dagegen ist die Inanspruchnahme der Kompetenz Dritter zulässig, falls das potentielle Mitglied einen Informationsbedarf besitzt, den der Dritte sachlich korrekt und neutral befriedigen kann. (42)

(unbesetzt) (43)

(unbesetzt) (44)

5. Beauftragung Dritter

Die Wettbewerbsgrundsätze sind unabhängig davon zu beachten, ob die Werbe- und Aufklärungsmaßnahmen unmittelbar durch die Krankenkassen durchgeführt werden oder ob die Kassen mit diesen Maßnahmen Dritte beauftragen. Ehrenamtlich tätige Versicherte gelten nicht als Dritte. Der Einsatz von Werbekolonnen ist nicht gestattet.

Die Auftragnehmer sind vertraglich zur Einhaltung dieser Wettbewerbsgrundsätze zu verpflichten. Die Einhaltung dieser Verpflichtung haben die Kassen zu überwachen. Für den Fall des Zuwiderhandelns durch die beauftragten Dritten haben sich die Kassen das Recht zur sofortigen Kündigung vertraglich vorzubehalten. (45)

Krankenkassen dürfen nicht mit Auftragnehmern zusammenarbeiten, die (Wechsel-) Prämien für das Neumitglied ausloben oder andere geldwerte Vorteile (Gutscheine o.ä.) oder „Werbegeschenke“ (Rz. 18, 18a) gewähren. Dies gilt unabhängig von der Höhe der Aufwandsentschädigung für den Beauftragten; die Weitergabe der Aufwandsentschädigung oder eines Teiles an die Neumitglieder in Form von Prämien, „Werbegeschenken“ oder sonstiger geldwerter Vorteile ist unzulässig. (45a)

So genannte Zielgruppenvereinbarungen für die Werbung neuer Mitglieder verstoßen gegen geltendes Recht; sie sind unzulässig. (45b)

VIII. Kooperation mit privaten Krankenversicherungen

§ 194 Abs. 1a SGB V erlaubt die Kooperation mit privaten Krankenversicherungsunternehmen (PKV- Unternehmen), damit die bereits bei der Krankenkasse Versicherten Zusatzversicherungen über ihre Kasse abschließen können. Krankenkassen dürfen ihren Versicherten nur solche Zusatzversicherungen vermitteln, welche die Versorgung mit Gesundheitsleistungen der GKV ergänzen. (45c)

Die Krankenkassen dürfen nicht den Eindruck erwecken, die Versorgung mit Leistungen der privaten Krankenversicherung sei eine Leistung der Krankenkasse. Der PKV-Kooperationspartner (private Zusatzversicherer) ist nach außen darzustel-

len. Die Krankenkassen dürfen die Zusatzversicherung nicht als eigene Leistung oder als gemeinsame Leistung oder gemeinsames Produkt von Krankenkasse und PKV-Unternehmen bewerben. Das Handeln und der Verantwortungsbereich der Krankenkasse müssen vom Handeln und dem Verantwortungsbereich des PKV-Unternehmens stets abgegrenzt und dies nach außen mit Unterscheidungskraft dargestellt werden. (45d)

IX. Buchung

Die Krankenkassen haben sicherzustellen, dass Werbemaßnahmen und Aufklärungsaktivitäten buchungsmäßig voneinander abgegrenzt und den Bestimmungen des Kontenrahmens entsprechend verbucht werden. (46)

Portokosten sowie Kosten für andere Kommunikationsformen im Rahmen der Werbung sind als Sachkosten der Werbung zu buchen. (47)

(unbesetzt) [48]

(unbesetzt) [49]

X. Anwendung der Wettbewerbsgrundsätze

Bei Verstößen gegen diese Wettbewerbsgrundsätze wird die Aufsichtsbehörde tätig; dies gilt auch für die Prüfdienste der Krankenversicherung. (50)

Sollte sich herausstellen, dass sich bei der Anwendung dieser Wettbewerbsgrundsätze eine unterschiedliche Aufsichtspraxis ergibt, wirken die Aufsichtsbehörden darauf hin, eine einheitliche Aufsichtspraxis zu gewährleisten. (51)

Beschließen die Aufsichtsbehörden einvernehmlich über eine einheitliche Anwendungspraxis der Wettbewerbsgrundsätze (vgl. Rz. 51) oder über zusätzliche Bestimmungen, welche die Grundsätze laut Beschlussfassung ergänzen, werden diese Beschlüsse den Wettbewerbsgrundsätzen als deren Bestandteil in fortlaufender Nummerierung und mit Beschlussdatum in Form einer Anlage beigelegt [„Ergänzungsbeschluss Nr. X vom TT.MM.JJJJ“]. (52)

Die Erstellung und Erweiterung der Anlage wird vom Bundesversicherungsamt redaktionell betreut. Die Krankenkassen werden von der für sie zuständigen Aufsichtsbehörde über neu gefasste Ergänzungsbeschlüsse informiert.

Anlage

90. Arbeitstagung der Aufsichtsbehörden der Sozialversicherungsträger vom 10.
bis 11. Mai 2017 in Berlin

TOP 15: Erhebung personenbezogener Daten von Minderjährigen ohne Einwilligung der Erziehungsberechtigten

- BVA -

Beschluss:

Die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder stimmen darin überein, dass die Erhebung personenbezogener Daten durch Krankenkassen bei Minderjährigen zu Werbezwecken im Rahmen von Gewinnspielen, etwa auf Schulveranstaltungen, oder anderen vergleichbaren Veranstaltungen, auf denen Minderjährige nicht per se mit Werbung zu rechnen brauchen, ohne Einwilligung der Erziehungsberechtigten rechtswidrig ist.

Der Beschluss wird den Wettbewerbsgrundsätzen als deren Bestandteil beigelegt (Rz. 52 der Wettbewerbsgrundsätze 2016 - Ergänzungsbeschluss Nr. 1 vom 10. Mai 2017)

90. Arbeitstagung der Aufsichtsbehörden der Sozialversicherungsträger vom 10.
bis 11. Mai 2017 in Berlin

TOP 16: Werbung neuer Mitglieder durch „Wechselprämie“

- Thüringen -

Beschluss:

Die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder sind der Auffassung, dass gesetzliche Krankenkassen mit Hilfe von Wechselprämien keine Mitglieder werben dürfen.

Der Beschluss wird den Wettbewerbsgrundsätzen 2016 als deren Bestandteil beigelegt (Rz. 52 der Wettbewerbsgrundsätze 2016 – Ergänzungsbeschluss Nr. 2 vom 10. Mai 2017)

Herausgeber:

Bundesversicherungsamt

Friedrich-Ebert-Allee 38

53113 Bonn

www.bundesversicherungsamt.de

Verantwortlich für den Inhalt:

Frank Plate, Präsident

Druck: ditges print+more GmbH, Siegburg

Bildnachweis:

Titelbild/ © Sportlibrary/fotolia

Foto Frank Plate/ © Schulzki/bva