

Beiträge zur Gesundheitsökonomie und Versorgungsforschung (Band 18)
Andreas Storm (Herausgeber)

Neuordnung der Kassenaufsicht

Beiträge zur Gesundheitsökonomie und Versorgungsforschung (Band 18)

Neuordnung der Kassenaufsicht

Bestandsaufnahme und Reformoptionen

Herausgeber:

Andreas Storm, Vorsitzender des Vorstands der DAK-Gesundheit

DAK-Gesundheit

Nagelsweg 27-31, D-20097 Hamburg

Autoren:

Prof. Dr. Eberhard Wille, Prof. Dr. Gregor Thüsing
unter Mitarbeit von Sabine Vianden

Mannheim, Bonn, Hamburg
August 2017

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2017 medhochzwei Verlag GmbH, Heidelberg
www.medhochzwei-verlag.de



ISBN 978-3-86216-374-8

Dieses Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druck: M. P. Media-Print Informationstechnologie GmbH, Paderborn

Titelbild: Natalia Degenhardt

Printed in Germany

Vorwort

Wenn es in der gesundheitspolitischen Debatte um den Wettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung geht, stehen meist Fragen der Finanzierung oder der vertraglichen Gestaltung im Vordergrund. Gestritten wird häufig um die „richtige“ Verteilung der finanziellen Ressourcen oder den Handlungsspielraum der Krankenkassen bei der Leistungserbringung. Dies ist absolut nachvollziehbar, handelt es sich hierbei doch um wesentliche und unmittelbare Stellschrauben im Wettbewerb der Krankenkassen. Ein weiterer wichtiger Aspekt für einen fairen Wettbewerb zwischen den Krankenkassen, der in der öffentlichen Darstellung bislang aber kaum thematisiert wurde, ist die – historisch gewachsene – geteilte Aufsichtszuständigkeit. Denn für einen fairen Wettbewerb ist die Einhaltung bestehender Vorschriften ebenso wichtig, wie beispielsweise gerechtere Zuweisungsregeln beim Morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleich (Morbi-RSA).

Aufgabe der staatlichen Aufsicht ist, die einheitliche Rechtsanwendung zu überwachen und sicherzustellen. In Deutschland existiert diesbezüglich eine Zweiteilung: Für Krankenkassen, die sich maximal über drei Bundesländer erstrecken, sind die Aufsichtsbehörden der Länder zuständig. Alle anderen – insbesondere die bundesweit tätigen – Krankenkassen unterliegen der Aufsicht des Bundesversicherungsamtes. Vor 25 bis 30 Jahren war diese Arbeitsteilung bei weit über 1.000 Krankenkassen, durchaus sachgerecht. Zudem war zu dieser Zeit der Wettbewerb noch kaum ausgeprägt. Heute, nachdem sich die Zahl der Krankenkassen bereits dem zweistelligen Bereich nähert und mit der Einführung des Gesundheitsfonds die aufsichtsrechtlichen Anforderungen sehr stark gewachsen sind, ist diese Arbeitsteilung jedoch nicht mehr zeitgemäß und auch nicht mehr sinnvoll. Denn in den meisten Ländern, die nur noch sehr wenige Krankenkassen beaufsichtigen, sind die jeweiligen Aufsichtsbehörden weder personell noch organisatorisch so ausgestattet, dass sie das hochkomplexe Aufgabenprofil sachgerecht bedienen könnten. Die sich daraus ergebenden Wettbewerbsverzerrungen hat zuletzt die Monopolkommission in einem Sondergutachten treffend dargestellt.

Vor diesem Hintergrund hat die DAK-Gesundheit die renommierten Professoren Eberhard Wille und Gregor Thüsing beauftragt, diese Problematik näher zu untersuchen und Handlungsoptionen zu entwickeln. Das in diesem Buch dokumentierte Gutachten stellt zunächst fest, dass durch die zweigeteilte Aufsichtszuständigkeit die landesunmittelbaren Krankenkassen sowohl auf der Einnahmen- als auch auf der Ausgabenseite wettbewerbsrelevante Vorteile bzw.

Freiräume erzielen konnten und dies teilweise immer noch der Fall ist. Darüber hinaus gelangen die Gutachter zu der Einschätzung, dass die Zweiteilung der Kassenaufsicht erhebliche ökonomische Ineffizienzen verursacht. So verzerrten unterschiedliche Aufsichtspraktiken nicht nur den Wettbewerb, sondern beeinträchtigten bzw. hemmten auch den strukturellen Wandel innerhalb der Krankenkassen.

Ein weiteres wichtiges Ergebnis der Untersuchung ist, dass eine bloße „Verschärfung“ des bestehenden Aufsichtsrechts im Sinne eines verstärkten Austauschs von Länder- und Bundesaufsicht zu kurz greift. Vielmehr sei eine grundlegende Neuordnung der Aufsichtskompetenzen zwischen Bund und Ländern notwendig. Hierzu haben die Gutachter mehrere Reformoptionen bewertet, die voraussichtlich jedoch eine Änderung des Grundgesetzes erfordern. Dies gilt insbesondere für die drei von den Gutachtern favorisierten Lösungsansätze:

1. die komplette Zentralisierung der Aufsichtszuständigkeit beim Bundesversicherungsamt (BVA),
2. die Zentralisierung der Aufsichtszuständigkeit für alle einnahmeseitigen und wettbewerblichen Belange beim BVA, während die ausgabeseitigen Belange (Vertragsgeschäft und Leistungserbringung) weiterhin in zweigeteilter Aufsicht verbleiben,
3. die funktionale Neuordnungsvariante, bei der die Aufsicht für alle einnahmeseitigen und wettbewerblichen Belange beim BVA zentralisiert wird, während im Gegenzug den Länderaufsichtsbehörden die Zuständigkeit über das Vertrags- und Leistungsgeschehen aller Krankenkassen zugewiesen wird.

Bundesgesundheitsminister Hermann Gröhe hat den Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesversicherungsamt beauftragt, bis Ende September 2017 Reformmaßnahmen für den Morbi-RSA zu evaluieren. Dabei soll auch die Einführung einer sogenannten Versorgungsstrukturkomponente geprüft werden. Da die zur Berechnung dieses Vorschlages notwendigen Regionaldaten erst im Spätsommer vorliegen, wird die Analyse dieser Maßnahme zum Ausgleich regionaler strukturbedingter Ausgaben voraussichtlich erst im Laufe des ersten Halbjahres 2018 erstellt werden. Die auf diesen Arbeiten fußende und unumstritten notwendige Reform des Risikostrukturausgleichs ist eine wesentliche Bedingung für eine erfolgreiche Weiterentwicklung der solidarischen Wettbewerbsordnung im Gesundheitswesen. Eine weitere zwingende Voraussetzung ist eine Neuordnung der Rechtsaufsicht der gesetzlichen Krankenkassen. Denn ein fairer Wettbewerb benötigt auch klare und vor allem einheitlich für alle Krankenkassen anzuwendende Aufsichtsregeln.

Mit der vorliegenden Schrift wollen wir einen Beitrag zur notwendigen Debatte um eine wettbewerbsneutrale und effiziente Rechtsaufsicht der gesetzlichen Krankenkassen leisten und freuen uns auf einen richtungsweisenden Dialog.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Andreas Storm'. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the end.

Andreas Storm

Vorstandsvorsitzender der DAK-Gesundheit

Hamburg, August 2017

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
1. Einleitung: Die Kassenaufsicht als aktuelles wettbewerbliches Problem	1
1.1 Die Trennung der Kassenaufsicht als Ausgangspunkt.....	1
1.2 Anlass und Inhalt des Gutachtens.....	2
2. Funktionen und Voraussetzungen eines zielorientierten Wettbewerbs im Gesundheitswesen	4
3. Der <i>Status quo</i> in Verfassungs- und Sozialrecht.....	6
3.1 Die Lex regia des Art. 87 Abs. 2 GG	6
3.2 Die Vorgaben des Sozialrechts: Akzessorische Aufsicht.....	8
a) § 90 Abs. 1 und 2 SGB IV	8
b) § 274 SGB V	9
c) Sonstige Regelungen	10
3.3 Zwischenergebnis zum <i>Status quo</i>	11
4. Wettbewerbsverzerrungen durch unterschiedliche Kassenaufsichten	12
4.1 Unterschiedliche Entscheidungen der Kassenaufsichten in gleich gelagerten Fällen	12
4.2 Relevanz und Problematik der Kodierung ambulanter Diagnosen	13
4.3 Zwischenergebnis: Reformdiskussion notwendig	18
5. Reformoptionen unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten	20
5.1 Regelungen zur stärkeren Kooperation: Zur Weiterentwicklung des § 90 Abs. 4 SGB IV.....	20
a) Vorhandene Ansätze.....	20
b) Mögliche Erweiterungen.....	21
aa) Erweiterung des Erfahrungsaustauschs	21
bb) Zwingende Ausgestaltung der Aufsichtsrechte und -pflichten.....	22
cc) Änderung des optionalen Einschreitens in ein obligatorisches Einschreiten der Aufsicht bei Identifikation von Rechtsverletzungen (§ 89 Abs. 1 SGB IV).....	22
dd) Schaffung verpflichtender Vorschriften zu einer einheitlichen Prüf- und Entscheidungspraxis; Einrichtung einer Clearingstelle.....	23

c)	Ergebnis: Keine Umgehung grundgesetzlicher Rahmenvorgaben.....	23
5.2	Zahl der Krankenkassen und Zuständigkeiten der Aufsichten im Wandel	24
a)	Die Entwicklung von landes- und bundesunmittel- baren Krankenkassen	24
b)	Konsequenzen für die Kassenaufsicht	31
5.3	Vor- und Nachteile alternativer Ansätze	32
6.	Die Änderbarkeit des <i>Status quo</i>	37
6.1	Krankenkassen als bundesunmittelbare Körper- schaften	37
6.2	ABER: Keine Landesverwaltung über bundesunmittel- bare Krankenkassen	38
6.3	(Partielle) Rechtsaufsicht des Bundes auch für landesunmittelbare Körperschaften	39
a)	Grenzen der Rechtsaufsicht für Landeskörper- schaften.....	39
b)	Übertragung der Finanzaufsicht auch ohne Grundgesetzänderung?	40
c)	Möglichkeit geteilter Rechtsaufsicht durch Grundgesetzänderung	41
aa)	Keine Ewigkeitsgarantie	41
bb)	Sozialstaatsprinzip	42
cc)	Rechtsstaatsgebot	43
dd)	Bundesstaatsgebot: Keine unzulässige Mischverwaltung	44
6.4	Beispiele geteilter Rechtsaufsicht durch verschiedene Behörden.....	46
6.5	Zwischenfazit zur Änderbarkeit des <i>Status quo</i>	47
7.	Fazit und Empfehlungen	49
7.1	Ökonomische Schlussfolgerungen und Konsequenzen	49
7.2	Juristische Schlussfolgerungen und Konsequenzen	52
7.3	Fazit unter ökonomischen und juristischen Aspekten	54
	Literaturverzeichnis.....	56
	Abbildungsverzeichnis	60
	Anhang: Übersicht über die landesmittelbaren Krankenkassen ...	61
	Autorenverzeichnis	67

1. Einleitung: Die Kassenaufsicht als aktuelles wettbewerbliches Problem

1.1 Die Trennung der Kassenaufsicht als Ausgangspunkt

Die Aufsicht über die gesetzlichen Krankenkassen nimmt in Deutschland eine Vielzahl verschiedener (Aufsichts-) Behörden wahr. Als Folge und Ausdruck des föderalen Staatsaufbaus existiert im Sinne einer Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern eine historisch gewachsene geteilte Zuständigkeit für die Kassenaufsicht. So beaufsichtigt gemäß § 90 Abs. 1-3 SGB IV das Bundesversicherungsamt (BVA) die bundesunmittelbaren Krankenkassen, während die landesunmittelbaren Krankenkassen der Aufsicht der zuständigen bzw. jeweiligen Landesbehörden unterstehen. Bei bundesunmittelbaren Krankenkassen erstreckt sich der Geschäfts- bzw. Zuständigkeitsbereich über mehr als drei Bundesländer. Hierzu zählen neben der Knappschaft und der Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau derzeit 6 Ersatzkassen, 4 Innungskrankenkassen sowie 57 Betriebskrankenkassen.¹ Der Zuständigkeitsbereich von landesunmittelbaren Krankenkassen bezieht sich nach § 90 Abs. 3 SGB IV auf das Gebiet eines Bundeslandes, aber nicht über mehr als 3 Bundesländer. Die Aufsicht über diese Krankenkassen führen die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder oder die von den Landesregierungen ermächtigten Behörden durch (§ 90 Abs. 2 SGB IV). Dies betrifft z. B. alle Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOKen) sowie eine Reihe von Betriebskrankenkassen und zwei Innungskrankenkassen. Das Gesetz räumt damit den Bundesländern einen großen Freiraum ein, bei der Kassenaufsicht verschiedene zentrale oder dezentrale Organisationsformen zu wählen.²

**Geteilte Aufsicht
über gesetzliche
Krankenkassen**

Das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer haben nach § 274 Abs. 1 SGB V mindestens alle 5 Jahre „die Geschäfts-, Rechnungs- und Betriebsführung der ihrer Aufsicht unterstehenden Krankenkassen“ zu prüfen. Dabei handelt es sich um eine sehr umfassende Rechtsaufsicht, denn es fallen nur wenige Sachverhalte, wie die Sicherung der Datengrundlage des morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleichs (Morbi-RSA), in die übergreifende Aufsichtskompetenz des BVA (siehe § 273 Abs. 2 und 3 SGB V).

Angesichts der Vielzahl der betrauten Behörden stellt sich die Frage, ob und inwieweit die einzelnen Aufsichten bei ihren Prüfungen, die überwiegend fallabhängig erfolgen, die Geschäftstätigkeit der Krankenkassen und hier insbesondere strittige Maßnahmen

**Unterschiedliche
Bewertung der
Behörden**

¹ vgl. Monopolkommission 2017, S. 51.

² vgl. Wille, E., Hamilton, G.J., Graf von der Schulenburg, J.-M. und Thüsing, G. 2012, S. 95 sowie unten unter Punkt III.

bzw. Praktiken mit gleichen Maßstäben messen oder unterschiedlich bewerten. Sofern hier relevante Unterschiede in der Stringenz der Prüfungen und Bewertungen auftreten, können hieraus Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Krankenkassen erwachsen. Auf diese Gefahr machten in der Vergangenheit bereits mehrere Autoren sowohl unter ökonomischen als auch unter juristischen Aspekten aufmerksam.³ Neuerdings bestätigt ein Gutachten der Monopolkommission diesen Verdacht und führt zahlreiche Beispiele von Wettbewerbsverzerrungen zwischen landesunmittelbaren bzw. regional tätigen und bundesunmittelbaren Krankenkassen an.⁴

1.2 Anlass und Inhalt des Gutachtens

Diese Problematik der geteilten Kassenaufsicht und der damit einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Krankenkassen gewann in jüngster Zeit insofern an politischer Relevanz, als der Vorstandsvorsitzende der Techniker Krankenkasse, Dr. Jens Baas, auf die nach seiner Ansicht teilweise fragwürdigen Kodierungen von ambulanten Diagnosen im Rahmen des Morbi-RSA hinwies. Er stellte in diesem Kontext auch die Stringenz und Wirksamkeit der jeweiligen Kontrollen, insbesondere durch die Kassenaufsichten der Bundesländer, in Frage.⁵ Diese Einschätzung bestätigt nicht nur das kürzlich erteilte Sondergutachten der Monopolkommission⁶, sie kommt auch in einer Kleinen Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zum Ausdruck.⁷

Folgen der Wettbewerbsverzerrung

Mögliche Wettbewerbsverzerrungen können für einzelne Krankenkassen auf der Einnahmenseite zu finanziellen Einbußen und auf der Leistungsseite zu Nachteilen hinsichtlich ihrer Positionierung bzw. Attraktivität für die Versicherten führen. Die Einführung der krankenkassenindividuellen Zusatzbeiträge in 2015 entfachte zunächst den Wettbewerb auf der Finanzierungsseite, der sich anschließend infolge der günstigen Finanzlage der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) wieder deutlich abschwächte. Die GKV profitiert in 2017 von einer Entnahme aus der Liquiditätsreserve, was den Druck auf die Zusatzbeiträge mindert, aber ab 2018 steht ohne eine solche finanzielle Unterstützung eine Intensivierung des Wettbewerbs um günstige Beitragssätze zu erwarten.⁸ Wettbewerbsverzerrungen durch die geteilte Kassenaufsicht fallen dann in ihren Auswirkungen für die Attrahierung von Versicherten noch stärker ins Gewicht.

³ siehe hier u. a. Hermann 1995; Wille 1999, S. 133; Epsen u. a., S. 6; Wille u. a. 2012, S. 95; Epsen 2014, S. 316f.

⁴ vgl. Monopolkommission 2017, S. 52 sowie die Ausführungen unten unter Punkt IV.

⁵ vgl. IGES Institut 2017, S. 9.

⁶ Monopolkommission 2017, S. 512ff.

⁷ vgl. Klein-Schmeink u. a. 2016.

⁸ vgl. Schwarz 2017, S. 11f.

Mehrere Krankenkassen, insbesondere die Ersatzkassen, erheben daher die Forderung, eine einheitliche Aufsichtspraxis über alle Krankenkassen sicherzustellen. In diesem Kontext trat die DAK-Gesundheit an die Gutachter mit der Frage heran, auf welchen ökonomischen sowie juristisch zulässigen Wegen durch Steigerung der Wettbewerbsneutralität und Effizienz der Kassenaufsicht in der GKV faire Wettbewerbsbedingungen hergestellt werden können. Die Beantwortung dieser Fragen erfolgt in getrennten Schritten unter ökonomischen und juristischen Aspekten. Während bei der ökonomischen Betrachtung der Abbau von Wettbewerbsverzerrungen und Effizienzverlusten im Mittelpunkt steht, befasst sich der juristische Teil insbesondere mit den verfassungs- und sozialrechtlichen Rahmenbedingungen und legt dabei die Möglichkeiten und Grenzen einer optimierten Kassenaufsicht dar.

Vor dem Hintergrund möglicher Wettbewerbsverzerrungen durch die geteilte Kassenaufsicht widmet sich das vorliegende Gutachten zunächst den Grundlagen bzw. Voraussetzungen für einen fairen Wettbewerb in der GKV und sucht anschließend nach Wegen zur Steigerung der Wettbewerbsneutralität in der Kassenaufsicht. Auf eine kurze Darlegung der Funktionen und Voraussetzungen eines zielorientierten Wettbewerbs (Punkt II) folgt eine eingehende Analyse des Status quo der Kassenaufsicht im Verfassungs- und Sozialrecht (III). Die sich anschließenden Ausführungen beleuchten die möglichen und tatsächlichen bzw. nachweisbaren Wettbewerbsverzerrungen durch unterschiedliche Kassenaufsichten (IV). Dabei spielen die bereits erwähnten ambulanten Diagnosen im Rahmen des Morbi-RSA eine besondere Rolle. Angesichts der im Prinzip kaum zu leugnenden Wettbewerbsverzerrungen durch die unterschiedlichen Kassenaufsichten liegt die Frage nach den möglichen Reformoptionen nahe. Diese gilt es aus ökonomischer Sicht unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten zu analysieren (V). Die Machbarkeit und die politische Umsetzung dieser Reformoptionen hängt schließlich eng mit der Frage nach der Änderbarkeit des Status quo und der Durchführbarkeit dieser Ansätze zur Weiterentwicklung der Kassenaufsicht zusammen (VI). Das Gutachten beschließen ein kurzes Fazit und aus den vorangegangenen Ausführungen abgeleitete Empfehlungen (VII).

Wege zur Steigerung der Effizienz der Kassenaufsicht

2. Funktionen und Voraussetzungen eines zielorientierten Wettbewerbs im Gesundheitswesen

Zweck des Wettbewerbes

Der Wettbewerb stellt aus normativer Sicht grundsätzlich, d. h. auch im Gesundheitswesen, keinen Selbstzweck dar, sondern dient instrumental zur Verwirklichung höherrangiger Ziele, hinsichtlich der Gesundheitsversorgung vornehmlich um:⁹

- Verbesserung der gesundheitlichen Outcomes, d. h. Erhöhung von Lebenserwartung und -qualität,
- Orientierung des Leistungsangebotes an den Bedürfnissen und Präferenzen der Bürger und Patienten,
- Schaffung von materiellen Wahlfreiheiten für jeden Versicherten,
- Gute, zumindest zumutbare Erreichbarkeit der Leistungen für alle Bürger,
- Effiziente bzw. kostengünstige Produktion,
- Förderung von Produkt- und Prozessinnovationen,
- Leistungs- und qualitätsbezogene Vergütung,
- Schnellere Anpassung an veränderte Rahmenbedingungen,
- Schutz vor finanzieller Überforderung der Versicherten sowie
- Verhinderung von monopolistischem Machtmissbrauch durch staatliche Instanzen, Krankenkassen oder Leistungserbringer.

In Verbindung mit der Erweiterung einer freien Wahl der Krankenkasse durch die Versicherten geht die Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen für die Intensivierung eines Wettbewerbs der Krankenkassen, der auch dem Solidaritätsprinzip Rechnung trägt, vornehmlich auf das Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der GKV (GSG) vom 21.12.1992 zurück.¹⁰ Nach dem Gesetzentwurf zum GSG können sich „die Vorteile der gegliederten und selbstverwalteten GKV gegenüber alternativen Systemen staatlicher Gesundheitssicherung ... nur dann in einer Wettbewerbsordnung voll entfalten“, wenn „weitgehend gleiche Wahlrechte für die Versicherten zwischen allen Krankenkassen, ausgewogene Risikostrukturen sowie größtmögliche Chancengleichheit aller konkurrierenden Krankenkassen vor Ort die zentralen Voraussetzungen“ bilden (Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P. 1992, S. 69). „Gleiche Wettbewerbsbedingungen“ gehören „zu den wesentlichen Voraussetzungen“, um im Zuge struktureller Reformmaßnahmen im

⁹ ähnlich Wille 1999, S. 120; Wille u. a. 2012, S. 61

¹⁰ siehe hierzu vor allem die Beiträge in: Cassel u. a. 2014.

Gesundheitswesen eine „gesteigerte Qualitätssicherung, Effektivität und Effizienz“ zu erreichen (ebd.)¹¹.

Die im Gesetzentwurf des GSG betonten Postulate „Chancengleichheit aller konkurrierenden Krankenkassen“ bzw. „gleiche Wettbewerbsbedingungen“ stehen zunächst in einem gewissen Konflikt mit einer geteilten Kassenaufsicht, zumindest gibt es unter diesen Rahmenbedingungen a priori keine Garantie für die Einhaltung dieser Voraussetzungen eines zielorientierten Wettbewerbs. Letzterer bedarf in ordnungspolitischer Hinsicht zwar einer staatlichen Rahmenordnung, die in der GKV auch dem Solidaritätsprinzip Rechnung trägt, aber keines „Wettbewerbs der Wettbewerbshüter“.¹² Das Nebeneinander der Zuständigkeiten von BVA und Landesbehörden birgt die Gefahr von unterschiedlichen Bewertungen bzw. Entscheidungen in gleich gelagerten Fällen. Dies gilt vor allem dann, wenn die politischen Interessen oder wirtschaftspolitischen Positionen von Bund und Ländern in den entsprechenden Fällen divergieren.¹³ Diese unterschiedlichen Aufsichtspraktiken können – aus welchen Gründen auch immer; siehe hierzu unten unter IV. – sowohl zwischen dem BVA und den Landesbehörden als auch zwischen den Kassenaufsichten einzelner Bundesländer auftreten. Aus diesen Divergenzen kann dann, auch wenn hier primär keine Wettbewerbsverzerrung intendiert sein mag, eine wettbewerbliche Diskriminierung einzelner Krankenkassen bzw. Krankenkassenarten resultieren.

Unterschiedliche Aufsichtspraktiken

¹¹ Der Gesetzentwurf betont noch an anderer Stelle (S. 74) die Notwendigkeit einer „größtmöglichen Chancengleichheit zwischen allen Krankenkassen“ und „gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Krankenkassen“.

¹² Jacobs 1994, S. 186.

¹³ vgl. Wille 1994, S. 133.

3. Der Status quo in Verfassungs- und Sozialrecht

Wie bereits dargestellt wurde, spaltet sich in Deutschland die Kasenaufsicht für bundesunmittelbare und landesunmittelbare Krankenkassen nach föderalistischem Prinzip auf. Die Grundlagen dafür finden sich in der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung des Grundgesetzes. Diese grundsätzlich geteilte Zuständigkeit spiegelt sich ebenso in den darauf aufbauenden Regelungen des Sozialrechts wider.

3.1 Die Lex regia des Art. 87 Abs. 2 GG

Im Bereich der Sozialversicherung stellt Artikel 87 Absatz 2 GG eine ausdrückliche Ausnahme vom Grundsatz der Verwaltungszuständigkeit der Länder gemäß Artikel 30 und 83 GG dar.¹⁴ Als maßgebliche Norm bestimmt Art. 87 Abs. 2 GG insoweit, dass soziale Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt, als bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes geführt werden (Satz 1), während soziale Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes, aber nicht über mehr als drei Länder hinaus erstreckt, als landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes geführt werden, wenn das aufsichtführende Land durch die beteiligten Länder bestimmt ist (Satz 2). Mit dem Begriff der Sozialversicherung knüpft Art. 87 Abs. 2 GG als Verwaltungskompetenzgrundlage an die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG an. Nach allgemeiner Ansicht sind die Begriffe in beiden Normen gleich zu verstehen.¹⁵ Erfasst sind demnach Systeme, die das soziale Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten erfüllen und dazu selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts als Träger vorsehen, die ihre Mittel im Wesentlichen durch Beiträge aufbringen, wozu jedenfalls die im V. und VI. Buch des Sozialgesetzbuches geregelte gesetzliche Kranken- und Rentenversicherung gehört.¹⁶

Länderübergreifende Zuständigkeitsbereiche

Mit der betriebsbezogenen räumlichen Ausdehnung geht also eine Änderung der aufsichtsrechtlichen Zuständigkeit einher.¹⁷ Die Frage, ab wann sich der Zuständigkeitsbereich eines Trägers der Sozialversicherung über Landesgrenzen hinweg erstreckt, wird nicht einheitlich beantwortet. In einer frühen Entscheidung ging das Bundes-

¹⁴ BT-Drucks. 18/9993, S. 2.

¹⁵ BVerfG, Beschluss v. 13.9.2005 – 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196, Rn. 157; Mangoldt/Klein/Starck/Burgi, Band III, Art. 87 GG, Rn. 59; Sachs, Art. 87 GG, Rn. 49.

¹⁶ BVerfG, Beschluss v. 13.9.2005 – 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196, Rn. 148.

¹⁷ vgl. BSG, Urteil v. 10.3.2015 – B 1 A 10/13 R, BSGE 118, 137, SozR 4-2400 § 90 Nr. 1, Rn. 11; BSG, Urteil v. 16.12.1965 – 3 RK 33/62, BSGE 24, 171, SozR Nr 3 zu GG Art 87, Rn. 22.

sozialgericht davon aus, dass eine lediglich geringfügige Grenzüberschreitung nicht bereits zu einer Bundeszuständigkeit führt.¹⁸ Die überwiegende Ansicht sieht eine Zuständigkeitsbereichserstreckung nur auf Teilgebiete weiterer Länder allerdings bereits als ausreichend an.¹⁹ Die Bestimmung des aufsichtführenden Landes gem. Art. 87 Abs. 2 Satz 2 GG spielt inzwischen keine Rolle mehr, da die Bundesländer am 1.6.1997 einen Staatsvertrag darüber abgeschlossen haben, dass grundsätzlich dasjenige Land die Aufsicht führt, in dem der betreffende Sozialversicherungsträger seinen Sitz hat.²⁰

Nach überwiegender Ansicht ist Art. 87 Abs. 2 GG als zwingende Norm ausgestaltet, sodass die Aufsicht über bundesunmittelbare Sozialversicherungsträger nur durch Bundesbehörden erfolgen kann.²¹ Durch Art. 87 Abs. 2 Satz 2 GG hat der Gesetzgeber jedoch einen gewissen Spielraum eröffnet, der es bei einer Erstreckung auf nicht mehr als drei Länder ermöglicht, dass die Verwaltung durch Staatsvertrag auf eines der Länder übertragen wird. Diese Erweiterung entstammt einer Änderung des Grundgesetzes zum 15.11.1994, durch welche die Länderkompetenzen gestärkt werden sollten; zuvor hatte sich die Bundesunmittelbarkeit noch ausnahmslos bereits bei Erstreckung nur über eine Landesgrenze hinweg ergeben.²²

Aus der Systematik der Art. 83 ff GG wird deutlich, dass auch eine sog. „Mischverwaltung“, im Sinne etwa einer Verwaltung unter Leitung einer Bundesoberbehörde, aber mit nachgeschaltetem Verwaltungsunterbau auf Landesebene, grundsätzlich nicht in Betracht kommt.²³ Je nachdem, ob die Verwaltungszuständigkeit dem Bund oder dem Land zugewiesen ist, muss der jeweilige Verband die damit verbundenen Aufgaben folglich „mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation“²⁴ erfüllen. Allerdings werden beispielsweise hinsichtlich der Möglichkeit einer Organleihe²⁵ oder der Amtshilfe²⁶ Ausnahmen zugelassen. Eng verbunden mit dieser grundsätzlichen Spaltung zwischen Bundes- und Landesverwaltung ist auch das Erfordernis der Einhaltung der rechtsstaatlichen

**Mischverwaltung
möglich?**

¹⁸ BSG, Urteil v. 3.5.1955 – 3 RK 1/54, BSGE 1, 17, Rn. 57; Kreikebohm/Schütte-Geffers, § 90 SGB IV, Rn. 10.

¹⁹ BSG, Urteil v. 16.12.1965 – 3 RK 33/62 –, BSGE 24, 171, Rn. 18 ff.; Mangoldt/Klein/Starck/Burgi, Band III, Art. 87 GG, Rn. 64; Sachs, Art. 87 GG, Rn. 51; Maunz/Dürig/Ibler, Art. 87 GG, Rn. 155.

²⁰ Krauskopf/Baier, § 90 SGB IV, Rn. 11; Kreikebohm/Schütte-Geffers, § 90 SGB IV, Rn. 6.

²¹ Maunz/Dürig/Ibler, Art. 87 GG, Rn. 193.

²² Kreikebohm/Schütte-Geffers, § 90 SGB IV, Rn. 7 f.

²³ BVerfG, Urteil v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331, Rn. 153; Maunz/Dürig/Ibler, Art. 87 GG, Rn. 195.

²⁴ BVerfG, Urteil v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331, Rn. 151.

²⁵ BVerfG, Beschluss v. 12.1.1983 – 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1, Rn. 55; zustimmend: Mangoldt/Klein/Starck/Burgi, Band III, Art. 87 GG, Rn. 73; Maunz/Dürig/Ibler, Art. 87 GG, Rn. 197.

²⁶ Maunz/Dürig/Ibler, Art. 87 GG, Rn. 195; Stüer, DÖV 1985, 720.

Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit durch den Bundesgesetzgeber, wenn dieser Verwaltungszuständigkeiten bestimmt. Dadurch sollen die Länder vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung geschützt und eine Aushöhlung der grundsätzlichen Verwaltungszuständigkeit der Länder gem. Art. 30 GG verhindert werden.²⁷

Das Grundgesetz trifft also eine klare Entscheidung darüber, wann eine gesetzliche Krankenkasse durch das BVA beaufsichtigt wird und wann die Aufsicht durch eine Landesbehörde erfolgen kann. Angesichts dieser eindeutigen Kompetenzverteilung durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG und Art. 87 Abs. 2 GG wäre eine davon abweichende Neuordnung der Kassenaufsicht nicht mit den derzeitigen Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar.

3.2 Die Vorgaben des Sozialrechts: Akzessorische Aufsicht

Der verfassungsrechtliche Rahmen im Bereich der Kassenaufsicht wird auf einfachgesetzlicher Ebene durch Normen des Sozialrechts konkretisiert. Relevant sind dabei das vierte (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung) und das fünfte Buch (Gesetzliche Krankenversicherung) des Sozialgesetzbuches.

a) § 90 Abs. 1 und 2 SGB IV

Die Aufgaben der allgemeinen Rechtsaufsicht für alle Zweige der Sozialversicherung sind in den §§ 87-89 SGB IV geregelt. In § 90 SGB IV wird wiederum festgelegt, welche Behörde diese Aufsicht wahrnimmt. Die Abs. 1 und 2 des § 90 SGB IV stimmen insoweit mit Art. 87 Abs. 2 GG überein, als es für die Frage, ob die Aufsicht durch eine Landes- oder Bundesbehörde wahrgenommen wird, darauf ankommt, ob der „Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt“. Nach § 90 Abs. 1 Satz 1 SGB IV ist bei bundesunmittelbaren Versicherungsträgern das BVA zuständige Aufsichtsbehörde, während gem. § 90 Abs. 2 SGB IV bei landesunmittelbaren Versicherungsträgern die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder oder die von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung bestimmten Behörden zuständig sind, wobei die Landesregierungen diese Ermächtigung auf die obersten Landesbehörden delegieren können. Die Aufsicht erfolgt also nach der im Sozialrecht zum Ausdruck kommenden Konzeption akzessorisch zu der verfassungsrechtlichen Verwaltungskompetenz.

Organisationsfreiheit der Länder

Deutlich wird auch: § 90 Abs. 2 SGB IV eröffnet den Bundesländern in organisatorischer Hinsicht viele Freiheiten.²⁸ Dies entspricht auch

²⁷ BVerfG, Urteil v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331, Rn. 156.

²⁸ Krauskopf/Baier, § 90 SGB IV, Rn. 8; Kreikebohm/Schütte-Geffers, § 90 SGB IV, Rn. 16.

dem in Art. 84 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Grundgedanken, dass für die Einrichtung und die Durchführung der Bundesgesetze die Länder zuständig sind.²⁹ Die jeweils gewählte Organisationsform hängt regelmäßig von der Größe des Bundeslandes ab und kann von einer zentralen Organisation im Sozial- und Gesundheitsministerium bis zur Einrichtung eigener Landesversicherungsämter reichen.³⁰

Was unter Zuständigkeitsbereich i. S. d. § 90 SGB IV zu verstehen ist, regelt der § 90 a SGB IV. Dementsprechend sind bei Ortskrankenkassen die Region(en), für die sie bestehen (Abs. 1 Nr. 1), bei Betriebskrankenkassen die Betriebe, für die sie ihrer Satzung nach zuständig sind; wobei unselbständige Betriebsteile mit weniger als zehn Mitgliedern in einem Land unberücksichtigt bleiben (Abs. 1 Nr. 2), bei Innungskrankenkassen die Bezirke der Handwerksinnungen, für die sie ihrer Satzung nach bestehen (Abs. 1 Nr. 3) und bei Ersatzkassen die in der Satzung festgelegten Bezirke maßgeblich.

b) § 274 SGB V

Einheitlicher Anknüpfungspunkt für die Prüfung der gesetzlichen Krankenkassen auf den Gebieten der Geschäfts-, Rechnungs- und Betriebsführung ist § 274 SGB V. Danach hat die jeweilige Aufsichtsbehörde alle fünf Jahre eine entsprechende Prüfung der ihnen unterstehenden Krankenkassen und den entsprechenden Arbeitsgemeinschaften vorzunehmen (Satz 1). Im gleichen Turnus hat eine entsprechende Prüfung des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Vereinigungen durch das Bundesministerium für Gesundheit bzw. der Landesverbände der Krankenkassen, der Kassenärztlichen Bundesvereinigung sowie der Prüfstelle und des Beschwerdeausschusses nach § 106c SGB V durch Aufsichtsbehörden der Länder (Satz 2) zu erfolgen. Nach Satz 3 müssen die zuständigen Behörden diese Prüfung aber nicht zwingend selbst durchführen, sondern können diese Aufgabe alternativ auf eine öffentlich-rechtliche Prüfungseinrichtung übertragen, die bei der Durchführung der Prüfung unabhängig ist, oder sogar selbst eine solche Prüfungseinrichtung errichten. Gegenstände der Prüfung sind nach Satz 4 der gesamte Geschäftsbetrieb sowie dessen Gesetzmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit.

In § 274 Abs. 2 SGB V wird zudem die Berechnung der Kosten dieser Prüfung, sowie Tragung der selbigen (grundsätzlich durch die geprüfte Einrichtung) festgelegt. Das Bundesministerium für Gesundheit kann gem. § 274 Abs. 3 Satz 1 SGB V mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften für die Durchführung der Prüfungen erlassen, allerdings hat es von dieser Möglichkeit bislang keinen Gebrauch gemacht.³¹ Im Gegensatz dazu findet

Prüfungsumfang

²⁹ Krauskopf/Baier, § 90 SGB IV, Rn. 9.

³⁰ Kreikebohm/Schütte-Geffers, § 90 SGB IV, Rn. 16.

³¹ Krauskopf/Baier, § 274 SGB V, Rn. 17; Becker/Kingreen/Pfohl, 5. Aufl. 2017, § 74 SGB V, Rn. 4; nach Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001,

jedoch der nach § 274 Abs. 3 Satz 2 SGB V vorgesehene, regelmäßige Erfahrungsaustausch zwischen den Prüfungseinrichtungen in Form der Einrichtung eines Gesamtgremiums und von Arbeitskreisen, sowie der Durchführung von Tagungen, statt.³² Eine Besonderheit, die die grundsätzlich klare Aufteilung von Landes- und Bundesaufsicht an dieser Stelle durchbricht, stellt die Regelung des § 274 Abs. 4 SGB V dar, wonach der Bundesrechnungshof die Haushalts- und Wirtschaftsführung der gesetzlichen Krankenkassen, ihrer Verbände und Arbeitsgemeinschaften prüfen kann – also auch landesunmittelbaren Krankenkassen. Nach der Gesetzesbegründung ergibt sich dieses Prüfrecht aus § 55 Abs. 1 Satz 1 des Haushaltsgrundsätzegesetzes und soll im Interesse einer unabhängigen, umfassenden und wirksamen Finanzkontrolle klarstellen, dass der Bundesrechnungshof die gesamte Haushalts- und Wirtschaftsführung der bundesunmittelbaren und landesunmittelbaren Krankenkassen prüfen kann, wenn diese gesetzlich begründete Zahlungen des Bundes erhalten.³³ Unberührt bleibt demnach aber die letztlich aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit folgende Verpflichtung des Bundesrechnungshofes, des Bundesversicherungsamtes und der zuständigen Prüfbehörden der Länder, Überschneidungen ihrer jeweiligen Prüftätigkeit und damit verbundene unnötige Belastungen der Krankenkassen zu vermeiden.³⁴

c) Sonstige Regelungen

Weitere Regelungen, die streng nach Bund- und Länderzuständigkeit getrennte Kassenaufsicht vorsehen, sind die §§ 88 Abs. 1, 89 Abs. 1 SGB IV, §§ 11 Abs. 6 SGB V, 71 Abs. 4 und 5, 73b, 82 Abs. 2, 83, 85, 87a, 140a, 252 Abs. 5 und 6 SGB V sowie die §§ 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 RSAV. Andere Normen eröffnen dagegen vereinzelt die Möglichkeit einer übergreifenden Aufsicht durch das Bundesversicherungsamt. Dies ist zum einen nach § 28q Abs. 1a SGB IV bei der Prüfung bei den Einzugsstellen für den Einzug der Beiträge des Gesundheitsfonds der Fall. Weiterhin prüft das Bundesversicherungsamt im Rahmen der Sicherung der Datengrundlage für den RSA die entsprechenden Daten aus § 268 Abs. 3 S. 14 i. V. m. S. 1 Nr. 5 auf Auffälligkeiten (§ 273 Abs. 2 S. 1 SGB V) und führt bei Feststellung (§ 273 Abs. 3 S. 1 SGB V) bzw. einem auf Tatsachen gestützten Verdacht (§ 273 Abs. 3 S. 2 SGB V) eine Einzelfallprüfung durch.

S. 120 ff., ist die Ermächtigung nur eines einzelnen Ministeriums nicht mit Art. 84 Abs. 2 GG vereinbar.

³² Krauskopf/Baier, § 274 SGB V, Rn. 18; Becker/Kingreen/Pfohl, § 274 SGB V, Rn. 4.

³³ BT-Drucks. 16/3100, S. 170.

³⁴ BT-Drucks. 16/3100, S. 170 f.

3.3 Zwischenergebnis zum *Status quo*

Es ergibt sich demnach ein klares Bild: Sowohl das Grundgesetz als auch die maßgeblichen Normen des Sozialrechts sehen eine grundsätzliche Trennung der Kassenaufsicht auf Bundes- und Landesebene vor. Nur an wenigen Stellen ergibt sich aus dem Gesetz eine übergreifende Aufsicht durch das Bundesversicherungsamt. Aufgrund der Verankerung im Grundgesetz erscheint eine Änderung dieser Zuständigkeitsordnung ausschließlich auf einfachgesetzlicher Ebene jedenfalls als fraglich.

4. Wettbewerbsverzerrungen durch unterschiedliche Kassenaufsichten

4.1 Unterschiedliche Entscheidungen der Kassenaufsichten in gleich gelagerten Fällen

Streben nach einheitlicher Prüfungspraxis

Das BVA bemüht sich als „zentraler Akteur im Austausch der bundes- und landesmittelbaren Aufsichtsbehörden“ mit Hilfe von Rundschreiben, gemeinsamen Arbeitspapieren und fachspezifischen Bund-Länder-Arbeitsgruppen eine einheitliche Auslegung des geltenden Sozialversicherungsrechts herbeizuführen.³⁵ Zudem verpflichtet § 90 Abs. 4 SGB IV die Aufsichtsbehörden zu einem regelmäßigen Erfahrungsaustausch. Unbeschadet dieser rechtlichen Verpflichtung und allfälligen Bestrebungen zu einer einheitlichen Prüfungspraxis gibt es zur Realisierung dieser Aufgabe keine verpflichtenden Vorschriften.³⁶ Dies gilt auch für die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze“, deren Änderung zudem eines einheitlichen Beschlusses aller Aufsichtsbehörden bedarf. Die Bundesregierung erklärt dann auch in einer Antwort auf eine Kleine Anfrage der Abgeordneten Maria Klein-Schmeinck, Dr. Harald Terpe, Elisabeth Scharfenberg, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, es sei ihr „bekannt, dass es zu unterschiedlichen Einzelentscheidungen kommen kann“.³⁷

Bei diesen unterschiedlichen Entscheidungen handelt es sich u. a. um folgende Fälle, die jeweils zu relevanten Wettbewerbsverzerrungen führen können:³⁸

Divergierende Einzelentscheidungen

- Das BVA untersagte bundesunmittelbaren Krankenkassen in der Vergangenheit, die Rücklagen für die Altersvorsorge auch in Aktien anzulegen, was die Aufsichtsbehörden der Bundesländer entgegen einer Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 18.07.2006 jedoch jahrelang erlaubten. Erst das 6. SGB IV-Änderungsgesetz vom 16.11.2016, das einen Aktienteil von bis zu 10 Prozent für die Anlage des Deckungskapitals gestattet, schuf hier die Rechtsgrundlage für eine verbindliche einheitliche Praxis.
- Bei der Mitgliederwerbung durch die Gewährung von bestimmten Vorteilen, wie z. B. Rabattangeboten, „bestand und besteht in diversen Fallkonstellationen eine unterschiedliche Auffassung“ zwischen dem BVA und den Aufsichtsbehörden der Bundesländer.³⁹

³⁵ Bundesregierung 2016, S. 2

³⁶ vgl. Monopolkommission, S. 52.

³⁷ Bundesregierung 2016, S. 2.

³⁸ siehe Monopolkommission 2017, S. 52ff.

³⁹ Bundesregierung 2016, S. 3.

- Während das BVA die Wahltarife zur Kostenerstattung nach § 13 Abs. 2 SGB V nur auf ganze Leistungsbereiche und nicht auf einzelne Leistungen, wie z. B. Zahnersatz, Zweibettzimmer und Chefarztbehandlung, bezieht, genehmigen die Aufsichtsbehörden einzelner Bundesländer auch Tarife für einzelne Leistungen. Dabei lässt sich die Wirtschaftlichkeit für Wahltarife mit spezifischen Leistungen leichter nachweisen als für solche, die ganze Leistungsbereiche umfassen.
- Beim Wirtschaftlichkeitsnachweis für Wahltarife divergierten in der Vergangenheit die Ansichten von BVA und Aufsichtsbehörden der Länder über die sog. Halteeffekte. Diese bestehen darin, dass die Krankenkassen ihre Versicherten mit speziellen Angeboten an sich binden und somit vom Wechsel in eine andere Krankenkasse abhalten. Bei der Berücksichtigung von Halteeffekten kalkulieren die Krankenkassen in ihrer Kosten-Nutzen-Analyse somit auch positive Deckungsbeiträge für jene Versicherten ein, die diese Wahltarife nicht nutzen.⁴⁰ Durch eine Ergänzung des § 53 Abs. 9 SGB V stellte der Gesetzgeber inzwischen klar, dass ab 2014 diese kalkulatorischen Einnahmen bei der Veranschlagung der Wahltarife nicht mehr berücksichtigt werden dürften.
- Bei der Beanstandung von Werbeaussagen von Krankenkassen konstatiert die Bundesregierung „in diversen Fallkonstellationen eine unterschiedliche Auffassung“ von BVA und Aufsichtsbehörden der Bundesländer.⁴¹
- Die landesunmittelbaren Krankenkassen erhalten leichter bzw. eher die Erlaubnis zur Übertragung von wesentlichen Teilen ihres IT-Infrastrukturbetriebes auf externe Dienstleister, da das BVA dem Outsourcen von zentralen Geschäftsbereichen kritischer gegenübersteht als die Aufsichtsbehörden der Bundesländer.⁴²

4.2 Relevanz und Problematik der Kodierung ambulanter Diagnosen

Die größte Aufmerksamkeit hinsichtlich der geteilten Kassenaufsicht erregte in jüngster Zeit die Kodierung von ambulanten Diagnosen im Rahmen des Morbi-RSA und deren Überprüfung durch die jeweiligen Aufsichtsbehörden. Im Morbi-RSA baut die Zuweisung von zusätzlichen finanziellen Mitteln für Versicherte mit ausgewählten Krankheiten auf Diagnosen auf. Während dabei stationäre Diagnosen grundsätzlich zum Zuge kommen, gilt für die Diagnosen im vertragsärztlichen Bereich das „M2Q-Kriterium“, nachdem bei einem bestimmten Versicherten die Diagnose einer gleichen Krankheit aus zwei unterschiedlichen Quartalen vorliegen muss. Bei Versicherten,

⁴⁰ vgl. Monopolkommission 2017, S. 55.

⁴¹ Bundesregierung 2016, S. 4.

⁴² vgl. Dienst für Gesellschaftspolitik 2016b, S. 6ff.

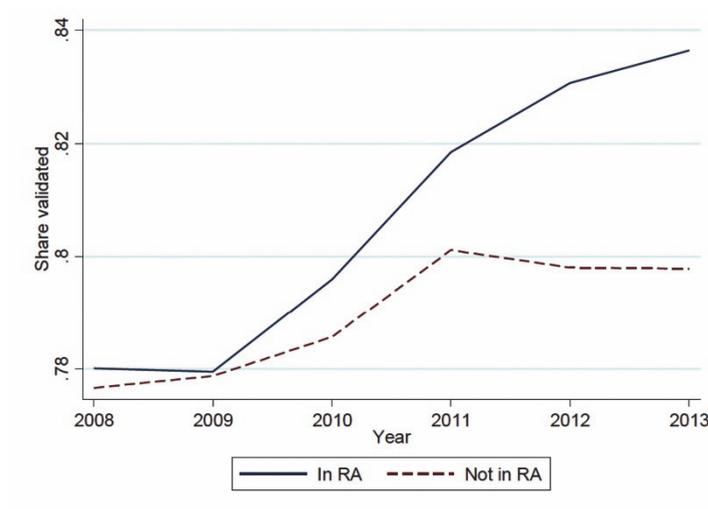
die in dem betreffenden Jahr weniger als 92 Versichertentage aufweisen, reicht die Kodierung der Erkrankung in einem Quartal aus. Es erscheint daher für die Krankenkassen ökonomisch rational, die Kodierung der ambulanten Diagnosen durch die niedergelassenen Ärzte mit einem Vergütungsanreiz für RSA-relevante Krankheiten zu versehen.⁴³ Grundsätzlich kann ein intensiveres Kodieren von ambulanten Diagnosen auch dazu beitragen, das Krankheitsgeschehen besser abzubilden, es besteht bei entsprechenden finanziellen Anreizen aber die Gefahr, dass die Krankenkassen die Ärzte schon ex ante zu einer Änderung ihrer Diagnosen veranlassen oder sie sogar zu einer nachträglichen Erhebung bzw. Korrektur animieren.

Auf die problematischen Anreize, die im Morbi-RSA von einer finanziellen Relevanz kodierter ambulanter Diagnosen ausgehen können, deutet zunächst eine Studie hin, die Differenzen im Wachstum von zuschlagsberechtigten Diagnosen mit nicht RSA-relevanten Diagnosen vergleicht⁴⁴. Die Untersuchung baut auf einer zehnpromtigen Stichprobe der von den Krankenkassen an das BVA in den Jahren 2008 bis 2013 gemeldeten Diagnosen auf. Ein Vergleich zwischen dem durchschnittlichen Anteil der diagnostizierten Krankheiten bzw. ICD-Codes, die im Morbi-RSA einen Zuschlag erhalten, und den nicht RSA-relevanten zeigt, wie Abbildung 1 veranschaulicht, auffällige Unterschiede im jeweiligen Wachstum. Die Autoren ermitteln im Beobachtungszeitraum einen um 2,6 bis 3,6 Prozentpunkte höheren Anstieg der kodierten zuschlagsberechtigten Diagnosen. Die Ergebnisse belegen, dass es den Krankenkassen gelang, über finanzielle Anreize das Kodierverhalten der niedergelassenen Ärzte in einer Weise zu beeinflussen, die höhere Zuweisungen aus dem Morbi-RSA erwarten ließ. Dabei verzeichneten hinsichtlich des Wachstums der zuschlagsfähigen Diagnosen regionale Programme und Projekte, wie jene der Ortskrankenkassen, die größten Erfolge (ebenda, S. 33).

⁴³ vgl. IGES Institut 2017, S. 7.

⁴⁴ vgl. Bauhoff, S. et al. 2017.

Abbildung 1: Der Anstieg des Anteils von RSA relevanten und nicht relevanten Diagnosen im Zeitraum von 2008 bis 2013

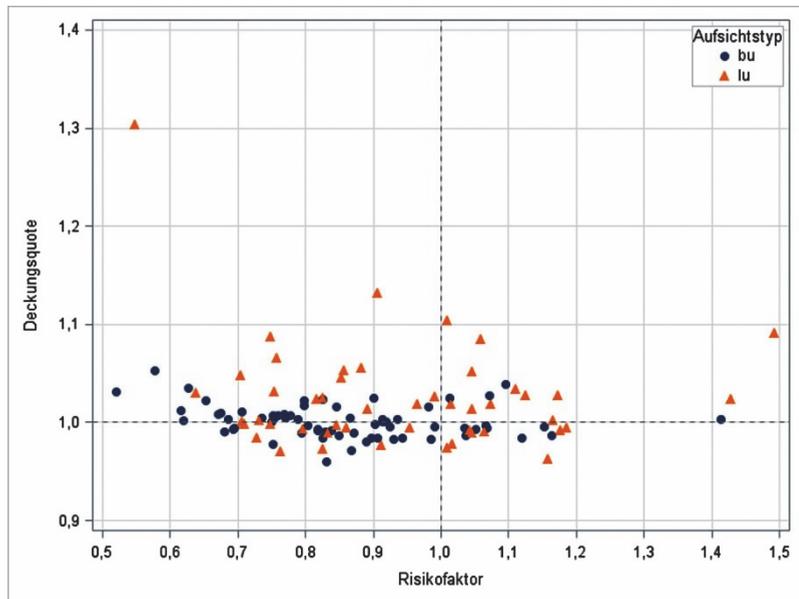


Notes: Based on 10% sample of claims submitted by health insurance plans to the German insurance regulator. Share validated calculated on level of ICD code and averaged across codes included in risk adjustment scheme (in RA) and excluded (Not in RA) for each year.

Quelle: Bauhoff, S. et al. 2017, S. 4

Insoweit die niedergelassenen Ärzte infolge von finanziellen Anreizen die jeweiligen 80 RSA-relevanten Krankheiten intensiver kodieren als die übrigen ca. 280 Krankheiten verzerren sie zugleich die Datenbasis bzw. einen repräsentativen Gesamtüberblick über das Krankheitsgeschehen. Darüber hinaus können die kompetitiven Bestrebungen um eine intensive Kodierung auch zu Wettbewerbsverzerrungen führen, denn die einzelnen Krankenkassen verfügen hier nicht über gleich wirksame Handlungsparameter. Obgleich in einem komplexen Gefüge zweifellos viele Faktoren auf die Einnahmen und Ausgaben der einzelnen Krankenkassen einwirken, fällt unabhängig von monokausalen Erklärungen in Abbildung 2 auf, dass die landesunmittelbaren Krankenkassen im Durchschnitt höhere Deckungsquoten als die bundesunmittelbaren Krankenkassen aufweisen. Die Methodik der Studie erlaubt allerdings keine Aussagen darüber, ob und inwieweit es sich bei den jeweiligen Diagnosen um „right-coding“ oder „upcoding“ handelt. Die finanziellen Anreize zur Beeinflussung des Kodierverhaltens der niedergelassenen Ärzte binden jedoch bei den Krankenkassen Ressourcen, die dann für andere Verwendungen nicht mehr zur Verfügung stehen.

Abbildung 2: Deckungsquoten nach Risikofaktor und Aufsichtstyp im Morbi RSA (Jahresausgleich 2015)



Quelle: BVA 2017

Das IGES Institut schätzt die Summe der Vergütungen, die aus Verträgen resultieren, auf der Ebene von Schleswig-Holstein auf 9,9 Mio. Euro und hochgerechnet auf die Bundesebene auf 290,7 Mio. Euro⁴⁵. Diese Schätzung deckt sich im Ergebnis weitgehend mit jener, die für den Zeitraum von 2014 bis Mitte 2016 einen Betrag von ca. 1 Mrd. Euro ermittelte⁴⁶. Aus diesen Zahlungen resultieren vor allem folgende Ineffizienzen⁴⁷:

- Die Ausgaben der Krankenkassen für die Intensivierung der ambulanten Diagnosestellung bei zuschlagsberechtigten Krankheiten besitzen zwar in der Regel keinen Einfluss auf die Qualität der Behandlung, fehlen bei gegebenem Budget aber dann für die medizinische Versorgung. Sie stellen unter diesem Aspekt weitgehend eine Vergeudung von Ressourcen dar und dürften kaum den Wünschen und Präferenzen von Versicherten und Patienten entsprechen.
- Solange die Zahlungen der Krankenkassen für eine intensivere Kodierung einen positiven (Netto-)Ertrag erbringen, besteht für sie ein finanzieller Anreiz, weiterhin in die Kodierung statt in die medizinische Versorgung zu investieren.

⁴⁵ vgl. IGES Institut 2017, S. 30.

⁴⁶ vgl. Schmergal, C. 2016.

⁴⁷ vgl. Bauhoff, S. et al. 2017.

- Sofern die Krankenkassen die durch gestiegene Kodierungen erzielten Überschüsse – zusätzliche Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds minus Ausgaben für Kodierungen – für andere Leistungen oder einer Senkung ihres (Zusatz-)Beitragsatzes einsetzen, bleibt auch offen, ob und inwieweit dies den Präferenzen von Versicherten und Patienten entspricht.
- Bei einem fixen Gesamtbudget verzerrt ein durchgehendes Wachstum der Kodierungen die Relativgewichte im RSA und kann so zu einer ineffizienten Ressourcenallokation führen.
- Sofern die zusätzlichen Patienten eine unterdurchschnittliche Krankheitsschwere aufweisen, führt ein Anstieg der Kodierungen bei diesen Krankheiten zu niedrigeren Durchschnittskosten und damit Zuweisungen für die Krankenkassen. Dies betrifft dann auch jene Krankenkassen bzw. deren Programme und Projekte, die das Kodierverhalten in einem geringeren Maße bzw. weniger erfolgreich beeinflussen.

Unabhängig von der Frage „right-coding“ oder „upcoding“ gibt es für diese problematische Beeinflussung der Kodierungen von niedergelassenen Ärzten durch die Krankenkassen im Rahmen von sog. Betreuungsstruktur – und hausarztzentrierten Verträgen inzwischen zahlreiche Hinweise, die über reine Verdachtsmomente hinausgehen.⁴⁸ In Anbetracht dieser offensichtlichen Verwerfungen hat der Gesetzgeber im Zuge des Gesetzes zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (HHVG) vom 04.04.2017 Maßnahmen zur Beeinflussung ambulanter Diagnosen untersagt. Gleichwohl gelangte das BVA bei einer Analyse von 54 sog. Betreuungsstrukturverträgen bundesweiter Krankenkassen zu dem Ergebnis, das fast alle von den Krankenkassen mit den ambulanten Ärzten zur besseren Dokumentation von Patientendiagnosen geschlossene Verträge rechtswidrig sind⁴⁹. Der Präsident des BVA forderte daraufhin die Krankenkassen und die Ärzte schriftlich zu einem rechtskonformen Verhalten auf und kündigte Überprüfungen aller, d. h. auch der landesunmittelbaren Krankenkassen an. Unabhängig davon existiert aber immer noch die Möglichkeit, die ambulante Diagnosestellung im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung zu beeinflussen. So besteht bei der Chronikerpauschale hinsichtlich der Diagnosestellung ein Vergütungsanreiz, der nicht auf die entsprechende Kodierung abstellt.⁵⁰

Beeinflussung der Kodierungen

⁴⁸ vgl. Bundesregierung 2016, S. 4f.; FAZ 2016, S. 15; IGES Institut 2017, S. 12ff; Bereits vor Einführung des Morbi-RSA gab es in der Literatur Hinweise, dass die direkte bzw. spezifische Morbiditätsorientierung bei den Krankenkassen Anreize zur Beeinflussung der Diagnoseerstellung setzt (vgl. Wille, E., Ulrich, V. und Schneider, U. 2007, s. 37f.).

⁴⁹ vgl. FAZ 2017 S. 20.

⁵⁰ vgl. IGES Institut 2017, S. 8.

Offensichtliche Wettbewerbsverzerrungen

4.3 Zwischenergebnis: Reformdiskussion notwendig

Diese Beispiele zeigen, dass die Aufsichtsbehörden der Bundesländer den landesunmittelbaren Krankenkassen sowohl auf der Einnahmen- als auch auf der Ausgabenseite wettbewerbsrelevante Vorteile bzw. Freiräume gewährten und teilweise immer noch eröffnen, die bei gleichen Fallkonstellationen das BVA den bundesunmittelbaren Krankenkassen verwehrt. Diese unterschiedlichen Aufsichtspraktiken verzerren nicht nur den Wettbewerb zuungunsten der bundesunmittelbaren Krankenkassen, sondern können auch die Entscheidungen von Krankenkassen über Markteintritte, die Ausdehnung ihrer Geschäftstätigkeit auf ein weiteres Bundesland und Fusionsprozesse beeinflussen.⁵¹ Sie beeinträchtigen bzw. hemmen damit auch den strukturellen Wandel innerhalb der Krankenkassen, der bei einer einheitlichen Kassenaufsicht anders, sehr wahrscheinlich zügiger, ablaufen dürfte. Angesichts dieser gespaltenen wettbewerblichen Rahmenordnung und der mit ihr einhergehenden Effekte und Anreize überrascht es nicht, dass eine Krankenkasse mit dem BVA über die Frage ihrer Bundes- oder Landesunmittelbarkeit in Konflikt geriet.⁵²

Vor dem Hintergrund dieser wettbewerblichen Verwerfungen und Effizienzverluste, die aus der geteilten Kassenaufsicht resultieren, erscheint die Feststellung der Bundesregierung, „die sowohl verfassungsrechtlich als auch gesetzlich vorgesehene Aufteilung der Aufsichtszuständigkeiten über die Krankenkassen hat sich grundsätzlich bewährt“⁵³ schwer nachvollziehbar. Die Bundesregierung bemühte sich zwar in der Vergangenheit, im Zuge der laufenden Gesetzgebung einigen offensichtlichen wettbewerblichen Verwerfungen entgegen zu steuern, die grundlegenden Motive für die unterschiedlichen Aufsichtspraktiken von BVA und den Behörden der Bundesländer bleiben jedoch nach wie vor bestehen:

- Sofern sich die landesunmittelbaren Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen (KVen) oder einer großen Gruppe von Ärzten über bestimmte Verträge einigen, scheuen sich die Landesbehörden vor einem Eingriff bzw. einer Beanstandung selbst dann, wenn diese Abkommen mit dem geltenden Recht in Konflikt stehen können⁵⁴.
- In die Zuständigkeit der überwiegenden Mehrzahl der Landesaufsichten fallen noch maximal 3 landesunmittelbare Krankenkassen.

⁵¹ vgl. Monopolkommission 2017, S. 59.

⁵² vgl. Dienst für Gesellschaftspolitik 2017, S. 12ff.

⁵³ Bundesregierung 2016, S. 5.

⁵⁴ Als die Primär- und Ersatzkassen mit den KVen noch getrennt über die ärztliche Vergütung verhandelten, akzeptierten die Aufsichtsbehörden der Bundesländer bei den Primärkassen mehrfach Verträge, die von den Landesschiedsämtern bei den Ersatzkassen als nicht vereinbar mit den rechtlichen Vorgaben abgelehnt wurden.

sen, was auch aus Effizienzgründen eine Reduktion der personellen Infrastruktur im entsprechenden Prüfungswesen nahelegt (siehe auch unten unter V.).

- Die Bundesländer können an der Wettbewerbsfähigkeit landesunmittelbarer Krankenkassen ein politisches Interesse besitzen und ihnen – vor allem vor Landtagswahlen – dazu verhelfen, Erhöhungen von (Zusatz-)Beiträgen möglichst zu vermeiden.⁵⁵

Im Hinblick auf eine „an gleichen Wettbewerbsbedingungen ausgerichtete bundesgesetzliche Regulierung verwundert es“, dass die Wettbewerbsverzerrungen und Effizienzverluste, die mit der geteilten Kassenaufsicht einhergehen, „nicht zu Reformdiskussionen führen“.⁵⁶

⁵⁵ ähnlich Wille, E. 1999, S. 133.

⁵⁶ Epsen, I. 2014, S. 316.

5. Reformoptionen unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten

5.1 Regelungen zur stärkeren Kooperation: Zur Weiterentwicklung des § 90 Abs. 4 SGB IV

Im Rahmen des *Status quo* kommt eine verstärkte Kooperation zwischen den Aufsichtsbehörden auf Bundes- und Länderebene in Betracht. Eine solche ist auch in § 90 Abs. 4 SGB IV vorgesehen. Welche Formen des Austausches dadurch bereits möglich sind und welches Entwicklungspotential die Norm bietet, soll im Folgenden untersucht werden.

a) Vorhandene Ansätze

Erfahrungsaustausch der Aufsichtsbehörden

Durch § 90 Abs. 4 S. 1 SGB IV werden die Aufsichtsbehörden der Sozialversicherungsträger zum regelmäßigen Erfahrungsaustausch verpflichtet.⁵⁷ Zwar spricht der Wortlaut „treffen sich“ nicht direkt für eine Verpflichtung, jedoch wäre die bloße Festschreibung einer bereits bestehenden Verwaltungspraxis ohne damit einhergehende Verpflichtung nicht notwendig gewesen.⁵⁸ Ein Erfahrungsaustausch der Aufsichtsbehörden hatte nämlich bereits vor der gesetzlichen Normierung zweimal jährlich auf der sog. Aufsichtsbehördentagung stattgefunden, wobei der Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung einen maßgeblichen Schwerpunkt bildete.⁵⁹ Weiterhin findet ein Erfahrungsaustausch durch Veröffentlichung von BVA-Rundschreiben, Erstellung gemeinsamer Arbeitspapiere sowie anlassbezogene Einberufungen von Bund-Länder-Arbeitsgruppen statt. Grundsätzlich ist die Form des Erfahrungsaustauschs nicht vorgeschrieben, er könnte daher auch schriftlich oder fernmündlich, sowie in Form von Besprechungen erfolgen.⁶⁰ Der Erfahrungsaustausch der Aufsichtsbehörden hat regelmäßig Leitfäden⁶¹ und Grundsätze⁶² zum Ergebnis, die den Sozialversicherungsträgern als Maßstab einer einheitlichen Aufsichtsführung für bestimmte Themenfelder dienen sollen.⁶³ Zudem nehmen nach Satz 2 auch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und das Bundesministe-

⁵⁷ Krauskopf/Baier, § 90 SGB IV, Rn. 12; Winkler/Breitkreutz, § 90 SGB IV, Rn. 9.

⁵⁸ Krauskopf/Baier, § 90 SGB IV, Rn. 12.

⁵⁹ Krauskopf/Baier, § 90 SGB IV, Rn. 12; Winkler/Breitkreutz, § 90 SGB IV, Rn. 9; Kreikebohm/Schütte-Geffers, § 90 SGB IV, Rn. 17.

⁶⁰ Krauskopf/Baier, § 90 SGB IV, Rn. 12.

⁶¹ z. B. Grundleitfaden für Anzeigen zur Beschaffung bzw. Entwicklung von Datenverarbeitungsanlagen und -systemen sowie -programmen nach § 85 Abs. 1 Sätze 2 bis 6 SGB IV, abrufbar unter: http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/Datenschutz_Datensicherheit/Grundleitfaden_85.pdf (21.4.2017).

⁶² z. B. Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung, abrufbar unter: http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/Krankenversicherung/Gemeinsame_Wettbewerbsgrundsätze_2016.pdf (21.4.2017).

⁶³ Kreikebohm/Schütte-Geffers, § 90 SGB IV, Rn. 19.

rium für Ernährung und Landwirtschaft an diesem Erfahrungsaustausch teil, soweit dieser Angelegenheiten der Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau betrifft.

Der durch § 90 Abs. 4 SGB IV normierte Austausch zielt jedoch nicht auf eine gleichgerichtete Anwendung der einschlägigen Regelungen ab. Verpflichtende Vorschriften zu einer einheitlichen Prüf- und Entscheidungspraxis existieren demnach nicht, obwohl der Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Prüfungen bundeseinheitliches Recht betrifft. Insbesondere sieht auch § 89 Abs. 1 SGB IV nur ein optionales und kein zwingendes Einschreiten der Aufsicht bei der Identifikation von Rechtsverletzungen vor.

b) Mögliche Erweiterungen

Es existieren also im Wesentlichen zwei mögliche Ansatzpunkte, um eine erweiterte Kooperation zwischen den Aufsichtsbehörden herzustellen: Zum einen eine Erweiterung des Erfahrungsaustauschs und zum anderen eine zwingende Ausgestaltung der Aufsichtsrechte und -pflichten.

aa) Erweiterung des Erfahrungsaustauschs

Für die Erweiterung des Erfahrungsaustauschs zwischen den Aufsichtsbehörden kommt neben einer Erhöhung seiner Frequenz insbesondere eine weitergehende Systematisierung desselbigen in Betracht. Die alle 6 Monate stattfindenden Aufsichtsbehördentagungen liefern dazu bereits einen wichtigen Beitrag. Um jedoch die Effizienz der Aufsichtsbehörden durch weitere zeitaufwendige Termine nicht zu behindern, bieten sich ein verstärkter schriftlicher Austausch sowie die Einrichtung einer Datenbank an. Dies könnte im Einzelnen wie folgt ausgestaltet werden:

- Verpflichtende Veröffentlichung der Tagesordnungen und Protokolle der Aufsichtsbehördentagungen sowie der Bund-Länder-AG-Sitzungen
- Systematische Information über aufsichtsrechtliche Maßnahmen nach Aufsichtseingaben („sprechende“ Information an Beschwerdeführer)
- Systematische Veröffentlichung wichtiger Aufsichtsentscheidungen im Rahmen einer Datenbank
- Systematische Veröffentlichung genehmigter Selektivverträge (Datenbank)

Effizienzsteigerung durch erweiterten Austausch

Wie bereits erwähnt⁶⁴ schreibt § 90 Abs. 4 SGB IV keine bestimmte Form für den Erfahrungsaustausch vor, sodass dies grundsätzlich auch schriftlichen Austausch oder die Einrichtung einer Datenbank ermöglicht. Umso mehr gilt dies deshalb, weil diese Mittel des Erfahrungsaustausches nur zusätzlich zu den weiterhin stattfindenden

⁶⁴ s.o. III.2.a).

Aufsichtsbehördentagungen vorgesehen werden. Auf diese Weise wird kein Einfluss auf die Entscheidungsfindung der jeweils anderen Behörden genommen, sondern diesen nur eine erweiterte Grundlage für eine eigene Entscheidung geboten. Einem in dieser Form erweiterten Erfahrungsaustausch begegnen somit auch aus rechtlicher Sicht keine Bedenken.

bb) Zwingende Ausgestaltung der Aufsichtsrechte und -pflichten

Gegenüber dem erweiterten Erfahrungsaustausch stellt die zwingende Ausgestaltung der Aufsichtsrechte und -pflichten ein rechtlich einschneidendes Mittel dar. Entscheidend ist, dass auch an dieser Stelle nicht die Grenze zu einer unzulässigen Mischverwaltung überschritten werden darf. Die Aufsichtsrechte dürfen nicht so ausgestaltet werden, dass das BVA und die Landesaufsichtsbehörden dadurch wechselseitig Einfluss auf ihre Entscheidungen nehmen können.

cc) Änderung des optionalen Einschreitens in ein obligatorisches Einschreiten der Aufsicht bei der Identifikation von Rechtsverletzungen (§ 89 Abs. 1 SGB IV)

In § 89 Abs. 1 SGB IV ist bislang ein mehrstufiges Verfahren der Aufsichtsbehörde bei der Identifikation von Rechtsverletzungen vorgesehen: Nach Satz 1 soll die Aufsichtsbehörde zunächst beratend darauf hinwirken, dass der Versicherungsträger die Rechtsverletzung behebt. Nach Ablauf einer angemessenen Frist kann die Aufsichtsbehörde den Versicherungsträger dann auf der zweiten Stufe dazu verpflichten, die Rechtsverletzung zu beheben (Satz 2). Das Einschreiten steht also letztlich im Ermessen der jeweiligen Aufsichtsbehörde.⁶⁵ Durch das gestufte Verfahren wird das Ermessen bereits eingeschränkt,⁶⁶ jedoch nur im Sinne einer Verzögerung des Einschreitens.

Dass der Gesetzgeber hier den Aufsichtsbehörden einen Ermessensspielraum zugebilligt hat, ist jedoch keinesfalls zwingend. Die in Art. 20 Abs. 3 GG kodifizierte Gewaltenteilung weist der gesetzgebenden Gewalt die Aufgabe zu, als demokratisch gewähltes Verfassungsorgan Gesetze zu erlassen. Aus dieser Gestaltungsfunktion des Gesetzgebers lässt sich auch ein gewisser Einschätzungsspielraum auf dessen Seite ableiten.⁶⁷ Solange er dabei nicht gegen die Verfassung und die darin zum Ausdruck kommenden Grundsätze verstößt, kann er neue Gesetze erlassen oder vorhandene verändern. Hier besteht dafür mit dem Ziel der Vereinheitlichung der

⁶⁵ Krauskopf/Baier, § 89 SGB IV, Rn. 10; Winkler/Breitkreutz, 2. Aufl. 2016, § 89 SGB IV, Rn. 4.

⁶⁶ BSG, Urteil v. 11.12.2003 – B 10 A 1/02 R, SozR 4-2400 § 89 Nr. 2, Rn. 20; Winkler/Breitkreutz, § 89 SGB IV, Rn. 4.

⁶⁷ Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, S. 227.

Kassenaufsicht im Interesse der Gleichbehandlung, Effizienzsteigerung und Wettbewerbsneutralität auch ein sachlicher Grund.

dd) Schaffung verpflichtender Vorschriften zu einer einheitlichen Prüf- und Entscheidungspraxis; Einrichtung einer Clearingstelle

Weiterhin käme in Betracht, die Aufsichtsbehörden per Gesetz zu einer einheitlichen Prüf- und Entscheidungspraxis zu verpflichten. Fraglich wäre dann jedoch, wie in Fällen in denen gerade keine einheitliche Prüf- und Entscheidungspraxis besteht, zu entscheiden ist, ob nun der Landes- oder Bundespraxis als Leitbild zu folgen ist. Diesem Problem könnte mit der Einrichtung einer Clearingstelle mit Entscheidungskompetenz für den Fall divergierender Rechtsauslegungen und Aufsichtsentscheidungen begegnet werden, wobei es weiterhin einer genaueren Regelung des Verfahrens der Clearingstelle bedürfte.

**Einheitliche
Praxis für Auf-
sichtsbehörden**

Andererseits wirft ein solches Modell aus zwingend einheitlicher Prüf- und Entscheidungspraxis sowie Letztentscheidungskompetenz einer Clearingstelle andere Probleme auf. Die gemeinsame *rechtliche* Bindung an ein durch die vorgegebene Einheitlichkeit „genormtes“ Aufsichtsverfahren weist eine enorme Nähe zu der durch das Bundesverfassungsgericht als unzulässige Mischverwaltung deklarierten Hartz IV-Arbeitsgemeinschaft auf.⁶⁸ Zwar würde hier durch die Aufsichtsbehörden keine Arbeitsgemeinschaft gebildet, jedoch kann aufgrund der Vereinheitlichung der Prüf- und Entscheidungspraxis nicht mehr von einer eigenständigen Entscheidung der jeweiligen Behörde die Rede sein. Es handelt sich um eine erzwungen gemeinsame Entscheidung – wenn auch im jeweiligen Zuständigkeitsbereich. An dieser Stelle verschwimmen die Grenzen hin zur unzulässigen Mischverwaltung. Aus diesem Grund ist eine bindend einheitliche Prüf- und Entscheidungspraxis in Verbindung mit der Einrichtung einer Clearingstelle als rechtlich nicht umsetzbar einzuschätzen.

c) Ergebnis: Keine Umgehung grundgesetzlicher Rahmenvorgaben

Auch unterhalb einer Grundgesetzänderung kann das Ziel der verbesserten Effizienz und Wettbewerbsneutralität in der Aufsicht über die gesetzliche Krankenkasse gefördert werden, soweit dabei die grundgesetzlichen Rahmenvorgaben nicht umgangen werden. Werden lediglich die in § 90 Abs. 4 SGB IV bereits enthaltenen Vorgaben zum Erfahrungsaustausch zwischen den Behörden durch die Einrichtung einer Datenbank und den verstärkten schriftlichen Austausch erweitert, ergeben sich insoweit keine Konflikte. Gleiches gilt für die Umwandlung der Ermessensentscheidung über das Einschreiten der Aufsichtsbehörde nach § 89 Abs.1 SGB IV in eine zwingende Norm. Der einfachgesetzliche Zwang zur Kooperation

⁶⁸ s. dazu näher u. VI.3.c)dd).

führt nicht zur Änderung der Rechtsaufsicht und damit nicht zu einer Verletzung des Art. 87 Abs. 2 GG.

Anders sieht es jedoch im Hinblick auf die Verpflichtung zur einheitlichen Prüf- und Entscheidungspraxis und der Einrichtung einer Clearingstelle für den Fall divergierender Rechtsauslegungen und Aufsichtsentscheidungen aus. Aufgrund der großen Nähe dieses Modells zur unzulässigen Mischverwaltung erscheint eine solche Vereinheitlichung auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive als nicht umsetzbar.

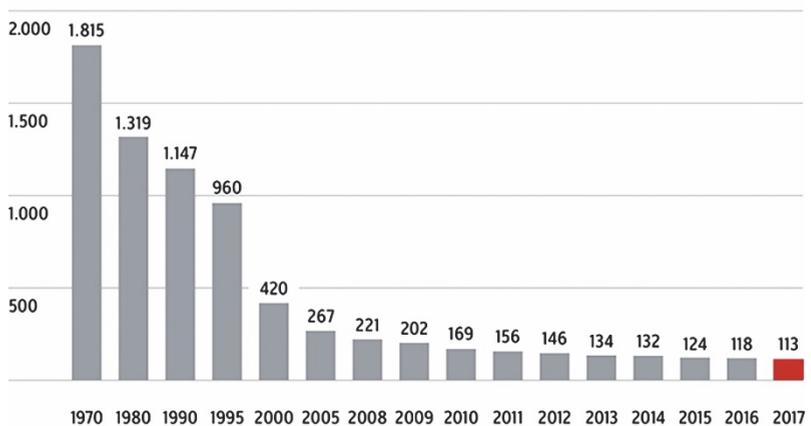
5.2 Zahl der Krankenkassen und Zuständigkeiten der Aufsichten im Wandel

a) Die Entwicklung von landes- und bundesunmittelbaren Krankenkassen

Die Zahl der Krankenkassen belief sich im Jahre 1970 noch auf 1.815. Sie nahm im Zuge von Konzentrationsprozessen durch Fusionen, wie Abbildung 3 ausweist, über 1.319 im Jahre 1980, 1.147 im Jahre 1990, 420 im Jahre 2000 und 169 im Jahre 2010 inzwischen (Juni 2017) auf 113 ab. Dies bedeutet, dass die Zahl der Krankenkassen in diesem Zeitraum auf 6,3 % ihres Ausgangsniveaus schrumpfte.

Abbildung 3: Die Anzahl der Krankenkassen im Zeitablauf von 1970 bis 2017

Anzahl der Krankenkassen im Zeitablauf - Konzentrationsprozess durch Fusionen (Angaben zum Stichtag 1.1.)

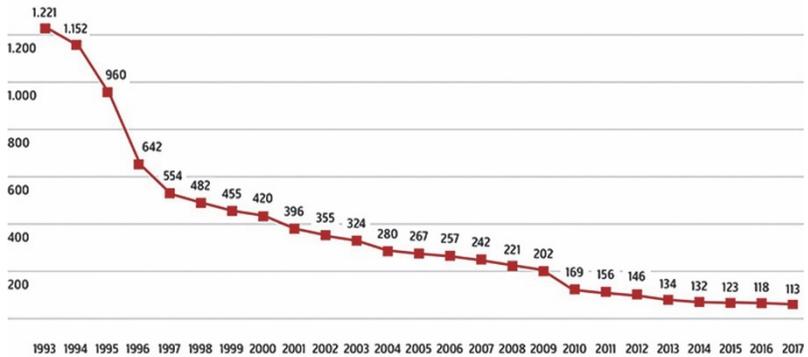


Eine jährliche Betrachtung dieses Schrumpfungsprozesses in Abbildung 4 zeigt zwischen 1993 und 2017 drei verschiedene Perioden, in denen die Anzahl der Krankenkassen in unterschiedlicher Intensität zurückging. Sie sank zunächst kräftig von 1993 bis 1997 von 1.221 auf 554, d. h. auf 45,4 % des Ausgangsniveaus ab. Zwischen 1997 und 2010 fand ein deutlich geringerer durchschnittlicher jährlicher Rückgang von 554 auf 169 statt, der sich bis 2017 noch weiter abschwächte. Gegenüber dem Jahr 2010 liegt der heutige Bestand an Krankenkassen bei 66,9 %. Gleichwohl gab es im Zeitraum zwischen 1993 und 2017 kein Jahr ohne eine Abnahme der Anzahl an Krankenkassen.

Der Rückgang der Anzahl der Krankenkassen weist in Niveau und zeitlicher Abfolge, wie Tabelle 1 belegt, zwischen den Kassenarten deutliche Unterschiede auf. Die Zahl der Ortskrankenkassen sank zwischen 1992 und 1997 infolge von Konzentrationsprozessen auf der Ebene der Bundesländer von 271 auf 18 und blieb dann bis 2006 mit 17 Krankenkassen weitgehend auf diesem Niveau. Ein weiterer Konzentrationsprozess führte im Jahre 2013 zu einer Reduktion auf 11 Krankenkassen, die auch im Jahre 2016 noch existierten. Im Vergleich zu den Ortskrankenkassen vollzog sich der Rückgang der Betriebskrankenkassen von 741 im Jahre 1992 über 337 in 2000 und 130 in 2010 auf 93 im Jahre 2016 im Zeitablauf etwas gleichmäßiger. Die Betriebskrankenkassen stellten mit 60,1 % im Jahre 1992 und 78,8 % in 2016 in jedem Jahr den größten Anteil an den gesetzlichen Krankenkassen. Am gleichmäßigsten und auch am schwächsten verlief die Abnahme der Zahl der Ersatzkassen von 15 im Jahre 1992 über 10 in 2007 auf 6 im Jahre 2016. Die landwirtschaftlichen Krankenkassen, deren Zahl im Jahre 1992 21 und im Jahre 2012 noch 9 betrug, fusionierten 2013 zu einer gemeinschaftlichen Krankenkasse. Einen ähnlich starken Schrumpfungsprozess erlebten die Innungskrankenkassen mit 173 Krankenkassen im Jahre 1992, 32 in 2000 und 6 im Jahre 2016. Ihr Anteil ging im Beobachtungszeitraum von 14,1 % in 1992 auf 5,1 % im Jahre 2016 zurück.

Abbildung 4: Der jährliche Rückgang der Anzahl von Krankenkassen von 1999 bis 2017

Anzahl der Krankenkassen



Darstellung: GKV-Spitzenverband; Quelle: GKV-Spitzenverband; Stichtag: 1. Januar

Tabelle 1: Die Entwicklung nach Krankenkassenarten von 1992 bis 2016

Jahr ⁽¹⁾	Kassen Insgesamt ⁽²⁾	Orts-	Be- triebs-	In- nungs-	Land- wirtsch.	Er- satz- kas- sen für Ar- beiter und Ange- stellte
Krankenkassen						
Anzahl						
1992	1.223	271	741	173	21	15
1993	1.221	269	744	169	22	15
1994	1.152	235	719	160	21	15
1995	960	92	690	140	21	15
1996	642	20	532	53	20	15
1997	554	18	457	43	20	14
1998	482	18	386	43	20	13
1999	455	17	361	42	20	13
2000	420	17	337	32	20	12
2001	396	17	318	28	19	12
2002	355	17	287	24	13	12
2003	324	17	260	23	10	12

Jahr ⁽¹⁾	Kassen Insge- samt ⁽²⁾	Orts-	Be- triebs-	In- nungs-	Land- wirtsch.	Er- satz- kas- sen für Ar- beiter und Ange- stellte
Krankenkassen						
Anzahl						
2004	279	17	222	19	9	10
2005	267	17	210	19	9	10
2006	257	17	200	19	9	10
2007	242	16	189	16	9	10
2008	220	15	170	17	9	8
2009	202	15	155	14	9	8
2010	169	14	130	9	9	6
2011	156	12	121	7	9	6
2012	146	12	112	6	9	6
2013	134	11	109	6	1	6
2014	132	11	107	6	1	6
2015	124	11	99	6	1	6
2016	118	11	93	6	1	6

¹⁾ Stand jeweils 1. Januar.

²⁾ Summe aller hier erwähnten Kassen zuzüglich 2 Krankenkassen, die See-Krankenkasse und die Bundesknappschaft bis 2007, ab 2008 1 Knappschaft-Bahn-See (KBS).

³⁾ Kassen mit Sitz in den neuen Ländern.

⁴⁾ Ab 1995 wird Berlin-Ost dem Früh. Bundesgebiet zugerechnet.

Quelle: Bundesministerium für Gesundheit 2017, S. 114

Eine Trennung der Krankenkassen in bundes- und landesunmittelbare in Tabelle 2 zeigt, dass beide im Zeitraum von 1993 bis 2007 deutlich abnahmen, das negative Wachstum bei den landesunmittelbaren Krankenkassen aber spürbar stärker ausfiel. Während die bundesunmittelbaren Krankenkassen im Beobachtungszeitraum von 286 in 1993 auf 66 in 2017, d. h. auf 30,1 % ihres Ausgangsbestandes, zurückgingen, schrumpften die landesunmittelbaren von 935 (1993) auf 47 (2017), d. h. auf 5,0 % ihres ursprünglichen Niveaus. Im Zuge dieser unterschiedlichen Entwicklung nahm der Anteil der landesunmittelbaren Krankenkassen zwischen 1993 und 2017 von 76,6 % auf 41,6 % ab, während der Anteil der bundesunmittelbaren in diesem Zeitraum von 23,4 % auf 58,4 % anstieg. Ab dem Jahre 2004 übertraf der Anteil der bundesunmittelbaren Krankenkassen in jedem Jahr jenen

der landesmittelbaren. Diese Entwicklung eines steigenden Anteils der bundesunmittelbaren Krankenkassen schwächte sich allerdings in den letzten 10 Jahren ab und verlief auch nicht mehr kontinuierlich von Jahr zu Jahr.

Tabelle 2: Anzahl und Anteil der bundes- und landesmittelbaren Krankenkassen von 1993 bis 2017

Jahr	bundesunmittelbar		landesunmittelbar		insgesamt
	Anzahl	Anteil in %	Anzahl	Anteil in %	
1993	286	23,4	935	76,6	1.221
1994	293	25,4	859	74,6	1.152
1995	269	28,0	691	72,0	960
1996	250	38,9	392	61,1	642
1997	179	32,3	375	67,7	554
1998	178	36,9	304	63,1	482
1999	174	38,2	281	61,8	455
2000	174	41,4	246	58,6	420
2001	165	41,7	231	58,3	396
2002	162	45,6	193	54,4	355
2003	151	46,6	173	53,4	324
2004	146	52,1	134	47,9	280
2005	144	53,9	123	46,1	267
2006	138	53,7	119	46,3	257
2007	133	55,0	109	45,0	242
2008	117	52,9	104	47,1	221
2009	102	50,5	100	49,5	202
2010	93	55,0	76	45,0	169
2011	88	56,4	68	43,6	156
2012	82	56,2	64	43,8	146
2013	80	60,0	54	40,0	134
2014	78	59,0	54	41,0	132
2015	71	57,7	52	42,3	123
2016	69	58,5	49	41,5	118
2017 ¹⁾	66	58,4	47	41,6	113

¹⁾ Stand Juni 2017

Quelle: Dargestellt und errechnet aus: Bundesversicherungsamt 2017 und GKV-Spitzenverband 2017

Wie sich die derzeit noch bestehenden 47 landesunmittelbaren Krankenkassen auf die einzelnen Bundesländer und damit auf die

jeweiligen Landesaufsichten verteilen, lässt sich Tabelle 3 entnehmen⁶⁹. Danach entfallen auf Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen je 9 Krankenkassen, gefolgt von Bayern mit 7 und Hessen mit 6. In allen anderen Bundesländern unterstehen weniger als 5 Krankenkassen der Aufsichtsbehörde des jeweiligen Bundeslandes, d. h. 4 in Rheinland-Pfalz und je 3 in Brandenburg und Niedersachsen sowie 2 in Thüringen⁷⁰. In Bremen, im Saarland, in Sachsen und in Sachsen-Anhalt beaufsichtigen die Bundesländer jeweils nur noch eine Krankenkasse und in Berlin, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein untersteht keine Krankenkasse mehr der Landesaufsicht.

Tabelle 3: Die Verteilung der landesmittelbaren Krankenkassen auf die Bundesländer im Juni 2017

(1) Baden-Württemberg: 9 Krankenkassen
AOK Baden Württemberg
BKK Aesculap (b)
BKK Groz-Beckert (b)
BKK MAHLE (b)
BKK Rieker.Ricosta.Weisser (b)
BKK Scheufelen
BKK Schwarzwald-Baar-Heuberg
BKK Voralb HELLER*INDEX*LEUZE (b)
Metzinger BKK
(2) Nordrhein-Westfalen: 9 Krankenkassen
AOK NordWest- Die Gesundheitskasse
AOK Rheinland/Hamburg – Die Gesundheitskasse
BKK BPW Bergisch Achsen KG (b)
BKK EUREGIO
BKK GRILLO-WERKE AG (b)
BKK VDN
BKK DürkoppAdler
DIE BERGISCHE KRANKENKASSE

⁶⁹ siehe hierzu auch Dienst für Gesellschaftspolitik 2016a, S. 71.

⁷⁰ Dabei wiesen die bestehenden Krankenkassen in Thüringen zum Stichtag 1. April 2017 zusammen nur 16.151 Versicherte auf; vgl. Dienst für Gesellschaftspolitik 2017b, S. 13.

(3) Bayern: 7 Krankenkassen
AOK Bayern- Die Gesundheitskasse
BKK Akzo Nobel Bayern
BKK Faber-Castell & Partner
BKK KBA (b)
BKK STADT AUGSBURG (b)
BKK Textilgruppe Hof
Krones BKK (b)
(4) Hessen: 6 Krankenkassen
AOK – Die Gesundheitskasse in Hessen
BKK HENSCHEL Plus
BKK Herkules
BKK KARL MAYER (b)
BKK Werra-Meissner
Merck BKK (b)
(5) Rheinland-Pfalz: 4 Krankenkassen
AOK Rheinland-Pfalz/Saarland- Die Gesundheitskasse
BKK EVM (b)
BKK PFAFF
BKK VITAL
(6) Brandenburg: 3 Krankenkassen
AOK Nordost- Die Gesundheitskasse
Brandenburgische BKK
IKK Brandenburg und Berlin
(7) Niedersachsen: 3 Krankenkassen
AOK- Die Gesundheitskasse für Niedersachsen
BKK EWE (b)
BKK Public
(8) Thüringen: 2 Krankenkassen
BKK MEM
Thüringer Betriebskrankenkasse
(9) Bremen: 1 Krankenkasse
AOK Bremen/ Bremerhaven

(10) Saarland: 1 Krankenkasse
IKK Südwest
(11) Sachsen: 1 Krankenkasse
AOK PLUS- Die Gesundheitskasse für Sachsen und Thüringen
Sachsen-Anhalt: 1 Krankenkasse
AOK Sachsen-Anhalt- Die Gesundheitskasse

(b) = betriebsbezogen, d. h. nur für Mitarbeiter wählbar

Quelle: Zusammengefasst aus GKV-Spitzenverband (2017): Krankenkassenliste.

b) Konsequenzen für die Kassenaufsicht

Die geltende getrennte Kassenaufsicht trägt dieser Entwicklung der in den letzten Jahrzehnten stark gesunkenen Anzahl von Krankenkassen und der damit einhergehenden weit überproportionalen Schrumpfung der landesmittelbaren Krankenkassen nicht hinreichend Rechnung. Die geltende Kassenaufsicht entstammt als historisch gewachsenes Konstrukt einer Zeit, in der eine im Vergleich zu heute unterschiedliche Krankenkassenlandschaft existierte. Dies gilt nicht nur für die Zahl der Krankenkassen, sondern auch für die Wettbewerbsbedingungen und die mit ihnen einhergehenden Aufgaben der jeweiligen Aufsichtsbehörden. Bei einer Anzahl von 1850 (1970) oder 1.221 (1993) Krankenkassen erschien schon unter Praktikabilitätsaspekten eine Bündelung der Rechtsaufsicht auf Bundesebene bzw. bei BVA nicht oder kaum durchführbar. Insofern besaß die geltende Kassenaufsicht, auch was die Effizienz betrifft, lange Zeit ihre Berechtigung. Seit Mitte der 90er Jahre aber schufen die Erweiterung der Krankenkassenwahl und die Intensivierung des Wettbewerbs mit dem Postulat gleicher Wettbewerbsbedingungen bzw. größtmöglicher Chancengleichheit für alle Krankenkassen sowie die Ausgestaltung des Morbi-RSA neue und teilweise sehr komplexe Aufgaben für die Aufsichtsbehörden.

Mit dieser erheblichen Reduktion der Krankenkassen ging auch eine Verschiebung der Zuständigkeiten der Aufsichten von BVA und Landesbehörden einher. So können Fusionen von Krankenkassen oder eine Erweiterung ihres Geschäftsbereiches um ein Bundesland dazu führen, dass die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde eines Bundeslandes entfällt bzw. auf das BVA übergeht. Die geteilte Kassenaufsicht hat zwar, wie schon oben unter Punkt IV kritisiert, den Fusions- bzw. Strukturwandlungsprozess innerhalb der Krankenkassen eher behindert, aber letztlich nicht entscheidend abgebremst oder gar zum Stillstand gebracht. Es steht daher zu erwarten, dass die Fortsetzung dieses Strukturwandels, vor allem im Zuge von Fusionen, die Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden der Bundesländer über landesunmittelbare Krankenkassen weiter vermindert.

Veränderung der Anzahl der Krankenkassen

Folgen der Reduktion der Krankenkassen

Wenn in die Zuständigkeit eines Bundeslandes nur noch die Beaufsichtigung von ein oder zwei Krankenkassen fällt, stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die jeweilige Behörde die ihr damit übertragenen Aufgaben noch effizient wahrzunehmen vermag. Es besteht hier einerseits die Gefahr, dass die Bewältigung der anspruchsvollen Prüfung von „Geschäfts-, Rechnungs- und Betriebsführung“ im Sinne des § 274 Abs. 1 SGB V eine aufwändige personelle Infrastruktur erfordert, die sich in Kürze, d. h. bei einer anstehenden Fusion, als nicht mehr notwendig erweisen kann. Bei einer Einschränkung der personellen Kapazitäten droht andererseits eine Reduktion von Umfang und Spezifität bzw. Qualität der Prüfungstätigkeit und damit zwangsläufig ein Abweichen von dem Niveau der entsprechenden Tätigkeit des BVA. Im Gegensatz dazu erlaubt die sich ständig reduzierende Zahl von Krankenkassen inzwischen in organisatorischer Hinsicht eine Bündelung der Tätigkeiten mit dem Ziel einer stringenten und einheitlichen Prüfung.

5.3 Vor- und Nachteile alternativer Ansätze

Bei den möglichen Reformoptionen, die unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten die geltende geteilte Kassenaufsicht verbessern können, stehen vor allem folgende alternative Ansätze zur Diskussion:

- (1) die Erhöhung von Transparenz und Stringenz der geteilten Prüfungstätigkeit
- (2) die Verlagerung der kompletten Finanzaufsicht auf das BVA bei weiterhin geteilter Kassenaufsicht
- (3) die Durchführung der Kassenaufsicht ausschließlich durch die Behörden der Bundesländer
- (4) eine zentrale Kassenaufsicht durch das BVA
- (5) die funktionale Zuordnung der Prüfungstätigkeiten auf das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer sowie
- (6) eine Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden der Bundesländer nur ab 3 landesunmittelbaren Krankenkassen

Transparenz- erhöhung der geteilten Prüfungstätigkeit

zu (1) Das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer stehen, wie bereits oben unter Punkt IV erwähnt, auf vielfältige Weise in einem regelmäßigen Erfahrungsaustausch. Dieser ließe sich durch verpflichtende systematische Informationen, z. B. über wichtige Entscheidungen der jeweiligen Aufsichtsbehörden sowie genehmigte Selektivverträge, noch intensivieren. Diese Verpflichtungen betreffen aber nur den Informationsaustausch zwischen den Aufsichtsbehörden und vermögen insofern keine einheitliche Prüfungs- und Entscheidungspraxis herbeizuführen oder gar zu garantieren. Ein solcher Informations- und Meinungs-austausch, u. a. mit

der Verständigung auf gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze, existiert inzwischen seit über 20 Jahren,⁷¹ ohne seitdem die Wettbewerbsverzerrungen, die zwischenzeitlich z. B. im Zuge von Wahltarifen und Morbi-RSA sogar noch zunahmen, wirksam zu verhindern.

Ein weiteres Verbesserungspotential könnte darin liegen, die Verpflichtungen nicht nur auf den Informationsaustausch, sondern auch auf bestimmte Handlungsweisen zu beziehen. So könnte z. B. bei der Identifikation von Rechtsverletzungen der Krankenkassen § 89 Abs. 1 SGB V statt eines möglichen Eingreifens obligatorische Maßnahmen durch die jeweilige Aufsichtsbehörde vorschreiben. Für den Fall divergierender Entscheidungen der Aufsichtsbehörden bei gleich gelagerten Fällen böte sich die Errichtung einer Clearingstelle mit Entscheidungskompetenz an, bei der sowohl Krankenkassen als auch einzelne Aufsichtsbehörden Anträge stellen können. Diese und ähnliche Vorschriften zu obligatorischen Informationen oder verpflichtenden Maßnahmen zielen *ceteris paribus* auch in die richtige Richtung. Sie belassen aber, selbst wenn die entsprechenden Regelungen zustande kommen, den jeweiligen Aufsichtsbehörden der Bundesländer immer noch hinreichende Spielräume zu einer Prüfungs- und Entscheidungspraxis, die Wettbewerbsverzerrungen erzeugen kann.

zu (2) Dieser Vorschlag weist alle Prüfungen, d. h. sowohl der Geschäfts- Rechnungs- und Betriebsführung der Krankenkassen als auch der Beiträge und derjenigen im Kontext des Morbi-RSA, in die alleinige Zuständigkeit des BVA. Diese Verlagerung der Finanzaufsicht auf das BVA würde dann auf der gesamten Einnahmenseite der Krankenkassen gleiche Wettbewerbsbedingungen schaffen. Das BVA behielte zudem weiterhin die Aufsicht über das Vertrags- und Leistungsrecht bei den bundesunmittelbaren Krankenkassen. Die Aufsicht über die Verträge und Leistungen der Krankenkassen verbliebe für die landesunmittelbaren Krankenkassen bei den jeweiligen Aufsichtsbehörden der Bundesländer. Diese verfügen dann aber nach wie vor über einen Handlungsspielraum, aus dem in der Vergangenheit zahlreiche Wettbewerbsverzerrungen erwachsen.

Finanzaufsichts- verlagerung

zu (3) Eine Kassenaufsicht ausschließlich durch die Behörden der Bundesländer würde die heutigen Wettbewerbsverzerrungen zwischen bundes- und landesunmittelbaren Krankenkassen weitgehend beseitigen, denn diese unterliegen dann innerhalb eines Bundeslandes der gleichen Rechtsaufsicht. Gewisse wettbewerbliche Verzerrungen können – wenn auch gegenüber der geltenden geteilten Kassenaufsicht in deutlich geringerem Ausmaß – dann noch auftreten, wenn die jeweiligen Aufsichtsbehörden der Bundesländer bei ihren Prüfungen und Entscheidungen unterschiedlich strenge Maßstäbe anlegen. Übt die Aufsichtsbehörde eines Bundeslandes ihre Prüfungstätigkeit überdurchschnittlich großzügig (streng) aus, so entstehen den heute bundesunmittelbaren Krankenkassen infolge

Ausschließliche Länderaufsicht

⁷¹ vgl. Voß, K.-D. 1996.

ihrer Mischkalkulation gegenüber den Krankenkassen in diesem Bundesland wettbewerbliche Nachteile (Vorteile). Diese Nach- bzw.- Vorteile der heute bundesunmittelbaren Krankenkassen schlagen dann aber beim Wettbewerb mit landesunmittelbaren Krankenkassen in anderen Bundesländern ceteris paribus ins Gegenteil um.

Gegen diesen Ansatz sprechen weniger Wettbewerbs- als Effizienzaspekte, denn er setzt voraus, dass alle Bundesländer über eine personelle Infrastruktur verfügen, die es ihnen ermöglicht, sowohl die Finanzaufsicht über das Haushalts- und Geschäftswesen als auch die Aufsicht über die Versorgung, d. h. über Verträge und Leistungen der Krankenkassen, auf einem bundeseinheitlich hohen Niveau wahrzunehmen. Zum Aufbau einer solchen Infrastruktur benötigen vor allem jene Bundesländer, in deren Zuständigkeit derzeit keine oder nur ein bis zwei Krankenkassen fallen, neben den dazu erforderlichen Ressourcen auch einen gewissen Zeitbedarf. Die entsprechenden Abteilungen beim BVA, die diese Aufgaben im geltenden System spezialisiert auf einem bundeseinheitlich hohen Niveau bewerkstelligen, würden dann nicht mehr benötigt.

Zentrale Kassen- aufsicht

Zu (4) Jenseits von verfassungs- und sozialrechtlichen Erwägungen bzw. Postulaten stellt die zentrale Kassenaufsicht durch das BVA in ökonomischer Hinsicht, d. h. unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten, wohl die beste Alternative zur Lösung der bisherigen Probleme dar. Dieser Ansatz vermag eine einheitliche Aufsicht auf hohem Niveau sowohl über das Finanzgebaren als auch über die Verträge und Leistungen der Krankenkassen sicherzustellen und vermeidet damit Wettbewerbsverzerrungen. Das BVA besitzt auch kaum politische Motive, bei seiner Aufsicht im Hinblick auf Umfang und Stringenz seiner Prüfungen und Entscheidungen zwischen Krankenkassen oder Krankenkassenarten zu differenzieren. Zudem behindert dieser Ansatz den endogenen Strukturwandel in der Krankenkassenlandschaft nicht. Ferner sprechen auch Effizienzaspekte für eine solche zentrale Kassenaufsicht durch eine hierfür spezialisierte Institution. Angesichts zu erwartenden Rückgangs der Zahl der Krankenkassen sollte das BVA die nun zusätzlich anfallenden Prüfungstätigkeiten im Bereich des Vertrags- und Leistungsrechts künftig ohne eine erhebliche Ausdehnung seiner bestehenden personellen Infrastruktur bewältigen können. Von diesem Reformansatz bliebe die Verantwortlichkeit der Bundesländer für die Sicherung einer flächendeckenden Versorgung, d. h. für die Vermeidung und Beseitigung von Versorgungsdefiziten, unberührt.

Funktionale Zuordnung der Tätigkeiten

Zu (5) Für eine funktionale Zuordnung der Prüfungstätigkeit auf das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer gibt es in der Literatur bereits einige Vorschläge.⁷² Danach erfolgt vornehmlich aus wettbewerblichen Gründen eine inhaltliche und organisatorische

⁷² vgl. Epsen, I. et al. 2003, S. 47; Gesundheitspolitische Kommission der Heinrich Böll Stiftung e.V. 2013, S. 48.

Neuordnung der Aufsicht über die Krankenkassen. Die Aufsicht über das Haushalts- und Geschäftsgebaren einschließlich der Zulässigkeit der Satzung soll für alle Krankenkassen einheitlich auf Bundesebene das BVA vornehmen und damit eine einheitliche Aufsicht über alle im Wettbewerb stehenden Krankenkassen sicherstellen. Den Ländern fällt im Rahmen dieses Ansatzes die Aufsicht über die Zulässigkeit der in dem jeweiligen Bundesland geschlossenen Versorgungsverträge zu. Sie können dann auch ihre Aufgaben auf der Leistungsseite, z. B. die Vermeidung von Versorgungsdefiziten, wahrnehmen.

Dieser Ansatz schafft auf der Einnahmenseite im Rahmen der Finanzaufsicht einheitliche wettbewerbliche Bedingungen für alle konkurrierenden Krankenkassen im Bereich des Versicherungs- und Beitragsrechts sowie des Rechnungswesens. In diesem Kontext erhalte das BVA auch die Aufsicht über den Wettbewerb der Krankenkassen, um Versicherte sowie über Aspekte der Digitalisierung zugewiesen. Die Aufsichtsbehörden der Bundesländer übernehmen dagegen die ausgabenseitigen Belange des Vertrags- und Leistungsrechts, insbesondere die Überwachung der Umsetzung von kollektiv- und selektivvertraglichen Regelungen. Für die funktionale Zuordnung dieser Aufgaben an die Aufsichtsbehörden der Bundesländer spricht, dass die Gesundheitsversorgung in starkem Maße einen regionalen Charakter aufweist.

Im Vergleich zur geltenden geteilten Kassenaufsicht besitzt dieser Ansatz in wettbewerblicher Hinsicht beim Vertrags- und Leistungsrecht die gleichen Vorzüge wie eine Kassenaufsicht, die ausschließlich durch die Behörden der Bundesländer erfolgt; siehe (3). Wettbewerbsverzerrungen können in vergleichsweise geringem Umfang entstehen, wenn die Aufsichtsbehörden der Bundesländer hier unterschiedliche Maßstäbe an die Prüfungstätigkeit anlegen. Was die Effizienz der Kassenaufsicht betrifft, so sehen sich die Bundesländer, in deren Zuständigkeit derzeit keine Krankenkasse mehr fällt, gezwungen, eine hinreichende Infrastruktur für die Prüfung der Verträge und Leistungen wieder zu installieren. Dies dürfte sich jedoch eher und mit einem geringeren Aufwand bewerkstelligen lassen als beim entsprechenden Aufbau von Kapazitäten für eine qualifizierte Finanzaufsicht.

zu (6) Effizienz- aber möglicherweise auch Wettbewerbsaspekte könnten nahelegen, im ansonsten unveränderten System den Aufsichtsbehörden der Bundesländer nur ab mindestens 3 landesunmittelbaren Krankenkassen die Zuständigkeit für die Kassenaufsicht zu übertragen bzw. zu belassen. Dies könnte obligatorisch oder fakultativ, d. h. mit Zustimmung und auf Antrag des jeweiligen Bundeslandes, geschehen. Da die Behörden der übrigen Bundesländer aber wie bisher die Kassenaufsicht über die Einnahmen- und Aus-

**Landesaufsicht
ab drei Kranken-
kassen**

gabenseite ausüben, verspricht dieser Ansatz zwar gewisse Effizienzgewinne, aber nur begrenzte Verbesserungen hinsichtlich der Wettbewerbsbedingungen.

6. Die Änderbarkeit des *Status quo*

Wie gezeigt wurde, gibt das Grundgesetz hinsichtlich der Aufteilung der Kassenaufsicht einen rechtlichen Rahmen vor, innerhalb dessen kaum Änderungsspielraum besteht. Allerdings handelt es sich bei diesem Status quo des Grundgesetzes nicht um ein unveränderliches Faktum. Auch das Grundgesetz als Verfassungstext kann – wenn auch unter strengeren Voraussetzungen als einfache Bundesgesetze – grundsätzlich geändert werden. Diese Änderungsmöglichkeit ist in Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG ausdrücklich vorgesehen. Danach kann das Grundgesetz nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt. Allerdings bedarf ein solches Gesetz gem. Art. 79 Abs. 2 GG der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates.

Vorgeschlagen wird eine funktionsorientierte Modifikation der Rechtsaufsicht im Wesentlichen in fünf Bereichen. Dazu gehört die vollständige Übertragung der Rechtsaufsicht über alle gesetzlichen Krankenkassen auf das Bundesversicherungsamt im Hinblick auf:

- **einnahmeseitige Belange,**
- ebenso wie hinsichtlich der **Genehmigung ihrer Satzungen**
- und für **Fragen der Digitalisierung (IT)** und des **Mitgliederwettbewerbs** zwischen den Krankenkassen

Die *Länderaufsichtsbehörden* sollen im Gegenzug die *umfassende Rechtsaufsicht* für die **ausgabenseitigen Belange des Leistungs- und Vertragsrechts** erhalten. Die Rechtsaufsicht im **Bereich des Datenschutzes** soll sich wiederum danach richten, welche der zuvor genannten Materien berührt wird. Im Folgenden soll nun untersucht werden, welche Möglichkeiten bestehen, um diese Vorschläge in rechtlich zulässiger Weise umzusetzen.

6.1 Krankenkassen als bundesunmittelbare Körperschaften

Im Hinblick auf die einnahmeseitigen Belange, die Genehmigung von Satzungen und Fragen der Digitalisierung und des Mitgliederwettbewerbs wird eine vollständige Verlagerung der Rechtsaufsicht auf das BVA angestrebt. In Betracht käme insofern, sämtliche Krankenkassen umfassend als bundesunmittelbare Körperschaften auszugestalten. Dass dies sogar ohne Änderung des Grundgesetzes möglich wäre, hat das Bundesverfassungsgericht – wenn auch in einem *obiter dictum* – ausdrücklich anerkannt:

„Die sich besonders auf diesem Gebiete [gesetzliche Krankenversicherung] ständig wandelnden Verhältnisse erfordern es, dem einfachen Gesetzgeber möglichst viel Freiheit zu belassen, diesen Veränderungen im Interesse der sozialen Sicherung mit neuen Lösungen gerade im Bereich der Organisation Rechnung zu tragen. Es

**Verlagerung der
Rechtsaufsicht**

wäre deshalb mit dem Grundgesetz zu vereinbaren, wenn z. B. der Gesetzgeber sämtliche Träger der gesetzlichen Krankenversicherung zusammenfasste und in einem Bundesamt für Krankenversicherung als bundesunmittelbarer Körperschaft organisierte.⁷³

Der Gesetzgeber könnte also sogar ein einziges zentrales Bundesamt und damit gleichzeitig eine einzige zentrale Stelle der Rechtsaufsicht über die Krankenkassen schaffen. Die Ausgestaltung als bundesunmittelbare Körperschaft ist mit einer durch den Bund erfolgenden Aufsicht gleichzusetzen.⁷⁴ Auch ist die derzeitige territoriale Orientierung der Aufsichtszuständigkeit in Art. 87 Abs. 2 GG dem Grundgesetz nicht zwingend vorgegeben. Das zeigt schon die Entwicklungsgeschichte dieser Norm, denn es waren auch ganz andere Modelle im Gespräch. Denen zu folgen hat das BSG in einer frühen Entscheidung offengelassen:

„Es kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob der Grundgesetzgeber überhaupt bei der Neuregelung der Aufsicht über die Sozialversicherungsträger ohne inneren Widerspruch mit der föderativen Gliederung der Bundesrepublik und dem damit verbundenen Vorrang des Landesvollzugs der Bundesgesetze (Art. 83 GG; vgl. dazu BSG 1, 17, 33) die Frage der Bundes- oder Landesaufsicht vom sozialen Gewicht und den Aufgaben der Versicherungsträger hätte abhängig machen können, wie es Rohwer-Kahlmann (vgl. Die Ortskrankenkasse 1955, 145 und 1956, 241) zumindest nach der Natur der Sache für geboten hält.“⁷⁵

Der Gesetzgeber hat insofern von seinem Gestaltungsermessen Gebrauch gemacht. Er hätte jedoch ebenso einen anderen Anknüpfungspunkt für die Zuordnung der Aufsichtszuständigkeit wählen können.

6.2 ABER: Keine Landesverwaltung über bundesunmittelbare Krankenkassen

Mangelnde Vereinbarkeit

Dieser Lösungsvorschlag wäre jedoch mit der angestrebten umfassenden Rechtsaufsicht für die ausgabenseitigen Belange des Leistungs- und Vertragsrechts durch die Länder nicht vereinbar. Sowohl in Bezug auf den *Status quo* der nach Zuständigkeitsbereich geteilten Aufsicht zwischen Bund und Ländern als auch nach dem so gerade vorgestellten *Status de lege ferenda* müsste sonst eine Landesbehörde die (teilweise) Rechtsaufsicht über eine bundesunmittelbare Körperschaft ausüben. Der Wortlaut des Art. 87 Abs. 2 Satz 1 GG schließt eine solche Konstruktion jedoch angesichts des Gleichlaufs zwischen Ausgestaltung als bundesunmittelbare Körperschaft und Bundesaufsicht aus. Denn die Staatsaufsicht über bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes kann

⁷³ BVerfG, Beschluss v. 9.4.1975 – 2 BvR 879/73, BVerfGE 39, 302, Rn. 73 f.

⁷⁴ BVerfG, Urteil v. 10.5.1960 – 1 BvR 190/58, BVerfGE 11, 105, Rn. 5.

⁷⁵ BSG, Urteil v. 16.12.1965 – 3 RK 33/62, BSG 24, 171, Rn. 21.

nur von Bundesbehörden, nicht aber von Landesbehörden, ausgeübt werden.⁷⁶

6.3 (Partielle) Rechtsaufsicht des Bundes auch für landesunmittelbare Körperschaften

Umso mehr tritt in das Blickfeld, die geteilte Aufsicht zwischen bundesunmittelbaren und landesunmittelbaren Körperschaften grundsätzlich beizubehalten, jedoch die Rechtsaufsicht partiell in bestimmten Bereichen (z. B. einnahmeseitige Belange, Genehmigungen von Satzungen und Fragen der Digitalisierung (IT) und des Mitgliederwettbewerbs zwischen den Krankenkassen) auf die Bundesaufsicht zu übertragen. Es käme dann zu einer gespaltenen Rechtsaufsicht zwischen zwei Aufsichtsträgern.

a) Grenzen der Rechtsaufsicht für Landeskörperschaften

Eine solche partielle Rechtsaufsicht des Bundes über die Länderverwaltung existiert bereits im Grundgesetz. Der Art. 84 GG beschreibt die Ausgestaltung der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder als eigene Angelegenheiten, in deren Rahmen den Ländern grundsätzlich gegenüber der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) ein höheres Maß an Freiheit zuteilwird.⁷⁷ Sein Abs. 3 regelt demgegenüber die Aufsicht über diese Ausführung. Demnach übt die Bundesregierung die Aufsicht darüber aus, dass die Länder die Bundesgesetze dem geltenden Rechte gemäß ausführen und kann zu diesem Zweck auch Beauftragte zu den obersten Landesbehörden entsenden. Um Beauftragte zu den nachgeordneten Behörden zu entsenden, ist jedoch die Zustimmung der obersten Landesbehörde, bzw. bei Verweigerung die Zustimmung des Bundesrates erforderlich (vgl. Art. 84 Abs. 3 Satz 2). Auch im Rahmen der Kassenaufsicht führen landesunmittelbare Krankenkassen Bundesgesetze aus. Eine Ausgestaltung der Aufsicht nach dem Vorbild des Art. 84 Abs. 3 GG kommt jedoch aus mehreren Gründen nicht in Betracht.

Zum einen fehlt es der Regelung an der für die Kassenaufsicht notwendigen Praktikabilität, denn zur Aufsicht befugt ist die Bundesregierung, womit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Bundesregierung als Verfassungs- und Kollegialorgan, also das gesamte Gremium aus Kanzler und Ministern gemeint ist.⁷⁸ Die Entsendung eines Beauftragten kann nur an die oberste Landesbehörde erfolgen oder aber mit gewissen Zustimmungshürden an nachgeordnete Landesbehörden. Keine dieser Optionen stellt

Keine Bundesaufsicht nach Art. 84 Abs. 3 GG

Mangelnde Praktikabilität

⁷⁶ BVerfG, Urteil v. 10.5.1960 – 1 BvR 190/58, BVerfGE 11, 105, Rn. 5; Stern, Staatsrecht, Bd. II, S. 824.

⁷⁷ Maunz/Dürig/Kirchhof, Art. 84 GG, Rn. 192.

⁷⁸ BVerfG, Beschluss v. 2.3.1999 – 2 BvF 1/94, BVerfGE 100, 249, Rn. 43; Maunz/Dürig/Kirchhof, Art. 84 GG, Rn. 195; Mangoldt/Klein/Starck/Trute, Band III, Art. 79 GG, Rn. 87.

Systemwidrige Konstruktion

eine handhabbare Durchführung der Kassenaufsicht dar. Insbesondere wird die angestrebte Aufsicht durch das BVA dadurch nicht erreicht.

Zum anderen wäre eine solche Konstruktion innerhalb der Art. 83 ff. GG systemwidrig. Die Anwendbarkeit der nach Sachgebiet geordneten speziellen Verwaltungskompetenzen der Art. 87 ff. GG ist vorrangig zu prüfen, denn sie stellen Ausnahmen von der grundsätzlichen Aufteilung nach Art. 83 ff. GG dar.⁷⁹ Bei Art. 87 Abs. 2 GG handelt es sich zwar um eine flexible Norm, die es dem Bundesgesetzgeber ermöglicht, die Verwaltung und Aufsicht von Sozialversicherungsträgern bei Erweiterung der territorialen Zuständigkeit an sich zu ziehen,⁸⁰ dennoch ist sie insoweit gegenüber Art. 84 Abs. 3 GG als *lex specialis* zu betrachten.

b) Übertragung der Finanzaufsicht auch ohne Grundgesetzänderung?

Das BVA besitzt bereits heute im Bereich des Finanzwesens einige spezielle Prüfkompetenzen, die sich sowohl auf bundes- als auch auf landesunmittelbare Krankenkassen beziehen. Diese vereinzelt Übertragung von Prüfkompetenzen auf das BVA lässt es naheliegender erscheinen, dass dann auch eine weitergehende Übertragung von Befugnissen in der Finanzaufsicht – ohne Grundgesetzänderung – möglich sein kann. So ist das BVA nach § 271 SGB V mit der kassenartenübergreifenden, treuhänderischen Verwaltung des Gesundheitsfonds betraut.⁸¹ Die Mittel werden dabei als Sondervermögen (§ 271 Abs. 1 S. 1 SGB V), verwaltet, folglich als rechtlich unselbstständiges Vermögen, das sowohl organisatorisch als auch haushaltsrechtlich von sonstigen Mitteln zu unterscheiden ist, wobei seine Verwaltung auch nur die Erfüllung bestimmter Aufgaben betrifft.⁸² Insofern fungiert das BVA lediglich als zentrale Sammelstelle für den Gesundheitsfonds und nimmt die damit verbundenen, eng begrenzten Verwaltungsaufgaben wahr.

Auch an einer anderen Stelle besitzt das BVA übergreifende Prüfkompetenz. Nach § 273 SGB V hat das BVA die Aufgabe, die Datengrundlagen und Datenmeldungen für den Risikostrukturausgleich (RSA) für alle Krankenkassen zu prüfen. Diese Befugnisse zur Sicherung der Datengrundlage sind allerdings von denen der Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zu unterscheiden.⁸³ Auch die Gesetzesbegründung weist bereits ausdrücklich darauf hin: „Die Befugnisse der Prüfdienste bleiben unberührt.“⁸⁴ Während

⁷⁹ Maunz/Dürig/Kirchhof, Art. 84 GG, Rn. 32.

⁸⁰ Maunz/Dürig/Kirchhof, Art. 84 GG, Rn. 33.

⁸¹ Krauskopf/Rappl, § 271 SGB V, Rn. 15.

⁸² Becker/Kingreen/Göppfarth, § 271 SGB V, Rn. 9.

⁸³ Hänlein/Kruse/Schuler/Ellmann, § 273 SGB V, Rn. 1; Becker/Kingreen/Göppfarth/Sichert, § 273 SGB V, Rn. 1; Sichert/Fischer, NZS 2015, 694, 698.

⁸⁴ BT-Drucks. 16/13428, S. 94.

das BVA als Prüfstelle für den RSA agiert, um für dessen Durchführung die einheitliche Datengrundlage zu sichern, überwacht die Kassenaufsicht die Einhaltung von geltendem Recht durch die Krankenkasse.⁸⁵ Die Zuweisung der Prüfkompentenz in § 273 SGB V hat also keinen Einfluss auf das grundlegende Zuständigkeitsregime, das die Aufsicht zwischen Bundes- und Landesbehörden aufteilt. Mithin kann daraus auch nicht auf die Möglichkeit einer umfassenden Übertragung der Finanzaufsicht auf das BVA, ohne Grundgesetzänderung, geschlossen werden.

c) **Möglichkeit geteilter Rechtsaufsicht durch Grundgesetzänderung**

Eine geteilte Rechtsaufsicht in der vorgeschlagenen Form ist folglich nur durch eine Grundgesetzänderung zu erreichen. Unter der formellen Voraussetzung des Erreichens der entsprechenden doppelten Zwei-Drittel-Mehrheit, begegnet diese Möglichkeit auch in materieller Hinsicht keinen Bedenken.

aa) **Keine Ewigkeitsgarantie**

Wie bereits ausgeführt wurde, ist eine Änderung des Grundgesetzes nicht per se ausgeschlossen. Ausgenommen von einer Änderung sind nach Art. 79 Abs. 3 GG nur solche Bestimmungen des Grundgesetzes, welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berühren. Diese Bereiche sind von der sog. „Ewigkeitsgarantie“⁸⁶ erfasst und stellen Grundentscheidungen der Verfassung dar, die in materieller Hinsicht als „unberührbar“⁸⁷ geschützt werden. Die Formulierung des Gesetzes trägt eine gewisse Gegensätzlichkeit in sich, da einerseits die geschützten Bereiche als „Grundsätze“ weit definiert werden und andererseits bereits ein „Berühren“ der selbigen verboten ist.⁸⁸ Nach der maßgeblichen Ansicht des Bundesverfassungsgerichts in jüngerer Zeit, ist die Vorschrift jedoch als Ausnahmetatbestand restriktiv auszulegen, die den verfassungsändernden Gesetzgeber allerdings auch nicht daran hindert, die positivrechtlichen Ausprägungen dieser Grundsätze aus sachgerechten Gründen zu modifizieren.⁸⁹

Möglichkeit zur Grundgesetzänderung

Die Ewigkeitsgarantie umfasst dabei:

„nicht nur der in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde. Auch das in Art. 1 Abs. 2 GG enthaltene Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen

⁸⁵ vgl. ausführlich zu der Abgrenzung der jeweiligen Aufgabenbereiche: Sichert/Fischer, NZS 2015, 694, 698.

⁸⁶ vgl. zu diesem Begriff: BeckOK/Dietlein, Art. 79 GG; Rn. 15; Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 79 GG, Rn. 60.

⁸⁷ Mangoldt/Klein/Starck/Hain, Band II, Art. 79 GG, Rn. 28.

⁸⁸ Mangoldt/Klein/Starck/Hain, Band II, Art. 79 GG, Rn. 32; Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 79 GG, Rn. 62.

⁸⁹ BVerfG, Urteil v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, BVerfGE 109, 279, Rn. 114; BVerfG, Urteil v. 14.5.1996 – 2 BvR 1938/93, BVerfGE 94, 49, Rn. 200.

Menschenrechten als Grundlage der menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit erlangt insoweit Bedeutung; in Verbindung mit der in Art. 1 Abs. 3 GG enthaltenen Verweisung auf die nachfolgenden Grundrechte sind deren Verbürgungen insoweit einer Einschränkung grundsätzlich entzogen, als sie zur Aufrechterhaltung einer dem Art. 1 Abs. 1 und 2 GG entsprechenden Ordnung unverzichtbar sind. Ebenso sind grundlegende Elemente des Rechts- und des Sozialstaatsprinzips, die in Art. 20 Abs. 1 und 3 GG zum Ausdruck kommen, zu achten.⁹⁰

Ein mögliches Spannungsfeld bildet folglich die Vereinbarkeit einer partiellen Übertragung der Rechtsaufsicht über landesunmittelbare Krankenkassen auf das BVA mit dem Sozialstaatsprinzip, dem Rechtsstaatsgebot und dem Bundesstaatsprinzip.⁹¹

bb) Sozialstaatsprinzip

Das Sozialstaatsprinzip ist in Art. 20 Abs. 1 GG durch die Formulierung, dass die Bundesrepublik Deutschland ein „demokratischer und sozialer Bundesstaat“ ist, verankert. Gem. Art. 28 Abs. 1 GG muss darüber hinaus auch die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Grundsätzen des „sozialen Rechtsstaates“ entsprechen. Diese Entscheidung für den Sozialstaat wird im Grundgesetz nicht näher konkretisiert, sondern stellt einen offenen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber dar.⁹² Sie gibt dem Gesetzgeber auf, für soziale Sicherheit, sozialen Ausgleich und soziale Gerechtigkeit zu sorgen, ohne etwas darüber auszusagen, wie genau diese Ziele zu verwirklichen sind.

„Das Sozialstaatsprinzip begründet die Pflicht des Staates, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen (...). Der Staat hat diese Pflichtaufgabe auf der Grundlage eines weiten Gestaltungsfreiraumes zu erfüllen, weshalb bislang nur in wenigen Fällen konkrete verfassungsrechtliche Handlungspflichten aus dem Prinzip abgeleitet wurden. Der Staat hat lediglich die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger zu schaffen (...). Das Sozialstaatsprinzip stellt dem Staat eine Aufgabe, sagt aber nichts darüber, mit welchen Mitteln diese Aufgabe im Einzelnen zu verwirklichen ist.“⁹³

Sozialer Ausgleich

Dem Gesetzgeber obliegt folglich die Konkretisierung, bei der ihm ein weiterer Ermessensspielraum zukommt. Mit der gesetzlichen Krankenversicherung wird zunächst dem Auftrag nachgekommen, für soziale Sicherheit zu sorgen, indem die Bevölkerung durch ein soziales Sicherungssystem gegen die finanziellen Folgen von Krankheit abgesichert wird. Sie kommt darüber hinaus auch dem

⁹⁰ BVerfG, Urteil v. 14.5.1996 – 2 BvR 1938/93, BVerfGE 94, 49, Rn. 200.

⁹¹ vgl. dazu BT-Drucks. 18/9993, S. 5 f.

⁹² Fuchs/Preis, Sozialversicherungsrecht, S. 46.

⁹³ BVerfG, Urteil v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267, Rn. 257; vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 8.6.2004 – 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412, Rn. 96.

Auftrag des Sozialstaatsprinzips nach, einen sozialen Ausgleich zu schaffen. Dieser findet seine Ausprägung in zweierlei Hinsicht, einmal im Rahmen der Leistungsgewährung und zum anderen bei der Finanzierung nach dem sog. Solidarprinzip. Ausgangspunkt der Leistungsgewährung bildet ein definierter Leistungskatalog, der entsprechend dem Bedarfsprinzip jedem Versicherten zur Verfügung steht.

Gibt das Grundgesetz also nicht vor, auf welche Weise genau das Sozialstaatsprinzip zu verwirklichen ist, so trifft es auch keine bindende Entscheidung dahingehend, wie die Aufsicht über die sozialen Sicherungssysteme vorzunehmen ist. Allerdings ist doch für die Sicherung des geforderten Mindestmaßes eine effiziente Gestaltung der Sicherungssysteme zu fordern.⁹⁴ Dazu gehört sicherlich auch eine effiziente Rechtsaufsicht über die Krankenkassen. Lässt diese sich durch eine veränderte Aufteilung zwischen Bundes- und Landesbehörden besser verwirklichen, so bestehen sachgerechte Gründe, die den Gesetzgeber zu einer Verfassungsänderung berechtigen würden.

cc) Rechtsstaatsgebot

Das Rechtsstaatsprinzip wird in Art. 20 GG – zumindest dem Wortlaut nach – nicht genannt.⁹⁵ Ob das Rechtsstaatsgebot als Ganzes Bestandteil des durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten, unantastbaren Kerns des Grundgesetzes ist, wird in der Literatur auch deshalb vielfach in Zweifel gezogen.⁹⁶ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verdeutlicht aber, dass jedenfalls bestimmte Elemente des Rechtsstaatsgebots von dem Verweis des Art. 79 Abs. 3 GG auf die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze erfasst werden.⁹⁷

„In Art. 20 GG sind mehrere Grundsätze niedergelegt, nicht jedoch ist dort „niedergelegt“ das „Rechtsstaatsprinzip“, sondern nur ganz bestimmte Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips: in Absatz 2 der Grundsatz der Gewaltenteilung und in Absatz 3 der Grundsatz der Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Aus dem Rechtsstaatsprinzip lassen sich mehr als die in Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Rechtsgrundsätze des Art. 20 GG entwickeln und das Bundesverfassungsgericht hat solche Rechtsgrundsätze entwickelt (z. B.: das Verbot rückwirkender belastender Gesetze, das Gebot der Verhältnismäßigkeit, die Lö-

⁹⁴ Mangoldt/Klein/Starck/Hain, Band II, Art. 79 GG, Rn. 74.

⁹⁵ Dreier, Band II, Art. 79 GG, Rn. 49; Sachs, Art. 79 GG, Rn. 73.

⁹⁶ vgl. BeckOK/Dietlein, Art. 79 GG, Rn. 48; Mangoldt/Klein/Starck/Hain, Band II, Art. 79 GG, Rn. 88 ff.; Sachs, Art. 79 GG, Rn. 73.

⁹⁷ BVerfG, Urteil v. 3.3.004 – 1 BvR 2378/98, BVerfGE 109, 279, Rn. 113; BVerfG, Urteil v. 14.5.1996 – 2 BvR 1938/93, BVerfGE 94, 49, Rn. 200; BVerfG, Urteil v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, BVerfGE 30, 1, Rn. 80.

sung des Spannungsverhältnisses von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Einzelfall, das Prinzip des möglichst lückenlosen Rechtsschutzes). Die mit der Formulierung des Art. 79 Abs. 3 GG verbundene Einschränkung der Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers muß bei der Auslegung umso ernster genommen werden, als es sich um eine Ausnahmvorschrift handelt, die jedenfalls nicht dazu führen darf, dass der Gesetzgeber gehindert wird, durch verfassungsänderndes Gesetz auch elementare Verfassungsgrundsätze systemimmanent zu modifizieren.⁹⁸

Zu den geschützten Bestandteilen des Rechtsstaatsgebots zählen auch der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes.⁹⁹ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verdeutlicht aber auch, dass nicht jeder Aspekt der Rechtsstaatlichkeit von der Ewigkeitgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst wird.

Abgrenzbarkeit der Verantwortung

Die Bundesregierung sieht in ihrer Antwort auf die kleine Anfrage der Linken aus dem letzten Jahr im Hinblick auf das Rechtsstaatsgebot in der Umverteilung der Kassenaufsicht zwischen Bund und Ländern in der hier diskutierten Form, einen Konflikt mit dem „Gebot der Verwaltungszurechenbarkeit und Verwaltungsklarheit“.¹⁰⁰ Insbesondere der Begriff der Verwaltungsklarheit ist nicht unbedingt gebräuchlich,¹⁰¹ dennoch wird deutlich, dass bei einer Aufteilung der Aufsicht nach Sachgebieten Abgrenzungsschwierigkeiten befürchtet werden. Dadurch könnte unter Umständen tatsächlich ein Konflikt mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen „Normklarheit und Widerspruchsfreiheit“¹⁰² bzw. der „Verantwortungszurechenbarkeit“¹⁰³ entstehen, wobei letztere auch eng mit dem Demokratieprinzip verbunden ist. Es muss demnach erkennbar sein, welche Handlungsbefehle aus einer Norm hervorgehen und welchem Staatsorgan entsprechende Entscheidungen als Verantwortlichem zugerechnet werden können, um die Aufdeckung von defizitärem Handeln zu erleichtern.¹⁰⁴ Diesen Erfordernissen kann jedoch durch eine dementsprechende konkrete Ausgestaltung einer neuen Aufsichtszuständigkeit genüge getan werden.

dd) Bundesstaatsgebot: Keine unzulässige Mischverwaltung

Das Bundesstaatsgebot wird in Art. 79 Abs. 3 GG gleich in mehrfacher Hinsicht geschützt: Einerseits ausdrücklich durch die Nennung der Gliederung des Bundes in Länder und die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung, andererseits durch den Ver-

⁹⁸ BVerfG, Urteil v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, BVerfGE 30, 1, Rn. 80.

⁹⁹ Dreier, Band II, Art. 79 GG, Rn. 52; Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 79 GG, Rn. 154.

¹⁰⁰ BT-Drucks. 18/9993, S. 6.

¹⁰¹ vgl. insoweit: BVerwG, Beschluss v. 4.8.1989 – 7 B 113/89, Rn. 4: „was immer darunter zu verstehen sein mag“.

¹⁰² BVerfG, Urteil v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331, Rn. 156; BVerfG, Urteil v. 15.7.2003 – 2 BvF 6/98, BVerfGE 108, 169, Rn. 44.

¹⁰³ BVerfG, Urteil v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331, Rn. 158.

¹⁰⁴ Mangoldt/Klein/Starck/Hain, Band II, Art. 79 GG, Rn. 289, 300.

weis auf Art. 20 GG, der die Staatsform des Bundesstaates vorschreibt.¹⁰⁵ Die grundsätzliche Gliederung der Bundesrepublik in Länder sichert, dass es überhaupt Länder als Untergliederungen des Bundesstaates gibt, die selbst die Qualität von Staaten besitzen.¹⁰⁶ Dazu gehört nach dem Bundesverfassungsgericht auch die Wahrung eines „Kern eigener Aufgaben“, dem „Hausgut“ der Länder, sowie „die freie Bestimmung über seine Organisation einschließlich der in der Landesverfassung enthaltenen organisatorischen Grundentscheidungen sowie die Garantie der verfassungskräftigen Zuweisung eines angemessenen Anteils am Gesamtsteueraufkommen im Bundesstaat“.¹⁰⁷ Einen weiteren Aspekt bildet der Grundsatz effektiver Gewaltenhemmung und Gewaltenbalance, wonach die Länder als Gegengewicht zum Bund agieren und politische Vielfalt sichern können müssen.¹⁰⁸

Von der Garantie der „grundsätzlichen Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung“ wird die Teilhabe der Länder an der förmlichen Gesetzgebung des Bundes, nicht aber die eigene, umfasst.¹⁰⁹ Dabei eröffnet die bloß „grundsätzliche“ Mitwirkung einen gewissen Spielraum. Ähnlich wie beim Sozialstaatsprinzip ist auch hier nur gesichert, dass die Länder Mitwirkungsrechte haben müssen, nicht aber welche das sind und wie diese konkret ausgestaltet sein müssen.¹¹⁰ Die Mitwirkung der Länder bei der Verwaltung von Bundesgesetzen wird von dieser Garantie jedoch nicht erfasst.¹¹¹

Eine grundsätzliche Mitwirkung der Länder im Bereich der Verwaltung garantiert Art. 79 Abs. 3 GG folglich nicht. Für den Bereich der Kassenaufsicht ist dieser Grundsatz zudem mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes stimmig, wonach der Gesetzgeber auch sämtliche Träger der gesetzlichen Krankenversicherung zusammengefasst in einem Bundesamt für Krankenversicherung als bundesunmittelbarer Körperschaft organisieren könnte.¹¹² Insoweit ist auch nicht erkennbar, dass die Aufsicht über die Krankenversicherung eines der oben beschriebenen „Hausgüter“ der Länder darstellen soll. Schon nach dem in Art. 87 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommenden *Status quo* des Grundgesetzes richtet sich die Aufsichtszuständigkeit nach der Erstreckung des Zuständigkeitsbereiches, von einer „Kernaufgabe“ der Länder kann insoweit kaum die Rede sein.

¹⁰⁵ Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 79 GG, Rn. 89; vgl. auch Isensee, AöR 1990, 248, 250, wonach es sich bei dieser mehrfachen Gewährleistung um einen „Pleonasmus“ handelt.

¹⁰⁶ BVerfG, Urteil v. 26.7.1972 – 2 BvF 1/71, BVerfGE 34, 9, Rn. 41; Sachs, 7. Aufl. 2014, Art. 79 GG, Rn. 42 ff.

¹⁰⁷ BVerfG, Urteil v. 26.7.1972 – 2 BvF 1/71, BVerfGE 34, 9, Rn. 41.

¹⁰⁸ Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 79 GG, Rn. 94; Hesse, AöR 1973, 1, 14 f.

¹⁰⁹ BeckOK/Dietlein, Art. 79 GG; Rn. 25; Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 79 GG, Rn. 98.

¹¹⁰ Mangoldt/Klein/Starck/Hain, Band II, Art. 79 GG, Rn. 133; Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 79 GG, Rn. 99; Sachs, Art. 79 GG, Rn. 45.

¹¹¹ Dreier, Band II, Art. 79 GG, Rn. 25; Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 79 GG, Rn. 98; Sachs, Art. 79 GG, Rn. 44.

¹¹² BVerfG, Beschluss v. 9.4.1975 – 2 BvR 879/73, BVerfGE 39, 302, Rn. 73 f.

Keine unzulässige Mischverwaltung

Zudem handelt es bei dem angestrebten Konzept auch nicht um eine Form der unzulässigen Mischverwaltung. In seinem Urteil zur Hartz IV-Arbeitsgemeinschaft¹¹³ hatte das Bundesverfassungsgericht zwar entschieden, dass die mehrfache Aufsicht über die Arbeitsgemeinschaften deren problematische Zwischenstellung als Mischverwaltung einer Bundesbehörde und einer staatsorganisationsrechtlich den Ländern zuzuordnenden kommunalen Behörde widerspiegeln,¹¹⁴ dieser Fall ist jedoch mit der vorliegend diskutierten Konstruktion nicht gleichzusetzen. Im Fall der Hartz IV-Arbeitsgemeinschaft hatte § 44b SGB II angeordnet, dass die Agenturen für Arbeit und die kommunalen Träger zur einheitlichen Wahrnehmung ihrer Aufgaben Arbeitsgemeinschaften bilden sollten, wobei die Arbeitsgemeinschaften kraft Gesetzes die Aufgaben der Agentur für Arbeit als Leistungsträger wahrnehmen sollten, wozu die Übertragung der Aufgaben der kommunalen Träger auf die Arbeitsgemeinschaften vorgesehen war.¹¹⁵ Ziel der Regelung war der gemeinsame Vollzug der Aufgaben durch und in der Arbeitsgemeinschaft.

Die Bildung einer solchen gemeinsamen Verwaltungseinheit geht mit der Übertragung weiter Teile der Rechtsaufsicht auch über landesunmittelbare Krankenkassen nach dem angestrebten Konzept gerade nicht einher. Das BVA und die entsprechenden Landesbehörden bleiben als solche eigenständig bestehen und nehmen ihre Aufsichtsaufgaben getrennt voneinander wahr. Teilweise entsteht zwar eine Aufsicht von zwei verschiedenen Behörden über eine Krankenkasse – die Aufsicht knüpft aber jeweils an verschiedenen Sachgebieten an. Sind die jeweiligen Ausführungsbereiche so voneinander abgetrennt, dass die beiden Behördenebenen keinen Einfluss auf die Entscheidung der jeweils anderen nehmen können, so handelt es sich nicht um Mischverwaltung, sondern um aufgeteilte Verwaltung.¹¹⁶

6.4 Beispiele geteilter Rechtsaufsicht durch verschiedene Behörden

Eine geteilte Rechtsaufsicht durch verschiedene Behörden wäre zudem auch nicht ungewöhnlich. Für die Branche der Wirtschaftsprüfer existieren beispielsweise unterschiedliche Aufsichtssysteme der Prüfinstanzen und eine damit einhergehende geteilte Zuständigkeit der Rechtsaufsicht im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und im Bundesministerium der Finanzen.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat dabei die Rechtsaufsicht sowohl über die Wirtschaftsprüferkammer (WPK), welche als Selbstverwaltungseinrichtung die Berufsaufsicht über die

¹¹³ BVerfG, Urteil v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331.

¹¹⁴ BVerfG, Urteil v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331, Rn. 189.

¹¹⁵ BVerfG, Urteil v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, BVerfGE 119, 331, Rn. 162.

¹¹⁶ Küchenhoff, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Mischverwaltung, S. 61; vgl. auch Maunz/Dürig/Kirchhof, Art. 83 GG, Rn. 87.

Wirtschaftsprüfer führt als auch über die Abschlussprüferaufsichtsstelle (APAS)¹¹⁷ beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA).¹¹⁸ Das Bundesministerium der Finanzen wiederum führt die Rechts- und Fachaufsicht über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), welche auf der zweiten Stufe der Bilanzkontrolle gemäß § 37n ff. WpHG die Jahres- und Konzernabschlüsse auf deren Fehlerfreiheit überprüft.¹¹⁹

Nach Ansicht der Bundesregierung handelt es sich dabei um eine effektive Kontrolle: Die Zuständigkeit verschiedener Fachbereiche und verschiedener Aufsichtsstellen hinge mit der Erstreckung der Aufsicht auf jeweils unterschiedliche Bereiche zusammen, sodass es sich um eine sachgerechte Aufteilung handele, die nicht zu Reibungsverlusten führe.¹²⁰ Die Richtigkeit von Jahresabschlüssen und die Aufsicht über Wirtschaftsprüfer stellen jeweils separate, wenn auch im Zusammenhang stehende Bereiche der Aufsicht dar.

Das Beispiel zeigt: Auch wenn es die Regel sein mag, dass die Rechtsaufsicht gewissermaßen „aus einer Hand“, also durch eine einzigen Behörde erfolgt, schließt dies eine gespaltene Rechtsaufsicht durch mehrere Behörden nicht aus. Zwar handelt es sich im Fall der Wirtschaftsprüfer nur um eine Aufspaltung der Rechtsaufsicht zwischen verschiedenen Landesbehörden, der Grundgedanke ist jedoch ebenso auf eine Aufspaltung zwischen Bundes- und Landesbehörden übertragbar. Dies gilt umso mehr für den konkreten Fall: Angesichts dessen, dass es sich bei der aktuellen Aufgestaltung nicht um deren zwingende Form handelt¹²¹ und grundsätzlich auch die Zusammenfassung der Aufsicht in nur einer einzigen bundesunmittelbaren Körperschaft nach der geltenden Fassung des Grundgesetzes möglich wäre, ist auf der anderen Seite auch eine Aufspaltung denkbar.

**Effektive
Kontrolle**

**Möglichkeit der
gespaltene
Aufsicht**

6.5 Zwischenfazit zur Änderbarkeit des Status quo

Einer Umgestaltung der derzeitigen Kassenaufsicht hin zu einer funktionsorientierten Rechtsaufsicht im Sinne der vollständigen Übertragung auf das Bundesversicherungsamt im Hinblick auf einnahmeseitige Belange, Genehmigungen der Krankenkassensatzungen und für Fragen der Digitalisierung (IT) und des Mitgliederwettbewerbs zwischen den Krankenkassen sowie entsprechender Rechtssaufsicht im Bereich des Datenschutzes stehen folglich keine durchgreifenden Bedenken entgegen. Es wäre sogar möglich die Aufsicht umfassend auf nur eine Bundesbehörde – dann das BVA – zu übertragen. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive würde der erforderlichen Grundgesetzänderung insbesondere auch nicht die

¹¹⁷ bis Juni 2016 Abschlussprüferaufsichtskommission (APAK).

¹¹⁸ BT-Drucks. 18/2689, S. 2.

¹¹⁹ BT-Drucks. 18/2689, S. 2.

¹²⁰ BT-Drucks. 18/2689, S. 2.

¹²¹ vgl. oben VI.1.

Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG entgegenstehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Gesetzgeber bei der Formulierung der Neuordnung den Grundsätzen der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit sowie der Verantwortungszurechenbarkeit Genüge tut. Angesichts der bestehenden Möglichkeit, im Bereich der Kassenaufsicht klare Sachabgrenzungen vorzunehmen, sind insoweit keine der Materie inhärenten Hürden ersichtlich.

Im Übrigen erscheint eine Beibehaltung der grundsätzlichen Aufteilung der Kassenaufsicht zwischen Bund und Ländern jedoch als zwingend: Die vollständige Übertragung der Rechtsaufsicht für die ausgabenseitigen Belange des Leistungs- und Vertragsrechts auch über bundesunmittelbare Krankenkassen auf die Landesbehörden ist nicht mit dem Gleichlauf zwischen Bundesunmittelbarkeit und Bundesaufsicht zu vereinbaren.

7. Fazit und Empfehlungen

7.1 Ökonomische Schlussfolgerungen und Konsequenzen

- (1) Im Sinne einer Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern besteht in Deutschland bzw. in der GKV eine historisch gewachsene geteilte Zuständigkeit für die Kassenaufsicht. Das BVA beaufsichtigt die bundesunmittelbaren Krankenkassen, während die landesunmittelbaren der Aufsicht der jeweiligen Landesbehörden unterstehen. Vor dem Hintergrund dieser geteilten Aufsicht stellt sich die Frage, ob und inwieweit das BVA und die zuständigen Behörden der Bundesländer bei ihren überwiegend fallbezogenen Prüfungen durchgehend dieselben Maßstäbe anlegen oder die Geschäftstätigkeit der Krankenkassen in gleich gelagerten Fällen unterschiedlich beurteilen und bewerten. Sofern bei dieser geteilten Kassenaufsicht spürbare Unterschiede in der Stringenz der Prüfungen und Bewertungen auftreten, drohen daraus relevante Wettbewerbsverzerrungen zu erwachsen.
- (2) Wettbewerbsverzerrungen können für die benachteiligten Krankenkassen auf der Einnahmenseite zu Mindereinnahmen und auf der Ausgabenseite zu Nachteilen hinsichtlich ihrer Attraktivität für die Versicherten führen. Mehrere Krankenkassen, insbesondere die Ersatzkassen, kritisieren in diesem Kontext die geltende geteilte Kassenaufsicht und fordern, eine einheitliche Aufsichtspraxis über alle Krankenkassen sicher zu stellen. Mit dieser Intention trat die DAK-Gesundheit an die Gutachter mit dem Prüfungsauftrag heran, auf welchen ökonomisch zu priorisierenden und juristisch zulässigen Wegen Reformoptionen faire Wettbewerbsbedingungen zwischen den Krankenkassen generieren können. Diese Untersuchung erfolgt in getrennten Schritten unter ökonomischen und juristischen Aspekten. Dabei geht es in ökonomischer Hinsicht um die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und Effizienzverlusten und der juristische Teil stellt auf die verfassungs- und sozialrechtlichen Rahmenbedingungen ab.
- (3) Der Wettbewerb bildet aus normativer Sicht auch im Gesundheitswesen keinen Selbstzweck, sondern ein Mittel zur Realisierung höherrangiger Ziele, wie vor allem zur Steigerung von Effektivität und Effizienz der Versorgung. Dabei schuf vornehmlich das GSG die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Intensivierung eines funktionsfähigen Wettbewerbs, der auch das Solidaritätsprinzip berücksichtigt. Der entsprechende Gesetzentwurf betont in diesem Zusammenhang vor allem die Notwendigkeit einer größtmöglichen „Chancengleichheit aller konkurrierenden Krankenkassen“

Folgen der geteilten Kassenaufsicht

Wettbewerbsverzerrungen vermeiden

Chancengleichheit als Wettbewerbspostulat

bzw. „gleiche Wettbewerbsbedingungen“ und verweist darüber hinaus auch auf die Ziele Qualität, Effektivität und Effizienz.

Wettbewerbsverzerrung durch unterschiedliche Entscheidungen

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

Strukturwandel

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

Reformansätze

- (6) Das Gutachten analysiert unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten die folgenden Reformansätze:
- a. die Erhöhung von Transparenz und Stringenz der geteilten Prüfungstätigkeit im gegebenen System,
 - b. die Verlagerung der kompletten Finanzaufsicht auf das BVA bei weiterhin geteilter Kassenaufsicht
 - c. die Durchführung der Kassenaufsicht ausschließlich durch die Behörden der Bundesländer
 - d. eine zentrale Kassenaufsicht durch das BVA

- e. die funktionale Zuordnung der Prüfungstätigkeiten auf das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer sowie
 - f. eine Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden der Bundesländer nur ab 3 landesunmittelbaren Krankenkassen.
- (7) Mit dem Ziel einer einheitlichen Prüfungstätigkeit stehen das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer in einem regelmäßigen Informations- und Meinungsaustausch, der auch gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze einschließt. Zudem versuchte die Bundesregierung in der Vergangenheit, im Zuge der laufenden Gesetzgebung einigen offensichtlich wettbewerblichen Verzerrungen entgegen zu steuern. Weitere Vorschriften zu obligatorischen Informationen und/oder verpflichtenden Maßnahmen zielen auf Basis des *Status quo* zwar in die richtige Richtung, belassen den jeweilige Aufsichtsbehörden aber immer noch hinreichende Spielräume zu einer unterschiedlichen Prüfungs- und Entscheidungspraxis mit daraus resultierenden Wettbewerbsverzerrungen. Zur Lösung der derzeitigen und sich auch künftig abzeichnenden Wettbewerbs- und Effizienzprobleme reicht eine Erhöhung von Transparenz und Stringenz der geteilten Kassenaufsicht im gegebenen System daher nicht aus.
- (8) Eine Betrachtung der Vor- und Nachteile der aufgelisteten Reformoptionen zeigte, dass eine zentrale Kassenaufsicht durch das BVA sowie die funktionale Zuordnung der Prüfungstätigkeiten auf das BVA und die Aufsichtsbehörden der Bundesländer gegenüber den alternativen Ansätzen unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten eindeutige komparative Vorzüge aufweisen. Unabhängig von rechtlichen Postulaten und politischen Erwägungen stellt die zentrale Kassenaufsicht durch das BVA den in ökonomischer Hinsicht besten Ansatz für eine nachhaltige Lösung der Wettbewerbsverzerrungen und Effizienzverluste der geltenden geteilten Kassenaufsicht dar. Bei einem zu erwartenden weiteren Rückgang der Anzahl der Krankenkassen sollte das BVA die dann zusätzlich anfallenden Prüfungstätigkeiten ohne eine erhebliche Ausdehnung seiner bestehenden personellen Infrastruktur bewältigen können.
- (9) Bei der funktionalen Zuordnung der Prüfungstätigkeiten übernimmt das BVA die Finanzaufsicht, d. h. die Prüfungen im Bereich des Versicherungs- und Beitragsrechts sowie des Rechnungswesens, während die Belange des Vertrags- und Leistungsrechts in die Kompetenz der Aufsichtsbehörden der Bundesländer fallen. Im Vergleich mit einer zentralen Kassenaufsicht durch das BVA schneidet die funktionale

**Einheitliche
Prüfungstätigkeit**

**Zentrale
Kassenaufsicht**

**Funktionale
Zuordnung der
Aufsichten**

Zuordnung der Prüfungstätigkeiten unter Wettbewerbs- und Effizienzaspekten etwas schwächer ab. Sie setzt aber keine negativen Anreize in Richtung einer Behinderung des endogenen Strukturwandels der Krankenkassen. Zudem spricht für die Zuordnung des Vertrags- und Leistungsrechts an die Aufsichtsbehörden der Bundesländer der regionale Charakter der Gesundheitsversorgung. Insgesamt gesehen bietet auch dieser Ansatz gegenüber dem *Status quo* in ökonomischer Hinsicht relevante Vorzüge.

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

7.2 Juristische Schlussfolgerungen und Konsequenzen

Wenig Spielraum

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

Ausdehnung des Erfahrungsaustausches und fachgesetzlicher Zwang zur Kooperation

- (2) Allerdings kann auch im Rahmen des *Status quo* – d. h. unterhalb einer Grundgesetzänderung – das Ziel der verbesserten Effizienz und Wettbewerbsneutralität in der Aufsicht über die gesetzliche Krankenkasse gefördert werden, soweit dabei die grundgesetzlichen Rahmenvorgaben dabei nicht umgangen werden. Bereits heute sieht § 90 Abs. 4 SGB IV einen regelmäßigen Erfahrungsaustausch der Aufsichtsbehörden vor. Dieser findet aktuell in Form von Aufsichtsbehördentagungen und der Erstellung von gemeinsamen Leitfäden und Grundsätzen statt. Darüber hinaus ist aber auch eine Intensivierung des Erfahrungsaustauschs

möglich. Werden die in § 90 Abs. 4 GG bereits enthaltenen Vorgaben zum Erfahrungsaustausch zwischen den Behörden durch die Einrichtung einer Datenbank und den verstärkten schriftlichen Austausch erweitert, ergeben sich insoweit keine Konflikte mit dem *Status quo* der Aufsichtsaufteilung. Auch wäre es rechtlich unproblematisch, die Ermessensentscheidung über das Einschreiten der Aufsichtsbehörde bei der Identifikation von Rechtsverstößen der Krankenkassen nach § 89 Abs. 1 SGB IV in eine zwingende Norm umzuwandeln. Somit hinge die Entscheidung, ob die Aufsichtsbehörde überhaupt einschreitet, nicht länger von ihrer jeweiligen Entscheidung ab. Auf diese Weise könnte die Aufsichtspraxis zumindest hinsichtlich des Beginns aufsichtlichen Einschreitens vereinheitlicht werden. Der einfachgesetzliche Zwang zur Kooperation führt nicht zu einer Änderung der Rechtsaufsicht und damit nicht zu einer Verletzung des Art. 87 Abs. 2 GG.

- (3) Auf der anderen Seite bestehen jedoch erhebliche Bedenken gegenüber der Zulässigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit, die über die bloße Kooperation hinausgeht. Die Verpflichtung zu einer einheitlichen Prüf- und Entscheidungspraxis sowie die Einrichtung einer Clearingstelle für den Fall divergierender Rechtsauslegungen und Aufsichtsentscheidungen erscheint aufgrund der insofern bestehenden großen Nähe zu einer unzulässigen Mischverwaltung aus verfassungsrechtlicher Perspektive als nicht umsetzbar. An dieser Stelle besteht nämlich die Gefahr, dass die jeweilige Behörde keine eigenständige Entscheidung mehr treffen kann.
- (4) Im Zuge einer entsprechenden Änderung des Grundgesetzes wären hingegen deutlich weitreichendere Modifikationen hinsichtlich der Aufsichtszuständigkeit möglich. Die Entstehungsgeschichte der Norm zeigt, dass es sich bei der derzeitigen territorialen Orientierung der Aufsichtszuständigkeit in Art. 87 Abs. 2 GG nicht um den zwingenden Anknüpfungspunkt des Grundgesetzes handelt. Hier wäre beinahe jeglicher sachlicher Anknüpfungspunkt möglich gewesen. Der Gesetzgeber könnte also sogar ein einziges zentrales Bundesamt und damit gleichzeitig eine einzige zentrale Stelle der Rechtsaufsicht über die Krankenkassen schaffen, indem er alle Krankenkassen als bundesunmittelbar ausgestaltet. Mit der Ausgestaltung als bundesunmittelbare Körperschaft ginge eine durch den Bund erfolgende Aufsicht einher. So könnte eine vollständige Übertragung der Kassenaufsicht auf das BVA erreicht werden.
- (5) Diese Möglichkeit schließt es allerdings aus, die Rechtsaufsicht für die ausgabenseitigen Belange des Leistungs- und Vertragsrechts bei den Ländern zu belassen. Die Aufsicht

**Keine
eigenständigen
Entscheidungen?**

**Ausgestaltung
der Krankenkassen
als bundesunmittelbaren
Körperschaften**

Keine Möglichkeiten zur Übertragung der Finanzaufsicht

über eine bundesunmittelbare Einrichtung kann nur durch den Bund selbst, nicht durch eine Landesbehörde erfolgen.

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

GG-Änderung ist möglich

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

Abgrenzung der Verantwortungsbereiche

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

7.3 Fazit unter ökonomischen und juristischen Aspekten

Ohne eine Änderung des Grundgesetzes ergibt sich aus juristischer Sicht hinsichtlich der geltenden geteilten Kassenaufsicht nur ein geringer Spielraum für die unter ökonomischen Aspekten angezeigten bzw. zur Diskussion stehenden Reformoptionen. Das Ziel einer Steigerung von Wettbewerbsneutralität und Effizienz ließe sich dann nur

durch wenig verbindliche und inhaltlich begrenzte Maßnahmen, wie z. B. eine Intensivierung des Informations- und Erfahrungsaustausches, die Errichtung einer Datenbank oder die Umwandlung des § 89 Abs. 1 SGB V in eine zwingende Norm, verwirklichen. Schon gegen die Verpflichtung einer einheitlichen Prüf- und Entscheidungspraxis sowie die Schaffung einer Clearingstelle bestehen erhebliche rechtliche Bedenken. Der ohne eine Grundgesetzänderung mögliche Spielraum für Reformansätze reicht damit bei weitem nicht aus, um die derzeitigen Wettbewerbsverzerrungen und Effizienzverluste, die aus der geteilten Kassenaufsicht resultieren, mit hinreichenden Erfolgsaussichten beseitigen oder zumindest spürbar einschränken zu können.

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

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

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

Literaturverzeichnis

- Bauhoff, Sebastian, Fischer, Lisa, Göppfarth, Dirk und Wuppermann, Amelie C. (2017): Plan Responses to Diagnosis-Based Payment: Evidence from Germany's Morbidity-Based Risk Adjustment. CESifo Working Papers 6507, May 2017.
- Becker, U./Kingreen, T.: SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 5. Aufl., München 2017.
- Bickenbach, C.: Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers, Tübingen 2014.
- Bundesministerium für Gesundheit (2017): Daten des Gesundheitswesens 2016, Berlin.
- Bundesregierung (2016): Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Maria Klein-Schmeink, Dr. Harald Terpe, Elisabeth Scharfenberg, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucksache 18/9993 vom 17.10.2016.
- Bundesversicherungsamt (2017): Anzahl der bundes- und landesunmittelbaren Krankenkassen, Bonn.
- Cassel, D./Jacobs, K./Vauth, C. und Zerth, J., Hrsg. (2014): Solidarische Wettbewerbsordnung. Genese, Umsetzung und Perspektiven einer Konzeption zur wettbewerblichen Gestaltung der Gesetzlichen Krankenversicherung, Heidelberg.
- Dienst für Gesellschaftspolitik (2016a): Landesaufsichten: Wenn die Lieblings-AOKen nicht wären, 13. Oktober, S. 6–9.
- Dienst für Gesellschaftspolitik (2016b): Südwest-AOKen preschen erfolgreich vor – Landesaufsichten machen es möglich, 1. Dezember, S. 6–8.
- Dienst für Gesellschaftspolitik (2017a): Aufsichten-Debatte: DAK-Gesundheit und IKK Nord heizen sie wieder an, 6. April, S. 12–14.
- Dienst für Gesellschaftspolitik (2017b): Ranking Liste aller Krankenkassen in Deutschland nach Versicherten. Stichtag 1. April 2017, 11. Mai 2017.
- Dreier, H.: Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 3. Aufl., Tübingen 2015.
- Ebsen, I. (2014): Staat und Selbstverwaltung als Regulierungsakteure, in: Cassel, D./Jacobs, K./Vauth, C./Zehrt, J. (Hrsg.): Solidarische Wettbewerbsordnung, Heidelberg, S. 283–337.
- Ebsen, I./Greß, S./Jacobs, K./Szecsenyi, J. und Wasem, J. (2003): Vertragswettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung

- zur Verbesserung von Qualität und Wirtschaftlichkeit der Gesundheitsversorgung. Gutachten im Auftrag des AOK-Bundesverbands. Endbericht – 6. März 2003.
- Epping, V./Hillgruber, C.: Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz, 32. Edition, München Stand 1. März 2017.
- FAZ (2016): AOKen wegen Manipulationen bestraft, 11. November, S. 15.
- FAZ (2017): Aufsicht moniert Kassenverträge, 14. Juni, S. 20.
- Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP (1992): Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheits-Strukturgesetz), BT-Drucksache 12/3608 vom 05.11.1992.
- Fuchs, M./Preis, U.: Sozialversicherungsrecht, Köln 2005.
- Gesundheitspolitische Kommission der Heinrich Böll Stiftung e.V. (2013): „Wie geht es uns morgen?“ Wege zu mehr Effizienz, Qualität und Humanität in einem solidarischen Gesundheitswesen, Berlin.
- GKV-Spitzenverband (2017): Die gesetzlichen Krankenkassen, Krankenkassenliste, Berlin; <https://www.gkv-spitzenverband.de>
- Hänlein, A.: Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Berlin 2001.
- Hänlein, A./Schuler, R.: Sozialgesetzbuch V: SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2014.
- Hermann, C. (1995): Kassenwettbewerb und staatliche Aufsicht. Ein Meinungsartikel zu den gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätzen der Aufsichtsbehörden, in: DOK, Politik-Praxis-Recht, Heft 13, S. 431–436.
- IGES Institut (2017): Versorgungsverträge und die Vergütung von Diagnosen im ambulanten Sektor. Zusammenhänge mit dem Morbi-RSA, Berlin, April 2017.
- Isensee, Josef: Der Föderalismus und der Verfassungsstaat der Gegenwart, AöR 1990, S. 248–278.
- Jacobs, Klaus (1994): Krankenkassen unter Wettbewerbsdruck – Neugewichtung der Handlungsfelder und organisatorische Anpassungserfordernisse, in: Steger, Ulrich (Hrsg.): Lean Administration. Die Krise der öffentlichen Verwaltung als Chance, Frankfurt, New York 1994, S. 169–188.
- Klein-Schmeink, M./Terpe, H./Scharfenberg, E./weitere Abgeordnete und die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (2016):

- Kleine Anfrage. Faire Wettbewerbsbedingungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, BT-Drucksache 18/9859, vom 22.09.2016.
- Krauskopf, D.: Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt-Kommentar, 94. Ergänzungslieferung, München Januar 2017.
- Kreikebohm, R.: SGB IV, Sozialgesetzbuch, Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, München, 2. Aufl. 2014.
- Küchenhoff, B.: Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Mischverwaltung, Baden-Baden 2010.
- Maunz, T./Dürig, G.: Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, 78. Ergänzungslieferung, München Stand: 09/2016.
- Monopolkommission (2017): Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem. Sondergutachten 75. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, Bonn, im März 2017.
- von Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C.: Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 2, 5. Aufl., München 2005.
- von Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C.: Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band 3, 5. Aufl., München 2005.
- Sachs, M.: Grundgesetz: GG, Kommentar, 7. Aufl., München 2014.
- Sichert, M./Fischer, L.: Alles Routine?! Kodieranreize und „strategischer“ Umgang mit Leistungsdaten im Fokus der Rechtsaufsicht über Krankenkassen und der RSA-Durchführungsbehörde, NZS 2015, S. 694–702.
- Schmergal, Cornelia (2016): Diagnose auf Wunsch: Wie Krankenkassen sich beim Hausarzt einmischen, Spiegel, 19. August 2016.
- Schwarz, M. (2017): Wettbewerb in der GKV: Gibt es ihn oder gibt es ihn nicht? Erkenntnisse aus den Rechnungsergebnissen nach § 305b SGB V, in: Beiträge zur Gesellschaftspolitik, 2–17, 23. Februar 2017.
- Voß, K. D. (1996): Mögliche Wettbewerbsfelder der GKV, ihre Besetzung und Weiterentwicklung, in: Sozialer Fortschritt 5/96, S. 117–123.
- Wille, E. (1999): Auswirkungen des Wettbewerbs auf die Gesetzliche Krankenversicherung, in: Wille, E. (Hrsg.): Zur Rolle des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung. Gesundheitsversorgung zwischen staatlicher Administration, korporativer Koordination und marktwirtschaftlicher Steuerung, Baden-Baden, S. 95–156.

- Wille, E./Ulrich, V./Schneider, U. (2007): Die Weiterentwicklung des Krankenversicherungsmarktes: Wettbewerb und Risikostrukturausgleich, in: Wille, Eberhard, Ulrich, Volker und Schneider, Udo (Hrsg.): Risikostrukturausgleich im internationalen Vergleich. Erfahrungen aus den USA, der Schweiz, den Niederlanden und Deutschland, Baden-Baden, S. 15–67.
- Wille, E./Hamilton, G./Graf von der Schulenburg, J./Thüsing, G. (2012): Privatrechtliche Organisation der gesetzlichen Krankenkassen. Reformperspektiven für Deutschland, Erfahrungen aus den Niederlanden, Baden-Baden.
- Winkler, J.: Sozialgesetzbuch IV, gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung; Lehr- und Praxiskommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2016.

Abbildungen und Tabellen

Abbildung 1:	Der Anstieg des Anteils von RSA relevanten und nicht relevanten Diagnosen im Zeitraum von 2008 bis 2013.....	15
Abbildung 2:	Deckungsquoten nach Risikofaktor und Aufsichtstyp im Morbi-RSA (Jahresausgleich 2015).....	16
Abbildung 3:	Die Anzahl der Krankenkassen im Zeitablauf von 1970 bis 2017.....	24
Abbildung 4:	Der jährliche Rückgang der Anzahl von Krankenkassen von 1993 bis 2017.....	26
Tabelle 1:	Die Entwicklung nach Krankenkassenarten von 1992 bis 2016.....	26
Tabelle 2:	Anzahl und Anteil der bundes- und landesunmittelbaren Krankenkassen von 1993 bis 2017.....	28
Tabelle 3:	Die Verteilung der landesunmittelbaren Krankenkassen auf die Bundesländer im Juni 2017.....	29

Anhang: Übersicht über die landesmittelbaren Krankenkassen

9 landesmittelbare Krankenkassen in Baden-Württemberg



 Krankenkassen	 Mitglieder
AOK Baden Württemberg	3.197.300
BKK Aesculap (b)	6.979
BKK Groz-Beckert (b)	5.333
BKK MAHLE (b)	9.867
BKK Rieker.Ricosta.Weisser (b)	2.355
BKK Scheufelen	46.940
BKK Schwarzwald-Baar-Heuberg	16.889
BKK Voralb HELLER*INDEX*LEUZE (b)	8.683
Metzinger BKK	20.317

9 landesmittelbare Krankenkassen in Nordrhein-Westfalen



 Krankenkassen	 Mitglieder
AOK NordWest – Die Gesundheitskasse	2.106.520
AOK Rheinland/Hamburg – Die Gesundheitskasse	2.208.066
BKK Achenbach Buschhütten	18.738
BKK BPW Bergisch Achsen KG (b)	4.570
BKK EUREGIO	40.686
BKK GRILLO-WERKE AG (b)	1.133
BKK VDN	23.531
BKK DürkoppAdler	17.099
DIE BERGISCHE KRANKENKASSE	53.878

(b)= betriebsbezogen, d.h. nur für Mitarbeiter wählbar

Mitgliederzahlen Stand: 01.01.2017

Quelle: Zusammengestellt aus GKV-Spitzenverband (2017): Krankenkassenliste

7 landesmittelbare Krankenkassen in Bayern

**Krankenkassen****Mitglieder**

AOK Bayern – Die Gesundheitskasse	3.458.155
BKK Akzo Nobel Bayern	33.110
BKK Faber-Castell & Partner	50.375
BKK KBA (b)	10.000
BKK STADT AUGSBURG (b)	13.376
BKK Textilgruppe Hof	5.703
Krones BKK (b)	10.677

6 landesmittelbare Krankenkassen in Hessen

**Krankenkassen****Mitglieder**

AOK – Die Gesundheitskasse in Hessen	1.200.715
BKK HENSCHEL Plus	15.678
BKK Herkules	24.028
BKK KARL MAYER (b)	5.000
BKK Werra-Meißner	26.958
Merck BKK (b)	22.053

(b)= betriebsbezogen, d.h. nur für Mitarbeiter wählbar

Mitgliederzahlen Stand: 01.01.2017

Quelle: Zusammengestellt aus GKV-Spitzenverband (2017): Krankenkassenliste

4 landesmittelbare Krankenkassen in Rheinland-Pfalz

**Krankenkassen****Mitglieder**

AOK Rheinland-Pfalz/Saarland – Die Gesundheitskasse	916.047
BKK EVM (b)	1.574
BKK PFAFF	21.848
BKK VITAL	9.142

3 landesmittelbare Krankenkassen in Brandenburg

**Krankenkassen****Mitglieder**

AOK Nordost – Die Gesundheitskasse	1.463.445
Brandenburgische BKK	10.238
IKK Brandenburg und Berlin	197.126

(b)= betriebsbezogen, d.h. nur für Mitarbeiter wählbar

Mitgliederzahlen Stand: 01.01.2017

Quelle: Zusammengestellt aus GKV-Spitzenverband (2017): Krankenkassenliste

3 landesmittelbare Krankenkassen in Niedersachsen



2 landesmittelbare Krankenkassen in Thüringen



(b)= betriebsbezogen, d.h. nur für Mitarbeiter wählbar

Mitgliederzahlen Stand: 01.01.2017

Quelle: Zusammengestellt aus GKV-Spitzenverband (2017): Krankenkassenliste

1 landesmittelbare Krankenkasse in Bremen

**Krankenkassen**

AOK Bremen/ Bremerhaven

**Mitglieder**

183.684

1 landesmittelbare Krankenkasse in Saarland

**Krankenkassen**

IKK Südwest

**Mitglieder**

471.437

(b)= betriebsbezogen, d.h. nur für Mitarbeiter wählbar

Mitgliederzahlen Stand: 01.01.2017

Quelle: Zusammengestellt aus GKV-Spitzenverband (2017): Krankenkassenliste

1 landesmittelbare Krankenkasse in Sachsen

**Krankenkassen**

AOK PLUS – Die Gesundheitskasse
für Sachsen und Thüringen

**Mitglieder**

2.553.127

1 landesmittelbare Krankenkasse in Sachsen-Anhalt

**Krankenkassen**

AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse

**Mitglieder**

633.152

(b)= betriebsbezogen, d.h. nur für Mitarbeiter wählbar

Mitgliederzahlen Stand: 01.01.2017

Quelle: Zusammengestellt aus GKV-Spitzenverband (2017): Krankenkassenliste

Autorenverzeichnis



Prof. Dr. Eberhard Wille ist Emeritus für Volkswirtschaftslehre, insb. Finanzwissenschaft an der Universität Mannheim, Fakultät für Rechtswissenschaften und Volkswirtschaftslehre.

Er ist Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und stellvertretender Vorsitzender des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (dessen Vorsitzender von 2002 bis 2012). Er gehört ferner u. a. dem Finanzwissenschaftlichen und Gesundheitsökonomischen Ausschuss des Vereins für Socialpolitik, dem wissenschaftlichen Beirat des Bundesversicherungsamtes zur Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs, der Deutschen Gesellschaft für Gesundheitsökonomie (DGGÖ) und der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen an. Er übernahm seit 1997 das Amt eines Vorsitzenden des Landesschiedsamtes für die vertragsärztliche Versorgung in Baden-Württemberg und zwischenzeitlich in mehreren anderen Bundesländern. In seinem gesundheitsökonomischen Schrifttum beschäftigte er sich vor allem mit der nachhaltigen Finanzierung von Gesundheitssystemen, dem Wettbewerb der Krankenkassen in Verbindung mit dem Risikostrukturausgleich, der Schnittstelle zwischen den Leistungssektoren, dem Arzneimittelmarkt und Kosten Nutzen-Analysen von medizinischen Innovationen.



Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard), geb. 1971 in Köln, ist seit Wintersemester 2004/2005 Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit der Universität Bonn.

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln (Stipendiat der Konrad-Adenauer-Stiftung), Erstes Juristisches Staatsexamen 1994, danach wissenschaftlicher Mitarbeiter am dortigen Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Herbert Wiedemann). Promotion im Jahr 1995 über ein arbeitsrechtliches Thema („Der Außenseiter im Arbeitskampf“, summa cum laude, ebenfalls als Stipendiat der Konrad-Adenauer-Stiftung).

1996 Zweites Juristisches Staatsexamen, 1998 Graduierung zum LL.M. an der Harvard Law School sowie Zulassung als Rechtsanwalt (Attorney at Law) für den Staat New York nach bestandener exam. Im Jahr 2000 Habilitation im Zivilrecht (Habilitationsschrift: „Wertende Schadensberechnung“) für die Fächer Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht, Rechtsvergleichung und Kirchenrecht (als Stipendiat der DFG sowie der Studienstiftung des deutschen Volkes).

Im Anschluss daran Tätigkeit als Assistent des Vorstandsvorsitzenden in der Zentralen Unternehmensentwicklung der Bertelsmann AG. Vom 01.04.2001 bis Wintersemester 2004/2005 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School.

In den vergangenen zehn Jahren mehr als zwanzig Mal Sachverständiger bei Anhörungen verschiedener Ausschüsse des Bundestages (Arbeit und Soziales, Gesundheit, Familie, Recht, Europa). 2002–2014 Mitglied der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, 2010–2014 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, 2010–2012 der Kommission zur Erarbeitung des 8. Familienberichts der Bundesregierung, des Vorstands der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit, des Kuratoriums der EBS Law School, Vorsitzender der Gesellschaft für Europäische Sozialpolitik, stellvertretender Vorsitzender des Kirchlichen Arbeitsgerichts Hamburg (2003–2016), stellvertretender Vorsitzender der Gesellschaft für Versicherungswissenschaft- und -gestaltung.

