



**Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum  
Entwurf eines Gesetzes für einen fairen Kassenwettbewerb in der  
gesetzlichen Krankenversicherung  
(Fairer-Kassenwettbewerb-Gesetz – GKV-FKG)**

**I. Konzeptioneller Hintergrund: Fairer Wettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen**

1. Der Gesetzentwurf steht in der Tradition vieler Gesetzesvorhaben, die den sog. solidarischen Wettbewerb in der GKV stärken sollen. Das ist ein grundsätzlich begrüßenswertes Vorhaben, denn dieser Wettbewerb stärkt auch die Verbraucherrechte der Versicherten und fördert die Effizienz der Versorgung. Dennoch wird stets zu prüfen sein, ob nicht der Wettbewerb selbst das Problem ist und er daher nicht verbessert, sondern schlicht unterbunden werden sollte. Dass etwa in einem Sozialgesetzbuch die kommerzielle Werbung von öffentlich-rechtlichen Körperschaften erlaubt wird und daher reguliert werden muss (dazu später III.), zeigt, dass wettbewerbs- und körperschaftswidriges Verhalten ernten wird, wer Wettbewerb unter öffentlich-rechtlichen Körperschaften sät.

2. Insoweit verstärkt der Gesetzentwurf die aus rechtswissenschaftlicher Sicht kontraintuitive Governance im Gesundheitswesen: Während auf der einen Seite das Wettbewerbsrecht in der GKV immer kleinteiliger reguliert wird, gibt es im Bereich der PKV aufgrund der nach wie vor nur begrenzt möglichen Mitnahme von Alterungsrückstellungen<sup>1</sup> überhaupt keinen Wettbewerb um Bestandskunden, die ihre Ehegatten leichter verlassen können als ihr Krankenversicherungsunternehmen. Einen nicht vorhandenen Wettbewerb muss man dann natürlich auch nicht regulieren. Im Gesundheitswesen stehen also öffentlich-rechtliche Körperschaften in einem Wettbewerb, privatwirtschaftliche Unternehmen hingegen nicht – eine auch ordnungspolitisch verkehrte Welt!

## **II. Artikel 3: Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch Nr. 2: Neufassung von § 90 Abs. 4 und 5 SGB IV-E**

1. a) Der Änderungsvorschlag führt zu einer erheblichen Formalisierung der Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden. Ohne dass dies in der Gesetzesbegründung explizit gemacht würde, steht er offensichtlich im Zusammenhang mit der insbesondere von den bundesunmittelbaren Kassen beklagten uneinheitlichen Praxis der Aufsichtsbehörden bei der Rechtsaufsicht über die Krankenkassen. Ob das tatsächlich ein Problem ist, lässt sich mit den Methoden der Rechtswissenschaft weder verifizieren noch falsifizieren. Nicht zu bezweifeln ist aber, dass eine möglichst gleichmäßige und einheitliche Aufsichtspraxis wettbewerbsrelevant ist.

b) Die vorgeschlagenen Neuregelungen verfolgen also ein im Grundsatz legitimes Ziel, da der Erfolg im Wettbewerb nicht davon abhängig sein soll, wie rigide die Aufsichtsbehörden beispielsweise Vorstandsverträge oder aber auch Satzungsleistungen nach § 11 Abs. 6 SGB V auf ihre Rechtmäßigkeit kontrollieren. Auch erscheint es sinnvoll, die Aufsichtsbehörden zu regelmäßigen Treffen anzuhalten, um die Aufsichtspraxis politisch abzustimmen, wie dies im vorgeschlagenen § 90 Abs. 4 S. 1 SGB IV-E geschehen soll.

---

<sup>1</sup> Derzeit können nur Versicherungskunden, deren Versicherungsvertrag nach dem 1. 1. 2009 abgeschlossen wurde, das Versicherungsunternehmen wechseln. Auch hier wird aber nur die Alterungsrückstellung des Basisarifs als Übertragungswert festgelegt (§ 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a) VVG). Es wird also nur die Alterungsrückstellung übertragen, die sich ergeben hätte, wenn der Versicherte von Beginn an im Basisarifs versichert gewesen wäre. Das ist sehr unattraktiv, weil damit ein Teil der Alterungsrückstellungen im Unternehmen verbleibt und wechselwillige Versicherte, die sich bei dem neuen Unternehmen nicht im Basisarifs versichern möchten, den fehlenden Anteil selbst in Gestalt von höheren Prämien finanzieren müssten. Bei Versicherten, deren Vertrag vor dem 1. 1. 2009 abgeschlossen worden ist, ist eine Mitnahme der Alterungsrückstellungen sogar gänzlich ausgeschlossen (§ 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a) VVG).

2. Der vorgeschlagene § 90 Abs. 5 SGB IV-E ist aber problematisch, weil er nicht mit der notwendigen Klarheit regelt, ob rechtliche oder nur politische Verbindlichkeit erreicht werden soll:

a) Abs. 5 bezieht sich in seinem Satz 1 auf „Beschlüsse der Aufsichtsbehördentagung nach Absatz 4“. Dort ist aber nur von einem „Erfahrungs- und Meinungs austausch“, aber nicht von „Beschlüssen“ die Rede. Es sind also gesetzlich gar keine „Beschlüsse nach Absatz 4“ vorgesehen. Sie dürfen daher von gesetzgebenden staatlichen Aufsichtsbehörden auch nicht mit rechtlicher Verbindlichkeit gefällt werden. Zudem dürfen die Aufsichtsbehörden schon aus den nachfolgend unter c) noch zu behandelnden verfassungsrechtlichen Gründen keine gemeinsamen rechtsverbindlichen Entscheidungen treffen, sondern nur politische Empfehlungen abgeben.

Da im Sozialrecht auch im Übrigen stets zwischen rechtsverbindlichen Beschlüssen und nur politisch bindenden Empfehlungen unterschieden wird, ist der Begriff der „Empfehlung“ für den hiesigen Kontext grundsätzlich vorzugswürdig.

b) Die ausgesprochen detaillierte Regelung zu den erforderlichen Mehrheiten bei Entscheidungen in der Kranken- und Pflegeversicherung in den Sätzen 2 und 3 orientiert sich an der Stimmenverteilung der Länder im Bundesrat und enthält zudem besondere Stimmrechte der Bundesaufsichtsbehörden. Man will damit sicherstellen, dass weder die Bundeseite die Länder noch umgekehrt diese den Bund majorisieren können, ergänzt noch durch eine Sperrminorität in Satz 3,<sup>2</sup> die der in Bezug genommene Art. 51 Abs. 2 GG allerdings so nicht kennt. Unklar ist, warum „jedes Land“ zumindest drei Stimmen haben soll, wo es doch Länder gibt, in denen es keine „eigenständige“ AOK und damit keine Landesaufsicht über die Kranken- und Pflegekassen gibt (sondern nur über die Kassenärztlichen Vereinigungen); zuständige Aufsichtsbehörde für die AOK Rheinland/Hamburg ist beispielsweise das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen.

Grundlegender ist das Problem, dass die Sätze 2 und 3 aufgrund der Detailliertheit der Mehrheitsregelungen den Eindruck erwecken, als gehe es der Bundesregierung gerade um rechtliche Verbindlichkeit. Eines solchen Regelungsprogramms, das Ausgewogenheit unter den Ländern und mit dem Bund anstrebt, bedürfte es nicht, wenn die Entscheidungen nur

---

<sup>2</sup> Sie erfasst nur Nordrhein-Westfalen, Bayern, Baden-Württemberg und Niedersachsen. Alle anderen Bundesländer haben weniger als sieben Millionen Einwohner.

empfehlenden politischen Charakter hätten. Warum muss man mit so komplizierten Regelungen Interessen ausgleichen, wenn doch jeder Akteur beliebig von den „Beschlüssen“ abweichen könnte? Gerade die Anlehnung an die für die Gesetzgebung maßgeblichen Mehrheitsverhältnisse im Bundesrat spricht an sich für rechtliche Verbindlichkeit – gäbe es dann nicht Satz 4, aus dem man wiederum ablesen kann, dass die Aufsichtsbehörden von den Beschlüssen abweichen dürfen, und zwar offenbar ohne, dass sie dies näher begründen müssten.

c) Das damit insgesamt wenig kohärente Hin und Her zwischen rechtlich verbindlichen Beschlüssen und dann doch nur politisch wirkenden Empfehlungen wurzelt in einem Dilemma: Auf der einen Seite besteht aus den unter 1. genannten Gründen ein nachvollziehbares Bedürfnis an einheitlichen, für alle Aufsichtsbehörden auch rechtlich verbindlichen Maßstäben für die Ausübung der Aufsicht. Auf der anderen Seite ist eine Vereinheitlichung der Aufsicht so lange nicht zulässig, als es sowohl landes- als auch bundesunmittelbare Krankenkassen gibt. Während die landesunmittelbaren Krankenkassen (also die AOKen) das SGB V gemäß Art. 84 Abs. 1 GG als eigene Angelegenheit ausführen, wird es von den bundesunmittelbaren Krankenkassen nach Art. 86, 87 Abs. 2 GG in bundeseigener Verwaltung ausgeführt. Aufgrund dieser Zweiteilung der Verwaltungskompetenzen – Landesverwaltung durch die AOKen, Bundesverwaltung durch die anderen Krankenkassen – muss auch die Versicherungsaufsicht entsprechend dualistisch organisiert bleiben (vgl. dementsprechend § 90 Abs. 1 und 2 SGB IV). Zwar ist nach Art. 84 Abs. 3 GG eine Aufsicht des Bundes auch über die landesunmittelbaren Krankenkassen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Sie obliegt aber nach Art. 84 Abs. 3 S. 1 GG allein der Bundesregierung als Kollegialorgan, nicht hingegen einem einzelnen Ministerium oder einer einzelnen Bundesoberbehörde. Ohnehin verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist die Beaufsichtigung einer bundesunmittelbaren Krankenkasse durch eine Landesbehörde.

Landesaufsichtsbehörden dürfen daher schon aus verfassungsrechtlichen Gründen an keinen Beschlüssen mitwirken, die sie an die Entscheidungen anderer Landesaufsichtsbehörden oder der Bundesaufsichtsbehörden bindet; Gleiches gilt vice versa. Anders formuliert: So lange das Sozialgesetzbuch V durch Landes- wie durch Bundesbehörden ausgeführt wird, kann es keine einheitlichen Zuständigkeiten bei der Aufsicht geben. Dieser Umstand wird durch den geplanten § 90 Abs. 5 SGB IV-E verunklart.

**Empfehlung:** Statt von „Beschlüssen“ sollte es in § 90 Abs. 5 SGB IV-E „Empfehlungen“ heißen. Außerdem sollten die Regelungen über die notwendigen Mehrheiten für Entscheidungen entfallen.

### **III. Artikel 5: Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch Nr. 2: Einfügung eines neuen § 4a SGB V n.F.**

Der vorgeschlagene § 4a SGB V-E soll an die Stelle der bislang nur knappen Regelung in § 4 Abs. 3 S. 2 SGB V treten. Damit verbunden sind im Wesentlichen zwei Neuerungen: Erstens werden materiell-rechtliche Regelungen für die Werbung durch Krankenkassen festgelegt, die sich teilweise aus dem Gesetz (§ 4a Abs. 3 SGB V-E), teilweise aber auch aus einer vom BMG (oder subsidiär vom BVA) zu erlassenden Rechtsverordnung ergeben sollen (§ 4a Abs. 4 SGB V-E); dazu gleich unter 1. Zweitens sollen die Krankenkassen nicht nur, wie bislang, wegen unzulässiger Werbemaßnahmen gegeneinander klagen dürfen, sondern generell gegen rechtswidriges Verhalten im Wettbewerb (§ 4a Abs. 7 SGB V-E), dazu 2.

**1.** Werbung der Krankenkassen ist zulässig (§ 4a Abs. 3 S. 1 SGB V-E), muss aber die „sachbezogene Information“ (§ 4a Abs. 3 S. 2 SGB V-E) in den Vordergrund stellen. Das wirft folgende Fragen auf:

**a)** Warum soll Werbung überhaupt zulässig sein? Immerhin wird sie aus öffentlichen, auch von den Arbeitgebern mitfinanzierten Abgaben finanziert, die erhebliche volkswirtschaftliche Relevanz besitzen und daher nicht für Sekundärzwecke der Krankenkassen verwendet werden sollten.

**b)** Wenn Werbung nach Satz 2 vorwiegend „sachbezogene Information“ enthalten dürfen soll, so werden zudem die etablierten Begrifflichkeiten der Öffentlichkeitsarbeit im politischen Raum überspielt. So differenziert das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 44, 125) beispielsweise bei der Öffentlichkeitsarbeit von Regierungen zwischen notwendiger und daher zulässiger Informationstätigkeit auf der einen Seite und unzulässiger Wahlwerbung auf der anderen Seite. „Werbung“ ist also schon dem Inhalt nach mit der Eigenschaft einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft unvereinbar; dementsprechend möchte die Gesetzesbegründung das Verhalten der Krankenkassen ja auch auf die sachbezogene Informationstätigkeit beschränken (BT-Drucks. 19/15662, 67). Über dieses Ziel wird aber hinausgeschossen, wenn „Werbung“ in Satz 1 zunächst grundsätzlich erlaubt wird.

Es bedarf daher auch keiner Regelung des materiellen Werberechts. Wenn eine Krankenkasse die Grenzen zwischen zulässiger Information und unzulässiger Werbung überschreitet, gelten schon aus unionsrechtlichen Gründen (RL 2005/29/EU) die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche des UWG.

**Empfehlung:** Es sollte in § 4a Abs. 3 S. 1 SGB V-E nicht „Werbung“ für zulässig erklärt werden, sondern lediglich die „sachbezogene Informationstätigkeit“ der Krankenkassen. Sie muss dabei, wie es § 4a Abs. 3 S. 2 SGB V-E überzeugend formuliert, auch hinsichtlich der Form „mit der Eigenschaft der Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts“ vereinbar sein. Einer Rechtsverordnungsermächtigung (§ 4a Abs. 4 SGB V-E) bedarf es nicht, denn die Abgrenzung zwischen zulässiger Informationstätigkeit und unzulässiger Werbung kann durch die Aufsichtsbehörden und/oder die Sozialgerichte erfolgen.

2. Der Ausbau der Klagemöglichkeiten in Absatz 7 ist sehr weitgehend. Die Krankenkassen sollen ausweislich der Gesetzesbegründung Verstöße gegen „sämtliche für Krankenkassen geltende Vorschriften“ (BT-Drucks. 19/15662, 68) einer gerichtlichen Überprüfung zuführen können, d. h. neben die exekutive Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden träte eine gerichtliche Kontrolle durch die Landessozialgerichte (vgl. § 29 Abs. 3 Nr. 5 SGG-E), soweit das Handeln der Krankenkassen wettbewerbsrelevant ist.

Abs. 7 verbessert zwar den Rechtsschutz der Krankenkassen, denn nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen haben die Krankenkassen keinen Anspruch auf Einschreiten einer untätigen Aufsichtsbehörde gegen einen Wettbewerber. Allerdings wird auch in der Gesetzesbegründung nicht ausgeführt, warum nicht die Rechtskontrolle durch die Aufsichtsbehörden ausreichend ist, zumal diese auch durch die Krankenkassen selbst politisch aktiviert werden können. Werden die Klagemöglichkeiten exzessiv genutzt, riskiert man nicht nur die Arbeitsfähigkeit der Landessozialgerichte. Vielmehr könnte unter dem Druck des Wettbewerbs ein System gegenseitiger Kontrolle und wechselseitigen Misstrauens entstehen, das zusätzliche Ressourcen in den Verwaltungen der Krankenkassen bindet und in einem merkwürdigen Spannungsverhältnis zu dem in § 4 Abs. 3 S. 1 SGB V formulierten Auftrag an die Krankenkassen steht, eng miteinander zusammenzuarbeiten. Mittelbar könnte ein solches System permanenter gegenseitiger Rechtskontrolle auch die für die Versorgung

zentralen Verbände destabilisieren, in denen die einander kontrollierenden und ggfs. verklagenden Wettbewerber zusammengeschlossen sind.

**Empfehlung:** § 4a Abs. 7 SGB V-E sollte nicht Gesetz werden.

Regensburg, 12. 12. 2019

Prof. Dr. Thorsten Kingreen