

Das Angebot von Zusatzkrankenversicherung

Dürfen gesetzliche Krankenversicherungen Zusatzversicherungen anbieten?

Rechtsgutachten erstattet für den
Verbandes der privaten Krankenversicherung e.V.

Univ.-Prof. Dr. Bernd Baron von Maydell /
ao. Univ.-Prof. Dr. Beatrix Karl



Das Angebot von Zusatzkrankenversicherung

Dürfen gesetzliche Krankenversicherungen
Zusatzversicherungen anbieten?

ao. Univ.-Prof. Dr. Beatrix Karl /
Univ.-Prof. Dr. Bernd Baron von Maydell

©

Verband der privaten Krankenversicherung e. V.
Bayenthalgürtel 26 · 50968 Köln
Telefon 0221 / 3 76 62-0 · Telefax 0221 / 3 76 62 10

Internet:

<http://www.pkv.de>

E-Mail: postmaster@pkv.de

Köln, im Mai 2003

ISSN 0340-1367

INHALT

	Seite
Vorwort	5
I. Gutachtensfrage	7
II. Sozialpolitische Erwägungen	8
III. Sozialrechtliche Beurteilung	10
IV. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Beurteilung	13
1. Sind die gesetzlichen Krankenkassen zur Einrichtung öffentlicher Unternehmen als Anbieter der neuen Zusatzversicherung befugt?	14
1.1. Der Vorbehalt des Gesetzes	14
1.2. Das Subsidiaritätsprinzip	17
1.3. Conclusio	21
2. Stehen die Rechte der konkurrierenden privaten Krankenversicherungsunternehmen dem Tätigwerden öffentlicher Unternehmen entgegen?	23
2.1. Darf die Zusatzversicherung ausschließlich von der gesetzlichen Krankenversicherung angeboten werden?	24
2.1.1. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 GG)	24
2.1.2. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	28
2.2. Darf die Zusatzversicherung von der gesetzlichen Krankenversicherung im Wettbewerb mit der privaten Krankenversicherung angeboten werden?	31

2.2.1. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 GG) ..	31
2.2.2. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	38
2.2.3. Das Wettbewerbsrecht	43
2.3. Conclusio	51
V. Europarechtliche Beurteilung	55
1. Die wirtschaftliche Tätigkeit als Grundlage für die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts	56
1.1. Die Unternehmenseigenschaft	57
1.2. Die Unternehmenseigenschaft öffentlicher Unternehmen	61
1.3. Die EuGH-Judikatur zur Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern	64
1.4. Conclusio	67
2. Darf die Zusatzversicherung ausschließlich von der gesetzlichen Krankenversicherung angeboten werden? ..	69
2.1. Zum Vorliegen einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes	71
2.2. Zum Mißbrauch einer beherrschenden Stellung ...	76
2.3. Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten	80
2.4. Zur Ausnahme gem. Art. 86 Abs. 2 EGV	81
2.5. Conclusio	85
3. Darf die Zusatzversicherung von der gesetzlichen Krankenversicherung im Wettbewerb mit der privaten Krankenversicherung angeboten werden? ..	87
3.1. Zur Ausnahme gem. Art. 86 Abs. 2 EGV	91
3.2. Conclusio	92
VI. Zusammenfassende Ergebnisse	94
Literaturverzeichnis	99

Vorwort

Dass eine umfassende Reform im Gesundheitswesen dringend notwendig ist, wird mittlerweile von niemandem mehr bezweifelt. Jedoch herrscht Uneinigkeit darüber, welche Schritte unternommen werden sollen. Der bisherige Standard des gesetzlichen Versicherungsschutzes wird auf Dauer kaum gehalten werden können. So werden mit dem GKV-Modernisierungsgesetz, das ab 1. Januar 2004 in Kraft tritt, einzelne Leistungen wie z.B. das Sterbegeld aus dem Katalog der gesetzlichen Kassen gestrichen. Zahnersatz und Krankengeld werden aus dem eigentlichen Versicherungsschutz ausgelagert und müssen ab 2005 bzw. 2006 allein vom Arbeitnehmer finanziert werden. Für den Zahnersatz wird künftig die Besonderheit gelten, dass sich jeder gesetzlich Versicherte entscheiden kann, ob er ihn gesetzlich oder privat absichert.

Zunächst war geplant, dass der Zahnersatz auch von den gesetzlichen Krankenkassen als Zusatzversicherung angeboten wird. Hier stellt sich allerdings die Frage, die in dem vorliegenden Gutachten untersucht wurde: Dürfen die gesetzlichen Krankenkassen Zusatzversicherungen anbieten? Ist es vor dem Hintergrund, dass ein funktionierender Markt für private Krankenzusatzversicherung existiert, rechtlich zulässig, dass die gesetzlichen Krankenkassen mit ihren Privilegien und einem Adressenmonopol in Konkurrenz zur privaten Versicherungswirtschaft treten? Zur Beantwortung dieser Fragen nehmen die Autoren eine sozialrechtliche, wirtschaftsverfassungsrechtliche und europarechtliche Beurteilung vor. Dabei kommen sie zu dem Ergebnis, dass der gesetzlichen Krankenversicherung in allen Bereichen die gesetzliche Grundlage für das Anbieten von Zusatzkrankenversicherungen in eigener Rechtspersönlichkeit fehlt. Darüber hinaus würde eine solche Ausweitung des Tätig-

keitsbereiches der gesetzlichen Krankenversicherung der Konzeption und dem Auftrag der Sozialversicherung widersprechen.

Köln, im November 2003

Verband der privaten Krankenversicherung e.V.

Schulte
Vorsitzender

Dr. Leienbach
Verbandsdirektor

I. Gutachtensfrage

Im vorliegenden Gutachten wird geprüft, ob und inwieweit es zulässig ist, daß eine Zusatzkrankenversicherung auch von der gesetzlichen Krankenversicherung angeboten wird. Konkret geht es um eine Zusatzversicherung, die Leistungen umfassen soll, die aus der gesetzlichen Krankenversicherung „ausgegliedert“ werden. Gegenstand einer solchen Zusatzversicherung sind somit Leistungen, die nicht mehr länger von der Solidargemeinschaft der Sozialversicherten getragen werden, sondern in die Eigenverantwortung und Eigenvorsorge des einzelnen fallen sollen. Diese Leistungen sollen vor allem deshalb aus der solidarischen Leistungserbringung ausgegliedert werden, um die Lohnnebenkosten zu verringern, indem die Arbeitgeber aus der Beitragspflicht entlassen werden. Auch darin kommt deutlich zum Ausdruck, daß die Vorsorge für diese Risiken der Eigenverantwortung übertragen wird. Bei dieser neuen Zusatzkrankenversicherung handelt es sich somit nicht um eine Aufgabe, die wegen ihres sozialen Charakters durch die öffentliche Hand wahrzunehmen ist. Die Aufgabe der Durchführung der neuen Zusatzversicherung kann vielmehr – jedenfalls auch – von den privaten Krankenversicherungsunternehmen wahrgenommen werden. Ob diese Aufgabe „auch“ oder „nur“ durch die privaten Krankenversicherungsunternehmen wahrzunehmen ist, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

Wenn die neue Zusatzversicherung von den gesetzlichen Krankenkassen angeboten werden darf, wird der gesetzlichen Krankenversicherung eine Aufgabe übertragen, die in den Tätigkeitsbereich der privaten Krankenversicherung fällt. Zum Versicherungsbestand der privaten Krankenversicherung zählen neben der Krankheitskostenvollversicherung auch Zusatzversicherungen, Krankentagegeldversicherung, Krankenhaustagegeldversicherung, Beihilfeablöseversicherung, Restschuldversicherung, Lohnfortzahlungsversicherung, Auslandsreisekrankenversicherung sowie die Pflegepflichtversicherung. Unter dem Titel der Zusatzversicherungen werden die Versicherung für Wahlleistungen im Krankenhaus, die ambulanten Zusatzversicherungen und die Pflegezusatzversicherung

erbracht. Aktuell haben die privaten Krankenversicherungen einen Bestand von ca. 14,5 Mio. Versicherungsverträgen zu verzeichnen.

Momentan wird vor allem die Ausgliederung von drei Leistungen diskutiert: Krankengeld, Zahnersatz sowie die Krankenbehandlung im Falle von Unfällen, die nicht von der gesetzlichen Unfallversicherung erfaßt werden. Die im vorliegenden Gutachten behandelten Rechtsfragen werden in erster Linie am Beispiel des Krankengeldes dargestellt. Es wird somit der Fall beispielhaft erörtert, daß das Krankengeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung herausgenommen und zum Gegenstand einer eigenen Versicherung wird, die der Arbeitnehmer alleine zu finanzieren hat.

II. Sozialpolitische Erwägungen

Die Ausgliederung von Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung stößt nicht nur auf juristische Bedenken, sondern hat auch aus sozialpolitischer Sicht sehr ernstzunehmende Konsequenzen. Bevor noch auf die Frage der Zulässigkeit des Tätigwerdens der gesetzlichen Krankenversicherung als Anbieter der neuen Zusatzversicherung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher sowie aus europarechtlicher Sicht eingegangen wird, sollen daher auch sozialpolitische Überlegungen angestellt werden.

Wenn die gesetzlichen Krankenkassen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung auftreten, hat dies zur Folge, daß sie vom Europarecht in stärkerem Maße betroffen sind, als es im Rahmen ihrer sozialen Versicherungstätigkeit bisher der Fall ist. Die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts führt zu einer Reihe von Restriktionen. Als besonders problematisch können sich z.B. Quersubventionierungen erweisen. Für die gesetzliche Krankenversicherung besteht aber auch darüber hinaus die Gefahr, daß sie durch die Übernahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit an sozialem Profil verliert und sich zu einem System entwickelt, das immer mehr wirtschaftliche Elemente aufweist. Eine verstärkte Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten kann zur Folge haben,

daß die Grenzen zwischen sozialer und wirtschaftlicher Tätigkeit verschwimmen und eine klare Abgrenzung daher nicht mehr möglich ist. Eine solche Entwicklung läuft allerdings letztlich auf eine „Verwirtschaftlichung“ der bislang als sozial einzustufenden Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenversicherung hinaus. Das bedeutet dann aber auch die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts auf die gesetzliche Krankenversicherung.

Es darf nicht übersehen werden, daß sich der Gesetzgeber mit der Einräumung eines prinzipiellen Wahlrechts zwischen den öffentlich-rechtlichen Kassen schon sehr weit hinausgewagt hat. Diese Reform hat zu einer erheblichen Veränderung im Verhältnis zwischen (öffentlich-rechtlichen) Kassen und Versicherten geführt.¹ *Haverkate/Huster*² messen der Konkurrenz unter den gesetzlichen Krankenkassen gerade im Hinblick auf Art. 86 EGV Bedeutung bei. Der deutsche Gesetzgeber habe die Voraussetzungen dafür geschaffen, daß die unterschiedlichen Startpositionen, die einem Wettbewerb der Kassen entgegenstehen, abgebaut werden; das sei das System des Risikoausgleichs. Er habe die gesetzlichen Kassen auf den Weg verwiesen, in einen Wettbewerb um Mitglieder zu treten, sich gegenseitig Mitglieder abzuwerben und auf diese Weise wie private auf einem Markt zu agieren. Damit stellen sich für *Haverkate/Huster* folgende Fragen: „Hat damit nicht bereits der deutsche Gesetzgeber die Unternehmenseigenschaft der Krankenversicherungsträger bejaht, wenn sie nach seinem Willen wie Private gegeneinander antreten und um Marktanteile kämpfen sollen? Ist hier die Entflechtung der Positionen öffentlich-rechtlicher Monopole nicht schon so weit vorangetrieben, daß sie nur noch konsequent fortgesetzt werden müßte – in einer Konkurrenz auch mit den Privaten?“ So legt das geltende deutsche Krankenversicherungsrecht nach Auffassung von *Haverkate/Huster* selbst seine Transformation mit Hilfe des Art. 86 EGV nahe.

Die Auffassung von *Haverkate/Huster* ist hier deshalb wiedergegeben worden um aufzuzeigen, daß es schon nach geltendem Recht keines-

1 *Haverkate/Huster*, Sozialrecht, Rdnr. 590.

2 Sozialrecht, Rdnr. 591.

wegs unumstritten ist, ob die Krankenkassen als Anbieter der gesetzlichen Krankenversicherung tatsächlich sozial handeln. Sollte der EuGH diese Tätigkeit nicht als sozial, sondern als wirtschaftlich qualifizieren, ist vor dem Hintergrund der dargestellten Judikatur zur Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf freiwillige sowie auf verpflichtende (Zusatz)Versicherungsmonopole klar, daß dies zu einer Aufhebung der Monopolstellung der öffentlich-rechtlichen Krankenkassen führen würde. In Anbetracht dieser Situation sollte sich der deutsche Gesetzgeber um so mehr bewußt sein, daß mit jeder Erweiterung der Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen um wirtschaftliche Agenden die Tür für die Anwendung des Wettbewerbsrechts ein Stück weiter geöffnet wird. Ist eine solche Entwicklung politisch nicht erwünscht, sollte darauf geachtet werden, die gesetzlichen Krankenkassen stärker sozial zu positionieren und diese Position nicht durch die Übertragung wirtschaftlicher Tätigkeiten zu gefährden.

Von Bedeutung ist auch eine weitere sozialpolitische Erwägung. Die den Gegenstand der aktuellen politischen Diskussion bildenden drei Leistungsbereiche werden vordergründig mit der Entlastung der gesetzlichen Krankenversicherung, insbesondere soweit es den Arbeitgeberanteil anbelangt, begründet. In der Sache geht es aber darum, daß aus dem gesetzlich abgesicherten Bereich Teilbereiche herausgenommen werden, von denen angenommen wird, daß sie nicht mehr der sozialen Absicherung unterstellt sein müssen, sondern der Vorsorge durch den einzelnen überlassen werden können. Die Form einer solchen Ausgliederung muß diese Zielsetzung (Privatisierung eines Risikos) mit berücksichtigen, weil durch die gewählte Form der Privatisierungserfolg konterkariert werden kann.

III. Sozialrechtliche Beurteilung

Nach § 30 Abs. 1 SGB IV dürfen die Versicherungsträger nur Geschäfte zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben führen und ihre Mittel nur für diese Aufgaben sowie die Verwal-

tungskosten verwenden.³ In dieser Bestimmung ist somit der allgemeine Grundsatz festgelegt, daß die gesetzlichen Kassen auf die ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben beschränkt sind. Darüber hinaus enthält auch § 260 SGB V eine Beschränkung der Verwendung von Betriebsmitteln auf die gesetzlich oder durch die Satzung vorgesehenen Aufgaben sowie auf die Verwaltungskosten und auf die Auffüllung der Rücklage und die Bildung von Verwaltungsvermögen. Diese Bestimmungen dürfen auch durch die Gründung von Tochterunternehmen nicht umgangen werden.⁴

Unter den gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben, auf die sich nach Art. 30 Abs. 1 SGB IV und Art. 260 SGB V die Geschäfte der gesetzlichen Kassen und die Mittelverwendung zu beschränken haben, versteht man die den Versicherungsträgern als Pflichtaufgaben auferlegten Leistungen, z.B. die Regelleistungen der Krankenkassen.⁵ Zu den in § 30 Abs. 1 SGB IV ebenfalls genannten „zugelassenen“ Aufgaben gehören insbesondere die durch die Satzung bestimmten Mehrleistungen sowie alle Ermessensleistungen. Gemeint sind damit solche Leistungen, bei denen das staatliche Recht die Erfüllung durch die Versicherungsträger freistellt, die Pflicht zur Erfüllung aber aus der Übernahme einer Aufgabe durch die Satzung folgen kann. Die Zulassung einer Aufgabe erfordert damit jedenfalls ihre Erwähnung im Gesetz, nicht allein ein Übereinstimmen mit dem Gesetzeszweck.⁶

Welche Leistungen die gesetzliche Krankenversicherung zu erbringen hat, ergibt sich aus § 21 SGB I und den §§ 11 ff. SGB IV. Die Leistun-

3 Zu Art. 30 SGB IV s. v. *Maydell/Scholz*, *Eigenwirtschaft*, S. 15 ff.

4 S. BGH GRUR 1996, 213 ff. Aus dieser Entscheidung des BGH zur Zusatzsterbegeldversicherung läßt sich ableiten, daß Kooperationen der gesetzlichen Kassen mit privaten Versicherungsunternehmen problematisch sind. Eine fundierte Beurteilung, ob und inwieweit eine solche Kooperation hinsichtlich der neuen Zusatzkrankenversicherung zulässig ist, läßt sich allerdings nur dann vornehmen, wenn bekannt ist, wie eine solche Kooperation aussehen soll.

5 V. *Maydell/Scholz*, *Eigenwirtschaft*, S. 19.

6 V. *Maydell/Scholz*, *Eigenwirtschaft*, S. 19; a.A. Landgericht Düsseldorf im Urteil v. 16.8.1978, Az. 12 O 168/78, 23.

gen, die künftig den Gegenstand der neuen Zusatzkrankenversicherung bilden sollen, wie etwa das Krankengeld, werden aber nach der Ausgliederung gerade nicht mehr zu den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung zählen. Das geltende Krankenversicherungsrecht räumt den gesetzlichen Krankenkassen auch keine Möglichkeit ein, Leistungen, die nicht zu den Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung gehören, im Rahmen einer Zusatzversicherung anzubieten. Damit fehlt es den Kassen an einer gesetzlichen Grundlage für das Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung. Wenn der Gesetzgeber den Krankenversicherungsträgern keine entsprechende Kompetenz einräumt, stellt das Angebot der neuen Zusatzversicherung durch die gesetzlichen Kassen daher einen Verstoß gegen das aus § 30 Abs. 1 SGB IV und § 260 SGB V folgende Verbot dar, keine Geschäfte außerhalb der ihnen gesetzlich vorgeschriebenen oder zugewiesenen Aufgaben zu führen. Dies gilt nach Auffassung des BGH auch dann, wenn die Tätigkeit nicht mit finanziellen Aufwendungen für die Kassen verbunden ist.⁷

In der BGH-Entscheidung zur Zusatzsterbegeldversicherung ist es um die Frage gegangen, ob es den Ersatzkassen nach der mit dem Gesundheits-Reformgesetz 1989 erfolgten Herausnahme des Sterbegeldes aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung erlaubt ist, auf dem Markt für private Versicherungsprodukte eine Zusatzsterbegeldversicherung anzubieten. Der BGH hat aus den Gesetzesmaterialien zum Gesundheits-Reformgesetz 1989 gefolgert, daß der Gesetzgeber die Sterbegeldzahlung bewußt aus dem gesetzlichen Aufgabenbereich der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, zu dem sie traditionell gehörten, für die Zukunft herausgenommen und die Versicherten auf die Möglichkeit der privaten Lebensversicherung verwiesen hat. Von einer Verpflichtung der Ersatzkassen, die eingetretene Deckungslücke zu schließen, könne daher nicht gesprochen werden.⁸

Eine Verpflichtung zur Schließung der eintretenden Deckungslücken durch die gesetzlichen Kassen besteht aber auch dann nicht, wenn der

7 BGH GRUR 1996, 213, 216.

8 Ebd.

Gesetzgeber nunmehr weitere Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung, wie etwa das Krankengeld, ausgliedert, um sie der Eigenverantwortung des einzelnen zu übertragen. Die Krankenversicherungsträger dürfen die neue Zusatzkrankenversicherung somit nur dann anbieten, wenn sie vom Gesetzgeber dazu ermächtigt werden.

IV. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Beurteilung

Wenn die neue Zusatzkrankenversicherung von den gesetzlichen Krankenkassen angeboten werden darf, so können die Kassen diese Aufgabe unmittelbar als öffentlich-rechtliche Körperschaften wahrnehmen oder zu diesem Zweck private Versicherungsunternehmen gründen. In beiden Fällen agieren die Kassen als Träger öffentlicher Unternehmen. Die Zulässigkeit dieser Handlungsformen soll im folgenden einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen werden.

Bei dieser Überprüfung gilt es zu berücksichtigen, daß die Übertragung der Vollziehung der neuen Zusatzversicherung auf die gesetzliche Krankenversicherung auf zwei verschiedenen Ebenen Rechtsprobleme aufwirft. Rechtsprobleme ergeben sich zum einen im Verhältnis zwischen den die neue Zusatzkrankenversicherung anbietenden öffentlichen Unternehmen und den gesetzlichen Krankenkassen als Träger dieser Unternehmen und zum anderen im Verhältnis zwischen diesen öffentlichen Unternehmen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen als ihren Konkurrenten.⁹ Während es auf der ersten Ebene um die grundlegende Frage nach der Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand geht, ist auf der zweiten Ebene zu prüfen, inwieweit die Rechte der konkurrierenden privaten Unternehmen einem Tätigwerden öffentlicher Unternehmen entgegenstehen. Es wird daher im folgenden

9 Gusy, JA 1995, S. 168, spricht davon, daß öffentliche Unternehmen in drei Dimensionen Rechtsprobleme aufwerfen: „1. Rechtsprobleme im Verhältnis zwischen Unternehmen und seinem Träger 2. Rechtsprobleme im Verhältnis zwischen dem Unternehmen und seinen Konkurrenten 3. Rechtsprobleme im Verhältnis zwischen dem Unternehmen und seinen Kunden“

zuerst geprüft, ob überhaupt eine Befugnis zur Einrichtung von die neue Zusatzkrankenversicherung wahrnehmenden öffentlichen Unternehmen besteht. Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob die Rechte der konkurrierenden privaten Krankenversicherungsunternehmen mit dem Tätigwerden der öffentlichen Unternehmen vereinbar sind.

1. Sind die gesetzlichen Krankenkassen zur Einrichtung öffentlicher Unternehmen als Anbieter der neuen Zusatzversicherung befugt?

Grenzen, die der Einrichtung öffentlicher Unternehmen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung entgegenstehen, können sich insbesondere aus dem Europarecht, den Grundrechten, dem Subsidiaritätsprinzip, dem Vorbehalt des Gesetzes sowie dem Wettbewerbsrecht ergeben. Den europarechtlichen sowie den grundrechtlichen Grenzen und den Grenzen, die durch das Wettbewerbsrecht gesetzt werden, sind jeweils eigene Kapitel gewidmet (2.2. und V.). Im folgenden werden daher nur jene Grenzen, die sich aus dem Vorbehalt des Gesetzes sowie aus dem Subsidiaritätsprinzip ergeben, behandelt.

1.1. Der Vorbehalt des Gesetzes

Nach der traditionellen Auffassung bedarf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand prinzipiell keiner speziellen gesetzlichen Grundlage.¹⁰ Diese Auffassung stößt allerdings auf Kritik. So führt etwa *Ehlers*¹¹ aus, daß aus Gründen der demokratischen Legitimation und der Gewährleistung rechtsstaatlicher Verhältnisse jede Ausgliederung aus der Verwaltungshierarchie in Form von juristisch verselbständigten Personen stets auf ein Gesetz zurückgeführt werden können muß. Er räumt

¹⁰ *Klein*, Teilnahme, S. 194 f.; kritisch *Ehlers*, JZ 1990, S. 1087.

¹¹ JZ 1990, S. 1093.

jedoch ein, daß dem Gesetzesvorbehalt auch Bestimmungen genügen können, die sich darauf beschränken, die allgemeinen Voraussetzungen der Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen durch die Verwaltung zu regeln. Die in den Haushalts- und Kommunalordnungen getroffenen allgemeinen Wirtschaftsbestimmungen dürften nach Auffassung von *Ehlers*¹² den gesetzlichen Anforderungen noch genügen. Im Einzelfall, etwa wenn wirtschaftspolitische Grundsatzentscheidungen getroffen werden, die öffentlichen Unternehmen mit besonderen Privilegien ausgestattet werden sollen oder es um das Handeln in einem grundrechtssensiblen Bereich – wie etwa dem der Pressefreiheit – geht, könne aber etwas anderes gelten.

Als Beispiel für diese besonderen Fälle, in denen es einer speziellen gesetzlichen Grundlage bedarf, verweist *Ehlers* auf eine Entscheidung des BGH, in der den Krankenversicherungsträgern eine Selbstabgabe von Brillen auch deshalb untersagt worden ist, weil für diese Art der Wirtschaftskonkurrenz eine Legitimation in Form einer gesetzlichen Grundlage erforderlich ist.¹³ Der die Ausführung von Sozialleistungen betreffende § 17 SGB I verpflichtet zwar den Sozialversicherungsträger allgemein, für die Verwirklichung der Zielvorstellungen des Sozialgesetzbuchs Sorge zu tragen, daraus folge aber nicht schon, daß die Einrichtung von Eigenbetrieben der gesetzlichen Krankenkassen zulässig oder unzulässig sei. Auch aus der Vorschrift des § 30 Abs. 1 SGB IV folgt nach zutreffender Auffassung des BGH nicht, daß es den Sozialversicherungsträgern grundsätzlich und generell gestattet oder untersagt wäre, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben Eigeneinrichtungen zu bedienen. Nach dieser Bestimmung dürfen Versicherungsträger Geschäfte nur zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben führen und ihre Mittel nur für diese Aufgaben und Verwaltungskosten verwenden. Um welche Aufgaben es sich dabei im einzelnen han-

12 JZ 1990, S. 1097.

13 BGHZ 82, S. 375 ff. Ausführlich zur Frage, ob die gesetzlichen Krankenkassen ihrer Verpflichtung zur Versorgung der Versicherten mit Brillen dadurch nachkommen dürfen, daß sie Eigeneinrichtungen zur Abgabe von Brillen errichten und unterhalten v. *Maydell/Scholz*, Eigenwirtschaft; *Zacher*, Krankenkassen.

dle, ergebe sich indessen daraus nicht. § 30 Abs. 1 SGB IV enthalte lediglich die allgemeine Umschreibung der Befugnisse des Sozialversicherungsträgers, ohne dabei dessen Aufgaben und Geschäfte konkret zu regeln.

Rein äußerlich betrachtet ist die Fallgestaltung bei der Selbstabgabe von Brillen eine andere als beim Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung durch die gesetzlichen Kassen, sind doch unterschiedliche Ebenen angesprochen. Während es bei der Selbstabgabe von Brillen um die Konkurrenz der Kassen zu den Leistungserbringern ging, ist im Falle der Zusatzversicherung die Konkurrenz zwischen den öffentlich-rechtlichen Kassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen angesprochen. Die Problematik ist aber letztlich dieselbe, geht es doch in beiden Fällen um die Konkurrenz zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen. In der Entscheidung des BGH zur Zusatzsterbegeldversicherung ist demgegenüber nicht nur die gleiche Problematik angesprochen, sie liegt auch auf derselben Ebene wie im Falle der Zusatzkrankenversicherung. Der BGH hat in dieser Entscheidung seine im Urteil über die Selbstabgabe von Brillen vertretene Auffassung wiederholt. Demzufolge handeln Ersatzkassen, die ihren Mitgliedern nach dem aufgrund des Gesundheits-Reformgesetzes 1989 erfolgten Wegfall bzw. der Kürzung des Sterbegeldes im Zusammenwirken mit einer von ihnen gegründeten Ersatzkassengemeinschaft sowie einem Konsortium von Lebensversicherungsgesellschaften auf der Grundlage eines Gruppenlebensversicherungsvertrages eine Zusatzsterbegeldversicherung anbieten, nicht mehr im Rahmen des ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereichs (§ 30 Abs. 1 SGB IV). Zutreffend geht der BGH somit davon aus, daß das Handeln der Versicherungsträger unter Gesetzesvorbehalt steht. Die Träger „besitzen keine allgemeine Zuständigkeit, sondern dürfen nur gesetzlich vorgeschriebene oder zugelassene Aufgaben erfüllen“.¹⁴

Aus diesen Entscheidungen läßt sich ableiten, daß die gesetzlichen Krankenkassen die neue Zusatzkrankenversicherung nur dann anbieten

¹⁴ BGH GRUR 1996, 213, 215.

dürfen, wenn ihnen diese Tätigkeit auch zugewiesen ist.¹⁵ Im Rahmen der sozialrechtlichen Beurteilung ist bereits darauf hingewiesen worden, daß in § 30 Abs. 1 SGB IV und § 260 SGB V eine Beschränkung der Kassen auf die ihnen gesetzlich zugewiesenen Leistungen normiert ist (s. Kapitel III.). In diesem Kapitel ist auch aufgezeigt worden, daß es den Kassen an einer gesetzlichen Grundlage für das Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung fehlt. Es kann daher auf diese Ausführungen verwiesen werden.

1.2. Das Subsidiaritätsprinzip

Aus dem Subsidiaritätsprinzip läßt sich ein Vorrang der Privatwirtschaft gegenüber der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand herleiten.¹⁶ Für das Verhältnis Staat-Privatwirtschaft bedeutet Subsidiarität, daß wirtschaftliche Eigenverantwortung und Kooperation der Staatsverantwortung vorgeht und privatwirtschaftliche unternehmerische Entfaltung Vorrang vor staatlicher Eigenwirtschaft hat. Die staatliche Steuerung der Wirtschaft wird nach dieser Auffassung auf eine Ultima ratio-Funktion oder Reservefunktion im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung zurückgedrängt und soll nur dann Platz greifen, wenn die Privatwirtschaft nicht in der Lage ist, eine bestimmte Aufgabe ordnungsgemäß und effizient zu erfüllen. Es ist allerdings fraglich, ob das Grundgesetz die Beachtung dieses Prinzips als durchgängigen, alle staatlichen Maßnahmen begrenzenden Grundsatz gebietet.¹⁷

15 Ausführlich zum sozialrechtlichen Gesetzesvorbehalt v. *Maydell/Scholz*, Eigenwirtschaft, S. 89 ff.

16 Ausführlich zum Subsidiaritätsprinzip *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip. In seinem am 13. März 2003 im Rahmen der 9. Sozialrechtslehrtagung gehaltenen Vortrag zum Thema „Verfassungsrechtliche Anforderungen an die staatliche Gewährleistung sozialer Sicherheit“ geht auch *Hase* von einer grundsätzlichen Vorordnung der privaten vor jedweder öffentlich gewährleisteten Bedarfsdeckung im Sozialstaat des Grundgesetzes aus.

17 S. *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 153; *Ehlers*, JZ 1990, S. 1096; *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts III, S. 1191.

*Isensee*¹⁸ folgert aus dem Umstand, daß die Freiheit der Berufsausübung nur beschränkt werden dürfe, wenn vernünftige Gründe des Gemeinwohls es erfordern, daß die Sozialversicherung dem Subsidiaritätsprinzip folge. Sie respektiere die Eigenvorsorge des einzelnen, wo diese den durchschnittlichen Sicherungsbedürfnissen genügen könne, und das Recht der anderen Leistungsträger. Auch *Hase*¹⁹ geht davon aus, daß öffentlich-rechtliche Vorkehrungen zur Sicherung individuellen Bedarfs in der liberalen Verfassungsordnung nicht das Primäre, sondern immer erst sekundärer Natur sind. Diese Vorordnung der privaten Bedarfsdeckung vor aller öffentlich organisierten Absicherung sei für Verfassungen des liberalen Typus konstitutiv, sie ergebe sich aus der Gewährleistung der Grundrechte und der prinzipiell begrenzten Legitimation staatlichen Handelns.

Vernünftige Gründe des Gemeinwohls, die ein Tätigwerden der Sozialversicherungsträger erfordern, liegen aber nur dann vor, wenn es um Tätigkeiten geht, die von den Grundsätzen der Solidarität und des sozialen Schutzes geprägt sind. Dies ist aber beim Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung gerade nicht der Fall, soll sie doch aus der sozialen Krankenversicherung ausgegliedert werden. Eine solche Ausgliederung würde wenig Sinn machen, wenn dadurch nicht bezweckt würde, diese Leistungen der Eigenverantwortung und Eigenvorsorge des einzelnen zu übertragen. Dem diesbezüglichen Sicherungsbedürfnis des einzelnen kann aber durch die privaten Krankenversicherungsunternehmen entsprochen werden. Ein Tätigwerden der gesetzlichen Kassen in diesem Bereich würde daher die Rechte der privaten Krankenversicherungsunternehmen negieren.

Ein solches Subsidiaritätsprinzip im Bereich der gesetzlichen Sozialversicherung läßt sich auch der oben bereits dargestellten Entscheidung des BGH zur Frage der Zulässigkeit der Abgabe von Brillen durch die gesetzlichen Kassen entnehmen. Nach Auffassung des BGH beachtet die

18 ZRP 1982, S. 141.

19 Vortrag.

auf wenige Ausnahmefälle beschränkte Selbstabgabe von Brillen auch, „daß es der öffentlichen Hand verwehrt ist, über das sachlich Gebotene und verfassungsrechtlich Zulässige hinaus in den Bereich der privaten beruflichen Betätigung Dritter zu deren Nachteil einzugreifen (Art. 12 Abs. 1 GG)“.²⁰ Nichts anderes kann aber auch für die Beschränkung der Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung auf das Angebot von sozialen Leistungen gelten. Aus der Konzeption der Sozialversicherung und den Aufgaben, die den Sozialversicherungsträgern zugewiesen sind, läßt sich deutlich ableiten, daß die Sozialversicherungsträger nur jene Tätigkeiten wahrnehmen sollen, die von den Grundsätzen der Solidarität und des sozialen Schutzes getragen sind. Diese Aufgabenbeschränkung beachtet, daß es der öffentlichen Hand verwehrt ist, über das sachlich Gebotene und verfassungsrechtlich Zulässige hinaus in den Bereich der Betätigung der privaten Krankenversicherungsunternehmen zu deren Nachteil einzugreifen. Im Rahmen der in einem eigenen Kapitel (2.) erfolgenden grundrechtlichen Beurteilung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung durch die gesetzlichen Krankenkassen wird ausführlich dargelegt, daß ein solches Tätigwerden in den Bereich der privaten beruflichen Betätigung der Krankenversicherungsunternehmen zu deren Nachteil eingreift und in Anbetracht des funktionierenden Marktes für private Zusatzversicherungen sachlich auch nicht geboten ist.

Noch deutlicher wird dieses Subsidiaritätsprinzip, wenn der BGH folgendes ausführt: „Mit der Erfüllung der ihnen durch das Sozialgesetzbuch und die Reichsversicherungsordnung zugewiesenen Aufgaben verwirklichen die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung auf dem Gebiet der gesundheitlichen Daseinsvorsorge den Verfassungsauftrag der Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG; BSGE 36, 238, 239). Soweit es der Beklagten dabei obliegt, die Versicherten mit Brillen zu versorgen, ist sie aber zur Erfüllung dieses Auftrags auf kasseneigene Abgabestellen nicht angewiesen. Die Versorgung der Bevölkerung mit Brillen ist – je-

20 BGHZ 82, 375, 390.

denfalls im Tätigkeitsbereich der Beklagten – durch die freiberuflich tätigen Angehörigen des Augenoptikerhandwerks gewährleistet“.²¹

Diese Aussage läßt sich dahingehend deuten, daß die gesetzlichen Kassen nur solche Aufgaben wahrnehmen sollen, die nicht durch private Unternehmen gewährleistet werden können. Damit bringt der BGH zum Ausdruck, daß es für die Legitimation staatlichen Eigenwirtschaftens im Sinne der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung nicht zuletzt auch auf die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ankommt. Die neue Zusatzkrankenversicherung kann aber von den privaten Krankenversicherungsunternehmen angeboten werden, treten sie doch schon bisher als Anbieter von (Zusatz)Krankenversicherungen auf und befriedigen damit die Nachfrage von mehr als 14 Mio. Kunden. Hier fehlt es somit bereits an der Erforderlichkeit des Tätigwerdens der öffentlich-rechtlichen Krankenkassen. Es wäre auch widersprüchlich, wenn man einerseits Leistungen, wie etwa das Krankengeld, aus der gesetzlichen Krankenversicherung ausgliedern würde, andererseits aber die Leistungserbringung mit der Begründung, daß nur die öffentlich-rechtlichen Kassen in der Lage seien, diese Versicherung anzubieten, wiederum diesen übertragen würde.

An das Subsidiaritätsprinzip im Bereich der gesetzlichen Sozialversicherung hat sich der Gesetzgeber auch gehalten, als er mit der sogenannten Riester-Rente die private Vorsorge ausgebaut hat, um dadurch die Niveausenkung in der Rentenversicherung auszugleichen.²² Das Angebot der Riester-Rente ist ohne weitere Diskussionen in die Hand der privaten Versicherungsunternehmen übertragen worden; jedenfalls hat eine solche Diskussion keinen Niederschlag gefunden. Öffentliche Aufgabe ist lediglich die Überprüfung der Einhaltung der für die Zertifizierung erforderlichen gesetzlichen Kriterien. Darüber hinaus hat der Gesetzge-

21 Ebd.

22 Zu den Zielen der mit dem Altersvermögensgesetz (AVmG) und seinem Ergänzungsgesetz (AVmEG) erfolgten Reform des deutschen Alterssicherungssystems s. *Ruland*, Sozialer Fortschritt 2000, S. 227; *Wagener*, Sozialer Fortschritt 2001, S. 188; *Ebert*, Sozialer Fortschritt 2001, S. 182.

ber den Rentenversicherungsträgern die Möglichkeit eingeräumt, in dem Bereich der privaten Vorsorgeprodukte Auskünfte zu erteilen und zu informieren.²³

1.3. Conclusio

Aus § 30 SGB IV und § 260 SGB V, wonach die Träger der Sozialversicherung nur Geschäfte zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben führen und ihre Mittel nur für diese Aufgaben sowie die Verwaltungskosten verwenden dürfen, ergibt sich, daß das Handeln der Versicherungsträger unter Gesetzesvorbehalt steht. Sie besitzen keine allgemeine Zuständigkeit, sondern sind auf die ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben beschränkt.²⁴ Die gesetzlichen Krankenkassen dürfen daher auch die neue Zusatzkrankenversicherung nur dann anbieten, wenn ihnen diese Tätigkeit gesetzlich zugewiesen ist. Die von der gesetzlichen Krankenversicherung zu erbringenden Leistungen sind in § 21 SGB I und in den §§ 11 ff. SGB IV festgelegt. Die Leistungen, die künftig den Gegenstand der neuen Zusatzkrankenversicherung bilden sollen, werden aber nach der Ausgliederung gerade nicht mehr zu den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung zählen. Das geltende Krankenversicherungsrecht räumt den gesetzlichen Krankenkassen auch keine Möglichkeit ein, Leistungen, die nicht zu den Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung gehören, im Rahmen einer Zusatzversicherung anzubieten. Den Kassen fehlt es daher an einer gesetzlichen Grundlage für das Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung. Sofern ihnen vom Gesetzgeber keine entsprechende Kompetenz eingeräumt wird, liegt somit ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 SGB IV und § 260 SGB V vor. Dies gilt selbst dann, wenn die Tätigkeit nicht mit finanziellen Aufwendungen für die Kassen verbunden ist.²⁵

23 S. Michaelis, ZVersWiss 2002, S. 513 ff.

24 BGH GRUR 1996, 213, 215.

25 BGH GRUR 1996, 213, 216.

Das Erfordernis einer speziellen gesetzlichen Grundlage für das Tätigwerden der gesetzlichen Krankenkassen kommt auch in der Judikatur des BGH klar und deutlich zum Ausdruck.²⁶ Darüber hinaus wertet der BGH die gesetzliche Beschränkung der Selbstabgabe von Brillen auf einige wenige Ausnahmefälle als Ausdruck des Grundsatzes, daß es der öffentlichen Hand verwehrt ist, über das sachlich Gebotene und verfassungsrechtlich Zulässige hinaus in den Bereich der privaten beruflichen Betätigung Dritter zu deren Nachteil einzugreifen.²⁷ Als Ausdruck dieses Grundsatzes kann auch die Beschränkung der Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung auf das Angebot von sozialer Krankenversicherung gedeutet werden. Aus der Konzeption der Sozialversicherung und den Aufgaben, die den Sozialversicherungsträgern zugewiesen sind, läßt sich ableiten, daß die Sozialversicherungsträger nur jene Tätigkeiten wahrnehmen sollen, die von den Grundsätzen der Solidarität und des sozialen Schutzes getragen sind.

Der BGH vertritt zudem die Auffassung, daß die gesetzlichen Kassen nur solche Aufgaben wahrnehmen sollen, die nicht durch private Unternehmen gewährleistet werden können. Für die Legitimation staatlichen Eigenwirtschaftens im Sinne der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung kommt es demzufolge nicht zuletzt auch auf die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit an. Die neue Zusatzkrankenversicherung kann aber von den privaten Krankenversicherungsunternehmen angeboten werden, bieten sie doch schon bisher erfolgreich (Zusatz)Krankenversicherungen an. Es ist somit nicht erforderlich, die neue Zusatzkrankenversicherung von den öffentlich-rechtlichen Kassen anbieten zu lassen.

²⁶ BGHZ 82, 375 ff.; BGH GRUR 1996, 213 ff.

²⁷ BGHZ 82, 375, 389 f.

2. Stehen die Rechte der konkurrierenden privaten Krankenversicherungsunternehmen dem Tätigwerden öffentlicher Unternehmen entgegen?

Wenn die gesetzlichen Krankenkassen selbst oder durch eigene Unternehmen (in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform) im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen tätig werden, stellt sich die Frage, ob diese Konkurrenz durch die gesetzlichen Kassen die grundrechtlich geschützten Freiheiten der privaten Krankenversicherungsunternehmen verletzt.²⁸ Es geht somit im Grundsatz um die Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und Grenzen staatlicher Aktivität im Bereich der Wirtschaft.

Nach Auffassung der Judikatur liegt eine Verletzung von Art. 2, 12 oder 14 GG durch privatwirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand nur dann vor, wenn die Wettbewerbsfreiheit des Handels in unerträglichem Maße eingeschränkt wird, eine Auszehrung der Konkurrenz vorliegt oder eine Monopolstellung besteht.²⁹

Im folgenden wird zuerst der Frage nachgegangen, ob es zulässig ist, die neue Zusatzkrankenversicherung ausschließlich den gesetzlichen Krankenkassen vorzubehalten. Anschließend wird geprüft, ob ein im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen erfolgreiches Anbieten der neuen Zusatzversicherung durch die gesetzlichen Krankenkassen mit dem Verfassungsrecht vereinbar ist.

Denkbar wäre natürlich auch eine Kooperation. Dazu könnte fundiert nur Stellung genommen werden, wenn die Bedingungen einer solchen Kooperation bekannt wären.

28 S. dazu *Scholz/Isensee*, Studenten; *Scholz*, Wettbewerbsgleichheit.

29 BVerfGE 39, 329; BVerwG DÖV 1996, 250; VGH Mannheim NJW 1995, 274; VGH Kassel GewArch 1996, 233.

2.1. Darf die Zusatzversicherung ausschließlich von der gesetzlichen Krankenversicherung angeboten werden?

Wenn der Gesetzgeber das Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung den gesetzlichen Krankenkassen vorbehält, so bedeutet dies eine Einschränkung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit der Privatwirtschaft durch staatliche Einflußnahme. Es gilt daher zu prüfen, ob der Grundrechtsschutz privater Wirtschaftstätigkeit einer solchen Einflußnahme entgegensteht.

*Isensee*³⁰ hat schon zur Frage, ob es zulässig ist, geringfügig Beschäftigte in die gesetzliche Sozialversicherung einzubeziehen, ausgeführt, daß der Gesetzgeber damit den Trägern der Privatversicherung aktuelle und potentielle Kunden entzieht, wenn er diese der Versicherungspflicht unterwirft. *Isensee* weist darauf hin, daß die privaten Organisationen aber grundrechtlich dagegen geschützt sind, daß ihr Wirkungsfeld durch öffentlich-rechtliche, auf Pflichtmitgliedschaft gegründete Verbände ohne Not verkleinert oder entzogen wird. Die Freiheit der Berufsausübung, zu der die Erwerbschance des Unternehmers gehört, und die Sicherheit des Eigentums, die das Erworbene (damit auch den Kundenstamm) umschließt, dürfe nur beschränkt werden, wenn vernünftige Gründe des Gemeinwohls es erfordern. Dies führt *Isensee* zum Ergebnis, daß die Sozialversicherung dem Subsidiaritätsprinzip folgt. Sie respektiere die Eigenvorsorge des einzelnen, wo diese den durchschnittlichen Sicherungsbedürfnissen genügen könne, und das Recht der anderen Leistungsträger.³¹

2.1.1. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 GG)

Art. 12 Abs. 1 GG bestimmt, daß alle Deutschen das Recht haben, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Diese Bestim-

30 ZRP 1982, S. 141.

31 In diesem Sinne hat auch *Hase* in seinem Vortrag argumentiert.

mung schützt auch die Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Betätigung.³² Bestandteil dieser unternehmerischen Betätigung ist nach Auffassung der Judikatur auch das Verhalten des Unternehmers im wirtschaftlichen Wettbewerb. Dies wird damit begründet, daß die bestehende Wirtschaftsverfassung als eines ihrer Grundprinzipien den grundsätzlich freien Wettbewerb des als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmers enthält. „Das Verhalten des Unternehmers in diesem Wettbewerb ist Bestandteil seiner Berufsausübung und daher, soweit sich dieses Verhalten in erlaubten Formen bewegt, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.“³³

Damit dieses Grundrecht zum Tragen kommt, muß eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit vorliegen. Wenn ausschließlich die gesetzlichen Krankenkassen dazu ermächtigt werden, die neue Zusatzkrankenversicherung anzubieten, so bedeutet dies ein absolutes Betätigungsverbot für private Wirtschaftsteilnehmer. Dabei handelt es sich um die schärfste Form einer objektiven Berufszulassungsschranke bezüglich dieses Marktsegments.³⁴

Staatliche Monopole können nur im Bereich der Verwaltungsmonopole verfassungsmäßig sein.³⁵ Als verfassungsmäßig ist ein Verwaltungsmonopol vor allem dann zu qualifizieren, wenn die Verfassung selbst ein solches Monopol vorsieht. Existiert keine eindeutige verfassungsrechtliche Anordnung für ein Verwaltungsmonopol, muß der Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes die Einführung rechtfertigen. Das bedeutet, daß das Monopol zum Schutz eines solchen Gemeinschaftsgutes geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein muß.³⁶

32 BVerwGE 71, 183, 189; BVerwG NJW 1996, 3161.

33 BVerfGE 32, 311, 317; 46, 120, 137 f.; BVerwGE 71, 183, 189.

34 *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 246; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG Art. 12 Rdnr. 72; *Papier*, in: FS Stern, S. 548.

35 *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 12 Rdnr. 251.

36 Ebd.

Auch nach Auffassung des BVerwG ist für private Unternehmer die Verstaatlichung einer Tätigkeit durch Schaffung eines Verwaltungsmonopols unverkennbar die schärfste Form ihrer Beschränkung.³⁷ Davon geht das BVerwG bereits im Falle eines Krankentransportunternehmens aus, das ohne behördliche Gestattung nicht in der Lage ist, seine berufliche Tätigkeit auf die Notfallrettung zu erstrecken.³⁸ Um so mehr muß dies dann gelten, wenn die privaten Krankenversicherungsunternehmen nicht einmal die Chance der Erteilung einer Genehmigung zum Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung haben, sondern schon von vornherein von der Ausübung dieser Tätigkeit ausgeschlossen sind.

Auch wenn eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit vorliegt, ist diese dann nicht verfassungswidrig, wenn der Eingriff in diese Freiheit gerechtfertigt ist. Anders als im Falle des Notfallrettungsdienstes handelt es sich in hier zu beurteilenden Fall aber nicht um eine Maßnahme, die unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zum Schutze eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes – unmittelbar bedrohten Lebens und bedrohter Gesundheit – nach Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt ist. Die Prüfung, ob der in Form der Monopolisierung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung erfolgende Eingriff in die Berufsfreiheit der privaten Krankenversicherungsunternehmen rechtmäßig ist, führt – auch wenn das Erfordernis einer formellgesetzlichen Grundlage erfüllt ist – zum Ergebnis, daß der Eingriff in die Berufsfreiheit nicht verfassungsmäßig ist.

Ein staatliches Monopol wirkt sich für eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit wie eine objektive Zulassungsregelung aus.³⁹ Auch das BVerfG qualifiziert die Errichtung eines staatlichen Monopols als objektive Zulassungsbeschränkung im Sinne seiner zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelten Stufentheorie.⁴⁰ Objektive Regelungen betreffend die Berufswahl

37 BVerwGE 97, 79, 84.

38 Ebd.

39 *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht § 3 Rdnr. 33; *Papier*, in: FS Stern, S. 548.

40 BVerfGE 21, 245, 249; 41, 205, 218.

sind nur unter strengen Voraussetzungen zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig.⁴¹ Ein solches Gemeinschaftsgut ist etwa die Volksgesundheit.⁴² Zur Erhaltung der Volksgesundheit ist die gegenständliche Monopolisierung aber nicht erforderlich und entspricht daher nicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Eine Grundrechtsbeeinträchtigung ist nur dann erforderlich, wenn der Zweck nicht durch ein anderes Mittel ebenso gut erreicht werden kann, welches den Bürger weniger belastet. An der Erforderlichkeit fehlt es dann, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel zur Verfügung steht.⁴³

Ein solches anderes Mittel steht aber im vorliegenden Fall zur Verfügung. Die privaten Krankenversicherungsunternehmen agieren schon heute auf einem funktionierenden Markt für private (Zusatz-)Krankenversicherungen. Sie bieten nicht nur freiwillige Versicherungen, sondern im Bereich der Pflegeversicherung auch eine obligatorische Versicherung an. In Anbetracht der Schwere des durch eine Monopolisierung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung bewirkten Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit stellt das Tätigwerden der privaten Krankenversicherungsunternehmen ohne Zweifel ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel zum Schutz der Volksgesundheit dar. Um die Volksgesundheit möglichst umfassend zu schützen, würde es z.B. genügen, die neue Krankengeldversicherung obligatorisch auszugestalten und/oder bestimmte sonstige soziale Rahmenbedingungen vorzusehen. Einer Beschränkung des Angebots einer solchen Zusatzversicherung auf die gesetzlichen Kassen bedarf es dazu aber nicht. Die privaten Krankenversicherungsunternehmen sind durchaus in der Lage, bestimmte soziale Rahmenbedingungen zu erfüllen.

41 *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht § 3 Rdnr. 32.

42 *Ebd.*

43 *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 131; *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht § 3 Rdnr. 19.

Zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit kann auch nicht damit argumentiert werden, die Monopolisierung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung sei erforderlich, um diese Versicherung als soziale Krankenversicherung sicherzustellen. Durch die Ausgliederung von Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, daß insoweit gerade keine von den Grundsätzen der Solidarität und des sozialen Schutzes geprägte Krankenversicherung erforderlich ist. Damit entfällt aber auch die Notwendigkeit der Monopolisierung, um auf diese Weise eine soziale Krankenversicherung sicherzustellen. Dies gilt selbst dann, wenn die neue Zusatzkrankenversicherung auch bestimmte Elemente der Solidarität und des sozialen Schutzes enthält, haben doch die privaten Krankenversicherungsunternehmen auch im Bereich der Pflegepflichtversicherung derartige Elemente in gewissem Umfang zu vollziehen.

2.1.2. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Der Gleichheitssatz steht selbständig neben den Freiheitsrechten. Ein Gleichheitsverstoß kann daher auch neben einem Verstoß gegen Freiheitsrechte geprüft werden.⁴⁴

In einem ersten Schritt muß geprüft werden, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt. Im konkret zu beurteilenden Fall der Beschränkung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung auf die gesetzlichen Krankenkassen liegt eine Ungleichbehandlung auf der Hand. Art. 3 Abs. 1 GG gelangt damit zur Anwendung.⁴⁵

Das BVerfG nimmt eine Verletzung des Gleichheitsgebots dann an, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Nor-

44 *Heun* in: Dreier, GG Art. 3 Rdnr. 14.

45 Zur Problematik von Wettbewerb und Gleichheit von gesetzlicher und privater Krankenversicherung s. *Scholz*, Wettbewerbsgleichheit 13 ff.; s. a. *Scholz/Isensee*, Studenten.

adressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.⁴⁶ Von besonderer Bedeutung ist für die konkrete Beurteilung die Auffassung des BVerfG, daß dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers „dort engere Grenzen gezogen“ sind, „wo eine Ungleichbehandlung Auswirkungen auf grundrechtlich gesicherte Freiheiten hat“.⁴⁷ Die Grenzen sind um so enger, „je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann“.⁴⁸ Ungleichbehandlungen sind in denjenigen Fällen, die sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, nur dann mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn „für die Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können“.⁴⁹ Ungleichbehandlungen und rechtfertigende Gründe müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.⁵⁰

Es ist oben (2.1.1.) bereits dargestellt worden, daß durch die ausschließliche Übertragung der Vollziehung der neuen Zusatzkrankenversicherung auf die gesetzlichen Krankenkassen die Berufsfreiheit der privaten Krankenversicherungsunternehmen verletzt wird. Die Ungleichbehandlung zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen hat somit ohne Zweifel Auswirkungen auf grundrechtlich geschützte Freiheiten. Außer Zweifel steht auch, daß zwischen den gesetzlichen Kassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen Unterschiede bestehen. Fraglich ist allerdings, ob diese Unterschiede tatsächlich von solcher Art und solchem Gewicht sind, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können. Dabei

46 BVerfGE 55, 72, 88; 60, 123, 133 f.; 74, 9, 24; 81, 1, 8; 81, 108, 118; 81, 156, 205; 81, 228, 236; 82, 60, 86; 82, 126, 146; 83, 238, 337; 83, 395, 401; 84, 133, 157; 84, 197, 199; 84, 348, 359; 85, 191, 210; 85, 238, 244 f.; 85, 360, 383; 87, 1, 36; 87, 234, 255; 88, 87, 96 f.

47 BVerfGE 89, 365, 376.

48 BVerfGE 88, 87, 96; 97, 271, 290 f.

49 BVerfGE 93, 99, 111.

50 BVerfGE 89, 365, 377.

gilt es insbesondere zu berücksichtigen, daß nach der dargestellten Judikatur des BVerfG in jenen Fällen, in denen sich die Ungleichbehandlung auf Freiheitsrechte auswirkt, der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers um so geringer ist, je stärker die geschützten Freiheitsrechte nachteilig betroffen sein können.⁵¹

Die Unterschiede zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen resultieren daraus, daß den gesetzlichen Krankenkassen die Aufgabe der Vollziehung der sozialen Krankenversicherung übertragen ist, während die privaten Krankenversicherungsunternehmen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Dieser Grund für eine unterschiedliche Behandlung vermag aber dann nicht zu überzeugen, wenn es nicht um die Vollziehung einer sozialen, sondern einer primär wirtschaftlichen Grundsätzen folgenden Krankenversicherung geht. In diesem Fall ist die Begünstigung der gesetzlichen Kassen nicht durch soziale Erwägungen gerechtfertigt. Wie bereits in der Einleitung dargelegt worden ist, hat die neue Zusatzversicherung aber gerade solche Leistungen zum Gegenstand, die nicht mehr länger der Solidargemeinschaft der Sozialversicherten zur Last fallen sollen. Diese Leistungen sollen vielmehr in die Eigenverantwortung des einzelnen fallen (s. Kapitel I.).

Zur Rechtfertigung des Ausschlusses der privaten Krankenversicherungsunternehmen vom Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung läßt sich auch nicht damit argumentieren, daß diese Unternehmen nicht in der Lage wären, diese Zusatzversicherung anzubieten. Die privaten Krankenversicherungsunternehmen verfügen schon heute über einen Bestand von mehr als 14 Mio. Versicherungsverträgen. Daß sie auch eine obligatorische Versicherung erfolgreich vollziehen können, stellen sie durch das Angebot der Pflegeversicherung unter Beweis. Die durch die Ungleichbehandlung zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen bewirkte Beschränkung der Berufsfreiheit der privaten Krankenversicherungsunternehmen

51 *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG Art. 3 Rdnr. 14.

läßt sich daher auch nicht mit dem aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) resultierenden Schutzauftrag des Staates rechtfertigen. Der „Schutz der sozialen Existenz gegen die Wechselfälle des Lebens“ ist zwar ein „besonders prägnanter Ausdruck des Sozialstaatsprinzips“⁵² und gerade der Schutz in Fällen von Krankheit zählt zu den „Grundaufgaben des Staates“⁵³. Zur Erfüllung dieses Schutzauftrags bedarf es aber aus den dargelegten Gründen nicht der Errichtung eines Zusatzkrankenversicherungsmonopols der gesetzlichen Krankenkassen.

2.2. Darf die Zusatzversicherung von der gesetzlichen Krankenversicherung im Wettbewerb mit der privaten Krankenversicherung angeboten werden?

Auch für die Prüfung, ob die Zusatzversicherung von der gesetzlichen Krankenversicherung im Wettbewerb mit der privaten Krankenversicherung angeboten werden darf, kommt dem oben im Rahmen der Beurteilung der Monopolisierung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung bereits behandelten Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) sowie dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) die entscheidende Bedeutung zu. Zudem gilt es, die wettbewerbsrechtlichen Normen zu beachten.

2.2.1. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit (Art. 12 GG)

Es ist oben (2.1.1.) bereits darauf hingewiesen worden, daß nach Auffassung der Judikatur eine Verletzung von Art. 2, 12 oder 14 GG durch privatwirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand nur dann vorliegt, wenn die Wettbewerbsfreiheit Privater in unerträglichem Maße eingeschränkt wird, eine Auszehrung der Konkurrenz vorliegt oder eine Monopolstellung besteht.⁵⁴

52 BVerfGE 28, 324, 348.

53 BVerfGE 68, 113, 209.

54 BVerfGE 39, 329; BVerwG DÖV 1996, 250; VGH Mannheim NJW 1995, 274; VGH Kassel GewArch 1996, 233.

In der Literatur stößt diese Rechtsprechung vielfach auf Kritik. Der Grundrechtsschutz müsse bereits dann wirksam werden, wenn die Möglichkeit des privaten Konkurrenten, sich als verantwortlicher Unternehmer wirtschaftlich zu betätigen, in erheblichem Maße eingeschränkt wird.⁵⁵ *Stober* begründet diese Auffassung damit, daß die Situation, daß die öffentliche Hand durch eigene erwerbswirtschaftliche Aktivitäten in den privaten Wettbewerb eingreift, der typische Anwendungsfall der klassischen Abwehrfunktion ist. Der gewinnorientierte Eingriff unterscheidet sich von hoheitlichen nur dadurch, daß die Unternehmen mittelbar faktisch betroffen sind.⁵⁶ Als entscheidend bezeichnet *Stober* aber die Wirkung auf die Privatwirtschaft.⁵⁷ Insoweit gelte es zu berücksichtigen, daß quantitative Konkurrenz in Eingriffsqualität umschlagen könne. Folge der faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung ist, daß Art. 12 GG den einzelnen Konkurrenzunternehmer vor solchen Betätigungen schützt, die nicht durch dringende öffentliche Zwecke gerechtfertigt sind.⁵⁸ *Ehlers*⁵⁹ bezeichnet die Auffassung des BVerwG, Art. 12 Abs. 1 GG schütze nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand⁶⁰, als „ebenso einprägsam wie unzutreffend“. Er geht vielmehr von einem rechtfertigungsbedürftigen und rechtfertigungsfähigen mittelbaren Eingriff in das Grundrecht auf Berufsfreiheit aus, wenn die Möglichkeit des privaten Konkurrenten, „sich als verantwortlicher Unternehmer wirtschaftlich zu betätigen, in erheblichem Maße eingeschränkt wird“. Diese auf die Lehre vom Grundrechtseingriff durch faktische Einwirkungen gestützte Auffassung wird von *Dolde*⁶¹ dahingehend ergänzt, daß marktkonformes Verhalten kommunaler Unterneh-

55 *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 240 f. m. w. N.; *Ehlers*, JZ 1990, S. 1096. Zum Grundrechtsmaßstab der Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit s. *Scholz*, Wettbewerbsgleichheit, S. 32 ff.

56 Auch *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht § 3 Rdnr. 12, geht davon aus, daß (in gewissem Umfang) auch **mittelbare** Beeinträchtigungen erfaßt werden, wie etwa die Begünstigung eines Konkurrenten.

57 *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 240 f.

58 *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 280 m. w. N.

59 Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag E 41.

60 BVerwGE 39, 329, 336; BVerwG NJW 1978, 1539, 1540.

61 ZHR 2002, S. 515, 519.

men, das sich nicht von dem der privaten Konkurrenten unterscheidet, als „normale Konkurrenz“ schwerlich ein Eingriff in die Berufsfreiheit der privaten Konkurrenten sein kann; „hinzu kommen muß vielmehr die Ausnutzung der Sonderstellung als *kommunales* Unternehmen“.⁶²

Selbst wenn man der Judikatur folgend die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht allgemein als Eingriff in die Berufsfreiheit versteht⁶³, weil dieses Grundrecht ganz allgemein weder vor Konkurrenz durch private noch durch öffentliche Betriebe schützt⁶⁴, kommt man nicht umhin, einen Grundrechtseingriff anzuerkennen, wenn sich die öffentliche Hand im Wettbewerb unfair verhält. Ein solches unfaires Verhalten im Wettbewerb, das einen grundrechtlich erheblichen Eingriff durch Konkurrenz zu begründen vermag, liegt dann vor, wenn der Wettbewerb in unerträglichem Maße eingeschränkt wird oder wenn Konkurrenten unzumutbar geschädigt werden.⁶⁵ Dabei gilt es vor allem auch das Prinzip der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Dieses Prinzip fordert eine möglichst schonende Behandlung bzw. ein Maximum an Rücksichtnahme auf bestehende und als solche intakte privatwirtschaftliche Aktivitäten.⁶⁶ Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsätze des gleichen Wettbewerbs und der Systemgerechtigkeit im Wettbewerb müssen gewahrt werden. Öffentliche Auftraggeber, die mit privaten in Wettbewerb treten, werden durch das Prinzip der Systemgerechtigkeit dazu verpflichtet, diesen Wettbewerb mit systemkonformen, d. h. gleichen und allein marktmäßig bestimmten Konditionen zu führen. Jeder systeminkonforme Wettbewerbsvorteil, den sich ein öffentlicher Aufgabenträger auf der Grundla-

62 Nach Auffassung von *Scholz*, Wettbewerbsgleichheit, S. 33, verdichtet sich die Wettbewerbsfähigkeit dann zum definitiven grundrechtlichen Schutz, wenn wettbewerbslenkende Eingriffe des Staates entweder die Wettbewerbsfähigkeit eines Wettbewerbers eliminieren oder wenn die Wettbewerbsgleichheit in sachwidriger und unverhältnismäßiger Form beeinträchtigt wird.

63 *S. Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 79; *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht § 12 Rdnr. 31.

64 BVerwG DÖV 1996, 250; BVerwGE 66, 307, 309 ff.; VGH Kassel NVwZ 1996, 817.

65 BVerwG DÖV 1978, 851.

66 *V. Maydell/Scholz*, Eigenwirtschaft, S. 116.

ge seiner Eigenschaft als staatlicher Zuständigkeitsträger verschafft, bedeutet einen Verstoß gegen das Prinzip der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit.⁶⁷

Nach Auffassung von *Jarass*⁶⁸ wird man einen grundrechtlich erheblichen Eingriff durch Konkurrenz dann annehmen müssen, wenn der öffentlichen Hand besondere Vorrechte eingeräumt werden, z.B. ein Verwaltungsmonopol, oder, wenn gezielt wirtschaftslenkend zu Lasten von privaten Konkurrenten in den Markt eingegriffen wird und dagegen die Abwehrinstrumentarien nicht genügen. *Manssen*⁶⁹ führt als Beispiele an, daß die öffentliche Hand ein rechtliches oder faktisches Monopol errichtet oder ein solches beibehält, daß die öffentliche Hand mit „Dumpingpreisen“ agiert oder einen „Vernichtungswettbewerb“ führt oder daß die öffentliche Hand ihre Strukturvorteile im Wettbewerb einsetzt (Beispiel: städtische Verkaufsstelle für Autoschilder im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Kfz-Zulassungsstelle). In diesen Bereich fällt auch die bereits erwähnte, von *Dolde*⁷⁰ als Eingriff in die Berufsfreiheit der privaten Konkurrenten bezeichnete „Ausnutzung der Sonderstellung als kommunales Unternehmen“. *Scholz*⁷¹ nennt als Beispiele für die Verletzung der durch Art. 12 Abs. 1/14 Abs. 1 i. V.m. Art. 3 Abs. 1 GG geschützten Wettbewerbsgleichheit durch staatliche Maßnahmen die staatliche Eigenwirtschaft mittels Inanspruchnahme von Fiskalprivilegien, den Einsatz von Dumpingpreisen sowie einseitige Subventionsmaßnahmen, die entsprechende Wettbewerbsungleichheiten auslösen (Eingriff durch Konkurrentenforderung).

Wenn die gesetzlichen Krankenkassen die neue Zusatzkrankenversicherung durch öffentliche Unternehmen im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen anbieten und dabei ihre Struktur-

67 *V. Maydell/Scholz*, Eigenwirtschaft, S. 116. Zum Schutz der gleichen Wettbewerbsfreiheit bzw. der Wettbewerbsgleichheit s. a. *Scholz*, Wettbewerbsgleichheit, S. 34 f.

68 *Wirtschaftsverwaltungsrecht* § 12 Rdnr. 32.

69 In: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 80.

70 *ZHR* 2002, S. 519.

71 *Wettbewerbsgleichheit*, S. 34.

vorteile einsetzen, so handeln sie nicht marktkonform. Die Krankenkassen vollziehen die gesetzliche Krankenversicherung als Angebotsmonopolisten. Aufgrund dieses Monopols haben die gesetzlichen Kassen wegen der bereits bestehenden Versicherungsverhältnisse zu über 90 Prozent der Bevölkerung erleichterten Zugang. Sie verfügen über die Daten dieser Personen, können ihnen gezielt Angebote stellen und die Zusatzversicherung in Kombination mit der gesetzlichen Krankenversicherung anbieten. Damit haben die gesetzlichen Kassen die Möglichkeit, ihren Versicherten auch nach der Ausgliederung von Leistungen in eine Zusatzversicherung eine umfassende, auch diese Leistungen betreffende Betreuung anzubieten. Dies bedeutet, daß die gesetzlichen Kassen aufgrund ihres Sozialversicherungsmonopols über Mechanismen verfügen, die es ihnen ermöglichen, ihre Versicherten auch im Bereich der neuen Zusatzkrankenversicherung an sich zu binden, ohne sich in einem Leistungswettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen durchsetzen zu müssen.

Hinzu kommt, daß Gegenstand der neuen Zusatzkrankenversicherung Leistungen sind, die bisher von der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht worden sind. Der Umstand, daß die gesetzlichen Kassen die aus der gesetzlichen Krankenversicherung ausgegliederten Leistungen auch weiterhin erbringen können, und die daraus resultierende Kontinuität der Leistungserbringung bedeutet aus der Sicht der gesetzlich Krankenversicherten einen weiteren Vorteil gegenüber der privaten Zusatzversicherung.

Im Falle einer Zusatzversicherung, die sich auf den Zahnersatz oder auf Unfälle erstreckt, die nicht von der gesetzlichen Unfallversicherung erfaßt werden, gilt es darüber hinaus zu berücksichtigen, daß die gesetzlichen Kassen auch infolge des in der gesetzlichen Krankenversicherung geltenden Sachleistungsprinzips über Strukturvorteile verfügen. Um dem Sachleistungsprinzip gerecht zu werden, schließen die Verbände der gesetzlichen Krankenkassen mit den Verbänden der Anbieter von Gesundheitsleistungen Verträge ab, die diese Anbieter dazu verpflichten, den Leistungsberechtigten die Gesundheitsleistungen für Rechnung der Krankenkasse zukommen zu lassen. Insoweit es um die Sicherstel-

lung der Erbringung ärztlicher Leistungen geht, sind die gesetzlichen Kassen im Rahmen der sogenannten Selbstverwaltung von Kassen und Kassenärztlichen Vereinigungen an der Erteilung der kassenärztlichen Zulassungen beteiligt. Auf diese Weise organisieren die gesetzlichen Kassen die Erbringung von Gesundheitsleistungen für ihre Versicherten und damit für über 90 Prozent der Bevölkerung. Dadurch kommt es zu einer weitgehenden Monopolisierung der Nachfrage nach Gesundheitsleistungen auf Seiten der Krankenkassen.⁷² Durch diese Leistungserbringungsaktivitäten im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung genießen die Kassen aber auch bei der Leistungserbringung im Rahmen der neuen Zusatzkrankenversicherung Vorteile, die den privaten Krankenversicherungsunternehmen nicht zukommen. Die gesetzlichen Krankenkassen werden daher zu günstigeren Konditionen Sachleistungen erbringen können, als dies den privaten Krankenversicherungsunternehmen möglich ist.

Den gesetzlichen Krankenkassen kommen somit beim Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung gegenüber den privaten Krankenversicherungsunternehmen Vorteile zu, die aus ihrer Struktur als Sozialversicherungsmonopolisten resultieren. Diese Vorteile sind keineswegs unbedeutend, sondern führen zu einer gravierenden und damit unzumutbaren Beeinträchtigung der privaten Konkurrenten. Es liegt daher ein grundrechtlich relevanter Eingriff durch Konkurrenz vor. An dieser Stelle sei nochmals auf die bereits erwähnte Entscheidung des BGH hingewiesen, wonach es einen Eingriff in die freie Betätigung selbständiger Berufe und nicht bloß eine zulässige Regelung der Berufsausübung bedeuten würde, wenn es den gesetzlichen Krankenkassen völlig freistünde, ihrer Verpflichtung zur Verschaffung von Brillen selber, d. h. ohne Rückgriff auf die bestehenden freien Berufe, genügen zu können.⁷³

Es gilt allerdings wiederum zu prüfen, ob der Eingriff in die grundrechtlich geschützte Position der privaten Krankenversicherungsunterneh-

72 S. Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 179.

73 BGHZ 82, 375, 390.

men gerechtfertigt werden kann. Ein Grundrechtseingriff ist nur dann gerechtfertigt, wenn ihm eine legitime Zwecksetzung zugrunde liegt. Die Beschränkung der Berufsfreiheit muß „im Interesse des Gemeinwohls“ erfolgen.⁷⁴ Die Sicherstellung einer dem Schutz der Gesundheit dienenden funktionierenden Zusatzkrankenversicherung stellt grundsätzlich einen im Interesse des Gemeinwohls gelegenen Zweck dar.

Als problematisch erweist sich aber wiederum die Voraussetzung der Erforderlichkeit der Maßnahme. Eine Grundrechtsbeeinträchtigung ist nur dann erforderlich, wenn der Zweck nicht durch ein anderes Mittel ebenso gut erreicht werden kann, welches den Bürger weniger belastet.⁷⁵ In der erwähnten Entscheidung des BGH wird die Selbstabgabe von Brillen aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht nicht als geboten angesehen. Soweit es den gesetzlichen Kassen obliegt, die Versicherten mit Brillen zu versorgen, sind sie zur Erfüllung dieses Auftrags auf kasseeigene Abgabestellen nicht angewiesen. Die Versorgung der Bevölkerung mit Brillen ist durch die freiberuflich tätigen Angehörigen des Augenoptikerhandwerks gewährleistet.⁷⁶

Auch im vorliegenden Fall steht ein anderes, gleich wirksames, jedoch das Grundrecht auf Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel zur Verfügung. Es ist wiederum darauf hinzuweisen, daß die privaten Krankenversicherungsunternehmen schon heute auf einem funktionierenden Markt für private (Zusatz)Krankenversicherungen agieren und dabei die Nachfrage von mehr als 14 Mio. Versicherten befriedigen. Dabei bieten sie nicht nur freiwillige Versicherungen, sondern im Bereich der Pflegeversicherung auch eine obligatorische Versicherung an. Eine funktionierende Zusatzkrankenversicherung, die unmittelbar oder durch Ausgleich des krankheitsbedingten Entgeltsausfalls bloß mittelbar dem Schutz der Gesundheit dient, kann somit auch durch die privaten Krankenversicherungsunternehmen sichergestellt werden.

74 *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 121.

75 *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 131; *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht § 3 Rdnr. 19.

76 BGHZ 82, 375, 393 ff.

Solange das Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung durch die gesetzlichen Krankenkassen nicht so ausgestaltet wird, daß die genannten grundrechtlich relevanten Eingriffe durch Konkurrenz unterbleiben, stellt die Wahrnehmung dieser Aufgabe durch die privaten Krankenversicherungsunternehmen ein gleich wirksames, aber das Grundrecht auf Berufsfreiheit weniger einschränkendes Mittel als ein konkurrierendes Tätigwerden der gesetzlichen Krankenkassen dar. Dies gilt selbst dann, wenn die neue Zusatzkrankenversicherung an bestimmte soziale Rahmenbedingungen geknüpft wird, haben doch die privaten Krankenversicherungsunternehmen auch im Bereich der Pflegepflichtversicherung den Grundsätzen der Solidarität und des sozialen Schutzes in gewissem Umfang Rechnung zu tragen.

2.2.2. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Die dargestellten Vorteile, die den gesetzlichen Krankenkassen zukommen, wenn sie in Konkurrenz zu den privaten Versicherungsunternehmen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung auftreten (s. 2.2.1.), bedeuten aber auch einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die öffentlichen Unternehmen, deren Träger die gesetzlichen Kassen sind, gegenüber den konkurrierenden privaten Krankenversicherungsunternehmen sachwidrig begünstigt werden.⁷⁷

Es ist oben bereits darauf hingewiesen worden, daß dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nach Auffassung des BVerfG um so engere Grenzen gesetzt werden, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (2.1.2.). So führt das BVerfG etwa ausdrücklich aus, daß dem gesetzgeberischen Gestal-

⁷⁷ Bei der Bewertung der Gleichheit der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung gilt es zu berücksichtigen, daß die beiden einerseits gleich, andererseits aber wieder ungleich sind. Es kommt immer auf die konkret zu beurteilende Situation an, so daß diese unterschiedliche Bewertung keinen Widerspruch bedeutet.

tungsspielraum „dort engere Grenzen gezogen sind, wo es sich um Regelungen handelt, die Auswirkungen auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der beruflichen Tätigkeit haben“.⁷⁸ Ausgehend von der unterschiedlichen Weite des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums weist auch die verfassungsrechtliche Prüfung eine entsprechend abgestufte Dichte auf. Bei Regelungen, die sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, läßt das BVerfG das Willkürverbot als Maßstab nicht genügen, sondern prüft im einzelnen nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.⁷⁹ Das BVerfG stellt somit auch auf die Intensität der differenzierenden Einwirkungen auf die betroffenen anderen Grundrechtsbereiche ab.⁸⁰ Damit sind die oben (2.2.1.) dargestellten Auswirkungen des Tätigwerdens der gesetzlichen Krankenkassen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung auf die durch Art. 12 GG geschützte Freiheit der beruflichen Betätigung auch für den Prüfungsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG bedeutsam.⁸¹

Es ist aufgezeigt worden, daß die Bedingungen, unter denen die gesetzlichen Kassen und die privaten Krankenversicherungsunternehmen die neue Zusatzkrankenversicherung anbieten, unterschiedlich sind und sich zu Lasten der wettbewerblichen Chancengleichheit der privaten Krankenversicherungsunternehmen auswirken (s. 2.2.1.). Die in Art. 12 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit umfaßt aber auch die wettbewerbliche Chancengleichheit; *Scholz*⁸² spricht von einer Wettbewerbsfreiheit als Schutz „gleicher Wettbewerbsfreiheit“. Die Bedeutung der wettbewerblichen Chancengleichheit kommt auch in der Judikatur des BVerfG

78 BVerfGE 62, 256, 274.

79 S. etwa BVerfGE 91, 346, 363.

80 S. *Sachs*, JuS 1997, S. 127.

81 Das BVerfG hat im Rahmen der Prüfung einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes bereits in mehreren Entscheidungen wegen der Berührung des Art. 12 GG die verschärften Anforderungen zur Anwendung gebracht; s. etwa BVerfGE 62, 256, 274; 79, 212, 218; 89, 69, 89 f.

82 In: Maunz/Dürig/Herzog, GG Art. 12 Rdnr. 153.

deutlich zum Ausdruck. So führt das Gericht etwa aus, daß es für die am Maßstab des Gleichheitssatzes vorzunehmende Prüfung darauf ankommt, „ob eine ganze Gruppe von Steuerpflichtigen ohne hinreichenden sachlichen Grund stärker belastet wird als andere und dadurch in eine empfindlich ungünstigere Wettbewerbslage gerät“.⁸³ In einer anderen Entscheidung zieht das BVerfG den allgemeinen Gleichheitssatz als Maßstab für die Prüfung der Zulässigkeit eines Wettbewerbsnachteils von Privatbanken gegenüber den öffentlich-rechtlich organisierten Sparkassen heran.⁸⁴ Das BVerfG stellt in dieser Entscheidung fest, daß die den Sparkassen gewährte Erleichterung bei der Grundbucheinsicht den Wettbewerb beeinflusst. Bei dieser Wettbewerbslage lasse sich diese Begünstigung nicht mehr rechtfertigen. Insoweit bestehen nach Auffassung des BVerfG zwischen den Sparkassen und den Privatbanken keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht mehr, daß sie die ungleiche Behandlung begründen könnten. Mit dieser Entscheidung bringt das BVerfG deutlich zum Ausdruck, daß es einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstellt, wenn die wirtschaftlich tätige öffentliche Verwaltung gegenüber privaten Konkurrenten privilegiert wird.⁸⁵ Wettbewerbsvorteile der Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung sind demzufolge nicht mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar.⁸⁶

Es gilt somit auch im vorliegenden Fall zu prüfen, ob zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen Unterschiede bestehen, die von solcher Art und von solchem Gewicht sind, daß sie die aus der Stellung der gesetzlichen Kassen als Sozialversicherungsmonopolisten resultierende ungleiche Verteilung der wettbewerblichen Chancen beim Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung rechtfertigen. Ein für die Zulässigkeit von Wettbewerbsvorteilen der gesetzlichen Kassen sprechender sachlicher Grund würde dann vorliegen, wenn die neue Zusatzkrankenversicherung in einem solchen Ausmaß sozial ausgestaltet wäre, daß die Ungleichbehandlung

83 BVerfGE 85, 238, 245.

84 BVerfGE 64, 229, 238 f.

85 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 3 Rdnr. 76.

86 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 3 Rdnr. 257.

zur Gewährung des sozialen Schutzes geboten ist. Dagegen spricht, daß der Gesetzgeber durch die Ausgliederung von Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung zum Ausdruck bringt, daß insoweit gerade keine von den Grundsätzen der Solidarität und des sozialen Schutzes getragene Krankenversicherung erforderlich ist. Es ist bereits in der Einleitung darauf hingewiesen worden, daß Gegenstand der neuen Zusatzversicherung Leistungen sind, die nicht mehr länger von der Solidargemeinschaft der Sozialversicherten getragen werden sollen, sondern in die Eigenverantwortung und Eigenvorsorge des einzelnen fallen (s. I.). Hinter der angestrebten Reform stehen weniger soziale Erwägungen, als vielmehr das Ziel einer Verbesserung der Finanzlage durch Senkung der Lohnnebenkosten, indem für die neue Zusatzkrankenversicherung nicht auch die Arbeitgeber, sondern ausschließlich die Versicherten aufzukommen haben. Darin kommt die für die neue Zusatzversicherung charakteristische Eigenverantwortung und Eigenvorsorge deutlich zum Ausdruck. Mit dem Argument der Sicherstellung der Grundsätze der Solidarität und des sozialen Schutzes läßt sich daher die Differenzierung zwischen den öffentlichen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen nicht rechtfertigen.

Umgekehrt läßt es sich aber sehr wohl rechtfertigen, die Vollziehung der neuen Zusatzkrankenversicherung nur den privaten Krankenversicherungsunternehmen und nicht auch den gesetzlichen Kassen zu übertragen. Zur Rechtfertigung kann nicht nur auf die Wettbewerbsvorteile, die den öffentlich-rechtlichen Kassen gegenüber den privaten Krankenversicherungsunternehmen zukommen, verwiesen werden. Nach Auffassung des BVerfG ist auch die Rücksichtnahme auf private Versicherungsträger ein hinreichend sachlicher Grund für eine gegenüber den öffentlich-rechtlichen Trägern erfolgende Bevorzugung. Das Gericht hat es deshalb als nicht verfassungswidrig qualifiziert, bei Einführung einer Pflichtkrankenversicherung für Landwirte, die privat versichert sind, eine Befreiungsmöglichkeit vorzusehen, während freiwillig in einer Ersatzkasse Versicherte diese Möglichkeit nicht haben.⁸⁷ Das BVerfG

87 BVerfGE 44, 70, 91 f. Zum Wettbewerb zwischen Ersatzkassen und Privatversicherung s. a. *Scholz*, in: *Scholz/Isensee*, Studenten, S. 6 ff.

stellt unter anderem darauf ab, daß die Stellung einer Ersatzkasse grundsätzlich anders ist als die eines privaten Versicherungsunternehmens. „Die Ersatzkassen sind öffentlich-rechtliche Körperschaften, die in das System der gesetzlichen Pflichtversicherungen einbezogen sind. Sie sind anders gesichert als private Versicherungsunternehmen, die sich im Wettbewerb behaupten müssen, und unterliegen eher als diese Veränderungen durch gesetzliche Maßnahmen. Wenn der Gesetzgeber zwischen diesen verschiedenen Formen der Krankenversicherung differenziert, so ist das zulässig.“⁸⁸ Nun ist zwar mit der Einführung von umfassenden Kassenwahlrechten für die Versicherten der Wettbewerb zwischen den gesetzlichen Kassen forciert worden, die Wettbewerbsbedingungen, unter denen die gesetzlichen Kassen und die privaten Krankenversicherungsunternehmen tätig werden, sind aber noch immer unterschiedlich. Es gilt auch zu berücksichtigen, daß es beim Kassenwettbewerb nur um den Wettbewerb zwischen den gesetzlichen Kassen geht; der Wettbewerb zwischen den gesetzlichen und den privaten Krankenversicherungsträgern sollte dadurch nicht forciert werden. Man wird daher nach wie vor davon ausgehen müssen, daß die Stellung der gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich anders ist, als die der privaten Krankenversicherungsunternehmen. Die Rücksichtnahme auf private Versicherungsunternehmen bildet daher nach wie vor einen geeigneten sachlichen Rechtfertigungsgrund für Bevorzugungen der privaten Versicherungsunternehmen, weil – wie *Hase*⁸⁹ es ausdrückt öffentlich-rechtliche Vorkehrungen zur Sicherung individuellen Bedarfs in der liberalen Verfassungsordnung nicht das Primäre, sondern immer erst sekundärer Natur sind. „Diese Vorordnung der privaten Bedarfsdeckung vor aller öffentlich organisierten Absicherung ist für Verfassungen des liberalen Typus konstitutiv, sie ergibt sich aus der Gewährleistung der Grundrechte und der prinzipiell begrenzten Legitimation staatlichen Handelns.“

88 BVerfGE 44, 70, 92.

89 Vortrag.

2.2.3. Das Wettbewerbsrecht

Im Rahmen der Prüfung, ob das im Wettbewerb mit der privaten Krankenversicherung erfolgende Angebot der neuen Zusatzversicherung durch die gesetzliche Krankenversicherung mit den Grundrechten vereinbar ist (s. 2.2.1. und 2.2.2.) ist deutlich zum Ausdruck gekommen, daß in gewissen Bereichen erst das Wettbewerbsrecht den verfassungsrechtlichen Wertungen zur Umsetzung verhilft, weil das Verfassungsrecht nicht eindeutig genug ist. *Scholz*⁹⁰ bezeichnet die Wettbewerbsfreiheit als Grundrechtsmaßstab. Sie ist ebenfalls grundrechtlich geschützt, wobei hinsichtlich ihrer tatbestandlichen Zuordnung sowohl auf das Generalfreiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG als auch auf den Gewährleistungszusammenhang von Berufs- bzw. Gewerbefreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG und Eigentumsgarantie gem. Art. 14 Abs. 1 GG abgestellt werden kann. Im folgenden geht es um den materiellen Gehalt des § 1 UWG. Er wird dahingehend untersucht, ob sich daraus Schranken für das konkret zu beurteilende Tätigwerden der gesetzlichen Krankenkassen ergeben.

Wie alle anderen Rechtssubjekte ist auch die öffentliche Hand verpflichtet, die bestehenden Gesetze und damit auch die wettbewerbsrechtlichen Normen zu beachten. Nach Auffassung des BGH spielt es für die Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts keine Rolle, ob die öffentliche Hand privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich tätig wird.⁹¹ Insofern müsse nämlich zwischen den Leistungs- und den Wettbewerbsbeziehungen differenziert werden. Auch wenn sich die Leistungsbeziehungen nach öffentlichem Recht richten, geht der BGH davon aus, daß die Wettbewerbsbeziehungen durch ein Verhältnis der Gleichordnung geprägt und daher als privatrechtlich zu qualifizieren sind, so daß die Normen des UWG und des GWB zur Anwendung gelangen.

Im folgenden wird geprüft, ob die gesetzlichen Krankenkassen gegen § 1 UWG verstoßen würden, wenn sie im Wettbewerb mit den privaten

90 Wettbewerbsgleichheit, S. 32 ff.

91 BGHZ 67, 81 ff.; 82, 375, 383.

Krankenversicherungsunternehmen die neue Zusatzkrankenversicherung anbieten. § 1 UWG lautet wie folgt: „Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden“.

Als mit „wer“ umschriebene handelnde Person kommt jede natürliche und juristische Person, auch jede juristische Person des öffentlichen Rechts, in Betracht.⁹² Das Tatbestandsmerkmal „im geschäftlichen Verkehr“ setzt „irgendeine der Förderung eines Geschäftszwecks dienende Tätigkeit im Gegensatz zu einer rein privaten oder amtlichen Betätigung“ voraus.⁹³ Dieses Merkmal wird weit ausgelegt und umfaßt auch die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand⁹⁴. Das Handeln „zum Zwecke des Wettbewerbs“ erfordert zweierlei: Zum einen muß in objektiver Hinsicht ein Handeln vorliegen, das geeignet ist, Wettbewerbszwecken zu dienen, und zwar sowohl im Angebots- als auch im Nachfragewettbewerb, und zum anderen wird eine entsprechende Absicht vorausgesetzt und vermutet.⁹⁵ Das Erfordernis der Absicht dient dem Zweck, Handlungen, die rein außerwettbewerbliche, wie z.B. wissenschaftliche, religiöse oder caritative, Zwecke verfolgen, auszunehmen, auch wenn sie objektiv als Wettbewerbshandlungen erscheinen.⁹⁶

Die genannten Tatbestandsmerkmale des § 1 UWG werden erfüllt, wenn die gesetzlichen Krankenkassen die neue Zusatzkrankenversicherung im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen anbieten. Damit rückt die Beurteilung, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, in den Mittelpunkt des Interesses.

92 *Rittner*, Wettbewerbsrecht § 2 Rdnr. 1.

93 BGHZ 19, 299, 303.

94 *Rittner*, Wettbewerbsrecht § 2 Rdnr. 4.

95 *Rittner*, Wettbewerbsrecht § 2 Rdnr. 9 f.

96 *Rittner*, Wettbewerbsrecht § 2 Rdnr. 10.

Die bloße Errichtung und Betätigung öffentlicher Unternehmen ist nicht als sittenwidrig zu qualifizieren.⁹⁷ Es müssen besondere Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen hinzutreten, welche die Sittenwidrigkeit der Betätigung erst positiv begründen.⁹⁸ *Gusy*⁹⁹ geht etwa dann von einem Verstoß gegen § 1 UWG aus, wenn die öffentliche Hand durch Gründung oder Betrieb von öffentlichen Unternehmen ihre Kompetenzen überschreitet. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die öffentliche Hand sich eine Wettbewerbsposition verschafft, indem sie entgegen öffentlich-rechtlichen Verboten ein Unternehmen errichtet oder dessen Geschäftskreis unzulässig ausweitet.

Der BGH vertritt eine differenziertere Auffassung. Er unterscheidet bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der privatwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zwischen der generellen Zulässigkeit dieser Betätigung und den wettbewerbsrechtlichen Anforderungen. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung könne sich nur auf die Art und Weise der Beteiligung der öffentlichen Hand am Wettbewerb beziehen. Davon müsse die allgemeinpolitische und wirtschaftspolitische Frage unterschieden werden, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen dürfe und welche Grenzen ihr insoweit gesetzt sind oder gesetzt werden sollen. Die Lösung dieser Frage sei eine Aufgabe der Gesetzgebung und Verwaltung, nicht aber der ordentlichen Gerichte, insbesondere nicht bei der ihnen zustehenden Prüfung von Wettbewerbshandlungen nach dem UWG.¹⁰⁰ Das gelte grundsätzlich auch dann, wenn besondere Vorschriften zur Einschränkung der Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand erlassen worden sind, soweit diese nur den Zugang zum Wettbewerb regeln und nichts darüber aussagen, wie er auszuüben ist.¹⁰¹ Der BGH gelangt daher etwa zu dem Ergebnis, daß ein Verstoß gegen die Vorschrift des Art. 87 BayGO, die der erwerbswirt-

97 BGH GewA 1987, 13.

98 *Gusy*, JA 1995, S. 254.

99 *Gusy*, JA 1995, S. 254.

100 BGHZ 82, 375, 397; BGH GewArch 2002, 322, 324; GRUR 1996, 213, 216.

101 BGH GRUR 1987, 116, 118; GRUR 1991, 53, 56; GRUR 1995, 127, 128; GRUR 1996, 213, 216; GewArch 2002, 322, 324.

schaftlichen Tätigkeit der Gemeinden Grenzen setzt, für sich genommen keinen Anspruch aus § 1 UWG begründet.¹⁰²

Anderes gilt nach Auffassung des BGH dann, wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift die Zulässigkeit und die Grenzen privatwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand in einer Weise regelt, daß es der öffentlichen Hand verwehrt ist, in den Wettbewerb im Markt einzugreifen. In diesem Fall ist ein Gesetzesverstoß regelmäßig auch als wettbewerbswidrig zu beurteilen. Zu diesem Ergebnis ist der BGH in seiner Entscheidung zur Zusatzsterbegeldversicherung gelangt.¹⁰³ Das Angebot und die Vermittlung einer konkreten Zusatzsterbegeldversicherung im Rahmen eines Gruppenversicherungsvertrages an Ersatzkassenmitglieder und die Werbung hierfür ist nach Auffassung des BGH wegen des Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 SGB IV nicht nur gesetzwidrig (s. III. und IV.1.1.), sondern – entsprechend dem Normzweck dieser Bestimmung – auch wettbewerbswidrig. Normzweck des § 30 Abs. 1 SGB IV sei nicht allein der Schutz der Mitglieder öffentlicher Versicherungsträger, die davor bewahrt werden sollen, daß die Pflichtbeiträge nicht für „sachfremde“ Tätigkeiten eingesetzt werden. Der BGH entnimmt den Gesetzesmaterialien zum Gesundheits-Reformgesetz 1989, daß die Neuregelung, die gesetzliche Krankenkasse von der Gewährung von Sterbegeld zu entlasten, den Sinn gehabt hat, die Sterbegeldversicherung dem Markt zu überlassen, weil Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenversicherung insoweit als nicht mehr zeitgemäß erkannt wurden. Daraus folgert der BGH, daß die Neuregelung damit zwar in erster Linie eine Begrenzung der Tätigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung betrifft, zugleich aber auch die Intention des Gesetzes deutlich macht, den Abschluß von Sterbegeldversicherungsverträgen den Mitgliedern der gesetzlichen Krankenversicherung nach Maßgabe der Bedingungen des Marktes, d. h. nach den Angeboten der privaten Versicherungen, freizustellen. „Die gesetzliche Krankenversicherung sollte demgemäß

102 BGH GewArch 2002, 322 ff.

103 BGH GRUR 1996, 213, 216.

gerade nicht mehr zur Privatversicherung in Konkurrenz treten dürfen. Im Hinblick darauf handelt es sich bei § 30 Abs. 1 SGB IV auch um eine im Sinne des § 1 UWG wertbezogene Norm, die die Aufgaben der Träger der Sozialversicherung eingrenzt und ihnen Geschäfte außerhalb ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs und Mittelverwendung außerhalb des Bereichs des § 30 Abs. 1 SGB IV, wie sie beispielsweise durch Werbemaßnahmen notwendig werden, verbietet.¹⁰⁴ Diese Ausführungen des BGH sind für den vorliegenden Fall deshalb von besonderer Bedeutung, weil es sich um eine Parallelgestaltung handelt. Sowohl im entschiedenen, als auch im hier zu behandelnden Fall, geht es um die Ausgliederung bestimmter Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung und um die daran anknüpfende Frage, ob die gesetzliche Krankenversicherung diese Leistungen im Rahmen einer Zusatzversicherung in Konkurrenz zur Privatversicherung erbringen darf.

Wenn der Gesetzgeber die Leistungen, die den Gegenstand der neuen Zusatzkrankenversicherung bilden sollen, aus der gesetzlichen Krankenversicherung ausgliedert, ohne den gesetzlichen Krankenkassen die Kompetenz zum Angebot dieser Zusatzversicherung zu erteilen, wird man demzufolge davon ausgehen müssen, daß in diesem Bereich ein Tätigwerden der gesetzlichen Kassen und damit eine Konkurrenz zu den privaten Krankenversicherungsunternehmen gerade nicht mehr gewollt ist. Wie im Falle der Zusatzsterbegeldversicherung würde auch beim Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung der Marktzutritt der öffentlich-rechtlichen Krankenkassen gegen ein Gesetz verstoßen, das im Interesse der privaten Versicherungen ein ganz bestimmtes Handeln auf dem Markt, nämlich den Abschluß von Zusatzkrankenversicherungsverträgen, untersagt und ein Zuwiderhandeln nach seinem Normzweck zugleich als unlauteres Wettbewerbsverhalten kennzeichnet.¹⁰⁵ In diesem Fall stellt ein Verstoß der gesetzlichen Kassen gegen § 30 Abs. 1 SGB IV zugleich einen Verstoß gegen § 1 UWG dar.

104 BGH GRUR 1996, 213, 216 f.

105 Vgl. BGH GewArch 2002, 322, 324.

Anderes gilt dann, wenn die Krankenversicherungsträger vom Gesetzgeber dazu ermächtigt werden, die neue Zusatzkrankenversicherung anzubieten. Da in diesem Fall kein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 SGB IV vorliegt, gilt es zu prüfen, ob und inwieweit das Wettbewerbshandeln der gesetzlichen Krankenkassen darüber hinaus sittenwidrig i.S. des § 1 UWG ist. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob die gesetzlichen Krankenkassen beim Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung von Machtmitteln, die ihnen die öffentlich-rechtliche Sonderstellung gibt, zur Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs mißbräuchlich Gebrauch machen.¹⁰⁶ Zu berücksichtigen ist auch, daß die öffentliche Hand ihre erwerbswirtschaftlichen Interessen im Wettbewerb maßvoll zu verfolgen hat.¹⁰⁷

Ein Mißbrauch ihrer hoheitlichen Machtstellung ist den als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung auftretenden gesetzlichen Kassen dann vorzuwerfen, wenn sie ihre amtliche Autorität und die mit ihr verbundene Vertrauensstellung zur Erreichung von Vorteilen im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen mißbräuchlich ausnutzen.¹⁰⁸ In Betracht kommen Täuschung, psychologischer Druck und sachwidrige Beeinflussung sowie die Förderung eines bestimmten Wettbewerbers kraft ihrer Autorität, um ihm dadurch einen Vorsprung gegenüber den Mitbewerbern zu verschaffen.¹⁰⁹ Ein sittenwidriger Mißbrauch amtlicher Befugnisse zu geschäftlichen Zwecken ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn der Eindruck erweckt wird, als seien die von den gesetzlichen Krankenkassen getragenen öffentlichen Unternehmen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung besonders vertrauenswürdig.

106 S. z. B. BGH GRUR 1999, 594, 598; OLG Karlsruhe GewArch 2002, 70, 72; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rdnr. 928 mit zahlreichen Judikaturhinweisen.

107 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rdnr. 930.

108 S. BGH GRUR 1999, 594, 597; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rdnr. 937; *Gusy*, JA 1995, S. 254.

109 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rdnr. 937.

Auch eine Verquickung amtlicher mit erwerbswirtschaftlichen Interessen, die zur Interessenkollision bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben führen kann, ist als unlauter anzusehen.¹¹⁰ Der öffentlichen Hand ist es insbesondere untersagt, ihre hoheitliche Machtstellung dadurch zu mißbrauchen, daß sie amtliche Beziehungen bei der Werbung und bei Vertragsabschlüssen ausnutzt, um sich auf diese Weise einen Vorsprung vor privaten Mitbewerbern zu verschaffen.¹¹¹ Es bedeutet daher einen Wettbewerbsverstoß, wenn amtliches Sonderwissen oder amtliche Beziehungen zu Wettbewerbszwecken mißbräuchlich ausgenutzt werden.¹¹² Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die gesetzlichen Krankenkassen die Daten der gesetzlich Krankenversicherten, von denen sie aufgrund der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht Kenntnis erlangt haben, zur Anbahnung von die neue Zusatzkrankenversicherung betreffenden geschäftlichen Kontakten verwenden. Ihre aufgrund der obligatorischen Krankenversicherung bestehenden Beziehungen zu den gesetzlich Versicherten nützen sie insbesondere dann mißbräuchlich für wirtschaftliche Zwecke aus, wenn sie die gesetzliche Krankenversicherung und die Zusatzversicherung in Kombination anbieten. Unzulässig ist es darüber hinaus auch, die aufgrund des in der gesetzlichen Krankenversicherung geltenden Sachleistungsprinzips bestehenden Beziehungen zu den Anbietern von Gesundheitsleistungen für die Erbringung der Leistungen der Zusatzkrankenversicherung zu nutzen.¹¹³ Ein solches Verhalten käme zwar nicht bei der Leistung von Krankengeld, wohl aber beim Zahnersatz und bei der Krankenbehandlung im Falle von Unfällen, die nicht von der gesetzlichen Unfallversicherung erfaßt werden, in Betracht.

Preisunterbietungen, die von öffentlichen Unternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb vorgenommen werden, sind grundsätzlich zulässig,

110 BGH GRUR 1999, 594, 597.

111 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rdnr. 937.

112 *Gusy*, JA 1995, S. 255.

113 Ob diese Ausführungen generell für das Tätigwerden der gesetzlichen Kassen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung oder nur für konkrete Einzelfallgestaltungen gelten, hängt von der konkreten Ausgestaltung sowohl der gesetzlichen Grundlage als auch des faktischen Tätigwerdens der Kassen ab.

solange nicht besondere Umstände hinzutreten, wie z.B. eine der Preisgestaltung anhaftende Vernichtungs- oder Verdrängungsabsicht oder die objektive Eignung, den Bestand des Wettbewerbs völlig oder nahezu aufzuheben.¹¹⁴ Von einer Wettbewerbswidrigkeit ist der BGH etwa im Falle einer Ersatzkasse ausgegangen, die im Wettbewerb mit Privatversicherern ihre Beiträge für freiwillig Versicherte unter bestimmungswidriger Verwendung des öffentlich-rechtlichen Beitragsaufkommens von Pflichtversicherern erheblich gesenkt hat, so daß sie gegenüber den Beiträgen der Privatversicherer Dumpingpreise gewesen sind.¹¹⁵

Aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht läßt sich gegen die Zulässigkeit des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung durch die gesetzlichen Krankenkassen auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit einwenden (s. 2.2.1.). Dieses Prinzip fordert eine möglichst schonende Behandlung bzw. ein Maximum an Rücksichtnahme auf bestehende und als solche intakte privatwirtschaftliche Aktivitäten.¹¹⁶ Ein auf dem Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung geführter Wettbewerb zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen wird mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch nicht vereinbar sein. Dieses Wettbewerbsverhältnis ist nicht durch gleiche Bedingungen gekennzeichnet. Wie im Kapitel 2.2.1. näher dargestellt wird, verfügen die gesetzlichen Krankenkassen beim Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung selbst dann, wenn ihnen dieses Recht nicht ausschließlich zukommt, gegenüber den privaten Krankenversicherungsunternehmen über Vorteile, die aus ihrer Struktur als Sozialversicherungsmonopolisten resultieren. Derartige Verstöße kollidieren mit den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsätzen des gleichen Wettbewerbs und der Systemgerechtigkeit im Wettbewerb. Wenn sich ein öffentlicher Aufgabenträger auf das Gebiet wettbewerblicher Koordination zum Privaten begibt, gebietet es das Prinzip der Systemgerechtigkeit, daß dieser Wettbewerb mit systemkonformen, d. h.

114 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rdnr. 944.

115 BGH GR 82, 433, 436.

116 *V. Maydell/Scholz*, Eigenwirtschaft, S. 116.

gleichen und allein marktmäßig bestimmten Konditionen geführt wird. Jeder systeminkonforme Wettbewerbsvorteil, den sich ein öffentlicher Aufgabenträger auf der Grundlage seiner Eigenschaft als auch staatlicher Zuständigkeitsträger verschafft, verletzt das Prinzip wirtschaftsverfassungsrechtlicher Verhältnismäßigkeit.¹¹⁷

Gleiches gilt hinsichtlich der Nutzung bzw. des Einsatzes öffentlicher Mittel.¹¹⁸ Insoweit die gesetzlichen Krankenkassen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung öffentliche, d. h. sozialversicherungsrechtlich gebundene Mittel nicht zum Zweck der Sozialversicherung, sondern zum wirtschaftlichen Wettbewerb im Bereich der neuen Zusatzkrankenversicherung verwenden, liegt darin ein Zweckmißbrauch. Wenn dieses mißbräuchliche Verhalten wettbewerbliche Vorteile der gesetzlichen Kassen im Verhältnis zu den privaten Krankenversicherungsunternehmen auslöst, liegt wiederum eine Verletzung des Prinzips der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit vor.

2.3. Conclusio

Wenn ausschließlich die gesetzlichen Krankenkassen dazu ermächtigt werden, die neue Zusatzkrankenversicherung anzubieten, so bedeutet dies ein absolutes Betätigungsverbot für private Wirtschaftsteilnehmer. Dabei handelt es sich um die schärfste Form einer objektiven Berufszulassungsschranke bezüglich dieses Marktsegments. Dieser Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit läßt sich auch nicht rechtfertigen. Eine Beschränkung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung auf die gesetzlichen Krankenkassen bedeutet daher einen Verstoß gegen Art. 12 GG.

Die Beschränkung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung auf die gesetzlichen Krankenkassen stellt aber auch eine Ungleichbe-

117 Ebd., S. 116.

118 Ebd., S. 116 f.

handlung zwischen den öffentlich-rechtlichen Kassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen dar, so daß auch der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG zur Anwendung gelangt.¹¹⁹ Da diese Ungleichbehandlung Auswirkungen auf die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit hat, ist für die Beurteilung, ob ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt, ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Die aus diesem Grund gebotene Prüfung, ob die Differenzierung zwischen den gesetzlichen Kassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen aus Gründen erfolgt, die von solcher Art und solchem Gewicht sind, daß sie die Bevorzugung der gesetzlichen Kassen rechtfertigen können, führt zu dem Ergebnis, daß die Ungleichbehandlung mit dem Gleichheitsgebot nicht vereinbar ist. Wenn der Gesetzgeber das Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung den gesetzlichen Krankenkassen vorbehält, liegt somit auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 GG ist aber auch dann zu bejahen, wenn die neue Zusatzkrankenversicherung von den gesetzlichen Krankenkassen im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen angeboten werden darf. Für die Beurteilung, ob das Grundrecht auf Berufsfreiheit verletzt ist, ist es von entscheidender Bedeutung, daß ein Grundrechtseingriff anzuerkennen ist, wenn sich die öffentliche Hand im Wettbewerb unfair verhält. Ein unfaires Verhalten im Wettbewerb, das einen grundrechtlich erheblichen Eingriff durch Konkurrenz zu begründen vermag, liegt dann vor, wenn der Wettbewerb in unerträglichem Maße eingeschränkt wird oder wenn Konkurrenten unzumutbar geschädigt werden.¹²⁰ Wenn die gesetzlichen Krankenkassen die neue Zusatzkrankenversicherung durch öffentliche Unternehmen im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen anbieten und dabei ihre Strukturvorteile einsetzen, so handeln sie nicht marktkonform. Die gesetzlichen Kassen verfügen nämlich auf-

119 Es sei auch an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, daß die Gleichheit zwischen der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung je nach Situation unterschiedlich zu bewerten ist.

120 BVerwG DÖV 1978, 851.

grund ihres Sozialversicherungsmonopols über Mechanismen, die es ihnen ermöglichen, ihre Versicherten auch im Bereich der neuen Zusatzkrankenversicherung an sich zu binden, ohne sich in einem Leistungswettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen durchsetzen zu müssen. Den gesetzlichen Krankenkassen kommen somit beim Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung gegenüber den privaten Krankenversicherungsunternehmen Vorteile zu, die aus ihrer Struktur als Sozialversicherungsmonopolisten resultieren. Diese Vorteile sind keineswegs unbedeutend, sondern führen zu einer gravierenden und damit unzumutbaren Beeinträchtigung der privaten Konkurrenten. Es liegt daher ein grundrechtlich relevanter Eingriff durch Konkurrenz vor. Dieser Eingriff läßt sich auch nicht rechtfertigen, steht doch in Gestalt der zum Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung fähigen privaten Krankenversicherungsunternehmen ein gleich wirksames, jedoch das Grundrecht auf Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel zur Verfügung.

Solange das Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung durch die gesetzlichen Krankenkassen nicht so ausgestaltet wird, daß die grundrechtlich relevanten Eingriffe durch Konkurrenz unterbleiben, stellt die Wahrnehmung dieser Aufgabe durch die privaten Krankenversicherungsunternehmen ein gleich wirksames, aber das Grundrecht auf Berufsfreiheit weniger einschränkendes Mittel als ein konkurrierendes Tätigwerden der gesetzlichen Krankenkassen dar. Dies gilt selbst dann, wenn die neue Zusatzkrankenversicherung auch an bestimmte soziale Rahmenbedingungen geknüpft wird, haben doch die privaten Krankenversicherungsunternehmen auch im Bereich der Pflegepflichtversicherung in gewissem Umfang Kriterien der Solidarität und des sozialen Schutzes zu beachten.

Die Vorteile, die den gesetzlichen Krankenkassen zukommen, wenn sie in Konkurrenz zu den privaten Versicherungsunternehmen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung auftreten, bedeuten aber auch einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die öffentlichen Unternehmen, deren Träger die gesetzlichen Kassen sind, gegenüber den konkurrierenden privaten Krankenversi-

cherungsunternehmen sachwidrig begünstigt werden. Da sich die Differenzierung zwischen den öffentlichen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen nicht rechtfertigen läßt, liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.

Als problematisch erweist sich darüber hinaus auch die Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht. Wenn die gesetzlichen Krankenkassen die neue Zusatzkrankenversicherung anbieten, ohne daß sie dazu gesetzlich ermächtigt sind, so verstoßen sie gegen § 30 Abs. 1 SGB IV und § 260 SGB V (s. III. und IV.1.1.). Dieser Verstoß stellt zugleich einen Verstoß gegen § 1 UWG dar. Verfügen die gesetzlichen Kassen über die Kompetenz zum Tätigwerden als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung, so handeln sie dann sittenwidrig i.S. des § 1 UWG, wenn sie von Machtmitteln, die ihnen die öffentlich-rechtliche Sonderstellung gibt, zur Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs mißbräuchlich Gebrauch machen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Eindruck erweckt wird, als seien die von den gesetzlichen Krankenkassen getragenen öffentlichen Unternehmen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung besonders vertrauenswürdig oder wenn die Kassen Daten der gesetzlich Krankenversicherten, von denen sie aufgrund der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht Kenntnis erlangt haben, zur Anbahnung von die neue Zusatzversicherung betreffenden geschäftlichen Kontakten verwenden. Sittenwidrig wäre es ferner, die gesetzliche Krankenversicherung und die Zusatzversicherung in Kombination anzubieten oder – sofern es um die Leistung von Zahnersatz oder von Krankenbehandlung bei Unfällen geht – die Beziehungen zu den Anbietern von Gesundheitsleistungen, die aufgrund des in der gesetzlichen Krankenversicherung geltenden Sachleistungsprinzips bestehen, für die Erbringung der Leistungen der Zusatzkrankenversicherung zu nutzen.

Aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht läßt sich gegen die Zulässigkeit des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung durch die gesetzlichen Krankenkassen auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit einwenden. Dieses Prinzip fordert eine möglichst schonende Behandlung bzw. ein Maximum an Rücksichtnahme auf bestehende und als sol-

che intakte privatwirtschaftliche Aktivitäten.¹²¹ Ein auf dem Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung geführter Wettbewerb zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen wird mit dem Grundsatz der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit jedoch nicht vereinbar sein, da dieses Wettbewerbsverhältnis nicht durch gleiche Bedingungen gekennzeichnet ist.

Gleiches gilt hinsichtlich der Nutzung bzw. des Einsatzes öffentlicher Mittel.¹²² Insoweit die gesetzlichen Krankenkassen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung öffentliche, d. h. sozialversicherungsrechtlich gebundene Mittel nicht zum Zweck der Sozialversicherung, sondern zum wirtschaftlichen Wettbewerb im Bereich der neuen Zusatzkrankenversicherung verwenden, liegt darin ein Zweckmißbrauch. Wenn dieses mißbräuchliche Verhalten wettbewerbliche Vorteile der gesetzlichen Kassen im Verhältnis zu den privaten Krankenversicherungsunternehmen auslöst, liegt wiederum eine Verletzung des Prinzips der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit vor.

V. Europarechtliche Beurteilung

Auf europarechtlicher Ebene existiert weder ein Sozialversicherungsrecht, das analog zum deutschen Sozialversicherungsrecht die Gewährung und Finanzierung von Sozialleistungen regelt, noch wird ein bestimmtes Sozialsystem vorgeschrieben, um auf diese Weise eine Harmonisierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit zu erreichen. Die Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit und damit auch der nationalen Krankenversicherungssysteme fällt demzu-

121 V. *Maydell/Scholz*, *Eigenwirtschaft*, S. 116.

122 Ebd. S. 116 f.

folge grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.¹²³ Das bedeutet allerdings nicht, daß das Europarecht keine Auswirkungen auf die nationalen Sozialrechtssysteme hat. Neben jenen Bestimmungen, die zur Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit die nationalen Sozialrechtssysteme koordinieren (VO (EWG) Nr. 1408/71 und VO (EWG) Nr. 574/72), wirken vor allem auch das Wettbewerbsrecht und die Grundfreiheiten auf das nationale Sozialrecht ein. So hat der EuGH mittlerweile schon in einer Reihe von Entscheidungen das Anbieten sowohl von verpflichtenden als auch von freiwilligen Versicherungen durch Sozialversicherungsträger einer wettbewerbsrechtlichen Überprüfung unterzogen. Vor diesem Hintergrund sind auch die europarechtlichen Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer Übertragung der Aufgabe des Anbietens der neuen Zusatzkrankenversicherung auf die gesetzlichen Krankenkassen zu sehen. Die europarechtliche Beurteilung einer solchen Ausweitung der Tätigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung hat daher am Maßstab des europäischen Wettbewerbsrechts zu erfolgen.

1. Die wirtschaftliche Tätigkeit als Grundlage für die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts

Das europäische Wettbewerbsrecht verbietet „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken“ (Art. 81 EGV) so-

123 Zu diesem Grundsatz s. EuGH 7.2.1984, Rs. 238/82 (Duphar) Slg. 1984, 523 Rdnr. 16; 17.2.1993, Rs. C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre) Slg. 1993, I-637 Rdnr. 6; 26.3.1996, Rs. C-238/94 (García) Slg. 1996, I-1673 Rdnr. 15; 17.6.1997, Rs. C-70/95 (Sodemare) Slg. 1997, I-3395 Rdnr. 27; 28.4.1998, Rs. C-120/95 (Decker) Slg. 1998, I-1831 Rdnr. 21 = NZS 1998, 283 = NJW 1998, 1769 = EuZW 1998, 343; 28.4.1998, Rs. C-158/96 (Kohl) Slg. 1998, I-1931 Rdnr. 17 = NZS 1998, 280 = NJW 1998, 1771 = EuZW 1998, 345; 12.7.2001, Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms) Slg. 2001, I-5473 Rdnr. 44, 45 und 85.

wie die „mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“ (Art. 82 EGV).

Art. 81 EGV beinhaltet somit ein Kartellverbot, Art. 82 EGV ein Machtmißbrauchsverbot. Diese Bestimmungen beziehen sich auf Vereinbarungen oder auf Maßnahmen marktbeherrschender Unternehmen. Sie richten sich somit an Unternehmen. Damit stellt sich die Frage, ob die gesetzlichen Krankenkassen als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts anzusehen sind, wenn sie als Anbieter der neuen Zusatzversicherung auftreten.

1.1. Die Unternehmenseigenschaft

Der EG-Vertrag selbst enthält keine Definition des Unternehmensbegriffs. Eine solche findet sich jedoch in Art. 1 des Protokolls 22 zum EWR-Abkommen. Demnach gilt als Unternehmen jedes Rechtssubjekt, das eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Dieses funktionale Verständnis vom Unternehmensbegriff entspricht auch der Praxis der Gemeinschaftsorgane¹²⁴ sowie der herrschenden Auffassung

124 S. EuGH 13.7.1962, Rs. 17 und 20/61 (Klöckner und Hoesch) Slg. 1962, 653, 687; 13.7.1962, Rs. 19/61 (Mannesmann) Slg. 1962, 717, 750; 22.3.1961, Rs. 42 und 49/59 (SNUPAT) Slg. 1961, 109, 164; 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 21; 17.2.1993, Rs. C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre) Slg. 1993, I-637 Rdnr. 17; 19.1.1994, Rs. C-364/92 (SAT Fluggesellschaft) Slg. 1994, I-43 Rdnr. 18; 16.11.1995, Rs. C-244/94 (FFSA) Slg. 1995, I-4019 Rdnr. 14; 11.12.1997, Rs. C-55/96 (Job Centre) Slg. 1997, I-7119 Rdnr. 21 = EWS 1998, 454; 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 77; 21.9.1999, Rs. C-115/97 (Brentjens) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 77; 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 67; EuG 14.7.1994, T-66/92 (Herlitz) Slg. 1994, II-531; Kommission, 13.7.1994 (Carton) ABl. 1994 Nr. L 243, 1, 45; 27.7.1994 (PVC) ABl. 1994 Nr. L 239, 14, 28.

in der Literatur.¹²⁵ Bereits im Rahmen des EGKS-Vertrags hat der EuGH das Unternehmen als eine „einheitliche, einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren, mit welcher auf Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird“ definiert und hat damit den Grundstein für den sogenannten funktionalen Unternehmensbegriff gelegt.¹²⁶

Aus der vom EuGH entwickelten Definition des Unternehmensbegriffs läßt sich somit ableiten, daß es für die Qualifikation als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts entscheidend auf die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ankommt. Als weiteres Wesensmerkmal ist die Dauerhaftigkeit im Sinne einer nicht bloß gelegentlichen oder vorübergehenden Teilnahme am Wirtschaftsleben zu nennen.

An diesem Verständnis vom Unternehmensbegriff hat der EuGH auch in seiner Judikatur zum EGV festgehalten. In einer Reihe von Entscheidungen hat er deutlich zum Ausdruck gebracht, daß er die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit als das wesentliche Kriterium des wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriffs ansieht. In der Rechtssache *Sacchi*¹²⁷ hat er in Zusammenhang mit einer italienischen Anstalt, der die ausschließliche Konzession für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen verliehen worden ist, ausgeführt, daß derartige Anstalten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Diskriminierungsverbote zu beachten ha-

125 *S. Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag, Vorbem. zu Art. 85 bis 89 Rdnr. 16 ff. insb. 21; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV Art. 81 EGV Rdnr. 51; *Grill*, in: Lenz, EG-Vertrag, Vorbem. Art. 81-86 Rdnr. 33; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Art. 81 Rdnr. 31; *Emmerich*, in: Dausies, EU-Wirtschaftsrecht, H.I. § 1 Rdnr. 62; *Goyder*, EC Competition Law, S. 87; *Bellamy/Child*, Common Market Law of Competition, Rdnr. 2-003 f.; *Whish*, Competition Law, S. 188; *Mossialos/McKee/Palm/Karl/Marhold*, Health Care, S. 165 ff.; *dies.*, *Revue belge de securite sociale* 2002, S. 889 ff.; *Karl*, in: *McKee/Mossialos/Baeten*, Health Care Systems, S. 165 ff.; *dies.*, *Auswirkungen*, S. 28 ff.; *Stelzer*, *Die Sozialversicherung* 2000, S. 141 und 169 ff.

126 S. EuGH 13.7.1962, Rs. 17 und 20/61 (Klöckner und Hoesch) Slg. 1962, 653, 687; 13.7.1962, Rs. 19/61 (Mannesmann) Slg. 1962, 717, 750; 22.3.1961, Rs. 42 und 49/59 (SNUPAT) Slg. 1961, 109, 164.

127 EuGH 30.4.1974, Rs. C-155/73 (*Sacchi*) Slg. 1974, 409 Rdnr. 14.

ben und – soweit die Erfüllung ihrer Aufgaben Tätigkeiten wirtschaftlicher Art mit sich bringt – unter die in Art. 86 EGV genannten Bestimmungen über öffentliche Unternehmen und solche Unternehmen fallen, denen die Staaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren. Die zentrale Bedeutung des Merkmals „wirtschaftliche Tätigkeit“ hat er auch in der Rechtssache Höfner und Elser¹²⁸ hervorgehoben, indem er die Feststellung getroffen hat, daß der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit umfaßt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. In den verbundenen Rechtssachen Poucet und Pistre¹²⁹ sowie in den Rechtssachen SAT Fluggesellschaft¹³⁰, Fédération française des sociétés d'assurance ua (FFSA)¹³¹, Job Centre¹³², Albany¹³³, Brentjens¹³⁴, Bokken¹³⁵ und Cital di Battistello Venanzio & C Sas¹³⁶ hat der EuGH diese Definition des Unternehmensbegriffs wiederholt und als Ausgangspunkt seiner Untersuchung der Unternehmenseigenschaft der jeweiligen Einrichtung genommen. Im Urteil Eurocontrol hat er die Feststellung, ob die Tätigkeiten von Eurocontrol Tätigkeiten eines Unternehmens im Sinne der Art. 82 und 86 EGV sind, ausdrücklich von der Untersuchung abhängig gemacht, welcher Art diese Tätigkeiten sind.¹³⁷ Diese Untersuchung hat ihn zu dem Ergebnis kommen lassen, daß die Tätigkeiten der Eurocontrol ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach mit der Ausübung von Vorrechten zusammenhängen, die die Kontrolle und die Überwachung des Luftraums betreffen; dies seien typischerweise hoheitliche Vorrechte. Sie weisen keinen wirtschaftlichen Charakter auf, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags rechtfertigen würde.¹³⁷ In den Ur-

128 EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 21.

129 EuGH 17.2.1993, Rs. C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre) Slg. 1993, I-637.

130 EuGH 19.1.1994, Rs. C-364/92 (SAT Fluggesellschaft) Slg. 1994, I-43 Rdnr. 18.

131 EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (FFSA) Slg. 1995, I-4019 Rdnr. 14.

132 EuGH 11.12.1997, Rs. C-55/96 (Job Centre) Slg. 1997, I-7119 = EWS 1998, 454.

133 EuGH 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 77.

134 EuGH 21.9.1999, Rs. C-115/97 (Brentjens) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 77.

135 EuGH 21.9.1999, Rs. C-119/97 (Bokken) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 67.

136 EuGH 22.1.2002, Rs. C-218/00 (Cital di Battistello Venanzio & C Sas) Rdnr. 22.

137 EuGH 19.1.1994, Rs. C-364/92 (SAT Fluggesellschaft) Slg. 1994, I-43 Rdnr. 19.

teilen Poucet und Pistre¹³⁹ sowie *Cisal di Battistello Venanzio & C Sas*¹⁴⁰ ist auch die Unternehmenseigenschaft der Sozialversicherungsträger mit der Begründung verneint worden, daß es sich bei den von ihnen verrichteten Tätigkeiten nicht um solche wirtschaftlicher Natur handle. Sie erfüllen nach Auffassung des EuGH vielmehr eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter.¹⁴¹ Die Differenzierung zwischen wirtschaftlicher und sozialer Tätigkeit ist wesentlicher Bestandteil all jener Urteile, in denen der Gerichtshof die Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern zu beurteilen gehabt hat.¹⁴²

Damit wird deutlich, daß der EuGH alle nicht wirtschaftlichen Aktivitäten vom Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln ausnehmen will. Er hat zudem klargestellt, daß für die Qualifikation als Unternehmen keine Gewinnerzielungsabsicht vorausgesetzt wird¹⁴³, so daß auch gemeinnützige Organisationen, Sport-, Kultur- und Wohltätigkeitsvereine sowie Kirchengemeinden Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln sein können.¹⁴⁴ Unerheblich ist auch, ob die Kosten für die Leistung vom Empfänger der Leistung selbst oder von Dritten getragen werden. Dementsprechend hat der EuGH in der Rechtssache *Höfner*

138 EuGH 19.1.1994, Rs. C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft*) Slg. 1994, I-43 Rdnr. 30.

139 EuGH 17.2.1993, Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*) Slg. 1993, I-637 Rdnr. 19.

140 EuGH 22.1.2002, Rs. C-218/00 (*Cisal di Battistello Venanzio & C Sas*) Rdnr. 45.

141 EuGH 17.2.1993, Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*) Slg. 1993, I-637 Rz 18; 22.1.2002, Rs. C-218/00 (*Cisal di Battistello Venanzio & C Sas*) Rdnr. 45.

142 S. EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (*FFSA*) Slg. 1995, I-4019 Rdnr. 21; 21.9.1999, Rs. C-67/96 (*Albany*) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 78 ff; 21.9.1999, Rs. C-115/97 (*Brentjens*) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 78 ff; 21.9.1999, Rs. C-219/97 (*Bokken*) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 68 ff.

143 EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (*FFSA*) Slg. 1995, I-4019 Rdnr. 21; 21.9.1999, Rs. C-67/96 (*Albany*) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 85; 21.9.1999, Rs. C-115/97 (*Brentjens*) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 85; 21.9.1999, Rs. C-219/97 (*Bokken*) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 75; s. a. EuGH 17.6.1997, Rs. C-70/95 (*Sodemare*) Slg. 1997, I-3395 Rdnr. 41 ff.

144 Vgl. *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Vorbem. zu Art. 85 bis 89 Rdnr. 22.

und Elser¹⁴⁵ die deutsche Bundesanstalt für Arbeit in ihrer Rolle als Arbeitsvermittler als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts qualifiziert, obgleich für die bei der sozialrechtlichen Organisation der Arbeitsvermittlung entstehenden Kosten nicht der Arbeitsuchende, sondern die Beitragszahler aufkommen.¹⁴⁶ Entscheidend ist nur, daß die Tätigkeit nicht völlig unentgeltlich angeboten wird, da eine rein unentgeltliche Tätigkeit nicht als unternehmerisch zu qualifizieren ist, so daß die Wettbewerbsregeln keine Anwendung finden.¹⁴⁷

1.2. Die Unternehmenseigenschaft öffentlicher Unternehmen

Nach der Judikatur des EuGH kommt es für die Unternehmenseigenschaft weder auf die Person des Trägers noch auf die Eigentumsverhältnisse und die Rechtsform des Unternehmens oder seine Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht an.¹⁴⁸ Vom Unternehmensbegriff werden daher auch Unternehmen der öffentlichen Hand sowie unternehmerisch tätige öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Verbände umfaßt.¹⁴⁹ Die Unternehmenseigenschaft beschränkt sich somit nicht nur auf die Leistungserbringer, wie die Ärzte, die Krankenanstalten, die Apotheker und die Hersteller von Heil- und Hilfsmitteln. Auch die Sozialversicherungsträger können trotz ihrer Organisation als Körperschaften des öffentlichen Rechts Unternehmen sein. Würden die öffentlichen Unternehmen vom Wettbewerbsrechts ausgenommen, wäre eine Ungleichbehandlung unter den Mitgliedstaaten möglich, da sich einige veranlaßt sehen könnten, öffentliche Unternehmen nur deswegen zu schaf-

145 EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979.

146 S. Eichenhofer, NJW 1991, S. 2859.

147 S. Eichenhofer, NJW 1991, S. 2859; Marhold, in: FS Frotz, S. 649; Roth, in: FS Steindorff, S. 1318; Pernice, in: Grabitz, EWG-Vertrag Art. 90 Rdnr. 23; Randelshofer, in: Grabitz, EWG-Vertrag Art. 60 Rdnr. 8; a. A. Benicke, EWS 1997, S. 376; Schulz-Weidner, Deutsche Rentenversicherung 1997, S. 453.

148 Vgl. Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Vorbem. zu Art. 85 bis 89 Rdnr. 16; s. a. Karl, Auswirkungen, S. 31 ff.

149 Vgl. Weiß, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Art. 81 Rdnr. 31; Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Art. 86 Rdnr. 11.

fen, um sie den Wettbewerbsvorschriften zu entziehen und sich selbst einen den Zielen der Gemeinschaft widersprechenden Freiraum zu verschaffen.¹⁵⁰ Deshalb genügt es nicht, die öffentlichen Unternehmen wie die privaten Unternehmen gem. Art. 81 und 82 EGV zu verpflichten, bestimmte Verhaltensweisen zur Sicherung des unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes einzuhalten. Es trifft vielmehr auch die Mitgliedstaaten selbst gem. Art. 86 Abs. 1 EGV die Verpflichtung, in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf öffentliche und private Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem Vertrag und insbesondere den Art. 12 und 81 bis 89 EGV widersprechenden Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Damit wird deutlich gemacht, daß sich auch der Staat, wenn er als Unternehmer auftritt, dem Wettbewerb stellen muß. Handelt er im geschäftlichen Verkehr und im Wettbewerb mit anderen Unternehmen, ist es auch ihm verwehrt, wettbewerbsbehindernde Absprachen zu treffen und seine Marktmacht zu mißbrauchen.

Der Anwendungsbereich des Art. 86 EGV beschränkt sich aber nicht nur auf den bereits bestehenden Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen, sondern bezieht sich auch auf gesetzlich geregelte Monopolunternehmen. Art. 86 EGV verlangt eine Öffnung jener Märkte, die bislang öffentlichen Monopolunternehmen vorbehalten waren. Insoweit kommt Art. 86 EGV nach zutreffender Auffassung von *Haverkate/Huster*¹⁵¹ eine eigenständige, konstitutive Regelungskraft zu. Darüber hinaus, d. h. dort, wo es nicht um die Öffnung von Monopolen geht, sondern der Staat bereits im geschäftlichen Verkehr und im Wettbewerb mit anderen Unternehmen handelt, messen *Haverkate/Huster*¹⁵² dem Art. 86 Abs. 1 EGV bloß deklaratorische Bedeutung bei. Diese Vorschrift bekräftigt in bezug auf den Staat, was Art. 81 EGV bereits für alle Unternehmen geregelt habe.

150 S. Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Art. 90 Rdnr. 1.

151 Sozialrecht, Rdnr. 464.

152 Sozialrecht, Rdnr. 463.

Die Geltung des Art. 86 EGV auch für gesetzlich geregelte Monopole ist nur auf Basis eines funktional bestimmten Unternehmensbegriffs möglich.¹⁵³ Es besteht somit ein enger Zusammenhang zwischen dem funktionalen Unternehmensbegriff und Art. 86 Abs. 1 EGV. Weder die Rechtsform des Unternehmens noch die Konstruktion der Trägerschaft oder die Art und Weise der Finanzierung dürfen eine Rolle spielen, will man den aus Art. 86 Abs. 1 EGV resultierenden Anforderungen an den Unternehmensbegriff gerecht werden. Es hat vielmehr eine Prüfung zu erfolgen, ob eine öffentlich-rechtliche Einrichtung in der Weise agiert, in der auch private Unternehmen agieren könnten bzw. ob durch die öffentliche Hand oder durch ihre Einrichtungen Waren geliefert, Sachleistungen oder Dienstleistungen in einer Weise erbracht werden, wie dies grundsätzlich auch Private könnten.¹⁵⁴ Entscheidend ist somit die Frage, ob so auch private Unternehmen handeln könnten.¹⁵⁵

Generalanwalt *Tesauro* leitet in seinen Schlußanträgen zu den Rechtssachen *Poucet* und *Pistre* aus der EuGH-Judikatur ab, daß „zwar Rechtsform und Finanzierungsmodalitäten einer Einrichtung sowie fehlendes Gewinnstreben für sich allein nicht dafür entscheidend sind, ob die Einrichtung als Unternehmen einzustufen ist, daß die fragliche Einrichtung für eine solche Einstufung aber jedenfalls eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur ausüben muß, die zumindest grundsätzlich auch von einem privaten Unternehmen zum Zweck der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte“.¹⁵⁶ Ausgehend vom funktionalen Unternehmensbegriff des EuGH lautet auch für Generalanwalt *Jacobs* die Grundfrage, „ob die betreffende Einheit einer Tätigkeit nachgeht, die zumindest grundsätzlich von einem privaten Unternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte“.¹⁵⁷

153 Ausführlich dazu *Haverkate/Huster*, Sozialrecht, Rdnr. 465 f.

154 *Haverkate/Huster*, Sozialrecht, Rdnr. 465.

155 *Haverkate/Huster*, Sozialrecht, Rdnr. 466.

156 Generalanwalt *Tesauro*, Schlußanträge vom 29.9.1992 in der Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet* und *Pistre*) Slg. 1993, I-661 Nr. 8.

157 Generalanwalt *Jacobs*, Schlußanträge vom 28.1.1999 in den Rs. C-67/96, Rs. C-115/97, C-116/97 und C-117/97 und Rs. C-219/97 (*Albany*, *Brentjens* und *Bokken*) Slg. 1999, I-5751 Nr. 311.

1.3. Die EuGH-Judikatur zur Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern

Die allgemeine Feststellung, daß es für die Qualifikation als Unternehmen primär auf die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ankommt, wirft die Frage auf, ob und inwieweit die von den Sozialversicherungsträgern ausgeübten Tätigkeiten als wirtschaftlich zu beurteilen sind. Der EuGH hat sich mit dieser Problematik bereits in mehreren Entscheidungen auseinandersetzen müssen.¹⁵⁸

Aus der EuGH-Judikatur zur Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern geht deutlich hervor, daß den Sozialversicherungsträgern nicht von vornherein die Unternehmenseigenschaft abzusprechen ist. Es sind vielmehr die einzelnen Aktivitäten eines Sozialversicherungsträgers primär dahingehend zu beurteilen, ob es sich dabei um soziale oder um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt.

Als Kriterien, die für das Vorliegen einer sozialen Tätigkeit sprechen, nennt der EuGH in der Rechtssache *Poucet und Pistre* neben dem fehlenden Gewinnzweck den sozialen Zweck, den Grundsatz der Solidarität, die unabhängig von der Vermögenslage des Versicherten und seinem Gesundheitszustand im Zeitpunkt des Beitritts erfolgende Gewährung von Versicherungsschutz, die für die Anwendung des Solidaritätsgrundsatzes sowie das finanzielle Gleichgewicht unerläßliche Versicherungspflicht, die staatliche Kontrolle, die gesetzliche Regelung der Leistungen, die Unabhängigkeit der Leistungen von der Höhe der Beiträge und die Wahrnehmung der Aufgaben unter Anwendung der Gesetze, so daß auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel oder die Bestimmung des Leistungsumfanges kein Einfluß genommen werden kann. Der Grundsatz der Solidarität äußert sich nach Auffassung des EuGH bei Krankenversicherungsträgern darin, daß die Beiträge nach Maßgabe der

158 Zu den wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechungsvorgaben des EuGH s. etwa auch *Karl*, Auswirkungen, S. 33 ff.; *Marhold*, in: Palm, Gesundheitsleistungen, S. 48 ff.; *dens.*, in: Theurl, Sozialstaat, S. 237 ff.; *Stelzer*, Die Sozialversicherung 2000, S. 173 ff.

beruflichen Einkünfte finanziert werden, während die Leistungen für alle Empfänger gleich sind. Dadurch komme es zu einer Einkommensumverteilung zwischen den Wohlhabenderen und den Personen, denen angesichts ihrer Mittel und ihrer gesundheitlichen Lage ohne eine solche Regelung die notwendige soziale Absicherung fehlen würde. Im Pensionsversicherungssystem komme die Solidarität in der Umlagefinanzierung sowie in der Gewährung von Pensionsansprüchen zum Ausdruck, denen keine Gegenleistung in Form von Beiträgen gegenübersteht und deren Höhe nicht von den geleisteten Beiträgen abhängt. Auch zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit kann sich nach Ansicht des Gerichtshofs Solidarität äußern, wenn sich die Systeme, die Überschüsse erwirtschaften, an der Finanzierung der Systeme mit strukturellen finanziellen Schwierigkeiten beteiligen.

Den sozialen Charakter verneint der EuGH dann, wenn der Sozialversicherungsträger eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Versicherungsunternehmen ausübt bzw. ausüben könnte. Im Bereich der sozialen Sicherheit hat der Gerichtshof eine solche Wettbewerbssituation sowohl im Falle der Ausübung einer Arbeitsvermittlungstätigkeit¹⁵⁹ als auch dann angenommen, wenn der Sozialversicherungsträger Zusatzrenten anbietet.¹⁶⁰ Wenn und insoweit eine solche wirtschaftliche Tätigkeit erbracht wird, qualifiziert der Gerichtshof den Sozialversicherungsträger als Unternehmen, das sich dem Wettbewerb mit den privaten Unternehmen zu stellen hat. Eine Ausnahme von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ist nur unter den Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EGV möglich.

Mit Systemen der Zusatzrentenversicherung hat sich der EuGH bereits in fünf Entscheidungen auseinandergesetzt und hat in allen Fällen die

159 EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979; 11.12.1997, Rs. C-55/96 (Job Centre) Slg. 1997, I-7119.

160 EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (FFSA) Slg. 1995, I-4019 Rdnr. 21; 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 85; 21.9.1999, Rs. C-115/97 (Brentjens) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 85; 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 75; 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov) Slg. 2000, I-6451.

Unternehmenseigenschaft bejaht. Dabei ist es sowohl um ein freiwilliges Zusatzversicherungssystem¹⁶¹ als auch um solche Systeme gegangen, bei denen die Mitgliedschaft verbindlich vorgeschrieben gewesen ist.¹⁶²

In der Rechtssache FFSA¹⁶³ ist der EuGH im Falle einer freiwilligen Zusatzrentenversicherung aus folgenden Gründen von der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Versicherungsunternehmen ausgegangen: Wegen der Freiwilligkeit der Mitgliedschaft, des Funktionierens des Systems nach dem Kapitalisierungsprinzip sowie wegen des Umstandes, daß sich die gewährten Leistungen ausschließlich nach der Höhe der von den Leistungsempfängern gezahlten Beiträge und den Erträgen der von der Einrichtung vorgenommenen Investitionen richten. An der Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit vermögen auch die in dem Versicherungssystem enthaltenen Elemente der Solidarität nichts zu ändern. Konkret äußert sich der Solidaritätsgrundsatz darin, daß die Beiträge vom Versicherungsrisiko unabhängig sind, daß im Fall des vorzeitigen Versterbens des Versicherten die Mittel der geleisteten Beitragszahlungen im Versicherungssystem verbleiben, daß im Krankheitsfall eine Freistellung von der Beitragszahlung möglich ist und daß die Beitragszahlung schließlich aus Gründen, die mit der Ertragslage des Betriebs zusammenhängen, vorübergehend ausgesetzt werden kann. Der EuGH hat den Hinweis auf diese Solidaritätsaspekte damit abgetan, daß es entsprechende Bestimmungen auch bereits in bestimmten Gruppen-Lebensversicherungsverträgen gibt oder in sie aufgenommen werden können. Da das Versicherungssystem auf Freiwilligkeit beruhe, gelte der Grundsatz der Solidarität jedenfalls nur äußerst begrenzt und lasse den wirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit des Versicherungsträgers nicht entfallen.

161 EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (FFSA) Slg. 1995, I-4019.

162 EuGH 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 85; 21.9.1999, Rs. C-115/97 (Brentjens) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 85; 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Boken) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 75; 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov) Slg. 2000, I-6451.

163 EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (FFSA) Slg. 1995, I-4019 Rdnr. 17.

In den zu Systemen einer verpflichtend vorgesehenen Zusatzrentenversicherung ergangenen Urteilen Albany¹⁶⁴, Brentjens¹⁶⁵, Bokken¹⁶⁶ und Pavlov¹⁶⁷ stellt der EuGH für die Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit darauf ab, daß die fraglichen Pensionsfonds die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst bestimmen und nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiten, so daß die Höhe der von den betreffenden Fonds gewährten Leistungen von den Erträgen der von ihnen getätigten Anlagen abhängt, bei denen sie wie ein Versicherungsunternehmen der Aufsicht der Versicherungskammer unterliegen. Bedeutung mißt der Gerichtshof vor allem auch dem Umstand bei, daß die Pensionsfonds unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht oder die Möglichkeit haben, Unternehmen von der Mitgliedschaft freizustellen. In der Rechtssache Pavlov kommt hinzu, daß die Versicherungspflichtigen wählen können, ob sie ihre Regelpension beim Pensionsfonds oder bei einem vorschriftsgemäß zugelassenen Versicherungsunternehmen aufbauen. In all den genannten Entscheidungen, weist der EuGH abschließend noch darauf hin, daß an der Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit auch die Verfolgung eines sozialen Zwecks, einzelne Solidaritätsgesichtspunkte und die Beschränkungen oder Kontrollen in bezug auf Investitionen des Sozialversicherungsträgers nichts ändern.¹⁶⁸

1.4. Conclusio

Der EuGH nimmt eine wirtschaftliche Tätigkeit somit dann an, wenn der Sozialversicherungsträger diese Tätigkeit im Wettbewerb mit priva-

164 EuGH 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 81 ff.

165 EuGH 21.9.1999, Rs. C-115/97 (Brentjens) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 81 ff.

166 EuGH 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 71 ff.

167 EuGH 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov) Slg. 2000, I-6451 Rdnr. 114 ff.

168 EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (FFSA) Slg. 1995, I-4019 Rdnr. 20; 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 86; 21.9.1999, Rs. C-115/97 (Brentjens) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 86; 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 76; 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov) Slg. 2000, I-6451 Rdnr. 118.

ten Versicherungsunternehmen ausübt bzw. ausüben könnte. Ausgehend von dieser Judikatur wird auch die neue Zusatzkrankenversicherung, die Leistungen abdecken soll, die aus der gesetzlichen Krankenversicherung ausgegliedert werden, als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren sein. Der Umstand, daß bisher von der gesetzlichen Krankenversicherung erbrachte Leistungen ausgegliedert werden, spricht dafür, daß es sich dabei um Leistungen handelt, bei denen ein soziales Schutzbedürfnis nicht in dem Maße gegeben ist, daß der Verbleib dieser Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung geboten wäre. Es handelt sich vielmehr um Leistungen, die nicht länger von der Solidargemeinschaft der Sozialversicherten getragen werden sollen und daher dem einzelnen überantwortet werden, der dafür selbst Vorsorge treffen soll. Es kann davon ausgegangen werden, daß sich dieser Umstand in der konkreten Ausgestaltung der Aufgaben und Funktionsweisen der neuen Zusatzkrankenversicherung in der Weise widerspiegeln wird, daß das Anbieten dieser Versicherung als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sein wird.

Auch die Bindung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung an bestimmte Elemente der Solidarität und des sozialen Schutzes steht der Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit nicht entgegen. Dies geht deutlich aus den erwähnten EuGH-Entscheidungen zur Unternehmenseigenschaft der Zusatzrentensysteme hervor. Der Gerichtshof betont ausdrücklich, daß an der Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit auch die Verfolgung eines sozialen Zwecks, einzelne Solidaritätsgesichtspunkte und die Beschränkungen oder Kontrollen in bezug auf Investitionen des Sozialversicherungsträgers nichts ändern.¹⁶⁹

An der Qualifikation des Anbietens der neuen Zusatzkrankenversicherung als wirtschaftliche Tätigkeit ändert sich auch dann nichts, wenn die

169 EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (FFSA) Slg. 1995, I-4019 Rdnr. 20; 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 86; 21.9.1999, Rs. C-115/97 (Brentjens) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 86; 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 76; 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov) Slg. 2000, I-6451 Rdnr. 118.

gesetzlichen Krankenkassen bei dieser Tätigkeit unmittelbar als öffentlich-rechtliche Körperschaft tätig werden. Im Kapitel über die Unternehmenseigenschaft öffentlicher Unternehmen (1.2.) ist ausführlich dargestellt worden, daß es nach der Judikatur des EuGH weder auf die Person des Trägers noch auf die Eigentumsverhältnisse und die Rechtsform des Unternehmens oder seine Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht ankommt. Aus der Judikatur des Gerichtshofes geht somit eindeutig hervor, daß die rechtliche Ausgestaltung der Handlungsform keinen Einfluß auf die Unternehmenseigenschaft hat. So hat der EuGH etwa die Vermittlungstätigkeit der Bundesanstalt für Arbeit¹⁷⁰ und die der British Telecom gesetzlich eingeräumte Befugnis zur Erlassung von Schemes¹⁷¹ als wirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert, obgleich beide öffentlich-rechtliche Körperschaften gewesen sind, die auf der Grundlage des öffentlichen Rechts gehandelt haben.

2. Darf die Zusatzversicherung ausschließlich von der gesetzlichen Krankenversicherung angeboten werden?

Wenn die als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufende und damit dem europäischen Wettbewerbsrecht unterliegende Tätigkeit des Anbietens der neuen Zusatzkrankenversicherung den gesetzlichen Krankenkassen vorbehalten wird, so verfügen diese auf dem Markt für diese Versicherungsleistung über ein Angebotsmonopol. Damit stellt sich die Frage, ob dieses Monopol mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar ist.

Nach Art. 82 EGV ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen verboten, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Diese Bestimmung richtet sich somit nur an Unternehmen. Die Mitgliedstaaten sind aber gem Art. 10 EGV verpflichtet,

170 EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/83 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979.

171 EuGH 20.3.1985, Rs. 41/83 (Italien/Kommission) Slg. 1985, 873.

alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden könnten. Darüber hinaus sieht Art. 86 Abs. 1 EGV für öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, vor, daß die Mitgliedstaaten in bezug auf diese Unternehmen keine dem EG-Vertrag und insbesondere dessen Art. 12 und 81 bis 89 widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen.

Aus Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EGV leitet der EuGH ab, daß es den Mitgliedstaaten nicht nur verboten ist, Maßnahmen zu ergreifen, die dazu führen, daß die marktbeherrschenden Unternehmen gegen Wettbewerbsrecht verstoßen.¹⁷² Es ist den Mitgliedstaaten auch untersagt, öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, durch Rechtssetzungsakte oder Verwaltungsmaßnahmen in eine Situation zu versetzen, in die sich diese Unternehmen durch selbständige Verhaltensweisen nicht ohne Verstoß gegen Art. 82 EGV versetzen könnten.¹⁷³ Die Mitgliedstaaten dürfen somit auch keine Maßnahmen setzen, die als unternehmerische Maßnahmen gegen Art. 82 EGV verstoßen würden.¹⁷⁴

Bei den gesetzlichen Krankenkassen handelt es sich um öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV. Es gilt daher zu prüfen, ob der Staat durch die Einräumung eines die Zusatzversicherung betreffenden Angebotsmonopols seine aus Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EGV resultierende Verpflichtung verletzt. Dazu muß geprüft werden, ob dieses Angebotsmonopol eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes begründet, ob diese marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausgenützt wird und ob dies zu einer Beein-

172 EuGH 11.4.1989, Rs. C-66/86 (Ahmed Saeed) Slg. 1989, 804 Rdnr. 48; 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 26; 11.12.1997, Rs. C-55/96 (Job Centre) Slg. 1997, I-7119 Rdnr. 28; 14.12.1995, Rs. C-387/93 (Banchero) Slg. 1995, I-4663 Rdnr. 51; *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Art. 85 Rdnr. 120.

173 EuGH 13.12.1991, Rs. C-18/88 (GB-Inno-BM) Slg. 1991, I-5941 Rdnr. 20.

174 *Giesen*, Vorgaben, S. 117 f. Zur Verantwortlichkeit des Staates s. a. *Karl*, Auswirkungen, S. 167 ff., insb. 170 ff.

trächtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen kann. Wenn diese Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 82 EGV erfüllt sind, gilt es in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob eine Ausnahme von der Anwendung des Wettbewerbsrechts gem. Art. 86 Abs. 2 EGV anzuerkennen ist.

2.1. Zum Vorliegen einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

Das Mißbrauchsverbot richtet sich an Unternehmen, die auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben eine beherrschende Stellung einnehmen. Für die Beurteilung der Marktposition von Unternehmen kommt es auf die Feststellung an, wo, wann und bei welchen Produkten sie miteinander konkurrieren. Dazu wird eine Abgrenzung des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Marktes vorgenommen.¹⁷⁵

Entscheidend für die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes ist die Austauschbarkeit von Produkten oder Dienstleistungen aus der Sicht der Marktgegenseite, da nur solche Leistungen miteinander in Wettbewerb stehen und zusammen einen Markt bilden.¹⁷⁶ Die Kommission definiert den sachlich relevanten Markt als Produktmarkt, der sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen erfaßt, „die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“.¹⁷⁷

Geht es um die Abgrenzung eines Marktes, auf dem ein bestimmtes Versicherungsprodukt angeboten wird, kommt es demzufolge auf die Sicht

175 *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Art. 86 Rdnr. 103. Zum relevanten Markt s. a. *Karl*, Auswirkungen, S. 146 ff.

176 *Jung*, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV Art. 82 EGV Rdnr. 31.

177 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. C 372, 6 Rdnr. 7.

der Nachfrager an. Aus ihrer Sicht sind nur solche (Zusatz)Versicherungen austauschbar, die das gleiche Risiko abdecken. Nachfrager nach der neuen, aus dem Leistungsspektrum der gesetzlichen Krankenversicherung ausgegliederten Zusatzversicherung werden primär die gesetzlich Krankenversicherten sein. Aus ihrer Sicht ist eine Zusatzversicherung, die sich auf bestimmte, bisher von der gesetzlichen Krankenversicherung erfaßte Risiken bezieht, nicht durch eine andere Risiken abdeckende (Zusatz)Versicherung substituierbar. Der sachlich relevante Markt ist somit der Markt für diese neue, aus der gesetzlichen Krankenversicherung ausgegliederte Zusatzversicherung.

Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes dient der Feststellung, in welchem Gebiet ein oder mehrere Unternehmen möglicherweise marktbeherrschend sind. Diese Feststellung ist schon deshalb erforderlich, weil Art. 82 EGV nur solche beherrschenden Stellungen erfaßt, die sich zumindest auf einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes erstrecken. Der räumlich relevante Markt umfaßt nach Auffassung der Kommission „das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“.¹⁷⁸

Liegt ein rechtliches oder faktisches Monopol vor, so stimmt der räumlich relevante Markt mit dem Teilgebiet der Gemeinschaft überein, auf das sich das Monopol erstreckt.¹⁷⁹ Da sich das gegenständliche Angebotsmonopol auf das gesamte Bundesgebiet erstreckt, ist auch der räumlich relevante Markt das Gebiet der gesamten Bundesrepublik Deutschland.

Der zeitlich relevante Markt ist gleichbedeutend mit dem Zeitraum, innerhalb dessen die beherrschende Stellung bei dem jeweiligen Erzeugnis oder der jeweiligen Dienstleistung auf dem Gemeinsamen Markt

178 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. C 372, 6 Rdnr. 8.

179 *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Art. 86 Rdnr. 124.

oder einem wesentlichen Teil desselben besteht.¹⁸⁰ Im konkret zu beurteilenden Fall deckt sich somit der zeitlich relevante Markt mit der zeitlichen Dauer des Angebotsmonopols der gesetzlichen Krankenkassen.

Nach der Abgrenzung des relevanten Marktes gilt es in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die gesetzlichen Krankenkassen auf diesem Markt über eine beherrschende Stellung verfügen. Unter dem Begriff der beherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EGV verstehen die Gemeinschaftsorgane die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.¹⁸¹ Im Falle von Unternehmen, die auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes eine gesetzliche oder faktische Monopolstellung innehaben, nehmen Kommission und Gerichtshof regelmäßig eine beherrschende Stellung im Sinne des Art. 82 EGV an und begnügen sich mit dem Hinweis auf fehlenden oder schwachen Wettbewerb.¹⁸² Bei Monopolunternehmen ist es ja auch in der Tat so, daß die beherrschende Stellung bereits durch die – vom Mo-

180 *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Art. 86 Rdnr. 127.

181 EuGH 11.12.1980, Rs. 31/80 (*L'Oréal*) Slg. 1980, 3775 Rdnr. 26; 9.11.1983, Rs. 322/81 (*Michelin*) Slg. 1983, 3461 Rdnr. 30 und 37; 3.10.1985, Rs. 311/84 (*Télémarketing*) Slg. 1985, 3261 Rdnr. 16; 4.5.1988, Rs. 30/87 (*Bodson*) Slg. 1988, 2479 Rdnr. 26; 5.10.1988, Rs. 247/86 (*Alsatel*) Slg. 1988, 5987 Rdnr. 12; Kommission, 14.12.1985 (ECS/AKZO) ABl. 1985 Nr. L 374, 1, 17; 29.7.1987 (BBI/Boosey & Hawkes) ABl. 1987 Nr. L 286, 36, 39; 5.12.1988 (BPB Industries PLC) ABl. 1989 Nr. L 10, 50, 64; 19.12.1990 (*Soda-Solvay*) ABl. 1991 Nr. L 152, 21, 30 f (Nr. 40 f.); 19.12.1990 (*Soda-ICI*) ABl. 1991 Nr. L 152, 40, 48 (Nr. 41 f); 14.5.1997 (*Irish Sugar*) ABl. 1997 Nr. L 258, i, 17 (Nr. 100); 11.3.1998 (*Van den Berg Foods*) ABl. 1998 Nr. L 246, 1, 45 (Nr. 256).

182 *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Art. 86 Rdnr. 55 mwN, 72 und 77; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Art. 82 Rdnr. 12. S. etwa EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser*) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 28; 3.10.1985, Rs. 311/84 (CBEM) Slg. 1985, 3261 Rdnr. 16; 18.6.1991, Rs. C-260/89 (ERT) Slg. 1991, I-2925 Rdnr. 31; 10.2.1991, Rs. C-179/90 (*Merci convenzionali porto di Genova*) Slg. 1991, I-5889 Rdnr. 14; 13.12.1991, Rs. C-18/88 (GB-InnoBM) Slg. 1991, I-5491 Rdnr. 17; 12.2.1998, Rs. C-163/96 (*Raso*) Slg. 1998, I-533 Rdnr. 25; 21.9.1999, Rs. C-67/96 (*Albany*) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 91; 21.9.1999, Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens*) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 91; 21.9.1999, Rs. C-219/97 (*Bokken*) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 81.

nopolinhaber normalerweise nicht beeinflussbare – Abwesenheit jeglichen Wettbewerbs begründet wird, so daß sich – wie *Schröter*¹⁸³ zutreffend ausführt – Feststellungen zum Wettbewerbsverhinderungspotential des betreffenden Unternehmens erübrigen.

Auch mehrere Unternehmen können zusammen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen, wenn sie so eng miteinander verbunden sind, daß sie auf dem Markt in gleicher Weise vorgehen können.¹⁸⁴ Eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung kann auf einer Kartellabsprache zwischen den Unternehmen beruhen.¹⁸⁵ Diesen Tatbestand können auch mehrere demselben Konzern angehörende Unternehmen erfüllen, wenn sie in der Lage sind, wirksamen Wettbewerb auf einem bedeutenden Teil des in Betracht kommenden Marktes zu verhindern.¹⁸⁶ Dies gilt aber nur dann, wenn die Verpflichtungen gerade noch nicht so stark sind, daß die Beteiligten eine wirtschaftliche Einheit bilden¹⁸⁷, in deren Rahmen die verbundenen Unternehmen ihr Vorgehen auf dem Markt nicht wirklich autonom bestimmen können. Sind mehrere Konzernunternehmen auf Grund ihrer konzernlichen Verflechtung als wirtschaftliche Einheit anzusehen, ist sowohl nach Art. 81 als auch nach Art. 82 EGV von *einem* Unternehmen auszugehen. Es liegt daher keine *gemeinsame* marktbeherrschende Stellung vor.¹⁸⁸

Die gesetzlichen Krankenkassen sind nicht so eng miteinander verflochten, daß sie keine Möglichkeit zu einem autonomen Marktverhalten haben. Es ist auch nicht zu erwarten, daß die neue Zusatzkrankenversicherung gesetzlich derart ausgestaltet werden wird, daß die Kassen bei ihrer diesbezüglichen Anbieter Tätigkeit keinen Freiraum für selbständige

183 In: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Art. 86 Rdnr. 59.

184 EuGH 27.4.1994, Rs. C-393/92 (Almelo) Slg. 1994, I-1477 Rdnr. 41-43; 5.10.1995, Rs. C-96/94 (Centro Servizi Spediporto) Slg. 1995, I-2883 Rdnr. 33.

185 *Grill*, in: Lenz, EG-Vertrag Art. 82 Rdnr. 21.

186 *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Art. 86 Rdnr. 67.

187 *Weiß*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Art. 82 Rdnr. 19.

188 *Weiß*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Art. 82 Rdnr. 19; *Dirksen*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Art. 82 Rdnr. 61; *Emmerich*, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, H. I. § 1 Rdnr. 347.

wirtschaftliche Entscheidungen und Handlungen haben. Es liegt daher keine wirtschaftliche Einheit vor. Die Einräumung dieses Monopols verbindet die gesetzlichen Krankenkassen aber doch so eng miteinander, daß von einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auszugehen ist.¹⁸⁹

Die beherrschende Stellung nach Art. 82 EGV muß sich auf den Gemeinsamen Markt oder auf einen wesentlichen Teil desselben erstrecken. Es ist oben aufgezeigt worden, daß bei der Prüfung, ob eine beherrschende Stellung vorliegt, der Umfang der wirtschaftlichen Macht des betreffenden Unternehmens auf dem relevanten Markt zu ermitteln ist. Entspricht der relevante Markt nicht dem Gemeinsamen Markt ist zu prüfen, ob er einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt.

Als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes werden vom EuGH einzelne Mitgliedstaaten sowie Gebiete, die sich über das Territorium eines Mitgliedstaates hinaus erstrecken, angesehen.¹⁹⁰ Selbst größere Regionen einzelner Mitgliedstaaten, wie z.B. Süddeutschland, sind bereits als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes qualifiziert worden.¹⁹¹ Ein die neue Zusatzkrankenversicherung betreffendes Angebotsmonopol der gesetzlichen Krankenkassen erstreckt sich auf das Gebiet der gesamten Bundesrepublik Deutschland und damit auf einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes.

189 Der EuGH hat im Urteil *Centre d'insèmination de la Crespelle* (5.10.1994, Rs. C-323/93, Slg. 1994, I-5077 Rdnr. 17) den zugunsten von Besamungsstationen nebeneinandergestellten Monopolen, die territorial begrenzt sind, in ihrer Gesamtheit aber das ganze Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erfassen, eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 86 EGV auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes attestiert. Er hat die einzelnen Monopole somit in ihrer Gesamtheit bewertet, ohne allerdings explizit darauf einzugehen, ob er von einer *gemeinsamen* marktbeherrschenden Stellung ausgeht.

190 EuGH 9.11.1983, Rs. 322/81 (Michelin) Slg. 1983, 3461 Rdnr. 28; 18.6.1991, Rs. C-260/89 (ERT) Slg. 1991, I-2925 Rdnr. 31; 6.4.1995, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P (RTE und ITP) Slg. 1995, I-743.

192 EuGH 16.12.1975, Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114/73 (Suiker Unie) Slg. 1975, 1663 Rdnr. 441-451.

2.2. Zum Mißbrauch einer beherrschenden Stellung

Art. 82 EGV verbietet den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch das oder die marktbeherrschenden Unternehmen. Entscheidend ist, ob sich das Verhalten des Unternehmens in den Grenzen des zulässigen Leistungswettbewerbs hält oder darüber hinausgeht.¹⁹² Nach Auffassung des EuGH trägt ein Unternehmen in einer marktbeherrschenden Stellung eine besondere Verantwortung dafür, daß es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt.¹⁹³

Der EuGH hat in einer Reihe von Entscheidungen betont, daß die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte als solche regelmäßig mit Art. 86 Abs. 1 und 82 EGV vereinbar ist.¹⁹⁴ Dies ergibt sich insbesondere aus Art. 86 Abs. 1 EGV, der ausdrücklich von der Existenz von Unternehmen ausgeht, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren. Wenn es um die Anwendung des Art. 86 Abs. 1 EGV geht, so offenbart sich – wie es Generalanwalt *Jacobs*¹⁹⁵ ausdrückt – „ein fundamentales Dilemma“. Zum einen ist die Übertragung ausschließlicher Rechte, d. h. die Schaffung eines gesetzlichen Monopols, eine strukturelle staatliche Maßnahme, die typischerweise wettbewerbswidriges Verhalten begünstigt. Zum anderen ergibt sich aber aus dem Wortlaut des Art. 86 EGV,

192 *Grill*, in: Lenz, EG-Vertrag Art. 82 Rdnr. 22.

193 EuGH 13.2.1979, Rs. 85/76 (*Hoffmann-La Roche*) Slg. 1979, 461 Rdnr. 91; 3.7.1991, Rs. C-62/86 (*AKZO*) Slg. 1991, I-3359 Rdnr. 69.

194 S. EuGH 3.10.1985, Rs. 311/84 (*CBEM*) Slg. 1985, 3261 Rdnr. 17; 23.4.1991, Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser*) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 29; 11.12.1997, Rs. C-55/96 (*Job Centre*) Slg. 1997, I-7119 Rdnr. 31; 19.5.1993, Rs. C-320/91 (*Corbeau*) Slg. 1993, I-2533 Rdnr. 11; 5.10.1994, Rs. C-323/93 (*Centre d'insémination de la Crespelle*) Slg. 1994, I-5077 Rdnr. 18; 10.12.1991, Rs. C-179/90 (*Merci convenzionali porto di Genova*) Slg. 1991, I-5889 Rdnr. 16; 21.9.1999, Rs. C-67/96 (*Albany*) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 93; 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (*Pavlov*) Slg. 2000, I-6451 Rdnr. 127; 25.10.2001, Rs. C-475/99 (*Glöckner*) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 39.

195 Schlußanträge vom 28.1.1999 in den Rs. C-67/96, Rs. C-115/97, C-116/97 und C-117/97 und Rs. C-219/97 (*Albany, Brentjens und Bokken*) Slg. 1999, I-5751 Nr. 389.

daß die Übertragung ausschließlicher Rechte als solche nicht grundsätzlich verboten ist.¹⁹⁶

Aus der Judikatur des EuGH geht aber auch deutlich hervor, daß die Bildung von Monopolen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nur in bestimmten Grenzen erlaubt ist. Der Gerichtshof räumt zwar ein, daß Art. 86 Abs. 1 EGV von der Existenz von Unternehmen ausgeht, die bestimmte besondere und ausschließliche Rechte innehaben, stellt aber auch klar, „daß damit jedoch nicht alle besonderen und ausschließlichen Rechte notwendigerweise mit dem Vertrag vereinbar sind“. Dies hänge vielmehr von den einzelnen Vorschriften ab, auf die Art. 86 Abs. 1 EGV verweist.¹⁹⁷

Ein Mitgliedstaat verstößt durch die Einräumung einer Monopolstellung nach Auffassung des EuGH nur dann gegen die in Art. 86 Abs. 1 und Art. 82 EGV enthaltenen Verbote, „wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Mißbrauch begeht“.¹⁹⁸

Zur mißbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung durch die bloße Ausübung des dem Unternehmen übertragenen ausschließlichen Rechts hat sich der EuGH in der Rechtssache Höfner und

196 S. Generalanwalt *Jacobs*, Schlußanträge vom 28.1.1999 in den Rs. C-67/96, Rs. C-115/97, C-116/97 und C-117/97 und Rs. C-219/97 (*Albany, Brentjens und Bokken*) Slg. 1999, I-5751 Nr. 389.

197 EuGH 19.3.1991, Rs. C-202/88 (*Frankreich/Kommission*) Slg. 1991, I-1223 Rdnr. 22.

198 S. EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser*) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 29; 18.6.1991, Rs. C-260/89 (*ERT*) Slg. 1991, I-2925 Rdnr. 37; 10.12.1991, Rs. C-179/90 (*Merci convenzionali porto di Genova*) Slg. 1991, I-5889 Rdnr. 17; 5.10.1994, Rs. C-323/93 (*Centre d'insémination de la Crespelle*) Slg. 1994, I-5077 Rdnr. 18; 12.2.1998, Rs. C-163/96 (*Raso*) Slg. 1998, I-533 Rdnr. 27; 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (*Pavlov*) Slg. 2000, I-6451 Rdnr. 127; 25.10.2001, Rs. C-475/99 (*Glöckner*) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 39; s. a. *Jung*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Art. 86 Rdnr. 27 mit weiteren Judikaturhinweisen.

Elser näher geäußert. Ein solcher Mißbrauch könne nach Art. 82 Abs. 2 Buchstabe b EGV insbesondere in einer Beschränkung der Leistung zum Schaden derjenigen, die die betreffende Dienstleistung in Anspruch nehmen wollen, bestehen.¹⁹⁹ Ein Mitgliedstaat schafft nach Auffassung des Gerichtshofs eine Lage, in der die Leistung beschränkt wird, wenn das Unternehmen, dem er ein ausschließliches Recht übertragen hat, offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen, und wenn die tatsächliche Ausübung dieser Tätigkeiten durch private Unternehmen durch die Beibehaltung einer Gesetzesbestimmung unmöglich gemacht wird, die diese Tätigkeiten bei Strafe der Nichtigkeit der entsprechenden Verträge verbietet.²⁰⁰

Ein Mißbrauch i.S. von Art. 82 EGV liegt nach ständiger Judikatur auch dann vor, wenn ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, sich ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, so daß jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht.²⁰¹ Wenn die Erweiterung der beherrschenden Stellung des öffentlichen Unternehmens oder des Unternehmens, dem der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, auf eine staatliche Maßnahme zurückgeht, liegt ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EGV vor.²⁰²

In der Rechtssache Glöckner hat der Gerichtshof die Wirkung von § 18 Abs. 3 des rheinland-pfälzischen RettDG 1991 zu beurteilen gehabt. Die

199 EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 30.

200 EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 31.

201 S. EuGH 13.12.1991, Rs. C-18/88 (GB-Inno) Slg. 1991, I-5941 Rdnr. 18; 25.10.2001, Rs. C-475/90 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 40.

202 S. EuGH 13.12.1991, Rs. C-18/88 (GB-Inno) Slg. 1991, I-5941 Rdnr. 21 und 24; 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 40; s. a. EuGH 17.11.1992, Rs. C-271/90, C-281/90 und C-289/90 (Spanien ua/Kommission), Slg. 1992, I-5833 Rdnr. 36.

Anwendung dieser Bestimmung führt dazu, daß bei jedem Antrag eines unabhängigen Unternehmers auf Genehmigung zur Durchführung von nicht durch Notfall veranlaßten Leistungen des Krankentransports zunächst die Sanitätsorganisationen befragt werden. Nach Auffassung des EuGH hat der rheinland-pfälzische Gesetzgeber durch den Erlass dieser Bestimmung diese Sanitätsorganisationen, die auf dem Markt für Notfalltransporte bereits ein ausschließliches Recht innehaben, begünstigt, indem er ihnen gestattet hat, auch diese Leistungen ausschließlich zu erbringen. Der Gerichtshof ist daher zu dem Ergebnis gelangt, daß die Anwendung von § 18 Abs. 3 RettDG 1991 eine Einschränkung des Absatzes zum Schaden der Verbraucher i.S. des Art. 82 Abs. 2 lit b EGV zur Folge hat, indem den Sanitätsorganisationen eine Hilfstätigkeit vorbehalten wird, die von einem unabhängigen Unternehmen ausgeübt werden könnte.²⁰³

Die soziale Krankenversicherung ist eine gesetzliche Pflichtversicherung, deren Durchführung den gesetzlichen Krankenkassen vorbehalten ist. Damit wird diesen Kassen ein Versicherungsmonopol eingeräumt. Wird ihnen auch das Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung vorbehalten, so wird die beherrschende Stellung vom Markt für die gesetzliche Krankenversicherung auf den benachbarten, aber getrennten Markt für die neue, aus der gesetzlichen Krankenversicherung ausgegliederte Zusatzversicherung erstreckt. Dies bedeutet eine Erstreckung des Sozialversicherungsmonopols auf eine Versicherungstätigkeit, die von den privaten Krankenversicherungsunternehmen im Rahmen ihrer Tätigkeit auf dem Markt für die private Krankenversicherung ausgeübt werden könnte. Nimmt der Gesetzgeber eine solche Erweiterung der beherrschenden Stellung der gesetzlichen Kassen vor, so hat dies eine nach Art. 82 Satz 2 Buchstabe b EGV ausdrücklich verbotene Einschränkung des Absatzes zum Schaden der Verbraucher zur Folge, weil den gesetzlichen Kassen eine Hilfstätigkeit vorbehalten wird, die von den privaten Krankenversicherungsunternehmen ausgeübt werden könnte.²⁰⁴

203 S. EuGH 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 43.

204 Vgl. ebd.

Eine solche Maßnahme bedeutet aber nicht nur eine nach Art. 82 Satz 2 Buchstabe b EGV verbotene Angebotsverknappung zum Schaden der Versicherten, sondern auch einen Ausschluß der privaten Krankenversicherungsunternehmen vom Markt für die Leistung der neuen Zusatzkrankenversicherung, ohne daß dies die Folge eines wirtschaftlichen Wettbewerbs wäre, der darauf angelegt ist, den Mitbewerber durch die Güte und Preiswürdigkeit der eigenen Leistung zu überflügeln und ihm Kunden abzunehmen. Der Ausschluß vom Markt für die Leistung der neuen Zusatzkrankenversicherung ist vielmehr die Folge der Ausschaltung der privaten Anbieter vom Leistungsvergleich.

Die Schaffung eines die neue Zusatzkrankenversicherung betreffenden Angebotsmonopols wäre nur dann zulässig, wenn diese Tätigkeit den gesetzlichen Kassen aus einem objektiven Bedürfnis vorbehalten wird. Die für diese Beurteilung relevanten Erwägungen decken sich mit jenen, die für eine Ausnahme von der Anwendung des Wettbewerbsrechts nach Art. 86 Abs. 2 EGV vorgebracht werden können, so daß auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden kann (s. 2.4.).

2.3. Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten

Der Mißbrauch der beherrschenden Stellung muß zudem geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Diese sogenannte Zwischenstaatlichkeitsklausel wird in der Praxis weit ausgelegt und hat deshalb nur geringe Bedeutung.²⁰⁵ Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen Auslegung und Anwendung dieses Tatbestandsmerkmals von dessen Zweck ausgehen, auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts von dem des Rechts der Mitgliedstaaten abzugrenzen. Unter den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen daher alle Kartelle, „die geeignet sind, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitli-

205 *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV Art. 81 EGV Rdnr. 206.

chen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten nachteilig sein kann, indem insbesondere die nationalen Märkte abgeschottet werden oder die Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt verändert wird“.²⁰⁶ Es ist nicht erforderlich, daß es tatsächlich zu einer Beeinträchtigung gekommen ist oder kommen würde. Entscheidend ist die bloße Eignung, solche Auswirkungen zu zeitigen.²⁰⁷

Da durch die Schaffung eines die neue Zusatzkrankenversicherung betreffenden Angebotsmonopols der gesetzlichen Krankenkassen nicht nur die im Inland, sondern auch die im EU-Ausland ansässigen privaten Krankenversicherungsunternehmen von diesem Markt ausgeschlossen werden, ist die Einräumung eines solchen Angebotsmonopols geeignet, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten zu gefährden. Auch das Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung zwischen Mitgliedstaaten ist damit erfüllt.

2.4. Zur Ausnahme gem. Art. 86 Abs. 2 EGV

Art. 86 Abs. 2 EGV sieht für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags vor. Die Bestimmungen des EG-Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, gelten für sie nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf aber nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Bei den Tätigkeiten der Krankenversicherungsträger ist ein intensiver Bezug zum Allgemeinwohl gegeben. Werden sie zudem noch wirt-

206 EuGH 31.5.1979, Rs. 22/78 (Hugin) Slg. 1979, 1869 Rdnr. 17; 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 47.

207 *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV Art. 81 EGV Rdnr. 210; EuGH 28.4.1998, Rs. C-306/96 (Javico) Slg. 1998, I-1983 Rdnr. 16; 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 48.

schaftlich tätig, besteht ihre Betätigung in der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.²⁰⁸ Dies gilt nicht nur für das Anbieten der gesetzlichen Krankenversicherung. Da der Schutz der Gesundheit auch losgelöst vom Sozialschutz als wichtiges Gemeinschaftsinteresse anzusehen ist²⁰⁹, ist auch das Anbieten einer privaten Zusatzkrankenversicherung als eine im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gelegene Aufgabe anzusehen. Ein Interesse der Allgemeinheit im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV liegt bereits dann vor, wenn an der Erbringung der Leistung zumindest auch ein öffentliches Interesse besteht²¹⁰, das über wirtschaftliche Einzelinteressen hinausgeht.²¹¹ Dies ist bei der neuen Zusatzkrankenversicherung ohne Zweifel der Fall.

Die den gesetzlichen Krankenkassen übertragene besondere Aufgabe liegt in der Regel in der Zurverfügungstellung einer flächendeckenden, qualitativ hochwertigen und zugleich kostengünstigen, gleichen medizinischen Versorgung für alle ihre Versicherten. Der EuGH spricht in der Rechtssache Kohll²¹² im Zusammenhang mit der Rechtfertigung einer gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßenden nationalen Regelung vom Ziel, eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten.

208 S. zu diesem Begriff die Mitteilung der Europäischen Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, (Dok KOM[96]443 endg.) ABl. 1996 Nr. C-281, 3 vom 26.9.1996. Demnach sind Leistungen der Daseinsvorsorge marktbezogene sowie nicht marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. Bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt es sich um einen Teilbereich der Leistungen der Daseinsvorsorge, und zwar um die marktbestimmten Tätigkeiten, denen von den Mitgliedstaaten besondere Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt werden. Zur Frage, wann Tätigkeiten von Sozialversicherungsträgern als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden können s. *Schulz-Weidner/Felix*, SozSi 1997, S. 1125.

209 S. *Schulz-Weidner/Felix*, SozSi 1997, S. 1125 und *Hollmann/Schulz-Weidner*, ZIAS 1998, S. 192, die ausführen, daß der Schutz der Gesundheit sowie der Sozial-schutz im Zusammenhang mit Art. 86 Abs 2 EGV als wichtige Gemeinschaftsinteressen anzusehen sind. .

210 *Eilmansberger*, Europarecht II, S. 76; *Mestmäcker*, RabelsZ 1988, S. 564.

211 *Nicolaysen*, Europarecht II, S. 275.

212 EuGH 28.4.1998, Rs. C-158/96 (Kohll) Slg. 1998, I-1831 Rdnr. 50.

Die Prüfung, ob ein Träger der gesetzlichen Krankenversicherung diese ihm übertragene besondere Aufgabe nur dann erfüllen kann, wenn er die europäischen Wettbewerbsregeln verletzt, kann nicht generell für alle Tätigkeiten des Trägers durchgeführt werden, sondern hat für jede einzelne Tätigkeit gesondert zu erfolgen. Der EuGH sieht in den Urteilen Albany²¹³, Brentjens²¹⁴ und Bokken²¹⁵ den Ausnahmetatbestand des Art. 86 Abs. 2 EGV dann als verwirklicht an, wenn die Beibehaltung der streitigen Rechte erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung seiner im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.

Im konkreten Fall läßt sich für ein die neue Zusatzkrankenversicherung betreffendes Monopol der gesetzlichen Krankenkassen keine gem. Art. 86 Abs. 2 EGV mögliche Ausnahme vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts begründen. Dazu müßte nachgewiesen werden, daß die Schaffung eines solchen Monopols notwendig ist, um den Versicherten eine flächendeckende, dem Standard der internationalen Medizin entsprechende²¹⁶ und zugleich kostengünstige, gleiche Versorgung mit Heilbehelfen und Hilfsmitteln zur Verfügung zu stellen. Diese Versorgung der Versicherten muß dem Krankenversicherungsträger unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen möglich sein.²¹⁷ Zudem gilt es zu berücksichtigen, daß die Argumentation, die gesetzlichen Krankenkassen könnten diese Aufgabe nur dann unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen erfüllen, wenn sie auf dem Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung ein Monopol innehaben, voraussetzt, daß es sich dabei um

213 EuGH 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 107.

214 EuGH 21.9.1999, Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 107.

215 EuGH 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 97.

216 Diese Anforderung ergibt sich aus dem Urteil Smits und Peerbooms (EuGH 12.7.2001, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rdnr. 83-98).

217 S. EuGH 19.5.1993, Rs. C-320/91 (Corbeau) Slg. 1993, I-2533 Rdnr. 16; 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany) Slg. 1999, I-5751 Rdnr. 107; 21.9.1999, Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens) Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 107; 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken) Slg. 1999, I-6121 Rdnr. 97; 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 57.

ein angemessenes und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit genügendes Mittel handelt. Selbst wenn die besondere Aufgabenerfüllung im Konflikt mit den Wettbewerbsregeln steht, darf dieser Konflikt nach dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip nur in dem Maße zugunsten einer Marktzugangsbeschränkung gelöst werden, wie dies für die Aufgabenerfüllung erforderlich ist.²¹⁸

Auch wenn die Ausgliederung der künftig durch eine Zusatzversicherung abzudeckenden Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung aus wirtschaftlichen Erwägungen erfolgt, um die Kassen finanziell zu entlasten, so bedeutet dies nicht, daß die Schaffung eines Zusatzversicherungsmonopols notwendig ist, um das Anbieten der gesetzlichen Krankenversicherung zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen. Soll das Monopol zur Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung dienen, gilt es zudem zu berücksichtigen, daß hierbei die Gefahr einer unzulässigen Quersubventionierung droht. Schon aus diesem Grund stellt die Gründung des Zusatzversicherungsmonopols kein angemessenes Mittel zur Verbesserung der Finanzlage der gesetzlichen Kassen dar.

Damit stellt sich noch die Frage, ob die Beschränkung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung auf die gesetzlichen Krankenkassen ein notwendiges und angemessenes Mittel zur Sicherstellung des Funktionierens dieser Zusatzkrankenversicherung ist. Dabei gilt es zu berücksichtigen, daß ein funktionierender Markt für private (Zusatz)Krankenversicherungen existiert. Die private Krankenversicherung kann auf einen Bestand von mehr als 14 Mio. Versicherungsverträgen verweisen. Das Angebot der privaten Krankenversicherung erstreckt sich dabei nicht nur auf freiwillige (Zusatz)Versicherungen, sondern im Bereich der Pflegeversicherung auch auf eine obligatorische Versicherung. Die Aufgabe des Anbietens der neuen Zusatzkrankenversicherung kann somit von den privaten Krankenversicherungsunternehmen und damit von Unternehmen, die auf dem Markt für private Zusatzkrankenversicherun-

218 Kommission, Entsch. v. 26.7.1976 (BNIA) ABl. 1976 Nr. L 231, 24.

gen schon erfolgreich tätig sind, wahrgenommen werden. Das bedeutet aber, daß die Einräumung eines Zusatzkrankenversicherungsmonopols zugunsten der gesetzlichen Kassen ein dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit nicht genügendes Mittel ist, darf doch der Konflikt zwischen der besonderen Aufgabenerfüllung und dem Wettbewerbsrecht nur in dem Maße zugunsten einer Marktzugangsbeschränkung gelöst werden, wie dies für die Aufgabenerfüllung erforderlich ist.²¹⁹ Die Verdrängung der privaten Anbieter vom Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung, obgleich sie die den gesetzlichen Kassen übertragene besondere Aufgabe erfüllen könnten, würde aber jedenfalls einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Wettbewerbsrecht bedeuten.

An diesem Ergebnis vermag es auch nichts zu ändern, wenn die neue Zusatzkrankenversicherung bestimmte Elemente der Solidarität und des sozialen Schutzes enthält. Die private Krankenversicherung bietet auch eine Pflegepflichtversicherung an und stellt damit unter Beweis, daß sie durchaus in der Lage ist, auch Solidarität und sozialen Schutz in gewissem Umfang zu gewährleisten.

2.5. Conclusio

Wenn das Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung den gesetzlichen Krankenkassen vorbehalten wird, so verfügen sie auf dem Markt für dieses Versicherungsprodukt über ein Angebotsmonopol. Dadurch wird den gesetzlichen Kassen eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes eingeräumt.

Entsprechend der Judikatur des EuGH²²⁰ ist im hier zu behandelnden Fall auch von einem Mißbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung auszugehen. Dies gilt deshalb, weil die beherrschende Stellung der ge-

219 Kommission, Entsch. v. 26.7.1976 (BNIA) ABl. 1976 Nr. L 231, 24.

220 S. EuGH 13.12.1991, Rs. C-18/88 (GB-Inno) Slg. 1991, I-5941 Rdnr. 18; 25.10.2001, Rs. C-475/90 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 40.

gesetzlichen Kassen vom Markt für die gesetzliche Krankenversicherung auf den benachbarten, aber getrennten Markt für die neue, aus der gesetzlichen Krankenversicherung ausgegliederte Zusatzkrankenversicherung erstreckt wird. Dabei handelt es sich um eine Erstreckung des Sozialversicherungsmonopols auf eine Versicherungstätigkeit, die von den privaten Krankenversicherungsunternehmen im Rahmen ihrer Tätigkeit auf dem Markt für die private Krankenversicherung ausgeübt werden könnte. Nimmt der Gesetzgeber eine solche Erweiterung der beherrschenden Stellung der gesetzlichen Kassen vor, so hat dies eine Einschränkung des Absatzes zum Schaden der Verbraucher im Sinne des Art. 82 Satz 2 Buchstabe b EGV zur Folge, weil den gesetzlichen Kassen eine Hilfstätigkeit vorbehalten wird, die von den privaten Krankenversicherungsunternehmen ausgeübt werden könnte.²²¹ Eine solche Maßnahme bewirkt zudem einen Ausschluß der privaten Krankenversicherungsunternehmen vom Markt für die Leistung der neuen Zusatzkrankenversicherung, ohne daß dies die Folge eines wirtschaftlichen Wettbewerbs wäre, der darauf angelegt ist, den Mitbewerber durch die Güte und Preiswürdigkeit der eigenen Leistung zu überflügeln und ihm Kunden abzunehmen. Der Ausschluß vom Markt für die Leistung der neuen Zusatzkrankenversicherung ist vielmehr die Folge der Ausschaltung der privaten Anbieter vom Leistungsvergleich.

Da die Erweiterung der beherrschenden Stellung der gesetzlichen Krankenkassen auf eine staatliche Maßnahme zurückgeht, liegt ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EGV vor.²²² Für diesen Verstoß läßt sich auch keine Ausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EGV begründen.

Die Einräumung eines Zusatzkrankenversicherungsmonopols ist demzufolge europarechtswidrig. Offen ist damit noch die Frage, ob das europäische Wettbewerbsrecht auch einem nicht monopolistischen Tätig-

221 Vgl. EuGH 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 43.

222 S. EuGH 13.12.1991, Rs. C-18/88 (GB-Inno) Slg. 1991, I-5941 Rdnr. 21 und 24; 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 40; s. a. EuGH 17.11.1992, Rs. C-271/90, C-281/90 und C-289/90 (Spanien u.a./Kommission) Slg. 1992, I-5833 Rdnr. 36.

werden der gesetzlichen Krankenkassen auf dem Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung entgegensteht.

3. Darf die Zusatzversicherung von der gesetzlichen Krankenversicherung im Wettbewerb mit der privaten Krankenversicherung angeboten werden?

Die Erstreckung der beherrschenden Stellung der gesetzlichen Kassen vom Markt für die gesetzliche Krankenversicherung auf den benachbarten, aber getrennten Markt für die neue, aus der gesetzlichen Krankenversicherung ausgegliederten Zusatzversicherung bedeutet – wie oben ausführlich dargestellt worden ist (2.) – einen Verstoß gegen das europäische Wettbewerbsrecht. Im folgenden soll die Frage erörtert werden, ob eine europarechtswidrige Ausdehnung des Sozialversicherungsmonopols immer nur dann vorliegt, wenn eine Versicherungstätigkeit, die von den privaten Krankenversicherungsunternehmen im Rahmen ihrer Tätigkeit auf dem Markt für die private Krankenversicherung ausgeübt werden könnte, den gesetzlichen Kassen vorbehalten wird, oder ob es genügt, wenn das Sozialversicherungsmonopol auf andere Art und Weise eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einem benachbarten, aber getrennten Markt bewirkt. Es geht hier somit um die Beurteilung der Konsequenzen sonstiger Auswirkungen des Sozialversicherungsmonopols auf den Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung.

Es ist oben (2.2.) bereits auf die Judikatur des EuGH hingewiesen worden, wonach ein Mitgliedstaat durch die Einräumung einer Monopolstellung dann gegen die in Art. 86 Abs. 1 und Art. 82 EGV enthaltenen Verbote verstößt, „wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt²²³ oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen

223 S. EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 29; 5.10.1994, Rs. C-323/93 (Centre d'insémination de la Crespelle) Slg. 1994, I-5077 Rdnr. 18.

einen solchen Mißbrauch begeht“.²²⁴ Diese Judikatur ist auch für die Beurteilung, ob das Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung durch die gesetzlichen Krankenkassen im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen dem europäischen Wettbewerbsrecht entspricht, von Bedeutung.

Den Ausgangspunkt für die auf dieser Judikatur basierenden Überlegungen bildet der Umstand, daß die gesetzlichen Krankenkassen auf dem Markt für die soziale Krankenversicherung ein Monopol innehaben. Dieses Monopol ermöglicht es ihnen, sich auf dem benachbarten, aber getrennten Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung Wettbewerbsvorteile gegenüber den privaten Krankenversicherungsunternehmen zu verschaffen.

Fakt ist, daß über 90 Prozent der Bevölkerung gesetzlich krankenversichert sind.²²⁵ Zu diesen über 90 Prozent der Bevölkerung haben die gesetzlichen Kassen aufgrund des bereits bestehenden Versicherungsverhältnisses erleichterten Zugang. Sie verfügen über die Daten dieser Personen, können ihnen gezielt Angebote stellen und die Zusatzversicherung in Kombination mit der gesetzlichen Krankenversicherung anbieten. Die gesetzlichen Krankenkassen können ihren Versicherten somit auch nach der Ausgliederung von Leistungen in eine Zusatzversicherung eine umfassende, auch diese Leistungen betreffende Betreuung anbieten. Die gesetzlichen Kassen verfügen somit aufgrund ihres Sozialversicherungsmonopols über Mechanismen, die es ihnen ermöglichen, ihre Versicherten auch im Bereich der neuen Zusatzkrankenversicherung an sich zu binden, ohne sich in einem Leistungswettbewerb durchsetzen zu müssen. Damit verschaffen sie sich auf dem Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung einen deutlichen Wettbewerbsvorteil gegenüber den privaten Unternehmen.

224 S. EuGH 18.6.1991, Rs. C-260/89 (ERT) Slg. 1991, I-2925 Rdnr. 37; 10.12.1991, Rs. C-179/90 (Merci convenzionali porto di Genova) Slg. 1991, I-5889 Rdnr. 17; 12.2.1998, Rs. C-163/96 (Raso) Slg. 1998, I-533 Rdnr. 27; 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov) Slg. 2000, I-6451 Rdnr. 127; 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 39.

225 S. *Schulin/Igl*, Sozialrecht, Rdnr. 43.

Es darf auch nicht übersehen werden, daß Gegenstand der neuen Zusatzkrankenversicherung Leistungen sind, die bisher von der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht worden sind. Der Umstand, daß die gesetzlichen Kassen die nunmehr aus der gesetzlichen Krankenversicherung ausgegliederten Leistungen auch weiterhin erbringen können und die daraus resultierende Kontinuität der Leistungserbringung bedeutet aus der Sicht der gesetzlich Krankenversicherten unbestreitbar einen weiteren Vorteil gegenüber der privaten Zusatzversicherung. Die gesetzlichen Krankenkassen verfügen somit in bezug auf die gesetzlich Krankenversicherten, und damit bei über 90 Prozent der Bevölkerung, über einen „Heimvorteil“ gegenüber den privaten Krankenversicherungsunternehmen, der sich in Form eines Wettbewerbsvorteils auf dem Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung niederschlägt.

Betreffend die Leistung von Zahnersatz sowie von Krankenbehandlung im Falle von Unfällen, die nicht von der gesetzlichen Unfallversicherung erfaßt sind, hat das Sozialversicherungsmonopol aber auch noch weitere den Wettbewerb auf dem Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung beeinträchtigende Konsequenzen. Diese Konsequenzen resultieren aus dem Sachleistungsprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung. Um diesem Prinzip gerecht zu werden, schließen die Verbände der gesetzlichen Krankenkassen mit den Verbänden der Anbieter von Gesundheitsleistungen Verträge ab, die diese Anbieter dazu verpflichten, den Leistungsberechtigten die Gesundheitsleistungen für Rechnung der Krankenkasse zukommen zu lassen. Insoweit es um die Sicherstellung der Erbringung ärztlicher Leistungen geht, sind die gesetzlichen Kassen im Rahmen der sogenannten Selbstverwaltung von Kassen und Kassenärztlichen Vereinigungen an der Erteilung der kassenärztlichen Zulassungen beteiligt. Auf diese Weise organisieren die gesetzlichen Kassen die Erbringung von Gesundheitsleistungen für ihre Versicherten und damit für über 90 Prozent der Bevölkerung. Es liegt auf der Hand, daß sie durch diese Leistungserbringungsaktivitäten im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung bei der Leistungserbringung im Rahmen der neuen Zusatzkrankenversicherung Vorteile haben, die die privaten Krankenversicherungsunternehmen nicht erzielen können. Die gesetzlichen Krankenkassen werden daher zu günstigeren Konditionen Sachlei-

stungen erbringen können, als dies den privaten Krankenversicherungsunternehmen möglich ist.

Die aufgezeigten, aus dem Sozialversicherungsmonopol resultierenden Wettbewerbsvorteile der gesetzlichen Krankenkassen auf dem Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung machen deutlich, daß auf diesem Markt keine Chancengleichheit zwischen den gesetzlichen Kassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen besteht. Der EuGH betont aber in ständiger Judikatur, daß ein System unverfälschten Wettbewerbs, wie es der EG-Vertrag vorsieht, nur gewährleistet werden kann, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist.²²⁶ Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn sich die gesetzlichen Kassen aufgrund ihres Sozialversicherungsmonopols auch auf dem benachbarten, aber getrennten Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung Wettbewerbsvorteile verschaffen können. Durch diese Wettbewerbsvorteile werden die privaten Krankenversicherungsunternehmen, obgleich sie die neue Zusatzkrankenversicherung anbieten können, vom Markt für dieses Versicherungsprodukt verdrängt.

Konsequenz der Wettbewerbsvorteile der gesetzlichen Krankenkassen ist aber nicht nur die mangelnde Chancengleichheit der privaten Krankenversicherungsunternehmen und ihre daraus resultierende Marktverdrängung. Diese Marktverdrängung wirkt sich auch auf die Individualinteressen der Verbraucher nachteilig aus, kommt es doch dadurch zu einer Einschränkung des Angebots an Zusatzversicherungsprodukten. Art. 82 Abs. 2 Buchstabe b EGV verbietet aber ausdrücklich die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher.

Ermächtigt der Gesetzgeber die gesetzlichen Krankenkassen zum Anbieten der neuen Zusatzversicherung im Wettbewerb mit den privaten

226 EuGH 19.3.1991, Rs. C-202/88 (Frankreich/Kommission) Slg. 1991, I-1223 Rdnr. 51; 13.12.1991, Rs. C-18/88 (GB-Inno BM) Slg. 1991, I-5941 Rdnr. 18; 27.10.1993, Rs. C-46/90 und C-93/91 (Lagauche) Slg. 1993, I-5267 Rdnr. 44.

Krankenversicherungsunternehmen, so wird dadurch infolge des den gesetzlichen Kassen zukommenden Sozialversicherungsmonopols eine Lage geschaffen, in der diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen bzw. könnte durch eine solche Maßnahme eine Lage geschaffen werden, in der die Kassen einen solchen Mißbrauch begehen. Darin liegt aber ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 und 82 EGV.²²⁷

3.1. Zur Ausnahme gem. Art. 86 Abs. 2 EGV

Ebensowenig wie sich für ein die neue Zusatzkrankenversicherung betreffendes Monopol der gesetzlichen Krankenkassen eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts gem. Art. 86 Abs. 2 EGV begründen läßt (2.4.), ist für das im Wettbewerb mit den Krankenversicherungsunternehmen erfolgende Tätigwerden der gesetzlichen Kassen am Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung eine solche Ausnahme anzuerkennen.

Das Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung durch die gesetzlichen Krankenkassen ist weder ein angemessenes und erforderliches Mittel, um auf der Ebene der gesetzlichen Krankenversicherung eine flächendeckende, qualitativ hochwertige und zugleich kostengünstige, gleiche Gesundheitsversorgung für alle Versicherten unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen sicherzustellen, noch bedarf es dieser Maßnahme, um das Funktionieren der Zusatzkrankenversicherung zu gewährleisten. Ganz im Gegenteil stellen die privaten Krankenversiche-

227 S. EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 29; 18.6.1991, Rs. C-260/89 (ERT) Slg. 1991, I-2925 Rdnr. 37; 10.12.1991, Rs. C-179/90 (Merci convenzionali porto di Genova) Slg. 1991, I-5889 Rdnr. 17; 5.10.1994, Rs. C-323/93 (Centre d'insémination de la Crespelle) Slg. 1994, I-5077 Rdnr. 18; 12.2.1998, Rs. C-163/96 (Raso) Slg. 1998, I-533 Rdnr. 27; 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov) Slg. 2000, I-6451 Rdnr. 127; 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 39; s. a. *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Art. 86 Rdnr. 27 mit weiteren Judikaturhinweisen.

rungsunternehmen durch ihre Tätigkeit am Markt für private Zusatzkrankenversicherungen unter Beweis, daß sie eine solche Tätigkeit ausüben können. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß ein funktionierender Markt für private Zusatzversicherungen existiert (2.4.).

Für das den Wettbewerb am Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung beeinträchtigende Anbieten dieser Versicherung durch die gesetzlichen Krankenkassen ist somit auch keine Ausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EGV anzuerkennen.

3.2. Conclusio

Eine europarechtswidrige Ausdehnung des Sozialversicherungsmonopols liegt nicht immer nur dann vor, wenn eine Versicherungstätigkeit, die von den privaten Krankenversicherungsunternehmen im Rahmen ihrer Tätigkeit auf dem Markt für die private Krankenversicherung ausgeübt werden könnte, den gesetzlichen Kassen vorbehalten wird.

Die gesetzlichen Kassen verfügen aufgrund ihres Sozialversicherungsmonopols über Mechanismen, die es ihnen ermöglichen, ihre Versicherten auch im Bereich der neuen Zusatzkrankenversicherung an sich zu binden, ohne sich in einem Leistungswettbewerb durchsetzen zu müssen. Damit verschaffen sie sich auf dem Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung einen deutlichen Wettbewerbsvorteil gegenüber den privaten Unternehmen. Hinzu kommt, daß die Verbände der gesetzlichen Krankenkassen mit den Verbänden der Anbieter von Gesundheitsleistungen Verträge abschließen und dadurch die Sachleistungserbringung für über 90 Prozent der Bevölkerung organisieren. Durch diese Leistungserbringungsaktivitäten als gesetzlicher Krankenversicherer genießen die Kassen auch bei der Leistungserbringung im Rahmen der neuen Zusatzkrankenversicherung Vorteile, die die privaten Krankenversicherungsunternehmen nicht haben. Die gesetzlichen Krankenkassen werden daher zu günstigeren Konditionen Sachleistungen erbringen können, als dies den privaten Krankenversicherungsunternehmen möglich ist. Dieser Umstand spielt zwar nicht bei der Leistung von Kranken-

geld, wohl aber bei der Leistung von Zahnersatz und von Krankenbehandlung im Falle von Unfällen, die nicht von der gesetzlichen Unfallversicherung erfaßt sind, eine Rolle.

Die aus dem Sozialversicherungsmonopol resultierenden Wettbewerbsvorteile der gesetzlichen Krankenkassen auf dem Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung haben zur Folge, daß auf diesem Markt keine Chancengleichheit zwischen den gesetzlichen Kassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen besteht. Der EuGH betont aber in ständiger Judikatur, daß ein System unverfälschten Wettbewerbs, wie es der EG-Vertrag vorsieht, nur gewährleistet werden kann, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist.²²⁸ Von Chancengleichheit kann aber dann keine Rede sein, wenn sich die gesetzlichen Kassen aufgrund ihres Sozialversicherungsmonopols auch auf dem benachbarten, aber getrennten Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung Wettbewerbsvorteile verschaffen können. Durch diese Wettbewerbsvorteile werden die privaten Krankenversicherungsunternehmen, die diese Tätigkeiten verrichten können, vom Markt für die neue Zusatzkrankenversicherung verdrängt. Konsequenz der Wettbewerbsvorteile der gesetzlichen Krankenkassen ist aber nicht nur die mangelnde Chancengleichheit der privaten Krankenversicherungsunternehmen und ihre daraus resultierende Marktverdrängung, sondern auch eine Einschränkung des Absatzes zum Schaden der Verbraucher i.S. des Art. 82 Abs. 2 Buchstabe b EGV.

Ermächtigt der Gesetzgeber die gesetzlichen Krankenkassen zum Anbieten der neuen Zusatzversicherung im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen, so wird dadurch infolge des den gesetzlichen Kassen zukommenden Sozialversicherungsmonopols eine Lage geschaffen, in der diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen bzw. könnte durch eine solche Maß-

228 EuGH 19.3.1991, Rs. C-202/88 (Frankreich/Kommission) Slg. 1991, I-1223 Rdnr. 51; 13.12.1991, Rs. C-18/88 (GB-Inno BM) Slg. 1991, I-5941 Rdnr. 18; 27.10.1993, Rs. C-46/90 und C-93/91 (Lagauche) Slg. 1993, I-5267 Rdnr. 44.

nahme eine Lage geschaffen werden, in der die Kassen einen solchen Mißbrauch begehen. Darin liegt aber ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 und 82 EGV.²²⁹

Ebensowenig wie sich für ein die Zusatzversicherung betreffendes Monopol der gesetzlichen Krankenkassen eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts gem. Art. 86 Abs. 2 EGV begründen läßt (2.4.), ist für das im Wettbewerb mit den Krankenversicherungsunternehmen erfolgende Tätigwerden der gesetzlichen Kassen auf dem Markt für die neue Zusatzversicherung eine solche Ausnahme anzuerkennen.

VI. Zusammenfassende Ergebnisse

1. Aus sozialpolitischer Sicht gilt es zu berücksichtigen, daß die gesetzliche Krankenversicherung durch die Übernahme des als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufenden Anbietens einer Zusatzkrankenversicherung Gefahr läuft, sich zu einem System zu entwickeln, das immer mehr wirtschaftliche Elemente aufweist und eine klare Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und sozialer Tätigkeit nicht mehr zuläßt. Zu bedenken ist weiters, daß dann, wenn sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, die neue Zusatzkrankenversicherung den gesetzlichen Kassen zuzuweisen, der Privatisierungseffekt konterkariert würde.
2. Den gesetzlichen Krankenkassen fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für das Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung. Ohne eine entsprechende Kompetenz liegt aber ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 SGB IV und § 260 SGB V vor.

229 S. EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser) Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 29; 18.6.1991, Rs. C-260/89 (ERT) Slg. 1991, I-2925 Rdnr. 37; 10.12.1991, Rs. C-179/90 (Merci convenzionali porto di Genova) Slg. 1991, I-5889 Rdnr. 17; 5.10.1994, Rs. C-323/93 (Centre d'insémination de la Crespelle) Slg. 1994, I-5077 Rdnr. 18; 12.2.1998, Rs. C-163/96 (Raso) Slg. 1998, I-533 Rdnr. 27; 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov) Slg. 2000, I-6451 Rdnr. 127; 25.10.2001, Rs. C-475/99 (Glöckner) Slg. 2001, I-8089 Rdnr. 39; s. a. *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Art. 86 Rdnr. 27 mit weiteren Judikaturhinweisen.

3. Aus der Konzeption der Sozialversicherung und den Aufgaben, die den Sozialversicherungsträgern zugewiesen sind, läßt sich ableiten, daß die Sozialversicherungsträger nur jene Tätigkeiten wahrnehmen sollen, die von den Grundsätzen der Solidarität und des sozialen Schutzes getragen sind und die nicht durch private Unternehmen wahrgenommen werden können. Diese Aufgabenbeschränkung beachtet, daß es der öffentlichen Hand verwehrt ist, über das sachlich Gebotene und verfassungsrechtlich Zulässige hinaus in den Bereich der Betätigung der privaten Krankenversicherungsunternehmen zu deren Nachteil einzugreifen.
4. Eine Beschränkung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung auf die gesetzlichen Krankenkassen bedeutet einen Verstoß gegen Art. 12 GG und Art. 3 Abs. 1 GG.
5. Ein Verstoß gegen Art. 12 GG ist auch dann zu bejahen, wenn die neue Zusatzkrankenversicherung von den gesetzlichen Krankenkassen im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen angeboten werden darf und die gesetzlichen Kassen dabei ihre aus dem Sozialversicherungsmonopol resultierenden Strukturvorteile einsetzen. Solange das Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung durch die gesetzlichen Krankenkassen nicht so ausgestaltet wird, daß die grundrechtlich relevanten Eingriffe durch Konkurrenz unterbleiben, stellt die Wahrnehmung dieser Aufgabe durch die privaten Krankenversicherungsunternehmen ein gleich wirksames, aber das Grundrecht auf Berufsfreiheit weniger einschränkendes Mittel als ein konkurrierendes Tätigwerden der gesetzlichen Krankenkassen dar. Dies gilt selbst dann, wenn die neue Zusatzkrankenversicherung auch an bestimmte soziale Rahmenbedingungen geknüpft wird.
6. Die Vorteile, die den gesetzlichen Krankenkassen zukommen, wenn sie in Konkurrenz zu den privaten Versicherungsunternehmen als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung auftreten, bedeuten aber auch einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die öffentlichen Unternehmen, deren Träger die

gesetzlichen Kassen sind, gegenüber den konkurrierenden privaten Krankenversicherungsunternehmen sachwidrig begünstigt werden.

7. Wenn die gesetzlichen Krankenkassen die neue Zusatzkrankenversicherung anbieten, ohne daß sie dazu gesetzlich ermächtigt sind, so verstoßen sie nicht nur gegen § 30 Abs. 1 SGB IV und § 260 SGB V, sondern auch gegen § 1 UWG. Verfügen die gesetzlichen Kassen über die Kompetenz zum Tätigwerden als Anbieter der neuen Zusatzkrankenversicherung, so handeln sie dann sittenwidrig i.S. des § 1 UWG, wenn sie von Machtmitteln, die ihnen die öffentlich-rechtliche Sonderstellung gibt, zur Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs mißbräuchlich Gebrauch machen. Dabei gilt es vor allem zu berücksichtigen, daß das Prinzip der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit eine möglichst schonende Behandlung bzw. ein Maximum an Rücksichtnahme auf bestehende und als solche intakte privatwirtschaftliche Aktivitäten fordert.
8. Ein Sozialversicherungsträger handelt nach Auffassung des EuGH dann wirtschaftlich, wenn er diese Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Versicherungsunternehmen ausübt bzw. ausüben könnte. Ausgehend von dieser Judikatur wird auch die neue Zusatzkrankenversicherung, die Leistungen abdecken soll, die aus der gesetzlichen Krankenversicherung ausgegliedert werden, als wirtschaftliche Tätigkeit i.S. des europäischen Wettbewerbsrechts zu qualifizieren sein. Die Bindung des Angebots der neuen Zusatzkrankenversicherung an bestimmte Elemente der Solidarität und des sozialen Schutzes steht der Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit ebensowenig entgegen wie das Tätigwerden der gesetzlichen Krankenkassen als öffentlich-rechtliche Körperschaften.
9. Wenn das Anbieten der neuen Zusatzkrankenversicherung den gesetzlichen Krankenkassen vorbehalten wird, so liegt ein verbotener Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung der gesetzlichen Krankenkassen und damit ein Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht vor. Da dieser Mißbrauch auf eine staatliche Maßnahme zu-

rückgeht, handelt es sich um einen Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EGV.

10. Ein Verstoß gegen das Mißbrauchsverbot des Art. 82 EGV liegt aber auch dann vor, wenn die Zusatzversicherung von den gesetzlichen Kassen im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen angeboten wird. Ermächtigt der Gesetzgeber die gesetzlichen Krankenkassen zum Anbieten der neuen Zusatzversicherung im Wettbewerb mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen, so wird dadurch infolge des den gesetzlichen Kassen zukommenden Sozialversicherungsmonopols und der daraus resultierenden Wettbewerbsvorteile eine Lage geschaffen, in der diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen bzw. könnte durch eine solche Maßnahme eine Lage geschaffen werden, in der die Kassen einen solchen Mißbrauch begehen. Darin liegt ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 und 82 EGV.

Literaturverzeichnis

- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang*, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München 2001
- Bellamy, Christopher W./Child, Graham D.*, Common Market Law of Competition, 4. Auflage, London 1997
- Benicke, Christoph*, Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts, EWS 1997, S. 373
- Dirksen, Dirk*, Kommentierung des Art. 82 EGV, in: Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band I, 9. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 2001
- Dolde, Klaus-Peter*, Mehr Wettbewerb durch kommunale Unternehmen?, ZHR 2002, S. 515
- Ebert, Thomas*, Rentenreform 2001: Sozialverträgliche Modernisierung?, Sozialer Fortschritt 2001, S. 182
- Ehlers, Dirk*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, S. 1087
- Ehlers, Dirk*, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag Berlin 2002 E 41
- Eichenhofer, Eberhard*, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit und das EG-Recht, NJW 1991, S. 2857
- Eilmansberger, Thomas*, Europarecht II. Das Recht des Binnenmarkts: Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht, Wien 2000
- Emmerich, Volker*, Wettbewerbsregeln. Kartellrecht: Art. 81 und 82 EGV, H.I. § 1, in: Dausen, Manfred A. (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, München Loseblatt-Slg.
- Giesen, Richard*, Die Vorgaben des EG-Vertrages für das Internationale Sozialrecht, Köln 1999
- Goyder, D. G.*, EC Competition Law, 3. Auflage, Oxford 1998

- Grill, Gerhard*, Kommentierung der Art. 81-86, in: Lenz, Carl Otto (Hrsg.), EG-Vertrag, 2. Auflage, Köln 1999
- Gubelt, Manfred*, Kommentierung des Art. 12, in: v. Münch, Ingo/Kunig, Philip, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 5. Auflage, München 2000
- Gusy, Christoph*, Die wirtschaftliche Betätigung des Staates, JA 1995, S. 166 und 253
- Hase, Friedhelm*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die staatliche Gewährleistung sozialer Sicherheit, Vortrag gehalten am 13. März 2003 im Rahmen der 9. Sozialrechtslehrertagung
- Haverkate, Görg/Huster, Stefan*, Europäisches Sozialrecht, Baden-Baden 1999
- Heun, Werner*, Kommentierung des Art. 3, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, Tübingen 1996
- Hochbaum, Ingfried F.*, Kommentierung des Art. 90 EGV, in: Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 2/II, 5. Auflage, Baden-Baden 1999
- Hollmann, Susanne/Schulz-Weidner, Wolfgang*, Der Einfluß der EG auf das Gesundheitswesen der Mitgliedstaaten, ZIAS 1998, S. 180
- Isensee, Josef*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 1968
- Isensee, Josef*, Sozialversicherungsfreiheit bei geringfügiger Beschäftigung, ZRP 1982, S. 137
- Jarass, Hans D.*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1997
- Jung, Christian*, Kommentierung der Art. 83-86 EGV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV, 2. Auflage, Neuwied, Kriftel 2002
- Jung, Christian*, Kommentierung des Art. 82 EGV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), Das Recht der europäischen Union, München Loseblatt-Slg.

- Karl, Beatrix*, Die Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts sowie der Freiheiten des Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf die Sachleistungssysteme am Beispiel der sozialversicherungsrechtlichen Krankenbehandlung in Österreich, Habilitationsschrift, Graz 2002, derzeit noch nicht veröffentlicht
- Karl, Beatrix*, Competition Law and Health Care Systems, in: McKee, Martin/Mossialos, Elias/Baeten, Rita (Hrsg.), The Impact of EU Law on Health Care Systems, Brüssel 2002, S. 161
- Klein, Hans H.*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart 1968
- Manssen, Gerrit*, Kommentierung des Art. 12, in: v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 4. Auflage, München 1999
- Marhold, Franz*, Europäisches Wettbewerbsrecht für öffentliche Unternehmen, in: Enzinger, Michael/Hügel, Hanns F./Dillenz, Walter (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts, FS Gerhard Frotz, Wien 1993, S. 645
- Marhold, Franz*, Das europäische Wirtschaftsrecht und die Gesundheitsleistungen – Auswirkungen, in: Palm, Willy (Hrsg.), Gesundheitsleistungen ohne Grenzen in der Europäischen Union?, Brüssel 1999, S. 48
- Marhold, Franz*, Auswirkungen des Europäischen Wirtschaftsrechts auf die Sozialversicherung, in: Theurl, Engelbert (Hrsg.), Der Sozialstaat an der Jahrtausendwende, Heidelberg 2001, S. 235
- Maydell, Bernd Baron von/Scholz, Rupert*, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungsträger, Berlin 1980
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht. Zur Bedeutung von Art. 90 EWGV, RabelsZ 1988, S. 526
- Michaelis, Klaus*, Die Auswirkungen der Reform der Alterssicherung auf die gesetzliche Rentenversicherung, ZVersWiss 2002, S. 513
- Mossialos, Elias/McKee, Martin/Palm, Willy/Karl, Beatrix/Marhold, Franz*, EU Law and the Social Character of Health Care, Brüssel 2002

Mossialos, Elias/McKee, Martin/Palm, Willy/Karl, Beatrix/Marhold, Franz, L'influence de legislation de l'ue sur la nature des systemes de soins de sante dans l'Union Europeenne, Revue belge de securite sociale 2002, S. 889

Nicolaysen, Gert, Europarecht II: Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, Baden-Baden 1996

Papier, Hans-Jürgen, Staatliche Monopole und Berufsfreiheit – dargestellt am Beispiel der Spielbanken, in: Burmeister, Joachim (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit, FS Klaus Stern, München 1997, S. 543

Pernice, Ingolf, Kommentierung des Art. 90, in: Grabitz, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, München Loseblatt-Slg.

Randelzhofer, Albrecht, Kommentierung des Art. 60, in: Grabitz, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, München Loseblatt-Slg.

Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht. Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, 6. Auflage, Heidelberg 1999

Ronellenfitsch, Michael, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, Heidelberg 1988, S. 1171

Roth, Wulf-Henning, Versicherungsmonopole und EWG-Vertrag, in: Baur, Jürgen/Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter (Hrsg.), FS Steindorff, Berlin, New York 1990, S. 1313

Ruland, Franz, Weniger Rente – mehr private Vorsorge? – Die geplante Rentenreform in Deutschland: Konzeption und Kritik, Sozialer Fortschritt 2000, S. 227

Sachs, Michael, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, S. 127

- Scholz, Rupert*, Zur Wettbewerbsgleichheit von gesetzlicher und privater Krankenversicherung, Köln 1991
- Scholz, Rupert*, Kommentierung des Art. 12, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band II, München Loseblatt.-Slg.
- Scholz, Rupert*, Wettbewerb zwischen Ersatzkassen und Privatversicherung, in: Scholz, Rupert/Isensee, Josef, Zur Krankenversicherung der Studenten, Köln 1973, S. 6
- Scholz, Rupert/Isensee, Josef*, Zur Krankenversicherung der Studenten, Köln 1973
- Schröter, Helmuth*, Kommentierung der Art. 85-87 EGV, in: Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band I/II, 5. Auflage, Baden-Baden 1999
- Schulin, Bertram/Igl, Gerhard*, Sozialrecht, 7. Auflage, Düsseldorf 2002
- Schulz-Weidner, Wolfgang*, Die Konsequenzen des europäischen Binnenmarktes für die deutsche Rentenversicherung, Deutsche Rentenversicherung 1997, S. 449
- Schulz-Weidner, Wolfgang/Felix, Ferdinand*, Die Konsequenzen der europäischen Wirtschaftsverfassung für die österreichische Sozialversicherung, SozSi 1997, S. 1120
- Starck, Christian*, Kommentierung des Art. 3, in: v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 4. Auflage, München 1999
- Stelzer, Dierk*, Die „personalen“ Anwendungsbereiche des deutschen und des europäischen primären Wettbewerbsrechts für die Krankenkassen in der GKV in „institutioneller“ und „funktionaler“ Hinsicht – dargestellt an den Rechtsverhältnissen der Krankenkassen untereinander, zu privaten Krankenversicherungen, zu den Versicherten, Vertragsärzten und den Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln im Kontext zum GWB und UWG sowie zu den Artikeln 81, 82, 86 EGV nF – ein Beitrag zum „funktionalen“ Unternehmensbegriff, Die Sozialversicherung 2000, S. 141 und 169
- Stober, Rolf*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 12. Auflage, Stuttgart 2000

Stockenhuber, Peter, Kommentierung des Art. 81 EGV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union - EUV/EGV, München Loseblatt-Slg.

Wagener, Andreas, Rentenrisiko und private Vorsorge: Anmerkungen zur Rentenreform 2001, Sozialer Fortschritt 2001, S. 188

Weiß, Wolfgang, Kommentierung der Art. 81 und 82 EGV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - EUV/EGV, 2. Auflage, Neuwied, Kriftel 2002

Whish, Richard, Competition Law, 4. Auflage, London 2001

Zacher, Hans F., Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst? Die Eigenbetriebe der Versicherungsträger und die gewerblichen und freien Berufe im Gesundheitswesen der Bundesrepublik Deutschland. Dargestellt am Beispiel der Versorgung mit Brillen, Heidelberg 1980

PKV-Dokumentation

Bisher erschienen

Prof. Dr. Rupert Scholz / Prof. Dr. Josef Isensee:

1/73 Zur Krankenversicherung der Studenten

Wettbewerb zwischen Ersatzkassen und Privatversicherung
Beitragsprivilegien der Studenten und Beitragsautonomie
der Ersatzkassen (*vergriffen*)

Dipl.-Volksw. Karl Brandecker:

2/74 Zur Reform des Krankenhauswesens

Das Interesse des Krankenhauses am Selbstzahler
bisher und in Zukunft (*vergriffen*)

Prof. Dr. Walter Leisner:

3/74 Zur Abgrenzung von gesetzlicher und privater Krankenversicherung

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung (*vergriffen*)

Prof. Dr. Wolfgang Gitter:

4/75 Zum Privatliquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte

Rechtsbeziehungen zwischen Arzt, Krankenhaus und Patient
(*vergriffen*)

Bundesrichter Dr. Helmut Heinze:

5/76 Zum Beitragszuschuß

Rechtliche Gestaltung und Problematik einer Sozialleistung für
Rentner an der Grenze zwischen gesetzlicher und privater
Krankenversicherung
(*vergriffen*)

PKV-Dokumentation

Prof. Dr. Josef Isensee:

**6/80 Privatautonomie der Individualversicherung
und soziale Selbstverwaltung**

Verfassungsrechtliche Legitimation und verwaltungsrechtliche
Folgerungen

Prof. Dr. Bernd von Maydell:

**7/82 Zur Kostenerstattung in der gesetzlichen
Krankenversicherung**

Eine Untersuchung über die rechtliche Zulässigkeit
unter besonderer Berücksichtigung des Ersatzkassenrechts

Dipl.-Volkswirt Thomas Ruf:

8/82 Zur Selbstbeteiligung der Versicherten

Eine Studie zu ihren Grenzen und Möglichkeiten

Hans Töns:

**9/83 Solidarität als Aufgabenbegrenzung
der gesetzlichen Krankenversicherung**

Eine Studie zum Vorschlag einer Gliederung der gesetzlichen
Krankenversicherung nach Grund(Kern-) und Zusatz- (weiteren)
Leistungen

Dr. Heinz Bach:

10/84 Gedanken zur privaten Krankenversicherung

Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:

**11/85 Zulassungsbeschränkungen für Ärzte
aus verfassungsrechtlicher Sicht**

PKV-Dokumentation

Hans Töns:

- 12/87** Teilkostenerstattung der Deutschen Angestellten-Krankenkasse für nichtversicherungspflichtige Mitglieder mit Anspruch auf Beihilfe
Eine versicherungsrechtliche Beurteilung

Heinrich Frommknecht:

- 13/90** Zur Reform des Krankenversicherungssystems
Prof. Dr. Rupert Scholz:

- 14/91** Zur Wettbewerbsgleichheit von gesetzlicher und privater Krankenversicherung
– Verfassungsprobleme im Zuge des innerdeutschen Einigungsvertrages –

Prof. Dr. J.-Matthias Graf v. d. Schulenburg:

- 15/92** Weiterentwicklung des gegliederten Krankenversicherungssystems durch eine Organisationsreform

Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier:

- 16/92** Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der PKV

Prof. Dr. jur. Heinrich Reiter:

- 17/93** Möglichkeiten zum Ausbau der sozialrechtlichen Qualitätskontrolle der gesetzlichen Krankenversicherung substituierendes privaten Krankenversicherungsschutzes im Hinblick auf die Liberalisierung des europäischen Versicherungsmarktes
Rechtsgutachtliche Stellungnahme

PKV-Dokumentation

Prof. Dr. Michael Arnold, Tübingen:

18/95 Zum Umgang mit Knappheit
in der medizinischen Versorgung
Ethische, medizinische und rechtliche Fragen der Rationierung

19/97 Zu den Altersbeiträgen der Privatversicherten
Gutachten der Unabhängigen Expertenkommission

20/97 Herausforderungen
Entwicklungslinien eines Versicherungszweiges
von den Anfängen bis zur Gegenwart

21/97 Die Zukunft der Krankenversicherung
Veranstaltung anlässlich des 50-jährigen Bestehens
des Verbandes der privaten Krankenversicherung

Dr. jur. Jan Boetius / Dr. oec. HSG Hans-Olaf Wiesemann:

22/98 Die Finanzierungsgrundlagen
in der Krankenversicherung
– Zur Grenzziehung zwischen GKV und PKV –

23/99 Perspektiven der PKV in Europa

Bernd Hof:

24/00 Auswirkungen und Konsequenzen der
demographischen Entwicklung
für die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung

PKV-Dokumentation

Prof. Dr. Rupert Scholz MdB, Prof. Dr. Ulrich Meyer,
Josef Beutelmann:

25/01 Zu den Wechseloptionen der PKV

Peter Greisler:

26/01 Reden zur Reformperiode
der privaten Krankenversicherung

Prof. Dr. Eberhard Wille / Christian Igel:

27/02 Zur Reform der Beitragsgestaltung, insbes. der
Pflichtversicherungsgrenze in der gesetzlichen
Krankenversicherung – eine empirische Analyse