INDRA SPIECKER GENANNT DÖHMANN

Gesundheitsleistungen: Individual- oder Gemeinschaftsgüter? – Institutionen zur Regulierung von Märkten jenseits der Netzwirtschaften –

Gesundheitsleistungen weisen eine Vielzahl von Besonderheiten auf, die das Gesundheitswesen für ein Marktversagen anfällig machen. Diese lassen sich besonderen Bedingungen des Markts für Gesundheitsleistungen, des Markts für Versicherungsleistungen sowie den Besonderheiten des Entscheidungsverhaltens zuordnen. Dies rechtfertigt eine staatliche Regulierung. Staatliche Regulierung bedeutet aber nicht zwangsläufig eine staatliche Produktion von Gesundheitsleistungen. Vielmehr hat gerade das Wirtschaftsregulierungsrecht gezeigt, dass es eine Vielzahl unterschiedlicher Instrumente mit jeweils verschiedenen Wirkungsbedingungen gibt. Im Gesundheitswesen kann der Rückgriff auf diese anderen Regulierungsmaterien angesichts fehlender Eigenstruktur-Leistungen hilfreich sein, um den notwendigen Institutionenvergleich durchzuführen. Andererseits aber hat auch die Gesundheitsregulierung reiche Erfahrung und reiche Erkenntnisse aus ihrer über 100-jährigen Tradition heraus für die anderen Regulierungsbereiche zu offerieren.

I. Einleitung†

Die Frage danach, ob Gesundheitsleistungen Individual- oder Gemeinschaftsgüter sind, beinhaltet eigentlich zwei Fragen, nämlich:

1. Gibt es einen und was ist der Unterschied zwischen Individual- und Gemeinschaftsgütern?

und:

2. Wenn es einen benennbaren Unterschied gibt, welche Konsequenzen hat dies für die Bereitstellung dieser Güter?

Die erste Frage beantwortet vor allem die Ökonomie, aus der die Unterscheidung vom Individual- und Gemeinschaftsgut stammt.[1] Aufbauend auf diesem Modell haben

† Dank gilt der Vereinigung für Rechtspolitik sowie Otto Depenheuer für die freundliche Einladung, sich diesem Thema zu nähern sowie den Teilnehmern der 49. Bitburger Gespräche in Berlin für die lebhafte Diskussion. Anregungen zu diesem Themenkomplex verdanke ich auch den Teilnehmern des wissenschaftlichen Netzwerks „Wettbewerb, Kooperation und Kontrolle als Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens", insb. Arndt Schmehl, Astrid Wallrabenstein, Stefan Rixen und Margarethe Schuler-Harms sowie Christoph Engel und Martin Hellwig.

[1] Dies entspricht der positiven Regulierungstheorie, die danach fragt, warum es in der politischen Wirklichkeit zu Regulierungen kommt.

aber auch die sonstigen Verhaltenswissenschaften einiges zu ergänzen. Der Jurist ist in dieser Frage eher nicht gefordert.

Die zweite Frage dagegen ist von der Verhaltens- wie der Rechtswissenschaft gleichermaßen zu beantworten. Denn mit dem Befund eines Gemeinschafts- oder Individualguts ist noch nicht geklärt, was daraus für die Bereitstellung dieser Güter folgt. Dahinter steht nämlich noch eine andere, die eigentlich gewichtige Frage, nämlich die nach dem Ob und Wie einer staatlichen Intervention, wenn ein Gemeinschaftsgut vorliegt. Die neoklassische Ökonomie würde sagen: Wenn Individualgut, dann Markt, dann staatsfrei. Weitaus weniger eindeutig fällt die Antwort aus, wenn man das Vorliegen von Gemeinschaftsgütern annimmt. Hier offeriert jedenfalls die Ökonomie mehrere Alternativkonzepte staatlicher Intervention, zwischen denen es zu wählen gilt.

Die Antwort auf diese zweite Frage ist daher zwangsläufig auch eine normativ zu beantwortende Frage, geht es doch letztlich um einen Institutionenvergleich. Spätestens hier kommt die Rechtswissenschaft ins Spiel. Ihre Normativität – im Gesundheitswesen zentral im verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzip verankert – verlangt unter Umständen eine andere Vorgehensweise als das Rationalitätskalkül der Ökonomie. Allerdings und immerhin kann die Ökonomie der Rechtswissenschaft eine Reihe von Alternativen und Bewertungskriterien vorstellen.[2] Denn: Die Ökonomie versucht sich an einem Institutionenvergleich, den die Rechtswissenschaft bisher kaum einmal wagt. Die Bestimmung des „mildesten Mittels" im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerät regelmäßig vage.[3] Nimmt man dies ernst, dann ist in der Frage nach dem Charakter von Gesundheitsleistungen als Individual- oder Gemeinschaftsgütern noch eine dritte Frage angesprochen, nämlich diejenige nach dem *angemessenen* Konzept staatlicher Intervention und damit nach den Strategien von Regulierung im Allgemeinen und im Besonderen im Gesundheitswesen.

Im Folgenden wird zunächst einmal die Frage nach der Eigenschaft von Gesundheitsleistungen als Individual- oder Gemeinschaftsgütern näher verfolgt (II.). Wie sich zeigen wird, ist dies aus verschiedenen Gründen nicht abschließend und nicht eindeutig zu beantworten, sondern bedarf einer differenzierenden Betrachtung für die vielen Güter, die unter dem Dach der Gesundheitsleistungen zusammengefasst sind. Danach erfolgt die Zuwendung an die Frage, welche Konsequenzen diese Erkenntnis für die private Bereitstellung von Gesundheitsgütern bis hin zu einer staatlichen Intervention oder sogar Übernahme der Bereitstellung durch den Staat bedeutet und wie eine solche staatliche Intervention prinzipiell aussehen kann (III.). Dies lässt sich angesichts der Vielfalt der Erkenntnisse nur exemplarisch zeigen. Man kann die These wagen, dass dieser Aspekt in der bisherigen Diskussion um die Regulierung des Gesundheitswesens nur geringe Beachtung erfährt. Abschließen werden einige Gedanken zur Regulierung des Gesundheitswesens. Allein das Schlagwort „Regulierung" legt eine Bezugnahme auf die Erfahrungen auf anderen regulierten Märkten nahe (IV.). Im

---

[2] Siehe umfassend zu normativen und positiven Ansätzen einer Regulierungstheorie nur *A. van Aaken*, „Rational Choice" in der Rechtswissenschaft, 2003.

[3] Dazu auch *I. Spiecker gen. Döhmann*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, i. E. 2008.

Gesundheitswesen ergeben sich aus dem Sozialstaatsprinzip weitergehende Forderungen für den Gewährleistungsstaat als auf dem Telekommunikations-, Post- oder Energiemarkt. Dennoch können die Erfahrungen aus 120-jähriger Regulierung des Gesundheitsmarkts für diese Bereiche ebenso fruchtbar gemacht werden, wie umgekehrt die Erprobung neuer Instrumente, Verfahren und organisationeller Instrumente in den Materien der Wirtschaftsregulierung wertvolle Anregungen für die Regulierung des Markts für Gesundheitsleistungen bieten kann.

II. Individual- oder Gemeinschaftsgüter?

1. Begriffsklärungen

Fragt man nach der Unterscheidung zwischen Individual- und Gemeinschaftsgütern, fragt man zunächst nach einer Definition beider Begrifflichkeiten (1.). Dies ist nicht so eindeutig, wie es auf den ersten Blick scheint. Und auch der Begriff der „Gesundheitsleistungen" bedarf der Klarifizierung (2.).

a) Individual- und Gemeinschaftsgüter

Die klassische ökonomische Abgrenzung zwischen Gemeinschafts- und Individualgütern sieht Gemeinschaftsgüter oder öffentliche Güter, sog. „common goods", unter zwei Bedingungen als gegeben an: Erstens, Fehlen von Rivalität im Konsum und zweitens, Fehlen der Ausschließlichkeit des Konsums. Ersteres, die fehlende Rivalität, liegt vor, wenn der Konsum eines Gutes durch einen Konsumenten den Konsum durch einen anderen nicht beschränkt oder beeinträchtigt. Die Informationen einer Zeitung sind durch die Lektüre für andere unvermindert wertvoll. Das Licht eines Leuchtturms strahlt nach der Sichtung durch ein Schiff für andere Schiffe nicht weniger hell. Zweiteres, das Fehlen der Ausschließlichkeit des Konsums, liegt dann vor, wenn es unmöglich ist, einen anderen vom Konsum auszuschließen. Luft oder Grundwasser können schon technisch nicht segmentiert und zugeordnet werden: Sie sind für alle da. Das Licht des Leuchtturms kann nicht nur für einzelne Schiffe leuchten.

Die Folge des Vorliegens von Gemeinschaftsgütern – insoweit sei ein Vorgriff auf meinen nächsten Punkt, die Konsequenzen, gestattet – besteht in Marktversagen. Das öffentliche, das Gemeinschaftsgut, wird regelmäßig nicht produziert, weil es auf Seiten der Nachfrager keine Bereitschaft gibt, für Güter zu zahlen, wenn und weil man sie auch kostenlos haben kann. Die Beobachtung von Trittbrettfahren ist daher ein Signal dafür, dass ein Gemeinschaftsgut vorliegt.

Aus dieser Folge, dem Marktversagen, lässt sich umgekehrt darauf schließen, dass Individualgüter oder private Güter dann vorliegen, wenn Rivalität im Konsum und Ausschließbarkeit gegeben sind. Folglich kommt es bei Individualgütern *idealerweise* nicht zu Marktversagen; die Bereitstellung solcher Güter erfolgt nach den Gesetzen

von Angebot und Nachfrage. Dahinter steht die Vorstellung der unsichtbaren Hand: Im freien Wettbewerb werden solche Güter am besten bereitgestellt.

Die Verwendung des Wörtchens „idealerweise" macht bereits deutlich, dass auch Individualgüter nicht frei davon sind, gelegentlich Marktversagen anheim zu fallen. Die unsichtbare Hand funktioniert dann gerade nicht mehr. Informationsasymmetrien über Qualität von Produkten sind ein Beispiel dafür, warum ein Markt für ein Gut nicht funktionieren kann. Fehlt es an überprüfbaren Informationen über die Güte eines Produkts, können die „faulen Eier" auf einem Markt nicht ex ante herausgefiltert werden. Der Markt bricht letztlich zusammen, weil Anbieter guter Qualität ihre Produkte zum gleich niedrigen Preis verkaufen müssen wie Anbieter minderer Qualität und so schließlich niemand mehr anbietet und niemand mehr kauft.

Aber auch auf Seiten der Gemeinschaftsgüter ist nicht alles so streng und so eindeutig, wie es auf den ersten Blick aussieht. Längst sind neben den Gütern, die beide Kriterien erfüllen, auch solche Güter als Gemeinschaftsgüter identifiziert, die nur eines der beiden Kriterien erfüllen. Differenzierungen sprechen dann von sog. „Klubgütern", wenn nur die Rivalität im Konsum fehlt oder von Allmendegütern, wenn nur die Exklusivität fehlt.[4] Auch hier ist signifikantes Marktversagen zu beobachten.

Die Unterscheidung zwischen Individual- und Gemeinschaftsgütern hat nur dann Gewicht, wenn sie an Konsequenzen anknüpft. Die folgenden Überlegungen basieren auf dieser Marktversagens-Hypothese. Wenn eine von Handlungsfreiheit konstitutiv geprägte Gesellschaftsordnung grundsätzlich darauf vertraut, dass der Wettbewerb für eine effiziente Allokation der Ressourcen sorgt, am ehesten Innovationen fördert, die Souveränität der Konsumenten verbürgt und damit zur Legitimation der Wirtschaftsordnung beiträgt, muss es starke Gründe dafür geben, dass der Wettbewerb durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird.[5] Fundamentales Marktversagen ruft nach einer solchen Intervention in den Markt – sei es, um die Produktion eines Guts durch den Staat selbst zu übernehmen oder sei es, um Rahmenbedingungen so auszugestalten, dass der Markt funktionieren und seine eigentliche Aufgabe übernehmen kann. Gründe für ein solches Marktversagen sind also für die Unterscheidung herauszuarbeiten, ob und inwieweit Gesundheitsleistungen eigentlich eher den Individualgütern oder den Gemeinschaftsgütern zuzuordnen sind und inwieweit ihr Vorliegen ein staatliches Eingreifen bis hin zu einer staatlichen Produktionsübernahme bedingt.[6]

b) Gesundheitsleistungen als Individual- oder Gemeinschaftsgüter

Klärungsbedürftig ist weiterhin noch der Begriff der „Gesundheitsleistungen" bzw. eines „Marktes für Gesundheit". „Gesundheit" als Gut ist ein schillernder Begriff mit vielfältigsten Spielarten. Im Folgenden meinen Gesundheitsleistungen solche Leistungen, die zur Wiederherstellung und Förderung eines bestimmten Gesundheitszustan-

---

[4] Umfassend *R. Cornes/T. Sandler*, The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods, 2. Aufl. 1996.

[5] *M. Krakowski*, Theoretische Grundlagen der Regulierung, in: *ders.* (Hrsg.), Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1998, S. 19, 25.

[6] Dies entspricht einer normativen Regulierungstheorie.

des oder zur Prävention von Krankheiten angeboten und nachgefragt werden.[7] Handelbare Güter sind also diese Leistungen, die einem Bedürfnis nach einem bestimmten Gesundheitszustand des Einzelnen dienen.[8]

2. Grenzen des Markts für Gesundheitsleistungen

Damit rückt in den Vordergrund die erste große Frage nach der Bestimmung von Gesundheitsleistungen als Individual- und Gemeinschaftsgütern, genauer also, nach den Grenzen der Funktionsfähigkeit des Markts für Gesundheitsleistungen.[9]

a) Gemeinschaftsgüter

Zunächst einmal lassen sich einige Gesundheitsleistungen ohne weiteres als Gemeinschaftsgüter im klassischen Sinne identifizieren. Dazu gehören etwa Umweltgesundheitsleistungen[10] oder Leistungen bei Infektionskrankheiten.[11] Unterschätzt ist die Bedeutung von Information mit Bezug zu Gesundheitsfragen als einem öffentlichen Gut.[12] Quersubventionierung kann bei freiwilligen Leistungen den Charakter eines öffentlichen Gutes annehmen.[13] Die individuelle Gesundheit ist Bestandteil des öffentlichen Guts der Volksgesundheit.[14] Und schließlich stellt Prävention, die in den letzten Jahren vermehrt in das allgemeine Bewusstsein gerückt ist,[15] zumeist auch ein öffentliches Gut dar.[16] Ganz besonders deutlich wird dies bei der Vorsorge vor Epidemien, insbesondere durch Impfungen[17] und hygienische Maßnahmen.

---

[7] Es geht gerade nicht um die Bereitstellung von „Gesundheit" als objektivierendem Maßstab.

[8] S. nur *P. Oberender/A. Hebborn/J. Zerth*, Wachstumsmarkt Gesundheit, 2. Auflage 2006, S. 14; *S. Folland/A. Goodman/M. Stano*, The Economics of Health and Health Care, 5. Auflage 2007, S. 121; *K. Arrow*, Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, The American Economic Review 53 (1963), S. 941.

[9] Siehe ausführlich bereits *I. Spiecker gen. Döhmann*, Zur Wettbewerbsfähigkeit der Gesundheitsgüter, in: *A. Schmehl/A. Wallrabenstein*, Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Band 1: Wettbewerb, 2005, S. 1 ff.

[10] Vgl. *S. Folland/A. Goodman/M. Stano*, The Economics of Health and Health Care, 5. Auflage 2007, S. 457.

[11] S. dazu *M. Timme*, Die juristische Bewältigung eines ökonomischen Netzwerkgutes, 2001, S. 19; *I. Spiecker gen. Döhmann/S. Kurzenhäuser*, Das rechtliche Darstellungsgebot: Zum Umgang mit Risikoinformation am Beispiel der Datenerhebung im Bundesinfektionsschutzgesetz (IfSG), in: *C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spiecker gen. Döhmann* (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2006, S. 133 ff.

[12] So auch *S. Folland/A. Goodman/M. Stano*, The Economics of Health and Health Care, 5. Auflage 2007, S. 449. Zur besonderen Problematik der Gewinnung und Darstellung solcher Informationen *I. Spiecker gen. Döhmann/S. Kurzenhäuser*, Das rechtliche Darstellungsgebot: Zum Umgang mit Risikoinformation am Beispiel der Datenerhebung im Bundesinfektionsschutzgesetz (IfSG), in: *C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spiecker gen. Döhmann* (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2006, S. 133 ff.

[13] *S. Folland/A. Goodman/M. Stano*, The Economics of Health and Health Care, 5. Auflage 2007, S. 449.

[14] *P. Oberender/A. Hebborn/J. Zerth*, Wachstumsmarkt Gesundheit, 2. Auflage 2006, S. 17.

[15] Siehe nur den (gescheiterten) Versuch der Gesundheitsreform von 2007, die Zuzahlungshöhe bei Medikamenten von der Inanspruchnahme präventiver Maßnahmen abhängig zu machen.

[16] *P. Oberender/A. Hebborn/J. Zerth*, Wachstumsmarkt Gesundheit, 2. Auflage 2006, S. 139.

[17] Dazu *I. Spiecker gen. Döhmann/S. Kurzenhäuser*, Das rechtliche Darstellungsgebot: Zum Umgang mit Risikoinformation am Beispiel der Datenerhebung im Bundesinfektionsschutzgesetz (IfSG), in: *C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spiecker gen. Döhmann* (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2006, S. 133 ff.; *M. Timme*, Die juristische Bewältigung eines ökonomischen Netzwerkgutes, 2001.

b) Ursachen von Marktversagen bei Individualgütern

Aber auch bei den Gütern, die nicht per se als Gemeinschaftsgut zu klassifizieren sind, gibt es eine Reihe von Umständen, die dazu führen können, dass ein erhebliches Marktversagen zu beobachten ist. Bei Individualgütern sieht die Ökonomie die Marktfähigkeit grundsätzlich als gegeben an. Marktversagen ist die Ausnahme. Gesundheitsleistungen weisen eine Vielzahl an Besonderheiten auf, die jeweils Ursache eines solchen Marktversagens sein können. Diese Ursachen lassen sich in drei Gruppen unterteilen: Besonderheiten des Markts für Gesundheitsleistungen (aa), Besonderheiten des Versicherungsmarkts (bb) und schließlich Besonderheiten des Verhaltens (cc). Die Implikationen, die sich daraus ergeben, können in diesem Rahmen nur kurz skizziert werden. Daher erfolgt eine Beschränkung auf einige, besonders schwer wiegende Faktoren von Marktversagen.

aa) Besonderheiten des Markts für Gesundheitsleistungen. Die ersten Faktoren ergeben sich aus den allgemeinen Grenzen des Marktes für Gesundheitsleistungen, und zwar Informationsasymmetrie und Unsicherheit (1), Uno-Acto-Prinzip und Kapitalguts-Charakter (2), Optionsguts-Charakter (3) sowie dem Problem der angebotsinduzierten Nachfrage (4).

(1) Informationsasymmetrien und Unsicherheit. Für das Gesundheitswesen bestimmend ist die Unsicherheit über das konkrete Erkrankungs- und Heilungsrisiko. Dieses Nicht-Wissen wirkt sich auf alle Beteiligten im Gesundheitswesen aus. Die Hauptrechtfertigung der gesetzlichen Krankenversicherung liegt in der Unberechenbarkeit des individuellen Gesundheitsrisikos und der damit einhergehenden potentiellen Belastung für den Einzelnen. Das fehlende Wissen kann objektiv fehlendes Wissen sein – etwa die Entstehung einer Krebsart –; häufig ist aber auch das Auftreten von Informationsasymmetrien, etwa über die Qualität von Leistungserbringern.[18] Die daraus resultierenden Erscheinungen sind im Gesundheitswesen nicht prinzipiell verschieden von anderen Märkten. Allerdings treten auf dem Markt für Gesundheitsleistungen objektive und subjektive Unsicherheit in einer Vielzahl von Arten und zudem in besonders vielen, voneinander abhängigen Beziehungen auf.[19] Jeder Versuch einer staatlichen oder gesellschaftlichen Steuerung muss diese Unsicherheiten in Rechnung stellen und ist seinerseits mit eigenständiger Unsicherheit belegt.

In der Beziehung zwischen Patient und Leistungserbringer zeigt sich das Nicht-Wissen vor allem als naturwissenschaftlich-technische Unsicherheit in Diagnose, Prognose und Therapie. Der Patient weiß nicht, auf welche Krankheit die von ihm registrierten Symptome verweisen. Und auch Wert und Qualität des Angebots an

---

[18] *G. Picone/M. Uribe/R. Wilson*, The effect of uncertainty on the demand for medical care, health capital and wealth, Journal of Health Economics 17 (1998), 171, 172, befinden Unsicherheit im Gesundheitswesen für (zu) wenig untersucht.

[19] Zu den einzelnen Arten von Unsicherheit ausführlich *I. Spiecker gen. Döhmann*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, in: *J. Lege* (Hrsg.), Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich – was kann und was sollte das Recht regeln?, 2001, S. 51, 59 ff., sowie *dies.*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, i. E. 2008.

Gesundheitsleistungen und an Leistungserbringern kennt er regelmäßig nicht.[20] Der Preis ist auf einem kaum wettbewerblich strukturierten Markt ein geringer Indikator für Qualität, nicht zuletzt deshalb, weil der Patient die Leistungsabrechnung, selbst wenn sie vorgelegt wird,[21] nicht umfassend kontrollieren kann. Und schließlich wirkt sich ein Fehlverständnis bezüglich der Qualität technischer Leistungen aus: Es gilt nach wie vor die Vorstellung von „je teurer – je besser" und „je spezifischer – je besser".[22] Da der Patient zudem auf die Mithilfe des Leistungserbringers angewiesen ist, treten sozialwissenschaftliche Unsicherheit sowie die Unsicherheit über das Handeln anderer hinzu.[23] Leistungserbringer und Patient stehen in einem Prinzipal-Agenten-Verhältnis mit allen daraus erwachsenden Schwierigkeiten zueinander.[24] Eine Stichprobe zur Erforschung der Qualität ist regelmäßig nicht möglich, weil Produktion und Produkt zusammenfallen.[25]

Und auch der Leistungserbringer befindet sich über die Qualität und Besonderheiten der physischen, psychischen und sozialen Konstitution seines Patienten weitgehend in Unkenntnis. Es wirken gleichfalls *und* gleichzeitig sozialwissenschaftliche, naturwissenschaftlich-technische Unsicherheit und Unsicherheit über das Handeln eines anderen. Zudem kennt der Leistungserbringer nur einen kleinen Ausschnitt aller möglichen Diagnosen, Therapien und Wirkungsansätze.[26] Aber auch Leistungserbringer ohne unmittelbaren Kontakt mit dem Patienten als Endverbraucher sind in hohem Maße Unsicherheit ausgesetzt. Hier regiert vor allem naturwissenschaftlich-technische Unsicherheit. Exemplarisch kann man dies am Arzneimittelmarkt aufzeigen: Das Arzneimittelrecht verlangt ein hohes Maß an Prognosedichte und Erfahrungswissen. Die individuell-konkreten Charakteristika eines Arzneimittels sind vielfach unbekannt und können nur durch einen breiten Einsatz in der Praxis über lange Zeiträume ermit-

---

[20] Derartige unauflösbare Informationsasymmetrie findet sich häufig, etwa im Verhältnis zu Rechtsanwälten. Hier allerdings wirken sich geringeres Maß und deutlich geringere Anzahl an Arten von Unsicherheit aus. Zudem kann der Richter als unabhängige Instanz zumindest auch die Qualitäten eines Informationsmediärs annehmen.

[21] Nach § 305 SGB V ist dies nunmehr ohne weiteres möglich.

[22] Dies kritisieren auch *P. Oberender/A. Hebborn/J. Zerth*, Wachstumsmarkt Gesundheit, 2. Auflage 2006, S. 55.

[23] Es handelt sich um ein Erfahrungsgut, bei dem durch wiederholten Gebrauch Kenntnis erlangt werden kann. Vgl. *M. Pauly*, Is Medical Care Different? Old Questions, New Answers, Journal of Health Politics, Policy and Law 13 (1988), S. 227, wie verschiedene Erfahrungs- und Reputationsgüter die Qualitätsbestimmung des Leistungserbringers im Gesundheitsweisen beeinflussen.

[24] Ökonomisch ist das Verhältnis zwischen Patient und Leistungserbringer ein Prinzipal-Agenten-Problem mit einem zwischengeschalteten weiteren Agenten. Da aber Agenten und Prinzipale jeweils ihre eigenen Interessen verfolgen, die nicht zwingend deckungsgleich sind, ist die Kontrolle des zweiten Agenten durch den zwischengeschalteten Agenten nicht notwendigerweise erfolgreich. Eine umfassende Darstellung des Problems ist hier leider nicht möglich. Vgl. dazu u. a. *K. Arrow*, Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, The American Economic Review 53 (1963), S. 941; zur Einschätzung von Patienten über ihren Arzt siehe *C. Luthy/C. Cedraschi/E. Perrin/A.-F. Allaz*, How do Patients define "good" and "bad" doctors, Swiss Medical Weekly 135 (2005), S. 82.

[25] So schon *K. Arrow*, Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, The American Economic Review 53 (1963), S. 941, 949.

[26] Dem soll das Facharzt-System abhelfen. Aber selbst ein Facharzt kennt nicht alle möglichen Diagnostiken und Therapien. Eine ökonomische Analyse solcher komplementärmedizinischen Leistungen in der Schweiz bieten *J. H. Sommer/M. Bürgi/R. Theiss*, Komplementärmedizin in der Krankenversicherung, 1998.

telt werden. Dies geschieht ohne systematische Beobachtung, so dass die Arzneimittelhersteller und damit letztlich auch die sonstigen Leistungserbringer auf positive wie negative Zufallsbefunde angewiesen sind. In der Forschung ist die Unsicherheit noch größer: Über Wirkungszusammenhänge und Erfolgschancen einzelner Wirkstoffe kann nur selten eine verbindliche Aussage im Labor getroffen werden.[27] Dies wirkt sich schließlich auch auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Versicherten aus: Für die Krankenkassen sind die Möglichkeiten technischer Entwicklungen und ihre Kosten oft nicht abschätzbar. Über- wie Unterschätzung ist daher ein häufiges Phänomen.

Für Krankenhäuser und sekundäre Leistungserbringer, die weitgehend auf die Zusammenarbeit mit anderen angewiesen sind,[28] ist dagegen eher eine Unsicherheit über das Handeln anderer sowie sozialwissenschaftliche Unsicherheit bestimmend. Aber auch technische Neuerungen, Spezialisierungen, rechtliche Vorgaben für Personal und Organisation, Entwicklung des Arbeitsmarkts und alternative Einnahmequellen stellen sie vor Unsicherheit.

Schließlich ist insbesondere der Staat Unsicherheit ausgesetzt, sobald er auf den Gesundheitsmarkt einwirkt.[29] Staatliche Steuerung[30] muss sowohl die eigene Unsicherheit als auch die Unsicherheit der Regelungsadressaten berücksichtigen.[31] Ein hohes Maß an sozialwissenschaftlicher und personenbezogener Unsicherheit rührt aus dem Beziehungsgeflecht der Beteiligten her. Ihre Kreativität in den Anpassungsreaktionen auf Verhaltensänderungen ist für den Staat nicht vorhersehbar. Aber auch naturwissenschaftlich-technische Unsicherheit trifft den Staat, wenn man die Entwicklungen der Medizin- und Gesundheitstechnik in Demoskopie und Morbidität berücksichtigt. Wenn aber, wie für 2009 vorgesehen, der Staat eine Prognose über den Gesamtbedarf an Gesundheitsleistungen trifft, schlägt die staatliche Unsicherheit auf alle Beteiligten durch. Nicht zu vernachlässigen ist schließlich die sozialwissenschaftliche Unsicherheit, etwa über die Entwicklung von Werten: Solange es ein öffentliches Gesundheitssystem gibt, ist die Bestimmung des Leistungsumfangs in hohem Maße von einem gesellschaftlichen Konsens abhängig.[32]

---

[27] Dies macht die Entwicklung neuer Medikamente so kostspielig. U. a. führt dies dazu, dass vor allem Forschung für sog. „Blockbuster" mit hohem Verbreitungspotential und für chronische Krankheiten betrieben wird, dagegen die Forschung an wenig verbreiteten und vermutlich kostengünstig zu heilenden Krankheiten nicht vorangetrieben wird.

[28] Dies wird noch verstärkt, setzt sich die elektronische Patientenakte durch.

[29] Nicht erst die gezielte Regulierung macht die Unsicherheit deutlich. Mit der Regulierung ist bereits eine erste Handlungsalternative gewählt und eine andere, nämlich das Nicht-Einschreiten, abgelehnt.

[30] *K.-D. Henke,* Finanzierung und Vergütung in der zukünftigen Krankenversorgung und Gesundheitsförderung, in: *H. Hesse/J.-M. Graf v. d. Schulenburg*, Knappheit der Gesundheit aus Knappheit der Mittel im Gesundheitswesen, 2004, S. 35, 39 f., verweist zu Recht darauf, dass eine Vielzahl gesellschaftlicher Kräfte das Gesundheitswesen steuert.

[31] Dies kann ein Argument dafür sein, den Regelungsgegenstand in besonderer Weise dem Markt mit seinen kreativen Kräften zu überlassen. Die folgende Benachteiligung bestimmter gesellschaftlicher Gruppen darf der Staat aber aus normativen Gründen nicht zulassen.

[32] Die Einschaltung des GBA kann insofern als ein Versuch gewertet werden, brisante Entscheidungen dem Fokus legislativer Entscheidung und damit hoher Öffentlichkeitswirksamkeit zu entziehen.

Wie ließe sich eine solche Einschränkung überwinden? Informationsasymmetrie und Unsicherheit können insbesondere durch Maßnahmen der Informationsgewinnung bewältigt werden. Eine Vielzahl an Mechanismen steht bereit, fehlendes Wissen zu erwerben oder zu substituieren. Viele davon werden bereits jetzt eingesetzt, so etwa die Substitution von individueller Informationsgewinnung durch generalisierte Standards. Die Zulassung von Leistungserbringern durch die gesetzliche Krankenversicherung soll beispielsweise einen Minimalstandard gewährleisten, der den Patienten einer individualisierten Qualitätskontrolle und damit umfangreicher Informationsgewinnung im Vorfeld enthebt. Kriterien der Facharztausbildung erleichtern das Auffinden besonderer Leistungserbringer. Die jüngst signifikant heraufgesetzte Pflicht zur Fortbildung nach § 95d SGB V erlaubt dem Patienten, sich auf kontinuierliche Maßnahmen des Leistungserbringers zur Anpassung seines Wissensstands an die dynamische Entwicklung zu verlassen.[33] Materiell-rechtliche Regelungen bewirken einen weiteren Informationsfluss, etwa durch Aufklärungsgebote, die mit haftungsrechtlichen Sanktionen unterlegt sind. Damit verlässt sich das öffentliche Gesundheitswesen hier sogar auf eine effektive Selbstkontrolle der Leistungserbringer.

Wenn schon die Information nicht direkt gewonnen werden oder glaubhaft übermittelt werden kann, greifen auch im Gesundheitswesen indirekte Maßnahmen. So soll die Einrichtung medizinischer Versorgungszentren[34] auch ein Signal an den Patienten bezüglich der Qualität der Gesundheitsleistungen abgeben: Wer andere zur dauerhaften Zusammenarbeit gewinnen kann, leistet qualitativ gute Arbeit.[35] Aber dieses Instrument zeigt gleichzeitig die Uneindeutigkeit und damit die fortbestehende, sogar gesteigerte Unsicherheit auf: Die Einbindung eines Leistungsträgers in ein medizinisches Versorgungszentrum kann nämlich auch andere Ursachen haben, z. B. geschickte Abrechnungsmodi, hohes Effizienzstreben oder ein hoher Anteil an Privatpatienten. Da medizinische Versorgungszentren neu sind und mit hohen Subventionen gefördert wurden, ist der Zusammenschluss darüber hinaus auch ein Signal für die Informiertheit über das Kassenrecht sowie die personelle Innovationsbereitschaft. Diese Charakteristika sind für den Patienten nicht unbedingt ein Kriterium für gute Qualität der erbrachten Gesundheitsleistung.

Das aktuelle Gesundheitssystem versucht außerdem, Entscheidungen unter Unsicherheit für alle Beteiligten gar nicht erst entstehen zu lassen oder jedenfalls zu begrenzen. Alternativen werden gänzlich abgeschnitten oder fehlendes Wissen ausgeblendet. Dies gilt beispielsweise für den Einsatz von Heilmitteln: Die Entscheidung der Krankenkasse über deren Erstattungsfähigkeit nimmt dem Leistungserbringer die Entscheidung über die Wirksamkeit ab. Abrechnungsregeln und Standardleistungen

---

[33] Vgl. insoweit auch die Begründung zum GKV-Modernisierungsgesetz, BT-Drucks. 15/1525, S. 109 f., die auf diese Problematik verweist.

[34] Siehe dazu etwa *F. Schnapp*, Konkurrenzschutz für niedergelassene Ärzte gegen medizinische Versorgungszentren, NZS 2004, 449; *U. Künnemann*, Medizinische Versorgungszentren: Rechtliche Rahmenbedingungen, Dt. Ärzteblatt 101 (2004), S. A 1151; *A. Fiedler/T. Weber*, Medizinische Versorgungszentren, NZS 2004, 358.

[35] S. *U. Künnemann*, Medizinische Versorgungszentren: Rechtliche Rahmenbedingungen, Deutsches Ärzteblatt 101 (2004), S. A 1151, 1153.

hindern individuelle Preiskalkulationen und damit unterschiedliche Leistungsüberprüfungen.

Auch auf der Ebene der Bewertung von Gesundheitsleistungen und Versicherern wird mit einer konstruierten Sicherheit Unsicherheit aufgehoben: Zwangsversicherungen mit festen Prämien und einheitlicher Berechnungsgrundlage verhindern die Berücksichtigung unterschiedlicher Zahlungsbereitschaften[36] und nehmen Patienten die Bewertung von gegenwärtigem und zukünftigem Bedarf einschließlich der Ermittlung der eigenen Risikogruppe ab.

(2) Uno-Acto-Prinzip und Kapitalguts-Charakter. Unsicherheit macht nur eine – und keine gesundheitstypische – Einschränkung der Marktfähigkeit von Gesundheitsleistungen aus. Immerhin hat das Gesundheitswesen eine Reihe von besonderen Instrumenten zur Reduktion von Unsicherheit entwickelt. Ein besonderes Problem der Gesundheitsgüter ist dagegen das sog. Uno-Acto-Prinzip: Gesundheitsgüter sind gleichzeitig Produktions- und Konsumgut. Die Konsumenten von Gesundheitsleistungen sind gleichzeitig auch die Produzenten ihres Gesundheitszustandes, denn ihr eigenes Verhalten trägt nachdrücklich zu ihrem Gesundheitszustand und damit zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen bei.[37] Darin spiegelt sich eine weitere Eigenschaft von Gesundheitsleistungen wider: Ihre Wirkung ist oftmals langlebiger Natur, vergleichbar einem Kapitalgut wie etwa Bildung.[38] Investitionen zahlen sich oftmals nicht unmittelbar, sondern zeitlich verschoben aus. Für eine Regulierung des Marktes spielt diese doppelte Eigenschaft eine zentrale Rolle: Konsum- und Investitionsgüter werden unterschiedlich nachgefragt und bereitgestellt.

(3) Optionsguts-Charakter. Besonders an vielen Gesundheitsleistungen ist auch ihre Eigenschaft als Optionsgut.[39] Sie sind für den Nachfrager nämlich bereits in ihrer Vorhaltung wertvoll, weil Nachfrage und Erfüllung in einem ungewöhnlich engen zeitlichen Zusammenhang zueinander stehen, die Nachfrage aber weder für den Konsumenten noch für den Leistungserbringer vorhersehbar ist: Wer durch einen Notfall oder eine Krebserkrankung eine stationäre Behandlung benötigt, muss und will sofort ein Krankenhausbett und ärztliche Leistungen erhalten. Der Grippepatient muss jetzt behandelt werden und nicht in drei Wochen.

Um dem Bedürfnis des Konsumenten gerecht zu werden, muss das Gut vom Produzenten also beständig vorgehalten werden. Diese Bereithaltung erfolgt seitens des Leistungserbringers allerdings nur, wenn er dafür ein Entgelt erhält. Optionsgüter sind daher für den Einzelnen in ihrer Bereitstellung prohibitiv teuer; nur in der Koppelung für mehrere potentielle Nachfrager können sie bereitgestellt werden. Proble-

---

[36] *P. Oberender/A. Hebborn/J. Zerth*, Wachstumsmarkt Gesundheit, 2. Auflage 2006, S. 139.

[37] *S. Folland/A. Goodman/M. Stano*, The Economics of Health and Health Care, 5. Auflage 2007, S. 121. Vgl. auch *F. Nullmeier*, Vermarktlichung des Sozialstaats, WSI Mitteilungen 2004, S. 499, und *F. Breyer/P. Zweifel/M. Kifmann*, Gesundheitsökonomik, 5. Auflage 2005, S. 73 ff.

[38] *S. Folland/A. Goodman/M. Stano*, The Economics of Health and Health Care, 5. Auflage 2007, S. 121; *F. Breyer/P. Zweifel/M. Kifmann*, Gesundheitsökonomik, 5. Auflage 2005, S. 74 f.

[39] Dazu *F. Breyer/P. Zweifel/M. Kifmann*, Gesundheitsökonomik, 5. Auflage 2005, S. 178 f. Schon *K. Arrow*, Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, The American Economic Review 53 (1963), S. 941, 948, verweist darauf, dass diese Eigenschaft bei anderen Gütern nicht in dieser Dringlichkeit gegeben ist.

matisch ist allerdings, dass die Bereitstellung aus rechtlichen und ethischen Gründen die Charakterzüge eines öffentlichen Guts trägt.[40] Denn die Abweisung eines unversicherten Notfallpatienten mit der Begründung, er habe keinen Beitrag zur Bereithaltung der Notfallausstattung geleistet, ist aus straf- und haftungsrechtlichen Gründen nicht möglich.

(4) Angebotsinduzierte Nachfrage. Besondere Beachtung verdient schließlich auch die so genannte angebotsinduzierte Nachfrage nach Gesundheitsleistungen. Grundsätzlich hat eine Steigerung der Anzahl der Anbieter eine positive Wirkung für die Nachfrager: Der Wettbewerb nimmt zu, die Qualität wird gesteigert, Innovation gefördert, Preise gesenkt. Dies gilt aber nur bei stabiler Nachfrage, also wenn die größere Zahl der Angebote auf eine unverändert große Nachfrage trifft. Die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen kann indes durch die Anbieter gesteigert werden, so dass die Anzahl der Leistungsanbieter auch zu einer Steigerung der Gesundheitsausgaben führt.[41] Konsum und Produktion nehmen zu, ohne dass dadurch die positiven Wettbewerbseffekte einträten. Gesundheitsleistungen nehmen dann einen immer größeren Anteil am Budget ein. Angebot und Nachfrage münden daher nicht in ein ökonomisches Gleichgewicht.

Angebotsinduzierte Nachfrage verhindert auch auf dem Markt technischer Entwicklungen von Gesundheitsleistungen Anreize, kostensenkende Innovationen bereitzustellen. Insbesondere sparsame Prozessinnovationen und Alternativprodukte werden nicht näher erforscht. Stattdessen werden technische Fortschritte zur Ergänzung und Erweiterung des medizinischen Standards angeboten, sog. „Add-On-Technologien". Neues Wissen unterliegt hier keinem Kosten-Nutzen-Kalkül.

Durch künstliche Stabilisierung kann angebotsinduzierte Nachfrage gemildert werden. Der gesundheitsrechtliche Weg liegt vor allem in Zulassungsbeschränkungen beim Leistungserbringer[42] oder in Programmen wie „managed care", wo Leistungserbringer fest angestellt werden oder feste Leistungssätze unabhängig von der konkret erbrachten Leistung erhalten.[43] In die gleiche Richtung zielen auch die Reduktion von Krankenhausbetten, Liegezeiten und Fallgrenzen, die mit den jüngst eingeführten sog. Diagnosis Related Groups (DRGs)[44] verstärkt worden sind. Auch ambulante Fallpauschalen und die Budgetierung der Ausgaben der einzelnen Leistungserbringer mit

---

[40] *F. Breyer/P. Zweifel/M. Kifmann*, Gesundheitsökonomik, 5. Auflage 2005, S. 172.

[41] *F. Breyer*, Anbieterinduzierte Nachfrage nach ärztlichen Leistungen und die Zieleinkommens-Hypothese, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 199 (1984), S. 415, 416 ff.; *P. Oberender/A. Hebborn/J. Zerth*, Wachstumsmarkt Gesundheit, 2. Auflage 2006, S. 53 f. und S. 121 f.

[42] Dazu z. B. aus rechtswissenschaftlicher Sicht *J. Isensee*, Rationierung von Gesundheitsleistungen – Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 2004, S. 651 ff.

[43] Im amerikanischen Krankenversicherungsrecht ist das ein übliches, wenn auch zunehmend kritisch wahrgenommenes Vorgehen, siehe z. B. *D. Orentlicher*, The Rise and Fall of Managed Care: A Predictable ‚Tragic Choices' Phenomenon, St. Louis U.L.J. 47 (2003), S. 411; *R. Robinson/A. Steiner*, Managed Health Care: US Evidence and Lessons for the NHS, 1998; *K. Walshe*, Regulating Healthcare, 2003, S. 77 ff.

[44] Die DRGs folgen in ihrer Konzeption ökonomischen Empfehlungen zur Deckelung, z. B. *J. Flintrop*, Auswirkungen der DRG-Einführung – Die ökonomische Logik wird zum Maß der Dinge, Deutsches Ärzteblatt 46 (2006), S. A 3084.

einer Deckelung des Gesamtbetrags sollen entgegenwirken.[45] Zur Gewinnmaximierung wählt der Leistungsanbieter unter diesen Bedingungen möglichst eine günstige Leistungserbringung. Zwar kommen die Gewinne, die dadurch erwirtschaftet werden, zunächst nicht dem Nachfrager bzw. seiner Versicherung durch einen günstigeren Preis zugute, sondern lediglich dem Leistungserbringer. Wird ein günstigerer Weg häufig praktiziert,[46] wird in der Folge die Fallpauschale gesenkt und der Gewinn fließt in das allgemeine System ein. Damit wird allerdings lokalem Bedarf nicht immer Genüge getan, so dass dort eine Unterversorgung entstehen kann.[47] Zudem kann sich das Mengenproblem bemerkbar machen: Die Einwirkungsmöglichkeiten des Einzelnen auf das Gesamtsystem sind so gering, dass sie als nicht existent bewertet werden.[48] Hier findet sich dann ein weiterer Grund für ein Marktversagen.

bb) Besonderheiten von Versicherungsmärkten. Nur am Rande können hier die Besonderheiten von Versicherungsmärkten thematisiert werden, die im Gesundheitsbereich eine traditionell große Rolle spielen. Denn Verlust und Beeinträchtigung von Gesundheit werden als existentielles Risiko erfahren. Versicherung soll die Verwirklichung dieser Risiken in ihren Folgen abmildern. In der Folge treten typische Versicherungsprobleme auf, insb. Adverse Selektion und Moral Hazard. Adverse Selektion beschreibt das Problem, dass sich vor allem diejenigen versichern wollen, die ein hohes Risiko des Eintritts mitbringen, so dass die Risikostreuung scheitert. Moral Hazard meint das Problem mangelnder Eigenvorsorge bei vollständiger Übernahme eines Schadens durch eine Versicherung. Auf beide Probleme wird hier nicht näher eingegangen, da sie kein spezifisches Problem von Gesundheitsleistungen darstellen und vielfach bekannt sind. Festzuhalten ist aber, dass auch diese Effekte einen funktionierenden Markt erheblich beeinträchtigen können und dies für den Gesundheitsmarkt auch tun.

cc) Besonderheiten im Verhalten. Die bisherigen Erläuterungen haben sich am ökonomischen Verhaltensmodell orientiert, an einem seinen persönlichen Nutzen maximierenden Homo Oeconomicus. Selbst die Existenz eines solchen Homo Oeconomicus schützte also vor Marktversagen nicht. Diese Einsicht verschärft sich noch, wenn man Erkenntnisse darüber heranzieht, wie Menschen tatsächlich entscheiden. Die Verhaltenswissenschaften zeigen in einer Reihe von Effekten, dass Menschen sich nicht immer so verhalten, wie es die ökonomische Rationalität erwarten ließe.[49] Diese

---

[45] Vgl. dazu *P. Oberender/A. Hebborn/J. Zerth*, Wachstumsmarkt Gesundheit, 2. Auflage 2006, S. 123.

[46] Wegen der großen Zahl der Leistungsanbieter können solche Innovationen den Krankenkassen nicht durch ein Schweigekartell vorenthalten werden. Wegen des Sachleistungsprinzips haben die Anbieter zudem ein eigenes Interesse, die Versicherung in Kenntnis zu setzen.

[47] *D. Price/A. M. Pollock/J. Shaoul*, How the World Trade Organisation is shaping domestic policies in health care, The Lancet 354 (1999), S. 1889, 1892.

[48] Dies fördert Trittbrettfahren: Einsparmöglichkeiten werden nicht genutzt, weil ihre Auswirkungen als irrelevant abgetan werden, vgl. *P. Oberender/A. Hebborn/J. Zerth*, Wachstumsmarkt Gesundheit, 2. Auflage 2006, S. 54.

[49] Siehe aus der vielfältigen Literatur nur die Konzepte der Prospect Theorie, etwa *D. Kahneman/P. Slovic/A. Tversky* (Hrsg.), Judgment under uncertainty: Heuristics and biases, 1982, und des Heuristiken-Ansatzes von *G. Gigerenzer/P. Todd/ABC-Group*, Simple Heuristics that make us smart, 1999.

Effekte führen zu systematischen Verzerrungen, die das Funktionieren des Markts zusätzlich beeinträchtigen. Diese in den Verhaltenswissenschaften diskutierten Effekte, die in der Ökonomie den Zweig der „Behavioral Economics" geprägt haben, sind z. T. gerade im weiten Bereich des Gesundheitswesens untersucht worden.

Davon zu unterscheiden ist die gelegentlich geäußerte Einschätzung, Gesundheit sei für den Menschen ein so besonderes und existentielles Gut, dass es ökonomischen Anreizen schlechterdings nicht unterfalle. Gesundheitsentscheidungen würden ohne Rücksicht auf finanzielle Erwägungen und ökonomische Handlungsprinzipien getroffen. Man kann darin die ganz grundsätzliche Kritik am ökonomischen Rationalmodell sehen, dass es Güter gibt, die einer bedürfnisorientierten Ordnung nicht zugänglich sind und dass Gesundheitsgüter dazu gehörten. Aber auch ohne der ökonomischen Zugehensweise gänzlich Bedeutung absprechen zu wollen, wird das Argument gelegentlich vorgebracht. Es hat in Bezug auf manche Gesundheitsleistungen auch durchaus seine Berechtigung, etwa bei lebensbedrohlichen Notfällen oder akut lebensbedrohlichen Krankheiten. Unter solchen Umständen entscheidet ein Patient unbedingt risikoavers: Er ist dann bereit, fast jeden Preis zur Wiederherstellung und zum Erhalt seiner Gesundheit zu zahlen. Angesichts bevorstehenden Todes ist dieses Verhalten in hohem Maße rational: Alle verfügbaren Ressourcen werden auf die Grundvoraussetzung des Erhalts der Person verwendet. Auf andere Gesundheitsleistungen aber ist diese Vorstellung nicht übertragbar. Auch der Erwerb von Gesundheitsleistungen erfolgt grundsätzlich bedürfnisorientiert.[50] So lässt sich nachweisen, dass zur Befriedigung des Bedürfnisses nach einem bestimmten Gesundheitszustand durchaus unterschiedliche Güterbündel mit verschiedener Gewichtung akzeptiert werden, Gesundheitsleistungen also keinen zwingenden Vorrang vor anderen Bedürfnissen erhalten.[51] Und selbst bei langfristig lebensbedrohlichen Erkrankungen, wie z. B. Diabetes, ergibt sich allein aus dem Charakter als Gesundheitsleistung noch keine weitergehende Einschränkung des Entscheiders.

Solche Einschränkungen dagegen können sich aus wohl untersuchten verhaltenswissenschaftlichen Effekten ergeben. Eine große Gruppe dieser Effekte lässt sich dem Bereich der Verarbeitung von Risikoinformation zuordnen (1). Zudem ergibt sich die Schwierigkeit, dass statistische Aussagen im Gesundheitswesen den Eigenarten der Beteiligten nur schwerlich Rechnung tragen, so dass verallgemeinernde und typisierende Aussagen hier in besonderer Weise den Adressaten verfehlen (2). Schließlich ist die Diskontierung von Zukunft ein besonderes Problem gesundheitsrelevanter Entscheidungen (3). Die folgenden Überlegungen sind keine generelle Kritik am ökonomischen Modell, sondern zeigen Grenz- und Randerscheinungen, die bei der Bereitstellung von Gesundheitsleistungen wirken.

---

[50] Ausführlich dazu etwa *F. Breyer/P. Zweifel/M. Kifmann*, Gesundheitsökonomik, 5. Auflage 2005, 3. Kapitel.

[51] Rand Health Insurance Experiment, http://www.rand.org/health/hiedescription.html. Eine Zusammenfassung findet sich bei *E. Keeler*, Effects of cost sharing on use of medical services and health, Journal of Medical Practice Management 8 (1992), S. 317.

(1) Verarbeitung von Risikoinformation. Ein Effekt betrifft das Problem der Gewinnung und Verarbeitung von Risikoinformation. Es ergänzt damit die ökonomische Problematik um Unsicherheit und Informationsasymmetrien als Ursachen von Marktversagen. Gesundheitsrelevanten Entscheidungen liegen in hohem Maße ungewisse Informationen zugrunde. Gerade gezielte Informationsgewinnung kann zu unsicherem Wissen, veränderten Bewertungen und damit zu einem gesteigerten Maß an Unsicherheit führen: So kann sich etwa der Alternativenraum erweitern und auch die möglichen Ergebniszustände können zunehmen. Wer erfährt, dass er eine besondere, noch nicht gut untersuchte Unterform von Brustkrebs hat, kann sich auf die allgemeinen Statistiken in Therapie und Prognose nicht mehr verlassen, ohne aber andere, besondere Informationen heranziehen zu können.

Neuere staatlich initiierte Datenerhebungen versuchen, Defizite in der Verfügbarkeit gesundheitsrelevanter Informationen auszugleichen. Dies gilt z. B. für statistische Daten im Infektions- und Seuchenschutz sowie bei Krebserkrankungen durch Krebsregister.[52] Damit sollen z. B. Wirkungszusammenhänge mit bestimmten Umweltfaktoren aufgedeckt werden. Nach wie vor fehlen aber viele informatorische Grundlagen im Gesundheitsbereich. Gerade die fundamental bedeutsamen Wirkungszusammenhänge zum Ausbruch einer Krankheit werden eben oftmals nur zufällig entdeckt.[53] Dieses fehlende statistische Wissen ist umso bedauerlicher, als Diagnose, Prognose und Therapie in der Schulmedizin aufgrund statistisch ermittelter Zusammenhänge erfolgen und auch die Anerkennung von Leistungen im Gesundheitswesen sich weitgehend der statistischen Grundlagen bedient.[54]

Risikoinformationen sind darüber hinaus in besonderer Weise von Missverständnissen betroffen. So kann eine Information je nach Wiedergabe sehr verschieden verstanden und interpretiert und die nachfolgende Entscheidung fehlerhaft beeinflusst werden.[55] Ob eine statistische Aussage bspw. in Form einer Prozentangabe (10 %) oder in Form einer relativen Häufigkeit (10 von 100 Patienten) gemacht wird, oder ob eine verbale Darstellung statt einer numerischen gewählt wird, spielt für das korrekte Ver-

---

[52] Dazu nur das neue BInfG, das auf die unzureichende Informationsgrundlage reagiert, die durch AIDS deutlich wurde, vgl. Begründung des BInfG, BT-Drucksache 14/2530, S. 37, und *I. Spiecker gen. Döhmann/S. Kurzenhäuser*, Das rechtliche Darstellungsgebot: Zum Umgang mit Risikoinformation am Beispiel der Datenerhebung im Bundesinfektionsschutzgesetz (IfSG), in: *C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spiecker gen. Döhmann* (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2006, S. 133 ff.

[53] Dies gilt z. B. für die Wirkung von Asbest. Vgl. zu Unsicherheit im Bereich des Chemikalienrechts nur *I. Spiecker gen. Döhmann*, US-amerikanisches Chemikalienrecht im Vergleich, in: *H.-W. Rengeling* (Hrsg.), Umgestaltung des deutschen Chemikalienrechts durch europäische Chemikalienpolitik, 2003, S. 151.

[54] Es fehlt z. B. an einem amtlichen Krebsregister, obwohl die Abhängigkeit mancher Krebsarten von Umweltfaktoren längst bekannt ist und diese nur so systematisch erkannt werden können.

[55] Dies ist für den Bereich medizinisch-statistischer Daten bei Brustkrebs, bei der Ermittlung von Prostatakrebs und für statistische Daten überhaupt gezeigt worden, vgl. nur *U. Hoffrage/S. Kurzenhäuser/G. Gigerenzer*, Understanding the results of medical tests: Why the representation of statistical information matters, in *R. Bibace/J. D. Laird/K. L. Noller/J. Valsiner* (Hrsg.), Science and medicine in dialogue: Thinking through particulars and universals, 2005, S. 83; umfassend *G. Gigerenzer*, Das Einmaleins der Skepsis, 2002. Eine rechtswissenschaftlich relevante Umsetzung dieser Erkenntnisse bieten *I. Spiecker gen. Döhmann/S. Kurzenhäuser*, Das rechtliche Darstellungsgebot: Zum Umgang mit Risikoinformation am Beispiel der Datenerhebung im Bundesinfektionsschutzgesetz (IfSG), in: *C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spiecker gen. Döhmann* (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2006, S. 133, 152 ff. an.

arbeiten des Wissens, gerade in komplexen Entscheidungssituationen, eine erstaunlich große Rolle. So konnte z. B. gezeigt werden, dass in Beipackzetteln die Verwendung des exakt gleichen Wortes „selten" bei Nebenwirkungen zur Annahme völlig verschiedener Größenordnungen führte, wenn die Nebenwirkung gravierend war (z. B. Gehirntumor) oder aber nur geringfügig (z. B. Kopfschmerzen). Solche Verständnisprobleme können unmittelbar zu kostspieligen Diagnose- und Therapiefehlern führen.[56] Es genügt also nicht nur, relevante Informationen zur Verfügung zu stellen, um eine gute gesundheitsrelevante Entscheidung zu befördern. Auf die Darstellung achtet das deutsche Gesundheitsrecht aber derzeit erst in Ansätzen.[57]

(2) Die Heterogenität der Adressaten. Viele Einschränkungen der Marktfähigkeit von Gesundheitsgütern werden schließlich noch dadurch gesteigert, dass der Grad ihrer Wirkung von ganz individuellen Faktoren wie Alter, Bildung, Einkommen, dem ethischen Hintergrund und dem Geschlecht abhängt. Dies lässt sich illustrieren am Problem der angebotsinduzierten Nachfrage: Die individuellen Faktoren bestimmen mit darüber, in welcher Menge und in welchem Gewicht Gesundheitsleistungen nachgefragt werden.[58] Deutlich wird das Problem auch bei der Frage der Informationsgewinnung und -verarbeitung: Sie bedarf bestimmter Voraussetzungen, die nicht ohne weiteres gegeben sind. Zwar treten die eben geschilderten Effekte, die Informationsverarbeitung betreffen, häufig unabhängig von der Ausbildung der Entscheider auf. Eine Vielzahl von ihnen wird von Experten nahezu ebenso oft gemacht wie von Laien. Indes sind die Zugänge zu Information und die Möglichkeit der Bewertung gleichfalls von individuellen Faktoren wie Stress, Zeit der Informationsaufnahme, Alter oder Erfahrung abhängig. Diese Heterogenität der Adressaten führt damit zu weiteren systematischen Verzerrungen des Marktes.

Nicht zuletzt spielt hier auch eine Rolle, welcher Gruppe sich ein Beteiligter des Gesundheitswesens zugehörig fühlt und in welcher seiner Lebensrollen er angesprochen ist. Ein Krankenkassenvertreter im Gemeinsamen Bundesausschuss GBA agiert anders in seiner Funktion dort als in seiner Tätigkeit in der Krankenkasse. Dies lässt sich mit der „Vermeidung kognitiver Dissonanz" erklären: Menschen wollen nicht in einem inneren Widerspruch leben, sondern passen sich ihrer von außen geprägten Rolle an.[59] Entsprechend nimmt der situative Hintergrund für eine Maßnahme im Gesundheitswesen eine wichtige Position ein. Darauf nimmt aber das Gesundheitswesen bisher keine Rücksicht.

---

[56] Dies betrifft insbesondere den Fall der sog. „falsch positiven" Befunde, wenn ein Patient mit einer Krankheit diagnostiziert wird, tatsächlich aber gesund ist.

[57] *I. Spiecker gen. Döhmann/S. Kurzenhäuser*, Das rechtliche Darstellungsgebot: Zum Umgang mit Risikoinformation am Beispiel der Datenerhebung im Bundesinfektionsschutzgesetz (IfSG), in: *C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spiecker gen. Döhmann* (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2006, S. 133, 152 ff., verlangen eine neue Kategorie des Darstellungsgebots und -verbots von Informationen durch den Staat.

[58] *S. Folland/A. Goodman/M. Stano*, The Economics of Health and Health Care, 5. Auflage 2007, S. 183 ff.

[59] *B. Frey/I. Bohnet*, Die Ökonomie zwischen extrinsischer und intrinsischer Motivation, in: Homo oeconomicus 11 (1994), S. 1.

(3) Diskontierung von Zukunft. Gesundheitsleistungen wirken häufig in die Zukunft: Die Intensität und Qualität einer gegenwärtigen Maßnahme wirkt sich auf die Inanspruchnahme zukünftiger Leistungen aus: Ein frühzeitig erkannter und konsequent behandelter Diabetes vermeidet erhebliche Gesundheitsschäden im Verlauf der Zeit. Die Abschätzung des zukünftigen Bedarfs erfolgt allerdings durch Konsumenten regelmäßig mit systematischen Verzerrungen, weil zukünftige Leistungen und zukünftige Kosten diskontiert werden. Das Individuum präferiert systematisch einen gegenwärtigen oder nahe bevorstehenden Nutzen gegenüber einem Nutzen zu einem späteren Zeitpunkt.[60] Zukünftige Leiden und ihre Kosten werden also unterschätzt.[61] Eine Absicherung gegen zukünftige Kosten für Gesundheitsleistungen wird also regelmäßig unterlassen; Maßnahmen erst mit zukünftiger Wirkung unterbleiben. Dieses Phänomen würde gerade im Alter, wenn besonders viele Gesundheitsleistungen in Anspruch genommen werden, zu einer Unterversorgung führen, weil sie nicht mehr bezahlbar wären. Dies scheint ein zwingendes Argument für eine flächendeckende Zwangsversicherung zu sein.[62] Denn eine private Versicherung könnte sich mit einer – reellen – Prämie, die zukünftige Ausgaben berücksichtigt, gegenüber Anbietern nicht durchsetzen, die lediglich Kosten in naher Zukunft einstellten. Wie allerdings die Einführung des privaten Basistarifs mit der letzten Gesundheitsreform zeigt, ist auch hier eine Marktlösung vorstellbar.

III. Konsequenzen

In der normativen Regulierungstheorie der Ökonomie wird das Auftreten von Marktversagen als Rechtfertigung für staatliche Eingriffe gesehen: Wo der Markt seine Qualitäten einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung nicht verwirklichen kann, sind Eingriffe des Staates gerechtfertigt, diese Qualitäten zu ermöglichen und wiederherzustellen. Die für das deutsche Gesundheitswesen typische staatliche Lenkung insbesondere über die Gesetzliche Krankenversicherung und ihre begleitenden Institutionen entspricht dieser Vorstellung. Allerdings heißt ein staatlicher Eingriff nicht notwendigerweise eine staatliche Übernahme der Produktion eines Gemeinschaftsguts. Nicht jede staatliche Intervention ist marktwirtschaftlichem Wettbewerb und anderen Formen privater Koordination überlegen. Welche Alternativen es gibt, soll im Folgenden kurz skizziert werden.

1. Potentielle staatliche Eingriffe bei Vorliegen von echten Gemeinschaftsgütern

Für die echten Gemeinschaftsgüter und die Klub- und Allmendegüter hält die Ökonomie eine Reihe von Maßnahmen bereit, um die Produktion dieser Güter sicherzustellen. Idealerweise werden diese Güter weiterhin durch den Markt produziert

---

[60] S. dazu überblickartig *A. Mas-Colell/M. Whinston/J. Green*, Microeconomic Theory, 1995, S. 733 ff.; *C. Price*, Time, Discounting and Value, 1993.

[61] Vgl. *P. Oberender/A. Hebborn/J. Zerth*, Wachstumsmarkt Gesundheit, 2. Auflage 2006, S. 15.

[62] Anders sehen dies *F. Breyer/P. Zweifel/M. Kifmann*, Gesundheitsökonomik, 5. Auflage 2005, S. 181, die einen solchen Vorschlag als paternalistisch ablehnen.

und nachgefragt; der Staat wirkt durch seine Intervention lediglich auf die Anreizsituation der Beteiligten und ihre Einstellung ein.[63] Staatliche Kommunikation und Information, wie etwa durch Hinweise und Warnungen, sind eines der am wenigsten eingreifenden Mittel. Sie können auch zur Kooperation der potentiellen Konsumenten beitragen und somit eine gemeinschaftliche Nachfrage sicherstellen. Die staatliche Vorgabe von Verfahrens- oder Organisationsregeln für Private ergänzt solche, auf Kooperation zielende Mittel. Deutlich eingriffsintensiver fällt die staatliche Normierung und Vollstreckung von Sanktionen bei Fehlverhalten aus. Besonders effektiv, aber auch besonders eingriffsintensiv, ist schließlich die Definition von Verfügungsrechten durch den Staat bis hin zur Etablierung von Institutionen zu ihrer Durchsetzung. Schließlich kann der Staat auch auf die Preise der Bereitstellung öffentlicher Güter einwirken, indem er indirekt Steuern erhebt oder direkt den Preis erhöht. Und es besteht immer auch die Möglichkeit der staatlichen Bereitstellung des öffentlichen Guts. Oftmals genügt bereits die Drohung damit, um die Beteiligten des Marktes zu einem kooperativen Verhalten zu zwingen.

2. Potentielle staatliche Eingriffe bei sonstigem Marktversagen

Für Marktversagen, das aus eben geschilderten strukturellen Eigenarten des Marktes für Gesundheitsleistungen resultiert, ist die Palette der institutionellen Einwirkungen auf den Markt und die Marktteilnehmer deutlich weiter aufgespannt. In den Ausführungen zu den Besonderheiten ist bereits gelegentlich darauf verwiesen worden, welche Möglichkeiten sich hier bieten können und z. T. bereits genutzt werden. In der Regel gibt es für die meisten dieser individuellen Besonderheiten eine individuelle Lösung.

Die Schwierigkeit besteht allerdings weniger darin, für das konkrete Problem eine Lösung aufzuzeigen, als vielmehr darin, diese Lösung auf die anderen, parallel und gleichzeitig bestehenden Grenzen der Marktfähigkeit der Gesundheitsgüter abzustimmen. Hier stehen vor allem zwei Probleme im Vordergrund, die in ihrer Bedeutung die Rechtswissenschaft ebenso treffen wie die Verhaltenswissenschaften: Zum einen kann eine Intervention zur Behebung eines Aspekts von Marktversagen einen anderen Aspekt von Marktversagen verstärken oder auch erst hervorbringen. In diesem Zusammenhang ist auch die häufig zitierte Komplexität des Gesundheitsmarkts zu verorten: Sie besteht vor allem darin, dass eine Regulierungsmaßnahme gleichzeitig auch die Rahmenbedingungen für alle anderen Teilnehmer sowie für alle anderen Güter verändert. Ein Beispiel findet sich etwa in den staatlichen Eingriffen in die Preise für Gesundheitsleistungen: Damit wird zwar die angebotsinduzierte Nachfrage ausgebremst, allerdings gleichzeitig ein wesentliches Element zur Überwindung von Informationsasymmetrien gehindert.

---

[63] Die jeweiligen Instrumente erörtern aus ökonomischer Perspektive ausführlich *R. Cornes/T. Sandler,* The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods, 2. Aufl. 1996.

Fast noch wirkungsmächtiger ist allerdings der Umstand, dass viele der genannten Effekte nicht in ihrem Zusammenspiel erforscht sind und entsprechend auch staatliche Maßnahmen unbekannte Wirkungen tätigen. Als Beispiel sei noch einmal ein Rückgriff auf das Problem der Unsicherheit genommen: Gesundheitsentscheidungen sind regelmäßig Entscheidungen unter Bedingungen des Nicht-Wissens. Zur Ermittlung einer Wahrscheinlichkeitsaussage muss der Entscheider Informationen einholen, sie verstehen und bewerten. Alle drei Teilschritte – Ermittlung, Verstehen und Bewertung – sind indes, wie gezeigt, äußerst fehleranfällig. Nimmt man nun die Erkenntnis, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines negativen Ereignisses – also z. B. einer Krankheit – niedriger eingeschätzt wird, wenn Entscheider sich selbst einen Einfluss auf diesen Eintritt zuschreiben,[64] wäre dies ein Indiz dafür, Selbstbestimmung im Gesundheitswesen als hohes Gut zu fördern und ein Marktversagen durch Informationsasymmetrie auf diesem Wege zu beheben. Dieses Ergebnis dürfte unterstützt werden von einer anderen Erkenntnis, nämlich dass Menschen eher bereit sind, negative Ereignisse zu akzeptieren, wenn sie selbst mitentscheiden können.[65] Die Entscheidung über die Art und Weise und Dauer der Behandlung könnte also vermehrt (und Kosten sparend) in das Ermessen des Patienten gestellt werden. Bemerkenswerterweise genügt, dass der Entscheider *glaubt*, er habe die Kontrolle. Daher würde möglicherweise zur Bestimmung der Wahrscheinlichkeit bereits das Vorliegen einer subjektiven Wahrscheinlichkeit genügen, auch wenn objektiv diese Wahrscheinlichkeit gar nicht gegeben ist – oder nicht wie in der vom Entscheider vorgestellten Weise. Die Beurteilung der objektiven Sachlage durch den Entscheider erfolgt also systematisch verzerrt. Dieser Effekt wird noch verstärkt dadurch, dass sich Entscheider regelmäßig überschätzen, wenn sie sich Kontrolle über den Eintritt eines Ereignisses zuschreiben. Aufklärung über den Effekt gelingt nur in Maßen. Patienten würden also bei Selbstmedikation möglicherweise eine zu geringe Dosis einsetzen und zu früh die Behandlung beenden – obwohl sie subjektiv einer anderen Beurteilung folgen. Ob dies tatsächlich so ist, ist allerdings weder hinsichtlich der Effekte noch hinsichtlich der Maßnahmen empirisch untersucht. Gesundheitsregulierung ist daher in der Regel heimliche Experimentiergesetzgebung – mit allen daraus resultierenden Schwierigkeiten für die Kontrolle der staatlichen Entscheidungen.

3. Zwischenfazit

Gesundheitsgüter sind also besondere Güter, bei denen aus vielerlei Gründen Marktversagen zu befürchten ist. Ihre Gewährleistung ist damit ein Ziel staatlicher Intervention. Denn der Markt alleine kann die Sicherstellung von Qualität, Verfügbarkeit, Innovation und Verteilungsgerechtigkeit nicht ohne weiteres leisten. Nur bei Gewährleistung dieser Bedingungen aber kann der Markt seiner Rolle gerecht werden,

---

[64] Grundlegend *C. Starr*, Science 165 (1969), S. 1232.

[65] *K. Viscusi*, Risk Equity, S. 35, m. w. N.; *I. Bohnet/B. Frey*, Ist Reden Silber und Schweigen Gold? Eine ökonomische Analyse, Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 115 (1995), S. 169.

die Freiheit des Individuums zu verbürgen.[66] Damit allerdings ist noch nicht gesagt, dass nur eine staatliche Bereitstellung und Verteilung der Gesundheitsgüter zu einem befriedigenden Ergebnis führt, wie sie derzeit in vielen Bereichen gegeben ist. Vielmehr könnte ein Wettbewerb unter staatlicher Regulierung für viele der einzelnen Güter eine marktorientierte Versorgung leisten. Dies ist auch das Bemühen der Vielzahl an Gesundheitsreformen der letzten Jahre gewesen. Es bleibt indes problematisch, dass viele der zur Heilung einzelner Ursachen von Marktversagen eingesetzten Instrumente nicht auf ihr Zusammenspiel mit anderen Ursachen hin erprobt und theoretisch analysiert oder gar systematisiert sind. Ein ökonomisch inspirierter, verhaltenswissenschaftlich ergänzter und rechtswissenschaftlich normativ aufbereiteter Institutionenvergleich ist zu wenig ausgeprägt, um verlässliche Aussagen treffen zu können.

IV. Ein Regulierungsrecht des Gesundheitswesens?

Damit stellt sich die Frage nach den Konsequenzen eines Regulierungszugriffs im Gesundheitswesen. Denn ein solcher Institutionenvergleich setzte an der staatlichen Einwirkungsmöglichkeit auf die Wirtschaftssubjekte an, um die Übernahme und Koordination von Marktfunktionen bei fehlendem Markt zu leisten.[67] Verschiedenste Mittel und Methoden müssen einander systematisch gegenübergestellt werden. Dies ist aber allein mit einer Begleitung durch die traditionellen Felder des Public Health nicht zu gewährleisten. Das Gesundheitswesen ist auf eine normative *rechtswissenschaftliche* begleitende Analyse und Kontrolle der einzelnen Instrumente angewiesen, um seiner freiheitsermöglichenden wie gleichzeitig sozialstaatsgewährenden Aufgabe gerecht zu werden. Diese Aspekte kann nur das Recht in die Diskussion integrieren. Gesundheitsrecht, wie es sich aus der eben beschriebenen Güterperspektive darstellt, ist ein Recht des Markts für soziale Dienstleistungen und soziale Sicherheit.[68]

Somit nähert sich im Gesundheitswesen ein offen wettbewerbsorientierter Umgang mit Individual- und Gemeinschaftsgütern dem Feld staatlicher Regulierung an,[69] wie

---

[66] Vgl. *U. Di Fabio*, Wettbewerbsprinzip und Verfassung, ZWeR 2007, S. 266, insb. S. 271 und 273 f.

[67] Deshalb wird gelegentlich auch vorgeschlagen, das Gesundheitswesen müsse seine (öffentlich-rechtlichen) Ordnungsvorstellungen aufgeben und sich den Schutzmechanismen des privaten Rechts unterstellen, vgl. etwa *W. Möschel*, Welche rechtlichen Rahmenbedingungen gelten für Krankenkassen, wenn der Sicherstellungsauftrag auf die Krankenkassen übergeht?, MedR 2003, S. 133.

[68] Vgl. *A. Hähnlein*, Sozialrecht als Wirtschaftsrecht, NZS 2003, S. 617, 619 ff. Eine Mauer zwischen Sozialpolitik und Marktsystem, wie sie z. B. von *A. Schüller*, Wie kann die Mauer zwischen Sozialpolitik und Marktsystem abgebaut werden?, in: *N. Goldschmidt/M. Wohlgemuth* (Hrsg.), Die Zukunft der Sozialen Marktwirtschaft, 2004, S. 127 ff., konstatiert wird, besteht insoweit nicht (mehr).

[69] Dies wird deutlich auch an der zunehmenden Verflechtung von Wettbewerbsrecht und Sozialrecht, vgl. etwa *P. Oberender/J. Fleischmann*, Sozialrecht und Wettbewerbsrecht: Ein Gegensatz?, Ordo – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 55 (2004), S. 191 ff., insb. 192 f.; *Th. Kingreen*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188; *ders.*, Wettbewerb und Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, ZMGR 2005, S. 163; *A. Bien*, Die Einflüsse des europäischen Kartellrechts auf das nationale Gesundheitswesen, 2004.

es seit geraumer Zeit für andere Rechtsmaterien erörtert wird[70], wie insbesondere das Telekommunikations-, Finanzmarkt-, Eisenbahn- und Energierecht.[71] Auch hier wird die Freiheit marktbezogenen wirtschaftlichen Handelns in Bezug auf einzelne Märkte oder Gruppen durch hoheitliches Handeln eingeengt, um Marktversagenserscheinungen aufzufangen[72] – wenngleich sie nicht in ähnlicher Weise verfassungsrechtlich durch das Sozialstaatsprinzip gebunden sind.[73] Während in diesen anderen Regulierungsmaterien aber in der Rechtswissenschaft eine breite und interdisziplinäre wissenschaftliche Systematisierung und Normativierung begonnen hat, kann gleiches für das Gesundheitswesen erstaunlicherweise nicht behauptet werden, jedenfalls nicht aus rechtswissenschaftlicher Sicht. So ist – stellvertretend für den Bereich von Public Health – ein führender Gelehrter auf dem Gebiet der transdisziplinären Gesundheitssystemforschung der Ansicht, sein Fach sei am Schnittpunkt von Ökonomie, Medizin, Politik und Ethik angesiedelt.[74] Und so verblüfft auch die rechtswissenschaftliche Zurückhaltung in der Auseinandersetzung mit dem Gesundheitswesen. Diese symptomatische Zurückhaltung der Rechtswissenschaft lässt erkennen, dass das Gesundheitsrecht ganz überwiegend nur als äußerliches Medium einer Verbindlichkeit garantierenden Regulierung begriffen wird. Ihm fehlt es im Bereich der Normierung des Gesundheitswesens bisher an materialem Eigenwert.[75]

Dies mag zum Teil begründet sein in der Eigenschaft des Gesundheitswesens als ein Regulierungssystem, dessen Erscheinungsformen der öffentlich-rechtlichen Steuerung und Organisation jenseits des klassischen Verwaltungsrechts zu finden sind. Es entzieht sich daher einem allein rechtsdogmatischen Zugriff. Gleichzeitig aber kann das Recht der sozialen Sicherung prägend sein für die Weiterentwicklung der allgemeinen Verwaltungsrechtsdogmatik, der Verwaltungsorganisation und des Verwaltungsverfahrens.

Dieser Anspruch, dessen Einlösung just den Eigenwert des rechtswissenschaftlichen Zugriffs auf das Gesundheitswesen kenntlich macht, verlangt aber auch eine intensive Auseinandersetzung mit den besonderen Regulierungsaufgaben, -instrumenten, -strategien und -grenzen unter Berücksichtigung der besonderen Güterstrukturen und der besonderen normativen Rahmenbedingungen im Gesundheitswesen. Dies kann nur in einem interdisziplinären Zugriff, aber eben unter rechtswissenschaftlicher Einbindung,

---

[70] Siehe nur die Überlegungen im Rahmen des 66. DJT zu einer übergreifenden Regelung der Regulierungsverwaltung, etwa *J. Masing*, in: *Ständige Deputation des DJT* (Hrsg.), Verhandlungen des 66. DJT, Band 1, 2006, Gutachten D, S. 1 ff.; *M. Burgi*, Übergreifende Regelung des Rechts der Regulierungsverwaltung – Realisierung der Kodifikationsidee?, NJW 2006, S. 2439.

[71] Zur Historie und Begrifflichkeit siehe *M. Eifert*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2006, § 19: Regulierungsstrategien, Rz. 1 ff.

[72] *J. Basedow*, Regulierung und Wettbewerb in marktwirtschaftlichen Ordnungen, *IRP* (Hrsg.), Rechtspolitisches Forum 14/2003, S. 2.

[73] Zum Konflikt von Wettbewerb und Sozialstaat siehe bereits *I. Spiecker gen. Döhmann*, Zur Wettbewerbsfähigkeit der Gesundheitsgüter, in: *A. Schmehl/A. Wallrabenstein*, Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Band 1: Wettbewerb, 2005, S. 1, 32 ff.

[74] *M. Arnold*, Gesundheitssystemforschung: Inhalt und Ziele eines Faches am Schnittpunkt von Ökonomie, Medizin, Politik und Ethik, Gesundheitswesen 2003, S. 425, 425.

[75] *S. Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 591, unter Bezugnahme auf *M. Arnold*, Gesundheitssystemforschung: Inhalt und Ziele eines Faches am Schnittpunkt von Ökonomie, Medizin, Politik und Ethik, Gesundheitswesen 2003, S. 425, 425.

geschehen. Denn u.a. Institutionenvergleich, Eingriffstiefe und sozialstaatliche Bindungen sind nur unter Beachtung der Rahmenbedingungen des Rechts durchführbar. Hier kann das Gesundheitsrecht von den Erkenntnissen des Wirtschaftsverwaltungsrechts profitieren, ohne deshalb seinen Anspruch als ein besonderes sozial gebundenes Wettbewerbsrecht aufgeben zu müssen.

Eine solche stärkere Verschränkung des Regulierungszugriffs im Gesundheitswesen mit dem Regulierungszugriff anderer Materien, insbesondere des Wirtschaftsregulierungsrechts, ist keine Einbahnstraße. Vielmehr ist die Erfahrung des Gesundheitswesens auch umgekehrt in seiner – bisher weitgehend vernachlässigten – Bedeutung zu erfassen und hervorzuheben. Bislang ist die Institutionenvielfalt jenseits des engen Kreises des Sozialrechts unterschätzt und weitgehend unbekannt, die in diesem Rechtsgebiet entwickelt worden ist zur Behebung von komplexem Marktversagen und zur Einwirkung auf Verhalten verschiedenster Akteure unter Berücksichtigung der weitreichenden Bindungen der Beteiligten durch rechtliche, soziale und ökonomische Verhaltenslenkung. So ist das Gesundheitswesen gekennzeichnet durch ein Nebeneinander von privaten und staatlichen Regelwerken. Es kennt seit den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts sowohl einen echten als auch einen unechten Systemwettbewerb zwischen gesetzlichen und privaten Krankenversicherern. Es setzt seit seiner Einführung konsequent auf Leistungserbringung und -abrechnung durch Private, während der Staat sich auf begleitende aufsichtsrechtliche Maßnahmen und eine Steuerung der Finanzströme zurückzieht.[76] Damit ist die staatliche Gewährleistungsverantwortung[77] hier kein in den Anfängen steckendes Konzept, sondern lang erprobte, vielfach ergänzte und interdisziplinär aufbereitete und begleitete Tradition. Der Respekt vor Eigenverantwortung und Eigenbestimmung eines freiheitlich verstandenen Konsumenten „Patient" ist ebenso ein Grundpfeiler staatlicher Gesundheitsversorgung wie die soziale Inpflichtnahme der Leistungserbringer bei gleichzeitiger Wahrung ihrer Stellung als freiheitlich agierende Wirtschaftssubjekte. Dieser Fundus an regulativem Erfahrungswissen im Gesundheitswesen ist bisher nicht entdeckt, geschweige denn genutzt. Ein systematisierendes integratives Regulierungsrecht des Gesundheitswesens ist daher geboten.

V. Fazit

Gesundheitsgüter sind spezielle Güter; sie sind Individual- und Gemeinschaftsgüter. Eine Vielzahl von Faktoren kann zu Marktversagen bei einzelnen Gütern führen.

---

[76] Siehe z. B. die Beiträge in *E. Wille* (Hrsg.), Anreizkompatible Vergütungssysteme im Gesundheitswesen, 2002, für eine Diskussion der Vergütung.

[77] Siehe nur *T. Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat. Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der „Informations-" oder „Wissensgesellschaft", in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Verwaltungsrecht (in) der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000, S. 101; die Beiträge in *G. F. Schuppert* (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005; *C. Franzius*, Der Gewährleistungsstaat – ein neues Leitbild für den Wandel des Staates?, Der Staat 42 (2003), S. 493.

Dies ruft nach staatlicher Regulierung. Wie sähe ein solches Regulierungsrecht aus? Es ist zu verstehen als die rechtspolitische *und* rechtswissenschaftliche Kunst eines trennscharfen Institutionenvergleichs. Es weiß einerseits um die Bedingungen als auch Wirkungen von Instrumenten staatlicher Interventionen und marktlichen Mittel. Es integriert andererseits auch die vielfältigen Beteiligungsmöglichkeiten Privater bei der Übernahme staatlicher Aufgaben, deren Bindung an Grundrechte und Verhaltensnormen jenseits traditioneller Formen sowie deren wirkungsvolle Kontrolle. Ein solches Regulierungsrecht ist so komplex, so sensibel und für die Grundrechte der Bürger so eingreifend, dass weder das Wirtschaftsregulierungsrecht die bestehenden Erkenntnisse und Erfahrungen eines sozialen Gesundheitswesens vernachlässigen kann noch das Gesundheitswesen sich als grundlegend verschieden von den Regulierungsanstrengungen anderer Sektoren verstehen darf. Aus ökonomischer Sicht der Einordnung der Gesundheitsleistungen in Individual- und Gemeinschaftsgüter besteht dazu jenseits der Normativität des Sozialstaatsprinzips kaum ein Grund. Immerhin das Aufeinandertreffen so vieler verschiedener besonderer Eigenschaften und die damit einhergehende Schwierigkeit einer ordnungspolitisch agierenden Gesundheitsverwaltung kann für eine weitreichende staatliche Gewährleistung streiten. Dies ist nicht trivial. Es offen zu legen und offensiv zu vertreten, kann sehr wohl das Ergebnis eines stärker regulierungsrechtlich orientierten Zugriffs auf das Gesundheitswesen sein.