

Research Notes

33

Pio Baake • Björn A. Kuchinke • Christian Wey

**Die Anwendung der Wettbewerbs- und
Kartellvorschriften im Gesundheitswesen:
Status Quo und wettbewerbsökonomische
Implikationen**

Berlin, Oktober 2009

IMPRESSUM

DIW Berlin, 2009
Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
Mohrenstr. 58
10117 Berlin
Tel. +49 (30) 897 89-0
Fax +49 (30) 897 89-200
www.diw.de

ISSN 1860-2185

Alle Rechte vorbehalten.
Abdruck oder vergleichbare
Verwendung von Arbeiten
des DIW Berlin ist auch in
Auszügen nur mit vorheriger
schriftlicher Genehmigung
gestattet.

Research Notes 33

Pio Baake*

Björn A. Kuchinke**

Christian Wey***

Die Anwendung der Wettbewerbs- und Kartellvorschriften im Gesundheitswesen: Status Quo und wettbewerbsökonomische Implikationen

* DIW Berlin, Abteilung Informationsgesellschaft und Wettbewerb, und Technische Universität Berlin, pbaake@diw.de

** Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre, Fachgebiet Wirtschaftspolitik, bjoern.kuchinke@tu-ilmenau.de

*** DIW Berlin, Abteilung Informationsgesellschaft und Wettbewerb, und Technische Universität Berlin, cwey@diw.de

Zusammenfassung

Mit den letzten beiden Gesundheitsreformen (GKV-WSG, GKVOrg-WG) sind die Spielräume für mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen erheblich erweitert worden. Krankenversicherungen können nun selektive Verträge mit Leistungsanbietern und Rabattverträge mit Pharmaunternehmen schließen. Außerdem können Kassen Versicherten Wahltarife anbieten. Im Beitrag werden die Beschränkungen hinsichtlich der Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften dargestellt und die sich hieraus ergebenden Rückwirkungen aus wettbewerbsökonomischer Sicht untersucht. Ergebnis des Beitrags ist, dass es notwendig ist, die Vorschriften des GWB vollständig und konsequent auf der Versicherungs- sowie auf der Anbieterseite anzuwenden, um den Wettbewerb wirksam schützen zu können.

Abstract

The latest health care reforms in Germany considerably increased the scope for competition in Germany's compulsory health care system. Health insurances can now negotiate bilaterally contracts with service providers as well as so-called rebate contracts with pharmaceutical firms. In addition, health insurances can offer a greater variety of contractual options (returns and allowances) to their customers. In this paper we examine the still existing restrictions on the application of competition law in the field of health care and how they affect customers, insurances and health care provider. Given our economic analysis, we recommend to abolish still existing restrictions and to apply the German antitrust law fully to protect competition and its positive effects on efficiency more effectively.

Keywords: Health Care Markets, Social Insurance, Competition Policy

JEL Classification: I18, K21, L44, L12

Inhaltsverzeichnis

1 Einführung und Problemstellung	1
2 Vorschriften des GWB und SGB V	2
2.1 Überblick.....	2
2.2 Der rechtliche Status Quo in den einzelnen Versorgungssektoren	3
2.2.1 Regelungen für Krankenkassen und Versicherte.....	3
2.2.2 Regelungen für Leistungsanbieter	4
3 Analyse und Bewertung des Wettbewerbs und der Rückwirkungen	6
3.1 Grundsätzliche Anmerkungen	6
3.2 Der Krankenkassenwettbewerb	7
3.3 Die Märkte für Leistungsanbieter	8
4 Anwendung des Wettbewerbsrechts.....	14
4.1 Bisherige Erfahrungen mit dem GWB im Gesundheitswesen: Ein Überblick	14
4.2 Schutz der Wettbewerbspotentiale durch das GWB und Empfehlungen	16

1 Einführung und Problemstellung

Das deutsche Gesundheitswesen unterliegt seit Jahren Änderungen im Ordnungsrahmen, so dass Versicherungen und Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen sowie Patienten bzw. Versicherte regelmäßig mit neuen Regeln konfrontiert werden. Bei diesen stets als „Reform“ bezeichneten Neuregelungen steht seit mehreren Jahren der Gedanke der Stärkung des Wettbewerbs politisch im Fokus. Mit den letzten beiden Reformen, dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) und dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKVOrg-WG), sind die wettbewerblichen Spielräume der Akteure im Gesundheitswesen nachhaltig verändert worden. Hierzu zählt, dass neue Vertragsmöglichkeiten implementiert worden sind und Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) Anwendung finden, die bislang faktisch ausgeblendet gewesen sind.

In diesem Beitrag werden die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften und die daraus resultierenden potentiellen Rückwirkungen im Bereich des Gesundheitssektors vor dem gegebenen Status Quo untersucht. Hierbei steht letztendlich auch das Verständnis bzw. die Definition von Wettbewerb im Gesundheitswesen auf dem Prüfstand.

Zunächst werden ein grundlegender Überblick und eine sektorspezifische Darstellung über die relevanten Vorschriften des GWB und des SGB V nach den Neuregelungen gegeben (Kapitel 2). Gleichzeitig erfolgen hier Erläuterungen dazu, wann die einzelnen rechtlichen Vorschriften greifen. In Kapitel 3 werden der Wettbewerb bzw. die geschaffenen Wettbewerbspotenziale identifiziert und mögliche Wettbewerbsverzerrungen in den einzelnen Sektoren sowie Implikationen für die spezifischen Versorgungsbereiche diskutiert. Kapitel 4 enthält schließlich einen kurzen Überblick über die bisherige Anwendung des GWB im Gesundheitswesen sowie die wesentlichen Schlussfolgerungen der vorangegangenen Abschnitte und daraus abgeleitete Handlungsempfehlungen.

2 Vorschriften des GWB und SGB V

2.1 Überblick

Das grundsätzliche Ziel des GWB ist es, den Wettbewerb zu schützen. Zur Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs sind im GWB bekanntermaßen die drei Instrumente Kartellverbot (§ 1 GWB), Missbrauchsaufsicht (§§ 19 ff. GWB) und Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB) enthalten. In diesen Vorschriften gibt es keine generelle Ausnahme des Gesundheitsbereiches.

Das SGB V verweist auf Vorschriften des GWB.¹ Dies ist im § 69 SGB V durch das GKV-WSG neu geregelt und durch das GKV-OrgWG nochmals modifiziert worden. § 69 Abs. 2 SGB V fordert nun, dass bei den jetzt möglichen Selektivverträgen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern §§ 19 ff. GWB anzuwenden sind. § 69 Abs. 2 SGB V regelt auch, dass die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen nach §§ 97 ff. GWB bei Selektivverträgen zu berücksichtigen sind.² Hinsichtlich des Vergaberechts ist festzuhalten, dass dieses kein originäres wettbewerbsökonomisches Instrument ist. Es ist vielmehr ein Hilfskonstrukt, um bei öffentlicher Auftragsvergabe eine weitestgehend faire Ausschreibung zu gewährleisten.

Die grundsätzliche Anwendung von § 69 SGB V ist aktuell nicht eindeutig geklärt. Es gilt der Grundsatz, dass die Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Vorschriften im Einzelfall zu prüfen ist. Prinzipiell lassen sich im Gesetz keine Einschränkungen hinsichtlich des Leistungsanbieterkreises finden, d. h., die Vorschriften sollten per se auf alle Selektivverträge mit Leistungsanbietern anwendbar sein.³ Diese Einschätzung gilt auch vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshofs (EuGH).⁴ Das Gericht macht deutlich, dass gesetzliche Krankenkassen aus europäischer Wettbewerbssicht als öffentliche

¹ Im SGB V sind neben dem Effizienzziel bzw. dem Gebot der Wirtschaftlichkeit auch andere Ziele enthalten, die an dieser Stelle nicht weiter diskutiert werden.

² Das GWB ist dementsprechend im § 116 Abs. 3 Satz und § 124 Abs. 2 Satz 1 angepasst worden.

³ Dies gilt auch für die später noch diskutierten Rabattverträge mit Arzneimittelherstellern. Vgl. hierzu auch Deutscher Bundestag 2008, S. 65 f., in der der Gesetzgeber die seiner Meinung nach anzuwendenden Kriterien beschreibt, sowie Änderungsantrag 8 v. 8.10.2008 zum GKV-OrgWg, S. 4.

⁴ Vgl. EuGH Rechtssache C-300/07, Hans & Christopherus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik gegen AOK Rheinland/Hamburg vom 11.6.2009 auf Grundlage der Richtlinie 2004/18 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.

Auftraggeber anzusehen sind. Der Hauptgrund für diese Einschätzung durch das Gericht ist, dass die gesetzlichen Kassen vornehmlich öffentlich finanziert werden. Da sich das Urteil zum gegebenen Fall auf orthopädische Heilmittel bezieht, bleibt abzuwarten, wie und ob die Anwendung des Vergaberechtes und der entsprechenden Ausschreibungspflichten analog auf alle Rabattverträge und alle weiteren selektiven Verträge mit Leistungserbringern übertragbar ist.

Der Gesetzgeber hat im Zuge der Neureglungen durch das GKV-OrgWG weitere Änderungen vorgenommen. Im Falle der Anwendung der Missbrauchsvorschriften des GWB gemäß § 69 SGB V sind nicht wie üblich die Zivilgerichte zuständig, sondern die Sozialgerichtsbarkeit. Die Veränderung der Zuständigkeit wird in den Kommentaren des Gesetzgebers damit begründet, dass bei einem potenziellen Missbrauchsverfahren nicht nur die Kriterien der Missbrauchskontrolle des GWB, sondern auch die Sonderstellung und der öffentliche Auftrag der GKV zu berücksichtigen sind.

2.2 Der rechtliche Status Quo in den einzelnen Versorgungssektoren

2.2.1 Regelungen für Krankenkassen und Versicherte

Gesetzliche Krankenversicherungen haben gemäß Art. 87 Abs. 2 GG bzw. gemäß § 29 Abs. 1 SGB IV den Status von rechtsfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Diese rechtliche Stellung würde die Anwendung von § 1 GWB grundsätzlich nicht verhindern, denn es gilt der funktionale Unternehmensbegriff. Aber aufgrund von § 69 SGB V wird die Anwendung des Kartellverbotes ausgehebelt.

Krankenkassen konkurrieren auf Versicherungsmärkten um Versicherte.⁵ Auf den Versicherungsmärkten ist das wettbewerbsrechtliche Instrument der Missbrauchskontrolle nicht relevant. Die Rechte, Pflichten und Ansprüche der Versicherten sowie die der Krankenkassen sind über die Gesetzgebung weitestgehend vorgegeben.⁶

⁵ Für die folgende wettbewerbsökonomische Einschätzung ist es hierbei unerheblich, aus welchen Motiven dies geschieht. Da Kassen keine Gewinne erzielen dürfen, ist das klassische Motiv der Gewinnmaximierung hier nicht relevant. Kassen können aber auch um Versicherte konkurrieren, weil sie ihre Umsätze, ihre Größe oder die im Unternehmen verfügbaren Renten maximieren wollen. Wettbewerb um die Versicherten entsteht auch dann, wenn die Kassen im Interesse ihrer Versicherten handeln und zum Beispiel versuchen, neue Versicherte zu gewinnen, um den Risikoausgleich innerhalb der Versicherten zu verbessern. Ähnliches gilt bei Fragen der Tarifierung oder der Gestaltung der Leistungsmerkmale.

⁶ Im Streitfall sind die zuständigen Sozialgerichte anzurufen.

Je nach geografischem Zuständigkeitsgebiet bzw. Versicherungskreis der Kasse fällt die Aufsicht über die Kassen dem Bund oder einem Land zu. Insbesondere wird über die Landes- oder Bundesbehörde die Zusammenlegung von Kassen im Insolvenzfall beeinflusst bzw. bestimmt.⁷ Der Ablauf der Vereinigung wird über § 144 SGB V geregelt, der im Übrigen auch bei freiwilligen Zusammenlegungen von Ortskrankenkassen gilt.⁸ Bei Zusammenschlüssen von Krankenkassen sind überdies auch die Rechtsvorschriften gemäß §§ 35 ff. GWB zu berücksichtigen.⁹ Die Prüfung durch das Bundeskartellamt erfolgt losgelöst und unabhängig von der Prüfung der oben genannten zuständigen Aufsichtsbehörde.

2.2.2 Regelungen für Leistungsanbieter

Der ambulante Sektor

Grundsätzlich liegt auch nach den neuen Regelungen der Sicherstellungsauftrag bei den Kassenärztlichen Vereinigungen (KVen). Soweit Krankenkassen jedoch Verträge zur Integrierten Versorgung, zur hausarztzentrierten Versorgung oder zur besonderen ambulanten Versorgung abschließen, geht der Sicherstellungsauftrag auf die Krankenkassen über. Ärzte können gleichzeitig an beiden Versorgungsformen (kollektiv/selektiv) teilnehmen.

Mit Blick auf die niedergelassenen Ärzte gilt für den Einzelfall, dass durch die Neuregelungen die Vergabevorschriften grundsätzlich gelten können und die Missbrauchskontrolle angewendet werden kann. Dies gilt bei Verträgen gemäß § 73c SGB V und das Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung durch eine Kasse vorliegt.

Das Kartellverbot findet aufgrund der rechtlichen Stellung der Vertretung der Hausärzte de facto keine Anwendung. Eine Anwendung findet auch offensichtlich dann nicht statt, wenn sich Hausärzte zu freiwilligen Gruppen zusammenschließen und selektive Verträge eingehen, denn dies ist ausdrücklich vom Gesetzgeber gewünscht. Die Missbrauchskontrolle findet in der kollektivvertraglichen Systematik ebenfalls keine Anwendung.¹⁰ Hinsichtlich der Zusammenschlusskontrolle gilt, dass bei Fusionen oder Zusammenlegungen von Arztpraxen

⁷ Vgl. §§ 171 f., 171a, 265a ff. SGB V.

⁸ Für andere Kassen vgl. § 150 (BKK), § 160 (IKK), § 168a SGB V (EK) sowie § 171a SGB V.

⁹ Vgl. Deutscher Bundestag 2006.

¹⁰ Ungeachtet dessen wäre im Einzelfall zu klären, inwiefern das Kartellverbot und die Missbrauchskontrolle anwendbar sind, wenn Dritte betrachtet werden, etwa Zulieferer von Ärzten, aber auch Patienten oder Gruppen von Patienten.

prinzipiell die Zusammenschlusskontrolle im Einzelfall anzuwenden ist, wenn die Aufgreifkriterien erfüllt sind.

Der stationäre Sektor

Selektive Verträge zwischen Kassen und Krankenhäusern sind für den vollstationären Bereich bislang die Ausnahme und nicht grundsätzlich vorgesehen und werden daher nicht weiter betrachtet. Krankenhäuser können allerdings vertikal in den ambulanten Bereich durch die Gründung von medizinischen Versorgungszentren (MVZ) gemäß § 95 SGB V integrieren. In Analogie zum niedergelassenen Ärztebereich kann ein selektiver Vertrag zwischen einer Kasse und einem zu einem Krankenhaus zugehörigen MVZ § 69 SGB V unterliegen. Das Vergaberecht und die Missbrauchskontrolle können also Anwendung finden.

Hinsichtlich des Kartellverbotes gilt eine ähnliche Einschätzung wie im niedergelassenen Ärztesektor: Mögliche Absprachen und Koordinierungen können in den jeweiligen Verbänden erfolgen, deren Stellung gesetzlich verankert ist. Die Missbrauchskontrolle findet bei vollstationären Leistungen keine Anwendung, denn wenn im Rahmen von Vertragsverhandlungen keine Einigung zu Stande kommt, werden diese Streitigkeiten über Schiedsstellen gelöst.¹¹ Unter die Zusammenschlusskontrolle fallen grundsätzlich alle Krankenhausfusionen, wenn die Aufgreifkriterien erreicht werden.

Der Pharmasektor

Durch die letzten Reformen sind die Möglichkeiten von Rabattverträgen zwischen Krankenkassen und Arzneimittelherstellern nach § 130a Abs. 8 SGB V erneuert bzw. erweitert worden.¹² Rabattvereinbarungen können zwischen einzelnen Kassen und Arzneimittelherstellern oder im Rahmen von gemeinsamen Ausschreibungen zwischen Gruppen von Kassen und Arzneimittelherstellern zu Stande kommen. Rabattverträge unterliegen § 69 SGB V. Hierbei geht der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Gültigkeit der vergaberechtlichen Vorschriften aus, wenn auch im Zweifel wiederum der Einzelfall entscheidet.¹³ Im dazugehörigen Be-

¹¹ Ungeachtet dessen wäre auch hier im Einzelfall zu diskutieren, inwiefern das Kartellverbot und die Missbrauchskontrolle anwendbar sind bzw. relevant werden, wenn Dritte betrachtet werden, also beispielsweise Zulieferer oder Arzneimittelhersteller, von denen Krankenhäuser Produkte beziehen, aber auch Patienten oder Gruppen von Patienten.

¹² Vgl. zu weiteren Regelungen §§ 129 ff. SGB V. Vgl. zur Ausgestaltung von Rabattverträgen im Überblick z. B. Ärzte Zeitung 2009. Apotheken haben per Gesetz die Arzneien abzugeben, für die die Krankenkasse des Patienten einen Rabattvertrag ausgehandelt hat.

¹³ Siehe hierzu auch Bungenberg 2008.

richt des Ausschusses für Gesundheit vom 15.10.2008 wird deutlich gemacht, dass die Frage beantwortet werden muss, ob es sich bei den jeweiligen Verträgen um öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB handelt.¹⁴ Wird die Wahlfreiheit eines Versicherten eingeschränkt, so kann von einer Ausschreibungspflicht ausgegangen werden. Hingegen ist nicht von einer Ausschreibungspflicht auszugehen und die §§ 19 FF. GWB anzuwenden, wenn die Wahlfreiheit der Versicherten bei der Inanspruchnahme der jeweiligen Leistung erhalten bleibt.

Pharmaunternehmen unterliegen grundsätzlich dem Kartellverbot. Eine Ausnahme besteht dann, wenn beispielsweise über Pharmaverbände ein gemeinsames Handeln von separaten Unternehmen vom Gesetzgeber vorgesehen bzw. erlaubt ist. Die Zusammenschlusskontrolle ist gleichfalls zu berücksichtigen.

3 Analyse und Bewertung des Wettbewerbs und der Rückwirkungen

3.1 Grundsätzliche Anmerkungen

Ziel der letzten beiden Reformmaßnahmen (GKV-WSG; GKV-OrgWG) ist gewesen, die Wettbewerbspotentiale zu erhöhen und somit den Wettbewerb im Gesundheitssystem zu stärken, um Effizienzreserven zu erschließen.¹⁵ Das Hauptaugenmerk hat bei den Gesetzesänderungen auf der Schaffung bzw. Erweiterung von Selektivvertragsmöglichkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern inklusive neuer Options- und Wahltarife gelegen.

Grundsätzlich brechen die Neuerungen die Regelungen zu den kollektiven Gruppenverhandlungen auf und erlauben somit eher marktliche, dezentrale Austauschbeziehungen. Insgesamt werden die Gruppenverhandlungen jedoch nicht per se abgeschafft, sondern nur teilweise durch die selektiven Verträge substituiert oder ergänzt. Der Bereich der selektiven Verträge, insbesondere derjenigen, die substitutiv zu den kollektiven Vereinbarungen sind, wird im Folgenden wettbewerbsökonomisch analysiert.¹⁶

¹⁴ Deutscher Bundestag 2008.

¹⁵ Zur Begründung des GKV-WSG vgl. Deutscher Bundestag 2006, S. 1 f. und S. 87.

¹⁶ Zu einer ausführlichen Darstellung vgl. Baake/Kuchinke/Wey 2009.

3.2 Der Krankenkassenwettbewerb

Es gilt nun zu beurteilen, ob die vorhandenen, neu geschaffenen Wettbewerbspotentiale ausgeschöpft werden, d. h. wie stark die reale Wettbewerbsintensität zukünftig sein wird bzw. ob die Wettbewerbsintensität in Zukunft steigt.¹⁷ Über Art und Intensität des Krankenkassenwettbewerbs seit Einführung der Kassenwahlfreiheit existieren mittlerweile einige empirische Erkenntnisse.¹⁸ Diese Studien beziehen sich jedoch nicht auf die aktuell gültigen Rahmenbedingungen und sind daher nur sehr eingeschränkt übertragbar. Grundsätzlich lassen sich jedoch Argumente finden, die für und die gegen ein Ausnutzen der neuen Wettbewerbsspielräume sprechen.

Für das Ausnutzen der Wettbewerbspotenziale spricht, dass sich Kassen jetzt von ihren Konkurrenten angebotsmäßig stärker differenzieren und somit Wettbewerbsvorteile erlangen können. Krankenkassen können beispielsweise Verträge mit ausgewählten Leistungserbringern abschließen, so dass die eigenen Versicherten bei ansonsten identischen Erkrankungen bevorzugt behandelt werden. Rabattverträge mit renommierten Herstellern von Arzneimitteln können ebenfalls zur Differenzierung beitragen. Die Zahl der Versicherten kann so krankenkassenindividuell erhöht werden. Im Falle einer solchen Ausdifferenzierung sinkt die Gefahr von Kartellen bzw. von Absprachen zwischen Kassen, da die Heterogenität zunimmt. Gleichzeitig steigt die Vielfalt der Versicherungsangebote für die Versicherten. Letztendlich kann dies zu einer erhöhten Effizienz im System führen, wobei die erschlossenen Effizienzpotenziale im Idealfall an die Versicherten weiter gegeben werden.

Die Neuregelungen reduzieren oder verhindern jedoch auch teilweise die Wettbewerbspotentiale.¹⁹ Bislang lief der Krankenkassenwettbewerb zentral über den Beitragssatz. Der Preis als Wettbewerbsparameter ist direkt erkennbar für die Versicherten und hat daher eine hohe Signalwirkung. Über den neu eingeführten Gesundheitsfonds wird der Preiswettbewerb weiter reduziert, da Preisdifferenzen ausgeglichen werden. Nutzen die Krankenkassen nicht die Möglichkeit, sich durch selektive Verträge und Wahltarife von ihren Konkurrenten abzuheben und insofern sich durch quasi „indirekte“ Preisnachlässe (Boni, Prämienrückzahlungen usw.) zu unterscheiden, dann wird der Parameter Preis in seiner Bedeutung herabgesetzt.

¹⁷ Vgl. Schiller 2008.

¹⁸ Vgl. z. B. Andersen/Grabka/Schwarze 2007.

¹⁹ Vgl. zu den Problemen des Kassenwettbewerbes auch Bundeskartellamt 2006a.

Ferner ist wichtig, ob Anreize gegeben sind, Absprachen zwischen Kassen zu treffen. Diese können sich auf alternative Parameter wie Wahltarife oder Absatzgebiete beziehen. Es kann auch zu abgestimmten Verhaltensweisen bezüglich der selektiven Verträge kommen, etwa in der Weise, dass Ausschreibungen gleich ausgestaltet oder gemeinsam vorgenommen werden. Das Motiv für ein Kartellverhalten kann zusammengefasst darin gesehen werden, dass die „Marktruhe“ auf den Versicherungsmärkten garantiert wird.

Es ist zusätzlich zu erkennen, dass viele der Tatbestände, die Kartelle fördern und aus der allgemeinen Kartelltheorie bekannt sind, als zutreffend anzusehen sind. Beispielsweise erleichtert das neu einzurichtende Meldewesen beim Spitzenverband der GKV die Abstimmung unter den Kassen. Es müssen in der aktuellen Situation faktisch auch (nahezu) keine Neueintritte von Krankenkassen befürchtet werden. Da gleichzeitig immer noch eher homogene Produkte (Krankenvollversicherungen) angeboten werden, ist das Ausnutzen der Kartellspielräume wahrscheinlich.

Ergänzend muss gesehen werden, dass die deutschen Krankenversicherungsmärkte über Jahrzehnte einem Wettbewerb im herkömmlichen Sinne weitestgehend entzogen gewesen sind. Insofern besteht hier eine langjährig eingeübte Verhaltensweise der Kassen, die nicht dem Wettbewerbsgedanken entspricht. Damit einher geht, dass die Marktteilnehmer weder im Umgang mit den neu geschaffenen Wettbewerbsparametern geübt sind oder diese anzuwenden wissen, noch entsprechende Managementinstrumente vorliegen oder in den Unternehmen implementiert sind.²⁰ Auch sind abgestimmte Verhaltensweisen qua Gesetz in einzelnen Sektoren auf Bundes- oder Landesebene beispielsweise im Rahmen von Budgetverhandlungen erforderlich und können auf das selektive Vertragssystem problemlos übertragen werden.

3.3 Die Märkte für Leistungsanbieter

Der ambulante Sektor

Die Leistungserbringer befinden sich gegenüber den Kassen in einem Wettbewerb um den Abschluss selektiver Verträge, d. h. um den Zugang zu Patienten (Behandlungsmarkt). Diese selektiven Verträge sind umso attraktiver, je größer die Zahl der Patienten ist, die auf Seiten

²⁰ Solche angepassten Managementinstrumente werden auf deregulierten Märkten i. d. R. immer von Newcomern eingebracht. Hierdurch werden die Etablierten unter Druck gesetzt.

der Kassen an den entsprechenden Wahltarifen teilnehmen, und je stärker sich die Leistungserbringer durch die Verträge gegenüber anderen Leistungserbringern differenzieren können.

Von entscheidender Bedeutung ist hier die Möglichkeit Dritter, die zum Leistungsanbieter in einem direkten Wettbewerbsverhältnis stehen, diesen Verträgen im Nachhinein beizutreten bzw. gleiche oder ähnliche Vertragskonditionen zu erhalten. Grundsätzlich gilt dabei, dass alle Optionen, die einen Beitritt konkurrierender Leistungsanbieter eröffnen oder entsprechende Anpassungen von Verträgen vorsehen, die Attraktivität selektiver Systeme für Leistungsanbieter verringern. Die Intensität des Wettbewerbs um die Aufnahme in das System selektiver Verträge wird dann reduziert.

Im Fall der hausarztzentrierten Versorgung sind solche Zutrittsoptionen immer gegeben, wenn die Verträge gemäß § 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V durch kollektive Vereinbarungen zustande gekommen sind. Wettbewerb ist daher nur sehr eingeschränkt möglich. Im Gegensatz dazu gilt bei selektiven Verträgen zur integrierten Versorgung, dass alle Vertragsparteien einem Zutritt Dritter zustimmen müssen. Leistungserbringer sind damit ex post vor dem Zutritt Dritter geschützt und können versuchen, die durch die entsprechenden Verträge geschaffenen Differenzierungsmerkmale in Wettbewerbsvorteile umzusetzen. Selektive Verträge zur integrierten Versorgung eröffnen daher Wettbewerbspotentiale, die von den Leistungserbringern durch Angebote verschiedener Vergütungsformen und unterschiedlicher Leistungsmerkmale genutzt werden können.

Wettbewerbsverzerrungen im Rahmen von selektiven Verträgen können grundsätzlich sowohl durch marktmächtige Kassen als auch durch marktmächtige Leistungsanbieter induziert werden. Wettbewerbsverzerrungen könnten so aussehen, dass Leistungserbringer marktmächtigen Kassen womöglich auch solche Verträge bzw. Konditionen anbieten (müssten), die nicht ihre gesamten Kosten decken. Marktmächtige Kassen sind selbst über das Instrument von Ausschreibungen in der Lage, Verträge bzw. Konditionen durchzusetzen, die in einem normalen Wettbewerb mit ausreichend Substitutionsmöglichkeiten auf Seiten der Leistungserbringer nicht erreichbar wären.²¹ Obgleich dies kurzfristig dazu führt, dass die Kosten auf Seiten der (marktmächtigen) Kasse sinken, stehen diesem Vorteil aus gesellschaftlicher Sicht mindestens zwei negative Effekte gegenüber: Erstens kann sich langfristig die Konzentration auf Seiten der Leistungserbringer nicht nur wegen des gestiegenen Preisdrucks erhöhen. Zunehmende

²¹ Vgl. hierzu auch den Fusionsfall von Aetna und Prudential in den USA in Schwartz 1999.

Konzentrationen können auch dadurch erwartet werden, dass sie die Wettbewerbsintensität auf Seiten der Leistungserbringer verringern. Zweitens müssen mögliche Wettbewerbsverzerrungen gegenüber anderen Kassen berücksichtigt werden. Letztere ergeben sich offensichtlich dann, wenn marktmächtige Kassen Selektivverträge mit Ausschließlichkeitsklauseln versehen, die den Leistungsanbietern den Abschluss gleichartiger Verträge mit anderen Kassen vertraglich untersagen. Ähnliche Wirkungen gehen von Leistungsanforderungen aus, die sich bei (beschränkten) Kapazitäten eines Leistungserbringers nicht auf die Gesamtheit seiner Patienten übertragen lassen.²²

Zusätzliche wettbewerbsverzerrende Effekte können darauf beruhen, dass Leistungsanbieter besonders günstige Angebote an marktmächtige Kassen durch überhöhte Angebote an kleinere Kassen kompensieren müssen. In diesem Fall entstehen konkurrierenden Kassen absolute Kostennachteile, die ihre Wettbewerbsposition wiederum schwächen und die Konzentration im Bereich der Kassen weiter erhöhen können.²³

Die eben genannten Überlegungen lassen sich nahezu spiegelbildlich auf die Leistungsanbieterseite anwenden. Die Interessen der Anbieter können dabei im Erzielen möglichst hoher Vergütungen, dem Erreichen möglichst hoher Patientenzahlen oder dem Angebot einer qualitativ hochwertigen Versorgung gesehen werden.²⁴ Diese Ziele sind durchaus komplementär und wirken sich nicht nur auf die direkten Beziehungen zu den Kassen, sondern auch auf den Wettbewerb zwischen den Leistungsanbietern aus: Hohe Vergütungen pro Patient bzw. Behandlung erhöhen den Anreiz, Patienten- oder Behandlungszahlen zu steigern; das Angebot qualitativ hochwertiger Behandlungsmethoden verbessert die Wettbewerbsposition gegenüber anderen Leistungserbringern und kann daher wiederum zu höheren Patienten- oder Behandlungszahlen führen.

Der stationäre Sektor

Mit den Neuregelungen wird der Wettbewerb im vollstationären Bereich direkt nicht berührt. Sehr wohl aber haben die Neuregelungen Auswirkungen auf den Wettbewerb im niedergelassenen Ärztebereich, wenn Krankenhäuser ein MVZ gegründet haben. Hierbei gelten prinzi-

²² Dies könnte bei Vereinbarungen über schnelle Terminvereinbarungen oder maximale Wartezeiten der Fall sein.

²³ Vgl. für einen Überblick zu analogen Überlegungen, die nicht direkt auf den Gesundheitssektor bezogen sind, Dobson/Inderst 2007.

²⁴ Die folgenden Argumente gelten genauso für Vereinigungen von Anbietern.

piell die gleichen Überlegungen wie in anderen Bereichen des niedergelassenen Ärztebereiches. Berücksichtigt werden muss hier allerdings zusätzlich, dass Kliniken auf der einen Seite erst hierdurch in die Lage versetzt werden Verbund- und Größenvorteile auszuschöpfen. Auf der anderen Seite jedoch durch die vertikale Integration womöglich Marktmacht aus dem vollstationären Bereich in den ambulanten Bereich übertragen und die Koppelung von Verträgen aus verschiedenen Versorgungsbereichen möglich sind.

Der Pharmasektor

Das vergaberechtlich strukturierte Ausschreibungsverfahren von Pharmaverträgen zielt auf eine wettbewerbliche Beschaffungssteuerung ab. Rein theoretisch fördert die Ausschreibungspflicht den Wettbewerb zwischen Pharmaunternehmen. In Anwendung der Erkenntnisse der modernen Auktionstheorie können wohl strukturierte Vergabeverfahren insbesondere angebotsseitiger Marktmacht entgegenwirken. So können Ausschreibungen auch als Gegenstrategie zur Destabilisierung angebotsseitiger Kartellabsprachen und anderer, den Pharmawettbewerb schädigenden Verhaltensweisen, etwa in Form von Verdrängungs- oder Ausschlussstrategien, eingesetzt werden.²⁵ Insbesondere Krankenkassen mit hohen Marktanteilen und von ihnen abhängigen Käufern können erhebliche Nachfragemacht unter den vergaberechtlichen Vorschriften entfalten. Gegenmacht großer Kassen kann daher nicht nur zu günstigeren Beschaffungspreisen führen, sondern auch anderen wettbewerbswidrigen Aktivitäten großer Pharmaunternehmen – wie z.B. Behinderung von Innovationen oder Beeinflussung der Verschreibungspraxis – entgegenwirken.

In der Praxis können sich jedoch erhebliche Umsetzungsprobleme offenbaren.²⁶ Die Probleme können sich unter der Annahme ergeben, dass sich die Kassen im Rahmen von komplexen Rabattverträgen wie ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen („unternehmerisch“) verhalten. Zur Komplexität trägt vor allem bei, dass es sich um ein längerfristiges Leistungsverhältnis handelt, welches sich vorab nicht vollständig spezifizieren lässt, etwa hinsichtlich von Mengen, Qualitäten und Verfügbarkeiten. Nachverhandlungen bzw. die Vertragsfreiheit sind jedoch unter den vergaberechtlichen Vorschriften ein enger Rahmen gesetzt. Mit zunehmender Komplexität von Pharma-Rabattverträgen ist daher mit Effizienzverlusten durch die Ausschreibungspflicht zu rechnen.

²⁵ Vgl. hierzu allerdings die kritischen Ausführungen von Klempner 2005.

²⁶ Vgl. Mühlhausen/Kimmel 2008, S. 32 f., und Meyer 2008.

Weitere Probleme ergeben sich erstens hinsichtlich von Sortimentsverträgen, also bei Preisnachlässen für ein Bündel von Präparaten. Zentrales Problem ist hier, dass durch die vergaberechtliche Forderung zur Unterteilung von Aufträgen in Lose sowie die Mittelstandsklausel womöglich Größen- und/oder Verbundvorteile nicht vollständig ausgenutzt werden.²⁷ Zweitens verlangt das Vergaberecht eine offene Ausschreibung, sobald Wettbewerb als möglich erachtet wird, also Präparate oder Wirkstoffe unterschiedlicher Hersteller in einer hinreichend engen Austauschbeziehung stehen. Der Patentschutz kann hierdurch ausgehebelt werden. Drittens kann das Vergaberecht bewirken, dass die Leistungen der Pharmaunternehmen künstlich vereinheitlicht werden, was mit einem Verlust an Arzneimittelvielfalt und -qualität verbunden ist. Viertens können große Kassen und deren Verbände Nachfragemacht entwickeln, die neben den beschriebenen positiven Wirkungen auch zur Stärkung der relativen Marktstellung sowohl auf dem Versicherungsmarkt als auch auf den Märkten für die direkte Leistungserbringung eingesetzt werden kann. Nachfragemacht auf Kassenseite birgt die Gefahr, den Wettbewerb auf Seiten der Pharmahersteller auf zwei Ebenen zu schädigen: Zum Ersten aufgrund einer allgemeinen Nachfragereduktion, um Beschaffungspreise zu senken, zum Zweiten aufgrund einer ausschreibungsbedingten Vereinheitlichung der Produktvielfalt.²⁸

Für die Einschätzung der Rückwirkungen der vergaberechtlichen Strukturierung von Einzelverträgen auf Pharmamärkte ergeben sich nun zwei Szenarien, die von der Stärke der oben genannten Effekte abhängen. Es kann zum einen ein geringer und zum anderen ein intensiver Wettbewerb zwischen den Kassen unterstellt werden.

Bei geringem Wettbewerb zwischen den Kassen ist abzusehen, dass diese den vergaberechtlichen Rahmen gemeinsam zur Ausübung von Nachfragemacht ausnutzen, wobei die Kassen ihre Ausschreibungen zur Optimierung ihrer Beschaffungskonditionen koordinieren werden.²⁹ Zumindest längerfristig kann vermutet werden, dass die wettbewerbsrechtlich unkontrollierte (und nur vergaberechtlich strukturierte) Ausübung kollektiver Nachfragemacht den Wettbewerb auf dem Pharmamarkt schwächt. Die Ausübung von Nachfragemacht evoziert auf Seiten der Pharmaunternehmen Gegenstrategien, um die Nachfragemacht der Kassen zu neutralisie-

²⁷ Umgekehrt können die Losgrößen von marktmächtigen Kassen strategisch zu groß gewählt werden, um so große Lieferanten an sich zu binden und damit konkurrierende Anbieter und Kassen vom Markt zu verdrängen. Bei Nichtberücksichtigung dieser Klausel könnte es allerdings zu einer Konzentrationsförderung kommen.

²⁸ Vgl. zu den wettbewerbsschädigen Wirkungen von Nachfragemacht den Überblick Inderst/Wey 2008.

²⁹ Zu einer kooperativen Nachfragestruktur auf dem Pharmamarkt vgl. auch Bundeskartellamt 2006a.

ren bzw. um ihrerseits Monopolmacht zu erlangen. Hierzu gehören insbesondere Zusammenschlüsse und Preisabsprachen bei Ausschreibungen. Eine hohe Transparenz (und Standardisierung) der Ausschreibungsverfahren ermöglicht es den Pharmaunternehmen, ihr Bietverhalten besser zu überwachen und zu koordinieren, was Absprachen erheblich erleichtert.³⁰ Zusammengenommen führt dieses Szenario erst zu einer Ausübung von Nachfragemacht und dann zu entsprechenden Gegenstrategien der Angebotsseite, so dass letztlich der Wettbewerb erlahmt.³¹

Bei intensivem Kassenwettbewerb um Versicherte und keiner Koordination der Beschaffung sind erhebliche Effizienz- und Leistungsverbesserungen durch die Möglichkeit zum Individualvertrag zu erwarten. Zunächst schränkt Wettbewerb die Möglichkeiten zur Ausübung monopsonistischer Nachfragemacht erheblich ein. Kassen haben nun vielmehr erhebliche Anreize, die Versicherten besser zu informieren und optimal sowie kostengünstig mit pharmazeutischen Produkten zu versorgen. Diese positive Einschätzung muss allerdings eingeschränkt werden, wenn die Möglichkeit zum Verdrängungswettbewerb und zur Marktabschottung berücksichtigt wird. Diese sind realistisch, weil erstens Kassen auf Pharma-Beschaffungsmärkten von Größenvorteilen profitieren können und Markteintrittsbarrieren auf dem Markt für Krankenversicherungen existieren. Große Kassen können so Freiräume entweder zum Verdrängungswettbewerb oder zur Marktabschottung nutzen. Große Kassen erhalten in diesem Szenario durch die wettbewerblichen Ausschreibungen höhere Rabatte als ihre kleineren Wettbewerber und können daher bei den Versicherten mit attraktiveren Konditionen werben. Es kann dann eine spiralartige Konzentrationsentwicklung stattfinden. Ähnlich wie vorher kommt es kurzfristig zu erheblichen Kosteneinsparungen, die nun aber auch zunächst an die Versicherten weitergegeben werden.

³⁰ Diese Feststellung ist dann einzuschränken, wenn die Konzentration auf der Angebotsseite gering ist. Gleichzeitig finden die Kartellgesetze Anwendung. Allerdings wird in der kartellrechtlichen Praxis typischerweise eine weniger restriktive Politik angewendet, wenn die Nachfrageseite über Nachfragemacht verfügt und zudem die Nachfrage in Form eines Bietermarktes strukturiert ist. Vgl. Klempere 2005. Wenn allerdings, wie vom Bundeskartellamt (2006a) formuliert, angenommen werden muss, dass § 69 SGB V auch die wettbewerbliche Kontrolle der Pharmaunternehmen definiert, dann ist von einer erheblich rasanteren Entwicklung von Gegenstrategien der Pharmaunternehmen bis hin zu vollständigen Kartellierung zu rechnen.

³¹ Vgl. Inderst/Wey 2008.

4 Anwendung des Wettbewerbsrechts

4.1 Bisherige Erfahrungen mit dem GWB im Gesundheitswesen: Ein Überblick

Entsprechend des rechtlichen Rahmens hat es in den letzten Jahren Verfahren im Gesundheitssektor gegeben, bei denen das Bundeskartellamt die zur Verfügung stehenden Instrumente des GWB angewendet hat. Ob es in einem bestimmten Sektor des Gesundheitswesens entsprechende Verfahren gegeben hat, hängt erstens von den Anwendungsmöglichkeiten des GWB ab und zweitens von den marktlichen Gegebenheiten.

Hinsichtlich des Kartellverbotes gemäß § 1 GWB ist ein Verfahren im Bereich Pharmagroßhandel vorzufinden.³² Zusammengefasst hat das Bundeskartellamt durch dieses Verfahren, an dessen Ende ein Verbot dieser Absprachen inklusive einer Strafzahlung gestanden hat, verhindert, dass überhöhte Gewinne bei den Händlern anfallen, die von den Abnehmern und letztendlich von den Versicherten zu tragen sind. In den weiteren Bereichen Krankenkassen, niedergelassene Ärzte und Krankenhäuser sind keine Kartellverfahren vom Bundeskartellamt durchgeführt worden. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Tatbestand, dass das Kartellverbot in den letzten drei genannten Sektoren keine Anwendung findet.

Im Vergleich dieses Kartellverfahrens mit den bisherigen Ausführungen zu den weiteren Sektoren, d. h. zu den Krankenkassen sowie den direkten Leistungsanbietern, ist zu erkennen, dass erstens Parallelitäten vorliegen. Die marktlichen Gegebenheiten hinsichtlich Homogenität der Produkte, Marktanteile, alternativen Wettbewerbsparametern usw. liegen auch in anderen Bereichen des Gesundheitswesens vor, auch wenn diese natürlich im Einzelfall zu prüfen sind. Daraus ergibt sich zweitens, dass die Gefahr von Absprachen besteht und diese insbesondere über die Verbände möglich sind. Das bedeutet drittens, dass viele Tatbestände im Gesundheitsbereich unter das Kartellverbot fielen, wenn dieses angewendet würde. Viertens heißt dies aktuell, dass insbesondere allokativen Ineffizienzen nicht abgebaut werden, sondern ganz im Gegenteil die Verteilung der Renten der Marktteilnehmer über Absprachen festgelegt werden können.

³² Vgl. Bundeskartellamt 2006b.

Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist zu erkennen, dass es bislang nur im niedergelassenen ärztlichen Bereich keine Anwendung dieses Instrumentes gegeben hat, in den weiter aufgeführten Versorgungsbereichen jedoch sehr wohl.³³ Die Beurteilung der Verfahren ist jedoch sehr unterschiedlich. Bei den vom Bundeskartellamt geprüften Zusammenschlussvorhaben im Krankenkassenbereich ist stets eine Freigabe erfolgt. In den anderen beiden Bereichen (Krankenhäuser, Pharma) ist die gesamte Bandbreite der Möglichkeiten von Freigaben ohne Auflagen, über Freigaben mit Auflagen bis hin zur Untersagung zu erkennen.

In allen untersagten Fällen zeigt die Kartellbehörde detailliert die negativen Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf. Die negativen Folgen können sich hierbei zentral in der kurzen Frist auf die Qualität oder die Auswahlmöglichkeiten, d. h. die Versorgung insgesamt, auswirken und in der langen Frist auch auf die Preise. Die Kartellbehörde schützt über die Zusammenschlusskontrolle insofern effektiv den Wettbewerb und verhindert die negativen Wirkungen von marktbeherrschenden Stellungen für die Patienten, so dass letztendlich die Möglichkeit der effizienten Versorgung sichergestellt wird.

Bislang liegen keine Verfahren im Rahmen der Missbrauchskontrolle im Gesundheitswesen vor. Insofern gibt es mit diesem Instrument keine Erfahrungen. Vor dem Hintergrund der Fusionsverfahren lassen sich dennoch Rückschlüsse auf eine potenzielle Anwendung der Missbrauchskontrolle in der Zukunft ziehen, auch wenn dies immer im Einzelfall zu prüfen ist. Da im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle bislang keine marktbeherrschende Stellung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Versicherungsbereich festgestellt worden ist, ist zu vermuten, dass ein Missbrauchsverfahren bereits an der Hürde des fehlenden Nachweises einer marktbeherrschenden Stellung scheitern würde. Diese Einschätzung würde sich vermutlich ändern, wenn eine Ausschreibung von mehreren Kassen zusammen erfolgen würde.

Insbesondere in den letzten beiden Jahren hat es aufgrund der Gesetzesänderungen mehrere Vergaberechtsfälle gegeben.³⁴ Zentral stehen hier im Fokus Rabatt- und Rahmenverträge über andere Versorgungsleistungen. In den aufgeführten Verfahren gemäß der Neuregelungen durch die letzten beiden Reformen ist überwiegend noch kein letztendlicher Abschluss erzielt

³³ Vgl. die entsprechenden Veröffentlichungen vom Bundeskartellamt.

³⁴ Vgl. die entsprechenden Veröffentlichungen vom Bundeskartellamt.

worden.³⁵ Eine abschließende Bewertung ist daher nicht möglich. Ein Abschluss der Verfahren ist in diesem Jahr zu erwarten, da der Gesetzgeber mit der letzten Reform die Zuständigkeiten hinsichtlich der Beschwerdegerichte geregelt hat.³⁶

4.2 Schutz der Wettbewerbspotentiale durch das GWB und Empfehlungen

Die Ausführungen haben gezeigt, dass mit den durch die letzten beiden Reformen implementierten selektiven Vertragsmöglichkeiten die Wettbewerbspotentiale auf den verschiedenen Märkten im Gesundheitswesen teilweise erheblich erweitert worden sind. Die sektorspezifischen Prüfungen machen ferner deutlich, dass das Ausnutzen der Wettbewerbspotentiale positive Effekte auf die Effizienz haben kann. Konkret sind Kosten- und Preissenkungsmöglichkeiten sowie positive Reaktionen hinsichtlich der Qualität der Versorgung, der Auswahlmöglichkeiten und niedrigerer Beiträge vorgestellt worden.

Die Analyse hat jedoch klar gemacht, dass ohne eine konsequente Anwendung des Wettbewerbsrechts sowohl Kartellierungs- als auch Missbrauchsverhalten zu erwarten sind. Insbesondere bei marktmächtigen oder marktstarken Kassen bzw. bei kartellgleichen Zusammenschlüssen von Kassen bei gleichzeitig gegebenen homogenen Produkten, konstanten Marktanteilen und einer langjährigen Ausblendung von Wettbewerb in weiten Teilen des Gesundheitswesens ist zu befürchten, dass die Wettbewerbsspielräume nicht oder nur unzureichend genutzt und damit Effizienzreserven nicht erschlossen werden. Die negativen Effekte können sich hierbei auf alle betrachteten Teilmärkte übertragen.

Die anschließende Auswertung der bisherigen wettbewerbsrechtlichen Verfahren hat erstens gezeigt, welchen Schutz der Wettbewerb auch im Gesundheitswesen durch das GWB prinzipiell erfahren kann. Überdies ist dargestellt worden, dass das Vergaberecht wettbewerbsökonomisch grundsätzlich als Hilfsmittel anzusehen ist, und zwar dann, wenn öffentliche Aufträge nach einem fairen Auktionsverfahren durchgeführt werden sollen.

Die volle und konsequente Anwendung des Wettbewerbsrechts ist daher eine notwendige Voraussetzung hin zu einem effizienten Gesundheitssystem. Es wäre erstens wünschenswert, dass das Kartellverbot gemäß § 1 GWB sowie die §§ 2, 3 GWB sowohl auf der Versiche-

³⁵ Vgl. auch Telgheder 2009. An dieser Tatsache ändert sich zunächst auch nichts durch das bereits zitierte EuGH Urteil vom 11.06.2009.

³⁶ Vgl. Wortmann 2009.

rungsseite als auch bei allen direkten Leistungsanbietern im Bereich der Selektivverträge Anwendung finden. Nur so können ein funktionsfähiger Wettbewerb auf der Kassen- und der Anbieterseite garantiert und Effizienzpotentiale im Rahmen eines selektivvertraglichen Systems dauerhaft ausgeschöpft werden.³⁷ Zweitens ist angezeigt, die Missbrauchsaufsicht nach Maßgabe der §§ 19 ff. GWB bei selektiven Verträgen konsequent anzuwenden. Nur dadurch kann gewährleistet werden, dass bei der vorliegenden Marktstruktur ein fairer Wettbewerb zwischen Kassen und Leistungsanbietern, aber auch zwischen den einzelnen Kassen und zwischen den jeweiligen Leistungsanbietern, erreicht wird und alle Effizienzpotentiale erschlossen werden. Eine solche Anwendung ist jedoch aktuell nicht zu erkennen. Insbesondere die neuen Verfahrensregelungen mit der Zuständigkeit der Sozialgerichte, die überdies Kriterien außerhalb der üblichen GWB-Vorgaben berücksichtigen sollen, sind wettbewerbsökonomisch als Fehlentwicklung einzuschätzen. Drittens ist die Anwendung des Vergaberechtes zumindest langfristig zu diskutieren. Hierbei ist die zentrale Frage, ob gesetzliche Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind. Es ist nicht als zwangsläufig anzusehen, dass das Kriterium für einen öffentlichen Auftraggeber, die Finanzierung durch öffentliche Mittel, in Zukunft erfüllt bleibt, da die letzten Reformen eine erhebliche Ausweitung der Gestaltungsfreiheit bei der Versorgung von Versicherten ermöglichen. Unabhängig von diesem rechtlichen Aspekt steigt damit der Grad, in dem die gesetzlichen Krankenkassen unternehmerisch tätig sind. Wenn die Instrumente des GWB im selektivvertraglichen System durchgängig auf gesetzliche Krankenkassen angewendet und Kassen damit Unternehmen gleichgestellt werden, dann wird das Vergaberecht obsolet.

³⁷ Hinzu müsste berücksichtigt werden, dass für einen effektiven Wettbewerb auf dem Versichertenmarkt eine konsequente Anwendung der UWG-Vorschriften (insbesondere hinsichtlich des Irreführungsverbots) anzunehmen sind, da die Funktionsfähigkeit des gesamten Gesundheitssystems maßgeblich vom Informationsstand der Versicherten abhängt.

Literatur

- Andersen, Hanfried H., Grabka, Markus M., Schwarze, Johannes (2007): Beitragssatz, Kassenwettbewerb und Gesundheitsreform. Eine empirische Analyse. In: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Band 227, Heft 5/6, S. 429-450.
- Ärzte-Zeitung (2009): Ärzte und Hersteller werden Kostenkeule der Kassen spüren, 06.02.2009, S. 7.
- Baake, Pio, Kuchinke, Björn, Wey, Christian (2009): Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts im Gesundheitssektor. In: Rürup, Bert et al. (Hrsg.), *Effizientere und leistungsfähigere Gesundheitsversorgung als Beitrag für eine tragfähige Finanzpolitik in Deutschland*, Studie für das Bundesministerium der Finanzen, 29. Juni 2009, Berlin, S. 184-227.
- Bundeskartellamt (2006a): Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG).
- Bundeskartellamt (2006b): Entscheidung des Bundeskartellamtes auf dem Gebiet des sonstigen Kartellrechts, Verfahren B3 - 129/03 vom 28.08.2006, Kartellordnungswidrigkeitenverfahren gegen Pharmagroßhändler.
- Bungenberg, Marc (2008): Schwerpunkte der Vergaberechtspraxis. In: *WuW - Wirtschaft und Wettbewerb*, Heft 7, S. 796-814.
- Deutscher Bundestag (2006): Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD – Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG). Drucksache 16/3100 vom 24.10.2006.
- Deutscher Bundestag (2008): Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 16/9559, 16/10070 – Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG). Drucksache 16/10609 vom 15.10.2008.
- Dobson, Paul W., Inderst, Roman (2007): Differential buyer power and the waterbed effect: Do strong buyers benefit or harm consumers? In: *European Competition Law Review*, 28. Jg., Heft 7, S. 393-400.
- Inderst, Roman, Wey, Christian (2008): Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht. In: *Perspektiven der Wirtschaftspolitik*, Band 9, Heft 4, S. 465-485.
- Klemperer, Paul (2005): *Bidding Markets*. Competition Commission, London, U.K.
- Meyer, Dirk (2008): Markt – Staat – Wettbewerb in der Sozialwirtschaft. In: *Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften*, 59. Jg., Heft 2, S. 114-140.
- Mühlhausen, Karl und Kimmel, Peter (2008): Die gesetzliche Krankenversicherung zwischen Sozialrecht, Vergaberecht und Kartellrecht – der notwendige Weg zu einem Sozialvergaberecht. In: *Gesundheits- und Sozialpolitik*, Heft 4, S. 30-35.
- Schiller, Herbert (2008): Kollektiv- und Selektivvertrag: Zwei Vertragssysteme im Überblick. In: *Bayerisches Ärzteblatt*, Nr. 2, S. 82-83.
- Schwartz, Marius (1999): Buyer power concerns and the Aetna-Prudential merger. Paper presented at the 5th Annual Health Care Antitrust Forum, Northwestern University School of Law.
- Telgheder, Maike (2009): Klagen verzögern AOK-Rabattverträge. In: *Handelsblatt* vom 10.2.2009.
- Wortmann, Martin (2009): Der Streit um den Status der Krankenkassen soll in diesem Jahr entschieden werden. In: *Ärzte Zeitung* vom 4.2.2009.