

Baake, Pio; Kuchinke, Björn A.; Wey, Christian

Working Paper

Wettbewerb und Wettbewerbsvorschriften im Gesundheitswesen

DICE Ordnungspolitische Perspektiven, No. 05

Provided in Cooperation with:

Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Heinrich Heine University Düsseldorf

Suggested Citation: Baake, Pio; Kuchinke, Björn A.; Wey, Christian (2010) : Wettbewerb und Wettbewerbsvorschriften im Gesundheitswesen, DICE Ordnungspolitische Perspektiven, No. 05, ISBN 9783863046057, Heinrich Heine University Düsseldorf, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/43665>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

ORDNUNGSPOLITISCHE PERSPEKTIVEN

Nr 05

Wettbewerb und Wettbewerbsvorschriften im Gesundheitswesen

Pio Baake,
Björn A. Kuchinke,
Christian Wey

November 2010

IMPRESSUM

DICE ORDNUNGSPOLITISCHE PERSPEKTIVEN

Veröffentlicht durch:

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Universitätsstraße 1,
40225 Düsseldorf, Deutschland

Herausgeber:

Prof. Dr. Justus Haucap

Düsseldorfer Institut für Wettbewerbsökonomie (DICE)

Tel: +49(0) 211-81-15009, E-Mail: justus.haucap@dice.uni-duesseldorf.de

DICE ORDNUNGSPOLITISCHE PERSPEKTIVEN

Alle Rechte vorbehalten. Düsseldorf 2010

ISSN 2190-992X (online) - ISBN 978-3-86304-605-7

Wettbewerb und Wettbewerbsvorschriften im Gesundheitswesen*

Pio Baake, Björn A. Kuchinke, Christian Wey

	Seite
Wettbewerb und Wettbewerbsvorschriften im Gesundheitswesen.....	1
1. Einführung und Problemstellung.....	1
2. Rechtliche Vorschriften und ihr Geltungsbereich.....	2
3. Wettbewerbspotenziale und Gefahren für den Wettbewerb.....	3
4. Folgerungen für den Schutz der Wettbewerbspotenziale.....	6
Literaturverzeichnis.....	7

Abstract

Die letzten beiden Gesundheitsreformen (GKV-WSG, GKVOrg-WG) hatten das Ziel, den Wettbewerb im Gesundheitswesen zu stärken. Als zentraler Bestandteil ist ein neues Selektivvertragssystem eingeführt worden, welches das Kollektivsystem zumindest teilweise ablöst. Im Beitrag wird zunächst gezeigt und analysiert, ob tatsächlich neue Spielräume für mehr Wettbewerb geschaffen worden sind und worin die Vorteile eines funktionierenden Wettbewerbs bestehen. Anschließend widmet sich der Beitrag der Frage, ob die neuen wettbewerblichen Möglichkeiten ausreichend durch die bestehenden Regeln geschützt werden. Das Ergebnis lautet hier, die Vorschriften des GWB vollständig und konsequent auf der Versicherungs- sowie auf der Anbieterseite anzuwenden, um den Wettbewerb wirksam schützen zu können. Ansonsten können die herausgearbeiteten positiven Effekte für die Versicherten bzw. Patienten nicht erzielt werden.

1. Einführung und Problemstellung

Über den „richtigen“ Weg für das Gesundheitswesen wird in Deutschland politisch heftig gestritten.¹ In den letzten Jahren hat sich jedoch der politische Wille durchgesetzt, das System wettbewerblich auszurichten und folglich mit mehr wettbewerblichen Instrumenten zu versehen, um das Ziel der Effizienz zu erreichen. Diesem Gedanken folgen auch die letzten beiden „Reformen“, das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) und das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKVOrg-WG). Hervorzuheben sind hierbei insbesondere die neuen selektiven Vertragsmöglichkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern sowie mögliche Rabattverträge zwischen Krankenkassen und Pharmaunternehmen.

Der Beitrag greift die beschlossenen Gesetzesänderungen auf und macht nach der Darstellung der zentralen ordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen erstens deutlich, ob und inwiefern die

* Wir danken Michael Coenen und Annika Herr für ihre hilfreichen Anmerkungen zu diesem Papier.

¹ Der vorliegende Beitrag stellt die Kurzversion eines Kapitels aus einem Gutachten dar, welches im Auftrag des BMF angefertigt worden ist. Die Autoren beschränken sich daher gezielt auf die Kernergebnisse und Forderungen. Zu einer ausführlichen Darstellung vgl. BAAKE/KUCHINKE/WEY (2009), S. 184-227.

wettbewerblichen Spielräume für die einzelnen Akteure ausgeweitet worden sind. Zweitens wird analysiert, ob die geschaffenen wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten durch den gegebenen Gesetzesrahmen ausreichend geschützt werden oder ob weitere Vorschriften aus wettbewerbsökonomischer Sicht erforderlich sind.

2. Rechtliche Vorschriften und ihr Geltungsbereich

Mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wird das Ziel verfolgt, den Wettbewerb zu schützen. Durch die Rechtsvorschriften stehen der zuständigen Wettbewerbsbehörde, dem Bundeskartellamt (BKartA), drei Instrumente zur Verfügung: Erstens das Kartellverbot (§ 1 GWB), zweitens die Missbrauchsaufsicht (§§ 19 ff. GWB) und drittens die Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB). Hier und in den weiteren Paragrafen lässt sich keine generelle Ausnahme des Gesundheitsbereiches finden.

Das fünfte Buch des Sozialgesetzbuches (SGB V) weist jetzt in § 69 SGB V auf diese Wettbewerbsvorschriften hin. § 69 Abs. 2 SGB V fordert nun, dass bei den jetzt möglichen Selektivverträgen §§ 19 ff. GWB anzuwenden sind.² Ferner ist hier geregelt, dass die Vorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen nach §§ 97 ff. GWB bei Selektivverträgen zu berücksichtigen sind.³ Die grundsätzliche Anwendung von § 69 SGB V ist aktuell jedoch nicht eindeutig geklärt. Es gilt der Grundsatz, dass insbesondere die Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Vorschriften im Einzelfall zu prüfen ist. Gleichzeitig sind im Gesetz keine Einschränkungen hinsichtlich des Leistungsanbieterkreises vorgegeben.

Bei einer detaillierten Betrachtung der einzelnen Leistungs- und Versorgungsbereiche zeigt sich, dass die Wettbewerbsvorschriften in unterschiedlichem Maße gelten. Mit Blick auf die gesetzlichen Krankenversicherungen ist zu erkennen, dass der Status einer rechtsfähigen Körperschaft des öffentlichen Rechts die Anwendung von § 1 GWB grundsätzlich nicht verhindert. Es gilt der funktionale Unternehmensbegriff. Faktisch gilt diese Vorschrift jedoch nicht, da § 69 SGB V die Anwendung des Kartellverbotes nicht vorsieht und somit diese Vorschrift aushebelt. Auf Versicherungsmärkten, auf denen gesetzliche Krankenkassen um Versicherte konkurrieren (beispielsweise über die neuen Möglichkeiten der Options- und Wahltarife), ist das wettbewerbsrechtliche Instrument der Missbrauchskontrolle nicht relevant. Die Rechte, Pflichten und Ansprüche der Versicherten sowie die der Krankenkassen sind weitestgehend vorgegeben. Die Zusammenschlusskontrolle gilt dagegen sehr wohl, d. h. das BKartA prüft den Zusammenschluss. Zusätzlich muss darüber hinaus – je nach Zuständigkeit – vom Bund oder Land die Vereinigung zugelassen werden.⁴

Im niedergelassenen Ärztebereich ist zwischen dem bisher geltenden Kollektivvertrag und dem neuen Selektivvertragssystem zu unterscheiden. Das Kartellverbot findet aufgrund der rechtlichen Stellung der Vertretungen der Ärzteschaft, wie z. B. Ärztekammern, im Kollektivsystem de facto keine Anwendung. Die Missbrauchskontrolle findet hier ebenfalls keine Berücksichtigung.⁵ Hinsichtlich der Zusammenschlusskontrolle gilt (hypothetisch), dass bei

² Bei Missbrauchsverfahren sind nun allerdings nicht wie üblich die Zivilgerichte zuständig, sondern die Sozialgerichtsbarkeit. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass nach Vorstellung des Gesetzgebers die Sonderstellung und der öffentliche Auftrag der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zu berücksichtigen ist.

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

⁴ Vgl. § 144 (AOK), § 150 (BKK), § 160 (IKK), § 168a SGB V (EK) sowie § 171a SGB V.

⁵ 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.

Fusionen oder Zusammenlegungen von Arztpraxen prinzipiell die Zusammenschlusskontrolle im Einzelfall anzuwenden ist, wenn die Aufgreifkriterien erfüllt sind.

Im Rahmen der Neuregelungen hin zu einem Selektivvertragssystem wird das Kartellverbot auch nicht angewendet, wenn sich Hausärzte zu Gruppen zusammenschließen und selektive Verträge eingehen. Dies ist ausdrücklich vom Gesetzgeber gewünscht. Aufgrund der Neuregelungen gelten aber grundsätzlich die Vergabevorschriften. Die Missbrauchskontrolle kommt in diesem Bereich grundsätzlich zur Anwendung. Dies gilt bei Verträgen gemäß § 73c SGB V, wenn das Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung durch eine Kasse vorliegt. Die Zusammenschlusskontrolle gilt analog zur Kollektivvertragssituation.

Der stationäre Sektor ist bei den Neuregelungen hauptsächlich im Bereich der ambulanten Dienstleistungen betroffen, weil selektive Verträge zwischen Kassen und Krankenhäusern für den vollstationären Bereich grundsätzlich nicht vorgesehen sind.⁶ Krankenhäuser können 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. Wettbewerbsrechtlich gelten damit die gleichen Aussagen wie beim niedergelassenen Ärztebereich.⁷

Durch die letzten beiden Reformen sind die Möglichkeiten hinsichtlich von Rabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V neu ausgestaltet worden.⁸ Rabatte können zwischen einzelnen Kassen oder im Rahmen von gemeinsamen Ausschreibungen zwischen Gruppen von Kassen und Arzneimittelherstellern vereinbart werden. 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.⁹ Des Weiteren unterliegen Pharmaunternehmen 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. Wettbewerbspotenziale und Gefahren für den Wettbewerb

Durch die neuen selektiven Vertragsmöglichkeiten werden die bislang bestehenden Regelungen im Rahmen des kollektivvertraglichen Systems teilweise aufgehoben und durch selektive Verträge ersetzt. Die Akteure erhalten damit vielfältige Möglichkeiten sich von ihren Konkurrenten zu unterscheiden und Wettbewerbsvorteile zu erlangen. Dies gilt für Krankenkassen genauso wie für Anbieter von medizinischen Dienstleistungen. Grundsätzlich sind diese Möglichkeiten aus wettbewerbs- und gesundheitsökonomischer Sicht begrüßenswert, denn die Vielfalt nimmt dadurch zu und leistungsstarke Akteure können sich durchsetzen.

⁶ Selektivverträge sind jedoch möglich, wenn Versuchsprojekte (z.B. Modellvorhaben) durchgeführt werden (vgl. § 63 SGB V). Hierbei handelt es sich aber um Add-On-Verträge, die nicht den Kollektivvertrag ersetzen.

⁷ 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.

⁸ Vgl. zu weiteren Regelungen §§ 129 ff. SGB V. Vgl. zur Ausgestaltung von Rabattverträgen im Überblick z. B. *ÄRZTE-ZEITUNG* (2009), S. 7. Apotheken haben per Gesetz die Arzneien abzugeben, für die die Krankenkasse des Patienten einen Rabattvertrag ausgehandelt hat.

⁹ Siehe hierzu auch *BUNGENBERG* (2008), S. 796-814.

Eingeschränkt wird allerdings weiterhin der Wettbewerb durch die Beibehaltung des Prinzips der freien Ärztwahl für Versicherte sowie des Vollversicherungsprinzips. Die Möglichkeiten der Kassen, sich im Wettbewerb um Versicherte durch attraktivere Leistungsprogramme von der Konkurrenz abzusetzen, sind damit erheblich eingeschränkt.

Allerdings ermöglichen Wahltarife (die sich im Wesentlichen ein Add-On zum Vollversicherungsangebot sind) in Verbindung mit Rabattverträgen bei Arzneimitteln auch einen Wettbewerb im Bereich der Leistungserbringung. Grundsätzlich bedeutet das, dass im Krankenkassenbereich das Angebot für die Versicherten steigt und die Versicherten sich „ihr“ Angebot aussuchen können. Beispielsweise kann ein Versicherter dann entscheiden, ob er nur noch zu Ärzten geht, die die Kasse ihm vorschlägt, und die ihm ausschließlich Medikamente von Pharmaunternehmen verordnen, mit denen seine Kasse einen Rabattvertrag hat. Im Gegenzug erhält der Versicherte einen Teil seiner Beiträge zurück. Oder aber der Versicherte entscheidet sich für eine Kasse mit einem speziellen Programm für Diabetiker, weil er eben eine Zuckererkrankung hat und hofft, dort gut versorgt zu werden. Grundsätzlich muss ein höherer Kassenbeitrag im so gedachten Wettbewerb auch kein Hindernis sein, denn vielleicht handelt es sich um eine Art „Premiumkasse“, für die sich der Versicherte entscheidet und die damit wirbt, dass nur Originalpräparate verordnet werden, Massagen verschrieben werden können oder aber Rückenschulen von der Kasse kostenmäßig übernommen werden. Für alle die sich dazu entscheiden keinen gesonderten Vertrag abzuschließen, ändert sich prinzipiell nichts in der Versorgung.

Die Leistungserbringer befinden sich nun gegenüber den Kassen in einem Wettbewerb um den Abschluss selektiver Verträge, d. h. um den Zugang zu Patienten (Behandlungsmarkt). Ähnliches gilt für Pharmaunternehmen, die um Verträge mit Krankenkassen buhlen. Selektive Verträge sind grundsätzlich umso attraktiver, je größer die Zahl der Patienten ist, die auf Seiten der Kassen gegeben sind, und je stärker sich die Leistungserbringer durch die Verträge gegenüber anderen Leistungserbringern differenzieren können. Zusätzlich erhöht Exklusivität den Wettbewerbsdruck, also selektive Verträge, wo kein (automatischer) Beitritt eines Dritten möglich ist.

Allerdings ist zu vermuten, dass aufgrund einer mangelnden Wettbewerbskontrolle (und des Festhaltens am Vergaberecht) die neu geschaffenen Handlungsspielräume nicht voll ausgeschöpft werden. Die zentrale Gefahr, dass die bestehenden Wettbewerbspotenziale nicht ausgeschöpft werden, ist darin zu sehen, dass Absprachen zwischen Kassen erlaubt und auch sehr wahrscheinlich sind. Diese können sich auf alternative Parameter wie Zusatzbeiträge, 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. 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. 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.

Das Problem der Kartellabsprachen zwischen den Krankenkassen oder von großen marktmächtigen Versicherungen wirkt sich auf den ambulanten Versorgungssektor und den Pharmabereich negativ aus.¹⁰ Durch die Koordinierung ihres Einkaufs können die Kassen ihre Einkaufsmacht erheblich über das bereits bestehende Maß hinaus steigern, wobei zu beachten ist, dass Kassen bereits in der Lage sind, durch Ausschreibungen und parallele Verhandlungen Verträge bzw. Konditionen durchzusetzen, die bei einem normalen Wettbewerb mit ausreichenden Substitutionsmöglichkeiten auf Seiten der Leistungserbringer nicht erreichbar wären.¹¹ Obgleich dies kurzfristig dazu führen mag, dass die Kosten marktmächtiger Kassen sinken, stehen diesem Vorteil aus gesellschaftlicher Sicht eine Reihe negativer Effekte gegenüber, wozu die künstliche Rationierung der Nachfrage, die Vereinheitlichung der Produktvielfalt und die Ausschaltung von Innovationsanreizen bei den Herstellern gehören. In längerfristiger Sicht ist dann auch mit einer zunehmenden Konzentration des Pharmaangebots zu rechnen, durch die die beschriebenen Negativwirkungen absorbiert werden.

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 schwächen und die Konzentration im Bereich der Kassen weiter erhöhen können.¹²

Weitere Probleme sind insbesondere im Pharmabereich zu erkennen. In der Praxis können sich Umsetzungsprobleme offenbaren.¹³ 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 sind jedoch durch vergaberechtliche Vorschriften in enger Rahmen gesetzt. Es ist daher mit Effizienzverlusten zu rechnen, etwa wenn effizienzsteigernde Nachverhandlungen etwa wegen der Drohung einer Neuausschreibungspflicht unterlassen werden.

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.¹⁴ 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

¹⁰ Die Gefahr von marktmächtigen Leistungsanbietern ist zwar theoretisch ebenfalls denkbar, jedoch faktisch eher als äußerst unwahrscheinlich einzustufen.

¹¹ Vgl. hierzu auch den Fusionsfall von Aetna und Prudential in den USA in *SCHWARTZ* (1999).

¹² Vgl. für einen Überblick zu analogen Überlegungen, die nicht direkt auf den Gesundheitssektor bezogen sind, *DOBSON/INDERST* (2007), S. 393-400.

¹³ Vgl. *MÜHLHAUSEN/KIMMEL* (2008), S. 32 f. u. *MEYER* (2008), S. 115-140.

¹⁴ 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.

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.¹⁵

4. Folgerungen für den Schutz der Wettbewerbspotenziale

Die Ausführungen haben gezeigt, dass durch die neuen selektiven Vertragsmöglichkeiten die Wettbewerbspotenziale auf den verschiedenen Märkten im Gesundheitswesen teilweise erheblich erweitert worden sind. Dies kann positive Effekte auf die Effizienz und für die Versicherten haben. Niedrigere Kosten und Preise sowie eine höhere Vielfalt sind hier anzuführen.

Die Liberalisierung ist allerdings stark eingeschränkt und asymmetrisch, wobei die Rabattierungsmöglichkeiten im Arzneimittelbereich einen stärkeren Leistungswettbewerb ermöglichen als die Selektivverträge im Bereich der ärztlichen Versorgung, in der das Vollversicherungsprinzip und die freie Arztwahl weiterhin gültig bleiben.

Im Beitrag ist jedoch auch verdeutlicht worden, welche Gefahren bestehen, dass Wettbewerbspotenziale nicht ausgenutzt werden und sich damit auch keine positiven Effekte einstellen. Als Schlussfolgerung ist zu ziehen, 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 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. Es drohen gar Effizienzverschlechterungen relativ zum Kollektivvertragssystem, wenn zum Beispiel überbohrende Einkaufsmacht auf dem Pharmamarkt Rationierung, Einschränkung der Produktvielfalt und der Innovationstätigkeit bewirkt.

Die volle und konsequente Anwendung des Wettbewerbsrechts ist eine notwendige Voraussetzung hin zu einem Gesundheitssystem, das durch Einführung des Wettbewerbsprinzips zunehmend Effizienzvorteile realisieren will. Es wäre daher erstens wünschenswert, dass das Kartellverbot gemäß § 1 GWB sowie die §§ 2, 3 GWB sowohl auf der Versicherungsseite 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 Effizienzpotenziale im Rahmen eines selektivvertraglichen Systems dauerhaft ausgeschöpft werden.¹⁶ Zweitens ist angezeigt, die Missbrauchsaufsicht nach Maßgabe der §§ 19 ff. GWB bei selektiven Verträgen konsequent anzuwenden. Das gilt insbesondere wegen der zu vermutenden Marktmacht der Kassen gegenüber Leistungsanbietern. Drittens ist die Anwendung des Vergaberechtes zumindest langfristig kritisch zu sehen, wobei die Frage, ob gesetzliche

¹⁵ Vgl. zu den wettbewerbsschädigenden Wirkungen von Nachfragemacht den Überblick *INDERST/WĘY* (2008), S. 465-485.

¹⁶ Hinzu müsste berücksichtigt werden, dass für einen effektiven Wettbewerb auf dem Versichertenmarkt eine konsequente Anwendung der UWG-Vorschriften (insbesondere hinsichtlich des Irreführungsverbots) anzumahnen sind, da die Funktionsfähigkeit des gesamten Gesundheitssystems maßgeblich vom Informationsstand der Versicherten abhängt.

Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind, aus ökonomischer Sicht unerheblich erscheint, denn der Grad, in dem gesetzliche Krankenkassen unternehmerisch tätig sind, steigt zunehmend. Wenn die Instrumente des GWB im selektivvertraglichen System durchgängig auf gesetzliche Krankenkassen angewendet und Kassen damit Unternehmen gleichgestellt werden, dann wird das Vergaberecht obsolet.

Literaturverzeichnis

- Ärzte-Zeitung* (2009), Ärzte und Hersteller werden Kostenkeule der Kassen spüren, 06.02.2009, S. 7.
- Baake, P., Kuchinke, A. B., Wey, C.* (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.
- Bungenberg, M.* (2008), Schwerpunkte der Vergaberechtspraxis, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 58. Jg., Heft 7, S. 796-814.
- Dobson, P. W., Inderst, R.* (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, R., Wey, C.* (2008), Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, in: *Perspektiven der Wirtschaftspolitik*, Band 9, Heft 4, S. 465-485.
- Meyer, D.* (2008), Markt – Staat – Wettbewerb in der Sozialwirtschaft, in: *Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften*, 59. Jg., Heft 2, S. 114-140.
- Mühlhausen, K., Kimmel, P.* (2008), Die gesetzliche Krankenversicherung zwischen Sozialrecht, Vergaberecht und Kartellrecht – der notwendige Weg zu einem Sozialvergaberecht, in: *Gesundheits- und Sozialpolitik*, Heft 4, S. 30-35.
- Schwartz, M.* (1999), Buyer power concerns and the Aetna-Prudential merger. Paper presented at the 5th Annual Health Care Antitrust Forum, Northwestern University School of Law.

BISHER ERSCHIENEN

- 05 Baake, Pio, Kuchinke, Björn A. und Wey, Christian, Wettbewerb und Wettbewerbsvorschriften im Gesundheitswesen, November 2010.
- 04 Haucap, Justus, Heimeshoff, Ulrich und Stühmeier, Torben, Wettbewerb im deutschen Mobilfunkmarkt, September 2010.
- 03 Haucap, Justus und Coenen, Michael, Industriepolitische Konsequenzen der Wirtschaftskrise, September 2010.
- 02 Haucap, Justus, Heimeshoff, Ulrich und Uhde, Andre, Zur Neuregulierung des Bankensektors nach der Finanzkrise: Bewertung der Reformvorhaben der EU aus ordnungspolitischer Sicht, September 2010.
- 01 Haucap, Justus und Coenen, Michael, Regulierung und Deregulierung in Telekommunikationsmärkten: Theorie und Praxis, September 2010.

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

**Düsseldorfer Institut für
Wettbewerbsökonomie (DICE)**

Universitätsstraße 1_ 40225 Düsseldorf
www.dice.uni-duesseldorf.de