

# Zur Harmonie von Wettbewerbsrecht und Gesundheitspolitik:

## Kritische Anmerkungen zu den Beschlüssen des Bundeskartellamtes zur Fusion im Krankenhausbereich

*Zentraler Gegenstand des Beitrages ist die kritische Auseinandersetzung mit der Harmoniethese des Bundeskartellamtes, nach der kein Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Gesundheitspolitik besteht. Dazu werden die Widersprüche und Unklarheiten in der Argumentation des Bundeskartellamtes aufgezeigt. Sodann wird die Harmoniethese aus einer gesundheitspolitischen Perspektive und vertiefend am Beispiel der integrierten Versorgung fundamental in Frage gestellt.*

■ Hermann Ribhegge<sup>1</sup>

- „Damit besteht Zielkongruenz zwischen der Fusionskontrolle und der Gesundheitspolitik.“ Bundesgerichtshof (2008), Ziff. 43.
- „Ein Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Gesundheitspolitik besteht nicht.“ Oberlandesgericht Düsseldorf (2008), S. 36.
- „Es besteht kein Zielkonflikt zwischen dem Wettbewerbsrecht auf der einen und den sozialpolitischen Zielen der Gesundheitspolitik auf der anderen Seite.“ Monopolkommission (2008b), Ziff. 810.
- „Die Durchsetzung des Wettbewerbs als Kontrollinstanz gefährdet dabei nicht die Versorgung der Bevölkerung, sondern sichert langfristig das Angebot und die Aufrechterhaltung von Auswahlmöglichkeiten im Interesse der Patienten an einer qualitativ hochwertigen Versorgung.“ Bundeskartellamt (2005b), Ziff. 63.
- „Wettbewerbspolitische und gesundheitspolitische Ziele widersprechen sich nicht, sondern sind miteinander vereinbar.“ Böge (2007), S. 35.

Prof. Dr. Hermann Ribhegge, Lehrstuhl für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Wirtschafts- und Sozialpolitik, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

### I. Die Ausgangslage

Das, was mit den obigen Zitaten angesprochen wird, soll in diesem Beitrag als Harmoniethese bezeichnet werden und einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Die Frage, ob es zwischen Wettbewerbs- und Gesundheitspolitik Konflikte gibt, hat in Folge des Konzentrationsprozesses im Krankenhausbereich an Brisanz gewonnen. Seit einigen Jahren stellen wir fest, dass Krankenhäuser in kommunaler Trägerschaft an private Krankenhausketten wie die Rhön-Klinikum AG verkauft werden. Lag 1991 nach Berechnung des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (2008), Ziff. 461, der Anteil der Krankenhäuser in privater Trägerschaft bei 14,8 %, so ist dieser in 2005 auf 26,3 % angestiegen.

Diesen Konzentrationsprozess hat das Bundeskartellamt (BKartA) nicht tatenlos hingenommen, sondern die entsprechenden Fusionsvorhaben gemäß dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eingehend geprüft. So hat z. B. das BKartA – wie die Monopolkommission (2006), Ziff. 30, ausführt – im Zeitraum 2004 bis 2005 30 Vorhaben in Monatsfrist freigegeben, 5 Hauptprüfungsverfahren eingeleitet, davon 2 untersagt und 3 freigegeben. Die Untersagung von nur 2 Fusionsvorhaben – es geht hier um die für unseren Beitrag zentralen Anträge der Rhön-Klinikum AG, die Krankenhäuser des Landkreises Rhön-Grabfeld sowie das Krankenhaus der Stadt Eisenhüt-

tenstadt zu übernehmen, erweckt den Eindruck, dass bei diesen Beschlüssen nur selten Konflikte zwischen Fusionsbetreiber und BKartA aufgetreten sind und das Interventionsvolumen des BKartA nicht besonders hoch war.

Dieser Eindruck relativiert sich aber, wenn man berücksichtigt, dass es bei der Genehmigung einiger Verfahren zu gravierenden Auflagen kam, dass Fusionsvorhaben im Laufe des Kartellverfahrens ganz aufgegeben bzw. aufgrund des sich ankündigenden Verbots „freiwillig“ angepasst wurden. Insbesondere ist davon auszugehen, dass wegen Chancenlosigkeit auf eine Privatisierung von vornherein verzichtet wird, so dass eine Prüfung durch das BKartA erst gar nicht mehr notwendig wird.

Wie kontrovers die Positionen von Fusionsbeteiligten und BKartA sind, zeigt exemplarisch der Fall Rhön-Klinikum AG und Landkreis Rhön-Grabfeld, der durch alle Instanzen ging und der abschließend vom Bundesgerichtshof (BGH) dahingehend entschieden wurde, dass die Übernahme nicht zugelassen wurde.

Zentrale Streitpunkte zwischen den Antragstellern und dem BKartA waren dabei folgende Aspekte:

Zum einen ging es um die Frage, ob das GWB für den Zusammenschluss von Krankenhäusern überhaupt zuständig sei oder der Krankenhausbereich nach § 69 SGB V zu einem wettbewerblichen Ausnahmebereich gehöre. Insbesondere seien nicht die Patienten die eigentlichen Nachfrager stationärer Leistungen, sondern die zahlenden Krankenkassen, deren Leistungsbeziehungen nicht dem GWB unterliegen. Zum anderen sei das GWB überhaupt nicht anwendbar, da aufgrund der starken Regulierungen im Gesundheitswesen kein Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern möglich sei. Hinzu kamen die Auseinandersetzungen um die Abgrenzung des relevanten Marktes.

Diese von den Antragstellern vorgebrachten Argumente sind nicht Gegenstand dieses Beitrages. BKartA, Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG) sowie BGH haben überzeugend nachgewiesen, dass der Zusammenschluss von Krankenhäusern uneingeschränkt der Fusionskontrolle unterliegt.

Zentraler Gegenstand dieses Beitrages ist hingegen die oben skizzierte Harmoniethese, die eigentlich nicht Bestandteil der Prüfung im Rahmen der Fusionskontrolle ist und die unverständlicherweise sowohl von den Antragstellern als auch von BKartA, dem OLG sowie dem BGH als zentrales Argument zur Rechtfertigung der eigenen Auffassung verwendet wurde.

Im II. Teil wird diese Harmoniethese ausführlich dargestellt und die Begründung dieser These durch das BKartA aus einer wettbewerbspolitischen Perspektive einer kritischen Würdigung unterzogen. Im III. Teil wird der Analyserahmen ausgeweitet und es werden gesundheitsökonomische Überlegungen berücksichtigt. Vertiefend wird dann am Beispiel der integrierten Versorgung im IV. Teil die Harmoniethese fundamental in Frage gestellt und im V. Teil ein Fazit gezogen.

## II. Harmoniethese des BKartA

Die Rhön-Klinikum AG begründet die Fusionsnotwendigkeit mit dem durchaus umstrittenen Effizienzargument, im Sinne einer besseren Gesundheitsversorgung durch die Fusion, worauf das BKartA (2005b), Ziff. 17, hinweist. Anstelle dieses Argument gemäß des GWB als irrelevant zurückzuweisen, stellen das BKartA sowie die weiteren Instanzen die Harmoniethese zur Zurückweisung des Effizienzargumentes auf. Dies ist von daher verwunderlich, da mit dem GWB ein zweistufiges Prüfungsverfahren vorgesehen ist, bei dem das BKartA auf der ersten Stufe ausschließlich Wettbewerbsauswirkungen zu prüfen und keine Wohlfahrtseffekte zu berücksichtigen hat. Auf dieser Stufe werden Effizienzaspekte nur unter Wettbewerbsaspekten relevant. So prüft u. a. das BKartA, inwiefern durch die Fusion die Wettbewerbsbedingungen aufgrund höherer Effizienz auf dem relevanten Markt zusätzlich beeinträchtigt werden. Das BKartA prüft im Rahmen der Fusionskontrolle nicht nur anhand der Marktanteile sowie der fusionsbedingten Steigerung derselben, ob eine Marktbeherrschung bzw. eine Verstärkung der Marktbeherrschung gegeben ist, sondern es berücksichtigt darüber hinaus weitere Marktstrukturparameter zur Bestimmung der Marktbeherrschung.

So wird u. a. nach Meinung des BKartA (2005a), Ziff. 163 ff., die Marktstellung privater Krankenkassen durch eine Übernahme noch weiter gestärkt. Sie können aufgrund ihrer höheren Finanzkraft umfangreichere Investitionsobjekte realisieren und so einen strategischen Vorteil im Qualitätswettbewerb erzielen. Darüber hinaus haben sie so einen besseren Zugang zum Absatzmarkt – den Patienten. Dieser Wettbewerbsvorteil wird u. a. durch ein breiteres Versorgungsangebot der Ketten verstärkt. Hinzu kommen bessere Einkaufsmöglichkeiten der privaten Ketten im Verhältnis zu den Krankenhäusern in kommunaler Trägerschaft. Des Weiteren sind Synergieeffekte des Zusammenschlusses zu berücksichtigen. Zumindest lassen schon diese wenigen Strukturparameter die uneingeschränkte Gültigkeit der Harmoniethese fraglich erscheinen. Denn sie beinhalten letztendlich nichts anderes, als dass es durch die Fusion zu Effizienzsteigerungen kommen kann, die gesundheitspolitisch durchaus erwünscht sind, die aber die wettbewerbspolitisch unerwünschten Effekte einer Fusion verstärken.

Dieser Konflikt zwischen Effizienz und Wettbewerb bedingt aber nicht die Widerlegung der Harmoniethese. Auf zwei zentrale Aspekte muss dabei eingegangen werden: Mehr Effizienz ist gesundheitspolitisch nur dann uneingeschränkt positiv zu bewerten, wenn diese auch tatsächlich in Form von Nutzensteigerungen über niedrigere Preise bzw. höhere Qualität bei den Patienten ankommt. Des Weiteren ist dann nur von einer Infragestellung der Harmoniethese zu sprechen, wenn nachgewiesen werden kann, dass es keine institutionellen Arrangements gibt, die sowohl wettbewerbspolitisch erwünscht sind, als auch die gleichen Effizienzverbesserungen bewirken. Diese beiden Fragen werden wir im weiteren Verlauf aufgreifen und beantworten.

Auf dieser ersten Stufe ist eine Abwägung von Wettbewerbsvorteilen gegen sonstige Wohlfahrtssteigerungen – anders als bei der Fusionskontrolle auf der EU-Ebene – nicht Gegenstand der Prüfung, sondern ist nach § 42 GWB der zweiten Stufe vorbehalten, auf der die Monopolkommission mit einem Sondergutachten für eine eventuelle Ministererlaubnis die wettbewerbspolitischen gegen die gesamtwirtschaftlichen Wirkungen abwägen muss. Für die Formulierung und Prüfung der Harmoniethese sind von daher weder das BKartA noch das OLG sowie der BGH der richtige Adressat. Die gesundheitspolitischen Ziele divergieren unter den politischen Parteien. Selbst die gesetzlichen Zielvorgaben des SGB V bieten den Interessengruppen ein breiteres Interpretationsspektrum. Es ist nicht Aufgabe der Judikative sich hier normativ zu positionieren. Wenn diese Instanzen sich mit dem Gesundheitswesen im Rahmen der Fusionskontrolle beschäftigen müssen, dann mit der Frage der Kompatibilität von GWB und SGB V als unterschiedliche Rechtsrahmen, wie dies von ihnen z. B. bei der Prüfung des § 69 SGB V geschehen ist. Es kann aber nicht Aufgabe einer judikativen Einrichtung sein, statt zu prüfen, ob Wettbewerbsrecht und Sozialrecht mit einander vereinbar sind, zu untersuchen, ob zwischen dem Wettbewerbsrecht und den Zielen der Gesundheitspolitik Konflikte bestehen. Für eine Untersuchung gesundheitspolitischer Ziele fehlt diesen judikativen Instanzen die Legitimation und es stellt sich die Frage, ob nicht die Monopolkommission sowie der Sachverständigenrat zu diesem schwierigen und kontrovers diskutierten Bereich kompetentere Analysen präsentieren können, die auch wissenschaftlich fundiert sind.

Eine gewisse Relevanz könnte die Frage der Gültigkeit der Harmoniethese bei der Prüfung im Rahmen des § 36 (1) GWB gewinnen, worauf auch der BGH (2008), Ziff. 45, hinweist. Auch wenn es im § 36 GWB ausschließlich um wettbewerbsrechtliche Aspekte geht, so könnten doch gesundheitspolitische Aspekte und damit die Harmoniethese indirekt einen zentralen Stellenwert gewinnen. Dabei geht es zum einen um die Prüfung, ob eine Insolvenzfusion vorliegt, so dass die Fusion u. U. trotz der damit verbundenen Nachteile der Marktbeherrschung zugelassen werden soll. Zum anderen ist in dem komplexen Feld der Regulierungen zu prüfen, ob die nachteilige Zunahme der Marktbeherrschung durch die Fusion nicht durch fusionsbedingte verbesserte Wettbewerbsbedingungen in anderen Bereichen des Gesundheitswesens überkompensiert wird. Diesen Aspekt werden wir später noch aufgreifen. Wenden wir uns zunächst der Problematik einer Insolvenzfusion im Kontext der Harmoniethese zu.

Die Harmoniethese des BKartA wird u. a. dahingehend in Frage gestellt, dass im Falle einer Untersagung der Fusion das zu übernehmende Krankenhaus geschlossen werden muss und so die Versorgung nicht mehr gesichert sei. Dieses Argument hat insbesondere für den dünnbesiedelten ländlichen Raum Gewicht und gewinnt an Brisanz für ostdeutsche Regionen, die mit einer stark schrumpfenden Bevölkerung konfrontiert sind.<sup>2</sup>

Dieser Einwand wird vom BKartA unter dem Stichpunkt der Insolvenzfusion aufgenommen, geprüft und zurückgewiesen, so dass nach Ansicht des BKartA damit die Harmoniethese nicht in Frage gestellt wird. Den möglichen Versorgungseinwand versucht das BKartA (2005a), Ziff. 233 ff. mit folgenden Argumenten auszuräumen: Eine Insolvenzfusion setzt voraus, dass es ohne die Fusion tatsächlich zu einer Insolvenz des betroffenen Krankenhauses kommt und damit die regionale Versorgung gefährdet wäre. Diese Situation sei in den zur Entscheidung anstehenden Fällen aber nicht gegeben, da es dabei um die eventuelle Schließung von Krankenhäusern in kommunaler Trägerschaft geht. Aufgrund des Sozialstaatsprinzips des Artikels 20 GG muss die stationäre Versorgung aber durch die öffentliche Hand gesichert sein. Dieser Sicherstellungsauftrag ist in den meisten Bundesländern auf die kommunale Ebene übertragen worden. Aufgrund dieses Sicherstellungsauftrages dürfen nach Ansicht des BKartA die Kommunen ein zur Versorgung notwendiges Krankenhaus nicht schließen, auch wenn es noch so kostenträchtig ist. Da eine Kommune nicht insolvent werden kann, schließt sich bei kommunalen Trägern der Fall der Insolvenzfusion per se aus. Die Versorgung ist auch im Falle des Fusionsverbotes gesichert, so dass die Harmoniethese aufrecht erhalten werden kann.

Diese Rechtfertigungsstrategie ist in mehrerer Hinsicht wenig überzeugend. Auch wenn eine Kommune selbst nicht insolvent werden kann, so zeigt doch die Praxis, dass es zu Schließungen kommunaler Krankenhäuser kommen kann. Notwendige Schließungen ergeben sich schon aus der festzustellenden Verkürzung der Verweildauer und der demographischen Entwicklung.

Des Weiteren ist der Sicherstellungsauftrag nicht eindeutig definiert und bietet einen breiten Interpretationsspielraum. Ist ein kommunales Krankenhaus mit einem chronischen Defizit behaftet, so werden im politischen Willensbildungsprozess Kosteneinsparungen gefordert, die zu Leistungseinschränkungen führen und die Versorgung einschränken, so dass die unterlassene Fusion faktisch zu einer Versorgungseinschränkung in dünnbesiedelten Räumen führen und so die Harmoniethese nicht mehr uneingeschränkt aufrecht erhalten werden kann. Bleibt aber das Versorgungsniveau gesichert, so entsteht ein neuer Konflikt zwischen Wettbewerbsrecht und den gesundheitspolitischen Zielen. Es ist ein Kernanliegen aller Reformen im Gesundheitswesen, mehr Effizienz zu generieren. Kleine Krankenhäuser sind jedoch zumindest als Vollversorger aufgrund niedriger Fallzahlen ineffizient. Liegt die durchschnittliche Bettennachfrage einer Region unter der Mindestbettenzahl von 100, so ist durchaus eine Konfliktsituation gegeben, da die Kommunen ineffiziente Krankenhäuser betreiben müssen, die sie nicht verkaufen dürfen.<sup>3</sup>

Mit Recht weist das BKartA weiter darauf hin, dass eine Fusion nicht zwingend ist. Nach § 36 (1) GWB wäre in diesem Fall eine Insolvenzfusion schon deshalb nicht in Betracht zu ziehen, da es neben der Fusion eine den Wettbewerb nicht beschränkende Alternative zur Fusion gibt. Anstelle der Fusion könnten die Krankenhäuser koope-



rieren und Netzwerke bilden. Dass auch diese Rechtfertigungsstrategie nicht haltbar ist, werden wir später unter zwei Aspekten diskutieren. Zum einen werden wir im III. Teil aufzeigen, dass die Harmoniethese schon deshalb wenig überzeugt, weil u. U. bei Krankenhäusern Marktversagen im Sinne des natürlichen Monopols vorliegen kann und zum anderen werden wir das „Allheilmittel“ Kooperation und Netzwerke im Rahmen der Diskussion der integrierten Versorgung im IV. Teil wettbewerbs- und gesundheitspolitisch problematisieren.

Wäre die Harmoniethese des BKartA uneingeschränkt gültig, dann wäre es ein sinnloses Unterfangen, eine Krankenhausübernahme über die Ministererlaubnis nach § 42 GWB durchzusetzen, sofern man nicht gesamtwirtschaftliche Vorteile oder ein überragendes Interesse der Allgemeinheit außerhalb des Gesundheitswesens aufzeigt. Wenn eine Harmonie zwischen Wettbewerbsrecht und den gesundheitspolitischen Zielen vorliegt, gibt es keinen Abwägungsspielraum, so dass eine Prüfung, ob die Wettbewerbsbeschränkung durch gesundheitspolitische Vorteile kompensiert wird, sinnlos ist. Die Harmoniethese schließt diese Möglichkeit per se aus.

Von daher muss man sich fragen, warum die Rhön-Klinikum AG u. a. mit kompetentem Rechtsbeistand eine Ministererlaubnis beantragt hat und dabei den zentralen Aspekt der Gesundheitspolitik einer ausreichenden Versorgung als wesentliche Begründung ihres Antrages vorgetragen hat.

Betrachtet man die Sondergutachten der Monopolkommission zu den beantragten Ministererlaubnissen, so kann man zunächst den Eindruck gewinnen, dass die Monopolkommission die Harmoniethese in ihren Stellungnahmen für gültig ansieht. Im Fall der Übernahme des Kreiskrankenhauses in Wolgast durch das Universitätsklinikum Greifswald (siehe BKartA (2006a)) befürwortet die Monopolkommission (2008a) die beantragte Übernahme. In diesem Fall gaben aber nicht gesundheitspolitische Erwägungen den Ausschlag, was u. U. für die Ablehnung der Harmoniethese sprechen würde, sondern hochschulpolitische Überlegungen.

Dennoch kann man keineswegs aus den Stellungnahmen der Monopolkommission das Fazit ziehen, dass sie von der uneingeschränkten Gültigkeit der Harmoniethese ausgeht. Vielmehr zeigen die Analysen der Monopolkommission, dass durchaus Effizienzvorteile durch eine Fusion mit gesundheitspolitischer Relevanz gegeben sind, was zunächst gegen die Harmoniethese spricht. Die Monopolkommission relativiert aber diese Aussage in mehrerer Hinsicht. Zum einen müssen wir zwischen betriebswirtschaftlicher Effizienz und gesamtwirtschaftlicher – insbesondere gesundheitspolitischer – Vorteilhaftigkeit differenzieren. Nur die Effizienzsteigerungen, die letztlich bei dem Adressaten der Gesundheitspolitik, den Patienten bzw. den Versicherten, ankommen, sind im Kontext der Prüfung von Bedeutung. Vieles spricht aber dafür, dass mit der fusionsbedingten Verringerung des Wettbewerbs die Wahrscheinlichkeit sinkt, die Effizienzsteigerung durch Fusion an die Patienten und Versicherten über bessere Qualität, niedrigere Preise und damit günstigere Krankenkassenbei-

träge weiterzugeben.<sup>4</sup> Ist dies aber dennoch der Fall, was die Monopolkommission nicht per se ausschließt, so ist die Harmoniethese falsifiziert.

Jetzt könnte man fragen, wenn die Harmoniethese von der Monopolkommission implizit in Frage gestellt wird, warum empfiehlt sie dann keine Ministererlaubnis. Dies empfiehlt sich deshalb nicht, weil eine Ablehnung der Harmoniethese logisch keine Ministererlaubnis impliziert. Für eine Ministererlaubnis ist in unserem Kontext ein Konflikt zwischen Wettbewerbsrecht und gesundheitspolitischen Zielen notwendig, aber nicht hinreichend.

Auch wenn die Monopolkommission nicht ausschließt, dass die Übernahme von Krankenhäusern positive gesundheitspolitische Effekte bewirkt, die ja auch das Kartellamt bei seiner Analyse der Strukturparameter sieht, diese aber gemäß seinem Auftrag nur unter dem Wettbewerbsaspekt zu bewerten hat, kommt die Monopolkommission zu dem durchaus überzeugenden Ergebnis, dass die gesamtwirtschaftlichen Vorteile nicht ausreichen, die negativen Wettbewerbswirkungen einer Fusion und damit eine Ministererlaubnis zu rechtfertigen. Dieses BKartA-bestätigende Ergebnis ist aber mitnichten eine Bestätigung der Harmoniethese, ganz im Gegenteil.

Wenn die bisherigen Ausführungen schon deutlich machen, dass die Harmoniethese auf schwachen Füßen steht und weder theoretisch noch empirisch vom BKartA, OLG und BGH belegt wird, dann muss man sich fragen, warum diese Institutionen in ihren Beschlüssen dieser These einen so zentralen Stellenwert geben, ist sie doch für die rein wettbewerbsrechtliche Prüfung auf der ersten Stufe, für die diese Institutionen verantwortlich sind, irrelevant.

Es sind im Wesentlichen zwei Gründe, warum diese Institutionen so vehement die Harmoniethese vertreten. Zum einen ist es das vage, den Wettbewerb verabsolutierende wettbewerbspolitische Leitbild, das dem GWB zugrunde liegt. Für das BKartA ist der Wettbewerb ein Wert an sich, der uneingeschränkt geschützt werden muss. Damit nimmt das BKartA international gesehen eine Außenseiterrolle ein. Während in den USA, auf der Ebene der EU und auch in den meisten Mitgliedstaaten – meist auf industrieökonomischen Überlegungen aufbauend – der Wettbewerb kein Wert an sich darstellt, sondern instrumental als Mittel zur Realisierung guter Marktergebnisse verstanden wird, beinhaltet das deutsche ordoliberal geprägte Wettbewerbskonzept die Auffassung, dass – wie es Böge/Jakobi ((2005), S. 113) formulieren – das Ziel des Wettbewerbs „der Schutz des Wettbewerbs ‚als Institution‘“ sei. Grundlegend ist dabei „die Auffassung von der Freiheit des Wettbewerbs als eigenem Ziel und nicht nur als Instrument zur Erreichung einer bestimmten Zielfunktion“. Diese Verabsolutierung des Wettbewerbs als Ziel an sich ist aber normativ wenig begründet und widerspricht dem ökonomischen Ansatz, der immer die Opportunitätskosten in den Vordergrund rückt und Handlungsalternativen betont. Entsprechend fragen Ökonomen, was kostet es eine Gesellschaft, wenn sie uneingeschränkt dieses Idealbild des Wettbewerbs verwirklichen will. Konkret wird in der hier gegebenen Ausgangssituation nach den gesundheitspolitischen Beein-

trächtigungen gefragt. Diese Frage ist aber dann völlig problemlos, wenn die Harmoniethese stimmen würde. Sie dient letztlich als Rechtfertigung einer Verabsolutierung des Wettbewerbs als Ziel an sich.

Zum anderen dient die Harmoniethese nicht nur zur Rechtfertigung eines wettbewerbspolitischen Leitbildes, sondern sie hat auch eine politische Funktion, wie die Kontroverse um den § 69 SGB V zeigt. Es ist das Bestreben des BKartA dafür zu sorgen, dass der Anwendungsbereich des GWB so weit wie möglich definiert wird; sei es aus Überzeugung, sei es aus dem Interesse, seine Kompetenzen als Bürokratie auszuweiten. Dies verlangt Überzeugungsarbeit bei den politischen Entscheidungsträgern.

Insbesondere ist es das Interesse des BKartA, wie die Stellungnahme des BKartA (2006b) zum GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) zeigt, zu erreichen, dass das GWB für alle Bereiche des Gesundheitswesens anwendbar ist, d. h. das Gesundheitswesen in keiner Form einen Ausnahmehereich des GWB darstellt. Für die Durchsetzung dieser radikalen Position ist die Akzeptanz der Harmoniethese immens hilfreich und es macht so Sinn, dass die entsprechenden Institutionen in ihren Beschlüssen diese These immer wieder betonen.

### III. Harmoniethese aus der Perspektive der Gesundheitsökonomik

Bisher haben wir die Beziehung zwischen Wettbewerbsrecht und den Zielen der Gesundheitspolitik aus dem Blinkwinkel der durch das GWB gegebenen Normen betrachtet. Im Folgenden geht es darum, eine umfassende Perspektive zu wählen und uns mit der grundsätzlichen Frage auseinanderzusetzen, ob mehr Wettbewerb das adäquate Instrument ist, die Ziele der Gesundheitspolitik zu verwirklichen. Dies ist zum einen die Schlussfolgerung des BKartA aus der Harmoniethese und zum anderen die Grundannahme des GKV-WSG.

Die Auffassung des BKartA ist es, dass alle Bereiche des Gesundheitswesens dem Wettbewerbsrecht unterworfen werden sollen. Dies gilt für

- a) die Leistungsbeziehungen zwischen Leistungserbringern und den Patienten/Versicherten, was Gegenstand der bisherigen Ausführungen war;
- b) die Beziehung zwischen Krankenkassen und den Leistungserbringern nach dem § 69 SGB V sowie der Abänderung durch das GKV-WSG nur eingeschränkt; (Hier gilt nach dem GKV-WSG, dass die §§ 19 bis 21 des GWB auch in den Vertragsbeziehungen zwischen den Krankenkassen zu den Leistungserbringern gelten, sofern diese nicht gesetzlich vorgegeben sind.)
- c) die Beziehungen zwischen den Krankenkassen nicht, auch wenn das BKartA in seiner Kontroverse um die Zulässigkeit von Festbeträgen auch in diesem Bereich das GWB anzuwenden versucht hat;<sup>5</sup> (Diese Kontroverse gewinnt mit Einführung des Gesundheitsfonds an Relevanz, weil diese zu Fusionen von Krankenkassen führen

wird, da die Vielzahl von ungefähr 208 Kassen wenig effizient ist und es zur Selektion kommen wird.<sup>6</sup>)

- d) die Beziehung zwischen den Krankenkassen und den Versicherten ebenfalls nicht.

Wesentlich differenzierter zu diesem Problemfeld hingegen ist die Auffassung der Europäischen Kommission und insbesondere die des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Während Krankenkassen z. B. nach der Auffassung des BKartA Unternehmen im Sinne des § 130 (1) GWB sind und in ihren Leistungsbeziehungen voll dem GWB unterliegen, ist der EuGH der Auffassung, dass die gesetzlichen Krankenkassen in den relevanten Leistungsbeziehungen solange keine Unternehmen darstellen und nicht dem Missbrauchsverbot der Art. 81 und 82 des EG-Vertrages unterliegen, sofern folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die Krankenkassen dürfen

1. keine Gewinnerzielung verfolgen,
2. keine risikoäquivalenten Beiträge erheben, um
3. den Solidarausgleich zu verwirklichen.

Auch wenn das Territorialprinzip vieler Gesundheitssysteme in den Mitgliedstaaten der EU, nach dem Leistungsansprüche nur im jeweiligen Mitgliedstaat selbst bestehen, den vier Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes widerspricht, vertritt der EuGH nicht uneingeschränkt die Auffassung, dass der Wettbewerb vollständig in allen Gesundheitssystemen durchgesetzt werden muss. So ist z. B. der EuGH der Auffassung, dass trotz der Dienstleistungsfreiheit bei stationären Leistungen im Gegensatz zu ambulanten der Wettbewerb eingeschränkt werden darf und die Vorschrift, dass stationäre Leistungen im Ausland einer Genehmigung der jeweiligen Krankenkasse bedarf, unter gewissen Einschränkungen zulässig ist.

Insbesondere wägt die Europäische Kommission bei Fusionsentscheidungen gemäß Art. 2 der EG-Fusionskontrollverordnung Wettbewerbsbeschränkungen gegen jeweilige fusionsbedingte Effizienzvorteile ab, da sie Konflikte zwischen dem Wettbewerbsziel und dem Effizienzziel nicht per se ausschließt.<sup>7</sup>

Leitbild des GWB ist die Auffassung, dass Wettbewerb ein Garant für Effizienz ist. Ob aber Wettbewerb als Steuerungsinstrument auch Effizienz im Sinne der Gesundheitspolitik garantiert, ist immens strittig und wir finden weltweit kein Gesundheitssystem, das uneingeschränkt auf die reinen Marktkräfte setzt. Wenn ein Gesundheitssystem dem Leitbild des GWB gerecht wird, dann ist es das der USA, das aber mit einem Ausgabenvolumen von 16 % des BIP und unzureichender Versorgung breiter Bevölkerungsschichten weder ökonomisch noch gesundheitspolitisch als effizient angesehen werden kann, so dass der Fall der USA die Harmoniethese keineswegs bestätigt.

Nun unterscheidet sich der Markt für Gesundheitsleistungen fundamental von einem üblichen Markt für normale Güter und Dienstleistungen, so dass man diesen aufgrund seiner Charakteristika besser als einen Quasimarkt bezeichnet und die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs

nicht gesichert ist. Folgende Charakteristika, die die Grenzen der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf diesem Quasimarkt verdeutlichen, sind hier u. a. von Relevanz.<sup>8</sup>

Der Preis bestimmt sich nicht über Angebot und Nachfrage, sondern ist über die Gebührenordnung für Ärzte, den einheitlichen Bewertungsmaßstab, Festbeträge usw. administrativ festgelegt worden. Ein administrierter Preis ist im allgemeinen kein Preis, der die gesellschaftlichen Kosten präzise widerspiegelt, so dass er seine Lenkungs-funktion nicht voll erfüllen kann. Viele Preise werden nicht über den Markt bestimmt, sondern werden – wie die Fallpauschalen für Krankenhausleistungen, die so genannten DRG – kollektiv ausgehandelt.

Funktionseinschränkungen des Wettbewerbs im Gesundheitswesen entstehen aber nicht nur deshalb, weil die Preise oft keine echten Knappheitspreise sind, sondern auch weil systematische Fehlanreize bei den Versicherten/ Patienten sowohl bei den gesetzlichen als auch bei den privaten Krankenkassen existieren. Dies ist die Nullkosten-mentalität, die zwangsweise in jeder Versicherung gegeben ist. Solange ein Versicherter nicht die vollen Kosten einer Leistungsanspruchnahme zu übernehmen hat, stimmt seine individuell optimale Nachfrage nicht mit der gesellschaftlich effizienten überein. Insbesondere sucht der Versicherte nicht das optimale Preis-Leistungsverhältnis, sondern nur die für ihn optimale Leistung. Damit ist aber die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Gesundheitsbereich erheblich eingeschränkt.

Um mehr Kostenbewusstsein zu generieren und die Effizienz der Marktlösung im Gesundheitsbereich zu stärken, wird oft vorgeschlagen, die Selbstbeteiligung der Patienten zu erhöhen. Gerade dieser Vorschlag macht deutlich, dass die Harmoniethese recht fragwürdig ist. Stärkt man die Selbstbeteiligung, so bedeutet dies nichts anderes als die Einschränkung des Versicherungsschutzes, was in der gesundheitspolitischen Diskussion als Zeckhauser-Dilemma bezeichnet wird. Während risikoaverse Versicherte bei fairen Versicherungsbeiträgen eine Vollversicherung präferieren, muss diese eingeschränkt werden, um u. a. moral hazard zu verhindern. Hinzu kommt, dass unter gesundheitspolitischen Aspekten die Selbstbeteiligung sehr problematisch ist, hat sie doch oft zur Konsequenz, dass unter Kostengesichtspunkten die Versicherten gerade auf die Leistungen – wie Vorsorge u. ä. – verzichten, die gesundheitspolitisch erwünscht sind.<sup>9</sup>

Des Weiteren sind perfekte Verträge im Sinne der Neuen Institutionenökonomik im Gesundheitsbereich, als eine weitere fundamentale Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, nicht realisierbar. Charakteristisch für den Gesundheitsbereich sind viel mehr unvollständige Verträge, wie das insbesondere für die Leistungsbeziehungen zwischen Ärzten bzw. Krankenhäusern und den Patienten, denen oft nur implizite Verträge zugrunde liegen, gilt. Wie schwierig perfekte vertragliche Regelungen auf der Ebene des Versicherten sind, zeigt die Sicherstellung der Versorgung des Versicherten durch „sein“ Krankenhaus. Die Sicherstellung der Versorgung stellt ein so genanntes Optionsgut dar. Nur im Schadens-

fall will man die Leistung des Krankenhauses in Anspruch nehmen. In der neoklassischen Ökonomik kann man dieses Optionsgut theoretisch über einen Konditional-vertrag sicherstellen, was aber an Informationsdefiziten der Komplexität der Materie usw. in der Realität scheitert. Hinzu kommt, dass man in Notfällen seine vertraglichen Ansprüche nicht durchsetzen kann. Auch wenn man einen vertraglichen Leistungsanspruch hat, wird bei Engpässen das Krankenhaus Notfälle bevorzugt behandeln, so dass ein Vertrag sinnlos ist und rein marktliche Regelungen an ihre Grenzen stoßen.

Unvollständige Verträge haben aber weitgehende Konsequenzen für den Gesundheitsbereich. Wären vollständige Verträge möglich, so wäre rein marktlich in allen Bereichen die Versorgung als Optionsgut vertraglich gesichert. Da diese aber oft nicht realisierbar sind, besteht staatlicher Handlungsbedarf, wie wir ihn z. B. im Bereich der Krankenhausplanung finden.

Darüber hinaus würde eine marktliche Lösung zur Folge haben, dass sich die Versorgung nach den Zahlungsbereitschaften und nicht nach den Bedürfnissen der Patienten ausrichten würde. Personen ohne ausreichende Zahlungsfähigkeit können am Markt keine Zahlungsbereitschaft offenbaren und wären dann ohne notwendige Versorgung. Auch hier wäre eine reine Marktlösung ohne sozialstaatliche Ergänzungen vielleicht im Sinne des BKartA ökonomisch effizient, aber gesundheitspolitisch wäre sie unerwünscht.

Da der Preismechanismus seine Steuerungsfunktion auf diesem Quasimarkt weitgehend nicht erfüllt, verfügen die Versicherten nur über den Steuerungsmechanismus der Abwanderung, um Effizienz zu erzwingen. Nun ist aber die Beweglichkeit in der Nachfrage bei den Versicherten/ Patienten erheblich eingeschränkt. Als Gründe sind hier die räumliche Immobilität – gerade wenn es um den Notdienst geht –, die persönliche Bindung an den Arzt des Vertrauens, als auch gesetzliche Restriktionen, wenn es z. B. um den Wechsel der Krankenkasse geht, anzuführen. Diese unzureichende Beweglichkeit in der Nachfrage garantiert im Allgemeinen nicht, dass der Wettbewerb unter den Leistungserbringern gute Marktergebnisse und eine zufriedenstellende Versorgung garantiert, wie dies u. a. die Harmoniethese unterstellt.<sup>10</sup>

Die Marktlösung des BKartA als Allheilmittel im Gesundheitsbereich wird fragwürdig, wenn man mögliches Marktversagen im Gesundheitsbereich nicht ausschließt. Betrachtet man die vier Formen von Marktversagen: öffentliche Güter, externe Effekte, natürliches Monopol und Informationsasymmetrien, so sieht man, dass alle im Gesundheitsbereich mehr oder weniger relevant sind, so dass aus dieser wohlfahrtstheoretischen Perspektive die unterstellte Effizienz marktlicher Lösungen im Gesundheitsbereich doch recht fragwürdig ist.

Da die Optionslösung nicht funktioniert, stellt die Sicherstellung der Gesundheitsvorsorge per se ein öffentliches Gut dar, denn in einem Sozialstaat können akut Kranke von der Leistungsanspruchnahme nicht ausgeschlossen



sen werden. Dies impliziert bei einer reinen marktlichen Lösung eine Unterversorgung.<sup>11</sup> „Bei einer reinen Marktlösung ergibt sich ein vom Staat nicht beeinflusster Preis für Krankenhausleistungen. Die Folge dieser marktwirtschaftlichen Variante kann sein, dass Krankenhausleistungen nicht in erforderlichem Umfang, nicht an allen gewünschten Standorten oder zu Preisen angeboten werden, die als nicht akzeptabel angesehen werden.“ (SVR (2007), Ziff. 411.) Dies gilt insbesondere für die Notfallversorgung.

Welche Relevanz externe Effekte im Gesundheitsbereich haben, zeigen die oben analysierten Entscheidungen des BKartA, das einseitig die Vertragsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Patienten betont und dabei – anders als der EuGH – die fiskalischen Externalitäten der Inanspruchnahme von Leistungen durch den Versicherten für die Krankenkassen vernachlässigt. Die Krankenkassen müssen nach dem Sachleistungsprinzip im Rahmen ihrer gesetzlichen Verpflichtungen für die Kosten der Krankenhausbehandlung aufkommen, was die Versicherten aufgrund ihrer Nullkostenmentalität nicht berücksichtigt.<sup>12</sup> So berücksichtigt der EuGH in seinem Geraets-Smits/Perrbooms-Urteil von 2001 die fiskalische Externalität, dass z. B. eine starke Ausweitung der stationären Leistung im Ausland, das finanzielle Gleichgewicht der Krankenkassen gefährden kann und hält deshalb die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die Kassen für gerechtfertigt. Dieses Argument gewinnt an Gewicht, da das SGB V explizit die Insolvenz einer Krankenkasse im Wettbewerbsprozess der gesetzlichen Krankenkassen zulässt.

Dass z. B. Krankenhäuser natürliche Monopole darstellen können, ist umstritten.<sup>13</sup> Ein natürliches Monopol liegt vor, wenn eine nachgefragte Leistung von einem Anbieter kostengünstiger als von mehreren Anbietern angeboten werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn eine subadditive Kostenfunktion vorliegt. Dazu ist hinreichend, dass die Durchschnittskostenkurve fallend verläuft. Die empirischen Arbeiten geben zum Vorliegen von Subadditivität kein eindeutiges Bild. Selbst wenn Subadditivität vorliegt, muss man abwägen, ob nicht die Effizienzvorteile eines natürlichen Monopols durch die allokativen und distributiven Nachteile gestiegener Marktmacht kompensiert und die Nachfrager sogar dadurch schlechter gestellt werden. Des Weiteren ist – was die Monopolkommission (2008b), Ziff. 851, betont – zu prüfen, ob nicht die Kostenvorteile durch einen Klinikverbund ebenfalls realisiert werden können, was entsprechend die Harmoniethese stützen und die Existenz eines natürlichen Monopols in Frage stellen würde. Marktversagen im Sinne eines natürlichen Monopols hat aber durchaus Relevanz für dünn besiedelte Räume mit entsprechend ungünstiger Verkehrsinfrastruktur, was auch der BGH (2008), Ziff. 45, einräumt.

Da diese peripheren Regionen auch meist durch ein niedriges Pro-Kopf-Einkommen gekennzeichnet sind, sind die dortigen kommunalen Träger oft gar nicht mehr in der Lage, eine ausreichende Versorgung im stationären Bereich zu gewährleisten. Für sie stellt sich oft als einzige Option der Verkauf an eine private Krankenkassenkette. Liegt der Extremfall einer dünn besiedelten finanzschwachen Region

vor, so stellt sich für kommunale Träger eines Krankenhauses aufgrund der Beschlüsse des BKartA ein regionalpolitisches Dilemma, wenn die kleinen Krankenhäuser der Region aufgrund unzureichender Verkehrsinfrastrukturen u. a. kein funktionsfähiges Netz aufbauen können. Nach den Beschlüssen des BKartA ist es einer einzelnen Kommune faktisch verboten, ihr Krankenhaus an einen leistungsfähigen Bewerber zu verkaufen, wenn das den Wettbewerb einschränkt. Sie ist deshalb gezwungen, ihr ineffizientes Krankenhaus weiter mit hohen Verlusten zu betreiben. Das ökonomische Defizit wird langfristig dazu führen, dass das Leistungsangebot des Krankenhauses sukzessive ausgedünnt wird, so dass das kleine Krankenhaus dann sowohl ökonomisch ineffizient ist als auch den gesundheitspolitischen Zielvorgaben nicht mehr gerecht wird. Damit bestätigen die Beschlüsse des BKartA die Harmoniethese im negativen Sinne. In dünn besiedelten finanzschwachen Regionen gibt es keinen Zielkonflikt zwischen der Verletzung wettbewerbs- und gesundheitspolitischer Ziele.<sup>14</sup> Aus diesem Sachverhalt lässt sich aber nicht logisch der Umkehrschluss einer *Harmonie* dieser Ziele ableiten.

Der Wettbewerbsoptimismus des BKartA ist besonders aufgrund von Marktversagen in Form von Informationsasymmetrien fragwürdig. Informationsasymmetrien, die im Gesundheitsbereich erhebliche Informationsdefizite der Patienten im Verhältnis zu den spezialisierten Leistungsanbietern beinhalten, führen nicht nur dazu, dass die Selbstbeteiligung kein Allheilmittel darstellt, sondern auch dazu, dass der Wettbewerb der Leistungsanbieter nicht zu gesellschaftlich erwünschten Ergebnissen, sondern u. U. zu einem *race to the bottom* bei den Gesundheitsstandards führt. Dass es für Patienten keine Anreize gibt, sich über PreisLeistungsverhältnisse zu informieren, wurde schon im Rahmen fehlenden Kostenbewusstseins angesprochen. Aber auch bei der Informationsbeschaffung über die Qualität der Leistungen gibt es Fehlanreize. Generell gilt, dass Informationen über die Leistungsqualität von Anbietern und insbesondere Krankenhäusern tendenziell öffentliche Güter darstellen, sich insbesondere bisher spontan kein Markt für den Verkauf der relevanten Informationen im Wettbewerb etablieren konnte. Unter Nutzen-Kostenüberlegungen lohnt es sich für den einzelnen Patienten nicht, sich gesellschaftlich optimal zu informieren – im Gegensatz zur Gesamtheit aller Versicherten. Dies würde auch den grundlegenden Überlegungen der Prinzipal-Agent-Theorie widersprechen.

Nun bedingt nicht jede Informationsbeschaffung zum Leistungsniveau eines Krankenhauses hohe Informationsbeschaffungskosten. Entsprechend differenziert das BKartA (2005b), Ziff. 126, zwischen Informationen über „Service und Komfort (Ausstattung der Patientenzimmer Cafeteria etc.)“ sowie medizinische Qualität. Auch die Monopolkommission (2007), Ziff. 72, weist auf die Fähigkeit des Patienten hin, sich über „die Freundlichkeit des Personals, die Länge der Wartezeiten, die Ausstattung der Zimmer oder die Qualität der Verpflegung“ zu informieren. Diese Parameter sind durchaus unter ökonomischen Effizienzüberlegungen von Relevanz, aber für die Zielsetzungen der Gesundheitspolitik nicht von zentraler Bedeutung. Z.

B. ist das britische Gesundheitswesen (NHS) durch sehr wenig „Komfort“ aber durch relativ gute medizinische Leistungserbringung gekennzeichnet. Da sich die Patienten relativ leicht adäquat über den Komfort eines Krankenhauses informieren können, ist zu befürchten, dass sie sich sehr stark an diesem Kriterium ausrichten und es zu einem Prozess der adversen Selektion kommt. Krankenhäuser mit hohem Komfort und nicht ganz so gutem medizinischem Leistungsniveau setzen sich gegenüber Krankenhäusern mit geringem Komfort und exzellenten medizinischem Leistungsniveau durch.<sup>15</sup>

Von daher ist die Vorgehensweise des Gesetzgebers nur konsequent. Da der davon ausgeht, dass der Markt kein ausreichendes Informationsniveau für den Patienten generiert, hat er im § 137 SGB V die Krankenhäuser verpflichtet, einen Qualitätsbericht zu erstellen, um die Patienten ausreichend über die medizinische Qualität zu informieren. Effizient wird die Informationsstrategie des Gesetzgebers durch die Suchmaschinen der Krankenkassen und kommerzieller Anbieter – wie der Krankenhaus-Navigator der AOK oder die Weisse Liste der Bertelsmann-Stiftung – unterstützt, die die Qualitätsberichte aufarbeiten.

#### IV. Integrierte Versorgung

Wie brüchig die Harmoniethese ist und wie wenig sie der Komplexität des Gesundheitswesens gerecht wird, zeigt die integrierte Versorgung – als eine Variante selektiver anstelle kollektiver Verträge zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen – im Gesundheitswesen. Durch die integrierte Versorgung soll sowohl die Effizienz als auch der Wettbewerb im Gesundheitswesen gestärkt werden. Dabei stellt – worauf der SVR (2007), Ziff. 377, ausdrücklich hinweist – die integrierte Versorgung ebenso wie der Wettbewerb keinen Selbstwert dar, sondern sie dienen der Realisierung von gesundheitspolitischen und ökonomischen Zielen. Kennzeichnend und aus Sicht des BKartA zu begrüßen ist, dass mit der integrierten Versorgung ein „Vertrags- und Versorgungswettbewerb mit selektivem Kontrahieren“ geschaffen wird und „dezentrale wettbewerbliche Suchprozesse“ (SVR (2007), Ziff. 288) in Gang gesetzt werden. Verträge werden insbesondere nicht mehr kollektiv von den Krankenkassen mit den Krankenhäusern ausgehandelt, sondern einzelne Krankenhäuser entwickeln mit Ärzten und anderen Leistungserbringern ein Versorgungskonzept, über das sie mit der jeweiligen Krankenkasse einen Versorgungsvertrag aushandeln.

Die Monopolkommission (2006), Ziff. 142, betont, dass ein wesentlicher Vorteil der integrierten Versorgung darin liegt, durch die Netzwerkbildung eine bessere Verzahnung von ambulantem und stationärem Bereich zu verwirklichen, weist aber auch auf die durch die integrierte Versorgung bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen hin, die wir erläutern wollen und die die Harmoniethese grundlegend in Frage stellen.

Völlig ungeklärt ist für Deutschland, weil entsprechendes Datenmaterial noch fehlt, ob die Einführung der inte-

grierten Versorgung nicht den Fusionsprozess im Krankenhausbereich verstärkt, da die integrierte Versorgung einen „leverage Effect“ bewirken kann, da mit ihr die Synergieeffekte der Fusion verstärkt werden.<sup>16</sup>

Aus Sicht des BKartA muss besonders kritisch gesehen werden, dass mit der integrierten Versorgung die Beweglichkeit in der Nachfrage der Patienten/Versicherten eingeschränkt wird. Die Krankenkassen bieten ihren Versicherten Wahltarife an, die sie mit Boni attraktiv machen. Mit dem Abschluss des Wahltarifs sind die Versicherten – je nach Regelung in der Satzung ihrer Krankenkasse – längerfristig an den Tarif gebunden. Dies bedeutet, dass sie nur die Leistungsanbieter in Anspruch nehmen dürfen, die im Netzwerk der integrierten Versorgung sind. Damit wird durch die integrierte Versorgung ein zentrales Wettbewerbselement ausgehebelt. Hinzu kommt – was für die Begründung der Beschlüsse des BKartA zu den oben verhandelten Krankenhausfusionen von zentraler Bedeutung ist –, dass man nur noch eingeschränkt von einer echten Marktbeziehung zwischen Krankenhaus und Patienten sprechen kann. Da die Patienten im Extremfall nicht unter den Anbietern auswählen können, kommt der Vertragsbeziehung zwischen Krankenkasse und Krankenhaus eine überragende Bedeutung zu und es wird wieder die Diskussion eröffnet werden, ob nicht doch der § 69 SGB V bei Krankenhausfusionen anzuwenden ist, so dass das Kartellamt nicht mehr intervenieren kann.

Wie problematisch die integrierte Versorgung aus der Sicht des Wettbewerbs ist, zeigt sich, wenn wir ihre Auswirkung auf den potenziellen Wettbewerb näher betrachten. Wettbewerb lebt nicht nur vom Wettbewerb, der am Markt agierenden Anbieter und Nachfrager. Entscheidend ist auch die Disziplinierung des Marktes, die sich aus der Möglichkeit ergibt, dass neue Konkurrenten in den Markt eintreten. Dies ist insbesondere dann zu erwarten, wenn auf einem Markt ein unzureichender Wettbewerb unter den Anbietern vorliegt, so dass diese hohe Renditen erzielen, die nicht mehr leistungsgerecht sind. Der potenzielle Wettbewerb kann aber seine Disziplinierungsfunktion nur erfüllen, wenn der Markt angreifbar ist, also keine Markteintrittsbarrieren existieren. Durch die engen langfristigen Vertragsbeziehungen mit den Krankenkassen verschaffen sich die etablierten Leistungsanbieter mit der integrierten Versorgung Eintrittsbarrieren und schließen potenzielle Wettbewerber vom Markt für Gesundheitsleistungen aus. Dieser Abschottungsprozess der integrierten Versorgung verstärkt sich dadurch, dass die Leistungsanbieter oft vertragsspezifische Investitionen im Gesundheitsbereich vornehmen und sie im Falle der Auflösung des Versorgungsvertrages mit der Krankenkasse nur mit großen sunk costs aus dem Markt ausscheiden können. Dies wird sie veranlassen, mit u. U. ruinösen Preis-Leistungsangeboten Versorgungsverträge zu erkämpfen. Da dies Newcomer wissen, werden sie davon abgehalten, in den Wettbewerb mit den etablierten Anbietern zu treten und nicht das Risiko eingehen, selbst gesundheitsspezifische Investitionen, die auf den erhofften Versorgungsvertrag zugeschnitten sein müssten, vorzunehmen.



Hinzu kommt, dass ein Newcomer es sehr schwer haben wird, einen etablierten Leistungsanbieter aus dem Markt zu drängen, da die Krankenkassen daran meist kein Interesse haben. Denn dies bedeutet, dass die Krankenkassen ihre Verträge mit ihren Versicherten, die an der integrierten Versorgung teilnehmen, ändern und ihnen klar machen müssten, dass sie z. B. ihren Arzt des Vertrauens zu wechseln haben. Insbesondere wenn eine Krankenkasse den Anbieter wechseln möchte, weil er trotz guter Leistungen einfach zu teuer ist, wird dies auf enormen Widerstand der Versicherten stoßen, die aufgrund der Null-Kostenmentalität nur die Leistung und nicht die Kosten interessieren.

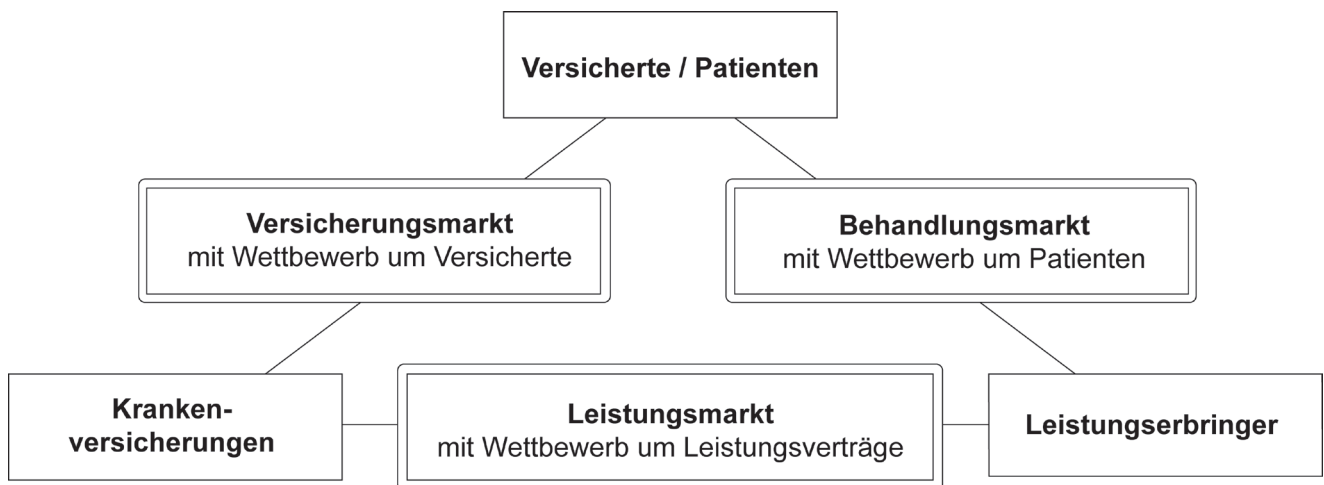
Des Weiteren ist aus wettbewerbspolitischer Sicht zu prüfen, ob die immer wieder als Alternative zur Fusion in die Diskussion gestellten Kooperationen und Netzwerke tatsächlich zu weniger Wettbewerbsbeschränkungen führen als die Fusion selbst. Auch sie stehen erst einmal unter Kartellverdacht, wenn man das Wettbewerbsrecht konsequent anwendet. Welches Potenzial an Wettbewerbsbeschränkungen diese Netzwerke generieren können, zeigt die integrierte Versorgung. Durch die vertragliche Anbindung kann in der integrierten Versorgung ein Krankenhaus den Ärzten Anreize bieten, dass diese als Gatekeeper des Krankenhauses instrumentalisiert werden, indem sie gezielt die Patienten veranlassen, sich im jeweiligen Krankenhaus behandeln zu lassen. Diese Steuerungsfunktion der Ärzte können dabei die Krankenhäuser mit „Kick-Back-Geschäften“ honorieren, indem sie den Ärzten die Nachversorgung zusichern und so den Arzt an sich binden.<sup>17</sup> Das alles hat wenig mit Wettbewerb zu tun. Von daher bewertet die Monopolkommission (2008b), Ziff. 822, die „engen

vertraglichen Beziehungen zwischen dem stationären und dem ambulanten Sektor“ durch die integrierte Versorgung durchaus kritisch.<sup>18</sup>

Einen völlig anderen Stellenwert gewinnt durch die integrierte Versorgung der § 36 GWB, nach dem zu prüfen ist, ob die Verschlechterung der Wettbewerbssituation durch die anstehende Fusion nicht durch positive Wettbewerbseffekte in anderen Marktsegmenten kompensiert wird, so dass unter Wettbewerbsgesichtspunkten ein Abwägungsprozess vorgenommen werden muss. Diesen Aspekt verdeutlichen Cassel u. a. (2008), S. 37 in der Abbildung 1, die die relevanten Märkte des Gesundheitssektors und ihre jeweiligen Akteure darstellt. Anhand dieser Abbildung kann man sehr schön aufzeigen, welche Wettbewerbseffekte auf andere Märkte ausgehen. Kumpmann (2008) betont die im Folgenden kurz skizzierten möglichen wettbewerblchen Spill-over-Effekte.

Unstrittig ist, dass die Einführung der integrierten Versorgung mit der Aufhebung von Kollektivverträgen und dem Kontrahierungszwang den Wettbewerb unter den Krankenkassen – den Leistungsmarkt – stärkt. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass damit, wie oben aufgezeigt wurde, gleichzeitig der Wettbewerb unter den Leistungserbringern nicht unerheblich eingeschränkt wird. Hinzu kommt, dass auch der Wettbewerb der Krankenkassen um Versicherte auf dem Versicherungsmarkt durch die integrierte Versorgung eingeschränkt wird. Wollen Versicherte ihre Krankenkasse wechseln, so ist dies erst möglich, wenn die vertragliche Bindung durch die Teilnahme an der integrierten Versorgung ausgelaufen ist. Wechselt ein Versicherter die Krankenkasse, so bedeutet dies u. U.,

Abbildung 1: Märkte und Wettbewerbsfelder im Gesundheitswesen



Quelle: D. Cassel u. a. (2008): *Vertragswettbewerb in der GKV*, Wissenschaftliches Institut der AOK, S. 37.

von einem Versorgungssystem in ein anderes wechseln zu müssen, was zur Folge hat, dass der Versicherte nicht mehr die vertrauten Leistungsersteller in Anspruch nehmen kann. Dies schränkt seine Wechselbereitschaft erheblich ein. Darüber hinaus betont der SVR (2007), Ziff. 289, dass die Einführung der integrierten Versorgung zur „Zersplitterung der Vertrags- und Versorgungslandschaft mit hohen Transaktionskosten“ führt und so „steigende Intransparenz“ zur Folge hat, wodurch Marktversagen aufgrund von Informationsasymmetrien verstärkt würde. Gravierend sind die mit mehr Vertragsfreiheit auf dem Leistungsmarkt verbundenen Einschränkungen des Wettbewerbs auf dem Behandlungsmarkt. Mit Recht weisen Cassel u. a. (2008) S. 21 u. 130 ff. darauf hin, dass selektive Verträge der Krankenkassen nur funktionieren, wenn sich die Versicherten an das jeweilige Vertragsmodell binden und so auf ihr für den Wettbewerb auf dem Behandlungsmarkt wichtige Instrument der Abwanderung verzichten. Insbesondere bei den Ausschreibungen für Hilfsmittel haben wir die Tendenz, dass durch den Vertragswettbewerb auf dem Leistungsmarkt die Wahlmöglichkeiten der Patienten drastisch eingeschränkt werden und die Krankenkassen den Versicherten diktieren, welche Leistungen und bei wem sie diese in Anspruch zu nehmen haben.

Hinzu kommt, da die Krankenkassen nicht im Sinne des „wohlmeinenden Diktators“ primär die Versorgungsinteressen der Versicherten im Auge haben, sondern sich im Wettbewerb auf dem Leistungs- und Versicherungsmarkt am Preis orientieren, dass es zu Qualitätseinbußen auf dem Behandlungsmarkt kommt, dem sich die Versicherten über Abwanderung dann nicht mehr entziehen können.

Auch im Gesundheitswesen können wir zwischen den drei Märkten Interdependenzen feststellen, die zu wettbewerbspolitischen Opportunitätskosten führen. Das was auf dem Leistungsmarkt über selektive Verträge an Effizienz gewonnen wird, schränkt u. U. den Wettbewerb auf dem Versicherungs- und Behandlungsmarkt deutlich ein.<sup>19</sup> Dieser Komplexität des Gesundheitswesens wird die pauschale Forderung des BKartA nach mehr Wettbewerb im Gesundheitssektor in keiner Weise gerecht.<sup>20</sup>

Die mit der integrierten Versorgung verbundenen wettbewerblichen und gesundheitspolitischen Auswirkungen lassen nach Ansicht des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi (2006), Ziff. 335, nur folgende Schlussfolgerung zu: „das allgemeine Kartellrecht dürfte nicht ausreichen, um dafür angemessene Lösungen zu finden. Dann müsste mittels eigenständiger gesundheitsrechtlicher Regeln bestimmt werden, welche Arten von Abreden toleriert werden, welche durch ausdrückliche Entscheidung zugelassen werden können und welche von vornherein ausgeschlossen sind.“<sup>21</sup>

## V. Schluss

Als Fazit unserer obigen Überlegungen ist festzustellen, dass die einfache Harmoniethese des BKartA, nach der kein Konflikt zwischen der Wettbewerbspolitik, für die der

Wettbewerb ein Wert an sich darstellt, und den Zielen der Gesundheitspolitik bestehe, in dieser pauschalen Form nicht aufrechtzuerhalten ist und der Komplexität institutioneller Regulierungen des Gesundheitsbereichs nicht gerecht wird. Dass mit Fusionen Synergieeffekte einhergehen, die gesundheitspolitisch durchaus erwünscht sind, wird anhand vieler Beispiele untermauert, so dass damit eigentlich die Harmoniethese widerlegt ist. Dies gilt aber nur, wenn die fusionsbedingten Synergieeffekte auch bei den Patienten, dem Adressaten der Gesundheitspolitik ankommen.

Diesen Aspekt prüft aufgrund seiner Aufgabenstellung das BKartA zu Recht nicht. Viel mehr zeigt es auf, dass Synergieeffekte vorliegen, die aber den Wettbewerb über die Fusion hinaus zusätzlich einschränken und betont, dass die gesundheitspolitischen Zielsetzungen ohne Fusion durch Kooperationen und Netzwerke gesichert werden können, so dass die Harmoniethese doch aufrecht erhalten werden könne. Unsere Ausführungen haben aber am Beispiel der integrierten Versorgung deutlich gemacht, dass Kooperationen und Netzwerke wettbewerbspolitisch durchaus problematisch sind und nicht die Harmoniethese stützen.

Die Begründung und Rechtfertigung der Beschlüsse des BKartA und der nächst höheren Instanzen anhand der Harmoniethese ist nicht nur aufgrund der unzureichenden empirischen Fundierung fragwürdig, sondern auch völlig überflüssig, hat das BKartA doch nur wettbewerbsrechtliche und keine gesundheitspolitischen Aspekte zu berücksichtigen. Dies ist alleinige Aufgabe der Monopolkommission, wenn es um eine Ministererlaubnis geht. Die Monopolkommission sieht aber durchaus gesundheitspolitisch relevante gesamtwirtschaftliche Wohlfahrtseffekte einer Fusion und stellt damit die Harmoniethese in Frage, auch wenn sie nicht zu dem Schluss kommt, dass die gesundheitspolitischen Vorteile die wettbewerbsrechtlichen Nachteile überkompensieren.

Warum ordnet bei einer solch schwachen Fundierung dennoch das BKartA der Harmoniethese solch einen hohen Stellenwert zu? Die Begründung liegt auf der Ebene der Politikbeeinflussung, die das BKartA anstrebt, um ihre wettbewerbspolitischen Vorstellungen auch im Gesundheitsbereich durchzusetzen und Kompetenzen in diesem Bereich zu erringen. Diese Intention wird z. B. im Streit um die gerichtliche Zuständigkeit für Rabattverträge bei Festbeträgen deutlich, wo sich, wie die Ärzte-Zeitung vom 22.08.2008 schreibt, BGH und Bundessozialgericht wie die „Kesselflicker“ gestritten haben, als auch in den Überlegungen des Präsidenten des BKartA, der entsprechend ausführte: „Die Ziele der Gesundheitspolitik – die Versorgungssicherheit, die Qualitätssicherheit und die Kostensenkung – sind nicht nur mit den Zielen der Wettbewerbspolitik und des Wettbewerbsrechts vereinbar, sondern sogar besser zu erreichen als durch gesetzliche Regulierung (Böge (2007), S. 40)“. Ob aber mehr Wettbewerb das Allheilmittel im Gesundheitswesen ist, dieser Nachweis muss erst noch erbracht werden. Vielmehr sollte man ideologiefrei prüfen, welche institutionellen Regelungen dem komplexen Sys-

tem Gesundheitswesen gerecht werden, wobei wohl eine Vielfachsteuerung, die nicht nur auf den Markt setzt, zu entwickeln ist. Dogmatismus ist zur Lösung dieser schwierigen Aufgabe wenig hilfreich.

## Literaturverzeichnis

- Baltzer, Johannes (2007): Das Sozialrecht als Wettbewerbsordnung (Teil I und II), in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 54. Jg., S. 573-579 u. 638-644.
- Böge, Ulf (2007): Der Markt für Krankenhausleistungen aus der Sicht des Bundeskartellamts, in: J. Klauber, B.-P. Robra, H. Schnellensmidt (Hrsg.): Krankenhausreport, Stuttgart, New York, S. 35-48.
- Böge, Ulf/Jakobi, Wolfgang (2005): Die Berücksichtigung von Effizienzen in der Fusionskontrolle, in: Wirtschaftsrecht, 60. Jg., S. 113-119.
- Breyer, Friedrich/Zweifel, Peter/Kifmann, Mathias (2005): Gesundheitsökonomik, 5. Aufl., Berlin.
- Bundesgerichtshof (2008): Beschluss in der Kartellverwaltungssache Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, KVR 26/07.
- Bundeskartellamt (2005a): Beschluss in dem Verwaltungsverfahren Rhön-Klinikum AG/Landkreis Rhön-Grabfeld GmbH, B 10 – 123/04.
- Bundeskartellamt (2005b): Beschluss in dem Verwaltungsverfahren Rhön-Klinikum AG/Krankenhaus Eisenhüttenstadt GmbH, B 10 – 109/04.
- Bundeskartellamt (2006a): Beschluss in dem Verwaltungsverfahren Universitätsklinikum Greifswald/Kreiskrankenhaus Wolgast, B 3 – 1002/06.
- Bundeskartellamt (2006b): Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Bonn: BT-Drucksache 16/3100 vom 24. Oktober 2006.
- Cassel, Dieter/Ebsen, Ingwer/Groß, Stefan/Jacobs, Klaus/Schulze, Sabine/Wasem, Jürgen (2008): Vertragswettbewerb in der GKV, Bonn.
- Hirschmann, Albert O. (1970): Exit, Voice and Loyalty, Cambridge, MA.
- Holst, Jens (2008): Kostenbeteiligungen für Patienten – Reformansatz ohne Evidenz! Veröffentlichungsreihe der Forschungsgruppe Public Health (WZB).
- Kumpmann, Ingmar (2008): Grenzen des Wettbewerbs im Gesundheitswesen, in: Sozialer Fortschritt, 57. Jg., S. 217-224.
- Monopolkommission (2006): Sondergutachten: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit dem Landkreis Rhön-Grabfeld.
- Monopolkommission (2007): Sondergutachten: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH.
- Monopolkommission (2008a): Sondergutachten: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH.
- Monopolkommission (2008b): Siebzehntes Hauptgutachten (2006/2007): WENIGER STAAT, MEHR WETTBEWERB – Gesundheitsmarkt und staatliche Beihilfen in der Wettbewerbsordnung.
- Mühlhausen, Karl/Kimmel, Peter (2008): Die gesetzliche Krankenversicherung zwischen Sozialrecht, Vergaberecht und Kartellrecht – der notwendige Weg zu einem Sozialvergaberecht, in: Gesundheits- und Sozialpolitik, 62. Jg., S. 30-35.
- Oberlandesgericht Düsseldorf (2007): Beschluss in dem Beschwerdeverfahren der Rhön-Klinikum AG/Landkreis Rhön-Grabfeld GmbH, VI-Kart 6/05 (V).
- Ribhegge, Hermann (2004): Sozialpolitik, München.
- Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (2007): Kooperation und Verantwortung – Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung. Gutachten 2007.
- Wenner, Ulrich (2008): Neue Runde im Streit um die gerichtliche Zuständigkeit für Rabattverträge von Krankenkassen, in: Soziale Sicherheit, 57 Jg., S. 316-318.
- Wille, Eberhard/Cassel, Dieter/Ulrich, Volker (2008): Weiterentwicklung des Gesundheitssystems und des Arzneimittelmarktes, unveröffentlichtes Gutachten für den Verband Forschender Arzneimittelhersteller e.V.
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (2006): Stellungnahme: Mehr Wettbewerb im System der Gesetzlichen Krankenversicherung.

## Fußnoten:

- Herrn Dipl.-Kfm. D. Buchführer und Herrn Prof. Dr. J. Haucap gilt mein Dank für wertvolle Anregungen.
- Dass dieser Fall nicht unreal ist, zeigt die Schließung des Kreiskrankenhauses Mellrichstadt, das eigentlich von der Rhön-Klinikum AG übernommen werden sollte, dessen Übernahme jedoch in letzter Instanz untersagt wurde.
- Wenn die Nachfrage so gering ist, dass eine Bettenkapazität von 100 Einheiten unterschritten wird, ist das Krankenhaus z. B. nicht wirtschaftlich zu betreiben. Vgl. Monopolkommission (2006), Ziff. 129.
- Siehe dazu Monopolkommission (2008b), Ziff. 809.
- Völlig kontrovers sind hier die Auffassungen vom Bundessozialgericht (BSG) und BGH. Während das BSG geurteilt hat, dass für Klagen im Zusammenhang mit Rabattverträgen allein die Sozialgerichte zuständig seien, hat der BGH entschieden, die OLG seien zuständig. Siehe dazu z. B. Wenner (2008).
- Um den fairen Wettbewerb zu stärken, wurde mit dem GKV-Organisations-Gesetz die Insolvenzfähigkeit ausgeweitet.
- Von daher ist es schon ein wenig verwunderlich, dass die Kommission und der EuGH in der öffentlichen deutschen Diskussion oft als die Bedrohung des Sozialstaates tabuisiert werden, während das Bestreben des BKartA, dem Gesundheitswesen ein neoliberales Wettbewerbsrecht aufzuoktroieren, sang und klanglos hingenommen wird.
- Siehe dazu u. a. Breyer/Zweifel/Kifmann (2005), S. 173 ff. und Ribhegge (2004), S. 199 ff.
- Siehe dazu auch die kritische Analyse von Holst (2008) und die dort angegebene Literatur.
- Diese Ineffizienz der Abwanderung wird ausführlich von Hirschman (1970) analysiert.
- Vgl. Monopolkommission (2008b), Ziff. 853.
- Dieser Aspekt wird auch von der Monopolkommission (2006), Ziff. 108, betont. Entsprechend weist sie darauf hin, dass der Markt für Krankenhausleistungen kein „Wettbewerbsmarkt im herkömmlichen Sinne“ sei.
- Das BKartA diskutiert diesen Aspekt unter der Fragestellung von Synergieeffekten von Krankenhauszusammenschlüssen.
- Einen Lösungsweg zeigt aber der BGH (2008), Ziff. 45, auf. In dieser Situation wäre nach Auffassung des BGH anders als nach der apodiktischen Meinung des BKartA eine Insolvenzfusion in Betracht zu ziehen.
- Wie wenig Portale ihre Informationsfunktion erfüllen, wird im Bereich der ambulanten Vorsorge deutlich, wenn man sich die Portale wie z.B. docinsider.de, topmedic.de, imedo.de, jameda.de oder helpster.de näher anschaut.
- Eine Analyse und einen Literaturüberblick über die Auswirkungen, der durch die Einführung der integrierten Versorgung bedingten Fusionstendenzen findet man beim SVR (2008), Ziff. 353 ff.
- Siehe dazu den Bericht des Fernsehmagazins: Report Mainz vom 19.01.2009 mit dem Titel „Verhöckerte Patienten: Fragwürdige Deals zwischen Ärzten und Krankenhäusern“.
- Welche Chancen die integrierte Versorgung den Leistungsanbietern verschafft, ihre Marktposition zu festigen bzw. zu verstärken, untersucht eingehend der SVR (2008), Ziff. 355.
- Diese Interdependenzen werden auch von Cassel u. a. (2008) S. 40 nicht ausreichend berücksichtigt. Auch sie gehen implizit von der Harmonithese aus, wenn sie schreiben, „das Einschränkungen bei den individuellen Handlungsspielräumen bzw. Wettbewerbsparametern auf einem Markt entsprechende Einschränkungen auf den jeweils anderen Märkten nach sich ziehen und die Intensität des Wettbewerbs insgesamt verringern“.
- So arbeiten Wille/Cassel/Ulrich (2008) S. 113 für den Arzneimittelsektor heraus, dass mehr Wettbewerb im Gesundheitssektor nur dann sinnvoll ist, wenn damit eine entsprechende Deregulierung einhergeht.
- Diese These wird ausführlich von Mühlhausen/Kimmel (2008) begründet. Hingegen vertritt Baltzer (2007) die radikale Auffassung, dass das Sozialrecht eine sozialrechtliche Wettbewerbsordnung beinhaltet, so dass das Sozialrecht selbst genügende Normen bietet.