

Hier hat das  
Kartellamt  
ein Wörtchen  
mitzureden.

Foto: Bilderbox

# Die Rechnung nicht ohne den Wirt machen

## Kartellrechtliche Vorgaben bei Zusammenschlüssen von Krankenhäusern

Im Frühjahr 2005 untersagte das BKartA der Rhön-Klinikum AG zunächst den Erwerb der Kreiskrankenhäuser des Landkreises Rhön-Grabfeld und sodann den Erwerb des

burg zu erwerben, nur unter der Auflage frei, dass die LBK Hamburg GmbH eines ihrer Krankenhäuser veräußert.

Diese Fälle haben für viel Wirbel gesorgt. Es besteht Informationsbedarf darüber, wann Krankenhauszusammenschlüsse zur Fusionskontrolle anzumelden sind und unter welchen Voraussetzungen sie vom BKartA freigegeben sind.

### Anwendungsbereich der Fusionskontrolle

Bei den hier interessierenden Zusammenschlüssen sind die Vorgaben des deutschen Kartellrechts nach §§ 35 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) zu beachten. Danach findet die Fusionskontrolle Anwendung, wenn die Zusammenschlussbeteiligten einschließlich der mit diesen verbundenen Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen überschreiten: Relevant ist v.a. die Schwelle von 500 Mio. Euro weltweiter Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen insgesamt (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB), während die Über-

schreitung der zusätzlich zu erreichenden Umsatzschwelle nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB, wonach mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse in Höhe von 25 Mio. Euro im Inland erzielt haben muss, in den hier interessierenden, meist rein deutschen Fällen regelmäßig aus der Erfüllung des ersten Kriteriums folgt. Eine Ausnahme gilt nach der Bagatellklausel des § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB, soweit sich ein nicht abhängiges Unternehmen mit

*Trotz der über 40 allein seit dem Jahr 2000 beim Bundeskartellamt (BKartA) angemeldeten Zusammenschlüsse von Krankenhäusern, lag bis zum Frühjahr 2005 keine einzige veröffentlichte Entscheidung des BKartA zu Krankenhauszusammenschlüssen vor, weil die bis dahin geprüften Fälle alle als unproblematisch bewertet und in der ersten Phase freigegeben worden waren. Diese Situation änderte sich schlagartig im Frühjahr 2005. Seitdem findet das Thema Fusionskontrolle in der Krankenhausbranche wachsende Beachtung.*

Städtischen Krankenhauses Eisenhüttenstadt. Anschließend gab das BKartA das Vorhaben der Asklepios Kliniken GmbH, eine Mehrheitsbeteiligung an der LBK Hamburg GmbH von der Freien und Hansestadt Ham-



Rechtsanwalt Dr. Stefan Bretthauer

weltweiten Umsatzerlösen von weniger als 10 Mio. Euro mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt. Danach können Kleinkrankenhäuser mit geringen eigenen Umsatzerlösen kontrollfrei erworben werden, sofern diese vor dem Zu-

sammenschluss nicht von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden oder sofern diese zusammen mit dem Veräußerer unterhalb der genannten Umsatzschwelle bleiben.

Unabhängig von der formalen Erfüllung der Umsatzkriterien ist strittig, ob die Fusionskontrolle überhaupt auf Zusammenschlüsse von Krankenhäusern anwendbar sein kann. Die Rhön-Klinikum AG hatte in den beiden genannten Verfahren gegenüber dem BKartA v. a. argumentiert, im deutschen Krankenhausrecht hätten die Krankenhausträger keine freien Spielräume im Hinblick auf ihr Wettbewerbsverhalten, so dass kein Anwendungsspielraum für das GWB mehr verbleibe. Diese Argumentation hat das BKartA ebenso wenig gelten lassen wie eine auf § 130 Abs. 1 GWB oder § 69 SGB V gestützte Bereichsausnahme für Krankenzusammenschlüsse. Zwar hat das BKartA eine enge Regulierungsdichte auf dem Markt für Krankenhausleistungen eingeräumt, gleichzeitig aber festgestellt, es bestünden für alle Marktteilnehmer noch erhebliche Wettbewerbsspielräume, insbesondere im Hinblick auf den hier besonders relevanten Investitions- und Qualitätswettbewerb. Dass Krankenhäuser trotz weitgehender rechtlicher und tatsächlicher Einschränkungen ihres Wettbewerbsverhaltens über verbleibende Verhaltensspielräume verfügen und aktiv miteinander um Patienten konkurrieren, wird man kaum bestreiten können. Jedenfalls müssen sich zusammenschlussbereite Krankenhäuser darauf einstellen, dass das BKartA eine Bereichsausnahme für Krankenzusammenschlüsse nicht akzeptiert und bei Überschreitung der relevanten Umsatzschwellen ohne weiteres von einer Anmeldepflicht ausgeht. Dieser Auffassung hat sich offenbar auch das OLG Düsseldorf angeschlossen, das in dem anhängigen Beschwerdeverfahren der Rhön-Klinikum AG einen Beweisbeschluss erlassen hat, der die grundsätzliche Anwendbarkeit der Fusionskontrolle impliziert.

### **Vollzugsverbot und Verfahren**

Besteht aufgrund der Überschreitung der Umsatzschwellen eine Anmeldepflicht, dürfen die zusammenschlussbereiten Krankenhäuser ihren Zusammenschluss nach § 41 GWB nicht vor der Freigabe durch das BKartA vollziehen. Gegen dieses Vollzugsverbot verstoßende Rechtsgeschäfte (z. B. Übertragungsakte ohne aufschiebende Bedingung der kartellbehördlichen Freigabe) sind unwirksam, ein vollzogener Zusammenschluss, der hätte untersagt werden müssen, ist vom BKartA aufzulösen. Zudem kann das BKartA bei einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot Bußgelder in Höhe von bis zu einer Million Euro gegen das verantwortliche Management und darüber hinaus in Höhe von bis zu 10% des Jahresumsatzes gegen die beteiligten Unternehmen verhängen.

Kartellrechtlich unbedenkliche Fälle hat das BKartA nach § 40 GWB innerhalb einer Frist von einem Monat seit Eingang der vollständigen Anmeldung freizugeben. Wenn aus Sicht des BKartA eine weitere Prüfung des Zusammenschlusses erforderlich ist, muss das BKartA innerhalb der Monatsfrist in das sog. Hauptprüfverfahren eintreten, in dem das BKartA innerhalb von vier Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung über die Freigabe oder Untersagung des Zusammenschlusses entscheiden muss.

## **Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung**

Nach der Anmeldung eines Zusammenschlusses prüft das BKartA nach § 36 Abs. 1 GWB, ob von dem Zusammenschluss zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Einen Anhaltspunkt bietet hier die Marktbeherrschungsvermutung bei einem Marktanteil der Beteiligten von einem Drittel (§ 19 Abs. 3 GWB). Die Marktanteile berechnet das BKartA auf der Grundlage von Fallzahlen.

Bei dieser Prüfung ist zunächst die Vorfrage zu beantworten, um welchen Markt es bei Krankenhauszusammenschlüssen eigentlich geht. Im Grundsatz unbestritten ist der Ansatz des BKartA bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes: Das BKartA hat auf der Grundlage einer umfassenden Analyse der Patientenströme in den Gebieten um die am Zusammenschluss beteiligten Krankenhäuser geprüft, in welchem Umfang Patienten aus den verschiedenen Gebieten welche Krankenhäuser tatsächlich nutzen und damit unter räumlichen Gesichtspunkten als gegeneinander austauschbar ansehen. Im Ergebnis ist das BKartA auf dieser Grundlage zu engen regionalen Märkten gekommen, z. B. dem Markt Frankfurt/Oder oder dem Markt Hamburg.

Umstritten ist dagegen die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes. Auch dieser bestimmt sich grundsätzlich nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept: Aus der Sicht der Marktgegenseite ist zu entscheiden, welche Waren oder gewerblichen Leistungen unter sich austauschbar sind. Soweit eine Austauschbarkeit in diesem Sinne zu bejahen ist, ist von einem sachlich relevanten Markt auszugehen. Das BKartA hat in seinen Entscheidungen aus dem Frühjahr 2005 sowie in seinen jüngsten Entscheidungen Klinikum Nürnberg vom 16. 12. 2005 sowie Altonaer Kinderkrankenhaus vom 8. 3. 2005 auf die Patienten als Marktgegenseite abgestellt und ist auf dieser Basis von einem Markt für Krankenhausdienstleistungen ausgegangen. Dabei handelt es sich um den Angebotsmarkt für medizinische Dienstleistungen, die in Krankenhäu-

sern gegenüber Patienten erbracht werden. Dagegen seien die ambulanten praxisärztlichen Behandlungen nicht in diesen Markt einzubeziehen. Auch Rehabilitationseinrichtungen, Pflege- und Altenheime sowie reine Privatkliniken seien mangels Austauschbarkeit des Leistungsangebots hiervon abzugrenzen.

Eine weitere Untergliederung des Krankenhausmarktes in sachlich relevante Teilmärkte hat das BKartA als nicht sachgerecht abgelehnt: Es verwarf eine Unterteilung in Fachkliniken und Allgemeinkrankenhäuser, da die Fachkliniken nur einzelne Tätigkeiten aus dem Bereich der Allgemeinkrankenhäuser herausgriffen. Auch eine Unterteilung der Krankenhäuser unterschiedlicher Versorgungsstufen lehnte das BKartA als nicht sachgerecht ab, weil sich die Tätigkeitsbereiche der Krankenhäuser sämtlicher Versorgungsstufen überschneiden. Schließlich lehnte das BKartA eine weitere Differenzierung nach verschiedenen medizinischen Fachabteilungen ab und stellte zur Begründung auf den „Sortimentsgedanken“ ab: Krankenhäuser böten in aller Regel ein „Grundsortiment“ an, das aus einer Palette unterschiedlicher medizinischer Fachleistungen mit einer unterschiedlichen Spezialisierungstiefe ergänzt werde. Der Patient nehme das Angebot als Gesamtangebot wahr, das er aber nie als Komplettleistung, sondern im konkreten Bedarfsfall immer nur als Teilleistung nachfrage.

Im Widerspruch zu der weiten Marktabgrenzung des BKartA vertrat das OLG Düsseldorf in seinem Beweisbeschluss vom 5. 10. 2005 im Beschwerdeverfahren der Rhön-Klinikum AG dagegen die Auffassung, der sachlich relevante Markt für Krankenhausdienstleistungen sei weiter danach zu unterteilen, aus welcher medizinischen Fachrichtung und nach welcher Versorgungstiefe, d. h. welcher Stufe des medizinisch-technischen Leistungsvermögens, Krankenhausdienstleistungen nachgefragt würden.

Diese Marktabgrenzung ist problematisch, weil weder verbindliche Vorgaben noch eine anerkannte Praxis für die Abgrenzung von Fachgebieten und Versorgungsstufen existieren. Deshalb könnten die Krankenhäuser, die bei der Prüfung eines

Zusammenschlusses im Rahmen der Ermittlung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem räumlich relevanten Markt vom BKartA befragt werden, teilweise identische medizinische Leistungen unterschiedlichen Fachrichtungen und unterschiedlichen Versorgungsstufen zuordnen. Es ist daher zu befürchten, dass es zu Untersagungen von Zusammenschlüssen kommen könnte, weil auf der Grundlage von sachlich unzutreffenden Ergebnissen von Markterhebungen des BKartA der letztlich falsche Eindruck entsteht, es würden marktbeherrschende Stellungen begründet oder verstärkt werden. Auch den zusammenschlussbereiten Krankenhäusern dürfte auf dieser unsicheren Grundlage eine realistische Selbsteinschätzung ihrer Marktposition schwerfallen, so dass sie die fusionskontrollrechtliche Zulässigkeit ihres Zusammenschlussvorhabens vor der Durchführung des Fusionskontrollverfahrens kaum einschätzen könnten. Allerdings wird bei der Anmeldung eines Zusammenschlusses ohnehin die dezidiert abweichende Auffassung des BKartA zu berücksichtigen sein.

## **Problematische Zusammenschlüsse**

Es muss betont werden, dass Krankenhauszusammenschlüsse, soweit sie überhaupt wegen der Überschreitung der relevanten Umsatzschwellen anmeldepflichtig sind, vom BKartA dennoch im Regelfall als unproblematisch angesehen und innerhalb der Monatsfrist freigegeben werden. Dies ergibt sich schon aus der geringen Zahl der veröffentlichten Untersagungs- bzw. Auflagenentscheidungen. Sofern die zusammenschlussbereiten Krankenhäuser nicht (auch nicht über verbundene Unternehmen) auf demselben räumlichen Markt tätig sind, folgt dies regelmäßig bereits aus der fehlenden Marktanteilsaddition. Problematisch sind somit v.a. die Fälle, in denen die zusammenschlussbereiten Krankenhäuser auf demselben räumlichen Markt tätig sind. In diesen Fällen ist die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung genau zu prüfen. Dabei bieten die Marktanteile der Beteiligten einen wichtigen Anhaltspunkt. Die entscheidende Frage, ob die Beteiligten

nach dem Zusammenschluss wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt sind, erschöpft sich jedoch nicht in der Addition von Marktanteilen. Ist die Begründung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss dagegen nicht von der Hand zu weisen, kann mit dem BKartA u.U. zur Vermeidung einer Untersagung eine Auflagenentscheidung abgestimmt werden, wonach der Zusammenschluss z. B. nur unter der Auflage freigegeben wird, dass der Käufer durch den Verkauf eines anderen Krankenhauses Marktmacht abgibt, soweit dies die durch den Zusammenschluss hinzugewonnene Marktmacht kompensiert. ■

**Rechtsanwalt Dr. Stefan Bretthauer  
HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK  
Bleichenbrücke 9  
22354 Hamburg  
www.heuking.de**

Quellen beim Verfasser

*Der Verfasser hat das Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf und das Altonaer Kinderkrankenhaus in dem Fusionskontrollverfahren vor dem BKartA vertreten.*