



Fotos: Fotolia

Der Bundesgerichtshof hat Mitte Januar vorigen Jahres eine viel beachtete Entscheidung für die Fusionskontrolle von Krankenzusammenschlüssen getroffen (Az: KVR 26/07), die eine ebenso stark diskutierte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom April 2007 (Az: VI Kart 6/05 (V)) zur Ausgangslage hatte. Beide werden Auswirkungen auf die Entwicklung des Krankenhausmarktes in Deutschland haben. Fusionen unterschiedlichster Ausgestaltung haben kartellrechtliche Relevanz. In der Praxis muss außerdem nun das gesamte Leistungsangebot der betroffenen Krankenhäuser in die (kartellrechtliche) Prüfung der Zulässigkeit einbezogen werden.

Markt oder nicht Markt?

Auswirkungen der Rechtsprechung des BGH zur Fusion von Krankenhäusern

Der Bundesgerichtshof hat am 16. Januar vorigen Jahres entschieden, dass auch die Zusammenschlüsse von Krankenhäusern der Fusionskontrolle nach §§ 35 bis 43 GWB unterliegen. Er bestätigte mit dieser Begründung die Entscheidung des Bundeskartellamtes, das den Erwerb des Kreiskrankenhauses Bad Neustadt durch die Rhön-Klinikum AG untersagt hatte. Bereits zuvor war vom OLG Düsseldorf die Fusion ebenfalls untersagt worden. Auch dies wurde durch den BGH bestätigt. Für die fusions- und kartellrechtliche Beurteilung des Gesundheits- und Krankenhausesektors muss die Entscheidung des BGH als Meilenstein und Ergebnis einer längerfristigen Entwicklung betrachtet werden. Schon nach der 7. Kartellrechtsnovelle aus dem Jahr 2005 hatte sich das Augenmerk kommunaler

und privater Krankenhäuser neben den bereits bisher relevanten Rechtsgebieten des Zivil-, Arbeits-, Arzthaftungs- und öffentlichen Rechts etc. zunehmend auch auf das Kartellrecht gerichtet. Insbesondere bei Kooperationen, aber auch bei Fusionen von Krankenhäusern der öffentlichen Hand untereinander oder mit privaten Anbietern muss nun verstärkt auf Aufrechterhaltung des Wettbewerbs geachtet werden. Dies zeigt sich insbesondere auch in der Ausweitung der Rechtsprechung zum Kartellvergaberecht. Durch die verschiedensten Umstrukturierungsmodelle finden heute Fusionen in unterschiedlichster Ausgestaltung statt, entfalten dabei aber in jedem Modell kartellrechtliche Relevanz.

So ist einerseits ein Zusammenschluss von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unter-



Dr. Daniela Hattenhauer
Rechtsanwältin



Dr. Christina Heckmann
Rechtsanwältin



nehmen im Sinne einer Gleichordnung denkbar. Andererseits können auch eine oder mehrere Personen bzw. Unternehmen dauerhaft die Kontrolle über ein anderes oder mehrere andere Unternehmen übernehmen. (Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 1. Auflage 2005, Einl. FKVO, Rn. 36f.) Durch die Entscheidung des BGH ist der letztere Fall für die Rhön-Klinikum AG untersagt worden.

Private besonders im Fokus

Besonders kritisch betrachtet werden vom Bundeskartellamt und den Kartellsenaten der Oberlandesgerichte Fusionen unter Federführung von privaten Krankenhausketten. Beispiele sind das bereits angeführte Verfahren gegen die Rhön-Klinikum AG. Aber auch die Asklepios-Kliniken GmbH, die Sana-Kliniken AG und die Helios-Kliniken GmbH standen schon im Fokus der Aufmerksamkeit.

In den Urteilen der Kartellsenate zeigte sich bisher ebenso wie in den Entscheidungen des Bundeskartellamtes das Bemühen, einen sachlich und örtlich relevanten Markt herauszuarbeiten. Im Ergebnis hat der BGH die Entscheidung zur Rhön-Klinikum AG bestätigt, sich jedoch in der Diskussion um den fusionsrechtlich sachlich relevanten Markt der Auffassung des Bundeskartellamtes angeschlossen.

Das Bundeskartellamt grenzte bisher mit dem so genannten Sortiments-Gedanken, der der Rechtsprechung zu Warenhausketten entstammt (BGH NJW 92, 2289 (Kaufhof/Saturn)), auch für Krankenhäuser und Kliniken den sach-

lich relevanten Markt danach ab, ob durch die Krankenhäuser ein gewisses „Grundsortiment“ angeboten wird, das durch individualisierte medizinische Fachleistungen ergänzt wird. Der Patient zieht dabei, obwohl er lediglich Einzelleistungen nachfragt, auch das gesamte Angebot des Krankenhauses in Betracht. Demgegenüber stellt das OLG Düsseldorf darauf ab, aus welcher medizinischen Fachrichtung und in welcher Stufe des medizinisch-technischen Leistungsvermögens Krankendienstleistungen nachgefragt werden.

Der BGH hat in seinem Beschluss vom Januar insofern dem Bundeskartellamt zugestimmt, als er entschied, dass der sachlich relevante Markt nicht nach medizinischen Fachabteilungen abzugrenzen sei, wenn es sich um eine Fusion von Allgemeinkrankenhäusern handelt. Dies entspricht einer bereits in der Literatur vertretenen Kritik (Bretthauer, NJW 2006, 2884 (2887)). Danach würde die Unterscheidung nach der Versorgungstiefe und nach Fachabteilungen zumindest bei der Fusion von Allgemeinkrankenhäusern aufgrund der unterschiedlichen landes-

„Es ist zu erwarten, dass die fusionsrechtliche Entscheidung des BGH nun Marktzutrittschancen für neue in- und ausländische Anbieter ermöglicht.“

rechtlichen Krankenhausgesetz weitere rechtliche Probleme nach sich ziehen. Eine sichere Schätzung durch die fusionswilligen Krankenhäuser sei ebenfalls nicht möglich. Insofern zeigt die Entscheidung des BGH eine positive und Richtung weisende Tendenz für die Krankenhäuser.

Auswirkungen auf den Krankenhausmarkt

Es ist zu erwarten, dass die fusionsrechtliche Entscheidung des BGH nun Marktzutrittschancen für neue in- und ausländische Anbieter ermöglicht. Auswirkungen kann das insbesondere im ländlichen Raum haben. Dort erschwert die Rechtsprechung den vier gro-

ßen Krankenhausketten eine weitere Vernetzung ihrer bereits vorhandenen Standorte mit anderen Krankenhausunternehmen.

Sofern daher einzelnen Anbietern die Ausdehnung ihrer Marktmacht erschwert wird, weil die Voraussetzungen des § 35 GWB eintreffen (eine Rolle spielt hier allerdings auch, dass Umsatzerlöse über 500 Mio. Euro bzw. 25 Mio. Euro vorliegen müssen), könnte es insbesondere zu Zusammenschlüssen regionaler Anbieter und damit zu lokalen Monopolen kommen. Dennoch besteht auch die Möglichkeit einer Ausdehnung großer Krankenhausketten weiter: wenn diese dann nämlich ihre Strategie ändern und von sukzessiven auf blockweise Krankenkäufe umstellen. Das würde wiederum lokale Monopole im Markt auch preislich wieder interessanter machen.

Prüfungskompetenz des Bundeskartellamtes bestätigt

In der Praxis muss bei Fusionen daher nun das gesamte Leistungsangebot der betroffenen Krankenhäuser in die (kartellrechtliche) Prüfung der Zulässigkeit einbezogen werden. Umgehungsmöglichkeiten, wie die Argumentation mit fachspezifisch angebotenen Leistungen, werden zunehmend rechtsunsicher. Denkbar, aber angesichts der bisherigen Krankenhausplanung und Gesundheitspolitik unwahrscheinlich und zudem kompliziert, ist die Veränderung des „Grundsortimentes“ vor Beginn einer Fusion, um der möglichen Untersagung dieser Fusion zu entgehen.

Praktisch bedeutet das Urteil des BGH jedoch auch, dass die Prüfungskompetenz des Bundeskartellamtes erneut höchstrichterlich bestätigt worden ist. Dies wird insbesondere auf Fusionen von Universitätskliniken mit kleineren Krankenhäusern Auswirkungen haben. Dort war bisher wegen der Freiheit von Forschung und Lehre (beispielsweise im Nachgang zu dem im Dezember 2006 untersagten Zusammenschluss des Universitätsklinikums Greifswald mit dem Krankenhaus Wolgast) nicht völlig unstrittig, ob eine Prüfungskompetenz des Bundeskartellamtes in diesem Bereich besteht.

Auswirkungen auf die Gesundheitspolitik

Gesundheitspolitisch ist der Beschluss des BGH ebenfalls interessant. Grundsätzliche Aussage des BGH ist ja: Krankenhäuser stehen im Wettbewerb. Dieser muss – schon um den Vorgaben des EU-Rechts zu genügen – gefördert werden. Maßgabe der Gesundheitspolitik ist wiederum die Qualitätsverbesserung. Hier könnte ein Widerspruch entstehen, wenn bei fusionsrechtlich relevanten Vorgängen die Qualität der Leistung gefördert, Wettbewerb jedoch eingeschränkt wird. Allerdings sehen weder das OLG Düsseldorf noch der BGH hier bisher gesundheitspolitische Probleme. Gleichwohl ist festzustellen, dass insbesondere in Regionen, in denen die Kommunen zwar verpflichtet sind die erforderliche medizinische Versorgung sicherzustellen, dies aber nach der Haushaltslage nicht ohne weiteres können, die Qualität der Versorgung leidet und damit der gesundheitspolitische Auftrag nicht erfüllt wird.

Denn bei Markteintritt inländischer und ausländischer Anbieter ist der Regelungsmechanismus des spezifischen deutschen Krankenhausmarktes zu beachten. Dieser ist zu großen Teilen immer noch öffentlich-rechtlich geprägt und Teil des Sozialsystems. Eine freie, durch Angebot und Nachfrage geregelte, Wettbewerbssituation ist nicht gegeben, trotz des Fallpauschalensystems und weiteren Modernisierungsversuchen. Insbesondere mögliche Krankenhaussolvenzen könnten aber durch Fusionen, selbst wenn sie wettbewerbsrechtlich im relevanten Markt unzulässig wären, vermieden werden und damit den Versorgungsauftrag unterstützen.

Spannungsfeld: Kartellvergaberecht

Nach § 130 GWB gilt das gesamte GWB vollumfänglich auch für Un-

ternehmen der öffentlichen Hand und damit auch für öffentlich-rechtlich strukturierte Krankenhäuser. Dies findet auf die fusions- und kartellrechtlichen Regelungen und die kartellvergaberechtlichen Regelungen gleichermaßen

„Insbesondere mögliche Krankenhaussolvenzen könnten durch Fusionen, selbst wenn sie wettbewerbsrechtlich im relevanten Markt unzulässig wären, vermieden werden.“

Anwendung. Beiden Rechtsgebieten, dem Vergaberecht wie dem Kartellrecht sind der Schutz und die Herstellung des Wettbewerbs oberstes Anliegen. Während das Kartellrecht sich dabei hauptsächlich – aber eben nicht nur – auf die freie Wirtschaft bezieht, ist das Kartellvergaberecht für öffentliche Auftraggeber maßgeblich.

Gleichwohl ist Vorsicht geboten. Einerseits wird durch den neuerlichen Beschluss des BGH ein Wettbewerb im Gesundheitsmarkt und damit auch für öffentlich-rechtliche Krankenhäuser postuliert und die Verhinderung einer marktbeherrschenden Stellung hervorgehoben. Andererseits wird aber durch die Vergabesenate die Anwendung des Kartellvergaberechts auf öffentlich-rechtlich strukturierte Krankenhäuser bei Prüfung der Voraussetzungen des § 98 GWB mit der Begründung eröffnet, es handle sich um nichtgewerbliche Aufgaben (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 20.09.2006, Az.: 1. Verg 3/06; OLG Naumburg, Beschluss vom 17.02.2004, Az.: 1. Verg 15/03). Das sind also Aufgaben die gerade durch ein „Operieren ganz oder zumindest teilweise außerhalb marktmäßiger Mechanismen, [also] Fehlen von Wettbewerb auf dem relevanten Markt bzw. dessen Beschränkung, das Fehlen einer vordergründigen Gewinnerzielungsabsicht etc.“ gekennzeichnet sind. Insofern könnte der Beschluss des BGH in der vergaberechtlichen Rechtsprechung im Einzelfall und bei sorgfältiger Prüfung zu einer Verneinung der Auftraggeberbereitschaft führen.

„Auch das Tätigkeitsfeld des Bundeskartellamtes ist erneut zu analysieren.“

Auch das Tätigkeitsfeld des Bundeskartellamtes ist erneut zu analysieren: Da nach den Vorschriften des Vergaberechts letztverbindliche Angebote von Bietern eines Vergabeverfahrens vorbehaltlos abgegeben werden müssen, haben bei beabsichtigten Zusammenschlüssen Freigabebestätigungen des Bundeskartellamtes grundsätzlich auch schon vor der Bezuschlagung eines obsiegenden Bieters vorzuliegen. In seinen jüngsten Schreiben bei Zusammenschlussvorhaben von Krankenhaus-servicegesellschaften erklärten Bearbeiter des Bundeskartellamtes jedoch mit Hinweis auf den Arbeitsaufwand derartig umfassende Freigabeprüfungen vor Zuschlagserteilung nicht erteilen zu wollen. Auch hier ist das Spannungsfeld zwischen Prüfungs-kompetenz und Prüfungspflicht des Bundeskartellamtes zu Fusionskontrollen im Kartell(vergabe) recht weiter aufzulösen.

Fazit

Fusionskontrollrechtlich ist der Beschluss des BGH wegweisend. Wirtschaft und Politik, aber auch das Bundeskartellamt und die Senate der Oberlandesgerichte sind nun gefordert, insbesondere die genannten Spannungsfelder zu lösen, um den Krankenhausmarkt nachhaltig den wettbewerbspolitischen Forderungen anzupassen. ■

Dr. Daniela Hattenhauer (geb. Schwarz)
Dr. Christina Heckmann
Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek
Cecilienallee 5
40474 Düsseldorf

megacom

ist ein deutscher Hersteller für
Schwesternrufanlagen

digital und drahtgebunden, mit und ohne
Sprache, zu einem herausragenden
Preis-Leistungs-Verhältnis

Nähere Infos unter
Telefon 04191 90850 oder
www.megacom-gmbh.de