

Gesundheitsökonomie & Qualitätsmanagement

Herausgeber

R. Rychlik, Burscheid (federführend)
V. Amelung, Hannover/Berlin
E. Erdmann, Köln
H. K. Selbmann, Tübingen
C. Straub, Berlin
V. Ulrich, Bayreuth
E. Wille, Mannheim

Unter Mitarbeit von

W. Greiner, Bielefeld
W. Kirch, Dresden
T. Kriedel, Dortmund
W. Lehmacher, Köln
V. Leienbach, Köln
R. Leidl, München
G. Marckmann, München
M. Mohrmann, Lahr
O. Schöffski, Nürnberg
J. Schreyögg, München
J.-M. v. d. Schulenburg, Hannover
T. Volmer, Münster
J. Wasem, Essen
P. Wigge, Münster
S. Willich, Berlin

Offizielles Organ des Bundesverbands
Managed Care e.V.

Offizielles Organ der Deutschen Gesell-
schaft für Gesundheitsökonomie e.V.

Verlag

Georg Thieme Verlag KG
Rüdigerstraße 14
70469 Stuttgart
www.thieme.de
www.thieme.de/fz/gesqm
www.thieme-connect.de/ejournals

Die Rolle des Bundeskartellamts bei M&A-Transaktionen deutscher Krankenhäuser

Mergers and Acquisitions of Hospitals in Germany and the Role of the National Cartel Authority

Autor

C. A. von Eiff

Institut

International Healthcare Management Institute (IHCI), Trier

Schlüsselwörter

- Bundeskartellamt (BKartA)
- Fusionskontrolle
- Marktbeherrschung
- Marktabgrenzung (sachlich und räumlich)
- Wahlfreiheit des Patienten
- Target-Costing
- Ministererlaubnis

Key words

- Mergers and Acquisitions
- German Cartel Authority
- administered price system
- competition in health care
- learning curve effects
- sickness funds
- bargaining power

Bibliografie

DOI <http://dx.doi.org/10.1055/s-0031-1273341>
 Gesundh ökon Qual manag
 2011; 16: 348–354 © Georg
 Thieme Verlag KG Stuttgart ·
 New York · ISSN 1432-2625

Korrespondenzadresse

**Dipl.-Jur. Christine A. von Eiff,
 MBA**

International Healthcare
 Management Institute,
 Universität Trier
 Behringstraße
 54286 Trier
 cave92@gmx.net

Zusammenfassung

Aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen (Versorgungsauftrag/Versorgungsvertrag, Festpreissystem, Vorgaben zur medizinischen Qualität) stellen M&A-Transaktionen eine strategisch attraktive Option zur langfristigen Sicherung der Wettbewerbspositionen eines Krankenhauses dar. Seit dem Jahr 2005 häufen sich die Einspruchsfälle des BKartA; ebenso plädieren Bundesregierung und Bundeswirtschaftsministerium für eine intensivere Kartellaufsicht. Wettbewerb unter Krankenhäusern wird als entscheidende Institution angesehen, durch die Monopolstrukturen verhindert und Patientenwahlrechte gesichert werden. Übersehen wird dabei, dass der Markt für medizinische Leistungen gar nicht die Merkmale eines klassischen Wettbewerbsmarktes aufweist. Dieser Medizinmarkt ist charakterisiert durch Festpreise (DRG-System), Versorgungsaufträge der Planungsbehörden, Versorgungsverträge (fixiert durch die Verhandlungsmacht der Krankenkassen), gesetzliche Vorgaben zur Qualitätserbringung und patientenindividuelle Behandlungsverpflichtung. Wettbewerb und Konkurrenz können sich im Krankenhausmarkt nachteilig für die Bevölkerung (Patienten) auswirken: Fragmentierung der Angebotsstrukturen, bewusste Doppelarbeit, Doppelvorhaltung von Ressourcen und Verhinderung von Spezialisierungen bewirken Kostensteigerungen und begrenzen die medizinische Qualität. Die zentrale Frage ist: Schützt das Bundeskartellamt einen Markt, der keiner ist?

Auf dem deutschen Gesundheitsmarkt ist eine deutliche Zunahme von M&A-Transaktionen seit dem Jahre 2000 festzustellen, wobei auffällt, dass auch die Transaktionsvolumina wach-

Abstract

Competition is stated to be the most effective institution to prevent monopoly structures and in consequence to ensure customer value in terms of providing a high-level cost-benefit-relation for products and services. Therefore the German cartel authority (BKartA) as well as the German Government foster antitrust proceedings to scrutinize projected mergers and acquisitions of hospitals. BUT having a deeper look to nature and purpose of a healthcare system, it is fair to say that the cartel authority is protecting a market place which has not got the character of it. In healthcare prices are administered quality is regulated and checked by specialized authorities, concessions for running a hospital are exclusively given by the government and the sickness funds have got the bargaining power to fix a prospective budget for hospitals based on quantity and value of medical procedures (Casemix points). In addition competition between hospitals may lead to a fragmentation of medical supply: minimum quantities of medical procedures (e.g. Total Hip Replacement: 50 procedures per hospital p.a.) are not performed, learning curve effects in medical practice are difficult to achieve and the fixed cost per procedure are high. As a result healthcare is turning out to become more expensive and the risk for patients arises. In the end it is proposed to change the criteria for checking the consequences of hospital acquisitions focused on medical quality for patients and the costs of health provision; preserving competition is not the silver bullet solution to provide state-of-the-art medicine for a community.

sen. Beispielsweise hat die Rhön-Kliniken AG im Jahr 2006 die vorher fusionierten Universitätsklinik Giessen und Marburg zu einem Rekordtransaktionsvolumen von über 660 Mio.€ über-

nommen. Feststellbar ist weiterhin, dass nicht nur einzelne Kliniken, sondern auch ganze Verbände fusionieren und ausländische Akteure eine zentrale Rolle spielen. So hat die südafrikanische Kette Medi Clinic im Jahr 2007 die Schweizer Hirslanden Gruppe für 2,8 Mrd. SF gekauft.

Offenbar sind M&A-Transaktionen eine attraktive strategische Option zur langfristigen Sicherung der wirtschaftlichen und medizinischen Ertragspositionen eines Krankenhauses.

Diese Entwicklung ist u. a. auf folgende Einflüsse zurückzuführen:

Als Konsequenz der DRG-Einführung als preisorientiertes Entgeltsystem mit administrierter Preisfestlegung entstand eine Target-Costing Situation [1], durch die eine Notwendigkeit zum internen Kostensenkungsmanagement ausgelöst wurde.

Die schrittweise Einführung selektiver Kontrahierungsmöglichkeiten zwischen den Krankenhäusern und Kostenträgern löste einen Zwang zur sektorübergreifenden Reorganisation klinischer Prozesse sowie zur Kostensenkung aus.

Hinzu kommt, dass Krankenhäuser nur begrenzte Möglichkeiten haben, organisch – also durch gewinnfinanzierte Angebotsausdehnung nach Leistungsart und Leistungsmenge – zu wachsen. Sie benötigen dazu eine Erweiterung des Versorgungsauftrages des Landes und/oder eine mengenmäßige Erweiterung des Versorgungsvertrages durch die Kostenträger; beides wird in der Praxis eher restriktiv gehandhabt, um dem Phänomen der angebotsinduzierten Nachfrage von medizinischen Leistungen entgegenzuwirken.

Der M&A-Markt für Krankenhäuser wurde auch durch die Finanzkrise der Jahre 2007/2008/2009 beeinflusst. Insbesondere für Krankenhäuser öffentlicher Trägerschaft tun sich Finanzierungslücken auf, die durch eingeschränkte öffentliche Haushalte nicht mehr finanzierbar sind und die öffentlichen Eigentümer zu Verkauf oder Fusion zwingen, um die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit qualifizierten medizinischen Leistungen nicht zu gefährden.

Als problematisch stellte sich seit Frühjahr 2005 die Rolle des Bundeskartellamtes heraus:

Zu diesem Zeitpunkt wurde der Rhön-Klinikum AG erstmalig untersagt, das Kreiskrankenhaus Rhön-Grabfeld sowie das Städtische Krankenhaus Eisenhüttenstadt zu erwerben.

Kurze Zeit später hatten die Asklepios Kliniken GmbH eine Mehrheitsbeteiligung an der LBK Hamburg GmbH von der Freien und Hansestadt Hamburg nur unter der Auflage erworben, eines der LBK-Krankenhäuser an einen Dritten zu verkaufen. Durch diesen hoheitlichen Verkaufszwang traten zwei Effekte ein:

- a) Der Transaktionspreis des Übernahmeobjekts Krankenhaus Barmbeck sank unter den Marktpreis.
- b) Ein Finanzinvestor hätte das Bieterverfahren fast gewonnen, was weder mit den Interessen der Öffentlichkeit noch mit denen des Landes Hamburg und der Asklepios Gruppe in Einklang stand.

Beide Einspruchsfälle des Bundeskartellamtes waren nicht ohne juristische, ökonomische und betriebswirtschaftliche Brisanz. Die ökonomische Perspektive zielt auf gesamtwirtschaftliche und gesundheitspolitische Effekte, die betriebswirtschaftliche Perspektive dagegen bezieht sich auf den Entscheidungshorizont des einzelnen Krankenhauses. Beide Perspektiven werden von zum Teil gegenläufigen Interessen dominiert, da z. B. für medizinische Maßnahmen, die dazu führen, dass der Patient früher das Berufsleben wieder aufnimmt (z. B. durch minimal invasive Eingriffe) ein Krankenhaus nicht über ein DRG-Entgeldsystem

belohnt wird, obwohl es betriebswirtschaftlich betrachtet höhere Kosten hat.

1. Juristische Grundlagen der Fusionskontrolle



Vor dem Jahre 2004 erzielten Krankenhäuser nicht die in § 35 I Nr. 1 GWB genannten Umsatzerlöse i. H. v. 500 Mio. €, sodass sich keine kartellrechtliche Problematik ergab [2, 3]. Die durch das Kartellamt geprüften Fusionen waren rechtlich unbedenklich, da die damaligen Fusionen nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung auf einem räumlich relevanten Gebiet führten [3, 4].

Die Anmeldepflicht für die Klinikkonzerne nach § 39 I GWB greift erst nach Erreichung dieses Schwellenwertes. Aber auch bei Erreichen dieses Schwellenwertes ist bereits die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle auf den Krankenhaussektor mit einer Vielzahl von Argumenten bestritten.

Die erstmalige Entscheidung des Bundeskartellamtes betraf die Fusion des Rhön Klinikums/Klinikum Eisenhüttenstadt.

Das Bundeskartellamt prüft bei Fusionen und Übernahmen deutscher Krankenhäuser im Wesentlichen:

- ▶ die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle,
- ▶ die sachliche und räumliche Marktabgrenzung
- ▶ und die Marktbeherrschung.

1.1. Anwendbarkeit der Fusionskontrolle

Die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle gem. §§ 35–43 GWB wird untersucht auf seine starke gesetzliche Reglementierung im Bereich des Sozialrechts (1.1.1) und des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (1.1.2). Es wird thematisiert ob überhaupt eine schützenswerte Wettbewerbsstruktur vorliegt die eine Anwendbarkeit der §§ 35–43 GWB rechtfertigt (1.1.3).

1.1.1. Keine abschließende Regelung durch das Sozialrecht

Ein Teil der Literatur lehnt bei Krankenhauszusammenschlüssen einen Rückgriff auf das GWB ab, da dieser Bereich allein durch das Sozialrecht – insbesondere das SGB V – geregelt werde.

Maßgeblich für einen abschließenden Charakter des Sozialrechts sei die Reichweite der materiellen Ausschlusswirkung [4] bzw. der Regelungsbereich des § 69 SGB V. Wenn § 69 SGB V nicht nur die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern regelte, sondern auch die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenhäusern untereinander abschließend erfasste, wäre die Fusionskontrolle beim Zusammenschluss von Krankenhäusern verdrängt.

Das Bundeskartellamt und die Rechtsprechung sind allerdings der Auffassung, die Beziehungen der Krankenhäuser untereinander seien nicht abschließend durch das Sozialrecht bestimmt [3, 5–8]. Nur die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Krankenhäusern unterfielen abschließend der Vorschrift des § 69 SGB V.

Das Bundeskartellamt stellt auf den Zweck des § 69 SGB V ab. § 69 SGB V bezweckt, die Tätigkeiten der Krankenkassen vollständig dem Kartellrecht zu entziehen, die im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag für Plankrankenhäuser stehen. Zwar kann dieser Zweck auch die Beziehungen der Leistungserbringer untereinander erfassen [7], wenn die Leistungserbringer, zu denen auch Krankenhäuser gehören, in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen handeln [9]. Diesen Versorgungs-

auftrag erfüllen Krankenhäuser mit einem Zusammenschluss jedoch nicht. Es werden lediglich Strukturen verändert, mit denen bestehende Versorgungsaufträge der Kassen erfüllt werden können. Die Veränderung von Strukturen stellt aber keine Handlung in Erfüllung dieses Versorgungsauftrags dar. Somit ist der Zweck des § 69 SGB V nicht tangiert. § 69 SGB V sperrt die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle nicht.

1.1.2. Keine abschließende Regelung durch das Krankenhausfinanzierungsgesetz

Gegen eine Zusammenschlusskontrolle wurden auch die Regelungen des KHG angeführt [7]. Allerdings betreffen die Regelungen des KHG einen anderen Regelungsbereich als die Fusionskontrolle, sodass ein abschließender Charakter abzulehnen ist.

1.1.3. Wettbewerbsmarkt im Sinne der Fusionskontrolle

Die §§ 35–43 GWB sind nur auf einen wettbewerbsfähigen Markt anwendbar. Der Zweck einer solchen Zusammenschlusskontrolle ist die Erhaltung funktionsfähiger Wettbewerbsstrukturen und der Ausschluss einer monopolartigen Stellung. Ob ein derartiger schutzwürdiger Wettbewerbsmarkt auf dem Krankensektor besteht, ist fraglich. Aus juristischer Sicht wird ein Wettbewerbsmarkt vom Bundeskartellamt in Übereinstimmung mit dem BGH angenommen.

Es stellen sich dabei drei zentrale Fragen bezüglich des Wettbewerbsmarktes im Sinne einer Fusionskontrolle:

- ▶ Ist durch die Behandlungsleistung eines Patienten ein Markt im Sinne der Fusionskontrolle betroffen?
- ▶ Ist durch die Wahlfreiheit des Patienten ein Markt im Sinne der Fusionskontrolle betroffen?
- ▶ Stehen die Auswirkungen auf den Wettbewerbsmarkt einer Fusionskontrolle entgegen?

Nachfolgend wird auf diese Fragen zunächst unter primärer Berücksichtigung der für die Praxis maßgeblichen Ansichten des Bundeskartellamts und des BGH eingegangen (1.1.3.1.–1.1.3.4.), bevor die Marktabgrenzung in sachlicher und räumlicher Hinsicht erläutert wird (1.2.–1.2.3.).

Eine Hinterfragung aus ökonomischer Perspektive ist der abschließenden Würdigung vorbehalten (2.).

1.1.3.1 Markt betroffen durch Behandlungsleistung

Im Kern ist zu untersuchen, ob aufgrund des Sachleistungsprinzips der gesetzlichen Krankenversicherung nicht die Patienten, sondern vielmehr die Krankenkassen als Nachfrager auftreten. Denn Letztere orientieren sich in ihrem Nachfrageverhalten weniger an wettbewerblich relevanten Überlegungen als an den gesetzlichen Vorgaben des Sozialrechts. Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und der Krankenhäuser werden ausschließlich durch § 69 SGB V geregelt.

Bei einer stationären Behandlung schließt der Patient einen privatrechtlichen Vertrag mit dem Leistungsanbieter (Krankenhaus). Damit wird der Patient selbst Partei des Behandlungsvertrages und erwirbt einen unmittelbaren Anspruch gegen das Krankenhaus auf Krankenhausbehandlung. Der Zahlungsanspruch des Krankenhauses richtet sich dagegen nach dem Sachleistungsprinzip bei gesetzlich Versicherten gegen die Krankenkasse. Der Zahlungsanspruch kann aus einem Sicherstellungsvertrag nach § 112 II 1 Nr. 1 SGB V erfolgen oder aus einer Pflegesatzvereinbarung [7, 10].

Ein für die Fusionskontrolle relevanter Markt setzt allerdings nicht voraus, dass es die Leistungsempfänger sind, die das Entgelt der Leistung bezahlen [11]. Soll die Fusionskontrolle ihren

Zweck erfüllen, nämlich Verschlechterungen der Marktstruktur durch die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen zu verhindern, so muss sie auch auf derartige Märkte angewendet werden [7, 12].

Demnach liegt ein Wettbewerbsmarkt durch Behandlungsleistung im Sinne der Fusionskontrolle vor.

1.1.3.2. Markt betroffen durch Wahlfreiheit des Patienten

Durch die Wahlfreiheit des Patienten, sich ein Krankenhaus seiner persönlichen Wahl auszusuchen, kann ein Markt im Sinne der Fusionskontrolle betroffen sein.

Gesetzlich versicherte Patienten haben die Möglichkeit, gegen Mehrkosten ein Krankenhaus ihrer Wahl auszusuchen. Diese Wahlfreiheit wird nicht durch § 39 II SGB V beseitigt. Dem Versicherten können zwar Mehrkosten auferlegt werden, wenn er nicht das vom Arzt empfohlene Krankenhaus wählt. Jedoch machen nur wenige Krankenkassen von diesem Mehrkostenanspruch Gebrauch.

Der Arzt muss nach § 73 IV 3 SGB V die beiden nächst erreichbaren geeigneten Krankenhäuser angeben. Allerdings besteht gerade in Bezug auf die Geeignetheit kein Hindernis für den Arzt, seine eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Wahl des richtigen Krankenhauses mit einzubeziehen.

Darüber hinaus ist es häufig so, dass der Patient gewillt ist, Kosten selbst zu tragen, wenn er von der besseren Qualität der Behandlung überzeugt ist [7, 13].

Beim Zusammenschluss von Krankenhäusern werden damit die Wahlmöglichkeiten der Patienten beschränkt. Die Patienten sind die maßgebliche Gegenseite auf dem fusionsrechtlich relevanten Markt.

Nach dem Sachleistungsprinzip sind zwar die Krankenkassen die Nachfrager von Krankenhausbehandlungen bzgl. Sicherstellung und Pflegesatzvereinbarung. Dennoch steht der Fusionskontrolle das Sachleistungsprinzip nicht entgegen. Bei einem Leistungsaustausch können verschiedene Marktteilnehmer nebeneinander trotz des Sachleistungsprinzips infrage kommen [7]. In dem durch Vereinbarungen von Krankenkassen und Krankenhäusern abgesteckten Rahmen ist es der Patient, der die Nachfrage im Einzelfall auf ein bestimmtes Krankenhaus konkretisiert [14]. Der Patient ist als Marktteilnehmer bei einem Leistungsaustausch zulässig und folglich unterliegt das Krankenhaus auch hier der Fusionskontrolle. Somit wäre ein Markt durch die Wahlfreiheit des Patienten betroffen.

1.1.3.3. Auswirkungen auf den Wettbewerbsmarkt im Sinne der Fusionskontrolle

Weiterhin setzt die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle voraus, dass sich der beabsichtigte Zusammenschluss auf den Wettbewerbsmarkt auswirkt.

Auch wenn Krankenhäuser ihre Leistungen grundsätzlich auf einem Markt im Sinne der §§ 35–43 GWB anbieten, ist die Qualifikation als Wettbewerbsmarkt fraglich. Die Wettbewerbstätigkeit der Krankenhäuser ist weitgehend reglementiert und wichtige Wettbewerbsparameter sind vorgegeben [7]. Durch staatliche Planung und Förderung auf Marktzutritt, Marktbedingungen und Marktentfaltung der Krankenhäuser wird regulierend Einfluss genommen. Die Krankenhausleistungen werden in der Regel durch Festpreise abgegolten.

Nach Ansicht des BGH stünden Krankenhäusern dennoch verschiedene Wettbewerbsparameter zur Verfügung, was impliziert, dass die Krankenhäuser untereinander im Wettbewerb stehen und ihre Leistungen auf dem Wettbewerbsmarkt anbieten [15]. Wettbewerb könne sich in fachlicher und persönlicher Qualifikation der Ärzte und des Pflegepersonals ergeben

und von anderen Krankenhäusern unterscheiden – ebenso in der Organisation bezüglich Wartezeiten eines Patienten oder der Abstimmung unter den einzelnen Abteilungen.

Danach wirkte sich ein Zusammenschluss auf den Wettbewerbsmarkt im Sinne der Fusionskontrolle aus. Eine Fusionskontrolle wäre zulässig.

1.1.3.4. Zusammenfassung

Nach heutigem Stand haben der BGH und das Bundeskartellamt im Einklang mit der Europäischen Kommission die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle nach den §§ 35ff. GWB auf Krankenhausfusionen bejaht [16].

Nicht nur Zusammenschlüsse von zwei Krankenhäusern unterliegen der Fusionskontrolle, sondern auch Zusammenschlüsse eines Krankenhauses mit einem anderen Unternehmen wie etwa Krankenkassen/Versicherungen oder MVZ. Probleme im Bezug auf die Anmeldung können insbesondere bei der vertikalen Integration von Krankenhäusern auftreten (=Übernahme mit einer Einrichtung einer anderen Wertschöpfungsstufe), besonders der Bereich der ambulanten Versorgung. Doch auch ein Zusammenschluss mit einem reinen Finanzinvestor müsste der Anmeldung unterliegen.

1.2. Marktabgrenzung

Geht man von der Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB auf den Krankensektor aus, stellt sich die Frage nach der zutreffenden Marktabgrenzung. Zentrale Vorschrift dafür ist §36 I GWB. Danach ist ein Zusammenschluss zu untersagen, wenn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Zur Feststellung der Marktbeherrschung überprüft das Bundeskartellamt als wesentlichen Parameter die Marktanteile der Beteiligten und ihrer Wettbewerber. Dazu muss wiederum der „relevante“ Markt bestimmt werden, der in zwei Stufen geprüft wird:

- ▶ Der sachlich relevante Markt: Dieser Markt gibt vor, zwischen welchen medizinischen Leistungen der Wettbewerb stattfindet und welche Leistungen in die Betrachtung einzubeziehen sind.
- ▶ Der räumlich relevante Markt: Dabei wird das maßgebliche Gebiet ermittelt, auf dem Wettbewerb tatsächlich stattfindet.

1.2.1. Sachlich relevante Märkte

Es war bis zur Entscheidung des BGH bzgl. der Fusion des Kreiskrankenhauses „Bad Neustadt“ umstritten, ob für die Zusammenschlusskontrolle bei Krankenhäusern ein einheitlicher Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen sachlich relevant ist, oder ob eine Unterteilung nach medizinischen Fachbereichen zu erfolgen hat.

In dieser Frage herrschte Uneinigkeit zwischen dem Bundeskartellamt und dem OLG Düsseldorf. Der BGH hat sich dem Bundeskartellamt angeschlossen.

1.2.1.1. Auffassung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf befürwortet eine Marktabgrenzung nach Fachbereichen [17], wobei es die mangelnde „funktionelle Austauschbarkeit“ der verschiedenen Behandlungen aus Sicht des Patienten betonte. Der einzuweisende Arzt nehme die Krankenhausleistung nicht als sog. „Leistungsspektrum“ wahr, also nicht als „Sortiment“. Vielmehr werde eine konkrete Teilleistung hinterfragt – nämlich die Behandlung einer konkreten Krankheit. Zudem stelle auch die Krankenhausplanung, die gerade auf eine „bedarfsgerechte“ Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen ziele, auf ein Leistungsspektrum

der Krankenhäuser ab, das nach medizinischen Fachrichtungen unterteilt sei [18].

1.2.1.2. Auffassung des Bundeskartellamtes und des BGH

Das Bundeskartellamt und der BGH nehmen einen sachlich relevanten Markt bei allen Krankenhausleistungen aller medizinischen Disziplinen an. Sie unterscheiden demnach nicht zwischen einem Markt mit einzelnen Fachabteilungen.

Begründet wird dies mit etwaigen Überschneidungen zwischen Tätigkeitsbereichen der einzelnen Abteilungen mit der Konsequenz, „wettbewerblich nicht eigenständig“ zu sein [18]. Bei einer Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nach Fachabteilungen beteiligter Krankenhäuser würden vergleichbare oder identische Leistungen nicht berücksichtigt, die von anderen Abteilungen erbracht würden.

Auch wird eine Überschneidung von Tätigkeitsbereichen für möglich erachtet in Form einer „Angebotsumstellungsflexibilität“. Danach ist es einzelnen Abteilungen möglich, Leistungen aus dem Tätigkeitsbereich einer anderen Abteilung zu erbringen.

Zudem müssten „nicht austauschbaren Leistungen“ zu einem sachlich relevanten Markt zusammengefasst werden, sofern es der abstrakten Erwartung der Nachfrager entspricht, dass dieses Sortiment an Leistungen von Anbietern typischerweise vorgehalten wird.

Grundsätzlich bildet die „Austauschbarkeit der Leistungen“ einen Ausgangspunkt für Marktabgrenzung, jedoch darf bezogen auf den Krankenhausmarkt der Begriff der „austauschbaren Leistungen“ (besonders in der Praxis) nicht so verstanden werden, dass beispielsweise ein Kaiserschnitt und eine Blinddarmsoperation als solche austauschbaren Leistungen verstanden werden. Daher greift man in der Praxis auf den Sortimentsgedanken bzw. die Figur des „Sortimentsmarktes“ zurück. Ein Sortimentsmarkt liegt demnach vor, wenn gegenüber Unternehmen, die ein Sortiment an Leistungen anbieten, aus Sicht der Nachfrager regelmäßig nur solche Unternehmen als sinnvolle Alternative in Betracht kommen, die ein vergleichbares Sortiment anbieten [19].

Auf den Krankenhausmarkt bezogen bedeutet dies, dass der Patient die medizinischen Angebote eines Krankenhauses als gesamtes Leistungsangebot wahrnimmt, d.h. alle Leistungen aus den Bereichen Gynäkologie, Chirurgie, innere Medizin usw. werden als eine Einheit vom Patienten wahrgenommen. Der Patient selber sucht sich aus dem Angebotsspektrum ein „Angebot“ für seinen eigenen Bedarf aus dem Sortiment heraus (Beispielsweise sucht sich eine schwangere Frau aus dem Sortiment des Krankenhauses den Bereich Gynäkologie/Geburtshilfe heraus).

Aus Praktikabilitätsgründen dürfe die Marktabgrenzung letztendlich nicht durch eine enge Auslegung der Marktabgrenzung bei Zusammenschlüssen von Krankenhäusern erschwert werden.

1.2.2. Räumlich relevante Märkte und Marktbeherrschung

Zweck der räumlichen Marktabgrenzung durch den BGH ist das räumliche relevante Gebiet zu ermitteln, in dem der Wettbewerb bezogen auf den sachlichen Markt stattfindet anhand des Bedarfsmarktkonzepts. Danach ist der Nachfragemarkt relevant, auf dem sich die Zusammenschlusskontrolle auswirkt. Es sind alle Nachfrager, die als Abnehmer für das Angebot der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in Betracht kommen erfasst [3].

Der räumlich relevante Markt grenzt zusammenschlussrelevante Nachfrager ab. Nachfrager sind die Patienten. Die Patienten wählen letztendlich ein Krankenhaus aus, indem sie behandelt werden möchten, bevorzugt ein Krankenhaus in ihrer Nähe. In Ausnahmefällen wählt der Patient ein Krankenhaus nach der medizinischen Leistung aus und berücksichtigt im Zweifel nicht die Wohnortnähe.

Akutstationäre Krankenhäuser werden in der Regel relativ nah am Wohnort des Patienten angeboten um die Bevölkerung bedarfsgerecht zu versorgen. Die räumliche Marktabgrenzung führt folglich sachgerecht zur lokalen bzw. regionalen Marktabgrenzung.

Gesundheitspolitisch ist es erwünscht, dass sich benachbarte Krankenhäuser in Leistungsverbänden spezialisieren. Solch eine Spezialisierung stellt eine Clusterbildung dar. Eine Spezialisierung ist auch eine erfolgsversprechende Strategie für Krankenhäuser, steigendem Konkurrenzdruck zu begegnen. Durch eine sachliche und räumliche Marktabgrenzung sieht das Bundeskartellamt eine Erschwerung der Clusterbildung und damit eine marktbeherrschende Stellung und steigenden Wettbewerb.

Auf den Krankenhausmarkt bezogen ist zu hinterfragen, ob eine Clusterbildung durch Fusionen überhaupt vorliegen kann. Generell ist ein Krankenzusammenschluss dann zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass er eine bereits vorhandene marktbeherrschende Stellung verstärkt oder begründet [20].

Das Bundeskartellamt prüft als essenzielles Kriterium für die marktbeherrschende Stellung den Marktanteil des am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens. Der kumulierte Marktanteil der fusionierenden Häuser darf einen Anteil von 1/3 des relevanten Marktes nicht übersteigen [7].

Wird der Marktanteil überschritten, würde dadurch eine Clusterbildung angenommen werden und somit auch eine marktbeherrschende Stellung. Eine solche Clustervereinbarung bezogen auf die Fusionen von Krankenhäusern dürften meistens den Freistellungsvoraussetzungen des § 2 GWB genügen.

Vereinfacht beschrieben ermittelt der BGH das Gebiet, in dem sich die Patienten „frei bewegen“, also nahegelegene Krankenhäuser aufsuchen. Auf diesem Gebiet herrscht homogener Wettbewerb. Typischerweise ist dies ein Gebiet mit einem enormen Eigenversorgungsanteil (=Eigenversorgungsquote) und einer geringen Ein- und Auswanderungsquote. „Eigenversorgungsanteil“ bedeutet, dass der Patient ein Krankenhaus innerhalb seines Gebietes aufsucht. „Einwanderungsquote“ meint das Aufsuchen eines Krankenhauses durch den Patienten innerhalb des maßgeblichen Gebiets hingegen „Auswanderung“ das Aufsuchen von Krankenhäusern außerhalb des Gebiets meint.

Als letzte Möglichkeit einer Fusion verbleibt in problematischen Fällen – wie etwa Rhön/Rhön-Grabfeld – die sog. Ministererlaubnis nach § 42 GWB. Bei der Ministererlaubnis handelt es sich nicht um ein außerordentliches Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts. Vielmehr stellt diese Erlaubnis eine Entscheidung dar, bei der ein Zusammenschluss trotz und unter Hinnahme der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen aus „anderen entscheidungserheblichen Gründen“ genehmigt wird. Der Bundesminister ermittelt die sog. „anderen Gründe“ anhand von „gesamtwirtschaftlichen Vorteilen“ und einem „überragenden Interesse der Allgemeinheit“. Diese „Gründe“ werden gegen die Wettbewerbsbeschränkungen abgewogen.

1.2.3. Zusammenfassung

Der BGH bejaht bis zum heutigen Zeitpunkt eine Anwendbarkeit der Fusionskontrolle auf den Krankenhausmarkt.

Er nimmt einen sachlich relevanten Markt an, bei dem bei einem Zusammenschluss von Krankenhäusern ein einheitlicher Markt angenommen wird und nicht – entgegen dem OLG Düsseldorf – eine Aufteilung nach einzelnen Fachbereichen. Entscheidend ist bei der sachlichen Marktabgrenzung nach Auffassung des BGH und des Bundeskartellamtes der sog. Sortimentsgedanke.

Bei der räumlichen Marktabgrenzung wird anhand des Bedarfsmarktkonzeptes der Nachfragemarkt (durch die Patienten) auf einem ortsnahen (räumlich relevanten) Gebiet ermittelt.

Nach Ansicht des BGH und des Bundeskartellamtes können Zusammenschlüsse von Krankenhäusern auf sachlich und räumlich relevanten Gebieten einen monopolartigen Charakter aufweisen und daher zu einer marktbeherrschenden Stellung führen. Als Ausnahmetatbestände existieren jedoch die Institute der Einzelfreistellung nach § 2 I GWB und auch das Rechtsmittel der Ministererlaubnis nach § 42 GWB.

2. Ökonomische Wertung

Bei einer solch gesundheitspolitischen Problematik scheint es m.E. sinnvoll, nicht nur die rein juristische Betrachtungsweise zu beachten und rein formal zu handeln, sondern auch ökonomische und gesundheitspolitische Aspekte in diese spezielle Situation einzubeziehen. Schließlich bieten Krankenhäuser eine Gesundheitsleistung für die gesamte Bevölkerung an, um eine flächendeckende bedarfsgerechte Versorgung zu garantieren. Krankenhäuser haben einen am politischen Ziel der qualifizierten flächendeckenden medizinischen Versorgung der Bevölkerung orientierten Versorgungsauftrag, der sie verpflichtet, medizinische Leistungen einer bestimmten Art (z.B. Kardiologie) zu erbringen.

Auf Basis des Versorgungsauftrages verhandeln Krankenhäuser und Krankenkassen Versorgungsverträge, in deren Rahmen die Krankenkassen festlegen, welche Leistungsmengen ein Krankenhaus erbringen darf bzw. welches Erlösbudget zur Verfügung steht. Insbesondere im Fall von Mengen- und Erlösausweitung sind die Krankenhäuser zum Erlösausgleich nach §12 BPfIV verpflichtet, was die Marktautonomie auch im Falle einer marktbeherrschenden Stellung deutlich schwächt.

Die Institution der Ministererlaubnis trägt der Tatsache Rechnung, dass nicht jeder Markt bzw. nicht jede Art von Güterallokation durch Wettbewerb als ordnendes Steuerungselement optimal ist und nachhaltig für die Bedarfsempfänger bereitgestellt werden kann.

So besteht das überragende Interesse der Allgemeinheit bezogen auf medizinische Leistungen darin, im akuten und elektiven Bedarfsfall diejenigen Leistungen zeitnah und qualifiziert zu erhalten, die bezogen auf das Krankheitsbild erforderlich sind, um Langzeitschäden bzw. Tod zu verhindern bzw. im Idealfall den ursprünglichen Gesundheitszustand wiederherzustellen.

Dahinter steht auch die gesundheitsökonomische Erkenntnis, dass Wettbewerb unter Krankenhäusern eher zu einer Schlechterversorgung der Bevölkerung bei tendenziell steigenden Belastungen für öffentliche Hand und Versicherungsgemeinschaft führt. Dies gilt insbesondere dann, wenn ländliche Gebiete zu versorgen sind.

Die Gründe dafür sind vielfältig:

- ▶ Vorhaltekosten fallen an mehreren Standorten an.
- ▶ Qualitätssichernde Mindestmengen werden unterschritten.
- ▶ Abstimmung der medizinischen Leistungsstrukturen findet aus Wettbewerbsgründen nicht statt, was z. B. bei der Einrichtung von Zentren für die ganzheitliche Versorgung zwingende Voraussetzung für die medizinische Qualität ist.
- ▶ Investitionsmittel für innovative Prozeduren fehlen aufgrund der wettbewerbsbedingten Zersplitterung der Ressourcen.

3. Gesetzlich kontrollierter Handlungsrahmen der Krankenhäuser



Krankenhäuser bieten Leistungen im öffentlichen Interesse an. Daher liegt die Planungshoheit für die Errichtung von Krankenhäusern mit öffentlichem Versorgungsauftrag bei den Bundesländern (Der Status eines Plankrankenhauses richtet sich nach der Vorschrift des §108 SGB V).

Ziel der Planungshoheit ist die Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen – auf dem evidenzbasiert verfügbaren Stand des Wissens.

Die Krankenkassen sind verpflichtet, mit Plankrankenhäusern einen Versorgungsvertrag abzuschließen. Allerdings bestimmen die Krankenkassen, welches Erlösbudget bzw. welche Leistungsmengen das Krankenhaus zum gültigen DRG-Preis abrechnen kann und welche über das vereinbarte Erlösbudget hinausgehend erbrachten Leistungen einem Erlösausgleich gem. §12 BPflV unterworfen werden.

Das Preisniveau für medizinische vollstationäre Leistungen ist durch das DRG-System vorgegeben und wird jährlich durch staatliche Festlegung vorgegeben (= preisorientiertes Entgeltssystem, geregelt in der Fallpauschalen-Verordnung, FPV).

Insofern ist es Krankenhäusern, auch mit monopolartiger Stellung in einer Region gar nicht möglich, z. B. Ausbeutungs- oder Strukturmissbrauch zu betreiben.

Auch ein Behördenmissbrauch ist nicht möglich, da eine einseitige Einschränkung des Leistungsangebots (z. B. durch Konzentration auf lukrative Fälle) den Entzug des Versorgungsauftrages nach sich ziehen kann.

Jedes Krankenhaus befindet sich demnach – unabhängig vom Ausmaß einer marktbeherrschenden Stellung gem. §19 I Nr. 1, Nr. 2 GWB – in einer durch Planungsbehörden (Landesplanung und Bezirksregierung) und den Krankenkassen (Hoheit über flexibles Budget) dominierten Entscheidungssituation. Beide Institutionen können z. B. bei zweifelhafter medizinischer Qualität als Folge einer renditegetriebenen Kostensenkungspolitik des Handlungsrahmens eines Krankenhauses beschränken; und zwar unabhängig vom Grad der Marktbeherrschung.

4. Fazit



Im Ergebnis nehmen das Bundeskartellamt und der BGH einen Wettbewerbsmarkt auch bei Krankenhausfusionen an, obwohl mangels Vorliegens eines Monopols gar kein Wettbewerb im Gesundheitswesen existiert.

Dies ist aus rechtlicher und ökonomischer Sicht infrage zu stellen.

Ein regionaler Gesundheitsmarkt weist nicht die typischen Wettbewerbsparameter auf.

Die Verhinderung von Angebotsmonopolen hat in einem Wettbewerbsmarkt zum Ziel, den Konsumenten vor Preis-, Qualitäts- und Innovationsnachteilen zu schützen.

Das Angebot an medizinischen Leistungen auf einem regionalen Gesundheitsmarkt hingegen ist so zu strukturieren, dass eine qualifizierte, dem Stand des medizinischen Wissens gerecht werdende Versorgung der Bevölkerung erreicht wird.

Die Praxis zeigt, dass durch Übernahmen lokaler/regionaler Krankenhausfusionen/Übernahmen eine Abstimmung des medizinischen Leistungsangebots zwischen zwei Krankenhäusern erfolgt. Dadurch werden Mindestmengenstandards (z. B. bei einer „totalen Endoprothese“) erfüllt und eine Spezialisierung wäre möglich.

Die künstliche Aufrechterhaltung einer Wettbewerbssituation hätte eine schlechtere medizinische Qualität für die Bevölkerung sowie vergleichsweise höhere Vorhaltekosten zur Folge. Weiterhin sind auch fusionierte Krankenhäuser mit einer regionalen Monopolstellung nur sehr eingeschränkt in der Lage, wirtschaftliche Vorteile zum Nachteil des Patienten zu erreichen.

Die Landesplanung legt über den Versorgungsauftrag den Leistungsgegenstand eines Krankenhauses fest und überwacht diesen.

Die Krankenkassen bestimmen über die Festlegung von Erlösbudget und Leistungsmengen (auf Basis von Casemix-Punkten) den Angebotsumfang von Krankenhäusern.

Initiativen Einfluss auf die Preisgestaltung haben Krankenhäuser ebenso wenig aufgrund der Festpreisregelung des DRG-Systems. Auch der Abschluss von sektorübergreifenden bzw. integrierten Versorgungsverträgen (u. a. mit dem Ziel der Preisreduktion) ist nur mit Genehmigung der Krankenkassen möglich.

Zudem sind die Krankenhäuser nach §137 SGB V zur Einhaltung von Qualitätsstandards in der Medizin verpflichtet, was durch Krankenkassen und verschiedene Prüfinstitutionen (z. B. Aquas) überprüft wird.

Die derzeit diskutierte Einführung des Einkaufsmodells würde es einem regionalen Krankenhausverbund zusätzlich erschweren, Monopolvorteile aus eingeschränktem Wettbewerb zu ziehen.

Krankenhäuser bestimmen also weder über die Preisgestaltung, noch sind sie in der Lage, Art und Menge medizinischer Leistungen und auch nicht deren Qualität festzulegen.

Durch das Eingreifen des Kartellamts entstehen demnach tendenziell kostenintensivere und qualitativ verbesserungsbedürftige Versorgungsstrukturen.

Für Verkäufer sind Kartellamtsinterventionen von Nachteil im Hinblick auf erzielbare Verkaufspreise, weil die Zahl der Bieter reduziert wird. Die Kartellrechtsprechung fördert in der Tendenz den Einfluss von ausländischen Krankenhausketten und Finanzinvestoren mit ungewissem Ausgang für medizinische Qualität, Versorgungsniveau der Bevölkerung sowie Kostenstrukturen im Gesundheitssystem.

Cluster-Strategien werden durch die Kartellgesetzgebung unmöglich gemacht. Dies, obwohl Fachleute davon ausgehen, dass die Versorgungsformen des „Clusters“ und des „Campus“ unter medizinischen sowie ökonomischen Gesichtspunkten optimal sind, da eine ganzheitliche Versorgung von Krankheitsbildern (Diagnose, Therapie, Rehabilitation, Nachsorge) ermöglicht wird.

Die Struktur der vorliegenden Argumentation ist in **Abb. 1** zusammengefasst:

Der Ansatz des Kartellamts, marktbeherrschende Stellungen durch Wettbewerb und Konkurrenz zu verhindern, führt letztlich zu Kostenerhöhungen und Qualitätsverschlechterungen im Gesundheitssystem

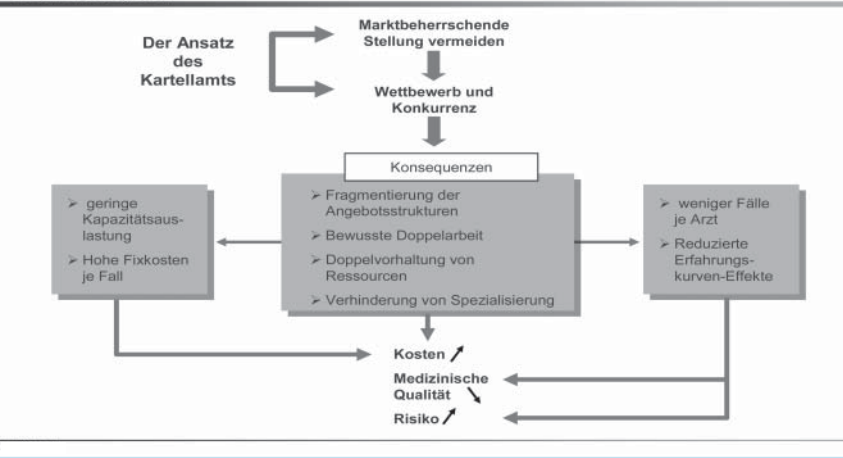


Abb. 1 Interventionen des Kartellamts führen in der Tendenz zur Fragmentierung des medizinischen Leistungsangebots sowie Qualitätsrisiken und Kostensteigerung.

Daraus resultierend lässt die Fusionskontrolle durch das Kartellamt mangels Vorliegens eines wettbewerbsfähigen Marktes starke Zweifel bezogen auf den Krankenhaussektor aufkommen.

Autorenerklärung

C. von Eiff erklärt, dass sie keine finanziellen Verbindungen mit einer Firma hat, deren Produkt in dem Artikel eine wichtige Rolle spielt (oder mit einer Firma, die ein Konkurrenzprodukt vertreibt).

Literatur

- 1 von Eiff M. Patient risks and avoidable costs – Six Sigma reduces variation in medicine. *Hospital* 2007; 5: 22–24
- 2 Bertram O, Schriefers M. Rechtliche Aspekte von Unternehmensverbindungen von Krankenhäusern. In: von Eiff W, Klemann A, (Hrsg.), *Unternehmensverbindungen* 2005: 163–195
- 3 Sauter H, Ellerbrock T. Krankenhausfusionen und Ihre Kontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). *Das Krankenhaus* 2009; 4: 339–347
- 4 Ulshöfer M. Die Krankenhausmarktentscheidung des BGH – Beschluss vom 16.1.2008 – KVR 26/07. „Fusionskontrollrechtliche Freigaben für Krankenhauszusammenschlüsse lange Zeit praktisch ein Selbstläufer“. *ZWeR* 2009; 1: 114–130
- 5 BGHZ 175, 333 = BGH, NJW-RR 2008, 1426 = JuS 2008, 1038 mit Anm. Emmerich V In: *NJOZ* (Hrsg.) OLG Düsseldorf; 2008: 3758

- 6 Bretthauer S. Zusammenschlüsse von Krankenhäusern in der Fusionskontrolle. *NJW* 2006; 40: 2884–2886
- 7 Kirchoff W. Fusionskontrolle im Krankenhaussektor. *GRUR* 2009; 3/4: 284–288
- 8 Mennemeyer S. Wettbewerbsrecht und sozialrechtliche Bezüge. In: Plagemann H, (Hrsg.), *Sozialrecht*. 3. Auflage. § 22 Rn. 75. München: C. H. Beck, 2009
- 9 BGH, *GRUR* 2006, 517 Rn. 23
- 10 BSGE 89, 104, 105 = NZS 2003, 28
- 11 BGH, *NJW* 2000, 3426 ff
- 12 BGHZ 175, 333 Rn. 33 = *NJW-RR* 2008, 1426 = *JuS* 2008, 1038 mit Anm. Emmerich V
- 13 BGHZ 175, 333 Rn. 31 = *NJW-RR* 2008, 1426 = *JuS* 2008, 1038 mit Anm. Emmerich V
- 14 BGHZ 175, 333 Rn. 36 = *NJW-RR* 2008, 1426 = *JuS* 2008, 1038 mit Anm. Emmerich V
- 15 BGHZ 175, 333 Rn. 40 = *NJW-RR* 2008, 1426 = *JuS* 2008, 1038 mit Anm. Emmerich V
- 16 Entscheidung der Kommission im Fall Fresenius/Helios vom 8.12.2005, Fall Nr. COMP/M.4010 Rn. 8 ff
- 17 OLG Düsseldorf, *WuW/E DE-R* 1958, 1970 ff
- 18 Grave C. *Fusionen im Krankenhausbereich – Kartellrechtliche Rahmenbedingungen – 1. Auflage.* Düsseldorf: Deutsche Krankenhaus Verlagsgesellschaft, 2010: 53
- 19 Grave C. *Fusionen im Krankenhausbereich – Kartellrechtliche Rahmenbedingungen – 1. Auflage.* Düsseldorf: Deutsche Krankenhaus Verlagsgesellschaft, 2010: 52
- 20 Regorz A. *Krankenhäuser und das neue Kartellrecht*. Studie Berlin 2006; 2