

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 271

**Fusion von Krankenhasträgern aus
Sicht der europäischen und deutschen
Zusammenschlusskontrolle**

Von

Niklas Füchtenkord



Duncker & Humblot · Berlin

NIKLAS FÜCHTENKORD

Fusion von Krankenhausträgern aus Sicht der europäischen
und deutschen Zusammenschlusskontrolle

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 271

Fusion von Krankenhausträgern aus Sicht der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle

Von

Niklas Füchtenkord



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-14608-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54608-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84608-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Gang der Untersuchung	11
I. Einleitung	11
II. Rechtliche Problemstellung	12
III. Gang der Untersuchung	14
B. Krankenhausbezogene Besonderheiten	16
I. Das „Krankenhaus“	16
1. Begriffsbestimmung: Krankenhaus	16
2. Abgrenzung zu anderen Einrichtungen und interne Unterscheidung	17
a) Abgrenzung zu Privatkrankenanstalten	17
b) Abgrenzung zu anderen Gesundheitseinrichtungen	17
c) Unterscheidung nach der Art der Trägerschaft	18
aa) Öffentliche Krankenhäuser	19
bb) Freigemeinnützige Krankenhäuser	20
cc) Private Krankenhäuser	21
d) Unterscheidung nach funktionalen Gesichtspunkten	22
II. Die Krankenhausplanung und Regulierungsdichte	22
1. Einführung	22
2. Der Krankenhausplan	24
a) Rechtsnatur und Bedeutung des Krankenhausplans	24
b) Inhalt des Krankenhausplans	24
aa) Bundesrechtliche Vorgaben	24
bb) Landesrechtliche Ausgestaltung	26
c) Materielle Planungskriterien des KHG	27
aa) Bedarfsgerechtigkeit	27
bb) Leistungsfähigkeit	28
cc) Beitrag zu sozial tragbaren Pflegesätzen	28
d) Umsetzung der Versorgungsentscheidung	29
aa) Erste Stufe	29
bb) Zweite Stufe	29
e) Feststellungsbescheid	30
f) Zwischenergebnis	31
III. Krankenhausfinanzierung	31
1. Investitionsförderung	32

2. Betriebskostenfinanzierung	33
a) Betriebskostenfinanzierung über Pflegesätze	33
b) Betriebskostenfinanzierung über DRGs	34
c) Das Krankenhausbudget als Erlösgrenze	35
3. Einzelverträge	36
4. Krankenseinbindung in das Leistungserbringungsrecht der GKV	36
a) Verhältnis zwischen Krankenkassen und Krankenhasträgern	36
b) Zulassung zur Krankenhausversorgung	37
aa) Hochschulkliniken	37
bb) Plankrankenhäuser	37
cc) Nicht geförderte Krankenhäuser (Vertragskliniken)	38
c) Leistungserbringung nach dem Sachleistungsprinzip	38
5. Zwischenergebnis	39
C. Zusammenschlusskontrolle	40
I. Einführung in die Zusammenschlusskontrolle	40
1. Allgemeines zur Zusammenschlusskontrolle	40
a) Ausprägungen des Wettbewerbs und Wettbewerbsfunktion	40
b) Ziel der Zusammenschlusskontrolle	41
2. Fusionsbedingte Auswirkungen für Unternehmen	42
II. Europäische Zusammenschlusskontrolle	43
1. Formelle Voraussetzungen	44
a) Nachfrager der Krankenhausleistungen	45
aa) Krankenkassen als Nachfrager	45
bb) Arzt vs. Patient als Nachfrager	47
cc) Nachfrager bei grenzüberschreitender Inanspruchnahme stationärer Krankenhausleistungen	48
b) Schützenswerter Wettbewerbsmarkt im Krankenhausbereich	50
aa) Preiswettbewerb	50
bb) Qualitäts- und Leistungswettbewerb	53
cc) Kosten- und Investitionswettbewerb	56
c) Krankenhäuser als Unternehmen im Sinne der FKVO	57
aa) Ausgangspunkt: „Festbetragsurteil“ des EuGH	57
bb) Anwendbarkeit auf den Krankenhaussektor	59
d) Anwendbarkeit der europäischen Wettbewerbsregeln auf den Kranken- haussektor	62
aa) Ausgangspunkt: Art. 168 AEUV	62
bb) Zielsetzung des Art. 168 AEUV	63
cc) Mögliche Harmonisierung über Grundfreiheiten	64
dd) Mögliche Harmonisierung über Art. 114 I AEUV	65
ee) Gesetzgeberische Intention	67

ff) Zwischenergebnis	68
e) Zusammenschluss	69
aa) Allgemeines	69
bb) Zusammenschluss im Krankenhausbereich	70
(1) Anteilserwerb (Share Deal)	70
(2) Vermögenserwerb (Asset Deal)	72
(3) Vertragliche Beziehungen als „Zusammenschluss“ im Sinne der FKVO	73
(4) Häufige Transaktionsmodelle	74
f) Gemeinschaftsweite Bedeutung	75
aa) Allgemeine Anknüpfungspunkte	75
bb) Besonderheiten im Krankenhausbereich	76
2. Materielle Voraussetzungen	77
a) Marktabgrenzung im Krankenhausmarkt	77
aa) Sachlich relevanter Krankenhausmarkt	79
(1) Grundsatz: Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen	80
(2) Differenzierung nach Fachabteilungen?	80
(a) Ansicht des OLG Düsseldorf	81
(b) Gegenansicht	82
(c) Stellungnahme	83
(3) Differenzierung nach Versorgungstiefe	84
(4) Miteinbeziehung ambulanter Leistungen?	85
(5) Angebotsumstellungsflexibilität	88
bb) Räumlich relevanter Markt im Krankenhausbereich	89
(1) Mögliche geographische Märkte	89
(a) Regionaler oder nationaler Markt?	89
(b) Multinationaler, ländergruppenübergreifender oder gar unionsweiter Markt?	92
(2) Kriterien zur Bestimmung des geographischen Marktes	95
(a) Vorschlag der Literatur: „SSNDIQ-Test“	97
(b) Alternativansatz: „SSNITT-Test“	99
cc) Zwischenergebnis	100
b) Anwendbarkeit des SIEC-Tests	101
aa) Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs	101
(1) (Wettbewerbsverringemde) Fusionsarten	103
(a) Horizontaler Zusammenschluss	103
(aa) Wettbewerbserhebliche negative Auswirkungen auf horizontalen Märkten	104
(bb) Wettbewerbserhebliche negative Auswirkungen auf vorgelagerten Märkten	106
(cc) Nichtberücksichtigungsfähige Effizienzvorteile	107

(dd) Berücksichtigungsfähige Effizienzvorteile	109
(b) Vertikaler Zusammenschluss	111
(c) Weitere Ausgleichsfaktoren	113
(2) Begründen oder verstärken einer marktbeherrschenden Stellung ..	115
(a) Allgemeine Kriterien zur Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung	115
(b) Anwendbarkeit der Kriterien im Krankenhaussektor	116
(aa) Marktanteil und Marktkonzentration	116
(bb) Wirtschaftliche Macht, Finanzkraft und erleichterter Zugang zu Beschaffungs- bzw. Absatzmärkten	118
(cc) Angebotsumstellungsflexibilität und Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite	119
(dd) Rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken	121
(ee) Prognose	122
bb) Zwischenergebnis	125
c) Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	125
aa) Geltung des Art. 106 Abs. 2 AEUV für die FKVO	125
bb) Allgemeines	127
cc) Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 106 Abs. 2 AEUV	128
dd) Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV	128
(1) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	129
(a) Begriffsbestimmung	129
(b) Anwendung auf Krankenhausleistungen	131
(2) Betraut	132
(3) Erforderlichkeit	133
(a) Argumente gegen die Anwendbarkeit der Legalausnahme des Art. 106 Abs. 2 AEUV	134
(b) Argumente für die Anwendbarkeit der Legalausnahme des Art. 106 Abs. 2 AEUV	135
(4) Die Rückausnahme des Art. 106 Abs. 2 S. 2 AEUV	137
(a) Ausschluss der Rückausnahme nach Art. 14 AEUV	138
(b) Beeinflussung binnenmarktähnlicher Verhältnisse in ihrer Gesamtheit	139
ee) Zwischenergebnis	140
III. Deutsche Zusammenschlusskontrolle	141
1. Formelle Voraussetzungen	142
a) Anwendbarkeit auf den Krankenhaussektor	142
aa) Krankenhäuser als Unternehmen im Sinne des GWB	142
bb) Eingeschränkte Anwendbarkeit für öffentliche Betriebe	143
cc) Eingeschränkte Anwendbarkeit wegen § 69 SGB V	144
(1) Ansicht des BKartA und des BGH	144

(2) Stellungnahme	145
dd) Kollusion mit den Vorschriften des KHG	147
ee) Kollusion mit Sicherstellungsauftrag der Länder und Kommunen	148
ff) Sozialpolitischer Konflikt	149
gg) Fehlender Wettbewerb	151
b) Zusammenschlusstatbestand im Sinne des GWB	153
aa) Allgemeine Kriterien	153
bb) Auswirkungen für den Krankenhaussektor	154
c) Schwellenwerte und Umsatzberechnung	155
aa) Allgemeine Kriterien	155
bb) Auswirkungen für den Krankenhaussektor	156
(1) Verbundklausel des § 36 Abs. 2 S. 1 GWB	156
(2) Mehrmütterklausel des § 36 Abs. 2 S. 2 GWB	158
(3) Herabsetzung der Schwellenwerte für Krankenhauszusammen-	
schlüsse?	160
(a) Ansatz der Kommission	160
(b) Stellungnahme	161
d) Ausschlussklauseln des GWB	162
aa) De-Minimis-Klausel des § 36 Abs. 2 GWB	162
bb) Zusammenschlüsse im Rahmen einer kommunalen Gebietsreform	163
e) Zwischenergebnis	165
2. Materielle Voraussetzungen	165
a) Marktabgrenzung im Krankenhaussektor	165
aa) Sachlicher Bereich	166
bb) Räumlicher Bereich	167
b) Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs	169
aa) Allgemeine Kriterien	169
bb) Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung	169
(1) Allgemeine Kriterien der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung	170
(2) Erfassung unilateraler Effekte durch Einführung des SIEC-Tests	171
cc) Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB	173
dd) Auflagen und Bedingungen	175
c) Ursächlichkeit	176
d) Bagatellmarktklausel des § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB	177
e) Ministererlaubnisverfahren nach § 42 GWB	178
aa) Sicherung der ortsnahen medizinischen Grundversorgung als Gemeinwohlgrund	179
bb) Sonderfall: Universitätskliniken	181
f) Zwischenergebnis	184

D. Gesamtwürdigung	186
I. Ergebnisse der Untersuchung	186
1. Bestehender Wettbewerb im Krankenhausbereich	186
2. Umfassende Anwendbarkeit der FKVO im Krankenhausbereich	187
3. Nationaler Krankenhausmarkt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen und SSNITT-Test	187
4. Eingeschränkte Relevanz des SIEC-Tests und Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	187
5. Deutsche Zusammenschlusskontrolle umfassend anwendbar	188
6. Keine Herabsetzung der Schwellenwerte für Krankenhauszusammenschlüsse und lediglich eingeschränkte Relevanz der Gebietsreformklausel	188
7. Tatsächliche Erleichterungen durch Einführung des SIEC-Tests und besondere Relevanz des Ministererlaubnisverfahrens bei Universitätskliniken	188
II. Ausblick und mögliche zukünftige Handhabe	189
Literaturverzeichnis	191
Stichwortverzeichnis	202

A. Einleitung und Gang der Untersuchung

I. Einleitung

Das Promotionsvorhaben beschäftigt sich mit der Fusion von Krankenhasträgern aus Sicht der europäischen und nationalen Zusammenschlusskontrolle.

Der deutsche Gesundheitsmarkt befindet sich seit einigen Jahren in einem enormen Umschwung. Dieser ist auf die etlichen Reformbemühungen des Gesetzgebers zurückzuführen und betraf unmittelbar wie mittelbar alle Leistungserbringer auf dem Gesundheitsmarkt und damit auch das Krankenhauswesen als Teil desjenigen. Erst kürzlich hat sich die Debatte um eine umfassende Reformierung des gesamten Krankensektors an Vorschlägen der Regierung wieder neu entbrannt.¹ Im Kern der Diskussion steht maßgeblich die Wirtschaftlichkeit der geführten Krankenhäuser, aber auch die Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen Patientenversorgung. 2011 beliefen sich die Ausgaben im Gesundheitssektor auf 293,8 Mrd. Euro und damit auf 11,3 % des BIP Deutschlands. Von diesen Ausgaben entfielen mit 76,8 Mrd. Euro fast 30 % auf die Krankenhäuser.² Aufgrund dieses hohen Anteils an Gesamtausgaben, die auf den Gesundheitssektor und im Besonderen auf den Krankenhausbereich entfallen, erwachsen im Bundesgebiet Forderung und Aufgabe, im Gesundheitssystem Kosten zu senken und den Wettbewerb zu stärken.³

Die geforderten Kosteneinsparungen wurden insbesondere durch Veränderungen am System der deutschen Krankenhausfinanzierung, durch den Übergang von tagesbezogenen Pflegesätzen zu Fallpauschalen, versucht herbeizuführen.⁴ Überdies führten Tarifierhöhungen für Klinikärzte, Mehrkosten nach dem neuen Arbeitszeitgesetz sowie die Mehrwertsteuererhöhung zu weiteren Kostenerhöhungen, die ihrerseits Rationalisierungszwänge zur Folge hatten und weiterhin haben.⁵

¹ Vgl. dazu „Gewaltkur für Krankenhäuser“, Süddeutsche Zeitung v. 6. 12. 2014, abrufbar unter: www.sueddeutsche.de.

² Vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 128 v. 4. 4. 2013, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2013/04/PD13_128_23611.html.

³ Vgl. *Ulshöfer*, ZWeR 2009, 114 (114).

⁴ *Bretthauer*, NJW 2006, 2884 (2884).

⁵ *Kirchhoff*, GRUR 2009, 284 (284); *Bretthauer*, NJW 2006, 2884 (2884).

Insoweit wurde erheblicher Druck auf Krankenhausbetreiber ausgeübt, welcher durch Umstrukturierungen wie Fusionen zu kompensieren versucht wurde.⁶ Dies hat sich nicht zuletzt in einem drastischen Anstieg der Privatisierungen öffentlich-rechtlicher Kliniken geäußert: Während der Anteil der Krankenhäuser in privater Trägerschaft 1991 noch bei 14,8 % lag, wuchs er bereits bis 2011 auf 33,2 % an. Im gleichen Zeitraum verzeichnete der Markt einen Rückgang öffentlich-rechtlicher Krankenhäuser von 46,0 % auf 30,4 %.⁷

Schon vor der ersten Untersagungsentscheidung einer Klinikfusion prüfte das Bundeskartellamt bereits mehrere Jahre die Vereinbarkeit von Krankenhaussammenschlüssen mit dem Wettbewerb. Allerdings wurden entweder nur selten die für die Anmeldepflicht erforderlichen Schwellenwerte erreicht, oder das Zusammenschlussvorhaben wurde aus anderen materiellen Gründen als fusionskontrollrechtlich unbedenklich eingestuft.⁸ Diesen Umständen ist geschuldet, dass bis zum Jahre 2004 keine Krankenhausfusion bis ins Hauptprüfverfahren gelangte. Im Zuge dieser Praxis, die bis 2005 nicht beanstandet wurde, untersagte das Bundeskartellamt die Privatisierung kommunaler Kliniken in seiner Entscheidung Rhön-Grabfeld vom 10.03.2005⁹, womit Krankenhausfusionen erstmals im Blickpunkt der Öffentlichkeit standen. Im weiteren Verlauf gewann darauf aufbauend europäisches und nationales Kartellrecht in diesem Bereich zunehmend an Bedeutung.

II. Rechtliche Problemstellung

Das deutsche Krankenhauswesen weist – wie im Nachfolgenden noch gezeigt wird – nach wie vor eine hohe Regulierungsdichte auf. Marktzutritt, Marktbedingungen und Marktstätigkeit sind in weiten Teilen maßgeblich durch die Krankenhausplanung und -finanzierung determiniert. Abhängig davon, ob eine Gesundheitseinrichtung als Krankenhaus angesehen und bei Vorhandensein der Qualifikationsmerkmale in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen wird, muss sich die Klinik dieser Regulierungsdichte in Form von Krankenhausplanung und gegebenenfalls -finanzierung ergeben. Angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung der Einbindung einer Klinik in das Gefüge der Krankenhausplanung auf der einen, ebenso wie dem Bedürfnis nach einer flächendeckenden, bedarfsgerechten und qualitativ hochwertigen Gesundheitsversorgung der Bevölkerung auf der an-

⁶ Der Begriff „Fusion“ soll im Folgenden synonym für alle Zusammenschlussformen der FKVO sowie derjenigen des GWB verwendet werden.

⁷ Vgl. Statistisches Bundesamt, Gesundheit, Grunddaten der Krankenhäuser, Fachserie 12 Reihe 6.1.1, S. 8, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Krankenhaeuser/GrunddatenKrankenhaeuser2120611117004.pdf?__blob=publicationFile.

⁸ *Bangard, ZWeR* 2007, 183 (192).

⁹ BKartA, Beschluss v. 10.3.2005, B10-123/04, Rhön-Klinikum AG/Landkreis Rhön-Grabfeld.

deren Seite erscheint die Reglungsdichte und das Unterwerfen der Kliniken unter diese dennoch als gerechtfertigt.

Indessen stellt sich vor dem Hintergrund der strengen Regulierung daran anknüpfend die Frage, ob überhaupt noch Spielraum für Wettbewerb besteht und inwieweit bei Klinikzusammenschlüssen dementsprechend wettbewerbsschützende Regelungen eingreifen müssen. Als Anhaltspunkt für die Beantwortung dieser Fragestellung könnte insbesondere die vom DRG-System geprägte deutsche Krankenhausfinanzierung dienen. So haben sich seit Einführung des leistungsbezogenen Fallpauschalensystems Veränderungsprozesse im deutschen Krankenhauswesen eingestellt, die aufzeigen, in welchem Maße eine höhere Wirtschaftlichkeit der jeweiligen Kliniken forciert wurde.¹⁰ Während die Gesamtanzahl an Krankenhäusern von 2242 im Jahre 2000 auf 2045 Einrichtungen im Jahre 2011 ebenso wie die durchschnittliche Verweildauer der Patienten in den Krankenhäusern von 9,7 Tagen auf 7,7 Tage schrumpfte, stiegen die Fallzahlen von 17,26 Mio. im Jahr 2000 auf bis zu 18,34 Mio. im Jahr 2011 kontinuierlich an¹¹, ein Trend, der voraussichtlich weiterhin anhalten wird.¹² Dies liegt darin begründet, dass Krankenhäuser über das neue DRG-System einen höchstmöglichen Gewinn fast ausschließlich über hohe Fallzahlen und die damit einhergehenden Fallpauschalen herbeiführen können. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass trotz der insgesamt geringeren Anzahl an Krankenhäusern die Fallzahl behandelter Patienten weiter gestiegen ist. Dies voraussichtlich scheint die Annahme von Wettbewerbselementen trotz des hohen Regulierungsgrades im Krankenhaussektor zumindest nicht abwegig. Nicht zu vernachlässigen sind in diesem Zusammenhang die letzten beiden Gesundheitsreformen, dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG)¹³ und dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OWG)¹⁴, die ihrerseits wettbewerbliche Auswirkungen haben sollten, indem der Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern insgesamt gestärkt werden sollte. Gelangt man dem folgend zur Annahme von Wettbewerbselementen ist das mögliche Eingreifen wettbewerbsschützender Normen nur der nächste denknotwendige Schritt, sollten mit Klinikfusionen wettbewerbserhebliche Probleme einhergehen. Auch in diesem Lichte können Krankenhausplanung und -finanzierung relevante Wirkungen entfalten. Das Sachleistungsprinzip bedingt, dass die Krankenkassen die Behandlung der Patienten zu vergüten haben, so dass zwischen Leistungsempfänger und Kostenträger keine Personenidentität herrscht. Dies

¹⁰ Wasem/Walendzik/Rotter, in: Huster/Kaltenborn, KrankenhausR, § 1 Rn. 73.

¹¹ Statistisches Bundesamt, Krankenhäuser, Einrichtungen, Betten und Patientenbewegung, abrufbar unter: www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Krankenhaeuser/Tabellen/KrankenhaeuserJahre.html.

¹² s. Prognose Bruckenberg, in: Klaue/Bruckenberg/Schwintowski, S. 94.

¹³ Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) v. 26.3.2007, BGBl. I S. 378.

¹⁴ Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OWG) v. 15.12.2008, BGBl. I S. 2426.