

Krankenhäuser und das neue Kartellrecht

Studie

0 Aktualisierung

Diese Studie ist im Juli 2005 erstellt worden und gibt primär den damaligen Informationsstand wieder. In der Zwischenzeit haben sich einige neue Erkenntnisse zu diesem Themenbereich ergeben. Auch wenn dadurch die **wesentlichen damaligen Aussagen zu Strategien und Handlungsmöglichkeiten** im Krankenhausmarkt heute **weiterhin** gelten, können diese Punkte im Detail sehr wichtig sein. Daher werden sie im folgenden kurz dargestellt:

(1) Anwendung bei Kommunalen Trägern

Das Bundeskartellamt hat am Fall der Gesundheit Nordhessen Holding (Kassel) deutlich gemacht, dass für die Umsatzschwellenwerte der Fusionskontrolle nicht nur die Umsätze im Krankenhausmarkt einzubeziehen sind, sondern auch andere Umsätze des Krankenhauseigentümers aus wirtschaftlicher Tätigkeit, bei kommunalen Trägern z.B. Stadtwerke, Verkehrsbetriebe, u.ä.

(vgl. Pressemitteilung der Klinikum Kassel GmbH vom 25.08.2005)

(2) Sachliche Marktabgrenzung

Das OLG Düsseldorf hat in einem Aufklärungsbeschluss vom 05.10.2005 zum Prozess betreffend der Übernahme der Kliniken Rhön-Grabfeld durch die Rhön-Klinikum AG eine etwas andere sachliche Marktabgrenzung gewählt. So sind danach bei der Übernahme von Krankenhäusern der Grund- und Regelversorgung die Marktanteile von Krankenhäusern höherer Versorgungsstufen und von Fachkliniken nur insoweit zu berücksichtigen, als sie aus den betroffenen Fachabteilungen auch Leistungen erbringen, die ihrer Art nach der Grund- und Regelversorgung zuzurechnen sind.

(vgl. Aufklärungsbeschluss des OLG Düsseldorf; veröffentlicht durch die Rhön-Klinikum AG in einer Pressemitteilung am 06.10.2005)

(3) Missbrauchsaufsicht

Neben der Fusionskontrolle und dem eigentlichen Kartellverbot sind als dritte Säule des Kartellrechts noch die Regelungen zum Missbrauch einer marktbeherrschende Stellung gem. §§ 19 ff GWB zu beachten.

Berlin, im April 2006

Arndt Regorz

1 Inhaltsverzeichnis

- 1 Inhaltsverzeichnis
- 2 Executive Summary
- 3 Einleitung
 - 3.1 Kartellrecht und Krankenhaus
 - 3.2 Entscheidungen des Kartellamtes
 - 3.3 Wesentliche Aussagen des Kartellamts
- 4 Rechtslage GWB
 - 4.1 Anwendungsbereich
 - 4.2 Zwei Säulen des GWB
 - 4.2.1 Fusionskontrolle
 - 4.2.2 Kartelle
 - 4.3 Änderungen durch die Kartellrechtsnovelle
 - 4.4 Beispiele
- 5 Besonderheiten im Krankenhaussektor
 - 5.1 Verbundeffekte
 - 5.2 Mindestmengenregelung
- 6 Konsequenzen für das einzelne Krankenhaus
 - 6.1 Prüfpflicht
 - 6.1.1 Neuer Rechtsbereich
 - 6.1.2 Kartellrechtliche Prüfung
 - 6.1.3 Dokumentation
 - 6.2 Risikoabwägung bei Kooperationsverträgen
 - 6.3 Prüfung einer Fusion
- 7 Konsequenzen für den Krankenhaussektor
 - 7.1 Fusionsbeschleunigung
 - 7.1.1 Fusionsmotive

- 7.1.1.1 Lokale Monopole bilden
 - 7.1.1.2 Fusion statt Kooperation
 - 7.1.1.3 Voraussetzungen für Blockverkauf schaffen
 - 7.1.2 Räumliche Fusionsschwerpunkte
 - 7.2 Auswirkungen auf große Krankenhausketten
 - 7.2.1 Strategieabhängigkeit
 - 7.2.2 Marktzutrittschancen für Konkurrenten
 - 7.2.3 Räumliche Schwerpunkte
 - 7.3 Auswirkungen auf Krankenhausprivatisierungen
 - 7.3.1 Sinkende Zahlungsbereitschaft bisheriger Käufer
 - 7.3.2 Marktzutritt neuer Anbieter
 - 7.4 Auswirkungen auf gesundheitspolitische Zielsetzungen
-
- 8 Mögliche politische Konsequenzen
 - 8.1 Entscheidung über ordnungspolitischen Rahmen
 - 8.2 Harmonisierung Kartellrecht und Gesundheitspolitik

9 Literatur

Haftungsausschluss:

Soweit im Folgenden Aussagen zu rechtlichen Gegebenheiten und deren Folgen getroffen werden, geben diese lediglich die Meinung des Verfassers wieder. Aufgrund der äußerst unklaren Rechtslage zum Kartellrecht im Krankenhausmarkt kann eine Haftung für den Inhalt nicht übernommen werden.

2 Executive Summary

Zwei Entwicklungen im Kartellrecht schaffen im Krankenhausmarkt eine neue Situation mit Auswirkungen auf alle Krankenhäuser:

- Das Vorgehen des Bundeskartellamts bei mehreren Krankenhausprivatisierungen basiert auf einer Marktdefinition, die auch für andere Bereiche des Kartellrechts im Krankenhaussektor Bedeutung hat.
- Die 7. Kartellrechtsnovelle mit dem Übergang zum Prinzip der Legalausnahme führt zu einer größeren Unsicherheit für Kooperationsvereinbarungen zwischen Krankenhäusern.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gilt grundsätzlich für Krankenhäuser aller Träger und nicht nur für diejenigen in privater Trägerschaft. Außerdem betrifft dieses Gesetz neben Übernahmen und Fusionen auch Kooperationsverträge und informelle Abstimmungen des Leistungsspektrums.

Auf dieser Basis sind vor allem die folgenden Auswirkungen auf den Krankenhausmarkt zu erwarten:

Es wird vermehrt zu gleichberechtigten Fusionen kommen, insbesondere zwischen benachbarten Krankenhäusern. Hierfür gibt es zwei unterschiedliche Motive:

- Die Schaffung lokaler Monopole, auch zur Erhöhung des Verkaufspreises für eine spätere Privatisierung.
- Die kartellrechtlich sicherere Abstimmung des Leistungsspektrums.

Die Übernahmen durch große Krankenhausketten, wie Asklepios, Rhön-Klinikum, Helios oder Sana werden erschwert. Insbesondere werden die betriebswirtschaftlich besonders interessanten Übernahmeobjekte, welche eine Vernetzung mit bisherigen Standorten und einen Aufbau marktbeherrschender Stellungen im ländlichen Raum ermöglichen, schwerer zugänglich.

Die bisherigen sequentiellen Übernahmestrategien werden zunehmend durch parallele (Blockübernahmen) ersetzt.

Diese Situation schafft Marktzutrittschancen für neue Anbieter aus dem In- und Ausland, die noch unter den fusionsrechtlichen Schwellenwerten liegen und nicht unter die Fusionskontrolle fallen.

Kooperationsverträge zwischen Krankenhäusern werde zukünftig wesentlich vorsichtiger betrachtet werden als in der Vergangenheit.

Es kann ein Widerspruch zwischen Kartellrecht und Gesundheitspolitik entstehen. Eine gesetzliche Absicherung derjenigen Kooperationen zwischen Krankenhäusern wird empfohlen, die zur Umsetzung der Mindestmengenregelung erforderlich sind.

3 Einleitung

3.1 Kartellrecht und Krankenhaus

Bisher wurde das in Deutschland geltende Recht der Unternehmenszusammenschlüsse und Kartelle im Krankenhaussektor kaum wahrgenommen. Erst mit einigen in der letzten Zeit veröffentlichten Entscheidungen des Bundeskartellamts zu Übernahmen durch große Krankenhausketten dringt diese Problematik langsam in das allgemeine Bewusstsein des Krankenhausmanagements.

Jedoch wird dieses Thema in den Auswirkungen auf die Krankenhäuser – auch in Fachbeiträgen - immer noch stark unterschätzt, da zwei Missverständnisse über das deutsche Kartellrecht vorliegen:

A) In der allgemeinen Diskussion wird das Kartellrecht fälschlicherweise häufig nur auf die privaten Klinikträger und nicht auch auf die öffentlichen und frei-gemeinnützigen Krankenhäuser bezogen.

B) Es wird bisher nur auf Übernahmen/Fusionen bezogen und nicht auf Kooperationen und gegenseitige Abstimmungen, die ebenfalls dem Kartellrecht unterliegen und zahlenmäßig in der Praxis eine viel größere Bedeutung spielen können.

3.2 Entscheidungen des Kartellamts

Die folgenden drei Entscheidungen des Bundeskartellamts bilden die Grundlage zum Verständnis der wesentlichen Rechtspositionen des Kartellamts in der Anwendung auf den Krankenhausmarkt:

Rhön-Klinikum AG – Krankenhaus Eisenhüttenstadt, Beschluss des Bundeskartellamts vom 23.03.2005 - Untersagung des Kaufs

Verkürzt dargestellt basiert der Beschluss auf folgenden Überlegungen:

Nach einer empirischen örtlichen Marktabgrenzung ergibt sich bisher für Rhön-Klinikum (Klinikum Frankfurt/Oder) ein Marktanteil von 55%, zusammen mit dem Krankenhaus Eisenhüttenstadt würde sich ein Marktanteil von 75% ergeben. Für die Bestimmung des relevanten Krankenhausmarkts sind aus Sicht des Kartellamts Akutkrankenhäuser und Fachkliniken, nicht jedoch Rehakliniken und Privatkliniken ohne Kassenzulassung heranzuziehen. Eine Unterteilung nach einzelnen Fachrichtungen oder nach DRGs wird nicht vorgenommen. Zu der genannten Erhöhung der Marktanteile sind die weiteren Konkurrenten auf dem Markt auch noch relativ klein. Damit würde die Übernahme eine wesentliche Stärkung der Marktbeherrschung ergeben.

Rhön-Klinikum AG – Kreiskrankenhäuser LK Rhön-Grabfeld, Beschluss des Bundeskartellamts vom 10.03.2005 - Untersagung des Kaufs

Auch hier würde sich aus Sicht des Kartellamts eine Entstehung oder Stärkung der Marktbeherrschung im örtlichen Markt durch die Übernahme ergeben.

Asklepios Kliniken GmbH – LBK Hamburg, Beschluss des Bundeskartellamts vom 28.04.2005 - Genehmigung unter der Auflage, dass ein LBK-Krankenhaus weiterverkauft wird

Verkürzt dargestellt basiert der Beschluss auf folgenden Überlegungen:

Ohne die Auflage wäre ein Ausbau der Marktbeherrschung in Hamburg erfolgt, da Asklepios bereits vorher ein Haus in Hamburg besaß und nach dem Zusammenschluss Asklepios und die Stadt Hamburg zusammen einen höheren Marktanteil als vorher die Stadt Hamburg allein aufweisen würden (die Anteile Hamburgs – insbesondere am Universitätsklinikum Eppendorf - werden vom Kartellamt deshalb mitgerechnet, da Hamburg Minderheitengesellschafter am verkauften LBK mit satzungsmäßig abgesicherten Minderheitenrechten bleibt). Mit dem Verkauf eines der LBK-Häuser hingegen, die alle größer sind als das bisher schon zu Asklepios gehörende Haus, liegt kein Ausbau der Marktbeherrschung mehr vor, daher war der Zusam-

menschluss unter dieser Auflage genehmigungsfähig.

- - - - -

Die Rhön-Klinikum AG hat die beiden sie betreffenden Entscheidungen des Kartellamts nicht akzeptiert und geht rechtlich gegen sie vor, so dass bis zum Abschluss dieser Verfahren noch eine gewisse Unsicherheit über die Rechtslage besteht.

3.3 Wesentliche Aussagen des Kartellamts

Aus den Entscheidungen des Bundeskartellamts lassen sich zwei verkürzte Kernaussagen ableiten, die dazu führen, dass das Kartellrecht starke Auswirkungen auf den Krankenhaussektor haben wird:

A) Krankenhäuser stehen trotz Krankenhausplans bereits jetzt im Wettbewerb; Wettbewerb muss sich nicht nur auf den Preis beziehen sondern auch z.B. auf die Qualität. **Krankenhäuser unterliegen grundsätzlich dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).**

B) **Der relevante Markt ist für Akutkrankenhäuser i.d.R. nicht das gesamte Bundesgebiet** sondern je nach örtlicher Situation empirisch abzugrenzen. In den genannten Entscheidungen wurde er lokal relativ eng begrenzt.

4. Rechtslage GWB

Die Rechtsgrundlage sowohl für die Fusionskontrolle als auch für die Behandlung der Kartelle ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Zuerst werden als Basis für das Verständnis der Auswirkungen auf den Krankenhausmarkt die wesentlichen Bestimmungen dieses Gesetzes kurz dargestellt.

4.1 Anwendungsbereich

Das GWB ist auf Unternehmen anwendbar, wobei ein funktionaler Unternehmensbegriff zu Grunde liegt. Auch für Unternehmen des Staats gilt grundsätzlich das GWB. Eine Ausnahme ist lediglich für hoheitliches Handeln des Staats normiert.

Außerdem gibt es noch vereinzelt branchenbezogene Ausnahmebestimmungen. So sind nach dem SGB V die Krankenkassen im wesentlichen vom GWB ausgenommen.

Für die Krankenhäuser ergibt sich die volle Anwendbarkeit des GWB. Das Gesetz gilt nicht nur für private, gewinnorientierte Krankenhäuser sondern ebenso für Krankenhäuser in öffentlicher oder frei-gemeinnütziger Trägerschaft unabhängig von der Rechtsform.

Das GWB gilt für unabhängige Unternehmen oder Konzerne. Für Vorgänge lediglich innerhalb eines Konzerns greift es nicht.

4.2 Zwei Säulen des GWB

Das Ziel des GWB, einen funktionierenden Wettbewerb zu erhalten, soll auf zwei Wegen erreicht werden:

Zum einen mittels Regelungen zur **Fusionskontrolle**, um eine den Wettbewerb zu stark einschränkende **Marktmacht eines Unternehmens** zu verhindern.

Zum anderen mittels Regelungen zum **Kartellverbot**, um zu starke Einschränkungen des Wettbewerbs durch **Vereinbarungen mehrerer Unternehmen** zu verhindern.

4.2.1 Fusionskontrolle

Fusionen, bei denen bestimmte Schwellenwerte hinsichtlich des Umsatzes überschritten wer-

den, unterliegen der Zusammenschlusskontrolle (§ 35 GWB a.F.) Für den Krankenhausbereich sind praktisch insbesondere folgende Schwellenwerte relevant:

A) Die Unternehmen weisen jährlich insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. € auf.

B) Die beteiligten unabhängigen Unternehmen erzielen jeweils mindestens 10 Mio. € Jahresumsatz.

Die Schwellenwert A) erklärt, warum bisher die Fusionskontrolle im Krankenhausmarkt nur bei Übernahmen durch die großen privaten Krankenhausketten wirksam wurde.

Der Schwellenwert B) führt dazu, dass die Übernahme sehr kleiner Krankenhäuser auch durch die großen Ketten ohne kartellrechtliche Schwierigkeiten möglich ist.

Soweit die o.g. Schwellenwerte überschritten sind, muss ein beabsichtigter Zusammenschluss der zuständigen Kartellbehörde angezeigt werden. Diese prüft den beabsichtigten Zusammenschluss im wesentlichen nach dem Kriterium, ob „zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt“ (§ 36 Abs. 1 GWB a.F.). Eine Freigabe kann auch mit Auflagen verbunden werden.

4.2.2 Kartelle

Unter das Kartellverbot nach § 1 GWB a.F. fallen insbesondere Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen von Konkurrenten, die eine Verhinderung oder Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken **oder** bewirken.

Bisher gab es im GWB eine Reihe von Ausnahmetatbeständen (§§ 2 -7 GWB a.F.), die eine Freistellung bestimmter Vereinbarungen vom Kartellverbot ermöglichten. Hierfür gab es Anmeldepflichten oder Antragspflichten bei der Kartellbehörde.

Im Gegensatz zur Fusionskontrolle gibt es keine Umsatzschwellenwerte. Eine Vereinbarung zwischen zwei Krankenhäusern verschiedener Träger kann also unter das Kartellverbot fallen,

auch wenn eine Fusion der gleichen Krankenhäuser ohne kartellrechtliche Prüfung wegen Unterschreiten der Schwellenwerte zulässig wäre.

Für die Anwendung auf den Krankenhausbereich sind die genannten Entscheidungen des Bundeskartellamts zur Fusionskontrolle im Krankenhausmarkt wichtig, weil sie zwei wesentliche Grundlagen klären:

- Das GWB ist auf den Krankenhausmarkt anzuwenden.
- Die Marktabgrenzung ist i.d.R. lokal vorzunehmen.

Damit unterliegen viele Kooperationsvereinbarungen zwischen Krankenhäusern unterschiedlicher Träger, die (auch) Aufteilung und Einschränkungen im Leistungsangebot regeln, dem GWB. Auch wenn sie u.U. durch Ausnahmenormen zulässig sind, wären sie bisher zumindest anmelde- oder genehmigungspflichtig gewesen.

4.3 Änderungen durch die Kartellrechtsnovelle

Mit der 7. Kartellrechtsnovelle, auf die sich im Juni 2005 der Vermittlungsausschuss von Bundestag und Bundesrat geeinigt hat, wird vor allem eine Anpassung an EU-Recht vorgenommen. Im Bereich der Unternehmenskooperationen erfolgt eine deutliche Deregulierung, die bisherigen Anmeldungen/Anträge bei der Kartellbehörde entfallen. Stattdessen gilt das Prinzip der **Legalausnahme**. Eine Ausnahmenorm vom Kartellverbot wird eingefügt, deren Voraussetzungen die betroffenen Unternehmen eigenständig prüfen müssen. Gleichzeitig werden jedoch einschneidendere Sanktionen bei Verstößen gegen das Kartellverbot ermöglicht. Damit kann sich im Ergebnis ein höherer Grad an Unsicherheit ergeben.

Die folgenden Voraussetzungen müssen nach § 2 GWB n.F. für die Freistellung kraft Gesetz **kumulativ** erfüllt sein:

A) Effizienzgewinne

Es müssen durch die Vereinbarung Effizienzgewinne erzielt werden.

B) Beteiligung der Verbraucher am Gewinn

Auch die Verbraucher müssen an den Effizienzgewinnen partizipieren. Die Beteiligung am

Gewinn muss keine finanzielle sein. Auch eine Beteiligung durch eine verbesserte Qualität ist möglich. Gerade für Kooperationsverträge zwischen Krankenhäusern ist diese Art der Gewinnbeteiligung eher zu erwarten als eine finanzielle Beteiligung durch geringere Preise.

C) Unerläßlichkeit der Absprache

Die Absprache muss zum Erreichen der Effizienzgewinne unerlässlich sein. Es darf also keinen anderen wirtschaftlich vernünftigen Weg zu den Effizienzgewinnen geben, der ohne oder mit geringeren Wettbewerbsbeschränkungen auskommt.

D) Keine Möglichkeit zur wesentlichen Ausschaltung des Wettbewerbs

Die Vereinbarung darf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht wesentlich ausschalten. Hierfür ist eine zweistufige Prüfung nötig:

- Wie ist die bisherige Wettbewerbssituation?
- Welche möglichen Auswirkungen hat die Vereinbarung?

Je stärker bisher schon der Wettbewerb auf einem Markt eingeschränkt war, desto geringer braucht die weitere Einschränkung durch eine Vereinbarung zu sein, um zum Verstoß gegen das Kartellverbot zu führen.

Zusätzlich gibt es im § 3 GWB n.F. eine Sonderregelung für den Mittelstand, deren Anwendbarkeit auf den Krankenhaussektor denkbar ist. Diese ermöglicht für eine Übergangsfrist insbesondere das Einholen eines Negativtestats über beabsichtigte Vereinbarungen bei der Kartellbehörde.

Die neuen Grundsätze gelten auch für schon bisher abgeschlossene Vereinbarungen, nicht nur für zukünftig abzuschließende.

Für die Anwendung des neuen Kartellrechts auf den Krankenhaussektor gibt es zwei wesentliche Unwägbarkeiten:

- Das Prinzip der Legalausnahme ist neu im deutschen Kartellrecht, so dass die rechtliche Auslegung sich erst in den folgenden Jahren festigen wird.
- In der Anwendung des Kartellverbots auf die Krankenhäuser fehlen ausreichend Präzedenzfälle. Das Vorgehen im Fall Rhön-Klinikum betrifft zwar die Fusionskontrolle, kann jedoch auch wesentliche Eckpunkte (grundsätzliche Anwendbarkeit, örtliche Marktabgren-

zung) für die Anwendung des Kartellverbots auf den Krankenhausmarkt klären, wenn die Gerichte hierzu entschieden haben werden.

Daher lässt sich zum heutigen Zeitpunkt schwer einschätzen, welche Art von Kooperationsverträgen zwischen Krankenhäusern – insbesondere hinsichtlich der Abstimmung und Aufteilung des Leistungsspektrums – nach dem GWB zulässig sind und welche nicht.

4.4 Beispiele

Die folgenden Denkbeispiele sollen unter Berücksichtigung der o.g. Einschränkungen mögliche Konstellationen für die Anwendung im Krankenhaus aufzeigen

Beispiel 1

Zwei mittelgroße Krankenhäuser unterschiedlicher Träger in einer Millionenstadt mit zahlreichen anderen Akutkrankenhäusern schließen eine Vereinbarung zur Umsetzung der Mindestmengenregelung ab. Bestimmte Leistungen, die jedes Haus allein nicht in ausreichender Anzahl erbringen könnte, um die Mindestmengenregelung zu erfüllen, werden vollständig je einem Haus zugeordnet. Die von der Absprache zur Mindestmengenregelung betroffenen Fälle machen nur wenige Prozent der gesamten Fälle der beiden Häuser aus.

Die Prüfung der vier Voraussetzungen der Legalausnahme kann ergeben:

- A) Effizienzgewinne sind durch die größeren Mengen je Leistung zu erwarten.*
- B) Es ist mit einer höheren Qualität zu rechnen, von der die Verbraucher profitieren.*
- C) Ohne eine – zumindest informelle – Abstimmung des Leistungsspektrums und deren Kommunikation an die Zuweiser ist das Erreichen der Mindestmengen kaum sicherzustellen.*
- D) Ein wesentliche Ausschaltung des Wettbewerbs ist in der geschilderten Marktsituation nicht zu erwarten.*

Damit wäre das Vorliegen der Legalausnahme hier zu bejahen.

Beispiel 2

Zwei Krankenhäuser unterschiedlicher Träger decken in einem ländlichen Markt 80% der zu behandelnden Fälle ab. Um die Leistungen effizienter erbringen zu können, schließen sie eine Vereinbarung, nach der zahlreiche bisher von beiden Häusern vorgehaltenen Leistungsbereiche aufgeteilt werden. Krankenhaus 1 verzichtet in der Vereinbarung auf die Geburtshilfe und die Kardiologie, Krankenhaus 2 verzichtet im Gegenzug auf die Unfallchirurgie/Orthopädie und die Gastroenterologie.

Die Prüfung der vier Voraussetzungen der Legalausnahme kann ergeben:

A) Effizienzgewinne sind durch die wesentlich größeren Mengen je Leistung zu erwarten.

B) Es ist mit einer höheren Qualität zu rechnen, von der auch in diesem Beispiel die Verbraucher profitieren können.

C) Die angestrebten Effizienzgewinne durch höhere Mengen pro Behandlungsart lassen sich nur durch eine gegenseitige Vereinbarung erreichen.

D) In diesem Fall wird der Wettbewerb in dem Markt jedoch in wesentlichen Bereichen ausgeschaltet.

Damit wäre das Vorliegen der Legalausnahme hier wohl zu verneinen. (Soweit die o.g. Änderungen im Leistungsspektrum jedoch durch Änderungen des Krankenhausplans erreicht werden, könnte dies wiederum anders einzuschätzen sein, da das Verhältnis zwischen Krankenhausplan und Kartellrecht noch ungeklärt ist.)

Zwischen diesen beiden extrem gegensätzlichen Beispielen liegt eine Vielzahl an Fallkonstellationen, die weniger leicht einzuschätzen sind.

5 Besonderheiten im Krankenhaussektor

Gegenüber anderen Wirtschaftszweigen gibt es im Krankenhaussektor einige Besonderheiten, die bei einer Anwendung des Wettbewerbsrechts zu Schwierigkeiten führen können

5.1 Verbundeffekte

Das Erbringen stationärer Krankenhausleistungen kann sehr ausgeprägte positive Verbundeffekte aufweisen. Bei einer abgestimmten und vernetzten Versorgungsstruktur zwischen Portalkliniken und Schwerpunktkrankenhäusern lassen sich sowohl langfristig deutlich Kosten sparen als auch eine Verbesserung der Qualität erreichen. Derartige Verbundstrukturen führen jedoch zu einer Verringerung der Wettbewerbsintensität.

Da außerdem der Krankenhausmarkt stark lokal geprägt ist, müssen zur Realisierung der positiven Verbundeffekte bisherige lokale Konkurrenten zusammenarbeiten oder fusionieren. Auf kleineren Märkten mit wenigen Anbietern kann dies zu einer weitestgehenden Ausschaltung des Wettbewerbs führen.

Je stärker die Marktstrukturen auf lokal wenige Anbieter konzentriert sind, desto geringer sind die Möglichkeiten für die Krankenkassen, kurzfristig durch Marktelemente geringere Preise zu erzielen und damit zur Kostendämpfung beizutragen. Dem gegenüber steht das Potential zu einer Steigerung der Qualität und langfristig auch zum Realisieren von Kostenvorteilen.

Hier ist abhängig von einer politischen Grundsatzentscheidung entweder weiterhin ein Plansystem möglich mit den o.g. Potentialen für eine Qualitätsverbesserung oder ein Marktsystem, das – zumindest solange Überkapazitäten im Markt sind – geringere Preise für Krankenhausleistungen und damit kurzfristige Kostendämpfung ermöglicht.

5.2 Mindestmengenregelung

Nach § 137 SGB V sollen für einige planbare Krankenhausleistungen durch die Selbstverwaltung Mindestmengen festgelegt werden, um einer Verbesserung der Qualität zu erreichen.

Um dieses Ziel zu erreichen, wenn auf einem lokalen Krankenhausmarkt mehrere Häuser unter der Mindestmenge liegen, bietet sich eine Vereinbarung an, in der jedes beteiligte Krankenhaus zukünftig auf das Erbringen bestimmter Leistungen verzichtet. Eine derartige Schwerpunktbildung kann zu einer höheren Qualität führen, gleichzeitig aber auch tendenziell

zu einer Reduzierung des Wettbewerbs und damit zu einem möglichen Konflikt mit dem Kartellrecht.

6. Konsequenzen für das einzelne Krankenhaus

6.1 Prüfpflicht

6.1.1 Neuer Rechtsbereich

Als erste Konsequenz ergibt sich für jedes einzelne Krankenhaus Lernbedarf. Wie bisher schon Grundkenntnisse in Arbeitsrecht, Sozialrecht und Verwaltungsrecht für Krankenhäuser erforderlich waren, kommt jetzt noch der Bereich des Wettbewerbsrechts hinzu.

Hier müssen zumindest soweit Grundkenntnisse aufgebaut werden, dass man einschätzen kann, wann sich eine wettbewerbsrechtlich problematische Situation ergibt und ein entsprechend spezialisierter Anwalt eingeschaltet werden muss.

6.1.2 Kartellrechtliche Prüfung

Bei allen Vereinbarungen, Absprachen etc. mit anderen Marktteilnehmern im Gesundheitswesen muss das Krankenhaus prüfen, ob diese kartellrechtlich zulässig sind. Dies gilt auch für in der Vergangenheit abgeschlossene Vereinbarungen.

Diese Prüfung ist nicht lediglich beim Abschluss einer Vereinbarung erforderlich. In regelmäßigen Abständen muss zukünftig geprüft werden, ob die Voraussetzungen – insbesondere die kartellrechtlichen Ausnahmetatbestände (z.B. die tatsächliche Qualitätserhöhung durch die Aufteilung des Leistungsspektrums in einem Kooperationsvertrag)– weiterhin erfüllt sind.

6.1.3 Dokumentation

Für die Verantwortlichen im Krankenhausmanagement ergibt sich ein beträchtliches persönliches Haftungsrisiko, wenn nicht belegt werden kann, dass die nötigen kartellrechtlichen Prüfungen sorgfältig durchgeführt worden sind.

Damit kommt der Dokumentation eine große Bedeutung zu. Nur wenn alle Prüfungsschritte vollständig belegt sind, kann sich die verantwortliche Führungskraft gegen spätere Regressansprüche insbesondere des Krankenhausträgers absichern.

6.2 Risikoabwägungen bei Kooperationsverträgen

Häufig wird es kaum vorab eindeutig bestimmbar sein, ob eine Absprache oder Vereinbarung kartellrechtlich noch erlaubt ist oder nicht. Zum einen muss sich die Auslegung des novellierten Kartellrechts erst im Laufe der nächsten Jahre zeigen, zum anderen fehlen Präzedenzfälle im Krankensektor bisher weitestgehend. Neben dem Versuch, eine Aussage des Kartellamts über das Vorliegen eines Freistellungstatbestands einzuholen, muss eine fundierte Risikoabwägung vorgenommen werden.

Ein wesentliches Risiko neben Bußgeldern, Schadensersatzforderungen, etc. liegt darin, dass eine gegen das Kartellrecht verstoßene Vereinbarung nichtig ist. Dies ist vor allem dann gefährlich, wenn einer der Kooperationspartner mit der Vereinbarung einen Leistungsbereich aufgibt, der später schwer wieder aufzubauen wäre:

Beispiel 3

Die beiden einzigen Krankenhäuser an einem Ort stimmen ihr Leistungsspektrum ab. Das Krankenhaus 1 schließt die Geburtshilfe, im Gegenzug verzichtet das Krankenhaus 2 zukünftig auf die Unfallchirurgie/Orthopädie.

Falls sich nach der Umsetzung dieser Vereinbarung herausstellt, dass das Vorgehen

kartellrechtlich nicht haltbar war, ist das Krankenhaus 1 in einer sehr schlechten Lage: Die geschlossene Geburtshilfe wird sich kaum wieder erfolgreich aufbauen lassen, während das Krankenhaus 2 mit der Wiederaufnahme der Tätigkeit in der Unfallchirurgie/Orthopädie weniger Schwierigkeiten haben dürfte.

6.3 Prüfung einer Fusion

Die teilweise kaum kalkulierbaren Risiken, die sich aus Kooperationsverträgen ergeben können, werden in derartigen Konstellationen dazu führen, als Alternative auch eine vollständige Fusion zu prüfen.

Damit kann das Leistungsspektrum auf verschiedene Standorte aufgeteilt werden ohne die kartellrechtlichen Risiken einer Kooperationsvereinbarung. Zudem wird bereits die Voraussetzung für eine einheitliche Preispolitik gegenüber den Krankenkassen geschaffen, falls die Politik zukünftig das Einkaufsmodell von den jetzigen Randbereichen (integrierte Versorgung) auf den gesamten Krankenhausmarkt ausweiten sollte.

7 Konsequenzen für den Krankenhaussektor

7.1 Fusionsbeschleunigung

Das Vorgehen des Kartellamts im Rahmen der Fusionskontrolle sowie die Novelle des Kartellrechts werden kurz- bis mittelfristig zur Erhöhung der Fusionsgeschwindigkeit im Krankenhaussektor führen. Hierfür sind verschiedene Motive der Krankenhausträger verantwortlich, die auch regional unterschiedlich zur Geltung kommen.

7.1.1 Fusionsmotive

Die Gründe für Fusionen zwischen benachbarten Krankenhäusern können sehr unterschiedlich sein. Im Hinblick auf das Kartellrecht sind vor allem die folgenden Motive von Bedeutung:

7.1.1.1 Lokale Monopole bilden

Durch die Fusion zweier oder mehrerer Krankenhäuser können – insbesondere im ländlichen Raum – lokale Monopole gebildet werden. Im Hinblick auf den Trend zu einem stärker wettbewerbsorientierten Krankensektor (Einkaufsmodelle, etc.) gibt es einen starken wirtschaftlichen Anreiz, einen möglichen lokalen Preiswettbewerb mit anderen Krankenträgern auf legalem Weg auszuschalten. Da die Schwellenwerte für die kartellrechtliche Fusionskontrolle im Vergleich zu den Umsatzzahlen der meisten Krankenhäuser relativ hoch sind, können lokale Monopole ohne Beteiligung überregionaler Krankenketten durchaus erreicht werden.

Je stärker das Prinzip einer marktwirtschaftlichen Gestaltung der Krankenhauslandschaft zum Zuge kommt, desto stärker wird auch der Anreiz, als Gegengewicht lokale Monopole anzustreben.

7.1.1.2 Fusion statt Kooperation

Kooperationsverträge zwischen Krankenhäusern können unter bestimmten Umständen unter das Kartellverbot fallen, wenn durch sie der Wettbewerb wesentlich eingeschränkt wird. Im Gegensatz zur Fusionskontrolle gibt es hier keine entsprechend hohen Schwellenwerte.

Dies führt zur Situation, dass es zwei Krankenhäusern u.U. verboten ist, ihr medizinisches Leistungsspektrum durch wechselseitigen Verzicht auf bestimmte Abteilungen und Schwerpunkte abzustimmen. Wenn die beiden Krankenhäuser sich jedoch zu einem Unternehmen zusammenschließen, kann die gleiche Abstimmung des Leistungsspektrums und die damit mögliche verbesserte Verhandlungsposition gegenüber den Kostenträgern jedoch zulässig sein, da es sich nun um einen rein unternehmensinternen Vorgang handelt.

Zudem schafft das neue kartellrechtliche Prinzip der Legalausnahme eine beträchtliche Unsicherheit für Kooperationsvereinbarungen. Die Vertragspartner können sich häufig nicht sicher sein, dass ihre Kooperation rechtlich langfristig hält. Insbesondere, wenn als Ergebnis einer Kooperationsvereinbarung auch Investitions- und Desinvestitionsentscheidungen in größerem Umfang erforderlich werden, kann die Fusion als Weg zur Absicherung gesehen werden.

7.1.1.3 Voraussetzungen für Blockverkauf schaffen

Der Wert eines Krankenhausverbands mit mehreren Häusern und lokal marktbeherrschender Stellung ist für einen Käufer wesentlich höher als die Summe der Einzelwerte der beteiligten Krankenhäuser. Damit können sich die Aquisitionsstrategien der großen Krankenketten verändern.

Das bisherige Vorgehen, einzelne Krankenhäuser zu kaufen und später in der gleichen Region weitere Häuser von anderen Trägern zuzukaufen, stößt durch das Vorgehen des Bundeskartellamtes an Grenzen, soweit lokal eine marktbeherrschende Stellung erreicht oder verstärkt wird.

Soweit die marktbeherrschende Stellung des zu kaufenden Krankenhausunternehmens jedoch bereits vor der Übernahme vorlag, wird durch die Übernahme i.d.R. eine marktbeherrschende Stellung weder begründet (weil sie schon vorher vorlag) noch verstärkt.

Somit können aus kartellrechtlichen Gründen die bisher vorherrschenden sequentiellen Übernahmestrategien durch parallele Übernahmestrategien (Blockübernahmen) zurückgedrängt werden.

Damit entsteht insbesondere für kommunale Krankenhausträger, die zumindest mittelfristig mit der Option einer Privatisierung rechnen, ein großer finanzieller Anreiz, vorab mit anderen Krankenhausträgern ihre Häuser zu einem Unternehmen zusammenzuschließen, um bei einer späteren Privatisierung einen Blockverkauf mit deutlich höheren Preisen als beim Einzelverkauf zu ermöglichen.

7.1.2 Räumliche Schwerpunkte

Mit der Ausnahme von sehr großen Privatisierungen (in der Vergangenheit der LBK-Verkauf an Asklepios, in der Zukunft beispielsweise ein evtl. Verkauf von Vivantes in Berlin) werden in Großstädten und großstädtischen Ballungsräumen auch nach einer Übernahme in der Regel von keiner der großen privaten Krankenketten Marktanteile erzielt werden, die marktbe-

herrschend sind.

Auch Kooperationsverträge zwischen Krankenhäusern auf diesen Märkten werden nur sehr selten zu einer relevanten Einschränkung des Wettbewerbs führen, die ein Verstoß gegen das Kartellrecht begründen kann.

Damit wird im großstädtischen Bereich der Einfluss des Kartellrechts sowohl auf Krankenhausprivatisierungen als auch auf Kooperationsverträge in den Auswirkungen gering bleiben.

In den nicht großstädtisch geprägten Regionen Deutschlands hingegen, wo lokal jeweils nur wenige Krankenhäuser eine wesentliche Rolle für das Marktgeschehen spielen, kommen die o.g. Fusionsanreize voll zur Geltung.

Somit ist insbesondere in den Regionen außerhalb der großen Ballungsräume mit einer deutlichen Verstärkung der Fusionsgeschwindigkeit zu rechnen.

7.2 Auswirkungen auf große Krankenhausketten

Die Auswirkungen des Kartellrechts auf die großen privaten Krankenhausketten, wie Asklepios, Rhön-Klinikum, Helios oder Sana, haben unterschiedliche Aspekte.

Zum einen trifft das Kartellrecht nicht alle Ketten in gleichem Umfang. Die Auswirkungen werden vielmehr von der verfolgten Strategie bestimmt.

Zum anderen kann das Kartellrecht die Wettbewerbssituation verändern, wenn Marktzutrittschancen für neue Wettbewerber entstehen.

7.2.1 Strategieabhängigkeit

Je stärker die Strategie einer Krankenhauskette auf eine regionale Vernetzung ausgerichtet ist,

desto stärker wird sie negativ durch das Vorgehen des Kartellamts beeinflusst. Um diese Strategie durchzuhalten, bleibt im wesentlichen die Option, mehrere fusionierte Krankenhäuser auf einmal zu kaufen (parallele statt sequentielle Übernahmestrategien).

7.2.2 Marktzutrittschancen für Konkurrenten

Die kartellrechtliche Situation führt zu Marktchancen für entsprechend kapitalisierte Unternehmen, die aufgrund der Unterschreitung der fusionsrechtlichen Schwellenwerte weiterhin auch lokal marktbeherrschende Positionen aufbauen können. Diese Chancen bieten sich sowohl inländischen als auch ausländischen Unternehmen.

Damit entstehen für die bisherigen Krankenhausketten einerseits neue Konkurrenten. Andererseits können derartige Unternehmen aber auch mittel- bis langfristig zu interessanten Übernahmekandidaten werden. Hierfür gilt die gleiche Überlegung wie für die o.g. Fusionen zum Ermöglichen eines Blockverkaufs.

7.2.3 Räumliche Schwerpunkte

Die großen Krankenhausketten werden sich zukünftig mehr auf Großstädte und großstädtische Ballungsräume konzentrieren, wo die Einschränkungen durch das GWB aufgrund der dortigen Marktsituation bei Krankenhausübernahmen seltener greifen.

7.3 Auswirkungen auf Krankenhausprivatisierungen

Auf die Bestrebungen insbesondere kommunaler Gebietskörperschaften, sich von ihren Krankenhäusern auf dem Weg der Privatisierung zu trennen, gibt es gegenläufige Auswirkungen.

7.3.1 Sinkende Zahlungsbereitschaft bisheriger Käufer

Die Zahlungsbereitschaft der etablierten Krankenhausketten wird bei anstehenden Privatisierungen im ländlichen Raum u.U. sinken, da es nicht mehr so einfach ist, sich eine lokal oder regional marktbeherrschende Stellung aufzubauen. Damit verschwindet aber auch die Bereitschaft, entsprechende Prämien im Kaufpreis zu berücksichtigen. (Der Kaufpreis kann hierbei auch negativ sein. Beim starken Preisverfall für Privatisierungen bedeuten sinkende Preise ggf. höhere Zahlungen des bisherigen Eigentümers, um die Verantwortung für das Krankenhaus abgeben zu können).

7.3.2 Marktzutritt neuer Anbieter

Den Schwierigkeiten für die etablierten Krankenhausketten stehen Marktzutrittschancen für neue Anbieter gegenüber. Solange diese hinsichtlich des Umsatzes unter den kartellrechtlichen Schwellenwerten liegen, haben sie weiterhin die Möglichkeit, sich lokal marktbeherrschende Positionen aufzubauen und damit entsprechende Monopolprämien zu zahlen.

Daher ist damit zu rechnen, dass bei vielen Privatisierungen neue Anbieter eine höhere Zahlungsbereitschaft aufweisen werden als die etablierten Ketten. Im Ergebnis sollte dieser Effekt mittelfristig die verringerte Zahlungsbereitschaft der bisherigen Käufer ausgleichen können.

7.4 Auswirkungen auf gesundheitspolitische Zielsetzungen

Das Kartellrecht kann horizontale und vertikale Vereinbarungen zwischen Krankenhäusern und anderen Anbietern im Gesundheitswesen erschweren. Hier liegt ein potentieller Zielkonflikt zwischen ordnungspolitischen Zielen der Wirtschaftspolitik (Erhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs) und gesundheitspolitischen Zielen (Qualitätsverbesserung durch Mindestmengen und durch bessere Vernetzung).

Soweit die bisherige Position des Bundeskartellamts in den anhängigen Verfahren zu den Fusionsanträgen von Rhön-Klinikum bestätigt wird, geht dieser Zielkonflikt ohne gesetzliche Eingriffe eher zu Gunsten des Wettbewerbsrechts aus.

8 Mögliche Politische Konsequenzen

8.1 Entscheidung über ordnungspolitischen Rahmen

Der Krankenhaussektor bewegt sich z.Zt. zwischen zwei Polen: Plansystem oder Wettbewerbssystem. Die bisherigen Maßnahmen der Gesundheitspolitik (z.B. Einführung der integrierten Versorgung) deuten auf eine Umgestaltung hin zu mehr Wettbewerb. Auch die Aussagen der Politik gehen in diese Richtung. Eine endgültige und klare Entscheidung hierzu ist jedoch noch nicht gefallen.

Hiervon hängt maßgeblich die rechtliche Gestaltung im Krankenhaussektor ab. Ein Plansystem ermöglicht die Schaffung abgestimmter Versorgungsnetzwerke. Wenn weiterhin ein Plansystem gewollt ist, dann sollte eine ausdrückliche gesetzliche Ausnahme des Krankenhaussektors vom Kartellrecht erfolgen, um Rechtssicherheit zu schaffen.

Wenn hingegen ein stärker vom Wettbewerb geprägtes System das Ziel ist, um kurzfristig niedrigere Preise für Krankenhausbehandlungen zu erzielen, dann ist grundsätzlich die Geltung des Kartellrechts erforderlich, um die Voraussetzungen für einen funktionierenden Wettbewerb aufrecht zu erhalten.

Aber auch in diesem Fall sind Anpassungen des Kartellrechts erforderlich, die den Besonderheiten des Gesundheitswesens Rechnung tragen. Insbesondere ist sicherzustellen, dass gesetzlich normierte gesundheitspolitische Entwicklungen nicht durch das Kartellrecht verhindert werden.

8.2 Harmonisierung Kartellrecht und Gesundheitspolitik

Vor allem in ländlichen Regionen kann sich ein Widerspruch zwischen dem gesundheitspolitischen Ziel der Qualitätsverbesserung durch Mindestmengen einerseits und der Erhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs andererseits ergeben. Bei einer Erweiterung des noch relativ kleinen Katalogs derjenigen Leistungen, die unter eine Mindestmengenregelung fallen, kann sich hier die Situation ergeben, dass eine lokale Vereinbarung zwischen Krankenhäusern zur Umsetzung der Mindestmengenregelung den Wettbewerb wesentlich einschränkt und gegen das Kartellverbot verstößt.

Ein geeigneter Weg zur Absicherung der Mindestmengenregelung auch in derartigen Marktsituationen könnte in der Aufnahme einer Sonderregelung in das SGB V liegen.

Beispielsweise könnte die folgende neue gesetzliche Regelung den o.g. Widerspruch aufzuheben helfen:

§ 137 Abs. 3 (Neu) SGB V:

„Eine Vereinbarung zwischen Krankenhäusern, die erforderlich ist, um das Erreichen der Mindestmengen nach Abs. 1 Nr. 3 sicherzustellen, kann von der nach dem KHG zuständigen Landesbehörde genehmigt werden, auch wenn sie nach §§ 1, 2 GWB nicht zulässig wäre. Die Genehmigung kann mit Auflagen verbunden werden.“

9 Literatur

Regierungsentwurf mit Begründung zur 7. Kartellrechtsnovelle vom 26.05.2004

Beschlüsse des Bundeskartellamts:

B10-123-04 (Rhön-Klinikum – Rhön-Grabfeld)

B10-109-04 (Rhön-Klinikum – Eisenhüttenstadt)

B10-161-04 (Asklepios – LBK)

Urteile:

BGHZ 101,72 (78ff.)

BGHZ 19,72 (79f.)

Ebel, H.-R.: „Kartellrecht Kommentar“, Loseblattsammlung, Köln

Emmerich, V.: „Kartellrecht“, 8. Auflage, München 1999

Hahn et. al. (Hrsg.): „Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht“, Loseblattsammlung, Köln

Hellwig, M. et. al.: „Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle – Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB“, Bonn 2004

Immenga U., Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.): „GWB Kommentar zum Kartellgesetz“, 3. Aufl., München 2001

Jendges, T.: „Der Staat soll den Wettbewerb sichern, indem er ihn zulässt“, f&w 3/2005, S 270 ff.

Keßler, J.: „Schadensersatzansprüche von Kartellabnehmern de lege lata und de lege ferenda“, Betriebs Berater 21/2005, S. 1125 ff.

Langen, E., Bunte, H.-J. (Hrsg.): „Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht“, 9. Aufl., Neuwied 2001

Neubauer, G.: „Das Kartellamt hinterfragt die Klinik-Monopole“, f&w 2/2005, S. 174 ff.

Preusker, U.K.: „Auswirkungen weit über Rhön hinaus“, Klinik Markt inside 6/2005, S. 2

Preusker, U.K.: „Kartell und Krankenhaus“, Klinik Markt inside 9/2005, S. 1

Schmidt, H.: „Rhön Das falsche Signal“, KMA 4/2005, S. 61

Schröder, D.: „Schnittstellen der Kooperations- und Oligopolanalyse im Fusionskontrollrecht“, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 9/2004, S 893 ff.

Schwalbe, U.: „Kommentar; Marktbeherrschungs- oder SIEC-Test im GWB?“, WuW 10/2004, S. 997 ff.

Schwintowski, H.-P. / Klaus, S.: „Konsequenzen des Systems der Legalausnahme für die Kooperationspraxis der Unternehmen“, WuW 4/2005, S 370 ff.

Wiedemann, G. (Hrsg.): „Handbuch des Kartellrechts“, München 1999

Juli 2005

Dipl. Kaufm. Arndt Regorz