

Krankenhausfusionen

- Rechtsvergleich der Zusammenschlusskontrolle in Deutschland und den USA -

**Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
des Doktors der Rechte
der Universität Mannheim**

**vorgelegt von
Dr. med. Stephan Georg Müller-Groh
aus Göttingen**

Tag der mündlichen Prüfung: 20.12.2002
Der Dekan: Prof. Dr. Thomas Puhl
Erstreferent: Prof. Dr. Jochen Taupitz
Zweitreferent: Prof. Dr. Rolf Sack

Inhaltsverzeichnis

1	<u>Einleitung</u>	<u>1</u>
2	<u>Krankenhauszusammenschlüsse im deutschen Wettbewerbsrecht.....</u>	<u>5</u>
2.1	Grundlagen des deutschen Wettbewerbsrechts	6
2.1.1	Wirtschaftsverfassung	7
2.1.2	Wettbewerbsordnung	10
2.1.3	Wettbewerbsdefinition	12
2.1.4	Wettbewerbsfunktion	14
2.2	Krankenhauswettbewerb und Krankenhausfinanzierung im deutschen Gesundheitssystem	16
2.2.1	Krankenhausfinanzierung im 20. Jahrhundert.....	16
2.2.2	Krankenhausfinanzierung bis Ende 2002.....	18
2.2.3	Krankenhausfinanzierung ab 2003.....	25
2.3	Kontrolle von Krankenhauszusammenschlüssen gemäß §§ 35 ff. GWB	32
2.3.1	Formelle Fusionskontrolle	32
2.3.1.1	Vorrang der EG-Fusionskontrolle	33
2.3.1.2	Räumlicher Geltungsbereich.....	35
2.3.1.3	Sachlicher Geltungsbereich.....	37
2.3.1.3.1	Krankenhäuser als „Unternehmen“ im Sinne des § 35 Abs. 1 GWB	38
2.3.1.3.1.1	Unternehmensbegriff des GWB.....	38
2.3.1.3.1.2	Erfüllung des Unternehmensbegriffs des GWB durch Krankenhäuser	40
2.3.1.3.2	Zusammenschluss gemäß § 37 GWB	43
2.3.1.3.2.1	Vermögenserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB.....	45

2.3.1.3.2.1.1	Vermögenserwerb durch Umwandlung.....	45
2.3.1.3.2.1.1.1	Umwandlung durch Verschmelzung.....	46
2.3.1.3.2.1.1.2	Umwandlung durch Spaltung	47
2.3.1.3.2.1.1.3	Umwandlung durch Ver- mögensübertragung	49
2.3.1.3.2.1.1.4	Umwandlung durch Formwechsel	49
2.3.1.3.2.1.2	Vermögenserwerb „in sonstiger Weise“	50
2.3.1.3.2.2	Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB.....	52
2.3.1.3.2.2.1	Kontrolle durch Beteiligungs- erwerb.....	54
2.3.1.3.2.2.2	Kontrolle durch Rechte oder Verträge.....	55
2.3.1.3.2.2.3	Kontrolle in sonstiger Weise	58
2.3.1.3.2.3	Anteilserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB.....	61
2.3.1.3.2.4	Sonstige Unternehmensverbindungen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB.....	65
2.3.1.3.2.5	Konzerninterne Umstrukturierungen gemäß § 37 Abs. 2 GWB.....	68
2.3.1.3.2.6	Fiktion eines Nicht-Zusammen- schlusses gemäß § 37 Abs. 3 GWB.....	69
2.3.1.3.2.7	Zusammenschlusstatbestände bei Krankenhauszusammenschlüssen	70
2.3.1.3.2.7.1	Krankenhauskooperation.....	71
2.3.1.3.2.7.2	Krankenhausfusion	72
2.3.1.3.2.7.3	Krankenhausbetreibergesellschaft.....	73
2.3.1.3.2.7.4	Ergebnis	75
2.3.1.3.3	Umsatzschwellen gemäß § 35 Abs. 1 GWB	76

2.3.1.3.3.1	Grundlagen der Umsatzerlösberechnung.....	77
2.3.1.3.3.2	Anwendung der Umsatzschwellen bei Krankenhausfusionen.....	80
2.3.1.3.4	Anschlussklausel gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB.....	82
2.3.1.3.5	Bagatellmarktklausel gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB.....	85
2.3.1.3.5.1	Bagatellmarktklausel bei Zusammenschlüssen von inländischen Krankenhäusern mit inländischen Krankenhausunternehmen	89
2.3.1.3.5.2	Bagatellmarktklausel bei Zusammenschlüssen zwischen inländischen Krankenhäusern und ausländischen (Kranken- haus-)Unternehmen	91
2.3.1.3.5.3	Bagatellmarktklausel bei Zusammenschlüssen zwischen Krankenhäusern und Nicht-Krankenhausunternehmen	91
2.3.2	Materielle Fusionskontrolle.....	93
2.3.2.1	Positive Voraussetzungen für die Untersagung eines Krankenhauszusammenschlusses gemäß § 36 Abs. 1, 1. Teiltatbestand GWB.....	94
2.3.2.1.1	Abgrenzung des relevanten Marktes der Krankenhäuser.....	95
2.3.2.1.1.1	Sachlich relevanter Markt	99
2.3.2.1.1.1.1	Maßgeblicher Personenkreis für die Beurteilung des sachlichen Marktes.....	102
2.3.2.1.1.1.2	Beurteilung der Marktgleichwertigkeit von Krankenhausdienstleistungen.....	104
2.3.2.1.1.1.3	Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität bei Krankenhausdienstleistungen.....	108
2.3.2.1.1.2	Räumlich relevanter Markt.....	109

2.3.2.1.2	Analyse der gegenwärtigen und zukünftigen Wettbewerbssituation.....	113
2.3.2.1.2.1	(Einzel-)Marktbeherrschung durch ein Unternehmen ohne (wesentlichen) Wettbewerb (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB).....	117
2.3.2.1.2.2	(Einzel-)Marktbeherrschung durch ein Unternehmen mit überragender Markt- stellung (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB).....	120
2.3.2.1.2.2.1	Marktanteil	122
2.3.2.1.2.2.2	Finanzkraft.....	124
2.3.2.1.2.2.3	Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten.....	125
2.3.2.1.2.2.4	Verflechtungen mit anderen Unternehmen.....	126
2.3.2.1.2.2.5	Rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt.....	126
2.3.2.1.2.2.6	Tatsächlicher oder potentieller Wettbewerb durch andere Unternehmen.....	128
2.3.2.1.2.2.7	Flexibilität der Umstellung von Angebot oder Nachfrage.....	129
2.3.2.1.2.2.8	Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite	129
2.3.2.1.2.2.8.1	Ausweichmöglichkeiten von Patient bzw. einweisendem Arzt.....	130
2.3.2.1.2.2.8.2	Ausweichmöglichkeiten der gesetzlichen Krankenkassen.....	131
2.3.2.1.2.2.9	Zusammenfassung	133
2.3.2.1.2.3	Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen (§ 19 Abs. 2 S. 2 GWB)	133
2.3.2.1.2.4	Marktbeherrschungsvermutung gemäß § 19 Abs. 3 GWB.....	136
2.3.2.1.3	Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung	139

2.3.2.1.3.1	Differenzierung nach Zusammen- schlussstatbeständen.....	144
2.3.2.1.3.1.1	Vermögenserwerb	145
2.3.2.1.3.1.2	Kontrollerwerb.....	147
2.3.2.1.3.1.3	Anteilerwerb.....	148
2.3.2.1.3.1.4	Sonstige Verbindungen	150
2.3.2.1.3.2	Differenzierung nach Zusammen- schlussdimensionen	151
2.3.2.1.3.2.1	Horizontale Zusammenschlüsse.....	151
2.3.2.1.3.2.2	Vertikale Zusammenschlüsse.....	153
2.3.2.1.3.2.3	Konglomerate Zusammen- schlüsse.....	155
2.3.2.2	Negative Voraussetzung für die Untersagung eines Zusammenschlusses gemäß § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB.....	157
2.3.2.2.1	Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen.....	158
2.3.2.2.2	Kausalität zwischen Zusammenschluss und Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen.....	160
2.3.2.2.3	Abwägung im engeren Sinne	160
2.3.2.2.3.1	Sanierungsfusion.....	163
2.3.2.2.3.2	Rationalisierung.....	165
2.3.2.2.3.3	Aufholfusion.....	166
2.3.2.2.3.4	Erschließung eines neuen Marktes	166
2.3.2.2.3.5	Dekonzentration	167
2.3.2.2.3.6	Substitutionsbeziehung	168
2.3.2.2.3.7	Bedeutung der Abwägungsklausel bei Krankenhausfusionen.....	168
2.3.2.3	Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB.....	169
2.3.2.3.1	Formelle Voraussetzungen	170
2.3.2.3.2	Materielle Voraussetzungen.....	170
2.3.2.3.3	Verfahrensvorschriften.....	174
2.3.2.3.4	Ministererlaubnis bei Krankenhausfusionen.....	175
2.3.3	Verfahrensvorschriften der Zusammenschluss- kontrolle.....	176

2.3.3.1	Anmeldeverfahren	176
2.3.3.2	Kontrollverfahren	178
2.3.3.3	Anwendung der Verfahrensvorschriften bei Krankenhausfusionen	182
2.3.4	Sanktionen im Falle des Verstoßes gegen die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle	183
2.4	Ergebnis	187
2.4.1	Grundlagen des Wettbewerbsrechts und der Krankenhausfinanzierung	187
2.4.2	Formelle Fusionskontrolle	188
2.4.3	Materielle Fusionskontrolle	189
2.4.4	Verfahrens- und Sanktionsvorschriften	194
3	<u>Krankenhauszusammenschlüsse im amerikanischen Wettbewerbsrecht</u>	<u>197</u>
3.1	Grundlagen der amerikanischen Fusionskontrolle	198
3.1.1	Antitrust-Gesetze	200
3.1.1.1	Verfassungsrechtliche Grundlage	200
3.1.1.2	Sherman Act	200
3.1.1.3	Clayton Act	201
3.1.1.4	Federal Trade Commission Act	204
3.1.1.5	Ergebnis	205
3.1.2	Merger Guidelines	207
3.1.3	Einzelstaatliche v. bundesstaatliche Fusionskontrolle	209
3.2	Krankenhauswettbewerb und Krankenhausfinanzierung im amerikanischen Gesundheitssystem	210
3.2.1	„Traditional Health Insurance“	211
3.2.2	„Managed Care“	212
3.2.3	Staatliche Krankenhauskostenfinanzierungsprogramme	214
3.2.4	Ebenen des Krankenhauswettbewerbs	215

3.2.5	Ergebnis	217
3.3	Kontrolle von Krankenhausfusionen gemäß § 7 Clayton Act einschließlich der Verfahrens- und Sanktionsvorschriften.....	218
3.3.1	Formelle Fusionskontrolle	218
3.3.1.1	Räumlicher Geltungsbereich.....	218
3.3.1.2	Sachlicher Geltungsbereich.....	220
3.3.1.2.1	Grundlagen der Bestimmung des sachlichen Geltungsbereichs.....	220
3.3.1.2.2	Sachlicher Geltungsbereich bei Krankenhausfusionen	222
3.3.1.2.2.1	Anwendbarkeit des Antitrust-Rechts auf freie Berufe	223
3.3.1.2.2.2	Anwendbarkeit des Antitrust-Rechts bei „Not-For-Profit-Hospital-Mergers“	223
3.3.1.2.2.3	Anwendbarkeit des Antitrust-Rechts bei so genannten „Virtual Hospital Mergers“	225
3.3.2	Materielle Fusionskontrolle.....	227
3.3.2.1	„Antitrust Safety Zone“ bei Krankenhauszusammenschlüssen	228
3.3.2.2	Ermittlung der Marktverhältnisse	229
3.3.2.2.1	Abgrenzung des relevanten Marktes	230
3.3.2.2.1.1	Sachlich relevanter Markt.....	231
3.3.2.2.1.2	Räumlich relevanter Markt.....	234
3.3.2.2.2	Bestimmung der Marktanteile der beteiligten Unternehmen	241
3.3.2.2.3	Feststellung der Marktkonzentration	242
3.3.2.2.3.1	“Four-Firm Concentration Ratio”	243
3.3.2.2.3.2	„Herfindahl-Hirschman-Index“	244
3.3.2.3	Beurteilung der Folgen des Zusammenschlusses	246
3.3.2.3.1	Bestimmung der Dimension des Zusammenschlusses zwischen Krankenhäusern	247

3.3.2.3.2	Beurteilungskriterien bei Zusammenschlüssen zwischen Krankenhäusern	250
3.3.2.3.2.1	Wettbewerbshemmende Folgen des Zusammenschlusses	250
3.3.2.3.2.1.1	Marktkonzentration nach dem Zusammenschluss	251
3.3.2.3.2.1.2	Wettbewerbslich abgestimmtes Verhalten zwischen den Krankenhäusern	254
3.3.2.3.2.1.3	„Unilateral Effects-Doctrine“	258
3.3.2.3.2.2	Wettbewerbsbegünstigende Marktverhältnisse nach dem Zusammenschluss	260
3.3.2.3.2.2.1	Verbleibende Markteintrittsmöglichkeit für konkurrierende Krankenhäuser	260
3.3.2.3.2.2.2	„Nonprofit“-Krankenhäuser	262
3.3.2.4	Rechtfertigungsgründe bei wettbewerbshemmenden Zusammenschlüssen	265
3.3.2.4.1	„State Action Doctrine“	265
3.3.2.4.2	„Efficiency Doctrine“	267
3.3.2.4.3	„Failing Firm Defense“	270
3.3.3	Verfahrensregelungen der Fusionskontrolle	273
3.3.3.1	Kompetenzverteilung zwischen den Kartellbehörden	273
3.3.3.2	Anzeigeverfahren	276
3.3.3.3	Kontrollverfahren	277
3.3.3.3.1	Verfahren bei der FTC	278
3.3.3.3.2	Verfahren bei dem DOJ	280
3.3.4	Sanktionen im Falle des Verstoßes gegen die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle	282
3.3.4.1	Maßnahmen des Department of Justice und der Federal Trade Commission	282
3.3.4.1.1	Strafrechtliche Sanktionen	282
3.3.4.1.2	Verwaltungsrechtliche Sanktionen	283

3.3.4.1.2.1	„Preliminary Relief“	283
3.3.4.1.2.2	„Alternative Preliminary Relief“	284
3.3.4.1.2.3	„Permanent Relief“	285
3.3.4.2	Maßnahmen Privater	286
3.3.4.3	Maßnahmen eines Einzelstaates.....	287
3.4	Ergebnis.....	289
3.4.1	Formelle Fusionskontrolle	291
3.4.2	Materielle Fusionskontrolle.....	292
3.4.3	Verfahrens- und Sanktionsvorschriften.....	300
<u>4</u>	<u>Rechtsvergleich der Zusammenschlusskontrolle bei</u>	
	<u>Krankenhausfusionen</u>	<u>302</u>
4.1	Formelle Fusionskontrolle.....	303
4.2	Materielle Fusionskontrolle.....	308
4.3	Verfahrens- und Sanktionsvorschriften	315
<u>5</u>	<u>Zusammenfassung</u>	<u>317</u>

Literaturverzeichnis

Achner, Stephan / Renzewitz, Susanne / Rochell, Bernhard / Stapf, Nicola / Walger, Martin: GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 – Anwendungshinweise und Kurzkomentierung; Hachenburg 2000 (Deutsche Krankenhaus Verlagsgesellschaft mbH; zitiert: *Achner und andere*, GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, S.)

Allert, Rochus: Krankenhäuser sichern ihre Zukunft durch Fusionen – Aber nicht jeder Zusammenschluss führt zum Erfolg. Das richtige Konzept erspart Kosten und Fehler; f & w 1999, S. 540 f. (zitiert: *Allert*, Krankenhäuser sichern ihre Zukunft durch Fusionen, f & w 1999, S.)

American Bar Association Section of Antitrust Law: Antitrust Law Developments; Volume 1, Redaktion Joseph Angland und andere, 4. Auflage, Chicago, Illinois (USA) 1997 (zitiert: *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, Kapitel, Buchstabe, Nr.)

Arnim, Hans Herbert v.: Volkswirtschaftspolitik – Eine Einführung, unter Mitarbeit von Hermann Knödler; 6. Auflage, Neuwied Kriftel 1998 (zitiert: *v. Arnim*, Volkswirtschaftspolitik, S.)

Asmuth, Margaret / Blum, Karl / Fack-Asmuth, Werner G. / Gumbrich, Gabriele / Müller, Udo / Offermanns, Matthias: Erfahrungen mit der flächendeckenden Anwendung des neuen Rechts; f & w 1998, S. 106 ff. (zitiert: *Asmuth und andere*, Erfahrungen mit der flächendeckenden Anwendung des neuen Rechts, f & w, 1998, S.)

Aspen Health Law Center: Health Care Antitrust; herausgegeben vom Aspen Health Law Center, Gaithersburg, Maryland (USA), 1998 (zitiert: *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S.)

- Autenrieth*, Karlheinz: Mehr Rechtssicherheit bei der Fusionskontrolle? – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH v. 2.12.1980, KVR 1/80 „hydraulischer Schreitausbau“; DB 1981, S. 1025 ff. (zitiert: *Autenrieth*, Mehr Rechtssicherheit bei der Fusionskontrolle?, DB 1981, S.)
- Badura*, Peter: Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts; JuS 1976, S. 205 ff. (zitiert: *Badura*, Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JuS 1976, S.)
- Badura*, Peter: Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung – Ein exemplarischer Leitfaden; Frankfurt am Main 1971 (zitiert: *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S.)
- Badura*, Peter: Wirtschaftsverwaltungsrecht; in: Besonderes Verwaltungsrecht; herausgegeben von Ingo von Münch und Eberhard Schmidt-Aßmann, S. 179 ff., 9. Auflage, Berlin New York 1992 (zitiert: *Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.)
- Bahntje*, Udo: Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsermöglichung; Wirtschaft und Wettbewerb 1993, S. 825 ff. (zitiert: *Bahntje*, Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsermöglichung, WuW 1993, S.)
- Ballerstedt*, Kurt: Wirtschaftsverfassungsrecht; in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, Dritter Band, 1. Halbband – Die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung, S. 1 ff., Berlin 1958 (*Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.)
- Baumbach*, Adolf / *Hefermehl*, Wolfgang: Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetzen; 22. Auflage, München 2001 (zitiert: *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Gesetz, §, Rdnr.)

- Baur*, Jürgen F.: Das Tatbestandsmerkmal „Wettbewerb“; ZHR 134 (1970), S. 97 ff. (zitiert: *Baur*, Das Tatbestandsmerkmal „Wettbewerb“, ZHR 134 (1970), S.)
- Baur*, Jürgen F.: Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; BB 1973, S. 915 ff. (*Baur*, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung, BB 1973, S.)
- Baur*, Rita / *Heimer*, Andreas / *Wieseler*, Silvia: Gesundheitssysteme und Reformansätze im internationalen Vergleich; in: Reformen im Gesundheitswesen – Ergebnisse der internationalen Recherche; herausgegeben von Jan Böcken, Martin Butzlaff und Andreas Esche, Gütersloh 2000 (zitiert: *Baur/Heimer/Wieseler*, Gesundheitssysteme und Reformansätze im internationalen Vergleich, S.)
- Bechtold*, Rainer: Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Kommentar, 2. Auflage, München 1999 (zitiert: *Bechtold*, Kartellgesetz, §, Rdnr.)
- Benisch*, Werner: Das Gemeinschaftsunternehmen in der zweiten Kartellgesetznovelle; in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Heinz Kaufmann zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Horst Bartholomeyczik, Kurt H. Biedenkopf, Helmuth von Hahn, S. 73 ff., Köln 1972 (zitiert: *Benisch*, Das Gemeinschaftsunternehmen in der zweiten Kartellgesetznovelle, Festschrift für Kaufmann, S.)
- Binder*, Stephan: Effizienz durch Wettbewerb im Gesundheitswesen – Gesundheitssystemsteuerung durch wettbewerbsorientierte Anreize im Bereich der Leistungserbringung; in: Schriften zur Gesundheitsökonomie, Band 26, herausgegeben von Eckhard Knappe, Günter Neubauer und Peter Oberender, Bayreuth 1999 (zitiert: *Binder*, Effizienz durch Wettbewerb im Gesundheitswesen, S.)

Bloch, Eckhard / Hillebrandt, Bernd / Wolf, Christian: Wie funktioniert unser Gesundheitswesen? – Kranken- und Pflegeversicherung, ambulante und stationäre Versorgung, Arznei-, Heil- und Hilfsmittel; Reinbeck bei Hamburg, 1997 (zitiert: Bloch/Hillebrandt/Wolf, Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?, S.)

Böcken, Jan / Butzlaff, Martin / Esche, Andreas: Einleitung – Problembefund; in: Reformen im Gesundheitswesen – Ergebnisse der internationalen Recherche, herausgegeben von Jan Böcken, Martin Butzlaff, Andreas Esche, Gütersloh 2000 (zitiert: Böcken/Butzlaff/Esche, Problembefund, S.)

Böcker, Klaus / Henke, Nicolaus / Krishnan, Hari Sven / Mansky, Thomas / Paffrath, Dieter / Steiners, Daniel: Diagnosis Related Groups – Grundstein für eine neues Abrechnungssystem der Krankenhäuser und Krankenkassen; in: Die Zukunft des deutschen Gesundheitswesens – Perspektiven und Konzepte, S. 49 ff., herausgegeben von Rainer Salfeld und Jürgen Wettke, Berlin Heidelberg New York 2001 (zitiert: Böcker und andere, Diagnosis Related Groups – Grundstein für ein neues Abrechnungssystem, S.)

Böhm, Franz: Demokratie und ökonomische Macht; in: Kartelle und Monopole im modernen Recht – Beiträge zum übernationalen und nationalen, europäischen und amerikanischen Recht, erstattet für die Internationale Kartellrechtskonferenz in Frankfurt am Main, Juni 1960, herausgegeben vom Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main, in Verbindung mit Institute for International and Foreign Trade Law of the Georgetown University Law Center Washington D.C., Band I, S. 1 ff., Karlsruhe 1961 (zitiert: Böhm, Demokratie und ökonomische Macht, S.)

Brennan, Jeffrey W. / Cuomo, Paul C.: The “Nonprofit Defense” in Hospital Mergers Antitrust Litigation; Antitrust 1999, S. 13 ff. (zitiert: Brennan/Cuomo, The “Nonprofit Defense”, Antitrust 1999, S.)

- Burckhardt*, Jürgen: Kartellrecht, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Europäisches Kartellrecht; München 1995 (zitiert: *Burckhardt*, Kartellrecht, Rdnr.)
- Deringer*, Arved: Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA; in: Deutsche Unternehmen auf dem amerikanischen Markt – Leitfaden für die Rechts- und Wirtschaftspraxis, herausgegeben von Henning von Bohmer, Deutsche Gruppe der Internationalen Handelskammer (ICC), Stuttgart 1988 (zitiert: *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt, Nr.)
- Deutsches Krankenhausinstitut*: Historische Entwicklung des Krankenhausfinanzierungsrechts; in Zusammenarbeit mit der Universität Düsseldorf, Krankenhausumschau 1990, S. (zitiert: *Deutsches Krankenhausinstitut*, Historische Entwicklung des Krankenhausfinanzierungsrechts, Krankenhausumschau 1990, S. 277
- Dormann*, Ulrike: Drittklagen im Recht der Zusammenschlusskontrolle; FIW-Schriftenreihe, Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln, Heft 180, Köln Berlin Bonn München 2000 (zitiert: *Dormann*, Drittklagen im Recht der Zusammenschlusskontrolle)
- Dreher*, Meinrad: Anmerkung zu BGH vom 24.10.1995; JZ 1996, S. 1022 ff. (zitiert: *Dreher*, Anmerkung zu BGH vom 24.10.1995, JZ 1996, S.)
- Ebel*, Hans-Rudolf: Der Zusammenschlussbegriff der Fusionskontrolle- ein Beitrag zu § 23 GWB; BB 1974, S. 749 ff. (zitiert: *Ebel*, Der Zusammenschlussbegriff der Fusionskontrolle, BB 1974, S.)
- Ehmke*, Horst: Wirtschaft und Verfassung – Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung; in: Berkeley – Kölner Rechtsstudien, herausgegeben von den rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universität von Kalifornien in Berkeley und der Universität zu Köln, Kölner Reihe, Band 2, Karlsruhe 1961 (zitiert: *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, S.)

Eichhorn, Siegfried: Stand und Perspektiven der Ordnungspolitik in der Krankenhauswirtschaft; in: Krankenhausmanagement im Wert- und Strukturwandel – Handlungsempfehlungen für die Praxis, herausgegeben von Siegfried Eichhorn und Barbara Schmidt-Rettig, Stuttgart Berlin Köln 1995, S. 1 ff. (zitiert: *Eichhorn*, Stand und Perspektiven der Ordnungspolitik in der Krankenhauswirtschaft, S.)

Elsing, Siegfried H. / *Van Alstine*, Michael P.: US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht; 2. Auflage, Heidelberg 1999 (zitiert: *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr.)

Emmerich, Volker: Fusionskontrolle 1990/91; Die AG 1991, S. 413 ff. (zitiert: *Emmerich*, Fusionskontrolle 1990/91, Die AG 1991, S.)

Emmerich, Volker: Fusionskontrolle 1993/94; Die AG 1994, S. 477 ff. (zitiert: *Emmerich*, Fusionskontrolle 1993/94, Die AG 1994, S.)

Emmerich, Volker: Fusionskontrolle 1995/96; Die AG 1996, S. 529 ff. (zitiert: *Emmerich*, Fusionskontrolle 1995/96, Die AG 1996, S.)

Emmerich, Volker: Fusionskontrolle und überragende Marktstellung unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmenskonzentration bei der öffentlichen Hand; in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, herausgegeben von Heinz Sauer mann und Ernst-Joachim Mestmäcker, Tübingen 1975 (zitiert: *Emmerich*, Fusionskontrolle und überragende Marktstellung, Festschrift für Franz Böhm, S.)

Emmerich, Volker: Kartellrecht; 9. Auflage, München 2001 (zitiert: *Emmerich*, Kartellrecht, §, Nr.)

Eversmeyer, Martin: Das DRG-System stoppt in Australien nicht den Ausgabenanstieg; f & w 2001, S. 230 ff. (zitiert: *Eversmeyer*, Das DRG-System stoppt in Australien nicht den Ausgabenanstieg, f & w 2001, S.)

Fikentscher, Wolfgang: Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 bis 1954. Eine kritische Übersicht – *Mit engl. Digest* (S. 228); *Wirtschaft und Wettbewerb* 1955, S. 205 ff. (zitiert: *Fikentscher*, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 bis 1954, *WuW* 1955, S.)

Fikentscher, Wolfgang: Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB; *Wirtschaft und Wettbewerb* 1961, S. 788 ff. (zitiert: *Fikentscher*, Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB, *WuW* 1961, S.)

Fikentscher, Wolfgang: *Wirtschaftsrecht, Band II – Deutsches Wirtschaftsrecht*; München 1983 (zitiert: *Fikentscher*, *Wirtschaftsrecht II*, §, Untergliederung)

Frankfurter Kommentar: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht mit Kommentierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen*; herausgegeben von Hellmut Glassen, Helmuth von Hahn, Hans-Christian Kersten und Harald Rieger, Band I (Texte GWB/EG, Auslandsrechte), Köln 1982/ Februar 2002 (zitiert: *Frankfurter Kommentar-Bearbeiter*, § GWB/jeweilige ausländische Rechtsordnung, Rdnr.)

Frey, Bruno: *Theorie demokratischer Wirtschaftspolitik*; München 1981 (zitiert: *Frey*, *Theorie demokratischer Wirtschaftspolitik*, S.)

Fritsche L. / Lohmann, R. / Langrehr J. M. / Neuhaus, P. / Neumayer, H.-H.: *Damit das Honorarsystem nicht zum Glückspiel wird: Die rückwirkende DRG-Eingruppierung erfordert die Dokumentation des Wegs zur „Hauptdiagnose“*; *f & w* 2001, S. 173 ff. (zitiert: *Fritsche und andere*, *Damit das Honorarsystem nicht zum Glückspiel wird*, *f & w* 2001, S.)

Furrow, Barry R. / Greaney, Thomas L. / Johnson, Sandra H. / Stoltzfus Jost, Timothy / Schwartz, Robert L.: *Health Law; Second Edition, Volume 2* (Chapters 12 – End), St. Paul, Minnesota (USA) 2000 (zitiert: *Furrow*, *Health Law*, Band 2, §)

Furrow, Barry R. / Greaney, Thomas L. / Johnson, Sandra H. / Jost, Timothy / Schwartz, Robert L.: Health Law; First Edition, Volume 1 (Chapters 1 – 10), St. Paul, Minnesota (USA) 1995 (zitiert: *Furrow, Health Law*, 1. Auflage, §)

Furrow, Barry R. / Greaney, Thomas L. / Johnson, Sandra H. / Stoltzfus Jost, Timothy / Schwartz, Robert L.: Health Law; Second Edition (Abridgement of Furrow, Greaney, Johnson, Jost & Schwartz's "Health Law, Volume 1 & 2), St. Paul, Minnesota (USA) 2000 [zitiert: *Furrow, Health Law* (verkürzte Fassung), §]

Furrow, Barry R. / Greaney, Thomas L. / Johnson, Sandra H. / Stoltzfus Jost, Timothy / Schwartz, Robert L.: Health Law – Cases, Materials and Problems; Fourth Edition, St. Paul, Minnesota 2001 (zitiert: *Furrow, Health Law – Cases, Materials and Problems*, Kapitel, Buchstabe, Nr.)

Gamm, Otto-Friedrich Freiherr von: Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV; 2. Auflage, Köln Berlin Bonn München 1990 (zitiert: v. *Gamm, Kartellrecht*, §, Rdnr.)

Gamm, Otto-Friedrich Freiherr von: Neuere Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht; WM 1981, S. 730 ff. (zitiert: v. *Gamm, „Neuere Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht“*, WM 1981, S.)

Gellhorn, Ernest: Antitrust Law and Economics in a Nutshell; Second Edition, St. Paul, Minnesota (USA) 1981 (zitiert: *Gellhorn, Antitrust Law*, Kapitel, Buchstabe)

- Gerdemann*, Werner: Auswirkungen und Reform der Krankenhausfinanzierung; in: *Kosten und Effizienz im Gesundheitswesen*, Gedenkschrift für Ulrich Geißler, herausgegeben von Christian von Ferber, Uwe E. Reinhardt, Hans Schaefer, Theo Thiemeyer und Wissenschaftliches Institut der Ortskrankenkassen, S. 167 ff.; erschienen in der Reihe *Soziologie und Sozialpolitik*, herausgegeben von Bernhard Badura, Christian von Ferber, Franz-Xaver Kaufmann, Eckart Pankoke, Theo Thiemeyer, Band 4, München 1985 (zitiert: *Gerdemann*, *Auswirkungen und Reform der Krankenhausfinanzierung*, S.)
- Gloy*, Wolfgang: *Handbuch des Wettbewerbsrechts*; herausgegeben von Wolfgang Gloy, 2. Auflage, München 1997 (zitiert: *Gloy-Bearbeiter*, *Wettbewerbsrecht*, §, Rdnr.)
- Greaney*, Thomas L: *Night Landings on an Aircraft Carrier: Hospital Mergers and Antitrust Law*; in: *American Journal of Law & Medicine*, Volume XXIII, Nos. 2 & 3, 1997, S. 191 ff. (zitiert: *Greaney*, *Hospital Mergers and Antitrust Law*, *American Journal of Law & Medicine*, 1997, S.)
- Gronemann*, Josef: *Die Kooperation zwischen Krankenhäusern*; Stuttgart Berlin Köln Mainz 1988 (zitiert: *Gronemann*, *Die Kooperation zwischen Krankenhäusern*, S.)
- Gröner*, Helmut / *Köhler*, Helmut: *Wettbewerbsprobleme der Sanierungsfusion*; ORDO 31 (1980), S. 87 ff., Stuttgart New York 1980 [zitiert: *Gröner/Köhler*, *Wettbewerbsprobleme der Sanierungsfusion*, ORDO 31 (1980), S.]
- Grünenwald*, Klaus / *Wettstein-Grünenwald*, Angelika: *Krankenhausfinanzierungsrecht, ergänzbares lexikalisches Handbuch für die Praxis*; Stand Februar 2002, Berlin 2002 (zitiert: *Grünenwald/Wettstein-Grünenwald*, *Krankenhausfinanzierungsrecht*)

- Hamann*, Erik: Ziele und Strategien der Krankenhausfusion; in: Schriften zur öffentlichen Verwaltung und öffentlichen Wirtschaft, herausgegeben von Peter Eichhorn und Peter Friedrich, Band 166, Baden-Baden 2000 (zitiert: *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S.)
- Hayek*, F. A. von: Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren; Kieler Vorträge gehalten im Institut für Weltwirtschaft an der Universität Kiel, herausgegeben von Erich Schneider, Neue Folge, Heft 56, Kiel 1968 (zitiert: v. *Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kieler Vorträge n. F., Heft 56, S.)
- Henke*, Nicolaus / *Paffrath*, Dieter / *Wettke*, Jürgen: Benchmarking im Krankenhausmarkt; in: Krankenhausreport '95, S. 191, herausgegeben von Michael Arnold und Dieter Paffrath unter Mitwirkung von Michael Monka, Stuttgart Jena 1995 (zitiert: *Henke/Paffrath/Wettke*, Benchmarking im Krankenhausmarkt, S.)
- Hensel*, Karl Paul: Grundformen der Wirtschaftsordnung – Marktwirtschaft-Zentralwirtschaft; München 1972 (zitiert: *Hensel*, Grundformen der Wirtschaftsordnung, S.)
- Herdzina*, Klaus: Wettbewerbspolitik; 5. Auflage, Stuttgart 1999 (zitiert: *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, S.)
- Hill*, Hans: Zur Rechtsprechung des Kartellsenats; in: 25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975, herausgegeben von Gerda Kürger-Nieland unter Mitwirkung des Bundesgerichtshofes, Beamten der Bundesanwaltschaft und Rechtsanwälten beim Bundesgerichtshof, S. 173 ff. (zitiert: *Hill*, Zur Rechtsprechung des Kartellsenats, Festschrift 25 Jahre Bundesgerichtshof, S.)
- Hoffmann*, Jochen: Kontrollerwerb als neuer Zusammenschlusstatbestand des GWB; Die AG 1999, S. 538 ff. (zitiert: *Hoffmann*, Kontrollerwerb als neuer Zusammenschlusstatbestand des GWB, Die AG 1999, S.)

Holler, Albert: Das Finanzierungssystem nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) und Fragen der Versorgungseffizienz; in: *Kosten und Effizienz im Gesundheitswesen, Gedenkschrift für Ulrich Geißler*, herausgegeben von Christian von Ferber, Uwe E. Reinhardt, Hans Schaefer, Theo Thiemeyer und dem Wissenschaftlichen Institut der Ortskrankenkassen, S. 153 ff.; erschienen in der Reihe *Soziologie und Sozialpolitik*, herausgegeben von Bernhard Badura, Christian von Ferber, Franz-Xaver Kaufmann, Eckart Panke, Theo Thiemeyer, Band 4, München 1985 [zitiert: *Holler, Das Finanzierungssystem nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) und Fragen der Versorgungseffizienz, S.*]

Hovenkamp, Herbert: *Economics and Federal Antitrust Law*; St. Paul, Minnesota (USA) 1985 (zitiert: *Hovenkamp, Economics and Federal Antitrust Law, §*)

Hovenkamp, Herbert: *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice; Second Edition*, St. Paul, Minnesota (USA) 1999 (zitiert: *Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, §*)

Huber, Ernst Rudolf: *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*; DÖV 1956, S. 97 ff. (zitiert: *Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S.*)

Hüffer, Uwe: *Aktiengesetz; Kommentar*, 5. Auflage, München 2002 (zitiert: *Hüffer, Aktiengesetz, Rdnr.*)

Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim: *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Kommentar* von Volker Emmerich, Ulrich Immenga, Alfred Kellermann, Siegfried Klau, Kurt Markert, Ernst-Joachim Mestmäcker, Wernhard Möschel, Eckard Reh binder, Herbert Sauter, Karsten Schmidt, Klaus Tiedemann, 3. Auflage, München 2001 (zitiert: *Immenga/Mestmäcker-Bearbeiter, GWB, §, Rdnr.*)

Immenga, Ulrich / Schulte-Braucks, Reinhard: Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 Abs. 3 GWB – Kritische Anmerkungen zur Entscheidung des Kammergerichts in der Sache „Blei- und Silberhütte Braubach“ vom 16.1.1980; BB 1981, S. 149 ff. (zitiert: *Immenga/Schulte-Braucks*, Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 Abs. 3 GWB, BB 1981, S.)

Jacobs, Wilfried: Können die Sonderentgelte und Fallpauschalen zur Beitragsstabilität in der Krankenversicherung beitragen?; in: Sonderentgelte und Fallpauschalen – Erläuterungen aus ärztlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht, S. 61 ff., herausgegeben von Holger Goergen, Rolf-Rainer Riedel, Hans Vetter, Köln 1997, (zitiert: *Jacobs*, Können die Sonderentgelte und Fallpauschalen zur Beitragsstabilität in der Krankenversicherung beitragen?, S.)

Janiszewski, J. / Pfaff, M.: Das DRG-Kalkulationsmodell – Wie in Deutschland Fallkosten zur Bestimmung der Relativgewichte kalkuliert werden; f & w 2001, S. 221 ff. (zitiert: *Janiszewski / Pfaff*, Das DRG-Kalkulationsmodell, f & w 2001, S.)

Jungmann-Ginkel, Eleonore / Kober, Klaus: Krankenhausbetriebslehre für Führungskräfte der Krankenpflege; Band 1 der Schriftenreihe für die Krankenpflege zu den Themenkreisen Führung Management Pflege, herausgegeben von Hannelore Möllenhoff und Dieter Möllenhoff, Lorsch 1993 (zitiert: *Jungmann-Ginkel/Kober*, Krankenhausbetriebslehre für Führungskräfte der Krankenpflege, S.)

Kahlenberg, Harald: Novelliertes deutsches Kartellrecht; BB 1998, S. 1593 ff. (zitiert: *Kahlenberg*, Novelliertes deutsches Kartellrecht, BB 1998, S.)

Kartte, Wolfgang / von Portatius, Alexander: Kriminalisierung des Kartellrechts?; BB 1975, S. 1169 ff. (*Kartte/von Portatius*, Kriminalisierung des Kartellrechts? BB 1975, S.)

- Kerber*, Markus C.: Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB – Ein Beitrag zur Dogmatik von § 24 VI, VII GWB aus wettbewerbs-, gesellschafts- und verfassungsrechtlicher Sicht; in: Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Klaus J. Hopt, Manfred Lieb, Harm Peter Westermann, Band 1, Baden-Baden 1987 (zitiert: *Kerber*, Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB, S.)
- Keun*, Friedrich: Einführung in die Krankenhaus-Kostenrechnung, Anpassung an neue Rahmenbedingungen; 3. Auflage, Wiesbaden 1999 (zitiert: *Keun*, Einführung in die Krankenhaus-Kostenrechnung, S.)
- Klawitter*, Christian: Nochmals: Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen im Fusionskontrollverfahren; Wirtschaft und Wettbewerb 1981, S. 245 ff. (zitiert: *Klawitter*, Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen im Fusionskontrollverfahren, WuW 1981, S.)
- Kleinmann*, Werner / *Bechtold*, Rainer: Kommentar zur Fusionskontrolle; unter Mitwirkung von Ekkehard Spieler, 2. Auflage, Heidelberg 1989 (zitiert: *Kleinmann/Bechtold*, Kommentar zur Fusionskontrolle, §, Rdnr.)
- Knöpfle*, Robert: Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens; in: Kartellrundschau, Schriftenreihe für Kartell- und Konzernrecht des In- und Auslands, Heft 7, begründet von S. Tschiersky, herausgegeben von Philipp Möhring und Hans Carl Nipperdey, Köln Berlin Bonn München 1966 (zitiert: *Knöpfle*, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens, 1966, S.)
- Knöpfle*, Robert: Die Problematik der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB – Ist die bestehende Regelung und ihre Anwendung in der Praxis noch sachgerecht?; Heidelberg 1986 (zitiert: *Knöpfle*, Die Problematik der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB, S.)

Knöpfle, Robert: Kann der Inhalt des Wettbewerbs i. S. des GWB bestimmt werden?; DB 1991, S. 1433 ff. (zitiert: *Knöpfle*, Kann der Inhalt des Wettbewerbs i. S. des GWB bestimmt werden?, DB 1991, S.)

Knorr, Karl-Ernst / *Wernick*, Jens: Rechtsformen der Krankenhäuser; herausgegeben von der Deutschen Krankenhaus Verlagsgesellschaft mbH, Düsseldorf 1991 (zitiert: *Knorr/Wernick*, Rechtsformen der Krankenhäuser, S.)

Köhler, Dietmar: Gesetzliche Krankenversicherung und Krankenhäuser – Treffpunkt Pflegesatzverhandlungen, Eine Untersuchung zur wirtschaftlicheren Betriebsführung von Krankenhäusern; in: Schriften zur öffentlichen Verwaltung und öffentlichen Wirtschaft, hrsg. von Peter Eichhorn und Peter Friedrich, Band 130, Baden-Baden 1991 (zitiert: *Köhler*, Gesetzliche Krankenversicherung und Krankenhäuser, S.)

Körber, Torsten: Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union; Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, in Verbindung mit Kurt Biedenkopf und Erich Hoppmann herausgegeben von Ernst-Joachim Mestmäcker, Band 142, Baden-Baden 1996 (zitiert: *Körber*, Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union)

Körber, Torsten: Gerichtlicher Drittschutz im deutschen Fusionskontrollrecht; BB 2000, S. 1533 ff. (zitiert: *Körber*, Gerichtlicher Drittschutz im deutschen Fusionskontrollrecht, BB 2000, S.)

Krüger, Herbert: Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung; DVBl. 1951, S. 361 ff. (zitiert: *Krüger*, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, S.)

- Lademann*, Rainer P.: Methodologische und erfahrungswissenschaftliche Probleme bei der Abgrenzung des relevanten Marktes; *Wirtschaft und Wettbewerb* 1988, S. 575 ff. (zitiert: *Lademann*, Methodologische und erfahrungswissenschaftliche Probleme bei der Abgrenzung des relevanten Marktes, *WuW* 1988, S.)
- Lange*, Knut Werner: Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht; herausgegeben von Knut Werner Lange unter Mitarbeit namhafter Autoren, Heidelberg 2001 (zitiert: *Lange*-Bearbeiter, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel, §, Rdnr.)
- Lange*, Werner: Räumliche Marktabgrenzung in der deutschen Fusionskontrolle – Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 24.10.1995 – KVR 17/94; *BB* 1996, S. 1997 ff. (zitiert: *Lange*, Räumliche Marktabgrenzung in der deutschen Fusionskontrolle, *BB* 1996, S.)
- Langen*, Eugen / *Bunte*, Hermann-Josef: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht; begründet von Eugen Lange, fortgeführt von Hermann-Josef Bunte, Band 1, 9. Auflage, Neuwied Kriftel Berlin 2000 (zitiert: *Langen/Bunte*-Bearbeiter, Kartellrecht, §, Rdnr.)
- Lockhart*, William / *Kamisar*, Yale / *Choper*, Jesse H. / *Shiffrin*, Steven H.: Constitutional Law – Cases, Comments, Questions; Seventh Edition, St. Paul, Minnesota (USA) 1991 (zitiert: *Lockhart und andere*, Constitutional Law, Kapitel, §)
- Luber*, Franz / *Schock*, Rudolf: Krankenhausfinanzierungsgesetz – Rechtssammlung mit qualifizierten Anwenderhinweisen; Bände 1 und 2, Stand November 2002 (zitiert: *Luber/Schock*, Krankenhausfinanzierungsgesetz)
- Lüngen*, Markus / *Lauterbach*, Karl: Welchen Krankenhäusern nutzen die Diagnosis-Related Groups?; *f & w* 1999, S. 506 ff. (zitiert: *Lüngen/Lauterbach*, Welchen Krankenhäusern nutzen die Diagnosis-Related Groups?, *f & w* 1999, S.)

- Lüngen, Markus / Haverkamp, Heinz / Lauterbach, Karl*: So manche Klinik wird ihr Leistungsspektrum straffen müssen; f & w 2002, S. 268 ff. (zitiert: *Lüngen/Haverkamp/Lauterbach*, So manche Klinik wird ihr Leistungsspektrum straffen müssen, f & w 2002, S.)
- Lutter, Marcus*: Umwandlungsgesetz; Kommentar, Band II (§§ 152 – 325), 2. Auflage, Köln 2000 (zitiert: *Lutter-Bearbeiter*, Kommentar zum UmwG, §, Rdnr.)
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman / Scholz, Ruppert*: Grundgesetz; Kommentar, Band II Art. 12 – 20, Lieferungen 1 bis 39, München Juli 2001 (zitiert: *Maunz/Dürig-Bearbeiter*, Kommentar zum GG, Art., Rdnr.)
- Mestmäcker, Ernst Joachim*: Die sichtbare Hand des Rechts – über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem; Baden-Baden 1978 (zitiert: *Mestmäcker*, Die sichtbare Hand des Rechts, 1978, S.)
- Meurer, U.*: Amerika setzt im Gesundheitswesen stärker auf den Staat; f & w 2000, S. 568 f. (zitiert: *Meurer*, Amerika setzt im Gesundheitswesen stärker auf den Staat, f & w 2000, S.)
- Möhring, Philipp*: Wettbewerbsordnung und Kartellrecht (1. Teil); Wirtschaft und Wettbewerb 1954, S. 387 ff. (zitiert: *Möhring*, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, S.)
- Möschel, Wernhard*: Die Sanierungsfusion im Recht der Zusammenschlusskontrolle; in: Festschrift für Robert Fischer, herausgegeben von Marcus Lutter, Walter Stimpel, Herbert Wiedemann, S. 487 ff.; Berlin New York 1979 (zitiert: *Möschel*, Die Sanierungsfusion im Recht der Zusammenschlusskontrolle, Festschrift für Fischer, S.)

Möschel, Wernhard: Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen – Eine vergleichende Untersuchung zum Recht der USA, Großbritanniens, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland; herausgegeben vom Walter Eucken Institut Freiburg i. Br., wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen, Band 10, Tübingen 1974 (zitiert: *Möschel*, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S.)

Möschel, Wernhard: Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB im Spannungsverhältnis zum Bürgerlichen Recht und zum Gesellschaftsrecht; Heidelberg 1982 (zitiert: *Möschel*, Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB, S.)

Möschel, Wernhard: Die erste Entflechtungsentscheidung in der Fusionskontrolle – Besprechung der Entscheidung BGHZ 88, 273 ff. „Springer-Elbe Wochenblatt II“ – ; ZGR 13 (1984), S. 655 ff. [zitiert: *Möschel*, Die erste Entflechtungsentscheidung in der Fusionskontrolle, ZGR 13 (1984), S.]

Möschel, Wernhard: Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz – Marktbeherrschung, unlauterer Wettbewerb und Sanierungsfusionen im Pressebereich; in: Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von den Mitgliedern der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen, Band 50, Tübingen 1978 (zitiert: *Möschel*, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S.)

Möschel, Wernhard: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen; Köln Berlin Bonn München 1983 (zitiert: *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr.)

Möws, V. / *Seidel*, J.: Mit dem DRG-System kommt der Markt ins Krankenhaus – Das Benchmarking wird den Krankenhausbetriebsvergleich verdrängen; f & w 2001, S. 44 ff. (zitiert: *Möws/Seidel*, Mit dem DRG-System kommt der Markt ins Krankenhaus, f & w 2001, S.)

Müller, Heinz / Gießler, Peter / Scholz, Ulrich: Wirtschaftskommentar – Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz; unter Mitarbeit von Gerhard Johannsohn, Gert Nacken, Ine-Marie Schulte-Franzheim, Helmut Wienholt, Band 1, Gesetzestext, Erläuterungen zu den §§ 1 – 24, 4. Auflage, Frankfurt am Main 1981 (zitiert: *Müller/Gießler/Scholz*, Kommentar zum GWB, §, Rdnr.)

Müller, Hubertus: Die Neuordnung der Krankenhausfinanzierung – Eine zwingende Notwendigkeit der Gesundheitspolitik; in: Kosten und Effizienz im Gesundheitswesen, Gedenkschrift für Ulrich Geißler, herausgegeben von Christian von Ferber, Uwe E. Reinhardt, Hans Schaefer, Theo Thiemeyer und dem Wissenschaftlichen Institut der Ortskrankenkassen, S. 185 ff.; erschienen in der Reihe Soziologie und Sozialpolitik, herausgegeben von Bernhard Badura, Christian von Ferber, Franz-Xaver Kaufmann, Eckart Pankoke, Theo Thiemeyer, Band 4, München 1985 (zitiert: *Müller*, Die Neuordnung der Krankenhausfinanzierung – Eine zwingende Notwendigkeit der Gesundheitspolitik, S.)

Müller-Henneberg, Hans: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht; Gemeinschaftskommentar begründet von Hans Müller-Henneberg und Gustav Schwartz, fortgeführt von Werner Benisch, herausgegeben von Christian Hootz, 2. Lieferung, Zusammenschlusskontrolle §§ 35 – 43 GWB, 5. Auflage, Köln Berlin Bonn München 2000 (zitiert: *Müller-Henneberg-Bearbeiter*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, §, Rdnr.)

Müller-Henneberg, Hans: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht; Gemeinschaftskommentar begründet von Hans Müller-Henneberg und Gustav Schwartz, herausgegeben von Werner Benisch, 9. Lieferung, § 24 Abs. 1, 2, 8, 9 GWB, 4. Auflage, Köln Berlin Bonn München 1985 (zitiert: *Müller-Henneberg-Bearbeiter*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4. Auflage, §, Rdnr.)

Neubauer, G.: Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft; f & w 2000, S. 382 ff. (zitiert: *Neubauer, Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft, f & w 2000, S.*)

Nipperdey, Hans Carl: Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik; *Wirtschaft und Wettbewerb* 1954, S. 211 ff. (zitiert: *Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, S.*)

Nipperdey, Hans Carl: Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz; *Kartellrundschaue* – Schriftenreihe für Kartell- und Konzernrecht des In- und Auslandes, begründet von S. Tschierschky, herausgegeben von Philipp Möhring und Hans-Carl-Nipperdey, Heft 2, 3. Auflage, Köln Berlin München Bonn 1965 (zitiert: *Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S.*)

Ohm, G. / Albers, E. / Aßmann, J. / Brase, R.: Der Mut zum Vergleich lohnt, um von den Besten zu lernen; f & w 2001, S. 38 ff. (zitiert: *Ohm und andere, Der Mut zum Vergleich lohnt, um von den Besten zu lernen, f & w 2001, S.*)

Ohne Autorangabe: Vom Auslandspatienten bis zur Zentralwäscherei; f & w 2000, S. 30 ff. (zitiert: *Ohne Autorangabe, Vom Auslandspatienten bis zur Zentralwäscherei, f & w 2000, S.*)

Ohne Autorenangabe: Das Optionsmodell bietet Chancen, doch wer kann sie nutzen?; f & w 2002, S. 206 ff. (zitiert: *Ohne Autorenangabe, Das Optionsmodell bietet Chancen, doch wer kann sie nutzen?, f & w 2002, S.*)

Paschke, Marian: Die räumliche Marktabgrenzung in der GWB-Fusionskontrolle nach dem Backofenmarktbeschluss des BGH vom 24.10.1995; *ZHR* 160 (1996), S. 673 ff. (zitiert: *Paschke, Die räumliche Marktabgrenzung in der GWB-Fusionskontrolle, ZHR 160 (1996), S.*)

- Pausenberger*, Ehrenfried: Stichwort „Fusion“; in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaftslehre, herausgegeben von Erwin Grochla und Waldemar Wittmann, Band 1, 4. Auflage, Stuttgart 1984, Sp. 1603, 1604 (zitiert: *Pausenberger*, Handwörterbuch der Betriebswirtschaftslehre, Spalte)
- Perz*, Gottfried: Charme und Chance der kleinen Häuser – Ein Plädoyer für sektorübergreifende Unternehmenszusammenschlüsse; f & w 2000, S. 30 f. (zitiert: *Perz*, Charme und Chance der kleinen Häuser, f & w 2000, S.)
- Pfeffer*, Joachim: Berücksichtigung des internationalen Wettbewerbs bei der räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes; Wirtschaft und Wettbewerb 1986, S. 853 ff. (zitiert: *Pfeffer*, Berücksichtigung des internationalen Wettbewerbs bei der räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW 1986, S.)
- Pföhler*, Wolfgang: Amerikas Finanzierungssystem ist vielfältiger, als es aus der Ferne erscheint; f & w 2000, S. 570 ff. (zitiert: *Pföhler*, Amerikas Finanzierungssystem, f & w 2000, S.)
- Pohlmann*, Petra: GWB-Novelle – Der neue Zusammenschlusstatbestand des Fusionskontrollrechts; DZWIR 1998, S. 397 ff. (zitiert: *Pohlmann*, GWB-Novelle, DZWIR 1998, S.)
- Püttner*, Günter: Wirtschaftsverwaltungsrecht; Lehrbuch, Reihe Rechtswissenschaften heute, Stuttgart München Hannover 1989 (zitiert: *Püttner*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.)
- Raskin*, Richard D. / *Zessar*, Bruce M.: Telling the Efficiencies Story – Practical Lessons from the Hospital Merger Field; Antitrust 1999, S. 21 ff. (zitiert: *Raskin/Zessar*, Telling the Efficiencies Story, Antitrust 1999, S.)
- Rinck*, Gerd / *Schwark*, Eberhard: Wirtschaftsrecht – Wirtschaftsverfassung, Kartellrecht, Wettbewerbsrecht, Wirtschaftsverwaltung; 6. Auflage, Köln Berlin Bonn München 1986 (zitiert: *Rinck/Schwark*, Wirtschaftsrecht, Rdnr.)

- Rittner*, Fritz: Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung als Zusammenschlusstatbestände; in: Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag am 13. Juli 1976, herausgegeben von Ottoarndt Glossner und Walter Reimers, S. 147 ff., München 1976 (zitiert: *Rittner*, Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung als Zusammenschlusstatbestände, Festschrift für Luther, S.)
- Rittner*, Fritz: Wirtschaftsrecht; 2. Auflage, Heidelberg 1987 (zitiert: *Rittner*, Wirtschaftsrecht, §, Rdnr.)
- Rosenblatt*, Rand E. / *Law*, Sylvia A. / *Rosenbaum*, Sara: Law and the American Health Care System; University Casebook Series, Westbury, New York (USA) 1997 (zitiert: *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel, Buchstabe, Nr.)
- Rupp*, Hans Heinrich: Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung; herausgegeben vom Walter Eucken Institut, Heft 47, Tübingen 1974 (zitiert: *Rupp*, Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, S.)
- Sack*, Rolf: Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln; GRUR 1975, S. 297 ff. (zitiert: *Sack*, Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, GRUR 1975, S.)
- Sandrock*, Otto: Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen; München 1968 (zitiert: *Sandrock*, Grundbegriffe des GWB, S.)
- Scheuner*, Ulrich: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft – Rechtsformen und Rechtsschutz; VVDStRL 11 (1954), S. 1 ff. [zitiert: *Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954), S.]
- Schmidt*, Ingo: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht – Eine Einführung; 4. Auflage, Stuttgart Jena New York 1993 (zitiert: *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.)
- Schmidt*, Reiner: Wirtschaftspolitik und Verfassung; Baden-Baden 1971 (zitiert: *Schmidt*, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S.)

- Schmidt-Preuß*, Matthias: Fusionskontrolle beim Erwerb einer Sperrminorität an einer Aktiengesellschaft; DB Beilage 12/1982, S. 3 ff. (zitiert: *Schmidt-Preuß*, Fusionskontrolle beim Erwerb einer Sperrminorität an einer Aktiengesellschaft, DB Beilage 12/1982, S.)
- Schüler*, Lars / *Arp*, Thorsten: Betriebsgesellschaften – Der gemeinsame Weg für Krankenhaus und Industrie bringt wirtschaftliche Vorteile; f & w 2000, S. 34 ff. (zitiert: *Schüler / Arp*, Betriebsgesellschaften, f & w 2000, S.)
- Schulte*, Josef L.: Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle; Die AG 1998, S. 297 ff. (zitiert: *Schulte*, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, Die AG 1998, S.)
- Schultz*, Klaus-Peter: Die Vermutungen des § 23a GWB (unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Oligopolvermutung des § 23a Abs. 2); Wirtschaft und Wettbewerb 1981, S. 102 ff. (zitiert: *Schultz*, Die Vermutung des § 23a GWB, WuW 1981, S.)
- Schütz*, Jörg: Der räumlich relevante Markt in der Fusionskontrolle – Zum „Backofenmarkt“-Beschluss des BGH; Wirtschaft und Wettbewerb 1996, S. 286 ff. (zitiert: *Schütz*, Der räumlich relevante Markt in der Fusionskontrolle – Zum „Backofenmarkt“-Beschluss des BGH, WuW 1996, S.)
- Schwab*, Andreas: Kooperation, Ketten und Konzerne sichern ökonomische Vorteile, Horizontale Integration als Möglichkeit zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit von Krankenhäusern; in: Krankenhausumschau 1997, S. 510 ff. (zitiert: *Schwab*, Kooperation, Ketten und Konzerne sichern ökonomische Vorteile, Krankenhausumschau, 1997, S.)

Schwintowski, Hans-Peter: Die Abwägungsklausel in der Fusionskontrolle – Eine rechtsvergleichende und analytische Untersuchung von § 24 Abs. 1 Halbs. 2 GWB unter Einbeziehung der gesamten Fallpraxis des Bundeskartellamtes; in: Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Band 122, Göttingen 1983 (zitiert: *Schwintowski*, Die Abwägungsklausel in der Fusionskontrolle, 1983, S.)

Schwintowski, Hans-Peter: Wettbewerbsrecht (GWB/UWG); 3. Auflage, München 1999 (zitiert: *Schwintowski*, Wettbewerbsrecht, S.)

Steinberger, Helmut: Klage-(Beschwerde-)befugnis Dritter gegen Freigabe von Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt – Prüfverfahren in der ersten Phase nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Wirtschaft und Wettbewerb 2000, S. 345 ff. (zitiert: *Steinberger*, Klage-(Beschwerde-)befugnis Dritter gegen Freigabe von Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt, WuW 2000, S.)

Stockenhuber, Peter: Die europäische Fusionskontrolle – Das materielle Recht; Baden-Baden 1995 (zitiert: *Stockenhuber*, Die europäische Fusionskontrolle, S.)

Sullivan, Lawrence A. / *Grimes*, Warren S.: The Law of Antitrust: An Integrated Handbook; St. Paul, Minnesota (USA) 2000 (zitiert: *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, Kapitel)

Tauch, Jürgen G.: Die Auswirkungen der neuen Entgeltformen auf die Organisation des Krankenhauses – Strategien zur Bewältigung der Herausforderungen durch das neue Kostenrecht; in: Modernes Krankenhausmanagement, herausgegeben von Ulrich J. Winter, Georg V. Sabin, Volker Röttscher, Johannes Hartmann und Dirk Rademacher, Stuttgart New York 1997 (zitiert: *Tauch*, Die Auswirkungen der neuen Entgeltformen auf die Organisation des Krankenhauses, S.)

- Thiex-Kreye, Monika / Collas, Tobias von / Kalbizter, Manfred*: Trotz Tücken kann der Frühumstieg auf das DRG-System gelingen – Optionsmodell: Was spricht dafür? Was spricht dagegen? Erfahrungen der Frankfurter Uniklinik; f & w 2002, S. 214 ff. (zitiert: *Thiex-Kreye/Collas/Kalbizter*, Trotz Tücken kann der Frühumstieg auf das DRG-System gelingen, f & w 2002, S.)
- Thiele, Willi*: Wirtschaftsverfassungsrecht; 2. Auflage, Göttingen 1974 (zitiert: *Thiele*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S.)
- Traugott, Rainer*: Zur Abgrenzung von Märkten; WuW 1998, S. 929 ff. (zitiert: *Traugott*, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, S.)
- Turcon, Rémi J. / Zimmer, Daniel*: Grundlagen des US-amerikanischen Gesellschafts-, Wirtschafts-, Steuer- und Fremdenrechts – Rechtliche Rahmenbedingungen für ausländische Direktinvestitionen in den USA; München 1994 (zitiert: *Turcon/Zimmer-Bearbeiter*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel, Buchstabe, Nr.)
- Tuschen, Karl-Heinz*: BMG setzt Anreize für Einstieg 2003 – Referentenentwurf eines DRG-Einführungsgesetzes; f & w 2001, S. 334 ff (zitiert: *Tuschen*, BMG setzt Anreize für Einstieg 2003, f & w 2001, S.)
- Tuschen, Karl-Heinz*: BPfIV'95: Chancen, Risiken, Strategien; f & w 1994, S. 442 ff. (zitiert: *Tuschen*, BPfIV'95: Chancen, Risiken, Strategien, f & w 1994, S.)
- Vistnes, Gregory S.*: Defining Geographic Markets for Hospital Mergers; Antitrust 1999, S. 28 ff. (zitiert: *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S.)
- Weimar, Robert / Schimikowski, Peter*: Grundzüge des Wirtschaftsrechts; 2. Auflage, München 1993 (zitiert: *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Rdnr.)

- Werner*, Michael-Jürgen: Freistellung von der fusionsrechtlichen Kontrolle bei einem Anteilswerb durch ein Kreditinstitut - § 23 Abs. 3 Satz 2 GWB „Bankenklausel“; *Wirtschaft und Wettbewerb* 1996, S. 463 ff. (zitiert: *Werner*, Freistellung von der fusionsrechtlichen Kontrolle bei einem Anteilswerb durch ein Kreditinstitut, S.)
- Westrick*, Klaus / *Loewenheim*, Ulrich: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Kommentar, begründet von Harold Rasch, ab Mai 1985 herausgegeben von Ulrich Loewenheim und Rolf Belke, Loseblattsammlung (14. Lieferung), August 1993 Herne Berlin (zitiert: (*Westrick/Loewenheim*-Bearbeiter, §, Rdnr.)
- Wiedemann*, Gerhard: Handbuch des Kartellrechts; herausgegeben von Gerhard Wiedemann unter Mitarbeit namhafter Autoren, München 1999 (zitiert: *Wiedemann*-Bearbeiter, Handbuch des Kartellrechts, §, Rdnr.)
- Wirz*, Hanns Bernhard: Einige Bemerkungen zur Fusionskontrolle; *Wirtschaft und Wettbewerb* 1973, S. 250 ff. (zitiert: *Wirz*, Einige Bemerkungen zur Fusionskontrolle, *WuW* 1973, S.)
- Wolf*, Dieter: Fortentwicklung der Fusionskontrolle; *Wirtschaft und Wettbewerb* 1980, S. 462 ff. (zitiert: *Wolf*, Fortentwicklung der Fusionskontrolle, *WuW* 1980, S.)
- Woll*, Artur: Allgemeine Volkswirtschaftslehre; 12. Auflage, München 1996 (zitiert: *Woll*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S.)
- Würdinger*, Hans: Arten und Formen der Unternehmenszusammenschlüsse i. S. der neuen §§ 23 bis 24 GWB; *Wirtschaft und Wettbewerb* 1973, S. 731 ff. (zitiert: *Würdinger*, Arten und Formen der Unternehmenszusammenschlüsse i. S. der neuen §§ 23 bis 24 GWB, *WuW* 1973, S.)

Würdinger, Hans: Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht; *Wirtschaft und Wettbewerb* 1953, S. 721 ff. (zitiert: *Würdinger*, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, *WuW* 1953, S.)

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alter Fassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz vom 06.09.1965 (BGBl. I 1089), zuletzt geändert durch Art. 94 Siebente Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 19.10.2001 (BGBl. I S. 2785)
allg.	allgemein
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) in der Bekanntmachung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3586), zuletzt geändert durch Artikel 33 des Gesetzes zur Umstellung von Gesetzen und anderen Vorschriften auf dem Gebiet des Gesundheitswesens auf Euro (Achstes Euro-Einführungsgesetz) vom 23.10.2001 (BGBl. I S. 2702)
BB	Betriebsberater, Zeitschrift für Recht und Wirtschaft (Jahr und Seite)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMW	Bundesminister für Wirtschaft und Technologie

BPfIV 1985	Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespfllegesatzverordnung) vom 21. August 1985 (BGBl. I S. 1666)
BPfIV 1995	Verordnung zur Neuordnung des Pfllegesatzrechts, Art. 1 – Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespfllegesatzverordnung), vom 26. September 1994 (BGBl. I S. 2750)
BPfIV	Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespfllegesatzverordnung) vom 26. September 1994 (BGBl. I S. 2750), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz – FPG) vom 24. April 2002 (BGBl. I S. 1412)
bzw.	beziehungsweise
Cir.	Circuit, Bezirk eines Bundesberufungsgerichts
CR4	Four-Firm Concentration Ratio
d. h.	das heißt
D.	District, District Court
DB	Der Betrieb – Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
DE-R	Deutschland – Rechtsprechung
ders.	derselbe
DE-V	Deutschland – Verwaltung

Die AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Jahr und Seite)
DM	Deutsche Mark (1 DM \approx 0,51 Euro)
DOJ	Department of Justice (bundesstaatliches Justizministerium der USA)
DRG	Diagnosis Related Group
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
EG	Europäische Gemeinschaft
f & w	führen und wirtschaften im Krankenhaus (Jahr und Seite)
F. Supp.	Federal Supplement (Entscheidungssammlung der erstinstanzlichen Bundesgerichte)
f.	folgende
F., F.2d, F.3d	Federal Reporter, Fallrechtssammlung der Bundesberufungsgerichte, 1., 2. bzw. 3. Serie
ff.	fortfolgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung der EG = Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 21. Dezember 1989 (Amtsblatt der EWG 1990, L 257, S. 14 ff.) in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Amtsblatt der EG 1997, L 180, S. 1 ff.)
Fn.	Fußnote

FTC	Federal Trade Commission (bundesstaatliche Wettbewerbsbehörde der USA)
FTC-Act	Federal Trade Commission Act (Gesetz über die Aufgaben der Federal Trade Commission einschließlich Verfahrensvorschriften aus dem Jahre 1914)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 (BGBl. I S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 108) vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3219)
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GSG 1993	Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenhäuser (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21. Dezember 1992 (BGBl. I S. 2266)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.07.1957 (BGBl. I, S. 1081) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2547), zuletzt geändert durch Art. 7 Neuntes Euro-Einführungsgesetz vom 10.11.2001 (BGBl. I S. 2992)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.05.1897 (RGBl. S. 219), zuletzt geändert Art. 5 Abs. 16 Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138)
HHI	Herfindahl-Hirschman-Index
HMO	Health Maintenance Organization

i. V. m.	in Verbindung mit
i. S. d.	im Sinne des
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung (Jahr und Seite)
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KHEntgG	Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (Krankenhausentgeltgesetz – KHEntgG) vom 24. April 2002 (BGBl. I S. 1422), verabschiedet durch das Gesetz zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz – FPG) vom 24. April 2002 (BGBl. I S. 1412)
KHG 1972	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz vom 29. Juni 1972 (BGBl. I S. 1009)
KHG 2000	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. April 1991 (BGBl. I S. 886), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) vom 22. Dezember 1999 (BGBl. I S. 2626)

KHG 2002	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. April 1991 (BGBl. I S. 886), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz – FPG) vom 24. April 2002 (BGBl. I S. 1412)
L. Ed.; L.ED.2d	Lawyers' Edition (kommerzielle) Entscheidungssammlung des U.S. Supreme Court in 1., 2. bzw. 3. Serie
lit.	littera (Buchstabe)
Merger Guidelines 1984	Richtlinie des Department of Justice zur Beurteilung von vertikalen und konglomeraten Fusionen in den USA
Merger Guidelines 1992	gemeinsame Richtlinie des Department of Justice und der Federal Trade Commission zur Beurteilung von horizontalen Fusionen in den USA
Mich.	Michigan
n. F.	neue Fassung
N.D.	Northern District (eines Bundesgerichtsbezirks)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Nr.	Nummer
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft [Band (Jahr) und Seite]
PDF	portable document format
PPO	Preferred -Provider-Organization

Rdnr.	Randnote
RGBl.	Reichsgesetzblatt
S. Ct.	Supreme Court; auch (kommerzielle) Fallrechtssammlung des obersten Bundesgerichtshofes
S.	Satz/Seite
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung, vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2477), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Einführung des diagnoseorientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz – FPG) vom 24. April 2002 (BGBl. I S. 1412)
u. a.	unter anderem
U. S. C.	United States Code (Gesetzessammlung des Bundesrechtes der USA)
U. S.	United States; auch offizielle Fallrechtssammlung des Supreme Court
UmwG	Umwandlungsgesetz vom 18.10.1994 (BGBl. I S. 3210, ber. am 22.03.1995, BGBl. I S. 428), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 7 Schuldrechtsänderungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138)
USA	United States of America = Vereinigte Staaten von Amerika
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 07.06.1909 (RGBl. S. 499), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 24 Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I 3138)
v.	versus
Va.	Virginia

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [Heft-Nr. (Jahr) und Seite]
W.D.	Western District (eines Bundesgerichtsbezirks)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Jahr und Seite)
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr und Seite)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb - Entscheidungen
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht [Jahrgang (Jahr) und Seite]
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht [Band (Jahr) und Seite]

1 Einleitung

Krankenhäuser als typische Versorgungseinrichtungen entstanden in Deutschland als Folge der Industrialisierung vor über 100 Jahren vergleichsweise „staatsnah“, also in relativer Anbindung an die öffentliche Hand. Die Ursprünge der Krankenhäuser reichen allerdings bis in das Mittelalter zurück, wobei die ersten Hospitälere Gründungen der Kirche waren. Im 18. Jahrhundert wurden dann die ersten Universitätskliniken gegründet und mit Beginn des 18. – 19. Jahrhunderts wurde die Verantwortung für die Spitäler mehr und mehr den Gemeinden übertragen. Diese Entstehungsgeschichte erklärt die heute noch existierenden Trägerschaftsformen von Krankenhäusern in Deutschland, nämlich kirchliche Krankenhausträger, Universitäten sowie Landkreise und Gemeinden. Darüber hinaus werden Krankenhäuser u. a. von Sozialversicherungsträgern, von Verbänden der freien Wohlfahrtspflege sowie von privatwirtschaftlichen Trägern geführt. Der bedeutendste Krankenhausträger ist dabei die öffentliche Hand.

Aufgrund starrer öffentlicher Dienst- und Tarifrechtsbestimmungen sowie nicht betriebswirtschaftlich organisierter Führungsstrukturen machen viele öffentliche Kliniken gegenwärtig erhebliche Defizite. Hinzu kommt ein Umbruch im Gesundheitssektor, der auch die Krankenhäuser erfasst. Dieser wird verursacht durch stagnierende bzw. nicht ausreichend steigende Einnahmen der gesetzlichen Krankenkassen sowie durch eine wachsende Anzahl an Patienten infolge immer höherer Lebenserwartung. Um steigenden Defiziten der Krankenkassen vorzubeugen, beschloss der Gesetzgeber eine Begrenzung der Ausgabendynamik (Kostendämpfungsgesetze, Budgetierung, Abschaffung des Selbstkostendeckungsprinzips). Auf diese Weise sollte arbeitsmarktpolitisch unerwünschten Beitragserhöhungen der gesetzlichen Krankenkassen Einhalt geboten werden. Die Stagnation bzw. Reduktion auf der Einnahmenseite sowie die steigenden Kosten für Personal und für Neuentwicklungen von Diagnose- bzw. Therapieeinrichtungen zwingt die Krankenhäuser mehr und mehr zu Rationalisierung und betriebswirt-

schaftlichem Denken. Es wird erwartet, dass sich dieser Kostendruck durch die Einführung des so genannten „DRG“-Fallpauschalensystems (DRG = „diagnosis related groups“) zukünftig weiter verschärfen wird.

Bereits in den letzten 10 Jahren sind rund 200 Krankenhäuser geschlossen worden. Vor allem Krankenhäusern in der Größe bis 200 Betten werden schlechte Wettbewerbschancen eingeräumt. Die maximale Wirtschaftlichkeit von Krankenhäusern soll in so genannten „Mega-Kliniken“ in den Außenbezirken von Krankenhäusern mit bis zu 2000 Betten erreicht werden. Neben neuen Marketing-Strategien („Outsourcing“, Anbieten von Zusatzleistungen) reagieren die Krankenhäuser mit verschiedenen Maßnahmen der Zusammenarbeit zwischen zuvor konkurrierenden Einrichtungen. Hierzu gehören die z. B. vergleichsweise „lockere“ Kooperation, die Fusion oder die Betreibergesellschaft. Dabei gilt die Fusion als die politisch oft nur schwer durchsetzbare, ökonomisch aber sinnvollste Option. Auf diese Weise werden optimale Synergieeffekte und Kostensenkung durch Zusammenschluss der Verwaltung oder verschiedener Serviceabteilungen erwartet. Anmeldungen von Krankenhausfusionen beim Bundeskartellamt sind bereits erfolgt, aber wegen kartellrechtlicher Unbedenklichkeit bereits auf der 1. Stufe der Prüfung (ohne so genanntes „Hauptprüfverfahren“) genehmigt worden. Dagegen wurden im amerikanischen Recht Fusionen einzelner Kliniken bereits einer eingehenden Wettbewerbskontrolle unterzogen. In einigen Fällen sind die Entscheidungen der Kartellbehörden auch gerichtlich überprüft worden.

Die gegenwärtige Tendenz von Krankenhäusern, dem wachsenden Kostendruck durch Fusionen zu begegnen, wird sich wahrscheinlich in den nächsten Jahren noch verstärken. Deshalb soll diese Arbeit die wettbewerbsrechtliche Kontrolle von Fusionen zwischen Krankenhäusern bzw. von Krankenhäusern mit Krankenhausunternehmen darstellen. Nicht zum Schwerpunkt dieser Arbeit gehören dagegen Fusionen von Krankenhäusern mit Unternehmen aus anderen Wirtschaftszweigen, da wettbewerbliche Bedenken in erster Linie bei Zusammenschlüssen zwischen Unternehmen auftreten, die demselben Wirtschaftssektor angehören. Im Übrigen

ist zu erwarten, dass reine Krankenhausfusionen häufiger durchgeführt werden, denn dabei sind die größten Rationalisierungsvorteile zu erzielen.

Da in den USA schon längere Erfahrungen mit Krankenhauszusammenschlüssen bestehen, bietet sich ein Rechtsvergleich mit dem amerikanischen Wettbewerbsrecht an.

Die Darstellung beginnt mit der fusionsrechtlichen Prüfung von Zusammenschlüssen von Akutkrankenhäusern in Deutschland. Hierzu werden zunächst im Kapitel 2.1 die Grundlagen des deutschen Wettbewerbsrechts einschließlich der Aufgaben der Fusionskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB als Teil der Wettbewerbsordnung erläutert. In welchem Umfang das Wettbewerbsrecht bzw. die Fusionskontrolle die beschriebenen Aufgaben und Funktionen auch im Bereich des Gesundheitswesens – hier im Besonderen im Krankenhaussektor – wahrnehmen kann, hängt von den in diesem Bereich vorherrschenden Markt- und Wettbewerbsgegebenheiten ab. Deshalb werden im Kapitel 2.2 die Krankenhausfinanzierung sowie der Krankenhauswettbewerb im deutschen Gesundheitssystem analysiert. Dabei wird insbesondere auf die Auswirkungen des neuen Fallpauschalengesetzes für den Krankenhauswettbewerb ab 2003 einzugehen sein.

Im Kapitel 2.3 erfolgt dann die ausführliche Darstellung der Prüfung von Krankenhauszusammenschlüssen gemäß §§ 35 ff. GWB, wobei diese sich auf Fusionen von Akutkrankenhäusern beschränkt. Der Bereich der Rehabilitationskliniken, der einem anderen Finanzierungs- und Wettbewerbssystem unterliegt, soll ausgenommen bleiben. Schwerpunkte der Prüfung sind die Besonderheiten der Markt-abgrenzung und Marktanalyse im Krankenhaussektor sowie die Auswirkungen der Umsatzschwellen für die Kontrolle von Krankenhausfusionen.

Das nachfolgende Kapitel 3 ist der Erläuterung der Krankenhauszusammenschlüsse im amerikanischen Wettbewerbsrecht gewidmet. Analog der Untersuchung der Krankenhauszusammenschlüsse im deutschen Wettbewerbsrecht sollen im Kapitel 3.1 die rechtlichen Grundlagen der amerikanischen Fusionskontrolle dargestellt werden. Da auch im Wettbewerbsrecht der USA das System der Krankenhausfinanzierung Auswirkungen auf die Anwendung der Fusionskontrolle hat,

erfolgt im Kapitel 3.2 die Analyse der Krankenhausfinanzierung und des Krankenhauswettbewerbs im amerikanischen Gesundheitssystem. Im Kapitel 3.3 wird dann die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften bei Krankenhausfusionen in den USA untersucht. Auch hierbei sind Schwerpunkte der Prüfung die Marktabgrenzung sowie die Marktanalyse im amerikanischen Krankenhaussektor.

Der abschließende rechtsvergleichende Teil im Kapitel 4 behandelt die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der deutschen und amerikanischen Fusionskontrolle bei Krankenhauszusammenschlüssen. Ausgehend von den Erfahrungen der Zusammenschlusskontrolle in den USA soll insbesondere geprüft werden, ob die deutsche Zusammenschlusskontrolle einen effektiven Schutz des Krankenhauswettbewerbs in Deutschland gewährleistet und welche Kriterien bei der Marktdefinition von besonderer Bedeutung sein können.

2 Krankenhauszusammenschlüsse im deutschen Wettbewerbsrecht

Krankenhauszusammenschlüsse unterliegen innerhalb der deutschen Rechtsordnung keiner spezialgesetzlichen Regelung. Vielmehr finden die allgemeinen Regelungen der Zusammenschlusskontrolle Anwendung, also das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Das GWB ist zusammen mit dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie weiteren Nebengesetzen (z. B. Heilmittelwerbegesetz sowie bis 2001 auch Rabattgesetz und Zugabeverordnung) Teil der wettbewerbsrechtlichen Gesamtordnung.¹ Beide Gesetze vereint der gemeinsame Schutzzweck, nämlich die „Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs“.² Allerdings bestehen Unterschiede hinsichtlich der rechtlichen Ansatzpunkte und Zielrichtungen.

Das UWG soll einer Ausartung des Konkurrenzkampfes entgegenwirken (Qualitätsschutz)³ und regelt Fragen der Lauterkeit von Wettbewerbspraktiken⁴. Demgegenüber gewährleistet das GWB die Offenheit der Märkte und schützt damit den

¹ v. *Gamm*, das Verbot einer unbilligen Behinderung, NJW 1980, S. 2489; ders., Neuere Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht, WM 1981, S. 730; *Sack*, Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, GRUR 1975, S. 297, 301; *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht II, § 22 I. 6 a; *Fikentscher*, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 bis 1954, WuW 1955, S. 205, 224; a.M. *Möhring*, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, S. 387 f.; *Würdinger*, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, S. 720, 730 ff.

² *Burckhardt*, Kartellrecht, Rdnr. 2.; *Langen/Bunte-Bunte*, Kartellrecht, Einführung zum GWB, Rdnr. 49.; zur Frage des Verhältnisses zwischen GWB und UWG siehe BGHZ 13, S. 33, 36 f.; *Fikentscher*, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 bis 1954, WuW 1955, S. 205, 223 f.; v. *Gamm*, Kartellrecht, Einf. A, Rz. 38; *Gloy-Greuner*, Wettbewerbsrecht, § 3 Rdnr. 1; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rdnr. 86 ff.

³ *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rdnr. 76 f.; *Gloy-Greuner*, Wettbewerbsrecht, § 3 Rdnr. 1.

⁴ BGHZ 13, S. 33, 37; *Burckhardt*, Kartellrecht, Rdnr. 4.

Wettbewerb als „Institution der bestehenden Marktwirtschaft“⁵. Dadurch sichert das GWB das Fortbestehen der Wettbewerbsfreiheit (Existenzschutz)⁶ und stellt „eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar“⁷. Es dient dem Schutz der Freiheit des Wettbewerbs sowie der Begrenzung wirtschaftlicher Macht.⁸

Um die Bedeutung des GWB bei dessen Anwendung auf Krankenhausfusionen besser verstehen zu können, sollen nachfolgend die Grundlagen des deutschen Wettbewerbsrechts dargestellt werden.

2.1 Grundlagen des deutschen Wettbewerbsrechts

Gemeinhin wird zwischen zwei Grundformen von Wirtschaftssystemen unterschieden, und zwar zwischen der staatlichen Planwirtschaft einerseits, bei der anstelle des Wettbewerbs der staatlich verordnete Plan den Wirtschaftsprozess lenkt, und der freien Marktwirtschaft andererseits, die den freien Marktzugang der Anbieter und Nachfrager sowie den Wettbewerb unter den Marktteilnehmern voraussetzt.⁹ Der Wettbewerb selbst steuert dabei den Marktprozess und gestaltet die – vorwiegend privatrechtlichen – Rechtsbeziehungen zwischen den Marktteilnehmern. Die in der freien Marktwirtschaft verwirklichte Freiheit wirtschaftlicher

⁵ BGHZ 13, S. 33, 37.

⁶ *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rdnr. 76 f.

⁷ Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Bundestagsdrucksache 2/1158, Anlage 1, Einleitung zur amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf des GWB vom 27.07.1957, S. 21.

⁸ *Immenga/Mestmäcker-Immenga* in GWB, Einleitung, Rdnr. 1.

⁹ v. *Arnim*, Volkswirtschaftspolitik, S. 39 ff.; *Woll*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S. 71 ff.; *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Rdnr. 22 ff.; grundsätzlich siehe *Hensel*, Grundformen der Wirtschaftsordnung, S. 27 ff. und 102 ff.

Betätigung basiert dabei auf den Grundelementen Wettbewerbs-, Vertrags-, Berufs-, Vereinigungs- und Konsumfreiheit.¹⁰

Weder die Planwirtschaft noch die freie Marktwirtschaft als „idealtypische“ Wirtschaftssysteme sind jemals vollends verwirklicht worden, sondern wurden bisher lediglich als Mischformen in unterschiedlicher Ausprägung umgesetzt.¹¹ In der Praxis obliegt auch in vorwiegend planwirtschaftlichen Wirtschaftssystemen die alleinige wirtschaftliche Entscheidungs- und Lenkungsbefugnis keineswegs dem Staat, sondern es verbleibt regelmäßig zumindest ein Rest wirtschaftlicher Individualfreiheit.¹² Andererseits bedarf auch die freie Marktwirtschaft der staatlichen Regulierung, damit die gewährten Marktfreiheiten nicht zu wettbewerbsfeindlichen Verhalten (z. B. Kartellabsprachen, Boykott, Preisdiskriminierung) missbraucht werden können.¹³ Der Staat kann deshalb mithilfe gesetzgeberischer und administrativer Mittel der übermäßigen Beschränkung des Wettbewerbs durch einzelne Marktteilnehmer Einhalt gebieten und durch Begrenzung der Marktmacht die Interessen der übrigen Marktteilnehmer schützen.¹⁴

2.1.1 Wirtschaftsverfassung

Die Beziehung zwischen privater Wirtschaft und Staat bzw. das Verhältnis von wirtschaftlicher Freiheit einerseits und Begrenzung wirtschaftlicher Macht durch den Staat andererseits wird in der „Wirtschaftsverfassung“ geregelt.¹⁵ Dabei bein-

¹⁰ *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rdnr. 35.

¹¹ *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Rdnr. 29 ff.

¹² *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rdnr. 36.

¹³ *Schwintowski*, Wettbewerbsrecht, S. 2 f.

¹⁴ *Frey*, Theorie demokratischer Wirtschaftspolitik, 1981, S. 83 ff.; *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Rdnr. 30.

¹⁵ *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S. 17 f.; *Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 179, 193 ff.; *Püttner*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 17 ff.; *Rinck/Schwark*, Wirtschaftsrecht, 6. Auflage, 1986, § 3 I; grundlegend *Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954), S. 1 ff., 19; *Thiele*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 16 ff.

haltet der Begriff der „Wirtschaftsverfassung im engeren Sinne“ die Bestimmungen des Verfassungsrechts, die die Grundlagen der Wirtschaftspolitik, der wirtschaftlichen Einzelentscheidungen sowie der Wirtschaftsverwaltung bilden.¹⁶ Die „Wirtschaftsverfassung im weiteren Sinne“ umfasst dagegen – neben den entsprechenden Verfassungsnormen – auch unterverfassungsrechtliche Rechtssätze, soweit sie den Wirtschaftsprozess grundlegend und dauerhaft regeln (z. B. das GWB oder das UWG).¹⁷

Das Grundgesetz (GG) der Bundesrepublik Deutschland enthält keine ausdrücklichen wirtschaftsrechtlichen Verfassungsnormen im engeren Sinne.¹⁸ Es sieht weder eine Ausrichtung auf eine bestimmte Wirtschaftsordnung noch Grundsätze zur Gestaltung des Wirtschaftslebens vor.¹⁹ Vielmehr ist das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral, ohne aber zu einer neutralistischen Haltung zu verpflichten.²⁰ Der Gesetzgeber ist deshalb innerhalb der vom GG gezogenen Grenzen frei, die Wirtschaftsordnung in der aus seiner Sicht richtigen Weise zu gestalten

16 *Badura*, Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JuS 1976, S. 205, 207; *Schmidt*, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S. 89 ff.; *Rinck/Schwark*, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 60.

17 *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 1 ff., 9 ff.; *Mestmäcker*, Die sichtbare Hand des Rechts, 1978, S. 27 ff.

18 *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Band II, § 20 S. 57; *Rinck/Schwark*, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 61; *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Rdnr. 19; v. *Gamm*, Kartellrecht, Einf. A, Rdnr. 8; *Badura*, Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JuS 1976, S. 205, 210 ff.

19 BVerfGE 50, S. 290, 336 ff.; BVerfG, NJW 1987, S. 1397.

20 BVerfGE 4, S. 7, 18 (Investitionshilfegesetz); BVerfGE 7, S. 377, 400 (Apothekenbetriebserlaubnis); BVerfGE 14, S. 263, 275; BVerfGE 50, S. 290, 336 (Mitbestimmungsgesetz); *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rdnr. 42; *Langen/Bunte-Bunte*, Kartellrecht, Einführung zum GWB, Rdnr. 41; v. *Gamm*, Kartellrecht, Einf. A; Rdnr. 8; *Burckhardt*, Kartellrecht, Rdnr. 7; *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, S. 18 ff.; a. A. *Nipperdey*, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, S. 211 ff.; *Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 21 ff., wonach das GG die soziale Marktwirtschaft gewährleistet; ähnlich *Maunz/Dürig-Herzog*, Kommentar zum GG, Art. 20, II. Abschnitt, VIII, Rdnr. 60; *Rupp*, Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, S. 5 ff.; ebenfalls a. A. *Krüger*, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, S. 361, 368, wonach das GG wirtschaftspolitische Neutralität garantiert.

bzw. sich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem zu entscheiden.²¹ Soweit der Gesetzgeber eine bestimmte Wirtschaftsordnung entwickelt hat, ist diese nicht zwangsläufig verfassungsrechtlich garantiert. Das gegenwärtige Wirtschaftssystem der „Sozialen Marktwirtschaft“²² ist zwar eine mit dem Grundgesetz vereinbare Wirtschaftsordnung, aber nicht die allein mögliche, so dass der Gesetzgeber seine wirtschaftspolitischen Entscheidungen ändern kann.²³ Allerdings ist die Gestaltung des Wirtschaftsrechts nicht in das freie Belieben des Gesetzgeber gestellt, sondern sie unterliegt den Beschränkungen des GG. Auf diese Weise gibt das GG einen Rahmen oder eine Grundkonzeption vor, die von zwei wesentlichen Verfassungsprinzipien geprägt sind:²⁴

- Zum einen das „Individualprinzip“, das in der Summe der freiheitlichen Grundrechte seinen Ausdruck findet;
- und zum anderen das „Sozialstaatsprinzip“, das die Einbindung der „wirtschaftswesentlichen“²⁵ Grundrechte in einen bundes- und sozialpolitischen Kontext beschreibt (Art. 20, 28, 79 Abs. 3 GG).

Die gleichrangige Bedeutung dieser beiden Rahmenkomponenten bedingt einen verfassungsrechtlichen Ausschluss sowohl einer rein individualistischen (marktwirtschaftlichen) als auch einer rein kollektivistischen (planwirtschaftlichen) Wirtschaftsordnung.²⁶ Der Gesetzgeber kann also lediglich zwischen diesen idealtypi-

21 *Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 2, Rdnr. 25 ff.

22 Zum Begriff der „Sozialen Marktwirtschaft“ vgl. *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht II, § 20 IV 2a.

23 BVerfGE 4, S. 7, 18 (Investitionshilfegesetz); *Weimar/Schimikowski*; Wirtschaftsrecht, Rdnr. 45.

24 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rdnr. 43.

25 Vgl. *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Rdnr. 49.

26 v. *Gamm*, Kartellrecht, Einf. A, Rdnr. 8; *Langen/Bunte-Bunte*, Kartellrecht, Einführung zum GWB, Rdnr. 41.

schen Wirtschaftssystemen eine Art „gemischter Wirtschaftsordnung“²⁷ entwickeln, die die „wirtschaftswesentlichen Grundrechte“ und deren soziale Gebundenheit als wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidung berücksichtigen muss.²⁸

Zu den wirtschaftswesentlichen Grundrechten gehören vor allem die Rechte auf Entfaltung der freien Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), auf freie Berufswahl und Berufsausübung (Art. 12 GG) sowie die Garantie des Eigentums (Art. 14 GG). Zusammen mit Art. 12 GG als „lex specialis“ schützt Art. 2 Abs. 1 GG im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit das Grundrecht auf „freie wirtschaftliche Betätigung“.²⁹

Diese grundgesetzlich geschützte freie wirtschaftliche Betätigung wird durch das GWB begrenzt, indem es u. a. mit seiner Fusionskontrolle die Entstehung von marktbeherrschenden Unternehmen durch Zusammenschlüsse verhindert.³⁰ Das GWB gemäß §§ 35 ff. GWB stellt insofern eine gesetzliche Schranke der Grundrechte gemäß Art. 2 Abs. 1, 12 GG dar. Die Grundrechtsbeschränkung einzelner Marktteilnehmer hat das Ziel, den freien Wettbewerb vor der Entstehung einer Marktmacht zu schützen, die den Wettbewerb übermäßig begrenzt. Auf diese Weise wird das Recht der übrigen Marktteilnehmer auf freie wirtschaftliche Betätigung gewährleistet.

2.1.2 Wettbewerbsordnung

Basierend auf dieser wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundkonzeption des GG ist eine einfachgesetzliche Wettbewerbsordnung entwickelt worden, deren Bestandteil u. a. das GWB ist.

²⁷ *Huber*, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 97, 101 f.

²⁸ *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rdnr. 43.

²⁹ *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rdnr. 44, 50, 69.

³⁰ *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 7.

Seit der am 01.01.1999 in Kraft getretenen Neufassung ist das GWB wie folgt gegliedert:

- Der erste Teil (§§ 1 – 47) behandelt die Wettbewerbsbeschränkungen;
- der zweite Teil (§§ 48 – 53) betrifft die Kartellbehörden;
- der dritte Teil (§§ 54 – 96) beinhaltet Verfahrensvorschriften;
- im vierten Teil (§§ 97 – 129) ist die Vergabe öffentlicher Aufträge geregelt;
- der fünfte Teil (§ 130) beschreibt den Anwendungsbereich des GWB;
- der sechste Teil (§ 131) enthält Übergangs- und Schlussbestimmungen.

Von diesen sechs großen Teilen ist das Kernstück des Gesetzes der erste Teil, der seinerseits in acht Abschnitte unterteilt ist:

- Der erste Abschnitt (§§ 1 – 13) untersagt wettbewerbswidrige Kartellvereinbarungen, Kartellbeschlüsse sowie abgestimmtes Verhalten;
- im zweiten Abschnitt (§§ 14 – 18) ist das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vertikalvereinbarungen geregelt;
- im dritten Abschnitt (§§ 19 – 23) sind bestimmte Formen der Marktbeherrschung bzw. des wettbewerbswidrigen Verhaltens (Diskriminierung, Boykott etc.) unter Verbot gestellt;
- der vierte Abschnitt (§§ 24 – 27) enthält Vorschriften über Wettbewerbsregeln;
- der fünfte Abschnitt (§§ 28 – 31) sieht Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche (Landwirtschaft, Kredit- und Sicherungswirtschaft, etc.) vor;
- im sechsten Abschnitt (§§ 32 – 34) sind Sanktionen bei Verstößen gegen das GWB aufgeführt;

- der siebte Abschnitt (§§ 35 – 43) regelt die Zusammenschlusskontrolle;
- der achte Abschnitt schließlich enthält Vorschriften über die Monopolkommission (§§ 44 – 47).

2.1.3 Wettbewerbsdefinition

Der Begriff des „Wettbewerbs“ hat eine herausragende Bedeutung für die Auslegung des GWB. Nicht nur aufgrund seiner Funktion als institutionelles Schutzobjekt zeichnet ihn eine gewisse „Tatbestandsbezogenheit“³¹ aus, sondern er findet auch ausdrückliche Erwähnung in verschiedenen Bestimmungen des GWB, z. B. in §§ 1, („Wettbewerb“), 3 („Wettbewerbsbeschränkung“), 5 („Wettbewerbsbeschränkung“), 6 („Wettbewerbsbedingungen“), 8 („Wettbewerb“), 15 („Wettbewerbsbeschränkung“) usw. Gleichwohl unterließ der Gesetzgeber sowohl im GWB als auch im UWG eine gesetzliche Definition dieses Rechtsbegriffes. Der BGH hat ebenfalls bislang keine generelle Begriffsbestimmung vorgenommen, sondern er hat bei der Auslegung jeweils bestimmte Aspekte der jeweiligen Norm des Kartellrechts zugrunde gelegt.³²

Aufgrund dieser „Definitionsücke“ ist in der Literatur eine Vielzahl von Konzepten zur Konkretisierung entwickelt worden, die trotz unterschiedlichster Variationen in zwei Hauptrichtungen eingeteilt werden können: Zum einen wird das individuelle Bemühen der Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) um Geschäftsbeziehungen in den Vordergrund gestellt³³, zum anderen wird das Schwergewicht auf die

³¹ v. Gamm, Kartellrecht, Einf. A, Rdnr. 20.

³² vgl. BGHZ 68, S. 23, 28 „Valium“; 71, S. 102, 118 ff. „Kfz-Kupplungen“; 96, S. 337, 343 f. „Abwehrblatt II“; Hill, Zur Rechtsprechung des Kartellsenats, Festschrift 25 Jahre Bundesgerichtshof, S. 173, 175 f.

³³ Fikentscher, Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB, WuW 1961, S. 788, 798; Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 123 ff., 129 f.

Wahlmöglichkeit des Anbieters oder Nachfragers zwischen verschiedenen Marktpartnern gelegt³⁴.

Ungeachtet dieser Definitionsversuche ist es bislang nicht gelungen, eine allgemeingültige Beschreibung für den Wettbewerbsbegriff zu formulieren. Ursache hierfür ist die Komplexität und Vielfalt wettbewerblicher Betätigung, weshalb es kaum möglich ist, das gesamte Spektrum zu erfassen, ohne erhebliche Einbußen hinsichtlich der Praktikabilität der Definition hinzunehmen.³⁵ Die vielgestaltigen Folgen wettbewerblichen Handelns sind im Allgemeinen nicht zu prognostizieren, so dass der Wettbewerb auch als „Entdeckungsverfahren“ beschrieben wird.³⁶

Doch auch wenn keine einheitliche Definition für den Rechtsbegriff „Wettbewerb“ existiert, besteht zumindest grundsätzlich Einigkeit hinsichtlich des Schutzzwecks des GWB, nämlich die Bewahrung des Wettbewerbs vor Beschränkungen, die die Selbständigkeit und Freiheit der Marktteilnehmer unangemessen einengen.³⁷ Um diesen Gesetzeszweck zu erreichen, bedarf es nicht notwendigerweise einer allumfassenden Definition des „Wettbewerbs“. Entscheidend ist, dass unter Auslegung der jeweiligen Norm des GWB festgestellt wird, ob das wettbewerbliche Marktgeschehen weiterhin seinen Beitrag zur Gewährleistung von „Freiheit, Wohlstand und Gerechtigkeit“ erbringen kann.³⁸ Im Ergebnis wird also nicht versucht, den Begriff „Wettbewerb“ subsumtionsfähig zu definieren, sondern ausgehend von dem Begriff der „Wettbewerbsbeschränkung“ wird bei der Anwendung

34 *Knöpfle*, Kann der Inhalt des Wettbewerbs i. S. des GWB bestimmt werden?, DB 1991, S. 1433, 1434 f.; *Knöpfle*, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens, 1966, S. 222.

35 *Wiedemann-Wiedemann*, Kartellrecht, § 1 Rz. 3; *Langen/Bunte-Bunte*, Kartellrecht, Einführung, Rdnr 65; *Baur*, Das Tatbestandsmerkmal „Wettbewerb“, ZHR 134 (1970), S. 97, 116.

36 v. *Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kieler Vorträge n. F., Heft 56, S. 3.

37 *Langen/Bunte-Bunte*, Kartellrecht, Einführung, Rdnr 65; *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, S. 11 ff.

38 *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, S. 31; *Langen/Bunte-Bunte*, Kartellrecht, Einführung, Rdnr. 63, 65.

der Kartellrechtsvorschriften untersucht, welches Marktverhalten typischerweise zu einer Gefährdung der Wettbewerbsordnung führt.³⁹

2.1.4 Wettbewerbsfunktion

Der Schutz des freien Wettbewerbs als Institution ist erklärtermaßen Ziel und Aufgabe des GWB. Dabei hat der marktwirtschaftliche Wettbewerb eine Vielzahl von Funktionen, die in zwei große Funktionsbereiche eingeteilt werden können, nämlich in den „ökonomischen“ sowie in den „gesellschaftspolitischen“ Funktionsbereich.⁴⁰

Hinsichtlich des „ökonomischen Funktionsbereichs“ werden folgende Funktionen abgegrenzt: Die *Steuerungs- und Ordnungsfunktion*⁴¹ (optimale Lenkung von Produktionsfaktoren), die *Antriebs- und Leistungsfunktion*⁴² (Motivierung der Marktteilnehmer, die Nachfrager zufrieden zu stellen), die *Schutzfunktion*⁴³ (Verhinderung einseitiger Maßnahmen der Marktteilnehmer – wie z. B. Preiserhöhungen – zu Lasten der Nachfrager) und die *Einkommensverteilungsfunktion* sowie die *Auslesefunktion*⁴⁴.

39 *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, S. 82 ff., 87 ff.; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 69; *Emmerich*, Kartellrecht, § 1, Nr. 2 e).

40 *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Rdnr. 138.

41 *Burckhardt*, Kartellrecht, Rdnr. 13; *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Rdnr. 138.

42 *Langen/Bunte-Bunte*, Kartellrecht, Einführung, Rdnr. 66.

43 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker*, GWB, Vor § 35, Rdnr. 27; *Langen/Bunte-Bunte*, Kartellrecht, Einführung, Rdnr. 66.

44 *Langen/Bunte-Bunte*, Kartellrecht, Einführung, Rdnr. 66.

In „gesellschaftspolitischer Hinsicht“ hat der Wettbewerb eine *Entmachtungsfunktion*⁴⁵ bzw. eine Macht neutralisierende Wirkung sowie zusätzlich eine *Freiheitssicherungsfunktion*, indem er die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit der Marktteilnehmer vor einseitiger Dominanz eines oder weniger anderer Marktteilnehmern bewahrt⁴⁶.

In welchem Umfang das Wettbewerbsrecht bzw. die Fusionskontrolle die vorstehend beschriebenen Aufgaben bzw. Funktionen auch im Bereich des Gesundheitswesens – hier im Besonderen im Krankenhaussektor – wahrnehmen kann, hängt von den in diesem Bereich vorherrschenden Markt- und Wettbewerbsgegebenheiten ab. Freier Wettbewerb kann nur dort geschützt werden, wo dieser staatlicherseits zugelassen ist. Soweit die Freiheit des Wettbewerbs zum Schutz anderer verfassungsrechtlicher Prinzipien, z. B. zugunsten des Sozialstaatsprinzips⁴⁷, eingeschränkt ist, kann auch die Fusionskontrolle ihre Schutzfunktion für einen möglichst freien Wettbewerb nur begrenzt erfüllen. Dies könnte insbesondere im Krankenhausbereich der Fall sein, wenn aus sozialstaatlichen Erwägungen – hier u. a. die möglichst umfassende Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausdienstleistungen ungeachtet der finanziellen Möglichkeiten des Einzelnen – der Wettbewerb reduziert wäre. Unter diesen Umständen würden Krankenhauszusammenschlüsse von vornherein geringere oder keine wettbewerblischen Bedenken hervorrufen, weil der Wettbewerb ohnehin eingeschränkt wäre. Um die Bedeutung der Fusionskontrolle bei Krankenhausfusionen darzustellen, muss deshalb zunächst der Krankenhauswettbewerb in Deutschland untersucht werden. Dabei soll festgestellt werden, ob der Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern in freier Form besteht oder staatlicherseits begrenzt ist.

⁴⁵ *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, S. 3 ff., 22; *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 28 f.

⁴⁶ *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, S. 15 ff.; *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Rdnr. 138.

⁴⁷ Vgl. Art. 20 Abs. 1 GG; *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Rdnr. 32; vgl. *Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954), S. 21; *Thiele*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 17 f.

2.2 Krankenhauswettbewerb und Krankenhausfinanzierung im deutschen Gesundheitssystem

Die Wettbewerbssituation der Krankenhäuser – und damit auch auf die Beurteilung der Folgen von Krankenhauszusammenschlüssen auf den Wettbewerb – wird wesentlich beeinflusst durch die Krankenhausfinanzierung. Je stärker die Krankenhausfinanzierung durch den Staat geregelt ist, desto geringer sind die Folgen von Krankenhausfusionen auf den Wettbewerb, weil die Möglichkeit zur einseitigen Preisgestaltung durch marktbeherrschende Krankenhäuser begrenzt bzw. aufgehoben ist. Nachfolgend soll deshalb auf der Grundlage der Krankenhausfinanzierung die Wettbewerbssituation zwischen den Krankenhäusern in Deutschland analysiert werden.

2.2.1 Krankenhausfinanzierung im 20. Jahrhundert

Bis Mitte der dreißiger Jahre des 20. Jahrhunderts unterlag die Krankenhausfinanzierung keiner wesentlichen Reglementierung durch den Staat.⁴⁸ Erst im Jahre 1936 wurde die zunächst bestehende Vertrags- und Preisgestaltungsfreiheit aufgehoben und durch ein dirigistisches Zentralverwaltungssystem ersetzt.⁴⁹

Seit der Nachkriegszeit ist das Ausmaß des staatlichen Einflusses auf die Krankenhausfinanzierung von starken Schwankungen geprägt. Das ursprünglich monetarische, d. h. allein durch Leistungsentgelte getragene Finanzierungssystem,

⁴⁸ Hierzu und zum Folgenden *Köhler*, Gesetzliche Krankenversicherung und Krankenhäuser, S. 63 ff.; *Deutsches Krankenhausinstitut*, Historische Entwicklung des Krankenhausfinanzierungsrechts, Krankenhausumschau 1990, S. 277.

⁴⁹ Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen vom 26. November 1936 (RGBl., Jahrgang 1936, Teil 1, S. 955 f.); *Binder*, Effizienz durch Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 56 ff.; *Holler*, Das Finanzierungssystem nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) und Fragen der Versorgungseffizienz, S. 157; *Müller*, Die Neuordnung der Krankenhausfinanzierung – Eine zwingende Notwendigkeit der Gesundheitspolitik, S. 186.

wurde mit dem KHG 1972 durch ein duales System ersetzt.⁵⁰ Danach trugen Bund und Länder gemeinsam die Investitionskosten, während die laufenden Betriebskosten von den Krankenversicherungen der Patienten durch Zahlung von krankenhausspezifischen Pflegesätzen erstattet wurden. Des Weiteren wurde das Selbstkostendeckungsprinzip eingeführt, das die Deckung der für die Vorperiode nachgewiesenen individuellen Selbstkosten des jeweiligen Krankenhauses vorsah, und zwar einerseits durch öffentliche Fördermittel und andererseits durch die mit den Krankenkassen ausgehandelten Pflegesätze.⁵¹ Das mit der Einführung des Selbstkostendeckungsprinzips anvisierte Ziel der Kosteneinsparung wurde allerdings in das Gegenteil verkehrt. Da die Krankenhäuser im Falle von Kosteneinsparungen Gefahr liefen, in der nachfolgenden Abrechnungsperiode entsprechend geringere Pflegesätze aushandeln zu können (so genannter „Kellertreppeffekt“⁵²), wurde eine Kostenreduzierung vermieden.⁵³ Im Ergebnis führte das Selbstkostendeckungsprinzip zu einer weiteren Kosten- und Preisexplosion.⁵⁴

⁵⁰ Vgl. *Köhler*, Gesetzliche Krankenversicherung und Krankenhäuser, S. 64; *Holler*, Das Finanzierungssystem nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) und Fragen der Versorgungseffizienz, S. 157 ff.; *Gerdemann*, Auswirkungen und Reform der Krankenhausfinanzierung, S. 180 f.; *Jungmann-Ginkel/Kober*, Krankenhausbetriebslehre für Führungskräfte der Krankenpflege, S. 61 ff.

⁵¹ *Holler*, Das Finanzierungssystem nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) und Fragen der Versorgungseffizienz, S. 159; *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 43.

⁵² *Tuschen*, BPfIV'95: Chancen, Risiken, Strategien, f & w 1994, S. 442; *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 43, Fußnote 130.

⁵³ *Gerdemann*, Auswirkungen und Reform der Krankenhausfinanzierung, S. 182 f.; *Müller*, Die Neuordnung der Krankenhausfinanzierung – Eine zwingende Notwendigkeit der Gesundheitspolitik, S. 189 f.

⁵⁴ Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode 1992, Bundestagsdrucksache 12/3608, amtliche Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz 1993), S. 66 f.; *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 45; *Tauch*, Die Auswirkungen der neuen Entgeltformen auf die Organisation des Krankenhauses, S. 10.

Um dem entgegenzuwirken, wurde im Jahre 1985 ein System der flexiblen Budgetierung⁵⁵ eingeführt, das – basierend auf der zu erwartenden Krankenhausbelegung für den jeweiligen Zeitraum – eine Vorausberechnung der Krankenhaus-selbstkosten verlangte. Indem der Pflegesatz nicht mehr auf der Grundlage der Zahlen der Vorperiode berechnet wurde, sondern aufgrund einer Prognose für den zukünftigen Zeitraum zu bestimmen war, mussten die Krankenhäuser mit einem im Voraus vereinbarten Budget die laufenden Kosten bestreiten.⁵⁶ Des Weiteren wurde die Bund-Länder-Mischfinanzierung abgeschafft, so dass fortan allein die Länder die Investitionskosten trugen.⁵⁷

2.2.2 Krankenhausfinanzierung bis Ende 2002

Die Krankenhausfinanzierung bis Ende 2002 beruht weiterhin auf dem dualen System der Kostendeckung durch öffentliche Hand und gesetzliche/private Krankenversicherungen.⁵⁸ Dabei nimmt nicht jedes (Akut-)Krankenhaus an der dualen Finanzierung teil. Vielmehr müssen die Krankenhäuser bestimmte Voraussetzungen erfüllen, um für dieses Finanzierungssystem qualifiziert zu sein:

Um an der Kostenerstattung durch die gesetzlichen Krankenversicherungen teilzunehmen, müssen die Krankenhäuser zuvor für die Behandlung gesetzlich versicherter Patienten zugelassen werden. Hierzu gehören

⁵⁵ Vgl. § 4 Abs. 1 BPfIV 1985; später wurden für die Jahre 1993 – 1996 feste Budgets vorgeschrieben, vgl. das Gesetz zur Stabilisierung der Krankenausgaben 1996 vom 29. April 1996 (BGBl I S. 654); siehe generell zu den Rechtsgrundlagen der Krankenhausfinanzierung *Grünenwald/Wettstein-Grünenwald*, Krankenhausfinanzierungsrecht, sowie *Luber/Schock*, Krankenhausfinanzierungsgesetz.

⁵⁶ Zu den Einzelheiten siehe *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 44.

⁵⁷ *Jungmann-Ginkel/Kober*, Krankenhausbetriebslehre für Führungskräfte der Krankenpflege, S. 66; *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 43.

⁵⁸ *Baur/Heimer/Wieseler*, Gesundheitssysteme und Reformansätze im internationalen Vergleich, S. 41; *Bloch/Hillebrandt/Wolf*, Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?, S. 97; *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 46.

- Hochschulkliniken,
- in einem Krankenhausplan eines Bundeslandes aufgenommene Krankenhäuser sowie
- Krankenhäuser mit gesondert abgeschlossenen Versorgungsverträgen mit den Verbänden der Krankenkassen und Ersatzkrankenkassen.⁵⁹

Voraussetzung für die öffentliche Mitfinanzierung ist dagegen in erster Linie die Aufnahme des jeweiligen Krankenhauses in die gemäß § 6 KHG 2000 von den Ländern aufgestellten Krankenhauspläne.⁶⁰ Mit diesen Krankenhausplänen bestimmen die Länder anhand des prognostizierten Bedarfs den Standort, die Bettenzahl und die Fachrichtungen des jeweiligen Krankenhauses.

Die duale Finanzierung differenziert ferner grundsätzlich zwischen

- Investitionskosten⁶¹ (Neubau, Umbau, Anschaffung von nicht zum Verbrauch bestimmter Wirtschafts- und Anlagegüter⁶²), die von dem jeweiligen Bundesland getragen werden, und

⁵⁹ Vgl. § 108 SGB V sowie § 4 BPflV; *Bloch/Hillebrandt/Wolf*, Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?, S. 91.

⁶⁰ Vgl. § 8 Abs. 1 KHG 2000; nur wenige Krankenhäuser wie z. B. die Euromed-Clinic in Fürth sind nicht in den Krankenhausplänen aufgenommen; sie können nur selbstzahlende/privatversicherte Patienten behandeln; weiterhin werden nicht nach dem KHG 2000 gefördert z. B. Hochschulkliniken bzw. Rehakliniken (vgl. § 5 KHG 2000) oder Bundeswehrkrankenhäuser bzw. Krankenhäuser im Straf- und Maßregelvollzug (vgl. § 3 KHG 2000).

⁶¹ Vgl. §§ 2 Nr. 2, 4 Nr. 1 KHG 2000; siehe ferner die Verordnung über die Abgrenzung der im Pflegesatz nicht zu berücksichtigenden Investitionskosten von den pflegesatzfähigen Kosten der Krankenhäuser (Abgrenzungsverordnung) vom 12. Dezember 1985 (BGBl. I, S. 2255), zuletzt geändert durch Artikel 33 des Gesetzes zur Umstellung von Gesetzen und anderen Vorschriften auf dem Gebiet des Gesundheitswesens auf Euro (Achstes Euro-Einführungsgesetz) vom 23.10.2001 (BGBl. I S. 2702).

- Betriebskosten⁶³, die von den Patienten bzw. von deren Krankenkassen gedeckt werden. Zu den Betriebskosten gehören die Kosten für die unmittelbare Patientenversorgung sowie für die Aufrechterhaltung der medizinischen, technischen und administrativen Betriebsbereitschaft.⁶⁴

Die Erstattung der Betriebskosten erfolgt seit dem Jahre 1997 bis Ende 2002 aufgrund eines Entgeltsystems, das sich auf das Gesundheitsstrukturgesetz 1993 sowie auf die BPfIV 1995 bezieht; es sieht neben den bislang bestehenden Pflegeätzen auch pauschale Entgelte für bestimmte Krankenhausleistungen vor:⁶⁵

- Fallpauschalen (§ 11 Abs. 1 BPfIV)
Für bestimmte Krankenhausleistungen, die in einem Fallkatalog in Anlage 1.1. BPfIV 1995 aufgeführt sind (z. B. Struma-Operation in Fallkategorie 2.01, Katarakt-Operation in Fallkategorie 3.01), wird ein pauschaliertes Entgelt berechnet. Damit werden grundsätzlich alle Leistungen des Krankenhauses (Operation, stationäre Pflege etc.) entgolten. Die Höhe der Fallpauschale wird über ein bundeseinheitliches Punktesystem berechnet (§ 15 BPfIV), wobei der Punktwert auf Landesebene zwischen den Krankenkassen und den Krankenhäusern bestimmt wird (§ 16 BPfIV).⁶⁶
Die Anzahl der im Rahmen von Fallpauschalen entgoltenen Krankenhausleistungen wird von den Krankenkassen mit den jeweiligen Krankenhäusern

⁶² Vgl. § 2 Nr. 2 b) KHG 2000.

⁶³ Vgl. § 4 Nr. 2 KHG 2000; etwaige Defizite werden von den Trägern der Krankenhäuser übernommen; *Bloch/Hillebrandt/Wolf*, *Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?*, S. 97.

⁶⁴ *Jungmann-Ginkel/Kober*, *Krankenhausbetriebslehre für Führungskräfte der Krankenpflege*, S. 117 ff.

⁶⁵ Vgl. § 17 Abs. 2 KHG 2000; hierzu und zum Folgenden *Keun*, *Einführung in die Krankenhaus-Kostenrechnung*, S. 43 ff.; *Achner und andere*, *GKV-Gesundheitsreform-gesetz 2000*, S. 10 ff.; *Bloch/Hillebrandt/Wolf*, *Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?*, S. 97 ff.

⁶⁶ *Bloch/Hillebrandt/Wolf*, *Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?*, S. 98.

vereinbart.⁶⁷

- Sonderentgelte (§ 11 Abs. 2 BPfIV)
Auch die Höhe der Sonderentgelte wird über das vorstehend beschriebene Punktsystem ermittelt. Im Unterschied zu den Fallpauschalen werden bei den Sonderentgelten vorwiegend die mit einer Operation verbundenen Kosten erstattet, während die weiteren Kosten des stationären Aufenthaltes durch die nachfolgend erläuterten Abteilungs- bzw. Basispflegesätze gedeckt werden.
- Abteilungspflegesatz (§ 13 Abs. 2 BPfIV)
Dieser tagesgleiche Pflegesatz kann für Leistungen einer bettenführenden Abteilung geltend gemacht werden, die ein nicht weisungsgebundener Arzt leitet. Er beinhaltet sowohl pflegerische als auch ärztliche Tätigkeiten. Entsprechendes gilt für teilstationäre Leistungen, für die ein gesonderter Pflegesatz berechnet werden kann.⁶⁸
- Basispflegesatz (§ 13 Abs. 3 BPfIV)
Mit dem Basispflegesatz werden die Kosten abgerechnet, die weder dem pflegerischen noch dem ärztlichen Bereich zuzuordnen sind. Hierzu gehören z. B. die Kosten für Verpflegung des Patienten, Wasser, Strom, Heizung, Wäschereinigung, Verwaltungskosten etc.
Abteilungs- und Basispflegesatz werden zwischen den jeweiligen Krankenhäusern und den Krankenkassen ausgehandelt. Dabei besteht für die Krankenkassen gemäß §§ 107 Abs. 1, 109 Abs. 4 SGB V de facto eine Verpflichtung, mit den in den Krankenhausplänen aufgenommenen Krankenhäusern entsprechende Pflegesatzvereinbarungen zu treffen.⁶⁹ Zwar

⁶⁷ Hamann, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 48 f.

⁶⁸ Vgl. § 13 Abs. 4 BPfIV 1995.

⁶⁹ Hamann, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 114.

beinhaltet § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V keinen ausdrücklichen Kontrahierungszwang, denn es wird lediglich bestimmt, dass die Krankenkassen zur Durchführung von Pflegesatzverhandlungen mit den jeweiligen Krankenhäusern verpflichtet sind. Aber faktisch bedeutet dies auch die Verpflichtung, entsprechende Vereinbarungen abzuschließen, denn anderenfalls werden die Pflegesätze gemäß § 18 Abs. 4 KGH 2000 durch eine Schiedsstelle festgelegt.

- Vergütungen für ambulantes Operieren und für vor- und nachstationäre Behandlung
Die Entgelte für ambulantes Operieren und für vor- und nachstationäre Behandlung fallen nicht unter die BpflV 1995 und können damit individuell zwischen Krankenhaus und Krankenkassen ausgehandelt werden.⁷⁰

Die neu eingeführten, pauschal abgerechneten Entgelte (Fallpauschalen und Sonderentgelte) umfassen lediglich ca. 20 – 30 % des Krankenhausbudgets.⁷¹ Der größere Teil der Krankenhausleistungen, nämlich ca. 70 – 80 %, wird weiterhin über ein Restbudget entgolten, und zwar im Wesentlichen über den Basis- und Abteilungspflegesatz.⁷² Es besteht demnach weiterhin kein vollständig leistungsbezogenes Entgeltsystem, sondern zum überwiegenden Teil ein pflegetagbezogenes.⁷³ Dennoch bedeuten die begrenzte Einführung der Pauschalentgelte (Fallpauschalen, Sonderentgelte) sowie die Abschaffung des Selbstkostende-

70 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 50, Fußnote 178.

71 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 49.

72 Vgl. § 12 BpflV; *Jacobs*, Können die Sonderentgelte und Fallpauschalen zur Beitragsstabilität in der Krankenversicherung beitragen?, S. 61 f.; *Keun*, Einführung in die Krankenhaus-Kostenrechnung, S. 48 f.; *Asmuth und andere*, Erfahrungen mit der flächendeckenden Anwendung des neuen Rechts, f & w, 1998, S. 106, 108.

73 *Böcker und andere*, Diagnosis Related Groups – Grundstein für ein neues Abrechnungssystem, S. 49, 50; *Keun*, Einführung in die Krankenhaus-Kostenrechnung, S. 49.

ckungsprinzips, welches bis dahin die Deckung der individuellen Kosten eines Krankenhauses auch im Falle von „hausgemachten“ Kostensteigerungen nahezu garantierte, dass die Krankenhäuser erstmals einem – wenn auch eingeschränkten – Wettbewerb ausgesetzt sind.⁷⁴ Die ihnen zugewiesenen Betriebskosteneinnahmen werden nicht mehr krankenhausesindividuell ermittelt, sondern es besteht lediglich ein Anspruch auf medizinisch leistungsgerechte Entgelte eines „unbestimmten“ Krankenhauses.⁷⁵ Somit besteht die Möglichkeit, dass die Einnahmen die krankenhausesindividuellen Kosten nicht mehr decken. Die staatliche Finanzierungsgarantie ist mithin entfallen, so dass Krankenhäuser bei fortlaufendem Defizit dem Wettbewerb mit anderen Krankenhäusern nicht standhalten und auf dem Markt nicht fortbestehen können.⁷⁶

Die Krankenhäuser sind deshalb zunehmend gefordert, dem Kostendruck im Wettbewerb um Patienten durch Rationalisierung und Spezialisierung auf rentablere Leistungen zu begegnen.⁷⁷ Um dennoch dem Patienten ein möglichst breites Leistungsspektrum anbieten zu können, kann eine Kooperation bzw. Fusion mit auf andere Gebiete spezialisierten Krankenhäusern erforderlich werden.⁷⁸

Darüber hinaus besteht für die Krankenhäuser durch die Einführung der pauschalierten Entgelte ein großes Interesse, die Verweildauer der Patienten so kurz wie möglich zu halten, um eine kostenintensive, aber nicht entgeltene Bettenbelegung zu vermeiden.⁷⁹ Auch die Weiterentwicklung der ambulanten Operation ermöglicht eine Reduzierung der vollstationären Patientenversorgung; Schätzungen zu-

74 *Bloch/Hillebrandt/Wolf*, Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?, S. 97, 99.

75 Vgl. § 3 BPfIV; *Eichhorn*, Stand und Perspektiven der Ordnungspolitik in der Krankenhauswirtschaft, S. 1, 25; *Keun*, Einführung in die Krankenhaus-Kostenrechnung, S. 39.

76 *Henke/Paffrath/Wettke*, Benchmarking im Krankenhausmarkt, S. 191 f.

77 *Eichhorn*, Stand und Perspektiven der Ordnungspolitik in der Krankenhauswirtschaft, S. 1, 26 ff.

78 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 51.

79 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 51.

folge kann auf diese Weise die Bettenkapazität in den nächsten Jahren um ca. 30 % reduziert werden.⁸⁰ Um weiterhin eine wettbewerblich ökonomische Betriebsgröße zu erhalten, könnten die Krankenhäuser auch aus diesem Grund gezwungen sein, den Kapazitätsabbau durch Fusion mit anderen Krankenhäusern aufzufangen.⁸¹

Der durch die Abschaffung des Selbstkostendeckungsprinzips sowie die Einführung der Pauschalentgelte entstandene Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern weist allerdings nach wie vor eine Besonderheit auf. Nicht der Leistungsempfänger, also der Patient, handelt die Preise der für ihn erbrachten Krankenhausleistungen aus, sondern in erster Linie die gesetzlichen Krankenkassen.⁸² Die Krankenkassen wiederum sind gemäß § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V de facto verpflichtet, mit jedem in den Krankenhausplänen der Bundesländer aufgenommenen Krankenhaus Pflegesatzvereinbarungen abzuschließen.⁸³ Solange dieser Kontrahierungszwang der Krankenkassen besteht, ist der Wettbewerb noch erheblich eingeschränkt, denn die Krankenkassen können teurere Krankenhäuser nicht von den Pflegesatzverhandlungen ausschließen. Allerdings besteht für die Krankenkassen die Möglichkeit, mit teureren Kliniken, deren Pflegesätze hoch sind, geringere Fallzahlen für die pauschal entgoltenen Behandlungsfälle zu vereinbaren. Auf diese Weise steht ihnen gegenüber den Krankenhäusern ein – wenn auch geringes – Druckmittel bei der Festlegung der Pflegesätze zur Verfügung.

Erst wenn der Kontrahierungszwang der Krankenkassen aufgehoben werden würde, könnten die Krankenkassen tatsächlich mit den preiswertesten Anbietern Leistungsvereinbarungen treffen. Damit verbunden wäre aber zwangsläufig eine Einschränkung der freien Krankenhausarztwahl.

⁸⁰ *Eichhorn*, Stand und Perspektiven der Ordnungspolitik in der Krankenhauswirtschaft, S. 1, 26.

⁸¹ *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 51.

⁸² *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 110.

⁸³ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.2.2 (S. 21 f.).

Insgesamt ist die Krankenhausfinanzierung durch staatliche Vorgaben nach wie vor reglementiert. Es besteht ein deutlicher eingeschränkter Wettbewerb, der in erster Linie durch die Verhandlungen der jeweiligen Krankenhäuser mit den Krankenkassen über die Festpreis-Fallzahlen und die Pflegesätze stattfindet. Die Krankenhausentgelte sind staatlicherseits nur teilweise – nämlich bei den Fallpauschalen – vorgegeben, so dass der preisliche Wettbewerb zumindest bei den Verhandlungen über den Basis- und Abteilungspflegesatz stattfindet. Allerdings wird dieser „Teilwettbewerb“ durch den faktischen Kontrahierungszwang der Krankenkassen mit den im Krankenhausplan der Länder aufgenommenen Krankenhäusern zusätzlich reduziert.

Die Krankenhausfinanzierung bis Ende 2002 führt also dazu, dass Krankenhausfusionen den preislichen Wettbewerb allenfalls geringfügig beeinträchtigen und vorwiegend den Wettbewerb um Festpreis-Fallzahlen beeinflussen dürften, der allerdings nur 20 – 30 % der Krankeneinnahmen betrifft. Da der Krankenhauswettbewerb auf diese Weise gesetzlich erheblich eingeschränkt ist, kann das Wettbewerbsrecht bzw. die Fusionskontrolle als Schutzinstrument der Freiheit des Wettbewerbs nur eine reduzierte Bedeutung bei der Überprüfung von Krankenhauszusammenschlüssen haben.

2.2.3 Krankenhausfinanzierung ab 2003

Das vorstehend beschriebene Vergütungssystem mit Fallpauschalen, Sonderentgelten, Abteilungs- und Basispflegesätzen wird mit dem am 01.03.2002 vom Bundesrat verabschiedeten Fallpauschalengesetz⁸⁴ zukünftig durch ein rein leis-

⁸⁴ Anmerkung: Fallpauschalengesetz = Gesetz zur Einführung des diagnoseorientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (FPG) vom 24. April 2002 (BGBl. I S. 1412).

tungsbezogenes, pauschalierendes System ersetzt.⁸⁵ Diese neue Finanzierungsmethode basiert auf den so genannten australischen AR-DRGs („Australia Refined Diagnosis Related Groups“).⁸⁶ Es handelt sich dabei um ein Fallpauschalensystem, das die Eingruppierung nahezu aller stationären Patienten in kostenhomogene Fallgruppen vorsieht; lediglich bei psychiatrischen oder psychosomatischen Patienten soll das DRG-System keine Anwendung finden, so dass es für diese Ausnahmen bei der vorbestehenden Regelung bleibt.⁸⁷ Des Weiteren soll für die Behandlung von Blutern und Dialysepatienten neben der Fallpauschale ein Zusatzentgelt von den Krankenhäusern berechnet werden können.⁸⁸

Der Fallpauschalen- bzw. DRG-Katalog wird bundeseinheitlich von den Selbstverwaltungspartnern (Spitzenverbände der Krankenkassen, Verband der privaten Krankenversicherung, Deutsche Krankenhausgesellschaft) vereinbart.⁸⁹ Die Eingruppierung der an einem Patienten erbrachten stationären Maßnahmen in eine DRG erfolgt dann vorwiegend anhand der Hauptdiagnose bzw. des Haupteingriffs;⁹⁰ daneben können grundsätzlich weitere Kriterien Berücksichtigung finden,

⁸⁵ Vgl. § 17 Abs. 1 S. 1 KHG 2002; grundlegend zum Fallpauschalensystem bzw. DRG-System *Böcker und andere*, *Diagnosis Related Groups – Grundstein für ein neues Abrechnungssystem*, S. 49 ff.; *Fritsche und andere*, *Damit das Honorarsystem nicht zum Glückspiel wird*, f & w 2001, S. 173 ff.; *Janiszewski / Pfaff*, *Das DRG-Kalkulationsmodell*, f & w 2001, S. 221 ff.; *Keun*, *Einführung in die Krankenhaus-Kostenrechnung*, S. 178 ff.; *Lüngen/Lauterbach*, *Welchen Krankenhäusern nützen die Diagnosis-Related Groups?*, f & w 1999, S. 506 ff.; *Tuschen*, *BMG setzt Anreize für Einstieg 2003*, f & w 2001, S. 334 ff.

⁸⁶ Vgl. § 17 b Abs. 4 S. 2 u. 3 KHG 2002; *Janiszewski / Pfaff*, *Das DRG-Kalkulationsmodell*, f & w 2001, S. 221, 227; Anmerkung: Gemäß § 17 b Abs. 6 S. 2 KHG 2002 sollen die australischen Fallbewertungen in den Folgejahren auf der Grundlage deutscher Kostenerhebungen ersetzt werden.

⁸⁷ Siehe §§ 17, 17 b Abs. 1 S. 1 KHG 2002; *Ohm und andere*, *Der Mut zum Vergleich lohnt, um von den Besten zu lernen*, f & w 2001, S. 38.

⁸⁸ Siehe § 17 b Abs. 1 S. 12 KHG 2002; *Tuschen*, *BMG setzt Anreize für Einstieg 2003*, f & w 2001, S. 334.

⁸⁹ Siehe § 9 Abs. 1 KHEntgG.

⁹⁰ *Ohm und andere*, *Der Mut zum Vergleich lohnt, um von den Besten zu lernen*, f & w 2001, S. 38.

wie z. B. Risikofaktoren (Nebendiagnosen) und Komplikationen, Alter, Geschlecht, Entlassungszustand, etc.⁹¹

Ausgehend von einem Basisfallwert, der die durchschnittlichen Krankenhauskosten eines Durchschnittspatienten in Deutschland bzw. in dem jeweiligen Bundesland umfasst, erhält jede DRG ein so genanntes „Relativgewicht“ (oder auch „Bewertungsrelation“), einen Faktor, mit Hilfe dessen die jeweilige, DRG-spezifische Abweichung der Krankenhauskosten von dem Basisfallwert berücksichtigt wird.⁹²

Das Produkt aus Basisfallwert und Relativgewicht ergibt den jeweiligen Fallwert, der wiederum mit dem – regional unterschiedlichen – Punktwert multipliziert wird; das Ergebnis ist der Pauschalbetrag für die Behandlung des Patienten.⁹³

Die konkrete Ausgestaltung des DRG-Vergütungssystems, insbesondere Punktwerte sowie deren Anpassung an die medizinische Entwicklung, soll gemäß § 17 b Abs. 2 KHG 2002 von den Selbstverwaltungspartnern (Spitzenverbände der Krankenkassen, Verband der privaten Krankenversicherung, Deutsche Krankenhausgesellschaft) vertraglich vereinbart werden. Soweit keine vertragliche Einigung zustande kommt, kann das Bundesministerium für Gesundheit gemäß § 17 b Abs. 7 KHG 2002 entsprechende Rechtsverordnungen ohne Zustimmung des

91 *Böcker und andere*, Diagnosis Related Groups – Grundstein für ein neues Abrechnungssystem, S. 49, 50; *Keun*, Einführung in die Krankenhaus-Kostenrechnung, S. 179.; *Lüngen/Lauterbach*, Welchen Krankenhäusern nützen die Diagnosis-Related Groups?, f & w 1999, S. 506, 507; Anmerkung: Zu der konkreten Ausgestaltung der Berücksichtigung von Zusatzkriterien durch das Fallpauschalengesetz siehe § 17 b Abs. 1 S. 2 KHG 2002 („Komplexitäten“ und „Comorbiditäten“) sowie § 7 KHEntgG, wonach neben den Fallpauschalen Zusatzentgelte für die Behandlung von Blutern und Dialysepatienten (§ 7 Nr. 2), Zusatzentgelte für die Überschreitung der Grenzverweildauer (§ 7 Nr. 3), Zuschläge für Ausbildungsstätten (§ 7 Nr. 4), Entgelte für noch nicht als Fallpauschalen erfasste Leistungen (§ 7 Nr. 5 u. 6), Qualitätssicherungszuschläge (§ 7 Nr. 7) sowie DRG-Systemzuschläge (§ 7 Nr. 8) berechnet werden können.

92 *Böcker und andere*, Diagnosis Related Groups – Grundstein für ein neues Abrechnungssystem, S. 49, 50; *Keun*, Einführung in die Krankenhaus-Kostenrechnung, S. 179.

93 *Böcker und andere*, Diagnosis Related Groups – Grundstein für ein neues Abrechnungssystem, S. 49, 50; *Keun*, Einführung in die Krankenhaus-Kostenrechnung, S. 179; ausführlich ferner *Janiszewski / Pfaff*, Das DRG-Kalkulationsmodell, f & w 2001, S. 221 ff.

Bundesrates erlassen. Des Weiteren ist für eine Übergangsphase von 2003 bis 2007 eine differenzierte Regelung zur Steuerung des Ausgabenvolumens der Krankenversicherung vorgesehen.⁹⁴ Danach kann auf Verlangen eines Krankenhauses unter bestimmten Voraussetzungen das DRG-Abrechnungssystem bereits ab dem 01.01.2003 Anwendung finden (so genanntes „Optionsmodell“).⁹⁵ In den anderen Akutkrankenhäusern wird das neue Vergütungssystem zum 01.01.2004 eingeführt.⁹⁶

Für die Jahre 2003 und 2004 werden weiterhin krankenhausesindividuelle Budgets vereinbart, die u. a. auf die berechneten Fallpauschalen verteilt werden; dabei wird ein krankenhausesindividueller Basisfallwert zugrunde gelegt.⁹⁷ Mehr- bzw. Mindererlöse der Krankenhäuser werden in den Jahren 2003 und 2004 in unterschiedlichen Anteilen ausgeglichen.⁹⁸ In den Jahren 2005 und 2006 erfolgt dann eine allmähliche Anpassung der Krankenhausbudgets sowie der krankenhausesindividuellen Basisfallwerte an den erstmals ab dem 01.01.2005 vereinbarten bundeslandspezifischen, im Übrigen aber einheitlichen Basisfallwert und das sich daraus ergebende DRG-Erlösvolumen.⁹⁹ Ab dem Jahre 2007 soll ein landeseinheitliches Preisniveau für alle Krankenhäuser eines Bundeslandes erreicht werden.¹⁰⁰

94 Zu den Einzelheiten siehe *Thiex-Kreye/Collas/Kalbizter*, Trotz Tücken kann der Frühumstieg auf das DRG-System gelingen, f & w 2002, S. 214 ff.; *Tuschen*, BMG setzt Anreize für Einstieg 2003, f & w 2001, S. 334 ff.

95 Siehe § 17 b Abs. 4 S. 4 KHG 2002; *Ohne Autorenanangabe*, Das Optionsmodell bietet Chancen, doch wer kann sie nutzen?, f & w 2002, S. 206 ff.

96 Siehe § 17 b Abs. 6 S. 1 KHG 2002.

97 Siehe § 3 KHEntgG; *Thiex-Kreye/Collas/Kalbizter*, Trotz Tücken kann der Frühumstieg auf das DRG-System gelingen, f & w 2002, S. 214 ff.

98 Siehe § 3 Abs. 6 KHEntgG.

99 Siehe §§ 4, 10 KHEntgG sowie § 17 b Abs. 3 S. 5 KHG 2002.

100 *Tuschen*, BMG setzt Anreize für Einstieg 2003, f & w 2001, S. 334, 336.

Zum Teil langjährige Erfahrungen mit den DRG-System bestehen in den USA (Einführung z. B. im Medicare-System 1983¹⁰¹) sowie in Italien, Spanien, Portugal, Dänemark, Belgien, Frankreich, Tschechien, Australien und Kanada.¹⁰² Unmittelbare Folge der neuen Abrechnungsmethode war eine deutliche Senkung der Krankenhausverweildauer.¹⁰³ So liegt z. B. in den USA der bevölkerungsbezogene Aufwand an Pflegetagen im vollstationären Bereich in den USA um 72 % und in Australien um 60 % unter dem Aufwand in Deutschland.¹⁰⁴

Entsprechende Effekte werden nach der Einführung des DRG-Vergütungssystems in Deutschland erwartet.¹⁰⁵

Beim bis Ende 2002 geltenden Finanzierungssystem mit ca. 70 % Vergütung über Pflegesätze besteht dagegen noch kein hinreichender Anreiz zur umfassenden Verkürzung der Krankenhausverweildauer. Der Anteil der Fallpauschalen-Vergütung an den gesamten Umsatzerlösen der Krankenhäuser ist noch zu gering, um weiteren Druck auf die Krankenhäuser auszuüben. Erst bei einer generellen Einführung der DRG-Vergütung besteht ein Interesse der Krankenhäuser, die Verweildauer für das (nahezu) gesamte Behandlungsspektrum möglichst kurz zu halten, weil eine längere Verweildauer grundsätzlich keine weiteren Einnahmen, sondern lediglich zusätzliche Kosten verursacht.

101 Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 3.2.3 (S. 214 f.).

102 *Böcker und andere*, Diagnosis Related Groups – Grundstein für ein neues Abrechnungssystem, S. 49; *Achner und andere*, GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, S. 271 ff.

103 *Lüngen/Lauterbach*, Welchen Krankenhäusern nützen die Diagnosis-Related Groups?, f & w 1999, S. 506, 507 f.; kritisch zu den Auswirkungen des DRG-Systems in Australien *Eversmeyer*, Das DRG-System stoppt in Australien nicht den Ausgabenanstieg, f & w 2001, S. 230, 232).

104 *Böcker und andere*, Diagnosis Related Groups – Grundstein für ein neues Abrechnungssystem, S. 49, 50.

105 *Neubauer*, Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft, f & w 2000, S. 382.

Insgesamt wird zwar mit der Einführung der DRG-Systems die staatliche Reglementierung der Krankenhausfinanzierung nicht deutlich vermindert, sondern lediglich umgestaltet. Aber dennoch steigt der Wettbewerbsdruck für die Krankenhäuser, weil grundsätzlich keine krankenhaushausindividuelle Abrechnung mehr erfolgt, sondern die Leistungen der konkurrierenden Krankenhäuser in einem Pauschal-system entgolten werden. Dies führt dazu, dass nicht alle Krankenhäuser sämtliche Leistungen kostendeckend anbieten können. So wird ein Krankenhaus, dass z. B. Hüfttotalendoprothesen (Hüft-TEP = „künstliche Hüfte“) nur gelegentlich durchführt, diese Leistungen nur mit höheren Kosten erbringen können, weil die dafür erforderlichen Hilfsmittel (z. B. Spezial-OP-Werkzeuge, OP-Röntgengeräte) entsprechend selten zum Einsatz kommen. Die Anschaffungs- und Vorhaltekosten amortisieren sich deshalb nur verzögert gegenüber einem Krankenhaus, das höhere Fallzahlen dieser Krankenhausleistung aufweist. Dies kann dazu führen, dass die Fallpauschale für das Krankenhaus mit hohen Fallzahlen Gewinne abwirft, während das Krankenhaus mit niedrigen Fallzahlen Verluste einfährt. Letztlich entsteht erheblicher Rationalisierungsdruck, wodurch das Krankenhaus mit niedrigen Fallzahlen gezwungen sein kann, die Hüft-TEP-OP nicht mehr anzubieten.

Darüber hinaus wird zur Qualitätssicherung bei Krankenhäusern durch das Fallpauschalengesetz in § 137 Abs. 1 SGB V bestimmt, dass gewisse Leistungen nicht mehr erbracht werden dürfen, wenn nicht eine Mindestmenge von dem jeweiligen Krankenhaus oder Arzt erreicht wird.¹⁰⁶ Allerdings können die Bundesländer Ausnahmen zulassen, wenn dies zur flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung erforderlich ist.¹⁰⁷ Auf diese Weise wird auch der gemäß § 109 Abs. 4 SGB V fortbestehende faktische Kontrahierungszwang der Krankenkassen zwar nicht aufgehoben, aber dennoch abgemildert, denn Krankenhäuser, die die Min-

¹⁰⁶ Siehe hierzu *Lüngen/Haverkamp/Lauterbach*, So manche Klinik wird ihr Leistungsspektrum straffen müssen, f & w 2002, S. 268 ff.

¹⁰⁷ Siehe § 137 Abs. 1 S. 5 SGB V.

destmengen gemäß § 137 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 SGB V nicht erfüllen, müssen hinsichtlich dieser Leistungen nicht als Vertragspartner berücksichtigt werden.

Durch die Einführung des DRG-Vergütungssystems sowie der Mindestmengenregelung wird ein verstärkter Rationalisierungs- und Wettbewerbsdruck für die Krankenhäuser entstehen, der zu einer deutlichen Konsolidierung der Krankenhausedichte führen kann.¹⁰⁸ Krankenhausfusionen könnten diesen Rationalisierungsdruck abmildern, indem die Fallzahlen für die jeweiligen Krankenhausleistungen zusammengeführt bzw. aufgeteilt werden. Wettbewerber, die an dem Krankenhauszusammenschluss nicht teilnehmen, bleiben von diesem fusionsbedingten Rationalisierungsvorteil ausgeschlossen und erleiden einen Wettbewerbsnachteil. Aus diesem Grund wird durch das Fallpauschalengesetz die Bedeutung von Krankenhausfusionen als Maßnahme zum Bestehen im Krankenhauswettbewerb voraussichtlich steigen.

Unter diesen neuen Wettbewerbsbedingungen entsteht zwar kein preislicher Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern, denn die Fallpauschalenpreise sind weitgehend gesetzlich definiert. Aber durch den erheblich gestiegenen Wettbewerbsdruck können dennoch konkurrierende Krankenhäuser aus dem Markt gedrängt werden, was zu einer Verknappung von Krankenhausdienstleistungen und schließlich zu einer Erhöhung der Fallpauschalenpreise führen kann. Unter diesen Voraussetzungen wächst auch die Bedeutung des Wettbewerbsrecht bzw. der Fusionskontrolle, damit Krankenhausgroßkonzerne keine übermäßige Marktdominanz erwerben.

108

Allgemein für das DRG-System *Böcker und andere*, Diagnosis Related Groups – Grundstein für ein neues Abrechnungssystem, S. 49, 58 ff.; *Möws/Seidel*, Mit dem DRG-System kommt der Markt ins Krankenhaus, f & w 2001, S. 44 ff.

2.3 Kontrolle von Krankenhauszusammenschlüssen gemäß §§ 35 ff. GWB

Soweit Krankenhäuser in Deutschland dem wachsenden Kostendruck mittels Optimierung ihrer Betriebsgröße begegnen wollen und einen Zusammenschluss mit einem oder mehreren anderen Krankenhäusern erwägen, unterliegt dieses Vorhaben mangels spezialgesetzlicher Regelung – wie andere Unternehmenszusammenschlüsse auch – grundsätzlich der allgemeinen Fusionskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB.

Die deutsche Zusammenschlusskontrolle kann in zwei Teile untergliedert werden, in die so genannte „formelle“ Fusionskontrolle sowie in die „materielle“ Fusionskontrolle.¹⁰⁹ Die formelle Fusionskontrolle umfasst Regelungen zum Anwendungsbereich (u. a. §§ 35, 36 Abs. 2, 37 GWB) sowie zum Verfahren (§§ 40 ff. GWB), während die materielle Fusionskontrolle Vorschriften zur Frage der Untersagung bzw. Freigabe kontrollpflichtiger Zusammenschlüsse enthält (§§ 36 Abs. 1, 42 GWB).

2.3.1 Formelle Fusionskontrolle

Die formelle Fusionskontrolle regelt die Voraussetzungen sowie die Art und Weise der Durchführung einer materiell-rechtlichen Kontrolle der Krankenhauszusammenschlüsse. Sie kann untergliedert werden in:

- Vorrang der EG-Fusionskontrolle;
- Eröffnung des räumlichen Geltungsbereichs;
- Eröffnung des sachlichen Geltungsbereichs (Erfüllung des „Unternehmensbegriffs“ des GWB, Vorliegen der Zusammenschlusstatbestände des § 37 GWB, Erreichen der Umsatzschwellen gemäß § 35 GWB).

¹⁰⁹ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 18, Rdnr. 7 ff.; *Schmidt-Preuß*, Fusionskontrolle beim Erwerb einer Sperrminorität an einer Aktiengesellschaft, DB Beilage 12/1982, S. 3 ff.

2.3.1.1 Vorrang der EG-Fusionskontrolle

Gemäß § 35 Abs. 3 GWB sowie Art. 21 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89¹¹⁰ (Fusionskontrollverordnung = FKVO) hat die EG-Fusionskontrolle Vorrang vor der Zusammenschlussüberprüfung nach dem deutschen GWB.¹¹¹ Würde also ein Krankenhauszusammenschluss gemäß EG-Recht kontrollpflichtig sein, unterbliebe eine weitere Überprüfung nach deutschem Wettbewerbsrecht (so genanntes „One-Stop-Shop-Prinzip“¹¹²). Das EG-Recht entfaltet seine Sperrwirkung dabei nicht nur hinsichtlich der nationalen Fusionskontrolle, sondern gegenüber dem gesamten nationalen Wettbewerbsrecht.¹¹³

Damit die EG-Fusionskontrolle Anwendung finden kann, muss gemäß Art. 1 Abs. 1 FKVO ein Unternehmenszusammenschluss von „gemeinschaftsweiter Bedeutung“ vorliegen. Dies ist gemäß Art. 1 Abs. 2 der FKVO dann der Fall, wenn

- der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen mehr als 5 Milliarden Euro (9,78 Milliarden DM) beträgt und
- durch mindestens zwei der beteiligten Unternehmen ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von jeweils mehr als 250 Millionen Euro (489 Millionen DM) erzielt wird; die beteiligten Unternehmen dürfen jedoch nicht jeweils mehr als $\frac{2}{3}$ ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in einem und demselben Mitgliedstaat erwirtschaften.

¹¹⁰ Amtsblatt der EG 1990, L 257, S. 13 ff., in der Fassung der Verordnung/EG Nr. 1310/97 vom 30.06.1997, Amtsblatt der EG 1997, L 180, S. 1 ff.

¹¹¹ Anmerkung: Gleiches gilt für die hier nicht näher zu prüfende Fusionskontrolle des Montanunionsrechts (Art. 66 EGKS-Vertrag).

¹¹² *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 3, Rdnr. 4; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Einführung Zusammenschlusskontrolle, Rdnr. 44; eine Ausnahme von dem „One-Stop-Shop-Prinzip“ ist in Art. 22 Abs. 3 – 5 FKVO geregelt, wonach Mitgliedstaaten die Entscheidung an die Kommission verweisen können, ohne ihre eigene Entscheidungsbefugnis einzubüßen (Doppelkontrolle; vgl. *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 3, Rdnr. 23 ff.).

¹¹³ *Wiedemann-Wagemann*, Handbuch des Kartellrechts, § 15, Rdnr. 4.

Seit dem 01. März 1998 gilt gemäß Art. 1 Abs. 3 FKVO alternativ eine weitere Schwellenwert-Regelung mit fünf kumulativen Voraussetzungen:¹¹⁴

- ein weltweiter Umsatz der beteiligten Unternehmen von mehr als 2,5 Milliarden Euro (4,89 Milliarden DM);
- ein Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten von jeweils mehr als 100 Millionen Euro (195,6 Millionen DM);
- in jedem, von mindestens drei von der vorgenannten Voraussetzung erfassten Mitgliedstaaten muss der Gesamtumsatz von mindestens zwei der beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Millionen Euro (48,9 Millionen DM) betragen;
- der gemeinschaftsweite Umsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen muss jeweils 100 Millionen Euro (195,6 Millionen DM) übersteigen;
- die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen dürfen nicht jeweils mehr als 2/3 ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

Bei der Prüfung der „gemeinschaftsweiten Bedeutung“ von Krankenhausfusionen und damit des Vorranges der EG-Fusionskontrolle vor nationalen Fusionsvorschriften ergibt sich, dass die Mindestumsatzschwellen für das Eingreifen der EG-Fusionskontrolle von 5 bzw. 2,5 Milliarden Euro bislang weit über den von deutschen Krankenhäusern bzw. Krankenhausunternehmen erzielten Umsätzen liegen. Die großen Krankenhausunternehmen erzielen gegenwärtig Umsätze von

¹¹⁴ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 4.

lediglich ca. 500.000 bis über 2 Milliarden DM bzw. 300.000 bis über 1 Milliarde Euro.¹¹⁵

Der Vorrang der EG-Fusionskontrolle wird deshalb in absehbarer Zeit nicht die Anwendung der deutschen Fusionskontrolle bei Krankenhausfusionen ausschließen. Folglich bleibt Prüfungsmaßstab für Krankenhausfusionen in Deutschland aufgrund der Mindestumsatzschwelle von 2,5 Milliarden Euro (vorerst) das GWB.¹¹⁷

2.3.1.2 Räumlicher Geltungsbereich

Damit die materielle Fusionskontrolle eingreifen kann, muss zunächst gemäß § 130 Abs. 2 GWB der räumliche Geltungsbereich der deutschen Fusionskontrolle eröffnet sein. Diese Prüfung ist wegen der unterschiedlichen Zielsetzung neben der Feststellung der Überschreitung der Mindestumsätze gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB erforderlich und ist dieser logisch vorrangig.¹¹⁸ Während § 35 GWB Schwellenwerte für das Eingreifen der materiellen Fusionskontrolle normiert¹¹⁹, ist § 130

¹¹⁵ Vgl. z. B. die Geschäftsberichte der Rhön Klinikum AG für das Jahr 2000, der einen Umsatzerlös von 669.144.000 Euro ausweist (veröffentlicht z. B. unter <http://www.rhoen-klinikum-ag.com/InvestorRelations/index.asp>), der Helios Kliniken GmbH für das Jahr 2000, der einen Umsatzerlös von 822.700.000 DM ausweist (veröffentlicht z. B. unter www.helios-kliniken.de/download/default.htm) sowie der Mediclin AG für das Jahr 2001, der einen Umsatzerlös von 315.112 Euro ausweist (veröffentlicht z. B. unter http://www.mediclin.de/html_Version/aktie/index.php3); siehe des Weiteren die Mitteilung der Asklepios Kliniken GmbH unter der Internetadresse www.asklepios.com, wonach ein Umsatz von über 1 Milliarde Euro erzielt wird.

¹¹⁶ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 13.

¹¹⁷ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob das Bundeskartellamt Zusammenschlüsse überprüfen kann, die die Kommission trotz gegebener Zuständigkeit gemäß Art. 9 FKVO an die nationale Wettbewerbsbehörde zurückverweist. Insoweit findet dann deutsches Recht Anwendung (vgl. *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 35, Rdnr. 28 sowie *Langen/Bunte-Löffler*, Kartellrecht, Art. 9 FKVO 4064/89, Rdnr. 18).

¹¹⁸ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 35, Rdnr. 36.

¹¹⁹ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.3.1.3.3, Nr. 2.3.1.3.4 und Nr. 2.3.1.3.5 (S. 76 ff.).

Abs. 2 GWB eine Kollisionsnorm für die Entscheidung der Anwendbarkeit deutschen Rechts.¹²⁰

Nach dem in § 130 Abs. 2 GWB formulierten „Auswirkungsprinzip“ findet das deutsche Wettbewerbsrecht im Falle einer Inlandswirkung von Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung, selbst wenn diese im Ausland initiiert wurden.¹²¹ Die Inlandsauswirkung muss dabei unter Beachtung des Schutzzwecks der jeweiligen Norm (für die Fusionskontrolle z. B. §§ 39 Abs. 6, 36 Abs. 1, 41 Abs. 1 GWB) ermittelt werden.¹²² Doch nicht jegliche Inlandswirkung kann die Anwendung deutschen Wettbewerbs- bzw. Fusionskontrollrechts rechtfertigen. Vielmehr muss die Inlandswirkung hinreichend „spürbar“ sein, wobei an die Spürbarkeit vergleichsweise geringe Anforderungen gestellt werden.¹²³ So reichen bereits Inlandsmarktanteile von 0,14 % oder 0,23 % aus, wenn ein Wettbewerber nach dem Zusammenschluss nicht mehr auf dem Markt tätig ist.¹²⁴

Bei im Inland vollzogenen Zusammenschlüssen (Erwerb von Inlandsvermögen, Kontroll- oder Anteilserwerb bzgl. eines Inlandsunternehmens, Gründung eines inländischen Gemeinschaftsunternehmens) nehmen Bundeskartellamt und BGH grundsätzlich eine hinreichende Inlandswirkung an.¹²⁵

Im Ausland vollzogene Zusammenschlüsse haben jedenfalls dann Inlandswirkung, wenn die Wettbewerbsstruktur des inländischen Wettbewerbs verändert wird, in-

120 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 35, Rdnr. 11; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 35, Rdnr. 37.

121 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 5.

122 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 6.

123 BGH vom 12.07.1973 WuW/E BGH S. 1276, 1278 „Öfeldrohre“; BGH vom 29.05.1979 WuW/E BGH S. 1613, 1615 „Organische Pigmente“; BGH vom 20.06.1989 WuW/E BGH S. 2596, 2597 „Eisenbahnschwellen“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 6.

124 BGH vom 29.05.1979 WuW/E BGH S. 1613, 1615 „Organische Pigmente“.

125 Siehe z. B. BGH vom 10.12.1991 WuW/E BGH S. 2731, 2733 f. „Inlandstochter“; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 35, Rdnr. 41.

dem z. B. zwei fusionierende ausländische Unternehmen auf dem deutschen Markt als Wettbewerber untereinander wegfallen.¹²⁶ Keine Inlandswirkung liegt hingegen vor, wenn ein inländisches Unternehmen ein ausländisches Unternehmen erwirbt, das nicht auf dem Inlandsmarkt agiert.

Bei rein inländischen Krankenhausfusionen ist somit eine Inlandswirkung in aller Regel zu bejahen. Soweit ein ausländisches Krankenhausunternehmen ein Krankenhaus im Inland erwirbt, tritt eine Änderung der Wettbewerbsstruktur nur dann ein, wenn das Krankenhausunternehmen bereits zuvor auf dem deutschen Markt tätig war. Anderenfalls findet kein Wegfall eines Wettbewerbers im Inland statt, so dass eine Inlandswirkung nicht erkennbar wäre. Im umgekehrten Falle des Erwerbs eines ausländischen Krankenhauses durch ein inländisches Krankenhausunternehmen fände ebenfalls eine Änderung der inländischen Wettbewerbsstruktur nur dann statt, wenn das ausländische Krankenhaus auf dem inländischen Markt tätig war. Dies wird, wenn überhaupt, nur in einem derart geringen Umfang der Fall sein, dass eine „Spürbarkeit“ im Sinne des § 130 Abs. 2 GWB regelmäßig zu verneinen sein wird. Ausnahmen wären allenfalls hochspezialisierte Kliniken mit europaweitem Ruf. Für den Fall des Zusammenschlusses rein ausländischer Kliniken ist eine Inlandswirkung noch unwahrscheinlicher, so dass das deutsche Wettbewerbsrecht keine Anwendung fände.

Insgesamt ist somit das Merkmal der „Spürbarkeit“ als Voraussetzung für die Eröffnung des räumlichen Geltungsbereichs der deutschen Fusionskontrolle vorwiegend bei reinen Inlandszusammenschlüssen zwischen Krankenhäusern erfüllt.

2.3.1.3 Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich (§ 35 Abs. 1 und 2 GWB) der deutschen Zusammenschlusskontrolle ist eröffnet, wenn

¹²⁶ BGH vom 29.05.1979 WuW/E BGH S. 1613, 1615 „Organische Pigmente“; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 35, Rdnr. 43; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 9.

- es sich bei Krankenhäusern um „Unternehmen“ im Sinne des GWB handelt,
- die Zusammenschlusstatbestände des § 37 GWB erfüllt sind und
- die Umsatzschwellen des § 35 GWB überschritten sind bzw. Toleranzklauseln nicht eingreifen.

2.3.1.3.1 Krankenhäuser als „Unternehmen“ im Sinne des § 35 Abs. 1 GWB

Krankenhausfusionen unterliegen nur dann der Fusionskontrolle des GWB, wenn Krankenhäuser als „Unternehmen“ im Sinne des § 35 Abs. 1 GWB anzusehen wären.

2.3.1.3.1.1 Unternehmensbegriff des GWB

Eine gesetzliche Definition des „Unternehmens“ ist weder in den Vorschriften über die Fusionskontrolle (§§ 35 ff. GWB) noch an anderer Stelle im GWB enthalten, so dass die Reichweite des Unternehmensbegriffs durch Auslegung unter Beachtung des Gesetzeszwecks zu ermitteln ist.¹²⁷ Dabei findet auch im Rahmen der Fusionskontrolle der allgemeine Unternehmensbegriff des GWB Anwendung, denn es existiert kein spezieller fusionsrechtlicher Unternehmensbegriff.¹²⁸

Im Interesse eines möglichst lückenlosen Schutz des freien Wettbewerbes wird das Tatbestandsmerkmal des „Unternehmens“ weit ausgelegt; der Unternehmensbegriff dient somit vor allem zur Abgrenzung des rein privaten Verbrauchs

¹²⁷ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36 Rdnr. 3.

¹²⁸ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 35, Rdnr. 3 ff.

sowie der rein hoheitlichen Tätigkeit des Staates.¹²⁹ Deshalb sind dem herrschenden funktionalen Verständnis des Unternehmensbegriffs zufolge Unternehmen

„organisatorische Zusammenfassungen von personellen und sachlichen Mitteln, die dauerhaft aktiv am Wirtschaftsleben teilnehmen, ohne dass es auf die Rechtsform oder eine Gewinnerzielungsabsicht ankäme.“¹³⁰

Der (Fusions-)Kontrolle des GWB unterliegen somit gewinnorientierte, gemeinnützige und – gemäß § 130 Abs. 1 GWB – auch öffentliche Unternehmen. Gleiches gilt für „Nicht-Unternehmen“ wie z. B. Privatpersonen oder die öffentliche Hand, wenn sie zwar nicht selbst am Wirtschaftsleben teilnehmen, aber über eine Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen verfügen (unwiderlegbare Unternehmensfiktion gemäß § 36 Abs. 3 GWB; so genannte „Flick-Klausel“).¹³¹ Durch die Unternehmensfiktion gemäß § 36 Abs. 3 GWB werden insbesondere Zweifelsfälle bei der Beteiligung der öffentlichen Hand geregelt. Da der Bund und die Länder ohne Ausnahme Mehrheitsbeteiligungen an Unternehmen innehaben, wird ihre Unternehmenseigenschaft gemäß § 36 Abs. 3 GWB fingiert. Auf diese Weise sind Zusammenschlüsse nach § 37 Abs. 1 GWB bei Beteiligung von Bund und Ländern in jedem Falle kontrollpflichtig.¹³² Zwar findet das GWB in der Regel keine Anwendung, wenn Bund oder Länder hoheitlich handeln. Dies gilt aber nicht, wenn Bund

¹²⁹ *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 1. a).

¹³⁰ Zitiert nach *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 6; ähnlich KG vom 14.12.1977 WuW/E OLG S. 1967, 1970 „Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsgesellschaft“; KG vom 26.6.1991 WuW/E OLG S. 4811, 4823 f. „Radio NRW“; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 4; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 35, Rdnr. 3 ff.; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 18 ff.; *Langen-Ruppelt*, Kartellrecht, § 35, Rdnr. 6 ff.; *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 1. a); *Bechthold*, Kartellgesetz, § 1 Rdnr. 2 ff., § 19, Rdnr. 2, sowie § 35, Rdnr. 22.

¹³¹ Vgl. § 130 Abs. 1 GWB; *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 1. a); *Bechthold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 38.

¹³² *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 33.

oder Länder – trotz Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben – privatrechtliche Wettbewerbsbeziehungen eingehen.¹³³

2.3.1.3.1.2 Erfüllung des Unternehmensbegriffs des GWB durch Krankenhäuser

Ob Krankenhäuser den vorstehend erläuterten Unternehmensbegriff des GWB erfüllen, hängt davon ab, wie die Krankenhäuser in Deutschland organisiert sind.

Gemäß § 2 Nr. 1 KHG sind Krankenhäuser

„Einrichtungen, in denen durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten oder Körperschäden festgestellt, geheilt oder gelindert werden sollen oder Geburtshilfe geleistet wird und in denen die zu versorgenden Personen untergebracht und verpflegt werden können“.

Die von den Krankenhäusern erbrachte Leistung kann in vollstationärer, teilstationärer, vor- und nachstationärer sowie ambulanter Form erbracht werden.¹³⁴

In Deutschland existieren drei verschiedene Trägerschaftsformen für Krankenhäuser:

- öffentliche Krankenhäuser (Bund, Länder, Gemeinden, Sozialversicherungsträger) zur Bedarfsdeckung als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips,
- freigemeinnützige Krankenhäuser (Kirchen, Verbände der freien Wohlfahrtspflege, Stiftungen) ebenfalls zur Bedarfsdeckung ohne Gewinnerzielungsabsicht, sowie

¹³³ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 34.

¹³⁴ *Bloch/Hillebrandt/Wolf*, *Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?*, S. 89.

- Privatunternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht (z. B. Helios GmbH, Mediclin AG, privat geführte Einzelkliniken).¹³⁵

Die öffentlichen Krankenhäuser dominieren dabei hinsichtlich der Anzahl sowohl der Krankenhäuser als auch der Krankenhausbetten.¹³⁶ So befanden sich Ende 1995 von insgesamt 2079 Krankenhäusern 42,7 % in öffentlicher sowie 40,3 % in freigemeinnütziger Trägerschaft. Nur 17 % wurden privatwirtschaftlich geführt.¹³⁷

Eine bestimmte Rechtsform für die in unterschiedlicher Trägerschaft organisierten Krankenhäuser ist nicht, insbesondere nicht im KHG, vorgeschrieben.¹³⁸

Von Privatunternehmen geführte Krankenhäuser können allerdings nur in privatrechtlicher Rechtsform betrieben werden.¹³⁹ Dies kann in Form einer Personengesellschaft (z. B. BGB-Gesellschaft), aber auch als Kapitalgesellschaft (z. B. AG, GmbH) sowie als Stiftung oder Verein erfolgen.

Krankenhäuser öffentlicher Träger sind häufig als Regie- oder Eigenbetriebe der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Körperschaft organisiert. Dabei werden Regiebetriebe ohne selbständige Leitungsorgane geführt und stellen deshalb nur eine Abteilung der jeweiligen Körperschaft dar.¹⁴⁰ Dagegen handelt es sich bei Eigenbetrieben um nach außen rechtlich selbständige Sondervermögen mit eigenen Funk-

¹³⁵ Bloch/Hillebrandt/Wolf, Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?, S. 92, 96; Hamann, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 25.

¹³⁶ Baur/Heimer/Wieseler, Gesundheitssysteme und Reformansätze im internationalen Vergleich, S. 41.

¹³⁷ Hamann, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 26.

¹³⁸ Knorr/Wernick, Rechtsformen der Krankenhäuser, S. 65 ff.

¹³⁹ Hamann, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 28; grundsätzlich zu den privatrechtlichen Organisationsformen Knorr/Wernick, Rechtsformen der Krankenhäuser, S. 15 ff.

¹⁴⁰ Bloch/Hillebrandt/Wolf, Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?, S. 95; Knorr/Wernick, Rechtsformen der Krankenhäuser, S. 57 f.

tionsträgern.¹⁴¹ Da diese Organisationsformen eher zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben denn zur Leitung eines Krankenhauses geeignet sind, werden vermehrt regie- und eigenbetriebliche Krankenhäuser in rechtlich selbständige GmbHs umgewandelt.¹⁴²

Freigemeinnützige Träger können wie private Träger privatrechtliche Organisationsformen für Krankenhäuser wählen. Eine Sonderstellung unter den freigemeinnützigen kommt den in kirchlicher Trägerschaft geführten Krankenhäusern zu, die sowohl in privatrechtlicher als auch in öffentlich-rechtlicher Form betrieben werden können.¹⁴³ Dies folgt aus der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 2 WRV. Demnach können öffentlich-rechtliche Kirchengemeinden wie öffentlich-rechtliche Träger ihre Krankenhäuser als Regie- oder Eigenbetriebe organisieren oder in rechtlich selbständige Organisationsformen ausgliedern (GmbH, Stiftung, Verein etc.).

Unabhängig von den vorstehend erläuterten Trägerschaftsformen der Krankenhäuser in Deutschland sowie den unterschiedlichen Organisationsformen handelt es sich bei den Krankenhäusern ausnahmslos um Zusammenfassungen von personellen und sachlichen Mitteln im Sinne der wettbewerbsrechtlichen Unternehmensdefinition. Des Weiteren nehmen die Krankenhäuser aktiv am Wirtschaftsleben teil, indem sie gegen Entgelt Krankenhausdienstleistungen (vgl. § 2 Nr. 1 KHG) erbringen. Auch insoweit ist die Trägerschaft ohne Bedeutung für die Erfüllung der Unternehmenseigenschaft im Sinne des GWB. Deshalb unterliegen sowohl vom Bund (Bundeswehrkrankenhäuser), Bundesländern (Universitätskliniken) oder Landkreisen (Kreiskrankenhäuser) geführte Krankenhäuser der Fusionskontrolle des GWB. Bei Bundeswehrkrankenhäusern mag es auf den ersten Blick zweifelhaft sein, ob sie aktiv am Wirtschaftsleben teilnehmen, wenn sie aus-

¹⁴¹ *Knorr/Wernick*, Rechtsformen der Krankenhäuser, S. 58 ff.

¹⁴² *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 29.

¹⁴³ *Knorr/Wernick*, Rechtsformen der Krankenhäuser, S. 88 ff.

schließlich Bundeswehrsoldaten behandeln und auf diese Weise hoheitliche Aufgaben wahrnehmen. Tatsächlich erbringen sie Krankenhausdienstleistungen aber auch gegenüber selbstzahlenden Privatpersonen, so dass im Ergebnis die Unternehmenseigenschaft von Bundeswehrkrankenhäusern bejaht werden kann. Von kirchlichen Trägern geführte Krankenhäuser erfüllen ebenfalls den Unternehmensbegriff des GWB, selbst wenn sie – wie auch bei anderen Trägern – als gemeinnützige GmbH betrieben werden und keine Gewinne erzielen. Entscheidend ist allein, dass sie entgeltlich Krankenhausdienstleistungen erbringen und dadurch am Wirtschaftsleben teilnehmen.

Insgesamt entsprechen die in Deutschland betriebenen Krankenhäuser den Voraussetzungen des Unternehmensbegriffs des GWB, so dass sie insoweit der deutschen Fusionskontrolle unterliegen können.

2.3.1.3.2 Zusammenschluss gemäß § 37 GWB

Gemäß § 35 Abs. 1 GWB kann die Zusammenschlusskontrolle bei (Krankenhaus-) Fusionen nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein „Zusammenschluss“ von Unternehmen vorliegt¹⁴⁴ und bestimmte „Umsatzschwellen“ überschritten werden. Wann ein Zusammenschluss zu bejahen ist und welche Unternehmen fusionsrechtlich daran beteiligt sind, ist in § 37 GWB abschließend geregelt. Dieser nennt vier (Einzel-)Tatbestände, die hinsichtlich der Intensität des Zusammenschlusses in absteigender Ordnung aufgeführt sind:¹⁴⁵

144 BGH vom 07.07.1992 WuW/E BGH S. 2783, 2785 f. „Warenzeichenerwerb“; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 1; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 9.

145 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 6.

- Vermögenserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 1);
- Kontrollerwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 2);
- Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 3);
- sonstige Unternehmensverbindung mit Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Nr. 4).

Trotz dieser Gliederung in vier (Einzel-)Tatbestände stehen diese nicht isoliert nebeneinander. Vielmehr überschneiden sich die jeweiligen Zusammenschlusstatbestände in ihrem Anwendungsbereich und können so bei einem einheitlichen Zusammenschlussvorgang kumulativ Anwendung finden.¹⁴⁶ Dies ergibt sich schon aus der generalklauselartigen Formulierung des Tatbestandes des Kontrollerwerbs (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB), der bereits alle Zusammenschlusskonstruktionen erfassen soll.¹⁴⁷ Um Lücken des Wettbewerbsschutzes zu vermeiden, hat es der Gesetzgeber – im Gegensatz zur europäischen Fusionskontrolle (vgl. Art. 3 FKVO) – bei dieser Generalklausel nicht belassen, sondern in Anlehnung an § 23 Abs. 2 GWB a. F. weitere Einzeltatbestände formuliert.¹⁴⁸ Insgesamt ist die Struktur des § 37 Abs. 1 GWB gekennzeichnet durch eine Verknüpfung der Generalklausel in § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB sowie des Auffangtatbestandes in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB mit den Einzeltatbeständen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 GWB.¹⁴⁹

Nachfolgend sollen unter Nr. 2.3.1.3.2.1 bis Nr. 2.3.1.3.2.6 die verschiedenen Zusammenschlusstatbestände einschließlich Ausnahmeregelungen vorgestellt wer-

¹⁴⁶ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 2, 6; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 5.

¹⁴⁷ *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr.1.; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 65; a. A. offenbar *Bechthold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 1.

¹⁴⁸ *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr.1.

¹⁴⁹ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 2.

den. Anschließend wird dann unter Nr. 2.3.1.3.2.7 die Bedeutung der Zusammenschlusstatbestände bei Krankenhausfusionen erläutert.

2.3.1.3.2.1 Vermögenserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB

Gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB liegt ein Zusammenschluss vor, wenn ein Unternehmen ein anderes ganz oder zum wesentlichen Teil erwirbt. Bei diesem „Vermögenserwerb“ sind das erwerbende und das veräußerte Unternehmen fusionskontrollrechtlich beteiligt, nicht aber das veräußernde.¹⁵⁰ Der Vermögenserwerb kann auf zweierlei Weise erfolgen, nämlich als Vermögenserwerb im Rahmen eines „Umwandlungsvorgangs“ oder in „sonstiger Weise“.¹⁵¹

2.3.1.3.2.1.1 Vermögenserwerb durch Umwandlung

Das Umwandlungsrecht ist seit 1994 einheitlich im UmwG geregelt. § 1 UmwG definiert abschließend vier Arten der Umwandlung, nämlich

- die Verschmelzung;
- die Spaltung;
- die Vermögensübertragung;
- den Formwechsel.¹⁵²

¹⁵⁰ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 24.

¹⁵¹ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 6 ff.; Anmerkung: Die Tatbestandsmerkmale „Umwandlungsvorgang“ und „in sonstiger Weise“ sind in der Neufassung des GWB vom 26.06.1998 nicht mehr enthalten, wurden aber nur aus redaktionellen Gründen gestrichen (vgl. Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode 1997, Bundestagsdrucksache 13/9720, amtliche Begründung zum Regierungsentwurf zu § 37 Abs. 1 vom 29.01.1998, S. 57).

¹⁵² *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 22; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37 Rdnr. 13 f.

Dabei muss anhand des Normzwecks des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB festgestellt werden, welche der jeweiligen Umwandlungsformen einen Vermögenserwerb im Sinne des Fusionsrechts darstellt.¹⁵³

2.3.1.3.2.1.1.1 Umwandlung durch Verschmelzung

Die Verschmelzung beinhaltet den Zusammenschluss von mindestens zwei Unternehmen zu einem einzigen Unternehmen, wobei der übertragende Rechtsträger erlischt (vgl. §§ 39 – 122 UmwG). Dabei kann die Verschmelzung durch Aufnahme in ein bereits bestehendes Unternehmen erfolgen oder durch Neugründung.¹⁵⁴ In beiden Fällen ist grundsätzlich ein Vermögenserwerb im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu bejahen.¹⁵⁵

Bei der Prüfung der Frage des Vermögenserwerbs durch Verschmelzung ist aber insbesondere im Krankenhausbereich zu berücksichtigen, dass nur die in § 3 UmwG genannten Rechtssubjekte verschmelzungsfähig sind, also

- Personenhandelsgesellschaften (offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften) und Partnergesellschaften;
- Kapitalgesellschaften (Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien);
- eingetragene Genossenschaften;
- eingetragene Vereine (§ 21 des Bürgerlichen Gesetzbuchs);

¹⁵³ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 7.

¹⁵⁴ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37 Rdnr. 13.

¹⁵⁵ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 8; Anmerkung: Ausnahme sind z. B. das Fehlen der Unternehmenseigenschaft oder der Ausschluss gemäß § 37 Abs. 2 GWB.

- genossenschaftliche Prüfungsverbände;
- Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Hierzu gehören nicht die öffentlich-rechtlichen Krankenhäuser sowie die als Regie- und Eigenbetriebe der öffentlichen Hand geführten Krankenhäuser.¹⁵⁶ Gleiches gilt für Krankenhäuser, die von privatrechtlichen bzw. von kirchlichen Stiftungen geführt werden. In diesen beiden Fällen müssen die Krankenhäuser zunächst – z. B. durch Spaltung¹⁵⁷ – rechtlich verselbständig werden.

2.3.1.3.2.1.1.2 Umwandlung durch Spaltung

Die Spaltung (§§ 123 ff. UmwG) stellt den umgekehrten Fall der Verschmelzung dar und kann auf dreierlei Weise vollzogen werden:

- als Aufspaltung des gesamten Vermögens des ursprünglich einheitlichen Unternehmens auf mindestens zwei andere Unternehmen (§ 123 Abs. 1 UmwG);
- als Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG), bei der nur ein Teil des Vermögens auf ein oder mehrere Unternehmen übertragen wird;
- schließlich als Ausgliederung zur Aufnahme durch Übertragung auf einen bestehenden oder mehrere bestehende Rechtsträger oder zur Neugründung durch Übertragung auf einen oder mehrere, von ihm gegründeten neuen oder neue Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen oder Mit-

¹⁵⁶ *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 59.

¹⁵⁷ Anmerkung: Siehe hierzu nachfolgend unter Nr. 2.3.1.3.2.1.1.2 (S. 47).

gliedschaften dieses Rechtsträgers oder dieser Rechtsträger an den übertragenden Rechtsträger (§ 123 Abs. 3 UmwG).¹⁵⁸

Zum Teil wird dieser Umwandlungsvorgang nicht als Vermögenserwerb im Sinne der Fusionskontrolle angesehen, wenn es sich lediglich um eine organisatorische Umstrukturierung bei identischen Gesellschafterkreisen handelt.¹⁵⁹ Andere bejahen dagegen grundsätzlich den Tatbestand des Vermögenserwerbs, es sei denn, der Spaltungsvorgang bewirkt lediglich eine wettbewerbliche Dekonzentration.¹⁶⁰

Die Spaltung ist bei Krankenhausfusionen insbesondere zur Herstellung der rechtlichen Selbständigkeit von Krankenhäusern von Bedeutung, die im Eigentum von privatrechtlichen oder kirchlichen Stiftungen stehen; hierbei wird das betreffende Krankenhaus aus dem Stiftungsvermögen ausgegliedert (vgl. § 161 ff. UmwG).¹⁶¹

Die Ausgliederung kann zur Aufnahme durch einen anderen Rechtsträger bzw. zur Neugründung erfolgen.¹⁶²

Entsprechendes gilt für nichtrechtsfähige Krankenhäuser im Eigentum von Gebietskörperschaften (Bund, Länder oder Gemeinden); auch sie bedürfen der rechtlichen Verselbständigung, bevor sie sich mit anderen Unternehmen zusammenschließen können. Die notwendige Ausgliederung führt dabei zu einer Privatisierung.¹⁶³

158 *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 23; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37 Rdnr. 14.

159 *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37 Rdnr. 14.

160 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 10.

161 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 61; *Lutter-Rawert*, Kommentar zum UmwG, § 161, Rdnr. 11 f.

162 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 60. *Lutter-Rawert*, Kommentar zum UmwG, § 161, Rdnr. 16.

163 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 61.

Öffentlich-rechtliche oder nicht-rechtsfähige Stiftungen selbst können dagegen von ihnen betriebene Unternehmen (z. B. Krankenhäuser) nicht ausgliedern.¹⁶⁴ Ihnen steht gemäß §§ 190 ff., 301 ff. UmwG der Formwechsel in einem GmbH, AG o. KGaA zur Verfügung, um sich anschließend mit privatrechtlichen Fusionspartnern zusammenschließen zu können.¹⁶⁵

2.3.1.3.2.1.1.3 Umwandlung durch Vermögensübertragung

Bei der Vermögensübertragung (§ 174 ff. UmwG) handelt es sich um eine Umwandlung durch Teilübertragung (vergleichbar mit der Spaltung) oder Gesamtübertragung (vergleichbar mit der Verschmelzung) zwischen Rechtssubjekten, denen die Spaltung oder Verschmelzung aus Rechtsgründen nicht möglich ist.¹⁶⁶ Auch insoweit liegt eine Form des Vermögenserwerbs im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB vor, wobei die Unternehmenseigenschaft (z. B. bei öffentlichen Rechtsträgern) sowie – bei einer Teilübertragung – das Tatbestandsmerkmal des wesentlichen Teils einer eingehenden Prüfung bedürfen.¹⁶⁷

2.3.1.3.2.1.1.4 Umwandlung durch Formwechsel

Der Formwechsel (§§ 190 ff. UmwG) allein stellt regelmäßig keine Vermögensübertragung im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB dar. Es erfolgt dabei keine Änderung der Identität des Rechtsträgers, sondern lediglich eine Umgestaltung der Rechtsform.¹⁶⁸

164 *Lutter-Rawert*, Kommentar zum UmwG, § 161, Rdnr. 13, 15.

165 *Lutter-Schmidt*, Kommentar zum UmwG, § 301, Rdnr. 4 ff.

166 *Lutter-Schmidt*, Kommentar zum UmwG, § 174, Rdnr. 1, 14 ff.

167 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19 Rdnr. 68; *Immen- ga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 11.

168 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 6.

Der Formwechsel hat allerdings für Krankenhausfusionen insofern Bedeutung, als Krankenhäuser, die rechtsfähige Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts sind, mithilfe des Formwechsels (§§ 301 ff. UmwG) in eine GmbH, AG oder KGaA umgewandelt werden können.¹⁶⁹ Anschließend ist der Zusammenschluss mit anderen privatrechtlich organisierten Unternehmen möglich.¹⁷⁰

2.3.1.3.2.1.2 Vermögenserwerb „in sonstiger Weise“

Der Vermögenserwerb „in sonstiger Weise“ umfasst alle übrigen Formen des Inhaberwechsels eines Unternehmens. Der Gegenstand des Erwerbsgeschäfts, also das Unternehmensvermögen, beinhaltet das gesamte Aktivvermögen und damit die Gesamtheit der Unternehmensgüter sowie -rechte, die im Wirtschaftsverkehr entgeltlich gehandelt werden und die für die Marktstellung von Bedeutung sind (z. B. auch subjektive Rechte, Chancen, Kundenbeziehungen etc.).¹⁷¹

Der Wechsel der Unternehmensinhaberschaft kann auf verschiedene Weise vollzogen werden, z. B. durch privatrechtliches Erwerbsgeschäft, Gesetz, staatlichen Hoheitsakt, im Wege der Gesamtrechts- oder Einzelrechtsnachfolge. Voraussetzung ist aber der Übergang des Vollrechts, so dass die Übertragung obligatorischer oder beschränkt dinglicher Rechte nicht ausreicht.¹⁷²

Schließlich ist erforderlich, dass zumindest wesentliche Teile des Unternehmensvermögens auf den Erwerber übergehen. Unzweifelhaft ist dies der Fall, wenn der übertragene Unternehmensteil bereits in „quantitativer“ Hinsicht im Verhältnis zum

169 Vgl. grundsätzlich für rechtsfähige Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts *Lutter-Schmidt*, Kommentar zum UmwG, § 301, Rdnr. 4 ff.

170 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 61.

171 KG vom 22.05.1985 WuW/E OLG S. 3591, 3593 „Coop Schleswig Holstein/Deutscher Supermarkt“; KG vom 15.01.1988 WuW/E OLG S. 4095, 4102 „W + i Verlag/Weiss-Druck“; KG vom 23.05.1991 WuW/E OLG S. 4771, 4775 f. „Folien und Beutel“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 2.

172 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 4.

Gesamtvermögen ausreichend hoch ist; dies ist der Fall, wenn nahezu das gesamte Vermögen übergeht.¹⁷³

Doch auch wenn es sich bei dem übertragenen Unternehmensteil nicht in „quantitativer“ Hinsicht um einen wesentlichen Teil des Unternehmensvermögens handelt, kann ein Vermögenserwerb im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB vorliegen. Es kommt letztlich nicht auf die absolute Größe des übertragenen Unternehmensteils an, sondern entscheidend ist die „qualitative“ Bedeutung desselben für die Stellung des Unternehmens im Wettbewerb. Handelt es sich also um eine vom übrigen Vermögen des Unternehmens abtrennbare Einheit, die tragende Bedeutung für die Unternehmensstellung auf dem jeweiligen Markt hat, und führt die Veräußerung dieser abtrennbaren Unternehmenseinheit dazu, dass der Veräußerer seine Marktstellung hinsichtlich der von der jeweiligen Einheit produzierten Güter auf den Erwerber überträgt, kann ein wesentlicher Vermögensteil vorliegen.¹⁷⁴

Dabei kommt es umso mehr auf die Bedeutung der wettbewerblichen Veränderungen durch Vermögensübergang an, je geringer der Umfang und der Wert des betreffenden Unternehmensteils sind.¹⁷⁵ Maßgeblich sind allerdings nicht die tatsächlichen Änderungen auf dem jeweiligen Markt, sondern die abstrakte Eignung zur Stärkung der Wettbewerbsposition des auf dem betreffenden Markt bereits tätigen Erwerbers.¹⁷⁶

Für Krankenhausfusionen bedeutet dies, dass nicht nur der Erwerb des gesamten Krankenhauses fusionsrechtliche Bedeutung haben kann, sondern auch die Veräußerung von Vermögensteilen. So könnte die Veräußerung z. B. einer radiologischen Klinik innerhalb eines Gesamtklinikums, eventuell sogar die alleinige Ver-

¹⁷³ BGH vom 20.11.1975 WuW/E BGH S. 1377, 1379 f. „Zementmahlanlage“; BGH vom 13.03.1979 WuW/E BGH S. 1570, 1573 „Kettenstichnähmaschinen“; BGH vom 23.10.1979 WuW/E BGH S. 1655, 1659 „Zementmahlanlage II“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 70.

¹⁷⁴ BGH vom 07.07.1992 WuW/E BGH S. 2783, 2785 ff. „Warenzeichenerwerb“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 70.

¹⁷⁵ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 7.

¹⁷⁶ BGH vom 07.07.1992 WuW/E BGH S. 2783, 2785 „Warenzeichenerwerb“.

äußerung der strahlentherapeutischen Abteilung einer radiologischen Klinik, Auswirkungen auf den jeweiligen Markt haben, so dass eine Übertragung wesentlicher Vermögensteile im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB vorliegen kann. Schwierig wird die Frage zu beurteilen sein, ob z. B. bereits die Veräußerung eines Herzkatheterlabors einer kardiologischen Abteilung eines Krankenhauses einen Vermögenserwerb darstellen kann. Letztlich muss im Einzelfall eine genaue Marktanalyse erfolgen, die die Auswirkungen auf den jeweiligen Krankenhausmarkt ermittelt. Entscheidend ist, dass unter Zugrundelegung der grundsätzlichen Rechtsprechung des BGH nicht der Wert der zu übertragenden Vermögensgegenstände ausschlaggebend ist, sondern – entsprechend dem Schutzzweck der Fusionskontrolle – die Auswirkung der Vermögensübertragung auf den jeweiligen Markt. Dies gilt auch für den Krankenhausmarkt.

2.3.1.3.2.2 Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB

Ein kartellrechtlicher relevanter Zusammenschluss liegt gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 GWB auch dann vor, wenn ein oder mehrere Unternehmen die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über ein oder mehrere Unternehmen bzw. Teile dieser erwerben. Der Kontrollerwerb kann nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB durch Rechte, Verträge oder andere Mittel erfolgen, wenn auf diese Weise ein bestimmender Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens ausgeübt werden kann. Insbesondere Eigentums- und Nutzungsrechte sowie Verträge oder Rechte, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung oder Arbeitsweise von Unternehmensorganen ermöglichen, können zu einem Kontrollerwerb führen (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 lit. a und b GWB). Mit dieser Regelung sind Bestandteile der europäischen Fusionskontrolle gemäß Art. 3 FKVO übernommen worden, um eine bewährte und flexible Generalklausel für die Erfassung einer steuernden Einflussnahme auf ein Zielunternehmen auch im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle

zur Verfügung zu haben.¹⁷⁷ Aus diesem Grund können Auslegungsgrundsätze der Kommission der Europäischen Union zur FKVO bei der Interpretation des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB Berücksichtigung finden.¹⁷⁸

Der Kontrollerwerb setzt gemäß § 37 Abs. 1 S. 2 GWB voraus, dass ein „bestimmender Einfluss“ auf das Zielunternehmen ausgeübt werden kann. Hierunter wird die Übertragung der unternehmerischen Entscheidungsbefugnis verstanden, und zwar entweder über das Unternehmen¹⁷⁹ oder über – hinsichtlich der Marktbeurteilung – „wesentliche Teile“¹⁸⁰ davon. Dabei genügt schon die abstrakte Möglichkeit der Einflussausübung, ein Nachweis der tatsächlichen Anwendung der Entscheidungsgewalt durch das kontrollierende Unternehmen oder einer besonderen Absicht hierzu ist nicht erforderlich.¹⁸¹ Allerdings muss die Möglichkeit zur Einflussnahme nicht nur vorübergehender Natur sein, sondern sie muss dauerhaft gesellschaftsrechtlich gesichert sein.¹⁸² Sowohl die FKVO als auch das GWB setzen eine beständige Strukturveränderung der beteiligten Unternehmen voraus, so

177 Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode 1997, Bundestagsdrucksache 13/9720, amtliche Begründung zum Regierungsentwurf zu § 37 Abs. 1 vom 29.01.1998, S. 57; *Pohlmann*, GWB-Novelle, DZWiR 1998, S. 397, 399; *Kahlenberg*, Novellierte deutsches Kartellrecht, BB 1998, S. 1593, 1598; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 16; zu den Einzelheiten siehe *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 19; *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 3; *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 10.

178 Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode 1997, Bundestagsdrucksache 13/9720, amtliche Begründung zum Regierungsentwurf zu § 37 Abs. 1 vom 29.01.1998, S. 57; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 16.

179 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 76.

180 *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 31; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 24, unter Verweis auf § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB alter Fassung.

181 Vgl. die Bekanntmachung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt EG 1998 C 66/02, Nr. 9.; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 28.

182 *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 3; hinsichtlich der „gesellschaftsrechtlichen“ Absicherung a. A. *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 10; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 36.

dass vorübergehende Einflüsse (z. B. Zuliefererbeziehungen mit Kündigungsmöglichkeit) oder wechselnde Gesellschaftermehrheiten nicht ausreichen.¹⁸³

Die unterschiedlichen Fallgruppen des Kontrollerwerbs gliedern sich wie folgt:

2.3.1.3.2.2.1 Kontrolle durch Beteiligungserwerb

Die praktisch bedeutsamste Fallgruppe des Kontrollerwerbs ist der Erwerb von Beteiligungen an einem Unternehmen.¹⁸⁴ Voraussetzung hierfür ist, dass diese Unternehmensbeteiligungen einen „bestimmenden Einfluss“ i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 lit. b GWB über das erworbene Unternehmen gewähren. In weitgehender Entsprechung zu dem Begriff des „beherrschenden Einflusses“ in § 17 AktG ist hierunter die „beständige und umfassende Einwirkungsmöglichkeit“ auf das zu kontrollierende Unternehmen zu verstehen.¹⁸⁵ Diese Voraussetzung ist regelmäßig im Falle des Mehrheitserwerbs erfüllt (vgl. § 17 Abs. 2 AktG), insbesondere bei gleichzeitigem Erwerb der Stimmrechtsmehrheit.¹⁸⁶ Allerdings ist ein Mehrheitserwerb nicht „conditio sine qua non“. Vielmehr kann auch eine Minderheitsbeteiligung unter bestimmten Umständen hinreichende Kontrolle vermitteln. Dies kann z. B. im Falle von Vetorechten des Minderheitsaktionärs¹⁸⁷ oder als faktische Hauptversammlungsmehrheit bei niedriger Hauptversammlungspräsenz gegeben

183 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 25.

184 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 81.

185 *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 3; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 9; vgl. zu dem Begriff des „beherrschenden Einflusses“ in § 17 AktG *Hüffer*, Aktiengesetz, § 17, Rdnr. 5 ff.

186 *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 25; *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 11; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 34.

187 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 34.

sein.¹⁸⁸ Diese rein tatsächliche Hauptversammlungsmehrheit muss allerdings eine gewisse Beständigkeit aufweisen. Indiz hierfür ist eine mehrjährig niedrige Hauptversammlungspräsenz, die einem Gesellschafter mehrmals hintereinander die Stimmenmehrheit der vertretenen Stimmrechte gewährt.¹⁸⁹ Dies wird vor allem bei Streubesitz der übrigen Aktienrechte vorliegen können.

Der Anwendungsbereich des Kontrollerwerbs durch Erwerb von Beteiligungen wird sich häufiger mit dem Anteilserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB überschneiden. Allerdings ist diese Fallgruppe des Kontrollerwerbs nicht verzichtbar, denn ein Erwerb einer Unternehmensbeteiligung unter 25 % kann unter Umständen die Voraussetzungen für einen Kontrollerwerb im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfüllen, ohne dass ein Anteilserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB vorliegt.¹⁹⁰

2.3.1.3.2.2 Kontrolle durch Rechte oder Verträge

Als weitere Fallgruppe beschreibt § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB den Kontrollerwerb durch Rechte oder Verträge. Dieser Kontrollerwerb kann gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 lit. a GWB zunächst durch den Erwerb von Eigentums- oder Nutzungsrechten erfolgen.¹⁹¹ Allerdings ist der Fusionstatbestand des Eigentumserwerbs bereits in

¹⁸⁸ Bekanntmachung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt EG 1998 C 66/02, Tz. 14; Entscheidung der Kommission der EU vom 23.4.1997, Amtsblatt EG 1998 Nr. L 149/21 (S. 25 f., Nr. 31 ff.) „Anglo American Corp./Lonrho“; vom 3.12.1997, Amtsblatt EG 1998 Nr. L 201/102 (S. 103, Nr. 7-11) „Veba/Degussa“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 3; grundsätzlich zum Zusammenschlussbegriff sowie zum Kontrollerwerb *Stockenhuber*, Die europäische Fusionskontrolle, S. 83 ff.

¹⁸⁹ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 82.

¹⁹⁰ BKartA vom 14.05.1990 WuW/E BKartA S. 2497 ff. „Springer/Lezinsky“; *Immenaga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 34; *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 3.

¹⁹¹ *Pohlmann*, GWB-Novelle, DZWIR 1998, S. 397, 400.

§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB als Vermögenserwerb geregelt, so dass Nr. 2 lit. a insoweit keine eigenständige bzw. über Nr. 1 hinausgehende Bedeutung zukommt.¹⁹²

Der Kontrollerwerb durch Nutzungsrechte kann insbesondere durch Unternehmenspacht- oder Betriebsüberlassungsverträge erfolgen. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass der Erwerber die Befugnis erhält, das andere Unternehmen bzw. Teile dessen im eigenen Namen, zumindest aber auf eigenes wirtschaftliches Risiko zu betreiben.¹⁹³

Als weitere Möglichkeit des Kontrollerwerbs sieht § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 lit. b GWB generell den Abschluss von Verträgen vor, die dem Erwerber einen bestimmenden Einfluss auf betriebliche Entscheidungen des anderen Unternehmens gewähren. Auf diese Weise kann ein so genannter „Unterordnungskonzern“ entstehen, bei denen der Kontrollerwerber nicht die Substanz oder Anteile des anderen Unternehmens übernimmt, sondern lediglich Leitungsbefugnisse unter Beibehaltung der Organisationsstrukturen bzw. der Eigentumsverhältnisse erhält.¹⁹⁴ Zu diesem Kontrollerwerb durch Bildung eines Unterordnungskonzerns können u. a. der Abschluss von Beherrschungsverträgen (vgl. § 291 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. AktG), aber auch von Betriebsführungsverträgen, Gewinnabführungsverträgen, Teilgewinnabführungsverträgen sowie von in § 291 Abs. 1 S. 2 AktG für die AG und KGaA geregelten Geschäftsführungsverträgen gehören.¹⁹⁵

¹⁹² *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 8; *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 3.

¹⁹³ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 36; a. A. *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 18, 22, wonach Betriebsüberlassungsverträge als Unterfall der Kontrolle durch Vermögenserwerb anzusehen sein sollen.

¹⁹⁴ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 38; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 22.

¹⁹⁵ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 38 (unter Umständen können nach *Mestmäcker/Veelken* auch die sonst unter § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 lit. a GWB subsumierten Unternehmenspacht- oder Betriebsüberlassungsverträge zur Bildung eines Unterordnungskonzerns führen); a. A. *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 24, der einen Kontrollerwerb bei Gewinnabführungsverträgen verneint.

Ein Gleichordnungskonzern (vgl. § 18 Abs. 2 AktG) vermittelt dagegen nicht die von § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB geforderte beherrschende Einflussmöglichkeit auf andere Unternehmen.¹⁹⁶ Die Bildung einer gleichrangigen Beziehung durch institutionelle Koordinierung von Marktverhalten zwischen Unternehmen führt also nicht zu einem Kontrollerwerb, weil kein hinreichendes Abhängigkeitsverhältnis zwischen den jeweiligen Unternehmen begründet wird. Dies führt allerdings nicht zu einer fusionsrechtlichen Unbedenklichkeit von Gleichordnungskonzernen.¹⁹⁷ Vielmehr können in diesem Fall die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 1, 3 oder 4 GWB erfüllt sein, so dass keine Lücke bei der fusionsrechtlichen Beurteilung von Gleichordnungskonzernen feststellbar ist.¹⁹⁸

Als weitere Variante des Kontrollerwerbs durch Abschluss von Verträgen wird die Vereinbarung langfristiger Liefer- und Bezugsbeziehungen diskutiert.¹⁹⁹ Soweit eine gewisse Dauerhaftigkeit durch langfristige Vertragslaufzeit sowie fehlende Kündigungsmöglichkeit gegeben ist und der Umfang der Liefer- bzw. Bezugsvereinbarung für das jeweilige Unternehmen in wirtschaftlicher Hinsicht existenzielle Bedeutung erlangt, kann ein bestimmender Einfluss „unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände“ (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB) gegeben sein. Somit können ohne ausdrückliche vertragliche Regelung von Einflussrechten die tatsächlichen Auswirkungen der Vertragsbeziehung zu einem Kontrollerwerb führen. Die Einflussnahmemöglichkeit durch eine intensive vertragliche Liefer- bzw. Abnahmebeziehung kann zusätzlich durch weitere Umstände verstärkt werden, so z. B. durch eine Minderheitsbeteiligung.

¹⁹⁶ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 38; a. A. *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 8.

¹⁹⁷ A. A. *Pohlmann*, GWB-Novelle, DZWIR 1998, S. 397, 400.

¹⁹⁸ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, §, Rdnr. 104.

¹⁹⁹ Zustimmung *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, §, Rdnr. 40; ablehnend *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 92, mit dem Hinweis auf eine fehlende strukturell verankerte dauerhafte Kontrollmöglichkeit, sowie *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 30.

Schließlich kann der Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 lit. b GWB durch Rechte und Verträge erfolgen, die (Mit-)Entscheidungsbefugnisse bei der Besetzung von zur Geschäftsführung berufenen Gesellschaftsorganen gewähren.²⁰⁰ Dies kann nicht nur durch Erwerb von Anteilsrechten erfolgen (vgl. oben Nr. 2.3.1.3.2.2.1), sondern auch auf „andere Mittel“ der vertraglichen Gestaltung gestützt werden.

Eine quantitative Überlegenheit bei der Besetzung von Gesellschaftsorganen ist für den Kontrollerwerb sicherlich förderlich²⁰¹, aber nicht zwingend erforderlich.²⁰² Vielmehr muss jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob in qualitativer Hinsicht die rechtlich gesicherten Kompetenzen bei den jeweiligen Personalentscheidungen maßgebende Kontrollrechte gewähren.²⁰³ So können im Einzelfall auch Minderheitsbesetzungen von Gesellschaftsorganen einen Kontrollerwerb ermöglichen, wenn z. B. bereits ein nicht unerheblicher Einfluss auf Unternehmensentscheidungen aufgrund enger Liefer- bzw. Bezugsverpflichtungen besteht.

2.3.1.3.2.2.3 Kontrolle in sonstiger Weise

Der Kontrollerwerb muss nicht zwangsläufig rechtlich (z. B. durch Verträge) abgesichert sein. Der beherrschende Einfluss kann auch auf andere Weise begründet werden, allerdings ist regelmäßig eine gesellschaftsrechtliche Grundlage für eine faktische Kontrolle erforderlich. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB, der den Kontrollerwerb durch „Rechte, Verträge oder andere Mittel“ vorsieht. Zu denken ist hier z. B. an personelle Verflechtungen durch langjährig

²⁰⁰ Anmerkung: Z. B. Vorstände, Geschäftsführungen; darüber hinaus kann auch die Besetzung des Aufsichtsrates Kontrollrechte vermitteln; siehe hierzu *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 26 f.

²⁰¹ Vgl. BKartA vom 4.2.1974 WuW/E BKartA S. S. 1475 „Haindl/Holtzmann“.

²⁰² *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 25; a. A. *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 89, der eher den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfüllt sieht.

²⁰³ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 25.

geübte Besetzung von Organmitgliedern als faktische, nicht rechtlich abgesicherte Einflussnahmemöglichkeit auf Unternehmensentscheidungen auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Abhängigkeitsbeziehung im Rahmen von Dauerlieferbeziehungen.²⁰⁴

Darüber hinaus kann der Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 GWB nicht nur durch unmittelbare Einflussnahme auf das zu kontrollierte Unternehmen erfolgen, sondern auch mittelbar eintreten. In diesem Falle wird der beherrschende Einfluss durch einen anderen Rechtsträger, z. B. einen Treuhänder, vermittelt.²⁰⁵

Schließlich kann gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 GWB der Kontrollerwerb auch durch mehrere Unternehmen gemeinsam erfolgen, wenn die Einflussnahme nicht unabhängig, sondern von den Unternehmen einheitlich ausgeübt wird.²⁰⁶ Entsprechend den Grundsätzen der Mehrmütterklausel des § 36 Abs. 2 S. 2 GWB müssen die beherrschenden Unternehmen mittels eines koordinierten Wettbewerbsverhaltens ihre Unternehmensinteressen untereinander im Verhältnis zu dem beherrschten Unternehmen abstimmen und verwirklichen.²⁰⁷ Diese Koordinierung der Einflussnahme auf das beherrschte Unternehmen kann sowohl auf der Grundlage einer Vereinbarung (Stimmrechtsbindungsvertrag, vertragliche Zusammenarbeit, satzungsgemäße Einvernehmlichkeitsregelung für wichtige Unternehmensentscheidungen) als auch in „sonstiger Weise“ erfolgen, wie z. B. durch eine dauerhafte „gleichgerichtete Interessenslage“ der herrschenden Unternehmen.²⁰⁸ Alleinige Beteiligungen an dem zu beherrschenden

²⁰⁴ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 89; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 28 f.

²⁰⁵ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 42.

²⁰⁶ *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 5 a.

²⁰⁷ BGH vom 18.11.1986 WuW/E BGH S. 2337, 2339 f. „Hussel/Mara“; BGH vom 19.12.1989 WuW/E BGH S. 2620, 2622 ff. „Springer/Kieler Zeitung“; KG vom 04.12.1987 WuW/E OLG S. 4075, 4076 „Springer/Kieler Zeitung“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 11; *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 5 a.

men.²⁰⁸ Alleinige Beteiligungen an dem zu beherrschenden Unternehmen ohne gesicherte, auf Dauer angelegte Interessengleichheit genügen diesen Anforderungen in der Regel nicht.²⁰⁹ Jedoch kann der aufgrund einer paritätischen Beteiligung (50:50) bestehende Einigungszwang eine dauerhafte Abstimmung der Einflussnahme der Herrschenden indizieren, insbesondere wenn die Parität freiwillig vereinbart wurde und zwischen den herrschenden Unternehmen eine Kräftegleichheit besteht.²¹⁰ Wechselnde Mehrheiten schließen dagegen eine gemeinsame Kontrolle regelmäßig aus.²¹¹

Der Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB verlangt darüber hinaus eine strukturelle Veränderung der Einflussnahmemöglichkeit auf das beherrschte Unternehmen.²¹² Dies ist nicht der Fall bei einer bloßen Intensivierung einer bereits existierenden Kontrolle²¹³, z. B. durch Erhöhung des Gesellschaftsanteils von 85 % auf 90 %. Entsprechendes gilt für die bloße organisatorische Umgestaltung der Einflussnahme durch Veränderung des Konzernaufbaus, wie z. B. durch Verteilung der Geschäftstätigkeit auf Tochterunternehmen, die im Alleineigentum der Muttergesellschaft stehen.

Anders ist dies zu beurteilen, wenn eine bisherige alleinige in eine gemeinsame Kontrolle umgewandelt wird bzw. die gemeinsame in eine alleinige Kontrolle.²¹⁴

Auch die Ausweitung des Kreises der herrschenden Unternehmen bzw. umgekehrt das Ausscheiden von Herrschenden stellt eine Veränderung der Kontroll-

²⁰⁸ BGH vom 22.06.1981 WuW/E BGH S. 1810, 1811 „Transportbeton Sauerland“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 93.

²⁰⁹ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 11.

²¹⁰ KG vom 15.01.1988 WuW/E OLG S. 4095, 4097 ff. „W+I Verlag/Weiss-Druck“; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 32.

²¹¹ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 26.

²¹² *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 12.

²¹³ *Hoffmann*, Kontrollerwerb als neuer Zusammenschlusstatbestand des GWB, Die AG 1999, S. 538, 543; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 43.

²¹⁴ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 43.

struktur bzw. -intensität dar, die den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt.²¹⁵

2.3.1.3.2.3 Anteilserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB

Der vor der Einführung des Kontrollerwerbs am häufigsten beim Bundeskartellamt angezeigte Zusammenschlusstatbestand war der Anteilserwerb, der seit der 6. GWB-Novelle in § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB geregelt ist.²¹⁶ Das Gesetz unterscheidet beim Anteilserwerb nicht zwischen Kapitalgesellschaften oder Personengesellschaften und schließt deshalb den Erwerb sowohl von Kapital- als auch von Stimmrechtsanteilen ein.²¹⁷

Ohne Bedeutung ist der Rechtsgrund des Anteilserwerbs, so dass dieser derivativ, z. B. durch Abtretung bzw. Erbgang bei einem bereits bestehenden Unternehmen, oder originär im Rahmen einer Unternehmensneugründung erfolgen kann.²¹⁸ Allerdings muss grundsätzlich das Vollrecht an den Anteilen erworben werden, so dass der Erwerb beschränkt dinglicher Rechte (z. B. Nießbrauch, Pfandrechte) oder von Optionen wegen fehlender Möglichkeit weisungsfreier Stimmrechtsausübung nicht ausreicht.²¹⁹ Dies ist anders zu beurteilen bei Abschluss eines Stimmrechtsbindungsvertrags, der zwar keinen Anteilserwerb im eigentlichen Sinne darstellt, aber diesem gleichgestellt wird, wenn er dem „erwerbenden“ Unter-

²¹⁵ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 12.

²¹⁶ *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 16.

²¹⁷ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 17, der zudem klarstellt, dass § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB auf den Fall der Beteiligung bei Personen oder Einzelunternehmen keine Anwendung findet; *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 13.

²¹⁸ *Rittner*, Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung als Zusammenschlusstatbestände, Festschrift für Luther, S. 147, 150 ff.; *Würdinger*, Arten und Formen der Unternehmenszusammenschlüsse i. S. der neuen §§ 23 bis 24 GWB, WuW 1973, S. 731, 736; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 51.

²¹⁹ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 47; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 18.

nehmen die uneingeschränkte Stimmrechtsausübung und damit die selbständige Einflussnahme auf Unternehmensentscheidungen ermöglicht.²²⁰

Des Weiteren wird der Anteilserwerb eines Treuhänders als Anteilserwerb nicht des formellen Rechtsinhabers angesehen, sondern des dahinter stehenden Treugebers, und zwar unabhängig von dem Ausmaß der Weisungsgebundenheit des Treuhänders.²²¹ Maßgeblich ist allein, dass dem Treugeber das wirtschaftliche Risiko verbleibt, so dass diesem die treuhänderisch verwalteten Unternehmensanteile wirtschaftlich zugerechnet werden können.²²²

Darüber hinaus kann der mittelbare Erwerb von Anteilen, also der Erwerb eines Unternehmens, das seinerseits an einem weiteren Unternehmen beteiligt ist, die Voraussetzungen eines Anteilserwerbs i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB erfüllen.²²³

Allerdings reicht der alleinige mittelbare Erwerb mangels tatsächlicher Einflussnahmemöglichkeit nicht aus, vielmehr muss das unmittelbar erworbene Unternehmen das mittelbar erworbene Unternehmen im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB kontrollieren bzw. mit ihm gemäß § 36 Abs. 2 GWB verbunden sein.²²⁴

§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB nennt zwei Beteiligungsstufen des Anteilerwerbs, wobei jeweils ein Zusammenschlusstatbestand verwirklicht wird, wenn der Kapital- oder der Stimmrechtsanteil 25 % (lit. b) bzw. 50 % (lit. a) erreicht.²²⁵ Eine spätere

220 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 95.

221 BKartA vom 13.06.1983 WuW/E BKartA S. S. 2087, 2088 f. „Klöckner/Seitz; BKartA vom 27.02.1998 DE-V 40 ff. „WAZ/IKZ“; a. A. offenbar *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 24, *Kleinmann/Bechtold*, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23, Rdnr. 114; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 53.

222 BKartA vom 13.06.1983 WuW/E BKartA S. 2087, 2088 f. „Klöckner/Seitz; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 36 f.

223 *Emmerich*, Kartellrecht, § 24 c) bb), Nr. 4.

224 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 64.

225 *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 39; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 55.

Gleichstellung des Kapital- mit dem Stimmrechtsanteil (bzw. umgekehrt) stellt allerdings keinen weiteren Zusammenschluss dar.²²⁶

Die sukzessive Verwirklichung der Schwellenwerte für Kapitalanteile oder Stimmrechtsanteile tritt dann ein, wenn die jeweiligen Anteile in einem ersten Schritt mindestens 25 %, aber weniger als 50 %, und dann in einem weiteren Schritt exakt 50 % betragen. Eine Aufstockung zwischen 25 % und 50 % (25,01 % bis 49,99 %) stellt keinen weiteren Anteilserwerb im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB dar, sondern kann allenfalls zu einem – getrennt zu beurteilenden – Kontrollerwerb führen.²²⁷

Im Falle einer Mehrheitsbeteiligung (mehr als 50 % der Stimmrechts- oder Kapitalanteile) sind in formaler Hinsicht die Voraussetzungen sowohl für einen Anteilserwerb als auch für einen Kontrollerwerb erfüllt. Da aber auf jeden Fall ein Zusammenschluss gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB vorliegt, wird eine selbstständige Kontrolle des Stimmrechts- oder Kapitalanteilserwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB als entbehrlich angesehen.²²⁸ Eine Beteiligung unterhalb der 25 %-Grenze scheitert ebenfalls an der formalen Anteilsgrenze des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB, so dass allenfalls eine Prüfung gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB („sonstige Unternehmensverbindung“; siehe unter Nr. 2.3.1.3.2.4, Seite 65 ff.) erfolgen kann.²²⁹

Maßgeblich bei der Berechnung der Anteile sind nicht nur die neu erworbenen, sondern auch die bereits dem Erwerber gehörenden Anteile.²³⁰ Gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB i. V. m. § 36 Abs. 2 GWB werden darüber hinaus

²²⁶ Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 45.

²²⁷ Siehe vorstehend unter Nr. 2.3.1.3.2.2 (S. 52 ff.); Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 100; Lange-Schröer, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 17.

²²⁸ Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken, GWB, §, Rdnr. 56; Emmerich, Kartellrecht, § 24, Nr. 4.

²²⁹ Emmerich, Kartellrecht, § 24, Nr. 4.

²³⁰ Bechtold, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 23.

- Anteile von den mit dem Erwerber verbundenen Unternehmen (so genannte „Mehrmütterklausel“),
- die einem Dritten gehörenden, aber für den Erwerber treuhänderisch verwalteten Anteile sowie
- die zum Privatvermögen des Erwerbers als Einzelkaufmann gehörenden Anteile

hinzugerechnet.²³¹

§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 und 2 GWB setzt nicht voraus, dass der Anteilserwerber der alleinige Beteiligte an dem anderen Unternehmen ist.²³² Ein Zusammenschluss durch Anteilserwerb kann deshalb auch dann vorliegen, wenn bereits weitere Unternehmen Beteiligungen an dem anderen Unternehmen halten. Dabei wird allerdings gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 und 2 GWB lediglich das Verhältnis zwischen Erwerber und dem anderen Unternehmen fusionsrechtlich betrachtet, das Verhältnis zwischen Anteilserwerber und den anderen beteiligten Unternehmen wird nicht als Zusammenschluss beurteilt.

Diese Kontrolllücke schließt § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB, indem er im Falle einer Beteiligung mehrerer Unternehmen an einem Gemeinschaftsunternehmen – sei es initial oder sei es sukzessive – einen Zusammenschluss der beteiligten Unternehmen untereinander fingiert.²³³ Die Fiktion betrifft allerdings nur die Märkte, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist. Es wird also lediglich eine Teilfusion fingiert, um so die Gruppeneffekte der gemeinsamen Beteiligung auf den Wettbewerb einer fusionsrechtlichen Prüfung unterziehen zu können.²³⁴

²³¹ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 41.

²³² *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 35; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 67.

²³³ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 37, Rdnr. 56; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 67 ff.

²³⁴ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 42; *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 5 b).

Voraussetzung für die Fiktion ist, dass mindestens zwei Unternehmen eine Beteiligung von mindestens 25 % an dem Gemeinschaftsunternehmen halten; weitere Unternehmen, die eine geringere Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen innehaben, werden dabei von der Fiktion der Teilfusion nicht erfasst.²³⁵ Infolge der 25 % Grenze kann somit bei höchstens vier Unternehmen der Tatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB erfüllt sein.

Eine weitere Koordinierung der Interessen bzw. der wirtschaftlichen Betätigung der beteiligten Unternehmen ist – im Gegensatz zum gemeinsamen Kontrollwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB – nicht erforderlich.²³⁶

2.3.1.3.2.4 Sonstige Unternehmensverbindungen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB

Als letzten Zusammenschlusstatbestand nennt § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB jede sonstige Verbindung von Unternehmen, durch die ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar in wettbewerblich erheblichem Umfang Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.

Die bisherigen Erfahrungen der Fusionskontrolle haben gezeigt, dass die Unternehmen zur Vermeidung eines Kontrollverfahrens nach Möglichkeit Gestaltungen der Unternehmensverbindungen wählten, die die Aufgreifschwelle der Zusammenschlusstatbestände gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GWB nicht erfüllten.²³⁷

Um dies zu verhindern, wurde mit § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ein Auffangtatbestand geschaffen, der aber keine neuen Zusammenschlusstatbestände entwickeln, sondern lediglich die Kontrollmöglichkeit unterhalb der Aufgreifschwelle der § 37

²³⁵ *Westrick/Loewenheim-Westrick*, § 23, Rdnr. 59, für den wörtlich – bis auf den Zusatz „Gemeinschaftsunternehmen“ - gleichlautenden § 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 GWB a. F.; *Müller/Gießler/Scholz*, Kommentar zum GWB, § 23, Rdnr. 21; a. A. *Ebel*, Der Zusammenschlussbegriff der Fusionskontrolle, BB 1974, S. 749, 754, der generell die Fiktion für unanwendbar hält, wenn ein oder mehrere Unternehmen eine Beteiligung unter 25 % halten.

²³⁶ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 25.

²³⁷ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 45.

Abs. 1 Nr. 2 und 3 GWB erweitern soll; dementsprechend findet er gegenüber den übrigen Zusammenschlusstatbeständen nur subsidiäre Anwendung, um unnötige Doppelkontrollen zu vermeiden.²³⁸ Des Weiteren ist der Anwendungsbereich zur Vermeidung einer grenzenlosen Ausweitung auf „gesellschaftsrechtlich“ abgesicherte Unternehmensverbindungen zu beschränken, so dass rein tatsächliche Verbindungen (z. B. enge Liefer- oder Lizenzverbindungen) nicht ausreichen.²³⁹ Wie die jeweilige gesellschaftsrechtlich abgesicherte Unternehmensverbindung gestaltet ist, bleibt den Unternehmen überlassen und wird durch § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht weiter konkretisiert.

Der maßgebliche Prüfungspunkt des Zusammenschlusstatbestandes gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist die Frage, ob ein bzw. mehrere Unternehmen – trotz Nichterreichens der Aufgreifschwelle der übrigen Zusammenschlusstatbestände – durch die gesellschaftsrechtliche Verbindung wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen nehmen kann bzw. können.²⁴⁰ Es genügt die Möglichkeit zur Einflussausübung, so dass eine tatsächliche Ausübung des Einflusses nicht nachgewiesen werden muss.²⁴¹

Die Möglichkeit der „wettbewerblich erheblichen Einflussnahme“ ist gegeben, wenn das Einfluss ausübende Unternehmen bei der Entscheidung über wichtige Fragen des anderen Unternehmens seine Interessen derart einbringen kann, dass das Unternehmen, auf das der Einfluss ausgeübt wird, letztlich keine unabhängige

238 *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 6; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 45.

239 Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode 1997, Bundestagsdrucksache 13/9720, amtliche Begründung zum Regierungsentwurf zu § 37 Abs. 1 vom 29.01.1998, S. 57; BGH vom 21.11.2000 WuW/E DE-R S. 607, 611 f. „Springer/Stilke“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 104.

240 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 109.

241 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 34.

Unternehmensstrategie zu realisieren vermag.²⁴² Typisches Beispiel ist die Minderheitsbeteiligung unterhalb der Schwelle des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB an einem Wettbewerber (z. B. 24,9 %), verbunden mit besonderen Informations-, Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten des Erwerbers (z. B. mit faktischen Sperrrechten auf der Hauptversammlung durch Streubesitz).²⁴³ In diesen Fällen nimmt das Bundeskartellamt ab einer Beteiligung von 20 % grundsätzlich einen erheblichen Einfluss im Sinne des § 37 Abs.1 Nr. 4 GWB an.²⁴⁴ Im Gegensatz zu den gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten (z. B. durch Anteilserwerb) bedürfen die zusätzlichen Kontroll- bzw. Informationsmöglichkeiten („Plusfaktoren“) keiner rechtlichen Absicherung, so dass eine tatsächliche Befugnis ausreicht (z. B. durch personelle Verflechtung).²⁴⁵

Eine Beteiligung unter 10 % spricht indessen regelmäßig gegen einen erheblichen Einfluss im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB.²⁴⁶

Der Zusammenschlusstatbestand durch eine sonstige Verbindung von Unternehmen kann auch durch Einflusswerb mehrerer Unternehmen erfüllt werden (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB). Der erforderliche gemeinsame Einfluss setzt – wie beim gemeinsamen Kontrollerwerb – eine gesicherte gemeinsame Einflussmöglichkeit

²⁴² BGH vom 21.11.2000 WuW/E DE-R S. 607, 609 f. „ASV/Stilke“; KG vom 28.10.1998 WuW/E DE-R S. 270, 271 ff. „ASV/Stilke“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 6; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 109; *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 19.

²⁴³ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 47; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 35.

²⁴⁴ *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 4; *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 20; vgl. hierzu BKartA vom 23.07.1992, Die AG 1992, S. 363, 365 f. „Gillette/Wilkinson“; BKartA vom 06.07.1995 WuW/E BKartA S. 2829, 2835 „Kolbenschmidt“; BKartA vom 29.05.1996, Die AG 1996, 378 ff. „VEBA/Stadtwerke Bremen“; BKartA vom 06.11.1997 WuW/E DE-V S. 1 ff. „ASV/Stilke“ sowie KG vom 28.10.1998 WuW/E DE-R S. 270 f. „ASV/Stilke“; BGH vom 15.07.1997 WuW/E DE-R S. 32 f. „Stadtwerke Garbsen“; BGH vom 06.10.1992 WuW/E BGH S. 2795, 2797 „Pinneberger Tageblatt“.

²⁴⁵ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 35.

²⁴⁶ *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 18; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 107.

voraus, die aber nicht notwendigerweise untereinander rechtlich abgesichert sein muss, sondern auch aufgrund rein tatsächlicher Gegebenheiten vorliegen kann.²⁴⁷

2.3.1.3.2.5 Konzerninterne Umstrukturierungen gemäß § 37 Abs. 2 GWB

§ 37 Abs. 2 GWB stellt klar, dass bereits zusammengeschlossene Unternehmen durchaus weitere fusionsrechtlich relevante Zusammenschlüsse im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB vollziehen können (z. B. durch Anteilserhöhung von 40 % auf 80 %).²⁴⁸ Auf diese Weise wird grundsätzlich gewährleistet, dass das Bundeskartellamt bei fusionsrechtlich relevanten Umstrukturierungen von Unternehmensverbindungen Kenntnis erlangt und über die Notwendigkeit einer Überprüfung des erneuten Zusammenschlusses entscheiden kann.²⁴⁹

Das Gesetz geht dabei davon aus, dass in der Regel der zeitlich nachfolgende Zusammenschluss zu einer Intensivierung der Unternehmensverbindung führt. Lediglich in dem Ausnahmefall, bei dem eine Verstärkung nicht eintritt, kann gemäß § 37 Abs. 2, 2. Halbsatz, GWB eine erneute Fusionskontrolle mangels materiellrechtlich relevanten Zusammenschlusses unterbleiben.²⁵⁰ Die materielle Beweislast hierfür obliegt den beteiligten Unternehmen, während die formelle Beweislast, also die Pflicht, den Sachverhalt aufzuklären, aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes weiterhin dem Bundeskartellamt verbleibt.²⁵¹

Eine Verstärkung der Unternehmensverbindung ist zu bejahen, wenn die Möglichkeit zur Einflussnahme auf das andere Unternehmen durch den erneuten Zusam-

²⁴⁷ BGH vom 22.06.1981 WuW/E BGH S. 1810, 1811 „Transportbeton Sauerland“; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 101; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 38.

²⁴⁸ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 117.

²⁴⁹ *Emmerich*, Kartellrecht, § 24, Nr. 7.

²⁵⁰ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 113.

²⁵¹ BGH vom 27.05.1986 WuW/E BGH S. 2276, 2282 „Süddeutscher Verlag/Donau-Kurier“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 117.

menschluss rechtlich oder tatsächlich vereinfacht wird.²⁵² Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, muss jeweils im Einzelfall entschieden werden. Sie liegt z. B. vor bei einem Kontrollerwerb nach einem vorherigen Anteilserwerb durch Anteilserhöhung von 40 % auf 60 % oder bei einem erneuten Anteilserwerb bei Erreichen der gesetzlichen Beteiligungsstufen.²⁵³

Im Falle einer bereits uneingeschränkten Unternehmensverbindung (z. B. bei einer Beteiligung von mindestens 75 % bzw. einem 100%igen Tochterunternehmen) ist dagegen eine wesentliche Verstärkung etwa durch Abschluss eines Beherrschungsvertrages regelmäßig nicht möglich, so dass ein erneuter fusionsrechtlich relevanter Zusammenschluss in der Regel ausgeschlossen ist.²⁵⁴ Auch werden reine Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns von § 37 Abs. 2 GWB nicht erfasst; nach der herrschenden „Konzerntheorie“ fehlt es bereits an einem Zusammenschluss zwischen „Unternehmen“, da der Konzern mit seinen Untergliederungen als ein Unternehmen angesehen wird (vgl. auch § 36 Abs. 2 GWB, so genannte „Verbundklausel“).²⁵⁵

2.3.1.3.2.6 Fiktion eines Nicht-Zusammenschlusses gemäß § 37 Abs. 3 GWB

Auch wenn ein Unternehmenserwerb einen Zusammenschlusstatbestand gemäß § 37 Abs. 1 GWB erfüllen sollte, kann gemäß § 37 Abs. 3 GWB unter bestimmten Voraussetzungen eine fusionsrechtliche Prüfung unterbleiben. Dies ist der Fall, wenn Kreditinstitute, Finanzinstitute oder Versicherungen ein Unternehmen zum Zwecke der Veräußerung erwerben; die Veräußerung muss allerdings innerhalb

²⁵² *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 115.

²⁵³ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 120 f.; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 765; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 118 f.; offengelassen in BGH vom 27.05.1986 WuW/E BGH S. 2276, 2282 „Süddeutscher Verlag/Donau-Kurier“, sowie in KG vom 29.03.2000 WuW/E S. DE-R 470, 471 f. „Hapag Lloyd/TUI“.

²⁵⁴ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 56.

²⁵⁵ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 118.

eines Jahres erfolgen und die Erwerber dürfen ihre Stimmrechte nicht ausüben. Unter diesen Umständen gilt der Unternehmenserwerb nicht als Zusammenschluss, so dass eine fusionsrechtliche Überprüfung unterbleibt.²⁵⁶

2.3.1.3.2.7 Zusammenschlusstatbestände bei Krankenhauszusammenschlüssen

Bei Krankenhauszusammenschlüssen sind sämtliche in § 37 Abs. 1 GWB aufgeführten Alternativen denkbar, also Vermögenserwerb, Kontrollerwerb, Anteilserwerb oder sonstige Unternehmensverbindungen im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Wie der konkrete Zusammenschluss erfolgt bzw. welcher Zusammenschlusstatbestand erfüllt wird, ist eine individuelle Entscheidung der beteiligten Unternehmen bzw. Krankenhäuser und letztlich eine Frage des Einzelfalls. Krankenhausspezifische Besonderheiten sind hinsichtlich der Zusammenschlusstatbestände des GWB nicht erkennbar.

In der betriebswirtschaftlichen Krankenhausliteratur werden verschiedene Modelle der Zusammenarbeit mit bzw. zwischen Krankenhäusern diskutiert, nämlich vorwiegend

- die Krankenhauskooperation;
- die eigentliche Krankenhausfusion;
- die Krankenhausbetreibergesellschaft.²⁵⁷

²⁵⁶ Zu den Einzelheiten vgl. *Bechtold*, Kartellgesetz, § 37, Rdnr. 42 ff.; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 37, Rdnr. 62 ff.; *Werner*, Freistellung von der fusionsrechtlichen Kontrolle bei einem Anteilserwerb durch ein Kreditinstitut, S. 463 ff. (Anmerkung: Zum § 23 GWB a. F.).

²⁵⁷ *Neubauer*, Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft, f & w 2000, S. 382 ff.; *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 64 ff.; ausführlich *Gronemann*, Die Kooperation zwischen Krankenhäusern, S. 23 ff.

Diese drei Modelle sollen nachfolgend hinsichtlich der Einordnung in die verschiedenen Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB untersucht werden:

2.3.1.3.2.7.1 Krankenhauskooperation

Die Krankenhauskooperation führt nicht zu einer vollständigen rechtlichen Integration. Es findet lediglich eine Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehr Krankenhäusern statt, ohne dass die rechtliche Selbständigkeit der Beteiligten aufgegeben würde.²⁵⁸ Häufig bezieht sich die Kooperation nur auf bestimmte Bereiche, so z. B. im sekundären bzw. tertiären Leistungsbereichen in Form von Einkaufs-, Labor- oder Röntgengemeinschaften.²⁵⁹

Vorteile der Kooperation zwischen Krankenhäusern sind u. a. eine Verringerung des Wettbewerbes, Vermeidung von Doppelinvestitionen durch Spezialisierung und Aufgabenteilung, bessere Auslastung der bestehenden Einrichtungen, Erschließung eines größeren Patientenstammes durch Aufgabenausweitung in dem Spezialgebiet sowie Einsparungen bei nicht-medizinischen Leistungen wie Verwaltung oder Einkauf.²⁶⁰ Als nachteilig werden angesehen die häufig mangelnde Kooperation wichtiger Leistungsträger (z. B. der leitenden Ärzte) infolge verbleibenden Konkurrenzdenkens sowie hoher Aufwand für Koordinierung, Abstimmung, und Transaktionen aufgrund fehlender einheitlicher Geschäftsführung.²⁶¹

²⁵⁸ *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 64.

²⁵⁹ *Schwab*, Kooperation, Ketten und Konzerne sichern ökonomische Vorteile, Krankenhausumschau, 1997, S. 510, 512; zur Unterscheidung zwischen primären (ärztlich-pflegerisch), sekundären (medizinische Leistungen ohne direkten Patientenkontakt wie z. B. Labor oder Apotheke) und tertiären Leistungsbereich (nicht medizinische Leistungen wie z. B. Verwaltung, Wäscherei, Lebensmittelversorgung) von Krankenhäusern siehe *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 90 ff.

²⁶⁰ *Neubauer*, Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft, f & w 2000, S. 382, 383.

²⁶¹ *Neubauer*, Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft, f & w 2000, S. 382, 383; *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 64.

Die Kooperation zwischen Krankenhäusern ist in der Regel fusionsrechtlich unproblematisch. Aufgrund der Beibehaltung der rechtlichen und organisatorischen Selbständigkeit der kooperierenden Krankenhäuser liegen bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Zusammenschluss gemäß § 37 Abs. 1 GWB nicht vor. Es besteht weder eine hinreichende rechtliche noch tatsächliche Einflussmöglichkeit, so dass eine Fusionskontrolle aus formellen Gründen unterbleiben kann. Kooperationen können allerdings einer kartellrechtlichen Überprüfung gemäß § 1 ff. GWB unterliegen, die aber nicht Gegenstand dieser fusionsrechtlichen Untersuchung sein soll.

2.3.1.3.2.7.2 Krankenhausfusion

Die Krankenhausfusion ist aus betriebswirtschaftlicher Sicht gekennzeichnet durch den Fortfall mindestens eines beteiligten Krankenhauses als eigenständige wirtschaftliche und juristische Person.²⁶² Dieser betriebswirtschaftliche Fusionsbegriff ist enger gefasst als der juristische Zusammenschlussbegriff, denn letzterer verlangt nicht zwingend das gesellschaftsrechtliche Erlöschen eines Zusammenschlusspartners.²⁶³

In der betriebswirtschaftlichen Literatur wird als Vorteil der Krankenhausfusion die Möglichkeit der konsequenten und langfristigen Umsetzung der Optimierungsmaßnahmen genannt.²⁶⁴ Die einheitliche Geschäftsführung für alle Fusionspartner führt darüber hinaus zu Rechts- und Planungssicherheit ohne größere Ineffizienzen durch Abstimmungsbedarf zwischen den gleichberechtigten Fusionsbetei-

²⁶² *Pausenberger*, Handwörterbuch der Betriebswirtschaftslehre, Spalte 1603, 1604; *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 65.

²⁶³ Anmerkung: Vgl. den Zusammenschlusstatbestand gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB (Erwerb des Vermögens „ganz“....) durch Verschmelzung im Gegensatz zu den anderen Zusammenschlusstatbeständen des § 37 Abs. 1 GWB.

²⁶⁴ *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 65.

ligten.²⁶⁵ Schließlich kann ein Zusammenschluss zum Anlass genommen werden, neue Rechtsformen für die beteiligten Krankenhäuser zu entwickeln, die gesellschafts- und steuerrechtliche Optimierungsressourcen erschließen.

Allerdings stößt die Fusion wegen des Verlustes rechtlicher Autonomie auf Widerstände der Krankenhausträger. Darüber hinaus könnten auch die Krankenhausbeschäftigten (Ärzte, Pflegepersonal, Verwaltung) möglichen Fusionsplänen eher ablehnend gegenüberstehen, wenn sie den Verlust von Arbeitsplätzen aufgrund von Rationalisierungsmaßnahmen befürchten müssen.²⁶⁶

Krankenhausfusionen gemäß der betriebswirtschaftlichen Definition erfüllen regelmäßig die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Zusammenschluss im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB. Es erfolgt ein Maximum an rechtlicher Integration durch Übertragung aller Werte des übernommenen Krankenhauses auf den Erwerber und darüber hinaus ein Erlöschen der – anlässlich der Fusion möglicherweise erst begründeten – rechtlichen Selbständigkeit.²⁶⁷ Somit kann eine materiellrechtliche Fusionskontrolle durchgeführt werden, soweit die weiteren Voraussetzungen hierfür vorliegen.

2.3.1.3.2.7.3 Krankenhausbetreibergesellschaft

Eine dritte Möglichkeit für Krankenhäuser, durch Umstrukturierungen Rationalisierungspotentiale zu erschließen, ist die Gründung einer Betreibergesellschaft.²⁶⁸ In

²⁶⁵ Hierzu und zum Folgenden *Neubauer*, Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft, f & w 2000, S. 382, 384; *Allert*, Krankenhäuser sichern ihre Zukunft durch Fusionen, f & w 1999, S. 540.

²⁶⁶ *Neubauer*, Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft, f & w 2000, S. 382, 384; eingehend zum Widerstand so genannter „interner Stakeholder“ *Hamann*, Ziele und Strategien von Krankenhausfusionen, S. 124 ff.

²⁶⁷ Anmerkung: Der umgekehrte Fall der Integration eines Lieferanten oder Abnehmers von Krankenhausleistungen in ein Krankenhaus(unternehmen) (=vertikaler Zusammenschluss) ist zwar denkbar, sicherlich aber sehr viel seltener.

²⁶⁸ Hierzu und zum Folgenden *Neubauer*, Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft, f & w 2000, S. 382, 384 f.

diese Betreibergesellschaft werden anschließend die Vermögenswerte des bzw. der Krankenhäuser zur Nutzung eingebracht; den jeweiligen Krankenhäusern verbleibt aber – im Unterschied zur „betriebswirtschaftlichen“ Fusion – das Eigentum an den zur Nutzung eingebrachten Gütern. Die Krankenhäuser bleiben somit als rechtlich selbständige Unternehmen bestehen, begeben sich aber unter eine einheitliche Leitung durch die Betreibergesellschaft.

Bei dieser Form des Zusammenschlusses bleibt der betriebswirtschaftliche Vorteil der einheitlichen, effizienten und konsequent handelnden Geschäftsleitung erhalten.²⁶⁹ Gleiches gilt für die Vorteile der Kooperations- sowie Fusionslösung hinsichtlich der Verbesserung der medizinischen Versorgung durch Spezialisierung der jeweiligen Krankenhäuser auf bestimmte Diagnose- und – Behandlungsmaßnahmen.

Im Gegensatz aber zur Fusion findet die Gründung einer Betreibergesellschaft höhere Akzeptanz bei den mehrheitlich kommunalen Trägern. Sie bleiben weiterhin Eigentümer des Krankenhauses und geben lediglich die betriebswirtschaftliche Führung in die Hände der Betreibergesellschaft. Da sie dort regelmäßig als Gesellschafter vertreten sind, verbleibt ihnen ein – wenn auch nicht mehr ungeteilter – Einfluss auf die Führung des Krankenhauses. Auch bei den Beschäftigten des betroffenen Krankenhauses stößt diese Lösung auf weniger Widerstand, weil sie keine Diskontinuität hinsichtlich ihres Arbeitsverhältnisses durch Arbeitgeberwechsel zur Folge hat.

Nachteilig sind aber die gegenüber der Fusion leichtere Umkehrbarkeit des Zusammenschlusses aufgrund erhaltener rechtlicher Eigenständigkeit sowie die Gefahr gegensätzlicher Interessensverfolgung der Krankenhauseigentümer über die Betreibergesellschaft.²⁷⁰

²⁶⁹ Hierzu um zum Folgenden *Neubauer*, Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft, f & w 2000, S. 382, 384 f.

²⁷⁰ *Neubauer*, Kooperation, Fusion, Betreibergesellschaft als Wege in die Zukunft, f & w 2000, S. 382, 385.

Die Gründung der vorstehend beschriebenen Betreibergesellschaft wird in der Regel die Voraussetzungen für einen Zusammenschluss im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB erfüllen. Hier kommen vor allem der Kontroll- bzw. Anteilerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GWB, ersatzweise § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB als Zusammenschlusstatbestände in Betracht.

2.3.1.3.2.7.4 Ergebnis

Die bloße Krankenhauskooperation stellt keine fusionsrechtlich relevante Form der Umstrukturierung von Krankenhäusern im Rahmen von betriebswirtschaftlichen Optimierungsmaßnahmen dar. Allerdings kann eine Kooperationsvereinbarung gegen § 1 GWB verstoßen. Diese kartellrechtliche Vorschrift ist grundsätzlich neben den Fusionskontrollvorschriften anwendbar; es gibt also kein „Konzentrationsprivileg“ mit der Folge der Unanwendbarkeit der Kartellverbots gemäß § 1 GWB im Falle der Erfüllung eines Fusionstatbestandes.²⁷¹ Die kartellrechtliche Bedeutung von Zusammenschlussvorhaben ist allerdings nicht Gegenstand dieser fusionsrechtlichen Arbeit.

Dagegen können sowohl die Krankenhausfusion im Sinne der betriebswirtschaftlichen Definition als auch die Integration eines oder mehrerer Krankenhäuser in eine Krankenhausbetreibergesellschaft die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB erfüllen. Die tatsächliche Umsetzung des Zusammenschlusses kann in durchaus sehr unterschiedlichen Varianten umgesetzt werden. Somit ist es letztlich eine Frage des Einzelfalls, welcher Zusammenschlusstatbestand bei Krankenhauszusammenschlüssen verwirklicht wird.

Insbesondere der Zusammenschluss von Krankenhäusern durch Gründung einer Betreibergesellschaft wird in der Praxis häufiger umgesetzt. Beispiele sind die Krankenhausübernahmen durch Krankenhausunternehmen wie Asklepios Kliniken GmbH, Helios GmbH, Medclin AG oder Rhön-Klinikum AG etc. Diese Unternehmen fungieren als Betreibergesellschaften rechtlich eigenständiger Krankenhäu-

²⁷¹ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 1, Rdnr. 41.

ser, die zuvor regelmäßig in kommunaler oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Trägerschaft geführt wurden.

Im Ergebnis können also die Krankenhausfusion im betriebswirtschaftlichen Sinn und die Eingliederung in eine Krankenhausbetreiber-gesellschaft als relevanten Formen der Krankenhausintegration die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB erfüllen. Nachfolgend sollen deshalb die weiteren Voraussetzungen der formellen Fusionskontrolle bei Krankenhauszusammenschlüssen, namentlich das Erreichen der Umsatzschwellen gemäß § 35 Abs. 1 GWB, erörtert werden.

2.3.1.3.3 Umsatzschwellen gemäß § 35 Abs. 1 GWB

Unter Beachtung der Subsidiarität gegenüber der europäischen Fusionskontrolle findet die deutsche Zusammenschlusskontrolle gemäß § 35 Abs. 1 GWB nur Anwendung, wenn in dem Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

- die beteiligten Unternehmen zusammen weltweite Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB) sowie
- mindestens eines der beteiligten Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro erzielt haben (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

Ziel der Einführung des Schwellenwertes von 500 Millionen Euro ist die Beschränkung der Fusionskontrolle auf Unternehmenszusammenschlüsse mit Beteiligung von Großunternehmen. Zwar können auch erhebliche Wettbewerbseinschränkungen durch Zusammenschluss kleinerer Unternehmen auf entsprechend kleinen Märkten eintreten; dies wird aber von dem Gesetzgeber zugunsten einer eindeutigen Anwendungsregelung der Fusionskontrolle hingenommen.²⁷²

²⁷² Langen/Bunte-Ruppelt, Kartellrecht, § 35, Rdnr. 18.

Die zusätzliche Einführung eines inländischen Mindestumsatzes gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB bezweckt in erster Linie die Kontrollfreiheit von Unternehmenszusammenschlüssen zwischen vorwiegend im Ausland tätigen Unternehmen und kleineren inländischen Unternehmen.²⁷³ Daneben soll auch der Zusammenschluss zwischen ausländischen Unternehmen mit geringem Inlandsbezug kontrollfrei gestellt werden.²⁷⁴ Durch Unternehmenszusammenschlüsse, deren beteiligte Unternehmen Inlandsumsatzerlöse von nicht mehr als 25 Millionen Euro erzielen, sind nach der Entscheidung des Gesetzgebers keine oder nur derart geringe Auswirkungen auf den Inlandswettbewerb zu erwarten, dass eine fusionskontrollrechtliche Überprüfung von vornherein entbehrlich ist.

2.3.1.3.3.1 Grundlagen der Umsatzerlösberechnung

Bei der Umsatzerlösberechnung ist entscheidend, welche und wie viele Unternehmen an dem Zusammenschluss „beteiligt“ und damit bei der Umsatzberechnung zu berücksichtigen sind. Insoweit ist zunächst nach den Zusammenschlussstatbeständen gemäß § 37 Abs. 1 GWB zu unterscheiden:

- Im Falle eines Vermögenserwerbs (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB) sind neben dem Erwerber lediglich der veräußerte Vermögensanteil (vgl. § 38 Abs. 5 GWB), nicht aber der Veräußerer insgesamt beteiligt.²⁷⁵
- Findet ein Kontrollerwerb gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB statt, werden die Umsatzerlöse des bzw. der Kontrollerwerber(s) (vgl. die so genannte „Mehr-

²⁷³ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 35, Rdnr. 10.

²⁷⁴ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 35, Rdnr. 20.

²⁷⁵ BGH vom 13.03.1979 WuW/E BGH S. 1570, 1571 „Kettenstichnähmaschinen“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 24; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 63; a. A. *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 1 a) bb), der unter Hinweis auf § 39 Abs. 2 Nr. 2 GWB den Veräußerer als beteiligt ansieht.

„Mehrmütterklausel“ gemäß § 36 Abs. 2 S. 2 GWB) sowie des kontrollierten Unternehmens berücksichtigt.²⁷⁶

- Bei einem Anteilserwerb sind grundsätzlich nur der Erwerber und das Anteilsunternehmen beteiligt, nicht aber der Veräußerer der Anteile.²⁷⁷ Sollte aber der Veräußerer Anteile zurückbehalten, so dass ein Gemeinschaftsunternehmen entsteht (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 sowie Nr. 3 S. 3 GWB), sind dessen Umsatzerlöse bei der Umsatzberechnung zu berücksichtigen.²⁷⁸ Gleiches gilt, wenn zwischen Veräußerer und Beteiligungsunternehmen eine sonstige Verbindung gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB verbleibt.
- Die Umsatzerlösermittlung im Rahmen sonstiger Unternehmensverbindungen (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) erfordert eine Differenzierung zwischen den Fällen des alleinigen und des gemeinsamen Einflusses.²⁷⁹ Sollte ein Unternehmen einen wettbewerblich erheblichen Einfluss über ein anderes Unternehmen erwerben, sind dieses und das beeinflusste Unternehmen beteiligt. Bei wettbewerblich erheblichem Einfluss durch mehrere Unternehmen handelt es sich um rechtlich zu unterscheidende (Vertikal-)Zusammenschlüsse, so dass die Umsatzerlöse des jeweiligen Einfluss nehmenden Unternehmens und des beeinflussten Unternehmens getrennt von den anderen beeinflussenden Unternehmen berücksichtigt werden.

Des Weiteren ist bei der Umsatzberechnung – neben der bereits erwähnten „Mehrmütterklausel“ gemäß § 36 Abs. 2 S. 2 GWB – die so genannten „Verbund-

²⁷⁶ Lange-Schröer, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel , § 2, Rdnr. 26; Emmerich, Kartellrecht, § 23, Nr. 1 a) bb).

²⁷⁷ Bechtold, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 24.

²⁷⁸ Langen/Bunte-Ruppelt, Kartellrecht, § 35, Rdnr. 16; Emmerich, Kartellrecht, § 23, Nr. 1 a) bb).

²⁷⁹ Bechtold, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 24.

klausel“ (§ 36 Abs. 2 S. 1 GWB) von Bedeutung.²⁸⁰ Danach werden unter Verweis auf §§ 17, 18 AktG am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen und die mit diesen verbundenen Unternehmen als einheitliche Unternehmen angesehen. Unternehmensgruppen werden somit fusionsrechtlich als Einheit betrachtet, wenn das am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG oder ein abhängiges bzw. herrschendes Unternehmen gemäß § 17 AktG ist. Im Falle des § 17 AktG genügt eine beabsichtigte Beherrschungsmöglichkeit, die gemäß § 17 Abs. 2 AktG bei Mehrheitsbeteiligung vermutet wird. Entgegen dem Wortlaut ist diese „Verbundklausel“ auch auf Nicht-Aktiengesellschaften anwendbar.²⁸¹

Bei der konkreten Berechnung werden die Umsatzerlöse aus sämtlichen sachlichen und räumlichen, d. h. unter Umständen weltweiten Geschäftsfeldern berücksichtigt. Maßgeblich sind also nicht lediglich die von dem Zusammenschluss betroffenen Märkte, sondern alle umsatzrelevanten Tätigkeitsgebiete der beteiligten Unternehmen.²⁸²

Die Umsatzerlösermittlung erfolgt im Übrigen gemäß § 38 GWB, der auf § 277 Abs. 1 HGB verweist. Demgemäß sind diejenigen Umsätze von Bedeutung, die die beteiligten Unternehmen – unabhängig von ihrer Rechtsform – im Rahmen ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit erzielen.²⁸³ Hierzu gehören auch Dienstleistungen²⁸⁴, so dass insbesondere die von Krankenhäusern getätigten Erlösumsätze einzubeziehen sind.

280 *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 24.

281 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 35.

282 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 38, Rdnr. 2.

283 *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 30; Anmerkung: Umsatzerlöse zwischen verbundenen Unternehmen sowie Verbrauchssteuern bleiben allerdings gemäß § 38 Abs. 1 S. 2 GWB unberücksichtigt.

284 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 38, Rdnr. 12.

Darüber hinaus enthält § 38 Abs. 2 – 4 GWB besondere Regelungen für einzelne Umsatzarten bzw. Wirtschaftszweige, die für die vorliegende Untersuchung nicht von Bedeutung sind.²⁸⁵

2.3.1.3.3.2 Anwendung der Umsatzschwellen bei Krankenhausfusionen

Der Zusammenschluss zweier oder mehrerer Privatkrankenhäuser wird in der Regel die Umsatzschwelle gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB von 500 Millionen Euro nicht überschreiten. Dies gilt selbst bei Beteiligung großer Klinika mit mehr als 1.000 Betten. Dies soll folgende Modellrechnung veranschaulichen, wobei ein Umsatzerlös eines Krankenhauses von 250 Euro pro Bett pro Tag unterstellt wird:²⁸⁶

- 500 Millionen Euro (Jahresumsatzerlös) : 250 Euro/Bett/Tag = 2.000.000 Bettentage
- 2.000.000 Bettentage : 360 Tage \approx 5.555 Betten

Nach dieser Berechnung wären ca. 5.500 Krankenhausbetten erforderlich, um einen Umsatzerlös von 500 Millionen Euro zu erwirtschaften.

Die vorstehende Kalkulation kann somit – trotz gewisser Ungenauigkeiten – zumindest eine grobe Vorstellung davon geben, welche Größenordnung bei Krankenhauszusammenschlüssen erforderlich ist, damit der Mindestumsatz von 500 Millionen Euro erreicht werden kann. Sie zeigt, dass Zusammenschlüsse selbst

²⁸⁵ Siehe zu den Einzelheiten in *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 38, Rdnr. 1 ff.

²⁸⁶ Anmerkung: Der unterstellte durchschnittliche Bettentagessatz von 250 Euro (\approx DM 500) errechnet sich beispielhaft und näherungsweise aus den Unternehmenszahlen der Helios AG aus dem Jahre 2000, wonach bei einer Bettengesamtzahl von ca. 4.400 ein Gesamtumsatz von ca. DM 822.700.000 erzielt wurde [DM 822.700.000 : (4.400 Betten x 360 Tage) \approx DM 520; siehe zu den Unternehmenszahlen den Unternehmensbericht der Helios AG für das Jahr 2000, veröffentlicht u. a. unter der Internet-Adresse www.helios-kliniken.de/download/default.htm]. Bei anderen Krankenhäusern bzw. Krankenhausunternehmen können höhere oder niedrigere Bettentagessätze vorliegen.

großer Klinika mit über 1.000 Betten nicht ausreichen, um den Schwellenumsatz für die Anwendung der Vorschriften der deutschen Fusionskontrolle zu überschreiten.

Anderes könnte unter Umständen gelten, wenn z. B. Großstädte oder Stadtstaaten (Hamburg, Berlin, Bremen) Anteile ihrer Großkrankenhäuser teilweise veräußern bzw. Bundesländer ihrer Universitätskliniken. In diesen Fällen könnten die Umsatzerlöse ihrer weiteren Regiebetriebe auch außerhalb des Krankenhaussektors einzubeziehen sein (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1, Nr. 3 S. 3 sowie Nr. 4 GWB i. V. m. § 36 Abs. 2 und 3).²⁸⁷ Abhängig von der Anzahl und den jeweiligen Umsatzerlösen der weiteren Regiebetriebe öffentlich-rechtlicher Körperschaften könnte die 500-Millionen-Euro-Grenze bereits beim Verkauf eines einzelnen Krankenhauses überschritten werden, insbesondere unter Berücksichtigung der Umsatzerlöse des jeweiligen Erwerbers.

In erster Linie aber wird die 500-Millionen-Euro-Grenze bei Krankenhausübernahmen durch große Krankenhausunternehmen bzw. –betreibergesellschaften überschritten werden können. Hierzu gehören Unternehmen wie z. B. Asklepios Kliniken GmbH, Helios GmbH, Medclin AG oder Rhön-Klinikum AG. Diese Unternehmen führen z. T. mehr als 60 Kliniken bzw. Krankenhäuser und haben ihren Geschäftsberichten zufolge Umsatzerlöse von über bzw. noch knapp unter 500 Millionen Euro.²⁸⁸ Bei Unternehmen dieser Größenordnung besteht aufgrund ihrer Marktmacht durchaus die Möglichkeit, dass weitere Übernahmen von konkurrierenden Krankenhäusern Auswirkungen auf den Krankenhauswettbewerb haben. Deshalb ist eine fusionskontrollrechtliche Überprüfung erforderlich.

Auch bei der Übernahme von Krankenhäusern z. B. durch ein oder mehrere Krankenversicherungsunternehmen bzw. durch Unternehmen, an denen Krankenversi-

²⁸⁷ Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 1 a) bb); *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 25; Anmerkung: Entsprechendes gilt, soweit ausnahmsweise ein Nichtkrankenhausunternehmen (eventuell mit weiteren Töchtern) ein Krankenhaus erwirbt oder veräußert.

²⁸⁸ Siehe Fußnote Nr. 115.

cherungen beteiligt sind (vgl. §§ 36 Abs. 2, 37 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4 GWB, 38 Abs. 4 GWB), kann die Schwelle von 500 Millionen Euro erreicht werden.

Soweit ausländische (Krankenhaus-)Unternehmen ohne Inlandsumsatz kleinere inländische Krankenhäuser mit Umsatzerlösen von nicht mehr als 25 Millionen Euro übernehmen sollten, erfolgt allerdings gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB keine fusionskontrollrechtliche Überprüfung nach dem GWB. Dies gilt selbst dann, wenn das ausländische Unternehmen einen Umsatz von mehr als 500 Millionen Euro weltweit (mit Ausnahme der Bundesrepublik Deutschland) erzielt. Zusammenschlüsse von bzw. mit einem inländischen Krankenhaus mit derart geringen Auswirkungen auf den Krankenhauswettbewerb sollen folglich ohne weitere fusionsrechtliche Prüfung zulässig sein.

Von dieser Klausel betroffen sein könnten Krankenhäuser, die weniger als ca. 200 - 300 Betten aufweisen (Krankenhäuser der Grund- bis Regelversorgung). Deren Umsatz dürfte bei einem Bettentagesatz von unterstellten 250 Euro im Bereich der 25-Millionen-Euro-Grenze bzw. darunter liegen.²⁸⁹

2.3.1.3.4 Anschlussklausel gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB

Auch wenn die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 GWB erfüllt sind, findet diese Vorschrift keine Anwendung, soweit der Tatbestand des § 35 Abs. 2 GWB verwirklicht ist. Auf diese Weise wird die grundsätzlich mögliche Anwendbarkeit der materiellen Zusammenschlusskontrolle durch § 35 Abs. 2 GWB wieder ausgeschlossen. Dies ist gemäß der Nr. 1 des § 35 Abs. 2 GWB zunächst der Fall, wenn an dem Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, das im letzten Geschäftsjahr einen weltweiten Umsatzerlös von weniger als 10 Millionen Euro erzielt. Wei-

289

Anmerkung: Dies ergibt sich aus folgender Modellrechnung \Rightarrow 25 Millionen Euro Jahresumsatzerlös : 250 Euro/Bett/Tag = 500.000 Bettentage; 500.000 Bettentage : 360 Tage \approx 277 Betten; im Einzelfall müssen die entsprechenden Werte konkret ermittelt werden.

tere Voraussetzung ist, dass das Unternehmen nicht abhängig im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB ist.

Mit dieser Regelung wird verhindert, dass Zusammenschlüsse bereits dadurch kontrollpflichtig werden, dass die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 GWB durch ein Unternehmen allein erfüllt werden, wobei die Größe des anderen Unternehmens völlig ohne Bedeutung bliebe.²⁹⁰ Die Anschlussklausel bezweckt damit vor allem die fusionsrechtliche Privilegierung kleiner und mittlerer Unternehmen, so dass unabhängige Unternehmer, die keinen Nachfolger haben, ihr Unternehmensvermögen verwerten können.²⁹¹ Darüber hinaus ist die Vorschrift auch auf Unternehmen der öffentlich-rechtlichen Körperschaften anwendbar.²⁹²

Großunternehmen sollen sich dagegen nicht kontrollfrei von kleineren Unternehmen trennen können.²⁹³ Die Anschlussklausel findet deshalb grundsätzlich keine Anwendung bei der Veräußerung abhängiger Unternehmen, da dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB zufolge die Fusionskontrolle nur bei dem Anschluss eines Unternehmen unterbleiben kann, „das nicht im Sinne des § 36 Abs. 2 abhängig ist“..... In den Fällen der Veräußerung eines abhängigen Unternehmens findet dann eine ausnahmsweise Hinzurechnung des Konzernumsatzes des Veräußerers statt.²⁹⁴ Nur wenn auch dieser unter der 10-Millionen-Euro-Grenze

290 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 35, Rdnr. 16.

291 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 44; *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 28.

292 KG vom 16.06.1981 WuW/E OLG S. 2507, 2510 „Veba/Stadtwerke Wolfenbüttel“; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 35, Rdnr. 26; *Emmerich*, Fusionskontrolle und überragende Marktstellung, Festschrift für Franz Böhm, S. 119, 122.

293 BGH vom 24.06.1980 WuW/E BGH S. 1711, 1712 „Mannesmann/Brueninghaus“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 44.

294 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 28.

bleibt, kann aufgrund einer teleologischen Reduktion trotz des gegenteiligen Wortlautes des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB die Fusionskontrolle unterbleiben.²⁹⁵

Die Anschlussklausel setzt ferner voraus, dass der Zusammenschluss freiwillig erfolgt.²⁹⁶ Dies ist aus dem Gesetzeszweck zu schließen, der die freiwillige Verwertung des klein- und mittelständigen Unternehmensvermögens durch den Eigentümer fördern soll. Feindliche Übernahmen durch Großunternehmen sollen dagegen nicht fusionskontrollfrei gestellt werden.

Soweit die Voraussetzungen der Anschlussklausel gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfüllt sind, findet keine fusionskontrollrechtliche Überprüfung des Zusammenschlusses statt. Da die Vorschriften der Fusionskontrolle insgesamt nicht gelten, bedarf es insbesondere keiner Anmeldung oder Anzeige beim Bundeskartellamt.²⁹⁷

Die 10-Millionen-Euro-Grenze des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist bewusst niedrig angesetzt worden, um zu gewährleisten, dass Großunternehmen nicht völlig unkontrolliert mittelständische Märkte übernehmen.²⁹⁸ Das kann dazu führen, dass selbst im Falle eines Zusammenschlusses mit kleinen Krankenhäusern die Anschlussklausel wegen Überschreitung der Umsatzerlösgrenze keine Anwendung finden könnte. Deshalb soll nachfolgend die ungefähre Bettenanzahl eines Krankenhauses ermittelt werden, ab der eine Überschreitung der Umsatzerlösgrenzen für die Anwendung der Anschlussklausel in Betracht kommt.

²⁹⁵ KG vom 16.06.1981 WuW/E OLG S. 2507, 2511 ff. „Veba/Stadtwerke Wolfenbüttel“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 28; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 35, Rdnr. 22; *Schulte*, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, Die AG 1998, S. 297, 305 f.; a. A. *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 4 unter Verweis auf KG vom 18.05.1979 WuW/E OLG S. 2120 f. „Mannesmann/Brueninghaus“.

²⁹⁶ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 35, Rdnr. 29; *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 4; a. A. *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 28; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 45, unter Hinweis auf den Wortlaut des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB (neutraler Begriff des „Zusammenschlusses“).

²⁹⁷ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 53 ff.; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 29.

²⁹⁸ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 35, Rdnr. 17.

Bei dem erneut unterstellten Umsatzerlös eines Krankenhauses von 250 Euro pro Bett pro Tag ergibt sich folgende Rechnung:

- 10.000.000 Euro (Jahresumsatzerlös) : 250 Euro/Tag/Bett = 40.000 Bettentage
- 40.000 Bettentage : 360 Tage/Jahr \approx 111 Betten

Somit dürfte bei Krankenhäusern bereits mit einer Größe von 100 – 150 Betten der Schwellenumsatz der Anschlussklausel überschritten werden können.

Die Übernahme von Krankenhäusern mit einer Bettenzahl von unter 100 könnte dagegen noch die Voraussetzungen der Anschlussklausel erfüllen.²⁹⁹ In diesen Fällen wäre dann aber zu prüfen, ob das betreffende Krankenhaus nicht von dem veräußernden Unternehmen abhängig ist, so dass eine ausnahmsweise Hinzurechnung des Umsatzerlöses des Veräußerers in Betracht kommt. Dies kann insbesondere bei Verkäufen von Krankenhäusern der öffentlichen Hand gegeben sein, auf die § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB ebenfalls Anwendung findet. Gemäß § 36 Abs. 2 GWB wären Umsatzerlöse von möglicherweise vorhandenen weiteren Unternehmen bzw. Regiebetrieben der öffentlich-rechtlichen Körperschaft zu berücksichtigen. Es können dann die Umsatzgrenzen für die Anwendung der Anschlussklausel überschritten werden, so dass die Fusionskontrolle durchführbar wäre, selbst wenn das veräußerte Krankenhaus weit weniger als 100 Betten hätte.

2.3.1.3.5 Bagatellmarktklausel gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB

Auch die Bagatellmarktklausel soll einer unnötigen fusionskontrollrechtlichen Überprüfung von Zusammenschlüssen ohne hinreichende marktrelevante Bedeu-

²⁹⁹

Anmerkung: Die Anzahl der Krankenhäuser dieser Größenordnung war im Jahre 1997 mit 612 am höchsten (vgl. *Perz, Charme und Chance der kleinen Häuser, f & w* 2000, S. 30, 31).

tung vorbeugen.³⁰⁰ Deshalb unterliegen inländische Märkte gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB keiner Fusionskontrolle, wenn auf ihnen weniger als 15 Millionen Euro umgesetzt werden. Dies gilt auch dann, wenn an dem Zusammenschluss Unternehmen beteiligt sind, die Milliardenumsätze erzielen.³⁰¹ Voraussetzung ist allerdings, dass der Markt bereits 5 Jahre bestanden hat. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass expandierende Märkte nur deshalb nicht der Fusionskontrolle unterliegen, weil ihr Marktvolumen noch nicht hinreichend angewachsen ist.³⁰² Somit sind Märkte in der Entwicklungsphase in vollem Umfang der Fusionskontrolle unterworfen.³⁰³

Die fehlende gesamtwirtschaftliche Marktbedeutung definiert das Gesetz anhand des Marktvolumens von weniger als 15 Millionen Euro.³⁰⁴ Das Marktvolumen setzt sich dabei zusammen aus der Summe der auf dem relevanten sachlichen und räumlichen Markt erreichten Umsatzerlöse. Die Berechnung des Marktvolumens erfordert zunächst die Abgrenzung des relevanten Marktes anhand der allgemeinen Regeln.³⁰⁵ In einem zweiten Schritt sind dann die auf diesem Markt tätigen Unternehmen zu ermitteln, deren Umsatzsumme schließlich das Marktvolumen ergibt. Im Ergebnis werden also die Umsatzerlöse der sich zusammenschließenden Unternehmen und ihrer Konkurrenten addiert.

In der Regel versucht das Kartellamt, den Markt eng zu begrenzen, um somit eher eine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen.³⁰⁶ Damit wird aber die Anwendung der Bagatellmarktklausel durch entsprechend geringere Umsätze auf kleinen

300 *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 35, Rdnr. 24.

301 *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 5.

302 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 32.

303 *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 5.

304 Hierzu und zum Folgenden *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 35, Rdnr. 33.

305 Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.3.2.1.1 (S. 95 f.).

306 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 50.

Märkten immer wahrscheinlicher, so dass im Ergebnis das Ziel der engen Marktdefinition durch Ausschluss der Fusionskontrolle unterlaufen wird.

Um dem entgegenzuwirken, hat das Kartellamt die – vom BGH im Wesentlichen bestätigte – „Bündeltheorie“ entwickelt.³⁰⁷ Danach ist die Anwendung der Bagatellmarktklausel im Wege einer teleologischen Reduktion einzuschränken, wenn der Zusammenschluss gesamtwirtschaftliche Bedeutung erlangt³⁰⁸, indem z. B.

- ein Zusammenschluss Auswirkungen auf nicht nur einen, sondern mehrere zwar selbständige, aber benachbarte (Bagatell-)Märkte hat,³⁰⁹
- ein Großunternehmen im Rahmen einer wettbewerbsbeschränkenden Marktstrategie willkürliche Marktaufspaltungen zur Schaffung künstlicher Teilmärkte betreibt³¹⁰ und/oder
- die sich zusammenschließenden Unternehmen auf mehreren Bagatellmärkten flächendeckend mit einer einheitlichen Unternehmensstrategie agieren.³¹¹

307 BKartA vom 25.03.1976 WuW/E BKartA S. 1653, 1656 „Babcock/Artos“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 5; BGH vom 19.12.1995 WuW/E BGH S. 3037, 3042 f „Raiffeisen“; *Emmerich*, Fusionskontrolle 1995/96, Die AG 1996, S. 529, 534; *Schulte*, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, Die AG 1998, S. 297, 306 f.; *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 29; ablehnend KG vom 01.03.1989 WuW/E OLG S. 4379, 4383 „Schleswig-Holsteinischer Anzeigenverlag“.

308 BGH NJW 1996, S. 1820, 1822; vgl. ferner *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 35, Rdnr. 37; Anmerkung: Nach *Lange-Schröer*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 29, werden die Umsätze der benachbarten Märkte addiert.

309 *Emmerich*, Kartellrecht, § 23, Nr. 5; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 37, Rdnr. 37; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 35, Rdnr. 24.

310 BGHZ 81, S. 56, 62 f. „Transportbeton Sauerland“.

311 Vgl. BGH NJW 1996, S. 1820, 1822; BKartA vom 01.10.1990 WuW/E BKartA S. 2488, 2494 „Bayerische Asphalt-Mischwerke“; BKartA vom 09.12.1999 WuW/E DE-V S. 203, 205 „Krautkrämer/Nutronik“.

Allerdings ist die Bündeltheorie nur auf sachlich identische Märkte anwendbar.³¹²

Soweit die Märkte sachlich nicht gleich sind, werden auch räumlich benachbarte Märkte nicht gebündelt.³¹³

Die fusionsrechtlichen Auswirkungen der Bagatellmarktklausel hängen im Übrigen von der Anzahl der betroffenen (Bagatell-)Märkte ab.

Erfolgt der Zusammenschluss nur auf einem Bagatellmarkt, ohne dass weitere Märkte beteiligt sind, so sind sämtliche Vorschriften der Fusionskontrolle aufgrund der Bagatellmarktklausel unanwendbar; in diesem Fall besteht deshalb auch keine Anmelde- bzw. Anzeigepflicht hinsichtlich des Zusammenschlusses.³¹⁴

Sollten aber neben dem Bagatellmarkt noch weitere (benachbarte) Märkte mit Umsatzerlösen über 15 Millionen Euro von dem Zusammenschluss betroffen sein, sind die Voraussetzungen des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB hinsichtlich dieser anderen Märkte nicht erfüllt. Die Anzeige- bzw. Anmeldepflicht bleibt bestehen, allerdings findet der Bagatellmarkt bei der materiellen Fusionskontrolle keine Berücksichtigung.³¹⁵

Welche Auswirkungen die Bagatellmarktklausel bei Krankenhausfusionen hat, hängt von der jeweiligen Zusammenschlusskonstellation ab:

³¹² Anmerkung: Zur Definition des sachlich identischen Marktes bei Krankenhäusern siehe unter Nr. 2.3.2.1.1.1 (S. 99 ff.).

³¹³ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rdnr. 51.

³¹⁴ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 35, Rdnr. 35; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 35, Rdnr. 38.

³¹⁵ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 35, Rdnr. 38; BKartA vom 09.12.1999 WuW/E DE-V S. 201, 205, 208 „Krautkrämer/Nutronik“.

2.3.1.3.5.1 Bagatellmarktklausel bei Zusammenschlüssen von inländischen Krankenhäusern mit inländischen Krankenhausunternehmen

Der Hauptanwendungsfall der Fusionskontrolle bei Krankenhauszusammenschlüssen dürfte die Übernahme von inländischen Krankenhäusern durch große inländische Krankenhausunternehmen sein. Gewinn- und Umsatzwachstum werden bei diesen Unternehmen vorwiegend durch Erwerb von Krankenhäusern erfolgen, so dass deren Unternehmensstrategie in besonderem Maße auf die Eingliederung weiterer Krankenhäuser ausgerichtet sein wird. Darüber hinaus kann aufgrund der hohen Umsatzschwelle gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB die Fusionskontrolle von vornherein nur bei großen Krankenhausunternehmen mit Umsatzerlösen von mehr als 500 Millionen Euro Anwendung finden.

Ob die Bagatellklausel bei einer Krankenhausübernahme durch derart umsatzstarke Krankenhausunternehmen greifen kann, ist zweifelhaft.³¹⁶

Dies wäre von vornherein ausgeschlossen, wenn das zu übernehmende Krankenhaus einen Umsatzerlös von 15 Millionen Euro bzw. mehr erzielen würde. Bei einem Bettentagesatz von unterstellten 250 Euro und einer angenommenen Auslastung von 100 % dürfte die 15-Millionen-Euro-Grenze mit einer Bettenanzahl von ca. 166 erreicht werden.³¹⁷ Somit kann die Bagatellklausel bei Übernahmen von Krankenhäusern mit 200 und mehr Betten wahrscheinlich keine Anwendung finden.³¹⁸ Darüber hinaus wäre die Bagatellklausel nach der Bündeltheorie des

³¹⁶ Anmerkung: Vgl. generell zur Anwendbarkeit der Bagatellmarktklausel bei Zusammenschlüssen mit Umsatzerlösen von mehr als 500 Millionen Euro *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 35, Rdnr. 24.

³¹⁷ Anmerkung: Dies ergibt sich aus folgender Modellrechnung \Rightarrow 15 Millionen Euro Jahresumsatzerlös : 250 Euro/Bett/Tag = 60.000 Bettentage; 60.000 Bettentage : 360 Tage \approx 166 Betten.

³¹⁸ Anmerkung: Die Beurteilung beruht auf der vorstehenden Modellrechnung und bedarf der Überprüfung im Einzelfall. Bundesweit gab es 1997 insgesamt 570 Krankenhäuser mit bis zu 200 Betten (vgl. *Perz*, *Charme und Chance der kleinen Häuser*, f & w 2000, S. 30, 31).

Bundeskartellamtes nicht anwendbar, wenn der Zusammenschluss Auswirkungen auf mehrere zwar räumlich und sachlich selbständige, aber benachbarte Bagatellmärkte hätte oder wenn das Krankenhausunternehmen flächendeckend mit einer einheitlichen Unternehmensstrategie aufträte.

Bei Umsatzerlösen eines Krankenhausunternehmens von mehr als 500 Millionen Euro besteht durchaus die Möglichkeit, dass diese Ausschlussgründe erfüllt sein können. Dies gilt insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass Krankenhausunternehmen mitunter regional konzentriert Krankenhäuser erwerben.³¹⁹ Somit erhöht sich die Gefahr der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Bagatellmärkte infolge der räumlichen Nähe, selbst wenn die jeweiligen Märkte der Krankenhäuser als räumlich selbständig abzugrenzen wäre. Des Weiteren ist es gerade das Ziel der Krankenhausunternehmen, die von ihnen übernommenen Krankenhäuser mittels einer einheitlichen Unternehmensstrategie kostengünstig und effizient zu betreiben. Zwar mag bezogen auf ganz Deutschland bezweifelt werden können, dass bei der gegenwärtigen Größe der Krankenhausunternehmen mit bis zu ca. 70 Krankenhäusern (z. B. Asklepios Kliniken GmbH) eine flächendeckende Tätigkeit festgestellt werden kann. Aber soweit die von den Krankenhausunternehmen betriebenen Krankenhäuser regional konzentriert angesiedelt sind, kann zumindest in diesen Gebieten eine flächendeckende stationäre Patientenversorgung in Betracht gezogen werden. Letztlich muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Märkte der von dem jeweiligen Krankenhausunternehmen geführten Krankenhäuser vom Markt des übernommenen Krankenhauses räumlich derart getrennt sind, dass keine nennenswerten Wechselwirkungen zwischen den betroffenen Märkten durch den Zusammenschluss eintreten können, die eine Anwendung der Bündeltheorie des Bundeskartellamtes rechtfertigen.

319 Anmerkung: Siehe hierzu die Übersichtskarten der Krankenhausstandorte z. B. der Helios Kliniken mit überwiegenden Standorten in der Mitte und dem Südwesten Deutschlands (veröffentlicht unter der Internetadresse www.helios-kliniken.de/kliniken/start.html) sowie der Mediclin AG mit einer Vielzahl von Kliniken im Südwesten Deutschlands (veröffentlicht www.mediclin.de/html_Version/unternehmen/kliniken.html).

2.3.1.3.5.2 Bagatellmarktklausel bei Zusammenschlüssen zwischen inländischen Krankenhäusern und ausländischen (Krankenhaus-)Unternehmen

Im Falle eines Zusammenschlusses zwischen einem im Inland und einem im Ausland tätigen Unternehmen kann eine Marktbündelung zwischen inländischen und ausländischen Märkten schon deshalb nicht erfolgen, weil das GWB als größten Markt den inländischen Gesamtmarkt betrachtet; ausländische Märkte finden keine unmittelbare Berücksichtigung.³²⁰ Im Übrigen werden räumlich benachbarte Märkte – außer in der unmittelbaren Grenzregion – kaum bejaht werden können. Deshalb wird auch aus diesem Grund wegen fehlender Nachbarschaft der räumlichen Märkte keine Marktbündelung erfolgen können.

Falls also das inländische Krankenhaus einen Umsatzerlös von weniger als 15 Millionen Euro erzielt, kann die Bagatellmarktklausel zur Anwendung kommen, soweit deutsches Recht aufgrund einer Inlandswirkung gemäß § 130 Abs. 2 GWB anwendbar und nicht gegenüber der europäischen Fusionskontrolle subsidiär sein sollte.³²¹

2.3.1.3.5.3 Bagatellmarktklausel bei Zusammenschlüssen zwischen Krankenhäusern und Nicht-Krankenhausunternehmen

Ein fusionsrechtlich relevanter Zusammenschluss zwischen einem Krankenhaus und einem außerhalb des Krankenhausmarktes tätigen Unternehmen mit einem Gesamtumsatz von mehr als 500 Millionen Euro ist eher unwahrscheinlich. Allen-

³²⁰ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.3.2.1.1.2 (S. 109 ff.).

³²¹ Anmerkung: Im umgekehrten Fall des Erwerbs eines ausländischen Krankenhauses durch ein deutsches Unternehmen dürfte ein Inlandsbezug gemäß § 130 GWB wegen fehlender struktureller Veränderungen auf dem deutschen Krankenhausmarkt regelmäßig zu verneinen sein (vgl. *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 35, Rdnr. 43). Zum räumlichen Geltungsbereich des deutschen Wettbewerbsrecht siehe unter Nr. 2.3.1.2 und zur Subsidiarität der deutschen gegenüber der europäischen Fusionskontrolle siehe unter Nr. 2.3.1.1.

falls Krankenversicherungen oder eventuell Pharmaunternehmen dürften eine Krankenhausübernahme erwägen.

In diesen Fällen wird eine sachliche Identität des Krankenhausmarktes mit dem Markt des übernehmenden Unternehmens in aller Regel nicht nachweisbar sein, so dass die Bündeltheorie des Bundeskartellamtes keine Anwendung findet. Soweit also das zu übernehmende Krankenhaus einen geringeren Umsatzerlös als 15 Millionen Euro erzielt, kann aufgrund der Bagatellklausel eine fusionsrechtliche Prüfung einschließlich der Anmeldung/Anzeige beim Bundeskartellamt unterbleiben.

2.3.2 Materielle Fusionskontrolle

Sind die Voraussetzungen der formellen Fusionskontrolle und damit die Aufgreifkriterien erfüllt, ist das Bundeskartellamt berechtigt und verpflichtet, die geplanten Krankenhauszusammenschlüsse der materiell-rechtlichen Zusammenschlusskontrolle zu unterziehen und somit festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Untersagung (Eingreifkriterien) vorliegen. Prüfungsmaßstab sind die in § 36 Abs. 1 GWB aufgeführten Tatbestandsmerkmale.

§ 36 Abs. 1 GWB ist die Grundnorm der „materiellen Fusionskontrolle“.³²² Danach hat das Bundeskartellamt (§§ 48 ff. GWB) einen Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (vgl. § 19 Abs. 2 und 3 GWB) begründet oder verstärkt wird. Das Gesetz verlangt also, dass die marktbeherrschende Stellung auf einem Zusammenschluss beruht. Wenn ein Unternehmen lediglich durch internes Wachstum eine marktbeherrschende Stellung erwirbt, unterliegt es nicht der Fusionskontrolle, sondern allein der Missbrauchsaufsicht (§§ 1 ff. GWB).

Das Bundeskartellamt hat bei seiner Entscheidung über die Untersagungsverfügung keinen Ermessensspielraum („ist zu untersagen“; vgl. § 36 Abs. 1, 1. Teiltatbestand GWB).³²³ Die Untersagung ist allerdings unzulässig, wenn durch den Zusammenschluss Marktverbesserungen eintreten, die die wettbewerblichen Nachteile überwiegen (§ 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB). Insoweit haben die beteiligten Unternehmen die Beweislast.³²⁴

Darüber hinaus kann ein untersagter Zusammenschluss gemäß § 42 GWB durch den Bundeswirtschaftsminister erlaubt werden.

³²² Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 1; Lange-Rösler, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 47.

³²³ Emmerich, Kartellrecht, § 25, vor Nr. 1.

³²⁴ Bechtold, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 22.

Aufgrund der vorgenannten Prüfungspunkte kann die materielle Fusionskontrolle wie folgt untergliedert werden:

- positive Voraussetzungen für eine Untersagung eines Zusammenschlusses;
- negative Voraussetzungen für eine Untersagung eines Zusammenschlusses;
- Vorliegen bzw. Fehlen einer Ministererlaubnis.

2.3.2.1 Positive Voraussetzungen für die Untersagung eines Krankenhauszusammenschlusses gemäß § 36 Abs. 1, 1. Teiltatbestand GWB

Positive Voraussetzung für eine Untersagung gemäß § 36 Abs. 1 GWB ist zunächst die durch den Zusammenschluss zu erwartende Begründung oder Verstärkung einer „marktbeherrschenden Stellung“. Wann eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist in § 36 GWB nicht definiert. Vielmehr findet der zu den Vorschriften über die Missbrauchsaufsicht gehörende § 19 Abs. 2 und 3 GWB auch auf die in § 36 GWB geregelt Zusammenschlusskontrolle Anwendung.³²⁵ Allerdings ist bei der Anwendung der zu § 19 Abs. 2 und 3 GWB entwickelten Auslegungskriterien zu beachten, dass sich § 19 GWB gegen die missbräuchliche Ausnutzung einer bereits eingetretenen marktbeherrschenden Stellung wendet, während § 36

325

BGH vom 19.12.1995 WuW/E BGH S. 3037, 3039 „Raiffeisen“ für § 22 Abs. 1 und 2 GWB a. F.; BKartA vom 18.11.1974 WuW/E BKartA S. 1561, 1564 „o.b.“; *Immen- ga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 119; *Langen/Bunte- Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 12; *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 50; *Westrick/Loewenheim*, § 24 Rdnr. 21, für den dem § 36 Abs. 1 GWB entsprechenden § 24 GWB a. F.; ausführlich zu Inhalt und Anwendung des § 19 Abs. 2 und 3 GWB unter Nr. 2.3.2.1.2 (Seite 113 ff.).

Abs. 1 GWB auch im Falle der zukünftigen Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung eine Zusammenschlussuntersagung rechtfertigt.³²⁶

Die Feststellung, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, erfolgt in zwei Stufen:³²⁷

- Zunächst wird der „relevante Markt“ ermittelt,
- auf dessen Basis sodann die „Wettbewerbssituation“ analysiert wird.

2.3.2.1.1 Abgrenzung des relevanten Marktes der Krankenhäuser

Weder § 36 Abs. 1 GWB noch § 19 GWB enthalten einen verbindlichen Katalog aller möglichen relevanten Märkte. Aus diesem Grund ist es erforderlich, den jeweiligen Markt der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Einzelfall abzugrenzen.³²⁸ Allerdings stellt das Gesetz keine konkreten Regeln für diese Marktabgrenzung zur Verfügung; dies hat zur Folge, dass das Bundeskartellamt bzw. die Rechtsprechung Kriterien für die Marktdefinition entwickeln müssen.³²⁹

Nach allgemeiner Meinung sind Märkte wirtschaftliche Sachverhalte, die der Gesetzgeber sowie die Rechtsanwender nicht normieren können, sondern die die wirtschaftliche Praxis vorgibt und die möglichst realitätsnah aus der Sicht der

³²⁶ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 119 ff.; Anmerkung: Im Einzelnen siehe hierzu unter Nr. 2.3.2.1.2 und Nr. 2.3.2.1.3 (S. 139 ff.).

³²⁷ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 2; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 3.

³²⁸ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 3.

³²⁹ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 6.

Marktgegenseite beschrieben werden müssen.³³⁰ Das Gesetz unterscheidet in § 19 Abs. 2 S. 1 GWB, der auch für die Zusammenschlusskontrolle gilt, lediglich zwischen Anbieter-Markt und Nachfrager-Markt. Bei Anbietermärkten wird geprüft, ob eine Marktbeherrschung durch die Anbieterseite besteht, während bei Nachfragemärkten die Marktbeherrschung durch die Nachfragerseite relevant ist.³³¹ Nachfragemacht kann vorwiegend im Bereich des Handels, aber auch auf Zuliefererseite bestehen.³³²

Gegenstand dieser Märkte können gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GWB allgemein „Waren“ und „gewerbliche Leistungen“ sein. Diese Begriffe sind weit auszulegen und umfassen jeden Gegenstand des Geschäftsverkehrs.³³³

Die von einem Krankenhaus angebotenen Leistungen wie Diagnostik, Behandlung, Unterkunft und Pflege sind zu der Gruppe der entgeltlichen Dienst- bzw. Mietleistungen zu zählen. Dementsprechend sind sie als Gegenstände des Geschäftsverkehrs „gewerbliche Leistungen“ im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 GWB. Die Krankenhausleistungen sind somit marktfähig i. S. d. §§ 36 Abs.1, 19 Abs. 2 und 3 GWB.

Fraglich ist allerdings, ob es sich bei dem Krankenhausmarkt um einen Anbieter- oder um einen Nachfrager-Markt handelt. Letzteres wäre der Fall, wenn eine Marktbeherrschung durch die Nachfrager der Krankenhausleistungen in Betracht käme. Zunächst ist dabei an die Patienten als die unmittelbaren Empfänger der Krankenhausdienstleistung zu denken. Diesen wären marktbeherrschend, wenn sie aufgrund ihrer Nachfragemacht z. B. die Krankenhauspreise oder den Umfang

330 *Frankfurter Kommentar-Kersten*, § 22, Rdnr. 79 f.; *Lademann*, Methodologische und erfahrungswissenschaftliche Probleme bei der Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW 1988, S. 575, 576 f.; *Schütz*, Der räumlich relevante Markt in der Fusionskontrolle – Zum „Backofenmarkt“-Beschluss des BGH, WuW 1996, S. 286, 287; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 6; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 5.

331 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 6.

332 *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 30.

333 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 7.

der Krankenhausleistungen entscheidend beeinflussen könnten. Tatsächlich sind zumindest die gesetzlich versicherten Patienten, die einen Marktanteil von 90 % der Versicherten ausmachen, an der Definition der Krankenhauspreise bzw. des Umfangs der Krankenhausdienstleistungen nicht maßgeblich beteiligt. Vielmehr sind diese durch stättliche Vorgaben (z. B. „Fallpauschalengesetz“, Krankenhauspläne der Länder)³³⁴ in erheblichem Umfang der Beeinflussung durch die Patienten entzogen. Gesetzlich versicherte Patienten kennen überdies die Krankenhauspreise regelmäßig nicht, weil die Abrechnung direkt über die gesetzlichen Krankenkassen erfolgt.

Privat versicherte Patienten haben dagegen einen „Marktanteil“ von nur 10 % der Versicherten, so dass ihnen schon aus diesem Grund nur eine erheblich eingeschränkte Marktmacht zuzusprechen ist, selbst wenn man berücksichtigt, dass die Gewinnspanne der Krankenhäuser bei diesen Patienten häufig größer ist als bei gesetzlich Versicherten.

Darüber hinaus haben Patienten, gleich ob gesetzlich oder privat versichert, regelmäßig nur wenige Ausweichalternativen, weil sie die Krankenhausdienstleistung häufig nur in einem begrenztem Umkreis in Anspruch nehmen können bzw. wollen. Im Krankheitsfalle sind sie überdies auf die Erbringung der Krankenhausleistung angewiesen, können somit keine Zurückhaltung bei deren Inanspruchnahme üben. All diese Umstände schwächen die Marktposition des Patienten, so dass er gegenüber den Krankenhäusern keine marktbeherrschende Position innehaben kann.

Neben den Patienten könnten noch die gesetzlichen und privaten Krankenkassen als die „unmittelbaren“ Bezahler³³⁵ der einzelnen Krankenhausdienstleistungen eine marktbeherrschende Stellung gegenüber den Krankenhäusern einnehmen. Allerdings ist die Marktmacht zumindest der gesetzlichen Krankenkassen durch

³³⁴ Vgl. unter Nr. 2.2.2 (Seite 18 ff.), Nr. 2.2.3 (Seite 25 ff.) sowie Nr. 2.3.2.1.1.1.2 (Seite 104 ff.).

³³⁵ Anmerkung: Die Bezahlung der Krankenhausdienstleistung erfolgt allerdings bei privaten Krankenkassen über den Patientin, nicht – wie bei den gesetzlichen Krankenkassen – direkt an die Krankenhäuser.

den faktischen Kontrahierungszwang³³⁶ mit den Krankenhäusern erheblich beschränkt. Die gesetzlichen Krankenkassen, die ca. 90 % der versicherten Patienten repräsentieren, können somit Krankenhäuser, die ihnen zu teuer sind oder deren Dienstleistungsangebot als ungenügend erscheint, nicht als Vertragspartner ausschließen. Wegen des faktischen Kontrahierungszwangs kann den gesetzlichen Krankenkassen keine Marktbeherrschung gegenüber den Krankenhäusern zukommen. Sollte der faktische Kontrahierungszwang zukünftig entfallen, wäre die Marktposition der Krankenversicherungen erheblich gestärkt, so dass eine Marktbeherrschung durch die gesetzlichen Krankenkassen in Betracht zu ziehen wäre. Allerdings wäre dafür Voraussetzung, dass diese weiterhin weitgehend einheitlich gegenüber den Krankenhäusern auftreten. Ob dies der Fall sein wird, ist zweifelhaft, denn gerade durch den Wegfall des Kontrahierungszwangs hätten die gesetzlichen Krankenkassen erstmals die Möglichkeit, unterschiedlich auf dem Krankenhausmarkt zu agieren.

Auch die Marktposition der privaten Krankenkassen lässt keine andere Bewertung. Zwar unterliegen sie nicht dem gesetzlichen Kontrahierungszwang; Vertragspartner wird vielmehr allein der Patient. Aber die privaten Krankenkassen repräsentieren lediglich 10 % der Versicherten, so dass ihnen zur Zeit aufgrund des gegenüber den gesetzlichen Krankenversicherungen vergleichsweise geringen Umsatzvolumens ebenfalls keine Marktbeherrschung gegenüber den Krankenhäusern zukommen kann.

Auf der Marktgegenseite sind gegenwärtig somit keine Marktteilnehmer erkennbar, die eine marktbeherrschende Stellung gegenüber den Krankenhäusern einnehmen können. Aus diesem Grund ist der Krankenhausmarkt als Anbietermarkt zu qualifizieren, denn wettbewerblich relevant ist allein die Frage, ob ein Krankenhaus als Anbieter für die von ihm angebotenen Krankenhausdienstleistungen marktbeherrschend ist.

³³⁶ Vgl. unter Nr. 2.2.2 (Seite 18 ff.) sowie unter Nr. 2.2.3 (Seite 25 ff.).

Bei der weiteren Marktabgrenzung ist zu beachten, dass je mehr Regionen ein Markt umfasst und je mehr Produkte dieser beinhaltet, desto geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.³³⁷ Deshalb versucht das Bundeskartellamt den Markt möglichst eng einzugrenzen, um eine Marktbeherrschung eher annehmen zu können; einer zu engen Marktdefinition wirkt aber die Bagatellmarktklausel entgegen.³³⁸

2.3.2.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

Dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 1 GWB („... eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ...“) ist zu entnehmen, dass eine gegenständliche Marktdefinition durch Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erforderlich ist.³³⁹ Diese Abgrenzung erfolgt unter Anwendung des so genannten „Bedarfsmarktkonzeptes“ bzw. des „Konzeptes der funktionellen Austauschbarkeit“:³⁴⁰

„Sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Be-

³³⁷ Lange-Rösler, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 40.

³³⁸ Siehe unter Nr. 2.3.1.3.5 (S. 85 ff.).

³³⁹ Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 7.

³⁴⁰ Lange-Rösler, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 41.

darfs geeignet miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht, sind marktgleichwertig.“³⁴¹

Entscheidend ist also die Sicht der Marktgegenseite, d. h. bei Angebotsmärkten die Sicht des Abnehmers. Es muss festgestellt werden, welche der Waren oder Leistungen gegenseitig ausgetauscht werden können und somit marktgleich sind. Wenn bei Angebotsmärkten der Abnehmer aber nicht selbst die Entscheidung trifft, sondern ein Dritter, dann ist nicht die Sicht des Abnehmers, sondern die des so genannten „Verbrauchsdisponenten“ maßgeblich.³⁴² Demgemäß trifft der Arzt als Verbrauchsdisponent für den Patienten die Entscheidung über die Austauschbarkeit der jeweiligen Medikamente.³⁴³

Kriterien für die Beurteilung der Austauschbarkeit sind z. B. der Verwendungszweck³⁴⁴, die Produkteigenschaften³⁴⁵, die Darreichungsform³⁴⁶, aber auch die Preisdifferenz³⁴⁷. Nicht die technische oder strukturelle Identität ist dabei maßgeblich, sondern ausreichend ist, dass der Abnehmer sie als für seine Zwecke vergleichbar ansieht.³⁴⁸

³⁴¹ KG vom 18.02.1969 WuW/E OLG S. 995 f. „Handpreisauszeichner“; vgl. auch BGH vom 03.07.1976 WuW/E BGH S. 1435, 1440 „Vitamin B 12“; BGH vom 25.06.1985 WuW/E 2150, 2153 „Edelstahlbestecke“; BGH vom 22.09.1987 WuW/E BGH S. 2433, 2436 f. „Grüner-Jahr/Zeit II“; BGH vom 07.03.1989 WuW/E BGH S. 2575, 2576 „Kampffmeyer/Plange“; BGH vom 24.10.1995 WuW/E BGH S. 3026, 3028 „Backofenmarkt“; BGH vom 19.03.1996 WuW/E BGH S. 3058, 3062 „Pay-TV-Durchleitung“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 7.

³⁴² *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 9.

³⁴³ Vgl. BGH vom 03.07.1976 WuW/E BGH S. 1435, 1440 „Vitamin B 12“.

³⁴⁴ KG vom 18.02.1969 WuW/E OLG S. 995, 996 „Handpreisauszeichner“.

³⁴⁵ *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 42.

³⁴⁶ BKartA vom 02.08.1988 WuW/E BKartA S. 2319, 2320 „Messer Griesheim/Buse“.

³⁴⁷ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 10 ff. und 19 ff.

³⁴⁸ *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 41.

Neben der Austauschbarkeit aus der Sicht des Nachfragers spielt auch die „Angebotsumstellungsflexibilität“ des Anbieters eine Rolle.³⁴⁹ Wenn ein Hersteller oder Dienstleistungsanbieter ohne größeren zeitlichen und finanziellen Aufwand sowohl das eine wie das andere Produkt anzubieten in der Lage ist, dann sind diese Produkte als marktgleich zu betrachten, wenn sie durch einen im Wesentlichen identischen Herstellungsablauf produziert werden; dies gilt auch bei eingeschränkter funktioneller Austauschbarkeit, soweit es nur um die Form bzw. Größe, insbesondere bei Massengütern, geht.³⁵⁰

Eine Bestimmung des sachlich relevanten Krankenhausmarktes ist bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur vorgenommen worden. Deshalb soll zunächst anhand der vorstehend dargestellten allgemeinen Marktabgrenzungskriterien die vorläufige Definition des sachlichen Krankenhausmarktes erfolgen. Im rechtsvergleichenden Teil unter Nr. 4.2 soll dann überprüft werden, ob diese sachliche Krankenhausmarktabgrenzung einer Ergänzung oder Korrektur bedarf.

Unter Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes ist somit zunächst aus der Sicht des Nachfragers zu ermitteln, ob die von Krankenhäusern angebotenen Dienstleistungen marktgleichwertig bzw. hinsichtlich Preis und Art austauschbar sind. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, ob es für andere (potentielle) Anbieter möglich ist, die Krankenhausleistung ebenfalls zu erbringen („Angebotsumstellungsflexibilität“).

³⁴⁹ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 6.

³⁵⁰ BGH vom 21.02.1978 WuW/E BGH S. 1501, 1502 f. „Kfz-Kupplungen“; vgl. auch BGH vom 24.06.1980 WuW/E BGH S. 1711, 1714 „Mannesmann/Brueninghaus“; BKartA vom 15.04.1993 WuW/E BKartA 2521, 2526 ff. „Zahnradfabrik Friedrichshafen/Allison“; *Traugott*, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, S. 929, 931; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 7; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 23.

2.3.2.1.1.1 Maßgeblicher Personenkreis für die Beurteilung des sachlichen Marktes

Bei der Feststellung der Marktgleichwertigkeit muss zunächst ermittelt werden, welcher Personenkreis diese Frage zu beurteilen hat. Nahe liegend ist, die Entscheidungsbefugnis demjenigen zuzuweisen, der die Krankenhausleistung in Anspruch nimmt, also dem Patienten.

Die privaten Krankenversicherungen bzw. gesetzlichen Krankenkassen scheiden dagegen als zu berücksichtigende Einrichtungen aus, weil ihnen keine rechtliche Handhabe zur Seite steht, die freie Arztwahl des Patienten unmittelbar einzuschränken. Allenfalls die privaten Krankenkassen könnten zumindest mittelbar Einfluss auf die Auswahlentscheidung des Patienten nehmen, indem sie die Kostenerstattung nur bei Inanspruchnahme bestimmter, kostengünstiger Krankenhäuser zusagen. Eine entsprechende Regelung in Privatversicherungsverträgen ist aber in Deutschland – jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt – nicht bekannt.

Anders als die Krankenversicherungen könnte aber der einweisende Arzt bei der Beurteilung des sachlichen Krankenhausmarktes zu berücksichtigen sein. Er könnte als möglicher Verbrauchsdiskontinuum die Marktgleichheit der in Frage kommenden Krankenhäuser beurteilen, wenn er den Patienten in ein bestimmtes Krankenhaus überweist. Ähnlich wie bei der Auswahl von Medikamenten könnte der Patient insoweit auf die Entscheidung des Arztes angewiesen sein.

Dagegen spricht, dass der Patient bei der Krankenhausauswahl – anders als bei der Medikamentenauswahl – Kriterien zugrunde legt, deren Beurteilung nicht in jedem Fall ärztliche Fachkenntnis erfordert.

Im Rahmen der Auswahl eines Medikaments fehlt dem Patienten in der Regel das medizinische Wissen, um die Vor- und Nachteile der in Frage kommenden Medikamente abzuwägen und deren Austauschbarkeit zu beurteilen. Bei verschreibungspflichtigen Medikamenten benötigt er überdies gemäß §§ 48 f. AMG ein Rezept, das nur durch einen Arzt ausgestellt werden kann. Zwar kann der Patient seine Wünsche dem Arzt vortragen, aber letztlich befindet der Arzt auf der Grund-

lage seiner medizinischen Ausbildung, welches Medikament das am besten Geeignete ist. Deshalb ist der Arzt der Verbrauchsdisponent des Patienten hinsichtlich der Auswahl von Medikamenten.³⁵¹

Anders ist dies bei der Auswahl eines Krankenhauses zu beurteilen. Im Gegensatz zur Kaufentscheidung von Medikamenten sind für den Patienten neben den medizinischen Aspekten weitere Kriterien von Bedeutung, die die Krankenhausauswahl beeinflussen. Hierzu gehören z. B. die Entfernung vom Wohnort des Patienten, die Ausstattung und Größe der Patientenzimmer oder der Ruf des Krankenhauses im Freundes- und Bekanntenkreis des Patienten.

Hinsichtlich der medizinischen Qualifikation eines Krankenhauses wird in erster Linie der Arzt aufgrund seiner Fachkenntnis beurteilen können, welches der möglichen Krankenhäuser sich am Besten für die Behandlung des Patienten eignet; und in der Praxis wird der Patient den Empfehlungen des Arztes häufig folgen. Doch ist der Patient nicht an die Empfehlungen des Arztes gebunden. Vielmehr kann er sich auch selbst ein Krankenhaus suchen, das bereit und in der Lage ist, seine Behandlung durchzuführen. Es gibt keine rechtlichen Bestimmungen, die seine freie Arzt- und Krankenhauswahl insoweit einschränkt. Zwar bedarf der gesetzlich krankenversicherte Patient grundsätzlich einer Überweisung durch den niedergelassenen Arzt, um in Falle einer stationären Behandlung Anspruch auf Kostenübernahme zu haben. Aber diese Überweisung muss das aufnehmende Krankenhaus nicht namentlich bezeichnen. In dem Überweisungsformular des niedergelassenen Arztes muss lediglich die stationäre Weiterbehandlung angeordnet werden. Der Patient kann dann ein Krankenhaus seiner Wahl aufsuchen. Der Patient ist somit zum einen nicht an die Empfehlungen des Arztes gebunden, zum anderen finden bei der Krankenhausauswahl – anders als bei der Medikamentenauswahl – nicht nur medizinische Aspekte Berücksichtigung.

Letztlich führt zur Krankenhauswahl also eine Kombination von medizinischen Kriterien, die vornehmlich durch den Einweisungsarzt beurteilt werden, sowie von nicht-medizinischen Kriterien, die in erster Linie durch den Patienten gewichtet

³⁵¹ Vgl. BGH vom 03.07.1976 WuW/E BGH S. 1435, 1440 „Vitamin B 12“.

werden. Im Unterschied zur Medikamentenauswahl ist der Arzt deshalb nicht der Verbrauchsdisponent des Patienten bei der Krankenhausauswahl. Vielmehr sind beide, sowohl Arzt als auch Patient, in den Auswahlprozess eingebunden, so dass bei der Abgrenzung des sachlichen Krankenhausmarktes auf die Sichtweise des Arztes und des Patienten abzustellen ist. Ausnahme ist lediglich die Notfallversorgung, wenn der Patient aus gesundheitlichen Gründen die Auswahlentscheidung nicht mehr beeinflussen kann und der Notarzt die stationäre Versorgung kurzfristig realisieren muss. Nur in diesem Fall wäre der Notarzt alleinentscheidungsbefugt und damit der Verbrauchsdisponent des Patienten, so dass bei der Abgrenzung des sachlichen Marktes allein auf ihn abzustellen wäre. Allerdings handelt es sich in Relation zu dem Gesamtaufkommen an Krankenhauspatienten um einen verschwindend geringen Anteil bei den stationären Einweisungen, so dass eine gesonderte Betrachtung dieser Fälle nicht erforderlich ist.

2.3.2.1.1.1.2 Beurteilung der Marktgleichwertigkeit von Krankenhausdienstleistungen

Des Weiteren ist bei der Beurteilung der Marktgleichwertigkeit der von den Krankenhäusern angebotenen Dienstleistungen die Vielfalt der angebotenen Krankenhausdienstleistungen zu berücksichtigen. Man könnte deshalb für jede der in einem Krankenhaus angebotenen Fachgebiete einen Markt definieren, z. B. für Pädiatrie, Gefäßchirurgie, Allgemeinchirurgie, Innere Medizin etc. Diese Unterteilung könnte noch weitergehend erfolgen, z. B. im Fachgebiet der Inneren Medizin in besondere Fachkunden wie Kardiologie, Rheumatologie, Gastroenterologie oder Hämatologie. Schließlich könnte noch spezieller nach bestimmten Diagnose- und Behandlungsleistungen differenziert werden, z. B. in der Gastroenterologie nach Diagnosemaßnahmen wie Gastroskopie (Magenspiegelung), Coloskopie (Darmspiegelung) oder ERCP (endoskopische retrograde Cholangiopankreatikographie = endoskopische Darstellung der Gallen- und Bauchspeicheldrüsengänge).

Aus der Sicht des Arztes bzw. des Patienten betrachtet spricht aber gegen eine sehr detaillierte Untergliederung z. B. in bestimmte Diagnosemaßnahmen der

Krankenhäuser, dass der Patient in der Regel nicht nur die medizinische Leistung einer bestimmten Fachrichtung nachfragt, sondern regelmäßig eine umfassende medizinische Betreuung, die mehrere Arten von Dienstleistungen umfasst. Hierzu gehören z. B. unterschiedlichste diagnostische Maßnahmen wie Labor, Röntgen, Computertomographie, Magnetresonanztomographie, weiterhin die pflegerische Betreuung, Krankengymnastik, unter Umständen psychologische Betreuung, chirurgische Interventionsmöglichkeit oder neurologische Diagnostik sowie eventuell die intensivmedizinische Behandlungsmöglichkeit. Zumindest stationäre Patienten nehmen eine Vielzahl dieser Diagnose- und Therapieangebote in Anspruch. Es erscheint deshalb nicht sinnvoll, unübersichtlich viele Einzelmärkte der verschiedenen Krankenhausleistungen abzugrenzen. Vielmehr bietet sich an, bei Akutkrankenhäusern zunächst die in den Krankenhausplänen einiger Länder vorgenommene vierstufige Einteilung in Krankenhäuser der Grund-, Regel-, Zentral- und Maximalversorgung als Orientierung zu übernehmen; diese berücksichtigen die Arten und Größen der jeweiligen in den Krankenhäusern vertretenen Fachgebiete, Bettenzahl, personelle und apparative Ausstattung, Zahl der Patienten sowie das Einzugsgebiet des Krankenhauses³⁵².

Zur Veranschaulichung des unterschiedlichen Leistungsangebotes der verschiedenen eingruppierten Krankenhäuser sollen nachfolgend die im Krankenhausplan 2000 für Baden-Württemberg vorgesehenen Orientierungsgrößen für die Einteilung in die Versorgungsstufen dargestellt werden:³⁵³

352 Vgl. zu den Kriterien für die Einteilung der Krankenhäuser in die jeweilige Versorgungsstufe *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 29.

353 Siehe Krankenhausplan 2000 Baden-Württemberg – Rahmenplanung – Teil 1: Grundlagen – Verfahren – Ergebnisse, Medizinische Fachplanungen, Nr. 4.2 „Bisherige Zuordnungen zu Leistungsstufen bleiben vorläufig erhalten“ (S. 17 f.), Bekanntmachung des Sozialministeriums Baden-Württemberg vom 14.04.2000 Nr. 56-5442-4.9 im Staatsanzeiger von Baden-Württemberg Nr. 15/2000 vom 25.04.2000 (vgl. auch www.wuerttemberg.de/sixcms_upload/media/347/khp2000_teil_1grundlagen.pdf) i. V. m. Ministerium für Arbeit, Gesundheit, Familie und Sozialordnung, Krankenhausplan III, Allgemeiner Teil, in: Gesundheitspolitik, Band 8, Stuttgart 1989, S. 39 ff.

- Die Versorgungsstufe der **Grundversorgung** weist eine Bettenzahl zwischen 80 und 250 auf, zielt auf die Nahbereichsversorgung ab und bietet mindestens die Fachgebiete der Inneren Medizin, der Allgemeinchirurgie sowie der Frauenheilkunde/Geburtshilfe an.³⁵⁴
- Eine Bettenzahl von bis zu 600 wird in Krankenhäusern der **Regelversorgung** erreicht; Aufgabe ist die medizinische Versorgung bei besonders häufigen Erkrankungen, wobei neben den in der Grundversorgung vorgehaltenen Abteilungen zusätzlich die Fachgebiete Anästhesie, Radiologie und unter Umständen weitere Fachgebiete wie HNO, Augenheilkunde oder Urologie angeboten werden.³⁵⁵
- Um die Versorgungsstufe der **Zentralversorgung** zu erfüllen, sollen die Krankenhäuser eine Bettenzahl von bis zu 1100 vorhalten; nahezu alle Fachgebiete mit selbständigen Abteilungen oder Kliniken können von der Bevölkerung in Regional- bzw. in mittelgroßen Ballungszentren in Anspruch genommen werden.³⁵⁶
- Krankenhäuser der **Maximalversorgung** zählen mehr als 1100 Betten, regelmäßig werden 1500 bis 1700 Betten erreicht; in allen Fachgebieten wird eine hochspezialisierte Diagnostik und Therapie zur Verfügung gestellt.³⁵⁷

Die Heranziehung der vierstufigen Einteilung bedeutet aber nicht, dass nur die Krankenhäuser der jeweiligen Gruppe untereinander konkurrieren und als marktgleich zu betrachten wären. Vielmehr besteht in wettbewerblicher Hinsicht durchaus eine Vergleichbarkeit z. B. eines Krankenhauses der Grundversorgung mit

³⁵⁴ Siehe Krankenhausplan III aus 1989, Allgemeiner Teil, S. 39 (zitiert nach *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 30, Fußnote 54).

³⁵⁵ Siehe Krankenhausplan III aus 1989, Allgemeiner Teil, S. 40 f. (zitiert nach *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 30, Fußnote 55).

³⁵⁶ Siehe Krankenhausplan III aus 1989, Allgemeiner Teil, S. 41 ff. (zitiert nach *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 30, Fußnote 56).

³⁵⁷ Siehe Krankenhausplan III aus 1989, Allgemeiner Teil, S. 43 f. (zitiert nach *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusion, S. 30 f., Fußnote 57).

einem Krankenhaus der Maximalversorgung, allerdings nur im Umfang der von dem Krankenhaus der Grundversorgung angebotenen Leistungen. Der sachliche Markt besteht also in der „Schnittmenge“ der angebotenen Leistungen der zu betrachtenden Krankenhäuser. Die vierstufige Einteilung der Krankenhäuser in den Krankenhausplänen der Länder soll deshalb nur als Orientierung bei der Abgrenzung des sachlichen Krankenhausmarktes dienen.

Auch wenn einzelne Kliniken (ggf. neben den vorstehend erläuterten Versorgungsstufen) seltene Spezialleistungen anbieten, und der Großteil der Patienten die Kliniken vorwiegend wegen dieser Spezialbehandlungen aufsuchen, muss unter Umständen von der vierstufigen Untergliederung abgewichen und ein gesonderter Markt für gerade diese Sonderleistungen definiert werden. Ein Beispiel wären Aphasie-Kliniken (Kliniken für die Behandlung von Störungen u. a. der Sprachlautbildung nach Schlaganfall). Allerdings kann die Bagatellmarktklausel gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB der fusionsrechtlichen Berücksichtigung dieser Märkte entgegenstehen, wenn die 15-Millionen-Euro-Schwelle nicht erreicht wird (z. B. weniger als 200-Betten-Krankenhaus).

Darüber hinaus kann die vierstufige Einteilung in Versorgungsstufen keine Anwendung finden, wenn Krankenhäuser nicht in Krankenhausplänen vertreten sind bzw. keinen Versorgungsvertrag mit den gesetzlichen Krankenkassen abgeschlossen haben. Deshalb müssen z. B. für private Spezialkliniken u. a. im Bereich der plastischen Chirurgie gesonderte sachliche Märkte definiert werden. Hinsichtlich der Privatkliniken ist diese Sonderdifferenzierung gerechtfertigt, weil das Angebot dieser Kliniken außerhalb des medizinischen Versorgungsauftrages der gesetzlichen Krankenkassen liegt. Privatkliniken konkurrieren somit nicht um die 90 % gesetzlich versicherten Patienten, sondern nur um selbstzahlende Patienten. Aus der Sicht des Arztes bzw. des Patienten bedienen sie somit einen vollkommen anderen Markt als in den Krankenhausplänen aufgenommene Krankenhäuser.

Auch Rehabilitationskliniken stehen nicht im Wettbewerb mit den in den Krankenhausplänen aufgenommenen Kliniken um die Behandlung von Patienten, auch

wenn ein Versorgungsvertrag mit den Krankenkassen besteht.³⁵⁸ Vielmehr deckt ihr medizinisches Leistungsspektrum die Patientenversorgung im Anschluss an den stationären Aufenthalt in den kurativ tätigen Akutkrankenhäusern. Somit ist bezüglich der Rehabilitationskliniken eine gesonderte Marktdefinition erforderlich, die aber nicht Gegenstand dieser Arbeit sein soll.

2.3.2.1.1.1.3 Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität bei Krankenhausdienstleistungen

Die Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität dürfte bei der Definition des sachlichen Krankenhausmarktes eher von geringer Bedeutung sein. Die Umstellung des Diagnose- und Behandlungsspektrums einer Klinik ist ohne erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand nicht zu bewerkstelligen. Zum einen muss das Personal entsprechend geschult werden, zum anderen müssen in der Regel kostenintensive Geräte angeschafft werden. Darüber hinaus können Neuvereinbarungen zwischen dem jeweiligen Krankenhaus und dem Land erforderlich werden zur entsprechenden Änderung des Versorgungsauftrages im Krankenhausplan.³⁵⁹ Gleiches kann hinsichtlich der Pflegesatz- bzw. Fallpauschalenvereinbarungen des Krankenhauses mit den Krankenversicherungen gelten. All dies schränkt die Umstellungsflexibilität erheblich ein.

Im Ergebnis kann sich also die Definition des jeweiligen sachlichen Krankenhausmarktes grundsätzlich an der vierstufigen Einteilung der am Zusammenschluss beteiligten Krankenhäuser orientieren. Die in wettbewerblicher Hinsicht zu vergleichenden Krankenhausleistungen setzen sich aus der Schnittmenge der Leistungen der jeweiligen Versorgungsstufe zusammen. Spezialleistungen der Krankenhäuser können allerdings zu einer gesonderten Marktdefinition führen. Gleiches

³⁵⁸ Anmerkung: Für Rehabilitations- und Kurkliniken besteht kein Krankenhausplan. Die Krankenkassen schließen direkt Versorgungsverträge ab; vgl. *Bloch/Hillebrandt/Wolf*, *Wie funktioniert unser Gesundheitswesen?*, S. 95.

³⁵⁹ *Hamann*, *Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen*, S. 46.

gilt für nicht im Krankenhausplan aufgenommene Privatkliniken ohne Versorgungsvertrag mit den gesetzlichen Krankenkassen oder Rehabilitationskliniken.

2.3.2.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

Der „räumlich“ relevante Markt wird ähnlich definiert wie der sachlich relevante Markt. Maßgeblich ist auch insoweit die funktionelle Austauschbarkeit bzw. Ausweichmöglichkeit aus der Sicht der Marktgegenseite, bezogen allerdings nicht auf die angebotenen Produkte (wie bei der Abgrenzung des sachlichen Marktes), sondern auf die in verschiedenen Orten ansässigen Produkthanbieter bzw. -nachfrager.³⁶⁰ Bei Angebotsmärkten ist also zu prüfen, ob aus der Sicht der Abnehmer die jeweiligen Anbieter in einem bestimmten Gebiet auswechselbar sind. Das Gesetz bietet zur räumlichen Marktabgrenzung im Einzelfall keine allgemeinverbindlichen Kriterien an, so dass die Rechtsprechung Leitlinien für die Marktabgrenzung entwickelt hat.³⁶¹

In der Regel wird das gesamte Bundesgebiet als räumlicher Markt betrachtet.³⁶² Dieser bundesweite Markt stellt nach der Rechtsprechung des BGH die Obergrenze der zu berücksichtigenden Marktausdehnung dar.³⁶³ Zwar bleiben dadurch aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise feststellbare grenzüberschreitende bzw. weltweite Märkte im Rahmen der Anwendung des GWB weitgehend

³⁶⁰ Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 51; Bechtold, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 13.

³⁶¹ Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 26.

³⁶² Bechtold, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 14.

³⁶³ BGH vom 24.10.1995 WuW/E BGH S. 3026, 3029 „Backofen“ mit weiteren Nachweisen; kritisch dazu Schütz, Der räumlich relevante Markt in der Fusionskontrolle – Zum „Backofenmarkt“-Beschluss des BGH, WuW 1996, S. 286 ff.; Lange, Räumliche Marktabgrenzung in der deutschen Fusionskontrolle, BB 1996, S. 1997, 1999 ff.; Pfeffer, Berücksichtigung des internationalen Wettbewerbs bei der räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW 1986, S. 853 ff.; Dreher, Anmerkung zu BGH vom 24.10.1995, JZ 1996, S. 1022 ff.; Paschke, Die räumliche Marktabgrenzung in der GWB-Fusionskontrolle, ZHR 160 (1996), S. 673 ff.

unberücksichtigt. Dies will der BGH aber dadurch kompensieren, dass ausländische Wettbewerber bei der Ermittlung der Wettbewerbssituation über ihre Importe einbezogen werden.³⁶⁴ Grund für die Beschränkung auf das Bundesgebiet ist u. a., dass das Bundeskartellamt keine Ermittlungsbefugnisse im Ausland hat.³⁶⁵

Kleinere Gebiete als das gesamte Bundesgebiet sind dann für die räumliche Marktdefinition maßgeblich, wenn der Wettbewerb aus objektiven Gründen auf dieses Gebiet begrenzt bzw. jenseits dieses Gebietes erheblich vermindert ist.³⁶⁶

Solche Gründe können sachlicher oder rechtlicher Natur sein, wie z. B. hohe Transportkosten bzw. lange Transportdauer oder auch Beschränkungen durch das Milchgesetz etc.³⁶⁷ Insbesondere bei Dienstleistungen werden regelmäßig regional begrenzte Märkte vorgefunden.³⁶⁸

Anhand der vorstehend dargestellten Kriterien zur räumlichen Marktdefinition kann keine allgemeine Marktdefinition für Krankenhäuser abgeleitet werden. Vielmehr ist je nach Größe und Angebotsspektrum des jeweiligen Krankenhauses eine differenzierte räumliche Marktbestimmung vorzunehmen.

Hierzu kann zunächst die Einteilung in die vier Krankenhaus-Versorgungsstufen als Kriterium für die räumliche Marktabgrenzung dienen.

Krankenhäuser der Grund- bzw. Regelversorgung sichern die grundlegende medizinische Versorgung in der näheren Umgebung und sind deshalb in der Regel auf einen Markt von 20 – 40 Kilometer begrenzt, während Krankenhäuser der Maximalversorgung durchaus ein Einzugsgebiet von 200 km und mehr aufweisen können. Wenn Spezialbehandlungen angeboten werden, kann ein Krankenhaus gar

³⁶⁴ BGH vom 24.10.1995 WuW/E BGH S. 3026, 3031 „Backofen“.

³⁶⁵ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 30.

³⁶⁶ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 14.

³⁶⁷ *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 44; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 28 f.

³⁶⁸ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 50.

einen bundes-, europa- oder weltweites Einzugsgebiet haben, so z. B. das diesbezüglich weltweit bekannte Klinikum Göttingen hinsichtlich der Diagnostik und Behandlung der Adrenoleukodystrophie (bei Kindern auftretende, X-chromosomal-rezessiv vererbliche Krankheit mit Nebennierenrindeninsuffizienz, fortschreitender Demenz u. peripherer Neuropathie) oder das bundesweit bekannte Kreiskrankenhaus Northeim für die Fetoskopie (spezielle pränatale Diagnostik mit Gewinnung einer Hautgewebsprobe des Feten). Ein europaweiter Markt kann zunehmend auch dadurch entstehen, dass deutsche Krankenhäuser mehr und mehr auch um Patienten aus den Staaten der Europäischen Union konkurrieren.³⁶⁹ In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht beschränkt die Rechtsprechung aber die Anwendung des GWB auf den inländischen Markt, so dass der räumliche Markt eines Krankenhauses im Rahmen der Fusionskontrolle in jedem Fall auf das Bundesgebiet begrenzt bleibt.

Des Weiteren kann die Lage des Krankenhauses bei der räumlichen Krankenhausmarktdefinition zu berücksichtigen sein.

Städtische Krankenhäuser mit mehreren konkurrierenden Krankenhäusern bedienen in der Regel einen eher kleineren geographischen Markt von wenigen Kilometern, während in einer ländlichen Region gelegene Krankenhäuser häufiger einen größeren geographischen Markt von 20, 30 oder mehr Kilometern abdecken. Auch die angebotenen Leistungen sind von Bedeutung, denn medizinische Leistungen der Grundversorgung wie Allgemeinchirurgie, Innere Medizin oder Gynäkologie werden eher regional nachgefragt, während Krankenhäuser mit seltener Spezialdiagnostik oder -behandlung wie z. B. die bereits erwähnte Behandlung der Adrenoleukodystrophie ein erheblich größeres, zum Teil bundesweites Einzugsgebiet aufweisen. Entsprechend existieren für ambulante Krankenhausleistungen (z. B. Polikliniken der Chirurgie oder Inneren Medizin, radiologische Diagnostik etc.; urologische Sprechstunden) regelmäßig kleinere geographische Märkte als für statio-

³⁶⁹ Ohne Autorangabe, f & w 2000, Vom Auslandspatienten bis zur Zentralwäscherei, S. 361, 362.

näre, weil Patienten ohne stationäre Aufnahme seltener größere An- und Abreisen durchführen.

Auch werden größere Kliniken mit mehr als 1.000 Betten in der Regel ein größeres Einzugsgebiet aufweisen als kleinere Häuser mit unter 100 Betten. Allerdings steht dies wesentlich mit der Lage des Hauses in Verbindung, so dass das Versorgungsgebiet großer Häuser in Städten durchaus auf einzelne Stadtteile begrenzt sein kann (z. B. Allgemeines Krankenhaus Altona in Hamburg mit über 1.000 Betten).

Des Weiteren hat die Trägerschaft eines Krankenhauses Auswirkungen auf dessen Einzugsgebiet. So kann ein Bundeswehrkrankenhaus, insbesondere mit Spezialleistungen, Soldaten aus dem ganzen Bundesgebiet aufnehmen, während Kreiskrankenhäuser häufig – allerdings nicht notwendigerweise – auf das Kreisgebiet begrenzt Patienten versorgen.

Darüber hinaus ist die Patientenzielgruppe des jeweiligen Krankenhauses bei der geographischen Marktabgrenzung zu berücksichtigen. So werden Akutkrankenhäuser zur Grundversorgung eher von Patienten aus der Region aufgesucht, während Krankenhäuser für die spezielle Behandlung chronischer Erkrankungen durchaus einen überregionalen Patientenkreis aufweisen können.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die konkrete Marktabgrenzung jeweils für den Einzelfall erfolgen muss. Dabei können u. a. Kriterien bedeutsam sein wie

- die Lage (Stadt gegenüber Land);
- die angebotenen medizinischen Dienstleistungen im stationären und/oder auch im ambulanten Bereich (Leistungen der Grundversorgung gegenüber Spezialleistungen);
- die Anzahl der Betten;
- die Trägerschaft (Kreiskrankenhaus gegenüber Bundeswehrkrankenhaus);
- die Patientenzielgruppe (Patienten zur Akutversorgung gegenüber chronisch Kranken).

Keines der vorgenannten Kriterien ist bei der räumlichen Marktabgrenzung für sich ausschlaggebend, sondern in der Regel werden mehrere dieser Kriterien zu gewichten sein. Auch sind Sonderfaktoren wie Verkehrsanbindung, saisonale Einflüsse in Ferienregionen etc. zusätzlich zu berücksichtigen. Letztlich ist jeweils im Einzelfall die genaue Patientenstruktur zu eruieren, um den tatsächlichen geographischen Markt zu ermitteln.

2.3.2.1.2 Analyse der gegenwärtigen und zukünftigen Wettbewerbssituation

Das Eingriffskriterium zur Untersagung eines Zusammenschlusses ist die gesicherte Erwartung, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird; hierzu muss eine Kausalbeziehung zwischen dem Zusammenschluss und der nicht notwendigerweise unmittelbar, sondern auch zukünftig eintretenden Marktveränderung bestehen, wobei allerdings

Mitursächlichkeitsausreichlichkeit ausreicht.³⁷⁰ Das Gesetz verlangt also eine Prognose der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses, indem die Wettbewerbssituationen vor und die zu erwartende nach dem Zusammenschluss gegenübergestellt werden.³⁷¹

Wann eine Marktbeherrschung zu bejahen ist, wird in § 36 GWB nicht definiert. Vielmehr ist für das gesamte GWB in § 19 Abs. 2 GWB geregelt, unter welchen Voraussetzungen Anbieter oder Nachfrager für bestimmte Produkte oder Leistungen als marktbeherrschend anzusehen sind.³⁷² Dies ist gemäß der Fall, soweit das Unternehmen

- als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen entweder ohne Wettbewerber ist bzw. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB) oder
- eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; bei der Feststellung der überragenden Marktstellung sind gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB mehrere Kriterien zu berücksichtigen (z. B. Marktanteil, Finanzkraft, etc.).

Darüber hinaus bestimmt § 19 Abs. 2 S. 2 GWB, dass eine Marktbeherrschung auch durch zwei oder mehr Unternehmen (marktbeherrschendes Duo-/Oligopol) eintreten kann.³⁷³

³⁷⁰ Lange-Rösler, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 47; Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 1; Langen/Bunte-Ruppelt, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 43 f.

³⁷¹ BGH vom 06.10.1992 WuW/E BGH S. 2795, 2804 „Pinneberger Tageblatt“; BGHZ 136, S. 268, 275 f. „Stromversorgung Aggertal“; BGH vom 21.02.1978 WuW/E BGH S. 1501, 1507 „Kfz-Kupplungen“; Bechtold, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 2; Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken, GWB, § 36, Rdnr. 127 f.

³⁷² Langen/Bunte-Ruppelt, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 12; Frankfurter Kommentar-Rieger, § 36 GWB, Rdnr. 37.

³⁷³ Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 42.

In allen Fällen muss die marktbeherrschende Stellung gegenüber den Konkurrenten bestehen, also horizontal ausgerichtet sein.³⁷⁴

Nachfolgend soll die Feststellung der Marktbeherrschung unter Anwendung des § 19 Abs. 2 GWB für den Krankenhausbereich analysiert werden, wobei zwischen den verschiedenen Alternativen des § 19 Abs. 2 GWB differenziert wird. Bei dieser Prüfung ist zu berücksichtigen, dass § 19 GWB lediglich die bereits eingetretene Marktbeherrschung beurteilt sowie die missbräuchliche Ausnutzung derselben verbietet.³⁷⁵ Die Fusionskontrolle soll demgegenüber auch die Auswirkungen von Zusammenschlüssen auf den zukünftigen Wettbewerb berücksichtigen.³⁷⁶ Deshalb können die für § 19 GWB entwickelten Maßstäbe im Rahmen der Fusionskontrolle nur zur Entscheidung über die Marktbeherrschung eines Unternehmens in der Vergangenheit bzw. Gegenwart herangezogen werden.³⁷⁷ Die Beurteilung der zukünftigen Zusammenschlusswirkungen muss demgegenüber im Rahmen einer Gesamtschau weiterer Faktoren erfolgen.³⁷⁸ Zu diesen Faktoren gehören z. B.

- der mögliche Marktein- bzw. -austritt von Konkurrenten;
- neue technische Entwicklungen;
- der Reifegrad des Marktes;

374 *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 73.

375 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 119.

376 *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 43 f.

377 *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 12.

378 *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 66; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 119.

- Marktzutrittschranken;
- rechtliche bzw. politische Änderungen (Einführung der Währungsunion etc.).³⁷⁹

Allerdings wird vorausgesetzt, dass für den Eintritt der jeweiligen Veränderungen eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht und sich die Marktverhältnisse hierdurch tatsächlich ändern.³⁸⁰ Wegen der zunehmenden Prognoseunsicherheit mit wachsender Prognosezeitspanne ist lediglich eine kurz- bis mittelfristige Vorausschau von ca. 5 – 8 Jahren möglich und ausreichend, wobei an die Prognosesicherheit keine hohen Anforderungen gestellt werden.³⁸¹

Auf der Grundlage vorgenannter Prüfkriterien ist somit nachfolgend zu untersuchen, ob

- eine (Einzel-)Marktbeherrschung durch ein Unternehmen ohne (wesentlichen) Wettbewerb (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB),
- eine (Einzel-)Marktbeherrschung durch ein Unternehmen mit überragender Marktstellung (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB) oder
- eine Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen (§ 19 Abs. 2 S. 2 GWB)

vorliegt.

³⁷⁹ BGHZ 136, S. 268, 277 „RWE/Aggerstrom“; BGH NJW 1998, S. 2444, 2447 ff. „Hastra/Stadtwerke Garbsen“; BGH vom 21.02.1978 WuW/E BGH S. 1501, 1507 ff. „Kfz-Kupplungen“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 1; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 68; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 143, 145.

³⁸⁰ *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 68; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 145.

³⁸¹ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 145; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 68.

2.3.2.1.2.1 (Einzel-)Marktbeherrschung durch ein Unternehmen ohne (wesentlichen) Wettbewerb (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB)

Die Marktbeherrschung durch ein Unternehmen ohne (\Rightarrow Monopol) bzw. ohne wesentlichen Wettbewerb wird funktional bestimmt; entscheidend ist, dass der Wettbewerb seine Anreiz-, Auslese- und Entmachtungsfunktion bzw. allgemein seine Verhaltenskontrollfunktion nicht erfüllt.³⁸² Die Ursache für die Marktbeherrschung ist unerheblich, so dass gesetzlich legitimierte genauso wie durch besondere Markterfolge verursachte Monopole marktbeherrschend im Sinne des § 36 GWB sein können.³⁸³

Bei der Feststellung der Marktbeherrschung ist die Marktstellung des betreffenden Unternehmens mitsamt der mit ihm verbundenen Unternehmen zu ermitteln (§ 36 Abs. 2 GWB).

Ausgangspunkt ist dabei zunächst die Prüfung der Marktanteile, die Hinweise auf eine Marktbeherrschung geben können, z. B. bei einem Marktführer mit 80 % oder 90 % Marktanteil.³⁸⁴ Auch kann den Marktbeherrschungsvermutungen in § 19 Abs. 3 GWB entnommen werden, ab wann der Gesetzgeber eine Marktbeherrschung für möglich hält, so dass unter Umständen bereits ein Marktanteil von 33 % genügen kann, falls die verbleibenden Marktanteile auf viele kleinere Unternehmen verstreut sind.³⁸⁵ Entscheidend ist dabei aber nicht eine Momentaufnahme der Marktanteile, sondern eine Marktentwicklung über längere Zeiträume hinweg.³⁸⁶

³⁸² *Kartte/von Portatius*, Kriminalisierung des Kartellrechts? BB 1975, S. 1169; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 70.

³⁸³ BGH vom 20.11.1964 WuW/E BGH S. 647, 649 „Rinderbesamung“; OLG Stuttgart vom 22.03.1991 WuW/E OLG S. 4794, 4797 „Stadtwerke Reutlingen“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 44.

³⁸⁴ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 45.

³⁸⁵ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 19.

³⁸⁶ BGH vom 07.07.1992 WuW/E BGH S. 2783, 2790 f. „Warenzeichenerwerb“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 19; *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 51.

Des Weiteren ist nicht nur der gegenwärtige Wettbewerb, sondern auch der potentielle Wettbewerb in die Marktanalyse einzubeziehen. Besteht also die Möglichkeit, dass andere Unternehmen jederzeit in den relevanten Markt eindringen, dann führt dieser mögliche Markteintritt zu einer Verringerung der Marktstellung des zu prüfenden Unternehmens.³⁸⁷

Darüber hinaus ist die Macht der Marktgegenseite festzustellen und bei der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens ohne (wesentlichen) Wettbewerb zu berücksichtigen.³⁸⁸

Soweit einzelne Faktoren, insbesondere der jeweilige Marktanteil, keine eindeutige Feststellung einer Marktbeherrschung zulassen, kommt es auf eine „Gesamtbetrachtung aller Umstände“ an.³⁸⁹ Dabei können auch die in § 19 Abs. 2 GWB im Zusammenhang mit der Feststellung einer überragenden Marktstellung genannten Gesichtspunkte eine Rolle spielen.³⁹⁰

Beispiel für ein Krankenhaus ohne (wesentlichen) Wettbewerb wäre ein Kreis-krankenhaus der Regelversorgung in einem ländlichen Gebiet, in dem das nächstgelegene Krankenhaus der Regelversorgung über 30 - 50 Kilometer entfernt ist und auch kein Krankenhaus höherer Versorgungsstufen näher als 50 bis 100 Kilometer liegt. In diesem Fall wird der Marktanteil des Krankenhauses im Bereich der Regelversorgung weit über 50 %, eher gegen 100 % tendieren, so dass die Voraussetzungen für eine marktbeherrschende Stellung ohne (wesentlichen) Wettbewerb erfüllt sein könnten. Der potentielle Wettbewerb durch neue Kranken-

³⁸⁷ KG vom 01.12.1976 WuW/E OLG S. 1745, 1752 „Sachs“; KG vom 16.01.1980 WuW/E OLG S. 2234, 2238 f. „Blei- und Silberhütte Braubach“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 22.

³⁸⁸ BGH vom 02.12.1980 WuW/E BGH S. 1749, 1753 f. „Klößner/Becorit“; BGH vom 21.02.1978 WuW/E BGH S. 1501, 1504 „Kfz-Kupplungen“.

³⁸⁹ BGH vom 03.07.1976 WuW/E BGH S. 1435, 1441 „Vitamin B 12“; BGH vom 22.06.1981 WuW/E BGW S. 1824, 1827 f. „Tonolli/Blei- und Silberhütte Braubach“; BGH vom 04.10.1983 WuW/E BGH S. 2025, 2029 f. „Texaco/Zerssen“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 47; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 66.

³⁹⁰ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.3.2.1.2.2. (S. 120 f.).

häuser ist durch die hohen finanziellen und rechtlichen Hürden für den Neubau bzw. für die Erweiterung eines Krankenhauses nicht von Bedeutung und führt somit regelmäßig nicht zu einer Verneinung der marktbeherrschenden Stellung.³⁹¹

Allerdings könnte die Macht der Marktgegenseite einer marktbeherrschenden Stellung des vorstehend als Beispiel genannten Krankenhauses entgegenstehen. Soweit die die Krankenhausleistung unmittelbar nachfragenden Patienten als Marktgegenseite anzusehen wären, müsste dies aber eher verneint werden, weil sie nur durch Inkaufnahme weiter Distanzen auf andere Krankenhäuser ausweichen können. In der Regel sind sie also auf die Versorgungsleistung des regionalen Krankenhauses angewiesen.

Jedoch sind zumindest die gesetzlich versicherten Patienten keine „Kunden“ im klassischen Sinne, weil sie Art und Umfang der Behandlung regelmäßig nicht im Einzelnen festlegen und – im Unterschied zu den Privatversicherten – den Preis für die Krankenhausdienstleistungen weder bezahlen noch kennen.³⁹² Vielmehr sind die gesetzlichen Krankenkassen die eigentlichen Abnehmer. Sie verhandeln geschlossen mit den einzelnen Krankenhäusern und können auf diese Weise Einfluss auf die Preisgestaltung nehmen.³⁹³ Immerhin repräsentieren die gesetzlichen Krankenkassen – anders als die Privatversicherungen mit einem Marktanteil von lediglich 10 % – fast 90 % der versicherten Patienten, und die Krankenhäuser sind aus wirtschaftlichen Gründen auf eine Einigung mit den gesetzlichen Krankenkassen angewiesen. Dies könnte dafür sprechen, dass die Marktmacht der gesetzlichen Krankenkassen der marktbeherrschenden Stellung eines Krankenhauses entgegensteht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass aufgrund des faktischen Kontrahierungszwanges gemäß § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V auch die Krankenkassen keine Entscheidungsfreiheit haben.³⁹⁴ Sie sind verpflichtet, mit den Krankenhäusern Vertragsverhandlungen aufzunehmen und letztlich auch einen

³⁹¹ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.3.2.1.2.2.5 (S. 126 f.).

³⁹² *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 110.

³⁹³ *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 110, 114.

³⁹⁴ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.2.2 (S. 21 f.).

Versorgungsvertrag zu schließen, so dass die Marktgesetze nur eingeschränkt Geltung haben. Dies führt dazu, dass die gesetzlichen Krankenversicherungen gegenüber Krankenhäusern hinsichtlich ihrer Marktmacht begrenzt sind.³⁹⁵ Im Ergebnis kann deshalb die beherrschende Stellung des als Beispiel beschriebenen Kreiskrankenhauses nicht aufgrund der Marktmacht der gesetzlichen Krankenkassen verneint werden. Erst mit Aufhebung des faktischen Kontrahierungszwanges würde die Marktmacht der Krankenkassen drastisch erhöht.³⁹⁶ Somit wird die marktbeherrschende Stellung eines Krankenhauses durch die Marktmacht weder der Patienten noch der gesetzlichen Krankenkassen verhindert.

2.3.2.1.2.2 (Einzel-)Marktbeherrschung durch ein Unternehmen mit überragender Marktstellung (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB)

Eine Marktbeherrschung im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB kann nicht nur infolge fehlenden Wettbewerbs (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB), sondern außerdem durch eine überragende Marktstellung bei vorhandenem wesentlichem Restbewerb eintreten. Auch in diesem Fall ist eine wertende Gesamtbetrachtung der Marktdaten aller Marktteilnehmer notwendig.³⁹⁷

Allerdings stellt das Gesetz keine genaue Definition der überragenden Marktstellung zur Verfügung; diese ist somit anhand des Schutzzwecks des § 36 Abs. 1 GWB i. V. m. § 19 Abs. 2 GWB zu ermitteln.³⁹⁸ Die Rechtsprechung und Teile der Literatur bejahen eine marktbeherrschende Stellung, wenn ein beachtlicher, von dem Wettbewerb nicht ausreichend kontrollierter Handlungsspielraum besteht, so dass die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer gefährdet oder ein-

³⁹⁵ Vgl. unter Nr. 2.3.2.1.1 (Seite 95 ff.).

³⁹⁶ *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 114.

³⁹⁷ BGH vom 16.02.1982 WuW/E BGH S. 1905, 1908 „Münchener Anzeigenblätter“; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 75; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 47.

³⁹⁸ *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 10.

geschränkt wird.³⁹⁹ Die Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit kann dabei sowohl bei den Konkurrenten als auch bei den Abnehmern im Falle von Anbietermärkten eintreten.⁴⁰⁰ Entscheidend ist also, ob das zu prüfende Unternehmen überragende Verhaltensspielräume gegenüber den Marktteilnehmern hat. Dabei müssen die Verhaltensspielräume den Einsatz von Wettbewerbsparametern erlauben (z. B. Preisgestaltung), die von der Marktgegenseite (z. B. Abnehmer) nicht mehr durch verbliebene Auswahl- und Ausweichmöglichkeiten kontrolliert werden können.⁴⁰¹

§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB nennt insgesamt acht Merkmale für die Feststellung der überragenden Marktstellung, wobei es sich nicht um eine abschließende Aufzählung handelt („insbesondere“):⁴⁰²

- Marktanteil;
- Finanzkraft;
- Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten;
- Verflechtungen mit anderen Unternehmen;
- rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt;

³⁹⁹ BGHZ 71, S. 102, 115 f. „Kfz-Kupplungen“; BGH vom 12.12.1978 WuW/E BGH S. 1533, 1535 „Erdgas Schwaben“; BGH vom 24.06.1980 WuW/E BGH S. 1711, 1716 „Mannesmann/Brueninghaus“; BGH vom 25.06.1985 WuW/E BGH S. 2150, 2156 „Edelstahlbestecke“; BGH vom 26.05.1987 WuW/E BGH S. 2425, 2429 „Niederrheinische Anzeigenblätter“; BGH vom 07.03.1989 WuW/E BGH S. 2575, 2580 f. „Kampffmeyer/Plange“; KG vom 18.05.1979 WuW/E OLG S. 2120, 2123 f. „Mannesmann/Brueninghaus“; KG vom 26.05.1981 WuW/E OLG S. 2539, 2546 „Braun/Almo“; KG vom 07.11.1985 WuW/E OLG S. 3759, 3761 ff. „Pillsbury/Sonnen-Bassermann“; *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 50; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 17; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 10; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 2 a).

⁴⁰⁰ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 17.

⁴⁰¹ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 75; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 137.

⁴⁰² *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 49.

- tatsächlicher oder potentieller Wettbewerb durch andere Unternehmen;
- Flexibilität der Umstellung von Angebot oder Nachfrage;
- Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite.

Diese Merkmale müssen nicht zusammen erfüllt sein, sondern es reicht aus, wenn eines der Merkmale besonders ausgeprägt vorliegt.⁴⁰³ Nachfolgend sollen diese acht Merkmale erläutert und auf ein Beispielkrankenhaus bezogen werden. Bei diesem Beispielkrankenhaus soll es sich um ein Universitätsklinikum (regelmäßig Krankenhaus der Maximalversorgung) handeln, das in einer Stadt ohne weitere Kliniken der Maximal- bzw. Zentralversorgung in einem Umkreis von 200 km und wenigen Krankenhäusern der Grund- bzw. Regelversorgung gelegen ist. Der Erwerber soll ein großes Krankenhausunternehmen sein, das kein Mitkonkurrent auf dem Markt des zu erwerbenden Klinikums ist.

2.3.2.1.2.2.1 Marktanteil

Wichtigstes Merkmal ist der Marktanteil, da er einen signifikanten Gradmesser des Unternehmenserfolges darstellt.⁴⁰⁴ Dabei ist nicht allein der absolute Prozentanteil maßgeblich, sondern auch die Relation des Marktanteils zu den anderen Wettbewerbern.⁴⁰⁵ So kann z. B. schon bei einem Marktanteil von 12 % eine marktbeherrschende Stellung bejaht werden, wenn die übrigen Wettbewerber jeweils lediglich einen Marktanteil von max. 0,25 % aufweisen.⁴⁰⁶ Entsprechend gilt z. B. bei einem Marktanteil des herrschenden Unternehmens von 44,65 % bei Marktanteil

⁴⁰³ Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 76 f.

⁴⁰⁴ BGH vom 07.03.1989 WuW/E BGH S. 2575, 2580 „Kampffmeyer/Plange“.

⁴⁰⁵ BGH vom 10.12.1991 WuW/E BGH S. 2731, 2735 f. „Inlandstochter“; BGH vom 07.07.1992 WuW/E BGH S. 2783, 2790 „Warenzeichenerwerb“.

⁴⁰⁶ KG vom 22.03.1983 WuW/E OLG S. 2862, 2863 f. „Rewe/Florimex“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 28.

teilen der Konkurrenten von 28,08 % und 13,94 %.⁴⁰⁷ Umgekehrt reicht ein Marktanteil von 42 % gegenüber 30,7 % nicht aus, wenn nicht weitere Faktoren die Marktüberlegenheit belegen.⁴⁰⁸ Somit ist eine überragende Marktstellung umso eher gegeben, je größer der Marktanteil der beteiligten Unternehmen und je weiter der Marktabstand zu den Wettbewerbern ist.⁴⁰⁹

Bei der Bestimmung des Marktanteils eines Krankenhauses stellt sich zunächst die Frage der Abgrenzung des räumlichen und sachlichen Marktes.⁴¹⁰ Grundsätzlich bietet das als Beispiel genannte Universitätskrankenhaus der Maximalversorgung mit einer Größe von über 1.000 Betten alle Fachgebiete der medizinischen Versorgung an. Der relevante räumliche Markt dürfte in diesem Fall einen Umkreis von ca. 100 – 200 Kilometern umfassen, was der konkreten Überprüfung im Einzelfall bedarf. Der sachliche Markt ist aber nicht (allein) der Markt der Maximalversorgungskrankenhäuser, sondern umfasst im Hinblick auf die Konkurrenten im näheren Umkreis in erster Linie (auch) Krankenhäuser der Grund- und Regelversorgung.⁴¹¹

Soweit das Universitätsklinikum einen Marktanteil von z. B. 40 – 50 % hat und die übrigen Krankenhäuser der Grund- und Regelversorgung nur einen Marktanteil von jeweils 20 – 25 % und weniger erreichen, wäre dieser Marktanteilabstand ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung gegenüber den Mitbewerbern. Beträge der Abstand der Marktanteile dagegen nur 10 % oder weniger, dann müssten weitere Umstände hinzukommen, die die überlegene Marktstellung des Universitätsklinikums belegen.

407 BGH vom 16.12.1976 WuW/E BGH S. 1445, 1450 „Valium“; Anmerkung: Weiteres Beispiel wäre ein Marktanteil von 30 % bei Marktanteilen der Wettbewerber von nur ¼ davon (BGH vom 25.06.1985 WuW/E BGH S. 2150, 2155 „Edelstahlbestecke“).

408 BGH vom 02.12.1980 WuW/E BGH S. 1749, 1755 f. „Klößner/Becorit“.

409 *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 2 a) aa).

410 Anmerkung: Siehe hierzu vorstehend unter Nr. 2.3.2.1.1 (S. 95 ff.).

411 Anmerkung: Siehe hierzu vorstehend unter Nr. 2.3.2.1.1.1.2 (S. 104 ff.).

2.3.2.1.2.2 Finanzkraft

Das Merkmal der Finanzkraft umfasst die „Gesamtheit der finanziellen Mittel und Möglichkeiten eines Unternehmens, insbesondere die Finanzierungsmöglichkeiten durch Eigen- und Fremdfinanzierung sowie sein Zugang zum Kapitalmarkt“.⁴¹²

Die Finanzkraft ist ein Indikator für die Möglichkeit des Unternehmens zur Kompensation von Verlusten sowie zum Ausgleich konjunktureller Schwankungen; des Weiteren bringt sie zum Ausdruck, in welchem Umfang das Unternehmen Preisstrategien bzw. Forschungs- und Entwicklungsvorhaben finanzieren kann. Je höher der Investitionsbedarf in dem jeweiligen Wirtschaftszweig ist und je eher wirtschaftliche Schwächenphasen zu überwinden sind, desto höhere Bedeutung kommt dem Merkmal der Finanzkraft zu.⁴¹³ Hinzu kommt der mit der Finanzkraft verbundene Entmutigungs- und Abschreckungseffekt bei den Wettbewerbern.⁴¹⁴

Allerdings muss im Einzelfall ermittelt werden, ob die Finanzkraft tatsächlich zur Verfügung steht und eingesetzt werden soll.⁴¹⁵

Die Finanzkraft kann z. B. anhand des Cashflow, der Gewinne über mehrere Jahre, der Umsatzrendite oder des Eigenkapitals im Verhältnis zur Bilanzsumme ermittelt werden; der Umsatz ist eher von geringer Aussagekraft.⁴¹⁶

412 Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 13. Juni 1973, Bundestagdrucksache 7/765 (zu Drucksache 7/696) zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bericht der Abgeordneten Dr. Frerichs und Dr. Jens, WuW 1973, S. 581, 588 (Heft 8/73); Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 82.

413 Vgl. KG vom 07.02.1978 WuW/E OLG S. 1921, 1923 f. „Thyssen/Hüller“.

414 KG vom 07.11.1985 WuW/E OLG S. 3759, 3762 f. „Pillsbury/Sonnen-Bassermann“; Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 84.

415 Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 55 ff.

416 Lange-Rösler, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 53; Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 58; a. A. BGH vom 25.06.1985 WuW/E BGH S. 2150, 2157 „Edelstahlbestecke“, der den Umsatz für maßgeblich hält.

Ein Krankenhaus mit 1.000 – 1.500 Betten hat sicherlich einen größeren Cashflow und auch regelmäßig höhere Gewinne als ein 100 Betten-Krankenhaus, so dass das zu beurteilende Universitätsklinikum der Maximalversorgung auch hinsichtlich der Finanzkraft anderen Krankenhäusern niedrigerer Versorgungsstufen überlegen sein wird.

2.3.2.1.2.2.3 Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten

Das Merkmal des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten beschreibt das Ausmaß der „vertikalen Integration“; hierunter ist der gesellschaftsrechtlich, vertraglich oder faktisch (z. B. unternehmensintern durch hohe Fertigungs- und Leistungstiefe) erleichterte Zugang zu Absatz- oder Beschaffungsmärkten zu verstehen ist, wodurch nicht integrierte Marktteilnehmer benachteiligt werden (so genannte „foreclosure“).⁴¹⁷ Dieses Merkmal ist allerdings nicht von entscheidender Bedeutung, zumal die vertikale Integration in bestimmten Marktsituationen durch temporär ungünstige Liefer- und Abnahmeverpflichtungen wettbewerbliche Nachteile (z. B. Abnahmeverpflichtung überteuerter Rohstoffe) bedeuten kann.

Große Krankenhäuser der Maximalversorgung haben häufig erleichterte Bedingungen bei der Beschaffung von Pharmaka, technischem Gerät und etc., weil sie regelmäßig größere Mengen abnehmen als kleine Krankenhäuser und somit bessere Konditionen aushandeln können. Dies gilt besonders für Kliniken mit eigenen klinischen Forschungsabteilungen, die häufig Forschungsabkommen mit Pharmaunternehmen abschließen und auf diese Weise sehr preiswert oder kostenlos Medikamente erhalten.

⁴¹⁷ Hierzu und zum Folgenden *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 31; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 59.

2.3.2.1.2.2.4 Verflechtungen mit anderen Unternehmen

Unter Verflechtungen mit anderen Unternehmen sind weniger konzernrechtliche Verbindungen zu verstehen, die kartellrechtlich ohnehin als Einheit betrachtet werden (§ 36 Abs. 2 GWB).⁴¹⁸ Vielmehr sind Verflechtungen im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB alle gesellschaftsrechtlich gesicherten Verbindungen, auch wenn sie nicht die Voraussetzungen für einen Zusammenschluss im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB erfüllen.⁴¹⁹ Hierzu gehören z. B. bloße Minderheitsbeteiligungen, personelle Verflechtungen oder konglomerate Verbindungen zu Banken bzw. Investoren, die eine Erweiterung der Verhaltensspielräume bewirken.⁴²⁰

Ob Verflechtungen eines Krankenhauses bzw. des sich mit einem Krankenhaus zusammenschließenden Unternehmens mit anderen Unternehmen bestehen, die unterhalb der Schwelle des § 37 Abs. 1 GWB einzustufen sind, muss im Einzelfall geprüft werden. Beispiel wäre die Mitgliedschaft eines Krankenhausgesellschafters im Vorstand eines Pharmaunternehmens oder einer Bank.

2.3.2.1.2.2.5 Rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt

Marktzutrittschranken wirken sich nur mittelbar auf die Marktteilnehmer aus, indem sie die rechtlichen oder tatsächlichen Hürden für den Eintritt neuer Marktteilnehmer definieren.⁴²¹ So wirken niedrige Marktzutrittschranken mittelbar disziplinierend, weil die Marktteilnehmer jederzeit mit Marktzutritten neuer Wettbewerber rechnen müssen, wenn sie z. B. übermäßig die Preise erhöhen; im Falle niedriger oder fehlender Marktzutrittschranken ist deshalb die Wahrscheinlichkeit für die

⁴¹⁸ Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 87.

⁴¹⁹ BGH vom 19.12.1995 WuW/E BGH S. 3037, 3040 f. „Raiffeisen“.

⁴²⁰ Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 62.

⁴²¹ Bechtold, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 33; Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 63.

Entstehung eines kontrollfreien Verhaltensspielraums eher gering.⁴²² Umgekehrt müssen die Marktteilnehmer bei hohen Marktzutrittschranken keinen oder nur geringen weiteren Wettbewerbsdruck durch neue Konkurrenten befürchten, so dass unter diesen Umständen eine überragende Marktstellung begünstigt wird. Dabei ist es unerheblich, dass die Marktzutrittschranken möglicherweise unbeeinflusst von dem fraglichen Unternehmen bestehen (z. B. staatliche Zulassungsbeschränkungen, technische Kapazitätsgrenzen, hoher Kapitalbedarf) oder von diesen beeinflusst werden können (z. B. Patente, branchenweit hohe Werbemittel).⁴²³

Für den Krankenhausmarkt existieren erhebliche rechtliche und tatsächliche Schranken für den Marktzutritt:

Zum einen erfolgt die Aufnahme in den Krankenhausplan nur bei entsprechendem Bedarf, so dass angesichts der Tendenz zum Bettenabbau⁴²⁴ nicht mit der Neuaufnahme von Krankenhäusern zu rechnen ist. Die Aufnahme in den Krankenhausplan ist aber für das Gros der Krankenhäuser elementar, denn davon hängen sowohl die Investitionsförderung durch das Land (§ 6 KHG) als auch der faktische Kontrahierungszwang der gesetzlichen Krankenkassen mit den jeweiligen Krankenhäusern (§ 109 Abs. 4 SGB V) ab.⁴²⁵ Somit haben Krankenhäuser ohne Aufnahme in den Krankenhausplan einen entscheidenden Wettbewerbsnachteil gegenüber den in den Krankenhausplan aufgenommenen Kliniken.

Zum anderen ist der generelle Investitionsbedarf für den Neu- bzw. Ausbau eines Krankenhauses beträchtlich. Es müssen erhebliche Mittel für den Sach- aber auch Personalbedarf bereitgestellt werden, so dass Neugründungen von Krankenhäusern erhebliche finanzielle Hürden überwinden müssen.

422 BKartA vom 12.05.1999 WuW/E DE-V S. 142, 144 „Kleinfeuerwerk“; Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 88.

423 Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 65.

424 Perz, Charme und Chance der kleinen Häuser, f & w 2000, S. 30.

425 Anmerkung: Aus diesem Grund sind nur vereinzelt reine Privatkliniken gegründet worden, die keine Aufnahme in den Krankenhausplan des betreffenden Bundeslandes gefunden haben (z. B. Euromed-Clinic Fürth).

Insgesamt begünstigen also die rechtlichen und finanziellen Hürden im Krankenhausmarkt die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne der §§ 36 Abs. 1, 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB.

2.3.2.1.2.2.6 Tatsächlicher oder potentieller Wettbewerb durch andere Unternehmen

§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB bestimmt ferner, dass der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung zu berücksichtigen ist.

Das besondere dieser Klausel ist nicht die Berücksichtigung des Wettbewerbs durch inländische Unternehmen; insoweit hat die Bestimmung nur deklaratorische Bedeutung. Vielmehr soll klargestellt werden, dass (potentielle) Einwirkungen aus dem Ausland bei der Prüfung einbezogen werden müssen.⁴²⁶

Ob potentieller Krankenhauswettbewerb aus dem Ausland erheblich sein kann, ist fraglich, weil die Bereitschaft der Patienten, eine Auslandsbehandlung durchzuführen, nur selten vorhanden sein wird. Eine stationäre Auslandsbehandlung dürfte vorwiegend bei fehlender inländischer Therapiemöglichkeit in Betracht kommen, was angesichts des hohen Behandlungsstandards in Deutschland nur in vereinzelt, zahlenmäßig unerheblichen Fällen erforderlich sein dürfte (z. B. spezielle Herzoperationen in den USA). Darüber hinaus spricht gegen einen ausländischen Krankenhauswettbewerb der nur eingeschränkte Versicherungsschutz der Patienten durch die gesetzlichen Krankenkassen.

Aus diesen Gründen wird das Merkmal des Krankenhauswettbewerbs aus dem Ausland bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB nur von untergeordneter Bedeutung sein.

⁴²⁶ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 66.

2.3.2.1.2.2.7 Flexibilität der Umstellung von Angebot oder Nachfrage

Die Umstellungsflexibilität im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB beinhaltet die Fähigkeit eines Unternehmens, sein Angebot oder seine Nachfrage hin zu anderen Waren oder gewerblichen Leistungen abzuändern.

Dabei ist die Marktstellung eines der Marktbeherrschung verdächtigen Anbieters umso stärker, je besser er in der Lage ist, sein Angebot auf andere Waren oder Dienstleistungen einzurichten.⁴²⁷ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Umstellungsflexibilität typischerweise auch für andere Marktteilnehmer gilt, so dass sich deren Wirkung aufheben und dann nicht zur Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen werden kann.⁴²⁸

Die Umstellungsflexibilität von Krankenhäusern ist grundsätzlich eher gering einzuschätzen. In der Regel ist das von ihnen angebotene Leistungsspektrum relativ konstant und nur mit größeren finanziellen und personellen Aufwand auf veränderte Marktbedingungen umzustellen. Darüber hinaus müssen etwaige Änderungen des Behandlungs- oder Diagnoseangebotes regelmäßig mit den Krankenkassen abgesprochen und unter Umständen im Krankenhausplan berücksichtigt werden. Da dies gleichermaßen für das zu übernehmende Krankenhaus wie auch für die Wettbewerber gilt, ist die relativ geringe Umstellungsflexibilität weder als Indiz für noch gegen eine marktbeherrschende Stellung zu werten.

2.3.2.1.2.2.8 Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite

Die Ausweichmöglichkeit der Marktgegenseite ist das „Spiegelbild“ der Umstellungsflexibilität des der Marktbeherrschung verdächtigen Anbieters.⁴²⁹ Je leichter die Marktgegenseite auf andere Unternehmen ausweichen kann, desto eher ist

⁴²⁷ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 35 f.

⁴²⁸ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 92.

⁴²⁹ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 37.

eine Marktbeherrschung zu verneinen.⁴³⁰ Voraussetzung der Marktbeherrschung ist also, dass der Marktgegenseite kein anderes Unternehmen als Ausweichmöglichkeit zur Verfügung steht.

Aus diesem Grund ist nachfolgend festzustellen, ob die Marktmacht fusionierter Krankenhäuser reduziert bzw. aufgehoben ist, weil Ausweichalternativen vorhanden sind. Dabei soll erörtert werden, wer die Entscheidung über die Möglichkeit zum Ausweichen auf andere Krankenhäuser trifft und welche Kriterien dabei zu berücksichtigen sind.

2.3.2.1.2.2.8.1 Ausweichmöglichkeiten von Patient bzw. einweisendem Arzt

Im Rahmen der Feststellung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite ist zunächst auf den Patienten bzw. den einweisenden Arzt abzustellen, die sie die Entscheidung bei der Auswahl der Krankenhäuser⁴³² und damit auch über die Möglichkeit zum Ausweichen auf ein anderes Krankenhaus treffen. Dabei könnten unter anderem folgende Kriterien von Bedeutung sein:

- Krankenhauspreise;
- räumliche Entfernung zum Wohnort sowie Transportmöglichkeit;
- Ruf des Krankenhauses;
- notwendige Spezialbehandlungen, die nur in bestimmten Krankenhäusern angeboten werden.

Welche dieser Kriterien tatsächlich Einfluss auf die Auswahlentscheidung haben, bedarf der nachfolgenden Erörterung:

430 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 75.

431 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 37.

432 Anmerkung: Siehe unter Nr. 2.3.2.1.1.1.1 (S. 102 ff.).

Gesetzlich versicherte Patienten werden sich bei der Auswahl des in einem Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhauses kaum an den Krankenhauspreisen orientieren. Diese werden direkt von den Krankenkassen erstattet, so dass die Patienten in der Regel keine Einsicht in die Kostenstruktur eines Krankenhauses erhalten.

Demgegenüber erhalten privatversicherte Patienten bzw. nicht versicherte Patienten eine Rechnung vom Krankenhaus, die sie (zunächst) selbst begleichen müssen. Privatversicherte Patienten erhalten allerdings den Rechnungsbetrag von den privaten Krankenkassen erstattet, so dass deren Interesse an einem Preisvergleich zwischen den Krankenhäusern – wie bei den gesetzlich Versicherten – eher gering sein dürfte. Allenfalls nicht versicherte Patienten werden unterschiedliche Krankenhauskosten als Auswahlkriterium für ein Krankenhaus möglicherweise berücksichtigen wollen. Da aber die weit überwiegende Zahl der Krankenhauspatienten entweder gesetzlich oder privat versichert ist, werden Kostengründe bei der Krankenhausauswahl nur von untergeordneter Bedeutung sein. Deshalb dürfte das Ausweichverhalten der Patienten im Falle von Preiserhöhungen durch ein Krankenhaus gering sein.

In den Vordergrund rücken vielmehr der Ruf des Krankenhauses, sein Leistungsspektrum sowie die räumliche Entfernung zum Wohnort des Patienten. Insgesamt werden Patienten bzw. Einweisungsärzte regelmäßig die regionale Versorgung bevorzugen und somit nicht weit entfernt liegende Krankenhäuser aufsuchen. Erst bei größeren Leistungsunterschieden, die eine bessere Versorgung des Patienten ermöglichen, dürfte die Nähe zum Wohnort des Patienten in den Hintergrund treten.

2.3.2.1.2.2.8.2 Ausweichmöglichkeiten der gesetzlichen Krankenkassen

Neben der Ausweichmöglichkeit des Patienten bzw. des Einweisungsarztes könnte auch eine Ausweichmöglichkeit der gesetzlichen Krankenkassen von Bedeutung sein. Grund dafür ist, dass die Kosten der stationären Versorgung im We-

sentlichen von den gesetzlichen Krankenkassen erstattet werden, die zuvor Versorgungsverträge mit den Krankenhäusern abgeschlossen haben. Somit sind in preislicher Hinsicht die gesetzlichen Krankenkassen die eigentlichen „Nachfrager“ der Krankenhausleistung.⁴³³

Deshalb ist zu festzustellen, ob den gesetzlichen Krankenkassen eine Auswahlmöglichkeit bei Preiserhöhungen eines Krankenhauses zur Verfügung steht. Dies wäre nur möglich, wenn die Krankenkassen in ihrer Entscheidung über den Abschluss von Versorgungsverträgen frei wären. Tatsächlich aber besteht gemäß § 109 Abs. 4 SGB V ein faktischer Kontrahierungszwang für die gesetzlichen Krankenkassen, soweit die Krankenhäuser in den Krankenhausplänen der Länder Aufnahme gefunden haben.⁴³⁴ Eine Ausweichmöglichkeit steht ihnen somit selbst dann nicht zur Verfügung, wenn die Versorgung der gesetzlich Versicherten durch andere, preiswertere Krankenhäuser gewährleistet werden könnte.

Erst wenn sich diese Gesetzeslage änderte, könnte eine mögliche Versorgungsalternative auch rechtlich realisiert werden. Die Krankenkassen könnten dann den Abschluss eines Versorgungsvertrages mit einem Krankenhaus wegen nicht marktgerechter Preisen verweigern, so dass die Kostenerstattung für die gesetzlich versicherten Patienten entfielen. In diesem Fall müssten die Patienten eine stationäre Versorgung in dem betreffenden Krankenhaus selbst tragen. Es ist dann zu erwarten, dass gesetzlich Versicherte die Behandlung in Krankenhäusern ohne Versorgungsvertrag mit den Krankenkassen meiden werden. Diese Gefahr, nämlich ein Patientenpotential von ca. 90 % aller Versicherten zu verlieren, könnte Krankenhäuser an einer nicht marktgerechten Preiserhöhung hindern. Soweit die Krankenkassen den Versorgungsauftrag durch Abschluss entsprechender Verträge mit anderen Krankenhäusern weiterhin erfüllen können, bestünde im Falle von Preiserhöhungen eine tatsächliche Ausweichmöglichkeit, so dass dies als ein erhebliches Indiz gegen eine marktbeherrschende Stellung der Fusionskrankenhäuser selbst bei erheblichem Marktanteil zu werten wäre.

⁴³³ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.3.2.1.2.1 (S. 117 ff.).

⁴³⁴ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.2.2 (S. 21 f.).

Bei nicht in den Krankenhausplänen aufgenommenen Krankenhäusern besteht bereits nach der gegenwärtigen Gesetzeslage kein Kontrahierungszwang der gesetzlichen Krankenkassen, so dass letztere die Möglichkeiten haben, bei nicht marktgerechten Preisen keinen Versorgungsvertrag mit dem jeweiligen Krankenhaus abzuschließen. Allerdings handelt es sich insoweit im Wesentlichen um die sehr geringe Anzahl von Privatkliniken sowie um Reha- und Kurkliniken. Die weit überwiegende Anzahl der im Rahmen dieser Arbeit betrachteten Akutkrankenhäuser ist in den Krankenhausplänen aufgenommen, so dass bei einer Marktanalyse vorwiegend auf diese Art Krankenhäuser abzustellen ist.

2.3.2.1.2.2.9 Zusammenfassung

Insgesamt sind bei der Feststellung der Marktbeherrschung durch ein Unternehmen im Einzelfall alle vorstehend erläuterten Kriterien und gegebenenfalls weitere in einer Gesamtschau zu werten. Wichtige Merkmale, die eine marktbeherrschende Stellung indizieren können, sind im Krankenhausbereich vor allem ein hoher Marktanteil, die Finanzkraft, die Marktzutrittschranken sowie die fehlenden Ausweichmöglichkeiten der Patienten bzw. (gesetzlichen) Krankenkassen.

2.3.2.1.2.3 Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen (§ 19 Abs. 2 S. 2 GWB)

Eine Marktbeherrschung kann nicht nur bei einem Unternehmen eintreten. Gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 GWB können auch zwei oder mehrere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von Produkten ohne wesentlichen Wettbewerb oder im Verhältnis zu anderen Unternehmen eine überragende Marktstellung innehaben. Einzel-

Marktbeherrschung gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GWB und Oligopol-Marktbeherrschung gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 GWB schließen sich dabei aus.⁴³⁵

In § 19 Abs. 2 S. 2 GWB wird der – im volkswirtschaftlichen Sinne – „enge“ Oligopol-Begriff zugrunde gelegt.⁴³⁶

Sind die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 GWB für zwei oder mehr Unternehmen erfüllt, so sind diese Marktbeherrscher. Jedes der zu dem Oligopol gehörenden Unternehmen wird dann fusionsrechtlich als Marktbeherrscher behandelt.⁴³⁷

Damit ein Oligopol im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 2 GWB vorliegt, darf im Innenverhältnis zwischen den betroffenen Unternehmen kein (wesentlicher) Wettbewerb bestehen.⁴³⁸ Unerheblich ist, ob das Fehlen des Wettbewerbs auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruht; entscheidend ist vielmehr, dass zwischen den Oligopol-Unternehmen ein Bewusstsein hinsichtlich gleichgerichteter Interessen und wechselseitiger Abhängigkeit besteht, das keinen (wesentlichen) Wettbewerb erwarten lässt.⁴³⁹ Aber selbst wenn dieses „Gruppenbewusstsein“ im Einzelfall nicht nachweisbar sein sollte, kann sich im Wege einer Gesamtschau eine derartige „Erstarrung“ der Wettbewerbskräfte ergeben, dass ein Binnenwettbewerb nicht mehr stattfindet.⁴⁴⁰ Indizien sind langfristige Übereinstimmung des Marktverhaltens, insbesondere bei der Preisgestaltung, sowie Ausübung wettbewerbliehen

435 KG vom 07.11.1985 WuW/E OLG S. 3759, 3765 „Pillsbury/Sonnen-Bassermann“; KG vom 16.01.1980 WuW/E OLG S. 2234, 2235 „Blei- und Silberhütte Braubach“; Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 98; a. A. Immenga/Schulte-Braucks, BB 1981, S. 149 ff.

436 Bechtold, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 41.

437 KG vom 10.01.1979 WuW/E OLG S. 2093, 2094 „Bituminöses Mischgut“.

438 Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 101.

439 KG vom 12.03.1997 WuW/E OLG S. 5907, 5914 f. „Rheinpfalz/Medien-Union“; Bechtold, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 42.

440 BGH vom 05.02.1968 WuW/E BGH S. 907, 913 „Fensterglas VI“.

Verhaltens ausschließlich gegenüber außenstehenden Unternehmen.⁴⁴¹ Im Übrigen kann zur Ermittlung eines Binnenwettbewerbs auf die in § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB genannten Merkmale zurückgegriffen werden.⁴⁴² Dabei gilt, dass je höher die in dem Oligopol vereinten Marktanteile sind, je geringer die Zahl der Gruppenmitglieder und je geringer der externe Wettbewerb ist, desto eher ist unzureichender Binnenwettbewerb anzunehmen.⁴⁴³

Ein derart nachgewiesenes Oligopol ist nicht schon wegen fehlenden Binnenwettbewerbes marktbeherrschend, sondern erst dann, wenn es nicht hinreichend von der Marktgegenseite bzw. von dem Außenwettbewerb kontrolliert werden kann.⁴⁴⁴

Insoweit verweist § 19 Abs. 2 S. 2 GWB auf § 19 Abs. 2 S. 1 GWB. Das Oligopol darf also entweder keinem (wesentlichen) Außenwettbewerb gegenüberstehen, oder die Oligopolisten müssen als Gruppe durch den Markt nicht hinreichend kontrolliert werden können.⁴⁴⁵ Diesbezüglich kann auf die Ausführungen unter Nr. 2.3.2.1.2.1 (S. 117 ff.) und Nr. 2.3.2.1.2.2 (S. 120 ff.) verwiesen werden. Eine überragende Marktstellung der gesamten Gruppe kann dabei auch dann bestehen, wenn nur einzelne Unternehmen der Gruppe über eine solche Stellung verfügen.⁴⁴⁶

Der Fall der Marktbeherrschung durch ein Oligopol im Krankenhausmarkt wäre denkbar für Krankenhäuser einer Klinikgruppe oder mehrerer Krankenhäuser, die

441 BKartA vom 13.12.1985 WuW/E BKartA S. 2213, 2216 „Linde/Agelko I“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 42; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 106.

442 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 79.

443 BGH vom 05.02.1968 WuW/E BGH S. 907, 913 „Fensterglas VI“; BGH vom 04.10.1983 WuW/E BGH S. 2025, 2027 „Texaco/Zerssen“; BGH vom 22.09.1987 WuW/E BGH S. 2433, 2441 „Gruner + Jahr/Zeit“; BGH vom 10.12.1985 WuW/E BGH S. 2195, 2197 f. „Abwehrblatt II“; KG vom 01.07.1983 WuW/E OLG S. 3051, 3075 ff. „Morris/Rothmans“; BKartA vom 08.12.1986 WuW/E 2247, 2248 ff. „Hüls/Condea“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 79.

444 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 81.

445 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 44.

446 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 83.

zwar rechtlich selbständig, aber als Kooperationspartner ein abgestimmtes, gleichförmiges Verhalten ohne wesentlichen Wettbewerb zeigen (z. B. zwei kirchliche Krankenhäuser desselben Trägers).

Im Einzelfall ist zu prüfen, ob für diese Krankenhäuser eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, wobei die vorstehend genannten Kriterien Anwendung finden.

2.3.2.1.2.4 Marktbeherrschungsvermutung gemäß § 19 Abs. 3 GWB

§ 19 Abs. 3 GWB enthält Marktbeherrschungsvermutungen, die auch für die Fusionskontrolle gelten, nämlich die Grundvermutungen für die Einzelmarktbeherrschung (§ 19 Abs. 3 S. 1 GWB) und für die Oligopolmarktbeherrschung (§ 19 Abs. 3 S. 2 GWB).⁴⁴⁷ Es handelt sich insoweit um eine echte Umkehr der Beweisführungslast, die allerdings im Bußgeldverfahren keine Anwendung findet.⁴⁴⁸

Die Kartellbehörde hat die Vermutungsvoraussetzungen nachzuweisen und trägt die formelle Beweislast insoweit, als sie nach dem Amtsermittlungsgrundsatz die materiellen Voraussetzungen der Marktbeherrschung festzustellen versuchen muss; bei einem „non liquet“ ist dann gemäß § 19 Abs. 3 GWB zu Lasten des Unternehmens von einer Marktbeherrschung auszugehen.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 43.

⁴⁴⁸ Vgl. BGH vom 02.12.1980 WuW/E BGH S. 1749, 1754 „Klößner/Becorit“; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 110; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 19, Rdnr. 78 f.; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 50; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 170.

⁴⁴⁹ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 19, Rdnr. 65 f.; *Baur*, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung, BB 1973, S. 915, 916 f.; *Autenrieth*, Mehr Rechtssicherheit bei der Fusionskontrolle?, DB 1981, S. 1025 f.; *Möschel*, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 176 f.; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 87.

Die Vermutungswirkung bezieht sich lediglich auf die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, nicht dagegen auf die Verstärkung derselben.⁴⁵⁰ Aus diesem Grund muss das Bundeskartellamt die Frage einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ohne Beweiserleichterung nachweisen, wenn z. B. die Voraussetzungen der Vermutung gemäß § 19 Abs. 3 GWB sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss vorlagen.⁴⁵¹

Die Einzelmarktbeherrschungsvermutung greift dann, wenn das betroffene Unternehmen einen Marktanteil von einem Drittel erreicht (§ 19 Abs. 3 S. 1 GWB), während die Oligopolmarktbeherrschungsvermutung nach § 19 Abs. 3 S. 2 GWB Anwendung findet, wenn zwei oder drei Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 50 % haben (Nr. 1) oder vier bzw. fünf Unternehmen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen (Nr. 2). Einzel- und Oligopolmarktbeherrschungsvermutung sind nicht gleichzeitig nebeneinander anwendbar⁴⁵², wohl aber die Dreier- neben der Fünferoligopolvermutung.⁴⁵³

450 KG vom 01.07.1983 WuW/E OLG S. 3051, 3080 f. „Morris/Rothmans“; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 44; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 19, Rdnr. 76; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 96; a. A. *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 169, unter Hinweis die Bedeutung des § 19 Abs. 3 GWB für die gesamte Fusionskontrolle; *Wolf*, Fortentwicklung der Fusionskontrolle, WuW 1980, S. 462, 472 f.

451 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 52.

452 KG vom 16.01.1980 WuW/E OLG S. 2234, 2235 „Blei- und Silberhütte Braubach“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 51; KG vom 07.11.1985 WuW/E OLG S. 3759, 3765 f. „Pillsbury/Sonnen-Bassermann“; a. A. *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 19, Rdnr. 67; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 178 ff.; *Immenga/Schulte-Braucks*, Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 Abs. 3 GWB, BB 1981, S. 149, 152 ff., die eine gleichzeitige Anwendung bejahen.

453 KG vom 01.07.1983 WuW/E OLG S. 3051, 3070 f. „Morris/Rothmans“; *Schultz*, Die Vermutung des § 23a GWB, WuW 1981, S. 102, 108; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 93; a. A. *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 116; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 55.

Darüber hinaus sind die Vermutungen der Einzel- und Oligopolmarktbeherrschung – auch bei ihrer Anwendung im Rahmen der Fusionskontrolle – widerlegbar.⁴⁵⁴

Dies gilt insbesondere für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung, obwohl diesbezüglich – im Gegensatz zu der Oligopolmarktbeherrschungsvermutung – keine ausdrückliche Regelung in § 19 Abs. 3 GWB enthalten ist.⁴⁵⁵ Es ist kein sachlicher Grund erkennbar, der es rechtfertigen würde, eine Widerlegung nur bei der Oligopolmarktbeherrschungsvermutung zuzulassen, nicht aber bei der Einzelmarktbeherrschungsvermutung.

Die Widerlegung der Einzelmarktbeherrschungsvermutung durch die Unternehmen muss den wesentlichen Wettbewerb oder das Fehlen einer überragenden Marktstellung nachweisen.⁴⁵⁶ Darüber hinaus ist die Monopolvermutung entkräftet, wenn der Markt nachweislich durch ein anderes (\Rightarrow Monopol) oder durch mehrere andere Unternehmen (\Rightarrow Oligopol) beherrscht wird.⁴⁵⁷

Die Oligopolmarktbeherrschungsvermutung kann dagegen nur durch die in § 19 Abs. 3 S. 2 GWB umschriebenen Nachweise widerlegt werden, nämlich entweder durch den Nachweis – auch für die Zukunft zu erwartenden – wesentlichen Wettbewerbs innerhalb des Oligopols (z. B. bei einer Aufholfusion kleiner Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen innerhalb des Oligopols) oder durch den Nachweis des Fehlens einer überragenden Marktstellung im Außenverhältnis.⁴⁵⁸

454 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 165; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 6.

455 BGH vom 21.02.1978 WuW/E BGH S. 1501, 1504 “Kfz-Kupplungen”; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 166, 168; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 95.

456 BGH vom 21.02.1978 WuW/E BGH S. 1501, 1504 “Kfz-Kupplungen”.

457 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 19, Rdnr. 52.

458 *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 45; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 101; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 172 ff.; Anmerkung: Zur überragenden Marktstellung siehe unter Nr. 2.3.2.1.2.2 (S. 120 ff.).

Bei Fusionen zwischen Krankenhäusern bewirkt § 19 Abs. 3 GWB ebenfalls, dass die marktbeherrschende Stellung derselben widerlegbar vermutet wird, wenn ein Krankenhaus einen Marktanteil von mehr als einem Drittel aufweist. Gleiches gilt für ein Oligopol mit zwei oder drei Krankenhäusern bei einem Marktanteil von 50 % und mehr bzw. bei vier und fünf Krankenhäusern mit einem Marktanteil von zwei Dritteln und mehr.

2.3.2.1.3 Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

Weitere Voraussetzung für eine Untersagung eines Zusammenschlusses gemäß § 36 GWB ist, dass die marktbeherrschende Stellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen begründet oder verstärkt werden kann. Die Marktbeherrschung darf dabei nicht gelegentlich des Zusammenschlusses begründet oder verstärkt werden, sondern „durch“ den Zusammenschluss.⁴⁵⁹ Es wird also eine Ursache-Wirkungs-Beziehung im Sinne der Äquivalenztheorie verlangt, wobei Mitursächlichkeit ausreicht.⁴⁶⁰ Sie entfällt z. B. bei Sanierungsfusionen, wenn das übernommene Unternehmen ohne die Fusion hätte liquidiert werden müssen; in diesen Fällen verlangt das Bundeskartellamt aber zusätzlich den Nachweis, dass kein anderer, schwächerer Käufer zur Verfügung steht.⁴⁶¹

Des Weiteren müssen sich die wettbewerblichen Veränderungen bei den Zusammenschlusspartnern bzw. bei den mit ihnen verbundenen Unternehmen einstellen; die Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung bei unbetei-

⁴⁵⁹ BGH vom 23.10.1979 WuW/E BGH S. 1655, 1660 „Zementmahlanlage II“; BGH vom 27.05.1986 WuW/E BGH S. 2276, 2283 „Süddeutscher Verlag/Donau-Kurier“.

⁴⁶⁰ BGHZ 115, S. 354, 361 f. „Stormarner Tageblatt“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 1 b); *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 59; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 105.

⁴⁶¹ BGH vom 23.10.1979 WuW/E BGH S. 1655, 1660 „Zementmahlanlage II“; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 41 f.; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 5; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 107, 109; Anmerkung: Siehe zur „Sanierungsfusion“ unter Nr. 2.3.2.2.3.1 (S. 163 ff.).

ligten Marktteilnehmern genügt nicht.⁴⁶² Dies wäre z. B. der Fall, wenn die Marktanteile des erworbenen Unternehmens entfallen, weil sie vollständig zur Deckung des Eigenbedarfs des Erwerbers verwendet werden, so dass als mittelbare Wirkung die Marktanteile der übrigen Wettbewerber ansteigen.⁴⁶³

Die „Begründung“ einer marktbeherrschenden Stellung setzt voraus, dass bei den beteiligten Unternehmen zuvor keine solche bestand. Dieses qualitative Kriterium ist deshalb nicht erfüllt bei Übernahme eines marktbeherrschenden Unternehmens durch ein bislang auf diesem Markt nicht tätiges Unternehmen; dieser Marktanteiltransfer führt allenfalls zur Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung.⁴⁶⁴

Somit kann die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung auf zweierlei Weise erfolgen. Zum einen kann gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB durch den Zusammenschluss der bislang wesentliche Wettbewerb entfallen, ohne dass eine überragende Marktstellung der verbleibenden Wettbewerber entsteht.⁴⁶⁵ Zum anderen kann durch den Zusammenschluss eine überragende Marktstellung im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB infolge Marktanteiladdition oder infolge vertikaler Integration begründet werden, wobei auch weiterhin wesentlicher Restwettbewerb verbleiben kann.⁴⁶⁶

Bei der „Verstärkung“ handelt es sich um ein quantitatives Kriterium, das ebenfalls in zwei Alternativen verwirklicht werden kann; entweder wird nicht mehr wesentli-

⁴⁶² KG vom 14.10.1979 WuW/E OLG S. 2259, 2261 „Siegerländer Transportbeton“.

⁴⁶³ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 110.

⁴⁶⁴ BKartA vom 27.09.1978 WuW/E BKartA S. 1719 f., 1723 „BP/Gelsenberg“; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 47; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 112.

⁴⁶⁵ Anmerkung: Ein Beispiel wäre die Übernahme des letzten wesentlichen Wettbewerbers durch ein Unternehmen, das dann mit den übrigen Unternehmen im Markt wegen gleicher Marktanteile in keinem wesentlichen Wettbewerb mehr steht; vgl. *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 48.

⁴⁶⁶ *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 49.

cher Restwettbewerb geschwächt oder es wird eine überragende Marktstellung verbessert.⁴⁶⁷ Dem BGH zufolge handelt es sich bei der Verstärkung um „die Veränderung der die Marktmacht [nach § 19 Abs. 2 GWB] bestimmenden Größen dergestalt, dass die neutralisierende Wirkung des Wettbewerbs im Wege der Änderung von markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war“.⁴⁶⁸ Wichtigster Fall ist der Zuwachs an Marktanteilen.⁴⁶⁹

Die Verstärkung kann aber auch in der Sicherung der marktbeherrschenden Stellung gesehen werden, wenn z. B. die „Fähigkeit zur Abwehr des nachstoßenden Wettbewerbs durch Minderung des von Wettbewerbern zu erwartenden Wettbewerbsdrucks verstärkt oder auch nur erhalten oder gesichert wird“.⁴⁷⁰ Durch die Untersagung einer solchen, den Restwettbewerb gefährdenden Fusion sollen die Chancen auf ein Aufleben der Marktkräfte gewahrt bleiben.⁴⁷¹

Eine „wesentliche“ Verstärkung wird nicht verlangt.⁴⁷² Vielmehr gilt die so genannte „Relativität der Eingriffsvoraussetzungen“⁴⁷³, wonach die Anforderungen

467 Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 113; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 53.

468 BGH vom 18.12.1979 WuW/E BGH S. 1685, 1691 „Springer/Elbe Wochenblatt“; vgl. auch BGH 15.07.1997 WuW/E DE-R S. 24, 27 ff. „Stromversorgung Aggertal“.

469 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 7.

470 BGH vom 29.09.1981 WuW/E BGH S. 1854, 1860 „Zeitungsmarkt München“; vgl. auch BGH vom 10.12.1991 WuW/E BGH S. 2731, 2737 „Inlandstochter“.

471 BGH vom 29.09.1981 WuW/E BGH S. 1854, 1859 „Zeitungsmarkt München“.

472 BGH vom 21.02.1978 WuW/E BGH S. 1501, 1512 „Kfz-Kupplungen“; BGH vom 07.07.1992 WuW/E BGH S. 2783, 2793 „Warenzeichenerwerb“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 8.

473 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 117.

an die Verstärkungswirkungen umso geringer sind, je stärker der Wettbewerb schon beschränkt ist.⁴⁷⁴

Umstritten ist, ob die Verstärkung zumindest „spürbar“ sein muss.⁴⁷⁵ Das Erfordernis einer „Spürbarkeit“ ist jedoch abzulehnen, weil das Gesetz bereits durch die in § 35 Abs. 1 GWB normierten Schwellenwerte nicht hinreichend bedeutsame Zusammenschlussvorhaben von einer fusionsrechtlichen Kontrolle ausnimmt.⁴⁷⁶

Einer weiteren Überprüfung der Erheblichkeit der Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss bedarf es deshalb nicht.

Schließlich ist im Rahmen der Prognose über die Zusammenschlussfolgen auch zu berücksichtigen, dass die marktbeherrschende Stellung wieder verloren gehen könnte, indem die Wettbewerber gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen aufholen.⁴⁷⁷ Dies kann z. B. der Fall sein, wenn die Wettbewerber mit hinreichender Sicherheit einen technischen Rückstand gegenüber dem Marktherrscher durch verstärkte Anstrengungen ausgleichen oder wenn der Markt in besonderem Maß einem technischen Wandel unterliegt.⁴⁷⁸

474 BGH vom 21.02.1978 WuW/E BGH S. 1501, 1512 „Kfz-Kupplungen“; BGH vom 23.10.1979 WuW/E BGH S. 1655, 1659 „Zementmahanlage II“; BGH vom 18.12.1979 WuW/E BGH S. 1685, 1691 „Springer/Elbe Wochenblatt“; BGH vom 29.09.1981 WuW/E BGH S. 1854, 1860 „Zeitungsmarkt München“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 117.

475 Bejahend BKartA vom 04.03.1981 WuW/E BKartA S. 1867, 1869 „Rheinmetall/WMF“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 119, wegen des grundgesetzlich verbürgten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; *Knöpfe*, Die Problematik der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB, S. 64 f.; verneinend BGH vom 18.12.1979 WuW/E BGH S. 1685, 1691 ff. „Springer/Elbe Wochenblatt“; BGH vom 29.09.1981 WuW/E BGH S. 1854, 1859 „Zeitungsmarkt München“; KG vom 23.05.1991 WuW/E OLG S. 4771, 4783 „Folien und Beutel“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 8.

476 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 188.

477 *Frankfurter Kommentar*-Rieger, § 36 GWB, Rdnr. 69 f.

478 KG vom 01.07.1983 WuW/E OLG S. 3051, 3080 „Morris/Rothmans“; BKartA vom 17.01.1994 WuW/E BKartA S. 2641, 2644 ff. „Sarstedter-Kurier-Anzeiger“.

Wendet man die vorstehenden Grundsätze auf den Krankenhausbereich an, muss für eine Untersagung einer Krankenhausfusion gemäß § 36 Abs. 1 GWB zu erwarten sein, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der fusionierten Krankenhäuser begründet oder verstärkt wird.

Dies scheidet aber von vornherein aus bei Sanierungsfusionen, wenn das übernommene Krankenhaus anderenfalls liquidiert worden wäre. Die Durchführung der Fusion hätte dann in wettbewerblicher Hinsicht die gleichen Folgen wie eine Untersagung derselben, nämlich das Ausscheiden des übernommenen Krankenhauses aus dem Wettbewerb. Somit entfällt bei Zusammenschlüssen mit sanierungsbedürftigen Krankenhäusern der Kausalitätsnachweis zwischen dem Zusammenschluss und der Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Soweit keine Sanierungsfusion vorliegt, kommt eine Zusammenschlussuntersagung wegen der „Begründung“ einer marktbeherrschenden Stellung in Betracht, wenn ein Krankenhaus ein anderes Krankenhaus desselben Marktes übernimmt. In diesem Fall findet eine Addition (mit ev. geringen Abzügen infolge Übergangs von Marktanteilen auf Konkurrenten⁴⁷⁹) der Marktanteile statt, so dass eine marktbeherrschende Stellung des neuen Krankenhausverbundes entstehen kann. Des Weiteren kann die marktbeherrschende Stellung gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB begründet werden, indem ein Krankenhaus von einem Konkurrenten übernommen wird, der mit den verbleibenden Krankenhäusern aufgrund gleicher Marktstellung keinen wesentlichen Wettbewerb mehr ausübt.

Die „Verstärkung“ einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung eines Krankenhauses kann durch Stärkung der eigenen Position und/oder durch Schwächung der Position der konkurrierenden Krankenhäuser eintreten, und zwar u. a. infolge Zuwachses von Marktanteilen, Ressourcen oder Finanzkraft. Beispiel wäre die Übernahme eines marktbeherrschenden Krankenhauses durch ein großes, bislang auf diesem räumlichen oder sachlichen Markt nicht tätiges Kranken-

⁴⁷⁹ Anmerkung: Siehe unter Nr. 2.3.2.1.3.2.1 (S. 151).

hausunternehmen, das beträchtliche Investitionen vornehmen will, um die Marktposition des bestehenden Hauses zu verbessern.

2.3.2.1.3.1 Differenzierung nach Zusammenschlusstatbeständen

Nicht jeder Unternehmenszusammenschluss im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB führt tatsächlich zu einer fusionsrechtlich erheblichen Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 36 Abs. 1 GWB; darüber hinaus ist das Ausmaß der tatsächlichen Einflussnahmemöglichkeit bei den verschiedenen Zusammenschlusstatbeständen gemäß § 37 Abs. 1 GWB durchaus unterschiedlich.⁴⁸⁰ Aus diesen Gründen muss, obwohl § 36 Abs. 1 GWB keine ausdrückliche Differenzierung hinsichtlich der Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB vorsieht, dennoch jeder Unternehmenszusammenschluss konkret daraufhin überprüft werden, ob tatsächlich eine ausreichende wirtschaftliche Unternehmenseinheit begründet wird und welche Auswirkungen dies auf den Markt hat („Theorie der autonomen Prüfung“).⁴⁸¹ Nur wenn hinreichende Einflussnahmemöglichkeiten durch den Zusammenschluss eröffnet werden, ist eine Zusammenveranlagung der Marktanteile im Rahmen der materiellen Fusionskontrolle gerechtfertigt.⁴⁸² Es muss deshalb – neben der formellen Prüfung der Zusammen-

⁴⁸⁰ *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 2; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 138; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 121.

⁴⁸¹ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 121; ähnlich *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 138; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 9; differenzierend *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 5 f., der ebenfalls eine Prüfung der konkreten Auswirkungen des Zusammenschlusses bejaht, aber betont, dass die frühere Auffassung, wonach eine Zurechnung der Marktmacht erst bei einem beherrschenden Einfluss oder Leitungsmacht erfolgen könne, als zu eng abzulehnen sei, weil relevante Wettbewerbsbeschränkungen auch bei wechselseitiger Interessenverbundenheit ohne beherrschenden Einfluss vorliegen können.

⁴⁸² KG vom 13.10.1982 WuW/E OLG S. 2825, 2834 "Taschenbücher".

schlussstatbestände gemäß § 37 Abs. 1 GWB – eine „materielle Qualifizierung“ des jeweiligen Zusammenschlusses erfolgen.⁴⁸³

Im Rahmen dieser materiellrechtlichen Feststellung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB ist hinsichtlich der Zusammenschlussformen folgende Differenzierung vorzunehmen:⁴⁸⁴

2.3.2.1.3.1.1 Vermögenserwerb

Beim Vermögenserwerb⁴⁸⁵ (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB) entsteht zwischen Erwerber und übernommenem Unternehmen in der Regel eine wirtschaftliche und rechtliche Einheit. Sämtliche Marktpotentiale und Ressourcen sind zusammenzurechnen.⁴⁸⁶

Soweit nur ein wesentlicher Teil des Vermögens erworben wird, können aber die mit dem übergehenden Vermögensteil verbundenen Marktanteile lediglich in dem Umfang addiert werden, in dem deren Fortbestand trotz der Vermögensaufteilung zu erwarten ist.⁴⁸⁷

Beim Erwerb des Vermögens eines Krankenhauses werden dessen Marktanteile dem Erwerber hinzugerechnet. Soweit der Erwerber selbst ein auf diesem Markt tätiges Krankenhaus ist, kann eine marktbeherrschende Stellung entstehen bzw. verstärkt werden. Ist der Erwerber marktfremd, dann kann nur eine Verstärkung

483 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 9.

484 Vgl. *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 130 ff.; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 4; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 120 ff.; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 9.

485 Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.3.1.3.2.1 (S. 45 ff.).

486 BGH WuW/E BGH S. 1655, 1659 „Zementmahlanlage II“; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 106; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 14; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 6.

487 BGH vom 07.07.1992 WuW/E BGH S. 2783, 2792 „Warenzeichenerwerb“; BKartA vom 03.03.2000 WuW/E S. DE-V 227, 233 „Cisco/IBM“; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 14.

der marktbeherrschenden Stellung in Betracht kommen, z. B. durch Stärkung der Finanzkraft.

In den Fällen, in denen nur bestimmte Betriebsteile eines Krankenhauses erworben werden, z. B. sämtliche Abteilungen mit Ausnahmen der Orthopädie, werden aber die Marktanteile nur bezüglich der übergehenden Abteilungen addiert. Voraussetzung ist dafür zusätzlich, dass aufgrund einer Marktanalyse zu erwarten ist, dass die Marktanteile der übergehenden Abteilungen unabhängig von der Eingliederung der orthopädischen Abteilung fortbestehen. Dies könnte z. B. zweifelhaft sein, wenn die orthopädische Abteilung einen hervorragenden, überregionalen Ruf genießt und im Verhältnis zu den übrigen Abteilungen ein überproportional großes Patientenaufkommen hatte. Wenn dann schwerkranke, multimorbide Patienten der orthopädischen Abteilung häufig Zusatzleistungen der anderen Abteilungen in Anspruch nehmen mussten (so genannte „Konsile“) und dieses Patientenaufkommen für die übernommenen Abteilungen nach Abtrennung von der der orthopädischen Abteilung nicht mehr zur Verfügung steht, dann muss dieser Fortfall der medizinischen Leistungen bei den übernommenen Abteilungen im Rahmen der Marktanteilsberechnung Berücksichtigung finden. Diese Problematik wird gerade bei teilweisen Krankenhausfusionen regelmäßig von Bedeutung sein, weil konsularische Leistungen anderer Abteilungen in einem Krankenhausbetrieb häufig vorkommen. So werden insbesondere im Rahmen der Vorbereitung z. B. einer orthopädischen Operation Leistungen der radiologischen Abteilung bzw. der Laborabteilung erforderlich; zusätzlich könnte die Frage der Operabilität unter kardiologischen Gesichtspunkten (z. B. bei Herzinsuffizienz) eine intensive Abklärung durch die Innere Abteilung erforderlich machen. Diese Verknüpfung von Abteilungen in der Operationsvorbereitung einerseits und operativ tätigen Abteilungen andererseits kann im Falle der Trennung dieser Bereiche zu einem erheblich veränderten Leistungsaufkommen führen, da die wechselseitigen Leistungsbeziehungen fortfallen bzw. beeinträchtigt werden.

Aufgrund der vorstehend beschriebenen engen Leistungsintegration der verschiedenen Abteilungen eines Krankenhauses ist somit eine sorgfältige Marktanalyse im Falle der teilweisen Krankenhausfusion erforderlich. Es handelt sich insoweit um eine Besonderheit der Krankenhausdienstleistung, weil die

um eine Besonderheit der Krankenhausdienstleistung, weil die individuelle Behandlung des Patienten – trotz der Aufteilung des medizinischen Leistungsspektrums in verschiedene Abteilungen – keine absolute Zuordnung des jeweiligen Patienten zu den Abteilungen zulässt, sondern eine medizinisch ganzheitliche Betrachtung des jeweiligen Behandlungsfalles erfordert.

2.3.2.1.3.1.2 Kontrollerwerb

Der Kontrollerwerb⁴⁸⁸ im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB als praktisch wichtigster Zusammenschlusstatbestand rechtfertigt ebenfalls immer die Annahme einer wettbewerblichen Einheit.⁴⁸⁹

Beim Erwerb der Alleinkontrolle entsteht die wirtschaftliche Einheit zwischen dem Alleinwerber und dem erworbenen Unternehmen. Erwerben dagegen mehrere unverbundene Unternehmen die Kontrolle über ein Unternehmen, dann können wirtschaftliche Einheiten nur jeweils zwischen dem kontrollierenden und kontrollierten Unternehmen entstehen; eine wirtschaftliche Einheit zwischen den mitkontrollierenden Unternehmen untereinander wird nicht begründet.⁴⁹⁰

Kontrollerwerb durch Mehrheitsbeteiligung oder Kontrolle durch Minderheitsbeteiligung mit Kontrolle gewährenden Streubesitz an einem Krankenhaus führt somit immer zur Marktanteilsaddition. Voraussetzung ist allerdings, dass der Erwerber und das übernommene Krankenhaus auf demselben relevanten Markt tätig sind.

488 Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.3.1.3.2.2 (S. 52 ff.).

489 *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 15; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 130; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 6; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 106.

490 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 10.

2.3.2.1.3.1.3 Anteilserwerb

Anders als beim Vermögens- bzw. Kontrollerwerb verbleibt beim Anteilserwerb⁴⁹¹ gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weitgehend die rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit.⁴⁹² In diesen Fällen ist deshalb eine individuelle Feststellung der Bildung einer wettbewerblichen Einheit erforderlich.⁴⁹³ Hierbei ist nicht nur die Höhe der erworbenen Anteile von Bedeutung, sondern es müssen die konkreten Einflussnahmemöglichkeiten sowie die Auswirkungen auf die Marktverhältnisse ermittelt werden.⁴⁹⁴ In der Regel führt eine alleinige Minderheitsbeteiligung zwischen 25 % und weniger als 50 % nicht zu einer wettbewerblichen Einheit.⁴⁹⁵ Eine Zusammenrechnung der Potentiale erfolgt dann nicht. Anders ist dies aber zu beurteilen, wenn Sondervereinbarungen oder Minderheitsquoten, aber auch personelle Verflechtungen und intensive Liefer- und Bezugsverbindungen besondere Einflussmöglichkeiten begründen, die die Annahme einer Wettbewerbseinheit rechtfertigen können.⁴⁹⁶ Soweit die Voraussetzungen für eine vollständige Wettbewerbseinheit nicht erfüllt

491 Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.3.1.3.2.3 (S. 61 ff.).

492 *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 7; ähnlich *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 108.

493 BGH vom 12.12.1978 WuW/E BGH S. 1533, 1538 „Erdgas Schwaben“; BGH vom 12.02.1980 WuW/E BGH S. 1763, 1765 f. „Bituminöses Mischgut“; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr.19; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 123.

494 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 108, 111; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 10.

495 BGH vom 19.04.1983 WuW/E BGH S. 2013, 2015 f. „VEW/Gelsenwasser“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 124; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 19; einschränkend *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 7 f.

496 BGH vom 29.06.1982 WuW/E BGH S. 1949, 1952 f. „Braun/Almo“; BKartA vom 28.10.1980 WuW/E BKartA S. 1840, 1850 „Texaco/Zerssen“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 124 f.

sind, ist ersatzweise zu prüfen, ob eine teilweise Wettbewerbseinheit einzelner Unternehmensteile in Betracht kommt.⁴⁹⁷

Ein Vorgriff in die Zukunft durch Erstellung einer „Anteil-Aufstockungsprognose“ von z. B. 25 % auf 49,99 % als möglicher einflussmehrender Faktor ist nur dann zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine beabsichtigte weitere Erhöhung der Anteile vorliegen.⁴⁹⁸

Auch die Zusammenschlussfiktion beim Anteilswerb mehrerer Muttergesellschaften an einem Gemeinschaftsunternehmen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB findet keine unmittelbare Anwendung im Rahmen der materiellen Fusionskontrolle. Sie soll lediglich die fusionsrechtliche Überprüfung der Beziehungen der Muttergesellschaften ermöglichen, indem ein „formeller“ Zusammenschluss zwischen den Muttergesellschaften fingiert wird. Diese Fiktion hat aber keinen Einfluss auf die materiell-rechtliche Fusionskontrolle, weshalb die Gesamtaddition der Potentiale der Mütter wegen fehlender Einflussmöglichkeiten untereinander regelmäßig ausscheidet.⁴⁹⁹ Allerdings ist im Einzelfall die konkrete Ausgestaltung des Zusammenschlusses zu ermitteln.⁵⁰⁰

Der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an einem Krankenhaus(-unternehmen) rechtfertigt demnach eine materiellrechtliche Marktanteilsaddition in der Regel nicht. Ausnahme sind besondere Regelungen, die relevante Einflussmöglichkeiten der Minderheitsanteilsinhaber sichern.

Des Weiteren rechtfertigen die Gründung bzw. der Erwerb eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB keine materiellrechtliche

⁴⁹⁷ *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 20.

⁴⁹⁸ BGH vom 19.04.1983 WuW/E BGH S. 2013, 2016 „VEW/Gelsenwasser“; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 7; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 127 f.

⁴⁹⁹ BGH vom 12.02.1980 WuW/E BGH S. 1763, 1766 „Bituminöses Mischgut“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 10; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 11.

⁵⁰⁰ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 109.

Addition der Marktanteile der Muttergesellschaften untereinander. Beispiel wäre die Beteiligung der Deutschen Krankenversicherung (DKV) und der Provinzial Lebensversicherung an der Mediclin AG als großem Krankenhausbetreiber. Soweit keine erheblichen Einflussmöglichkeiten zwischen der DKV und der Provinzial Lebensversicherung untereinander bestehen, werden deren Marktanteile – z. B. im Falle von Beteiligungen der Muttergesellschaften an anderen Krankenhausunternehmen – nicht addiert.

2.3.2.1.3.1.4 Sonstige Verbindungen

Die sonstigen Verbindungen⁵⁰¹ gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB können die Bildung einer wettbewerblichen Einheit zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB grundsätzlich nicht herbeiführen.⁵⁰² Nur ausnahmsweise kann eine Prüfung im Einzelfall ergeben, dass z. B. Teilbereiche von Unternehmen in wettbewerblicher Hinsicht einheitlich betrachtet werden können.⁵⁰³ Allerdings sind dann regelmäßig die Voraussetzungen gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 – 3 GWB erfüllt, so dass es des Rückgriffs auf § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht bedarf.⁵⁰⁴

Demnach würden Krankenhauszusammenschlüsse, die lediglich den formellen Zusammenschlusstatbestand gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfüllen, grundsätzlich nicht zu einer wettbewerblichen Einheit führen. Die Eingreifkriterien gemäß § 36 Abs. 1 GWB lägen nicht vor, so dass eine Untersagung des Zusammenschlusses nicht zulässig wäre. Allenfalls könnten einzelne Ressourcen der am Zusammenschluss beteiligten Krankenhäuser zugerechnet werden, die aber in der

⁵⁰¹ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 2.3.1.3.2.4 (S. 65 ff.).

⁵⁰² *Frankfurter Kommentar*-Rieger, § 36 GWB, Rdnr. 21.

⁵⁰³ BKartA vom 29.05.1996, Die AG 1996, S. 378 ff. „Veba/Stadtwerke Bremen“; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 133.

⁵⁰⁴ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 11.

Regel allenfalls eine Verstärkung einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung bewirken können.

2.3.2.1.3.2 Differenzierung nach Zusammenschlussdimensionen

Neben der Unterscheidung nach Zusammenschlusstatbeständen im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB ist weiterhin die Prüfung der Zusammenschlussdimensionen bei der Feststellung der wettbewerblichen Unternehmenseinheit erforderlich.⁵⁰⁵ Ein Zusammenschluss kann zwischen den beteiligten Unternehmen horizontale, vertikale und/oder konglomerate Wettbewerbsverbindungen begründen, die jeweils verschiedene Auswirkungen auf die betroffenen Märkte und das Wettbewerbsverhalten der Marktteilnehmer haben.⁵⁰⁶

2.3.2.1.3.2.1 Horizontale Zusammenschlüsse

Horizontale Zusammenschlüsse sind durch die Verbindung von Unternehmen charakterisiert, die auf demselben sachlichen und geographischen Markt tätig sind.⁵⁰⁷

Es handelt sich also um eine Fusion aktueller Konkurrenten, denen Zusammenschlüsse von potentiellen Wettbewerbern oder von Unternehmen, die kompatible Produkte herstellen, gleichstehen.⁵⁰⁸

Zusammenschlüsse in wettbewerblich horizontaler Richtung stellen die wettbewerbsrechtlich bedeutsamste Zusammenschlussdimension dar.⁵⁰⁹ Bei ihnen kann

⁵⁰⁵ Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 133 ff.; Emmerich, Kartellrecht, § 25, Nr. 4; Langen/Bunte-Ruppelt, Kartellrecht, § , Rdnr. 8 ff.; Bechtold, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 12.

⁵⁰⁶ Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 135.

⁵⁰⁷ Bechtold, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 12.

⁵⁰⁸ BGHZ 73, 65, 74 ff. „Erdgas Schwaben“; BGH NJW-RR 1988, S. 227 f. „Panorama-Anzeigenblätter“; Müller-Henneberg-Schütz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 133; Emmerich, Kartellrecht, § 25, Nr. 4.

⁵⁰⁹ Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 135.

die Beeinträchtigung des Wettbewerbs am leichtesten ermittelt werden, vorwiegend durch Addition der Marktanteile; allerdings sind hierbei größenbedingte Rationalisierungsvorteile, mögliche Pläne für Teilstilllegungen sowie Abschmelzeffekte durch Kundenabwanderung zu berücksichtigen.⁵¹⁰ Insgesamt kann durch die entstehenden sachlichen und räumlichen Überschneidungen regelmäßig auf eine wettbewerbliche Einheit geschlossen werden.⁵¹¹ Voraussetzung hierfür ist allerdings eine Mehrheitsbeteiligung; anderenfalls (z. B. Zusammenschluss gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB) kann eine Marktanteilsaddition nicht erfolgen, sondern lediglich eine Verstärkung der Marktposition durch Reduzierung des Wettbewerbs zwischen den beteiligten Unternehmen angenommen werden.⁵¹²

Bei horizontalen Krankenhausfusionen, also Zusammenschlüssen zwischen konkurrierenden Krankenhäusern, kann somit nach den vorstehenden Grundsätzen grundsätzlich eine Addition der Marktanteile erfolgen. Allerdings ist zusätzlich dahingehend zu unterscheiden, ob der Zusammenschluss zu einer Produktausweitung führt oder nicht:⁵¹³

Beispiel für eine horizontale Fusion ohne Produktausweitung wäre ein Zusammenschluss zwischen Krankenhäusern derselben Versorgungsstufe mit den gleichen Abteilungen. In diesen Fällen können die Marktanteile direkt addiert werden. Eine horizontale Fusion mit Produktausweitung läge vor, wenn Krankenhäuser derselben Versorgungsstufe mit sich teilweise ergänzenden Abteilungen fusionier-

⁵¹⁰ Vgl. BGH vom 23.10.1979 WuW/E BGH S. 1655, 1660 „Zementmahlanlage II“; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 133; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 4; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 12.

⁵¹¹ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 135.

⁵¹² *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 12.

⁵¹³ Hierzu und zum Folgenden *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 54.

ten.⁵¹⁴ Bei dieser Konstellation wäre eine besondere Analyse erforderlich zur Feststellung, ob nach dem Zusammenschluss ein Krankenhaus mit höherer Versorgungsstufe bzw. mit einem anderen sachlichen Markt entsteht. Es könnte dann unter Umständen keine direkte Addition der Marktanteile erfolgen, sondern es müsste eine gesonderte Marktbeurteilung zur prognostischen Abschätzung des Anteils auf dem möglicherweise neu zu definierenden räumlichen und sachlichen Markt nach der Fusion durchgeführt werden.

2.3.2.1.3.2.2 Vertikale Zusammenschlüsse

Bei vertikalen Zusammenschlüssen sind nicht – wie bei horizontalen Zusammenschlüssen – identische Märkte betroffen. Vielmehr sind die beteiligten Unternehmen auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätig, z. B. bei Fusionen zwischen Zulieferer und Hersteller oder zwischen Hersteller und Zwischenhändler.⁵¹⁵ Aus diesem Grund haben vertikale Zusammenschlüsse keinen unmittelbaren Einfluss auf die Marktanteile der verschiedenen betroffenen Märkte. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die beteiligten Unternehmen Wettbewerbsvorteile durch erleichterten Zugang zu Beschaffungsmärkten (Rückwärtsintegration) oder zu Absatzmärkten (Vorwärtsintegration) haben können.⁵¹⁶ Auf diese Weise kann die Marktstellung der zusammengeschlossenen Unternehmen durch Autarkie von Zulieferern bzw. Abnehmern und durch Entmutigung von (potentiellen) Konkurrenten gestärkt werden; allerdings können die Konzernbindungen auch nachteilig sein, wenn sie günstigere Konditionen durch Vertragsschluss mit anderen Unternehmen

514 *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 54; Anmerkung: Fraglich ist aber dann, ob wegen der nicht identischen, sondern sich ergänzenden Krankenhausabteilungen eine horizontale Fusion vorliegt; es könnte wegen der unterschiedlichen Abteilungen eine vertikale Fusion von nicht konkurrierenden Krankenhäusern vorliegen; dies ist letztlich eine Abwägung des Einzelfalls.

515 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 13.

516 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 226 ff.

verhindern.⁵¹⁷ Darüber hinaus können Ausschlusswirkungen zum Nachteil der Konkurrenten sowie die Reduzierung der Marktumsätze durch Umwandlung von Außenumsätze in Konzernumsätze als die Marktstellung stärkende Faktoren bedeutsam sein.⁵¹⁸

Insgesamt ist die Bildung einer Wettbewerbseinheit im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung zu bejahen, wenn zwei bzw. mehr bereits marktbeherrschende Unternehmen ihre vertikale Marktintegration durch den Zusammenschluss intensivieren; entsprechendes gilt, wenn bei nur einem marktbeherrschenden Unternehmen die Marktdominanz auf die Unternehmen der anderen Integrationsstufe transferiert werden kann.⁵¹⁹ Voraussetzung ist allerdings, dass ein Mehrheitserwerb vorliegt, so dass bei einem Minderheitserwerb lediglich eine Ressourcenzurechnung in Betracht kommt.⁵²⁰ Grundsätzlich wird die Bildung einer marktbeherrschenden Wettbewerbseinheit deutlich schwerer ermittelbar sein als bei einem horizontalen Zusammenschluss.⁵²¹

Beispiel für einen vertikalen Krankenhauszusammenschluss wäre die Fusion eines Krankenhauses mit einem Pharmaunternehmen (Rückwärtsintegration) oder mit einem Krankenversicherer (Vorwärtsintegration).⁵²² Zusammenschlüsse dieser Art haben grundsätzlich keine unmittelbaren Folgen für die Marktanteile des betroffenen Krankenhauses, da die Fusionspartner keine Teilnehmer des sachli-

⁵¹⁷ KG vom 28.10.1998 WuW/E DE-R S. 270, 274 ff. „ASV/Stilke“; BKartA vom 23.11.1998, Die AG, 1999, 426, 429 „TLZV/WAZ“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 5; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 134.

⁵¹⁸ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 138; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 134.

⁵¹⁹ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 139.

⁵²⁰ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 139 f.; BGH vom 15.07.1997 WuW/E DE-R 24, 28 f. „Stromversorgung Aggertal“.

⁵²¹ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 134.

⁵²² *Hamann*, Ziele und Strategien der Krankenhausfusionen, S. 55.

chen und geographischen Marktes sind. Allerdings sind mittelbare Folgen wie z. B. engere Zusammenarbeit mit der beteiligten Krankenkasse zur Reduzierung von Verwaltungskosten, Abstimmung mit dem Pharmaunternehmen zur günstigeren Medikamentenbeschaffung etc. zu berücksichtigen und können u. a. bei marktbeherrschenden Krankenhäusern zu einer Verstärkung der Marktdominanz führen.⁵²³

2.3.2.1.3.2.3 Konglomerate Zusammenschlüsse

Konglomerate Zusammenschlüsse sind Fusionen von Unternehmen, die nicht Wettbewerber sind und keine Bezugs- oder Lieferverhältnisse untereinander aufweisen.⁵²⁴ Soweit kein sachlicher Zusammenhang zwischen den jeweiligen Märkten dieser Unternehmen besteht, ist eine derartige Fusion in wettbewerblicher Hinsicht grundsätzlich unproblematisch.⁵²⁵ Allerdings können die größere Unabhängigkeit von Marktschwankungen sowie die größere Finanzkraft mit abschreckender Wirkung für (potentielle) Konkurrenten bei der fusionsrechtlichen Prüfung Berücksichtigung finden.⁵²⁶ Des Weiteren ist zu beachten, dass Märkte betroffen sein können, die Substitutionsprodukte im weitesten Sinne beinhalten, die aber bei der Marktabgrenzung zumindest gegenwärtig als noch nicht austauschbar anzusehen sind. Handelt es sich also um sachlich oder räumlich benachbarte Märkte,

⁵²³ *Ohne Autorangabe*, Vom Auslandspatienten bis zur Zentralwäscherei, f & w 2000, S. 361 ff.

⁵²⁴ *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 6; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 141.

⁵²⁵ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 141.

⁵²⁶ BGH vom 06.10.1992 WuW/E BGH S. 2795, 2805 „Pinneberger Tageblatt“; BGH vom 25.06.1985 WuW/E BGH S. 2150, 2157 „Edelstahlbestecke“; BGH vom 21.02.1978 WuW/E BGH S. 1501, 1506 f. „Kfz-Kupplungen“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 6; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 14.

können konglomerate Zusammenschlüsse zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung beitragen.⁵²⁷

Als konglomerater Zusammenschluss ist z. B. die Übernahme eines Krankenhauses durch ein Krankenhausunternehmen aufzufassen, das bislang auf dem (räumlichen) Markt des übernommenen Krankenhauses nicht tätig war.⁵²⁸ Eine Marktanteilsaddition erfolgt wegen der räumlichen Trennung nicht. Auch die Vergrößerung des rechtlich und tatsächlich abgesicherten Tätigkeitsgebietes allein bewirkt nicht zwangsläufig eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Es bedarf vielmehr konkreter Nachweise z. B. für den Ausschluss potentiellen Wettbewerbs bzw. für den wettbewerbshemmenden Zuwachs an Finanzkraft. Im besonderen Fall der Krankenhausfusionen ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Marktzugangsschranken rechtlicher (Aufnahme in den Krankenhausplan) und tatsächlicher Art (hoher Finanzbedarf; Bettenüberkapazitäten) besonders groß sind. Diese Schranken verhindern bereits in erheblichem Maße, dass Marktveränderungen eintreten, so dass der fusionsbedingte Abschreckungseffekt auf (potentielle) Wettbewerber nur von untergeordneter Rolle sein wird.

Die Voraussetzungen für eine Untersagung von konglomeraten Krankenhausfusionen gemäß § 36 Abs. 1 GWB dürften in erster Linie in den Fällen der Übernahme durch ein großes Krankenhausunternehmen erfüllt sein, das bislang nicht auf dem Markt des zu erwerbenden Krankenhauses tätig war. Soweit z. B. ein Krankenhaus bereits eine (nahezu) marktbeherrschende Stellung hat und diese infolge Übernahme durch ein finanzstarkes Krankenhausunternehmen zusätzlich derart gestärkt wird, dass der (potentielle) Wettbewerb mit anderen Krankenhäusern auf-

⁵²⁷ BGH vom 26.05.1987 WuW/E BGH S. 2425, 2430 „Niederrheinische Anzeigenblätter“; BGH vom 12.12.1978 WuW/E BGH S. 1533, 1536 f. „Erdgas Schwaben“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 14; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 135.

⁵²⁸ Anmerkung: Entsprechendes gilt für die Übernahme durch ein „Nichtkrankenhausunternehmen“ (z. B. eine Lebensversicherungsgesellschaft), wobei dann der sachliche Markt der Fusionspartner verschieden wäre.

grund der gewachsenen Finanzkraft beeinträchtigt wird, kann eine Fusionsuntersagung in Betracht kommen. Im Übrigen sind bei konglomeraten Zusammenschlüssen die Marktveränderungen durch die fehlende Marktanteilsaddition nur von untergeordneter Bedeutung.

2.3.2.2 Negative Voraussetzung für die Untersagung eines Zusammenschlusses gemäß § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB

Unternehmenszusammenschlüsse müssen nicht ausschließlich nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, sondern können die Wettbewerbsstruktur durchaus stärken.⁵²⁹ Um die strukturellen Auswirkungen des Zusammenschlusses hinreichend zu würdigen, unterbleibt gemäß § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB eine Untersagung des Zusammenschlusses trotz marktbeherrschender Stellung, wenn den Marktbeherrschungseffekten überwiegende Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen gegenüberstehen.⁵³⁰ Diese so genannte „Abwägungsklausel“ ist Ausdruck des Rechtsstaatsgebots sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁵³¹ Die Prüfung der Voraussetzungen des § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB kann dabei in drei Stufen erfolgen:⁵³²

- Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen;
- Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen;
- Abwägung im engeren Sinne.

529 *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 282.

530 *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 55.

531 *Wirz*, Einige Bemerkungen zur Fusionskontrolle, WuW 1973, S. 250, 254 f.; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 285; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 151.

532 *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 56.

2.3.2.2.1 Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen

Zur Feststellung möglicher Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen ist – wie bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung – eine Prognose erforderlich.⁵³³ Insoweit ist ausreichend, dass „sich aufgrund der gegebenen und der auf dem zukünftigen Markt zu erwartenden Marktverhältnisse anhand der konkreten Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit sagen lässt, dass nach allgemeiner Erfahrung über wirtschaftliches Verhalten eine gleichwertige Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen ohne den Zusammenschluss nicht zu erwarten ist“⁵³⁴. Gleiches gilt, wenn die Untersagung des Zusammenschlusses ebenfalls negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur hätte.⁵³⁵

Die Verbesserung der Marktbedingungen darf nur durch marktstrukturelle Faktoren bewirkt werden.⁵³⁶ Nicht hierzu gehören marktstrukturfremde Erwägungen wie z. B. rein innerbetriebliche Umstände, arbeitsmarktpolitische Aspekte bzw. Arbeitnehmerinteressen, preispolitische Erwägungen, Stärkung der Finanzkraft des Unternehmens ohne Marktbezug oder generell gesamtwirtschaftliche Vorteile; diese sind vornehmlich im Rahmen der Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB von Bedeutung.⁵³⁷

⁵³³ BGH vom 12.12.1978 WuW/E BGH S. 1533, 1539 f. „Erdgas Schwaben“; *Frankfurter Kommentar*-Rieger, § 36 GWB, Rdnr. 66 ff., 82.

⁵³⁴ BGH vom 12.12.1978 WuW/E BGH S. 1533, 1540 „Erdgas Schwaben“.

⁵³⁵ BGH vom 10.12.1991 WuW/E BGH S. 2731, 2737 „Inlandstochter“.

⁵³⁶ BGH vom 26.05.1987 WuW/E BGH S. 2425, 2432 „Niederrheinische Anzeigenblätter“; BGH vom 08.02.1994 WuW/E BGH S. 2899, 2902 „Anzeigenblätter II“; *Schwintowski*, Die Abwägungsklausel in der Fusionskontrolle, 1983, S. 75 f.; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 9.

⁵³⁷ *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 58; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 20; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 49; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 155 f.

Auf welchem Markt die Verbesserungen eintreten müssen, ist vom Gesetz nicht festgelegt; es kann somit theoretisch der beherrschte, aber auch jeder andere inländische Markt sein.⁵³⁸ Dennoch sind im Rahmen der Abwägungsklausel aus prüfungstechnischen Gründen nur andere Märkte als der Fusionsmarkt zu betrachten.⁵³⁹ Soweit Verbesserungen auf dem Markt der sich zusammenschließenden Unternehmen eintreten, sind diese bereits im Rahmen der Feststellung der Marktstruktur vor und nach der Fusion zu berücksichtigen. Falls im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung keine Verschlechterung der Wettbewerbssituation auf dem betreffenden Markt zu erwarten ist, sind von vornherein die positiven Voraussetzungen für eine Untersagung gemäß § 36 Abs. 1 GWB zu verneinen.

Nur wenn man zwischen der Verschlechterung der Marktstruktur einerseits und der Begründung bzw. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung unterschiede, wäre die Anwendung der Abwägungsklausel auch bei Betrachtung nur des Fusionsmarktes möglich; dies ist jedoch ausgeschlossen, weil die Gesamtbetrachtung im Rahmen der Prüfung der positiven Untersagungs Voraussetzungen sämtliche Markt Aspekte umfasst, und nicht nur unternehmensbezogene Kriterien einschließt.⁵⁴⁰ Somit können lediglich Verbesserungen auf anderen Märkten als dem Fusionsmarkt bei der Abwägung mit den wettbewerblichen Nachteilen des Zusammenschlusses Berücksichtigung finden.⁵⁴¹

⁵³⁸ *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 57; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 161.

⁵³⁹ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 148; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 50; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 296; differenzierend *Schwintowski*, Die Abwägungsklausel in der Fusionskontrolle, S. 39 ff.; a. A. BGH vom 29.09.1981 WuW/E BGH S. 1854, 1860 f. „Zeitungsmarkt München“; KG vom 18.02.1985 WuW/E OLG S. 3469, 3473 f. „Thüringer Gas/Westerland“; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 72, 78; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 23.

⁵⁴⁰ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 50.

⁵⁴¹ Einhellige Meinung, vgl. *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 151; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 51; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 74; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 161; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 9 a).

2.3.2.2 Kausalität zwischen Zusammenschluss und Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen

Gemäß § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB müssen die Verbesserungen des strukturellen Marktes „durch“ den Zusammenschluss eintreten; erforderlich ist also, dass der Zusammenschluss ursächlich im Sinne einer „conditio sine qua non“ für die Verbesserungen sind.⁵⁴² Dies ist z. B. dann zu verneinen, soweit die Verbesserungen auch ohne den Zusammenschluss – wenn auch in anderer Weise – höchstwahrscheinlich eingetreten wären.⁵⁴³ Dabei verlangen Rechtsprechung und das Bundeskartellamt eine „qualifizierte“ Kausalität, wonach Verbesserungen im Rahmen der Abwägung dann keine Berücksichtigung finden, wenn sie auch auf anderem Wege und weniger in den Wettbewerb eingreifend erreicht werden können.⁵⁴⁴ Dies wäre z. B. der Fall, wenn die Verbesserung – statt durch einen Zusammenschluss – auch durch eine Kooperation eintreten könnte.⁵⁴⁵

2.3.2.3 Abwägung im engeren Sinne

Gemäß § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB müssen die Verbesserungen des strukturellen Marktes die mit dem Zusammenschluss verbundenen Nachteile

⁵⁴² *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 288; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 153.

⁵⁴³ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 21.

⁵⁴⁴ BGH vom 12.12.1978 WuW/E BGH S. 1533, 1540 „Erdgas Schwaben“; KG vom 28.08.1979 WuW/E OLG S. 2182, 2186 f. „Hydraulischer Schreitausbau“; KG vom 04.03.1986 WuW/E OLG S. 3767, 3775, 3377 ff. „Niederrheinische Anzeigenblätter“, KG vom 07.11.1985 WuW/E OLG S. 3759, 3767 „Pillsbury/Sonnen-Bassermann“; BKartA vom 23.03.1982 WuW/E BKartA S. 1970, 1982 „Coop/Supermagazin“; kritisch *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 153; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 21, weil dadurch zwei verschiedene Kausalitätsmaßstäbe in § 36 Abs. 1 GWB zur Anwendung kämen.

⁵⁴⁵ BKartA vom 23.12.1974 WuW/E BKartA S. 1571, 1581 f. „Kaiser/VAW“.

überwiegen.⁵⁴⁶ Aus dem Gesetzeswortlaut folgt, dass die alleinige Kompensation der Nachteile durch die Vorteile nicht ausreicht. Hiergegen werden verfassungsrechtliche Bedenken erhoben.⁵⁴⁷ Danach bedeute es einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn bereits „wettbewerblich neutral wirkende Zusammenschlüsse“ durch das Bundeskartellamt untersagt werden müssten.⁵⁴⁸ Diese Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen. Die Abwägungsklausel sieht eine Kompensation von zusammenschlussbedingten Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch jedwede Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen vor.⁵⁴⁹ Angesichts einer derart weit gefassten Abwägungsklausel liegt es innerhalb des dem Gesetzgeber zustehenden Ermessens, wenn unspezifische Wettbewerbsverbesserungen die mit der Fusion verbundenen Nachteile nicht nur auf-, sondern überwiegen müssen. Dadurch kann auch verhindert werden, dass die von der Fusionskontrolle bezweckte Vermeidung einer fusionsbedingten Marktbeherrschung durch eine großzügige behördliche Praxis gefährdet wird.

Der Abwägungsvorgang ist im Einzelfall schwierig, weil für die unterschiedlichen Märkte hinreichende Abwägungskriterien fehlen, zumal es sich häufig um nicht messbare Größen handelt.⁵⁵⁰ Mitunter aber sind die marktstrukturellen Vor- oder Nachteile offensichtlich, so dass die Abwägung erleichtert wird. Dies ist z. B. der Fall bei Wettbewerbsbeeinträchtigungen geringen Ausmaßes auf kleinen Märkten,

⁵⁴⁶ BGH vom 29.09.1981 WuW/E BGH S. 1854, 1860 f. „Zeitungsmarkt München“; *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 60.

⁵⁴⁷ *Bahntje*, Wettbewerbsbeschränkung und Wettbewerbsermöglichung, WuW 1993, S. 825, 832 ff.; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr.20; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 164; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 152.

⁵⁴⁸ *Müller-Henneberg-Harms*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4. Auflage, § 24, Rdnr. 650.

⁵⁴⁹ Hierzu und zum Folgenden *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 83.

⁵⁵⁰ *Gröner/Köhler*, Wettbewerbsprobleme der Sanierungsfusion, ORDO 31 (1980), S. 87, 107 ff.; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 889; *Möschel*, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 190 ff.; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 20, Rdnr. 163.

denen beträchtliche Verbesserungen auf bedeutenden Märkten gegenüberstehen.⁵⁵¹ Umgekehrt können beachtliche Vorteile auf nur regionalen Märkten wettbewerbliche Verschlechterungen auf bundesweiten Märkten nicht überwiegen.⁵⁵²

Die Beweislast sowohl hinsichtlich der strukturellen Marktverbesserungen als auch bezüglich der Kausalität obliegt den beteiligten Unternehmen.⁵⁵³ Darüber hinaus trifft die Unternehmen auch die Darlegungslast, so dass im Falle fehlenden Vortrages zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen eine Untersagungsverfügung droht.⁵⁵⁴ Soweit die Unternehmen ihrer Pflicht zur substantiierten Darlegung nachgekommen sind, ist das Bundeskartellamt aufgrund des weiterhin bestehenden Amtsermittlungsgrundsatzes gehalten, den Sachvortrag der Unternehmen zu überprüfen und gegebenenfalls eigene Ermittlungen vorzunehmen, insbesondere hinsichtlich der Fakten, die für eine Abwägung der Vor- und Nachteile einer Fusion von Bedeutung sind.⁵⁵⁵

Hinsichtlich der Verbesserung der Marktbedingungen werden folgende Fallgruppen diskutiert:

- Sanierungsfusion;

⁵⁵¹ KG vom 18.02.1985 WuW/E OLG S. 3469, 3473 f. „Thüringer Gas/Westerland“; KG vom 07.11.1985 WuW/E OLG S. 3759, 3766 f. „Pillsbury/Sonnen-Bassermann“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 9 b).

⁵⁵² BGH vom 29.09.1981 WuW/E BGH S. 1854, 1861 „Zeitungsmarkt München“; BKartA vom 17.04.1989 WuW/E BKartA S. 2335, 2358, 2362 „Daimler Benz/MBB“; *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 151; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 81.

⁵⁵³ BGH vom 12.12.1978 WuW/E BGH S. 1533, 1539 f. „Erdgas Schwaben“; BKartA vom 03.07.1981 WuW/E BKartA S. 1892, 1896 „IBH/Wibau“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 22; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 9 a) bb).

⁵⁵⁴ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 307; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 84.

⁵⁵⁵ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 57; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 84.

- Rationalisierung;
- Aufholfusion;
- Erschließung eines neuen Marktes;
- Dekonzentration;
- Substitutionsbeziehung.

Nachfolgend sollen diese Fallgruppen unter Nr. 2.3.2.2.3.1 – Nr. 2.3.2.2.3.6 dargestellt werden; unter Nr. 2.3.2.2.3.7 wird dann die Bedeutung dieser Fallgruppen bei Krankenhausfusionen erörtert.

2.3.2.2.3.1 Sanierungsfusion

Bei einer Sanierungsfusion wird ein vor dem Konkurs stehendes Unternehmen durch ein finanzstarkes Unternehmen übernommen, um auf diese Weise den finanziellen Zusammenbruch zu verhindern.⁵⁵⁶ Ob ein derartiger Zusammenschluss zulässig ist, hängt von der konkreten Zusammenschluss- bzw. Marktkonstellation ab:

Soweit die Sanierungsfusion zwischen Unternehmen desselben Marktes erfolgt, scheidet die Anwendung der Abwägungsklausel eigentlich aus, weil eventuelle Marktverbesserungen bereits bei der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung berücksichtigt werden müssen.⁵⁵⁷ In der Praxis werden dagegen Sanierungsfusionen im Rahmen der Abwägungsklausel untersucht.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ *Emmerich*, Kartellrecht, § , Nr. 9 d).

⁵⁵⁷ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 148, sowie die unter Fußnote Nr. 559 aufgeführten Entscheidungen; Anmerkung: Vgl. unter Nr. 2.3.2.1.3 (Seite 139 f.).

⁵⁵⁸ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 297 f.

Aus systematischen Gründen ist der Ansicht zu folgen, die im Falle einer Sanierungsfusion die Marktverbesserungen bereits bei der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung einbezieht. Dadurch ist gewährleistet, dass bereits bei der Frage der zusammenschlussbedingten Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung alle relevanten Faktoren berücksichtigt werden. Letztlich handelt es sich aber hierbei um einen rein dogmatischen Streit ohne Konsequenzen für die materiellrechtliche Entscheidung über die Zulässigkeit des Zusammenschlussvorhabens. In beiden Fällen werden bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Fusion die maßgeblichen Umstände gewichtet, wenn auch – folgt man der Praxis – auf einer späteren Prüfungsstufe, nämlich erst nach der Entscheidung über die Marktbeherrschung im Rahmen der fusionsbedingten Marktverbesserungen. Wegen der besseren Darstellbarkeit der in der Praxis entwickelten Fallgruppen soll nachfolgend im Rahmen der Prüfung der Marktverbesserungen die Bedeutung von Sanierungsfusionen bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Zusammenschlussvorhaben erörtert werden.

Übernimmt das marktstärkste Unternehmen das sanierungsbedürftige Unternehmen, so ist eine Verbesserung der Marktstruktur zu verneinen, weil ohne die Fusion die Marktteile des übernommenen Unternehmens allen Wettbewerbern zufallen und nicht nur dem Erwerber.⁵⁵⁹ Demgegenüber ist eine Sanierungsfusion zulässig, wenn ein weniger marktbedeutendes Unternehmen das zu sanierende Unternehmen erwirbt.⁵⁶⁰ Gleiches gilt, wenn sich zwei sanierungsbedürftige Unterneh-

⁵⁵⁹ BGH vom 23.10.1979 WuW/E BGH S. 1655, 1660 „Zementmahlanlage II“; KG vom 07.02.1978 WuW/E OLG S. 1921, 1924 „Thyssen/Hüller“; BKartA vom 23.12.1974 WuW/E BKartA S. 1571, 1581 f. Kaiser/VAW“; BKartA vom 17.12.1976 WuW/E BKartA S. 1657, 1665 f. „Rheinstahl-Hüller“; BKartA vom 17.01.1994 WuW/E BKartA S. 2641, 2646 f. „Sarstedter Kurier/Kreisanzeiger“; *Möschel*, Die Sanierungsfusion im Recht der Zusammenschlusskontrolle, Festschrift für Fischer, S. 487, 497 f.; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 73; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 298; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 9 d); *Emmerich*, Die AG 1994, S. 477, 485.

⁵⁶⁰ *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 73; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 298.

men in einem Oligopol zusammenschließen, weil dann mehr Unternehmen im Wettbewerb verbleiben als ohne die Fusion.⁵⁶¹

Soweit das übernehmende Unternehmen auf einem anderen Markt als das zu sanierende Unternehmen tätig ist, bestehen hinsichtlich der Anwendung der Abwägungsklausel keine Bedenken.⁵⁶² Tritt durch die Stärkung des Sanierungsunternehmens eine Verbesserung der Wettbewerbsstruktur auf dem betreffenden Markt ein, kann die Untersagung gemäß § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB unterbleiben.⁵⁶³

2.3.2.2.3.2 Rationalisierung

Eine Verbesserung der Marktstruktur kann auch dadurch eintreten, dass durch den Zusammenschluss Rationalisierungsvorteile für die Fusionspartner entstehen.⁵⁶⁴ Dadurch wird die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen verbessert, wodurch die Wettbewerbsintensität auf dem betreffenden Markt grundsätzlich steigt. Allerdings dürfen die Verbesserungen nicht auf einem Markt eintreten, auf dem die Fusionspartner bereits marktbeherrschend sind; ein Zusammenschluss würde die Situation auf dem Fusionsmarkt – wie bei Sanierungsfusionen – eher verschlechtern.⁵⁶⁵ Rationalisierungsvorteile können deshalb nur dann die Zulässigkeit des Zusammenschlusses rechtfertigen, wenn sie die Wettbewerbssituation auf einem anderen Markt verbessern als dem, auf dem die Fusion zu einer marktbeherr-

⁵⁶¹ BKartA vom 17.12.1976 WuW/E BKartA S. 1657, 1666 „Rheinstahl-Hüller“; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 73.

⁵⁶² *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 299.

⁵⁶³ Vgl. BGH vom 08.02.1994 WuW/E BGH S. 2899, 2902 „Anzeigenblätter II“; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 23.

⁵⁶⁴ BKartA vom 29.05.1974 WuW/E BKartA S. 1520 f. „Bitumen-Verkaufsgesellschaft“; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 36, Rdnr. 49; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 74.

⁵⁶⁵ KG vom 07.02.1978 WuW/E OLG S. 1921, 1924 „Thyssen/Hüller“; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 74.

schenden Stellung der Beteiligten führt.⁵⁶⁶ So können z. B. Unternehmen, die mehrere unterschiedliche Produkte herstellen und somit auf verschiedenen sachlichen Märkten tätig sind, auf dem einen Markt eine marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss erwerben, während sie auf einem anderen Markt durch Rationalisierungsvorteile den Wettbewerb mit einem marktbeherrschenden Drittunternehmen intensivieren können; allerdings müssen die Fusionsunternehmen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ihre gesteigerten Wettbewerbsfähigkeit zum Einsatz bringen.⁵⁶⁷

2.3.2.2.3.3 Aufholfusion

Der Zusammenschluss von marktschwächeren Unternehmen zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber den überlegenen Konkurrenten (Aufholfusion) ist – wie die Sanierungsfusion – im Grunde genommen kein Anwendungsfall der Abwägungsklausel.⁵⁶⁸ Es wird in aller Regel schon an der Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung fehlen, so dass eine Untersagung bereits ungeachtet des § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB ausscheidet.⁵⁶⁹

2.3.2.2.3.4 Erschließung eines neuen Marktes

Der Zusammenschluss von Unternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen dient mitunter der Erschließung neuer Märkte. Zwangsläufig ist damit – zumindest anfänglich – eine marktbeherrschenden Stellung des Gemeinschaftsunterneh-

⁵⁶⁶ *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 74.

⁵⁶⁷ BKartA vom 29.05.1974 WuW/E BKartA S. 1520 f. „Bitumen-Verkaufsgesellschaft“; KG vom 18.02.1985 WuW/E OLG S. 3469, 3473 „Thüringer Gas/Westerland“; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 74.

⁵⁶⁸ *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr.148; a. A. BKartA vom 29.05.1974 WuW/E BKartA S. 1521 „Bitumen-Verkaufsgesellschaft“; KG vom 02.07.1982 WuW/E OLG S. 2663, 2675 f. „Texaco/Zerssen“.

⁵⁶⁹ *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 75.

mens auf dem neuen Markt verbunden. Andererseits bedeutet die Begründung eines neuen Marktes zugleich auch eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen, denn ein neuer Markt ist unter Wettbewerbsgesichtspunkten im Vergleich zu einem unerschlossenen Markt als besser zu beurteilen, selbst wenn das Gemeinschaftsunternehmen – zumindest vorübergehend – marktbeherrschend ist.⁵⁷⁰ Allerdings darf die Marktdominanz auf dem neuen Markt nicht derart ausgeprägt sein, dass dadurch der Neueintritt von Konkurrenten verhindert wird.⁵⁷¹ Des Weiteren muss die Gründung des marktbeherrschenden Gemeinschaftsunternehmens ursächlich für die Erschließung des neuen Marktes sein. Dies ist nicht der Fall, wenn eine der Mütter des Gemeinschaftsunternehmens den neuen Markt auch allein, d. h. ohne Zusammenschluss in einem Gemeinschaftsunternehmen, geschaffen hätte.⁵⁷²

2.3.2.2.3.5 Dekonzentration

Von großer Bedeutung im Rahmen des § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB ist der Aspekt der Dekonzentration. Grund dafür ist, dass bei der Abwägung auch die marktstrukturellen Veränderungen beim Veräußerer berücksichtigt werden müssen. Beispiel ist die Veräußerung eines Unternehmens, das zwar zu einer marktbeherrschenden Stellung des Erwerbers führt, aber andererseits zu einer Dekonzentration beim Veräußerer.⁵⁷³ Dies wäre z. B. der Fall, wenn ein Unternehmen mit einem Marktanteil von 15 % auf einem bestimmten Markt von einem Konkur-

⁵⁷⁰ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 23; *Benisch*, Das Gemeinschaftsunternehmen in der zweiten Kartellgesetznovelle, Festschrift für Kaufmann, S. 73, 88; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 77; a. A. KG vom 28.08.1979 WuW/E OLG S. 2182, 2186 „Hydraulischer Schreitausbau“.

⁵⁷¹ BKartA vom 08.06.1984 WuW/E BKartA S. 2143, 2147 „Glasfaserkabel“; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36, Rdnr. 77.

⁵⁷² *Müller-Henneberg-Schütz*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 36, Rdnr. 15.

⁵⁷³ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 282, 306; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 76.

renten einen Unternehmensteil erwirbt, der einen Marktanteil von 25 % repräsentiert, wodurch der Konkurrent seine marktbeherrschende Stellung mit vormals 50 % Marktanteil verliert.

Darüber hinaus kann eine Marktstruktur verbessernde Dekonzentration durch Auflösung eines Gemeinschaftsunternehmens und Übernahme der Anteile durch ein Mutterunternehmen eintreten.⁵⁷⁴

2.3.2.2.3.6 Substitutionsbeziehung

Schließlich kann die Abwägungsklausel Anwendung finden im Falle einer Substitutionsbeziehung zwischen dem Fusionsmarkt und einem Verbesserungsmarkt.⁵⁷⁵

Soweit der Zusammenschluss trotz der Marktbeherrschung zu einer Stärkung des Wettbewerbs auf dem Substitutionsmarkt und damit zu einer Strukturverbesserung führt, kann die Untersagung durch das Bundeskartellamt unterbleiben.⁵⁷⁶ Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass die Verbesserungen auf dem Substitutionsmarkt die Nachteile durch die Marktbeherrschung auf dem Zusammenschlussmarkt überwiegen.

2.3.2.2.3.7 Bedeutung der Abwägungsklausel bei Krankenhausfusionen

Sämtliche der vorstehend dargestellten Fallgruppen der Abwägungsklausel gemäß § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand GWB können auch bei Krankenhausfusionen zur Anwendung kommen. Allerdings wird wegen der hohen Umsatzschwellen die Fusionskontrolle vornehmlich bei Übernahmen durch große Krankenhausunter-

⁵⁷⁴ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 36, Rdnr. 306; *Frankfurter Kommentar-Rieger*, § 36 GWB, Rdnr. 76.

⁵⁷⁵ BGH vom 12.12.1978 WuW/E BGH S. 1533, 1538 f. „Erdgas Schwaben“; KG vom 18.02.1985 WuW/E OLG S. 3469, 3473 f. „Thüringer Gas/Westerland“; BKartA vom 16.10.1985, Die AG 1986, 116 „Badenwerk/Rhein-Neckar II“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 25, Nr. 9 c).

⁵⁷⁶ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 24.

nehmen eingreifen. Der klassische Anwendungsfall der Abwägungsklausel, die Dekonzentration, kann deshalb vor allem für diese Unternehmen von Bedeutung sein.

So kann eine Verbesserung der Wettbewerbssituation z. B. dann vorliegen, wenn ein großer Krankenhausbetreiber eines seiner Krankenhäuser an einen anderen Krankenhausbetreiber überträgt, der auf dem betreffenden Markt des veräußerten Krankenhauses bereits tätig ist. Dies könnte zwar zu einer Begründung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt des Erwerbers führen, aber gleichzeitig zu einer Dekonzentration auf Veräußerermarkt. Allerdings muss nachgewiesen werden, dass die Dekonzentration auf der Seite des Veräußerers wettbewerblich vorteilhafter ist als die Konzentration auf Markt des Erwerbers. Dies wird im Einzelfall schwer fallen.

2.3.2.3 Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB

Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt können nur wettbewerbliche Aspekte berücksichtigt werden; darüber hinausgehende Gesichtspunkte, wie z. B. gesamtwirtschaftliche Vorteile oder Interessen der Allgemeinheit, finden keine Würdigung.⁵⁷⁷ Diese können nur im Rahmen des vom Prüfverfahren des Bundeskartellamts getrennten Ministererlaubnisverfahrens Beachtung finden.⁵⁷⁸

Die Untersuchung der Voraussetzungen für die Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB gliedert sich wie folgt:

- formelle Voraussetzungen;
- materielle Voraussetzungen;

⁵⁷⁷ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 42, Rdnr. 1.

⁵⁷⁸ *Emmerich*, Kartellrecht, § 26, Nr. 1; *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 62 f.

- Verfahrensvorschriften.

2.3.2.3.1 Formelle Voraussetzungen

Voraussetzung für das Erlaubnisverfahren gemäß § 42 GWB ist eine vorausgegangene Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes. Dies folgt aus § 42 Abs. 3 S. 1 GWB, wonach der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis innerhalb einer Frist von einem Monat seit Zustellung der Untersagung zu stellen ist. Vor Erteilung des Untersagungsbescheides darf das Erlaubnisverfahren nicht durchgeführt werden, damit sich der Bundeswirtschaftsminister nicht mit fusionsrechtlich unproblematischen Fällen befassen muss.⁵⁷⁹ Allerdings ist die Bestandskraft der Untersagungsverfügung nicht erforderlich, so dass das Erlaubnisverfahren als selbständiger Rechtsbehelf zeitgleich neben dem Beschwerdeverfahren gemäß §§ 63 ff. GWB durchgeführt werden kann.⁵⁸⁰

Das Verfahren gemäß § 42 GWB wird nur auf Antrag der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen durchgeführt.⁵⁸¹ Jeder der Fusionspartner kann den Antrag selbständig stellen, soweit ihm die Beteiligung am Zusammenschluss verwehrt wurde; die erforderliche Beschwer folgt aus der Untersagungsverfügung.⁵⁸²

2.3.2.3.2 Materielle Voraussetzungen

In materiellrechtlicher Hinsicht verlangt das Gesetz für die Erteilung einer Ministererlaubnis, dass die mit dem Zusammenschluss verbundenen Wettbewerbsbe-

579 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 119.

580 *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 42, Rdnr. 3; *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 62; a. A. *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 42, Rdnr. 13 ff.

581 *Emmerich*, Kartellrecht, § 26, Nr. 5; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 42, Rdnr. 16.

582 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 120.

schränkungen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen werden oder der Zusammenschluss durch überragende Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.

„Gesamtwirtschaftliche Vorteile“ stellen einen Unterfall der „überragenden Interessen der Allgemeinheit“ dar und sollen die „wirtschaftlichen“ Interessen der Allgemeinheit beschreiben.⁵⁸³ Hierunter können die Erhaltung eines volkswirtschaftlich wertvollen technischen Know-hows, die Lösung von Strukturkrisen, die Sanierung der beteiligten Unternehmen oder die Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit gefasst werden; Rationalisierungsvorteile finden nur ausnahmsweise Berücksichtigung.⁵⁸⁴

Der Begriff der „überragenden Interessen der Allgemeinheit“ ist noch weiter gefasst als die „gesamtwirtschaftlichen Vorteile“ und kann u. a. sozial- (z. B. Sicherung der Arbeitsplätze), regional-, militär- und gesundheitspolitische Erwägungen beinhalten.⁵⁸⁵ Darüber hinaus kann auch die Reduzierung des staatlichen Einflusses auf die Privatwirtschaft durch Privatisierung von Staatsbesitz im Interesse der Allgemeinheit liegen.⁵⁸⁶ Schließlich ist gemäß § 42 Abs. 1 S. 2 GWB auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf ausländischen Märkten zu berücksichtigen.

Obwohl das Gesetz zwischen den „gesamtwirtschaftlichen Vorteilen“ und den „überragenden Interessen der Allgemeinheit“ unterscheidet, ist eine Abgrenzung in

583 *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 125.

584 *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 42, Rdnr. 9, mit weiteren Nachweisen.

585 *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 42, Rdnr. 5; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 42, Rdnr. 8.

586 *Bechtold*, Kartellgesetz, § 42, Rdnr. 8.

der Praxis letztlich kaum durchführbar.⁵⁸⁷ Entscheidend ist, dass „öffentliche Interessen“ die Inkaufnahme der Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen.⁵⁸⁸

Nach § 42 Abs. 1 S. 3 GWB kann die Erlaubnis nur erteilt werden, wenn die marktwirtschaftliche (Gesamt-)Ordnung nicht gefährdet wird. Auf diese Weise soll gewährleistet werden, dass auf gesamtwirtschaftlich bedeutenden Bedarfsmärkten trotz der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ein Mindestmaß an Restwettbewerb bzw. wettbewerblicher Steuerungsmöglichkeit verbleibt.⁵⁸⁹ Darüber hinaus darf die Erlaubnis nur so weit gehen, wie dies die Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 S. 1 GWB rechtfertigen. Gegebenenfalls kann der Bundeswirtschaftsminister entsprechende Bedingungen und Auflagen erteilen (§ 42 Abs. 2 S. 1 GWB), die allerdings nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen dürfen (§ 42 Abs. 2 S. 2 GWB i. V. m. § 40 Abs. 3 S. 2 GWB).⁵⁹⁰

Die Entscheidungsgrundlage für die Erlaubniserteilung durch den Bundeswirtschaftsminister bilden nach herrschender Meinung die Feststellungen des Bun-

⁵⁸⁷ KG vom 07.02.1978 WuW/E OLG S. 1937, 1940 „Thyssen/Hüller“; *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 42, Rdnr. 4.

⁵⁸⁸ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 42, Rdnr. 6; *Emmerich*, Kartellrecht, § 26, Nr. 2; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 42, Rdnr. 26; differenzierend *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 42, Rdnr. 4.

⁵⁸⁹ *Emmerich*, Kartellrecht, § 26, Nr. 4; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 42, Rdnr. 40.

⁵⁹⁰ Zu den Einzelheiten siehe: *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 42, Rdnr. 12; *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 42, Rdnr. 14.

deskartellamtes; somit sind die Feststellungen des Bundeskartellamtes für den Bundeswirtschaftsminister rechtlich und tatsächlich bindend.⁵⁹¹

Begründet wird dies mit den unterschiedlichen Prüfungen, die das Bundeskartellamt bzw. der Bundeswirtschaftsminister durchführen; während das Bundeskartellamtes die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung untersucht, prüft der Bundeswirtschaftsminister, ob der marktbeherrschende Zusammenschluss aufgrund öffentlicher Interessen erlaubt werden kann.⁵⁹² Prüfungsgegenstand des Bundeswirtschaftsministers ist somit nicht die Marktbeherrschung, sondern allein die Erlaubnisfähigkeit aus Gründen des Allgemeininteresses. Deshalb ist der Bundeswirtschaftsminister auch nicht Rechtsmittelinstanz hinsichtlich der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes; vielmehr müssen die Beteiligten Unternehmen, soweit sie mit den Feststellungen des Bundeskartellamtes nicht einverstanden sind, gemäß §§ 63 ff. GWB den Beschwerdeweg zum OLG des Sitzes des Bundeskartellamtes (OLG Düsseldorf) beschreiten.

Eine Bindungswirkung wird von Seiten des Bundeswirtschaftsministers nur dann verneint, wenn die Feststellungen des Bundeskartellamtes offensichtlich unplausibel, spekulativ oder widersprüchlich sind.⁵⁹³

Liegt der Zusammenschluss im Interesse des Gemeinwohls, dann besteht ein Anspruch auf Erteilung der Ministererlaubnis.⁵⁹⁴ Insoweit hat der BMW kein Ermes-

⁵⁹¹ KG vom 07.02.1978 WuW/E OLG S. 1937 f. „Thyssen/Hüller“; BMW vom 09.12.1981 WuW/E BMW S. 177, 178 „IBH/Wibau“; BMW vom 20.02.1986 WuW/E BMW S. 185 f. „VEW/Ruhrkohle“; BMW vom 06.09.1989 WuW/E BMW S. 191, 199 f. „Daimler Benz/MBB“; BMW vom 24.01.1990 WuW/E BMW S. 207, 208 „MAN/Sulzer“; BMW vom 22.07.1997 WuW/E BMW S. 225, 226 „Kali+Salz/PCS“; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 42, Rdnr. 2; *Emmerich*, Kartellrecht, § 26, Nr. 2 b); a. A. *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 128; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 42, Rdnr. 4, die eine eigenständige Beurteilung durch den Bundeswirtschaftsminister für erforderlich halten.

⁵⁹² *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § , Rdnr. 2; *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 42, Rdnr. 13.

⁵⁹³ BMW vom 22.07.1997 WuW/E BMW S. 225, 226 „Kali+Salz/PCS“; *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 42, Rdnr. 12.

sen. Allerdings steht ihm ein Spielraum bei der Beurteilung zu, ob die Voraussetzungen der in § 42 Abs. 1 GWB verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe vorliegen.⁵⁹⁵

2.3.2.3.3 Verfahrensvorschriften

Der Antrag muss binnen eines Monats seit Zustellung der Untersagung bei dem Bundeswirtschaftsminister durch die beteiligten Unternehmen – bzw. in den Fällen des § 37 Abs. 1 Nr.1 und 3 GWB durch den Veräußerer – schriftlich gestellt werden (§ 42 Abs. 3 S. 1 GWB). Daneben können die Fusionspartner Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung zum OLG des Sitzes des Bundeskartellamtes einlegen. In diesem Fall beginnt die 1-Monats-Frist für den Erlaubnisantrag gemäß § 42 Abs. 3 S. 2 GWB mit Eintritt der Unanfechtbarkeit der Untersagungsverfügung.

Der BMW soll über den Antrag – ggf. nach öffentlicher mündlicher Verhandlung (§ 56 Abs. 3 S. 3 GWB) – innerhalb von vier Monaten nach dessen Eingang entscheiden, anderenfalls kann gemäß § 63 Abs. 3 S. 2 GWB Unterlassungsbeschwerde eingelegt werden. Vor der Entscheidung des Bundeswirtschaftsministers hat dieser die – unverbindliche – Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen (§§ 44 ff. GWB).⁵⁹⁶ Die Entscheidung selbst kann mit einer Beschwerde beim für den Sitz des Bundeskartellamtes zuständigen Oberlandesgericht überprüft werden (§ 63 Abs. 4 GWB), allerdings ist die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage der Überprüfung durch das Gericht entzogen (§ 71 Abs. 5 S. 2 GWB).

⁵⁹⁴ KG vom 07.02.1978 WuW/E OLG S. 1937, 1938 „Thyssen/Hüller“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 26, Nr. 2 b); *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 42, Rdnr. 41.

⁵⁹⁵ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 128; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 42, Rdnr. 5.

⁵⁹⁶ Zu den Einzelheiten siehe *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 42, Rdnr. 20 ff.

Gemäß §§ 42 Abs. 2 S. 2, 40 Abs. 3, 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB kann die Erlaubnis des Bundeswirtschaftsministers – u. a. bei unrichtigen Angaben oder arglistiger Täuschung – widerrufen werden.

2.3.2.3.4 Ministererlaubnis bei Krankenhausfusionen

Aufgrund einer Ministererlaubnis gemäß § 42 Abs. 1 GWB können auch Krankenhauszusammenschlüsse, die aus wettbewerblichen Gründen vom Bundeskartellamt untersagt wurden, durchgeführt werden. Die Erlaubnis des Wirtschaftsministers kann insbesondere auf gesundheitspolitische Gründe als Unterfall der überragenden Interessen der Allgemeinheit gestützt werden.

Demzufolge könnten Krankenhausfusionen damit gerechtfertigt werden, dass die durch den Zusammenschluss ermöglichten Einsparungen eine Verringerung bzw. zumindest eine Stabilisierung der Krankenversicherungsbeiträge bewirken könnten. Darüber hinaus könnte durch die erzielten Rationalisierungsvorteile eine höherwertige und intensiviertere Krankenversorgung der Bevölkerung realisiert werden.

Um allerdings die erforderlichen positiven Wirkungen für die Allgemeinheit zu erzielen, müssten im Rahmen des angemeldeten Fusionsvorhabens Krankenhauszusammenschlüsse zeitgleich in größerem Umfang erfolgen, da der Zusammenschluss mit einzelnen Krankenhäusern sicherlich keinen Einfluss auf die bundes- bzw. landesweiten Versicherungsbeiträge haben kann.

2.3.3 Verfahrensvorschriften der Zusammenschlusskontrolle

Die Verfahrensvorschriften (§§ 39 – 41 GWB) können untergliedert werden in Vorschriften des

- Anmeldeverfahrens sowie des
- Kontrollverfahrens.

2.3.3.1 Anmeldeverfahren

Gemäß § 39 Abs. 1 GWB müssen Zusammenschlüsse im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB vor deren Vollzug durch mindestens eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen beim Bundeskartellamt angemeldet werden.⁵⁹⁷ Gegebenenfalls gilt die Anmeldepflicht auch für den Veräußerer (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GWB) sowie für verbundene Unternehmen (§ 36 Abs. 2 GWB).⁵⁹⁸ Dabei reicht es in der Praxis regelmäßig aus, wenn die Pflicht durch eines der Unternehmen vollständig erfüllt wird, obwohl die Pflicht unabhängig davon für die übrigen Unternehmen weiter besteht.⁵⁹⁹

Für die Anmeldung gibt es keine Fristen. Das Versäumnis der Anmeldung ist deshalb als solches folgenlos.⁶⁰⁰ Aus diesem Grund kann § 81 Abs. 1 Nr. 7 GWB entgegen dem Wortlaut nur die fehlerhafte Anmeldung sanktionieren, denn eine Anmeldung ohne Fristen kann nicht versäumt werden; insoweit handelt es sich

⁵⁹⁷ Langen/Bunte-Ruppelt, Kartellrecht, § 39, Rdnr. 1.

⁵⁹⁸ Emmerich, Kartellrecht, § 27, Nr. 1.

⁵⁹⁹ Vgl. BGH vom 12.12.1978 WuW/E BGH S. 1533, 1534 „Erdgas Schwaben“, Lange-Rösler, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 65; Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 4; Müller-Henneberg-Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 39, Rdnr. 7.

⁶⁰⁰ Wiedemann-Richter, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 1; Bechtold, Kartellgesetz, § 39, Rdnr. 2.

offenbar um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers.⁶⁰¹ Die Anmelde-„Pflicht“ als solche stellt deshalb eher eine Obliegenheit dar, denn ohne Anmeldung und eventuelle Freigabe durch das Bundeskartellamt darf der Zusammenschluss nicht vollzogen werden (§ 41 Abs. 1 GWB).⁶⁰²

Der früheste Zeitpunkt für die Anmeldung ist davon abhängig, ob das Fusionsvorhaben hinsichtlich der beteiligten Unternehmen und der Art bzw. des Umfangs des Zusammenschlusses ausreichend konkretisiert ist.⁶⁰³ Des Weiteren müssen die Marktentwicklungen für eine hinreichende Zeit überschaubar sein, so dass regelmäßig ein Prognosezeitraum von bis zu 18 Monaten vor Vollzug des Zusammenschlusses toleriert werden kann.⁶⁰⁴

In der Anmeldung müssen gemäß § 39 Abs. 3 GWB bestimmte Angaben enthalten sein, wie z. B. Sitz und Art des Geschäftsbetriebes der beteiligten Unternehmen, Umsatzerlöse, Marktanteile, Abhängigkeits- sowie Beteiligungsverhältnisse etc.⁶⁰⁵ Es dürfen keine unrichtigen oder unvollständigen Angaben gemacht werden (§ 39 Abs. 3 S. 4 GWB). Gemäß § 39 Abs. 5 GWB kann das Bundeskartellamt ergänzende Informationen verlangen.⁶⁰⁶

⁶⁰¹ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 39, Rdnr. 2; *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 69; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 16.; a. A. *Emmerich*, Kartellrecht, § 27, Nr. 2 b).

⁶⁰² *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 39, Rdnr. 12; *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 39, Rdnr. 2.

⁶⁰³ *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 70.

⁶⁰⁴ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 13, der bei einem Prognosezeitraum von fünf bis acht Jahren einen „Vollzugszeitraum“ von einem Jahr, höchstens 18 Monaten als zulässig erachtet; ähnlich *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 39, Rdnr. 4.; differenzierend KG vom 21.07.1995 WuW/E OLG S. 5495, 5496 „Vorratsanmeldung“; a. A. *Bechtold*, Kartellgesetz, § 39, Rdnr. 3, der einen Prognosezeitraum von fünf Jahren akzeptiert.

⁶⁰⁵ Zu den Einzelheiten vgl. *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 67 f.; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 39, Rdnr. 14.

⁶⁰⁶ Zu den Einzelheiten siehe *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 39, Rdnr. 17; *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 42, Rdnr. 17.

Den Vollzug des Zusammenschlusses haben die beteiligten Unternehmen unverzüglich „anzuzeigen“ („Anzeigepflicht“ gemäß § 39 Abs. 6 GWB). Diese „Anzeigepflicht“ nach dem Fusionsvollzug ist zu unterscheiden von der vorstehend erläuterten „Anmeldepflicht“ gemäß § 39 Abs. 1 GWB vor dem Vollzug.

Erfolgt die Anzeige nach vorheriger Anmeldung, genügt lediglich die Mitteilung, dass der Zusammenschluss erfolgt ist; falls die vorherige Anmeldung unterblieben ist, müssen die für eine Anmeldung erforderlichen Angaben in der Anzeige nachgeholt werden.⁶⁰⁷ Ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht ist eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 81 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

2.3.3.2 Kontrollverfahren

Das Kontrollverfahren, für dessen Durchführung das Bundeskartellamt die Zuständigkeit hat, ist in den §§ 40 und 41 GWB geregelt. Bei seinen Entscheidungen steht dem Bundeskartellamt hinsichtlich der Tatbestandsseite ein Beurteilungsspielraum zur Verfügung, der jedoch in vollem Umfang einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist.⁶⁰⁸ Auf der Rechtsfolgenseite hat das Bundeskartellamt – mit Ausnahme des § 40 Abs. 3 GWB – keinen Ermessensspielraum, so dass ein marktbeherrschender Zusammenschluss insgesamt zu untersagen ist (vgl. § 36 Abs. 1 GWB).⁶⁰⁹

Mit der Anmeldung eines Zusammenschlusses beginnt das so genannte Vorprüfverfahren (§ 40 Abs. 1 S. 1 GWB), in dem das Bundeskartellamt über den Eintritt

⁶⁰⁷ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 43; *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 42, Rdnr. *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 39, Rdnr. 20.

⁶⁰⁸ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 63 f.; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 40, Rdnr. 6, 20; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 40, Rdnr. 40.

⁶⁰⁹ *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 40, Rdnr. 33 ff.; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 63 f.

in die Zusammenschlussprüfung (Hauptprüfverfahren) entscheidet. Allerdings ist die Anmeldung nicht Voraussetzung für eine Untersagungsverfahren, so dass das Bundeskartellamt von Amts wegen tätig werden kann, wenn es Hinweise auf einen (bevorstehenden) Zusammenschluss hat (§ 54 Abs. 1 S. 1 GWB).⁶¹⁰

Wenn das Bundeskartellamt nicht binnen eines Monats die anmeldenden Unternehmen über den Eintritt in das Hauptverfahren informiert hat, darf eine Untersagung nicht mehr erfolgen (§ 40 Abs. 1 S. 1 GWB).⁶¹¹ Ausnahme ist gemäß § 40 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 GWB u. a. der Fall der unrichtigen oder nicht rechtzeitig erteilten Auskunft.⁶¹² Üblicherweise entscheidet das Bundeskartellamt über die Freigabe bzw. die Aufnahme des Hauptprüfverfahrens in einer Mitteilung, die wegen der Monatsfrist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 GWB „Monatsbrief“ genannt wird.⁶¹³

Die Bekanntmachung im Vorprüfverfahren ist keine förmliche Entscheidung, sondern eine formlose Verfahrensmittelung, die mangels Außenwirkung gerichtlich nicht überprüfbar ist.⁶¹⁴ Sie kann nicht mit Bedingungen oder Auflagen verbunden werden.⁶¹⁵

Das Hauptprüfverfahren wird eingeleitet, wenn das Bundeskartellamt eine weitere Prüfung des Zusammenschlusses für erforderlich hält und dies den anmeldenden Unternehmen rechtzeitig mitgeteilt hat (§ 40 Abs. 1 GWB). Wird im Hauptprüfver-

⁶¹⁰ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 40, Rdnr. 4; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 40, Rdnr. 5, 13.

⁶¹¹ *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 2; *Schulte*, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, Die AG 1998, S. 297, 300.

⁶¹² *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 40, Rdnr. 16; zu weiteren Einzelheiten siehe *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 40, Rdnr. 9 ff.

⁶¹³ *Lange-Schröder*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 71; *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 2.

⁶¹⁴ *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 40, Rdnr. 4; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 40, Rdnr. 5; *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 2.

⁶¹⁵ *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 72.

fahren innerhalb einer Viermonatsfrist nicht entschieden, gilt der Zusammenschluss ebenfalls als freigegeben (§ 40 Abs. 2 S. 2 GWB), es sei denn, die Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 2 S. 3 GWB findet Anwendung, nämlich wenn die anmeldenden Unternehmen einer Fristverlängerung zugestimmt haben, das Bundeskartellamt wegen unrichtiger Angaben oder wegen einer nicht rechtzeitig erteilten Auskunft nach § 39 Abs. 5 oder § 50 die Mitteilung nach Absatz 1 oder die Untersagung des Zusammenschlusses unterlassen hat, oder eine zustellungsbevollmächtigte Person im Inland entgegen § 39 Abs. 3 Satz 2 Nr. 6 nicht mehr benannt ist.

Im Gegensatz zum Vorverfahren stellt die Entscheidung des Bundeskartellamtes im Hauptprüfverfahren einen Verwaltungsakt dar; dies gilt für die Untersagung wie für die Freigabeentscheidung.⁶¹⁶ Als Verwaltungsakte müssen beide begründet sowie formgerecht bekannt gegeben werden. Zuvor ist den Beteiligten nach § 56 Abs. 1 GWB Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Erfolgt keine frist- und formgerechte Bekanntgabe gegenüber allen Beteiligten, ist die Verfügung des Bundeskartellamtes rechtswidrig.⁶¹⁷

Die Freigabe kann darüber hinaus gemäß § 40 Abs. 3 GWB mit Bedingungen oder Auflagen versehen werden kann.⁶¹⁸ Eine laufende Verhaltenskontrolle ist allerdings nicht zulässig (§ 40 Abs. 3 S. 2 GWB).

Alternativ zu der Freigabe unter Auflagen und Bedingungen besteht die Möglichkeit für die Unternehmen, im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit dem Bundeskartellamt Vereinbarungen zu treffen, um auf diese Weise in problematischen Fällen die Freigabe zu ermöglichen (z. B. durch Zusage des Verkaufs

⁶¹⁶ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 40, Rdnr. 23, 41; *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 3 c).

⁶¹⁷ BGH vom 24.03.1987 WuW/E BGH S. 2389, 2390 ff. „Coop Schleswig Holstein/Deutscher Supermarket“; KG vom 18.03.1998 WuW/E DE-R S. 94, 95 „Hochtief/Philipp Holzmann“; *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 40, Rdnr. 11.

⁶¹⁸ Zu den Einzelheiten *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 5; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 63, 84.

von Unternehmensteilen).⁶¹⁹ Anwendungsmöglichkeiten für derartige Zusagen sind formlose Freigaben im Rahmen des Vorverfahrens, in dem Freigaben unter Auflagen oder Bedingungen nicht möglich sind, sowie Zusammenschlüsse mit Auslandsbeteiligungen, bei denen das Bundeskartellamt durch Auflagen oder Bedingungen Sachverhalte außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs regeln würde.⁶²⁰

Die (bedingte) Freigabe im Hauptprüfverfahren bzw. die Untersagungsverfügung kann binnen eines Monats mit der nicht aufschiebend wirkenden Beschwerde beim OLG Düsseldorf gemäß §§ 63 ff. GWB angefochten werden.⁶²¹ Das Beschwerderecht steht den am Verfahren Beteiligten zu (§ 54 Abs. 2 und 3 GWB). Hierzu gehören auf deren Antrag hin auch Beigeladene, also Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung des Bundeskartellamtes erheblich berührt werden.⁶²² Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet im Falle der Zulassung die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof statt (§ 74 GWB).

Auch im Falle der Freigabe des Zusammenschlusses ist dessen Vollzug gemäß § 39 Abs. 6 GWB dem Bundeskartellamt unverzüglich durch die Beteiligten anzuzeigen. Die Vollzugsanzeige wird im Bundesanzeiger veröffentlicht (§ 43 Nr. 1 GWB).

⁶¹⁹ Zu den Einzelheiten siehe *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 46 ff.

⁶²⁰ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 36, Rdnr. 27 u. § 40, Rdnr. 28.

⁶²¹ *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 4.

⁶²² *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 82; zur Beschwerdebefugnis unbeteiligter Dritter siehe grundlegend *Dormann*, Drittklagen im Recht der Zusammenschlusskontrolle; *Körber*, Die Konkurrenzenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union; *Körber*, Gerichtlicher Drittschutz im deutschen Fusionskontrollrecht, BB 2000, S. 1532, 1534 ff.; *Schulte*, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, Die AG 1998, S. 297, 303; *Steinberger*, Klage-(Beschwerde-)befugnis Dritter gegen Freigaben von Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt, WuW 2000, S. 345; *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 4 b); ablehnend *Bechtold*, Kartellgesetz, § 40, Rdnr. 21; generell zu den Rechten Dritter siehe *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 102 ff.

Die Freigabeverfügung kann unter bestimmten Voraussetzungen (z. B. bei unrichtigen Angaben der beteiligten Unternehmen) gemäß § 40 Abs. 3 S. 3 GWB widerrufen werden.⁶²³

2.3.3.3 Anwendung der Verfahrensvorschriften bei Krankenhausfusionen

Bei Krankenhausfusionen finden die Vorschriften des Anmeldeverfahrens sowie des Kontrollverfahrens uneingeschränkte Anwendung. Es gelten insoweit keine Besonderheiten, so dass auf die vorstehende Darstellung der Verfahrensvorschriften verwiesen werden kann.

⁶²³ Zu den Einzelheiten siehe *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 40, Rdnr. 27.

2.3.4 Sanktionen im Falle des Verstoßes gegen die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle

Allein durch die Anmeldepflicht gemäß § 39 GWB kann die präventive Fusionskontrolle ihre Aufgabe, die – selbst zeitweise – fusionsbedingte Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen zu verhindern, nicht hinreichend erfüllen.⁶²⁴ Deshalb ordnet § 41 GWB zusätzlich ein Vollzugsverbot für kontrollpflichtige Zusammenschlüsse ohne Freigabe durch das Bundeskartellamt bzw. ohne Ministererlaubnis an.⁶²⁵ Um eine schwer durchsetzbare Entflechtung zu vermeiden, darf das erworbene Unternehmen weder rechtlich (Herbeiführung der erforderlichen Rechtsakte) noch tatsächlich (z. B. Übernahme der Geschäftsführung) in das übernehmende Unternehmen eingegliedert werden.⁶²⁶ Aus diesem Grund sind Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, bis zur Entscheidung des Bundeskartellamtes schwebend unwirksam (§ 41 Abs. 1 S. 2 GWB).⁶²⁷ Wichtige Gründe können Ausnahmen vom Vollzugsverbot ermöglichen (§ 41 Abs. 2 GWB).

Ein untersagter, vom Bundeswirtschaftsminister nicht genehmigter Zusammenschluss darf nicht unverändert fortbestehen; vielmehr muss das Bundeskartellamt gemäß § 41 Abs. 3 GWB den wettbewerbsgemäßen Zustand wiederherstellen.⁶²⁸ Gleiches gilt, wenn die Freigabe widerrufen wird (§ 41 Abs. 3 S. 1, 2. Alternative,

⁶²⁴ *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 41, Rdnr. 2.

⁶²⁵ *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 6.

⁶²⁶ *Bechtold*, Kartellgesetz, § 40, Rdnr. 3; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 38; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 41, Rdnr. 4.

⁶²⁷ BGH vom 31.10.1978 WuW/E BGH S. 1556, 1559 „Weichschaum III“; BGH vom 31.10.1978 WuW/E BGH S. 1547 f. „Metzeler Schaum“; *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 6; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 41, Rdnr. 12; Anmerkung: Ausgenommen hiervon sind gewisse, in Register eingetragene Rechtsgeschäfte, wie z. B. Verträge im Sinne der §§ 291, 292 AktG (vgl. *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 39).

⁶²⁸ *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 83.

GWB).⁶²⁹ Erforderlich ist eine Verfügung des Bundeskartellamtes, da die Pflicht zur Wiederherstellung des wettbewerbsgemäßen Zustandes nicht von Gesetzes wegen besteht.⁶³⁰ Ungeschriebene Voraussetzung hierfür ist die Unanfechtbarkeit der Untersagungsverfügung sowie die Uneinholbarkeit der Ministererlaubnis gemäß § 42 GWB.⁶³¹

Die Herstellung eines wettbewerbsgemäßen Zustandes (im Folgenden „Wiederherstellungsverfügung“) kann gemäß § 41 Abs. 3 S. 1 u. S. 3 GWB auf zweierlei Weise erfolgen, wobei die Unternehmen auf die Entscheidung des Bundeskartellamtes Einfluss nehmen können:⁶³²

- Wiederherstellung des Zustandes vor dem Zusammenschluss (so genannte „Restitutio“);
- Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkungen in anderer Weise.

⁶²⁹ Anmerkung: Allerdings kann das Bundeskartellamt eine Befreiung von dem Vollzugsverbot gewähren (§ 41 Abs. 2 S. 1 GWB).

⁶³⁰ BGH vom 29.10.1985 WuW/E BGH S. 2211, 2217 „Morris/Rothmans“; BGH vom 04.10.1982 WuW/E BGH S. 2031, 2032 „Springer/Elbe Wochenblatt II“; *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 41, Rdnr. 12; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 129; a. A. *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 41, Rdnr. 39.

⁶³¹ *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 132; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 41, Rdnr. 11; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 41, Rdnr. 36; a. A. *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 41, Rdnr. 14.

⁶³² *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 7; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 41, Rdnr. 12 ff.

Es existiert kein Vorrang der Restitutionslösung⁶³³, weshalb insbesondere die Alternative der Wiederherstellung in anderer Weise in der Praxis Bedeutung erlangt hat, und zwar z. B. in der Form der so genannten „Teilentflechtung“ durch Veräußerung von Unternehmensteilen.⁶³⁴ Bei der im Ermessen des Bundeskartellamtes liegenden konkreten Ausgestaltung der Auflösungsverfügung ist insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen.⁶³⁵

Soweit die Voraussetzungen für eine Wiederherstellungsverfügung gemäß §§ 36, 37 GWB entfallen, muss diese unterbleiben.⁶³⁶ Nach der Drei-Elemente-Theorie⁶³⁷ ist das der Fall, wenn das Ziel der Wiederherstellungsverfügung bereits erreicht ist, nämlich dadurch, dass

- entweder der Zusammenschlusstatbestand entfällt,
- die Marktbeherrschung nicht mehr feststellbar ist oder

⁶³³ *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 41, Rdnr. 9; *Kerber*, Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB, S. 35 ff.; *Klawitter*, Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen im Fusionskontrollverfahren, WuW 1981, S. 245, 246; *Bechtold*, Kartellgesetz, § 41, Rdnr. 12; a. A. KG vom 22.05.1990 WuW/E OLG S. 4558, 4559 „Kampffmeyer/Plange“; *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker/Veelken*, GWB, § 41, Rdnr. 33 f.; *Möschel*, Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB, S. 17 ff.; *Möschel*, Die erste Entflechtungsentscheidung in der Fusionskontrolle, ZGR 13 (1984), S. 655, 660 f.

⁶³⁴ Ausführlich *Kerber*, Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB, S. 38 f., 109 ff.; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 916 ff.; *Emmerich*, Kartellrecht, § 28, Nr. 7 b).

⁶³⁵ *Lange-Rösler*, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Kapitel 5, § 2, Rdnr. 83; *Langen/Bunte-Ruppelt*, Kartellrecht, § 41, Rdnr. 12.

⁶³⁶ BGHZ 115, S. 354, 361 „Stormarner Tageblatt“; *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 41, Rdnr. 15.

⁶³⁷ Siehe *Möschel*, Die erste Entflechtungsentscheidung in der Fusionskontrolle, ZGR 13 (1984), S. 655, 661 ff.; *Wiedemann-Richter*, Handbuch des Kartellrechts, § 21, Rdnr. 136.

- überwiegende Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen zu erwarten sind.⁶³⁸

Adressaten der Wiederherstellungsverfügung sind die Beteiligten des Zusammenschlusses einschließlich der Veräußerer gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GWB.⁶³⁹

Zur Durchsetzung seiner Anordnungen kann das Bundeskartellamt Zwangsgelder festsetzen, Stimmrechtsausübung untersagen oder einschränken bzw. Treuhänder zur Auflösung des Zusammenschlusses bestellen (§ 41 Abs. 4 GWB).⁶⁴⁰

Im Übrigen gilt die Bußgeldvorschrift des § 81 GWB, wonach u. a. bei Verstößen gegen die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle (§§ 41 Abs. 1 S. 1, 39 Abs. 3 und 4, 39 Abs. 6, 40 Abs. 3 S. 1 oder 42 Abs. 2 S. 1, 41 Abs. 4 Nr. 2, 39 Abs. 5 GWB) Bußgelder bis zu 500.000 Euro oder bis zur Höhe des dreifachen durch den Verstoß erzielten Mehrerlöses angeordnet werden können.

Bei Krankenhausfusionen finden die Sanktionsvorschriften der Fusionskontrolle uneingeschränkte Anwendung. Es gelten insoweit keine Besonderheiten, so dass auf die vorstehende Darstellung verwiesen werden kann.

⁶³⁸ BGH vom 04.10.1982 WuW/E BGH S. 2031, 2032 „Springer/Elbe Wochenblatt II“, für den Fall des Entfallens des Zusammenschlusstatbestandes; siehe im Übrigen *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 41, Rdnr. 11.

⁶³⁹ *Müller-Henneberg-Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 42, Rdnr. 13.

⁶⁴⁰ Beispiele: BKartA vom 10.9.1990, Die AG 1991, S. 180 „Kampffmeyer/Plange“; BKartA vom 25.02.1993 WuW/E BKartA S. 2625, 2631 f. „Krupp-Hoesch-Brüninghaus“; siehe hierzu *Emmerich*, Fusionskontrolle 1990/91, Die AG 1991, S. 413, 420; *Emmerich*, Fusionskontrolle 1993/94, Die AG 1994, S. 477, 485 f.

2.4 Ergebnis

2.4.1 Grundlagen des Wettbewerbsrechts und der Krankenhausfinanzierung

Die Fusionskontrolle als Teil des Wettbewerbsrechts ist in Deutschland im GWB geregelt, und zwar in den Vorschriften der §§ 35 ff. GWB. Diese Vorschriften finden mangels spezialgesetzlicher Regelung auch auf Krankenhausfusionen Anwendung. Ziel des Wettbewerbsrechts, insbesondere der Fusionskontrolle, ist der Schutz der Freiheit des Wettbewerbs sowie die Begrenzung wirtschaftlicher Macht. Das Wettbewerbsrecht kann nur dort effektiv schützen, wo Wettbewerb staatlicherseits zugelassen ist.

Im Finanzierungssystem bis Ende 2002 ist durch zunehmende ambulante Behandlung, Abschaffung des Selbstkostendeckungsprinzips sowie teilweiser Einführung von Fallpauschalen und Sonderentgelten vermehrter Wettbewerb entstanden, der aber weiterhin erheblich eingeschränkt ist durch den faktischen Kontrahierungszwang der gesetzlichen Krankenkassen mit den Plankrankenhäusern und einer weiter bestehenden krankenhausesindividuellen Finanzierung über Pflegesätze. Die Bedeutung der Fusionskontrolle im gegenwärtigen Krankenhauswettbewerb ist deshalb eher gering.

Im Finanzierungssystem ab 2002 (Fallpauschalengesetz) erhöht sich der Wettbewerbsdruck durch Aufgabe der krankenhausesindividuellen Finanzierung zugunsten einer reinen Fallpauschalregelung. Der faktische Kontrahierungszwang besteht weiter, wird jedoch dadurch eingeschränkt, dass bestimmte Leistungen nur dann erbracht werden dürfen, wenn eine Mindestmenge dieser Leistungen erreicht wird. Der preisliche Wettbewerb ist dabei wegen der vorgeschriebenen Fallpauschalen nach wie vor nicht frei, aber der Wettbewerb um die Fallzahlen verschärft sich, so dass wettbewerbschwächere Krankenhäuser aus dem Markt gedrängt werden können. Die Bedeutung der Fusionskontrolle wächst somit unter dem neuen Finanzierungssystem.

2.4.2 Formelle Fusionskontrolle

Im Rahmen der Prüfung der formellen Fusionskontrolle ist die Vorrangigkeit der EG-Fusionskontrolle bei Krankenhausfusionen vorerst zu verneinen, weil die Mindestumsatzschwellen von 5 bzw. 2,5 Milliarden Euro nicht erreicht werden. Bislang haben die größten Krankenhausunternehmen Umsatzerlöse bis ca. 1 Milliarde Euro erwirtschaftet.

Die Eröffnung des räumlichen Geltungsbereichs der Fusionskontrolle setzt Spürbarkeit auf dem Inlandsmarkt voraus, an die keine hohen Anforderungen gestellt werden. Der sachliche Geltungsbereich des GWB kann bei Krankenhausfusionen ebenfalls eröffnet sein, denn Krankenhäuser erfüllen regelmäßig den Unternehmensbegriff des GWB, unabhängig davon ob sie gemeinnützig oder gewinnorientiert wirtschaften; auch die Trägerschaft (öffentlich, Privatunternehmen, kirchlich) ist insoweit ohne Bedeutung.

Auch die Tatbestandsmerkmale der Zusammenschlussformen gemäß § 37 GWB (Vermögenserwerb, Kontrollerwerb, Anteilserwerb, sonstige Verbindungen von Unternehmen) können bei Krankenhausfusionen vorliegen. Dies ist letztlich eine Frage des Einzelfalls. Allerdings erfüllen nicht alle der in der betriebswirtschaftlichen Krankenhausliteratur diskutierten Modelle der Zusammenarbeit mit bzw. zwischen Krankenhäusern (Krankenhauskooperation, die eigentliche Krankenhausfusion sowie die Krankenhausbetreibergesellschaft) die Voraussetzungen für einen Zusammenschluss im Sinne des § 37 GWB. So stellt die bloße Krankenhauskooperation keine fusionsrechtlich relevante Form der Umstrukturierung von Krankenhäusern im Rahmen von betriebswirtschaftlichen Optimierungsmaßnahmen dar. Dagegen können sowohl die Krankenhausfusion im Sinne der betriebswirtschaftlichen Definition als auch die Integration eines oder mehrerer Krankenhäuser in eine Krankenhausbetreibergesellschaft die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB erfüllen.

Aufgrund der 500-Millionen-Euro-Umsatzschwelle gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB findet die Fusionskontrolle bei reinen Krankenhauszusammenschlüssen grundsätzlich nur Anwendung, wenn Krankenhäuser mit insgesamt mehr als 5.000 – 6.000 Betten beteiligt sind. Des Weiteren kommt die Überschreitung der Umsatz-

schwelle bei Krankenhausübernahmen durch z. B. Krankenversicherungen oder Krankenhausanteilsverkäufen durch Großstädte in Betracht.

Soweit ausländische Unternehmen inländische Krankenhäuser übernehmen, muss letzteres mindestens ca. 200 – 300 Betten haben, um die 25-Millionen-Euro-Umsatzschwelle gemäß 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu überschreiten; dies gilt selbst dann, wenn das ausländische Unternehmen mehr als 500 Millionen Euro umsetzt. Auch wenn die vorgenannten Umsatzschwellen überschritten werden, ist die Fusionskontrolle gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB ausgeschlossen, wenn das übernommene Krankenhaus einen Jahresumsatzerlös von weniger als 10 Millionen Euro erzielt. Dies kann bei Krankenhäusern mit ca. 100 – 150 Betten der Fall sein.

Die Fusionskontrolle ist schließlich ausgeschlossen, soweit lediglich ein Bagatellmarkt mit einem Umsatzerlös von 15 Millionen Euro betroffen ist. Bei Übernahme eines Krankenhauses mit Marktmonopolstellung und mehr als 200 Betten dürfte diese Bagatellmarktklausel des 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB regelmäßig keine Anwendung mehr finden. Unter Umständen ist die Bagatellmarktklausel nach der Bündeltheorie des Bundeskartellamtes im Wege einer teleologischen Reduktion unanwendbar, soweit benachbarte oder aufgrund einheitlicher Unternehmensstrategie geführte Bagatellmärkte betroffen sind.

2.4.3 Materielle Fusionskontrolle

Im Rahmen der Prüfung der materiellen Fusionskontrolle ist zunächst der sachliche und räumliche Krankenhausmarkt zu definieren. Unter Zugrundelegung des Bedarfmarktkonzeptes ist aus der Sicht des Abnehmers zu ermitteln, ob Krankenhausleistungen als gleichwertig angesehen werden können.

Bei der Beurteilung der Marktgleichwertigkeit von Krankenhausdienstleistungen ist nicht allein die Sichtweise des Patienten als unmittelbarem Leistungsempfänger maßgeblich. Vielmehr hat auch der überweisende Arzt Einfluss auf die Krankenhausausswahl und damit die Beurteilung der Marktgleichwertigkeit von Kranken-

häusern. Während von einem Patienten eher nicht unmittelbar medizinische Auswahlkriterien beurteilt werden, wie z. B. Ausstattung der Patientenzimmer, Entfernung zum Wohnort oder allgemeiner Ruf im Bekanntenkreis, kann der überweisende Arzt die Eignung des jeweiligen Krankenhauses für die Behandlung der spezifischen Erkrankung des Patienten grundsätzlich am Besten einschätzen. Somit ist die Abgrenzung von Krankenhausmärkten aus der Sicht sowohl des Patienten als auch auf des überweisenden Arzt vorzunehmen.

Im Allgemeinen kann bei der Abgrenzung des sachlichen Krankenhausmarktes von den vier Versorgungsstufen der Landeskrankenhauspläne (Krankenhäuser der Grund-, Regel-, Zentral- und Maximalversorgung) ausgegangen werden. Dabei können sowohl die Krankenhäuser derselben Leistungsstufen als auch verschiedener Leistungsstufen marktgleich sein, letztere allerdings nur hinsichtlich der Leistungen des Krankenhauses mit der niedrigeren Versorgungsstufe. Darüber hinaus sind Spezialleistungen der jeweiligen Krankenhäuser zu berücksichtigen. Die Angebotsumstellungsflexibilität ist bei der Abgrenzung des sachlichen Krankenhausmarktes eher von untergeordneter Bedeutung, weil hoher Investitionsbedarf und die Festlegung des Versorgungsauftrages in den Krankenhausplänen die Möglichkeit der Krankenhäuser zur Änderung ihres Leistungskataloges erheblich einschränken.

Bei der räumlichen Abgrenzung des Krankenhausmarktes ist wiederum aus der Sicht von Arzt und Patient zu ermitteln, welche Krankenhäuser in einem bestimmten Gebiet als Anbieter bestimmter Krankenhausdienstleistungen in Betracht kommen. Hierbei sind Kriterien wie die Lage des Krankenhauses, Art der medizinischen Dienstleistungen, Anzahl der Krankenhausbetten, Trägerschaft und Patientenzielgruppe kumulativ von Bedeutung.

Auf der Grundlage der Marktdefinition ist gemäß § 36 GWB die gegenwärtige und zukünftige Marktsituation dahingehend zu analysieren, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Hierzu ist unter Anwendung des § 19 Abs. 2 GWB zu differenzieren, ob eine Marktbeherrschung durch ein Unternehmen ohne wesentlichen Wettbewerb, durch ein

Unternehmen mit überragender Marktstellung oder durch mehrere Unternehmen entsteht oder verstärkt wird.

Marktbeherrschung liegt dann vor, wenn der Wettbewerb seine Verhaltenskontrollfunktion nicht erfüllen kann, wobei die Ursache hierfür ohne Bedeutung ist. Wichtiges, aber nicht alleiniges Kriterium ist der Marktanteil eines Unternehmens.

Beispiel für einen Krankenhausmarkt ohne (wesentlichen) Wettbewerb wäre ein Kreiskrankenhaus der Regelversorgung in einem ländlichen Gebiet, in dem das nächste Krankenhaus der Regelversorgung 30 – 50 Kilometer entfernt ist und auch kein Krankenhaus höherer Versorgungsstufe näher als 50 – 100 Kilometer liegt. Weder Patienten noch die Krankenkassen können eine marktbeherrschende Stellung eines solchen Beispielkrankenhauses aufgrund eigener Marktmacht verhindern. Die Patienten können wegen der großen Distanzen nur begrenzt auf andere Krankenhäuser ausweichen, und die Krankenkassen sind in ihrer Entscheidungsfreiheit durch den faktischen Kontrahierungszwang mit den Plankrankenhäusern begrenzt.

Zur Feststellung einer Marktbeherrschung durch ein Unternehmen mit überragender Marktstellung bei vorhandenem (Rest-)Wettbewerb nennt § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB mehrere Merkmale wie Marktanteil, Finanzkraft, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, Marktzutrittsschranken etc., die ggf. im Rahmen einer Gesamtschau zu werten sind. Wichtige Merkmale sind im Krankenhausbereich vor allem ein hoher Marktanteil, die Finanzkraft, die rechtlichen und tatsächlichen Marktzutrittsschranken sowie die geringe Umstellungsflexibilität anderer Krankenhäuser und Ausweichmöglichkeiten der Patienten bzw. (gesetzlichen) Krankenkassen.

Schließlich kann eine Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen im Rahmen eines Oligopols festgestellt werden; Voraussetzung hierfür ist, dass zwischen den Oligopolunternehmen kein (wesentlicher) Wettbewerb besteht. Der Fall der Marktbeherrschung durch ein Oligopol im Krankenhausmarkt ist denkbar für Krankenhäuser einer Klinikgruppe oder mehrerer Krankenhäuser, die zwar rechtlich selbständig, aber als Kooperationspartner ein abgestimmtes, gleichförmiges Verhalten ohne wesentlichen Wettbewerb zeigen.

Gemäß § 19 Abs. 3 GWB kann das Vorliegen einer Marktbeherrschung widerlegbar vermutet werden, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von einem Drittel erreicht sowie wenn zwei oder drei Unternehmen 50 % bzw. vier oder fünf Unternehmen zwei Drittel des Marktes für sich erobern.

Die marktbeherrschende Stellung muss durch den Zusammenschluss entstehen oder verstärkt werden. Es muss also eine Ursache-Wirkung-Beziehung im Sinne der Äquivalenztheorie bestehen, die z. B. bei Sanierungsfusionen entfällt, wenn das übernommene Unternehmen ohnehin nicht am Markt hätte fortbestehen können.

Im Übrigen ist bei der fusionsrechtlichen Würdigung eines Unternehmenszusammenschlusses nach den jeweiligen Zusammenschlusstatbeständen zu unterscheiden:

Soweit das gesamte Vermögen eines Krankenhauses erworben wird (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB), werden dessen Marktanteile in vollem Umfang dem Erwerber zugerechnet. Falls nur Teile eines Krankenhauses veräußert werden, muss aufgrund der engen Leistungsintegration der verschiedenen Krankenhausabteilungen eine sorgfältige Marktanalyse durchgeführt werden. Die individuelle Behandlung des Patienten lässt – trotz der Aufteilung des medizinischen Leistungsspektrums in verschiedene Abteilungen – keine absolute Zuordnung des jeweiligen Patienten zu den Abteilungen zu, sondern erfordert eine medizinisch ganzheitliche Betrachtung des jeweiligen Behandlungsfalles. Deshalb muss anhand der Marktanalyse ermittelt werden, welche Auswirkungen die Veräußerung eines Betriebsteils des Krankenhauses auf die Patientenversorgung hat und in welchem Umfang die verbliebenen Krankenhausabteilungen ihr Behandlungsangebot ändern werden.

Im Falle des Kontrollerwerbs (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB) werden die Marktanteile der sich zusammenschließenden Unternehmen nahezu immer zur Marktanteilsaddition, soweit die Krankenhäuser auf demselben relevanten Markt tätig sind.

Beim Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB) ist in Abhängigkeit der Anteilshöhe eine individuelle Feststellung der wettbewerblichen Einheit erforderlich. Eine Beteiligung zwischen 25 und unter 50 % rechtfertigt nicht die Annahme einer wettbe-

werblichen Einheit, es sei denn, dass Sondervereinbarungen in erhöhtem Maße Einflussmöglichkeiten begründen.

Sonstige Verbindungen zwischen Krankenhäusern (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) führen in der Regel nicht zu einer wettbewerblichen Einheit, die eine Marktanteilszurechnung rechtfertigt.

Weiterhin ist nach Zusammenschlussdimensionen zu differenzieren. Bei horizontalen Krankenhausfusionen, d. h. bei Fusionen zwischen Wettbewerbern, erfolgt in der Regel eine Marktanteilsaddition. Ein vertikaler Zusammenschluss liegt vor, wenn die beteiligten Unternehmen auf verschiedenen Wirtschaftsstufen (z. B. Pharmaunternehmen – Krankenhaus – Krankenversicherer) tätig sind. Zusammenschlüsse dieser Art haben grundsätzlich keine unmittelbaren Folgen für die Marktanteile des betroffenen Krankenhauses, da die Fusionspartner keine Teilnehmer des sachlichen und geographischen Marktes sind. Allerdings sind mittelbare Folgen wie z. B. engere Zusammenarbeit mit der beteiligten Krankenkasse zur Reduzierung von Verwaltungskosten, Abstimmung mit dem Pharmaunternehmen zur günstigeren Medikamentenbeschaffung etc. zu berücksichtigen und können u. a. bei marktbeherrschenden Krankenhäusern zu einer Verstärkung der Marktdominanz führen. Konglomerate Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen ohne Marktbeziehungen sind fusionsrechtlich in der Regel weniger bedenklich. Im Krankenhausbereich kann hierfür die Übernahme eines Krankenhauses durch ein Krankenhausunternehmen genannt werden, dass bislang noch nicht auf dem Markt des zu übernehmenden Krankenhauses tätig war. Wegen fehlender Marktanteilsaddition bedarf es für eine Untersagungsverfügung bei konglomeraten Zusammenschlüssen konkreter Nachweise für den Ausschluss potentiellen Wettbewerbs bzw. für den wettbewerbshemmenden Zuwachs an Finanzkraft.

Neben den vorgenannten positiven Voraussetzungen für eine Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes darf als negative Voraussetzung keine fusionsbedingte Verbesserung der Wettbewerbsbedingung eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 36 Abs. 1 2. Teiltatbestand GWB). Als Fall-

gruppen, bei denen eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingung durch den Zusammenschluss festgestellt werden kann, werden die Sanierungsfusion, die Rationalisierung, die Aufholfusion, die Erschließung eines neuen Marktes, die Dekonzentration sowie die Substitutionsbeziehung genannt, die auch bei Krankenhausfusionen erfüllt werden können.

Soweit das Bundeskartellamt eine Krankenhausfusion wegen unzulässiger Beschränkung des Wettbewerbs untersagt hat, kann der Zusammenschluss gemäß § 42 GWB durch den Bundeswirtschaftsminister erlaubt werden. Die Erlaubnis kann insbesondere auf gesundheitspolitische Gründe (z. B. Verringerung bzw. Stabilisierung der Krankenversicherungsbeiträge, größere Investitionsspielräume durch Rationalisierung) als Unterfall der überragenden Interessen der Allgemeinheit gestützt werden.

2.4.4 Verfahrens- und Sanktionsvorschriften

Bei Krankenhausfusionen finden die Verfahrens- und Sanktionsvorschriften der Fusionskontrolle uneingeschränkte Anwendung.

Gemäß § 39 Abs. 1 GWB müssen Zusammenschlüsse im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB vor deren Vollzug durch mindestens eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen beim Bundeskartellamt angemeldet werden. Gegebenenfalls gilt die Anmeldepflicht auch für den Veräußerer (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GWB) sowie für verbundene Unternehmen (§ 36 Abs. 2 GWB). Den Vollzug des Zusammenschlusses haben die beteiligten Unternehmen ebenfalls unverzüglich „anzuzeigen“ (§ 39 Abs. 6 GWB).

Das Kontrollverfahren, für dessen Durchführung das Bundeskartellamt die Zuständigkeit hat, ist in den §§ 40 und 41 GWB geregelt. Mit der Anmeldung eines Zusammenschlusses beginnt das Vorprüfverfahren (§ 40 Abs. 1 S. 1 GWB), in dem das Bundeskartellamt über den Eintritt in die Zusammenschlussprüfung (Hauptprüfverfahren) entscheidet. Wenn das Bundeskartellamt nicht binnen eines Monats die anmeldenden Unternehmen über den Eintritt in das Hauptverfahren

informiert hat, darf eine Untersagung nicht mehr erfolgen (§ 40 Abs. 1 S. 1 GWB). Das Hauptprüfverfahren wird eingeleitet, wenn das Bundeskartellamt eine weitere Prüfung des Zusammenschlusses für erforderlich hält und dies den anmeldenden Unternehmen rechtzeitig mitgeteilt hat (§ 40 Abs. 1 GWB). Wird im Hauptprüfverfahren innerhalb einer Viermonatsfrist nicht entschieden, gilt grundsätzlich der Zusammenschluss ebenfalls als freigegeben (§ 40 Abs. 2 S. 2 GWB).

Alternativ zu der Freigabe unter Auflagen und Bedingungen besteht die Möglichkeit für die Unternehmen, im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit dem Bundeskartellamt Vereinbarungen zu treffen, um auf diese Weise in problematischen Fällen die Freigabe zu ermöglichen (z. B. durch Zusage des Verkaufs von Unternehmensteilen. Die (bedingte) Freigabe im Hauptprüfverfahren bzw. die Untersagungsverfügung kann binnen eines Monats mit der nicht aufschiebend wirkenden Beschwerde beim OLG Düsseldorf gemäß §§ 63 ff. GWB angefochten werden. Das Beschwerderecht steht den am Verfahren Beteiligten zu (§ 54 Abs. 2 und 3 GWB), insbesondere beigeladenen Konkurrenten.

§ 41 GWB sieht ein Vollzugsverbot vor für kontrollpflichtige Zusammenschlüsse ohne Freigabe durch das Bundeskartellamt bzw. ohne Ministererlaubnis. Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, sind bis zur Entscheidung des Bundeskartellamtes schwebend unwirksam (§ 41 Abs. 1 S. 2 GWB).

Die Herstellung eines wettbewerbsgemäßen Zustandes durch „Wiederherstellungsverfügung“ kann gemäß § 41 Abs. 3 S. 1 u. S. 3 GWB auf zweierlei Weise erfolgen, durch Wiederherstellung des Zustandes vor dem Zusammenschluss (so genannte „Restitutio“) oder durch Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkungen in anderer Weise (z. B. durch Teilentflechtung). Bei der im Ermessen des Bundeskartellamtes liegenden konkreten Ausgestaltung der Auflösungsverfügung ist insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen.

Adressaten der Wiederherstellungsverfügung sind die Beteiligten des Zusammenschlusses einschließlich der Veräußerer gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GWB. Zur Durchsetzung seiner Anordnungen kann das Bundeskartellamt Zwangsgelder festsetzen, Stimmrechtsausübung untersagen oder einschränken bzw. Treuhänder zur Auflösung des Zusammenschlusses bestellen (§ 41 Abs. 4 GWB). Im Üb-

rigen gilt die Bußgeldvorschrift des § 81 GWB, wonach u. a. bei Verstößen gegen die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle (§§ 41 Abs. 1 S. 1, 39 Abs. 3 und 4, 39 Abs. 6, 40 Abs. 3 S. 1 oder 42 Abs. 2 S. 1, 41 Abs. 4 Nr. 2, 39 Abs. 5 GWB) Bußgelder bis zu 500.000 Euro oder bis in Höhe des dreifachen durch den Verstoß erzielten Mehrerlöses angeordnet werden können.

3 Krankenhauszusammenschlüsse im amerikanischen Wettbewerbsrecht

Auch in den USA bestand bis Anfang der 70iger Jahre eine Art duale Krankenhausfinanzierung. Wie in Deutschland wurden Krankenhausneu- und ausbauten staatlich direkt subventioniert, während die retrospektiven Kosten für stationäre Behandlung – neben Selbstzahlern ohne Versicherung – im Wesentlichen durch Krankenversicherungen erstattet wurden.⁶⁴¹ Dies führte zu einer beträchtlichen Ausweitung der Krankenhausleistungen und einem Kostenanstieg, der deutlich über der Inflationsrate lag.⁶⁴² Erst in den 80iger Jahren erfolgten einschneidende Änderungen der Krankenhausfinanzierung durch die Einführung der Erstattung prospektiver Behandlungskosten („DRG-Fallpauschalen-System“), das insbesondere bei den privaten bzw. öffentlichen Kostenträgern wie „Managed Care“ oder „Medicare“ eingeführt wurde.⁶⁴³ Daneben wurde die ambulante Patientenversorgung zu Lasten der stationären Behandlung ausgebaut, was zu einem deutlichen Abfall der Krankenhausauslastung mit steigenden Überkapazitäten führte. Die Krankenhäuser mussten erstmals betriebswirtschaftliches Kostenmanagement betreiben, um am Markt bestehen bleiben zu können. Zusammen mit der schrittweisen Einführung des DRG-Fallpauschalen-Systems⁶⁴⁴ führte dies zu einem deutlichen Anstieg der Krankenhausfusionen in den 90iger Jahren.⁶⁴⁵

641 Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, 1. Auflage, § 10-40.

642 *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, I. 2. a.

643 Anmerkung: Zu den Begriffen „Managed Care“ und „Medicare“ siehe unter Nr. 3.2.2 3.2.3 (S. 212 ff.); *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, I. 2. a. und b.

644 Anmerkung: Siehe zur Einführung des DRG-Systems in den USA: *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, I. 2. b.; *Böcker und andere*, Diagnosis Related Groups – Grundstein für ein neues Abrechnungssystem, S. 49.

645 *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 81.

In der Folge wurden diese Zusammenschlüsse in zunehmendem Maße einer fusionsrechtlichen Kontrolle unterzogen. Dabei fanden mangels spezialgesetzlicher Bestimmungen die allgemeinen Regelungen der amerikanischen Fusionskontrolle Anwendung⁶⁴⁶, deren Grundlagen nachfolgend dargestellt werden sollen.

3.1 Grundlagen der amerikanischen Fusionskontrolle

Hauptaufgabe des amerikanischen Wettbewerbsrechts ist die Kontrolle privater Wirtschaftsmacht durch Sicherung des Wettbewerbs.⁶⁴⁷ Wie in europäischen Rechtssystemen sollen dadurch eine optimale Verteilung der volkswirtschaftlichen Ressourcen, die Erhöhung der Bereitschaft zu privatwirtschaftlicher Tätigkeit sowie eine Verhinderung von wirtschaftlicher und politischer Vorherrschaft Einzelner gewährleistet werden.⁶⁴⁸ Allerdings soll die Fusionskontrolle nicht die Entstehung einer Marktdominanz durch betriebsinternes Wachstum verhindern, indem es wettbewerbsschwache Unternehmen gegenüber erfolgreicherer Firmen schützt; vielmehr soll lediglich eine marktbeherrschende Stellung allein durch externes Wachstum, z. B. durch Unternehmenszusammenschlüsse, verhindert werden.⁶⁴⁹ Anlass für die Entwicklung des amerikanischen Wettbewerbsrechts in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war die Entstehung immer größer werdender Unter-

646 Siehe z. B. *United States v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp 968 (N.D.Iowa 1995), vacated 107 F.2d 632 (8th Cir.1997); *Greaney*, *Hospital Mergers and Antitrust Law*, *American Journal of Law & Medicine* 1997, S. 190, 197 f.

647 *Elsing/Van Alstine*, *US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Rdnr. 797.

648 *Turcon/Zimmer-Zimmer*, *Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts*, Kapitel III, C.; *Elsing/Van Alstine*, *US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Rdnr. 797.

649 *Hovenkamp*, *Federal Antitrust Policy*, § 12.4.

nehmensverbindungen (so genannte „trusts“).⁶⁵⁰ Aufgrund ihrer Größe und Wirtschaftsmacht waren diese trusts in der Lage, ihre Mitbewerber in einem ruinösen Wettbewerb aus dem Markt zu drängen. Beispiel für diese wettbewerbsgefährdende Trustbildung war die „Standard Oil Company“ des Industriellen John D. Rockefeller, die im Jahre 1911 aufgrund einer wegweisenden Entscheidung des obersten amerikanischen Gerichtshofes, des „Supreme Courts“, unter erstmaliger Anwendung des neuen Wettbewerbsrechts in ungefähr 30 kleine Unternehmen aufgespalten wurde.⁶⁵¹ Die USA haben damit im Vergleich zu anderen Industrieländern das älteste Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das sich innerhalb eines Jahrhunderts auf der Grundlage weniger Gesetze durch umfangreiches Richterrecht weiterentwickelt hat.⁶⁵²

Die im Vergleich zum deutschen GWB äußerst kurz, geradezu kryptisch gefassten Antitrust-Gesetze der USA bestehen im Wesentlichen aus dem „Sherman Act“ des Jahres 1890 sowie aus dem 1914 in Kraft getretenen „Clayton Act“.⁶⁵³ Daneben existieren eine Reihe weitere Normen bzw. Richtlinien, die für die amerikanische Fusionskontrolle Bedeutung haben und in dem nachfolgenden Überblick – zusammen mit den Sherman sowie Clayton Act – erläutert werden sollen.

650 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 800; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 5; ausführlich zur Geschichte des US-Antitrust-Rechts; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 2.1c; *derselbe*, Economics and Federal Antitrust Law, § 2.4; *Gellhorn*, Antitrust Law, Kapitel II. A; *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, Kapitel 9.2.

651 *The Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911); *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 800.

652 *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 5.

653 *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, A.

3.1.1 Antitrust-Gesetze

3.1.1.1 Verfassungsrechtliche Grundlage

Die verfassungsrechtliche Grundlage für alle bundesstaatlichen Antitrust-Gesetze ist die so genannte „commerce clause“ der Bundesverfassung der USA.⁶⁵⁴ Danach hat der Bundesgesetzgeber nur dann die Gesetzgebungskompetenz, wenn der zwischenstaatliche Handel betroffen ist („affecting interstate commerce test“⁶⁵⁵). Das bundesstaatliche Wettbewerbsrecht betrifft daher nur wettbewerbliche Maßnahmen im Handel zwischen den Bundesstaaten der USA sowie mit dem Ausland.

3.1.1.2 Sherman Act

Im Jahre 1890 wurde der nur aus zwei Paragraphen bestehende Sherman Act vom Kongress verabschiedet:⁶⁵⁶

- § 1 erklärt die kollektive Wettbewerbsbeschränkung durch Vertrag, Vereinigungen und vereinbartes Zusammenwirken zur Beschränkung des zwi-

⁶⁵⁴ Vgl. Article I, § 8 Constitution of the United States, abgedruckt in *Lockhart, Constitutional Law, Appendix B Hovenkamp, Federal Antitrust Policy*, § 21.1; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 805.

⁶⁵⁵ *Burek v. Ford*, 389 U.S. 320, 88 S. Ct. 443, 19 L. Ed. 2d 554 (1967); *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 805; siehe im Übrigen weiterführend unter Nr. 3.3.1.1 (S. 218 ff.).

⁶⁵⁶ Anmerkung: Abgedruckt in *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein, Ausland-USA*, Rdnr. 155, sowie in *American Bar Association Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, Appendices, A.*

schenstaatlichen und ausländischen Handels für illegal und strafbar.⁶⁵⁷

Dieses Verbot erfordert das Zusammenwirken mehrerer Beteiligter.

- Im Gegensatz dazu verbietet § 2 des Sherman Act neben der gemeinschaftlichen auch die einseitige Monopolisierung des zwischenstaatlichen Handels oder des Handels mit dem Ausland.⁶⁵⁸

Verstöße gegen den Sherman Act werden mit Geld- oder Freiheitsstrafen geahndet; materiell kartellrechtswidrige Verträge sind von Anfang an unwirksam.⁶⁵⁹

Darüber hinaus können geschädigte Personen Schadensersatz in bis zu dreifacher Höhe geltend machen.⁶⁶⁰

3.1.1.3 Clayton Act

Der 1914 erlassene Clayton Act umfasst vier materiellrechtlich bedeutsame Paragraphen:⁶⁶¹

- § 2 des Clayton Act regelt das Verbot von Preisdiskriminierungen und anderen Benachteiligungen von Abnehmern. Diese Vorschrift wird durch den Robinson-Patman Act von 1936 ergänzt, wonach wettbewerbswidrige

⁶⁵⁷ Siehe auch 15 U.S.C. § 1 (veröffentlicht u. a. unter der Internet-Adresse <http://www.findlaw.com/casecode/uscodes>); *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 2; ausführlich *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-2. a. 1.

⁶⁵⁸ Siehe 15 U.S. C. § 2; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 6; *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-2 a. 2.

⁶⁵⁹ *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, B, I. 1.); *Furrow und andere*, Health Law, 1. Auflage, § 10-2. a. (3).

⁶⁶⁰ *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, B, I. 1.

⁶⁶¹ Anmerkung: Abgedruckt in *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 156, sowie in *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, Appendices, A.; ausführlich *Furrow und andere*, Health Law, 1. Auflage, § 10-2. b., sowie *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-2. b.; *Gellhorn*, Antitrust Law, Kapitel II. C. 1.; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 802.

Preisdiskriminierungen gegenüber Abnehmern von Waren im zwischenstaatlichen Handel verboten sind.⁶⁶²

- In § 3 des Clayton Act wird der Abschluss von Kopplungs- und Alleinbezugsverträgen untersagt, die eine Behinderung des Wettbewerbs oder Begründung eines Monopols bewirken können.⁶⁶³
- Die bedeutsamste Vorschrift ist § 7 des Clayton Act, der die Grundlage der Fusionskontrolle darstellt.⁶⁶⁴ Seine Verabschiedung war eine Antwort des Kongresses auf Entscheidungen des Supreme Courts in den 20er Jahren des vergangenen Jahrhunderts, wonach die Untersagung von Fusionen aufgrund des Sherman Act nur bei Nachweis wettbewerbschädigenden Verhaltens der Unternehmen möglich war.⁶⁶⁵ Der Sherman Act war also keine ausreichende Gesetzesgrundlage für eine Zusammenschlussuntersagung allein wegen der Größe und Marktmacht der fusionierenden Unternehmen.

Um diese Gesetzeslücke zu schließen, verbietet § 7 Clayton Act Unternehmenszusammenschlüsse, die den Wettbewerb potentiell erheblich verringern bzw. ein Monopol entstehen lassen können.⁶⁶⁶ Auf diese Weise gewährleistet der § 7 Clayton Act – im Gegensatz zum repressiv wirkenden Sherman Act – eine präventive Monopol- und Wettbewerbskontrolle mit weniger strengen Eingriffskriterien.⁶⁶⁷

Durch den Cellar-Kefauver-Act des Jahres 1950 wurde § 7 Clayton Act dahingehend erweitert, dass nicht nur die Übernahme von Geschäftsanteilen,

662 *Gellhorn, Antitrust Law, Kapitel II. C. 1.; Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein, Ausland-USA, Rdnr. 108; abgedruckt ebenda, Rdnr. 158.*

663 *Turcon/Zimmer-Zimmer, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, B, I. 2.*

664 *Deringer, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt VII (S. 268).*

665 *Elsing/Van Alstine, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 858.*

666 *Vgl. 15 U.S.C. § 18; Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein, Ausland-USA, Rdnr. 7.*

667 *Elsing/Van Alstine, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 858.*

sondern auch der Erwerb von Vermögenswerten eines Unternehmens einen kontrollpflichtigen Zusammenschluss darstellt.⁶⁶⁸

Im Jahre 1976 erfuhr die Zusammenschlusskontrolle durch den Hart-Scott-Rodino-Act eine weitere Ergänzung, indem § 7 A Clayton Act eingefügt wurde.⁶⁶⁹ Dieser regelt das Anmeldeverfahren u. a. von Fusionen sowie die Wartezeit bis zu deren Vollzug, wodurch der Federal Trade Commission (FTC) sowie dem Department of Justice (DOJ) die Möglichkeit zur Überprüfung der geplanten Zusammenschlüsse geben werden soll.⁶⁷⁰ Im Rahmen einer weiteren Novellierung des § 7 Clayton Act im Jahre 1980 wurden auch potentiell wettbewerbsschädigende Übernahmen von Aktien und von Geschäftsvermögen eines anderen Unternehmens verboten; des Weiteren wurde der Schutzbereich des § 7 Clayton Act auf Zusammenschlüsse zwischen Nichtkapitalgesellschaften ausgedehnt.⁶⁷¹

- Schließlich werden in § 8 Clayton Act so genannte „interlocking directorates“ zwischen Wettbewerbern untersagt. Auf diese Weise wird eine Personengleichheit bei Verbandsmitgliedern von konkurrierenden Unternehmen verhindert.⁶⁷²

Im Gegensatz zum Sherman Act werden Verstöße gegen den Clayton Act nicht strafrechtlich sanktioniert; lediglich Preisdiskriminierungen können unter zusätzlicher Anwendung des Robinson-Patman Act strafrechtliche Konsequenzen ha-

668 *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, B, I. 2.; *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-2. b. 3.

669 Anmerkung: Abgedruckt in *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 159 f.

670 *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 9.

671 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 858 f.

672 *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, B, I. 2; ausführlich *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, G.

ben.⁶⁷³ Darüber hinaus sind Verträge, die gegen den Clayton Act verstoßen, unwirksam. Schließlich kann gemäß § 4 Clayton Act eine Schadensersatzpflicht entstehen.⁶⁷⁴

3.1.1.4 Federal Trade Commission Act

Des Weiteren verbietet der Federal Trade Commission Act (FTC-Act) aus dem Jahre 1914 unredliche Wettbewerbsmethoden sowie irreführende Wettbewerbs-handlungen („unfair methods of competition and deceptive acts“) und ermächtigt die Federal Trade Commission mit der Umsetzung dieses Verbots durch Unterlassungsverfügungen.⁶⁷⁵ Der Begriff der unlauteren Wettbewerbsmethoden wird sehr weit ausgelegt und soll einen umfassenden Schutz der Marktteilnehmer (Verbraucher und Konkurrenten) vor jeglicher Wettbewerbstätigkeit gewährleisten, die im weitesten Sinne als unlauter, unfair oder irreführend bezeichnet werden kann.⁶⁷⁶ Auf diese Weise stellt der § 5 des FTC-Act in erster Linie einen Auffangtatbestand dar, wenn andere Vorschriften (Sherman oder Clayton Act) nicht eingreifen.⁶⁷⁷

⁶⁷³ Hierzu und zum Folgenden *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, B, I. 2.

⁶⁷⁴ Vgl. 15 U.S.C. § 15 = § 4 Clayton Act.

⁶⁷⁵ Anmerkung: Abgedruckt in *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 157, sowie in *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, Appendices, A.; siehe im Übrigen *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S.3; *Gellhorn*, Antitrust Law, Kapitel II. C. 2.

⁶⁷⁶ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 803; *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt X. (S. 271); *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 119 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁷⁷ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 921 f.; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 119.

Im Gegensatz zum Clayton Act bzw. dem Sherman Act enthält der FTC-Act keine Strafvorschriften und keine Verpflichtung zum Schadensersatz.⁶⁷⁸ Die einzige Konsequenz eines Verstoßes gegen den FTC-Act ist die Unterlassungsverfügung („cease and desist order“) durch die Federal Trade Commission, die zur Beendigung des unlauteren Wettbewerbsverhaltens führt.⁶⁷⁹

3.1.1.5 Ergebnis

Im Ergebnis kann eine Fusion oder Unternehmensübernahme sowohl gegen den Clayton Act als auch gegen den Sherman Act verstoßen.⁶⁸⁰ Dabei ist umstritten, ob die Anforderungen für eine Zusammenschlussuntersagung auf der Grundlage des Sherman Act höher sind als nach § 7 Clayton Act.⁶⁸¹

Des Weiteren können Unternehmenszusammenschlüsse einer Prüfung gemäß § 5 des FTC-Act unterzogen und gegebenenfalls untersagt werden.⁶⁸²

Es bestehen somit im amerikanischen Recht drei gesetzliche Grundlagen für die fusionsrechtliche Überprüfung von Zusammenschlüssen zwischen Unternehmen. Die Entstehungsgeschichte sowie die Ausdrücklichkeit der gesetzlichen Regelung geben aber Hinweise darauf, dass § 7 Clayton Act die vom Gesetzgeber bevor-

678 *Gellhorn, Antitrust Law, Kapitel II. C. 2.; Deringer, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt X. (S. 271); Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein, Ausland-USA, Rdnr. 8.*

679 *Deringer, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt X. (S. 271).*

680 *Elsing/Van Alstine, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 859.*

681 *American Bar Association Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, Kapitel III, A. 1., mit weiteren Nachweisen; bejahend Elsing/Van Alstine, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 860, der die Anforderungen des Clayton Act für eine Untersagung eines Zusammenschlusses deutlich geringer einschätzt gegenüber denen des Sherman Act.*

682 *American Bar Association Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, Kapitel III, A. 1., mit weiteren Nachweisen.*

zugte Fusionskontrollnorm darstellt.⁶⁸³ Dementsprechend werden Unternehmenszusammenschlüsse vorwiegend auf der Grundlage dieser Norm fusionsrechtlich überprüft.

⁶⁸³ *American Bar Association Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, Kapitel III, A. 1., mit weiteren Nachweisen; Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein, Ausland-USA, Rdnr. 85.*

3.1.2 Merger Guidelines

Die vorstehend erläuterten gesetzlichen Vorschriften zur Fusionskontrolle sind gekennzeichnet durch eine generalklauselartige Weite, die den Kartellbehörden⁶⁸⁴ (FTC und DOJ) und den Gerichten einen großen Auslegungsspielraum gewährt; dies führt unter anderem dazu, dass die Beurteilung eines Zusammenschlusses auch von den jeweils vorherrschenden wirtschaftspolitischen Ansichten geprägt wird.⁶⁸⁵ Um trotz der unbestimmten Fassung der Fusionskontrollvorschriften mehr Planungs- und Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen, hat das Department of Justice im Jahre 1968 Richtlinien für die Beurteilung von Fusionen, so genannte „Merger Guidelines“, erlassen.⁶⁸⁶ Diese stellen aber lediglich Grundsätze für das behördliche Eingreifen dar und haben keinen rechtsverbindlichen Gesetzescharakter; sie binden weder Kartellbehörden noch Gerichte, haben aber in der Praxis als richtungweisende Maßstäbe für die Beurteilung von Zusammenschlüssen Bedeutung erlangt.⁶⁸⁷

Die Fusionsrichtlinien wurden 1982 und 1984 revidiert. Im Jahre 1992 erließen dann das Department of Justice und die Federal Trade Commission erstmals gemeinsam eine sich von der 1984er erheblich unterscheidende Fusionsrichtlinie (1992er Merger Guidelines), die aber nur horizontale Zusammenschlüsse betrifft; auf vertikale oder konglomerate Zusammenschlüsse findet dagegen weiterhin die

684 Anmerkung: Zu der Kompetenzverteilung zwischen dem DOJ und der FTC siehe unter Nr. 3.3.3.1 (S. 273 ff.).

685 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 804.

686 *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt VIII. 1. (S. 268); *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, Kapitel 9.2e; zu den Einzelheiten der Ziele der Merger Guidelines siehe auch Nr. „0“ Merger Guidelines 1992.

687 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 861; *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt VIII. 1. (S. 268).

1984er Richtlinie Anwendung, soweit in den 1992er Guidelines nichts Gegenteiliges vorgesehen ist.⁶⁸⁸

Daneben haben das Department of Justice und die Federal Trade Commission erstmals 1993 besondere „Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care“ verabschiedet. Sie dienen als weitere Auslegungshilfen der Merger Guidelines und sollen die Durchsetzung der Vorschriften der Fusionskontrolle durch die Kartellbehörden für die Unternehmen des Gesundheitssektors vorhersehbarer werden lassen.⁶⁸⁹ Diese offiziellen Stellungnahmen zur Durchsetzung der Fusionskontrolle wurden bereits 1994 überarbeitet und liegen derzeit in der Fassung von August 1996 vor.

⁶⁸⁸ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 861; Anmerkung: Die 1984er und 1992er Merger Guidelines (letztere in der aktuellen Fassung von 1997) sind u. a. veröffentlicht unter der Internet-Adresse des Department of Justice www.usdoj.gov, sowie in *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, Appendices, B. und C.

⁶⁸⁹ Anmerkung: Siehe in der Einführung der „Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care“ aus August 1996, veröffentlicht u. a. unter der Internet-Adresse des United States Department of Justice, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0000.htm>, sowie in *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, Appendices, F.

3.1.3 Einzelstaatliche v. bundesstaatliche Fusionskontrolle

Nahezu alle Staaten haben Antitrust-Vorschriften erlassen, die ggf. zusätzlich zu der bundesstaatlichen Fusionskontrolle Anwendung finden können.⁶⁹⁰ In den meisten Fällen sind sie mit den bundesstaatlichen Regelungen identisch und werden dann als „little FTC Acts“ oder „baby Sherman Acts“ bezeichnet.⁶⁹¹

Soweit das Bundesrecht Anwendung finden kann⁶⁹², hat dieses grundsätzlich Vorrang gegenüber dem einzelstaatlichen Recht.⁶⁹³ Allerdings können die Einzelstaaten insofern von dem Bundesrecht abweichende Regelungen erlassen, als sie eine strengere Überprüfung von Zusammenschlüssen vorsehen. In diesem Fall ist die Anwendung einzelstaatlichen Rechts nicht durch das normalerweise vorrangige Bundesrecht ausgeschlossen.⁶⁹⁴

690 *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-2. e.

691 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 807.

692 Anmerkung: Zur Frage der Anwendbarkeit des Bundesrechts siehe unter Nr. 3.3.1.1 (S. 218 ff.).

693 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 807.

694 *Exxon Corporation v. Governor of Maryland*, 437 U.S. 117, 98 S. Ct. 2207, 57 L. Ed. 2d 91 (1978); *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 20.1.; *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-2. e.

3.2 Krankenhauswettbewerb und Krankenhausfinanzierung im amerikanischen Gesundheitssystem

Da die amerikanische Zusammenschlusskontrolle – wie die deutsche Fusionskontrolle – in erster Linie die Sicherung des freien Wettbewerbs gewährleisten soll, haben das Ausmaß des Krankenhauswettbewerbs sowie die Krankenhausfinanzierung in den USA ebenfalls Auswirkungen auf die fusionsrechtliche Beurteilung von Krankenhauszusammenschlüssen. Je stärker der freie Wettbewerb durch die Vorschriften zur Krankenhausfinanzierung begrenzt wird, desto geringer ist die Bedeutung der Fusionskontrolle zum Schutz des Wettbewerbs. Deshalb soll nachfolgend – wie bereits bei der Darstellung der deutschen Zusammenschlusskontrolle – der amerikanische Krankenhauswettbewerb einschließlich des Finanzierungssystems dargestellt werden.

Die Krankenhausfinanzierung in den USA erfolgt im Wesentlichen durch drei Kostenträgersysteme, nämlich durch

- „Traditional Health Insurance“;
- so genannte „Managed Care Payers“;
- staatliche Krankenversicherungsprogramme („Medicare“ und „Medicaid“).⁶⁹⁵

Über diese drei nachfolgend erläuterten Finanzierungssysteme erhielten Krankenhäuser im Jahre 1993 ca. 36 % ihrer Einnahmen von privaten Versicherungen, 41 % von staatlichen Versicherungsprogrammen, 15 % über staatliche Zuschüsse,

⁶⁹⁵ Pföhler, Amerikas Finanzierungssystem, f & w 2000, S. 570; Anmerkung: Siehe im Übrigen die Tatbestandsermittlung in *United States v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp. 968, 972 (N.D. Iowa 1995).

5 % über Patienten unabhängige Quellen (z. B. Geschenkläden, Parkgebühren etc.) sowie 3 % durch direkte Patientenzahlungen.⁶⁹⁶

3.2.1 „Traditional Health Insurance“

Im Jahre 1995 deckten ca. 180 Millionen Amerikaner die Kosten ihrer medizinischen Versorgung über private Krankenversicherungen ab.⁶⁹⁷ Davon schlossen ca. 22 Prozent traditionelle private Krankenversicherungsverträge ab (so genannte „Traditional Health Insurance“ oder „Traditional Indemnity Insurance“).⁶⁹⁸ Die Krankenversicherungen werden in der Regel über den Arbeitgeber angeboten.⁶⁹⁹

Dieser verhandelt mit den verschiedenen Krankenversicherungen Rahmenverträge aus und übernimmt einen beträchtlichen Teil der Krankenversicherungskosten. Auf diese Weise agiert der Arbeitgeber als Agent für seine Arbeitnehmer, indem er für diese eine gewisse Anzahl von Krankenversicherungen auswählt. Der Arbeitnehmer kann sich dann für eine der von dem Arbeitgeber angebotenen Krankenversicherungen entscheiden. Dabei ist die Auswahl der Krankenversicherungen bei kleinen Unternehmen in der Regel geringer als bei Großunternehmen. In der Regel hat der Arbeitnehmer keine Einschränkungen bei der Arzt- und Krankenhauswahl. Soweit die Krankenversicherungen nur einen Teil der Kosten überneh-

⁶⁹⁶ *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, I. 2.

⁶⁹⁷ Hierzu und zum Folgenden *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, J. 1.

⁶⁹⁸ Anmerkung: Im Jahre 1980 betrug der Anteil der traditionellen privaten Krankenversicherung noch 90 % (*Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, J. 1.).

⁶⁹⁹ Hierzu und zum Folgenden *Greaney*, Hospital Mergers and Antitrust Law, American Journal of Law & Medicine, 1997, S. 203; *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, B. 1.

men, muss er den verbleibenden Teil der Kosten für die medizinische Versorgung selbst tragen.⁷⁰⁰

3.2.2 „Managed Care“

Ca. $\frac{3}{4}$ der privat versicherten Arbeitnehmer haben sich nicht für eine traditionelle Krankenversicherung entschlossen, sondern sind über das so genannte „Managed Care“-System versichert, das vorwiegend seit den 80iger Jahren des vergangenen Jahrhunderts zunehmende Verbreitung findet.⁷⁰¹ Es handelt sich dabei um eine Vereinbarung zur Übernahme von Krankenkosten, derzufolge eine Versicherungsgesellschaft für eine bestimmte Prämie ein definiertes Paket an Leistungen dem Versicherungsnehmer zur Verfügung stellt; diese Leistungen werden über ein Netzwerk von Anbietern (Ärzte, Krankenhäuser etc.) erbracht, welche ihrerseits mit der „Managed-Care“-Versicherungsgesellschaft Arbeits- oder Leistungsverträge abgeschlossen haben und ihre Leistungen aufgrund vorheriger Auswahl und unter Kontrolle der Versicherungsgesellschaft zur Verfügung stellen.⁷⁰²

Auch im Falle der Versicherung nach dem „Managed-Care“-System schließt in der Regel der Arbeitgeber einen Rahmenvertrag mit der „Managed-Care-Versicherung“ ab. Der Arbeitnehmer kann dann wiederum zwischen den verschiedenen Managed-Care-Versicherungen auswählen, mit denen der Arbeitgeber Rahmenverträge vereinbart hat.

⁷⁰⁰ United States v. Mercy Health Services, 902 F. Supp. 968, 972 (N.D. Iowa 1995).

⁷⁰¹ Zu den Einzelheiten siehe *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, J. 3. sowie J. 1.

⁷⁰² *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, J. 3. a.

Die wesentlichen Subtypen des „Managed-Care-Systems“ sind die so genannten „health maintenance organizations“ (HMO) sowie die „preferred-provider-organizations“ (PPO).⁷⁰³

HMOs können zwei Aufgaben erfüllen:

Zum einen sind sie Krankenversicherungen, zum anderen sind sie mitunter selbst Leistungserbringer für Gesundheitsdienstleistungen.⁷⁰⁴

Gegen eine feste Prämie bieten sie umfassende Deckung für alle Kosten im Bereich des Gesundheitssektors.⁷⁰⁵ Die Versicherten sind aber verpflichtet, nur die Leistungserbringer zu konsultieren, mit denen die HMOs Leistungserbringungsverträge abgeschlossen haben; anderenfalls haben sie keinen oder nur eingeschränkten Versicherungsschutz. Die Leistungserbringer erhalten ihrerseits das Entgelt für die Bereitstellung ihrer Gesundheitsdienstleistung aufgrund einer monatlichen Pro-Kopf-Pauschale für jeden Versicherten einschließlich deren Familien.⁷⁰⁶

Darüber hinaus können die HMOs die Versicherungsleistungen auch über eigene Krankenhäuser erbringen.

Demgegenüber führen PPOs in der Regel keine eigenen Kliniken, sondern vereinbaren Preisnachlässe mit bestimmten Krankenhäusern oder Ärzten und empfehlen ihren Versicherungsnehmern, nur diese ausgewählten Leistungserbringer zu konsultieren.⁷⁰⁷ Allerdings sind die Versicherten nicht auf diese ausgewählten Kliniken oder Ärzte beschränkt. Sie können die Behandlungen auch bei anderen

⁷⁰³ *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, J. 3. a.

⁷⁰⁴ *Furrow und andere*, Health Law, 2. Auflage (verkürzte Fassung), § 9-10.

⁷⁰⁵ Hierzu und zum Folgenden *United States v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp. 968, 972 (N.D. Iowa 1995).

⁷⁰⁶ Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, 1. Auflage, § 11-11; *Furrow und andere*, Health Law, 2. Auflage (verkürzte Fassung), § 9-10. a.

⁷⁰⁷ *United States v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp. 968, 972 (N.D. Iowa 1995).

Gesundheitsdienstleistern durchführen lassen, müssen dann aber unter Umständen einen Teil der Behandlungskosten selbst tragen.⁷⁰⁸ Die Bezahlung der Kliniken erfolgt in der Regel auf der Grundlage der Summe der erbrachten Einzelleistungen.

Die Anzahl der Krankenhausbetten ist seit Einführung des „Managed-Care-Systems“ in signifikantem Umfang gesunken. Gab es 1983 noch über eine Million Krankenhausbetten, so waren es Anfang der 90iger Jahre bereits unter 900.000.⁷⁰⁹ Dies spiegelt den deutlich gestiegenen Wettbewerbsdruck wieder, unter dem die Krankenhäuser seit den 80iger Jahren stehen.⁷¹⁰

3.2.3 Staatliche Krankenhauskostenfinanzierungsprogramme

Die staatlichen Programme zur Finanzierung der Kosten für die stationäre Behandlung gliedern sich in die so genannten „Medicare“ und „Medicaid“-Programme.

Zu dem ca. 1965 eingeführten Medicare-Programm gehört u. a. eine Versicherung der Krankenhauskosten für Senioren. Sie wird finanziert über Sozialversicherungsabgaben sowie Steuereinnahmen und schließt – neben einigen anderen Gruppen – alle Senioren ein, die über 65 Jahre alt sind und mindestens 10 Jahre Sozialversicherungsabgaben gezahlt haben.⁷¹¹ Zu einem gewissen Teil muss der Patient die Kosten selbst tragen.

⁷⁰⁸ *Furrow und andere*, Health Law, 1. Auflage, § 11-12; *Furrow und andere*, Health Law, 2. Auflage (verkürzte Fassung), § 9-11.

⁷⁰⁹ *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, J. 4. a.

⁷¹⁰ Anmerkung: Zu den in den letzten Jahren aufgekommenen Akzeptanzproblemen des „Managed-Care-Systems“ in der Bevölkerung aufgrund der mitunter erheblich eingeschränkten Arztwahl und Versorgung siehe *Pföhler*, Amerikas Finanzierungssystem, f & w 2000, S. 570, sowie *Meurer*, Amerika setzt im Gesundheitswesen stärker auf den Staat, f & w 2000, S. 568 f.

⁷¹¹ Zu den Einzelheiten siehe *Rosenblatt/Law/Rosenbaum*, Law and the American Health Care System, Kapitel 2, G. 2.

Aufgrund beträchtlicher Kostensteigerungen bis Anfang der 80iger Jahre wurde im Oktober 1983 für das Medicare-Programm eine Fallpauschalen-Kostenerstattung (DRG) mit den Krankenhäusern eingeführt, so dass die vormals retrospektive Abrechnung durch ein prospektives Finanzierungssystem ersetzt wurde.⁷¹²

Medicaid ist demgegenüber ein bundes- und einzelstaatliches Finanzierungsprogramm der Gesundheitsversorgungskosten von sozial schwachen Mitbürgern.⁷¹³

Daneben werden außerordentliche Krankheitskosten in Notfällen sowie die Kosten für sozial schwache Kinder und Schwangere übernommen. Die Finanzierung erfolgt zum überwiegenden Teil aus bundesstaatlichen Mittel, während die Einzelstaaten den geringeren Teil beisteuern.

Sowohl für Medicaid- als auch für Medicare-Patienten können der Bundesstaat bzw. der jeweilige Einzelstaat den Krankenhäusern in gewissem Umfang die Erstattungsbeträge vorgeben.⁷¹⁴

3.2.4 Ebenen des Krankenhauswettbewerbs

Grundsätzlich gibt es zwei Ebenen des Wettbewerbs im amerikanischen Krankenhaussystem:

- Der Wettbewerb der Krankenversicherungspläne, bestimmte Krankenhäuser in ihr Programm aufzunehmen;
- der Wettbewerb der Krankenhäuser um Patienten.⁷¹⁵

⁷¹² *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 11-10.; zu den Einzelheiten der DRG-Abrechnung siehe *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 11-11 bis § 11-15.

⁷¹³ Hierzu sowie zu den Einzelheiten des Medicaid-Programms *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 12-1 bis § 12-9.

⁷¹⁴ *United States v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp. 968, 974 (N.D. Iowa 1995).

Dieser Wettbewerb kann weiter differenziert werden in einen preislichen Wettbewerb und einen nicht-preislichen Wettbewerb. Letzterer bezieht sich vorwiegend auf Reputation, Service und Qualität der medizinischen Einrichtungen und Leistungen;⁷¹⁶ er betrifft sämtliche Patienten.

Der preisliche Wettbewerb ist dagegen in erster Linie durch die Einführung des Managed Care-Systems entstanden.⁷¹⁷ Die Managed-Care-Versicherungsunternehmen handeln mit den Krankenhäusern möglichst niedrige Preise aus und dirigieren möglichst viele Patienten zu den vertragsgebundenen Krankenhäusern. Dies geschieht u. a. dadurch, dass ihre Versicherten beträchtliche Zuzahlungen leisten müssen, wenn sie nicht vertragsgebundene Kliniken aufsuchen. Managed-Care-Versicherte müssen also neben der Reputation und Qualität eines Krankenhauses zusätzlich berücksichtigen, in welchem Umfang sie unter Umständen Zuzahlungen leisten müssen, falls das Krankenhaus kein Managed-Care-Vertragspartner ist.

Dagegen sind Patienten, deren Krankenhauskosten über traditionelle private Krankenversicherungen, Medicare oder Medicaid abgedeckt sind, deutlich weniger preisbewusst.⁷¹⁸ Bei Medicare- oder Medicaid-Patienten werden die Erstattungsbeträge für Krankenkosten durch den Staat vorgegeben und liegen oftmals unter den tatsächlichen Kosten. Dies zwingt die Krankenhäuser, die Fehlbeträge durch die Behandlung von Nicht-Medicaid- bzw. Nicht-Medicare-Patienten auszuglei-

715 *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55.b; ähnlich in *Hospital Corporation of America*, 106 F.T.C. 361 (1985), abgedruckt in *Furrow und andere*, Health Law – Cases, Materials and Problems, Kapitel 15, D. 1. (S. 1094, 1098), wo als weitere Ebene der Wettbewerb um Patienten überweisende Ärzte genannt wird.

716 *United States v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp. 968, 973 (N.D. Iowa 1995).

717 Hierzu und zum Folgenden *United States v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp. 968, 974 (N.D. Iowa 1995).

718 Hierzu und zum Folgenden *United States v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp. 968, 974 (N.D. Iowa 1995).

chen; dementsprechend liegen die Krankenhausgebühren bei Managed-Care-Patienten über denen der Medicaid- sowie Medicare-Patienten.

3.2.5 Ergebnis

Insgesamt ist der Krankenhausmarkt durch die Preisvorgaben bei den staatlichen Krankenversicherungsprogrammen nicht völlig frei von gesetzlicher Reglementierung. Doch beträgt der Anteil der Krankenhauseinnahmen mit staatliche Preisvorgaben – also über die Medicare- bzw. Medicaid-Programme – nur ca. 40 % (im Jahre 1993).⁷¹⁹ Deshalb ist der Einfluss der Wettbewerbsreglementierung als nicht sehr ausgeprägt zu bezeichnen.

⁷¹⁹ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 3.2 (S. 210 f.).

3.3 Kontrolle von Krankenhausfusionen gemäß § 7 Clayton Act einschließlich der Verfahrens- und Sanktionsvorschriften

Auf der Grundlage des vorstehend dargestellten Krankenhausfinanzierungs- und Wettbewerbssystems sollen nachfolgend die speziellen fusionsrechtlichen Probleme bei Krankenhausfusionen erörtert werden, die sich bei der Anwendung des amerikanischen Wettbewerbsrechts ergeben. Unter weitgehender Verwendung des im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle verwendeten Prüfungsschemas werden die formell- und materiellrechtlichen Besonderheiten dargestellt. Zwar wird im Allgemeinen in der Literatur zur amerikanischen Fusionskontrolle nicht zwischen formeller und materieller Zusammenschlusskontrolle unterschieden. Im Rahmen des Rechtsvergleichs mit der deutschen Fusionskontrolle soll hier aber eine entsprechende Unterscheidung vorgenommen werden.

3.3.1 Formelle Fusionskontrolle

Im Rahmen der formellen Fusionskontrolle kann – wie im deutschen Recht – zwischen der Prüfung des räumlichen und des sachlichen Geltungsbereichs unterschieden werden.

3.3.1.1 Räumlicher Geltungsbereich

Das bundesstaatliche Antitrust-Recht ist in seinem räumlichen Geltungsbereich dadurch begrenzt, dass der Kongress aufgrund der „commerce clause“ der Bundesverfassung der USA lediglich den Handel zwischen den Einzelstaaten regeln kann, nicht aber den Handel innerhalb eines Einzelstaates.⁷²⁰ Dementsprechend bestimmt § 7 Clayton Act, dass die am Zusammenschluss beteiligten Parteien

⁷²⁰

Vgl. Article I, § 8 Constitution of the United States, abgedruckt in *Lockhart*, Constitutional Law, Appendix B; *Gellhorn*, Antitrust Law, Kapitel 2. E; ausführlich *Lockhart*, Constitutional Law, Kapitel 2, § 1); vgl. auch *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, Kapitel I. B. 2., zu dem in gleicher Weise anzuwendenden Sherman Act; *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, Kapitel 17.4.

entweder im zwischenstaatlichen Handel [„engaged in (interstate) commerce“] tätig sein müssen oder ihre Tätigkeit Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben muss [„in any activity affecting (interstate) commerce“].⁷²¹ Allerdings werden keine hohen Anforderungen an die Prüfung der Zwischenstaatlichkeit des Handels gestellt, so dass nicht das Ausmaß der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den zwischenstaatlichen Handel von Bedeutung ist, sondern allein die Tatsache, dass Auswirkungen bestehen bzw. zu erwarten sind.⁷²²

Die wettbewerbsbeschränkenden Effekte müssen somit nicht zwingend substantiell sein, sondern lediglich mehr als minimal („de minimis“).⁷²³ Diese Kriterien finden sowohl bei der Anwendung des Sherman Act als auch des Clayton Act sowie des Federal Trade Commission Act Anwendung.⁷²⁴

Darüber hinaus können die amerikanischen Antitrust-Regeln auch Wirkung außerhalb der USA entfalten, wenn sich die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme in erheblicher und vorhersehbarer Weise auf den inneramerikanischen Handel auswirkt und die amerikanischen Interessen gegenüber den ausländischen überwiegen.⁷²⁵

Die Frage der Anwendbarkeit der bundesstaatlichen Antitrust-Gesetze, insbesondere des § 7 Clayton Act, stellt sich auch bei Fusionen von Krankenhäusern. Vor

721 *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, Kapitel 21.1b.

722 *Mandaville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219, 68 S.Ct. 996, 92 L.Ed. 1328; rehearing denied, 334 U.S. 835, 68 S.Ct. 1343 (1948); *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469, 60 S.Ct. 982 (1940); *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 21.1a.

723 *Brown Shoe Cooperation v. United States*, 370 U.S. 294, 82 S. Ct. 1502, 8 L.Ed.2d 510 (1962); *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 21.1a; ausführlich auch *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, Kapitel I. B. 2.

724 *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 21.1b; *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, Kapitel 17.4.

725 *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XII. (S. 273 f.); *Gellhorn*, Antitrust Law, Kapitel 2. E.; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 21.2; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 142.

allem, wenn die beteiligten Krankenhäuser innerhalb eines Staates oder sogar innerhalb einer Stadt gelegen sind, kann zweifelhaft sein, ob „interstate commerce“ betroffen sein kann. Allerdings erhalten die meisten Krankenhäuser Zahlungen von außerhalb des betroffenen Bundesstaates ansässigen Versicherungen, beziehen ihrerseits Krankenhausausstattungsgegenstände von zwischenstaatlichen Quellen und behandeln auch Patienten anderer Bundesstaaten, so dass der „affecting (interstate) commerce test“ bei Krankenhauszusammenschlüssen regelmäßig erfüllt ist.⁷²⁶ Damit ist der sachliche Geltungsbereich des bundesstaatlichen Antitrust-Rechts bei Krankenhausfusionen grundsätzlich eröffnet, so dass in diesen Fällen Bundesrecht – und damit insbesondere § 7 Clayton Act – Anwendung finden kann.

3.3.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich der Fusionskontrolle beschreibt den Umfang der von den relevanten Normen des amerikanischen Antitrust-Rechts geregelten Sachverhalte.

3.3.1.2.1 Grundlagen der Bestimmung des sachlichen Geltungsbereichs

Um den generellen Umfang der sachlichen Anwendbarkeit des Fusionskontrollrechts zu bestimmen, bedarf es zunächst der Ermittlung der Adressaten der Antitrust-Vorschriften.

Weder § 7 Clayton Act noch der Sherman Act schränken den Kreis der von der Fusionskontrolle Betroffenen wesentlich ein. Beide Vorschriften verwenden den generalklauselartigen Begriff „person“ als Adressat des Verbots der jeweiligen wettbewerbswidrigen Tätigkeiten. Dieser Begriff umfasst alle (inländischen) natürlichen Personen, Kapital- oder Personengesellschaften, die sämtlich der Fusions-

⁷²⁶ Hospital Building Co. v. Trustees of the Rex Hospital, 425 U.S. 738, 96 S.Ct. 1848, 48 L. Ed. 2d 328 (1976); *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-49.

kontrolle unterworfen sein sollen.⁷²⁷ Gleiches gilt für § 5 des Federal Trade Commission Act.

Zwischen verschiedenen Zusammenschluss“tatbeständen“ wird in § 7 Clayton Act nicht weiter unterschieden. Vielmehr wird allgemein der Erwerb von Anteilen oder Wirtschaftsgütern einer anderen wirtschaftlich tätigen „person“ verboten, „bei denen der Effekt einer solchen Transaktion in irgendeinem Wirtschaftszweig oder in irgendeiner den Handel betreffenden Aktivität des Landes die nicht unbeachtliche Minderung von Wettbewerb wäre oder die Tendenz zur Schaffung eines Monopols beinhalten würde“.⁷²⁸ Es kommt auch nicht darauf an, ob der Erwerber das zu übernehmende Unternehmen direkt oder indirekt (über eine Tochtergesellschaft) kontrolliert; desgleichen ist die Höhe des erworbenen (Aktien-, Stimmrechts- oder Vermögens) Anteils an einem übernommenen Unternehmen unerheblich.⁷²⁹ Maßgeblich ist allein die potentiell wettbewerbsbeeinträchtigende Erhöhung der Marktmacht, und zwar durch Erwerb von Anteilen oder Vermögenswerten etc., der Kontrolle vermittelt.⁷³⁰ Dagegen unterfällt die wechselseitige Beeinflussung von Wettbewerbern durch gemeinsame Vorstandsmitglieder nicht der Zusammenschlusskontrolle, sondern wird von Art. 8 des Clayton Act verboten.⁷³¹

Eine Unterscheidung zwischen Zusammenschluss“dimensionen“ (horizontale, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse) ist lediglich in den Merger Guideli-

⁷²⁷ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 857; vgl. auch § 801.1 „Definitions“, Buchstabe (a), der Hart-Scott-Rodino Pre-merger Notification Rules, abgedruckt in *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 160.

⁷²⁸ *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 85.

⁷²⁹ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 858.

⁷³⁰ *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, Kapitel 9.1a.

⁷³¹ Siehe hierzu *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, G; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.11.

nes 1984 und 1992 vorgesehen, wobei diese aber Prüfungsgegenstand im Rahmen der materiellen Fusionskontrolle sind.⁷³²

Des Weiteren findet die US-Fusionskontrolle unabhängig von dem Erreichen bestimmter Schwellenwerte (Umsätze, Vermögen etc.) Anwendung.⁷³³ Lediglich das Anmeldeerfordernis ist vermögens- und umsatzabhängig⁷³⁴, doch können u. a. die mit der Durchsetzung der Fusionskontrolle betrauten Behörden auch unabhängig von der Anmeldung gegen geplante oder vollzogene Zusammenschlüsse von Amts wegen vorgehen.⁷³⁵

3.3.1.2.2 Sachlicher Geltungsbereich bei Krankenhausfusionen

Die Frage der Anwendbarkeit des amerikanischen Antitrust-Rechts auf Krankenhausfusionen wird vor allem unter drei Aspekten diskutiert:

- Anwendbarkeit des Antitrust-Rechts auf freie Berufe („learned professions“);
- Anwendbarkeit des Antitrust-Rechts bei so genannten „virtual hospital mergers“;
- Anwendbarkeit des Antitrust-Rechts bei so genannten „not-for-profit-hospital-mergers“.

⁷³² Anmerkung: Siehe unter Nr. 3.3.2.3.1 (S. 247 ff.).

⁷³³ *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2.

⁷³⁴ Vgl. § 7 A Clayton Act (eingefügt durch den Hart-Scott-Rodino-Antitrust Improvements Act), 15 U.S. C. §18 a; siehe ferner unter Nr. 3.3.3.2 (S. 276 ff.).

⁷³⁵ *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI., Nr. 2.

3.3.1.2.2.1 Anwendbarkeit des Antitrust-Rechts auf freie Berufe

Ob das amerikanische Antitrust-Recht auch auf den Gesundheitssektor anwendbar ist, war zunächst zweifelhaft. Lange Zeit galt dieser Bereich als von den Antitrust-Regeln ausgenommen, weil im Gesundheitsbereich Angehörige der freien Berufe („learned professions“) tätig sind, die nicht dem Handel („commerce“) bzw. dem Wirtschaftssektor im Sinne des Antitrust-Rechts zugeordnet wurden.⁷³⁶ Der Supreme Court trat dieser Auffassung in der Entscheidung *Goldfarb v. Virginia State Bar*⁷³⁷ entgegen und ließ die Anwendung des Antitrust-Rechts auch auf die freien Berufe zu. Inzwischen ist anerkannt, dass die freien Berufe in fusionsrechtlicher Hinsicht mit dem Handel bzw. dem Wirtschaftssektor zumindest vergleichbar sind.⁷³⁸ Dementsprechend sehen die amerikanischen Kartellbehörden und Gerichte zwischen Krankenhausfusionen und anderen Fusionen keinen prinzipiellen Unterschied mehr, so dass die Fusionskontrollvorschriften generelle Anwendung finden.⁷³⁹

3.3.1.2.2.2 Anwendbarkeit des Antitrust-Rechts bei „Not-For-Profit-Hospital-Mergers“

Des Weiteren ist die Anwendung des § 7 Clayton Act fraglich bei Zusammenschlüssen von so genannten „not-for-profit-hospitals“.⁷⁴⁰

⁷³⁶ *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 3 f.

⁷³⁷ *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773, 95 S. Ct. 2004, 44 L. Ed. 2d 572 (1975); für den Gesundheitssektor z. B. *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 102 S. Ct. 2466, 73 L. Ed. 2d 48 (1982).

⁷³⁸ *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 4.

⁷³⁹ *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-1.; *Furrow und andere*, Health Law, 2. Auflage, § 14-49.

⁷⁴⁰ *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 40 ff.; *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-50; *Brennan/Cuomo*, The „Nonprofit Defense“, Antitrust 1999, S. 13, 17.

Ursache hierfür ist der Hinweis in § 7 Clayton Act auf die „Jurisdiction of the Federal Trade Commission“ als Voraussetzung für die Anwendung der Fusionskontrolle. Fasst man diesen Hinweis als Verweisung auf den Federal Trade Commission Act auf, dann könnte § 7 Clayton Act auf nicht profitorientierte Krankenhäuser unanwendbar sein, denn nach § 4 Federal Trade Commission Act ist dieses Gesetz nicht anzuwenden auf „nonprofit corporations“; dies würde dann dazu führen, dass derartige Fusionen gemäß § 1 Sherman Act zu überprüfen wären, der auf alle Akquisitionen, auch von oder mit Not-For-Profit-Krankenhäusern, Anwendung findet.⁷⁴¹

Die Mehrzahl der Gerichtsentscheidungen sowie die Federal Trade Commission legen jedoch die Formulierung „persons subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission“ in § 7 Clayton Act nicht als einen derartigen Verweis aus.⁷⁴²

Diese Auslegung wird vor allem auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 7 Clayton Act gestützt.⁷⁴³

So hat der Gesetzgeber „nonprofit corporations“ von der Fusionskontrolle gemäß § 7 Clayton Act nicht ausdrücklich ausgenommen.

Darüber hinaus ist zunächst eine Bezugsnorm innerhalb desselben Gesetzes zu suchen, ehe auf andere Rechtsquellen Bezug genommen wird.⁷⁴⁴ So ist der Verweis des § 7 Clayton Act auf den Federal Trade Commission Act einschließlich dessen § 4 schon deshalb nicht nahe liegend, weil letzterer bestimmte Arten wettbewerbswidrigen Verhaltens verbietet und damit eine ganz andere Rechtsmaterie betrifft als der die Zusammenschlusskontrolle regelnde Clayton Act.⁷⁴⁵

⁷⁴¹ So z. B. *United States v. Carilion Health System*, 707 F. Supp. 840, 841 (W.D. Va.), zitiert nach *Brennan/Cuomo*, *The „Nonprofit Defense“*, Antitrust 1999, S. 13, 15.

⁷⁴² *Brennan/Cuomo*, *The „Nonprofit Defense“*, Antitrust 1999, S. 13, 17, mit weiteren Nachweisen; *United States v. Rockford Memorial Corporation*, 898 F.2d, 1278, 1280 f.; *FTC v. University Health, Incorporation*, 938 F.2d, 1206, 1214 f.

⁷⁴³ Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, *Health Law*, Band 2, § 14-50.

⁷⁴⁴ Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, *Health Law*, Band 2, § 14-50.

⁷⁴⁵ *FTC v. University Health, Incorporation*, 938 F.2d, 1206, 1214 ff.

Vielmehr bezieht sich § 7 Clayton Act allein auf § 11 Clayton Act, der der Federal Trade Commission eine umfassende Befugnis zur Durchsetzung des Clayton Act verleiht.⁷⁴⁶ Gerade diese umfassende Kompetenzerweiterung hat der Gesetzgeber mit der Änderung der §§ 7 und 11 Clayton Act im Jahre 1950 bezweckt.

Demzufolge wird die Kontrollbefugnis der Federal Trade Commission auf der Grundlage des § 7 Clayton Act nicht durch § 4 Federal Trade Commission Act eingeschränkt, so dass auch „Not-For-Profit“-Krankenhäuser der Zusammenschlusskontrolle gemäß § 7 Clayton Act unterliegen.

3.3.1.2.2.3 Anwendbarkeit des Antitrust-Rechts bei so genannten „Virtual Hospital Mergers“

Problematisch ist schließlich die Anwendung des § 7 Clayton Act auf Vereinbarungen zwischen Krankenhäusern, die nicht zu einer vollständigen rechtlichen Verschmelzung der beteiligten Unternehmen bzw. vollständigen Übernahme führen (so genannte „virtual mergers“).⁷⁴⁷ Hierunter fallen z. B. strategische Allianzen oder auch die Schaffung von gemeinsamen Organisationsstrukturen ohne rechtliche Verschmelzung. Entsprechende Regelungen werden häufig bei religiös geführten Krankenhäusern getroffen, die ihre Eigenständigkeit nicht aufgeben wollen.⁷⁴⁸

Fraglich ist, ob diese Vereinbarungen die Bewertung der beteiligten Krankenhäuser als eine kartellrechtliche Einheit zulassen. Anderenfalls fände § 7 Clayton Act keine Anwendung, so dass das gemeinsame Handeln der selbständigen Krankenhäuser lediglich einen Verstoß gegen § 1 Sherman Act darstellen könnte. Dieser

⁷⁴⁶ Anmerkung: Ausgenommen hiervon sind lediglich spezielle Kompetenzen, die durch § 11 Clayton Act auf andere Behörden übertragen wurden, aber nicht die Überprüfung von Zusammenschlüssen gemeinnütziger Krankenhäuser betreffen; vgl. *FTC v. University Health, Incorporation*, 938 F.2d, 1206, 1214 ff.

⁷⁴⁷ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-52.

⁷⁴⁸ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-52.

setzt aber voraus, dass den Unternehmen wettbewerbschädigendes Verhalten nachgewiesen wird, mit der Folge, dass entsprechende Vereinbarungen unwirksam sind und sogar strafrechtlich verfolgt werden können.⁷⁴⁹ Verstöße gegen den Clayton Act führen ebenfalls zur Unwirksamkeit der Zusammenschlüsse, haben aber nur schadensersatzrechtliche, nicht dagegen strafrechtliche Konsequenzen.⁷⁵⁰

Die mit dieser Fallkonstellation am Besten vergleichbaren Gerichtsentscheidungen betrafen Vereinbarungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften.⁷⁵¹ So vertrat der US Supreme Court in der Grundsatzentscheidung *Copperweld Corporation v. Independence Tube Corporation* die Auffassung, dass das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften durch eine vollständige Einheit der Ziele und Interessen gekennzeichnet ist, sowie durch Kontrollbefugnisse der Muttergesellschaft zur Gewährleistung der Einhaltung der gemeinsamen Unternehmensziele. Unter diesen Umständen kann keine Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne des Sherman Act eintreten, da Mutter- und Tochtergesellschaften eine wettbewerbliche Einheit darstellten.

Wendet man diese Grundsätze auf die „virtual mergers“ bei Krankenhausfusionen an, so ist eine eingehende Überprüfung der Ziele der Vereinbarungen sowie der spezifischen Kontrollabreden zwischen den verbundenen Krankenhäuser erforderlich. Schlüsselindizien für das Fehlen einer wettbewerbliche Einheit sind z. B.

- eventuell verbleibende Vetorechte bei bestimmten Transaktionen;
- Möglichkeiten jedes Krankenhauses zur Besetzung des Vorstandes;

⁷⁴⁹ Vgl. unter Nr. 3.1.1.2 (Seite 200 f.).

⁷⁵⁰ Vgl. unter Nr. 3.1.1.3 (Seite 201 ff.).

⁷⁵¹ Hierzu und zum Folgenden *Copperweld Corporation v. Independence Tube Corporation*, 467 U.S. 752, 104 S. Ct. 2731, 81 L. Ed. 2d 628 (1984).

- individuelle Kontrollrechte der beteiligten Krankenhäuser bei strategischen Entscheidungen, Budgets und Vertragsschlüssen;
- ein Kündigungsrecht zur Beendigung der Allianz.⁷⁵²

Soweit entsprechende Indizien vorliegen, sind die Voraussetzungen für einen Kontrolle gewährenden Krankenhauszusammenschluss nicht gegeben, so dass § 7 Clayton Act keine Anwendung findet. Es bliebe lediglich die Möglichkeit, Absprachen zwischen den Krankenhäusern gemäß dem Sherman Act zu überprüfen.

3.3.2 Materielle Fusionskontrolle

Wie unter Nr. 3.1.1.5 dargestellt, wird die materielle Fusionskontrolle bei Unternehmenszusammenschlüssen vorwiegend auf der Grundlage des § 7 Clayton Act vorgenommen. Danach ist eine Fusion materiell rechtlich unzulässig, wenn sie auf dem relevanten Markt „zu einem erheblichen Nachlassen des Wettbewerbs oder zur Entstehung einer Monopolstellung führen kann“.⁷⁵³

Die materiellrechtliche Prüfung erfolgt dabei grundsätzlich in drei Schritten:⁷⁵⁴

- Ermittlung der Marktverhältnisse;
- Untersuchung der Folgen des Zusammenschlusses;
- gegebenenfalls Feststellung, ob bestimmte Umstände eine wettbewerbs-hemmende Fusion rechtfertigen.

⁷⁵² *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-52.

⁷⁵³ *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2.

⁷⁵⁴ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 860, 899 f., vgl. auch *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-54, der in vier Prüfungsschritte unterteilt, sowie *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 88, mit fünf Prüfungspunkten.

Im Falle der materiellen Prüfung von Krankenhausfusionen besteht allerdings eine Besonderheit. Die Kontrollbehörden haben spezielle Richtlinien formuliert, die „Statements of Department of Justice and Federal Trade Commission Enforcement Policy on Mergers among Hospitals“, wonach unter bestimmten Voraussetzungen eine eingehende materiellrechtliche Prüfung von Krankenhausfusionen unterbleiben kann („antitrust safety zone“).⁷⁵⁵ Deshalb soll nachfolgend zunächst diese „Safety-Zone-Regelung“ erläutert werden, bevor auf die vorstehend genannte dreistufige Prüfung der materiellen Fusionskontrolle eingegangen wird.

3.3.2.1 „Antitrust Safety Zone“ bei Krankenhauszusammenschlüssen

Gemäß den „Statements of Department of Justice and Federal Trade Commission Enforcement Policy on Mergers among Hospitals“ führen die Kontrollbehörden bei Zusammenschlüssen von allgemeinen Akutkrankenhäusern keine weitere fusionsrechtliche Überprüfung durch, wenn eines der Krankenhäuser weniger als 100 genehmigte Betten während der letzten 3 Jahre hatte und eine durchschnittliche Belegung in den letzten drei Jahren von weniger als 40 Patienten pro Tag erzielte.⁷⁵⁶ Dies gilt allerdings nur, soweit das betreffende Krankenhaus mindestens fünf Jahre besteht. Falls diese Voraussetzungen erfüllt sind, werden diese Zusammenschlüsse – außer im Falle des Hinzukommens nicht näher bezeichneter besonderer Umstände – als von vornherein unbedenklich angesehen; sie befinden sich somit innerhalb der „antitrust safety zone.“⁷⁵⁷

755 *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-57.

756 Siehe “Statements of Department of Justice and Federal Trade Commission Enforcement Policy on Mergers among Hospitals“, in “Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care“, Nr. 1, herausgegeben durch das U.S. Department of Justice und die Federal Trade Commission, August 1996, veröffentlicht u. a. unter der Internetadresse des DOJ: www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0000.htm.

757 *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-57; *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 84 f.

Offenbar sind die wettbewerblichen Auswirkungen einer Fusion mit einem derart kleinen Krankenhaus so gering, dass eine eingehende Überprüfung nach Ansicht der Kontrollbehörden entbehrlich ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn das „Unter-100-Betten-Krankenhaus“ das einzige Krankenhaus in dem relevanten Markt ist oder wenn Kosteneinsparungen durch den Zusammenschluss zu erwarten sind.⁷⁵⁸ Die Gerichte sind an diese Richtlinie der Kartellbehörden allerdings nicht gebunden, so dass eine gerichtliche Überprüfung von Zusammenschlüssen mit einem unter 100-Betten-Krankenhaus, z. B. auf Initiative eines Konkurrenten, auch dann gemäß § 7 Clayton Act möglich ist, wenn die Kartellbehörde eine Überprüfung für nicht erforderlich hält.

Die Zusammenschlüsse von Krankenhäusern, die außerhalb der „antitrust safety zone“ einzuordnen sind, bedürfen nach Ansicht der Kartellbehörden dagegen weiterer Prüfung auf der Grundlage der vorstehend unter Nr. 3.3.2 aufgezählten und nachfolgend eingehend darzustellenden drei Stufen.

3.3.2.2 Ermittlung der Marktverhältnisse

Die Ermittlung der Marktverhältnisse ist erforderlich, um die wettbewerblichen Folgen eines Zusammenschlusses abschätzen zu können.⁷⁵⁹ Wesentliches Hilfsmittel bei der Ermittlung der Marktverhältnisse sind die Merger Guidelines, wobei im Falle von horizontalen Zusammenschlüssen insbesondere die Merger Guidelines 1992 der FTC und des DOJ Anwendung finden.⁷⁶⁰ Deshalb wird nachfolgend die Analyse der Marktverhältnisse entsprechend der Vorgaben der Merger Guidelines

⁷⁵⁸ Siehe “Statements of Department of Justice and Federal Trade Commission Enforcement Policy on Mergers among Hospitals“ in “Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care, Nr. 1, herausgegeben durch das U.S. Department of Justice und die Federal Trade Commission, August 1996.

⁷⁵⁹ *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 73.

⁷⁶⁰ *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, Kapitel III, A. 3.; *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-54.

1992 dargestellt. Die Marktverhältnisse können danach anhand der folgenden dreistufigen Prüfung bestimmt werden:⁷⁶¹

- Abgrenzung des relevanten Marktes;
- Bestimmung der Marktanteile der beteiligten Unternehmen;
- Feststellung der Marktkonzentration.

3.3.2.2.1 Abgrenzung des relevanten Marktes

Der relevante Markt wird auch im amerikanischen Wettbewerbsrecht definiert als eine Gruppe austauschbarer Produkte in einem bestimmten räumlichen Gebiet.⁷⁶² Zur Durchführung der Marktabgrenzung wird untersucht, ob ein hypothetischer Anbieter eine zwar geringfügige, aber dennoch signifikante und nicht nur vorübergehende Anhebung des Preises („small but significant and not transitory increase in price“) durchsetzen könnte.⁷⁶³ Eine geringfügige, aber signifikante Preiserhöhung wird von der FTC und dem DOJ in der Regel bei einem Anstieg von 5 % für die überschaubare Zukunft bejaht.⁷⁶⁴

Bei der Ermittlung der Marktgrenzen wird sowohl der Umfang der untereinander austauschbaren Produktgruppen als auch das Gebiet, in dem die Produktgruppe angeboten wird, so weit ausgedehnt, bis ein hypothetischer Alleinanbieter dieser Produktgruppe eine Preiserhöhung im Markt durchsetzen kann.⁷⁶⁵ Soweit dies gerade eben möglich ist, beschreibt die hierzu gehörende Produktgruppe den

⁷⁶¹ Vgl. Nr. 1.1., 1.2., 1.3., 1.4. sowie 1.5. der Merger Guidelines 1992.

⁷⁶² Vgl. Nr. 1.0 Merger Guidelines 1992; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 863; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 74.

⁷⁶³ Vgl. Nr. 1.11 der Merger Guidelines 1992; grundlegend *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 3.3.

⁷⁶⁴ Vgl. Nr. 1.11 der Merger Guidelines 1992; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 865.

⁷⁶⁵ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 863.

sachlichen Produktmarkt und das Gebiet, in dem die Produktgruppe angeboten wird, den räumlichen Markt. Würde die Produktgruppe bzw. das Marktgebiet zu groß definiert, würde der Einfluss des in Rede stehenden Produkts überschätzt, während eine zu kleine Marktabgrenzung die Bedeutung des fraglichen Produkts als zu gering gewichten würde.⁷⁶⁶

3.3.2.2.1.1 Sachlich relevanter Markt

Der sachlich relevante Markt schließt die Produkte der beteiligten Unternehmen sowie alle substantiell akzeptablen Ersatzprodukte ein. Der Umfang des sachlichen Produktmarktes wird also von der Bandbreite der Produkte bestimmt, die aus der Sicht des Verbrauchers hinsichtlich des Gebrauchs als austauschbar angesehen werden („reasonable interchangeability of use“).⁷⁶⁷ Bei der Ermittlung der Produktaustauschbarkeit kann weiterhin die Kreuzelastizität der Produktnachfrage („cross-elasticity of demand“) von Bedeutung sein, die das Ausmaß des Ausweichverhaltens der Nachfrager auf andere Produkte im Falle von Preiserhöhungen beschreibt.⁷⁶⁸ Die Kriterien, die insoweit von Bedeutung sind, beinhalten die physikalischen Eigenschaften des Produkts, Ausführung und Qualität, Preis, Verfügbarkeit sowie dessen Zustand.⁷⁶⁹

Zusammengefasst stellt der sachliche Produktmarkt die Definition einer Waren-/Dienstleistungsgruppe dar, bei welchen die Anbieter aufgrund der Ähnlichkeit der

⁷⁶⁶ Gellhorn, Antitrust Law, Kapitel 4. A. 1.

⁷⁶⁷ Elsing/Van Alstine, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 813; Aspen Health Law Center, Health Care Antitrust, S. 17; American Bar Association Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, Kapitel VI, B. 1.

⁷⁶⁸ Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, § 3.4a; Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein, Ausland-USA, Rdnr. 74.

⁷⁶⁹ American Bar Association Section of Antitrust Law, Antitrust Developments, Kapitel, VI, B. 2.; Gellhorn, Antitrust Law, Kapitel 4 A.

Produkte die Möglichkeit haben, tatsächlich oder potentiell um Kunden zu konkurrieren.⁷⁷⁰

In einem Krankenhaus werden unterschiedliche Leistungen angeboten wie z. B. Intensivpflege, Allgemein Chirurgie, Gefäßchirurgie, Röntgen- o. MRT-Diagnostik etc. Die strikte Anwendung der vorgenannten Abgrenzungskriterien zur Ermittlung des sachlich relevanten Marktes könnte dazu führen, dass für jede dieser unterschiedlichen medizinischen Leistungen ein eigener sachlich relevanter Markt zu definieren wäre.

In der Literatur zum amerikanischen Krankenhauswettbewerbsrecht sowie in der Rechtsprechung wird dagegen die Auffassung vertreten, dass im Krankenhausalltag bei einem stationären Patientenaufenthalt in der Regel nicht jeweils eine einzige dieser Krankenhausleistungen nachgefragt wird, sondern dass der Patient ein ganzes „Bündel“ medizinischer Dienstleistungen in Anspruch nimmt; Beispiel wäre ein chirurgischer Patient, der 24-Stunden-Versorgung durch das Pflegepersonal, Laborleistungen, Diagnostik, Benutzung chirurgischer Einrichtungen etc. benötigt.⁷⁷¹ Aus diesem Grund wird es als realistischer angesehen, die verschiedenen Krankenhausleistungen bei der Abgrenzung des sachlichen Marktes in „Pakete“ zusammenzufassen. Dies entspricht auch der Verhandlungspraxis z. B. der Managed-Care-Versicherungen, die mit den Krankenhäusern ebenfalls über eine Bandbreite von Dienstleistungen verhandeln.⁷⁷²

Um diesen Besonderheiten – insbesondere im Krankenhaus- oder Bankenbereich – gerecht zu werden, sind im amerikanischen Wettbewerbsrecht so genannte „cluster markets“ definiert worden, die ein ganzes Spektrum von Leistungen umfassen und Produkte bzw. Dienstleistungen beinhalten, die untereinander nicht

⁷⁷⁰ *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel VI, B.; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 74.

⁷⁷¹ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55 a., m. w. N.; a. A. *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 17.

⁷⁷² *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55 a.

konkurrieren.⁷⁷³ Voraussetzung ist aber, dass die an der Fusion beteiligten Krankenhäuser einen gemeinsamen „Kern“ von Krankenhausdienstleistungen für stationäre Patienten anbieten.⁷⁷⁴ Ist dies nicht der Fall, sind die betroffenen Krankenhäuser auf unterschiedlichen sachlichen Märkten tätig. Darüber hinaus können Bestandteile eines „clusters“ in Einzelfällen fusionsrechtlich gesondert zu betrachten sein. So wurde ein Zusammenschluss zwischen einem Akutkrankenhaus und einer Spezialklinik untersagt, die ambulante chirurgische Operationen durchführte.⁷⁷⁵

Als „cluster market“ ist z. B. die Akutversorgung für stationäre Patienten bei Fusionen von Akutkrankenhäusern durch die Gerichte anerkannt.⁷⁷⁶ Auch grenzten die Gerichte verschiedene Märkte für stationäre Primärversorgung und allgemeine stationäre Akutversorgung ab.⁷⁷⁷ Desgleichen blieben besondere Einrichtungen mit einem eingeschränkten Leistungsspektrum bei der stationärerer Versorgung (z. B. Reha-Einrichtungen oder psychiatrische Krankenhäuser) im Rahmen der Marktabgrenzung der stationären Akutversorgung unberücksichtigt.⁷⁷⁸ Die Leistungen dieser Spezialkliniken werden auch von den Krankenversicherern bei den Verhandlungen ausgeklammert und separat behandelt.

⁷⁷³ Vgl. *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 83 S. Ct. 1715, 10 L. Ed. 2d 915 (1963); *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, Kapitel VI, B. 4. und 5.; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 3.3b.

⁷⁷⁴ Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55 a.

⁷⁷⁵ *Santa Cruz Medical Clinic v. Dominican Santa Cruz Hosp.*, 1995-2 Trade Cas. (CCH) 71, 254, 1995 WL 853037 (N.D. Cal. 1995) (zitiert nach *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55 a.)

⁷⁷⁶ *United States v. Rockford Memorial Corporation*, 717 F. Supp. 1251, 1260 f. (N.D. Ill. 1989); hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55 a.; a. A. *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 17 f.

⁷⁷⁷ *U.S. v. Long Island Jewish Medical Center*, 983 F. Supp. 121 (E.D.N.Y. 1997) (zitiert nach *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55 a., Fußnote 8.).

⁷⁷⁸ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55 a.

Auf der anderen Seite kann bei einer Fusion zwischen Spezialkliniken untereinander (bzw. zwischen einem Akutkrankenhaus und einer Spezialklinik) die Marktdefinition auch Akutkrankenhäuser beinhalten, wenn die Leistungen der Spezialkliniken auch dort angeboten werden, es sei denn, es kann nachgewiesen werden, dass die Akutkrankenhäuser nicht als Substitute angesehen werden.⁷⁷⁹

Im Ergebnis ist also zu untersuchen, welches Bündel an Krankenhausdienstleistungen bei allen beteiligten Fusionspartnern angeboten wird; der Umfang dieser gemeinsamen Krankenhausleistungen ist dann der relevante sachliche Markt.

3.3.2.2.1.2 Räumlich relevanter Markt

Der Supreme Court der USA definiert den geographischen Markt als das Gebiet mit effektivem Wettbewerb, in dem der Verkäufer eines Produkts tätig ist und in dem der Käufer das Produkt nachfragt.⁷⁸⁰

Bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes ist somit von dem Ort der Verkaufstätigkeit jedes der beteiligten Unternehmens auszugehen.⁷⁸¹ Sodann muss untersucht werden, welchen Einfluss eine geringfügige, aber signifikante Preiserhöhung durch einen fiktiven Monopolisten auf das Verhalten der Abnehmer hätte.⁷⁸² Würden die Abnehmer auf Anbieter außerhalb des definierten geographischen Marktes ausweichen, ist dieser zu klein bemessen.⁷⁸³ Er ist so weit auszudehnen, bis ein fiktiver Monopolist entsprechende Preiserhöhungen auf dem

779 *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55 a.

780 *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 83 S. Ct. 1715, 10 L. Ed. 2d 915 (1963).

781 Hierzu und zum Folgenden Nr. 1.2 Merger Guidelines 1992.

782 *Brown Shoe Cooperation v. United States*, 370 U.S. 294, 82 S. Ct. 1502, 8 L. Ed. 2d 510 (1961); *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 867.

783 Vgl. 1.21 Merger Guidelines 1992.

räumlichen Markt gerade noch durchsetzen könnte.⁷⁸⁴ Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob potentielle Wettbewerber (eventuell aus Drittländern) bei einer unterstellten hinreichenden Preiserhöhung in den räumlich relevanten Markt einsteigen würden.⁷⁸⁵ In diesem Fall, wären sie in den geographischen Markt einzubeziehen. Insgesamt kann der relevante geographische Markt auf eine Kleinstadt bzw. einen Stadtteil begrenzt sein, er kann sich aber auch auf das Gebiet der USA bzw. den gesamten Weltmarkt erstrecken.⁷⁸⁶

Weitere Kriterien, die für die geographische Marktbestimmung von Bedeutung sein können, sind alle wirtschaftlichen und tatsächlichen Beschränkungen für eine Marktausdehnung, wie z. B. die Transportmöglichkeiten bzw. –kosten, die Abnehmergewohnheiten oder gesetzliche Regelungen.⁷⁸⁷ So spielt eine Rolle, ob es sich um leicht und kostengünstig transportable Waren handelt oder um eher stationäre Güter bzw. Dienstleistungen; insbesondere bei letzteren ist von einem kleineren räumlichen Markt auszugehen, weil nicht die Waren zu den Kunden transportiert werden können, sondern in der Regel die Kunden zu dem Anbieter reisen müssen.⁷⁸⁸

Unter Anwendung dieser Grundsätze wird auch für den Krankenhausbereich der räumliche Markt als das Gebiet definiert, in dem ein Krankenhausmonopolist die

784 Hospital Corporation of America, 106 F.T.C. 361 (1985), abgedruckt in *Furrow und andere*, Health Law – Cases, Materials and Problems, Kapitel 15, D. 1. (S. 1094, 1096); *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28.

785 *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 3.6.

786 *Brown Shoe Cooperation v. United States*, 370 U.S. 294; 82 S. Ct. 1502, 8 L.Ed.2d 510 (1962); *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 815.

787 *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel VI, C; *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 20.

788 *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel VI, C, Nr. 1.; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 3.6b.

Preise signifikant und nicht nur vorübergehend erhöhen kann, ohne so viele Patienten zu verlieren, dass die Preiserhöhung unwirtschaftlich wäre.⁷⁸⁹

Im Rahmen der Überprüfung von Fusionskontrollverfahren bei Krankenhauszusammenschlüssen wurden in früheren Gerichtsverfahren zur konkreten geographischen Marktabgrenzung vor allem Patientengewohnheiten untersucht; dabei wurden Daten über die Wohnsitze der Patienten der jeweiligen Krankenhäuser herangezogen, um das Einzugsgebiet zu ermitteln („patient flow data“).⁷⁹⁰ Vorteil dieses Vorgehens ist, dass es numerische und damit gut abgrenzbare Ergebnisse liefert. So wurde das Gebiet als der relevante geographische Krankenhausmarkt angesehen, in dem 75 % der Krankenhauspatienten wohnten, soweit ebenfalls 75 % der Bewohner dieses Gebietes Leistungen des betreffenden Krankenhauses in Anspruch nahmen (so genannter „Elzinga-Hogarty-Test“).⁷⁹¹

Dieses Vorgehen fand jedoch Kritik, weil es sich lediglich um eine statische Bestandaufnahme handelt und nicht um die eigentlich relevante dynamische Ermittlung des Patientenverhaltens im Falle einer Preiserhöhung durch (mindestens) eines der fusionierten Krankenhäuser.⁷⁹² Des Weiteren berücksichtigten die Daten lediglich den Wohnsitz des Patienten als vermeintlich alleinigen Faktor für die Wahl des Krankenhauses; dagegen gibt es weitere Kriterien wie z. B. die Empfehlung des behandelnden niedergelassenen Arztes, den Arbeitsort des Patienten, den Ruf des Krankenhauses etc.⁷⁹³ Darüber hinaus stellen diese Daten unzutreffenderweise Weise allein auf den Patienten, nicht aber auf die Krankenversicherungen als die eigentlichen „Käufer“ der Krankenhausleistung ab.⁷⁹⁴ Es darf

789 *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28.

790 *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28, 31.

791 *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 20 f.; *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 31.

792 *FTC v. Freemann Hospital*, 69 F.3d 260, 271 f.; *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 21; *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55.b.

793 *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55.b.; *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28, 33.

794 *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28, 31.

also nicht außer Betracht bleiben, dass es sich bei dem Krankenhauswettbewerb nicht – wie üblich – um einen Ein-Ebenen-Wettbewerb zwischen Anbieter und Abnehmer handelt, sondern dass zwei Wettbewerbsebenen existieren, nämlich der Wettbewerb der Krankenversicherungen, Krankenhäuser in ihr Programm aufzunehmen, sowie der Wettbewerb zwischen den Krankenhäusern um Patienten.⁷⁹⁵

Die Interessen der verschiedenen Wettbewerbsteilnehmer sind dabei durchaus unterschiedlich. So werden Krankenversicherer möglichst preiswerte und dennoch leistungsfähige Krankenhäuser in ihr Programm aufnehmen wollen, während für die Patienten vorwiegend die Nähe zum Wohnort oder die Empfehlung des Hausarztes von Bedeutung sind; die Krankenhauskosten treten für sie eher in den Hintergrund, weil die Versicherten die Kosten in der Regel nicht – unmittelbar – zu tragen haben. Dies gilt allerdings nur, soweit die von dem Patienten besuchten Krankenhäuser Vertragspartner seiner Krankenversicherungen sind.

Zusätzlich ist auch der Einfluss der Arbeitgeber auf den Krankenhausmarkt von Bedeutung.⁷⁹⁶ Sie nehmen zwar nicht direkt an dem beschriebenen 2-Ebenen-Wettbewerb im Krankenhausbereich teil, wirken aber mittelbar auf das Marktgeschehen ein. Soweit sie Rahmenverträge mit verschiedenen privaten Krankenversicherungen abschließen, begrenzen sie die Möglichkeiten ihrer Arbeitnehmer, die für sie richtige Krankenversicherung auszuwählen. Auf diese Weise wird mittelbar auch die Krankenauswahl eingeschränkt, denn de facto steht werden die Arbeitnehmer als potentielle Patienten nur die Krankenhäuser auswählen, mit denen die Krankenversicherung Patientenversorgungsverträge abgeschlossen hat. Je weniger Rahmenverträge der Arbeitgeber mit den Krankenversicherungen abgeschlossen hat und je weniger Versorgungsverträge die Krankenversicherungen mit den Krankenhäusern vereinbart haben, desto geringer ist die Auswahlmöglichkeit der Arbeitnehmer hinsichtlich der Krankenhäuser, die sie ohne Kostenrisiko aufsuchen können.

⁷⁹⁵ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55.

⁷⁹⁶ *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28, 30, 32 f.

Bei der Entscheidung des Arbeitgebers, Rahmenverträge mit den Krankenversicherungen abzuschließen, sind andere Faktoren maßgeblich, als dies bei den Patienten bzw. Arbeitnehmern der Fall ist. Für den Arbeitgeber sind z. B. die mit der Durchführung des Rahmenvertrages verbundenen Kosten von Bedeutung sowie der möglichst breite Zugang aller seiner Arbeitnehmer zu der jeweiligen privaten Krankenversicherung.⁷⁹⁷

Aus diesen Gründen muss bei der Abgrenzung des geographischen Krankenhausmarktes eine eingehende Marktanalyse erfolgen, die das Marktverhalten der Krankenversicherer, der Arbeitgeber und der Patienten einschließt.⁷⁹⁸ Diese Marktuntersuchung kann z. B. durch Befragung der Marktteilnehmer bzw. der den Markt beeinflussenden Personen erfolgen.⁷⁹⁹ Weitere Informationen kann die Analyse der Krankenhausempfehlungen durch niedergelassene Ärzte, der internen Planungsunterlagen der jeweiligen Krankenhäuser sowie der Anzeigen bzw. Krankenhauswerbung geben.⁸⁰⁰

Die Abgrenzung des räumlichen Krankenhausmarktes ist somit in besonderer Weise von dem Umfang der ermittelten Daten abhängig und variiert beträchtlich aufgrund z. B. der

⁷⁹⁷ *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28, 32.

⁷⁹⁸ *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28, 30 ff.

⁷⁹⁹ Zu den Einzelheiten siehe *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28, 33.

⁸⁰⁰ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55.b.

- unterschiedlichen demographischer Bedingungen;
- der Verkehrsinfrastruktur;
- der Wettbewerbsbedingungen zwischen Krankenhäusern bzw. zwischen den Krankenversicherern;
- der für die Patienten zur Verfügung stehenden Alternativ-Krankenhäuser.⁸⁰¹

Im Rahmen der Marktanalyse sind vor allem Angaben derjenigen zu berücksichtigen, die entweder die Kosten für Preiserhöhungen im Krankenhaussektor zu tragen haben (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) oder die Versicherungspläne verkaufen wollen und ein Interesse an größerer Patientenmobilität haben (Krankenversicherer).⁸⁰² Patientenbewegungsstatistiken bleiben weiterhin ein wichtiger Faktor bei der Marktanalyse, da sie die gegenwärtigen Patientengewohnheiten widerspiegeln. Sie können aber nicht die alleinige Grundlage der geographischen Marktabgrenzung bilden, sondern es muss darüber hinaus eine Vielzahl von weiteren Marktdaten einfließen, die im Rahmen einer eingehenden Marktanalyse zu ermitteln sind.⁸⁰³

Zusammengefasst sollten u. a. folgende Faktoren bei der Bestimmung des geographischen Krankenhausmarktes Berücksichtigung finden:⁸⁰⁴

801 *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55.b.

802 Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55.b.

803 *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28, 33.

804 *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 20 u. 22; *Vistnes*, Geographic Markets for Hospital Mergers, Antitrust 1999, S. 28, 30 ff.; *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55.

- Patientenbewegungsstatistiken (Wohnort, Arbeitsort);
- Vertragsbeziehungen der Krankenversicherer mit verschiedenen Krankenhäusern einerseits und den Arbeitgebern andererseits;
- Marketingaktivitäten von Krankenhäusern, Krankenversicherern und Ärzten;
- Einflussnahmemöglichkeiten der verschiedenen Krankenversicherer auf das Patientenverhalten;
- Leistungsangebot der jeweiligen Krankenhäuser (Spezialklinik – Allgemeinkrankenhaus);
- Einweisungsgewohnheiten der niedergelassenen Ärzte;
- Beurteilung des Krankenhausmarktes in der Öffentlichkeit.

Bei der Anwendung dieser Kriterien sind die amerikanischen Gerichte durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen. So wurden bei Akutkrankenhäusern räumliche Märkte in der Größe von ein bis zwei Landkreisen ($\approx 50 - 100$ Kilometer) definiert.⁸⁰⁵ Diese enge Marktabgrenzung beruht auf der Annahme, dass Patienten bei stationären Aufenthalten die Nähe zu Familie und Freunden bevorzugen könnten.⁸⁰⁶

In jüngeren Entscheidungen wurden allerdings die räumlichen Krankenhausmärkte auf bis zu 70 – 100 Meilen ($\approx 110 - 160$ Kilometer) ausgedehnt. Begründet wurde dies damit, dass Patienten bei Preiserhöhungen durchaus veranlasst sein könnten, weiter entfernt gelegene preiswertere Krankenhäuser aufzusuchen, so dass der geographische Markt ausgedehnt werden müsse.⁸⁰⁷

⁸⁰⁵ FTC v. University Health, Incorporation, 938 F. 2d 1206 (11th Cir. 1991).

⁸⁰⁶ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-55.

⁸⁰⁷ FTC v. Freeman Hospital, 69 F.3d 260, 268 - 271 (8th Cir. 1995).

3.3.2.2 Bestimmung der Marktanteile der beteiligten Unternehmen

Wie bereits dargelegt, ist die Aufgabe des amerikanischen Wettbewerbsrechts die Begrenzung privater Wirtschafts- bzw. Marktmacht.⁸⁰⁸ Die Marktmacht wird definiert als die Fähigkeit eines Unternehmens, seinen Gewinn zu erhöhen, indem es

- die Produktion reduziert,
- den Produktionsaufwand und die Qualität der Produkte senkt oder
- die Preise auf ein über dem Wettbewerb liegendes Niveau erhöht.⁸⁰⁹

Da man Marktmacht nicht direkt messen kann, wird das nächstbeste Kriterium herangezogen, nämlich die Marktanteile.⁸¹⁰

Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt werden in US-Dollar anhand der Umsätze, Lieferungen oder der Produktion ermittelt; ersatzweise können auch Mengenangaben über Umsätze und Kapazitäten herangezogen werden.⁸¹¹ Mit eingerechnet werden nicht nur die tatsächlichen Umsätze, sondern auch Reservekapazitäten von Wettbewerbern, sofern diese im Falle einer signifikanten Preiserhöhung eingesetzt werden sollten. Die Marktanteile werden also nicht nur statisch, sondern auch prognostisch ermittelt; dementsprechend finden weitere durch die Preiserhöhung eintretende Marktveränderungen Berücksichtigung, wie z. B. der mögliche Markteintritt potentieller Mitbewerber.⁸¹²

⁸⁰⁸ Siehe unter Nr. 3.1 (S. 198 ff.).

⁸⁰⁹ Hospital Corporation of America, 106 F.T.C. 361 (1985), abgedruckt in *Furrow und andere*, Health Law – Cases, Materials and Problems, Kapitel 15, D. 1. (S. 1094, 1096); *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 3.1.

⁸¹⁰ *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 3.1c.

⁸¹¹ Vgl. Nr. 1.41 Merger Guidelines 1992; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 869; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 1. c. (1).

⁸¹² *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 870.

Der Marktanteil gibt dann das Verhältnis des Unternehmensumsatzes zu dem auf dem relevanten Markt erzielten Gesamtumsatz wieder.⁸¹³

Im Krankenhaussektor gilt als der aussagekräftigste Indikator für die Ermittlung der Marktanteile die von dem jeweiligen Krankenhaus vorgehaltene Bettenzahl; allerdings werden auch Umsatzerlöse sowie die Summe der Patiententage als Hinweis auf den Krankenhaus-Output in die Bewertung einbezogen.⁸¹⁴ In der Praxis werden demgemäß sämtliche verfügbare Daten für die Ermittlung der Marktanteile eines Krankenhauses berücksichtigt, wobei keiner der Faktoren für sich genommen ausschlaggebend ist.⁸¹⁵

3.3.2.2.3 Feststellung der Marktkonzentration

Zur weiteren Analyse der Marktverhältnisse wird schließlich die Unternehmenskonzentration auf dem relevanten Markt ermittelt.⁸¹⁶ Rechnerisch stellt sie eine Funktion der Anzahl der Unternehmen auf einem Markt sowie deren jeweiliger Marktanteile dar⁸¹⁷ und ist Maß für die Marktdominanz der größten Unternehmen.⁸¹⁸ Die Feststellung der Marktkonzentration hat Auswirkungen auf die Intensität der Überprüfung durch die amerikanischen Kartellbehörden.

⁸¹³ Vgl. Nr. 1.41 Merger Guidelines 1992; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 89.

⁸¹⁴ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, §14-57.

⁸¹⁵ *United States v. Rockford Memorial Corporation*, 717 F. Supp. 1251 (N.D. Ill. 1989), affirmed 898 F. 2d 1278, 1283 (7th Cir. 1990); *Hospital Cooperation of America*, 106 FTC 361 (1985), abgedruckt in *Furrow und andere*, Health Law – Cases, Materials and Problems, Kapitel 15, D. 1. (S. 1094, 1097); *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-57.

⁸¹⁶ *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.4; vgl. Nr. 1.5 Merger Guidelines 1992.

⁸¹⁷ Vgl. Nr. 1.5 Merger Guidelines 1992.

⁸¹⁸ *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 1. c. (2); *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 90.

Zur Ermittlung der Marktkonzentration bedienen sich die Kartellbehörden zweier Hilfsmittel:

- Der „four-firm concentration ratio“;
- des so genannten „Herfindahl-Hirschman-Indexes“.

3.3.2.2.3.1 “Four-Firm Concentration Ratio”

In den 60iger und 70iger Jahren des vergangenen Jahrhunderts wandten die Kontrollbehörden und die Gerichte vorwiegend die so genannte „four-firm concentration ratio“ (CR4) zur Ermittlung der Marktkonzentration an.⁸¹⁹ Die CR4 wird berechnet, indem die Marktanteile der vier größten Unternehmen im Markt addiert werden. So ergibt sich ein CR4 von 75 %, wenn die vier größten Wettbewerber Marktanteile von 30 %, 20 %, 15 % und 10 % haben. Ab einem CR4 von 75 % wird der Markt als sehr konzentriert angesehen, so dass ein eventueller Zusammenschluss eingehender Prüfung bedarf. Bei einem CR4 von unter 40 % wird ein Zusammenschluss als unbedenklich angesehen.

Die CR4 gründet auf der Annahme, dass nahezu ein Monopol entstünde, wenn die vier größten Unternehmen eines hochkonzentrierten Marktes ihr Wettbewerbsverhalten aufeinander abstimmen. In einem weniger konzentrierten Markt wäre diese Gefahr geringer, weil noch hinreichend andere Wettbewerber über ausreichende Marktmacht verfügten.

Die CR4 hat heutzutage nur noch untergeordnete Bedeutung. Sowohl von den Gerichten als auch von den Kontrollbehörden konnten keine einheitlichen Anwendungskriterien zur Beurteilung von Zusammenschlüssen entwickelt werden. So

⁸¹⁹ Hierzu um zum Folgenden *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.4a1; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 1 c (2); *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt VIII, Nr. 3. (S. 269); Anmerkung: Alternativ wurden die Marktanteile der 2 bzw. 8 größten Unternehmen berücksichtigt (CR2 o. CR8).

wird die CR4 vorwiegend als Zusatzindikator neben anderen Meßmethoden herangezogen.⁸²⁰

3.3.2.2.3.2 „Herfindahl-Hirschman-Index“

Seit Einführung der Merger Guidelines 1982 wenden die Kontrollbehörden (FTC und DOJ) den so genannten „Herfindahl-Hirschman-Index“ (HHI) anstelle des CR4 an, um die Marktkonzentration zu ermitteln.⁸²¹ Die aktuellen Merger Guidelines 1992 setzen diese Praxis fort und bestimmen unter Nr. 1.5, dass die Marktkonzentration berechnet wird, indem jeweils die Marktanteile aller im Markt tätigen Unternehmen quadriert und die Quadratzahlen addiert werden. Auf diese Weise werden die großen Marktanteile deutlich stärker gewichtet als die kleinen.⁸²² Das Ergebnis ist ein Wert zwischen annähernd 0 (Markt mit unendlich vielen Wettbewerber) und 10.000 (Monopol).⁸²³

Zu Verdeutlichung des Anwendungsmodus des HHI bei Zusammenschlüssen soll folgendes Beispiel dienen:

In einem hypothetischen Markt, auf dem vier Unternehmen tätig sind mit Marktanteilen von 2 x 30 % und 2 x 20 %, beträgt der HHI

⁸²⁰ Hospital Cooperation of America, 106 FTC 361 (1985), abgedruckt in *Furrow und andere*, Health Law – Cases, Materials and Problems, Kapitel 15, D. 1. (S. 1094, 1099).

⁸²¹ *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2. a); *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 875; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 1 c (2); *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.4a2.

⁸²² *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt VIII Nr. 3 (S. 269); *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 1 c (2).

⁸²³ Vgl. Nr. 1.5, Fußnote 17, Merger Guidelines 1992; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 90; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 1 c (2).

$$30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600.^{824}$$

Nach Nr. 1.51 der Merger Guidelines 1992 wird der so ermittelte HHI durch Einteilung in drei Gruppen wie folgt interpretiert:⁸²⁵

- Ein Markt mit einem HHI von nicht mehr als 1.000 gilt als wenig konzentriert.
- Ein Index zwischen 1.000 und 1.800 wird als ein Hinweis auf einen mäßig konzentrierten Markt verstanden.
- Ein Wert von über 1.800 zeigt einen hochkonzentrierten Markt an.

Die Gerichte haben sich der Anwendung des HHI zur Beurteilung von Zusammenschlüssen weitgehend angeschlossen.⁸²⁶

Vorteil des HHI gegenüber der CR4 von 1968 ist, dass die Marktanteile aller Unternehmen berücksichtigt werden, wobei kleinere Marktanteile nur einen sehr geringen Einfluss haben.⁸²⁷ Des Weiteren berücksichtigt der HHI besser, dass es einen Unterschied in der Marktkonzentration bedeutet, ob die Marktanteile von vier Firmen gleichmäßig oder sehr unterschiedlich verteilt sind; so ist der CR4 bei einer Marktverteilung von 4 x 20 % einerseits sowie 3 x 1 % zuzüglich 1 x 77 % andererseits gleich, während der HHI im ersten Fall ungefähr 1700 bis 1800 (in Abhän-

⁸²⁴ Vgl. Nr. 1.5, Fußnote 17, Merger Guidelines 1992; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 875.

⁸²⁵ Siehe auch *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2. a); *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt VIII Nr. 3 (S. 269).

⁸²⁶ Vgl. z. B. *FTC v. University Health, Inc.*, 938 F.3d 1206, 1211 (11th Cir. 1991); *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 92, Fußnote 2; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 1 c. (2), mit weiteren Nachweisen.

⁸²⁷ *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 1 c (2).

gigkeit von den Marktanteilen der verbleibenden Unternehmen), und im zweiten Fall ungefähr 6.000 beträgt.⁸²⁸

Im Krankenhausbereich wird zur Ermittlung der Marktkonzentration bei Krankenhausfusionen ebenfalls vorwiegend der HHI eingesetzt; der CR4 wird allenfalls als Zusatzindikator hinzugezogen.⁸²⁹ Besonderheiten sind dabei nicht feststellbar, weshalb für die Analyse des Krankenhausmarktes auf die vorstehende Darstellung zur grundsätzlichen Anwendung des HHI verwiesen werden kann.

3.3.2.3 Beurteilung der Folgen des Zusammenschlusses

Nach der Ermittlung der Marktverhältnisse durch Abgrenzung des Krankenhausmarktes, Bestimmung der Marktanteile der relevanten Unternehmen sowie Feststellung der vorbestehenden Marktkonzentration sind nun in einem zweiten Prüfungsschritt die wettbewerblichen Folgen des Krankenhauszusammenschlusses zu überprüfen. Hierbei können ebenfalls die „Merger Guidelines“ der Kontrollbehörden Anwendung finden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass unterschiedliche „Merger Guidelines“ formuliert wurden, die jeweils verschiedene Zusammenschlussdimensionen betreffen. So regeln die 1992er Guidelines nur horizontale Zusammenschlüsse, während die übrigen Zusammenschlussdimensionen, also vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse, von den 1984er Guidelines erfasst werden.⁸³⁰ Die 1984er Guidelines und die 1992er Guidelines unterscheiden sich vorwiegend hinsichtlich der Beurteilung der Zusammenschlussfolgen.

⁸²⁸ Ausführlich mit weiteren Anwendungsproblemen des HHI und des CR4 *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.4a2.

⁸²⁹ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-57; *FTC v. University Health, Inc.*, 938 F.3d 1206, 1211, Fußnote 12, (11th Cir. 1991).

⁸³⁰ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 861, 871.

Nachfolgend sollen die wettbewerblichen Folgen von Zusammenschlüssen dargestellt, wobei – entsprechend den verschiedenen Merger Guidelines – zwischen den unterschiedlichen Zusammenschlussdimensionen differenziert wird.

3.3.2.3.1 Bestimmung der Dimension des Zusammenschlusses zwischen Krankenhäusern

Unter horizontalen Zusammenschlüssen werden auch im amerikanischen Wettbewerbsrecht Fusionen und Übernahmen zwischen im Wettbewerb stehenden Unternehmen verstanden, d. h. zwischen Unternehmen desselben sachlichen und räumlichen Marktes.⁸³¹ Diese Zusammenschlüsse haben in der Regel den stärksten Einfluss auf den Wettbewerb des betroffenen Marktes, da die Anzahl der Wettbewerber reduziert und die Marktanteile des verbleibenden Unternehmens direkt erhöht werden.⁸³²

Im Krankenhaussektor erfolgen horizontale Zusammenschlüsse als Fusionen zwischen zwei oder mehreren Krankenhäusern bzw. Unternehmen, die Krankenhäuser betreiben.

Vertikale Zusammenschlüsse entstehen nicht zwischen Wettbewerbern, sondern zwischen Unternehmen, die in einem „Lieferanten/Abnehmer-Verhältnis“ stehen.⁸³³ Im Gegensatz zu horizontalen Fusionen führen diese nicht zu einer Erhöhung der Marktkonzentration, denn es scheidet in der Regel kein Unternehmen als

⁸³¹ *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2 a); *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 80; *El-sing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 872.

⁸³² *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 88; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B.

⁸³³ *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, C, 2. a); *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2. b); *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 90 f.

Wettbewerber aus dem Markt aus.⁸³⁴ Aus diesen Gründen werden vertikale Zusammenschlüsse im amerikanischen Wettbewerbsrecht oftmals als unbedenklich angesehen. Dennoch können vertikale Zusammenschlüsse negative Auswirkungen auf den jeweiligen horizontalen Wettbewerb haben, indem Wettbewerber ausgeschlossen, Absprachen zwischen Marktteilnehmern erleichtert oder den zusammengeschlossenen Unternehmen die Umgehung von Gebührenregelungen ermöglicht werden.⁸³⁵ Besondere Bedeutung hat dabei im amerikanischen Wettbewerbsrecht der mögliche Ausschluss von Wettbewerbern des übernommenen Unternehmens, entweder durch Verweigerung des Zugangs zu Produktionsfaktoren („input foreclosure“) oder zu Absatzmöglichkeiten („downstream foreclosure“).⁸³⁶ Zusätzlich kann eine Rolle spielen, dass auch das übernehmende Unternehmen potentieller Wettbewerber sein kann.⁸³⁷

Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung durch vertikale Fusionen erfordert in aller Regel einen hochkonzentrierten Markt des übernehmenden Unternehmens, nämlich einen HHI von über 1.800.⁸³⁸ Des Weiteren muss der Marktanteil des übernommenen Unternehmens mindestens 5 % betragen.⁸³⁹ Im Rahmen einer Gesamtschau werden unter Umständen eintretende Effizienzzuwächse stärker gewichtet, als dies bei horizontalen Zusammenschlüssen erfolgt.⁸⁴⁰

Vertikale Zusammenschlüsse im Krankenhaussektor wären z. B. Zusammenschlüsse zwischen einem Krankenhaus bzw. Krankenhausunternehmen und einem Pharmaunternehmen oder einem Medizinproduktehersteller (so genannter

834 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 886.

835 *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 96 ff.; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, C, 2. a.

836 *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 97.

837 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 886.

838 Vgl. Nr. 4.131 Merger Guidelines 1984 (veröffentlicht unter der Internet-Adresse des DOJ, www.usdoj.gov); *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2. b).

839 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 888.

840 *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, C, 2. a.

„upstream merger“ = Rückwärtsintegration⁸⁴¹); als „downstream merger“ (= Vorwärtsintegration) kann die Fusion zwischen einem Krankenhaus und einem Krankenversicherungsunternehmen bezeichnet werden.

Konglomerate Zusammenschlüsse sind Unternehmensverbindungen zwischen Unternehmen, die weder Wettbewerber sind noch in einem Lieferanten/Abnehmer-Verhältnis stehen.⁸⁴² Die wettbewerbshemmende Wirkung kann in der möglichen Abschreckung potentieller Wettbewerber beider beteiligter Unternehmen zu sehen sein (Finanzkraftargument).⁸⁴³ Bei der Beurteilung sind – wie bei horizontalen Zusammenschlüssen – die Marktkonzentration und ev. Zugangsschranken, der Marktanteil des übernommenen Unternehmens sowie die Marktposition des erwerbenden Unternehmens zu berücksichtigen.⁸⁴⁴ Von entscheidender Bedeutung ist dabei erneut die Marktkonzentration, wobei ein Eingreifen der Kartellbehörden erst bei einem HHI von über 1.800 wahrscheinlich wird.⁸⁴⁵ Allerdings muss der Marktanteil des übernommenen Unternehmens wiederum mindestens 5 % betragen, während bei einem Marktanteil von 20 % eine Untersagung wahrscheinlich ist.⁸⁴⁶ Besteht die Gefahr, dass zwischen den zusammengeschlossenen Unternehmen starker interner Produktaustausch („reciprocal dealing“) unter Ausschluss von Wettbewerbern stattfindet, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit einer Untersa-

841 Vgl. unter Nr. 2.3.2.1.3.2.2 (S. 153 ff.).

842 *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 91 f.; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, C, 3.

843 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 892; *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2. c).

844 Vgl. Nr. 4.13 Merger Guidelines 1984; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 893.

845 *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2. c).

846 Nr. 4.134 Merger Guidelines 1984; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 895.

gung des Zusammenschlusses.⁸⁴⁷ Als konglomerater Zusammenschluss wäre z. B. die Übernahme eines Krankenhauses durch eine Bank oder Lebensversicherung aufzufassen.

Wie bereits dargestellt haben die weitestgehenden Folgen in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht horizontale Zusammenschlüsse zwischen Krankenhäusern bzw. Krankenhausunternehmen. Deshalb soll nachfolgend in erster Linie diese Zusammenschlussdimension erörtert werden.

3.3.2.3.2 Beurteilungskriterien bei Zusammenschlüssen zwischen Krankenhäusern

Bei der Überprüfung horizontaler Zusammenschlüsse sind unter Zugrundelegung der 1992er Merger Guidelines sowohl wettbewerbshemmende als auch wettbewerbsfördernde Folgen des Zusammenschlusses von Bedeutung.⁸⁴⁸

3.3.2.3.2.1 Wettbewerbshemmende Folgen des Zusammenschlusses

Die Merger Guidelines 1992 nennen folgende potentiell wettbewerbshemmende Auswirkungen einer Fusion, die bei der fusionsrechtlichen Überprüfung zu berücksichtigen sind:

⁸⁴⁷ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 896.

⁸⁴⁸ Vgl. Nr. 1.51, 2., 3., 4., 5. Merger Guidelines 1992; *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-57 ff.

- Erhöhung der Marktkonzentration nach dem Zusammenschluss (Nr. 1.51 Merger Guidelines 1992);
- Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens der beteiligten Unternehmen (Nr. 2.1 Merger Guidelines 1992);
- Fähigkeit, einseitig Preiserhöhungen oder Produktionsdrosselungen am Markt durchzusetzen („Unilateral-Effects-Doctrine“; Nr. 2.2 Merger Guidelines 1992).

Auch bei Krankenhausfusionen finden diese allgemeinen Indikatoren für wettbewerbsbeschränkende Folgen von Zusammenschlüssen Anwendung. Es bestehen allerdings Besonderheiten bei der Feststellung derselben.

3.3.2.3.2.1.1 Marktkonzentration nach dem Zusammenschluss

Ein wichtiges Kriterium für die Bestimmung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses ist die zu erwartende Marktkonzentration nach der Fusion.⁸⁴⁹ Nr. 1.51 der Merger Guidelines 1992 untergliedert die Beurteilung des Vergleichs der Marktkonzentrationsdaten vor bzw. nach der Fusion wie folgt:

- Ein „Post-Merger-HHI“ von nicht mehr als 1.000 beschreibt einen weiterhin unkonzentrierten Markt. Zusammenschlüsse auf diesen Märkten werden – nahezu unabhängig von der Konzentrationszunahme – regelmäßig als unbedenklich angesehen. Eine weitergehende Prüfung findet üblicherweise nicht statt.⁸⁵⁰
- Ein „Post-Merger-HHI“ zwischen 1.000 und 1.800 zeigt als Ergebnis der Fusion einen moderat konzentrierten Markt an. In diesen Fällen hängt die

⁸⁴⁹ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 875.

⁸⁵⁰ *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.4b.; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 91.

weitere Prüfung von dem Umfang der Zunahme des HHI ab. Beträgt der Zuwachs gegenüber dem „Prä-Merger-HHI“ weniger als 100 Punkte, so werden regelmäßig keine wettbewerbshemmenden Folgen erwartet, so dass üblicherweise eine weitere Analyse unterbleiben kann; bei Überschreitung der 100-Punkte-Grenze, können Bedenken gegen den Zusammenschluss bestehen.⁸⁵¹ Die endgültige Beurteilung hängt dann von weiteren Faktoren ab, wie z. B. gegenwärtige, in ihren Auswirkungen abschätzbare Marktänderungen (Nr. 1.521 Merger Guidelines 1992) oder Möglichkeiten für marktnahe Unternehmen, auf dem relevanten Markt substituierend tätig zu werden (Nr. 1.522 Merger Guidelines 1992; siehe auch Nr. 2 – 5 der Guidelines).

- Ein „Post-Merger-HHI“ von über 1.800 ist ein Indiz für einen hochkonzentrierten Markt. Deshalb werden Zusammenschlüsse nur dann als von vornherein unbedenklich angesehen, wenn die Zunahme des HHI weniger als 50 Punkte beträgt; im Falle einer HHI-Zunahme zwischen 50 und 100 ist eine weitere Analyse erforderlich, wie vorstehend geschildert.⁸⁵² Bei einer Zunahme von mehr als 100 besteht die – widerlegliche – Vermutung, dass durch die Fusion der Wettbewerb erheblich eingeschränkt wird oder ein Monopol entstehen kann.⁸⁵³

Allerdings ergibt die vorstehende Marktbeurteilung durch Ermittlung der Marktanteile bzw. der Marktkonzentration mittels HHI keine uneingeschränkt gültige Vorhersage der wettbewerblichen Folgen des Zusammenschlusses.⁸⁵⁴ Aus diesem Grund stellt Nr. 1.52 der Merger Guidelines 1992 klar, dass diese Kriterien den

851 *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.4b.; *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2. a).

852 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 878; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.4b.

853 *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 91.

854 *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.4c.

Einfluss der Fusion auf den Markt in bestimmten Situationen über- oder unterbewerten können. So werden kürzlich eingetretene oder gegenwärtige Entwicklungen auf dem jeweiligen Markt durch die Heranziehung weit zurückliegender Daten wie der Marktanteile nicht hinreichend berücksichtigt.⁸⁵⁵ Beispiel ist die Beurteilung der Marktposition von Unternehmen, deren zukünftige Wettbewerbsfähigkeit durch Ablauf seiner Patente oder zunehmenden Rückstand bei der technologischen Entwicklung aller Wahrscheinlichkeit nach beeinträchtigt sein wird. In diesem Fall wären die Marktanteile kein zuverlässiger Indikator, weil diese zu Unrecht eine größere Marktbedeutung der betreffenden Unternehmen auch für die Zukunft suggerieren.⁸⁵⁶

Darüber hinaus darf die Marktabgrenzung nicht dazu führen, dass sachliche und räumliche benachbarte Märkte außerhalb des relevanten Marktes keinerlei Einfluss mehr auf denselben ausüben.⁸⁵⁷ Soweit sich Produkte, die jenseits des sachlichen bzw. räumlichen Marktes liegen, sehr stark von dem relevanten Markt unterscheiden, ist die Gefahr einer signifikanten und nicht nur vorübergehenden Preiserhöhung durch einen hypothetischen Monopolisten größer, als wenn dieser Abstand geringer wäre. Allerdings geben die Merger Guidelines keine Hinweise, wie dieser Umstand bei der Beurteilung der Folgen des Zusammenschlusses konkret zu berücksichtigen ist.

Im Krankenhaussektor folgt die Ermittlung der Konzentrationszunahme nach den vorstehend beschriebenen, allgemeinen Regeln der Merger Guidelines 1992.⁸⁵⁸ Je nach Konzentrationsgrad wird bei einer Zunahme von 50 bzw. 100 Punkten des

⁸⁵⁵ Vgl. Nr. 1.521 Merger Guidelines 1992; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 879.

⁸⁵⁶ *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.4c.

⁸⁵⁷ Vgl. Nr. 1.522 Merger Guidelines; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.4c.

⁸⁵⁸ Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-57; *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 80 f.

HHI eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vermutet. Diese Vermutung kann allerdings durch bestimmte Faktoren entkräftet werden.⁸⁵⁹

3.3.2.3.2.1.2 Wettbewerblich abgestimmtes Verhalten zwischen den Krankenhäusern

Nr. 2.1 der Merger Guidelines nennt als weiteren wettbewerbshemmenden Faktor die nach dem Zusammenschluss bestehende Möglichkeit für die verbleibenden Wettbewerber, ihr Verhalten aufeinander abzustimmen. Dieses Kriterium ist neben der Zunahme der Marktkonzentration zu berücksichtigen.⁸⁶⁰

Eine Untersagung wird deshalb gemäß Nr. 2.1 der Merger Guidelines 1992 wahrscheinlicher, wenn nach dem Zusammenschluss Marktbedingungen bestehen, die es den verbleibenden Wettbewerbern ermöglichen,

- ihr Marktverhalten untereinander abzustimmen („reaching terms of coordination“) oder
- Abweichungen von einem vereinbarten Verhalten zu entdecken bzw. zu sanktionieren.⁸⁶¹

Die insoweit förderlichen Marktverhältnisse sind durch folgende drei Faktoren gekennzeichnet:

- Zunächst wird ein abgestimmtes Marktverhalten durch geringe Unterschiede zwischen den Unternehmen begünstigt;⁸⁶² die Koordination des Wett-

⁸⁵⁹ Anmerkung: Siehe hierzu unter Nr. 3.3.2.3.2.2 (S. 260 ff.).

⁸⁶⁰ Vgl. Nr. 2.0 Merger Guidelines 1992; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 881 f.

⁸⁶¹ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 882.

⁸⁶² Vgl. Nr. 2.11 Merger Guidelines 1992.

bewerbsverhaltens ist dabei umso leichter, je ähnlicher die sich untereinander abstimmanden Unternehmen sind.

Berücksichtigt man die mitunter großen Unterschiede zwischen den einzelnen Krankenhäusern, z. B. hinsichtlich des Umfangs der medizinischen Dienstleistungen, der angebotenen Freizeiteinrichtungen, der Reputation, der Lage oder der Qualität des Personal, könnte dies zu der Vermutung führen, dass eine Absprache nach der Fusion zwischen den verbleibenden Krankenhäusern erschwert sein könnte.⁸⁶³ Dennoch waren die amerikanischen Krankenhäuser in der Vergangenheit in der Lage, wettbewerbliche Absprachen zu treffen. Grund dafür ist die begrenzte Anzahl an Versicherungsunternehmen, die die Preise mit den Krankenhäusern aushandeln, sowie die Bildung von „cluster markets“. Auf diese Weise sind trotz der bestehenden Heterogenität der Krankenhäuser die maßgeblichen wettbewerblichen Variablen überschau- und kalkulierbar. Dies wird auch dadurch begünstigt, dass die Krankenhauspreise im Rahmen von Bieterverfahren bzw. durch gemeinsame Besprechungen ermittelt werden, und zwar entweder als Pauschal- oder Pro-Tag-Preise; dementsprechend wird kollusives Verhalten z. B. im Rahmen des Bieterverfahrens weniger schwierig.⁸⁶⁴

- Des Weiteren wirken sich die Nachfragebedingungen auf die Möglichkeit zu abgestimmtem Verhalten zwischen den Unternehmen aus.⁸⁶⁵ Kollusives Verhalten ist erschwert, wenn die Nachfrager der Unternehmensleistung kompetent sind und selbst über hinreichende Marktmacht verfügen. So genannte „power buyers“ sind grundsätzlich in der Lage, kollusives Verhalten aufzudecken und zu verhindern.

Diese in Fusionsfällen übliche Betrachtung findet aber bei Krankenhausfu-

863 Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 e. 1.

864 Vgl. *Hospital Corporation of America v. FTC*, 807 F. 2d 1381 (7th Cir. 1986), zitiert nach *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 e. 1; im Ergebnis auch *United States v. Rockford Memorial Corporation*, 898 F.2d, 1278, 1285.

865 Vgl. Nr. 2.12 Merger Guidelines 1992; hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 e. 2.

sionen nur eingeschränkte Berücksichtigung. So können Krankenversicherungen als vermeintliche „power buyers“ trotz bedeutenden Marktanteils Preisabsprachen zwischen den Krankenhäusern nicht aufdecken, wenn die Preise nicht durch ein wettbewerbliches Bieterverfahren ermittelt werden.⁸⁶⁶ Darüber hinaus erschweren die vertraglichen Abreden mit den Krankenversicherten die Möglichkeiten der Versicherungsunternehmen, sich den Preisabsprachen der Krankenhäuser zu widersetzen. Des Weiteren ist es den Versicherungen aus tatsächlichen Gründen nicht immer möglich, Versicherte auf Krankenhäuser außerhalb des jeweiligen Marktes zu verweisen, um kollusivem Verhalten der Krankenhäuser auszuweichen.

Weitere Nachfragebedingungen, die kollusives Verhalten beeinflussen, sind der Umfang und die Anzahl der Vertragsabschlüsse.⁸⁶⁷ Wenn Krankenhäuser nur wenige große Verträge mit Versicherungen, Arbeitgebern oder anderen „third-party-purchasers“ abschließen, sind Abweichungen von kollusiven Preisabsprachen mit anderen Krankenhäusern eher wahrscheinlich. Es bestehen dann bessere Möglichkeiten, die Nichteinhaltung der Preisabsprachen geheim zu halten. Allerdings gibt es kaum Krankenhausmärkte, in denen die Krankenhäuser mit nur wenigen großen Versicherungen umfassende Versorgungsverträge abschließen. Darüber hinaus verfügen auch große Versicherungen häufig nicht über ausreichende Informationen hinsichtlich möglicher Preisabsprachen zwischen den Krankenhäusern; und selbst wenn sie ausreichend informiert sind, stehen oftmals keine anderen Krankenhäuser als Ausweichalternativen zur Verfügung. Das führt dazu, dass selbst unter diesen Umständen Preisabsprachen zwischen Krankenhäusern nicht verhindert werden können.

Auch die Art der Nachfrage von Krankenhausleistungen hat Einfluss auf die

866 Anmerkung: Dies steht im Widerspruch zu der vorstehenden Beurteilung des öffentlichen Bieterverfahrens als Absprache zwischen den Unternehmen begünstigenden Faktors. Das Bieterverfahren hat demzufolge sowohl Absprache begünstigende als auch Absprache erschwerende Auswirkungen.

867 *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 e. 2.

Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens. So haben die Gerichte die Preiselastizität in dem Krankenhausmarkt als gering eingestuft, d. h. dass ein Preisanstieg nicht zu einem nennenswerten Rückgang in der Nachfrage der Krankenhausleistung führt.⁸⁶⁸ Unter diesen Umständen ist kollusives Verhalten wahrscheinlicher und kann zu gesteigerten Gewinnen durch abgesprochene Begrenzung des Angebots an Krankenhausdienstleistungen führen.

Ein weiterer, kollusives Verhalten begünstigender Faktor ist der Umstand, dass Krankenhausleistungen nicht weiterverkauft werden können. Auf diese Weise können Krankenhäuser untereinander vereinbaren, ihr Preisschema nur bestimmten Krankenversicherungen anzubieten und andere Versicherungen ausschließen.

- Schließlich können besondere Eigenschaften der fusionierenden Unternehmen die Wahrscheinlichkeit von Wettbewerbsabsprachen beeinflussen.⁸⁶⁹

So können die Trägerschaft der fusionierenden Krankenhäuser (christliche geführte Häuser einerseits sowie privat geführten, als Anlage-Objekte betriebene Häuser andererseits) und deren möglicherweise fehlende Gewinnorientierung gegen die Gefahr von kollusiven Wettbewerbsabsprachen sprechen.

Gleiches gilt für eine mögliche Finanzschwäche der Krankenhäuser, wodurch ihre Marktmacht geringer einzuschätzen sein könnte. Dies führt zu einer Verringerung der wettbewerbsbeeinträchtigenden Bedeutung kollusiven Verhaltens, wobei aber die Ermittlung der Dauer dieser Finanzschwäche und die Möglichkeiten, andere Finanzquellen zu erschließen, nur schwer eingeschätzt werden können.

Schließlich ist früheres kollusives Verhalten der fusionierenden Kranken-

⁸⁶⁸ Hospital Corporation of America v. FTC, 807 F.2d 1381, 1388 (7th Cir. 1986), zitiert nach *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 e. 2.

⁸⁶⁹ Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 e. 3.

häuser zu berücksichtigen. Das Argument, dass Einwände von konkurrierenden Krankenhäusern gegen die Fusion ein Indiz für die geringere Gefahr späteren kollusiven Verhaltens sei⁸⁷⁰, hat allerdings nur eingeschränktes Gewicht. Es käme einer Einladung seitens des Gerichts gleich, derartige Einwände aus strategischen Gründen zu erheben.⁸⁷¹

3.3.2.3.2.1.3 „Unilateral Effects-Doctrine“

Ein Zusammenschluss kann auch dadurch zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, dass die zusammengeschlossenen Unternehmen in die Lage versetzt werden, eine Gewinnsteigerung durch einseitige Preiserhöhung oder Produktionsdrosselung zu erzielen (so genannte „Unilateral Effects-Doctrine“).⁸⁷² Kollusive Absprachen mit den Wettbewerbern wären also entbehrlich, weil die Unternehmen ihre Gewinnsteigerung unabhängig von ihren Konkurrenten durchsetzen können.

Diese einseitigen Marktmaßnahmen zur Gewinnsteigerung werden vor allem dann möglich, wenn die sich zusammenschließenden Unternehmen zwar gleichwertige, aber doch geringfügig unterschiedliche Produkte eines sachlichen Marktes verkaufen, so dass die Nachfrager diese als ihre erste und zweite Wahl ansehen.⁸⁷³

Soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind und die sich zusammenschließenden Unternehmen – bei einem HHI von über 1.000 – einen Marktanteil von mindestens 35 % vereinen, besteht die Gefahr, dass eines der Unternehmen den Preis anheben bzw. die Produktion drosseln kann, wobei eventuelle Umsatzverluste durch das andere am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen aufgefangen wer-

870 Hospital Corporation of America v. FTC, 807 F.2d 1381, 1391 (7th Cir. 1986), zitiert nach *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 e. 3.

871 *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 e. 3.

872 Vgl. Nr. 2.2 Merger Guidelines 1992; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 93; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, 3. b.; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 883.

873 Vgl. Nr. 2.21 Merger Guidelines 1992.

den.⁸⁷⁴ Dies führt zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu Lasten des Verbrauchers, soweit andere Wettbewerber den verringerten Wettbewerb nicht ersetzen können.⁸⁷⁵

Entsprechendes gilt, wenn sich die Unternehmen des Marktes nicht durch geringfügig unterschiedliche Produkte voneinander abgrenzen lassen, sondern in erster Linie verschiedene Produktkapazitäten aufweisen. In diesem Fall könnte es für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bei einem Marktanteil von mindestens 35 % profitabel sein, ihre Produktion zu begrenzen, um auf diese Weise eine Preissteigerung am Markt hervorzurufen.⁸⁷⁶ Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Begrenzung der Produktion nicht durch Wettbewerber ausgeglichen werden kann.

Nach der vorstehend beschriebenen „Unilateral Effects-Doctrine“ besteht also für die sich zusammenschließenden Krankenhäuser vor allem dann die Möglichkeit einer einseitigen Preiserhöhung, wenn sie zwar unterschiedliche, aber doch sehr ähnliche medizinische Versorgungsleistungen anbieten oder wenn sie sich vornehmlich durch ihre Bettenzahl unterscheiden.

Soweit die beteiligten Krankenhäuser bei den Patienten als erste und zweite Wahl angesehen werden und einen gemeinsamen Marktanteil von mindestens 35 % aufweisen, besteht die Gefahr, dass eines der zusammengeschlossenen Krankenhäuser seine Preise anheben kann, wobei eventuelle Rückgänge in der Bettenbelegung durch das andere Krankenhaus aufgefangen werden. Insgesamt verbleibt beiden Krankenhäusern ein Gewinn in Höhe des Preisanstiegs, der auf einseitigen Maßnahmen beruht, die nicht vom Markt hinreichend kontrolliert werden können. Unter diesen Umständen führt eine Krankenhausfusion zu wettbewerblichen Nachteilen für die Patienten.

⁸⁷⁴ Vgl. Nr. 2.211 Merger Guidelines 1992.

⁸⁷⁵ Vgl. Nr. 2.212 Merger Guidelines 1992.

⁸⁷⁶ Vgl. Nr. 2.22 Merger Guidelines 1992.

3.3.2.3.2.2 Wettbewerbsbegünstigende Marktverhältnisse nach dem Zusammenschluss

Soweit die wettbewerbshemmenden Folgen des Zusammenschlusses dessen Rechtswidrigkeit indizieren, ist weiter zu prüfen, ob wettbewerbsfördernde Marktverhältnisse eine Untersagung der Fusion entbehrlich sein lassen. Grund dafür ist, dass eine Verstärkung der Marktkonzentration durch den Unternehmenszusammenschluss nicht zwangsläufig zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führt. Entscheidend ist vielmehr, ob die zusammengeschlossenen Unternehmen tatsächlich die Möglichkeit erlangen, einseitig die Preise über Wettbewerbsniveau anzuheben. Die Zunahme der Marktkonzentration ist nur ein wichtiges Indiz, das aber durch den Nachweis wettbewerbsfördernder Marktverhältnisse widerlegbar ist; die Beweislast tragen insoweit die beteiligten Unternehmen.⁸⁷⁷

3.3.2.3.2.2.1 Verbleibende Markteintrittsmöglichkeit für konkurrierende Krankenhäuser

Einer der wichtigsten Faktoren, der gegen die Fähigkeit zur einseitigen Preisanhebung spricht, ist das Fehlen von maßgeblichen Marktzutrittschranken für potentielle Wettbewerber.⁸⁷⁸ Auch in konzentrierten Märkten besteht dann für die zusammengeschlossenen Unternehmen die Gefahr, andere Unternehmen zum Einstieg in den Markt zu veranlassen, wenn sie ihre Preise über das Marktniveau erhöhen.⁸⁷⁹ Demgegenüber bewirken hohe Marktzugangsschranken ein verstärktes Risiko für Wettbewerbsbeschränkungen infolge des Zusammenschlusses auch auf wenig konzentrierten Märkten.

⁸⁷⁷ *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III, D, V. 2. a); *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 a.

⁸⁷⁸ Vgl. Nr. 3.0 Merger Guidelines 1992; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 884.

⁸⁷⁹ *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, 2.; *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 b.

Eine Marktzutrittschranke liegt dann vor, wenn der Eintritt in einen bestimmten Markt teuer, schwierig oder zeitaufwendig ist.⁸⁸⁰ Dadurch wird es einem marktbeherrschenden Unternehmen möglich, Preiserhöhungen über Marktniveau für eine unangemessene Zeit durchsetzen, bevor effektiver Markteintritt von Wettbewerbern zu einer Wiederherstellung marktgerechter Preise und Produktion führen kann.⁸⁸¹ Dies ist z. B. der Fall, wenn der Marktzugang mit hohem Investitionsaufwand verbunden ist, erhebliches Know-how erfordert oder lange Vorlaufzeiten bedingt.⁸⁸² Eine zu lange Vorlaufzeit liegt z. B. dann vor, wenn potentielle Markteinsteiger nicht innerhalb von zwei Jahren eine Marktposition erlangen, die einen hinreichenden Einfluss auf die Marktpreise gewährt; ist dies der Fall, muss eine ausreichende Marktzutrittsmöglichkeit verneint werden.⁸⁸³ Die Kontrollbehörden überprüfen allerdings nicht nur die Länge der Vorlaufzeiten für den Erwerb einer hinreichenden Marktposition, sondern sie stellen auch Ermittlungen hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Markteintritts von Wettbewerbern an; diese hängt wiederum ab von den zu erwartenden Gewinnen für einen Markteinsteiger auf der Basis der von den zusammenschließenden Unternehmen geforderten Preise.⁸⁸⁴ Schließlich wird untersucht, ob der Markteintritt zu einer ausreichenden Marktstellung führt, die das Preisniveau tatsächlich beeinflusst.⁸⁸⁵

Der Marktzugang im Krankenhauswesen umfasst die Neueröffnung von Krankenhäusern, Ausbau bereits bestehender Krankenhäuser bzw. Erweiterung der Krankenhausdienstleistungen. Durch Wirtschaftlichkeitsvorteile bestehender Krankenhäuser, Bettenüberkapazitäten und staatliche Zulassungsvorschriften existieren

880 *Frankfurter Kommentar*-Blechman/Bernstein, Ausland-USA, Rdnr. 92.

881 *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.6a.

882 *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, 2.; ausführlich *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.6b.

883 Vgl. Nr. 3.2 Merger Guidelines 1992.

884 Vgl. Nr. 3.3 Merger Guidelines 1992.

885 Vgl. Nr. 3.4 Merger Guidelines 1992.

hohe Zugangsschranken.⁸⁸⁶ So bedarf es gemäß staatlicher „CON laws“ (CON = „certificate of need“) einer Erlaubnis für den Bau bzw. Ausbau eines Krankenhauses. Die Zweijahresfrist in Nr. 3.2 Merger Guidelines für die Berücksichtigung von Marktzutrittsmöglichkeiten ist deshalb kaum einzuhalten. Hinzu kommt, dass mit dem Erwerb des „certificate of need“ erhebliche Kosten verbunden sind, die die Wettbewerbsfähigkeit und damit die Marktzutrittschancen von neuen Krankenhäusern deutlich verschlechtern.⁸⁸⁷

Aufgrund der geringen Möglichkeit für Wettbewerber, in den jeweiligen Krankenhausmarkt einzudringen, können gute Marktzutrittschancen deshalb in der Regel nicht als wettbewerbsfördernder Faktor bei Krankenhauszusammenschlüssen berücksichtigt werden.

3.3.2.3.2.2.2 „Nonprofit“-Krankenhäuser

Als weiterer, die Marktverhältnisse begünstigender Faktor kann zu berücksichtigen sein, dass „Nonprofit“-Krankenhäuser (bzw. „not-for-profit-hospitals“) oder auch staatlich geführte Hospitäler an dem Zusammenschluss beteiligt sind.

Der Aspekt der Beteiligung gemeinnütziger, nicht gewinnorientierter Krankenhäuser an einem Zusammenschluss ist vorstehend bereits im Rahmen der Anwendbarkeit des § 7 Clayton Act sowie der Wahrscheinlichkeit kollusiver Preisabsprachen diskutiert worden.⁸⁸⁸ Da die Gemeinnützigkeit die Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften nicht von vornherein ausschließt, muss geprüft werden, ob dieser Umstand zumindest bei der Beurteilung der wettbewerbslichen Folgen des Zusammenschlusses Berücksichtigung finden kann.

⁸⁸⁶ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 b.

⁸⁸⁷ Hospital Corporation of America, 106 F.T.C. 361 (1985), abgedruckt in *Furrow und andere*, Health Law – Cases, Materials and Problems, Kapitel 15, D. 1. (S. 1094, 1100).

⁸⁸⁸ Vgl. unter Nr. 3.3.1.2.2.2 (S. 223 f.) sowie unter Nr. 3.3.2.3.2.1.2 (S. 254 ff.).

Die Beurteilung von Zusammenschlüssen zwischen Nonprofit- bzw. staatlich geführten Krankenhäusern durch die amerikanischen Gerichte ist unterschiedlich.

Teilweise wurde es abgelehnt, bei diesen Zusammenschlüssen besondere Maßstäbe zur Ermittlung wettbewerbshemmender Folgen anzuwenden.⁸⁸⁹ Es gebe keine tatsächlichen Anhaltspunkte in der Struktur dieser Krankenhäuser, die gegen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten sprächen. Darüber hinaus sei kein statistischer Beleg für die Argumentation erkennbar, dass öffentliche Krankenhäuser nicht wie Wettbewerber aufträten.

Die Gegenmeinung geht davon aus, dass bei diesen Zusammenschlüssen eine Verringerung des Wettbewerbs eher unwahrscheinlich ist.⁸⁹⁰ Im Gegensatz zu den ökonomischen Theorien, neigten Nonprofit-Krankenhäuser in höher konzentrierten Märkten eher zu niedrigen Preisen. Diese Annahme ist allerdings in Frage gestellt worden, weil Untersuchungen ergeben haben, dass die Verwaltungen von Nonprofit-Krankenhäusern durchaus versuchen, den Gewinn zu erhöhen, um Verluste aus anderen Bereichen der Krankenversorgung auszugleichen.⁸⁹¹ Darüber hinaus hätten die leitenden Angestellten selbst von gemeinnützigen Krankenhäusern ein Interesse an Ertragssteigerung, weil sie auf diese Weise ihre persönlichen Einkünfte steigern könnten, sofern sie am Ertrag beteiligt sind.

Des Weiteren kann der Umstand, dass Krankenhäuser im Eigentum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen, nicht dazu führen, bei ihnen wettbewerbschädliches Verhalten von vornherein auszuschließen. Zwar stellte ein Gericht fest, dass öffentlich geführte Krankenhäuser auch durch lokale Unternehmer als Aufsichtsratsmitglieder kontrolliert würden, die ein Interesse an hoher medizini-

⁸⁸⁹ U.S. v. Mercy Health Services, 902 F. Supp. 968, 989 (N.D. Iowa 1995); FTC v. University Health, Inc., 938 F.2d 1206 (11th Cir. 1991).

⁸⁹⁰ FTC v. Butterworth Health Corporation, 946 F.Supp. 1285, 1291 ff. (W.D. Mich. 1996), affirmed 121 F.3d 708 (6th Cir. 1997).

⁸⁹¹ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 c.

scher Qualität bei geringen Preisen hätten.⁸⁹² Anderenfalls müssten sie als Arbeitgeber höhere Krankenversicherungsprämien für ihre Arbeitnehmer leisten.

Dagegen ist aber einzuwenden, dass diese Unternehmer sich regelmäßig nicht an alltäglichen Entscheidungen wie der Preispolitik oder der Gewährung von Preisabschlägen beteiligten; darüber hinaus könnten sie in einem Interessenkonflikt geraten, wenn sie einerseits auch aus eigennützigen Gründen auf geringere Krankenhauspreise achteten, andererseits aber verpflichtet wären, die Interessen des Krankenhauses zu wahren.⁸⁹³

Insgesamt rechtfertigt ein Zusammenschluss „nonprofit“ bzw. staatlich geführter Krankenhäuser nicht generell die Annahme, dass trotz erheblicher Marktkonzentration eine Wettbewerbsverringerung unwahrscheinlich ist. Vielmehr müssen die Krankenhäuser konkret nachweisen, warum gerade in ihrem speziellen Fall wettbewerbliche Nachteile aufgrund ihrer gemeinnützigen Ausrichtung unwahrscheinlich sind.⁸⁹⁴ Hierzu gehört z. B. der Nachweis

- einer fehlenden Korrelation zwischen hoher Marktkonzentration und hohen Krankenhauspreisen;
- einer öffentlichen Verpflichtung zur Preisstabilität;
- dokumentierter Erklärungen des Krankenhauses („mission statements“), seine Leistungen für alle Gemeindemitglieder bezahlbar anzubieten;
- der Umsetzung der „mission statements“ durch neue Programme, die gebührenfreie Krankenhausleistungen für Bedürftige vorsehen;

⁸⁹² *FTC v. Butterworth Health Cooperation*, 946 F.Supp. 1285, 1295 (W.D. Mich. 1996), affirmed 121 F.3d 708 (6th Cir. 1997).

⁸⁹³ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-58 c.

⁸⁹⁴ *Brennan/Cuomo*, The “Nonprofit Defense”, Antitrust 1999, S. 13, 18 f.

- fusionsspezifischer Einsparungen, die an die Patienten über die Krankenhauspreise weitergegeben werden.⁸⁹⁵

3.3.2.4 Rechtfertigungsgründe bei wettbewerbshemmenden Zusammenschlüssen

Unter bestimmten Voraussetzungen können Zusammenschlüsse zulässig sein, obwohl sie aufgrund ihrer wettbewerbsbeschränkenden Folgen eigentlich untersagt werden müssten. Diese ausnahmsweise Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Fusionen kann sich aufgrund folgender Fallgruppen ergeben:

- „state action doctrine“;
- „efficiency doctrine“ (Nr. 4 Merger Guidelines 1992);
- „failing firm doctrine“ (Nr. 5 Merger Guidelines 1992).

3.3.2.4.1 „State Action Doctrine“

Mehr als 20 Bundesstaaten haben Vorschriften erlassen, die Befreiungen von den Vorschriften der Fusionskontrolle im Bereich des Gesundheitssektors vorsehen, soweit durch den Zusammenschluss bestimmte Voraussetzungen wie Kostenreduzierung, Verbesserung der Patientenversorgung oder Reduzierung der Doppelversorgung erfüllt werden.⁸⁹⁶ Diese mitunter als „certificate of public advantage“ bezeichneten Befreiungen sollen in einigen Fällen den Zusammenschluss nicht nur nach einzelstaatlichem, sondern auch nach bundesstaatlichem Recht zulas-

⁸⁹⁵ Brennan/Cuomo, The “Nonprofit Defense”, Antitrust 1999, S. 13, 18 f.

⁸⁹⁶ Furrow und andere, Health Law, Band 2, § 14-49.

sen.⁸⁹⁷ Dies ist möglich auf der Grundlage der von den Gerichten entwickelten „state action doctrine“ bzw. „state action immunity“.⁸⁹⁸

Hintergrund für diese richterrechtlich entwickelte Begrenzung der Wirkungen bundesstaatlichen Wettbewerbsrechts ist der Gedanke, dass das Antitrust-Recht privatwirtschaftliche Wettbewerbsaktivitäten kontrollieren soll, nicht dagegen die Entscheidungen der einzelstaatlichen Gesetzgeber; anderenfalls könnten deren wirtschaftspolitische Kompetenzen durch den bundesstaatlichen Gesetzgeber vollständig ausgehöhlt werden, was dem föderalen Gedanken der Bundesverfassung widerspräche.⁸⁹⁹ Soweit also Zusammenschlüsse nach den einzelstaatlichen Vorschriften zulässig sind, werden sie auf diese Weise durch einzelstaatliches Handeln legitimiert, das grundsätzlich nicht der Kontrolle des bundesstaatlichen Wettbewerbsrechts unterliegen soll. Allerdings dürfen umgekehrt Einzelstaaten nicht Vorschriften erlassen, um auf diese Weise eindeutige Wettbewerbsverstöße zu legalisieren. Deshalb kann die „state action doctrine“ bzw. „state action immunity“ nur dann Anwendung finden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:⁹⁰⁰

- Der Zusammenschluss muss auf der Grundlage einer klar formulierten und den Zusammenschluss bejahenden wettbewerbspolitischen Richtlinie des Einzelstaates erfolgen, und
- es muss zuvor eine „aktive“ Überprüfung („actively supervised“) des Zusammenschlusses durchgeführt werden.

Der Einzelstaat darf also nicht nur eine passive Kontrolle ausüben, so dass der Zusammenschluss schon dann zulässig wäre, wenn der Einzelstaat sie nicht un-

⁸⁹⁷ *Furrow und andere*, Health Law, 1. Auflage, § 10-2. e; *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-16. b. 1.

⁸⁹⁸ *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 31; ausführlich *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 20.2.

⁸⁹⁹ *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-2. d. 2.; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 20.2a.

⁹⁰⁰ *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 20.3; *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-2. d. 2.

tersagte; vielmehr ist eine aktive Überprüfung des Zusammenschlusses in wettbewerblicher Hinsicht zwingend vorgeschrieben.⁹⁰¹ Eine Befreiung des Krankenhauszusammenschlusses nach einzelstaatlichem und zugleich bundesstaatlichem Recht kommt deshalb auf der Grundlage der „state action doctrine“ nur in Betracht, wenn eine sorgfältige Analyse ergeben hat, dass der Einzelstaat eine substantielle Rolle bei der Ermittlung der für den Zusammenschluss maßgeblichen wettbewerbspolitischen Kriterien wahrgenommen hat.⁹⁰²

3.3.2.4.2 „Efficiency Doctrine“

Zusammenschlüsse haben regelmäßig Effizienzvorteile zur Folge, nämlich z. B. optimierte Ressourcennutzung, verbesserten Service oder die Entwicklung neuer Produkte.⁹⁰³ Soweit es sich dabei um gewöhnliche Effizienzsteigerungen handelt, führen diese nicht zu einer wettbewerbsrechtlichen Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses; erreichen die Effizienzvorteile aber einen Umfang, der über die gewöhnlichen Verbesserungen hinausgeht, dann kann dies zu einer Billigung der Fusion beitragen.⁹⁰⁴

Voraussetzung ist allerdings, dass die Effizienzsteigerungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit an die Verbraucher weitergegeben werden.⁹⁰⁵ Die Rationalisierungsmaßnahmen müssen dabei nicht vollends dem Kunden zugute kommen, weil sonst die Motivation für einen Zusammenschluss bei den Unternehmen nicht mehr gegeben wäre; vielmehr reicht es aus, wenn die Effizienzvorteile in einem

901 *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 31 ff, 34 ff.; *Furrow und andere*, Health Law (verkürzte Fassung), § 14-2. d. 2.

902 *FTC v. Ticor Title Insurance Cooperation*, 504 U.S. 621; 112 S.Ct. 2169; 119 L. Ed. 2d 410 (1992); *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 33.

903 *Raskin/Zessar*, Telling the Efficiencies Stories, Antitrust 1999, S. 21; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 95; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 4.

904 *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.2b3.

905 *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 95.

Umfang weitergegeben werden, der erwarten lässt, dass die Preise nach dem Zusammenschluss geringer sein werden als vor dem Zusammenschluss.⁹⁰⁶ Die Vorteile müssen dabei umso größer sein, je deutlicher die wettbewerblichen Risiken des Zusammenschlusses sind.⁹⁰⁷

Zusätzlich müssen die Unternehmen beweisen, dass der Zusammenschluss für den Eintritt der Vorteile notwendig und damit die Effizienzsteigerung zusammenschlussbedingt („merger specific“) sind.⁹⁰⁸ Dies ist nicht der Fall, wenn der Effizienzvorteil auch durch eine weniger wettbewerbsbeeinträchtigende Maßnahme zu erreichen wäre, z. B. durch die Gründung eines Joint Venture.⁹⁰⁹

Insgesamt ist das alleinige Berufen auf die Efficiency-Doctrine nur selten erfolgreich, da hohe Anforderungen gestellt werden, die von den insoweit beweispflichtigen Fusionsunternehmen kaum erfüllt werden.⁹¹⁰

Bei der Anwendung der vorgenannten Kriterien auf Krankenhausfusionen ergibt sich, dass u. a. folgende Effizienzvorteile Berücksichtigung finden können:⁹¹¹

- Einsparung von Laborkosten, wenn doppelte Laboreinrichtungen vorhanden sind;
- Reduzierung der Stationsvorhaltekosten (Personalabbau, wenn doppelte Abteilungen vorgehalten werden);
- Verringerung der Kosten für die Krankenhausküche, soweit eine Zentralküche die fusionierte Krankenseinheit insgesamt versorgen kann;

⁹⁰⁶ *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.2b2.

⁹⁰⁷ Nr. 4 Merger Guidelines 1992; *Raskin/Zessar*, Telling the Efficiencies Stories, Antitrust 1999, S. 21.

⁹⁰⁸ Nr. 4 Merger Guidelines 1992; *Raskin/Zessar*, Telling the Efficiencies Stories, Antitrust 1999, S. 21.

⁹⁰⁹ *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.2b3.

⁹¹⁰ *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 4., mit weiteren Nachweisen.

⁹¹¹ *Raskin/Zessar*, Telling the Efficiencies Stories, Antitrust 1999, S. 22.

- Optimierung von Einkauf und Materialmanagement (Personalabbau sowie höhere Rabatte bei Großeinkäufen);
- Reduzierung der Kosten für die Wäscherei, soweit eine Zentralwäscherei die fusionierte Krankenhauseinheit insgesamt versorgen kann;
- Einsparungen bei den Verwaltungskosten.

Darüber hinaus haben die Gerichte – entgegen den Merger Guidelines 1992 – bei Krankenhausfusionen auch „undeutliche“ Effizienzvorteile („inchoate efficiencies“) wie z. B. „Größe“ oder „technischer Standard“ anerkannt.⁹¹² So wurde in der Entscheidung *FTC v. Tenet Health Care Corporation* als positiv für den Wettbewerb berücksichtigt, dass die zusammengeschlossenen Krankenhäuser u. a. einen höheren medizinischen Standard aufwiesen und höherqualifiziertes Personal anwerben könnten.⁹¹³ Im Gegensatz dazu wird in § 4 Merger Guidelines die Berücksichtigung vager oder spekulativer Effizienzvorteile eigentlich abgelehnt, so dass nur verifizierbare Effizienzsteigerungen bei der wettbewerbsrechtlichen Bewertung der Fusion von Bedeutung sein sollen.

Für die Berechnung der Effizienzsteigerungen bei Krankenhausfusionen wird folgendes Verfahren angewendet:⁹¹⁴

Zunächst muss die Summe der Einsparungen berechnet werden, die z. B. durch Vermeidung von doppelten Ausgaben („spreading fixed costs“) oder durch Größenvorteile („economies of scale“) erzielt werden. Dieser Betrag wird mit den Aufwendungen für die Einsparmaßnahmen gegengerechnet. Der verbleibende Betrag wird sodann verglichen mit dem Betrag, der die fusionsbedingten Wettbewerbsnachteile repräsentieren soll. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die auf diese

912 *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-60.

913 *FTC v. Tenet Health Care Corporation*, 186 F.3d 1045 (8th Cir. 1999) (zitiert nach *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-60, Fußnote 7).

914 Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-60.

Weise zu ermittelnden Effizienzvorteile letztlich kaum zu kalkulieren sind, weshalb sich die Behörden in der Regel nur auf grobe Schätzungen beziehen können.⁹¹⁵

Die Anforderungen an den von den Krankenhäusern zu erbringenden Beweis für die Effizienzvorteile sind sehr hoch.⁹¹⁶ Darüber hinaus werden häufig nur unmittelbar eintretende Einsparungen anerkannt; behauptete, nicht unmittelbar beweisbare Effizienzsteigerungen bleiben oftmals unberücksichtigt, insbesondere wenn sie auch ohne die Fusion zu erzielen sind.

Aufgrund dieser hohen Beweisanforderungen auf Seiten der beteiligten Krankenhäuser reicht für eine Nichtberücksichtigung von Effizienzvorteilen häufig schon die Ansicht der Behörden, dass aufgrund einer groben Schätzung die Einsparungen nicht groß genug erscheinen oder dass die Krankenhäuser nicht ausreichend bewiesen hätten, dass sie die Effizienzsteigerungen an die Verbraucher weitergegeben werden.⁹¹⁷

3.3.2.4.3 „Failing Firm Defense“

Als weiteres Argument für die Zulässigkeit eines ansonsten zu untersagenden Zusammenschlusses ist die durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelte „failing firm defense“ (Sanierungsfusion) zu nennen.⁹¹⁸ Grund für diese Ausnahmeregelung ist, dass die Untersagung des Zusammenschlusses mit einem sanierungsbe-

⁹¹⁵ Greaney, Hospital Mergers and Antitrust Law, American Journal of Law & Medicine, 1997, S. 191, 218 ff.

⁹¹⁶ Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-60.; *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 96 f.

⁹¹⁷ Vgl. *United States v. Rockford Memorial Corporation*, 717 F. Supp. 1251, 1288 (N.D. Ill. 1989), affirmed 898 F. 2d 1278 (7th Cir. 1990); hierzu und zum Folgenden auch *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-60.

⁹¹⁸ Vgl. Nr. 5 Merger Guidelines 1992; *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 900; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.9; *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 95; *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-59; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 5.a.

dürftigen Unternehmen ebenfalls zu dessen Ausscheiden aus dem Markt führt und somit keine wettbewerbserhaltende Funktion hat. Die Zulassung des Zusammenschlusses hat aber gegenüber der Untersagung den Vorteil, dass die Interessen der Kreditgeber, der Arbeiter und der Anleger gewahrt werden könnten.⁹¹⁹ Darüber hinaus ist die „failing firm defense“ in wirtschaftlicher Hinsicht sinnvoll, denn sie erlaubt die (zumindest teilweise) Fortführung der Produktion des Sanierungsunternehmens; im Falle des Konkurses besteht dagegen die Gefahr des (vollständigen) Verlustes der Produktionsmittel.⁹²⁰

Nr. 5.1 der Merger Guidelines 1992 nennt insgesamt vier Voraussetzungen, die für die Anwendung der failing firm defense erfüllt sein müssen:

- drohende Zahlungsunfähigkeit;
- keine Möglichkeit zur Reorganisation in einem Insolvenzverfahren;
- keine anderen Käufer, mit denen ein Zusammenschluss geringere Wettbewerbsbeschränkungen verursachen würde;
- Nachweis, dass ohne den Zusammenschluss die Produktionsmittel des Sanierungsunternehmens aus dem Markt ausscheiden werden.

Vergleichbare Voraussetzungen werden in Nr. 5.2 der Merger Guidelines für den Fall der „failing deivision“ definiert, wenn also ein sanierungsbedürftiger Unternehmensteil an einen Wettbewerber veräußert werden soll.⁹²¹

Auch bei Krankenhausfusionen kann die „failing firm defense“ zur Zulässigkeit eines im Übrigen zu untersagenden Zusammenschlusses führen; die Anforderungen

⁹¹⁹ *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-59; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.9.

⁹²⁰ *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, § 12.9.

⁹²¹ Siehe hierzu *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, B, Nr. 5 b.

der Merger Guidelines für die Anwendung der „failing firm defense“ sind allerdings beträchtlich und sind von den an dem Zusammenschluss beteiligten Krankenhäusern nur schwer zu beweisen.⁹²²

⁹²² *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-59; *Aspen Health Law Center*, Health Care Antitrust, S. 95.

3.3.3 Verfahrensregelungen der Fusionskontrolle

Im Wettbewerbsrecht der USA sind die Verfahrensvorschriften der Fusionskontrolle nicht systematisch kodifiziert. Dennoch soll hier in Anlehnung an die deutsche Fusionskontrolle zwischen Vorschriften bezüglich des Anzeige- sowie des Kontrollverfahrens unterschieden werden. Zuvor soll aber dargestellt werden, welche von den beiden amerikanischen Kartellbehörden (DOJ und FTC) für die Durchsetzung der jeweiligen Antitrust-Vorschriften verantwortlich ist.

3.3.3.1 Kompetenzverteilung zwischen den Kartellbehörden

Die Durchsetzung der amerikanischen Antitrust-Vorschriften ist den beiden bereits erwähnten Kartellbehörden, nämlich dem Justizministerium (Department of Justice = „DOJ“) und der Federal Trade Commission (FTC), übertragen.⁹²³ Innerhalb des DOJ ist die so genannte Antitrust Division zuständig, der ein „assistant attorney general“ vorsteht.⁹²⁴ Dagegen handelt es sich bei der FTC um eine unabhängige Kommission mit fünf, von dem Präsidenten der USA ernannten Mitgliedern.

Grundsätzlich sind beide Behörden getrennt voneinander zur Überwachung der Einhaltung der Fusionsvorschriften und des gesamten Antitrust-Rechts befugt. Für das DOJ stehen hierzu die Kompetenznormen gemäß § 4 Sherman Act und § 15 Clayton Act zur Verfügung.⁹²⁵ Demgegenüber ist die Kompetenznorm der FTC allein der § 5 Abs. 2 FTC Act, wonach die FTC gegen „unlautere Wettbewerbsmethoden“ einschreiten kann. Ein ausdrücklicher Bezug auf den Sherman Act oder den Clayton Act ist zwar im FTC Act nicht enthalten, aber der Begriff „unlautere Wettbewerbsmethoden“ wird erweiternd dahingehend ausgelegt, dass die FTC

⁹²³ *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 14.

⁹²⁴ *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI. (S. 272).

⁹²⁵ *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III B. II.

auch die Einhaltung der Vorschriften des Sherman Act, des Clayton Act und des Robinson-Patman-Act kontrollieren soll.⁹²⁶ Dies führt im Ergebnis dazu, dass bei der Durchsetzung der Kartellrechtsvorschriften eine teilweise überlappende Zuständigkeit des DOJ und der FTC besteht.⁹²⁷

Allerdings hat das DOJ keine eigene Anordnungscompetenz, sondern muss vor einem Bundesgericht die erforderlichen Verfügungen (z. B. eine Unterlassungsverfügung) beantragen; demgegenüber verfügt die die DOJ über die ausschließliche Zuständigkeit, auf der Grundlage des Sherman Act strafrechtliche Sanktionen (Geld- oder Freiheitsstrafe) zu verhängen.⁹²⁸ Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis aber selten Gebrauch gemacht, so dass regelmäßig nur Unterlassungsverfügungen vor dem Bundesgericht beantragt werden.⁹²⁹

Im Gegensatz zum DOJ kann die FTC wegen Verletzung des FTC Act bzw. des Clayton Act eigenständige Unterlassungsverfügungen erlassen, die der Kontrolle der Bundesgerichte unterliegen.⁹³⁰ Darüber hinaus hat die FTC die alleinige Zuständigkeit für die Durchsetzung des FTC Act, so dass die Doppelzuständigkeit der FTC und des DOJ auf den Clayton Act und den Sherman Act beschränkt

926 *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 5.

927 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 908; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 14.

928 *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III. B. II.; zu den Einzelheiten siehe *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI. (S. 272).

929 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 908.

930 *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III. B. II.; zu den Einzelheiten siehe *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI. (S. 272).

ist.⁹³¹ Eine strafrechtliche Verfolgung gemäß dem Sherman Act liegt außerhalb der Kompetenz der FTC.⁹³²

Um Kompetenzkonflikte zu vermeiden, haben die Kartellbehörden eine Aufteilung nach Branchen und Regelungsmaterien vorgenommen.⁹³³ In Zweifelsfällen werden individuelle Zuständigkeitsentscheidungen getroffen.⁹³⁴ Insgesamt können die beiden Kartellbehörden durch Nichtverfolgung von zweifelhaften Fusionsfällen eine möglicherweise liberalere Wettbewerbspolitik der jeweiligen Regierung unterstützen. In diesen Fällen können die Antitrustgesetze der Einzelstaaten an Bedeutung gewinnen, die von den Antitrustbehörden der betreffenden Staaten durchgesetzt werden.⁹³⁵

Bei Krankenhauszusammenschlüssen scheint vornehmlich die FTC die Einhaltung der fusionsrechtlichen Vorschriften zu überprüfen. Jedenfalls ist die Mehrzahl der publizierten Fusionsfälle im Krankenhausbereich unter Beteiligung der FTC fusionsrechtlich kontrolliert worden.⁹³⁶

⁹³¹ *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI. (S. 272); *Eising/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 908.

⁹³² *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III. B. II.

⁹³³ Zu den Einzelheiten siehe *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III. B. II.

⁹³⁴ *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI. (S. 272), mit weiteren Nachweisen.

⁹³⁵ *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III. B. II; *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 14.

⁹³⁶ Vgl. die Aufstellung der Fusionsfälle im Krankenhausbereich in einer Veröffentlichung der FTC mit dem Titel „FTC Antitrust Actions in Health Care Services and Products“, IV. A., S. 45 ff., veröffentlicht als PDF-Datei unter der Internet-Adresse <http://www.ftc.gov/bc/healthindex.htm>, im Gegensatz zu einer Gesamtaufstellung der Kartellrechtsfälle des Department of Justice seit Dezember 1994, veröffentlicht unter der Internet-Adresse <http://www.usdoj.gov/atr/cases.html>.

3.3.3.2 Anzeigeverfahren

Der Hart-Scott-Rodino-Act, durch den der § 7A in den Clayton Act eingefügt wurde, begründet u. a. Anzeigepflichten für Zusammenschlussvorhaben (so genannte „premerger notification“).⁹³⁷ Auf diese Weise soll den Kartellbehörden genügend Zeit für die Überprüfung geplanter Fusionen gegeben werden.⁹³⁸

Sowohl die FTC als auch das DOJ müssen gemäß § 7A Clayton Act unterrichtet werden, wenn

- der Umsatz bzw. die Gesamtaktiva eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen mindestens 100 Millionen US Dollar beträgt und das andere Unternehmen Aktiva von mindestens 10 Millionen US Dollar aufweist (bei Unternehmen des verarbeitenden Gewerbes kommt es auf den Umsatz und nicht auf die Aktiva an), und zusätzlich
- der Erwerber mindestens 15 % der Stimmanteile oder der Wirtschaftsgüter der zu erwerbenden Gesellschaft erhält;⁹³⁹ übersteigt der Wert der Anteile bzw. der Wirtschaftsgüter einen Betrag von 15 Millionen US Dollar, dann kommt es auf den Prozentsatz nicht an.⁹⁴⁰

⁹³⁷ *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D. I.

⁹³⁸ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 901.

⁹³⁹ Anmerkung: Den Umsetzungsregelungen der FTC zufolge ist in diesem Fall weitere Voraussetzung, dass nach dem Erwerb von 15 % der Anteile insgesamt mindestens 50 % der Anteile erworben wurden und dass der Umsatz bzw. das Vermögen des erworbenen Unternehmens mindestens 25 Millionen US Dollar beträgt; vgl. *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 1.

⁹⁴⁰ *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 1.; *Turcon/Zimmer-Zimmer*, Grundlagen des US-amerikanischen Wirtschaftsrechts, Kapitel III. V. 1.

Die Anzeigepflicht entfällt aber u. a., wenn der Erwerber bereits vor dem Zusammenschluss mindestens 50 % der Anteile innehat oder wenn kein gesamter Betriebsteil übernommen wird.⁹⁴¹

Zur Anzeige sind alle beteiligten Unternehmen verpflichtet, die hierzu eine so genannte „notification and report form“ unter Angabe detaillierter Informationen zu dem geplanten Zusammenschluss ausfüllen müssen.⁹⁴² Nach Abgabe der Anzeige besteht eine Wartezeit von 30 Tagen, die bei Barangeboten auf 15 Tage verkürzt ist; sie verlängert sich um 20 Tage (im Falle eines Barangebotes um 10 Tage), wenn die Kartellbehörden zusätzliche Informationen bei den beteiligten Unternehmen nachfragen. Bei Verstoß gegen die Anzeige- bzw. gegen die Wartepflicht kann u. a. eine Geldbuße in Höhe von bis zu 10.000 US Dollar pro Tag verhängt werden, und zwar sowohl gegen die beteiligten Unternehmen als auch gegen die zuständigen Vorstandsmitglieder.⁹⁴³ Strafrechtliche Sanktionen bestehen dagegen nicht.

Das Verstreichenlassen der Wartezeit durch das DOJ bzw. die FTC hindert weder die Kartellbehörden noch die Gerichte, den Zusammenschluss später zu überprüfen und ggf. zu untersagen.⁹⁴⁴

3.3.3.3 Kontrollverfahren

Das Kontrollverfahren wird in der Regel durch Beschwerden von Dritten (z. B. Wettbewerbern) oder Anzeigen der beteiligten Unternehmen eingeleitet; nur selten

⁹⁴¹ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 902; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 1., mit weiteren Ausnahmefällen.

⁹⁴² Zu den Einzelheiten siehe *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 1.

⁹⁴³ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 903; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 1.

⁹⁴⁴ *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt VIII, Nr. 6.

nehmen die Kartellbehörden von Amts wegen die Ermittlungen auf.⁹⁴⁵ Dabei ist zwischen den Verfahren bei der FTC und dem DOJ zu unterscheiden.

3.3.3.3.1 Verfahren bei der FTC

Die FTC nimmt sowohl die Aufgaben einer Untersuchungs- und Verfolgungsbehörde („prosecutor“) als auch richterliche Funktionen wahr. Hierzu wird ein dreistufiges Verfahren durchlaufen:

- Vorbereitung der Entscheidung durch die zuständigen Beamten;
- Entscheidung durch einen so genannten „administrative judge“, der zwar der FTC zugeordnet ist, aber dennoch unabhängig ist;
- Bestätigung der Entscheidung durch die Kommission der FTC.

Gegen diese Entscheidung ist die Berufung an die Bundesgerichte zulässig. Eine strafrechtliche Verfolgung gehört nicht zum Kompetenzbereich der FTC, doch kann sie ihre Ermittlungsergebnisse dem DOJ vorlegen, das dann das Strafverfahren einleitet.

Im Rahmen des Kontrollverfahrens kann die FTC die Unternehmen bzw. Dritte zur Auskunftserteilung auffordern, indem sie ein so genanntes „civil investigation demand“ verfügt. Bei Nichtbefolgung der Aufforderung können Sanktionen aber nur durch die Gerichte verhängt werden. In der Praxis ergeht deshalb regelmäßig keine formelle Auskunftserteilungsverfügung, sondern die FTC fordert zur „freiwilligen“ Auskunftserteilung auf.

Im Falle eines Verstoßes gegen fusionsrechtliche Bestimmungen kann die FTC so genannte „cease and desist orders“ (Unterlassungsverfügungen) erlassen.⁹⁴⁶ Da-

⁹⁴⁵ Hierzu und zum Folgenden *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI. (S. 272).

⁹⁴⁶ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 909.

bei soll nicht das rechtswidrige Verhalten der Unternehmen bestraft, sondern der fusionsrechtswidrige Zustand beseitigt werden, wofür der FTC bzw. den Gerichten ein weiter Entscheidungsermessensspielraum zusteht.⁹⁴⁷ Zur Vermeidung einer formellen „cease and desist order“ versuchen sowohl die FTC als auch die beteiligten Unternehmen, sich mittels eines so genannten „consent decree“ außegerichtlich zu einigen.⁹⁴⁸

In dem „consent decree“ können sich die beteiligten Unternehmen z. B. zur Entflechtung („divestiture“) verpflichten, d. h. zur Veräußerung oder Ausgliederung bestimmter Unternehmensteile.⁹⁴⁹ Soweit die wettbewerbswidrigen Folgen des geplanten Zusammenschlusses weniger gravierend sind, kann eine Entflechtung u. a. dadurch vermieden werden, dass die beteiligten Unternehmen ihren Wettbewerbern Patentlizenzen zur Verfügung stellen.⁹⁵⁰

Ein geplanter Zusammenschluss kann bei der FTC auch im Wege einer so genannten „advisory opinion“ vorab überprüft werden, wobei die Informationen vertraulich behandelt werden.⁹⁵¹ Die Entscheidung selbst wird allerdings veröffentlicht. In einem späteren Kartellverfahren ist die „advisory opinion“ nicht bindend, aber durchaus richtungweisend. In jedem Falle scheidet eine strafrechtliche Verfolgung aus.

947 Hierzu und zum Folgenden *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI. (S. 272).

948 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 910.

949 Zu den Einzelheiten siehe *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 2.

950 *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 102.

951 Hierzu und zum Folgenden *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 911.

3.3.3.3.2 Verfahren bei dem DOJ

Im Gegensatz zur FTC ist das DOJ nur Untersuchungs- und Anklagebehörde; es hat keine rechtsprechende Funktion und kann Entscheidungen nicht selbst anordnen.⁹⁵² Die Befugnis der Antitrust Division des DOJ ist begrenzt auf die Einleitung von wettbewerbsrechtlichen Verwaltungsverfahren („civil cases“) sowie von Strafverfahren („criminal cases“).

Sämtliche der von ihr beabsichtigten Verfügungen muss die DOJ bei den Bundesgerichten beantragen. Entsprechendes gilt auch für eine vergleichsweise Einigung im Rahmen eines „consent judgement“, das durch ein Distriktgericht bestätigt werden muss. Wird das DOJ als Anklagebehörde tätig, hat es bereits im Rahmen des formellen Untersuchungsverfahrens die Grand Jury des zuständigen Bundesgerichts zu beteiligen.

Während eines vom DOJ eingeleiteten Strafverfahrens können die Angeklagten auf schuldig oder nicht schuldig plädieren („to plead guilty“ bzw. „not guilty“).⁹⁵³ Darüber hinaus können die Unternehmen die Anklage lediglich unbestritten lassen („plea of nolo contendere“). Die beiden letzten Erklärungen haben eine Verurteilung zur Folge, wobei die Angeklagten sich mit dem DOJ über ein Strafmaß verständigen können, das von den Gerichten regelmäßig akzeptiert wird. Im Unterschied zur Schuldigbekennung („to plead guilty,“) bedeutet das „plea of nolo contendere“ aber kein Schuldeingeständnis und kann somit im Rahmen eines Zivilrechtsverfahrens von den privaten Klägern nicht als „Prima Facie-Beweis“ herangezogen werden.⁹⁵⁴

⁹⁵² Hierzu und zum Folgenden *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI. (S. 272 f.).

⁹⁵³ Hierzu und zum Folgenden *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI. (S. 273).

⁹⁵⁴ *Deringer*, Das Antitrust- und Wettbewerbsrecht der USA, Abschnitt XI. (S. 273); *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 910.

Wie bei der FTC kann auch beim DOJ eine Vorabklärung von Fusionsfällen beantragt werden. Beim DOJ erfolgt dies im Rahmen eines „business review procedure“ und führt zu ähnlichen rechtlichen Ergebnissen wie die „advisory opinion“ der FTC.⁹⁵⁵

⁹⁵⁵ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 911.

3.3.4 Sanktionen im Falle des Verstoßes gegen die Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle

Hinsichtlich der möglichen Sanktionen ist zu unterscheiden zwischen den Kartellbehörden und Dritten, die den Erlass fusionsrechtlicher Sanktionen durchsetzen wollen.

3.3.4.1 Maßnahmen des Department of Justice und der Federal Trade Commission

Verstöße der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen gegen das Fusionsrecht der USA können sowohl strafrechtliche als auch verwaltungsrechtliche Sanktionen nach sich ziehen.

3.3.4.1.1 Strafrechtliche Sanktionen

Eine Verletzung des Sherman Act kann sowohl mit Freiheitsstrafe und/oder mit Geldstrafe geahndet werden; die Freiheitsstrafe kann bis zu drei Jahren betragen, während sich die Geldbuße auf bis zu 350.000 US Dollar für Privatpersonen und bis zu 10 Millionen US Dollar für Unternehmen belaufen kann.⁹⁵⁶ Die Sanktion der Freiheitsstrafe wird auch in der Praxis verhängt; so betrug die durchschnittliche Freiheitsstrafe wegen Kartellrechtsverstößen im Jahre 1995 ungefähr 8 Monate.⁹⁵⁷

Darüber hinaus können alternativ Geldstrafen bis zum zweifachen Gewinn infolge des Zusammenschlusses bzw. des finanziellen Schadens verhängt werden.⁹⁵⁸

⁹⁵⁶ Vgl. §§ 1 und 2 Sherman Act.

⁹⁵⁷ *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 17 (Fußnote 7).

⁹⁵⁸ Vgl. 18 U.S. C. §§ 3571 – 3572 (2000).

3.3.4.1.2 Verwaltungsrechtliche Sanktionen

Den Kartellbehörden stehen drei Arten von verwaltungsrechtlichen Sanktionen zur Verfügung.

- „preliminary relief“;
- „alternative preliminary relief“;
- „permanent relief“.

3.3.4.1.2.1 „Preliminary Relief“

Sowohl das DOJ als auch die FTC sind ausdrücklich ermächtigt, Verstöße gegen die Fusionskontrollnormen im Wege einstweiliger Untersagungsverfügung („preliminary relief“) zu verhindern.⁹⁵⁹ Soweit eine einstweilige Verfügung ergeht, wird damit das Zusammenschlussvorhaben von den Unternehmen in der Regel aufgegeben, während umgekehrt eine Ablehnung der einstweiligen Verfügung durch die Gerichte eine Weiterverfolgung durch die Kartellbehörden unwahrscheinlich werden lässt.

Damit eine einstweilige Verfügung ergehen kann, muss das DOJ mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachweisen, dass die Vorteile der einstweiligen Verfügung für den Wettbewerb die wirtschaftlichen Nachteile für die Unternehmen überwiegen.⁹⁶⁰ Mitunter genügt auch der Nachweis, dass ernsthafte Zweifel an der Zulässigkeit des geplanten Zusammenschlusses bestehen. Der Nachweis, dass durch die beabsichtigte Fusion irreparabler Schaden für den Wettbewerb zu erwarten ist, muss nicht geführt werden. Über den Antrag auf einstweilige Verfügung

⁹⁵⁹ Hierzu und zum Folgenden *American Bar Association Section of Antitrust Law, Antitrust Developments*, Kapitel III, D, 3.

⁹⁶⁰ Hierzu und zum Folgenden *American Bar Association Section of Antitrust Law, Antitrust Developments*, Kapitel III, D, 3. a.

kann auf Anordnung des Gerichts im Rahmen einer Anhörung („hearing“) verhandelt werden.

Soweit die FTC eine einstweilige Verfügung erlassen möchte, ist hierfür eine nachvollziehbare oder substantielle Erfolgsaussicht in der Hauptsache („reasonable“ oder „substantial“ likelihood of success) erforderlich.⁹⁶¹ Es kann auch der Nachweis einer realen und dauerhaften Erfolgschance („fair and tenable chance“) ausreichen, oder es bestehen ernsthafte, substantielle Zweifel („serious, substantial questions“) an der Zulässigkeit der Fusion, die hinreichenden Anlass für eine gründliche Untersuchung geben („fair ground for thorough investigation“).

Grundsätzlich ergeht die einstweilige Verfügung der FTC ohne vorherige Anhörung der betroffenen Unternehmen, die lediglich Rechtsmittel beim Berufungsgericht einlegen können. Soweit aber eine unangemessene Verzögerung des Zusammenschlusses die Unternehmen zur Aufgabe des einstweilig untersagten Fusionsvorhabens zwingen könnte, kann das Gericht die FTC anweisen, dass Verfahren zumindest zu beschleunigen.⁹⁶²

3.3.4.1.2.2 „Alternative Preliminary Relief“

Als weitere Möglichkeit, gegen einen geplanten Zusammenschluss vorzugehen, steht der so genannte „alternative preliminary relief“ zur Verfügung.⁹⁶³ Dieser stellt keine einstweilige Untersagung des Zusammenschlusses dar, sondern verpflichtet die Unternehmen lediglich, das erworbene Unternehmen von denjenigen Firmenbereichen fernzuhalten, die wettbewerbsrechtliche Bedenken hervorrufen. Voraussetzung dafür ist aber, dass diese so genannte „hold separate order“ tat-

⁹⁶¹ Hierzu und zum Folgenden *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 3. b.

⁹⁶² *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 3. b.

⁹⁶³ Hierzu und zum Folgenden *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 4.

sächlich Wettbewerbsbeschränkungen vorläufig ausschließt und dass eine Untersagung des Zusammenschlusses nach Abschluss des Verfahrens weiterhin möglich ist.

Gegen die „hold separate order“ werden Bedenken erhoben, weil es schwierig sein könnte, die Unternehmen im Nachhinein wieder zu entflechten und einen anderen Käufer zu finden.⁹⁶⁴ Des Weiteren wird geltend gemacht, dass trotz der „hold separate order“ der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen zumindest zeitweilig beschränkt ist und dass das übernommene Unternehmen aufgrund der Entscheidungsbefugnisse und des Zugangs zu vertraulichen Informationen durch den Erwerber geschwächt werden könnte. Einige Gerichte lassen die „hold separate order“ deshalb vorwiegend nur dann zu, wenn die Voraussetzungen für eine einstweilige Untersagungsverfügung nicht erfüllt sind (z. B. Nachweis hinreichender Erfolgsaussichten in der Hauptsache).⁹⁶⁵

3.3.4.1.2.3 „Permanent Relief“

Die dauerhafte Wiederherstellung des Wettbewerbs als Hauptaufgabe des amerikanischen Antitrustrechts beinhaltet nicht nur die Möglichkeit der endgültigen Untersagung des Zusammenschlusses („permanent injunction“), sondern auch der Entflechtung eines bereits erfolgten Zusammenschlusses („divestiture“).⁹⁶⁶ In diesem Fall haben die beteiligten Unternehmen die wirtschaftlichen Folgen selbst zu verantworten.

Allerdings dürfen im Rahmen des Kontrollverfahrens als reinem Verwaltungsverfahren keine Strafen ausgesprochen werden. Aus diesem Grund darf eine vollständige Entflechtung oder Zerschlagung bzw. eine endgültige Untersagung nicht

⁹⁶⁴ Zum Diskussionsstand siehe *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 4.

⁹⁶⁵ Siehe *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 4., mit weiteren Nachweisen.

⁹⁶⁶ Hierzu und zum Folgenden *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, D, 5.

verfügt werden, wenn nur Teile der beteiligten Unternehmen wettbewerbliche Bedenken hervorrufen. Unter diesen Umständen soll grundsätzlich nur eine teilweise Entflechtung erfolgen, worauf sich die beteiligten Unternehmen mit den Kartellbehörden häufig im Rahmen eines „consent decree“ verständigen. Voraussetzung ist allerdings, dass der abzutrennende Unternehmensteil von den sich zusammenschließenden Unternehmen unabhängig ist und eine Marktposition erreicht, die zumindest derjenigen vor der Abtrennung entspricht.

3.3.4.2 Maßnahmen Privater

Neben den Kartellbehörden können auch Privatpersonen und Unternehmen zur Durchsetzung des Antitrustrechts befugt sein. Es kann somit „jedermann“ („any person, firm, corporation, or association“) wie die Kartellbehörden gerichtliche Unterlassungsverfügungen beantragen.⁹⁶⁷

Des Weiteren können bestimmte, von dem Zusammenschluss Betroffene gemäß § 4 Clayton Act Ersatz der dreifachen Summe des ihnen entstandenen Schadens verlangen (so genannte „treble damages“).⁹⁶⁸ Dies stellt eine erhebliche Motivation für Bürger dar, die Einhaltung der Kartellrechtsvorschriften zu überwachen. Darüber hinaus bedeutet die Möglichkeit der „treble damages“ ein beträchtliches finanzielles Risiko für die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und kann dazu beitragen, dass diese die fusionsrechtlichen Vorschriften sorgfältig einzuhalten versuchen.⁹⁶⁹

Allerdings müssen Wettbewerber der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen für den Schadensersatzanspruch nachweisen, dass der Zusammenschluss zu wettbewerbswidrigen Praktiken („predatory activity“), z. B. Preisabspra-

⁹⁶⁷ Vgl. § 16 Clayton Act.

⁹⁶⁸ *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 16; ausführlich hierzu *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel X.

⁹⁶⁹ *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 913.

chen, führt.⁹⁷⁰ Anderenfalls sind die Voraussetzungen für den Nachweis des „antitrust injury“ gemäß § 4 Clayton Act nicht erfüllt, da auch die Wettbewerber von der Wettbewerbsminderung durch erhöhte Marktkonzentration infolge des Zusammenschlusses profitieren können.⁹⁷¹

Somit müssen konkurrierende Krankenhäuser wettbewerbswidrigen Praktiken der fusionierenden Krankenhäuser darlegen, um die erforderliche Klagebefugnis („standing“) für Schadensersatzklagen geltend machen zu können.⁹⁷² Andere Parteien, z. B. Angestellte, Ärzte oder Patienten, können das notwendige „standing“ nachweisen, indem sie u. a. Einkommensverluste bzw. Preiserhöhungen aufgrund erhöhter Marktmacht der zusammengeschlossenen Krankenhäuser darlegen. In bestimmten Fällen können auch Sammelklagen („class action“) erhoben werden, bei denen die Privatkläger als Vertreter aller Personen tätig werden, die vergleichbare Ansprüche innehaben können.⁹⁷³ So könnten einzelne Patienten für eine Vielzahl ähnlich Betroffener Schadensersatzklagen in Form von Sammelklagen gegen fusionierte Krankenhäuser einreichen.

3.3.4.3 Maßnahmen eines Einzelstaates

Die Justizminister der betroffenen Einzelstaaten können schließlich Schadensersatzansprüche im Namen der betroffenen Bürger der jeweiligen Staaten geltend machen („Parens-Patrie-Verfahren“) und dabei ebenfalls die dreifache Schadens-

970 *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-51; *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, E.

971 *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, E.

972 Hierzu und zum Folgenden *Furrow und andere*, Health Law, Band 2, § 14-51.

973 *Frankfurter Kommentar-Blechman/Bernstein*, Ausland-USA, Rdnr. 16, 154; ausführlich *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel X, I, 3.

summe einklagen.⁹⁷⁴ Allerdings findet dieses Verfahren nur selten Anwendung.⁹⁷⁵

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass der „state attorney general“ eines Einzelstaates wie eine Privatperson Untersagungsverfügungen oder Schadensersatzansprüche gemäß §§ 4 und 16 Clayton Act gerichtlich durchsetzt.⁹⁷⁶

974 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rdnr. 914; zu den Einzelheiten siehe *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel IX, B. 2.

975 *Frankfurter Kommentar*-Blechman/Bernstein, Ausland-USA, Rdnr. 16.

976 *American Bar Association Section of Antitrust Law*, Antitrust Developments, Kapitel III, F., sowie Kapitel IX, B, 1.

3.4 Ergebnis

Hauptaufgabe des amerikanischen Wettbewerbs- und Fusionsrechts ist die Kontrolle privater wirtschaftlicher Macht durch Sicherung des Wettbewerbs. Gesetzliche Grundlage der amerikanischen Fusionskontrolle sind der Sherman Act von 1890, der Clayton Act von 1914 sowie der Federal Trade Commission Act von 1914, wobei Entstehungsgeschichte und Wortlaut darauf hindeuten, dass der Gesetzgeber § 7 Clayton Act als die in erster Linie anzuwendende Vorschrift der Zusammenschlusskontrolle einführen wollte. Darüber hinaus finden so genannte „Merger Guidelines“ der Kartellbehörden Anwendung. Es handelt sich um Grundsätze für das behördliche Eingreifen ohne rechtsverbindlichen Gesetzescharakter, die Planungs- und Rechtssicherheit bei der Anwendung der generalklauselartig weit gefassten Fusionskontrollvorschriften gewährleisten sollen. Die so genannten 1992er Merger Guidelines regeln ausschließlich horizontale Zusammenschlüsse, während die 1984er Merger Guidelines alle übrigen Zusammenschlussformen betreffen.

Neben der bundesstaatlichen Fusionskontrolle sind subsidiär die Fusionskontrollvorschriften der Einzelstaaten zu berücksichtigen, die allerdings regelmäßig gleichen Inhaltes sind. Bedeutung haben sie vor allem, soweit sie strengere Richtlinien enthalten.

Der Krankenhauswettbewerb, der mangels spezialgesetzlicher Normen der allgemeinen Fusionskontrolle gemäß § 7 Clayton Act unterliegt, wird durch das Finanzierungssystem der Krankenhauskosten geprägt. Diese Finanzierung erfolgt im Wesentlichen durch drei Kostenträgersysteme, nämlich durch die so genannte „Traditional Health Insurance“, durch „Managed Care Payers“ sowie durch staatliche Krankenversicherungsprogramme wie „Medicare“ oder „Medicaid“.

Bei der „Traditional Health Insurance“ schließen die Arbeitnehmer Krankenversicherungen ab, deren Rahmenbedingungen zuvor durch den Arbeitgeber ausgehandelt wurden. In der Regel hat der Arbeitnehmer keine Einschränkungen hinsichtlich der Arzt- und Krankenhausauswahl.

Im „Managed Care“-System, das seit den 80iger Jahren des 20. Jahrhunderts zunehmende Verbreitung gefunden hat, schließt der Arbeitnehmer ebenfalls Versicherungsverträge mit Krankenversicherungen ab, die ihrerseits Rahmenverträge mit dem Arbeitgeber ausgehandelt haben. Allerdings werden nur die Kosten für ein definiertes Leistungspaket gedeckt, wobei diese Leistungen ausschließlich von bestimmten Leistungserbringern (Ärzten, Krankenhäuser etc.) erbracht werden, die ihrerseits Vertragsbeziehungen zu den „Managed Care“-Versicherungen haben. Die freie Arztwahl ist demnach eingeschränkt.

Das staatliche „Medicare“-Programm trägt die Gesundheitsversorgungskosten u. a. für Senioren, die zuvor über mindestens 10 Jahre Sozialversicherungsabgaben geleistet haben. Das Programm wird über die Sozialversicherung sowie durch Steuereinnahmen finanziert. „Medicaid“ ist demgegenüber ein rein abgabengetrages bundes- und einzelstaatliches Finanzierungsprogramm der Gesundheitsversorgungskosten von sozial schwachen Mitbürgern. In gewissem Umfang werden die Erstattungsbeträge für Medicaid- bzw. Medicare-Patienten den Krankenhäusern staatlicherseits vorgeben.

Durch dieses Finanzierungssystem der Krankenhauskosten, insbesondere durch die Einführung des Managed Care-Systems, entstehen zwei Ebenen des Krankenhauswettbewerbs, zum einen der Wettbewerb der Krankenversicherungspläne, bestimmte Krankenhäuser in ihr Programm aufzunehmen, zum anderen der Wettbewerb der Krankenhäuser um Patienten.

Der Krankenhauswettbewerb kann weiter differenziert werden in einen preislichen Wettbewerb und einen nicht-preislichen Wettbewerb. Letzterer bezieht sich vorwiegend auf Reputation sowie Qualität der medizinischen Einrichtungen und betrifft sämtliche Patienten. Demgegenüber wirkt sich der preisliche Wettbewerb vorwiegend für die Patienten aus, die im „Managed Care-System“ versichert sind. Diese müssen berücksichtigen, in welchem Umfang sie unter Umständen Zuzahlungen leisten müssen, falls das Krankenhaus kein Managed-Care-Vertragspartner ist. Patienten, deren Krankenhauskosten über traditionelle private

Krankenversicherungen, Medicare oder Medicaid abgedeckt sind, sind deutlich weniger preisbewusst.

Der Krankenhausmarkt ist durch die Preisvorgaben bei den staatlichen Krankenversicherungsprogrammen nicht völlig frei von gesetzlicher Reglementierung. Der Anteil der Krankenhauseinnahmen mit staatlichen Preisvorgaben (über Medicare- bzw. Medicaid-Programme) beträgt aber lediglich 40 % (im Jahre 1993), so dass der Einfluss der Wettbewerbsreglementierung insgesamt als nicht sehr ausgeprägt zu bezeichnen ist.

3.4.1 Formelle Fusionskontrolle

Da der amerikanische Bundesgesetzgeber nur zur Regelung des zwischenstaatlichen Handels Gesetzgebungsbefugnis hat, findet die bundesstaatliche Fusionskontrolle gemäß § 7 Clayton Act nur Anwendung, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Parteien entweder im zwischenstaatlichen Handel tätig sind oder ihre Tätigkeit Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel hat. Allerdings werden insoweit keine hohen Anforderungen gestellt. Deshalb wird der Zwischenstaatlichkeitstest selbst bei innerstädtischen Krankenhausfusionen erfüllt, da die meisten Krankenhäuser Zahlungen von außerhalb des betroffenen Bundesstaates ansässigen Versicherungen erhalten, ihrerseits Krankenhausausrüstungsgegenstände von zwischenstaatlichen Quellen beziehen und auch Patienten anderer Bundesstaaten behandeln. Im Übrigen können die Fusionskontrollvorschriften der Einzelstaaten zur Anwendung kommen.

Der amerikanischen Fusionskontrolle unterliegen alle natürlichen Personen, Kapital- oder Personengesellschaften. Zwischen verschiedenen Zusammenschlusstatbeständen wird nicht differenziert, sondern maßgeblich ist allein die Erhöhung der Marktmacht durch jedweden, Kontrolle vermittelnden Erwerb von Anteilen oder Vermögenswerten. Eine Unterscheidung zwischen Zusammenschlussdimensionen erfolgt nur im Rahmen der Anwendung der Merger Guidelines.

Des Weiteren kennt die amerikanische Fusionskontrolle keine Schwellenwerte für deren Anwendbarkeit. Lediglich das Anmeldeerfordernis ist vermögens- und umsatzabhängig.

Bei so genannten „virtual mergers“ (z. B. strategische Allianzen bzw. gemeinsame Organisationsstrukturen ohne rechtliche Verschmelzung) müssen die Ziele der Vereinbarung bzw. spezifische Kontrollabreden genau untersucht werden, um festzustellen, ob eine wettbewerbliche Einheit vorliegt und damit die Fusionskontrollvorschriften anwendbar sind. Diese Prüfung wird insbesondere bei Absprachen zwischen religiös geführten Krankenhäusern erforderlich, die ihre Eigenständigkeit beibehalten wollen. Indizien für das Fehlen einer wettbewerblichen Einheit sind z. B. verbliebene Vetorechte, das Recht jedes Krankenhauses zur Besetzung des Vorstandes, Kontrollrechte der beteiligten Krankenhäuser bei strategischen Entscheidungen, Kündigungsrechte zur Beendigung der Allianz.

Des Weiteren ist die Kontrollbefugnis der Federal Trade Commission auf der Grundlage des § 7 Clayton Act nicht durch § 4 Federal Trade Commission Act eingeschränkt, so dass auch „Not-For-Profit“-Krankenhäuser der Zusammenschlusskontrolle gemäß § 7 Clayton Act unterliegen.

3.4.2 Materielle Fusionskontrolle

Im Rahmen der Prüfung der materiellen Fusionskontrolle kann – als Besonderheit bei Krankenhausfusionen – ein geplanter Zusammenschluss von allgemeinen Akutkrankenhäusern gemäß den „Statements of Department of Justice and Federal Trade Commission Enforcement Policy on Mergers among Hospitals“ als von vornherein unbedenklich eingestuft werden. Die Voraussetzungen dieser so genannten „antitrust safety zone“ sind erfüllt, wenn eines der Krankenhäuser weniger als 100 genehmigte Betten während der letzten 3 Jahre hatte und eine durchschnittliche Belegung in den letzten drei Jahren von weniger als 40 Patienten pro Tag erzielte. Anderenfalls erfolgt die eingehende Prüfung des Zusammenschlusses gemäß § 7 Clayton Act.

Hierzu wird zunächst unter Anwendung der Merger Guidelines 1992 der Krankenhausmarkt definiert. Danach umfasst der relevante Markt eine Gruppe austauschbarer Produkte in einem bestimmten räumlichen Gebiet. Zur Durchführung der Marktabgrenzung wird untersucht, ob ein hypothetischer Anbieter eine zwar geringfügige, aber dennoch signifikante und nicht nur vorübergehende Anhebung des Preises durchsetzen könnte.

Der sachlich relevante Markt schließt die Produkte der beteiligten Unternehmen sowie alle substantiell akzeptablen Ersatzprodukte ein. Der Umfang des sachlichen Produktmarktes wird von der Bandbreite der Produkte bestimmt, die aus der Sicht des Verbrauchers hinsichtlich des Gebrauchs als austauschbar angesehen werden. Dabei wird im amerikanischen Krankenhauswettbewerbsrecht berücksichtigt, dass ein stationärer Patient in der Regel nicht jeweils eine einzige Krankenhausleistung, sondern ein ganzes „Bündel“ medizinischer Dienstleistungen in Anspruch nimmt. Deshalb sind so genannte „cluster markets“ definiert worden, die ein ganzes Spektrum von Leistungen umfassen und Produkte bzw. Dienstleistungen beinhalten, die untereinander nicht konkurrieren. Voraussetzung ist aber, dass die an der Fusion beteiligten Krankenhäuser einen gemeinsamen „Kern“ von Krankenhausdienstleistungen für stationäre Patienten anbieten.

Bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes ist von dem Ort der Verkaufstätigkeit jedes der beteiligten Unternehmens auszugehen. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zur räumlichen Marktabgrenzung ist auch im Krankenhausbereich der räumliche Markt als das Gebiet definiert, in dem ein Krankenhausmonopolist die Preise signifikant und nicht nur vorübergehend erhöhen kann, ohne so viele Patienten zu verlieren, dass die Preiserhöhung unwirtschaftlich wäre.

Bei der konkreten Abgrenzung des geographischen Krankenhausmarktes muss eine eingehende Marktanalyse erfolgen, die das Marktverhalten der Krankenversicherer, der Arbeitgeber und der Patienten einschließt. Es sind somit nicht nur die Sichtweisen der unmittelbaren Leistungsempfänger, also der Patienten, zu berücksichtigen, sondern auch derjenigen, die entweder die Kosten für Preiserhöhungen im Krankenhausesektor zu tragen haben (Arbeitgeber und Arbeitnehmer)

oder die Versicherungspläne verkaufen wollen und ein Interesse an größerer Patientenmobilität haben (Krankenversicherer). Patientenbewegungsstatistiken bleiben ebenfalls ein wichtiger Faktor bei der Marktanalyse, da sie die gegenwärtigen Patientengewohnheiten widerspiegeln. Sie können aber nicht die alleinige Grundlage der geographischen Marktabgrenzung bilden, sondern es muss darüber hinaus eine Vielzahl von Marktdaten – und einflussfaktoren einfließen, die im Rahmen einer eingehenden Marktanalyse zu ermitteln sind. Weitere Informationen kann die Analyse der Krankenhausempfehlungen durch niedergelassene Ärzte, der internen Betriebsunterlagen der jeweiligen Krankenhäuser sowie der Krankenhauswerbung geben. In jüngeren Gerichtsentscheidungen wurden die räumlichen Krankenhausmärkte aufgrund der vorgenommenen Marktanalyse auf bis zu 70 – 100 Meilen (\approx 110 – 160 Kilometer) ausgedehnt.

Im Anschluss an die Marktabgrenzung müssen die Marktanteile als Ausdruck der Marktmacht der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ermittelt werden. Im Krankenhaussektor gilt als der aussagekräftigste Indikator für die Ermittlung der Marktanteile die von dem jeweiligen Krankenhaus vorgehaltene Bettenzahl; allerdings werden auch Umsatzerlöse sowie die Summe der Patiententage als Hinweis auf den Krankenhaus-Output in die Bewertung einbezogen.

Zur weiteren Analyse der Marktverhältnisse wird schließlich die Unternehmenskonzentration auf dem relevanten Markt ermittelt. Hierzu werden zwei Hilfsmittel herangezogen, die „four-firm concentration ratio“ sowie der „Herfindahl-Hirschman-Index“.

Die CR4 wird berechnet, indem die Marktanteile der vier größten Unternehmen im Markt addiert werden. Ab einem CR4 von 75 % wird der Markt als sehr konzentriert angesehen, so dass ein eventueller Zusammenschluss eingehender Prüfung bedarf. Die CR4 hat heutzutage nur noch untergeordnete Bedeutung und wird vorwiegend als Zusatzindikator herangezogen.

Beim in den Merger Guidelines 1992 zugrunde gelegten „Herfindahl-Hirschman-Index“ werden jeweils die Marktanteile aller im Markt tätigen Unternehmen quadriert und die Quadratzahlen addiert werden. Auf diese Weise werden die großen

Marktanteile deutlich stärker gewichtet als die kleinen. Das Ergebnis ist ein Wert zwischen annähernd 0 (Markt mit unendlich vielen Wettbewerber) und 10.000 (Monopol). Ein Markt mit einem HHI von nicht mehr als 1.000 gilt als wenig konzentriert, zwischen 1.000 und 1.800 als mäßig konzentriert und über 1.800 als hochkonzentriert.

Nach der Feststellung der vorbestehenden Marktkonzentration sind die wettbewerblichen Folgen des Krankenhauszusammenschlusses zu überprüfen. Hierzu kommen wiederum die „Merger Guidelines“ zur Anwendung, wobei die 1992er Guidelines nur horizontale Zusammenschlüsse regeln, während die übrigen Zusammenschlussdimensionen, also vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse, von den 1984er Guidelines erfasst werden. Die wichtigste Fallgruppe für den Krankenhaussektor sind aber horizontale Fusionen, so dass vorwiegend die 1992er Guidelines zur Anwendung kommen.

Bei der Überprüfung der für den Krankenhaussektor bedeutsamen horizontalen Zusammenschlüsse sind unter Zugrundelegung der 1992er Merger Guidelines sowohl wettbewerbshemmende als auch wettbewerbshemmende Folgen des Zusammenschlusses von Bedeutung.

Wichtiges, aber nicht ausschlaggebendes Kriterium für die Bestimmung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses ist die Erhöhung der Marktkonzentration durch die Fusion. Ein „Post-Merger-HHI“ von nicht mehr als 1.000 beschreibt einen weiterhin unkonzentrierten Markt. Zusammenschlüsse auf diesen Märkten werden – nahezu unabhängig von der Konzentrationszunahme – regelmäßig als unbedenklich angesehen. Ein „Post-Merger-HHI“ zwischen 1.000 und 1.800 zeigt einen moderat konzentrierten Markt an. Beträgt der Zuwachs gegenüber dem „Prä-Merger-HHI“ weniger als 100 Punkte, so werden regelmäßig keine wettbewerbshemmenden Folgen erwartet, so dass üblicherweise eine weitere Analyse unterbleiben kann; bei Überschreitung der 100-Punkte-Grenze, können Bedenken gegen den Zusammenschluss bestehen. Ein „Post-Merger-HHI“ von über 1.800 ist ein Indiz für einen hochkonzentrierten Markt. Deshalb werden Zusammenschlüsse

nur dann als von vornherein unbedenklich angesehen, wenn die Zunahme des HHI weniger als 50 Punkte beträgt. Bei einer Zunahme von mehr als 100 Punkten besteht die widerlegliche Vermutung, dass der Wettbewerb durch die Fusion erheblich verringert wird bzw. ein Monopol entstehen kann.

Als weiterer wettbewerbshemmender Faktor besteht die Möglichkeit für Krankenhäuser, trotz vorhandener Heterogenität wettbewerbliche Absprachen zu treffen, weil die Anzahl an Versicherungsunternehmen, die die Preise mit den Krankenhäusern aushandeln, begrenzt ist. Auch die Bildung von „cluster markets“ begünstigt Wettbewerbsabsprachen, da die maßgeblichen wettbewerblchen Variablen überschau- und kalkulierbar sind.

Des Weiteren wirken sich die Nachfragebedingungen auf die Möglichkeit zu abgestimmtem Verhalten zwischen den Krankenhäusern aus.

So ist kollusives Verhalten erschwert, wenn die Nachfrager kompetent sind und selbst über hinreichende Marktmacht verfügen. Krankenversicherungen als vermeintliche „power buyers“ können aber trotz bedeutenden Marktanteils Preisabsprachen zwischen den Krankenhäusern nicht aufdecken, wenn die Preise nicht durch ein wettbewerblches Bieterverfahren ermittelt werden. Darüber hinaus verhindern vertragliche Verpflichtungen gegenüber den Krankenversicherten, dass sich die Versicherungsunternehmen den Preisabsprachen der Krankenhäuser widersetzen.

Abweichungen von kollusiven Vereinbarungen sind eher wahrscheinlich, wenn Krankenhäuser nur wenige große Verträge mit Versicherungen, Arbeitgebern oder anderen „third-party-purchasers“ abschließen. Allerdings gibt es kaum Krankenhausmärkte, in denen die Krankenhäuser mit nur wenigen großen Versicherungen umfassende Versorgungsverträge abschließen. Im Übrigen stehen oftmals keine anderen Krankenhäuser als Ausweichalternativen zur Verfügung stehen, so dass selbst unter diesen Umständen Preisabsprachen zwischen Krankenhäusern nicht verhindert werden können.

Des Weiteren ist die Preiselastizität im Krankenhausmarkt nur gering, so dass ein Preisanstieg nicht zu einem nennenswerten Rückgang in der Nachfrage der Kran-

kenhausleistung führt. Unter diesen Umständen ist kollusives Verhalten wahrscheinlicher. Schließlich können Krankenhäuser untereinander vereinbaren, ihr Preisschema nur bestimmten Krankenversicherungen anzubieten und andere Versicherungen ausschließen, weil Krankenhausdienstleistungen nicht weiterverkauft werden können. Auch diese begünstigt Wettbewerbsabsprachen.

Gegen die Gefahr von kollusiven Wettbewerbsabsprachen können die Trägerschaft der fusionierenden Krankenhäuser und deren möglicherweise fehlende Gewinnorientierung sprechen. Gleiches gilt für eine mögliche Finanzschwäche der Krankenhäuser, wodurch ihre Marktmacht zur Durchsetzung von Wettbewerbsabsprachen geringer einzuschätzen sein könnte.

Ein Zusammenschluss kann des Weiteren dadurch zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, dass die fusionierten Krankenhäuser in die Lage versetzt werden, eine Gewinnsteigerung durch einseitige Preiserhöhung oder Produktionsdrosselung zu erzielen („Unilateral Effects-Doctrine“). Die Möglichkeit, auf diese Weise eine einseitige Preiserhöhung durchzusetzen, besteht für Krankenhäuser vor allem dann, wenn sie zwar unterschiedliche, aber doch sehr ähnliche medizinische Versorgungsleistungen anbieten oder wenn sie sich vornehmlich durch ihre Bettenzahl unterscheiden. Soweit die beteiligten Krankenhäuser bei den Patienten als erste und zweite Wahl angesehen werden und einen gemeinsamen Marktanteil von mindestens 35 % aufweisen, besteht die Gefahr, dass eines der zusammengeschlossenen Krankenhäuser seine Preise anheben kann, wobei eventuelle Rückgänge in der Bettenbelegung durch das andere Krankenhaus aufgefangen werden.

Soweit die wettbewerbshemmenden Folgen des Zusammenschlusses dessen Rechtswidrigkeit indizieren, ist weiter zu prüfen, ob wettbewerbsfördernde Marktverhältnisse eine Untersagung der Fusion entbehrlich sein lassen. Die Beweislast tragen insoweit die beteiligten Krankenhäuser.

Einer der wichtigsten Faktoren, der gegen die Fähigkeit zur einseitigen Preisanhebung spricht, ist das Fehlen von maßgeblichen Marktzutrittschranken für potentiell-

le Wettbewerber. Der Marktzugang im Krankenhausbereich umfasst die Neueröffnung von Krankenhäusern, Ausbau bereits bestehender Krankenhäuser bzw. Erweiterung der Krankenhausdienstleistungen. Durch staatliche Zulassungsvorschriften („CON laws“), Wirtschaftlichkeitsvorteile bestehender Krankenhäuser und Bettenüberkapazitäten bestehen hohe Zugangsschranken. Aufgrund der geringen Möglichkeit für Wettbewerber, in den jeweiligen Krankenhausmarkt einzudringen, können gute Marktzutrittschancen deshalb in der Regel nicht als wettbewerbsfördernder Faktor bei Krankenhauszusammenschlüssen berücksichtigt werden.

Des Weiteren rechtfertigt auch ein Zusammenschluss „nonprofit“ bzw. staatlich geführter Krankenhäuser nicht generell die Annahme, dass trotz erheblicher Marktkonzentration eine Wettbewerbsverringering unwahrscheinlich ist. Vielmehr müssen die Krankenhäuser konkret nachweisen, warum gerade in ihrem speziellen Fall wettbewerbliche Nachteile aufgrund ihrer gemeinnützigen Ausrichtung unwahrscheinlich sind. Hierzu gehört z. B. die Nachweise einer fehlenden Korrelation zwischen hoher Marktkonzentration und hohen Krankenhauspreisen, einer öffentlichen Verpflichtung zur Preisstabilität, dokumentierter Erklärungen des Krankenhauses („mission statements“), seine Leistungen für alle Gemeindemitglieder bezahlbar anzubieten, der Umsetzung der „mission statements“ durch neue Programme, die gebührenfreie Krankenhausleistungen für Bedürftige vorsehen sowie fusionsspezifischer Einsparungen, die an die Patienten über die Krankenhauspreise weitergegeben werden.

Unter bestimmten Voraussetzungen können Zusammenschlüsse zulässig sein, obwohl sie aufgrund ihrer wettbewerbsbeschränkenden Folgen eigentlich untersagt werden müssten.

So haben einige Bundesstaaten Befreiungen von den Vorschriften der Fusionskontrolle im Bereich des Gesundheitssektors zugelassen, soweit durch den Zusammenschluss bestimmte Voraussetzungen wie Kostenreduzierung, Verbesserung der Patientenversorgung oder Reduzierung der Doppelversorgung erfüllt werden. Diese als „certificate of public advantage“ bezeichneten Befreiungen sol-

len in einigen Fällen den Zusammenschluss nicht nur nach einzelstaatlichem, sondern auch nach bundesstaatlichem Recht zulassen. Dies ist möglich auf der Grundlage der von den Gerichten entwickelten „state action doctrine“ bzw. „state action immunity“, vorausgesetzt der Zusammenschluss erfolgt auf der Grundlage einer klar formulierten und den Zusammenschluss bejahenden wettbewerbspolitischen Richtlinie des Einzelstaates und ist „aktiv“ überprüft worden.

Des Weiteren kann ein Zusammenschluss gebilligt werden, wenn die fusionsbedingten Effizienzvorteile einen Umfang erreichen, der über die gewöhnlichen Verbesserungen hinausgeht („efficiency doctrine“). Allerdings müssen die Effizienzsteigerungen zumindest teilweise an die Verbraucher weitergegeben werden und mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Preisrückgängen führen. Für den Krankenhausbereich werden Effizienzvorteile wie Einsparungen von Laborkosten, Reduzierung von Stationsvorhalte-, Wäscherei- und Krankenhausküchenkosten sowie Optimierung von Verwaltung, Einkauf und Materialmanagement berücksichtigt.

Als weiteres Argument für die Zulässigkeit eines ansonsten zu untersagenden Zusammenschlusses ist die durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelte „failing firm defense“ (Sanierungsfusion) zu nennen. Grund für diese Ausnahmeregelung ist, dass die Untersagung des Zusammenschlusses mit einem sanierungsbedürftigen Unternehmen ebenfalls zu dessen Ausscheiden aus dem Markt führt und somit keine wettbewerbserhaltende Funktion hat. Insgesamt müssen vier Voraussetzungen für die Anwendung der failing firm defense erfüllt sein, nämlich drohende Zahlungsunfähigkeit, keine Möglichkeit zur Reorganisation in einem Insolvenzverfahren, keine anderen Käufer, mit denen ein Zusammenschluss geringere Wettbewerbsbeschränkungen verursachen würde, sowie Nachweis, dass ohne den Zusammenschluss die Produktionsmittel des Sanierungsunternehmens aus dem Markt ausscheiden werden. Die Beweislast obliegt den Krankenhäusern und ist nur schwer zu erfüllen.

3.4.3 **Verfahrens- und Sanktionsvorschriften**

Bei Krankenhausfusionen finden in den USA die allgemeinen Verfahrens- und Sanktionsvorschriften Anwendung.

Danach ist die Durchsetzung der amerikanischen Antitrust-Vorschriften zwei Kartellbehörden, nämlich dem Justizministerium (Department of Justice = „DOJ“) und der Federal Trade Commission (FTC), übertragen, wobei sich deren Zuständigkeiten teilweise überlappen. Bei Krankenhauszusammenschlüssen scheint – aufgrund einer internen Aufteilung der Zuständigkeiten nach Branchen und Regelungsmaterien – vornehmlich die FTC die Einhaltung der fusionsrechtlichen Vorschriften zu überprüfen.

Das DOJ hat keine eigene Anordnungscompetenz, sondern muss vor einem Bundesgericht die erforderlichen Verfügungen (z. B. eine Unterlassungsverfügung) beantragen; allerdings kann es – im Gegensatz zur FTC – auf der Grundlage des Sherman Act strafrechtliche Sanktionen (Geld- oder Freiheitsstrafe) verhängen. Die FTC kann wegen Verletzung des FTC Act bzw. des Clayton Act eigenständige Unterlassungsverfügungen erlassen (so genannte „cease and desist orders“), die der Kontrolle der Bundesgerichte unterliegen. Zur Vermeidung einer formellen „cease and desist order“ versuchen sowohl die FTC als auch die beteiligten Unternehmen, sich mittels eines so genannten „consent decree“ außergerichtlich zu einigen. Entsprechendes gilt für das DOJ im Rahmen einer vergleichweisen Einigung durch ein „consent judgement“.

Der Hart-Scott-Rodino-Act, durch den der § 7A in den Clayton Act eingefügt wurde, begründet u. a. Anzeigepflichten beim DOJ und bei der FTC für Zusammenschlussvorhaben (so genannte „premerger notification“), soweit der Umsatz bzw. die Gesamtkтива eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen mindestens 100 Millionen US Dollar beträgt und das andere Unternehmen Aktiva von mindestens 10 Millionen US Dollar aufweist; des Weiteren muss Erwerber mindestens 15 % der Stimmanteile oder der Wirtschaftsgüter der zu erwerbenden Gesellschaft erhalten (außer bei einem Wert der Anteile bzw. der Wirtschaftsgüter von über 15 Millionen US Dollar).

Eine Verletzung des Sherman Act kann sowohl mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und/oder mit Geldstrafe geahndet werden. Im Übrigen können DOJ und FTC drei Arten von verwaltungsrechtlichen Verfügungen erlassen bzw. beantragen. Die „preliminary relief“ stellt eine einstweilige Untersagungsverfügung dar. Die so genannte „hold separate order“ als „alternativ preliminary relief“ verpflichtet die Unternehmen lediglich, das erworbene Unternehmen von denjenigen Firmenbereichen fernzuhalten, die wettbewerbsrechtliche Bedenken hervorrufen. Voraussetzung dafür ist aber, dass diese so genannte „hold separate order“ tatsächlich Wettbewerbsbeschränkungen vorläufig ausschließt und dass eine Untersagung des Zusammenschlusses nach Abschluss des Verfahrens weiterhin möglich ist. Die „permanent relief“ zur dauerhaften Wiederherstellung des Wettbewerbs beinhaltet nicht nur die Möglichkeit der endgültigen Untersagung des Zusammenschlusses („permanent injunction“), sondern auch der Entflechtung eines bereits erfolgten Zusammenschlusses („divestiture“).

Neben den Kartellbehörden können auch Privatpersonen und Unternehmen zur Durchsetzung des Antitrustrechts befugt sein. Des Weiteren können bestimmte, von dem Zusammenschluss Betroffene gemäß § 4 Clayton Act Ersatz der dreifachen Summe des ihnen entstandenen Schadens verlangen (so genannte „treble damages“). Allerdings müssen konkurrierende Krankenhäuser wettbewerbswidrigen Praktiken der fusionierenden Krankenhäuser darlegen, um die erforderliche Klagebefugnis („standing“) für Schadensersatzklagen geltend machen zu können. In bestimmten Fällen können auch Sammelklagen („class action“) erhoben werden, bei denen die Privatkläger als Vertreter aller Personen tätig werden, die vergleichbare Ansprüche innehaben können.

Die Justizminister der betroffenen Einzelstaaten können schließlich Schadensersatzansprüche im Namen der betroffenen Bürger der jeweiligen Staaten geltend machen („Parens-Patrie-Verfahren“) und dabei ebenfalls die dreifache Schadenssumme einklagen. Schließlich kann der „state attorney general“ eines Einzelstaates wie eine Privatperson Untersagungsverfügungen oder Schadensersatzansprüche gemäß §§ 4 und 16 Clayton Act gerichtlich durchsetzen.

4 Rechtsvergleich der Zusammenschlusskontrolle bei Krankenhausfusionen

Die Untersuchung der Zusammenschlusskontrolle bei Krankenhausfusionen in Deutschland und den USA zeigt, dass die jeweiligen allgemeinen Fusionskontrollvorschriften beider Länder uneingeschränkte Anwendung auf Krankenhauszusammenschlüsse findet. Dabei dient die Zusammenschlusskontrolle in Deutschland wie in den USA dem Schutz der Freiheit des Wettbewerbs. Es gibt in beiden Ländern keine gesetzlichen Spezialvorschriften, die besondere Maßstäbe bei Fusionen zwischen Krankenhäusern bzw. mit Krankenhäusern begründen würden. Von den Kartellbehörden der USA sind lediglich unverbindliche Richtlinien als so genannte „Statements of Department of Justice and Federal Trade Commission Enforcement Policy on Mergers among Hospitals“ formuliert worden, die der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Entscheidungen der Kartellbehörden bei Fusionen von Akutkrankenhäusern dienen sollen.

Darüber hinaus existieren in den USA neben der bundesstaatlichen Fusionskontrolle noch entsprechende Vorschriften der Einzelstaaten, die allerdings nur dann Bedeutung haben, wenn sie strengere Richtlinien vorsehen. In Deutschland gibt es dagegen keine ländereigene Fusionskontrolle. Vielmehr ist die deutsche Zusammenschlusskontrolle im GWB umfassend und einheitlich kodifiziert, während die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Vorschriften der amerikanischen Fusionskontrolle (Sherman Act, Clayton Act, FTC-Act) zum Teil nur schwer vorgenommen werden kann.

Als weitere Besonderheit der Zusammenschlusskontrolle in den USA ist die Entwicklung der so genannten „Merger Guidelines“ durch die Kartellbehörden zu nennen. Diese Verwaltungsrichtlinien, die der Rechtsanwendungssicherheit und –planbarkeit dienen und durch die Gerichte anerkannt wurden, finden keine Entsprechung in Deutschland. Hier ist die Auslegung und Konkretisierung der Vorschriften der Fusionskontrolle weitgehend den Gerichten überlassen.

Neben den vorbeschriebenen strukturellen Unterschieden der Fusionskontrollvorschriften sind darüber hinaus auch die Krankenhauskostenfinanzierungssysteme Deutschlands und der USA verschieden ausgestaltet, was wiederum Auswirkungen auf die Bedeutung und Anwendung der Fusionskontrollvorschriften im Krankenhaussektor der jeweiligen Ländern hat.

So ist durch die Einführung des Managed Care-System eine weitere Wettbewerbs-ebene im Krankenhausmarkt der USA entstanden, nämlich der Wettbewerb der Managed Care-Versicherungen, die ca. 30 % der Patienten repräsentieren, um Rahmenverträge mit den Krankenhäusern. In Deutschland besteht diese weitere Ebene des Wettbewerbs praktisch nicht, denn für die gesetzlichen Krankenkassen besteht auch in dem zukünftigen Fallpauschalensystem ein – wenn auch abgeschwächter – faktischer Kontrahierungszwang, und über die privaten Versicherungen, die keine direkten vertraglichen Beziehungen zu den Krankenhäusern haben, sind nur ca. 10 % der Patienten versichert. Die durch den faktischen Kontrahierungszwang gebundenen gesetzlichen Krankenkassen repräsentieren dagegen ca. 90 % der Patienten, so dass im Ergebnis der deutsche Krankenhauswettbewerb gegenüber dem amerikanischen insgesamt weniger liberalisiert ist. Dies führt dazu, dass die Zusammenschlusskontrolle in Deutschland eine geringere Bedeutung hat als in den USA, weil die Fusionskontrollvorschriften den Wettbewerb nur in dem Maße schützen können, wie dieser staatlicherseits zugelassen ist.

4.1 Formelle Fusionskontrolle

Im Rahmen der formellen Fusionskontrolle sind als erheblicher Unterschied zwischen der deutschen und der amerikanischen Zusammenschlusskontrolle die nur in Deutschland bestehenden Umsatzschwellen für die Anwendbarkeit der deutschen Kontrollvorschriften hervorzuheben. Zwar wirkt sich der Vorrang der EG-Fusionskontrolle wegen der hohen Schwellenwerte von 5 bzw. 2,5 Milliarden Euro gegenwärtig nicht aus. Doch hat die 500-Millionen-Euro-Umsatzschwelle gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB erhebliche Bedeutung bei der Anwendbarkeit der deutschen Fusionskontrolle. Sie führt dazu, dass reine Krankenhausfusionen nur dann

gemäß § 36 GWB überprüft werden können, wenn Krankenhäuser großer Krankenhausunternehmen mit insgesamt 5.000 – 6.000 Betten beteiligt sind.

Eine derartige Anwendungsbeschränkung durch Umsatzschwellen kennt die amerikanische Fusionskontrolle nicht. Für die bundesstaatliche Zusammenschlusskontrolle ist lediglich erforderlich, dass der zwischenstaatliche Handel betroffen ist. Insoweit werden aber keine hohen Anforderungen gestellt, die deshalb selbst bei innerstädtischen Krankenhausfusionen regelmäßig erfüllt werden. Die Folge ist, dass auch Fusionen einzelner Krankenhäuser mit wenigen Hundert Betten von der amerikanischen Fusionskontrolle erfasst werden. Dies findet seine Umsetzung in der Praxis, die sowohl Entscheidungen der Kartellbehörden als auch der Gerichte zu Fusionen einzelner Krankenhäuser kennt.

Fraglich ist, welche Auswirkungen dieser prinzipielle Unterschied der Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften für den Krankenhaussektor der beiden Länder hat und welche Rechtfertigung es hierfür gibt.

Die Umsatzschwellen der deutschen Fusionskontrolle sollen verhindern, dass das Bundeskartellamt sich mit Zusammenschlussvorhaben auseinandersetzt, deren Bedeutung für den Gesamtmarkt Deutschlands aufgrund niedriger Umsatzerlöse keine eingehende Prüfung rechtfertigt. Dies ist sicherlich sinnvoll für Produkte, die auf diesem Gesamtmarkt gehandelt werden bzw. gehandelt werden können. Warum sollte das Bundeskartellamt eine Fusion z. B. zwischen zwei Autohändlern innerhalb einer Stadt überprüfen? Die Auswirkungen auf den Gesamtmarkt wären nur sehr gering, und potentielle Autokäufer könnten jederzeit auf andere Händler auf außerhalb dieser Stadt ausweichen.

Schwieriger ist dies bei Dienstleistungen, insbesondere bei Krankenhausdienstleistungen zu beurteilen. Hier folgt nicht das Produkt dem Kunden, sondern der Kunde muss gleichsam zu dem Produkt, hier der Dienstleistung, kommen. Insbesondere bei Krankenhausdienstleistungen kann dabei die Mobilität der „Kunden“, also der Patienten, krankheitsbedingt erheblich eingeschränkt sein, so dass der räumliche Markt eines Krankenhauses aus strukturellen Gründen nicht in allen Fällen auf das Bundesgebiet ausgedehnt werden kann. Konkret bedeutet dies,

dass Patienten nicht bzw. nicht immer einer einseitigen Preiserhöhung eines Krankenhauses entgehen können, indem sie auf andere Krankenhäuser ausweichen.⁹⁷⁷ Dies gilt insbesondere in ländlichen Gebieten, in denen die Krankenhausedichte mitunter gering ist. Aus diesem Grund könnte die Auffassung vertreten werden, die Schwellenwerte des GWB stünden einem effektiven Schutz des Krankenhauswettbewerbs entgegen, indem Zusammenschlüsse einzelner Krankenhäuser innerhalb einer Region ungeprüft bleiben, obwohl den Patienten keine hinreichende Ausweichmöglichkeit verbleibt. Unter diesem Gesichtspunkt könnte die amerikanische Fusionskontrolle zumindest im Krankenhausbereich als effektiver zu bezeichnen sein.

Dies wäre allerdings nur dann der Fall, wenn sich dieser Unterschied in der Anwendbarkeit der Fusionskontrolle unter den deutschen Krankenhauswettbewerbsbedingungen tatsächlich negativ bemerkbar macht.

Dagegen spricht, dass nicht nur die Anwendbarkeitsschwelle der Fusionskontrolle erhöht ist, sondern darüber hinaus auch der Krankenhauswettbewerb in Deutschland gegenüber den USA weniger liberalisiert ist. Hierfür sind u. a. der faktische Kontrahierungszwang der gesetzlichen Krankenkassen sowie die staatlichen Preisvorgaben des Fallpauschalensystems verantwortlich. Aus diesem Grund hat eine Verringerung des Wettbewerbs durch regionale Krankenhausfusionen nur geringe Auswirkungen. Es könnten zwar konkurrierende Krankenhäuser aus dem Markt verdrängt werden, doch sind aufgrund des faktischen Kontrahierungszwangs der gesetzlichen Krankenkassen sowie der Vorgaben des Krankenhaus-

977

Anmerkung: Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die gesetzlich Krankenversicherten in Deutschland keinen Einblick in die Krankenhauspreise haben und dass die Privatversicherten aufgrund der Kostendeckung durch die Versicherung ihre Krankenhausauswahlentscheidung nur in sehr eingeschränktem Umfang an den Krankenhauspreisen orientieren werden. Lediglich unversicherte Patienten haben ein unmittelbares Interesse an möglichst geringen Krankenhauspreisen, wobei deren Anteil am Gesamtpatientenaufkommen – zumindest in Deutschland – sehr gering ist und für die Preispolitik eines Krankenhauses keine Rolle spielt. Dennoch soll darauf hingewiesen sein, dass Patienten selbst dann nur eine reduzierte Ausweichmöglichkeit auf preiswertere Krankenhäuser hätten, wenn die Krankenhauspreise ein bedeutsames Entscheidungskriterium auch für versicherte Patienten wären.

plans keine bedeutsamen negativen Folgen für die Patientenversorgung zu befürchten. Dies gilt nicht nur für die gesetzlich, sondern auch für die privat versicherten Patienten, denn auch sie profitieren von den Vorgaben des Krankenhausplanes, der eine bedarfsgerechte Vorhaltung von Krankenhausdienstleistungen gewährleisten soll, auch wenn Konkurrenten aus dem Markt gedrängt werden.

Des Weiteren wären zumindest die krankenversicherten Patienten von einseitigen Preiserhöhungen durch die fusionierten regionalen Krankenhäuser aufgrund der in der Regel landesweit geltenden Versicherungsbeiträge selbst dann nicht entscheidend betroffen, wenn die Fallpauschalen bzw. Krankenhausentgelte für gesetzlich bzw. privat versicherte Patienten an regionale Besonderheiten angepasst werden würden. Preiserhöhungen einzelner Krankenhäuser werden sich auf die überregional geltenden Beitragssätze der gesetzlichen und privaten Krankenkassen nicht nennenswert auswirken.

Soweit aber große Krankenhausunternehmen mit Umsätzen im drei- oder vierstelligen Millionenbereich weitere Zukäufe tätigen, kann dies aufgrund der beträchtlichen Marktmacht durchaus erheblichen Einfluss auf den Krankenhauswettbewerb haben und langfristig zu Preiserhöhungen führen, die sich auf die Beitragssätze auswirken. Deshalb darf die Fusionskontrolle bei umsatzstarken Krankenhausunternehmen nicht von vornherein unterbleiben, wobei die gegenwärtige Grenze von ca. 5.000 – 6.000 Krankenhausbetten mit einem Umsatz von ca. 500 Millionen Euro bei der gegenwärtigen Krankenhauswettbewerbssituation durchaus in Frage gestellt werden kann. Durch den staatlicherseits eingeschränkten Wettbewerb im Krankenhaussektor bestehen geringere wettbewerbliche Gefahren für den Patienten infolge von Krankenhauszusammenschlüssen, so dass die 500-Millionen-Euro-Grenze im Vergleich zu liberalisierten Märkten als zu niedrig angesehen werden kann.

Insgesamt bedeutet somit die Einrichtung von Schwellenwerten für die Anwendung der deutschen Fusionskontrolle also keine unangemessene Einschränkung

des Wettbewerbsschutzes im Krankenhausbereich. Regionale Krankenhausfusionen mit geringen Umsatzerlösen führen im gegenwärtigen Krankenhauswettbewerb nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung, die einer Kontrolle bedürfte. Ob dies auch zutrifft, wenn der Krankenhauswettbewerb z. B. durch Wegfall des Kontrahierungszwangs liberalisiert werden würde, so dass die Krankenversicherungen nur noch mit bestimmten Krankenhäusern Kostenübernahmeverträge abschließen könnten, kann in Frage gestellt werden und bedürfte ggf. weiterer Prüfung. Der Vergleich mit den USA zeigt jedenfalls, dass in einem liberalisierten Krankenhauswettbewerb ohne Kontrahierungszwang die Überprüfung von Fusionen einzelner Krankenhäuser für erforderlich gehalten wird.

Weiterer Unterschied zwischen den Fusionskontrollen in Deutschland und den USA ist, dass das GWB vier Fusionstatbestände normiert – einschließlich des Aufangtatbestandes in § 35 Abs. 1 Nr. 4 GWB –, während z. B. § 7 Clayton Act nicht zwischen Zusammenschlusstatbeständen differenziert. Letztlich wirkt sich dieser Unterschied in der tatsächlichen Anwendung der Fusionskontrollvorschriften, insbesondere auch im Krankenhausbereich, nicht aus. Im Ergebnis wird in beiden Rechtssystemen geprüft, ob eine – wie auch immer gestaltete – Unternehmensverbindung entsteht, die es rechtfertigt, die beteiligten Unternehmen fusionsrechtlich als eine wirtschaftliche Einheit zu betrachten.

Schließlich ist als Unterschied zwischen den formellen Zusammenschlusskontrollen beider Länder festzustellen, dass lediglich das GWB eine Bagatellmarktklausel enthält, die zu einem Anwendungsausschluss der Fusionskontrolle führt. Das bedeutet, dass die Übernahme eines Krankenhauses in einem Markt, der weniger als ca. 150 – 200 Krankenhausbetten mit einem Umsatzerlös von weniger als 15 Millionen Euro aufweist, keiner fusionsrechtlichen Überprüfung unterliegt.

Die amerikanischen Fusionskontrollvorschriften kennen keine entsprechende Regelung. Hingegen haben die Kartellbehörden „Statements“ formuliert, nach denen eine Fusion mit einem Krankenhaus mit weniger als 100 Betten als unbedenklich angesehen wird. Hierbei handelt es sich nicht um eine formelle Begrenzung des

Anwendungsbereichs der Fusionskontrollvorschriften, sondern eher um eine materiell-rechtliche Auslegungsregel, die keine Gesetzeskraft hat und von den Gerichten nicht anerkannt werden muss. Letztlich aber führen die deutsche Bagatellmarktklausel und die „antitrust safety zone“ der amerikanischen Kartellbehörden zu ähnlichen Ergebnissen. Beide bewirken, dass eine Untersagung von Krankenhauszusammenschlüssen unter Beteiligung eines Krankenhauses mit weniger als 100 Betten (USA) bzw. unter Beteiligung eines Krankenhausmarktes mit weniger als 150 – 200 Betten (Deutschland) unterbleibt.

Allerdings kann bei der amerikanischen Regelung die Festsetzung einer konkreten Grenze der Bettenzahl als vorteilhaft angesehen werden, weil diese unabhängig von den Änderungen der Umsatzerlöse ist. Demgegenüber führt die deutsche Regelung mit der Einrichtung einer Umsatzerlösgrenze allein durch die inflationsbedingte Umsatzerlössteigerung zu einer Erniedrigung der Krankenhausgröße, die für das Überschreiten der Bagatellmarktgrenze erforderlich ist. Im Übrigen ist die Bettenanzahl für die Ermittlung der Marktsituation aussagekräftiger als der Umsatzerlös, weil im stationären Bereich der limitierende Faktor für die Marktausweitung die Bettenkapazität ist, die aufgrund staatlicher Vorgaben nicht beliebig vergrößert werden kann.

4.2 Materielle Fusionskontrolle

Im Rahmen der materiellen Fusionskontrolle sind – im Gegensatz zur deutschen Zusammenschlusskontrolle – in den USA bereits gerichtlich überprüfte Kriterien zur Abgrenzung des sachlichen und räumlichen Krankenhausmarktes entwickelt worden.

So finden zur Definition des sachlichen Krankenhausmarktes die Grundsätze der „Cluster Market-Theorie“ Anwendung, wonach ein ganzes Spektrum an Leistungen zum jeweiligen Markt gehören kann. Welche Krankenhausleistungen dies sind, muss jeweils im Einzelfall entschieden werden. Maßgeblich ist, dass die an der Fusion beteiligten Krankenhäuser einen gemeinsamen „Kern“ von Dienstleistungen für stationäre Patienten anbieten.

Für den deutschen Krankenhausmarkt bestehen keine entsprechenden Erfahrungen in der Praxis. Allerdings kommen die in dieser Arbeit entwickelten Kriterien zur sachlichen Abgrenzung des deutschen Krankenhausmarktes zu ähnlichen Ergebnissen. Ausgehend von den vier Versorgungsstufen der Landeskrankenhauspläne können Krankenhäuser gleicher Versorgungsstufen grundsätzlich als marktgleich betrachtet werden; Krankenhäuser verschiedener Versorgungsstufen sind marktgleich hinsichtlich der Versorgungsstufe, der das Krankenhaus der niedrigsten Ebene angehört. Darüber hinaus sind Spezialleistungen zu berücksichtigen. Auf diese Weise werden – wie im amerikanischen Fusionsrecht – „Cluster“ gebildet, allerdings auf der Grundlage einer landesgesetzlich entwickelten Klassifizierung. Im Ergebnis sind keine wesentlichen Unterschiede zu der amerikanischen Abgrenzung des sachlichen Krankenhausmarktes feststellbar. Es ist zu erwarten, dass das im Rahmen dieser Arbeit vorgeschlagene System zur sachlichen Markt-abgrenzung zu ähnlich praktikablen Ergebnissen führt wie die in den USA entwickelte Methode.

Bei der Abgrenzung des räumlichen Krankenhausmarktes erfolgt in den USA eine Marktanalyse aus der Sicht der Patienten, der Krankenversicherungen und der Arbeitgeber. Die maßgeblichen Kriterien der Marktanalyse sind u. a. Patientenbewegungsstatistiken, Vertragsbeziehungen der Krankenversicherer mit verschiedenen Krankenhäusern einerseits und den Arbeitgebern andererseits, Marketingaktivitäten, Leistungsangebot der jeweiligen Krankenhäuser sowie Einweisungsgewohnheiten der niedergelassenen Ärzte. In jüngeren Gerichtsentscheidungen wurden die räumlichen Krankenhausmärkte ca. auf bis zu 70 – 100 Meilen (≈ 110 – 160 Kilometer) ausgedehnt.

Im Gegensatz zur räumlichen Marktabgrenzung in den USA ist der Kreis der zu berücksichtigenden Personen im Rahmen der Definition des geographischen Krankenhausmarktes in Deutschland kleiner zu bemessen. Die Arbeitgeber in Deutschland schließen keine Rahmenverträge mit Krankenversicherungen ab, aus denen der Arbeitnehmer dann eine Versicherung auswählen kann. Vielmehr be-

steht in Deutschland zwischen den gesetzlichen und privaten Krankenversicherungen grundsätzlich Wahlfreiheit im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften, ohne dass der Arbeitgeber eine Vorauswahl träge. Somit ist er – anders als in den USA – an dem Auswahlprozess der Krankenversicherungen und mittelbar der Krankenhäuser als Vertragspartner der Krankenversicherungen nicht beteiligt. Dementsprechend ist er bei der räumlichen Marktabgrenzung nicht zu berücksichtigen.

Gleiches gilt für die gesetzlichen und privaten Krankenversicherungen in Deutschland. Die gesetzlichen Krankenkassen können bereits aufgrund des faktischen Kontrahierungszwangs keine Auswahl zwischen den Krankenhäusern als ihren Vertragspartnern treffen; sie haben somit keine rechtliche Möglichkeit, die Auswahlentscheidung des Patienten zu beeinflussen, so dass ihre Sichtweise bei der Definition des räumlichen Krankenhausmarktes unberücksichtigt bleibt, jedenfalls solange der faktische Kontrahierungszwang besteht.

Die privaten Krankenversicherungen sind primär nicht unmittelbare Vertragspartner mit den Krankenhäusern. Vielmehr treten nur die Privatversicherten in eine direkte vertragliche Beziehung mit den Krankenhäusern und müssen die entstehenden Kosten verauslagen, die ihnen von den privaten Versicherungen erstattet werden. Dennoch könnten die privaten Versicherungen die Auswahlentscheidung der Versicherungsnehmer beeinflussen, indem sie ihnen z. B. Prämienvergünstigungen einräumten, wenn die Patienten bevorzugt preisgünstige Krankenhäuser aufsuchten. Eine derartige Praxis ist allerdings in Deutschland nicht bekannt, so dass im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung die Interessen der privaten Krankenversicherungen – zumindest gegenwärtig – mangels Einflussnahme bei der Auswahl der Krankenhäuser durch die Patienten nicht zu berücksichtigen sind.

Letztlich verbleiben nur der Patient selbst und der einweisende Arzt als die maßgeblichen Personen, aus deren Sicht die räumliche Krankenhausmarktabgrenzung erfolgen sollte. Die Ursache für diesen – im Vergleich zu den USA – kleineren Personenkreis ist in dem in Deutschland weniger stark ausgeprägten Kranken-

hauswettbewerb begründet mit weniger Wettbewerbsteilnehmern, die im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten die Krankenhausauswahl maßgeblich beeinflussen. Relevante Kriterien bei der Marktabgrenzung in Deutschland könnten z. B. sein die Lage des Krankenhauses, die Art der medizinischen Dienstleistungen, die Anzahl der Krankenhausbetten, die Trägerschaft des Krankenhauses sowie die von dem Krankenhaus anvisierte Patientenzielgruppe. Auf der Grundlage dieser Kriterien kann der räumliche Markt z. B. eines Krankenhauses der Maximalversorgung durchaus einen Umkreis von 200 Kilometern betragen, bei Spezialleistungen eventuell sogar noch darüber hinausgehend.

Abgesehen von den Unterschieden bedingt durch den verschieden stark ausgeprägten Krankenhauswettbewerb sind die im Rahmen der vorliegenden Arbeit vorgeschlagenen Kriterien zur Analyse des räumlichen Krankenhausmarktes in Deutschland mit den in den USA anzuwendenden vergleichbar. So wären in beiden Ländern die Größe und Leistungsfähigkeit des jeweiligen Krankenhauses, dessen lagebedingtes Einzugsgebiet sowie die Patientenzielgruppe des Krankenhauses von größerer Bedeutung. Für die räumliche Marktabgrenzung in Deutschland können dabei die Erfahrungen in den USA mit Patientenbewegungsstatistiken hilfreich sein, wonach es sich hierbei um ein wichtiges, aber nicht allein ausschlaggebendes Kriterium handelt.

Auf der Grundlage der Marktdefinition wird in beiden Ländern sodann die gegenwärtige und zukünftige Marktsituation beurteilt. Dabei kommen allerdings unterschiedliche Methoden zur Anwendung.

Ausgehend von dem Begriff der „marktbeherrschenden Stellung“ gemäß 36 Abs. 1 GWB wird in der deutschen Fusionskontrolle analysiert, ob der Wettbewerb seine Verhaltenskontrollfunktion erfüllen kann. Ist dies nicht der Fall, weil durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, ist dieser grundsätzlich zu untersagen.

Im Krankenhausbereich sind als wichtige, aber nicht abschließende Merkmale zur Feststellung der Marktbeherrschung vor allem die Merkmale Marktanteil, Finanz-

kraft, rechtliche und tatsächliche Marktzutrittschranken sowie geringe Umstellungsflexibilität anderer Krankenhäuser und fehlende Ausweichmöglichkeiten der Patienten bzw. (gesetzlichen) Krankenkassen zu nennen. Die Bewertung des besonders bedeutsamen Merkmals der Marktanteile hängt wiederum von den jeweiligen Zusammenschlusstatbeständen sowie von der Zusammenschlussdimension ab.

Insgesamt ist für die deutsche Fusionskontrolle festzustellen, dass keine starren Regeln oder Grenzwerte für die Feststellung der Marktbeherrschung existieren, sondern maßgeblich ist allein, ob im Rahmen einer Gesamtschau aller Faktoren der Wettbewerb seine Kontroll- und Entmachtungsfunktion noch erfüllen kann.

Demgegenüber sind in der amerikanischen Fusionskontrolle vergleichsweise klar definierte, messbare Prüfkriterien entwickelt worden, die das Ausmaß der Marktmacht und damit die Wettbewerbssituation auf dem Markt dokumentieren sollen. Insoweit dienen die Marktanteile als wichtigster Indikator für die als solche nicht messbare Marktmacht, wobei die jeweiligen Werte aller Unternehmen am Markt quadriert und anschließend addiert werden. Je höher dieser so ermittelte Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) ist, desto konzentrierter ist der Markt und desto größer ist die Marktmacht einiger weniger Unternehmen. In Abhängigkeit von der Zunahme des HHI und der vorbestehenden Marktkonzentration wird anhand in den Merger Guidelines definierter Grenzwerte entschieden, ob eine weitere Prüfung unterbleiben kann, ob eine weitergehende Untersuchung erfolgen muss oder ob eine Vermutung für eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss besteht.

Neben diesen vergleichsweise klar definierten Prüfkriterien der amerikanischen Fusionskontrolle können weitere Faktoren die wettbewerbshemmende Wirkung eines Zusammenschlusses anzeigen. Hierzu gehört die nach dem Zusammenschluss bestehende Möglichkeit für die verbleibenden Wettbewerber, ihr Verhalten aufeinander abzustimmen, bzw. die Fähigkeit der fusionierten Unternehmen, Gewinnsteigerungen durch einseitige Preiserhöhungen oder Produktionsdrosselungen zu erzielen.

Welche dieser beiden Methoden zur Analyse der Marktsituation bei Krankenhausfusionen die geeignetere ist, kann abstrakt nicht entschieden werden. Beide haben Vor- sowie Nachteile. Während die deutsche Marktanalyse einerseits weniger klar und vorhersehbar definiert ist, kann sie andererseits sehr flexibel auf die unterschiedlichsten Marktsituationen Anwendung finden. Darüber hinaus kann durchaus streitig sein, warum bestimmte Grenzwerte des HHI nun gerade in der angegebenen Höhe definiert wurden und nicht einige Punkte höher oder niedriger. Umgekehrt ist die Berechnung des HHI für alle nachvollziehbar und vergleichsweise objektiv. Dies kann als vorteilhaft für die praktische Anwendung angesehen werden. Welcher der Vor- und Nachteile insbesondere bei Krankenhausfusionen überwiegt, könnte allenfalls im Laufe der Anwendung in der Rechtspraxis ermittelt werden, dürfte aber letztlich mehr eine prinzipielle, denn eine strukturelle Frage sein.

Neben den wettbewerbshemmenden Faktoren werden sowohl in Deutschland als auch in den USA wettbewerbsfördernde Faktoren bei der Beurteilung der wettbewerblichen Folgen eines Zusammenschlusses berücksichtigt. Im deutschen GWB müssen dabei gemäß § 36 Abs. 1, 2. Teiltatbestand die fusionsbedingten Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Als Fallgruppen hierfür werden die Sanierungsfusion, die Rationalisierung, die Aufholfusion, die Erschließung eines neuen Marktes, die Dekonzentration sowie die Substitutionsbeziehung genannt, die auch bei Krankenhausfusionen erfüllt werden können.

Im amerikanischen Fusionskontrollrecht wird dagegen nicht ausdrücklich verlangt, dass fusionsbedingte Vorteile die wettbewerblichen Nachteile überwiegen müssen. Es wird lediglich im Rahmen einer Gesamtschau untersucht, ob die nach der Fusion zu erwartende Marktmacht der zusammengeschlossenen Unternehmen in wettbewerblicher Hinsicht toleriert werden kann. Dies dürfte insgesamt zu einer genehmigungsfreundlicheren Praxis der Fusionskontrolle in den USA führen.

Als Indiz für fehlende Marktmacht nach der Fusion gelten nach amerikanischem Recht z. B. geringe Marktzutrittschranken. Auch im deutschen Recht wird dieser Umstand im Rahmen der Prüfung der Einzelmarktbeherrschung (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB) berücksichtigt. Für den besonderen Fall der Krankenhausfusionen kann dies aber im Ergebnis nicht die Zulässigkeit eines Zusammenschlusses bewirken, weil sowohl in Deutschland als auch in den USA hohe Marktzutrittschranken für Krankenhäuser bestehen.

Als weiteren Umstand, der zu einer Zulassung eines im Übrigen wettbewerbs-hemmenden Zusammenschlusses führen kann, wird in den USA die staatliche bzw. gemeinnützige Trägerschaft mit fehlender Gewinnorientierung diskutiert. Allerdings lassen die Gerichte in diesen Fällen keine generelle Befreiung von der fusionsrechtlichen Überprüfung zu, sondern berücksichtigen die Gemeinnützigkeit nur unter strengen Voraussetzungen.

Dagegen ist im deutschen Recht die Gemeinnützigkeit oder die staatlichen Trägerschaft ohne kartellrechtliche Bedeutung. Entscheidend ist allein die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Zusammenschlüsse, die nach amerikanischem Bundesrecht untersagt werden müssten, können des Weiteren aufgrund der „state action doctrine“ zulässig sein, soweit sie durch Vorschriften der Einzelstaaten von der bundesstaatlichen Fusionskontrolle befreit sind. Diese Befreiungen werden z. B. im Bereich des Gesundheitssektors zur Ermöglichung von Kosteneinsparungen, Verbesserung der Krankenversorgung und Reduzierung der Doppelversorgung erteilt. Hierfür gibt es keine Entsprechung in der deutschen Fusionskontrolle. Die Landesgesetzgeber sind nicht ermächtigt, entsprechende Befreiungsvorschriften von der bundesstaatlichen Fusionskontrolle zu erlassen.

Schließlich kann eine Zusammenschlussuntersagung in den USA unterbleiben, wenn besondere Effizienzvorteile („efficiency doctrine“) durch den Zusammenschluss erzielt werden können oder wenn es sich um eine Sanierungsfusion handelt. Hinsichtlich der Effizienzvorteile wird aber u. a. verlangt, dass diese zumin-

dest teilweise an den Verbraucher in Form von Preisreduktionen weitergegeben werden. Im deutschen Recht ist die Sanierungsfusion ebenfalls eine anerkannte Fallgruppe, die eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen bewirken kann. Demgegenüber werden Rationalisierungsvorteile – anders als in den USA – nur dann zur Rechtfertigung einer fusionsbedingten Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung berücksichtigt, wenn sie die Wettbewerbssituation auf einem anderen Markt verbessern als dem, auf dem die Fusion zu einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten führt.

4.3 Verfahrens- und Sanktionsvorschriften

Hinsichtlich der Verfahrens- und Sanktionsvorschriften sind zwischen den Fusionskontrollen in Deutschland und den USA weitere Unterschiede feststellbar.

In beiden Ländern müssen Zusammenschlüsse angemeldet werden, in den USA allerdings u. a. bei einem Umsatz von 100 Millionen US Dollar gegenüber 500 Millionen Euro in Deutschland.

Des Weiteren kennt nur das deutsche Fusionskontrollverfahren die Unterscheidung zwischen einem Vor- und Hauptprüfverfahren. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Vorschriften des § 40 Abs. 1 S. 1 GWB und des § 40 Abs. 2 S. 2 GWB, wonach bei Nichteinschreiten des BKartA innerhalb bestimmter Fristen im Vor- und Hauptprüfverfahren eine spätere Untersagung des Zusammenschlusses nicht mehr möglich ist. Dies zwingt die Kartellbehörde zur umgehenden Bearbeitung der Zusammenschlussanmeldung. Eine vergleichbare Vorschrift findet sich in der amerikanischen Fusionskontrolle nicht, so dass eine Untersagung auch nach Verstreichenlassen der 30-Tage-Wartefrist durch die Kartellbehörden möglich ist.

Sowohl die deutschen als auch die amerikanischen Kartellbehörden können unzulässige Zusammenschlüsse untersagen und bereits vollzogene Fusionen entflechten. Soweit eine vollständige Untersagung bzw. Entflechtung nicht erforderlich ist,

können in beiden Ländern Auflagen – wie z. B. der Verkauf von Unternehmensteilen – verfügt werden. Darüber hinaus ist eine vorläufige Regelung durch einstweilige Anordnung möglich.

Das amerikanische Recht kennt zusätzlich als „alternative preliminary relief“ die sogenannte „hold separate order“, die die Unternehmen lediglich verpflichtet, das erworbene Unternehmen von denjenigen Firmenbereichen fernzuhalten, die wettbewerbsrechtliche Bedenken hervorrufen. Allerdings dürfte eine entsprechende Regelung auch im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle als einstweilige Anordnung möglich sein, insbesondere unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Darüber hinaus können sowohl in Deutschland als auch in den USA die Unternehmen formelle Verfügungen vermeiden, indem sie sich mit den Kartellbehörden über Maßnahmen einigen, die den Zusammenschluss in wettbewerblicher Hinsicht zulässig werden lassen.

Im Gegensatz zum deutschen Recht können Verstöße gegen die Zusammenschlusskontrollvorschriften in den USA mit Geld- oder Freiheitsstrafe geahndet werden, allerdings nur auf der Grundlage des Sherman Act. Des Weiteren können nicht nur beteiligte bzw. betroffene Unternehmen, sondern auch Privatpersonen und die Justizminister bzw. die „state attorney general“ der Einzelstaaten im Namen der betroffenen Bürger Schadensersatzansprüche durchsetzen, die unter Umständen die dreifache Höhe des entstandenen Schadens betragen können. Zusätzlich können Sammelklagen erhoben werden, so dass das finanzielle Risiko für die an einem unzulässigen Zusammenschluss beteiligten Krankenhäuser in den USA als höher zu bewerten ist als in Deutschland. Dort können lediglich Bußgelder bis zu 500 Millionen Euro bzw. bis in Höhe des dreifachen durch den Verstoß erzielten Mehrerlöses angeordnet werden.

5 Zusammenfassung

Die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften bei Krankenhausfusionen bereitet sowohl in Deutschland als auch in den USA keine grundlegenden Probleme, weist allerdings in den jeweiligen Ländern einige Besonderheiten auf.

Unterschiede entstehen zunächst durch die verschieden gestalteten Krankenhausfinanzierungssysteme, die Auswirkungen auf den Krankenhauswettbewerb und damit auch auf die Anwendung der Fusionskontrolle zum Schutz des Wettbewerbs haben. So weist der Krankenhauswettbewerb in den USA unter anderem mehr Teilnehmer bzw. Einflussfaktoren auf als in Deutschland, wo der Wettbewerb durch die Einführung des Fallpauschalensystems zwar zunimmt, aber dennoch weiterhin durch den faktischen Kontrahierungszwang der gesetzlichen Krankenkassen stärker reglementiert bleibt als in den USA.

Des Weiteren kennt die deutsche Fusionskontrolle Schwellenwerte für deren Anwendbarkeit, so dass nur Krankenhausfusionen mit großen Krankenhausunternehmen überprüft werden können. Demgegenüber existieren in den USA keinerlei Umsatzgrenzen für die Anwendung der Zusammenschlusskontrolle, so dass selbst innerstädtische Fusionen einzelner Krankenhäuser durch die bundesstaatlichen Kontrollbehörden überprüft werden können. Im deutschen Recht entsteht aber dadurch keine bedenkliche Schutzlücke, weil regionale Krankenhausfusionen die Patientenversorgung aufgrund der Vorgaben der Krankenhauspläne nicht wesentlich beeinträchtigen und nicht zu Beitragserhöhungen der in der Regel landesweit geltenden Beitragssätze der gesetzlichen bzw. privaten Krankenkassen führen.

Weiterhin bestehen in den USA hinreichende Erfahrungen mit der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung von Krankenhausmärkten. Danach wird nicht die einzelne Krankenhausleistung als relevantes Produkt betrachtet, sondern es werden so genannte „cluster markets“ mit vergleichbaren Gruppen von Krankenhausedienstleistungen definiert. Ähnlich sollte die Marktabgrenzung in Deutschland erfolgen, wobei von den vier Versorgungsstufen der Krankenhauspläne der Länder

ausgegangen werden kann. Spezialleistungen der jeweiligen Krankenhäuser sind dabei zusätzlich zu berücksichtigen.

Der für die Marktabgrenzung maßgebliche Personenkreis umfasst in Deutschland lediglich den Patienten sowie den einweisenden Arzt, weil allein diese die Auswahlentscheidung bzgl. des Krankenhauses treffen bzw. diese beeinflussen. Aufgrund des unterschiedlichen Finanzierungssystems ist dieser Kreis in den USA weiter zu ziehen und beinhaltet auch Krankenversicherer und Arbeitgeber. Allerdings führt dies nicht zu wesentlich anderen Ergebnissen als bei der Marktabgrenzung in Deutschland. Für die räumliche Marktabgrenzung in Deutschland können allerdings die Erfahrungen in den USA mit Patientenbewegungsstatistiken hilfreich sein, wonach es sich hierbei um ein wichtiges, aber nicht ausschlaggebendes Kriterium handelt.

Die im Rahmen der Fusionskontrolle vorzunehmende Marktanalyse erfolgt in Deutschland nicht auf der Grundlage starrer Regeln oder Grenzwerte für die Feststellung der Marktbeherrschung, sondern maßgeblich ist allein, ob im Rahmen einer Gesamtschau aller Faktoren der Wettbewerb seine Kontroll- und Entmachtungsfunktion noch erfüllen kann. Demgegenüber sind in der amerikanischen Fusionskontrolle unter Heranziehung des Herfindahl-Hirschman-Indexes vergleichsweise klar definierte, messbare Prüfkriterien entwickelt worden, die das Ausmaß der Marktmacht und damit die Wettbewerbssituation auf dem Markt dokumentieren sollen. Ob dies im Krankenhausbereich zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, kann letztlich nur ein Praxisvergleich zeigen, der gegenwärtig mangels entsprechender Entscheidungen in Deutschland nicht vorgenommen werden kann.

Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt die amerikanische Fusionskontrolle bei Verstößen strafrechtliche Sanktion wie Geld- und Freiheitsstrafen. Darüber hinaus besteht ein erhebliches finanzielles Risiko durch Schadensersatzklagen in dreifacher Höhe von Unternehmen, Bürgern und Regierung, die auch als Sammelklagen erhoben werden können. Das GWB sieht demgegenüber lediglich Bußgeldsanktionen vor.