

### *Kartellrecht macht auch vor Krankenhäusern nicht Halt*

#### *OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.04.2007, Az. VI-Kart 6/05 (V)*

#### **Amtlicher Leitsatz:**

1. Die Kontrolle eines Zusammenschlusses von Krankenhäusern, die gemäß § 108 SGB V zur Krankenhausbehandlung zugelassen sind, wird weder durch § 69 SGB V noch durch das öffentlich-rechtliche Krankenhausrecht ausgeschlossen.
2. Auf dem für die Zusammenschlusskontrolle sachlich relevanten Markt stehen sich der Patient bzw. der einweisende Arzt als sein Disponent als Nachfrager und die Krankenhäuser als Anbieter der erforderlichen stationären Krankenhausbehandlung gegenüber, wobei eine Unterteilung des Marktes für Krankenhausdienstleistungen nach medizinischen Fachbereichen in Betracht zu ziehen ist.
3. Bei der Marktabgrenzung ist auf das Verhalten des potentiellen Nachfragers abzustellen. Dieses kann - sofern keine entgegenstehenden Anhaltspunkte vorhanden sind - aus dem Nachfrageverhalten in der Vergangenheit abgeleitet werden.
4. Die Grundsätze der sog. Sanierungsfusion sind auf kommunale Krankenhausträger nicht anzuwenden, soweit sie im Rahmen ihres landesgesetzlich geregelten Sicherstellungsauftrages verpflichtet sind, in der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die erforderlichen Krankenhäuser zu errichten und zu unterhalten.

#### **Tenor:**

1. Die Beschwerden der Beteiligten zu 1, 2 und 3 gegen Ziffer 1. des Beschlusses des Bundeskartellamts vom 10. März 2005, Az.: B10-123/04, werden zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen die Gebührenfestsetzung (Ziffer 2 des Beschlusses des Bundeskartellamts vom 10. März 2005, Az.: B10-123/04) wird zurückgewiesen.
3. Die Beteiligten zu 1, 2 und 3 tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die dem Bundeskartellamt entstandenen notwendigen Auslagen mit Ausnahme der Kosten, die durch die Gebührenbeschwerde entstanden sind und von der Beteiligten zu 1 allein zu tragen sind.
4. Die Rechtsbeschwerde wird hinsichtlich des Ausspruchs zu Ziffer 1. zugelassen.
5. Der Wert der Beschwerdeverfahren wird wie folgt festgesetzt:  
Ziffer 1 des Beschlusses: 10 Mio. Euro  
Ziffer 2 des Beschlusses: 10.000 Euro.

#### **Gründe:**

##### **I.**

Die börsennotierte Beteiligte zu 1 (nachfolgend: R.) gehört zu den führenden privaten Krankenhauskonzernen in Deutschland. Gegenstand des Unternehmens ist die Errichtung und der Betrieb von Krankenhäusern vorwiegend des Akutbereichs in allen Versorgungsstufen. Im Jahr 2004 erzielte R. konsolidierte Umsatzerlöse in Höhe von mehr als 1 Mrd. Euro. Im selben Jahr stieg der Konzerngewinn um 4,5 % auf 76,4 Mio. Euro. Die Eigenkapitalquote von R. beträgt mehr als 40 % und die im Jahr 2003 getätigten Investitionen von 112,5 Mio. Euro wurden vollständig aus dem Cash-Flow finanziert.

R. ist derzeit mit 45 Kliniken und insgesamt 14.690 Betten an 34 Standorten in acht Bundesländern vertreten. An ihrem Stammsitz in B. N. betreibt R. vier Fachkliniken mit insgesamt über 1.412 Betten: die Herz- und Gefäßklinik, die Neurologische Klinik, die Klinik für Handchirurgie und die Psychosomatische Klinik. In dem nur 24 Kilome-

ter von B. N. entfernten B. K. ist R. mit den Krankenhäusern St. E. und H.-K. vertreten. Das Krankenhaus St. E. verfügt über die Fachabteilung Innere Medizin, Chirurgie, Frauenheilkunde/Geburt, Urologie, HNO und Pädiatrie.

Der Beteiligte zu 2 betreibt derzeit nur noch ein Krankenhaus, und zwar das als Eigenbetrieb geführte Kreiskrankenhaus B. N.. Das Kreiskrankenhaus B. K. ist zum 31.12.2003 und das etwa 20 Kilometer von B. N. entfernte Kreiskrankenhaus M. mit 70 Planbetten zum 31.12.2006 geschlossen worden. Das KKH B. N. verfügt über die Fachabteilungen Innere Medizin, Chirurgie, Urologie, Gynäkologie und HNO. Die Krankenhäuser B. N. und M. erzielten im Jahr 2003 Umsatzerlöse in Höhe von zusammen 21,9 Mio. Euro (15 und 6,9 Mio. Euro). Der Betrieb der Krankenhäuser ist defizitär. Im Jahr 2003 betrug das Defizit des KKH B. N. über 2 Mio. Euro.

Im September 2004 meldete R. beim Bundeskartellamt das Vorhaben an, durch ihre 100%ige Tochtergesellschaft, die Beteiligte zu 3, von dem Beteiligten zu 2 die Aktiva und Passiva sowie den Geschäftsbetrieb der Kreiskrankenhäuser in B. N. und M. zu erwerben.

Mit Beschluss vom 10. März 2005 hat das Bundeskartellamt den angemeldeten Zusammenschluss untersagt (Ziffer 1) und die Gebühr für die Anmeldung auf 35.000 EUR und für die Untersagungsverfügung unter Anrechnung der Gebühr für die Anmeldung auf 6.000 EUR festgesetzt (Ziffer 2). Nach Auffassung des Bundeskartellamts war der von R. beabsichtigte Erwerb der Kreiskrankenhäuser B. N. und M. zu untersagen, weil das Zusammenschlussvorhaben zur Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von R. auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausleistungen auf dem räumlichen Markt B. N./B. K. (PLZ-Bereich 976.. -977..) und dem Regionalmarkt M. (PLZ-Bereich: 985..-986..) führen wird. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Beschluss des Bundeskartellamtes vollumfänglich Bezug genommen.

Gegen die Untersagung wenden sich die Beteiligten zu 1, 2 und 3 mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Beschwerde. Darüber hinaus hat die Beteiligte zu 1 die Gebührenfestsetzung des Bundeskartellamts mit der Beschwerde angefochten.

Ihre Beschwerden gegen die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens begründen die Beteiligten zu 1, 2 und 3 im wesentlichen wie folgt:

Ihrer Meinung nach unterliegt das Zusammenschlussvorhaben nicht den Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle, weil das Verhältnis zwischen Krankenhaus und Patienten durch die Vorgaben der Krankenhausplanung öffentlich-rechtlich geprägt sei und keinen wettbewerblichen Verhaltensspielraum der Krankenhäuser eröffne. Darüber hinaus sei die sachliche und räumliche Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes zu beanstanden. Der Patient sei nicht Nachfrager von Krankenhausleistungen. Auch gebe es keine allgemeine medizinische Dienstleistung, vielmehr sei der Markt fachspezifisch in mehrere Segmente zu gliedern. Die vorgenommene räumliche Marktabgrenzung sei viel zu eng, da insbesondere die anhand der ermittelten Patientenströme festgestellte Aus- und Einpendlerquote nicht hinreichend berücksichtigt worden sei. Ferner führe das beabsichtigte Zusammenschlussvorhaben nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten zu 1 auf den abgegrenzten sachlichen und räumlichen Märkten. Insbesondere die Beteiligte zu 1 stellt in diesem Zusammenhang zwar die vom Bundeskartellamt für wesentlich angesehenen Wettbewerbsparameter wie Breite des Versorgungsangebotes, Qualität, Ausweitung der ambulanten Tätigkeiten und Finanzkraft nicht in Abrede, hält aber deren Würdigung im Rahmen der Fusionskontrolle nicht für zulässig, weil sie öffentlich-rechtlich induziert seien. Der Beteiligte zu 2 beruft sich überdies auf die Grundsätze der sog. Sanierungsfusion.

Die Beteiligten zu 1, 2 und 3 beantragen, den Beschluss des Bundeskartellamts vom 10. März 2005, Az. B 10-123/04, aufzuheben.

Die Beteiligte zu 1 beantragt darüber hinaus, die in Ziffer 2 des Beschlusses festgesetzte Gebühr für die Anmeldung auf 25.000 EUR herabzusetzen.

Das Bundeskartellamt beantragt, die Beschwerden der Beteiligten zu 1, 2 und 3 gegen die Untersagung des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens und die Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen die Gebührenfestsetzung zurückzuweisen.

Dem Bundeskartellamt sind mit Beschluss des Senates vom 5. Oktober 2005 weitere Ermittlungen aufgegeben worden. Das Ergebnis seiner Ermittlungen hat das Amt mit Schriftsatz vom 14. September 2006 mitgeteilt.

## II.

Die zulässigen Beschwerden der Beteiligten zu 1, 2 und 3 gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes sind nicht begründet. Im Ergebnis zu Recht hat das Bundeskartellamt den beabsichtigten Erwerb der Kreiskrankenhäuser B. N. und M. untersagt.

### A.

Das Zusammenschlussvorhaben der Beteiligten zu 1, von dem Beteiligten zu 2 über ihre Tochtergesellschaft, der Beteiligten zu 3, die Kreiskrankenhäuser B. N. und M. zu erwerben, unterliegt den Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle nach §§ 35 - 43 GWB.

## I.

Die Anwendbarkeit der §§ 35 ff. GWB ist nicht durch § 69 SGB V ausgeschlossen.

§ 69 SGB V, der durch das Gesetz zur Reform gesetzlicher Krankenversicherungen vom 22.12.1999 (GKV-GesundheitsreformG 2000) neu gefasst worden ist, entzieht lediglich die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern den Anwendungsbereich des Kartellrechts. Die Vorschriften über die Fusionskontrolle beim Zusammenschluss von Krankenhäusern werden von dieser Bereichsausnahme nicht erfasst.

Nach § 69 Satz 2 SGB V werden die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und deren Verbände abschließend durch die §§ 69 - 140e, 63 und 64 SGB V und im KHG, KHEntgG sowie den hiernach erlassenen Rechtsverordnungen geregelt. Satz 3 ordnet ergänzend die entsprechende Heranziehung der Vorschriften des BGB an, soweit diese mit den Vorgaben des SGB V vereinbar sind. Nach Satz 4 gelten die Sätze 1 bis 3 auch, soweit durch die genannten Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind. Zusätzlich sind mit § 51 Abs. 2 SGG und den §§ 87 Abs. 1 und 96 GWB jeweils Bestimmungen angefügt worden, mit denen die kartellrechtliche Zuständigkeit der Zivilgerichte für den durch § 69 SGB V erfassten Bereich ausdrücklich ausgeschlossen wird (Art. 8 Nr. 1 b, 9 Nr. 1 u.2 GKV-GesundheitsreformG 2000). Die Neuregelung diente der Beseitigung einer unklaren Rechtslage, denn es war bis dahin umstritten, ob die Beziehungen der Krankenkassen zu den (privaten) Leistungserbringern bzw. davon betroffenen Dritten dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen sind und dementsprechend die Zuständigkeit der Zivilgerichte oder der Sozialgerichte gegeben ist (vgl. zum damaligen Streitstand Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 87 Rn. 8). Nunmehr ist bereits durch die eingefügten Regelungen in § 51 Abs. 2 Satz 2 SGG bzw. §§ 87 Abs. 1 Satz 3, 69 Satz 2 SGB V klar gestellt, dass Streitigkeiten aus Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den genannten Leistungserbringern und hierdurch betroffenen Dritten einheitlich der Sozialgerichtsbarkeit unterstellt werden. Darüber hinaus hat § 69 SGB V auch in materiell-rechtlicher Hinsicht Bedeutung. Alle vertraglichen und außervertraglichen Tätigkeiten der Krankenkassen und ihrer Verbände gegenüber den Leistungserbringern und ihren Verbänden sind ausschließlich nach öffentlichem Recht zu beurteilen; das nationale Kartell- und Wettbewerbsrecht findet keine Anwendung (sog. Bereichsausnahme: BSG NJW-RR 2002, 1691, 1693 f. [BSG 25.09.2001 - B 3 KR 3/01 R]; offen gelassen BGH NJW 2000, 3426, 3427 [BGH 14.03.2000 - KZR 15/98]; Bornkamm in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., § 87, Rn. 6 b; Bechtold, aaO., § 87 Rn. 9; Knispel NZS 2001, 468 f.; Jaeger ZWeR 2005, 31, 42; Diekmann/Wildberger NZS 2004, 15, 18; a.A. Engelmann NZS 2000, 213, 221, der in § 69 SGB V nur eine Rechtswegzuweisung sieht).

Aus der genannten Vorschrift ergibt sich entgegen dem Vorbringen der Beteiligten zu 1, 2 und 3 indes nicht, dass bei einem Zusammenschluss zwischen zwei Leistungsträgern die Vorschriften der §§ 35 ff. GWB keine Anwendung finden. Der Wortlaut des § 69 Satz 2 SGB V und die Gesetzesmaterialien geben hierfür nichts her. In der Gesetzesbegründung heißt es (BT-Dr 14/1245, S. 67):

Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern seien notwendiger Bestandteil des Gesamtsystems der GKV, denn die Krankenkassen erfüllen über diese Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag, den Versicherten die im Dritten Kapitel geregelten Leistungen in Natur zur Verfügung zu stellen. Wegen dieser Einbindung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern in den öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag seien die in Satz 1 genannten Rechtsbeziehungen allein sozialversicherungsrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur. Die Krankenkassen und ihre Verbände handelten deshalb nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts.

Bei einer Krankenhausfusion geht es aber nicht um die genannten Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern, die durch die in § 69 SGB V aufgeführten Vorschriften abschließend geregelt sind. An einem Zusammenschluss zwischen zwei Krankenhäusern ist die Krankenkasse selbst nicht beteiligt; sie hat auf den privatrechtlich geregelten Erwerbsvorgang auf keinen Einfluss. Eine Krankenhausfusion hat also nicht ihre Grundlage in den Rechtsbeziehungen zu den Krankenkassen, sondern ist hiervon unabhängig. Der dem öffentlichen Recht zugewiesene Bereich der Leistungsbeschaffung ist vielmehr erst im Anschluss an die erfolgte Fusion berührt, da ein Trägerwechsel Auswirkungen auf die Zulassung als Plankrankenhaus und die bisherige Förderung des Krankenhauses haben kann.

Nichts anderes ergibt sich aus der Begründung zur beabsichtigten Neufassung von § 69 SGB V, wonach folgender Satz eingefügt werden soll: "Die §§ 19-21 des GWB gelten entsprechend; dies gilt nicht für Verträge von Krankenkassen oder deren Verbände mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt". In der Begründung zur beabsichtigten Neufassung heißt es, dass die Änderung nicht dazu führe, dass die Krankenkassen bei Abschluss von Einzelverträgen als Unternehmen zu qualifizieren seien, denn sie nähmen hiermit eine soziale Aufgabe wahr, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruhe und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werde. Hieraus zu folgern, dass damit "begriffslogisch" auch die Anbieter der Krankenhausleistung keine wirtschaftlich tätigen Unternehmen seien und die gesetzlich angeordnete Bereichsausnahme auch für sie gelte, so wie die Beschwerde unter Bezugnahme auf das vorgelegte Gutachten vom 5. März 2007 geltend macht, ist in Anbetracht des klaren Wortlauts sowohl der beabsichtigten Neufassung als auch der Gesetzesbegründung nicht ansatzweise nachvollziehbar.

Die Fusionskontrolle wird auch nicht über die sog. Drittbetroffenheitsklausel des § 69 Satz 4 SGB V ausgeschlossen. Ist danach ein Dritter durch die Leistungsbeschaffungsverträge der Krankenkasse mit den Leistungserbringern in seinen Rechten verletzt und will er gegen die Regelungen dieser Vertragsbeziehungen vorgehen, bestimmt § 69 Satz 4 SGB V, dass auch auf diese Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und der Krankenkasse ausschließlich öffentliches Recht Anwendung findet. In der Gesetzesbegründung wird hierzu ausgeführt, dass auch in diesem Fall die Rechtsbeziehungen der Krankenkasse zu Dritten sozialversicherungsrechtlicher Natur seien, so dass für Klagen Dritter gegen Regelungen dieser Vertragsbeziehungen die Sozialgerichtsbarkeit nach § 51 Abs. 2 SGG zuständig sei. Da eine Krankenhausfusion - wie bereits ausgeführt - nicht aus den Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Krankenhäusern aus dem Bereich der Leistungserbringung resultiert, können hierdurch auch nicht die Rechte Dritter im Sinne von § 69 Satz 4 SGB V betroffen sein.

## II.

Die Vorschriften über die Fusionskontrolle werden nicht durch die Regelungen des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz - KHG) verdrängt. Ein spezialgesetzlicher Vorrang des KHG gegenüber den Vorschriften der Fusionskontrolle besteht nicht. Das KHG und die Vorschriften über die Fusionskontrolle haben unterschiedliche Regelungsbereiche. Der Ansicht der Beteiligten zu 1, 2 und 3, das KHG gebe der zuständigen Behörde ein selbständiges Instrumentarium an die Hand, um beim Marktzugang und Marktverhalten die mit §§ 35 ff. GWB verfolgten Ziele anhand eines eigenen Prüfprogramms zu verfolgen, vermag sich der Senat nicht anschließen.

Ziel der Fusionskontrolle ist es, Gefahren vorzubeugen, die von marktbeherrschenden Unternehmen ausgehen. Sie will die Entstehung neuer oder die Verstärkung bereits vorhandener Machtpositionen auf dem relevanten Markt verhindern und befasst sich daher mit der fusionsbedingt zu erwartenden Verschlechterung der strukturellen Wettbewerbsbedingungen.

Der Zweck der Krankenhausfinanzierung ist hingegen gemäß § 1 Abs. 1 KHG die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, die dem Ziel dienen soll, eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen. Die wirtschaftliche Sicherung erfolgt dadurch, dass Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung übernommen werden (§ 4 Nr. 1 KHG) und die Krankenhäuser leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen erhalten (§ 4 Nr. 2 KHG). Voraussetzung für einen Anspruch auf staatliche Förderung ist die Aufnahme des Krankenhauses in den Krankenhausplan des Landes (§§ 6, 8 KHG), die zugleich bewirkt, dass das Krankenhaus zur Krankenhausbehandlung gemäß § 108 SGB V zugelassen ist. Die Planzulassungsvoraussetzungen sind in den jeweiligen Landesgesetzen geregelt und orientieren sich an den Merkmalen der Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Kostengünstigkeit. Der Krankenhausplan ist eine Dokumentation der Krankenhausziele, eine Beschreibung des zu versorgenden Bedarfs der Bevölkerung (Bedarfsanalyse), eine Beschreibung der Versorgungsbedingungen bei den in den Plan aufgenommenen Krankenhäusern (Krankenhausanalyse) und der Rahmen für die eigentliche Entscheidung darüber, mit welchen Krankenhäusern der festgestellte Bedarf der Bevölkerung versorgt werden soll (vgl. Art. 5 BayKHG). Die Aufnahme in den Krankenhausplan bewirkt eine Art Mindestgarantie wirtschaftlicher Sicherheit, ohne die ein erfolgreicher Krankenhausbetrieb dauerhaft allenfalls in Randbereichen vorstellbar ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.06.1990, www.jurisweb.de Rn. 80). Die wirtschaftlichen Folgen, die dem Krankenhausträger durch die Nichtaufnahme in den Krankenhausplan entstehen, können sehr einschneidend sein; sie können zur Schließung einer Klinik zwingen. Außerplanmäßige Krankenhäuser werden sich gegen die Konkurrenz staatlich geförderter Kliniken nur mit speziellen Angeboten und bei besonders günstiger Kostenstruktur behaupten können. Soweit sie an der Versorgung von Kassenpatienten überhaupt beteiligt werden, sind sie außerdem durch § 17 Abs. 5 KHG in Verbindung mit dem Sachleistungsprinzip (§§ 27, 39 SGB V) und dem Grundsatz einheitlicher Pflegesätze an der Realisierung kostendeckender Preise gehindert. Zwar wird somit durch die staatliche Förderung und wirtschaftliche Planung des Krankenhauseswesens auf den Marktzutritt, die Marktbedingungen und die Marktentfaltung der Krankenhäuser regulierend Einfluss genommen. Zu den Aufgaben der Krankenhausplanung gehört es aber nicht, eine Fusion von Krankenhausträgern darauf hin zu überprüfen, ob hierdurch Marktmacht entsteht, die es im Interesse des Wettbewerbs zu verhindern gilt. Wechselt der Träger eines in den Krankenhausplan aufgenommenen und nach dem KHG geförderten Krankenhauses, prüft die zuständige Landesbehörde (vgl. Art. 6 BayKHG) diesen Trägerwechsel allein in krankenhausrrechtlicher und förderungsrechtlicher Hinsicht. Die Aufnahme in den Krankenhausplan erfolgt durch einen feststellenden Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG, § 8 Abs. 1 Satz 3 KHG, Art. 5 Abs. 3 BayKHG). Adressat dieses Bescheides ist der antragstellende Krankenhausträger, so dass bei einem Trägerwechsel von der zuständigen Behörde zu prüfen und festzustellen ist, ob die Voraussetzungen für die Aufnahme in den Krankenhausplan auch weiterhin vorliegen (vgl. Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 28.11.2000, Az. 9 S 1976/98, www.jurisweb.de = MedR 2001, 466). Darüber hinaus ist in förderungsrechtlicher Hinsicht zu prüfen, ob die bisherigen Förderbescheide zu widerrufen oder hiervon unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 2 S. 3 Bay KHG abgesehen werden kann. Welche Marktstellung der neue Krankenhausträger durch den Trägerwechsel erlangt, also wie viele Krankenhäuser sich schon in seiner Trägerschaft befinden, ist für die Prüfung ohne Relevanz. Dieser Aspekt erlangt auch nicht unter dem Gesichtspunkt der nach § 1 Abs. 2 KHG zu berücksichtigenden Trägervielfalt Bedeutung. Hierdurch soll bei der Auswahl zwischen mehreren in gleicher Weise bedarfsgerecht, leistungsfähig und wirtschaftlich betriebenen Krankenhäusern berücksichtigt werden, dass private, gemeinnützige und öffentliche Krankenhausträger gleichermaßen gefördert werden. Auch in diesem Zusammenhang ist die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kein zu beachtender Gesichtspunkt.

### III.

Ein Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Gesundheitspolitik besteht nicht.

Das GWB soll in erster Linie die Freiheit des Wettbewerbs gewährleisten. Durch die Fusionskontrolle soll den Gefahren vorgebeugt werden, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgehen können. Ziel des als Institution zu schützenden Wettbewerbs ist es in diesem Fall, eine Konzentration von Marktmacht zu verhindern, um auf diese Weise dazu beizutragen, dass das an der Nachfrage orientierte Angebot von Sach- und Dienstleistungen zu möglichst geringen Preisen bei zumindest gleichbleibender Qualität erfolgt. Hierauf zielt aber auch die Gesundheitspolitik ab, die mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln eine leistungsfähige und bedarfsgerechte Krankenversorgung zu sozialverträglichen Pflegesätzen herbeiführen will.

Der Einwand der Beteiligten zu 1, die Fusionskontrolle verhindere den Verbund des Therapieangebotes zusammenliegender Kliniken (sog. Clustering) und damit eine qualitativ hochwertige Behandlung des Patienten gerade im ländlichen Bereich, weshalb die Fusionskontrolle kontraproduktiv zur Gesundheitspolitik sei, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Fusionskontrolle verbietet nicht generell den Erwerb von Krankenhäusern bzw. die Bildung von sog. Clustern, sondern nur dann, wenn der Erwerb zur Verstärkung oder Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Zwar mag deshalb im Einzelfall die Fusionskontrolle vordergründig einer Verbesserung der Krankenversorgung entgegenstehen, durch die Erhaltung des Wettbewerbs zwischen mehreren Krankenhäusern trägt sie aber dennoch auf Dauer zu einer nachfragegerechten, effizienten und kostengerechten Versorgung der Patienten bei.

### IV.

Vergeblich machen die Beteiligten zu 1 und 3 überdies geltend, eine Anwendung der Regelungen der §§ 35 ff. GWB komme nicht in Betracht, weil zwischen den Krankenhäusern Wettbewerb gegenüber den Patienten nicht stattfindet und wegen der gesetzlichen Vorgaben auch nicht stattfinden könne. Krankenhäuser erbringen gegenüber den Patienten gewerbliche Leistungen; hierbei steht ihnen trotz der krankenhausrrechtlichen Vorgaben ein wettbewerbsrechtlich relevanter Verhaltensspielraum zu.

#### 1.

Krankenhäuser sind Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts.

Nach dem für das GWB maßgeblichen funktionalen Unternehmensbegriff bedarf es für die Annahme der Unternehmenseigenschaft einer selbständigen Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt. Das spezifisch unternehmerische an der Teilnahme am geschäftlichen Verkehr liegt darin, dass eine bestimmte Leistung zu dem Zweck angeboten wird, die gewünschte Gegenleistung zu erhalten (Nordemann in Loewenheim/Meessen/ Riesenkampff, GWB, Bd. 2, § 1 Rn. 19 m.w.Nachw.). Bei Tätigkeiten der öffentlichen Hand scheidet eine Teilnahme am geschäftlichen Verkehr und damit die Anwendbarkeit des GWB jedenfalls dann aus, wenn der Träger hoheitlicher Gewalt ausschließlich amtlich oder hoheitlich tätig wird. In allen anderen Fällen kommt es darauf an, ob Wettbewerbsbeziehungen zu Konkurrenten bestehen und ob die Wahlfreiheit der Marktgegenseite, zwischen mehreren Anbietern auswählen zu können, Ausdruck wirtschaftlichen Wettbewerbs ist.

Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. Die Krankenhäuser bieten dem Patienten im Krankheitsfall medizinische Versorgung an. Als Gegenleistung für die Krankenhausbehandlung eines gesetzlich krankenversicherten Patienten erhalten sie von den Krankenkassen eine Vergütung in Form sog. Fallpauschalen (DRG). Hierbei stehen die Krankenhäuser untereinander um den Patienten in Wettbewerb. Der Patient kann frei auswählen, in welchem Krankenhaus er sich stationär behandeln lassen möchte. Dieses Wahlrecht ist Ausdruck wirtschaftlichen Wettbewerbs.

#### a.

Der Patient hat die Möglichkeit, zwischen mehreren in Betracht kommenden Krankenhäusern zu wählen. Der Kassenpatient wird von seiner Krankenkasse nicht einem bestimmten Krankenhaus zugewiesen. Er kann vielmehr grundsätzlich frei auswählen, in welchem zugelassenen Plankrankenhaus er sich bei Vorliegen stationärer Behandlungsbedürftigkeit behandeln lassen will. Er benötigt hierfür keine Einweisung durch einen Vertragsarzt gemäß § 39 SGB V. Der Versicherte hat bei Vorliegen stationärer Behandlungsbedürftigkeit auch dann einen Anspruch auf Behandlung in einem zugelassenen Krankenhaus, wenn keine vertragsärztliche Einweisung gegeben ist (Genzel in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., § 87 Rn. 7). Die medizinisch gebotene Krankenhausversorgung erfolgt auf der Grundlage eines mit dem Krankenhaus geschlossenen Krankenhausaufnahme- bzw. Krankenhausbehandlungsvertrages. Hierbei handelt es sich - mit Ausnahme einer zwangsweisen Einweisung eines Patienten aufgrund strafprozessualer oder sicherheitsrechtlicher Vorschriften - um einen privatrechtlichen Dienstvertrag. Auch mit den gesetzlich krankenversicherten Patienten wird nach herrschender Meinung ein solches privatrechtliche Vertragsverhältnis begründet, wobei lediglich Streit darüber besteht, ob es sich um einen echten Vertrag zwischen Krankenkasse und Krankenhaus zugunsten des Patienten nach § 328 BGB oder um einen unmittelbaren Vertrag zwischen Kassenpatient und Krankenhaus handelt (vgl. BGHZ 105, 160, 161 [BGH 14.07.1988 - IX ZR 254/87]; BGHZ 97, 273, 274 [BGH 25.03.1986 - VI ZR 90/85]; Müller-Glöße in

MünchKomm, 4. Aufl., § 611 Rn. 106 f.; Genzel in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., § 92 Rn. 4). Die Privatautonomie, das Selbstbestimmungsrecht bei Willensbildung und Willenseinigung mit dem Krankenhausträger wird nicht dadurch eingeschränkt, dass der Patient sozialversichert ist. Auch wenn die Krankenhausaufnahme aufgrund einer Verordnung eines Vertragsarztes im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung erfolgt (§ 73 Abs. 2 Nr. 7 und Abs. 4 SGB V), wird das Behandlungsverhältnis durch Vertrag begründet, weil der Patient in gleicher Weise wie bei einer "Selbsteinweisung" durch einen nicht ermächtigten Krankenhausarzt immer entscheiden kann, ob er die Krankenhausaufnahme wünscht oder nicht. Der zivilrechtliche Krankenhausaufnahmevertrag eines Kassenpatienten unterscheidet sich vom sog. Selbstzahler allein dadurch, dass die Kostentragung durch einen Dritten, nämlich die Krankenkasse, erfolgt (§ 267 BGB). Nur insofern wird die privatrechtliche Vertragsgestaltung durch den aufgrund der Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenkasse bestehenden sozialrechtlichen Dienst- und Sachleistungsanspruch (§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V) überlagert. Dieser Anspruch des gesetzlich Versicherten wird im Rahmen des bestehenden Versorgungsvertrages zwischen der Krankenkasse und dem Krankenhaus umgesetzt (§ 2 Abs. 2 Satz 2, §§ 108, 109 SGB V). Die zugelassenen Krankenhäuser haben aus dem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis als Gegenleistung für ihre Behandlungspflicht (§ 109 Abs. 4 Satz 1 SGB V) unmittelbar einen materiellrechtlichen Anspruch auf Bezahlung leistungsgerechter Entgelte nach dem Pfllegesatzrecht (§ 109 Abs. 4 Satz 3 SGB V, § 17 KHG).

Bei einer Krankenseinweisung durch einen Vertragsarzt - hierbei handelt es sich um die Regel - ist dieser gemäß § 73 Abs. 4 Satz 2 SGB V verpflichtet, die beiden nächsterreichbaren, für die Krankenhausbehandlung geeigneten Krankenhäuser in der ärztlichen Verordnung anzugeben, damit der Patient zwischen zwei Krankenhäusern wählen kann (Wagner in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Stand: Januar 2005, § 39 SGB V Rn. 23). Der Patient kann sich sogar in einem anderen als den in der Einweisung genannten Krankenhäusern behandeln lassen, ohne dass er in jedem Fall von der Krankenkasse mit den hierdurch verursachten Mehrkosten belastet wird. Er wird nur dann mit den entstandenen Mehrkosten belastet, wenn er das Krankenhaus ohne zwingenden Grund aufgesucht hat und hierdurch erhebliche Mehrkosten verursacht worden sind.

**b.**

Das freie Wahlrecht des Patienten ist Ausdruck wirtschaftlichen Wettbewerbs.

Zwar ist zutreffend, dass die gegenüber dem gesetzlich versicherten Patienten zu erbringenden Krankenhausdienstleistungen in erheblichem Umfang reglementiert und wichtige wettbewerbliche Rahmenbedingungen vorgegeben sind. So ist neben der Aufnahme- und Behandlungspflicht des nach § 108 SGBV zugelassenen Krankenhauses (§ 109 Abs. 4 Satz 2 SGB V) auch der Inhalt und der Umfang der Krankenhausbehandlung in § 39 Abs. 1 Satz 3 SGB V festgelegt. Die Krankenhausbehandlung umfasst im Rahmen des Versorgungsauftrages des Krankenhauses alle Leistungen, die im konkreten Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung des Versicherten im Krankenhaus notwendig sind. Auch die Höhe der Vergütung für die erbrachten Krankenhausleistungen ist vorgegeben und unterliegt nicht der Disposition des Krankenhausträgers. Nach dem in § 17 KHG vorgesehenen Vergütungssystem werden die Krankenhausleistungen durch sog. Fallpauschalen (DRG) - hierbei handelt es sich um Festpreise für die zeitlich begrenzten Versorgungsleistungen je Behandlungsfall - abgegolten. Trotz der gesetzlichen Vorgaben verbleibt dem Krankenhaus aber ein wettbewerblich relevanter Verhaltensspielraum, um bei seinem Angebot von Krankenhausdienstleistungen in Konkurrenz zu anderen Krankenhäusern in seinem Einzugsgebiet treten zu können.

Der Wettbewerb der Krankenhäuser um den frei auswählenden Patienten findet über die Qualität der Krankenversorgung statt. Die gesetzlichen Vorgaben an die Qualität der zu erbringenden Leistungen schließen einen Qualitätswettbewerb nicht aus. Nach § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V haben Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen. In § 135 a Abs. 1 Satz 2 SGB V heißt es im Zusammenhang mit der Verpflichtung der Leistungserbringer zur Qualitätssicherung, dass die Leistungen dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse entsprechen und in der gebotenen Qualität erbracht werden müssen. Die gesetzlichen Anforderungen an die Qualität bedeuten aber nicht, dass die Qualität der Krankenhausversorgung in allen Krankenhäusern gleich ist und keine spürbaren Unterschiede aufweist, so dass es für den Patienten gleichgültig ist, welches Krankenhaus er aufsucht. Dies ergibt sich schon allein aus der Vielgestaltigkeit der Behandlungs- und Betreuungsmöglichkeiten in fachlicher und personeller Hinsicht. Die Qualität der Behandlungsleistung und -ergebnisse hängt zunächst entscheidend von der fachlichen und menschlichen Befähigung der Ärzte und des Pflegepersonals ab. Diese ist aber naturgemäß individuell verschieden. Die Krankenhäuser können überdies hinsichtlich ihrer apparativen Ausstattung und der Organisation der Versorgungsabläufe, d.h. die Zügigkeit und Abfolge der Untersuchungen und die Kommunikation zwischen den Krankenhausabteilungen, Unterschiede aufweisen. So kann ein Krankenhaus über modernere medizinische Gerätschaften als ein anderes verfügen. Zudem kann es sein, dass in einem Krankenhaus besser als in einem anderen die einzelnen Abteilungen zusammenarbeiten, so dass die einzelnen Behandlungen in den verschiedenen Abteilungen innerhalb kürzester Zeit ohne lange Wartezeiten für den Patienten durchgeführt und die Untersuchungsergebnisse weitergeleitet werden und nach umfassender Information mit der Therapie begonnen werden kann. Schließlich gibt es auch einen wettbewerblich relevanten Verhaltensspielraum der Krankenhäuser bei der Unterbringung (Ausstattung und Sauberkeit der Zimmer, Aufenthaltsräume, Kantine pp.) und Verpflegung der Patienten (Qualität und Vielfalt der angebotenen Mahlzeiten). Gleiches gilt nicht zuletzt auch für die Freundlichkeit des Pflegepersonals und deren Vermögen, auf die Wünsche und Bedürfnisse der Patienten einzugehen. Seit kurzem unterstützt das Gesetz den Patienten und Arzt bei der zielge-

richteten Auswahl eines Krankenhauses. Gemäß § 137 Abs. 1 Nr. 3 SGB V werden im Abstand von zwei Jahren strukturierte Qualitätsberichte veröffentlicht, in denen der Stand der Qualitätssicherung dargestellt wird. Der Bericht enthält neben der Art und Anzahl der Krankenhausleistungen auch die Komplikations- und Sterblichkeitsrate. Erstmals seit dem Jahr 2005 werden Qualitätsberichte - über das Internet abrufbar - veröffentlicht. Hierdurch wird die Transparenz im Krankenhauswesen vergrößert und die Patientensouveränität gestärkt. Der Patient selbst kann sich auf diese Weise informieren, welches Krankenhaus sich in der Region auf die Behandlung eines bestimmten Krankheitsbildes spezialisiert hat oder wie oft welches Krankenhaus bestimmte Operationen durchgeführt hat und wo die Komplikationsrate besonders gering ist.

Das Bemühen der Krankenhäuser um eine gute Aufnahme und Behandlung des Patienten ist auch nicht nur von dem Willen des Krankenhausträgers getragen, seinen gesetzlichen Auftrag, für eine optimale Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern sicherzustellen, zu erfüllen, so wie die Beschwerde einwendet. Es ist auch von der Absicht bestimmt, mit den Mitteln des Marktes eine bessere Bettenauslastung zu erreichen, um mehr Behandlungsfälle mit der Krankenkasse abrechnen und damit höhere Erlöse für das Krankenhaus erzielen zu können. Die Krankenhäuser haben deshalb auch ein wirtschaftliches Interesse daran, dass sich möglichst viele Patienten für eine Behandlung in ihrem Krankenhaus entscheiden und mit ihrem Aufenthalt dort so zufrieden sind, dass sie es weiterempfehlen. Nur auf diese Weise können Überschüsse erwirtschaftet werden, die anschließend wieder in den Krankenhausbetrieb investiert werden können.

Bestehen aber - wie dargestellt - wettbewerblich relevante Verhaltensspielräume, dann ist der Anwendungsbe-  
reich der Fusionskontrolle eröffnet (vgl. BGH WuW/E DE-R 1681, 1684 - DB Regio/üstra).

## 2.

Nichts Gegenteiliges ergibt sich aus dem Urteil des EuGH vom 11. Juli 2006 (EuZW 2006, 600 - FENIN). Dem Urteil kann nicht entnommen werden, dass ein Markt zwischen Krankenhaus und Patient im Sinne des Wettbewerbsrechts nicht besteht, so wie die Beschwerde unter Bezugnahme auf das Gutachten von Prof. S. und Prof. K. vom 5. März 2007 geltend macht. Der EuGH hat sich in dem genannten Urteil mit der Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand zur Eigenbedarfsdeckung beschäftigt. Er hat die Unternehmenseigenschaft mehrerer öffentlicher Einrichtungen (darunter drei Ministerien der spanischen Regierung, die das spanische Gesundheitssystem verwalten) verneint, die als unentgeltliche Dienstleistung für ihre Mitglieder medizinische Erzeugnisse für Krankenhäuser einkaufen und nach dem Solidaritätsgrundsatz funktionieren, d.h. ausschließlich durch Sozialversicherungsbeiträge und andere staatliche Beiträge finanziert werden. Zur Begründung hat der EuGH ausgeführt, bei der Beurteilung des Wesens einer Einkaufstätigkeit sei der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen, da der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimme. Eine solche Fallkonstellation - Einkaufstätigkeit der öffentlichen Hand zur Eigenbedarfsdeckung - steht hier aber nicht zur Entscheidung. Die Krankenhäuser sind Anbieter der Krankenhausleistung und üben keine Einkaufstätigkeit aus, so dass schon aus diesem Grund die zitierte Entscheidung im Streitfall nicht einschlägig ist. Die weitere Frage, ob die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 81 und 82 EG der nationalen Fusionskontrolle überhaupt Grenzen setzt, kann deshalb auf sich beruhen.

## 3.

Ohne Erfolg wendet der Beteiligte zu 2 gegen die Anwendbarkeit des Fusionskontrolle überdies ein, die Untersagungsentscheidung verletze sein verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG).

Nach der Rechtsprechung des Senates und des Bundesgerichtshofs beeinträchtigen die Vorschriften über die Fusionskontrolle das Recht auf kommunale Selbstverwaltung nicht, sondern gehören zu den (allgemeinen) Gesetzen, in deren Rahmen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich zu regeln sind (BGH, Beschluss vom 11. Juli 2006, KVR 28/05, Umdruck Seite 7, Rn 20 - Deutsche Bahn/KVS Saarlouis; Senat, Beschluss vom 4. Mai 2005, VI- Kart 19/04 (V), Umdruck Seite 12). Die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern (§ 1 KHG, Art. 1 BayKRG) ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge. Beteiligen sich die Gemeinden an dieser Aufgabe, indem sie kommunale Krankenhäuser betreiben, müssen sie sich an die Schranken halten, die die Rechtsordnung der wirtschaftlichen Betätigung von Unternehmen in diesem wie in anderen Wirtschaftsbereichen auferlegt. Das Recht des Beteiligten zu 2, ein von ihm im Rahmen des Sicherstellungsauftrages nach § 51 Abs. 3 LkrO Bayern betriebenes Kreiskrankenhaus zu veräußern, findet demzufolge seine Grenze in den kartellrechtlichen Bestimmungen der Fusionskontrolle.

## B.

Ist somit die Fusionskontrolle eröffnet, so hat das Bundeskartellamt das in Rede stehende Zusammenschlussvorhaben zu Recht untersagt. Durch den Erwerb der Kreiskrankenhäuser B. N. und M. (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB) ist zu erwarten, dass ein marktbeherrschende Stellung der Beteiligten zu 1 auf den in räumlicher Hinsicht jeweils auf das Gebiet B. N./B. K. beschränkten Markt für (sämtliche) Krankenhausleistungen oder für Krankenhausleistungen aus dem Fachbereich Innere Medizin begründet oder verstärkt wird, ohne dass die Zusammenschlussbeteiligten nachgewiesen haben, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.

## I.

Die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 1. HS GWB sind erfüllt, ohne dass es einer Entscheidung bedarf, ob in Übereinstimmung mit dem Bundeskartellamt in sachlicher Hinsicht auf einen einheitlichen Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen abzustellen ist, auf dem sich Allgemeinkrankenhäuser und Fachkliniken als Anbieter und der Patient als Nachfrager gegenüberstehen, oder - wozu der Senat neigt - der Markt für Krankenhausleistungen weiter nach medizinischen Fachbereichen zu unterteilen ist, wobei im Streitfall die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 1. HS GWB jedenfalls für den Markt für Krankenhausleistungen aus dem Fachbereich Innere Medizin erfüllt sind.

### 1.

Ausgehend von der sachlichen Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes lässt das in Rede stehende Zusammenschlussvorhaben die Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten zu 1 auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen im Gebiet B. N./B. K. erwarten.

#### a.

Das Bundeskartellamt geht in sachlicher Hinsicht von einem einheitlichen Markt für akutstationäre Krankenhausleistungen aus, in den nicht nur Allgemeinkrankenhäuser, sondern auch Fachkliniken einzubeziehen seien. Zwar werde in einer Fachklinik nur eine bestimmte Gruppe von Erkrankungen behandelt. Aus Sicht des nachfragenden Patienten sei jedoch die Leistung einer Fachklinik mit den entsprechenden Leistungen einer Fachabteilung eines Allgemeinkrankenhauses austauschbar. Eine weitere Unterteilung des Marktes in Fachabteilungen sei weder aus Nachfragersicht noch krankenhausrrechtlich geboten. Der Patient nehme das Angebot als Gesamtangebot wahr, das er aber nie als Komplettleistung, sondern im Bedarfsfall immer nur als Teilleistung nachfrage. Das Grundsortiment bestehe zumindest aus einer Abteilung für Inneres und Chirurgie sowie in aller Regel aus einer Abteilung für Gynäkologie und Geburtshilfe. Dieser sachlichen Marktabgrenzung haben sich die Beteiligten zu 1 und 2 nach Durchführungen der Zusatzermittlungen durch das Bundeskartellamt angeschlossen und hiergegen keine Einwände mehr erhoben.

In räumlicher Hinsicht hat das Bundeskartellamt unter Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes den relevanten Markt auf das Gebiet B. N./B. K. (Postleitzahlenbereich 976.. bis 977..) und M. beschränkt. Grundlage hierfür war das tatsächliche Verhalten der Patienten in der Vergangenheit. Das Bundeskartellamt hat die Patientenströme ermittelt, indem es die Fallzahlen der Krankenhäuser in den Gebieten B. N./B. K. sowie in den davon nordwestlich, nordöstlich, südöstlich und südlich gelegenen Gebieten (vgl. Übersicht Bl. 44 der Untersagungsverfügung) aus dem Jahr 2003 (insgesamt 575.759 Fälle) daraufhin überprüft hat, aus welchem räumlichen Gebiet die dort behandelten Patienten stammen. Es hat auf diese Weise zunächst anbieterorientiert die Einzugsgebiete der vom Zusammenschluss unmittelbar betroffenen Krankenhäuser, d.h. der Kreiskrankenhäuser B. N./S. und M. und der von der Beteiligten zu 1 betriebenen Fachkliniken in B. N., des Krankenhauses St. E. und des Krankenhauses M., sowie die Krankenhäuser aus den benachbarten Gebieten ermittelt und festgestellt, dass die Kreiskrankenhäuser des Landkreises R.-G. ein sehr enges regionales Einzugsgebiet haben und auch die Krankenhäuser der Beteiligten zu 1 in B. N., B. K. und M. den wettbewerblichen Schwerpunkt ihrer Tätigkeit in den Märkten B. N./B. K. und M. haben. Die sich anschließende nachfrageorientierte Marktanteilsbetrachtung kam zu dem Ergebnis, dass der weit überwiegende Teil der Patienten grundsätzlich Krankenhäuser in enger räumlicher Nähe zu seinem Wohnort aussucht. Zwischen den Märkten B. N./B. K. und M. einerseits und den nordwestlich, nordöstlich, südöstlich und südlich gelegenen Gebieten andererseits bestehen nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes faktisch keine relevanten Austauschbeziehungen.

Gegen diese räumliche Marktabgrenzung wenden sich die Beteiligten zu 1, 2 und 3 ohne Erfolg.

#### aa.

Der vom Bundeskartellamt gewählte Ansatz, den um eine stationäre Krankenhausbehandlung nachsuchenden Patienten bzw. den ihn in das Krankenhaus einweisenden Arzt als Nachfrager bzw. Nachfragerdisponent der von den Kliniken angebotenen Krankenhausleistung anzusehen, ist zutreffend.

Für die Stellung des Nachfragers ist entscheidend, wer die Auswahl zwischen mehreren Leistungserbringern zu treffen hat (BGH WuW/E DE-R 487, 489 - Zahnersatz aus Manila; BGH WuW/E DE-R 303, 304 f. - Taxi Krankentransporte; BGH WuW/E 2603, 2605 - Neugeborenentransporte). Wie bereits ausgeführt, kann der gesetzlich versicherte Patient gemäß § 39 SGB V grundsätzlich auswählen, in welchem Krankenhaus er sich stationär behandeln lassen möchte. Abgesehen von den zu vernachlässigenden Fällen, in denen sich ein Patient ohne ärztliche Einweisung in ein Krankenhaus seiner Wahl begibt (sog. Selbsteinweisung), wählt der Patient bzw. wählen seine Angehörigen entweder selbst - ggfls. nach Beratung mit seinem Arzt - das Krankenhaus aus oder dem Arzt wird die Auswahl des Krankenhauses überlassen. Abhängig vom Alter und Bildungsgrad trifft ein Teil der Patienten die Auswahlentscheidung souverän, nachdem er sich selbst, beispielsweise im Internet, über die für seine Behandlung in Frage kommenden Krankenhäuser informiert hat, und/oder sich mit seinem Arzt beraten hat. Der andere Teil der Patienten verlässt sich hingegen auf die Entscheidung des behandelnden Arztes, weil er selbst nicht über die erforderliche Sachkunde und Informationen verfügt, um beurteilen zu können, welches von mehreren in Frage kommenden Krankenhäusern seinem Bedarf an stationärer Krankenhausbehandlung am ehesten

gerecht wird. Er erwartet deshalb in der Regel, dass der Arzt bezogen auf die von ihm getroffene Diagnose das am besten geeignete Krankenhaus auswählt. Dies gilt gleichermaßen auch für Notfallpatienten, deren Einweisung in ein Krankenhaus durch den Notarzt erfolgt, und Bewohner eines Altenheims bzw. deren Angehörige und Vertreter. Dass entweder der Patient selbst, nach Rücksprache und Beratung mit den einweisenden Arzt, das Krankenhaus auswählt oder - vor allem bei komplizierteren Behandlungen - der einweisende Arzt für seinen Patienten die Auswahlentscheidung trifft, wird durch das Ergebnis der von der Beteiligten zu 1 vorgelegte Krankenhausstudie Forschungsgruppe Wahlen aus Februar 2006 (Bl. 509 ff. GA) nicht widerlegt, sondern im Gegenteil weiter bekräftigt. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass von den Befragten, die in den letzten fünf Jahren mindestens einen stationären Krankenhausaufenthalt hatten, 41 % geantwortet haben, dass der Arzt das Krankenhaus ausgewählt habe, während 39 % das Krankenhaus selbst ausgewählt haben (S. 13 der Studie, Bl. 523 GA). Selbst auf die Frage, wie reagiert werden würde, wenn der Arzt einen kleineren, ungefährlichen Eingriff in einer Klinik empfiehlt und eine entsprechende Einweisung in dieses Krankenhaus ausstellt, haben nur 61 % der Befragten geantwortet, der Einweisung zu folgen, hingegen haben 34 % erklärt, diese Entscheidung nicht automatisch zu akzeptieren (S. 8 der Studie, Bl. 518 GA).

Der vereinzelt vertretenen Ansicht, dass nicht der Patient, sondern die gesetzlichen Krankenkassen Nachfrager der Krankenhausleistung seien, weil sie nach dem Sachleistungsgrundsatz gegenüber den bei ihnen Versicherten verpflichtet seien, die von ihr geschuldeten Leistungen in Gestalt von Naturalleistungen zu erbringen (vgl. Jaeger ZWeR 2005, 31, 32 f.), vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Wie bereits ausgeführt, ist für die Stellung des Nachfragers entscheidend, wer die Auswahl zwischen mehreren Leistungserbringern zu treffen hat, da es von dem Willen dieser Person abhängt, wer mit der Leistungserbringung betraut wird (BGH DE-R 487, 489 - Zahnersatz aus Manila; BGH DE-R 303, 304 f. m.w.Nachw. - Taxi-Krankentransporte). Die Krankenkasse kann deshalb nur dann als Nachfrager der konkreten stationären Krankenhausdienstleistung in Betracht kommen, wenn der Patient bzw. Arzt bei der Auswahl des Krankenhauses ohne eigenen Entscheidungsspielraum allein auf Weisung der Krankenkassen handeln würde. Dies ist aber - wie bereits oben ausgeführt - gerade nicht der Fall, weil dem Patienten ein Wahlrecht eingeräumt ist. Bei Ausübung dieses Wahlrechts handelt der Patient bzw. für ihn der Arzt nicht im Interesse der Krankenkassen, sondern allein in seinem Interesse bzw. im Interesse des Patienten. Die Entscheidung wird allein davon bestimmt, welches Krankenhaus für den Patienten im Hinblick auf das diagnostizierte Krankheitsbild und seine übrigen persönlichen Bedürfnisse am besten geeignet ist. Überdies hat der Bundesgerichtshof für die Beschaffung von Heil- oder Hilfsmitteln und Krankentransportleistungen ausgeführt, dass selbst bei Zugrundelegung des Sachleistungsprinzips die Interessen der Krankenkassen von dem Wahlrecht der Versicherten überlagert werden (BGH DE-R 303, 304 m.w.Nachw. - Taxi-Krankentransporte; zuletzt BGH EuGH-Vorlage vom 3. Juli 2001, Az.: KZR 31/99, Rn. 39 [www.jurisweb.de](http://www.jurisweb.de) = GRUR 2002, 554, 558) [BGH 03.07.2001 - KZR 31/99]. Die Auswahl unter den für die Therapie eingesetzten Arznei- und sonstigen Hilfsmitteln werde nicht von den Krankenkassen, sondern allein von Arzt und Patient getroffen, so dass auch unter Geltung des Sachleistungsprinzips von ihnen und nicht von den Kassen die Nachfrage gesteuert werde. Die Möglichkeit einer Einflussnahme auf diese Auswahlentscheidung eröffne sich den Kassen allenfalls bedingt über die Beschränkung der Leistungspflicht im Verhältnis zu ihren Versicherten, mit der entweder Versicherungsleistungen für bestimmte Behandlungsformen oder Medikamente ausgeschlossen oder ihre Verpflichtung zur Bereitstellung von Medikamenten durch die Festlegung von Kostenobergrenzen eingeschränkt werde (BGH EuGH-Vorlage vom 3. Juli 2001, Az.: KZR 31/99, Rn. 39 [www.jurisweb.de](http://www.jurisweb.de) = GRUR 2002, 554, 558) [BGH 03.07.2001 - KZR 31/99]. Durch diese mittelbare Einflussnahmemöglichkeit wird die Auswahlentscheidung eingegrenzt, aber nicht so weit, dass kein Entscheidungsspielraum mehr besteht. Diese Erwägungen gelten gleichermaßen für den Bereich der stationären Krankenhausbehandlung.

## **bb.**

Ohne Erfolg machen die Beteiligte zu 1, 2 und 3 geltend, das Bundeskartellamt habe den räumlich relevanten Markt schon deshalb zu eng abgegrenzt, weil es nicht auf den potentiellen, d.h. noch nicht erkrankten Patienten abgestellt habe, sondern das tatsächliche Verhalten der im Krankenhaus behandelten Patienten in den Blick genommen habe.

## **(1)**

Der Ermittlungsansatz des Bundeskartellamts, der sich am tatsächlichen Verhalten des um eine stationäre Krankenhausbehandlung nachsuchenden Patienten bzw. des an seiner Stelle nachfragenden Ärzte in der Vergangenheit orientiert, entspricht dem Bedarfsmarktkonzept und ist nicht zu beanstanden. Kleinere räumliche Teilmärkte sind immer dann zu bilden, wenn die Austauschmöglichkeiten der Nachfrager regional begrenzt sind. Im Handel wird der räumliche Markt durch die Ortsgebundenheit des Angebots und die Mobilität der Nachfrager auf einzelne Städte und deren Umland begrenzt, wobei davon auszugehen ist, dass die Mobilität bei höherwertigen Verbrauchsgütern stärker ausgeprägt ist als bei Verbrauchsgütern des kurzfristigen Bedarfs. Maßgebend sind die tatsächlichen Verbrauchergewohnheiten (KG WuW/E 5364, 5371 - HaGE Kiel; KG WuW/E OLG 4657, 4659 - Kaufhof/Saturn; BGH WuW/E DE-R 1301, 1303 - Sanacorp/Anzag; Götting in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB Bd. 2, § 19 Rn. 23; Ruppelt in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 10. Aufl., § 19 Rn. 27). Da die stationäre Krankenhausbehandlung nur im Krankenhaus selbst erbracht werden kann, das Angebot also ortsgebunden ist, kommt es bei der Feststellung, welches Krankenhaus aus Sicht des Nachfragers noch eine Ausweichalternative darstellt, entscheidend darauf an, welche Entfernung er von seinem Wohnort zum Krankenhaus zurückzulegen bereit ist. Aufschluss hierüber gibt das tatsächliche Verhalten der Patienten in der Vergangenheit. Dementsprechend verdeutlichen die für die

Jahre 2003 und 2004 ermittelten Patientenströme, welches räumliche Einzugsgebiet die untersuchten Krankenhäuser haben, d.h. welche Krankenhäuser aus Sicht der Nachfrager von der räumlichen Entfernung zu seinem Wohnort noch als Alternative angesehen werden. Das vom Bundeskartellamt ermittelte tatsächliche Verhalten der Patienten in der Vergangenheit gibt auch Aufschluss über das zukünftige Verhalten des um eine Krankenhausbehandlung nachsuchenden Patienten, da für relevante Änderung des Nachfragerverhaltens nichts ersichtlich ist. Demgegenüber würde eine Befragung potentieller, d.h. gesunder Patienten zu deutlich wenig belastbareren Ergebnissen führen. Ein gesunder Mensch fragt keine Krankenhausleistung nach. Für welches Krankenhaus er sich im Krankheitsfall entscheiden würde, hängt von vielen Faktoren ab und ist nur schwer vorhersehbar. Das Nachfrageverhalten wird deshalb sicherer durch das tatsächliche Verhalten der Patienten in der Vergangenheit widergespiegelt als durch Befragungen zu rein hypothetischen Sachverhalten.

Es ist auch nicht so, dass die Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten XV., 2004/2005 eine Befragung potentieller Patienten der Ermittlung der Patientenströme bevorzugt hat, so wie die Beteiligten geltend machen. Die Monopolkommission hat vielmehr alternativ zum Ermittlungsansatz des Bundeskartellamts eine Befragung der Patienten vorgeschlagen, die in letzter Zeit Kliniken der Zusammenschlussbeteiligten bereits genutzt haben. Sie könnten danach befragt werden, welches Krankenhaus sie aufgesucht hätten, wenn es die Klinik, in der sie behandelt worden sind, nicht gegeben hätte.

**(2)**

Ausgehend von den ermittelten Patientenströmen ist bei der räumlichen Marktabgrenzung ferner nicht danach zu unterscheiden, ob der Patient selbst oder der einweisende Arzt als sein Disponent die Auswahlentscheidung getroffen hat, so wie die Beteiligten zu 1 und 3 unter Hinweis auf das Gutachten S. fordern. Das Bundeskartellamt hat eben gerade nicht die Patienten bzw. Ärzte nach ihrer subjektiven Meinung befragt, welche Krankenhäuser sie als untereinander austauschbar ansehen, sondern es hat hiervon völlig unabhängig festgestellt, in welchen Krankenhäusern die Patienten aus unterschiedlichen Gebieten tatsächlich behandelt worden sind.

**(3)**

Schließlich ist der von der Beschwerde in diesem Zusammenhang angeführte SSNIP-Test im vorliegenden Fall zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes ungeeignet. Dies gilt schon deshalb, weil Voraussetzung für dessen Anwendung das Vorhandensein von Marktpreisen sind, die vorliegend aber wegen der bundeseinheitlichen Vergütung nach dem Fallpauschalen-System nicht existieren.

**cc.**

Die Beteiligten zu 1 und 3 können ferner nichts zu ihren Gunsten daraus herleiten, dass sich in den Jahren 2003 und 2004 etwa 35 % (2003: 35,7 % , 2004: 35,6 %) der in der Region B. N./B. K. ansässigen Patienten außerhalb des räumlich relevanten Marktes B. N./B. K. haben stationär behandeln lassen. Entscheidend für die räumliche Marktabgrenzung bzw. eine Erweiterung des räumlich relevanten Marktes ist nicht der prozentuale Gesamtanteil der Patienten, die sich außerhalb des Kerngebietes stationär behandeln lassen, da es in den Randzonen eines räumlichen Teilmarktes unvermeidlich zu Überschneidungen mit den angrenzenden Märkten kommt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Umfang des gegenseitigen Leistungsaustausches zwischen zwei Gebieten so groß ist, dass beide Gebiete als einheitlicher räumlich relevanter Markt anzusehen sind.

Das Bundeskartellamt hat anhand der ermittelten Fallzahlen den jeweiligen Leistungsaustausch zwischen den Märkten B. N./B. K. und M. einerseits und den vier angrenzenden Randgebieten andererseits tabellarisch und graphisch dargestellt und eine wechselseitige Durchdringung nicht feststellen können. Relevante wechselseitige Wanderbewegungen aus dem Markt B. N./B. K. in die jeweils angrenzenden Gebiete und umgekehrt aus den angrenzenden Gebiete in die genannten Märkte lagen nicht vor. Es ergab sich lediglich, dass das Krankenhaus L. in S. und das Uniklinikum in W. von Patienten aus dem Markt B. N./B. K. in gewissem Umfang als Alternative wahrgenommen worden ist, während aber umgekehrt die aus S. und W. stammenden Patienten die Kliniken im Markt B. N./B. K. nicht als Auswahlmöglichkeit ansehen. Der Anteil der Patienten aus den Nachbargebieten S. und W. macht im Markt B. N./B. K. nur einen Anteil von 5,4 % bzw. 2,5 % aus, wobei fast die Hälfte der Fälle auf die spezialisierte Herz- und Gefäßklinik der Beteiligten zu 1 entfiel. Dies bedeutet, dass die im Raum S. bzw. W. wohnhaften Patienten die Krankenhäuser in dem Markt B. N./B. K. nicht als ausreichende Alternative zu den Krankenhäusern in ihrer unmittelbaren räumlichen Nähe ansehen, zumal die Gebiete S1 -S. mit fast 80 % und S3-W. mit nahezu 90 % einen sehr hohen Eigenversorgungsanteil aufweisen. Umgekehrt ist der Anteil der Patienten aus dem Gebiet B. N./B. K., die sich am Universitätsklinikum W. (8,7 %) und im Krankenhaus L. in S. (16,5 %) haben behandeln lassen, zwar höher, jedoch rechtfertigt diese einseitige Auspendlerquote eine Erweiterung des räumlichen Marktes nicht. Es handelt sich vielmehr, wie das Bundeskartellamt zu Recht angenommen hat, um eine hinzunehmende Unschärfe im Randbereich, die letztlich darauf zurückzuführen ist, dass es sich bei der Universitätsklinik in W. und dem Krankenhaus L. in S. um sog. Maximal- bzw. Schwerpunktversorger handelt, die eine wesentlich größere Anzahl an Fachabteilungen anbieten. Insoweit ist festzustellen, dass das Universitätsklinikum W. trotz der angebotenen Hochleistungsmedizin mit 8,7 % und auch das Krankenhaus L. als Schwerpunktversorger trotz der unmittelbaren räumlichen Nähe zu B. K. und B. N. mit 16,5 % letztlich nur sehr wenige Patienten aus dem Markt B. N./B. K. auf sich ziehen konnten.

**dd.**

Soweit der Beteiligte zu 2 geltend macht, die sinkenden Fallzahlen der Kreiskrankenhäuser B. N./S. und M. in den Jahren 2003 und 2004 und auch die Fertigstellung des Autobahnteilstückes zwischen E. und S. im Jahr 2005 sprächen dafür, die Gebiete S. (S 1), W. (S 3), F. (NW 1), S. (NO 4), G. (NO 2) und E. in den relevanten Markt einzubeziehen, ist diesem Vorbringen nicht zu folgen.

Die Veränderung der Fallzahlen der Kreiskrankenhäuser B. N. und M. für die Jahre 2003 und 2004 (B. N.: 6.430,5 (2003) 6.262,5 (2004); M.: 3.0345 (2003) 2.269 (2004)) bedeutet keine signifikante Verschiebung der vom Bundeskartellamt festgestellten Patientenströme. Die Verringerung der Fallzahlen kann unterschiedliche Gründe haben und besagt nicht, dass Patienten aus dem Markt B. N./B. K. in stärkerem Umfang als bisher Krankenhäuser in den angrenzenden Gebieten aufgesucht haben. So kann sich das Patientenaufkommen im Bereich stationärer Krankenhausbehandlungen im Jahr 2004 insgesamt in diesem Gebiet verringert haben. Ebenso ist denkbar, dass die Patienten verstärkt auf das Krankenhaus St. E. in B. K. oder die Fachkliniken der Beteiligten zu 1. ausgewichen sind.

Auch das zwischenzeitlich fertig gestellte Bundesautobahn-Teilstück zwischen E. und S. lässt nicht den Schluss zu, dass sich die Grenzen des vom Bundeskartellamt festgestellten Regionalmarktes signifikant verschieben. Zwar spielt die zurückzulegende Entfernung zwischen Wohnort und Krankenhaus und die hierfür benötigte Fahrzeit bei der Auswahl eines Krankenhauses eine wichtige Rolle, da für die Patienten und ihre Besucher grundsätzlich von Bedeutung ist, das Krankenhaus schnell und unkompliziert zu erreichen. Jedoch ist die in der Fahrzeit zum Ausdruck kommende Erreichbarkeit des Krankenhauses nur eines von mehreren Kriterien bei der Auswahl des Krankenhauses. Eine entscheidende Rolle spielt neben der räumlichen Nähe und der damit verbundenen Ortskenntnis vor allem auch der Ruf eines Krankenhauses und die Erfahrungswerte, die der Patient möglicherweise selbst oder ihm nahe stehende Personen aus früheren stationären Behandlungen gewonnen haben. Überdies ist die Fertigstellung der Autobahn auch nur für die Personen von Interesse, denen ein Auto zur Verfügung steht und deren Wohnort über eine günstige Autobahnbindung verfügt. Darüber hinaus bedeutet eine verbesserte Autobahnbindung nicht gleichzeitig auch eine wechselseitige Durchdringung der Gebiete. Es ist damit nicht gesagt, dass auch die Patienten aus den Gebieten S. (S 1), W. (S 3), S. (NO 4), G. (NO 2) und E. das neue Autobahnteilstück nutzen werden, um die Krankenhäuser in dem Markt B. N./B. K. in wettbewerblich relevantem Umfang und damit mehr als bisher in Anspruch zu nehmen.

**b.**

Auf dem vom Bundeskartellamt abgegrenzten Markt für akutstationäre Krankenhausleistungen im Bereich B. N./B. K. führt der beabsichtigte Zusammenschluss zur Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten zu 1 (§ 36 Abs. 1 1. HS GWB).

Das Bundeskartellamt hat im Rahmen einer umfassenden Gesamtbetrachtung des Marktes eine überragende Marktstellung der Beteiligten zu 1 im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern festgestellt, die durch den Zusammenschluss verstärkt werde. Ausgehend von den für das Jahr 2004 ermittelten Zahlen verfüge die Beteiligte zu 1 bereits jetzt über einen Marktanteil von 45 - 50 %, der durch die beabsichtigte Fusion auf 65 % bis 70 % anwachsen (vgl. Tabelle 1.2 im Schriftsatz des Amtes vom 14.09.2006). Der Marktanteilsabstand zu den beiden nächstfolgenden - außerhalb des abgegrenzten räumlichen Marktes liegenden - Wettbewerber ist nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes beträchtlich. Das Krankenhaus L. in S. hat einen Marktanteil von 10-15 % und die Universitätsklinik in W. 5-10 %, so dass der Marktanteilsabstand bei 55 % - 60 % liegt. Darüber hinaus sei die Beteiligte zu 1 ihren Wettbewerbern auch in allen anderen Wettbewerbsparametern deutlich überlegen. Dies gelte für die Breite und Qualität ihres Leistungsangebotes, im Hinblick auf die Möglichkeit, Patientenströme auf sich zu ziehen, der im Vergleich zu den Wettbewerbern deutlich besseren Verhandlungsposition gegenüber den Krankenkassen, der weit überlegenen Finanzkraft und auch aufgrund von Synergieeffekten, die sie aus ihrer Zugehörigkeit zum R.-Konzern erzielen könnten. Relevante Wettbewerber wie die Universitätsklinik W. und das Krankenhaus L. in S. könnten den wettbewerblichen Spielraum der Beteiligten zu 1 im relevanten Markt nicht hinreichend kontrollieren. Relevanter potentieller Wettbewerb könne nicht festgestellt werden. Durch die beabsichtigte Fusion werde die bereits aktuell bestehende starke Marktstellung insbesondere durch eine Erweiterung des Versorgungsangebotes zu Lasten der Wettbewerber, einen verbesserten Zugang zum Absatzmarkt und zusätzliche Synergieeffekte verstärkt, weshalb mit Marktanteilsverlusten der Wettbewerber zu rechnen sei, während die am Zusammenschluss beteiligten Krankenhäuser gleichzeitig die Möglichkeit erhielten, aufgrund wechselseitiger Zuweisungen ihre Fallzahlen zu erhöhen.

Die Ausführungen des Bundeskartellamtes sind nicht zu beanstanden. Insbesondere werden sich die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten nur in einem zu vernachlässigendem Umfang durch die Schließung des Kreiskrankenhauses M. zum 31.12.2006 verändern. Es ist davon auszugehen, dass ein großer Teil der Patienten, die bisher das KKH M. in Anspruch genommen haben, sich nunmehr an das ihrem Wohnort nächst gelegene Krankenhaus in B. N. wenden werden. Demzufolge wird mindestens die Hälfte des 5 - 10 %igen Marktanteils des KKH M. den Zusammenschlussbeteiligten zufallen. Das gilt nicht zuletzt auch deshalb, weil nach dem Zusammenschluss lediglich die Lungenklinik M. als Wettbewerber der Beteiligten zu 1. im Regionalmarkt vorhanden sein wird, die aufgrund ihrer fachmedizinischen Ausrichtung nur einen kleinen Ausschnitt der nachgefragten Krankenhausbehandlungen anbieten kann. Soweit das Bundeskartellamt in die Marktanteilsberechnung auch Krankenhäuser einbezogen hat, die außerhalb des räumlich relevanten Marktes liegen und nach Ansicht des Senates

daher nicht hätten berücksichtigt werden dürfen, ist dies unschädlich, da es für die Zusammenschlussbeteiligten vorteilhaft ist. In dem relevanten räumlichen Markt ist außer den von den Zusammenschlussbeteiligten betriebenen Krankenhäusern nur die Lungenklinik M. in M. als einziger Wettbewerber mit einem Marktanteil von 0-5 % tätig. Der Marktanteil der Beteiligten zu 1 beläuft sich daher nach dem Zusammenschluss richtigerweise auf über 90 %.

Die gegen die Feststellungen des Bundeskartellamtes vorgebrachten Einwände der Beschwerde bleiben ohne Erfolg.

**aa.**

Entgegen dem Vorbringen der Beteiligten zu 1 schließt weder die Zielsetzung der Krankenhausplanung noch die damit einhergehende öffentlich-rechtliche Regulierung aus, dass ein vom Wettbewerb nicht mehr kontrollierter Verhaltensspielraum eines Krankenhauses entstehen kann. Wie bereits ausgeführt, steht die öffentlich-rechtliche Regulierung des Krankenhausmarktes der kartellrechtliche Überprüfung des relevanten Marktes nicht entgegen. Vielmehr treten die Krankenhäuser unmittelbar gegenüber ihren regionalen Mitbietern in Wettbewerb um die Patienten. Dieser, trotz der umfassenden öffentlich-rechtlich Regulierung verbleibende wettbewerbliche Verhaltensspielraum ist im Rahmen der Fusionskontrolle daraufhin zu überprüfen, ob er hinreichend durch den Wettbewerb kontrolliert wird oder eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 2 GWB entsteht bzw. verstärkt wird.

**bb.**

Ohne Erfolg wendet der Beteiligte zu 2 gegen eine überragende Marktstellung der Beteiligten zu 1 ein, dass der Verhaltensspielraum der Beteiligten zu 1 nach dem Zusammenschluss trotz dann bestehender sehr hoher Marktanteile durch die Nachfragemacht der Krankenkassen hinreichend kontrolliert werde.

Bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nach dem eindeutigen Wortlaut von § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 1. HS GWB auf das horizontale Verhältnis zu den Wettbewerbern abzustellen. Ein Unternehmen ist danach marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Dementsprechend ist bei der Prüfung von Marktmacht vorrangig darauf abzustellen, ob im Verhältnis zu den Wettbewerbern noch ein hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum besteht. Dies schließt zwar nicht aus, im Rahmen der Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Marktstrukturmerkmale auch die Marktgegenseite in den Blick zu nehmen. Jedoch schließt eine starke Marktstellung auf der Marktgegenseite eine überragende Marktstellung nicht generell aus, wenn die Nachfrage alle Anbieter gleichermaßen trifft (BGH WuW/E BGH 2783, 2791 - Warenzeichenerwerb; Möschel in Immenga/Mestmäcker, aaO., § 19 Rn. 55). Abgesehen davon, dass hier nicht die Krankenkassen Nachfrager der Krankenhausleistung und damit Marktgegenseite sind, sondern die Patienten, würde eine etwaige Marktmacht der Krankenkassen aber auch sämtliche Krankenhäuser gleichermaßen treffen.

**cc.**

Zutreffend hat das Bundeskartellamt ferner festgestellt, dass die Beteiligte zu 1 im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern über eine überlegene Finanzkraft verfügt. Sie hat - von der Beschwerde nicht in Abrede gestellt - im Jahr 2003 Investitionen in Höhe von 112,5 Mio. EUR getätigt und sie vollständig aus ihrem cash-flow finanziert. Der Jahresumsatz 2004 lag bei 1,05 Mrd. EUR. Den Konzerngewinn konnte sie um 4,5 % auf 76,4 Mio. EUR steigern. Wie die Beteiligte zu 1 selbst geltend macht, ist sie aufgrund ihrer finanziellen Ausstattung willens und in der Lage, Investitionen zu tätigen und hierdurch die medizinische Versorgung ihrer Patienten zu verbessern.

In einer solchen finanziell komfortablen Lage befinden sich die in öffentlicher Trägerschaft befindlichen Wettbewerber der Beteiligten zu 1 nicht. Zwar sind öffentliche Krankenhausträger nicht insolvenzfähig. Dies vermag an den zutreffenden Ausführungen des Bundeskartellamtes (Rn. 186-190 des Beschlusses), auf die in vollem Umfang Bezug genommen wird, indes nichts zu ändern. Entscheidend ist, dass die Beteiligte zu 1 aufgrund ihrer bedeutenden Finanzkraft in der Lage ist, die Qualität ihrer Krankenhausleistungen insbesondere durch Investitionen in medizinische Geräte, qualifiziertes Personal und Bausubstanz zu verbessern, während die öffentlich-rechtlichen Krankenhäuser hierzu nicht in der Lage sind, da sie traditionell kaum je Gewinne erwirtschaften, sondern in den letzten Jahren verstärkt Verluste aufweisen.

Entgegen dem Vorbringen des Beteiligten zu 2 hat die überlegene Finanzkraft der Beteiligten zu 1 auch erheblichen Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse. Wie bereits dargestellt, findet der Wettbewerb der Krankenhäuser um den Patienten nicht über den Preis statt, da die Krankenhausleistungen bundeseinheitlich abgerechnet werden. Vielmehr ist die medizinisch-technische und personelle Qualität der Krankenhausleistung wesentlicher Wettbewerbsparameter. Diese hängt aber wiederum entscheidend von der Finanzkraft, der daraus resultierenden Investitionsfähigkeit und Investitionsbereitschaft des Krankenhausträgers ab. Der überlegenen Finanzkraft ist daher ein besonders starkes Gewicht beizumessen.

**dd.**

Ob die Beteiligte zu 1 gegenüber ihren Wettbewerbern zudem einen Vorsprung bei den Budgetverhandlungen mit den Krankenkassen hat, der durch den Zusammenschluss weiter verstärkt wird, so wie das Bundeskartellamt meint, oder ob ein solcher Vorteil wegen des ab Januar 2005 geltenden Fallpauschalen-Systems (DRG-Systems) nicht besteht, so wie die Beschwerde vorträgt, kann im Entscheidungsfall dahin stehen. Die übrigen vom Bundeskartellamt zutreffend festgestellten und gewürdigten Marktstrukturkriterien sind allemal ausreichend, um die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 1. HS GWB zu erfüllen.

**2.**

Die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 1. HS GWB sind aber auch dann erfüllt, wenn der Markt für Krankenhausleistungen weiter nach medizinischen Fachbereichen zu unterteilen ist, wobei ein Fachbereich (z.B. Chirurgie) im Einzelfall auch mehrere Fachabteilungen (z.B. Allgemein Chirurgie, Neurochirurgie, Handchirurgie, Orthopädie) ganz oder teilweise umfassen kann. Im vorliegenden Fall lässt das Zusammenschlussvorhaben (jedenfalls auf dem Markt für Krankenhausleistungen aus dem Fachbereich Innere Medizin die Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligte zu 1 erwarten.

**a.**

Für die vom Senat favorisierte Marktabgrenzung nach Fachbereichen sprechen folgende Erwägungen:

Der konkrete Bedarf eines Patienten an stationärer medizinischer Versorgung in einem Krankenhaus ist sehr unterschiedlich und individuell verschieden. Er hängt von der Diagnose des behandelnden Arztes ab, der eine Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit des Patienten gemäß § 39 Abs. 1 Satz 2, 73 Abs. 4 Satz 1, 109 Abs. 4 Satz 2 SGB V festgestellt hat. Die Diagnose des Arztes bestimmt, welche medizinische Krankenhausversorgung nach Fachbereich und medizinisch-technischem Leistungsvermögen aus seiner Sicht geeignet ist, das Behandlungsziel zu erreichen, d.h. das Feststellen, Heilen oder Lindern der festgestellten Krankheit, der Leiden oder Körperschäden sowie das Leisten von Geburtshilfe. Hat er beispielsweise eine Blinddarmentzündung oder einen Knochenbruch festgestellt, bedarf es aus seiner Sicht einer Krankenhausbehandlung aus dem Fachbereich Innere Medizin bzw. Chirurgie. Stationäre Krankenhausdienstleistung aus anderen Fachbereichen wie etwa Gynäkologie oder Hals- Nasen- Ohrenheilkunde sind in diesem Fall für das Erreichen des Behandlungsziels ungeeignet und funktional nicht austauschbar. Der Bedarf an stationären Krankenhausdienstleistungen wird überdies dadurch bestimmt, ob in dem jeweiligen Fachbereich eine komplizierte, medizinisch anspruchsvolle Behandlung erforderlich ist (Hauttransplantationen infolge Brandverletzungen, Wirbelsäulenfrakturen u.ä.) oder ob es um einen alltäglichen Eingriff ohne besonderen Schwierigkeitsgrad handelt (z.B. Blinddarmoperation). Im ersteren Fall können nur die Krankenhäuser den Bedarf des Patienten decken, die über das erforderliche Fachpersonal und die spezielle medizinisch-technische Ausstattung verfügen, so dass andere Krankenhäuser keine Alternative darstellen. Im zweiten Fall ist die Situation hingegen eine andere. Eine unkomplizierte Beinfraktur kann in jedem Allgemeinkrankenhaus, aber auch in einer Fachklinik behandelt werden.

Eine Zusammenfassung sämtlicher Fachbereiche zu einem einheitlichen Markt für Krankenhausleistungen kommt nach Ansicht des Senates auch nicht im Hinblick auf den vom Bundeskartellamt herangezogenen Sortimentsgedanken in Betracht.

Die Erwartungshaltung potentieller Abnehmer kann es gebieten, unterschiedliche Produkte, die eigentlich nicht gegeneinander austauschbar sind, einem relevanten Markt zuzuordnen. Dies ist insbesondere im Einzelhandel und speziell im Lebensmitteleinzelhandel der Fall, weil der Verbraucher erwartet, in der aufgesuchten Verkaufsstätte aus einem ganzen Sortiment (unterschiedlicher Produkte) auswählen zu können. Anerkannt als ein Markt ist deshalb derjenige für das typische Lebensmittelsortiment unter Einschluss von Putz-, Wasch- und Reinigungsmitteln, wobei in den Markt auch die Anbieter von Teilsortimenten (z.B. Fachhandel) einzubeziehen sind, sofern sie eine wirtschaftlich sinnvolle Bezugsalternative darstellen (BGH WuW/E BGH 2771, 2772 - Kaufhof/Saturn; BGH WuW/E BGH 2231, 2234 - Metro-Kaufhof; KG WuW/E OLG 3917, 3918 f. - Coop-Wandmakers). Das Kammergericht hat entscheidend auf folgende Gesichtspunkte abgestellt:

"Das food-Sortiment ist eine Warengruppe, die zur Deckung des täglichen Grundbedarfs im wesentlichen übereinstimmend immer wieder benötigt und angeboten wird; in den einschlägigen Branchenuntersuchungen des Lebensmittelhandels ist die Zusammenfassung des Lebensmittelsortiments allgemein üblich; die Marktbedeutung der Handelsunternehmen wird nach ihrem Gesamtumsatz und nicht nach dem Umsatz mit einzelnen Artikeln oder Artikelgruppen bewertet, eine Berechnung der Marktanteile bei einzelnen Artikeln oder Artikelgruppen wird ihr nicht gerecht; Einzeluntersuchungen aller geführten Artikel sind branchenweit praktisch undurchführbar; da der Sortimentshandel sich an übereinstimmende Abnehmergruppen wendet und im wesentlichen übereinstimmende Strukturen aufweist, ermöglicht die Zusammenfassung des Angebots eine zutreffende Gesamtbetrachtung der tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse".

Ausgehend von diesen Erwägungen ist festzustellen, dass der Sortimentsgedanke auf Krankenhausdienstleistungen nicht zu übertragen ist.

Krankenhausdienstleistungen werden nicht im wesentlichen übereinstimmend immer wieder zur Deckung eines täglichen Bedarfs benötigt. Eine kontinuierliche, immer wiederkehrende Nachfrage besteht nicht. Es ist vielmehr individuell höchst unterschiedlich, ob überhaupt und im Krankheitsfall aus welchem medizinischen Bereich Krankenhausdienstleistungen nachgefragt werden. Auch erwartet der Patient bzw. der ihn einweisende Arzt als sein Disponent nicht, dass er im Krankenhaus zwischen der Behandlung mehrerer medizinischer Fachrichtungen auswählen kann. Durch seine Diagnose hat der Arzt vielmehr in den meisten Fällen festgelegt, welche konkrete Teilleistung - nämlich die Behandlung einer konkreten Krankheit - nachgefragt wird. Darüber hinaus können Art und Umfang der stationären Krankenhausbehandlung von dem Patienten nicht ausgewählt werden. Nach § 39 Abs. 1 Satz 3 SGB V umfasst die Krankenhausbehandlung im Rahmen des Versorgungsauftrages des Krankenhauses alle Leistungen, die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung der Versicherten im Krankenhaus notwendig ist. Der zuständige Krankenhausarzt entscheidet also, welche konkrete ärztliche Behandlung durchzuführen ist.

Eine sachliche Marktangrenzung nach Fachbereichen wird durch die gesetzliche Krankenhausplanung bestätigt, die eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern gewährleisten soll, sich also gerade am Bedarf und damit an der Nachfrage orientiert. Der Gesetzgeber unterscheidet Allgemein-krankenhäuser und Fachkrankenhäuser danach, welches nach medizinischen Fachrichtungen unterteilte Leistungsspektrum sie anbieten (Art. 4 Abs. 2 BayKRG). Krankenhäuser der I. Versorgungsstufe leisten vor allem in den Fachrichtungen Chirurgie oder Innere Medizin einen Beitrag zur Grundversorgung, wobei sie je nach Bedarf und Lage des Einzelfalles auch beide Fachrichtungen umfassen können (Art. 4 Abs. 3 BayKRG). Krankenhäuser der II. Versorgungsstufe (Art. 4 Abs. 4 BayKRG) stellen die Grundversorgung sicher. Sie müssen die Fachrichtungen Chirurgie und Innere Medizin umfassen. Sofern ein entsprechender Bedarf festgestellt wird, können daneben auch die Fachrichtungen Gynäkologie und Geburtshilfe, Hals-Nasen-Ohrenheilkunde, Augenheilkunde und in besonderen Einzelfällen auch Urologie und Orthopädie vorgehalten werden. Krankenhäuser der III. Versorgungsstufe erfüllen in Diagnose und Therapie überörtliche Schwerpunktaufgaben. Sie umfassen die Fachrichtungen der II. Versorgungsstufe und können bei Bedarf weitere Fachrichtungen vorhalten (Art. 4 Abs. 5 BayKRG). Krankenhäuser der IV. Versorgungsstufe müssen schließlich im Rahmen des Bedarfs mit ihren Leistungsangeboten über Krankenhäuser der III. Versorgungsstufe wesentlich hinausgehen und sollen die entsprechenden hoch differenzierten medizinisch-technischen Einrichtungen vorhalten.

Auch das Datenmaterial des B. Ministerium für Arbeit und Sozialordnung (StMAS) unterteilt die ermittelten Fallzahlen in sachlicher Hinsicht nach Fachrichtungen.

Für eine Unterteilung des Krankenhausmarktes nach Fachbereichen sprechen überdies die mit Schriftsatz vom 14.09.2006 mitgeteilten Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamts. So hat das Amt für die Märkte Gynäkologie, HNO, Urologie und dem zusammengefassten Markt für Innere Medizin und Chirurgie deutlich unterschiedliche Eigenversorgungsquoten festgestellt. Während die Eigenversorgungsquote für Gynäkologie und HNO im räumlichen Markt B. N./B. K. bei 62,7 % bzw. 58,6 % lag, betrug der Eigenversorgungsanteil für Urologie nur 34 %, hingegen für Innere Medizin und Chirurgie über 80 %. Dies bedeutet, dass der Nachfrager die Auswahl unter mehreren Krankenhäusern offenbar davon abhängig macht, welcher ärztlichen Behandlung er aus welchem Fachbereich bedarf.

Das Ergebnis der vom Bundeskartellamt durchgeführten Zusatzermittlungen (Rn. 112- 124 des Schriftsatzes vom 14.09.2006, Tabelle 14) ist nicht geeignet, die vom Senat favorisierte sachliche Marktangrenzung nach medizinischen Fachbereichen in Frage zu stellen.

Das Bundeskartellamt hat alle b. Krankenhäuser aller Versorgungsstufen danach befragt, welche Leistung sie in welchen Fachabteilungen erbracht haben (S. 59 Rn. 85). Auf der Grundlage dieses Datenmaterials hat das Amt sodann festgestellt, in welchen Abteilungen ein und dieselbe Leistung erbracht worden ist. Fachspezifische Leistung hat es dann bejaht, wenn die Behandlungsquote einer Fachabteilung für eine Leistung bei über 80 % lag oder wenn sie zwar nur zwischen 50 % und 80 % lag, jedoch keine andere Fachabteilung für die gleiche Leistung eine Behandlungsquote von 20 % erreicht hat. Nach Ansicht der Amtes sind hiernach allenfalls die Fachabteilungen GUG und AUG eigene sachlich relevante Märkte, weil in diesen Fachabteilungen mehr als 90 % der dort behandelten Fälle mit Leistungen erzielt werden, die überwiegend nur dort behandelt worden seien. In den Fachabteilungen Inneres, Chirurgie, HNO, Urologie und Nuklearmedizin entfielen zwar zwischen 50 % und 75 % der Fälle auf Leistungen, die überwiegend in ihrer jeweiligen Fachabteilung behandelt worden seien (Inneres: 71,7 %, Chirurgie 51,8 %, HNO: 71,4 %, URO 67,2 %, NUK: 73,2 %). Jedoch würden in diesen Abteilungen mit Anteilen von 25 % bis fast 50 % auch Fälle behandelt, die in den Leistungsbereich einer anderen Fachabteilung fielen, so dass nicht mehr von einer wettbewerblich irrelevanten Unschärfe ausgegangen werden könne. Die Fachabteilungen ORT, KIN, NEU, NCH HUG, HCH, STR, KCH und MKG könnten keinesfalls eigene sachlich relevante Märkte sein, weil die Mehrheit der dort behandelten Fälle auf Leistungen (DRG) entfielen, die weit überwiegend in anderen Fachabteilungen behandelt würden.

Zwar ist dem Zahlenmaterial die generelle Aussage zu entnehmen, dass in bestimmtem Umfang eine nach DRG umschriebene Leistung in verschiedenen Fachabteilungen erbracht werden kann. So kann beispielsweise eine Mandeloperation, je nach dem, welche Fachabteilungen in einem Krankenhaus vorgehalten werden, in der Fachabteilung Chirurgie, HNO oder Kinderheilkunde erbracht werden. Dies besagt aber nicht, dass (unter Umständen auch unterschiedliche) Fachabteilungen verschiedener Krankenhäuser aus Sicht des nachfragenden Patienten

oder Arztes nicht miteinander in Wettbewerb stehen und für die nachgefragte Krankenhausbehandlung nicht alternativ in Frage kommen können.

Darüber hinaus berücksichtigt das vom Bundeskartellamt ermittelte und ausgewertete Zahlenmaterial nicht die konkrete Angebotssituation, weil es sich auf sämtliche Krankenhäuser aller Versorgungsstufen im gesamten Land B. bezieht. Die Frage, ob und welche Fachbereiche eines Krankenhauses miteinander in Wettbewerb stehen, entscheidet sich aber anhand der Verhältnisse auf dem konkret von dem Zusammenschlussvorhaben betroffenen Regionalmarkt. Denn es macht einen Unterschied, ob dem Patienten beispielsweise im städtischen Bereich mehrere Krankenhäuser mit diversen Fachabteilungen oder ob ihm im ländlicheren Bereich nur Allgemeinkrankenhäuser mit wenigen und zudem teilweise noch unterschiedlichen Fachrichtungen zur Auswahl stehen. Das von der Beteiligten zu 1 betriebene Allgemeinkrankenhaus St. E. in B. K. und das Zielunternehmen der Fusion, das KHK B. N., verfügen jeweils über fünf identische Fachabteilungen (Innere Medizin, Chirurgie, Gynäkologie und Geburt, Urologie und HNO). Eine entsprechende Auswertung des Zahlenmaterials nur dieser beiden Krankenhäuser würde aller Voraussicht nach wesentlich geringere Überschneidungen zwischen den einzelnen Fachabteilungen ergeben, als die vom Bundeskartellamt für das ganze Land B. ermittelt.

Aber selbst das für alle Krankenhäuser in B. ausgewertete Material zeigt, dass zwischen den Fachabteilungen zwar Überschneidungen insofern bestehen, als bestimmte Leistungen nicht überwiegend in der einen oder der anderen Fachabteilung erbracht werden, dass diese Überschneidungen in mehreren Bereichen aber nur in einem zu vernachlässigenden Umfang bestehen. Dies gilt für die Fachabteilungen GUG und AUG, aber auch für die Fachabteilungen Inneres, HNO und NUK. Dort entfallen jeweils über 70 % der Fälle auf Leistungen, die weit überwiegend in der jeweiligen Fachabteilung behandelt worden sind. Was die übrigen Fachabteilungen (Chirurgie, Orthopädie, Urologie, Kinderheilkunde, Neurologie, Neurochirurgie, HUG, HCH, STR, Kinderchirurgie, Mund- und Kieferchirurgie) anbelangt, so ergibt sich aus der Darstellung des Bundeskartellamtes nicht, mit welchen anderen Fachabteilungen die höchsten Überschneidungen bestehen. Es ist allerdings zu vermuten, dass insbesondere zur Fachabteilung (Allgemein-)Chirurgie erhebliche Überschneidungen bestehen. Für den Fachbereich Orthopädie hat das Bundeskartellamt eine solche Überschneidung festgestellt (Rn. 123). Hält beispielsweise ein Krankenhaus keine Fachabteilungen für Orthopädie, Urologie, Neurochirurgie, Handchirurgie sowie Mund- und Kieferchirurgie vor, wird es einen chirurgischen Eingriff, soweit er keine hoch speziellen Fachkenntnisse oder Geräte erfordert, in der Fachabteilung (Allgemein-)Chirurgie erbringt, während ein Krankenhaus, das über die genannten Fachabteilungen verfügt, dieselbe Operation dem jeweiligen Fachbereich zuordnet. Insofern könnte es - im hier aber nicht zu entscheidenden - Einzelfall angezeigt sein, einen Markt für Krankenhausleistungen aus dem Fachbereich Chirurgie anzunehmen, in den die Leistungen aus der Fachabteilung (Allgemein-)Chirurgie und die in den übrigen Fachabteilungen erbrachten chirurgischen Leistungen einzubeziehen sind.

Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 5. Oktober 2005 eine weitere Unterteilung der Krankenhausleistungen nach Versorgungsstufen in Erwägung gezogen hat, haben die jetzigen Ermittlungen des Bundeskartellamtes ergeben, dass eine solche Unterteilung nicht sachgerecht ist. Den befragten Kliniken war nicht möglich, eine verlässliche Zuordnung der einzelnen Leistungen nach Versorgungsstufen vorzunehmen. Es bestehen weder konkrete Vorgaben, welche Leistungen zu welcher Versorgungsstufe gehören, noch hat sich in dieser Hinsicht ein "branchenüblicher" Konsens herausgebildet. Darüber hinaus haben die Zusatzermittlungen des Bundeskartellamtes ergeben, dass Krankenhäuser höherer Versorgungsstufen (Schwerpunkt- und Maximalversorgung) in wesentlichem Umfang (84,6 % bzw. 68,5 % aller Leistungen, vgl. Rn. 110 u. 111) auch Patienten behandeln, die ebenso von Krankenhäusern der Grund- und Regelversorgung (Versorgungsstufe I und II) behandelt werden können.

#### **b.**

Der somit grundsätzlich nach einzelnen medizinischen Fachbereichen zu unterteilende Markt für Krankenhausdienstleistungen ist für den sachlich relevanten Bereich Innere Medizin in räumlicher Hinsicht - ebenso wie bei der vom Bundeskartellamt befürworteten sachlichen Marktabgrenzung - (maximal) auf den Gesamtmarkt B. N./B. K. (PLZ-Bereich 976..-977..) zu begrenzen. Hierfür spricht die sehr hohe Eigenversorgungsquote in diesem Bereich, die das Bundeskartellamt in seinem Schriftsatz vom 14. September 2006 mit 82,9 % festgestellt hat (vgl. Tabelle 1.5).

Ob der räumliche Gesamtmarkt B. N./B. K. weiter in die Märkte B. N. und B. K. zu unterteilen ist, weil jeweils in beiden Gebieten ein sehr hoher Eigenversorgungsanteil vorliegt (70-75 % bzw. 65 - 70 %), bedarf keiner Entscheidung, da sich auch in diesem Fall keine abweichende Beurteilung ergeben würde, worauf das Bundeskartellamt zutreffend hingewiesen hat.

#### **c.**

Auf diesem so abgegrenzten sachlichen und räumlichen Markt für Krankenhausleistungen aus dem Fachbereich Innere Medizin ist zu erwarten, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der Beteiligten zu 1 entstehen bzw. verstärkt wird.

Allein aufgrund des Marktanteils und der - bereits oben festgestellten - überlegenen Finanzkraft der Beteiligten zu 1 ist davon auszugehen, dass sie im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern nach dem Zusammenschluss über eine überragende Marktstellung verfügt. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes (Tabelle 1.5, Schriftsatz vom 14.09.2006) wird der Marktanteil der Beteiligten zu 1 durch das Zusammenschlussvorhaben von 50 - 55 % um 25

- 30 % auf 80 - 85 % anwachsen. Der Marktanteilsabstand zu den beiden nächsten Wettbewerbern, dem Krankenhaus L. in S. und der Lungenklinik M. in M. mit einem Marktanteil von jeweils 5 - 10 % beträgt 70 - 75 %.

### 3.

Schließlich ist das Zusammenschlusshaben auch kausal für die festgestellt Entstehung bzw. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten zu 1.

Ein Zusammenschluss ist für die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung eines Beteiligten dann nicht kausal, wenn ein Vergleich mit der hypothetischen Entwicklung ergibt, dass derselbe Erfolg auch ohne den Zusammenschluss eingetreten wäre (KG WuW/E OLG 4379, 4386 - Schleswig-Holsteiner Anzeigenverlag). Hiervon ist auszugehen, wenn gegenüber dem Zusammenschluss als einzige Alternative nur die sofortige Liquidation des sanierungsbedürftigen Unternehmens in Betracht kommt. In diesem Fall ist für das Ausscheiden dieses bisher selbständigen Anbieters aus dem Markt nicht der Zusammenschluss kausal (Ruppelt in Langen/Bunte, aaO. § 36 Rn. 42).

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Als einzige Alternative zu dem angemeldeten Zusammenschluss kommt nicht die Liquidation bzw. Schließung des Kreiskrankenhauses B. N. in Betracht.

#### a.

Der Beteiligte zu 2 trägt selbst nicht vor, dass die Schließung des KKH B. N. droht, falls es nicht zu einem Zusammenschluss mit der Beteiligten zu 1 kommt. Es sind keinerlei Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass das Krankenhaus in B. N. ohne den Zusammenschluss aus dem Krankenhausplan ausscheiden wird. Für den nach wie vor vorhandenen Bedarf an Planbetten sprechen die nur leicht rückläufigen Fallzahlen in den Jahren 2003 - 2005 (2003: 3.264,5 2004: 3.134,5 2005: 3.080,0) und die Tatsache, dass das Krankenhaus M. zum 31.12.2006 geschlossen worden ist, mithin die bisher dort behandelten Patienten sich nunmehr vermehrt dem KKH B. N. zuwenden werden.

#### b.

Der Beteiligte zu 2 kann auch nicht mit Erfolg einwenden, der Betrieb des Krankenhauses in B. N. sei so defizitär, dass bei einer vergleichbaren Situation bei einem privaten Krankenhausträger von einer drohenden Insolvenz gesprochen werden müsse.

Eine Gleichstellung mit privaten Unternehmen kommt nicht in Betracht. Zutreffend verweist das Bundeskartellamt in diesem Zusammenhang auf Art. 51 Abs. 3 Nr. 1 LKrO Bayern. Danach sind die Landkreise verpflichtet, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die erforderlichen Krankenhäuser zu errichten und zu erhalten. Solange also nach der Krankenhausplanung die in Rede stehenden Kreiskrankenhäuser zur Versorgung der Bevölkerung erforderlich sind, dürfen sie nicht geschlossen werden. Der defizitäre Betrieb des Krankenhauses und die finanzielle Lage des Beteiligten zu 3 kann eine Schließung der Krankenhäuser daher nicht rechtfertigen.

### II.

Durch das beabsichtigte Zusammenschlussvorhaben tritt auch keine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen ein, die die Nachteile der Marktbeherrschung der Beteiligten zu 1 überwiegen (§ 36 Abs. 1 2. HS GWB).

Zusammenschlusswirkungen, welche die Wettbewerbsbedingungen verbessern, kommen in erster Linie auf Märkten in Betracht, die der Zusammenschluss zwar verändert, auf denen aber ein marktbeherrschende Stellung nicht entsteht oder verstärkt wird. In der Regel kann daher auch die Übernahme eines sanierungsbedürftigen Unternehmens durch den Marktführer nicht als Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem beherrschten Markt qualifiziert werden, weil sich im Liquidationsfall die Marktanteile des liquidierten Unternehmens auf alle Wettbewerber verteilen würden und die Betriebsmittel nicht in die Verfügungsmacht des übernehmenden Unternehmens kämen (BGH WuW/E BGH 1660 - Zementmahlanlagen II; KG WuW/E OLG 2233 - Zeitungsmarkt München; KG WuW/E OLG 1921, 1924 - Thyssen-Hüller; Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, aaO., § 36 Rn. 298). Etwas anderes kann deshalb allenfalls dann gelten, wenn der Zusammenschluss zwischen den einzigen Konkurrenten auf einem Markt stattfindet, von denen zumindest einer ohne den Zusammenschluss ausscheiden müsste, vorausgesetzt, es gibt keine alternative Bewerber (Ruppelt in Langen/Bunte, aaO., § 36 Rn. 42).

Da hier aber bereits nicht festgestellt werden kann, dass das von der Beteiligten zu 2 betriebene KKH B. N. ohne den Zusammenschluss aus dem Markt ausscheiden müsste, kommt es auf die übrigen Voraussetzungen nicht an.

### III.

Die zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen die vom Bundeskartellamt auf 35.000 Euro festgesetzte Gebühr für die Anmeldung des in Rede stehenden Zusammenschlussvorhabens ist nicht begründet.

Das Bundeskartellamt hat die für die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens gemäß § 80 Abs. 2 GWB zu bestimmende Gebühr zutreffend festgesetzt, indem es im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung und den sachlichen und personellen Aufwand einen Zuschlag von 10.000 Euro auf die Mittelgebühr von 25.000 Euro für erforderlich gehalten hat. Das angemeldete Zusammenschlussvorhaben hat eine überdurchschnittliche wirtschaftliche Bedeutung. Hierbei hat das Bundeskartellamt zutreffend auf die starke Marktposition der Beteiligten zu 1 auf dem relevanten Regionalmärkten in B. N./B. K. und dem durch die Fusion zu erwartenden Marktanteilszuwachs von 25 % auf etwa 65 % sowie auf die hierdurch von der Beteiligten zu 1 erwarteten wirtschaftlichen Vorteile abgestellt. Dass der Umsatzerlös beider Kreiskrankenhäuser im Jahr 2003 bei insgesamt 21,9 Mio. Euro lag, während der Gesamtumsatz der Beteiligten zu 1 rd. 1 Mrd. Euro beträgt, führt nicht dazu, die wirtschaftliche Bedeutung des Zusammenschlusses für die Beteiligte zu 1 als eher unterdurchschnittlich anzusehen. Hierauf allein kann nicht entscheidend abgestellt werden. Es kommt auch und vor allem auf die Auswirkungen des angemeldeten Zusammenschlusses für die Beteiligte zu 1 auf den betroffenen Regionalmarkt an. Diese sind im vorliegenden Fall erheblich, weil sich die Wettbewerbssituation auf dem Markt wesentlich verändern würde. Der bis dahin bestehende Wettbewerb zwischen den von den Beteiligten betriebenen Allgemeinkrankenhäusern würde gänzlich beseitigt und der Marktanteilsabstand zu den nächst folgenden Wettbewerbern würde erheblich erhöht. Das wirtschaftliche Interesse der Beteiligten zu 1 an der behördlichen Prüfung wird ferner dadurch erhöht, dass sie für ihr zukünftiges unternehmerische Verhalten von erheblicher Bedeutung ist. Die Beteiligte zu 1 verfolgt die Strategie, Krankenhäuser in räumlicher Nähe zu ihren bisherigen Standorten zu erwerben (sog. Cluster-Bildung). Für sie ist daher über den konkret zur Prüfung anstehenden Fall von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Fusionen möglich sind. Nicht zu vernachlässigen ist schließlich der vom Bundeskartellamt als sehr hoch eingestufte personelle und sachliche Ermittlungsaufwand zur Ermittlung und Analyse der Patientenströme in der betreffenden Region.

#### **IV.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 78 GWB.

#### **V.**

Die Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 74 Abs. 2 Nr. 1 GWB.



## **Winheller Rechtsanwälte**

Bettinastr. 30  
D-60325 Frankfurt a.M.

Tel.: +49 (0)69 974 61 228  
Fax: +49 (0)69 974 61 150

E-Mail: [info@winheller.com](mailto:info@winheller.com)  
Internet: <http://www.winheller.com>

Rechtsanwälte für deutsches & US

- ▶ Nonprofitrecht
- ▶ Medienrecht
- ▶ Kapitalanlegerrecht
- ▶ Wirtschaftsrecht

**Weitere Informationen finden  
Sie auf unserer Website**

[www.winheller.com](http://www.winheller.com)

---

**VORAUS denken,  
ZUKUNFT planen →**