
Effiziente Struktur des deutschen Krankenhausesektors – ist eine Bereichsausnahme im GWB erforderlich?

Kurz gefasst

Summary

- 1 Aktuelle Debatte um die Struktur der Krankenhausversorgung
 - 2 Struktur und Versorgungsmerkmale mit Interpretationsspielraum
 - 3 Änderungsbedarf im Fusionskontrollverfahren für Krankenhäuser
 - 3.1 Änderungen des Patientenverhaltens bei Marktabgrenzungen berücksichtigen
 - 3.2 Unklare Berücksichtigung von Qualitätsvorteilen könnte Anpassungen im GWB erfordern
 - 4 Qualitätswirkungen bei Zusammenschlusskontrolle in den Blick nehmen
-

Kurz gefasst

Die deutsche Krankenhausinfrastruktur ist mit der COVID-19-Pandemie verstärkt in das mediale sowie politische Blickfeld gerückt. Die **stationäre Versorgungslandschaft in Deutschland gilt dabei mit ihren fast zweitausend Krankenhäusern als vergleichsweise breit aufgestellt, besonders vielfältig und nur gebietsweise konzentriert**. Mit ca. 34 Intensivbetten auf 100.000 Einwohner (2017) weist Deutschland zudem höhere Kapazitäten als zahlreiche andere Industrienationen auf, worin vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie ein wesentlicher Vorteil gesehen wird. An den gegenwärtig bestehenden Krankenhausstrukturen wird jedoch seit Jahren auch Kritik geübt. **Zu ihrer Verbesserung wird oftmals die Forderung nach einer schnelleren Konsolidierung des Krankenhausesektors und einer Erleichterung von Krankenhausfusionen erhoben**.

Im Rahmen der 10. GWB-Novelle wurde nun die Debatte um die Struktur der Krankenhausversorgung auf die Anpassung der Fusionskontrolle für Krankenhäuser gelenkt. In diesem Zusammenhang **plant die Bundesregierung die Vorgaben zur Beurteilung von Krankenhauszusammenschlüssen und -kooperationen anzupassen**, wodurch die Struktur der deutschen Krankenhausversorgung in Zukunft beeinflusst werden könnte. Durch die Festlegung gesonderter kartellrechtlicher Vorgaben im Krankenhausesektor sollen gesundheitspolitisch als besonders wünschenswert betrachtete Zusammenschlussvorhaben wettbewerblich privilegiert werden.

Dazu ist festzustellen, dass es in Deutschland im internationalen Vergleich zwar insgesamt hohe Bettenkapazitäten gibt, diese sich aber auf viele kleine Allgemeinkrankenhäuser verteilen. Die Vorhaltung vieler kleiner Krankenhäuser impliziert, dass die Fallzahlen in den einzelnen Häusern in der Regel gering sind. Krankenhäuser mit geringen Fallzahlen verfügen tendenziell über weniger medizinische Routine und eine schlechtere personelle sowie medizinisch-technische Ausstattung. Insgesamt deutet eine Reihe von Indizien darauf hin, dass **Krankenhausfusionen (ggfs. auch Krankenhauskooperationen) zumindest in Einzelfällen qualitätssteigernde Effekte** haben können.

Die Monopolkommission sieht große Vorteile in einer wirksamen Zusammenschlusskontrolle von Krankenhäusern. **Ihre derzeitige Ausgestaltung könnte einer effizienzsteigernden Konsolidierung und ggfs. Spezialisierung deutscher Krankenhäuser jedoch in Einzelfällen entgegen stehen**. Eine häufig diskutierte Bereichsausnahme, bestimmte Zusammenschlüsse von der wettbewerblichen Kontrolle durch das Bundeskartellamt auszunehmen, ist nicht erforderlich. Der evident qualitätssichernde Wettbewerbsschutz kann hierdurch sogar gefährdet werden.

Vielmehr sollten verschiedene, auf die Versorgungsqualität wirkende Effekte von Zusammenschlüssen im Krankenhausesektor stärker in den Blick genommen werden. Zum einen ist zu empfehlen, dass das Bundeskartellamt seine grundsätzlich ausgereifte, aber in erster Linie auf vergangenheitsbezogene Patientenstromdaten bezogene Markt-abgrenzung im Einzelfall daraufhin prüft, ob infolge eines konkreten Zusammenschlussvorhabens Änderungen der Angebotsverhältnisse am Markt eintreten, die zu einem veränderten Nachfrageverhalten führen können. Zum anderen – und ungleich bedeutender – sollten **zusammenschlussbedingte Qualitätsvorteile im Rahmen einer Gesamtabwägung der Zusammenschlusswirkungen besser berücksichtigt** werden können. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, die Abwägung zwischen wettbewerblich induzierten Qualitätsveränderungen und aus Synergieeffekten resultierenden Qualitätsvorteilen in Form einer Effizienzabwägungsklausel für Krankenhausfusionen in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufzunehmen.

Summary

With the Covid-19 pandemic, the German hospital infrastructure has increasingly received media and political attention. The **hospital landscape in Germany is with its almost two thousand hospitals considered to be comparatively broad, particularly diverse and only concentrated in certain areas.** With 34 intensive care beds per 100,000 inhabitants (2017), Germany has higher capacities than many other industrialised nations, which is seen as a significant advantage in dealing with the Covid-19 pandemic. However, for years, criticism has been voiced about the existing hospital structures. In order to improve these structures, **there is often a call for faster consolidation of the hospital sector and facilitation of hospital mergers.**

As part of the 10th amendment to the Act against Restraints of Competition (ARC), the debate about the structure of hospital care focused on an adjustment of merger control for hospitals. In this regard, **the German Federal Government is planning to adjust the requirements for the assessment of hospital mergers and cooperations,** which could influence the structure of German hospital care in the future. By defining separate antitrust regulations, hospital mergers that are considered particularly desirable from a health–political point of view are to be given competitive privileges.

In this respect, although bed capacities are extremely high in Germany, these are spread over many small hospitals. The provision of many small hospitals implies that the number of patients in the individual hospitals is typically low. Hospitals with a low number of patients tend to have a lower medical experience, a shortage of personnel and poorer medical-technical equipment. Consequently, a number of indications suggest that **hospital mergers (possibly also hospital cooperations) can have quality-enhancing effects, at least in individual cases.**

The Monopolies Commission sees great advantages in an effective merger control of hospitals. However, the **current form of merger control may partially hinder efficiency-enhancing consolidation and specialisation** of German hospitals. Against this background, a frequently discussed area exception for certain hospital mergers from competitive control by the German Federal Cartel Office is not necessary. This can even jeopardise the evident quality assurance of competition protection.

However, **effects on the quality of care resulting from a hospital merger should be given more attention in merger control proceedings.** On the one hand, it is recommended that the German Federal Cartel Office examine its market definition, which is basically mature, but primarily based on past-related patient flow data on a case-by-case basis in order to determine whether changes in the supply situation will occur as a result of a specific merger project, which could lead to a change in demand behaviour. On the other hand – and much more importantly – **merger-related quality advantages should be better taken into account in the overall assessment of the merger effects.** The Monopolies Commission therefore recommends that the trade-off between competition-induced quality changes on the one hand and quality advantages resulting from synergy effects on the other hand be included in the Act against Restraints of Competition in the form of an efficiency assessment clause for hospital mergers.

1 Aktuelle Debatte um die Struktur der Krankenhausversorgung

131. Die deutsche Krankenhausinfrastruktur steht in diesen Tagen besonders im Blickfeld, kann ihre Leistungsfähigkeit doch während der COVID-19-Pandemie für das Leben vieler Menschen entscheidend sein. Häufiger als üblich wurde deshalb in den vergangenen Monaten auch medial berichtet, dass der stationäre Versorgungssektor in Deutschland vergleichsweise breit aufgestellt ist. Die Landschaft der fast zweitausend deutschen Krankenhäuser¹ ist vielfältig, gilt als nur gebietsweise konzentriert und teilt sich traditionell in drei Bereiche auf, sog. öffentliche, freigemeinnützige und private Krankenhausträger.² Mit ca. 34 Intensivbetten auf 100.000 Einwohner (2017) weist Deutschland zudem höhere Kapazitäten als zahlreiche andere Industrienationen auf,³ worin vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie ein wesentlicher Vorteil gesehen wird. Aufgrund der hohen Anzahl sowie der zur Bedarfsdeckung oft hinreichenden Kapazitäten der Krankenhäuser ergeben sich vielfach Wahlmöglichkeiten der Patienten, mit der Folge, dass viele Krankenhäuser in Deutschland in einem regionalen Wettbewerb zueinander stehen. Aus Sicht der Patienten kommt neben der örtlichen Nähe eines Krankenhauses vor allem der erwarteten Leistungsqualität als Auswahlkriterium eine wesentliche Bedeutung zu. Demgegenüber spielen Preise im Wettbewerb nur eine untergeordnete Rolle. Die Finanzierung der Leistungen erfolgt in der Regel und zu wesentlichen Teilen durch das Krankenversicherungssystem, das seit 2003 die Leistungen überwiegend in Form einheitlicher Fallpauschalen vergütet.⁴

132. Im Rahmen der 10. GWB-Novelle plant die Bundesregierung die Vorgaben zur Beurteilung von Krankenhauskooperationen bzw. Krankenhauszusammenschlüssen anzupassen. Hintergrund war die Überlegung, dass bestimmte Zusammenschlüsse von Krankenhäusern unterschiedlicher Träger/Eigentümer künftig erleichtert werden sollen. Gesundheitspolitisch als besonders wünschenswert betrachtete Zusammenschlussvorhaben, mit denen die gesundheitspolitischen Ziele der Spezialisierung und Zentrenbildung verfolgt werden, sollen dadurch auf geringere fusionskontrollrechtliche Hürden stoßen.

133. Um zu ergründen, warum ein Bedarf gesehen wird, die wettbewerblichen Schutzmechanismen für Krankenhäuser zu verändern, ist der Blick auf die besondere Situation des Krankenhausmarktes erforderlich. Zu berücksichtigen ist hierbei vor allem, dass Märkte für stationäre Behandlungsleistungen mit anderen Märkten nicht vollständig vergleichbar sind, weil besondere gesellschaftliche Ansprüche an die Bezahlbarkeit und an die strukturelle Leistungsfähigkeit der Krankenhausversorgung gestellt werden. Unumstritten ist deshalb, dass dem Staat bei der Gestaltung der relevanten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, wie z. B. dem Finanzierungssystem und der konkreten Sicherstellung des stationären Versorgungsbedarfs, eine wesentliche Aufgabe zukommt. Daneben ist der Wettbewerb von zentraler Bedeutung. Er sorgt dafür, dass zwischen den Krankenhäusern unterschiedlicher Träger stets Anreize bestehen, die bestehenden Versorgungsstrukturen effizient zu nutzen und qualitativ sowie mengenmäßig dem Versorgungsbedarf anzupassen.

134. An den gegenwärtig bestehenden Strukturen der deutschen Krankenhausversorgung wurde vor allem im Zeitraum vor der COVID-19-Pandemie vermehrt Kritik geübt. Hintergrund ist unter anderem, dass einzelne Krankenhäuser seit Jahren zunehmende Auslastungs- und Finanzierungsprobleme haben.⁵ Als Indiz, dass Finanzierungsprobleme auch auf eine ineffiziente Versorgungsstruktur zurückzuführen sind, werden insbesondere interna-

¹ Im Jahr 2017 zählt das Statistische Bundesamt 1.942 Krankenhäuser. Statistisches Bundesamt, Fachserie 12 Reihe 6.1.1, S. 22.

² In Deutschland befinden sich derzeit 37,1 Prozent der Krankenhäuser – mit steigender Tendenz – in privater Trägerschaft; 28,8 Prozent der Krankenhäuser werden von öffentlichen und 34,1 Prozent von freigemeinnützigen Trägern betrieben. Eigene Berechnung auf Grundlage von Daten des Statistisches Bundesamtes, Fachserie 12 Reihe 6.1.1, S. 22.

³ Vgl. OECD, Statistisches Bundesamt, Gemeinsamer Bundesausschuss.

⁴ Die Besonderheit des Krankenhausmarktes besteht darin, dass Krankenhäuser die Preise für die gegenüber ihren Patienten erbrachten Behandlungen nicht frei gestalten können und Patienten als Leistungsempfänger nicht zugleich Kostenträger sind. Die Behandlungskosten werden daher grundsätzlich nicht von den Patienten selbst getragen, sondern durch das Krankenversicherungssystem sozialisiert. Vgl. hierzu Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 819 ff.

⁵ Augurzky, B., u. a., Krankenhaus Rating Report 2019 – Das Ende des Wachstums?, Heidelberg 2019.

tionale Vergleiche auf Basis von Kennziffern angeführt. Die Kritik zielt hierbei vor allem auf die hohe Anzahl, die teils unteroptimale Größe und die zeitweise geringe Auslastung der Krankenhausinfrastrukturen in Deutschland ab. Beispielsweise liegt die Anzahl der vorgehaltenen Krankenhausbetten pro Einwohner hierzulande etwa 70 % über dem OECD-Durchschnitt.⁶ Durch die COVID-19-Pandemie hat sich der kritische Blick auf solche Versorgungsmerkmale jedoch teilweise verändert; vor allem die überdurchschnittliche Kapazitätsausstattung wird in der öffentlichen Wahrnehmung nun häufiger positiv bewertet. Seither zielen viele Bemühungen eher darauf ab, die Kapazität in bestimmten Bereichen weiter zu erhöhen, um mit der Gefahr einer plötzlichen Zunahme gleichzeitiger Intensivfälle umgehen zu können. Auch hat der Bundestag im März zuletzt eine erhebliche Förderung des Ausbaus stationärer Kapazitäten vor allem im Intensivbereich beschlossen.⁷ Zuvor angedachte Maßnahmen für einen Abbau von Kapazitäten werden seither zunehmend insbesondere aus politischen Kreisen und von Medizinern kritisiert.⁸

135. Infolgedessen hat sich mit der COVID-19-Pandemie die gesundheitspolitische Debatte um die stationären Versorgungsstrukturen weiter intensiviert. Zur Verbesserung der Krankenhausstruktur wird von mehreren Akteuren insbesondere die Erleichterung von Krankenzusammenschlüssen vorgebracht. Hierzu wurden zum Teil weitreichende Vorschläge aus dem gesundheitspolitischen Raum diskutiert. Demnach wird teilweise gefordert, dass Krankenzusammenschlüsse im Allgemeinen aus der wettbewerblichen Kontrolle durch das Bundeskartellamt fallen sollten, wenn etwa die für Krankenhäuser zuständigen Landesbehörden die Fusion befürworten (sog. Bereichsausnahme).⁹ Zudem sehen die im Raum stehenden Vorschläge vor, die Umsatzberechnung bei Krankenhausfusionen zu verändern, sodass diese seltener der Zusammenschlusskontrolle unterliegen.

136. Vor dem Hintergrund der im Rahmen der 10. GWB-Novelle aktuell geführten Diskussion zur Zusammenschlusskontrolle erscheint es aus Sicht der Monopolkommission erforderlich, den Bedarf der vorgeschlagenen Änderungen eingehender zu untersuchen. Dazu hat sie nachfolgend die strukturellen Merkmale des Krankenhausesektors und die Gründe für Konsolidierungsforderungen (Abschnitt 2) geprüft sowie mögliche Probleme und Lösungsansätze in Bezug auf das derzeitige Fusionskontrollregime (Abschnitt 3) identifiziert. Im Ergebnis legt sie fusionskontrollrechtliche Anpassungsempfehlungen vor (Abschnitt 4).

2 Struktur und Versorgungsmerkmale mit Interpretationsspielraum

137. Die Struktur des deutschen Krankenhausesektors wird bereits seit einigen Jahren kontrovers diskutiert. Die Kritiker zielen vor allem auf das Vorhandensein von Defiziten bei Qualität und Wirtschaftlichkeit, induziert durch Überkapazitäten, Organisationsmängel sowie eine unzureichende medizinische Spezialisierung der Krankenhausversorgung. Im Kern lautet der Vorwurf, dass eine hohe Anzahl kleiner und kaum spezialisierter Krankenhäuser existiere, deren regionale Leistungsangebote nur selten aufeinander abgestimmt seien. Die Folge seien suboptimale Angebotsstrukturen mit gravierenden Mängeln in der Behandlungsqualität sowie ein „ruinöser“ Wettbewerb zwischen den ohnehin ökonomisch teils angeschlagenen Krankenhäusern.¹⁰ Fast jedes dritte Krankenhaus in Deutschland konnte im Jahr 2018 nicht kostendeckend agieren; in Nordrhein-Westfalen waren es sogar knapp 60

⁶ OECD, Health at a Glance 2019: OECD Indicators, Paris 2019, S. 195.

⁷ So wird der Ausbau von Intensivkapazitäten mit 50.000 Euro pro zusätzlichem Bett aus dem Gesundheitsfonds gefördert. Vgl. COVID-19-Krankenhausesentlastungsgesetz.

⁸ Siehe in diesem Zusammenhang auch die Forderungen der Leopoldina (Akademie der Wissenschaften) in ihrer 4. Ad-hoc-Stellungnahme zur Corona-Pandemie, die vorwiegend von Medizinern verfasst wurden. Vgl. Nationale Akademie der Wissenschaften, Coronavirus-Pandemie: Medizinische Versorgung und patientennahe Forschung in einem adaptiven Gesundheitssystem, 4. Ad-hoc-Stellungnahme, 27. Mai 2020.

⁹ Aktuell etwa: Heyers, J., Krankenhausfusionskontrolle – Konsolidierung durch Verbundbildung unter dem Primat des Kartellrechts?, WuW 1326744.

¹⁰ Vgl. etwa Burholt, C., Fusionskontrollpraxis erschwert Konsolidierung des deutschen Krankenhausesektors, WuW 1308219; Rürup, B., Medizinische Versorgung: Überkapazitäten, Unwirtschaftlichkeit, Fehlplanung, Handelsblatt, 21.06.2019.

Prozent.¹¹ Vielen Krankenhäusern drohe daher die Insolvenz. Dies führe zu der Gefährdung einer für die Daseinsfürsorge notwendigen Krankenhausversorgung ganzer Regionen.

138. Aus diesen Gründen drängen Gesundheitspolitiker sowie einige Fachleute des Gesundheitswesens in den letzten Jahren verstärkt auf eine Konsolidierung des deutschen Krankenhausesektors und einen höheren Grad der medizinischen Spezialisierung. Konkret sollen durch gezielte Krankenhausfusionen und -kooperationen Kapazitäten ab- und umgebaut und damit insgesamt größere, auf einen klaren medizinischen Schwerpunkt gerichtete Versorgungszentren gebildet werden. Eine vollständige Schließung von Krankenhäusern sei jedoch nur bedingt möglich. Insbesondere in ländlicheren Regionen müsse eine gute Notfallversorgung in erreichbarer Nähe sichergestellt werden. Besondere Aufmerksamkeit erzeugte in diesem Zusammenhang vor allem die im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung veröffentlichte Krankenhausstudie.¹² Darin heißt es, dass nur mit einer bundesweit erheblichen Reduzierung der derzeit rund 1.600 allgemein versorgenden Krankenhäuser auf unter 600 eine Verbesserung der Behandlungsqualität für Patienten möglich sei. Dies rückt zunehmend die Frage in den Mittelpunkt, inwiefern tatsächlich Bedarf an einer stärkeren Konsolidierung und der strukturellen Neuordnung des deutschen Krankenhausesektors besteht.

139. Auf den ersten Blick scheint das deutsche Gesundheitssystem gut aufgestellt zu sein: Es gibt ein engmaschiges Krankenhausnetz, das eine schnelle Erreichbarkeit von Krankenhäusern im gesamten Bundesgebiet gewährleistet. Dies zeigt sich in der hohen Anzahl von 1.942 Krankenhäusern (2017) – davon allein 1.592 allgemein versorgende Krankenhäuser – und den damit insgesamt 497.182 verfügbaren Krankenhausbetten.¹³ Deutschland weist im direkten EU-27-Vergleich damit eine nahezu einmalig hohe Anzahl von über 800 Krankenhausbetten je 100.000 Einwohner auf; in skandinavischen Ländern wie beispielsweise Schweden oder Dänemark sind es gerade einmal 220 bzw. 260 Betten.¹⁴ Darüber hinaus zeichnet sich die deutsche Krankenhausversorgung durch einen freien Zugang zu hochtechnologischen medizinischen Leistungsangeboten, eine schnelle Bereitstellung von Arzneimitteln und vergleichsweise kurze Wartezeiten auf Operationen aus.¹⁵

140. Auf den zweiten Blick zeigt sich jedoch das Problem, die bezeichneten Versorgungsmerkmale hinsichtlich ihrer Effizienz zu interpretieren. Denn die schnelle Erreichbarkeit von Krankenhäusern und die hohe Verfügbarkeit von Betten allein sagen über die Behandlungsqualität nichts aus. Die besonders engmaschige Vorhaltung von Versorgungskapazitäten könnte vielmehr auch auf Überkapazitäten und Unwirtschaftlichkeiten im deutschen Krankenhausesektor hinweisen. Eine nähere Betrachtung der Krankenhausstrukturen (siehe Tabelle I.1) zeigt außerdem, dass es bundesweit zwar insgesamt hohe Bettenkapazitäten gibt, diese sich aber auf viele kleine Krankenhäuser verteilen. So verfügen rund 65 Prozent aller Allgemeinkrankenhäuser über weniger als 300 Betten. Dieser Grenzwert wird oftmals als Maßstab für Krankenhäuser geringer Größe herangezogen, die in erster Linie nur der Grundversorgung zuzurechnen sind.

¹¹ RWI – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung, Krankenhaus Rating Report 2019: Deutschen Krankenhäusern geht es wieder schlechter, Pressemitteilung vom 22. Mai 2019; Roland Berger, Das Ende des Wachstums: Deutschlands Krankenhäuser zwischen Kostendruck und steigendem Wettbewerb, München 2019, S. 4.

¹² Bertelsmann Stiftung, Zukunftsfähige Krankenhausversorgung – Simulation und Analyse einer Neustrukturierung der Krankenhausversorgung am Beispiel einer Versorgungsregion in Nordrhein-Westfalen, Gütersloh 2019.

¹³ Statistisches Bundesamt, Fachserie 12 Reihe 6.1.1, S. 22.

¹⁴ OECD, Health at a Glance 2019: OECD Indicators, Paris 2019, S. 195.

¹⁵ Herr, D., u. a., Bedarf und Bedarfsgerechtigkeit in der stationären Versorgung, in: Klauber, J., u. a. (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2018: Bedarf und Bedarfsgerechtigkeit, Stuttgart 2018, S. 34.

Tabelle I.1: Krankenhausstruktur: Anzahl der Allgemeinkrankenhäuser nach Bettengrößenklassen

Bettengrößen	Allgemeinkrankenhäuser insgesamt	
KH ¹ mit 1 bis 49 Betten	293	} ≈ 65 Prozent aller KH
KH mit 50 bis 99 Betten	184	
KH mit 100 bis 149 Betten	203	
KH mit 150 bis 199 Betten	160	
KH mit 200 bis 299 Betten	209	
KH mit 300 bis 399 Betten	159	
KH mit 400 bis 499 Betten	113	
KH mit 500 bis 599 Betten	100	
KH mit 600 bis 799 Betten	75	
KH mit 800 bis 999 Betten	35	
KH mit 1000 und mehr Betten	61	

¹ Krankenhäuser (KH).

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 12 Reihe 6.1.1, S. 22

141. Die Vorhaltung vieler kleiner Allgemeinkrankenhäuser bedeutet zum einen, dass die Fallzahlen in den einzelnen Häusern in der Regel gering sind, d. h., pro Jahr werden in diesen Häusern nur wenige Patienten mit einem bestimmten Krankheitsbild behandelt. Dies kann dazu führen, dass es dem Ärzte- und Pflegepersonal an einer für die konkrete Behandlung erforderlichen medizinischen Erfahrung fehlt. Bei rund 40 Prozent der Kliniken werden die für ausgewählte Eingriffe und Behandlungen gesetzlich vorgeschriebenen Mindestfallzahlen, die als kritische Untergrenze für genügend Erfahrung gelten, nicht erreicht.¹⁶ Studien belegen, dass es in kleineren Kliniken mit geringeren Fallzahlen überdurchschnittlich oft zu schweren Komplikationen oder Todesfällen kommt.¹⁷ Basierend darauf lässt sich argumentieren, dass die Bildung größerer und vor allem spezialisierterer Versorgungszentren dazu beitragen kann, die Behandlungsqualität und Patientensicherheit zu erhöhen.¹⁸ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass mit der Größe auch Nachteile einhergehen können. Dies gilt etwa im Hinblick auf die Ausbreitung von multi-resistenten Keimen, weshalb das Infektionsrisiko für Patienten mit der Größe und dem Leistungsspektrum eines Krankenhauses tendenziell zunimmt.¹⁹

142. Zum anderen sind kleinere Krankenhäuser in der Regel schlechter mit medizinisch-technischen Großgeräten, z. B. Computer-Tomographen (CT) oder Herz-Lungen-Maschinen, ausgestattet. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die

¹⁶ Gemäß § 136 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V werden für ausgewählte elektive Leistungen, wie z. B. für den Einsatz künstlicher Kniegelenke oder Lebertransplantationen, erforderliche Mindestmengen je behandelndem Arzt und/oder Krankenhaus pro Jahr festgelegt. Damit soll sichergestellt werden, dass bestimmte Eingriffe nur von solchen Ärzten durchgeführt werden, die ein Mindestmaß an Erfahrung aufweisen, vgl. hierzu Science Media Center Germany, Mindestmengen im Krankenhaus – Bilanz und Neustart, Endbericht, Köln, 3. Juni 2019, S. 1.

¹⁷ Vgl. etwa Amato, L., u. a., Volume and health outcomes: evidence from systematic reviews and from evaluation of Italian hospital data, *Epidemiol Prev.* 37, 2013, S. 1–100; Hölscher, A., u. a., High-Volume Centers – Effect of Case Load on Outcome in Cancer Surgery, *Onkologie* 27, 2004, S. 412–416.

¹⁸ IGNES Institut, Krankenhausversorgung in Ostholstein, Studie im Auftrag des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Jugend, Familie und Senioren des Landes Schleswig-Holstein, Berlin, August 2018, S. 124. Darüber hinaus existiert eine Reihe empirischer Studien, die den positiven Zusammenhang zwischen einer Fallzahlsteigerung und der Behandlungsqualität von Patienten nahelegen. So zeigen etwa Blum und Offermanns (2012) für ausgewählte Leistungsbereiche wie Hüft- und Knie-Endoprothesen- sowie Herzschrittmacher-Implantationen einen qualitätssteigernden Effekt höherer Fallzahlen. Vgl. Blum, K. / Offermanns, M., Einflussfaktoren des Fallzahlen- und Case Mix-Anstiegs in deutschen Krankenhäusern, Gutachten des Deutschen Krankenhausinstituts im Auftrag der Deutschen Krankenhausgesellschaft.

¹⁹ Vgl. etwa Emori, T. / Gaynes, R., An overview of nosocomial infections, including the role of the microbiology laboratory, *Clinical Microbiology Review* 6(4), 1993, S. 428–442; Hagel, S., u. a., Nutzen eines krankenhausesweiten Infektionspräventions-Programmes zur Reduktion nosokomialer Infektionen und assoziierter Sepsisfälle (ALERTS) – Methodik und Zwischenergebnisse, Stuttgart 2013.

absolute Verfügbarkeit als auch im Verhältnis zu den jeweiligen Bettenkapazitäten. So besaß im Jahr 2017 nur rund jedes dritte Krankenhaus mit weniger als 200 Betten mindestens ein CT-Gerät; im Vergleich dazu waren es bei Krankenhäusern mit mehr als 200 Betten fast 80 Prozent.²⁰ Im internationalen Vergleich befinden sich deutsche Krankenhäuser damit insgesamt im Mittelfeld. Dabei ist die Überlebenschance eines Notfallpatienten zumindest in manchen Fällen deutlich höher, wenn er innerhalb von 30 Minuten ein gut ausgestattetes Krankenhaus erreicht, als wenn er bereits nach 15 Minuten in einem vergleichsweise schlecht ausgestatteten Krankenhaus versorgt wird.²¹ Nach Angaben der OECD starben im Jahr 2018 von den akuten Herzinfarkt-Patienten, die in deutsche Krankenhäuser eingeliefert wurden, rund 8,5 Prozent. Im OECD-Vergleich ist dies ein schwacher 28. Platz.²² Dies weist darauf hin, dass Deutschland international zwar über überdurchschnittlich viele Krankenhäuser verfügt, diese aber oftmals zu klein und nicht hinreichend ausgestattet sind, um typische Notfälle bestmöglich behandeln und eine hohe Versorgungsqualität gewährleisten zu können.²³

143. Eine weitere Folge der hohen Krankenhausedichte ist, dass der Wettbewerb um gut ausgebildete Fachärzte und Pflegekräfte besonders hoch ist. In vielen Krankenhäusern bleiben Stellen deshalb unbesetzt und auch der Blick auf das Betreuungsverhältnis in anderen OECD-Ländern zeigt, dass in Deutschland deutlich weniger medizinisches Personal²⁴ pro 1.000 stationären Behandlungsfällen eingesetzt wird als in fast allen anderen OECD-Ländern.²⁵ Ist kein Facharzt oder nicht ausreichend Pflegepersonal verfügbar, ist die hohe Krankenhausedichte nur vermeintlich ein Vorteil, wenn diese mit Qualitätsmängeln einherginge. Eigene Berechnungen zeigen, dass sich das Betreuungsverhältnis mit zunehmender Krankenhausgröße im Durchschnitt deutlich verbessert.²⁶ Dies liefert einen Hinweis darauf, dass mit einer stärkeren Konsolidierung deutscher Krankenhäuser vorhandene Personalressourcen besser im Sinne einer höheren Versorgungsqualität eingesetzt werden können.

144. Die hohe Anzahl kleiner Krankenhäuser könnte ebenfalls ursächlich für die teils schlechte finanzielle Lage vieler Krankenhäuser sein. So wiesen im Jahr 2018 rund 32 Prozent aller Krankenhäuser Verluste aus; weitere 20 Prozent konnten gerade eine Kostendeckung erzielen. Studien zeigen, dass sich größere Häuser in der Regel in einer besseren wirtschaftlichen Lage befinden und auch der Grad der Spezialisierung einen positiven Einfluss auf die finanzielle Ausstattung hat.²⁷ Ein Grund für diesen Befund dürfte sein, dass größere Krankenhäuser über hohe Fallzahlen Größenvorteile realisieren und die Rentabilität steigern. Studien zeigen, dass Krankenhäuser mit 300 bis 600 Betten eine aus betriebswirtschaftlicher Sicht optimale Größe aufweisen.²⁸ Mit zunehmender Krankenhausgröße und zunehmendem Grad an Spezialisierung könnte demnach nicht nur eine verbesserte Versorgungsqualität, sondern auch eine nachhaltigere Betriebsführung ermöglicht werden.

²⁰ Eigene Berechnung auf Datengrundlage des Statistisches Bundesamtes, Fachserie 12 Reihe 6.1.1, S. 58. Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt die Studie der Bertelsmann-Stiftung, in der die medizinische Ausstattung von Krankenhäusern im Ballungsgebiet Köln-Leverkusen untersucht wurde.

²¹ Vgl. etwa Bertelsmann-Stiftung, Neuordnung der Krankenhaus-Landschaft, Spotlight Gesundheit 2, 2019, S. 6 f.; Rürup, B., Medizinische Versorgung: Überkapazitäten, Unwirtschaftlichkeit, Fehlplanung, Handelsblatt, 21.06.2019.

²² OECD, Health at a Glance 2019: OECD Indicators, Paris 2019, S. 31.

²³ Vgl. etwa Bertelsmann-Stiftung, Neuordnung der Krankenhaus-Landschaft, Spotlight Gesundheit 2, 2019, S. 3 f.; IGNES Institut, Krankenhausversorgung in Ostholstein, Studie im Auftrag des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Jugend, Familie und Senioren des Landes Schleswig-Holstein, Berlin, August 2018, S. 124.

²⁴ Medizinisches Pflegepersonal meint hierbei das Gesamtpersonal eines Krankenhauses bestehend aus Ärzten, Pflegefachkräften, Pflegehelfern etc.

²⁵ Zander, B. / Köppen, J. / Busse, R., Personalsituation in deutschen Krankenhäusern in internationaler Perspektive, in: Klauber, J., u. a. (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2017, Stuttgart 2017, S. 62 f.

²⁶ Eigene Berechnung auf Datengrundlage des Statistisches Bundesamtes, Fachserie 12 Reihe 6.1.1, S. 37.

²⁷ RWI – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung, Krankenhaus Rating Report 2019: Deutschen Krankenhäusern geht es wieder schlechter, Pressemitteilung vom 22. Mai 2019; Roland Berger, Das Ende des Wachstums: Deutschlands Krankenhäuser zwischen Kostendruck und steigendem Wettbewerb, München 2019, S. 5.

²⁸ Lungen, M., Die optimale Klinikgröße, in: Klauber, J., u. a. (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2017, Stuttgart 2017, S. 187.

145. Die hohe Anzahl kleiner Krankenhäuser ist auch nicht für eine flächendeckende Notfallversorgung der Bevölkerung erforderlich. Das RWI – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung hat im Auftrag der Kassenärztlichen Bundesvereinigung anhand von Simulationsanalysen die Mindestanzahl von Notfallzentren ermittelt. Es gelangt zu dem Ergebnis, dass unter Zugrundelegung bestehender Krankenhausstrukturen und eines Erreichbarkeitsniveaus von maximal 30 Minuten Fahrzeit für 99,6 Prozent der Bevölkerung rund 736 Notfallzentren erforderlich seien. Dies entspräche weniger als der Hälfte der derzeit 1.592 Krankenhäuser, die offiziell an der Notfallversorgung teilnehmen.²⁹ Diese Zahlen deuten darauf hin, dass eine optimale Versorgung von Patienten mit akuten Gesundheitsproblemen mit weitaus weniger Standorten möglich ist. Eine geringere Anzahl an Standorten dürfte unter wirtschaftlichen und versorgungstechnischen Gesichtspunkten effizienzsteigernd sein, auch weil ein durchgängiger 24-Stunden-Betrieb von Notfallzentren mit hohen, von vornherein knappen personellen Ressourcen verbunden ist. Bereits seit Jahren ist die Reform der Notfallversorgung im Fokus gesundheitspolitischer Diskussionen. Infolgedessen wurde z. B. mit dem im Jahr 2016 in Kraft getretenen Krankenhausstrukturgesetz (KHSG) eine stärkere Unterstützung der ambulanten Notfallversorgung von Krankenhäusern durch den Bereitschaftsdienst der niedergelassenen Ärzte gesetzlich vorgeschrieben. Durch eine gezielte Ausschöpfung des haus- und allgemeinärztlichen Versorgungspotenzials sollen Krankenhäuser künftig zunehmend entlastet werden. Es soll damit auch vermieden werden, dass Patienten mit geringem Gesundheitsrisiko die Kapazitäten der Notaufnahmen zusätzlich belasten. Die hohe Krankenhausdichte in Deutschland ist folglich kaum dadurch zu erklären, dass sie für eine optimale Notfallversorgung von Patienten erforderlich ist.

146. Zugleich gilt es in Bezug auf die gesundheitspolitisch geforderte stärkere Konsolidierung des Krankenhausesektors zu berücksichtigen, dass eine Krankenhausstruktur mit weniger und dafür tendenziell größeren Allgemeinkrankenhäusern den Wettbewerb zwischen Krankenhäusern schwächen kann. Potenziell sollten die im Wettbewerb entstehenden Anreize dazu beitragen, dass sich optimale Kapazitäten, Krankenhausgrößen sowie ein optimaler Spezialisierungsgrad der Krankenhäuser einstellen.

147. Insgesamt lässt sich konstatieren, dass eine Reihe von Indizien dafür sprechen, dass in Deutschland tendenziell zu viele kleine Krankenhäuser mit einem zu geringen Grad an medizinischer Spezialisierung vorgehalten werden. Krankenhausfusionen (ggfs. auch Krankenhauskooperationen) könnten daher zumindest in Einzelfällen qualitätssteigernde Effekte haben. Ob generell davon auszugehen ist, dass sich durch größere, wirtschaftlichere Versorgungszentren mit einer klaren Leistungsspezialisierung im Allgemeinen Ineffizienzen abbauen lassen, kann auf Basis der dargestellten Erwägungen jedoch nicht hinreichend geklärt werden. Es gilt daher mögliche Ursachen in der aktuellen Fusionskontrollpraxis, die einer effizienzsteigernden Konsolidierung sowie einer Spezialisierung ggfs. entgegenstehen könnten, zu identifizieren.

3 Änderungsbedarf im Fusionskontrollverfahren für Krankenhäuser

148. Die dargestellte Situation des Krankenhausesektors und die darauf basierenden Forderungen der Gesundheitspolitik nach einer schnellen Konsolidierung haben die Debatte zuletzt vor allem auf die wettbewerbliche Zusammenschlusskontrolle gelenkt. Zusammenschlüsse sind eine Möglichkeit, vergleichsweise schnell Strukturveränderungen in einem Sektor zu erreichen. Infolge eines Zusammenschlusses von Fachabteilungen oder ganzen Krankenhäusern kann der neue gemeinsame Eigentümer das Versorgungsangebot der Häuser neu organisieren und ggfs. Spezialisierungs- und Zentralisierungsziele direkt umsetzen. Als Alternative zu einem Zusammenschluss ließe sich dieses Ziel grundsätzlich auch dadurch erreichen, dass Strukturveränderungen durch autonome Entscheidungen der unabhängigen Krankenhausträger veranlasst werden. Mit dem Ziel, ein geändertes Wahlverhalten der Patienten anzureizen oder betriebswirtschaftlich nachzuvollziehen, könnten Fachabteilungen bzw. Krankenhäuser insgesamt gegründet, ausgebaut oder geschlossen werden.

²⁹ RWI, Notfallversorgung in Deutschland, Projektbericht im Auftrag der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, April 2018; Augursky, B., u. a. , Versorgungsplanung durch datenbasierte Marktraumanalysen am Beispiel von Notfallzentren, in: Klauber, J., u. a. (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2019: Das digitale Krankenhaus, Berlin 2019, S. 161 ff.

149. Erfolgen Strukturveränderungen auf dem Krankenhausmarkt auf Basis von Zusammenschlüssen, unterliegen diese oftmals der wettbewerblichen Zusammenschlusskontrolle, und zwar unabhängig davon, ob eine Landesbehörde den Zusammenschluss empfohlen hat oder nicht.³⁰ Zusammenschlüsse im Krankenhaussektor werden – sofern sie die Aufgreifschwelle der deutschen Zusammenschlusskontrolle überschreiten – durch das Bundeskartellamt daraufhin geprüft, ob es infolge des Zusammenschlusses zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des wirklichen Wettbewerbs käme. Zuletzt wurde von verschiedenen Seiten kritisiert, dass im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle die gewünschten Konzentrationsbemühungen auf nahezu unüberwindbare fusionskontrollrechtliche Hürden stießen. Die mit einem Zusammenschlussvorhaben angestrebten strukturellen Verbesserungen und Effizienzgewinne würden damit regelmäßig zunichtegemacht. So berücksichtige das Bundeskartellamt bei der Fusionskontrolle nicht hinreichend die Besonderheiten des Krankenhausmarktes, wie etwa die medizinische Versorgungsqualität oder die mit einem Zusammenschluss zukünftig veränderte Erreichbarkeit von Krankenhäusern. Dies schaffe eine Diskrepanz zwischen gesetzgeberischem Wunsch und kartellrechtlicher Wirklichkeit.³¹

150. Zu klären ist, ob im Bereich des Krankenhaussektors Bedingungen vorliegen, die in den Fusionskontrollregeln nicht angelegt sind oder bei ihrer praktischen Anwendung nicht hinreichend Berücksichtigung finden.³² Tatsächlich ist die Zusammenschlusskontrolle des Bundeskartellamts im Krankenhaussektor besonders häufig gefordert. In keinem anderen Wirtschaftsbereich wurden von der Wettbewerbsbehörde in den vergangenen Jahren so viele Hauptprüfverfahren (sog. Phase II) eingeleitet wie im Krankenhaussektor. Von den im Zeitraum von 2003 bis 2020 mehr als 310 angemeldeten Zusammenschlussvorhaben sind insgesamt 25 Vorhaben im Rahmen eines Hauptprüfverfahrens untersucht worden. Davon wurden sieben Fusionen untersagt und zwei weitere seitens der Antragsteller zurückgenommen; zudem wurde im Verfahren Universitätsklinikum Tübingen / Zollernalb-Kliniken eine von den Unternehmen bereits vollzogene, aber dem Bundeskartellamt nicht angezeigte Fusion rückabgewickelt (für einen Überblick siehe Tabelle I.2). Infolge einer Untersagung wurde in drei Fällen gemäß § 42 Abs. 1 GWB ein Antrag auf Ministererlaubnis gestellt, der in einem Fall erfolgreich war. 14 Zusammenschlussvorhaben, darunter vier unter Auflagen, wurden seit 2003 vom Bundeskartellamt im Hauptprüfverfahren freigegeben. Die intensive Tätigkeit des Bundeskartellamts lässt des Weiteren auf eine erhebliche Vorfeldwirkung schließen, sodass eine Vielzahl weiterer von den Trägern gewünschter Zusammenschlussvorhaben von vornherein aufgrund einer absehbaren Untersagung nicht zur Anmeldung kommen oder nach informellen Vorgesprächen mit dem Bundeskartellamt aufgegeben werden. Nach eigenen Angaben hat das Bundeskartellamt allein im Berichtszeitraum 2017/2018 etwa 33 informelle Vorgespräche im Krankenhaussektor geführt. Inwieweit daraufhin von einer Anmeldung abgesehen wurde, kann nicht abschließend eingeschätzt werden.³³

³⁰ Das Landeskrankenhausrecht stellt gegenüber dem Bundesrecht, d. h. hier dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, kein höherrangiges Recht dar. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH, Baden-Baden 2008, Tz. 62 ff; Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 530 ff.

³¹ So z. B. Augursky, B. / Jendges, T., Strukturanpassungen im Krankenhausbereich: Notwendige Veränderungen bei der Fusionskontrolle, RWI Positionen 73, 9. April 2019; Ärztekammer Westfalen-Lippe und Nordrhein, Ärztekammern sind sich einig: Reform der Krankenhausplanung darf nicht kartellrechtlich blockiert werden, Pressemitteilung vom 22. November 2019.

³² Es sei in diesem Kontext darauf hingewiesen, dass das Bundeskartellamt derzeit eine Sektoruntersuchung im Bereich des Krankenhauswesens durchführt, um die wettbewerblichen Rahmenbedingungen der Branche zu analysieren, vgl. BKartA, Sektoruntersuchung bei Krankenhäusern, Pressemitteilung vom 31. Mai 2016.

³³ Aus unterschiedlichen Pressemitteilungen des Bundeskartellamtes lässt sich jedoch entnehmen, dass die informellen Vorgespräche in der Regel auch zu einer Anmeldung führen. So gingen im Zeitraum von 2003-2011 alle Vorgespräche mit einer anschließenden Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens einher. Lediglich zwischen 2011 und September 2019 wurden insgesamt 5 Zusammenschlussvorhaben und zwischen September 2019 und Juni 2020 weitere 3 Vorhaben nach kritischer Bewertung im Rahmen einer informellen Voranfrage nicht angemeldet. Vgl. hierzu BKartA, Pressemitteilung vom 17. Juni 2020, Bundeskartellamt gibt den Erwerb des Malteser Krankenhaus Bonn durch Helios frei; BKartA, Pressemitteilung vom 4. März 2020, Bundeskartellamt erlaubt Krankenhausfusion im Burgenlandkreis in Sachsen-Anhalt; BKartA, Pressemitteilung vom 25. September 2019, Bundeskartellamt gibt Krankenhausfusion im Allgäu frei.

Tabelle I.2: Gescheiterte Fusionen im Krankenhausesektor seit 2003

Beteiligte	Jahr	Verfahrensausgang
Sana Kliniken Ostholstein / AMEOS	2018	Rücknahme
Cellitinnen zur heiligen Maria / Stiftung der Cellitinnen	2018	Rücknahme
Klinikum Esslingen / Kreiskliniken Esslingen	2014	Untersagung
Klinikum Worms / Agaplesion Hochstift Evangelisches Krankenhaus	2012	Untersagung
Universitätsklinikum Tübingen / Zollernalb-Kliniken	2009	Rückabwicklung der Fusion
Gesundheitsholding Nordhessen / Gesundheitsholding Werra-Meißner-Kreis	2009	Untersagung
LBK Hamburg / Mariahilf Krankenhaus Hamburg	2007	Untersagung
Universitätsklinikum Greifswald / Kreiskrankenhaus Wolgast	2006	Untersagung
Rhön Klinikum / Krankenhaus Eisenhüttenstadt	2005	Untersagung
Rhön Klinikum / Kreiskrankenhaus Bad Neustadt	2005	Untersagung

Quelle: Eigene Erhebung, basierend auf den vom Bundeskartellamt veröffentlichten Fallberichten und Entscheidungen

3.1 Änderungen des Patientenverhaltens bei Marktabgrenzung berücksichtigen

151. Ein strittiger Aspekt der Fusionskontrolle bei Krankenhäusern betrifft die Abgrenzung der relevanten Märkte, die Grundlage der materiellen Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen eines jeden Zusammenschlusses ist. In vielen Fällen entscheidet die Marktabgrenzung über den Ausgang eines Verfahrens. Es lässt sich jedoch verallgemeinernd feststellen, dass eine zu weite Abgrenzung der einem Markt zuzuordnenden Angebote tendenziell eher zu der Annahme verhältnismäßig geringer Marktanteile der beteiligten Unternehmen führt, was Zusammenschlüsse ggfs. unproblematischer wirken lässt, als sie es tatsächlich sind. Wird ein Markt hingegen zu kleinteilig abgegrenzt, bleiben mögliche Wettbewerber eines Unternehmens teilweise unberücksichtigt, sodass die Marktmacht der betreffenden Unternehmen tendenziell überschätzt wird.³⁴ Die teils vertretene These einer überoptimalen Eingriffspraxis der Fusionskontrolle könnte daher z. B. in Hinblick auf eine womöglich zu enge Marktabgrenzung überprüft werden.

152. Bei der sachlichen Marktabgrenzung folgt das Bundeskartellamt dem sog. Sortimentsgedanken. Demnach wird ein Gesamtmarkt für die Erbringung von akutstationären Krankenhausdienstleistungen (nachfolgend Krankenhausmarkt) abgegrenzt, der jegliche von den Krankenhäusern gegenüber ihren Patienten erbrachten akutstationären Leistungen umfasst. Dabei sind Rehabilitationseinrichtungen, Alten- und Pflegeheime sowie reine Privatkliniken und psychiatrische Fachkliniken (dies gilt auch für psychiatrische Fachabteilungen in Allgemeinkrankenhäusern) nicht dem allgemeinen Krankenhausmarkt zuzurechnen.³⁵ Eine weitere Untergliederung des Marktes, etwa nach unterschiedlichen Fachabteilungen, Versorgungstiefen oder dem Grad der Behandlungsdringlichkeit, erfolgt nicht. Die Monopolkommission hatte sich in ihrem siebzehnten Hauptgutachten bereits ausführlich mit der sachlichen Marktabgrenzung befasst und die Gründe, die für oder gegen eine differenziertere Marktbetrachtung

³⁴ Möglich ist grundsätzlich aber auch der umgekehrte Effekt, wenn die Unternehmen durch eine enge Marktabgrenzung keine Wettbewerber mehr sind.

³⁵ Siehe Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 535; zuletzt veröffentlicht: BKartA, Beschluss vom 14. Mai 2014, B3-135/13, Tz. 62.

sprechen, diskutiert.³⁶ Grundsätzlich führt die bisher vom Bundeskartellamt gewählte, eher weite Marktabgrenzung nach dem Sortimentsmarktgedanken im Fall von Zusammenschlussvorhaben zu eher geringeren wettbewerblichen Bedenken. Der Grund dafür ist, dass bei einer solchen Marktabgrenzung tendenziell mehr Krankenhäuser als mögliche Wettbewerber berücksichtigt werden und damit die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten geringer ausfallen.

153. In Bezug auf die Frage, ob die Fusionskontrollpraxis überoptimal eingreift, richtet sich der Blick daher vor allem auf die räumliche Marktabgrenzung, bei der die Region zu ermitteln ist, in der Krankenhäuser im Wettbewerb miteinander stehen. Im Fall von Krankenhauszusammenschlüssen stützt das Bundeskartellamt die Marktabgrenzung in ständiger Praxis insbesondere auf eine nachfragebezogene, individuelle Betrachtung der Patientenströme des Krankenhausmarktes (sog. Patientenstromanalyse). Der räumlich relevante Markt umfasst dabei solche Krankenhäuser, die von Patienten tatsächlich als Alternative zu den von einem Zusammenschlussvorhaben betroffenen Krankenhäusern aufgesucht werden. Das Bundeskartellamt wertet dazu zunächst auf Basis von Daten vom Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus (InEK)³⁷ die Patientenbewegungen einer betroffenen Region aus. Anhand dieser InEK-Daten ermittelt das Amt dann sog. Eigenversorgungsquoten für verschiedene Versorgungsräume. Die Eigenversorgungsquote gibt den prozentualen Anteil derjenigen Patienten an, die in einer betrachteten Versorgungsregion wohnhaft sind und zur Behandlung ein Krankenhaus in derselben Region aufsuchen. Suchen Patienten zu einem hohen Anteil die Krankenhäuser einer betrachteten Versorgungsregion auf (hohe Eigenversorgungsquote), deutet dies auf eine geschlossene Versorgungsregion mit homogenen Wettbewerbsbedingungen und einem eigenständigen räumlich relevanten Markt hin.³⁸ Dieses Vorgehen führt meist zur Abgrenzung von wohnortsnahen Regionalmärkten.

154. Eine häufig diskutierte Alternative zur bisherigen Praxis der Marktabgrenzung ist, allein auf die theoretischen Ausweichmöglichkeiten des Patienten zwischen mehreren Krankenhäusern abzustellen.³⁹ Demnach wäre in räumlicher Hinsicht zu überprüfen, wie viele alternative Krankenhäuser der Grundversorgung innerhalb einer z. B. 30-minütigen Fahrzeit für Patienten einer Region mit mehr als 5.000 Einwohnern zur Verfügung stehen. Mit der 30-Minuten-Fahrzeit-Regel wären – anders als bisher – tendenziell auch weiter entfernte Krankenhäuser als ein Teil des räumlich relevanten Marktes anzusehen.

155. Es gilt aber zu beachten, dass das Kriterium der prinzipiellen Verfügbarkeit eines weiteren Krankenhauses weniger genaue Aussagen darüber zulässt, inwiefern die Krankenhäuser tatsächlich im Wettbewerb zueinander stehen, als die vom Bundeskartellamt derzeit durchgeführte Erhebung tatsächlicher Patientenströme und Ausweichalternativen. Auch erscheint die starre Festlegung einer 30-Minuten-Fahrzeit-Grenze problematisch, weil sie den wettbewerblichen Koordinierungsmechanismus von vornherein vordefiniert und die örtlichen Verhältnisse (z. B. Nähe von Ballungszentren, örtliche Spezialisierungen) außer Acht lässt.

156. Allerdings birgt das derzeit vom Bundeskartellamt schwerpunktmäßig verwendete Verfahren auch theoretische Schwachpunkte, die aus Sicht der Monopolkommission vor allem mit der Möglichkeit einer erheblichen Veränderung der Versorgungssituation zusammenhängen. Die Marktabgrenzung auf Grundlage der Situation zum Zeitpunkt eines möglichen Zusammenschlusses bzw. unmittelbar davor vorzunehmen, ist in der Fusionskontrollpraxis üblich, aber keineswegs zwingend.⁴⁰ Die mit einem (ggfs. auch untersagten) Zusammenschluss zukünftig

³⁶ Ebd. 535 ff.

³⁷ Bei den vom Bundeskartellamt für die Marktabgrenzung verwendeten InEK-Patientendaten handelt es sich um Daten, die rund ein Jahr zeitverzögert sind.

³⁸ Zur Methodik der räumlichen Marktabgrenzung vgl. BKartA, Fallbericht vom 17. Dezember 2018, B3-122/18; Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 542 ff.

³⁹ Augursky, B. / Jendges, T., Strukturanpassungen im Krankenhausbereich: Notwendige Veränderungen bei der Fusionskontrolle, RWI Positionen 73, 9. April 2019. Dieser Vorschlag basiert auf dem Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) zu den Regelungen für die Vereinbarung von Sicherheitszuschlägen vom 24. November 2016.

⁴⁰ Die Zusammenschlusskontrolle besitzt als Ganzes einen Prognosecharakter. Entsprechend kann die Prognose auch in Bezug auf die Marktabgrenzung absehbare Entwicklungen einbeziehen, die den Zusammenschluss selbst betreffen können. Zum Beispiel Körper, in: Immenga/Mestmäker, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 6. Aufl., München 2020, Art. 2 FKVO Rn. 131.

veränderten Marktverhältnisse und Auswahlmöglichkeiten der Patienten bleiben dabei unberücksichtigt. Denkbar wäre beispielsweise, dass Patienten für eine bestimmte Behandlung – als Beispiel dient der Einsatz eines Herzschrittmachers – ein auf entsprechende Herzoperationen spezialisiertes Krankenhaus (Herzzentrum) innerhalb der wohnortsnahen Region aufsuchen. Es sei nun weiter angenommen, dass dieses Herzzentrum beabsichtigt, sich aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage mit einem anderen Krankenhaus desselben räumlich relevanten Marktes zusammenzuschließen. Käme es infolge eines Zusammenschlusses zu einer Zentralisierung aller Herzoperationen im Krankenhaus des anderen Zusammenschlussbeteiligten und einem Wegfall des bisherigen Standortes des Herzzentrums, so würden sich auch die Wettbewerbsverhältnisse ändern. Patienten, die zuvor das Herzzentrum aufgesucht haben, müssten nun in das Haus des anderen Zusammenschlussbeteiligten wechseln. Sie könnten z. B. aufgrund der geänderten Entfernungsraktionen neue Anreize haben, ein anderes Krankenhaus außerhalb des abgegrenzten räumlich relevanten Marktes aufzusuchen. Ein unter der ursprünglichen Marktabgrenzung erkanntes Wettbewerbsproblem könnte daher infolge eines durchgeführten Zusammenschlusses tatsächlich nicht bestehen. Der gleiche Effekt ist im Übrigen auch dann denkbar, wenn es aufgrund der Untersagung eines Zusammenschlusses zum wirtschaftlichen Ausscheiden von Krankenhäusern oder Fachabteilungen kommt. Das Beispiel verdeutlicht, dass die räumliche Marktabgrenzung auf Basis von vergangenheitsbezogenen Daten auch zu kleinteilig eingeschätzt werden kann, insbesondere dann, wenn es im relevanten Markt tendenziell wenige Wettbewerber bzw. Krankenhäuser/Spezialisierungen gibt. Im Ergebnis kann es deshalb theoretisch zu der dargestellten widersprüchlichen Situation kommen.

157. Es ist allerdings fraglich, ob die dargestellten theoretischen Schwächen der aktuell praktizierten Methode zur Abgrenzung der Märkte auch von praktischer Bedeutung sind. Tatsächlich schätzt die Monopolkommission die möglichen Nachteile durch die vergangenheitsbezogene Marktabgrenzung so ein, dass es in eher seltenen Einzelfällen zu unzureichenden Ergebnissen kommen kann. Dafür spricht etwa, dass Änderungen der Marktverhältnisse in infrastrukturbasierten Märkten eher träge sind und Veränderungen der Patientenströme nicht unbedingt erwartet werden können. In Bezug auf mögliche Verbesserungen der Marktabgrenzung erinnert die Monopolkommission an ihren Alternativvorschlag aus ihrem XVI. und XVII. Hauptgutachten, wonach die Marktabgrenzung auch in Form einer Verbraucherbefragung erfolgen könnte.⁴¹ Dazu würden Patienten der am geplanten Zusammenschluss beteiligten Krankenhäuser gefragt, in welches Krankenhaus sie gegangen wären, wenn es das Krankenhaus, das sie aufgesucht haben, nicht gegeben hätte. Auf diese Weise würde die tatsächliche Wettbewerbssituation direkt abgebildet, wobei das Ausscheiden eines Krankenhauses aus dem Markt in Form der Fragestellung implizit Berücksichtigung fände. Eine Umstellung der Methodik wäre jedoch mit zahlreichen weiteren Detailproblemen der Umsetzung einer darauf basierenden räumlichen und ggfs. auch sachlichen Marktabgrenzung verbunden, während die derzeit vom Bundeskartellamt angewendete Systematik zumindest in ihrer praktischen Anwendung ausgereift erscheint. Daher scheint es alternativ auch ausreichend, wenn das Bundeskartellamt diesen Punkt im Auge behält und die Ergebnisse der Marktabgrenzung im Einzelfall validiert (z. B. mit einer Befragung der Patienten), sollte der konkrete Zusammenschlusstatbestand Anhaltspunkte für zu erwartende Veränderungen der Versorgungssituation geben.

3.2 Unklare Berücksichtigung von Qualitätsvorteilen könnte Anpassungen im GWB erfordern

158. Die im Krankenhausesektor im Vergleich zu anderen Wirtschaftsbereichen hohe Anzahl an Prüfungen, Untersagungen und Rücknahmen sind vor dem Hintergrund zu bewerten, dass Krankenhäuser aufgrund regulatorischer Vorgaben im Wesentlichen in keinem spürbaren Preiswettbewerb zueinander stehen; der entscheidende Wettbewerbsparameter ist die Qualität des Dienstleistungsangebots der Krankenhäuser.⁴² Qualitätsrückstände gegenüber Krankenhäusern im Wettbewerbsumfeld können zu geringeren Patientenzahlen und finanziellen Nachteilen führen, sodass ein steter Anreiz besteht, die wahrnehmbare Qualität möglichst hoch zu halten. Das Untersagungskri-

⁴¹ Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Baden-Baden 2006, Tz. 483; Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 546.

⁴² Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 819 ff.

terium für (Krankenhaus-)Fusionen ist nach § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (sog. SIEC-Test⁴³). Das gesetzliche Regelbeispiel für die Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ist die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Untersagung eines geplanten Zusammenschlusses von Krankenhäusern beinhaltet somit gewöhnlich auch die Vermutung, dass insbesondere ein marktbeherrschendes Krankenhaus die Behandlungsqualität zulasten der Patienten reduzieren könnte.⁴⁴

159. Den möglichen negativen wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses können jedoch Effizienzgewinne entgegenstehen. Effizienzgewinne beruhen üblicherweise auf Größenvorteilen (Synergieeffekten), die sich auf Kosten und Qualität auswirken. Aus Sicht der Monopolkommission weisen Zusammenschlüsse im Krankenhaussektor auch in Bezug auf Effizienzgewinne einige relevante Unterschiede zu Zusammenschlüssen in anderen Branchen auf. Durch den fixierten Preis je Behandlungsfall erstrecken sich auch die Wirkungen von solchen Größenvorteilen, die sich auf die Wettbewerbsparameter der Krankenhäuser niederschlagen, primär auf die Angebotsqualität.⁴⁵ Hinzu kommt, dass aus Gründen der Versorgungssicherheit in einzelnen Bereichen gesellschaftliche Ansprüche an die Krankenhausstruktur bestehen können, die allein durch Markt- und Wettbewerbsprozesse ggfs. nicht erfüllt werden, aber im öffentlichen Interesse liegen.⁴⁶ Dies hat z. B. zur Folge, dass Kosteneffekte einer Fusion im Einzelfall auch dann für die Qualität von Bedeutung sein können, wenn etwa der Erhalt von Behandlungskapazitäten zur Sicherung eines politisch definierten Mindestversorgungsniveaus ermöglicht wird.

160. In der europäischen Fusionskontrolle wird dem Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz wirksamen Wettbewerbs einerseits und den durch einen Zusammenschluss begründeten Effizienzvorteilen andererseits im Rahmen der Effizienzverteidigung Rechnung getragen.⁴⁷ Danach ist es zulässig, Effizienzvorteile eines Zusammen-

⁴³ SIEC = Significant Impediment to Effective Competition (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs).

⁴⁴ Es gibt zahlreiche internationale Studien, die einen positiven Einfluss des Wettbewerbs auf die Behandlungsqualität nahelegen. So gelangen Gaynor, Moreno-Serra und Propper (2013), die in Großbritannien den Einfluss des preisregulierten Qualitätswettbewerbs auf die 30-Tage-Mortalität von Herzinfarktpatienten untersuchen, zu dem Ergebnis, dass durch eine Reduzierung der durchschnittlichen Marktkonzentration um 10 % jedes Jahr rund 1.000 Todesfälle allein in den 133 untersuchten Krankenhäusern vermieden werden könnten. Zu einem ähnlichen Schluss gelangen Kessler und McClellan (2000). Sie zeigen einen wohlfahrtssteigernden Effekt von Wettbewerb auf die Behandlungskosten sowie das Gesundheitsergebnis von Patienten, gemessen an auftretenden Komplikationen und der Mortalität von Herzinfarktpatienten. Ebenso legen Bloom et al. (2015) einen positiven Zusammenhang zwischen Wettbewerbsintensität und der Qualität von Krankenhausleistungen nahe. Die Krankenhausqualität wird dabei anhand mehrerer Faktoren wie etwa der durchschnittlichen Verweildauer, der Mortalität nach operativen Eingriffen oder der Behandlungsintensität quantifiziert. Demgegenüber stellen Gowrisankaran und Town (2003) für Los Angeles höhere Mortalitätsraten von Herzinfarkt- und Lungenentzündungspatienten fest, die in weniger konzentrierten Märkten behandelt wurden. Bei der Interpretation der einzelnen Studienergebnisse ist zu beachten, dass gerade die empirischen Studien im Krankenhaussektor zahlreichen Einschränkungen unterliegen, die ihre Aussagekraft für konkrete Fragestellungen teilweise mindern. Unklar ist daher, inwieweit die Ergebnisse für den deutschen Krankenhausmarkt verallgemeinert werden dürfen. Einschlägige deutsche Studien existieren bisher nicht. Vgl. Gaynor, M. / Moreno-Serra, R. / Propper, C., Death by Market Power: Reform, Competition and Patient Outcomes in the National Health Service, *American Economic Journal* 5 (4), 2013, S. 134–166; Kessler, D. / McClellan, B., Is Hospital Competition Socially Wasteful?, *Quarterly Journal of Economics* 115 (2), 2000, S. 577–615; Bloom, N., u. a., The impact of competition on management quality: evidence from public hospitals, *Review of Economic Studies* 82 (2), 2015, S. 457–489; Gowrisankaran, G. / Town, R., Competition, Payers, and Hospital Quality, *Health Services Research* 38 (6), 2003, S. 1403–1421.

⁴⁵ Ein durch einen Zusammenschluss von Krankenhäusern ausgelöster Synergieeffekt kann sich unmittelbar auf die Qualität auswirken (z. B. direkter Effekt einer höheren Fallzahl auf die Behandlungsqualität). Davon zu trennen sind mittelbare Auswirkungen, wenn mögliche Kostensenkungen zur Qualitätsverbesserung eingesetzt werden. Bei auf Kostensenkungen beruhenden Qualitätswirkungen unterliegt der Eintritt des Vorteils einer wesentlich höheren Unsicherheit und ist daher grundsätzlich schwieriger nachzuweisen.

⁴⁶ Denkbar sind Eingriffe aus verschiedenen Gründen, die der Versorgungssicherung dienen: Zum Beispiel kann es deshalb etwa im dünn besiedelten ländlichen Raum dazu kommen, dass eine wohnortnahe Versorgung der Bevölkerung nicht wirtschaftlich ist und somit nicht im Wettbewerb abgebildet wird. Auch besteht die Gefahr, dass der Wettbewerb aufgrund der regulierten Preise des Fallpauschalensystems keine Reservekapazitäten bzw. Überkapazitäten für Bedarfsschwankungen im Katastrophenfall, wie etwa im Rahmen der COVID-19-Pandemie, hervorbringt. Schließlich kann es in Einzelfällen auch zu Marktversagen kommen, etwa wenn aus mangelnder Qualitätstransparenz in Krankenhäusern zu kleine Fachabteilungen minderer Qualität am Markt finanziert werden.

⁴⁷ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 29 zur FKVO, der ergänzt wird durch die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, Tz. 76.

schlusses gegen die wettbewerblichen Nachteile abzuwägen. Die Voraussetzung dafür, dass zusammenschlussbedingte Effizienzvorteile in diesem Sinne Berücksichtigung finden, sind nachgewiesene Verbrauchervorteile, die Fusionspezifität der Effizienzen und ihre Überprüfbarkeit. Tatsächlich sind die Hürden zur Berücksichtigung der Effizienzvorteile bei der Europäischen Kommission hoch – die strengen Kriterien werden in wenigen Fällen erfüllt, und in diesen sind die Effizienzvorteile meist nicht entscheidungsrelevant.⁴⁸ Vorgetragene Effizienzen betreffen zudem in der weit überwiegenden Zahl Kostenvorteile. Auch fusionspezifische und überprüfbare Kostenvorteile sind jedoch nur unter engen Bedingungen geeignet, dem Verbraucher zugutezukommen und die gegenläufige Gefahr einer Preiserhöhung im Wettbewerb zu egalisieren. Bei Qualitätsvorteilen besteht das zusätzliche Problem ihrer Quantifizierung. Grundsätzlich hat die Europäische Kommission aber auch die Berücksichtigung von Qualitätsvorteilen als Effizienz anerkannt und vereinzelt geprüft.⁴⁹ Mit der Frage des Effizienzeinwandes bei Krankenhauszusammenschlüssen hat sie sich bisher nicht beschäftigt, auch weil entsprechende Fusionen eher selten die europäischen Aufgreifschwelle überschreiten oder wegen der nationalen Bedeutung an die entsprechenden Behörden abgegeben wurden.⁵⁰ Die hiesigen Krankenhauszusammenschlüsse fallen oft unter das deutsche Recht und unterliegen dann der Kontrolle durch das Bundeskartellamt. Aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen lässt sich die Möglichkeit eines Effizienzeinwands jedoch nicht vergleichbar wie aus dem europäischen Recht ableiten. Derzeit gilt es als unklar, ob Effizienzargumente in der deutschen Fusionskontrolle berücksichtigt werden können. Die schwierige Frage nach der grundsätzlichen Berücksichtigung von Effizienzen zugunsten der Zusammenschlussbeteiligten berührt mehrere Spezifika des deutschen Fusionskontrollrechts und ist in der Vergangenheit intensiv diskutiert worden. Auch nach der 2012 erfolgten Anpassung des Untersagungskriteriums in § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB an die EU-Fusionskontrollverordnung wird die Möglichkeit der Anerkennung von Effizienzvorteilen eher verneint.⁵¹ Auch weil in den meisten geprüften Zusammenschlussfällen die Effizienzargumente nicht von entscheidender Bedeutung waren, blieb eine Klärung bisher aus.

161. In seinen Entscheidungen bei Zusammenschlüssen von Krankenhäusern hat das Bundeskartellamt mehrfach die Frage erörtert, ob die Effizienzvorteile eines Zusammenschlusses den negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb entgegengestellt werden können. Zuletzt hat es im Untersagungsfall Klinikum Esslingen / Kreiskliniken Esslingen die Möglichkeit, Verbesserungen infolge des Zusammenschlusses zu berücksichtigen, die über den engen Spielraum der sog. Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB) hinausgingen, als „zweifelhaft“ bezeichnet.⁵² Das Bundeskartellamt hat vorgebrachte Effizienzen trotz der fraglichen Berücksichtigungsmöglichkeit stets geprüft. Die vorgebrachten Vorteile waren aus Sicht des Amtes jedoch bislang nie hinreichend, um die wettbewerblichen Bedenken aufzuwiegen. Die Frage der Berücksichtigungsmöglichkeit konnte daher offenbleiben.⁵³ Von der Kartellbehörde nicht zu berücksichtigende Effizienzen können im Fall einer Untersagungsentscheidung jedoch in einem sich ggfs. anschließenden Ministererlaubnisverfahren auch als Gemeinwohlvorteil anerkannt werden.⁵⁴

⁴⁸ Röller, L.-H., *Efficiencies in EU Merger Control: Do They Matter?*, in: Ramser, H. J. / Stadler, M. (Hrsg.), *Marktmacht*, Tübingen 2010, S. 185–195.

⁴⁹ EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Januar 2013, UPS/TNT Express, M.26570.

⁵⁰ Das aktuell vom Bundeskartellamt geprüfte Zusammenschlussverfahren zwischen den großen privaten Krankenhausbetreibern Asklepios und Röhn ist z. B. von der EU-Kommission an das Bundeskartellamt verwiesen worden.

⁵¹ Vgl. hierzu auch Monopolkommission, 63. Sondergutachten, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 29 ff.

⁵² BKartA, Klinikum Esslingen / Kreiskliniken Esslingen, Beschluss vom 14. Mai 2014, B3-135/12, Rn. 289.

⁵³ Auch in anderen Bereichen, wie z. B. jüngst bei Bargelddienstleistungen, wurde die Frage nach der Berücksichtigung von Effizienzargumenten aufgrund fehlender Entscheidungserheblichkeit bisher offengelassen. Vgl. etwa BKartA, Beschluss vom 17. Januar 2019, B5-29/18; BKartA, Beschluss vom 17. Dezember 2019, B9-80/19.

⁵⁴ So hat die Monopolkommission z. B. im Ministererlaubnisverfahren zum (Krankenhaus-)Zusammenschlussfall „Mariahilf / Asklepios Kliniken“ Effizienzwirkungen sowohl in Bezug auf Kosten als auch auf Qualität geprüft. Monopolkommission, Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH, Baden-Baden, 2008, Tz. 80 und 99.

162. Da sich im Krankenhausbereich, anders als in anderen Sektoren, die wettbewerblichen Auswirkungen insbesondere auf die Qualität der Versorgung erstrecken, muss eine Kartellbehörde – sofern sie Effizienzen berücksichtigt – eine Qualitätsprognose unter Abwägung der durch Wettbewerb und durch Synergieeffekte induzierten Qualitätswirkungen erstellen. Auch hier gibt die letzte Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes im Krankenhausesektor ein Beispiel einer solchen Prüfung. Die Kliniken wiesen im Verfahren darauf hin, dass der beabsichtigte Zusammenschluss eine verbesserte Qualität der Patientenversorgung ermögliche, die durch die Verknüpfung von Fachabteilungen, eine konzentrierte Behandlung komplexer Krankheitsbilder bzw. eine Erhöhung von Fallzahlen entstehen sollte.⁵⁵ Das Bundeskartellamt sah diese Vorteile als nicht gegeben bzw. nicht fusionspezifisch an. So seien die fachlichen Vorteile aus der Bündelung von Fachabteilungen aus Sicht des Amtes auch ohne den Zusammenschluss erreichbar. Der Zusammenschluss sei zudem nicht erforderlich, um die Fallzahlen auf die Höhe der vom Gemeinsamen Bundesausschuss festgelegten Mindestmengen zu bringen.⁵⁶ Auch bezweifelt das Bundeskartellamt, dass die Unternehmen nach einem Zusammenschluss die dargestellten Vorteile tatsächlich realisieren und insofern an die Verbraucher weitergeben, da aufgrund des sinkenden Wettbewerbs dazu keine Anreize mehr bestünden.⁵⁷ Auch eine finanzielle Konsolidierung, die zu einem Erhalt der Standorte führen würde, erkennt das Bundeskartellamt nicht an, da der Erhalt der Standorte auch ohne den Zusammenschluss durch Sanierungsmaßnahmen möglich sei.⁵⁸

163. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass im Krankenhausesektor zusammenschlussbedingte Qualitätseffekte sowohl auf wettbewerblicher als auch auf betriebswirtschaftlicher Seite eine besonders hohe ökonomische und gesellschaftliche Bedeutung aufweisen. In Bezug auf erwartete Effizienzen ist zudem anzunehmen, dass im Falle direkter Qualitätsvorteile auch eine Verbraucherbeteiligung in den meisten Fällen gegeben sein dürfte, da die meisten qualitativen Verbesserungen in Krankenhäusern der Patientenversorgung zugutekommen. Vor diesem Hintergrund ergibt sich im Krankenhausesektor womöglich eine im Vergleich zu anderen Branchen weitaus stärkere Berechtigung, auch Effizienzen in Form von durch Synergien ausgelöste Qualitätsverbesserungen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zu erfassen. Zwar ist eine gleichwertige Erfassung von Wettbewerbswirkungen und anderen Qualitätsvorteilen bereits im Ministererlaubnisverfahren gemäß § 42 GWB möglich. Allerdings ist das Ministererlaubnisverfahren für Ausnahmesituationen gedacht; es ist zudem langwierig und zielt auf unsystematische Konstellationen, in denen durch einen Zusammenschluss etwaige Gemeinwohlvorteile von besonderer Bedeutung auftreten. Im Fall von Krankenhauszusammenschlüssen sind die Unterschiede, die für die besondere Berechtigung einer Erfassung von Effizienzen ursächlich sind, jedoch struktureller bzw. regulatorischer Natur und deshalb systematisch. Daher könnte dies eine klare und eindeutige Regelung der Erfassbarkeit von Qualitätsvorteilen im Verfahren vor dem Bundeskartellamt rechtfertigen.

164. Fraglich ist außerdem, ob die zu prüfenden qualitativen Vorteile auch ein anderes Gewicht erhalten müssten. Zwar prüft das Bundeskartellamt die im Fall von Krankenhauszusammenschlüssen vorgebrachten Effizienzen bereits heute. Das Amt legt dazu die strengen aus der europäischen Zusammenschlusskontrolle entlehnten Kriterien zu Grunde. Allerdings ist auf Basis dieser Kriterien gerade in Bezug auf die oft nicht quantifizierbaren und in europäischen Zusammenschlussverfahren auch nur vereinzelt geprüften Qualitätsvorteile ein sicherer und überprüfbarer Nachweis auch nur schwer zu erbringen. Es erscheint deshalb plausibel, dass synergiebedingte Qualitätsvorteile bei Krankenhäusern auch aus einer Vielzahl kleiner Veränderungen der Arbeitsabläufe resultieren können, die sich vor allem in ihrer Gesamtwirkung qualitativ einordnen, aber im Einzelnen nicht gut herleiten und für fachfremde Personen nicht hinreichend darstellen lassen. Auch in Bezug auf die Veränderung der Behandlungsqualität, die aus einer Erhöhung der Fallzahlen resultieren könnte, ist ein möglicher (ggfs. auch negativer) Effekt auch über die vom Gemeinsamen Bundesausschuss festgestellten Mindestmengenbereiche hinaus naheliegend und hängt voraussichtlich auch vom jeweiligen Falltyp ab. Vor diesem Hintergrund lässt sich annehmen, dass es einer Kartell-

⁵⁵ BKartA, Klinikum Esslingen / Kreiskliniken Esslingen, a. a. O., Rn. 285.

⁵⁶ Ebd. 298 f.

⁵⁷ Ebd. 300.

⁵⁸ Ebd. 302 ff.

behörde in Bezug auf die ihr wohlvertrauten wettbewerblichen Auswirkungen erheblich leichter fällt, ein klareres Bild zu gewinnen. Im Einzelfall wäre es daher von Vorteil, wenn eine Beurteilung der synergiebedingten Qualitätseffekte eines Zusammenschlusses durch einen unabhängigen Sachverständigen vorgenommen werden würde. Es kommt zwar vor, dass im Rahmen der Verfahren zur Zusammenschlusskontrolle vom Bundeskartellamt bei Bedarf Sachverständige zur Beantwortung von Einzelfragen gehört werden. Eine Anfertigung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zur Beantwortung komplexerer Tatsachenfragen, z. B. der Einschätzung von durch Effizienzen des Zusammenschlusses ausgelösten Qualitätseffekten (auf Basis des Vortrages der Antragsteller) und seiner Auswirkung auf Versorgungsziele, sind dagegen in Zusammenschlussverfahren vor dem Bundeskartellamt bisher nicht üblich. Gleichwohl sieht das Kartellrecht mit § 57 Abs. 2 GWB i. V. m. § 411 ZPO eine explizite Rechtsgrundlage für solche Sachverständigengutachten vor, der sich die Kartellbehörde in einem entsprechenden Fall jederzeit bedienen könnte.

165. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Monopolkommission, von jeglicher kartellrechtlichen Bereichsausnahme im Krankenhausesektor abzusehen. Diese würde das Gewicht in den eingeschlossenen Ausnahmesituationen einseitig in Richtung synergiebedingter Vorteile und Planungsinteressen lenken und die evident qualitätssichernde wettbewerbliche Kontrolle vollständig außer Kraft setzen. Stattdessen ist es empfehlenswert, die Berücksichtigung qualitativer Effekte im Fusionskontrollverfahren expliziter zu regeln. Dazu sollte zunächst klargestellt werden, dass in Krankenhausfällen synergiebedingte Qualitätsvorteile bei der wettbewerblichen Abwägung berücksichtigungsfähig sind, ohne damit jedoch eine generelle Aussage zur Berücksichtigung etwaiger Effizienzen für die Zusammenschlusskontrolle in anderen Wirtschaftssektoren zu treffen. Die Monopolkommission schlägt vor, zu diesem Zweck die Ausnahmen zum Untersagungstatbestand in § 36 Abs. 1 Satz 2 durch eine neue Nr. 4 mit folgendem Wortlaut zu ergänzen:

„(4) wenn die beteiligten Unternehmen bei einem Zusammenschluss von Krankenhäusern nachweisen, dass von dem Zusammenschluss ausgehende Qualitätsvorteile und positive Auswirkungen auf Versorgungssicherungsziele der zuständigen Landesbehörden die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen“.

Die Monopolkommission schlägt außerdem vor, in der Gesetzesbegründung festzuhalten, dass die Aufnahme dieses Ausnahmetatbestandes eine Erfassung der Effizienzen „jedenfalls in den dargestellten Fällen“ klarstellen soll. Des Weiteren sollte in der Gesetzesbegründung das Verfahren konkreter beschrieben werden, nach dem die Prüfung der Qualitätseffekte durch das Bundeskartellamt in schwierigen Fällen erfolgen könnte. So könnte sich das Bundeskartellamt in einem Hauptprüfverfahren, in dem von den anmeldenden Krankenhäusern Effizienzen vorgebracht werden, zur Beweiswürdigung eines Sachverständigengutachtens gem. § 57 Abs. 2 GWB i. V. m. § 411 ZPO bedienen. Die Aufgabe des Sachverständigengutachtens wäre darauf begrenzt, die von den anmeldenden Unternehmen vorgebrachten Belege für synergiebedingte Qualitätsvorteile des Zusammenschlusses in Bezug auf ihre Fusionspezifität, ihre Eintrittswahrscheinlichkeit und ihr Gewicht zu bewerten. Der Sachverständige soll auch die Versorgungsziele des jeweiligen Bundeslandes in seine Bewertung der Qualitätseffekte einfließen lassen. Das Bundeskartellamt könnte dann auf Basis der zusätzlich gewonnenen Informationen die Abwägung der Qualitätsvorteile mit den wettbewerblichen Qualitätswirkungen vornehmen und zudem über den Bedarf qualitätssichernder Auflagen⁵⁹ entscheiden.

⁵⁹ In Bezug auf die Möglichkeit, Qualitätseffekte durch Nebenbestimmungen abzusichern, ist auf das Verbot einer laufenden Verhaltenskontrolle gemäß § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB hinzuweisen. Die sich aus der Fusion potenziell ergebenden Qualitätsvorteile können daher nur durch strukturelle Maßnahmen und durch Nebenbestimmungen, die etwa nur der einmaligen Überprüfung bedürfen, abgesichert werden. In vielen Fällen sollten die bei Krankenhauszusammenschlüssen vorgebrachten Qualitätsvorteile von Prozessen ausgehen, die z. B. auf der Änderung von Infrastrukturen oder der Verlagerung von Fachabteilungen beruhen und danach automatisch eintreten. Diese Prozesse könnten im Rahmen der Nebenbestimmungen einmalig kontrolliert werden, da eine Rückverlagerung nach erfolgter Umstellung aufgrund der Kosten unwahrscheinlich ist. Zu der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen siehe auch: Monopolkommission, Stellungnahme der Monopolkommission zu den beabsichtigten Nebenbestimmungen im Ministererlaubnisverfahren Miba/Zollern, 19. August 2019, insbes. S. 4 ff.

4 Qualitätswirkungen bei Zusammenschlusskontrolle in den Blick nehmen

166. Nicht nur aufgrund der Corona-Pandemie werden derzeit viele Forderungen an eine künftige Struktur des Krankenhauswesens vorgetragen. Diese zielen oftmals auf eine stärkere Konsolidierung des Krankenhausesektors ab. Hintergrund für Veränderungswünsche sind in vielen Fällen Indizien, die dafür sprechen, dass sich die deutsche Krankenhauslandschaft tendenziell effizienter darstellen könnte. Im Rahmen der aktuellen 10. GWB-Novelle wurde daher die Debatte vor allem auf die Anpassung der wettbewerblichen Fusionskontrolle gelenkt und auf die Frage, ob die Zusammenschlusskontrolle institutioneller Änderungen bedarf, damit es zu mehr Spezialisierung und Zentrenbildung bei Krankenhäusern kommen kann.

167. Die Monopolkommission stellt zunächst fest, dass zahlreiche internationale Studien eine positive Wirkung des Wettbewerbs auf die Qualität im Krankenhausesektor bestätigen.⁶⁰ Deshalb sind Vorschläge, die derzeit politisch diskutiert werden und darauf zielen, in bestimmten Fällen Krankenhäuser von der Zusammenschlusskontrolle auszunehmen, mit Risiken für die Qualität verbunden. Hinter solchen Bereichsausnahmen steht die Erwartung, dass in definierbaren Fällen die Synergien oder gesundheitspolitischen Vorteile eines Zusammenschlusses die möglichen wettbewerblichen Nachteile per se überwiegen. Es wird dann auf eine Prüfung der wettbewerblichen Wirkungen eines Zusammenschlusses verzichtet. Je weiter eine solche pauschale Ausnahme gefasst wird, desto eher kommt es zu Fehlern zulasten des Wettbewerbs und der von ihm angereizten Qualitätsfortschritte auf dem Krankenhausmarkt.

168. Zutreffend ist, dass es durch den Zusammenschluss von Krankenhäusern zu Qualitätsveränderungen und synergiebedingten Vorteilen kommen kann. Zusammenschlussbedingte Qualitätsvorteile überwiegen den Verlust von wettbewerblichen Qualitätsanreizen jedoch keinesfalls generell. Vielmehr ist allen Auswirkungen eines Zusammenschlusses im Krankenhausesektor im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Beachtung zu schenken. Dies betrifft mehrere Punkte: Zum einen ist zu empfehlen, dass das Bundeskartellamt seine grundsätzlich ausgereifte, aber in erster Linie auf vergangenheitsbezogene Patientenstromdaten bezogene Marktabgrenzung im Einzelfall daraufhin prüft, ob infolge des Zusammenschlussvorhabens Änderungen der Angebotsverhältnisse am Markt eintreten, die zu einem veränderten Nachfrageverhalten führen können. Zum anderen – und ungleich bedeutender – ist festzustellen, dass der gegenwärtige Rechtsrahmen der deutschen Fusionskontrolle keine hinreichend klare Abwägungsmöglichkeit zwischen wettbewerblich induzierten Qualitätsveränderungen einerseits und aus Synergieeffekten resultierenden Qualitätsvorteilen andererseits vorsieht. Die Monopolkommission schlägt daher vor, diese Abwägung in Form eines expliziten Effizienzeinwandes für Krankenhausfusionen in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufzunehmen. Die Qualitätsvorteile könnte das Kartellamt außerdem durch einen Sachverständigen prüfen lassen.

169. Zugleich betont die Monopolkommission, dass die Zusammenschlusskontrolle nur einen kleinen Ausschnitt des institutionellen Rahmens darstellt, in dem sowohl Staat als auch Wettbewerb auf die Krankenhausstrukturen Einfluss nehmen. Mögliche Effizienzdefizite sind daher nicht nur mit der Annahme einer tendenziell strukturkonservierenden Wirkung der gegenwärtigen Zusammenschlusskontrolle zu erklären. Vielmehr können Ineffizienzen auch dadurch entstehen, dass der institutionelle Rahmen für Krankenhäuser falsche Anreize setzt bzw. die Rollenverteilung zwischen wettbewerblicher Selbstorganisation einerseits und staatlicher Einflussnahme zur Sicherung der stationären Versorgung andererseits zu einer Blockade der jeweiligen Aufgaben führt. Es ist daher wichtig, zur Frage der Wirkung institutioneller Rahmenbedingungen sowie zum Zusammenspiel staatlicher und wettbewerblicher Steuerungsmechanismen weitere Untersuchungen durchzuführen. Ein besonderes Augenmerk könnte hierbei auf der staatlichen Krankenhausplanung und dem Finanzierungssystem deutscher Krankenhäuser liegen. Über die Krankenhausplanung und Investitionsförderung nehmen die Bundesländer einen besonderen Einfluss auf die Krankenhausstrukturen, gewährleisten die Versorgung und sichern Krankenhäuser wirtschaftlich. Dazu stellen sie Krankenhauspläne auf und entwickeln Investitionsprogramme. In diesem Tätigkeitsfeld der Länder liegen verschiedene Überschneidungsbereiche mit den Funktionen des Wettbewerbs, die aus Sicht der Monopolkommission im Hinblick auf eine wirksame Funktion der jeweiligen Organisationsmechanismen evaluiert werden sollten.

⁶⁰ Siehe hierzu Tz. 30 und die Verweise in Fn. 46.

170. Des Weiteren hält es die Monopolkommission für geboten, das Wettbewerbsmodell im Gesundheitswesen selbst weiterzuentwickeln. Hierzu sollte neben dem Wettbewerb um Patienten auch der Wettbewerb um Verträge mit den Krankenkassen gestärkt werden. Eine stärkere Einbindung des wettbewerblichen Krankenversicherungssystems in die Steuerung des stationären Versorgungsbedarfs ginge mit erheblichen Vorteilen einher. Hierzu erinnert die Monopolkommission an ihre Vorschläge aus dem 75. Sondergutachten. Eine entschlossene Weiterentwicklung in den genannten Bereichen könnte entscheidend dazu beitragen, die Strukturen der stationären Versorgung nicht nur zu festigen, sondern diese auch für künftige Herausforderungen zu ertüchtigen.