



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

19. Herbsttagung

vom 13. bis 14. September 2019 in Berlin

**Neueste Entwicklungen im Bereich der
Krankenhausfusionskontrolle**

Rechtsanwalt Dr. Christian Burholt, LL.M.

Berlin

Neueste Entwicklungen im Bereich der Krankenhausfusionskontrolle

Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht | 13. September 2019

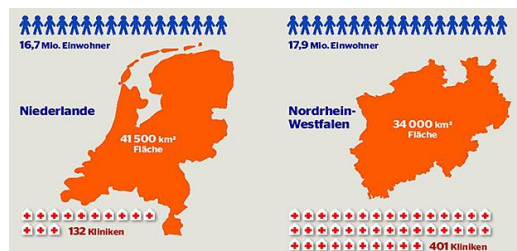
Dr. Christian Burholt, LL.M. | Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht | Partner, Berlin



Der deutsche Krankenhausmarkt



- Circa **1950 Krankenhäuser in Deutschland**, zum Vergleich NRW / Niederlande:



© Ärztezeitung v. 27.01.2018

- **Öffentliche, freigemeinnützige** und **private** Krankenhausträger.
- **Duales System der Krankenhausfinanzierung:**
 - Krankenkassen finanzieren die Betriebskosten der Krankenhäuser.
 - Investitionsfinanzierung durch die Bundesländer; weit verbreiteter Vorwurf, dass sie ihrer Pflicht in den letzten Jahren nur unzureichend nachgekommen sind. Investitionsstau allein in NRW demnach 12 Mrd. €.

Gesundheitspolitische Ziele



- Bedarfsgerechte **Versorgung** mit **leistungsfähigen Krankenhäusern**.
- **Spezialisierung** durch **Zentrenbildung**: Steigenden Behandlungszahlen führen zu verbesserter Behandlungsqualität.
- Insb. auf kommunaler Ebene: **Zusammenlegungen und Kooperationen** von **Krankenhäusern**, z.T. **Abbau von Überkapazitäten**.
- **Krankenhausstrukturgesetz (KHSG)**:
 - Erfüllung von Struktur- und Qualitätsvoraussetzungen sowie Strukturfonds.
- Zuletzt **Bertelsmann-Studie**: "Zukunftsfähige Krankenhausversorgung in NRW"
 - Weniger & spezialisierte Krankenhäuser führen zu Verbesserung der Behandlungsqualität.
 - Viele Krankenhäuser zu klein, insb. in ländlichen Regionen.
- **NRW-Gesundheitsminister Karl-Josef Laumann**
 - „Es ist wahr, dass wir in Ballungszentren teilweise eine **Überversorgung** haben. Es braucht einen neuen Krankenhausplan, der sich an **Struktur, Qualität und Fallzahlen** ausrichtet.“



2

Die deutsche Fusionskontrolle



- Deutsche Fusionskontrolle: **§§ 35 ff. GWB**
- **Auf Krankenzusammenschlüsse anwendbar:**

„Der Zusammenschluss von Krankenhäusern unterliegt der Zusammenschlusskontrolle nach den §§ 35 bis 43 GWB unabhängig davon, ob Behandlungsleistungen für gesetzlich oder privat versicherte Patienten angeboten werden.“

(Grundsatzentscheidung des BGH, Beschl. v. 16.1.2008 – KVR 26/07)
- Kein Anwendungsausschluss durch § 69 SGB V (Rechtsbeziehung Krankenhäuser – Krankenkassen).
- EU-Fusionskontrolle (FKVO) ebenfalls anwendbar.

3

Fusionskontrolle im Krankenhaussektor



- **Zahlreiche Fusionskontrollfälle** in der Vergangenheit:
 - Rhön Klinikum Bad Neustadt / Kreiskrankenhaus Bad Neustadt (**Untersagung BKartA**)
 - Rhön Klinikum AG / Krankenhaus Eisenhüttenstadt (**Untersagung BKartA**)
 - Universitätsklinikum Greifswald / Krankenhaus Wolgast (**Untersagung BKartA, Ministererlaubnis erteilt**)
 - Stiftung der Cellitinnen zur heiligen Maria Köln / Stiftung der Cellitinnen Köln (**Rücknahme der Anmeldung am 17.12.2018**)
 - Aneos Psychiatrie Holding GmbH Kiel / Sana Kliniken Ostholstein GmbH Eutin (**Rücknahme der Anmeldung am 18.3.2019**)
- Kein Wirtschaftsbereich mit **mehr Untersagungen** als der Krankenhaussektor
 - Seit 2005 sind rund **22 Krankenhausfusionen im Hauptprüfverfahren** geprüft worden, wobei **7 Fusionen untersagt** und **6 weitere nur unter Auflagen und Bedingungen** freigegeben wurden.
- **„Vorfeldwirkung“** der Fusionskontrolle: Viele Zusammenschlussvorhaben werden bereits nach Vorgesprächen mit dem BKartA aufgegeben.

4

Ausgangspunkt: Marktabgrenzung des BKartA



Sachliche Marktabgrenzung:

- **Akutstationäre Krankenhausdienstleistungen** (Sortimentsgedanke).

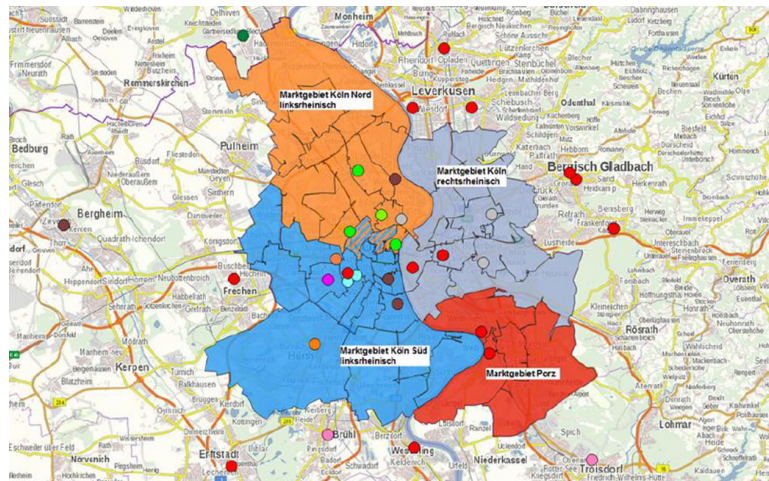


Räumliche Marktabgrenzung:

- **Tatsächliche historische Patientenströme** (§ 21 KEntG).
- *Welche Krankenhäuser suchten die Bewohner eines Gebiets zur Behandlung in der Vergangenheit auf? Eigenversorgungsquote, Einpendlerquote etc.*
- Infolgedessen kommt es zu **eng abgegrenzten Märkten** (vgl. Beispiel Köln).
- Problematisch insbes. für sog. **Nachbarschaftsfusionen**, die das BKartA häufig untersagt.

5

Räumliche Marktabgrenzung: Beispiel Köln



- Cellitinnen Nord
- Cellitinnen Süd
- Kliniken der Stadt Köln
- Uniklinik Köln und Ev. Krankenhaus Weyertal
- Sana Kliniken AG
- St. Elisabeth-Krankenhaus (Erzbistum Köln)
- übrige Träger

Vgl. BKartA, Fallbericht vom 04.04.2019, B3-122/18.

6

Räumliche Marktabgrenzung des BKartA überholt

- Wettbewerbliche und tatsächliche **Auswahlmöglichkeiten** der Patienten zwischen mehreren Krankenhäusern werden nicht berücksichtigt.
- Abgrenzung des BKartA ist **rückwärtsgerichtet** und **widerspricht** dem grds. **Prognosecharakter** der Fusionskontrolle.
- **Statischer Blick auf die Patientenströme** lässt nur eingeschränkte Aussage zu, wie leicht ein Krankenhaus in einer Region durch ein anderes substituiert werden kann.
- Aktuelle Entwicklungen wie **steigende Mobilität** der Patienten und **höhere Qualitätstransparenz** (z.B. durch Vergleichsportale) bleiben unberücksichtigt.
- Kritik auch von **wissenschaftlicher** Seite; vgl. *Augurzky/Jendges*, **RWI Gutachten**, #73, 09. April 2019; Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Kapitel V.; *Burholt*, WuW 2019, 363 ff.
- **Alternativansätze:**
 - Prognoseansatz: „**Was sind die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten der Patienten?**“
 - Zum Beispiel: Alle Krankenhäuser, die in **30 Minuten Fahrtzeit** zu erreichen sind.

7

Zudem: Was ist der Schaden / die „Theory of Harm“?

- Prüfungsmaßstab: „**Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs**“
- **Keine Anhebung und Koordinierung von Preisen und Behandlungsgebühren möglich**, da Krankenhausvergütung gesetzlich geregelt ist (DRG-Fallpauschalen, Verrechnungssätze).
- Einziger Anknüpfungspunkt der fusionskontrollrechtlichen Schadenstheorie ist ein angebliches **Absinken der Behandlungsqualität aufgrund des reduzierten Wettbewerbsdrucks**.
 - Behandlungsqualität ist größtenteils durch regulatorische Vorgaben und die Regeln der ärztlichen Kunst vorgegeben.
- Der sog. **Außenwettbewerb** ist m.E. zwingend zu berücksichtigen.
 - Bei einem Absinken der Behandlungsqualität werden Patienten **auf Kliniken in benachbarten Gebieten ausweichen** (insb. aufgrund höherer Mobilität und verstärkter Transparenz bzgl. Behandlungsqualität, z.B. durch digitale Vergleichsportale).

8

Zielkonflikt: Marktabgrenzung des BKartA

Entscheidungspraxis BKartA

- Vergleichsweise **hohe Anzahl von Untersagungsentscheidungen**.
- **Enge und rückwärtsgerichtete räumliche Marktabgrenzung**.
- Keine Berücksichtigung der **tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten** von Patienten.



Gesundheitspolitik

- **Strukturwandel** gewünscht.
- Qualitätssteigerung durch **Spezialisierung und Zentrenbildung**.
- **Verstärkte Kooperation** von Krankenhäusern.
- **Abbau von Überkapazitäten**.



Aber: Marktabgrenzung des BKartA **höchstrichterlich bestätigt** (vgl. BGH, *Rhön Klinikum Bad Neustadt/Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*).

9

Ausblick

- **Weiterhin hohe Zahl von Krankenhausfusionen** aufgrund wirtschaftlicher und gesundheitspolitischer Rahmenbedingungen.
- **Aufgabe der engen räumlichen Marktabgrenzung** durch das BKartA?
- Alternative: Angemessene Berücksichtigung des **Außenwettbewerbs**.
- Nutzung der **Spielräume des SIEC-Tests** (Stichwort „**erheblich**“).
- **Zunehmender Druck auf den Gesetzgeber** den Konflikt zwischen Fusionskontrolle und gesundheitspolitischen Zielen aufzulösen. Regelung im Rahmen der anstehenden **10. GWB-Novelle** zurzeit nicht absehbar.
- **Möglichkeiten für betroffene Krankenhäuser** im Einzelfall:
 - **Antrag auf Ministererlaubnis:** Bestehen überragende Gemeinwohlinteressen?
 - Überprüfung der Entscheidungspraxis des BKartA durch **OLG Düsseldorf / BGH**.

10



Fragen

Baker McKenzie.



Dr. Christian Burholt,
LL.M.

Partner

Baker & McKenzie
Partnerschaft von Rechtsanwälten,
Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern mbB
Friedrichstraße 88/Unter den Linden
10117 Berlin
Tel.: +49 30 2 20 02 81 756
Fax: +49 30 2 20 02 81 199
Mobil: +49 172 323 55 63
Christian.Burholt@bakermckenzie.com

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker & McKenzie-Anwaltsgesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

© 2019 Baker & McKenzie Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern mbB

bakermckenzie.com