

**Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG
mit dem Landkreis Rhön-Grabfeld**

Sondergutachten der Monopolkommission
gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB

Inhaltsverzeichnis

1. Der Auftrag und seine Durchführung.....	1
2. Die beteiligten Unternehmen.....	3
2.1 Der Landkreis Rhön-Grabfeld.....	3
2.2 Die Rhön-Klinikum AG.....	5
3. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes.....	6
3.2 Formelle Untersagungsvoraussetzungen.....	6
3.2 Materielle Untersagungsvoraussetzungen.....	7
3.2.1 Sachliche Marktabgrenzung.....	7
3.2.2 Räumliche Marktabgrenzung.....	9
3.2.3 Marktbeherrschung.....	10
3.2.4 Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung.....	12
4. Der Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis.....	14
4.1 Bewertung des Untersagungsbeschlusses.....	14
4.2 Die Gemeinwohlgründe.....	16
4.2.1 Sicherung der ortsnahen medizinischen Grundversorgung.....	16
4.2.2 Entlastung der öffentlichen Haushalte.....	18
4.2.3 Senkung der Krankenhauskosten.....	18
4.2.4 Erhalt von Arbeitsplätzen.....	19
4.3 Erforderlichkeit.....	19
4.3.1 Anderweitige Verkäuflichkeit.....	20
4.3.2 Kooperationen zwischen Krankenhäusern verschiedener Träger.....	20
5. Zulässigkeit des Ministererlaubnisverfahrens.....	22
5.1 Anwendung der Fusionskontrolle im Krankenhaussektor.....	22
5.2 Zulässigkeit eines parallelen Ministererlaubnis- und Beschwerdeverfahrens.....	25
5.3 Zur „Gemeinwohlfähigkeit“ des Zusammenschlusses.....	27
6. Das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkungen.....	30
6.1 Marktabgrenzung.....	30
6.2 Qualitätswettbewerb auf dem Krankenhausmarkt.....	32
7. Würdigung der Gemeinwohlgründe.....	35
7.1 Sicherung der ortsnahen medizinischen Grundversorgung.....	35
7.1.1 Schließung des Kreiskrankenhauses in Mellrichstadt.....	35
7.1.2 Weiterführung des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt.....	37
7.2 Entlastung der öffentlichen Haushalte.....	41
7.3 Senkung der Krankenhauskosten.....	43
7.3.1 Allgemeine Kosteneinsparungen.....	45
7.3.2 Kosteneinsparungen durch regionale Krankenhausverbände.....	46
7.4 Erhalt von Arbeitsplätzen.....	47
8. Erforderlichkeit der Ministererlaubnis.....	49
9. Bedingungen und Auflagen.....	52
10. Empfehlung.....	53

1. Der Auftrag und seine Durchführung

1. Am 16. Januar 2006 hat der Landkreis Rhön-Grabfeld beim Bundesminister für Wirtschaft und Technologie einen Antrag auf Ministererlaubnis für den Zusammenschluss der Krankenhäuser des Landkreises Rhön-Grabfeld mit der Rhön-Klinikum AG, Bad Neustadt, gestellt. Der Minister hat die Monopolkommission am 18. Januar 2006 mit einer gutachterlichen Stellungnahme gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB beauftragt. Mit Schreiben vom 23. Februar 2006 wurde die Monopolkommission informiert, dass der Bundeswirtschaftsminister der Auffassung sei, dass die Besorgnis der Befangenheit bestehe. Entsprechend der im Fall E.ON/Ruhr-gas vertretenen Rechtsauffassung zur Vertretung des Ministers im Ministererlaubnisverfahren wurde daher der für Wirtschaftspolitik zuständige Staatssekretär Dr. Pfaffenbach mit der Durchführung des Verfahrens beauftragt.

2. Am 14. September 2004 meldete die Rhön-Klinikum AG ihr Vorhaben, die Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt an der Saale und in Mellrichstadt vom Landkreis Rhön-Grabfeld zu erwerben, beim Bundeskartellamt an. Das Bundeskartellamt hat die Übernahme am 10. März 2005 untersagt, da der Zusammenschluss nach Ansicht des Amtes zur Entstehung bzw. Verstärkung der einzelmarktbeherrschenden Stellung der Rhön-Klinikum AG auf dem Markt für Krankenhausleistungen in Bad Neustadt/Bad Kissingen und im Markt Meiningen/Schmalkalden führen würde.¹ Gegen die Untersagung legten die Beteiligten gemeinsam Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein. Die mündliche Verhandlung vor dem OLG Düsseldorf fand am 21. September 2005 statt. Im Anschluss daran forderte das OLG das Bundeskartellamt in einem Beweisbeschluss auf, eine andere sachliche Marktabgrenzung vorzunehmen.² Das Verfahren ist zum Zeitpunkt der Verabschiedung dieses Sondergutachtens jedoch noch nicht abgeschlossen.

3. Der Monopolkommission haben zur Erstellung des Gutachtens die vollständigen Verfahrensakten des Bundeskartellamtes zu dem Zusammenschlussvorhaben sowie der Ministererlaubnis-antrag nebst Anlagen vorgelegen. Am 7. Februar 2006 hat die Monopolkommission in einer nichtöffentlichen Anhörung Fragen des Zusammenschlusses und der Gemeinwohl-vorteile mit den Zusammenschlussbeteiligten erörtert. Am 22. Februar 2006 hat sie eine weitere nichtöffentliche Anhörung mit Sachverständigen des Gesundheitswesens veranstaltet. Im einzelnen waren dies Vertreter der AOK Bayern, der bayerischen Landeskrankengesellschaft, der Kreisärzteschaft des Landkreises Rhön-Grabfeld sowie Prof. Dr. Klaus-Dirk Henke, Professor für Finanzwissenschaft und Gesundheitsökonomie an der TU Berlin. Die Verbände der gesetzlichen Krankenkassen, der Verband der privaten Krankenkassen (PKV) sowie die Nachbarlandkreise Schmalkalden-Meiningen und Bad Kissingen haben schriftlich zu dem Fall Stellung genommen. Mitarbeiter der Geschäftsstelle haben darüber hinaus in mehreren Gesprächen mit Vertretern des Bundeskartellamts den Zusammenschluss und andere Verfahrensdetails erörtert.

4. Auf Anfrage äußerten sich die Deutsche Klinik GmbH mit Schreiben vom 2. und 7. Februar 2006 und die Paracelsus Kliniken Deutschland GmbH mit Schreiben vom 1. Februar 2006 zur Frage der anderweitigen Veräußerbarkeit der Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt und Mellrichstadt.

1 BKartA, Beschluss vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW DE-V 1087.

2 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Oktober 2005, VI-Kart 6/05 (V).

5. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung. Sie bedankt sich bei der wissenschaftlichen Mitarbeiterin, Frau Dr. Lieselotte Locher, die die Stellungnahme der Kommission betreut hat.

2. Die beteiligten Unternehmen

2.1 Der Landkreis Rhön-Grabfeld

6. Der Landkreis Rhön-Grabfeld entstand im Zuge der Gebietsreform von 1971/72 aus den drei ehemaligen Landkreisen Bad Neustadt an der Saale, Mellrichstadt und Bad Königshofen im Grabfeld. Er ist der nördlichste Landkreis Bayerns. Rhön-Grabfeld liegt im Regierungsbezirk Unterfranken und grenzt an die bayerischen Landkreise Hassberge, Schweinfurt und Bad Kissingen, die thüringischen Landkreise Hildburghausen und Schmalkalden-Meinungen und den hessischen Landkreis Fulda. Der Landkreis Rhön-Grabfeld gehört mit 86 000 Einwohnern zu den kleineren Landkreisen Bayerns. Kreisstadt ist Bad Neustadt an der Saale mit 12 700 Einwohnern.

7. Der Landkreis Rhön-Grabfeld liegt in einer strukturschwachen Region mit einer für bayerische Verhältnisse relativ hohen Arbeitslosenquote und Sozialhilfebelastung. So lag die Arbeitslosenquote in Rhön-Grabfeld im Januar 2006 mit 10,0 % über dem bayerischen Durchschnitt von 8,5 %, jedoch unter dem Bundesdurchschnitt von 11,3 %. Der Anteil der Sozialhilfeempfänger an der Gesamtbevölkerung lag zum 31. Dezember 2003 mit 2,4 % über dem bayerischen Durchschnitt von 1,8 %, aber unter dem bundesdeutschen Durchschnitt von 3,4 %. Der Anteil der Sozialhilfeempfänger, die erwerbsfähig, aber nicht erwerbstätig sind, war in Rhön-Grabfeld mit 71,3 % (Bayern: 58,1 %, Deutschland: 60,7 %) relativ hoch.³ Durch die Einführung von Hartz IV erhalten seit dem 1. Januar 2005 erwerbsfähige, aber nicht erwerbstätige Personen statt vom Kreis gezahlte Sozialhilfe vom Bund finanziertes Arbeitslosengeld II. Da der Anteil der Erwerbsfähigen unter den Sozialhilfeempfängern im Landkreis Rhön-Grabfeld überdurchschnittlich hoch war, dürfte die Zahl der Sozialhilfeempfänger durch die Hartz IV-Reform überdurchschnittlich gesunken sein.

8. Entsprechend der für bayerische Verhältnisse relativ schwierigen wirtschaftlichen Situation des Landkreises sind Steuer- und Umlagekraft des Landkreises niedrig und die Schlüsselzuweisungen des Landes hoch. Steuer- und Umlagekraft geben an, wie hoch die Einnahmen einer Gebietskörperschaft sind; die Schlüsselzuweisungen sind Zahlungen aus dem interkommunalen Finanzausgleich. Die *Steuerkraft* eines Landkreises ergibt sich aus der Summe der Steuerkraftzahlen der dem Landkreis zugehörigen Gemeinden. Die *Gemeindesteuerkraftzahl* gibt an, in welcher Höhe eine Gemeinde Steuern einnehmen kann, wenn statt der tatsächlichen Hebesätze der Gemeinde landeseinheitliche Hebe- und Anrechnungssätze gelten würden. Die *Umlagekraft* eines Landkreises ergibt sich aus der summierten Umlagekraft der Gemeinden. Diese wiederum ist die Summe der Gemeindesteuerkraftzahl und 80 % der Gemeindeschlüsselzuweisung des vorangegangenen Haushaltsjahres.⁴

9. Bei der Steuerkraft steht der Landkreis Rhön-Grabfeld mit 403 €/Einwohner auf Rang 60 von 71 bayerischen Landkreisen. Das zeigt, dass die Einnahmen der kreisangehörigen Gemeinden aus Grund- und Gewerbesteuer sowie ihrem Anteil an der Einkommen- und Umsatzsteuer relativ niedrig sind. Bei der Umlagekraft nimmt Rhön-Grabfeld mit 547 €/Einwohner von 71 bayerischen Kreisen nur noch Rang 55 ein, was zeigt, dass die kreisangehörigen

3 Statistische Ämter des Bundes und der Länder, Sozialhilfe regional 2003 – Ein Vergleich aller 439 Kreise in Deutschland, Bonn, April 2005.

4 Bayerisches Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung, Bezirks- und Kreisumlagen, Schlüsselzuweisungen, Steuer- und Finanzkraft für 2005, L II 8 j 2005.

Gemeinden überdurchschnittlich hohe Landeszuschüsse erhalten bzw. Nettoempfänger im interkommunalen Finanzausgleich sind.⁵

10. Auch auf Landkreisebene findet ein Finanzausgleich statt. Dabei wird der nivellierten Kreisumlage der Finanzbedarf des Kreises gegenübergestellt. Die nivellierte Kreisumlage ist die Umlage, die ein Kreis bei landesdurchschnittlichem Kreisumlagesatz erhalten würde. Sie ist ein Maß für die Möglichkeit eines Landkreises, sich über die zum Kreis gehörenden Gemeinden zu finanzieren. Bei der Ermittlung des Finanzbedarfs werden neben der Einwohnerzahl insbesondere die Altersstruktur der Bevölkerung und die Zahl der Sozialhilfeempfänger berücksichtigt. Nach Art. 5 des bayerischen Finanzausgleichsgesetzes (FAG) erhält ein Landkreis vom Land Schlüsselzuweisungen in Höhe von 50 % der Differenz zwischen dem Finanzbedarf und der nivellierten Kreisumlage. Aufgrund der hohen Zahl von Sozialhilfeempfängern im Landkreis Rhön-Grabfeld ist die Schlüsselzuweisung für den Landkreis überdurchschnittlich hoch.

11. Um die Finanzkraft eines Landkreises zu messen, müssen neben der nivellierten Kreisumlage und den Schlüsselzuweisungen noch die Bezirksumlage nach Art. 21 FAG und die Krankenhausumlage nach Art. 10b Abs. 3 FAG berücksichtigt werden. Mit der Bezirksumlage beteiligen sich die Landkreise an der Finanzierung der Bezirksregierungen, mit der Krankenhausumlage an den Investitionen in die staatlichen Krankenhäuser. Die Finanzkraft eines Kreises ist die Summe aus nivellierter Kreisumlage und Landkreisschlüsselzuweisung, abzüglich der Bezirks- und der Krankenhausumlage. Sie kann als ein Kriterium zur Beurteilung der finanziellen Lage eines Landkreises herangezogen werden.

12. Mit einer Finanzkraft von 234 €/ Einwohner befand sich der Landkreis Rhön-Grabfeld im Jahre 2005 auf Rang 3 der bayerischen Landkreise. Das bedeutet, dass der Landkreis über die dritthöchsten Pro-Kopf-Finanzmittel aller Landkreise verfügt, wenn man durchschnittliche Steuerhebesätze bei den Gemeinden und eine durchschnittliche Kreisumlage zugrunde legt. Tatsächlich lag der Kreisumlagesatz in Rhön-Grabfeld im Jahre 2005 mit 49,5 % sogar noch leicht über dem bayerischen Durchschnitt von 49,0 %.

13. Zusammenfassend zeigt sich, dass sich der Landkreis Rhön-Grabfeld durch seine für bayerische Verhältnisse hohe Arbeitslosenquote und Sozialhilfeblastung in hohem Maße durch Mittel aus dem kommunalen Finanzausgleich bzw. durch Schlüsselzuweisungen des Landes finanziert. Unter Berücksichtigung dieser Zuwendungen sind die Einnahmen des Landkreises so hoch, dass davon ausgegangen werden kann, dass die überdurchschnittlich hohen Belastungen dadurch zumindest zu einem großen Teil kompensiert werden.

14. Der Landkreis Rhön-Grabfeld hatte bis Ende 2003 drei Kreiskrankenhäuser, eines in jeder der ehemaligen Kreisstädte Bad Neustadt an der Saale, Mellrichstadt und Bad Königshofen. Das Kreiskrankenhaus in Bad Königshofen wurde jedoch zum 31. Dezember 2003 geschlossen, die Planbettenzahl des Kreiskrankenhauses in Mellrichstadt von 105 auf 70 reduziert. Nach einem Beschluss des Kreistages soll das Krankenhaus in Mellrichstadt zum 31. Dezember 2006 ebenfalls geschlossen werden. Gleichzeitig soll im bayerischen Krankenhausplan die Planbettenzahl des Krankenhauses in Bad Neustadt von 200 auf 225 Betten erhöht werden. Das Krankenhaus in Mellrichstadt ist ein Krankenhaus der ersten Versorgungsstufe, das Krankenhaus in Bad Neustadt an der Saale ein Krankenhaus der zweiten Versor-

5 Bayerischer Landkreistag, Statistikrundschriften 2005, Tabellenteil.

gungsstufe.⁶ Bad Neustadt ist derzeit im Krankenhausplan des Freistaates Bayern mit 200 Planbetten zuzüglich acht geförderter Haemo-Dialyseplätzen aufgeführt.

2.2 Die Rhön-Klinikum AG

15. Die Rhön-Klinikum AG ist ein privates Unternehmen des Gesundheitssektors. Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb von Krankenhäusern vorwiegend des Akutbereichs in allen Versorgungsstufen. Die Aktiengesellschaft entstand 1998 aus der Umwandlung der Rhön-Klinikum GmbH, die 1973 gegründet wurde. 1989 ging die Rhön-Klinikum AG als erster deutscher Klinikkonzern an die Börse. Die Aktien der Rhön-Klinikum AG sind im MDAX gelistet.

16. Im Jahr 2004 erzielte die Rhön-Klinikum AG mit dem Betrieb von 30 Kliniken in acht Bundesländern und 15 000 Mitarbeitern Umsatzerlöse in Höhe von 1,045 Mrd. €. Die Eigenkapitalquote lag bei 47,0 %. Die Eigenkapitalrentabilität betrug 14,8 %, die Umsatzrentabilität 7,3 %. Größter Aktionär der Rhön-Klinikum AG ist die Familie Münch, die 16 % der Aktien hält. Die übrigen Aktien befinden sich zu 52 % in der Hand institutioneller Anleger und zu 32 % im Streubesitz.

17. Die Rhön-Klinikum AG hat in den letzten Jahren durch den Kauf neuer Kliniken stark expandiert. Allein im Jahre 2005 stieg der Umsatz unter Erstkonsolidierung von elf Kliniken um 35 % auf 1,415 Mrd. €. Die größte Übernahme in der jüngeren Geschichte des Unternehmens stellt der Kauf der Universitätskliniken Gießen und Marburg mit je gut 1 000 Betten zu Beginn des Jahres 2006 dar. Die Rhön-Klinikum AG verfügt derzeit über 45 Kliniken mit 14 620 Betten, davon 12 978 im akutstationären Bereich (Stand: 13. Februar 2006).

18. An ihrem Konzernsitz in Bad Neustadt an der Saale betreibt die Rhön-Klinikum AG sechs Kliniken, davon vier mit akutstationären Betten und zwei Rehabilitationseinrichtungen. Weitere fünf Kliniken der Rhön-Klinikum AG befinden sich in Städten der näheren Umgebung (Bad Kissingen, Hammelburg, Meiningen und Hildburghausen).

⁶ Krankenhäuser der Versorgungsstufe I sind Krankenhäuser, die eine Grundversorgung zumindest in den Bereichen Innere Medizin und Chirurgie anbieten. Krankenhäuser der Versorgungsstufe II verfügen im Allgemeinen über zusätzliche Fachrichtungen. Krankenhäuser der Versorgungsstufe III verfügen über alle Abteilungen von Kliniken der Versorgungsstufe II. Sie erfüllen in Diagnose und Therapie überörtliche Schwerpunktaufgaben. Krankenhäuser der Versorgungsstufe IV sind wie Universitätskliniken Kliniken mit Maximalversorgung.

3. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes

19. Am 14. September 2004 meldete die Rhön-Klinikum AG ihr Vorhaben, die Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt und in Mellrichstadt vom Landkreis Rhön-Grabfeld zu erwerben, beim Bundeskartellamt an. Der Kaufvertrag über beide Krankenhäuser war am 13. August 2004 notariell beurkundet worden. Dieser Vertrag sah unter anderem vor, dass die Übernahme vorbehaltlich der kartellrechtlichen Freigabe im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander bereits mit Wirkung ab dem 1. Januar 2004 erfolgen sollte. Im Vorgriff auf den Kaufvertrag war bereits am 13. April 2004 ein Managementvertrag hinsichtlich der betroffenen Krankenhäuser abgeschlossen worden. Danach wurde der Rhön-Klinikum AG die geschäftliche Oberleitung der beiden Krankenhäuser bereits ab dem 1. Januar 2004 übertragen. Dieser Vertrag wurde zum 1. Januar 2006 gekündigt.

20. Das Bundeskartellamt weist in seiner Entscheidung zunächst darauf hin, dass die Zahl der Übernahmen im Krankenhausbereich in den letzten Jahren sprunghaft angestiegen sei. Die meisten Vorhaben seien jedoch innerhalb der Monatsfrist freigegeben worden. Allein in den Jahren 2004 und 2005 waren dies über 30 Fälle. Nur bei fünf Zusammenschlussvorhaben hat das Amt ein Hauptprüfverfahren eingeleitet und abgeschlossen. Von diesen fünf Fällen wurden zwei untersagt, drei wurden freigegeben, einer davon unter Auflagen.

21. Die Übernahme bereits bestehender Krankenhäuser ist für Krankenhausbetreiber eine der wenigen Möglichkeiten der Expansion. Denn nur Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind, können zu Lasten der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung stationäre Behandlungen vornehmen (§ 108 Nr. 2 SGB V) und unterliegen der Investitionsförderung durch das jeweilige Bundesland (§ 8 Krankenhausfinanzierungsgesetz – KHG). Da die Länder derzeit von Überkapazitäten im Krankensektor ausgehen, werden im Allgemeinen keine neuen Krankenhäuser oder Planbetten in die Landeskrankhauspläne aufgenommen. Neben einer besseren Auslastung der Kapazitäten und einer Verbesserung des Casemixes – also der Spezialisierung auf medizinisch anspruchsvollere Behandlungen – ist Wachstum demnach nur durch die Übernahme bereits bestehender Krankenhäuser möglich.

3.1 Formelle Untersagungs Voraussetzungen

22. Das Bundeskartellamt stellt zunächst klar, dass es die Fusionskontrolle für den Zusammenschluss von Krankenhäusern für anwendbar hält. Die formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Untersagungsverfügung seien damit erfüllt. Entscheidend ist hierbei, dass das Amt den Patienten und nicht die Krankenkassen als Nachfrager von Krankenhausdienstleistungen ansieht und dass es der Ansicht ist, dass die Krankenhäuser über Verhaltensspielräume bezüglich der Art und Qualität ihres Angebots verfügen.

23. Die Anmelderin vertritt die Auffassung, dass als Abnehmer der Krankenhausdienstleistungen kraft Gesetzes die Krankenkassen anzusehen seien, da diese mit den Krankenhäusern Verträge über die Leistungserbringung abschließen. Da die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern dem Ausschluss des Wettbewerbsrechts nach § 69 SGB V unterfielen, sei die Fusionskontrolle im vorliegenden Falle nicht anwendbar.

24. Das Bundeskartellamt räumt zwar ein, dass sich aus § 69 SGB V ergeben könne, dass die Beziehungen zwischen Krankenkassen und ihren Verbänden einerseits und Krankenhäusern und ihren Verbänden andererseits nicht der Fusionskontrolle unterliegen. Relevant seien aber hier die Beziehungen zwischen Krankenhäusern und ihren Patienten bzw. zwischen den Krankenhäusern untereinander. Der Patient und nicht die Krankenkasse sei der Nachfrager der Krankenhausleistung. Dies wird in erster Linie damit begründet, dass der Patient entscheide, ob und in welches Krankenhaus er geht und ob er einer Behandlung zustimmt. Dies sei offensichtlich in Fällen, in denen eine Einweisung gar nicht erforderlich ist, wie z.B. bei Geburten oder in dringenden Fällen bei fehlender Erreichbarkeit des behandelnden Arztes. Wenn eine Einweisung erforderlich ist, soll der Arzt in der Einweisung die beiden nächsterreichbaren geeigneten Krankenhäuser angeben (§ 73 Abs. 4 Satz 3 SGB V). Das Amt argumentiert, dass der Patient damit bereits eine Wahl zumindest zwischen zwei Krankenhäusern habe. Zudem sei zu erwarten, dass sich der Arzt in der Praxis aus Gründen der Kundenfreundlichkeit bei der Einweisung nach den Wünschen des Patienten richte.

25. Das Kartellamt widerspricht auch dem Argument der Anmelderin, die Fusionskontrolle sei ihrem Normzweck nach nicht anwendbar, da die Krankenhausträger angesichts der weitgehenden öffentlich-rechtlichen Regulierungsdichte keine wettbewerblichen Verhaltensspielräume hätten. Vielmehr führe die faktisch freie Krankenhauswahl des Patienten zu einem Wettbewerb um die Qualität der medizinischen Leistung, des Pflegepersonals, des Essens, der Zimmerausstattung etc. Auch auf der Investitionsebene gebe es Wettbewerb. Zwar haben alle Plankrankenhäuser einen Anspruch auf Finanzierung ihrer notwendigen Investitionen (§ 8 KHG), in der Praxis sei aber durch die Finanzknappheit der Länder ein erheblicher Investitionsstau entstanden. Krankenhausträger, die selbst für Investitionen aufkommen, hätten deshalb einen Vorteil beim Qualitätswettbewerb um Patienten. Auch die Existenz der staatlichen Krankenhausbedarfsplanung spreche nicht gegen wettbewerbliche Verhaltensspielräume, da die Bedarfsplanung sich weitgehend an tatsächlichen Veränderungen in der Nachfrage nach Krankenhausbetten orientiere. Ob diese Veränderungen auf demographische Entwicklungen oder auf Patientenwanderungen aufgrund von Qualitätswettbewerb zurückzuführen sind, sei dabei irrelevant.

3.2 Materielle Untersagungsvoraussetzungen

3.2.1 Sachliche Marktabgrenzung

26. Im Rahmen seiner Untersuchung grenzt das Bundeskartellamt zunächst die sachlich und räumlich relevanten Märkte ab. Bei der sachlichen Marktabgrenzung geht das Bundeskartellamt von einem einheitlichen Markt für Krankenhausleistungen aus. Eine weitere Untergliederung in Fach- und Allgemeinkrankenhäuser, Krankenhäuser unterschiedlicher Versorgungsstufen, nach medizinischen Fachabteilungen oder sogar nach Fallgruppen hält das Amt nicht für angemessen. Der Markt für Krankenhausdienstleistungen – im Folgenden „Krankenhausmarkt“ – umfasst alle Leistungen nach § 2 Abs. 1 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG). Dort heißt es: „Krankenhausleistungen nach § 1 Abs. 1 sind insbesondere ärztliche Behandlung, Krankenpflege, Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, die für die Versorgung im Krankenhaus notwendig sind, sowie Unterkunft und Verpflegung; sie umfassen allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen. Zu den Krankenhausleistungen gehören nicht die Leistungen der Belegärzte sowie der Beleghebammen und -entbindungspfleger.“

27. Nicht zum sachlich relevanten Markt gehören ambulante praxisärztliche Dienstleistungen sowie die Leistungen von Rehabilitationseinrichtungen, Privatkliniken, Pflege- und Altenheimen. Fachkliniken sind dagegen nach Ansicht des Amtes Teil des sachlich relevanten Marktes. Zwar werde in einer Fachklinik nur eine bestimmte Gruppe von Erkrankungen behandelt. Letztlich entspreche die Leistung einer Fachklinik aus Sicht des Patienten jedoch der Leistung der entsprechenden Abteilung eines Allgemeinkrankenhauses und sei damit mit einer Behandlung in einer Allgemeinklinik austauschbar. Auch den Bereich der Psychiatrie bezieht das Amt in den sachlich relevanten Markt mit ein, obwohl die psychiatrischen Bereiche von der Fallpauschalen-Regelung ausgenommen sind und weiterhin nach Bundespflegesatzverordnung abgerechnet werden. Dies ist wohl vor allem auf die deutlich längere durchschnittliche Verweildauer im Krankenhaus zurückzuführen. Sie schwankt über sämtliche Abteilungen hinweg zwischen 4,3 Tagen in der Augenheilkunde und 12,5 Tagen in der Herzchirurgie und liegt bei durchschnittlich 9,7 Tagen. Dagegen weist die Psychiatrie eine Verweildauer von 28,4 und die psychotherapeutische Medizin von 43,2 Tagen auf.

28. Sowohl die Ausgrenzung von Rehabilitationseinrichtungen als auch das Einbeziehen von Fachkliniken in den sachlich relevanten Markt ist in dem konkreten Zusammenschlussfall von materieller Bedeutung, da die Rhön-Klinikum AG in Bad Neustadt an der Saale und Umgebung mehrere Rehabilitations- und Fachkliniken besitzt. Nach der Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes werden die Franken- und die Saaletalklinik in Bad Neustadt an der Saale mit zusammen 236 Betten im Bereich Rehabilitation im Rahmen der Marktabgrenzung nicht berücksichtigt. Die vier Fachkliniken der Rhön-Klinikum AG in Bad Neustadt, die Herz- und Gefäß-Klinik, die Klinik für Handchirurgie, die Neurologische Klinik und die Psychosomatische Klinik, gehen jedoch mit ihren Fallzahlen im akutstationären Bereich in die Ermittlung der Marktanteile mit ein.

29. Eine Aufteilung des Marktes in einzelne Fallgruppen hält das Amt nicht für angemessen, weil es sich hier um einen Sortimentsmarkt handle. Ein solcher Markt liegt vor, wenn aus Sicht der Abnehmer regelmäßig nur solche Unternehmen als sinnvolle Bezugsalternative in Betracht kommen, die gleichfalls ein Sortiment anbieten können, das die ganze Warengruppe abdeckt. Demnach sind alle Krankenhausleistungen als eine „bestimmte Art von Waren“ im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB anzusehen.⁷ Das Grundsortiment bestehe aus einer Abteilung für Inneres und Chirurgie sowie in aller Regel einer Abteilung für Gynäkologie und Geburtshilfe. Diese drei Fachrichtungen machen in Bayern allein zwei Drittel aller Krankenhausbetten aus.

30. Das OLG Düsseldorf hält es dagegen für notwendig, den sachlichen Markt weiter zu untergliedern. In seinem Beweisbeschluss vom Oktober 2005 fordert es das Amt daher auf, vier sachlich relevante Märkte, nämlich die Grundversorgung, bestehend aus Chirurgie und Innerer Medizin, die Urologie, die Gynäkologie und die Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde zu unterscheiden. Diese Aufteilung orientiert sich an den Abteilungen der zu übernehmenden Krankenhäuser. Zusätzlich sei zu berücksichtigen, dass die beiden zu übernehmenden Krankenhäuser Kliniken der ersten und zweiten Versorgungsstufe seien, die mit Krankenhäusern der Versorgungsstufen III und IV vermutlich nur eingeschränkt im Wettbewerb stünden.

⁷ BGH, Beschluss vom 28. April 1992, KVR 9/91, WuW/E BGH 2771, 2773 „Kaufhof/Saturn“.

3.2.2 Räumliche Marktabgrenzung

31. Bei der Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte konzentriert sich das Amt auf ein Gebiet, das ein Rechteck um Bad Neustadt an der Saale mit einer Straßenentfernung zu den Eckpunkten von ca. 100 km bis 120 km umfasst. Im Süden dieses Rechtecks liegen die Städte Würzburg und Bamberg, im Westen die Stadt Fulda, im Norden die Städte Gotha und Eisenach und im Osten die Stadt Coburg. Alle Kliniken mit akutstationären Betten in diesem Gebiet wurden nach Anzahl und Herkunft ihrer Patienten befragt. Als Grundlage für die Ermittlung der Herkunft dienen Postleitzahlbereiche. Ein Postleitzahlbereich umfasst meist mehrere Gemeinden, bei denen im Allgemeinen die ersten drei Ziffern der Postleitzahl übereinstimmen. So liegen z.B. Bad Neustadt und Mellrichstadt in einem Gebiet, das alle Gemeinden mit Postleitzahlen von 97600 bis 97659 umfasst.

32. Das vom Kartellamt abgegrenzte Gebiet enthält 34 Postleitzahlbereiche mit 97 Akutkrankenhäusern. Bei der Auswertung der Daten wurden Postleitzahlbereiche zusammengefasst, wenn aufgrund der festgestellten Marktstrukturen von einheitlichen räumlichen Gebieten ausgegangen werden kann. So werden die Postleitzahlbereiche Bad Neustadt (97600-97659) und Bad Kissingen (97660-97759) zu einem räumlichen Markt „Bad Neustadt/Bad Kissingen“ zusammengefasst, ebenso die Bereiche Meiningen (98600-98639) und Schmalkalden (98560-98599) zu einem Markt „Meiningen/Schmalkalden“. Entscheidender Gesichtspunkt dafür sei, dass die Patienten aus diesen Gebieten weit überwiegend nur die Krankenhäuser in Bad Neustadt an der Saale und Bad Kissingen bzw. in Meiningen und Schmalkalden als tatsächliche, hinreichende Alternativen ansähen. Die Zahl der betrachteten Gebiete reduziert sich auf diese Weise von 34 Postleitzahlbereichen auf 18 potentiell relevante räumliche Märkte.

33. Um festzustellen, welche der potentiellen räumlichen Märkte für die Beurteilung des Zusammenschlusses tatsächlich relevant sind, analysiert das Kartellamt, welcher Anteil der Patienten eines Krankenhauses aus einem bestimmten Gebiet stammt. Im vorliegenden Fall werden zwei Märkte als räumlich relevant identifiziert, der Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen und der Markt Meiningen/Schmalkalden. Die beiden zu übernehmenden Krankenhäuser liegen beide im Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen; das Kreiskrankenhaus Bad Neustadt ungefähr in der Mitte, das Krankenhaus Mellrichstadt im Norden des Gebietes. An den räumlichen Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen schließt sich im Norden der räumliche Markt Meiningen/Schmalkalden an, wo die Rhön-Klinikum AG das Klinikum Meiningen mit 568 Betten betreibt.

34. Bei der Analyse der Herkunft der Patienten zeigt sich ein deutlicher Unterschied zwischen Allgemein- und Fachkliniken. Während bei Allgemeinkliniken ein sehr hoher Anteil der Patienten aus der näheren Umgebung stammt, ist der räumliche Einzugsbereich von Fachkrankenhäusern höher, und dies um so mehr, je stärker sie spezialisiert sind. So sind 91 % der in den Kreiskrankenhäusern Bad Neustadt und Mellrichstadt behandelten Patienten aus dem Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen. 82 % der im Krankenhaus St. Elisabeth behandelten Patienten stammen ebenfalls aus diesem Gebiet. St. Elisabeth ist ein Allgemeinkrankenhaus in Bad Kissingen, das zum Rhön-Konzern gehört. Bei den Fachkliniken, die Rhön in Bad Neustadt betreibt, ist der Anteil der aus dem Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen stammenden Patienten deutlich geringer: Immerhin noch 62 % der Patienten in der Klinik für Neurochirurgie kommen aus diesem Gebiet, jedoch nur 23 % der Patienten in der Klinik für Herzchirurgie, 16 % der Patienten in der Klinik für Handchirurgie und 3 % der Patienten in der Klinik für

Psychosomatik. Allerdings haben alle Fachkliniken, mit Ausnahme der Klinik für Psychosomatik, insofern einen räumlichen Schwerpunkt im Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen, als der Anteil an Patienten aus keinem der anderen untersuchten räumlichen Märkte ebenso hoch ist wie der Anteil an Patienten aus Bad Neustadt/Bad Kissingen.

35. Das Amt steht demnach vor dem Problem, dass die Zusammenschlussbeteiligten in Bad Neustadt und Umgebung sehr unterschiedlich stark spezialisierte Kliniken mit dementsprechend sehr unterschiedlich großen Einzugsgebieten führen. Das Amt grenzt den Markt im vorliegenden Fall räumlich im Prinzip nach dem Einzugsgebiet der Allgemeinkliniken ab. Die Sonderstellung von Fachkliniken werde dadurch, dass sie bei der Berechnung der Marktanteile nur mit der Anzahl der Patienten eingehen, die sie aus dem entsprechenden Gebiet betreuen, hinreichend berücksichtigt. Denn zur Berechnung der Marktanteile werde nicht betrachtet, wie viele Patienten einer Klinik aus einem bestimmten Gebiet stammen, sondern umgekehrt in welchen Kliniken die Patienten aus einem bestimmten Gebiet behandelt werden. Betrachtet man z.B. die Patienten aus Bad Neustadt/Bad Kissingen, ergibt sich für die Fachklinik für Handchirurgie mit ihren 81 Betten ein deutlich geringerer Marktanteil als für das Kreiskrankenhaus in Mellrichstadt mit 70 Betten, weil die auswärtigen Patienten eben nicht berücksichtigt werden.

36. Eine engere räumliche Marktabgrenzung hält das Amt nicht für angemessen, da sowohl zwischen den Postleitzahlbereichen Bad Neustadt und Bad Kissingen als auch zwischen den Postleitzahlbereichen Meiningen und Schmalkalden relevante Patientenströme feststellbar seien. Jedenfalls lägen bei einer getrennten räumlichen Markt Betrachtung aufgrund eines deutlich größeren Marktanteilszuwachses im Falle Bad Neustadt und eines deutlich höheren bereits bestehenden Marktanteils von Rhön im Falle Meiningen die Untersagungs Voraussetzungen erst recht vor.

3.2.3 Marktbeherrschung

37. Das Amt stellt fest, dass Rhön bereits vor dem Zusammenschluss eine einzelmarktbeherrschende Stellung auf den Märkten Bad Neustadt/Bad Kissingen und Meiningen/Schmalkalden innehat. Der Marktanteil von Rhön liegt im Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen bei 39,8 %, im Markt Meiningen/Schmalkalden bei 57,2 %. Die Marktanteile werden auf der Grundlage von Fallzahlen für das Jahr 2003 berechnet. Das Bundeskartellamt weist in seinem Beschluss darauf hin, dass bei einer wertmäßigen Betrachtung der Marktanteil von Rhön noch höher ausfallen dürfte, da Rhön in der Region mehrere Fachkliniken und Kliniken höherer Versorgungsstufen betreibt. Diese generieren in der Regel pro Fall höhere Umsätze als ein Krankenhaus der Grund- und Regelversorgung. Der Marktanteilsabstand zum nächstgrößeren Wettbewerber beträgt in Bad Neustadt/Bad Kissingen 14,8 %; die Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt und Mellrichstadt haben einen gemeinsamen Marktanteil von 25,0 %. In Meiningen/Schmalkalden hat der nächstgrößte Wettbewerber, das Krankenhaus Schmalkalden, einen Marktanteil von 25 %, so dass der Marktanteilsabstand 32,2 % beträgt.

38. Im Rahmen der nach § 19 Abs. 2 GWB erforderlichen Gesamtwürdigung verweist das Bundeskartellamt auf die Breite und Tiefe des Versorgungsangebots der Rhön-Klinikum AG, die nach seiner Ansicht einen Wettbewerbsvorteil für Rhön darstellt. Rhön verfügt in Bad Kissingen mit dem St. Elisabeth-Krankenhaus über ein Krankenhaus der Grund- und Regelversorgung (Versorgungsstufe II), in Bad Neustadt über mehrere Fachkliniken und in Meinin-

gen über ein großes Klinikum mit 13 Fachabteilungen und überregionalem Versorgungsauftrag. Ein breites Versorgungsangebot sei ein Wettbewerbsvorteil, da Patienten dazu neigen, sich, wenn sie ein Krankenhaus bereits kennen, auch bei einem medizinisch anders gelagerten Fall wieder für diese Klinik oder zumindest eine Klinik desselben Konzerns zu entscheiden. Ein tiefes Versorgungsangebot sei ein Wettbewerbsvorteil, da Patienten und einweisende Ärzte oft erwarten würden, dass die Behandlung von Spezialisten in Fachabteilungen oder -kliniken qualitativ hochwertiger als in einem Allgemeinkrankenhaus ohne besonderen Schwerpunkt sei.

39. Ein weiterer Wettbewerbsvorteil von Rhön liege in seinen Möglichkeiten zur vertikalen Integration. Zum einen verfügt Rhön in Bad Neustadt über insgesamt 661 Rehabilitationsbetten, verteilt auf drei Fachkliniken und zwei Rehabilitationseinrichtungen. Zwar erfolge eine Einweisung meist von einem Akut-Krankenhaus in eine Rehabilitationsklinik. Der umgekehrte Weg sei aber auch möglich. Gerade im neurologischen und psychosomatischen Bereich würden teilweise erst bei einer Rehabilitationsmaßnahme somatische Erkrankungen präzise diagnostiziert, so dass von dort eine Einweisung ins konzerninterne Akut-Krankenhaus von Rhön erfolgen könne. Zum anderen verfüge Rhön durch den Aufbau von medizinischen Versorgungszentren (MVZ) auch in die andere Richtung der Versorgungskette über Möglichkeiten der vertikalen Integration. Ein MVZ ist eine Einrichtung, in der mehrere Facharztpraxen unter einem Dach ihre Leistung anbieten. Rhön plante zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses, in Bad Neustadt ein MVZ zu errichten und hat diesen Plan inzwischen auch realisiert.⁸ Dazu wurden zunächst Kassenarztsitze von Fachärzten aufgekauft und dann Fachärzte angestellt, die in diesen Praxen tätig sind. Die Ärzte des MVZ können als Angestellte des Rhön-Konzerns eine Einweiserfunktion für die konzerneigenen Kliniken übernehmen.

40. Des Weiteren verfüge Rhön bei Verhandlungen mit den Krankenkassen über Wettbewerbsvorsprünge. Verhandelt werden auf Krankenhausebene seit Einführung des Fallpauschalenregimes und der letzten Gesundheitsreform zum einen die Mengen für allgemeine Leistungen, zum anderen Preise und Mengen für Leistungen, die im Rahmen von integrierten Versorgungsverträgen und Disease-Management-Programmen erbracht werden. Für diese steht derzeit ein Budget von je einem Prozent der ärztlichen Gesamtvergütung und der Krankenhausbudgets zur Verfügung. Generell seien die Krankenhauskonzerne bei Verhandlungen gegenüber einzelnen Krankenhäusern im Vorteil, da sie über einen größeren Erfahrungsschatz bei den Verhandlungen und über Vergleichsdaten verfügen. Speziell bei integrierten Versorgungsverträgen sei zu erwarten, dass die Krankenkassen einen Vertragspartner bevorzugen, der die ganze Versorgungskette von der ambulanten über die stationäre Versorgung bis zur Rehabilitation aus einer Hand anbieten kann. Demnach hätte Rhön als vertikal integrierter Gesundheitsanbieter hier einen weiteren Wettbewerbsvorsprung.

41. Die überlegene Finanzkraft des Rhön-Konzerns gegenüber den öffentlich-rechtlichen und freigemeinnützigen Trägern der Region sei ein weiterer Wettbewerbsvorteil. Wettbewerb zwischen Krankenhäusern sei in erster Linie Qualitätswettbewerb. Die Qualität eines Krankenhauses lasse sich am einfachsten und schnellsten durch teure Investitionen in medizinische Großgeräte oder das medizinische und pflegerische Fachpersonal steigern. Dazu benötige man eine hohe Finanzkraft.

⁸ <http://www.point-center.de/home.html>

42. Auch durch potentiellen Wettbewerb sei die überragende Marktstellung von Rhön nicht bedroht. Angesichts bestehender Überkapazitäten sei zumindest mittelfristig ausgeschlossen, dass in den räumlich relevanten Märkten weitere Plankrankenhäuser errichtet würden. Die bereits bestehenden Kliniken der Umgebung wiederum seien einzeln zu klein, um den Spielraum von Rhön auf dem Krankenhausmarkt der Region einzuschränken.

43. Schließlich begründe sich die marktbeherrschende Stellung von Rhön durch seine Möglichkeiten, Synergieeffekte zu nutzen. So seien durch einen gemeinsamen Einkauf, ein gutes konzerninternes Wissensmanagement und die Nutzung von Größen- und Verbundvorteilen im Diagnose- und Laborbereich erhebliche Kosteneinsparungen möglich. Speziell in Bad Neustadt und Umgebung könnten durch die räumliche Nähe mehrerer konzerneigener Kliniken zusätzliche Synergieeffekte genutzt werden, z.B. durch die arbeitsteilige Nutzung personeller wie technischer Ressourcen.

44. Zusammengenommen verfügt die Rhön-Klinikum AG nach Ansicht des Amtes in beiden relevanten Märkten vor dem Zusammenschluss über eine marktbeherrschende Stellung.

3.2.4 Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung

45. Das Kartellamt befand, dass die Übernahme der Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt und Mellrichstadt durch die Rhön-Klinikum AG deren marktbeherrschende Stellung auf beiden relevanten Märkten verstärken würde. Im Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen würde sich der Marktanteil von 39,8 % um 25,0 % auf 64,8 % erhöhen. Der Marktanteilsabstand zum nächstgrößten Wettbewerber würde sich auf über 50 % erhöhen. Im Markt Meiningen/Schmalkalden würde sich der Marktanteil von Rhön von 57,2 % auf 57,7 % erhöhen.

46. Durch den Zusammenschluss würde Rhön sein Versorgungsangebot zu Lasten von Wettbewerbern erweitern, da die nächstgelegenen Konkurrenten über deutlich weniger Fachabteilungen verfügen. Durch die räumliche Konzentration verschiedener Kliniken könne eine Patientensteuerung stattfinden, die die Auslastungsquote der einzelnen Krankenhäuser zu Lasten der Wettbewerber gegenseitig optimiert. Fachliche Spezialisierungen könnten durch das Einweisungsverhalten anderer Konzernkliniken unterstützt werden. Auch sonst gebe es durch die räumliche Konzentration konzerneigener Kliniken Synergieeffekte. Die Verhandlungsposition des Rhön-Konzerns gegenüber den Krankenkassen würde sich nach Ansicht des Amtes durch den Zusammenschluss erhöhen, da Rhön in beiden räumlich relevanten Märkten schon aufgrund seines Marktanteils ein unverzichtbarer Partner für alle Programme zur integrierten Versorgung würde.

47. Eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Rhön sei insbesondere deshalb zu erwarten, weil es sich bei den zu übernehmenden Kliniken um Allgemeinkliniken handle. Zum einen falle dann der direkte Wettbewerb für das Rhön-Klinikum St. Elisabeth in Bad Kissingen weg, da die beiden Kreiskrankenhäuser die einzigen weiteren Allgemeinkliniken im Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen sind. Zum anderen würden Allgemeinkrankenhäuser immer auch eine Einweiserfunktion für Spezialkliniken innehaben. Es sei zu befürchten, dass künftig bei Einweisungen in Bad Neustadt und Mellrichstadt die konzerneigenen Fachkliniken gegenüber den von Wettbewerbern in der Region betriebenen Fachkliniken bevorzugt würden. Diese wiederum seien aufgrund ihrer geringen Größe und ihrer Spezialisierung darauf angewiesen, von anderen Kliniken Einweisungen zu erhalten. Konkret handelt es sich bei

den räumlich am nächsten gelegenen Konkurrenten um die Heinz-Kalk-Klinik mit 86 Betten in Bad Kissingen, die neben einer Grundversorgung auf Eingriffe im Bauchraum spezialisiert ist, und die Michelsbergklinik, eine zwischen Bad Neustadt und Bad Kissingen gelegene Lungenfachklinik mit 114 Betten.

48. Das Vorliegen einer Sanierungsfusion lehnt das Amt ab. Keine der drei Bedingungen, die für eine Sanierungsfusion kumuliert vorliegen müssten, sei hier erfüllt. Zum einen sei zumindest das Kreiskrankenhaus in Bad Neustadt nicht von der Schließung bedroht. Die Verantwortung zur Sicherstellung der Krankenhausversorgung als Teil der staatlichen Daseinsfürsorge obliege den Ländern. In Bayern sind nach Art. 51 Abs. 3 Nr. 1 Landkreisordnung (LKrO) die Landkreise verpflichtet, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die erforderlichen Krankenhäuser zu errichten und zu unterhalten. Solange das Krankenhaus in Bad Neustadt also mit 200 Planbetten im Krankenhausplan von Bayern enthalten sei, könne es nicht geschlossen werden. Zwar könne der Landkreis das Krankenhaus an einen privaten Betreiber veräußern. Sobald dieser jedoch dem Versorgungsauftrag nicht mehr in dem erforderlichen Maße nachkomme, lebe der Sicherstellungsauftrag des Landkreises wieder auf. Da der Landkreis als Teil des Staates nicht insolvenzfähig sei, komme das Argument der Sanierungsfusion bereits aus Rechtsgründen nicht in Betracht.

49. Des Weiteren liege keine Sanierungsfusion vor, da die Krankenhäuser nicht unverkäuflich seien. Zumindest sei der Nachweis dafür nicht erbracht worden, da kein Bieterverfahren durchgeführt worden sei. Immerhin sei die informelle Anfrage des Landkreises bei einzelnen benachbarten Krankenhausträgern auf Interesse eines Anbieters gestoßen, der auch ein Angebot für die Kliniken abgegeben habe. Zwar sei dieses vom Landkreis als ungeeignet abgelehnt worden, der Bieter habe jedoch keine Gelegenheit bekommen, sein Konzept zu überarbeiten und den Vorstellungen des Landkreises anzupassen.

50. Schließlich sei nicht zu erwarten, dass die Marktanteile der Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt und Mellrichstadt im Falle einer Schließung beider Kliniken vollständig der Rhön-Klinikum AG zufallen würden. Das Amt geht vielmehr davon aus, dass sich die Patienten dann quotale auf alle übrigen Krankenhäuser im räumlich relevanten Markt aufteilen würden.

51. Zusammenfassend würde der Zusammenschluss nach Ansicht des Amtes zur Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung des Rhön-Konzerns auf dem Markt für Krankenhausleistungen in Bad Neustadt/Bad Kissingen und im Markt Meiningen/Schmalkalden führen. Er ist deshalb untersagt worden.

4. Der Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis

52. Der Antrag auf Ministererlaubnis wurde vom Landkreis Rhön-Grabfeld gestellt. Die Rhön-Klinikum AG hat sich dem Antrag zwar nicht angeschlossen, unterstützt ihn aber. Der Antragsteller geht in seinem Antrag zunächst auf den Untersagungsbeschluss des Bundeskartellamtes ein. Danach führt er eine Reihe von Gemeinwohlgründen auf und erörtert schließlich die Erforderlichkeit einer Ministererlaubnis.

4.1 Bewertung des Untersagungsbeschlusses

53. Der Antragsteller weist zunächst darauf hin, dass es Aufgabe des Bundesministers für Wirtschaft als Kartellbehörde sei, eine eigenständige Gewichtung der vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen vorzunehmen. Diese Gewichtung sei notwendig, um die vom Gesetz geforderte Abwägung der Wettbewerbsbeschränkung gegenüber den gesamtwirtschaftlichen Vorteilen vorzunehmen. Bei der Gewichtung der Wettbewerbsbeschränkungen könnten Änderungen oder Modifikationen der ursprünglichen Konzeption des Zusammenschlusses oder der tatsächlichen Verhältnisse berücksichtigt werden.

54. Der Antragsteller führt vier Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse auf. Erstens habe die zum Zeitpunkt der Prüfung des Zusammenschlusses größte Aktionärin der Rhön-Klinikum AG, die Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, München, ihren Aktienanteil in Höhe von 27 % inzwischen an über 50 verschiedene Finanzinvestoren veräußert. Diese halten nun durchschnittlich etwa 0,5 % der Aktien. Größter Investor nach der Familie Münch mit 16 % sei nun die Allianz Lebensversicherungs AG mit 6,14 % der Aktien.⁹ Da es sich bei den Beteiligungen mit Ausnahme der Beteiligung der Familie Münch um reine Finanzanlagen ohne unternehmerische Zielsetzung handle, sei nicht zu erwarten, dass der Rhön-Klinikum AG von ihnen besondere finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt würden.

55. Als zweites weist der Antragsteller auf den Beschluss des Kreistages hin, das Kreiskrankenhaus in Mellrichstadt bei fortbestehender Trägerschaft des Landkreises zum 31. Dezember 2006 zu schließen. Das zuständige Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen habe die Schließung genehmigt. Das Krankenhaus werde dann aus dem Krankenhausplan des Freistaates Bayern gestrichen, die Zahl der Planbetten für das Kreiskrankenhaus Bad Neustadt im Gegenzug um 25 auf 225 Betten erhöht.

56. Drittens hat die Rhön-Klinikum AG zum 1. Januar 2006 das Heinz-Kalk-Krankenhaus in Bad Kissingen mit 86 Planbetten übernommen. Der Erwerb unterlag nicht der Fusionskontrolle, da er den Tatbestand der De-minimis-Klausel des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfüllt. Die Umsätze des Krankenhauses und der Veräußerer – das Krankenhaus befand sich im Eigentum der leitenden Ärzte – lagen zusammen unterhalb der Schwelle von 10 Mio. €. Die Übernahme des Heinz-Kalk-Krankenhauses führt zu einer Erhöhung der Marktanteile der Rhön-Klinikum AG auf dem Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen um 5 %; auf dem Markt Meiningen/Schmalkalden ist der Marktanteilszuwachs vernachlässigbar.

⁹ Auch diese Information ist inzwischen überholt. Auf ihrer Homepage weist die Rhön-Klinikum AG nach § 25 Abs. 1 WpHG darauf hin, dass die alecta pensionsförsäkring, ömsesidigt, Stockholm, Schweden, einen Stimmrechtsanteil von 10,12 % habe (Stand: Februar 2006).

57. Viertens werden die Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt und Mellrichstadt derzeit wieder vom Landkreis Rhön-Grabfeld selbst bewirtschaftet. In den Jahren 2004 und 2005 lag die geschäftliche Oberleitung der Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt und Mellrichstadt aufgrund eines Managementvertrags zwischen dem Landkreis Rhön-Grabfeld und der Rhön-Klinikum AG bei der Rhön-Klinikum AG. Das Bundeskartellamt vertrat gegenüber den Parteien die Auffassung, dieser Vertrag verstoße als Teilvollzug gegen das Vollzugsverbot. Der Antragsteller gibt an, die Parteien hätten diese Ansicht zwar nicht geteilt, trotzdem sei der Vertrag mit Wirkung zum 31. Dezember 2005 aufgehoben und beendet worden.

58. Der Antragsteller führt an, dass die Übernahme des Heinz-Kalk-Krankenhauses das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung vermindere. Das Bundeskartellamt habe in seinem Beschluss argumentiert, dass der Zusammenschluss den beiden nächstgelegenen Wettbewerbern, dem Heinz-Kalk-Krankenhaus und der Michelsbergklinik, schade. Das Heinz-Kalk-Krankenhaus sei aber inzwischen, da es sich im Besitz von Rhön befindet, kein Wettbewerber mehr. Der Antragsteller weist zudem darauf hin, dass es ohnehin nicht Aufgabe der Fusionskontrolle sei, die Wettbewerber zu schützen, sondern den Wettbewerb. Dem neuen Ansatz der Europäischen Kommission zur Marktbeherrschung zufolge sei die aggressive Verdrängung von Konkurrenten aus dem Markt nur noch dann als missbräuchlich anzusehen, wenn die Konkurrenten genauso effizient arbeiteten wie das dominante Unternehmen. Zur Effizienz der Michelsbergklinik habe sich das Kartellamt jedoch nicht geäußert.

59. Der Strukturwandel auf dem Krankenhausmarkt werde durch die Entscheidung des Bundeskartellamtes gebremst. Durch die enge räumliche Abgrenzung würden regionale Krankenhausverbände zumindest in ländlichen Gebieten verhindert. Die Privatisierung von Krankenhäusern werde behindert, da private Investoren nur dann Interesse am Erwerb eines Krankenhauses hätten, wenn sie damit Gewinne erzielen könnten. Dies sei wiederum nur möglich, wenn die durch die Bildung von Clustern entstehenden Synergieeffekte genutzt werden könnten.¹⁰ Schließlich sei die Abgrenzung zwischen kontrollpflichtigen und nicht kontrollpflichtigen Krankenhausfusionen willkürlich, wie das Beispiel der Übernahme des Heinz-Kalk-Krankenhauses zeige. Entsprechend gering sei das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung anzusetzen, wenn ein Fall tatsächlich der Fusionskontrolle unterliege.

60. Der Antragsteller bestreitet ferner, dass Rhön bei Verhandlungen mit den Krankenkassen über Wettbewerbsvorsprünge verfüge. Rhön sei zwar möglicherweise in der Region Rhön-Grabfeld in der Lage, der beträchtlichen Marktmacht der Krankenkassen seine eigene Verhandlungsmacht gegenüberzusetzen. Allerdings ist die Rhön-Klinikum AG nicht nur in dieser Region, sondern bundesweit tätig. Da sie dort insgesamt nur über einen Marktanteil von ca. 2 % verfüge, die großen Krankenkassen aber über 10 % und mehr, habe die Rhön-Klinikum AG kein Interesse daran, in der Region Rhön-Grabfeld unangemessenen Druck auf die Krankenkassen auszuüben. Sie müsse sonst Vergeltungsmaßnahmen in anderen Regionen befürchten.

61. Das Bundeskartellamt postuliert im Krankenhausbereich einen Qualitätswettbewerb der Kliniken um Patienten. Der Antragsteller vertritt die Ansicht, dass eine Verschlechterung der Qualität von Krankenhausdienstleistungen im Raum Rhön-Grabfeld durch den Zusammen-

¹⁰ Der Antrag auf Ministererlaubnis stellt dabei auf regionale Verbände ab. In der Anhörung wurde der Monopolkommission jedoch von Seiten der Zusammenschlussbeteiligten klargestellt, dass diese Synergieeffekte auch durch überregionale Verbände entstünden.

schluss nicht zu erwarten sei. Vielmehr sei die Rhön-Klinikum AG in der Lage, durch Nutzung von Synergieeffekten bessere Qualität anzubieten.

62. Eine Verschlechterung der Qualität schließt der Antragsteller aus mehreren Gründen aus. Zunächst stünden, falls das Qualitätsniveau der Krankenhäuser im Kreis sinken würde, den Bewohnern Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung. Das Bundeskartellamt sei bei der räumlichen Marktabgrenzung von Ist-Patientenströmen ausgegangen und habe die räumlich relevanten Märkte demnach sehr eng abgegrenzt. Es sei jedoch anzunehmen, dass die Patienten der Region, wenn sie mit der Qualität der Kliniken vor Ort nicht zufrieden wären, auch den weiteren Weg in ein weiter entfernt liegendes Krankenhaus auf sich nehmen würden. Da das neu gebaute Teilstück der Bundesautobahn A 71 zwischen Erfurt und Schweinfurt nun vollständig eröffnet worden sei, sei es für Patienten noch einfacher als bisher, Kliniken in Schweinfurt oder Würzburg aufzusuchen.

63. Eine Reduzierung der medizinischen Qualität führe zu haftungs- und strafrechtlichen Konsequenzen. Ferner gebe es bereits heute Landkreise, in denen sämtliche Krankenhäuser einem einzigen Träger gehören. Dort seien bislang keine Probleme für die Patienten bekannt geworden. Zudem könne es sich die Rhön-Klinikum AG als bundesweit tätige Klinikette gar nicht leisten, ausgerechnet an ihrem Hauptsitz schlechte Qualität anzubieten. Um nachhaltig erfolgreich wirtschaften zu können, sei sie als privater Klinikbetreiber auf das Vertrauen der Patienten und deshalb auf einen guten Ruf angewiesen.

64. Schließlich weist der Antragsteller darauf hin, dass das Bundeskartellamt zwar die Vorteile eines regionalen Krankenhausverbundes würdigt, diese aber mit der Begründung, derartige Synergieeffekte stünden den Wettbewerbern nicht zur Verfügung, als Argument gegen die Freigabe des Zusammenschlusses verwendet. Preise und Mengen seien im Krankenhaussektor ohnehin streng reguliert. Die wenigen Möglichkeiten, über qualitativ unterschiedliche Angebote und die Nutzung von Synergieeffekten Wettbewerb zu machen, seien politisch gewollt.

4.2 Die Gemeinwohlgründe

65. In § 42 GWB heißt es, der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit erteile die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss, wenn die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt sei. Der Antragsteller verzichtet auf eine Trennung der Begriffe „gesamtwirtschaftliche Vorteile“ und „überragendes Interesse der Allgemeinheit“ und spricht stattdessen in Anlehnung an den Sprachgebrauch in früheren Verfahren allgemein von Gemeinwohlgründen.

66. Die angeführten Gemeinwohlgründe erstrecken sich im Wesentlichen auf vier Bereiche. So werde durch den Zusammenschluss die ortsnahe medizinische Grundversorgung gesichert, die öffentlichen Haushalte würden entlastet, die Krankenhauskosten gesenkt und Arbeitsplätze erhalten. Die Gründe werden im Folgenden einzeln dargestellt.

4.2.1 Sicherung der ortsnahen medizinischen Grundversorgung

67. Der Antragsteller legt dar, dass ein überragendes Interesse der Allgemeinheit an Versorgungssicherheit bestehe. Versorgungssicherheit sei bereits in zwei Ministererlaubnisfällen als

Argument verwendet worden. Einer davon ist der Fall E.ON/Ruhrgas, in dem die Sicherheit der Versorgung mit Energie, insbesondere Erdgas und Strom, als Gemeinwohlgrund vom Bundeswirtschaftsminister anerkannt worden sei. Der andere Fall betrifft die Versorgung der deutschen Industrie mit Hüttenaluminium und Aluminiumhalbzeug. Im medizinischen Bereich bestehe Versorgungssicherheit unter anderem in der Verfügbarkeit einer ortsnahen stationären Grundversorgung auf medizinisch qualitativ hohem Niveau.

68. Dass die Versorgungssicherheit mit Krankenhausleistungen ein Gemeinwohlinteresse darstelle, ergebe sich auch aus der Gesetzgebung. In § 1 Abs. 1 KHG heißt es: „Zweck dieses Gesetzes ist die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, um eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen.“ § 6 KHG überträgt den Ländern die Aufgabe der Krankenhausplanung. Dazu heißt es in Art. 1 des Bayerischen Krankenhausgesetzes (BayKRG): „Zweck dieses Gesetzes ist es, im Freistaat Bayern eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu gewährleisten“. Diese Aufgabe wird wiederum an die Landkreise delegiert. Art. 51 Abs. 3 der Bayerischen Landkreisordnung legt fest, dass die Landkreise „unbeschadet bestehender Verbindlichkeiten Dritter, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet [sind], die erforderlichen Krankenhäuser zu errichten und zu unterhalten [...]“.

69. Im Koalitionsvertrag „Gemeinsam für Deutschland. Mit Mut und Menschlichkeit“ sei näher ausgeführt, wie das Ziel der Versorgungssicherheit zu erreichen sei. Insbesondere solle die strikte Trennung von ambulanter und stationärer Versorgung verstärkt aufgehoben werden. Die integrierte Versorgung solle weiter gefördert werden, unter anderem mit dem Ziel, Fach- oder Sektorengrenzen zu überwinden und bevölkerungsbezogene Flächendeckung zu erreichen. All dies werde durch das Konzept der Rhön-Klinikum AG bei Übernahme der beiden Kreiskrankenhäuser verwirklicht. Nach diesem Konzept solle in Mellrichstadt eine Teleportalklinik, verbunden mit einem Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) errichtet werden. Die verschiedenen Fachärzte, die in der Teleportalklinik und dem MVZ beschäftigt sind, würden fachübergreifend zusammenarbeiten. Die örtliche Versorgung in Mellrichstadt bliebe erhalten, was insbesondere zur Versorgung medizinischer Notfälle von Bedeutung sei. Auch der angestrebte Vorrang der ambulanten vor der stationären Behandlung würde durch das Konzept verwirklicht. Würden die Kreiskrankenhäuser dagegen im Eigentum des Landkreises Rhön-Grabfeld verbleiben, würde das Krankenhaus in Mellrichstadt zum Ende des Jahres ersatzlos geschlossen.

70. Die Bildung eines regionalen Clusters im Raum Bad Neustadt würde es der Rhön-Klinikum AG ermöglichen, zahlreiche Synergievorteile zu realisieren. Diese seien dann nicht als Gemeinwohlgrund anzuerkennen, wenn es lediglich zu den als Nebenfolge von Fusionsvorhaben üblicherweise zu erwartenden Rationalisierungsvorteilen komme. In diesem Falle führe die Fusion durch die Bildung eines regionalen Verbundes aber nicht nur zu Kosteneinsparungen, sondern auch zu einer Steigerung der Qualität der medizinischen Versorgung. Diese würde den Patienten aus der Region und damit der Allgemeinheit zugute kommen. Eine Steigerung der Qualität sei insbesondere deshalb zu erwarten, da die Rhön-Klinikum AG durch die Bildung eines regionalen Verbundes die starren sektoralen Grenzen im deutschen Gesundheitswesen, z.B. zwischen stationärer und ambulanter Versorgung sowie zwischen Akut- und Rehabilitationskliniken, lockern könne. Die starke sektorale Abschottung der unterschiedli-

chen Leistungserbringer gelte als ein Grund für das im internationalen Vergleich mittelmäßige Preis-/Leistungsverhältnis im deutschen Krankenhauswesen.

71. Im Falle eines Verbleibs der Kreiskrankenhäuser beim Landkreis Rhön-Grabfeld würde nicht nur das Krankenhaus in Mellrichstadt geschlossen. Vielmehr sei langfristig auch die Schließung des Krankenhauses in Bad Neustadt zu befürchten. Nicht zuletzt, da durch den Neubau der A 71 die Krankenhäuser in angrenzenden Regionen leichter erreichbar seien, seien bei gleich bleibender Qualität sinkende Fallzahlen zu erwarten. Um eine konstante Fallzahl und Bettenauslastung zu erreichen, seien Investitionen in die Qualität des Hauses notwendig. Für diese Investitionen fehlten jedoch die finanziellen Mittel. Demnach sei zu erwarten, dass das Krankenhaus in Bad Neustadt bei einem Verbleib in öffentlicher Hand dauerhaft verlustträchtig bleibe und nicht die gleiche Qualität medizinischer Versorgung wie die Rhön-Klinikum AG bieten könne.

4.2.2 Entlastung der öffentlichen Haushalte

72. Der Antragsteller legt dar, dass die Entlastung eines öffentlichen Haushaltes im öffentlichen Interesse liege. Dieser Gemeinwohlgrund sei im Ministererlaubnisfall Daimler-MBB angeführt und anerkannt worden. Der hier betroffene öffentliche Haushalt ist der Haushalt des Landkreises Rhön-Grabfeld. Er würde durch die Fusion entlastet, da die in den kommenden Jahren zu erwartenden Defizite aus dem Betrieb des Krankenhauses in Bad Neustadt im Falle einer Veräußerung nicht anfallen würden bzw. nicht vom Landkreis zu tragen wären.

73. Eine andere Möglichkeit, den Haushalt des Landkreises zu entlasten, gebe es nicht. So sei eine Erhöhung der Kreisumlage, um einen Verlustausgleich für das Krankenhaus Mellrichstadt vorzunehmen, nicht möglich. Die Kreisumlage werde ohnehin aus anderen Gründen erhöht. Eine weitere Erhöhung sei den 37 kreisangehörigen Gemeinden, die zum Teil selbst in erheblichen finanziellen Schwierigkeiten sind, nicht zuzumuten.

74. Der Antragsteller führt weiter an, dass eine dauerhafte Verlustabdeckung durch die öffentliche Hand im Krankenhaussektor auch deshalb nicht erwünscht sei, weil sie zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen öffentlichen Krankenhäusern auf der einen und privaten bzw. freigemeinnützigen Krankenhäusern auf der anderen Seite führe.

4.2.3 Senkung der Krankenhauskosten

75. Rationalisierungsvorteile, die als Folge einer Fusion zu erwarten sind, können nach Meinung des Antragstellers als Gemeinwohlgrund herangezogen werden. Voraussetzung ist, dass die Vorteile besonders groß sind und konkret nachgewiesen werden können. Das gelte bereits dann, wenn sie in Form höherer Gewinne beim Unternehmen verbleiben, insbesondere jedoch, wenn sie an die Verbraucher weitergegeben würden.

76. Die Rationalisierungsvorteile lägen in diesem Fall bei den Synergieeffekten durch die Bildung eines regionalen Clusters, durch die Möglichkeit, sinnvolle Investitionen zu tätigen, und durch die vertikale Vernetzung der Behandlungsleistungen. Dadurch, dass die Rhön-Klinikum AG vor Ort mehrere Kliniken betreibe, könnten teure Geräte von mehreren Kliniken gemeinsam genutzt werden, insbesondere im Wege der Telemedizin. Während der Landkreis nicht in der Lage sei, Geld für Investitionen aufzubringen, und die öffentliche Hand auch trotz

des Prinzips der dualistischen Finanzierung keine Fördermittel für Investitionskosten zur Verfügung stelle, würde Rhön in die Ausstattung seiner Kliniken investieren. Es gehöre zum Unternehmenskonzept der Rhön-Klinikum AG, erwirtschaftete Gewinne überwiegend nicht auszuschütten, sondern zu reinvestieren. Diese Investitionen führten nicht nur zu qualitativen Verbesserungen in der Versorgung, sondern auch zu Gewinnen. Schließlich würde durch die Einrichtung von medizinischen Versorgungszentren durch die Rhön-Klinikum AG die ambulante und die stationäre Behandlung besser verzahnt.

77. Die durch diese Maßnahmen zu erwartenden Qualitätssteigerungen wurden bereits im Rahmen der Sicherung der stationären Versorgung dargestellt. Hier weist der Antragsteller nun darauf hin, dass die Patienten auch von den Kosteneinsparungen profitieren, die durch das Management der Rhön-Klinikum AG realisiert würden. Zum einen sei dies direkt der Fall, da überflüssige Behandlungsschritte und Doppeluntersuchungen vermieden würden. Für die dadurch wegfallenden Leistungen müssten die Krankenkassen auch nichts bezahlen. Da die Krankenkassen über beträchtliche Verhandlungsmacht verfügen, sei zudem zu erwarten, dass innerhalb der im Fallpauschalensystem noch bestehenden Verhandlungsspielräume die Kassen eine Weitergabe von Kosteneinsparungen durchsetzen könnten. Niedrigere Kosten für die Krankenkassen schlagen sich im System der gesetzlichen Krankenversicherung wiederum in niedrigeren Beiträgen nieder, so dass davon alle Versicherten profitieren.

4.2.4 Erhalt von Arbeitsplätzen

78. Der Erhalt und die Sicherung von Arbeitsplätzen ist nach Meinung des Antragstellers im öffentlichen Interesse und stellt deshalb ebenfalls einen Gemeinwohlgrund dar. Der Antragsteller räumt ein, dass die durch einen Zusammenschluss eintretenden Rationalisierungseffekte erfahrungsgemäß zum Wegfall von Arbeitsplätzen in den beteiligten Unternehmen führen. In diesem Falle würde aber, wenn die Übernahme nicht genehmigt würde, das Kreiskrankenhaus Mellrichstadt in jedem Fall geschlossen werden. Der Landrat des Kreises Rhön-Grabfeld gab an, dass deshalb 40 Personen gekündigt werden muss. Die Kündigungen seien bereits ausgesprochen. Im Falle einer Übernahme bestehe die Möglichkeit, dass die Rhön-Klinikum AG das Kreiskrankenhaus in Mellrichstadt weiterführt, wenn auch vermutlich mit einer deutlich geringeren Bettenzahl und in Form einer Teleportalklinik. In diesem Fall würden zwar gegenüber dem Zustand vor der Fusion ebenfalls Arbeitsplätze verloren gehen, dies seien aber weniger als durch die vollständige Schließung des Kreiskrankenhauses in Mellrichstadt.

79. Um die genannten Arbeitsplätze möglicherweise zu erhalten, sei die geplante Fusion erforderlich. Denn der Landkreis habe selbst nicht die Möglichkeit, die für den Aufbau einer Teleportalklinik notwendigen Investitionen zu tätigen und so die damit verbundenen Arbeitsplätze zu schaffen.

4.3 Erforderlichkeit

80. Der Antragsteller führt aus, dass eine Ministererlaubnis erforderlich sei, um die aufgeführten Vorteile für das Gemeinwohl zu realisieren. Er legt dar, dass es keinen anderen Erwerber für die Kreiskrankenhäuser gebe und dass Kooperationen zwischen Krankenhäusern unterschiedlicher Trägerschaft vom Bundeskartellamt ebenfalls als unzulässig eingestuft würden.

4.3.1 Anderweitige Verkäuflichkeit

81. Eine Entlastung des Haushaltes des Landkreises Rhön-Grabfeld durch Veräußerung seiner Kreiskrankenhäuser wäre auch gegeben, wenn die Kliniken an einen anderen Erwerber als die Rhön-Klinikum AG verkauft würden. Auch dieser Erwerber würde möglicherweise das Klinikum in Mellrichstadt so weiterführen, so dass nicht alle 40 Arbeitsplätze wegfallen würden.

82. Der Antragsteller legt jedoch dar, dass es keinen anderen ernsthaften Interessenten für die Krankenhäuser gebe. Der Landkreis Rhön-Grabfeld habe sich um Angebote anderer Interessenten bemüht. Zwar sei kein Bieterverfahren durchgeführt worden, es seien jedoch drei weitere potentielle Interessenten neben der Rhön-Klinikum AG um ein Angebot gebeten worden. Nur einer der drei angeschriebenen Klinikbetreiber habe daraufhin ein Angebot abgegeben. Dieses sei jedoch sowohl vom Bayerischen Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen als auch von der Arbeitsgemeinschaft der Krankenkassenverbände in Bayern als unscharf und ungeeignet kritisiert worden, so dass es vom Landkreis nicht weiter verfolgt worden sei.

83. Es sei nicht davon auszugehen, dass es weitere Interessenten für die Kliniken gebe. Durch die Berichterstattung in der regionalen und nach der Untersagung des Kartellamtes auch in der überregionalen Presse sei davon auszugehen, dass allgemein bekannt gewesen sei, dass die Kliniken zum Verkauf stünden. Man könne davon ausgehen, dass sich weitere potentielle Erwerber gemeldet hätten, wenn sie ernsthaftes Interesse am Erwerb der Krankenhäuser gehabt hätten. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen.

4.3.2 Kooperationen zwischen Krankenhäusern verschiedener Träger

84. Eine Senkung der Krankenhauskosten wäre möglicherweise auch durch Kooperationen zwischen Krankenhäusern zu erzielen. Auch die Steigerung der Qualität in der medizinischen Versorgung durch eine Vernetzung der verschiedenen Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen könnte unter Umständen allein durch die Zusammenarbeit dieser Anbieter, nicht erst durch eine Übernahme eines einheitlichen Trägers erreicht werden.

85. Dagegen führt der Antragsteller aus, dass bei einer Kooperation nie die gleichen Synergieeffekte zu erzielen seien wie bei einer Vereinigung der betroffenen Krankenhäuser in einer Hand. Denn bei einer Kooperation könnten nur Gesamtvorteile realisiert werden, die auch beiden Kooperationspartnern einzeln bereits zum Vorteil gereichen würden. Allein dadurch sei die Menge an Synergieeffekten, die realisiert werden könnten, deutlich geringer als im Falle einer Fusion. Zudem seien selbst bei einfachen Formen der Kooperation Reibungsverluste durch die hohen Kosten, sich zu einigen, zu erwarten.

86. Zudem sei nicht davon auszugehen, dass das Bundeskartellamt sinnvolle Kooperationen überhaupt zulassen würde. Denn als Kooperationspartner würde für die Kreiskrankenhäuser nur die Rhön-Klinikum AG als stärkster Anbieter der Region in Frage kommen. Nur mit der Rhön-Klinikum AG könnten die angestrebten Synergieeffekte verwirklicht werden. Nach § 2 Abs. 1 GWB könne eine Kooperation jedoch nur dann freigestellt sein, wenn sie nicht Möglichkeiten eröffne, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Das Erlangen einer marktbeherrschenden Stellung bedeute stets die Ausschaltung

wirksamen Restwettbewerbs. Wenn durch eine Vereinbarung der bei weitem größte Teil des Marktes beschränkt würde, scheidet eine Freistellung aus, denn es dürfte bezweifelt werden, dass das Bundeskartellamt eine Kooperation als freigestellt ansehen würde, die die gleichen Wirkungen erziele wie ein Zusammenschluss, den es untersagt habe.

87. Die Ministererlaubnis ist damit nach Ansicht des Antragstellers erforderlich zur Realisierung der dargestellten Gemeinwohlvorteile.

5. Zulässigkeit des Ministererlaubnisverfahrens

5.1 Anwendung der Fusionskontrolle im Krankenhausesektor

88. Im Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt war umstritten, ob der Zusammenschluss überhaupt den Vorschriften des GWB unterliegt. Dies haben die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen unter Berufung auf § 69 SGB V bestritten.¹¹ Die Vorschrift lautet:

„Dieses Kapitel sowie die §§ 63 und 64 regeln abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden, einschließlich der Beschlüsse des gemeinsamen Bundesausschusses und der Landesausschüsse nach den §§ 90 bis 94. Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und ihren Verbänden werden abschließend in diesem Kapitel in den §§ 63, 64 und in dem Krankenhausfinanzierungsgesetz, dem Krankenhausentgeltgesetz sowie den hiernach erlassenen Rechtsverordnungen geregelt. Für die Rechtsbeziehungen nach den Sätzen 1 und 2 gelten im Übrigen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend, soweit sie mit den Vorgaben des § 70 und den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel vereinbar sind. Die Sätze 1 bis 3 gelten auch, soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind.“

Aus dieser Bestimmung wird zum Teil gefolgert, dass die dort genannten Vorschriften des Sozialgesetzbuchs V das materielle deutsche Kartellrecht völlig verdrängen. Da § 69 Satz 4 SGB V die abschließende Wirkung der sozialrechtlichen Vorschriften auch für den Fall anordne, dass die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern Rechte Dritter, also etwa der Patienten, betreffen, könnten die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle auch insoweit keine Anwendung finden, wie der Zusammenschluss auf dem Markt für Krankenhausleistungen¹² gegenüber Patienten eine marktbeherrschende Stellung begründe oder verstärke.

89. Wenn diese Auffassung zutrifft, ist auch dem Antrag auf Ministererlaubnis der Boden entzogen. Das Ministererlaubnisverfahren gemäß § 42 GWB ist Teil des 7. Abschnitts des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen über die Zusammenschlusskontrolle und setzt die Anwendbarkeit dieser Vorschriften logisch voraus. Sollten diese Vorschriften nicht anwendbar sein, so fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für den Antrag auf Ministererlaubnis; der Minister müsste, wenn er der Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten folgend die §§ 35 ff. GWB für unanwendbar hält, den Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis als unzulässig zurückweisen. In diesem Fall bleibt den Beteiligten die Beschwerde beim OLG Düsseldorf, um ihre Auffassung durchzusetzen. Sollte das Beschwerdegericht und gegebenenfalls das Rechtsbeschwerdegericht die §§ 35 ff. GWB für anwendbar erachten und die Untersagungsverfügung auch im Übrigen billigen, bestünde danach gemäß § 42 Abs. 3 Satz 2 während eines Monats die Möglichkeit, einen Antrag auf Ministererlaubnis zu stellen, der dann in der Sache zu bescheiden wäre.

¹¹ Vgl. Abschnitt 3.1.

¹² Zur Verwendung des Begriffs „Markt“ für den Bereich der Krankenhausleistungen im Zusammenhang mit der Anwendung des Kartellrechts vgl. unten Tz. 108.

90. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass gegen jede Untersagungsverfügung die Möglichkeit gegeben sein müsse, sofort den Antrag auf Ministererlaubnis zu stellen. Aus § 42 Abs. 3 Satz 2 folgt vielmehr, dass ein Ministererlaubnisverfahren sich in bestimmten Fällen erst an die gerichtliche Überprüfung der Untersagungsverfügung anschließt. Die Monopolkommission erkennt zwar an, dass im Regelfall die Zusammenschlussbeteiligten zwischen der Beschwerde vor Gericht und dem Antrag auf Ministererlaubnis wählen können. Im Regelfall steht die Anwendbarkeit der §§ 35 ff. GWB aber auch außer Zweifel. Nur wenn der Bundesminister für Wirtschaft die Vorschriften der §§ 35 ff. GWB ebenso wie das Bundeskartellamt für anwendbar erachtet, kann er den Antrag auf Ministererlaubnis auf seine Begründetheit hin überprüfen.

91. Die Monopolkommission hält die § 35 ff. GWB im Einklang mit dem Bundeskartellamt für anwendbar. Die dagegen vorgebrachten Einwände überzeugen nicht. § 69 SGB V steht im V. Teil des Sozialgesetzbuchs, in dem es um die gesetzliche Krankenversicherung geht. Die Vorschrift eröffnet das Vierte Kapitel, in dem die „Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern“ geregelt werden. Auch die Vorschrift selbst bezieht sich ausdrücklich auf die „Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Krankenhäusern“. Schon daraus ergibt sich der begrenzte Anwendungsbereich der §§ 69 ff. SGB V und damit auch der Umfang des Bereichs, in dem diese Vorschriften die Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verdrängen. Diese Ausschlusswirkung gilt allein für die genannten Rechtsbeziehungen einschließlich der eventuell betroffenen Rechte Dritter. *Insofern* können sich die Krankenhäuser und sonstigen Leistungserbringer und ihre Verbände gegenüber den Krankenkassen nicht auf Vorschriften des Kartellrechts berufen. Dies gilt etwa für das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.¹³ Der Zuständigkeit der Kartellbehörden entzogen sind auch Formen der Verhaltensabstimmung wie etwa die Bestimmung von Festbeträgen für Arzneimittel durch Spitzenverbände der Krankenkassen¹⁴ oder Beschlüsse des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, in denen bestimmte Therapieformen aus dem Leistungskatalog der Krankenkassen herausgenommen werden.¹⁵ Noch nicht höchstichterlich geklärt ist die Frage, ob in solchen Fällen die relevanten kartellrechtlichen Bestimmungen von den Sozialgerichten anzuwenden sind oder ob § 69 SGB V eine echte, auch materiellrechtlich wirkende Bereichsausnahme darstellt.¹⁶

92. Alle entschiedenen Fälle betrafen Streitigkeiten zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern. Es ging dem Grunde nach oder umfangmäßig um die Finanzierung bestimmter Therapieformen und damit um das *Marktverhalten* der gesetzlichen Krankenversicherungen gegenüber Leistungserbringern, die ihre eigenen Chancen am Gesundheitsmarkt dadurch verbessern wollten, dass sie Möglichkeiten der Finanzierung durch die gesetzlichen Krankenversicherungen begründen oder ausbauen wollten. Im Hinblick auf solche Fälle hat der Gesetzgeber in § 69 SGB V eine Marktverhaltenskontrolle durch Kartellbehörden und Kartellgerichte ausgeschlossen. Darum geht es indessen bei der Zusammenschlusskontrolle nicht. Die Zusammenschlusskontrolle bezweckt den Schutz der *Marktstruktur* gegen die Versuche der Marktteilnehmer, durch Unternehmenszusammenschlüsse marktbeherrschende Stel-

13 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2003, VI-U (Kart) 39/01, Rz. 21 ff.

14 BSG, Beschluss vom 31. August 2000, BSGE 87, 95, 99.

15 BSG, Beschluss vom 28. Juni 2000, BSGE 86, 223, 229.

16 Im letzteren Sinne wohl BSG Beschluss vom 25. September 2001, BSGE 89, 24, 34 (3. Senat); im ersteren Sinne BSG, Beschluss vom 28. Juni 2000, BSGE 86, 223, 230 (6. Senat) sowie BSG, Beschluss vom 31. August 2000, BSGE 87, 95, 99 (3. Senat); offen gelassen in BGH, Beschluss vom 24. Juni 2003, KZR 18/01, WuW/E DE-R 1139 = VersR 2003, 1188, 1189.

lungen zu begründen oder zu verstärken. Es geht nicht um das Verhalten auf den Märkten, sondern um ein der Konstitution von Märkten vorgelagertes Verhalten.

93. Anders als Verhaltenskoordination oder Machtmissbrauch wirken sich Unternehmenszusammenschlüsse deshalb im Allgemeinen auch auf mehreren Märkten aus. Dies gilt gerade auch für Zusammenschlüsse im Krankenhaussektor. Sie stärken nicht nur die Position der beteiligten Krankenhäuser gegenüber den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung und der ihnen angeschlossenen Patienten, sondern auch gegenüber solchen Patienten, die privat versichert oder auch gar nicht versichert sind. Es liegt auf der Hand, dass der Ausschluss des Kartellrechts in § 69 SGB V weder nach seinem Wortlaut noch nach seiner systematischen Stellung in einem sozialversicherungsrechtlichen Gesetz solche Leistungsbeziehungen betreffen kann. Entsprechendes gilt für die Beziehungen zwischen Krankenhausunternehmen und privaten Krankenversicherungsunternehmen, soweit sie sich auf Märkten gegenüberstehen. Außerdem treten Krankenhausunternehmen aber auch auf mehreren anderen Märkten als Nachfrager auf, so beispielsweise als Nachfrager für Medizintechnik, die nicht in den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung fällt, oder als Nachfrager von Dienstleistungen von Unternehmen, die auf Krankenhausbelieferung spezialisiert sind. Ein kategorischer Ausschluss der §§ 35 ff. GWB würde den Wettbewerb auf den genannten Märkten gegenüber Unternehmenszusammenschlüssen schutzlos stellen, obwohl § 69 SGB V gar nicht eingreift und für diese Märkte überhaupt keine sozialrechtliche Regelung besteht. Damit entsteht eine offensichtlich vom Gesetzgeber unbeabsichtigte und in der Sache ungerechtfertigte Lücke zwischen Wettbewerbsrecht und Sozialrecht.

94. Nach Auffassung der Monopolkommission kann sich die in § 69 SGB V angeordnete „abschließende“ Wirkung demnach nur auf die kartellrechtliche *Marktverhaltenskontrolle* beziehen, nicht auf die *Marktstrukturkontrolle*. Es ist vielmehr unverändert Aufgabe des Bundeskartellamts, die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auf den Gesundheitsmärkten im Wege der Zusammenschlusskontrolle zu überwachen und zu verhindern. Da es nicht möglich ist, Krankenhausfusionen nur in Bezug auf Marktbeziehungen mit Privatpatienten zu kontrollieren, impliziert dies eine Erstreckung der Auswirkungen der Zusammenschlusskontrolle auch auf solche Gesundheitsmärkte, auf denen die Leistungen von der gesetzlichen Krankenversicherung finanziert werden.

95. Eine Aufspaltung der Zusammenschlusskontrolle wäre weder möglich noch sinnvoll oder vom Gesetzgeber intendiert. Der wesentliche Zweck des § 69 SGB V geht dahin, widersprechende Entscheidungen verschiedener Staatsorgane und verschiedener Gerichtsbarkeiten zu wettbewerblichen Fragen der Gesundheitsmärkte zu verhindern. Zu solchen widersprechenden Entscheidungen kann es in Bezug auf die sozialrechtlich geregelten Leistungsbeziehungen kommen, im Übrigen nicht. Wollte man § 69 SGB V in einem umfassenden Sinne interpretieren, liefe dies auf eine Schutzlosstellung des Wettbewerbs hinaus. Es gibt aber keinen Hinweis darauf, dass einer Vermachtung der Gesundheitsmärkte Vorschub geleistet werden sollte. Die intensiven politischen Bemühungen um eine Kostendämpfung im Gesundheitswesen lassen eine solche Vermachtung geradezu als kontraproduktiv erscheinen, so dass bei der Gesetzesauslegung darauf zu achten ist, dass der Wettbewerb in möglichst großem Umfang erhalten bleiben kann. Was die Marktverhaltenskontrolle betrifft, so schließt § 69 SGB V eine Anwendung von Kartell- und Missbrauchsverbot durch die Sozialgerichte jedenfalls nicht aus; eine Durchsetzung materiellen Wettbewerbsrechts in der Sozialgerichtsbarkeit ist immerhin möglich. Dies ist bei der Zusammenschlusskontrolle anders, da es im sozialrechtlichen

Bereich an den erforderlichen Verfahren und Behördenstrukturen fehlt. Eine Zusammenchlusskontrolle kann hier nur durch das Bundeskartellamt vorgenommen werden.

96. Im Ergebnis sind die §§ 35 ff. GWB daher auch auf Zusammenschlüsse im Krankenhaussektor anzuwenden. Ein Antrag auf Ministererlaubnis, der sich gegen eine Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts in diesem Bereich richtet, ist daher insoweit zulässig.

5.2 Zulässigkeit eines parallelen Ministererlaubnis- und Beschwerdeverfahrens

97. Gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts vom 10. März 2005 haben beide Zusammenschlussbeteiligte Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt, in der die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle bestritten und die Marktabgrenzung des Bundeskartellamts angegriffen wird. In seinem Beschluss vom 5. Oktober 2005 hat das OLG das Bundeskartellamt zu weiteren Ermittlungen aufgefordert. Für die zwei vom Zusammenschluss betroffenen Märkte sollen anhand einer Feststellung der Patientenströme erneut die räumliche Abgrenzung des Marktes und die Marktanteilsberechnung vorgenommen werden. Das Bundeskartellamt führt derzeit die entsprechenden Ermittlungen durch.¹⁷ Das Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf ist daher noch anhängig und wird fortgesetzt, weil das Bundeskartellamt einem Antrag der am Zusammenschluss Beteiligten auf Ruhen des Beschwerdeverfahrens nicht zugestimmt hat. Daraus ergibt sich die Frage, inwieweit die Einleitung des Ministererlaubnisverfahrens parallel zum Beschwerdeverfahren beim OLG Düsseldorf zulässig ist.

98. Nach Erlass einer Untersagungsverfügung können die am Verfahren Beteiligten Beschwerde beim zuständigen Oberlandesgericht einreichen (§ 63 Abs. 1 und 4 GWB). Nach § 66 Abs. 1 GWB beträgt die Frist für die Beschwerde einen Monat seit Zustellung der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts; im Falle der Antragstellung einer Ministererlaubnis beginnt diese Frist mit der Zustellung der Verfügung des Bundeswirtschaftsministers. Für die Antragstellung nach § 42 GWB gilt die gleiche Regelung vice versa. Der Antrag muss innerhalb eines Monats seit Zustellung der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts gestellt werden; im Falle der Anfechtung der Untersagung beginnt diese Frist zu dem Zeitpunkt, in dem die Untersagung unanfechtbar wird (§ 42 Abs. 3 Satz 2 GWB).

99. Die Gesetzesformulierungen zur Regelung der Fristen für die Antragstellung nach § 42 GWB bzw. zur Beschwerde nach § 63 GWB legen nahe, dass der Gesetzgeber ein Nacheinander der beiden im Anschluss an eine Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts zulässigen Verfahren vorgesehen hat. Dies ist nach Meinung der Monopolkommission aus verfahrensökonomischer Sicht auch sinnvoll, weil im Falle einer Genehmigung des Zusammenschlusses durch den Bundeswirtschaftsminister die gerichtliche Befassung mit der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts obsolet wird. In der Kommentarliteratur wird die Frage der Zulässigkeit von Beschwerde beim OLG und gleichzeitiger Beantragung der Ministererlaubnis allerdings nicht einheitlich beurteilt. Einerseits wird die Meinung geäußert, dass die gegen die Untersagungsverfügung gerichteten Verfahren nach Wahl der Beteiligten nacheinander, aber nicht parallel betrieben werden können.¹⁸ Die gegenteilige Auffassung hält es dagegen für zulässig, dass die Fusionsbeteiligten die Anfechtung der Untersagungsverfügung

¹⁷ Vgl. Antrag, S. 17.

¹⁸ So z.B. Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, München 2001, § 42 Rdnr. 13 sowie Emmerich, Kartellrecht, 9. Auflage, München 2001, S. 317.

und den Antrag auf Ministererlaubnis nebeneinander einleiten.¹⁹ Die Frage bedarf in ihrer Allgemeinheit hier keiner Entscheidung. In einer besonderen Fallkonstellation wie der hier vorliegenden sprechen jedenfalls die stärkeren Gründe für die Zulassung paralleler Verfahren.

100. Der Antrag auf Ministererlaubnis wird nur von einem Zusammenschlussbeteiligten, dem Landkreis Rhön-Grabfeld, gestellt. Es haben jedoch beide Zusammenschlussbeteiligten Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt. In der – hier nicht vorliegenden – Konstellation, in der die beiden möglichen gegen die Untersagungsverfügung gerichteten Verfahren jeweils nur allein von einem der beiden Zusammenschlussbeteiligten betrieben würden, müssen beide Verfahren gleichzeitig betrieben werden, da keinem der beiden Rechtssuchenden mit Hinweis auf das jeweils andere Verfahren die Wahrnehmung seiner Interessen verweigert werden darf. Dies muss aber auch dann gelten, wenn – wie im vorliegenden Falle – der Landkreis Rhön-Grabfeld beide Verfahren parallel betreibt, die Rhön-Klinikum AG dagegen lediglich Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt hat. Anderenfalls könnte ein paralleles Verfahren nur dann vermieden werden, wenn der Landkreis Rhön-Grabfeld dazu verpflichtet würde, seinen Antrag auf Ministererlaubnis hinter der von beiden Zusammenschlussbeteiligten getragenen Beschwerde beim OLG Düsseldorf zurückzustellen. Dies würde aber den Antragstellern die Wahlfreiheit bei der Reihenfolge der Verfahren (und damit seine individuelle Entscheidung über die Chancen, seinen Interessen zum Erfolg zu verhelfen, unter Berücksichtigung seiner Kostenüberlegungen bei der Gesamtschau der für ihn verfügbaren Rechtsmittel) nehmen.

101. Aus dem unterschiedlichen Vorgehen der am Zusammenschluss Beteiligten gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts werden die unterschiedlichen Interessen beider Antragsteller deutlich. Der Landkreis Rhön-Grabfeld beabsichtigt, durch die Veräußerung der Kreiskrankenhäuser seinen Haushalt zu entlasten. Die Antragstellung des Landkreises wird nach dem Vortrag des Antragstellers in der mündlichen Anhörung der Monopolkommission dadurch motiviert, dass der Landkreis für die geltend gemachten Gemeinwohlgründe verantwortlich sei. Nach der Bayerischen Landkreisordnung sei der Landkreis zur Sicherstellung der Krankenhausversorgung verpflichtet, und es gehe zudem um die Entlastung des Haushalts des Landkreises. Für diese Fragen sei die Rhön-Klinikum AG nicht zuständig; sie habe daher keinen eigenen Antrag auf Erlaubnis gestellt, unterstütze aber den Antrag des Landkreises. Sofern der Minister den Antrag des Landkreises auf Erlaubnis ablehnt, ergibt sich daraus keine Auswirkung auf das parallel betriebene Beschwerdeverfahren. Für diesen Fall wäre ein nachgelagertes (oder ein zwischenzeitlich ruhendes) Gerichtsverfahren mit dem Nachteil eines zeitlichen Aufschubs verbunden. Wenn dagegen umgekehrt der Minister dem Antrag (gegebenenfalls unter Bedingungen und Auflagen) stattgibt, dann ist die Beschwerde beim OLG Düsseldorf in der Hauptsache erledigt. Die Rhön-Klinikum AG möchte nach eigenem Bekunden aber auch die Grundsatzfrage geklärt haben, ob die Fusionskontrolle auf den Krankenhaussektor anwendbar ist, da dieser Fall für viele zukünftige Fälle stehe. Deshalb soll das Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf weitergeführt werden. Die Rhön-Klinikum AG als Beschwerdeführer hat im Falle einer Genehmigung des Zusammenschlusses durch den Bundeswirtschaftsminister die Möglichkeit, trotz Erledigung in der Hauptsache ihr Rechtsschutzbegehren im Wege eines Fortsetzungsfeststellungsverfahrens beim OLG Düsseldorf weiter zu verfolgen, sofern einem entsprechenden Antrag der Beschwerdeführer vom Gericht

¹⁹ So z. B. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 66 Rdnr. 9 mit dem Hinweis, dass dies die herrschende Meinung sei.

stattgegeben wird.²⁰ Bei einer solchen Sachlage würden die auf Beschluss des OLG zwischenzeitlich angestellten Ermittlungen des Bundeskartellamts nicht gegenstandslos, so dass die Ablehnung des Amtes, das Verfahren ruhen zu lassen, letztlich – auch für die Beschwerdeführer – zu einem Zeitgewinn beim Beschwerdeverfahren führen würde, wenn es denn unabhängig vom Ergebnis der Ministerentscheidung weiter betrieben würde. Unter diesen Bedingungen wäre das gleichzeitige Betreiben beider gegen die Untersagungsverfügung gerichteter Verfahren nicht nur hinzunehmen, sondern darüber hinaus auch aus verfahrensökonomischen Gründen von Vorteil.

5.3 Zur „Gemeinwohlfähigkeit“ des Zusammenschlusses

102. In Fachkreisen wurde bereits vor Antragstellung im laufenden Verfahren die Frage gestellt, ob ein Zusammenschluss in seinen Auswirkungen eine bestimmte Größenordnung erreichen muss, damit die Vorschriften zur Ministererlaubnis anwendbar sind.²¹ Dies legen angeblich bereits die Tatbestandsmerkmale „gesamtwirtschaftliche Vorteile“ und „überragendes Interesse der Allgemeinheit“, deren Vorliegen die Voraussetzung zur Erlaubniserteilung begründet, begrifflich nahe. Folgt man dieser Argumentation, dann können Unternehmenszusammenschlüsse, die – wie der vorliegende Fall – lediglich von lokaler Bedeutung sind, dem Ausnahmecharakter einer Ministererlaubnisentscheidung nicht entsprechen. Im Ergebnis würde damit für Ministererlaubnisfälle eine bestimmte, im Gesetz nicht näher quantifizierte Bagatellschwelle oberhalb der für die Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt geltenden Schwellen in § 35 GWB eingezogen.

103. Diese Rechtsauffassung zieht eine Parallele zur Argumentation im Falle der Abschaffung der Ministererlaubnis bei Kartellen nach § 8 GWB a.F. Hierzu heißt es in der Begründung der Bundesregierung zur Siebten GWB-Novelle:²²

„In den Fällen von Vereinbarungen mit rein lokalen oder regionalen Auswirkungen ist kaum vorstellbar, dass ein überragendes Gemeinwohlinteresse im Sinne des bisherigen § 8 besteht.“

Übernimmt man diese knappe Charakterisierung des Sachverhalts für die Fusionskontrolle, dann wird (ohne nähere Begründung) unterstellt, dass als Voraussetzung zum Tätigwerden des Bundeswirtschaftsministers im Rahmen von § 42 GWB überregionale Auswirkungen eines Zusammenschlusses vorhanden sein müssen.

20 An das Vorliegen eines berechtigten Feststellungsinteresses werden nach jüngster Rechtsprechung in der Praxis allerdings besondere Anforderungen gestellt. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf genügt für ein Feststellungsinteresse nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB grundsätzlich jedes nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art. Jedoch muss ein solches Interesse aus dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr hergeleitet oder mit einer unklaren Rechtslage begründet sein. Dazu muss sich die Wiederholung der Rechtshandlung konkret abzeichnen. Unabhängig davon muss die begehrte Feststellung geeignet sein, dem Betroffenen eine verlässliche Beurteilungsgrundlage für künftige Entscheidungen zu verschaffen. Dies ist der Fall, wenn künftig gleiche tatsächliche Verhältnisse herrschen sowie gleiche Tatbestandsvoraussetzungen gelten werden und wenn es um dieselben Personen gehen wird (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Januar 2006, VI-Kart 8/05 (V)).

21 Vgl. Antrag, S. 42.

22 Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 27, re. Sp.

104. Die Monopolkommission teilt nicht die Auffassung, dass die Anerkennung von Gemeinwohlvorteilen an bestimmte Mindestgrößen des Zusammenschlusses geknüpft werden darf. Die Bagatellschwellen, die für ein Zusammenschlussverfahren des Bundeskartellamts maßgeblich sind, kennzeichnen die Grenze, unterhalb der Fusionen von geringer wirtschaftlicher Bedeutung bzw. marginalen wettbewerblichen Auswirkungen vorliegen, deren Kontrolle nicht durch ein öffentliches Interesse begründet ist. Die Anforderungen an die Gemeinwohlfähigkeit eines Zusammenschlusses, die sich mit dem Begriff „gesamtwirtschaftliche Vorteile“ verbindet, besagen zunächst, dass einzelwirtschaftliche Vorteile, die mit einer Wettbewerbsbeschränkung stets verbunden sind, eine Erlaubnis nicht rechtfertigen können.²³ Ebenfalls unbestritten ist, dass die Begriffe „Gesamtwirtschaft“ und „Allgemeinheit“ nicht die gesamte Volkswirtschaft oder sämtliche Bürger umfassen müssen; die Vorteile wettbewerbsbeschränkender Zusammenschlüsse müssen jedoch einem größeren Personenkreis zugute kommen, der erheblich über den Kreis der Beteiligten hinausreicht.²⁴

105. Der Kreis der Interessenträger kann jedoch begrenzt sein, eine nationale Bedeutung ist nicht erforderlich. Dafür spricht, dass der Prüfung der Ministererlaubnis ein komparatives Element innewohnt. Der Minister hat zu untersuchen, ob die gesamtwirtschaftlichen Vorteile die Wettbewerbsbeschränkung „aufwiegen“ und ob das behauptete Interesse der Allgemeinheit die Wettbewerbsbeschränkung an Bedeutung „überragt“. Wenn nun die Wettbewerbsbeschränkung lokal oder regional begrenzt ist, bildet sie mit dieser Begrenzung den Vergleichsmaßstab für die Prüfung des Ministers; dann muss es aber auch für die Anerkennung von kompensierenden gesamtwirtschaftlichen Vorteilen bzw. überragenden Allgemeininteressen genügen, wenn sie sich in der betreffenden Region zeigen.²⁵ Andernfalls wäre es als Hypothese denkbar, dass in einer Gegend die Krankenhausversorgung als Folge der Versagung eines Zusammenschlusses zusammenbricht und dass damit ein per se unstrittiges Gemeinwohlinteresse berührt ist, dass der Minister aber gleichwohl keine Erlaubnis erteilen darf, weil nur Gemeinwohlinteressen von nationaler Bedeutung dies legitimieren würden und die Krankenhausversorgung in allen anderen Gegenden bestens funktioniert. Eine solche Konsequenz muss ausgeschlossen werden. Sie wird es dadurch, dass der Bundesminister für Wirtschaft auch Gemeinwohlgründe von regionaler Bedeutung in seine Abwägung einbezieht. Er wird insoweit also zum Sachwalter solcher regionalen Interessen. Dies entspricht freilich dem Umstand, dass im Bereich der Fusionskontrolle die Wettbewerbsbehörde des Bundes, das Bundeskartellamt, und nicht eine Landeskartellbehörde zuständig ist, dies auch bei einer ausschließlich regionalen Bedeutung des Zusammenschlusses. In der Zusammenschlusskontrolle nehmen die Kartellbehörden des Bundes – Bundeskartellamt und Bundesminister für Wirtschaft – nach der Konzeption des GWB Aufgaben wahr, die nach ihrer regionalen Bedeutung eigentlich Sache des einzelnen Bundeslandes wären. Damit ist den Bundeskartellbehörden aber auch das Recht verwehrt, die Befassung mit einem Fall unter Berufung auf seine regionale Bedeutung abzulehnen. Das relativiert jedoch nicht den Ausnahmecharakter der Ministererlaubnisentscheidung, der in jedem Einzelfall hohe Anforderungen an den Nachweis der Ge-

23 Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 42 Rdnr. 26.

24 So im Zusammenhang mit der Ministererlaubnis in Kartellverfahren Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 8 Rdnr. 38.

25 Auf diesen Zusammenhang hat die Monopolkommission bereits in ihrem Sondergutachten zum Ministererlaubnisverfahren Holtzbrinck/Berliner Verlag hingewiesen (vgl. Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, Sondergutachten 36, Baden-Baden 2003, Tz. 62). Sowohl die Wettbewerbsbeschränkung als auch die geltend gemachten Gemeinwohlvorteile betrafen im Wesentlichen Berlin als eng abgegrenzte Region; bei der Abwägung von Vor- und Nachteilen des Zusammenschlusses musste daher gleichermaßen auf die relative Bedeutung beider im Verhältnis Berlins zur Bundesrepublik Deutschland abgestellt werden.

meinwohlfähigkeit von Zusammenschlüssen stellt. Bei der Prüfung der Gemeinwohlgründe muss festgestellt werden, ob die behaupteten Vorteile des Zusammenschlusses (soweit sie im Ministererlaubnisverfahren überhaupt anerkennungsfähig sind) nachweislich vorhanden, quantitativ erheblich, dem Zusammenschluss kausal zuzuordnen und auch nur durch diesen Zusammenschluss erreichbar sind.

106. Zusammenfassend hält die Monopolkommission den Antrag auf Ministererlaubnis für zulässig.

6. Das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkungen

107. Das Ministererlaubnisverfahren erfordert zum Zwecke der Abwägung mit der Bedeutung der Gemeinwohlvorteile eine Gewichtung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen des Zusammenschlusses. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie bzw. sein Vertreter ist zwar in seiner Entscheidung an die tatsächlichen Feststellungen der Untersuchungsverfügung gebunden. Im Rahmen seiner Abwägung ist er jedoch dazu verpflichtet, das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung zu bestimmen. Das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung hängt davon ab, wie man die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Betroffenen beurteilt. Je bedeutender die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Betroffenen sind, desto höhere Anforderungen hat der Minister an die Gemeinwohlvorteile zu stellen und umgekehrt. Dies gilt auch für die Empfehlung der Monopolkommission.

108. Die Monopolkommission geht im Folgenden davon aus, dass es einen Markt für Krankenhausleistungen im Sinne des GWB gibt. Dagegen ist im Rahmen des Verfahrens teilweise behauptet worden, dass Wettbewerb im Bereich der Versorgung mit Krankenhausleistungen keine Rolle spiele. Daran ist zutreffend, dass sich Patient und Krankenhausträger nicht auf einem Wettbewerbsmarkt im herkömmlichen Sinne gegenüberstehen. Die vom Krankenhaus erbrachte Leistung wird nicht vom Patienten, sondern von dessen Krankenkasse vergütet. Der Preis dieser Leistung ist durch die regulatorischen Vorschriften des Sozial- und Krankenhausrechtes vorgeschrieben und kann von den Marktteilnehmern nicht beeinflusst werden. Preiswettbewerb findet demnach nicht statt. Diese Besonderheiten schließen jedoch nicht aus, dass die einzelnen Krankenhausträger im Wettbewerb um Patienten stehen. Wettbewerbsparameter ist in diesem Fall die Qualität der im Krankenhaus erbrachten Leistungen. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass dieser Qualitätswettbewerb besonders schützenswert ist. Da eine freie Preissetzung in diesem Bereich ausgeschlossen ist, besteht die Gefahr, dass marktmächtige Anbieter ihre Verhaltensspielräume zu Lasten der Qualität ausnutzen. Eine derartige Qualitätsabsenkung wäre gerade im Gesundheitsbereich als besonders problematisch anzusehen. Das Schutzanliegen des GWB, den wirtschaftlichen Wettbewerb insbesondere zum Wohle der Verbraucher aufrechtzuerhalten, erstreckt sich deshalb auch auf die Beziehung zwischen Krankenhaus und Patient. Unter diesem Gesichtspunkt ist es angebracht, einen Markt für Krankenhausleistungen im Sinne des GWB anzunehmen.

6.1 Marktabgrenzung

109. Die Zusammenschlussbeteiligten haben gegenüber der Monopolkommission vorgetragen, dass das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung zu vernachlässigen sei. Die hohen Marktanteile, auf denen die marktbeherrschende Stellung der Rhön-Klinikum AG bzw. ihre Verstärkung beruht, würden sich durch die vom Kartellamt vorgenommene zu enge räumliche Abgrenzung des Marktes ergeben; bei einer weiteren Abgrenzung wären die Marktanteile dagegen deutlich geringer. Die enge räumliche Abgrenzung des Marktes sei nicht zutreffend. Das ergebe sich schon daraus, dass bei der Marktabgrenzung nicht nur die aktuellen Patientenströme zu berücksichtigen seien, sondern vielmehr auch Wanderungsbewegungen, die stattfinden würden, falls die Qualität der Krankenhausleistungen in Bad Neustadt und Umgebung aufgrund der marktmächtigen Stellung der Rhön-Klinikum AG tatsächlich sinken würde.

110. Dem ist zu widersprechen. Zunächst sei darauf hingewiesen, dass auch die Zusammenschlussbeteiligten nicht bestreiten, dass die räumliche Marktabgrenzung des Bundeskartellamts die aktuellen Patientenströme zutreffend abbildet. Jedenfalls ist die Marktabgrenzung nicht zu eng. So ergibt sich aus einer im Auftrag der Rhön-Klinikum AG erstellten Studie, dass 85 % der Befragten bei Krankenhausbesuchen in den letzten Jahren immer ein Krankenhaus in der Nähe ihres Wohnortes gewählt hatten, weitere 5 % besuchten zumindest teilweise ein Krankenhaus in der Nähe.²⁶ Es ist durchaus möglich, bei der Marktabgrenzung neben den tatsächlichen Nachfrageverhältnissen auch mögliche Reaktionen der Nachfrager auf Preis- oder Qualitätsänderungen zu berücksichtigen. Das Bundeskartellamt trägt diesen Alternativen allerdings insofern Rechnung, als beide räumlich relevanten Märkte zumindest zwei Allgemeinkliniken, die in unterschiedlichen Städten gelegen sind, umfassen. So zählen z.B. das Kreiskrankenhaus in Bad Neustadt und das St. Elisabeth-Krankenhaus in Bad Kissingen, die 23 km voneinander entfernt sind, zum gleichen räumlichen Markt. Wenn die Zusammenschlussbeteiligten tatsächlich damit rechnen, dass Patienten aus Bad Neustadt im Falle eines Zusammenschlusses Krankenhäuser im 40 km entfernten Schweinfurt oder sogar im 79 km entfernten Würzburg aufsuchen würden, wäre dies wegen der besonderen Affinität der Patienten zu nahe gelegenen Kliniken als Indiz dafür zu sehen, dass die Rhön-Klinikum AG tatsächlich über eine marktmächtige Stellung im räumlichen Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen verfügt und diese zu Lasten der Qualität ausnutzt. Das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung wäre demnach als besonders hoch einzustufen.

111. Im Umfeld der Zusammenschlussbeteiligten wird die Auffassung vertreten, die Marktabgrenzung zur Untersuchung der Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses sei mit einem SSNIP (small but significant non-transitory increase in price)-Test zu prüfen. Beim SSNIP-Test wird die Marktabgrenzung durch die Ermittlung von Preiselastizitäten bestimmt. Der Test lässt sich freilich auf den deutschen Krankensektor nicht anwenden, weil es dort keine Preissetzungsspielräume gibt. Demnach kann auch keine Preiselastizität bestimmt werden. Eine analoge Anwendung des SSNIP-Testes für Qualitäts- statt Preisveränderungen ist ebenfalls nicht möglich, da Qualität nicht auf einer kardinalen Skala messbar ist. So ist z.B. nicht klar, was unter einer Qualitätserhöhung oder -absenkung „um 10 %“ zu verstehen wäre.

112. Der Antragsteller führt ferner an, dass der relevante räumliche Markt sich seit den Ermittlungen des Bundeskartellamtes vergrößert habe. Durch das neu gebaute und Ende 2005 eröffnete Teilstück der Bundesautobahn A 71 zwischen Erfurt und Schweinfurt habe sich die Fahrzeit von Bad Neustadt nach Schweinfurt von gut 45 Minuten auf nur noch ca. 15 Minuten, von Bad Neustadt nach Würzburg von einer Stunde auf etwa 30 Minuten reduziert. Die Ersparnis von jeweils circa einer halben Stunde scheint übertrieben. Ein gängiger Routenplaner setzt für die Fahrt von Bad Neustadt nach Schweinfurt ohne die Benutzung von Autobahnen 43 Minuten an, bei der Benutzung von Autobahnen verringert sich die Fahrzeit auch bei Annahme einer durchschnittlichen Autobahngeschwindigkeit weit über der Richtgeschwindigkeit von 130 km/h lediglich um 12 Minuten auf eine gute halbe Stunde. Bei der Fahrt von Bad Neustadt nach Würzburg liegt die Zeitersparnis ebenfalls nur bei einer viertel, nicht bei einer halben Stunde.

113. Der entsprechend geringe Effekt durch den Autobahnausbau dürfte durch die Tatsache, dass seit dem 1. Januar 2004 Transporte ins Krankenhaus nicht mehr von der Krankenkasse übernommen werden, zumindest kompensiert werden. Denn dadurch, dass die Patienten seit-

²⁶ Forschungsgruppe Wahlen Telefonfeld, Krankenhaus-Studie, Februar 2006, Frage 20.

her für die Kosten der Fahrt zum Krankenhaus selber aufkommen müssen, dürfte ihre Bereitschaft, ein weiter entfernt liegendes Krankenhaus aufzusuchen, deutlich verringert worden sein. In den Anhörungen wurde der Monopolkommission mehrfach versichert, dass die schnelle und gute Erreichbarkeit eines Krankenhauses für die Krankenhauswahl eines Patienten entscheidend sind. Diese Aussagen decken sich mit den oben (Tz. 110) referierten Umfrageergebnissen. Da der Patient *de facto* bei der Einweisung in ein bestimmtes Krankenhaus zumindest mitentscheidet, dürfte damit in aller Regel ein Krankenhaus in der Nähe gegenüber einem weiter entfernt liegenden deutlich bevorzugt werden.

114. Insgesamt ist die Monopolkommission der Ansicht, dass die vom Bundeskartellamt vorgenommene räumliche Marktabgrenzung für eine Prognose der Wettbewerbswirkungen auf die Qualität der Krankenhausleistungen brauchbar ist. Eine weitere räumliche Abgrenzung würde die zu erwartenden Wettbewerbswirkungen jedenfalls deutlich weniger gut erfassen.

115. Die sachliche Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes wurde vom OLG Düsseldorf als zu weit kritisiert. Das Gericht hat das Amt daher aufgefordert, die Marktanteile nach Abteilungen und Versorgungsstufe der betroffenen Krankenhäuser zu ermitteln. Die vorläufigen Ergebnisse dieser Ermittlungen liegen der Monopolkommission vor. Da sich auch bei dieser Abgrenzung der sachlichen Märkte im räumlichen Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen Marktanteile ergeben, die weit über der Vermutungsschwelle von einem Drittel liegen, kann an dieser Stelle offen bleiben, welche Marktabgrenzung letztlich geeigneter für eine Prognose der Wettbewerbswirkungen auf die Qualität der Krankenhausleistungen ist.

116. Im Antrag auf Ministererlaubnis weist der Landkreis Rhön-Grabfeld auf vier Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse hin, die im Rahmen der erneuten Prüfung des Untersagungsbeschlusses zu berücksichtigen seien. Im Einzelnen sind dies die Veräußerung des Aktienpaketes der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG, München, an der Rhön-Klinikum AG, der Beschluss des Kreistages, das Krankenhaus in Mellrichstadt zum Ende des Jahres 2006 zu schließen, die Übernahme des Heinz-Kalk-Krankenhauses in Bad Kissingen durch die Rhön-Klinikum AG zum 1. Januar 2006 und die Kündigung eines Managementvertrages zwischen dem Landkreis Rhön-Grabfeld und der Rhön-Klinikum AG.²⁷ Die Monopolkommission hält keinen der vier Punkte für geeignet, das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung zu verringern. Wenn das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung durch diese vier Punkte überhaupt beeinflusst würde, so würde die Übernahme des Heinz-Kalk-Krankenhauses in Bad Kissingen durch die Rhön-Klinikum AG zu einer Zunahme der Marktmacht der Rhön-Klinikum AG und damit auch der durch die Fusion zu erwartenden Wettbewerbsbeschränkung führen.

6.2 *Qualitätswettbewerb auf dem Krankenhausmarkt*

117. Der Antragsteller vertritt die Ansicht, dass Qualitätswettbewerb im Krankenhausbereich nur eine sehr eingeschränkte Rolle spiele. Zum einen sei eine Reduzierung der medizinischen Qualität bereits aus haftungs- und strafrechtlichen Gründen ausgeschlossen. Zum andern gebe es bereits heute Landkreise, in denen sämtliche Krankenhäuser einem einzigen Träger gehören. In den betreffenden Landkreisen seien bislang keine Probleme für die Patienten bekannt geworden. Die Monopolkommission hält dagegen Qualitätswettbewerb im Krankenhausbereich für besonders wichtig. Da Preiswettbewerb in diesem Bereich ausgeschlossen ist, spielt

²⁷ Vgl. Tz. 54 ff.

der Wettbewerb um die Qualität aus Sicht der Krankenhausträger eine um so größere Rolle. Aber auch aus Sicht der Nachfrager – in diesem Falle der Patienten – ist Qualität in diesem Bereich wichtiger als bei anderen Produkten oder Dienstleistungen, die nicht direkt die eigene Gesundheit betreffen. Dies ist der Monopolkommission in den Anhörungen bestätigt worden und ergibt sich auch aus den folgenden Überlegungen.

118. Erhebliche Unterschiede zwischen verschiedenen Krankenhäusern in der Qualität der ärztlichen, der pflegerischen und sonstiger Leistungen sind durchaus denkbar. Denn Fehler eines Arztes oder des Pflegepersonals, die haftungs- oder sogar strafrechtlich relevant sind, bilden im Rahmen der Qualitätssicherung lediglich die Spitze des Eisbergs. Es muss jedoch sichergestellt werden, dass auch bei der großen Zahl von Leistungen, die sich im Graubereich zwischen eindeutig richtigen und eindeutig falschen Behandlungen abspielt, die höchstmögliche Qualität geboten wird. Dazu benötigt man im Krankensektor den Qualitätswettbewerb.

119. Zwar gibt es zahlreiche Bemühungen des Gesetzgebers, durch rechtliche Regelungen Qualität zu garantieren. So soll beispielsweise die Festlegung einer unteren Grenzverweildauer so genannte „blutige Entlassungen“ verhindern. Durch den Abschlag, den ein Krankenhaus bei einer Entlassung unterhalb der unteren Grenzverweildauer auf die für die Behandlung fällige Fallpauschale hinnehmen muss, soll eine extrem frühe, medizinisch nicht sinnvolle Entlassung verhindert werden. Auch hier gilt jedoch, dass derartige Regelungen lediglich besonders gravierendes Fehlverhalten verhindern können. Dass der Arzt sich bei der Unzahl an zu treffenden Einzelentscheidungen im Zweifel immer für die Qualität und gegen eine Kostenersparnis entscheidet, kann neben seinem Berufsethos nur der Wettbewerb garantieren, d.h. die Gefahr, dass im Falle einer Entscheidung gegen die Qualität sich Patienten künftig für ein anderes Haus entscheiden. Selbst wenn ein Arzt aufgrund seines Berufes immer ein Interesse daran hat, sich für die Qualität und gegen eine Kostenersparnis zu entscheiden, muss er in der Lage sein, diese Entscheidung auch intern gegenüber dem Betreiber des Krankenhauses durchsetzen zu können. Dies gelingt mit um so größerer Wahrscheinlichkeit, je größer die Gefahr der Abwanderung von Patienten bei schlechter Qualität ist. Im Übrigen umfasst der Qualitätswettbewerb auch Leistungen eines Krankenhauses, die rechtlich überhaupt nicht einklagbar sind, wie z.B. die Freundlichkeit des Personals, Wartezeiten, die Ausstattung der Zimmer, die Reichhaltigkeit der Verpflegung etc. Hier kann nur der Wettbewerb ein gewisses Qualitätsniveau gewährleisten.

120. Schließlich wäre die bei den Anhörungen immer wieder betonte Aussage, die von der Rhön-Klinikum AG angebotene Leistung sei deutlich besser als die eines durchschnittlichen Krankenhauses, nicht überzeugend, wenn die Qualität von Krankenhäusern nicht unterschiedlich wäre und von Seiten des Anbieters nicht beeinflusst werden könnte. Um die von der Rhön-Klinikum AG derzeit angebotene hohe Qualität auch auf Dauer zu garantieren, muss der derzeit bestehende Wettbewerb zwischen Krankenhäusern der Rhön-Klinikum AG und Krankenhäusern anderer Betreiber erhalten bleiben. Bei der Entscheidung über die Übernahme der Kreiskrankenhäuser durch die Rhön-Klinikum AG handelt es sich um eine Strukturentscheidung. Unbeschadet der hohen Qualität, die die Rhön-Klinikum AG heute bietet, soll eine Marktstruktur erhalten werden, die durch die mit ihr verbundenen Anreizwirkungen unabhängig von den unternehmerischen Zielen der einzelnen Marktteilnehmer eine höchstmögliche Qualität im Krankensektor garantiert.

121. Der Antragsteller führt weiter an, dass auch in Landkreisen, deren Krankenhäuser sich alle in der Hand eines einzigen Trägers befinden, bisher keine Qualitätsprobleme bekannt geworden seien. Dies kann zum einen wiederum darauf zurückzuführen sein, dass die Qualität eines Krankenhauses in weiten Teilen rechtlich nicht vollständig determiniert ist und viele Qualitätsmängel damit gar nicht offenkundig werden. Vor allem kann jedoch davon ausgegangen werden, dass in einem Großteil der betreffenden Landkreise keine Marktmacht des einzigen Trägers vorliegt, da die räumlich relevanten Märkte mehrere Landkreise umfassen und insofern das in anderer Trägerschaft befindliche Krankenhaus eines Nachbarlandkreises Wettbewerber des Krankenhauses im eigenen Kreis ist. So besteht ja auch in dem hier zu diskutierenden Fall der Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen aus zwei Landkreisen, Rhön-Grabfeld und Bad Kissingen, wobei die Rhön-Klinikum AG in beiden Landkreisen über eine starke Marktstellung verfügt.

122. Die Angst, dass sich ein mit der Leistung des Krankenhauses unzufriedener Patient das nächste Mal für eine andere Klinik entscheidet bzw. dass er durch Mund-zu-Mund-Propaganda dafür sorgt, dass sich andere künftige Patienten für eine andere Klinik entscheiden, ist für den Träger der Klinik nur dann ein Anreiz zur Qualitätssicherung, wenn sich das von den Patienten alternativ gewählte Haus in der Hand eines anderen Trägers befindet. Patienten, die mit der Leistung des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt nicht zufrieden sind, entscheiden sich zumindest überwiegend alternativ für das St. Elisabeth-Krankenhaus in Bad Kissingen oder – bei entsprechendem Wohnort – für das Krankenhaus in Meiningen. Für den jetzigen Träger ist dies ein Anreiz zur Qualitätssicherung. Wäre die Rhön-Klinikum AG der Träger des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt, so würde die Ausweichreaktion der Patienten nicht dazu führen, dass sie die Patienten verliert, da sie auch Träger der Allgemeinkliniken in Bad Kissingen und Meiningen ist. Ihr Anreiz zur Qualitätssicherung wäre demnach deutlich geringer.

123. Natürlich kann auch konzerninterner Wettbewerb zur Qualitätssicherung beitragen. Dieser erstreckt sich jedoch nicht auf den Punkt, an dem der Konzern als Ganzes ein Interesse daran hat, seine Gesamtkosten zu senken. Denn dann werden jeder einzelnen Konzerneinheit – hier einem einzelnen Krankenhaus – weniger Mittel zugestanden, um eine bestimmte Leistung zu erbringen. Dies wirkt sich naturgemäß negativ auf die Qualität der erbrachten Leistungen in jedem der konzerneigenen Häuser aus.

124. Zusammenfassend stellt die Monopolkommission fest, dass durch die Übernahme der Kreiskrankenhäuser des Landkreises Rhön-Grabfeld von der Rhön-Klinikum AG der Qualitätswettbewerb im Krankenhaussektor in den vom Bundeskartellamt identifizierten Märkten stark gefährdet wäre. Preiswettbewerb spielt im Krankenhausbereich heute nur eine marginale Rolle. Es scheint dennoch sinnvoll zu sein, heute Strukturen zu erhalten, die dem Gesetzgeber zumindest die Möglichkeit lassen, künftig gewisse Formen von Preiswettbewerb im Krankenhaussektor einzuführen. Diese Möglichkeit gibt es nicht mehr, wenn eine monopolistische Marktstruktur Preiswettbewerb von vornherein ausschließt. Angesichts der bereits heute hohen Marktdurchdringung der Rhön-Klinikum AG im Gebiet um Bad Neustadt an der Saale und die zu erwartende Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung in den Märkten Bad Neustadt/Bad Kissingen und Meiningen/Schmalkalden ist das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung durch eine Übernahme der Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt und Mellrichstadt erheblich.

7. Würdigung der Gemeinwohlgründe

125. Vor einer detaillierten Einzelbetrachtung der in diesem Falle vorgebrachten Gemeinwohlgründe sei zunächst allgemein darauf hingewiesen, dass als Gemeinwohlvorteil nur ein Aspekt in Betracht kommt, der als allgemeiner staats-, wirtschafts- oder gesellschaftspolitischer Rechtfertigungsgrund gelten kann. Es genügt nicht, dass die am Zusammenschluss Beteiligten die betriebswirtschaftliche Sinnhaftigkeit ihres Zusammenschlusses darlegen. Vielmehr muss die Allgemeinheit – in diesem Falle die Bevölkerung des Landkreises Rhön-Grabfeld und Umgebung – ein überragendes Interesse daran haben, dass dieser Zusammenschluss trotz seiner wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen vollzogen werden kann. Dies wäre dann der Fall, wenn die im Folgenden diskutierten Aspekte Vorteile für die Allgemeinheit darstellen, die sich nur dann realisieren lassen, wenn die geplante Fusion stattfindet, und wenn diese Vorteile die Wettbewerbsbeschränkungen überwiegen.

7.1 Sicherung der ortsnahen medizinischen Grundversorgung

126. Der Antragsteller führt an, die ortsnahe medizinische Versorgung im Landkreis Rhön-Grabfeld könne nur durch die Übernahme der Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt und Mellrichstadt gesichert werden. Zum einen sei nur so der Erhalt des Krankenhauses in Mellrichstadt möglich. Zum anderen sei zu erwarten, dass im Kreiskrankenhaus von Bad Neustadt im Falle eines Verbleibs beim Landkreis dringend notwendige Investitionen nicht getätigt werden könnten. Entsprechend könne es qualitativ nicht mit den ebenfalls am Ort befindlichen Fachkliniken der Rhön-Klinikum AG mithalten und sei somit auf lange Sicht ebenfalls in seiner Existenz gefährdet.

127. Die Monopolkommission hält eine ortsnahe medizinische Versorgung auf hohem Niveau für einen Gemeinwohlgrund. Es gibt ein Interesse der Allgemeinheit an einer ortsnahen medizinischen Versorgung. Dies spiegelt sich auch in der von den Zusammenschlussbeteiligten als zu eng angegriffenen Marktangrenzungen des Bundeskartellamtes wider. Allerdings ist die medizinische Versorgung im Landkreis Rhön-Grabfeld und Umgebung nicht gefährdet, weder durch die Schließung des Krankenhauses in Mellrichstadt noch durch einen Verbleib des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt beim Landkreis bzw. die Veräußerung an einen anderen Träger als die Rhön-Klinikum AG.

7.1.1 Schließung des Kreiskrankenhauses in Mellrichstadt

128. Grundsätzlich besteht im Landkreis Rhön-Grabfeld nach Einschätzung mehrerer Sachverständiger ein Überangebot an Krankenhausbetten. Dies wurde auch vom Antragsteller im Rahmen der Diskussion um die Schließung des Krankenhauses in Mellrichstadt wiederholt bestätigt.²⁸ Schließlich war die Tatsache, dass der Erhalt des Krankenhauses in Mellrichstadt für eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern nicht notwendig ist, Voraussetzung dafür, dass der Kreistag über eine eventuelle Schließung des Krankenhauses entscheiden konnte. Denn anderenfalls wäre der Kreis aufgrund des Art. 51 Abs. 3 der Bayerischen Landkreisordnung dazu verpflichtet gewesen, das Krankenhaus weiter zu betreiben. Dies Vorschrift überträgt den bayerischen Landkreisen die Aufgabe,

²⁸ Vg. unter anderem Mainpost vom 13. Mai 2005: „Nachdenken über Nachfolgekonzeppte“ und Mainpost vom 4. Juni 2005 „Mellrichstadt darf sich nicht entmutigen lassen – Landrat Thomas Habermann setzt auf zukunftsorientierte Lösungen für die Stadt“.

die für die Versorgung der Bevölkerung erforderlichen Krankenhäuser zu errichten und zu unterhalten. Kapazitätsengpässe sind demnach auch nach Schließung des Krankenhauses in Mellrichstadt nicht zu erwarten, insbesondere, da die Schließung des Hauses in Mellrichstadt mit einer Aufstockung der Kapazitäten in Bad Neustadt verbunden sein wird.

129. Um ein Krankenhaus wirtschaftlich führen zu können, ist nach den der Monopolkommission vorgetragenen Äußerungen eine Mindestkapazität von 100 Betten notwendig. Die Schließung des Krankenhauses in Mellrichstadt mit 70 Betten ist demnach betriebswirtschaftlich sinnvoll. Aus medizinischer Sicht ist der Erhalt des Krankenhauses in Mellrichstadt nicht notwendig. Bad Neustadt liegt mit seinem Kreiskrankenhaus und seiner exzellenten Ausstattung an Fachkliniken nur 15 km von Mellrichstadt entfernt. Es ist mit dem Auto in einer guten viertel Stunde zu erreichen. In der entgegengesetzten Richtung von Mellrichstadt befindet sich in 23 km Entfernung die Stadt Meiningen, deren Klinik in weniger als einer halben Stunde zu erreichen ist. Die Versorgung der Bevölkerung von Mellrichstadt und Umgebung erfolgt demnach auch nach Schließung des Mellrichstädter Krankenhauses ortsnahe. Die Entfernung scheint für Patienten und deren Angehörige in jedem Falle zumutbar. Zu beachten ist, dass bei Notfällen, bei denen eine sofortige medizinische Behandlung erforderlich ist, die Behandlung ohnehin bereits vom Notarzt vor Ort erfolgt und dann keinesfalls immer die nächstliegende Klinik, sondern unter Umständen eine Klinik mit passendem medizinischem Schwerpunkt angefahren wird. Auch für derartige Fälle ist der Erhalt der Klinik in Mellrichstadt demnach nicht notwendig. Zu beachten ist außerdem, dass zumindest bei einer Reihe medizinischer Behandlungen die Qualität mit der Menge der pro Arzt und Krankenhaus erbrachten Leistungen steigt. Diese Beobachtung war Anlass für den Gesetzgeber, Mindestmengen für bestimmte Leistungen einzuführen (§ 137 Abs. 1 Nr. 3 SGB V). Bei kleinen Häusern besteht tendenziell immer die Gefahr, dass diese Mindestmengen unterschritten werden.

130. Eine Übernahme der Kreiskrankenhäuser durch die Rhön-Klinikum AG ist demnach nicht notwendig, um die medizinische Versorgung der Bewohner in Rhön-Grabfeld und Umgebung sicherzustellen. Dies ist auch in den Anhörungen der Monopolkommission bestätigt worden. Selbst wenn der Erhalt des Krankenhauses in Mellrichstadt jedoch für notwendig angesehen würde, um eine ortsnahe medizinische Grundversorgung der Bevölkerung von Mellrichstadt und Umgebung zu gewährleisten, wäre eine Übernahme des Krankenhauses in Mellrichstadt durch die Rhön-Klinikum AG nicht hinreichend, um den Fortbestand des Krankenhauses zu garantieren. Das Krankenhaus in Mellrichstadt wird vom Bayerischen Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, das den zweihäusigen Krankenhausbetrieb ebenfalls weder aus medizinischer noch aus betriebswirtschaftlicher Sicht für sinnvoll hält, ab dem Jahre 2007 aus dem Bayerischen Krankenhausplan gestrichen. Eine notwendige Voraussetzung dafür, dass die Rhön-Klinikum AG das Krankenhaus in Mellrichstadt fortführt, wäre demnach die Wiederaufnahme in den Landeskrankenhausplan. Da das dafür zuständige Staatsministerium die Schließung des Krankenhauses für sinnvoll hält, erscheint eine solche Wiederaufnahme wenig wahrscheinlich. Auch diese Einschätzung ergibt sich aus den Aussagen der Teilnehmer bei den Anhörungen der Monopolkommission.

131. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Rhön-Klinikum AG unabhängig von der Landeskrankenhausplanung kein Interesse daran hat, das Krankenhaus in Mellrichstadt zu erhalten. Als Aktiengesellschaft ist die Rhön-Klinikum AG in erster Linie dazu verpflichtet, eine angemessene Rendite auf das von ihren Anteilseignern eingesetzte Kapital zu erwirtschaften. Zwar ist von Seiten der Rhön-Klinikum AG eine vage Absichtserklärung dahinge-

hend abgegeben worden, dass man sich um einen Vorstandsbeschluss bemühen wolle, der auf die Wiederaufnahme des Krankenhauses in Mellrichstadt in den Bayerischen Krankenhausplan abziele. Doch ist dies sehr unbestimmt. Vor dem Hintergrund, dass ein Erhalt des Krankenhauses aus betriebswirtschaftlicher Sicht allgemein als nicht sinnvoll dargestellt wird, kann eher davon ausgegangen werden, dass die Rhön-Klinikum AG den Betrieb des Krankenhauses in Mellrichstadt nicht weiterführen wird.

132. Das ursprünglich von der Rhön-Klinikum AG geplante und in dem Kaufvertrag auch dokumentierte Konzept der Teleportalklinik entstand unter den damaligen Bedingungen. Insbesondere wurden dabei für die letzten Jahre höhere Fallzahlen in Mellrichstadt angenommen, als tatsächlich realisiert wurden, und das Krankenhaus in Mellrichstadt war fester Bestandteil des Landeskrankenhausplanes und hätte deshalb nicht ohne weiteres geschlossen werden können.

133. Der Monopolkommission ist nicht überzeugend dargelegt worden, inwiefern der Aufbau einer Teleportalklinik unter den heutigen Umständen in Mellrichstadt noch sinnvoll ist. Eine Teleportalklinik ist eine Klinik der Grundversorgung, die mit einem oder mehreren Häusern einer höheren Versorgungsstufe zusammenarbeitet. Die Spezialisten der verbundenen Kliniken werden durch telematische Anschlüsse an der Diagnose in der Teleportalklinik beteiligt.²⁹ Dieses Konzept ist von der Rhön-Klinikum AG für dünn besiedelte Gebiete entwickelt worden, in denen die nächsten Kliniken mit Fach- oder Spezialabteilungen weit entfernt sind. Dies ist in Mellrichstadt nicht der Fall. Wie bereits ausgeführt wurde, ist Mellrichstadt nur 15 km von Bad Neustadt und seinen Fachkliniken entfernt. Da die Krankenhauslandschaft im Landkreis Rhön-Grabfeld derzeit durch Überkapazitäten geprägt ist, positive Betriebsergebnisse aber nur bei einer hohen Auslastung möglich sind, kann sich eine Teleportalklinik in Mellrichstadt für einen Investor nur dann lohnen, wenn entweder die Zahl der zu behandelnden Fälle insgesamt erhöht wird oder die Fallzahlen in anderen Krankenhäusern sinken. Da die Rhön-Klinikum AG kein Interesse daran haben kann, die Fallzahlen und damit die Auslastung ihrer Kliniken in Bad Neustadt und Meiningen zu senken, scheint eine Teleportalklinik aus unternehmerischer Sicht nur dann sinnvoll, wenn sie zu einer Erhöhung der Fallzahlen führt. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass die Erhöhung der Fallzahlen außer mit steigenden Kosten auch mit einer Verbesserung der medizinischen Versorgung einhergeht, da bereits heute im Raum Rhön-Grabfeld in keinem Bereich Kapazitätsengpässe bestehen.

7.1.2 Weiterführung des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt

134. Der Antragsteller sieht die medizinische Versorgung im Landkreis Rhön-Grabfeld auch durch einen Verbleib des Kreiskrankenhauses Bad Neustadt in der Trägerschaft des Landkreises gefährdet. Der Landkreis sei nicht in der Lage, für dringend notwendige Investitionen aufzukommen. Entsprechend sei die Qualität der Behandlung schlechter als in den umliegenden Kliniken der Rhön-Klinikum AG oder in Kliniken der angrenzenden Regionen. Dies würde in der Zukunft dazu führen, dass Patienten abwandern, was den Kostendruck weiter erhöhe. Die dadurch entstehende Abwärtsspirale sei nicht zu stoppen. Umgekehrt sei bei einer Übernahme des Kreiskrankenhauses durch die Rhön-Klinikum AG zu erwarten, dass die Qualität steige, da durch die Nutzung von Synergievorteilen im Rahmen eines regionalen Clusters nicht nur Kosten gesenkt würden, sondern auch die Qualität der medizinischen Versorgung gesteigert werde.

²⁹ Rhön-Klinikum AG, Geschäftsbericht 2004, S. 23 f.

135. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine mögliche Schließung des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt kein Grund ist, eine wettbewerbsschädigende Fusion zuzulassen. Aufgrund des Versorgungsauftrages, den der Landkreis zu erfüllen hat, ist eine Schließung ohnehin nur dann möglich, wenn das Krankenhaus nicht erforderlich ist, um eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen zu gewährleisten. In diesem Fall wäre aber der Gemeinwohlgrund der Versorgung mit stationären Krankenhausleistungen gerade nicht erfüllt, weil das Krankenhaus dafür nicht benötigt würde.

136. Es ist dem Antragsteller zuzugestehen, dass von den in unmittelbarer Nachbarschaft befindlichen Fachkliniken mit ausgezeichnetem Ruf Druck auf das Kreiskrankenhaus in Bad Neustadt ausgeübt wird. Dieser Druck besteht darin, dass bei Krankheitsbildern, die sowohl im Kreiskrankenhaus als auch in einer der Fachkliniken der Rhön-Klinikum AG behandelt werden können, Patienten sich nur dann für eine Behandlung im Kreiskrankenhaus entscheiden werden, wenn sie die Qualität dort als insgesamt mindestens ebenso gut empfinden. Es dürfte einer Allgemeinklinik jedoch schwer fallen, mindestens ebenso gute Qualität wie eine hochspezialisierte Fachklinik anzubieten. Allerdings muss beachtet werden, dass die in Bad Neustadt befindlichen Fachkliniken nur einen relativ kleinen Teil aller möglichen Krankenhausdienstleistungen anbieten, eben weil es sich um hochspezialisierte Fachkliniken in den Bereichen Kardiologie, Handchirurgie, Neurologie und Psychosomatik handelt.

137. In den übrigen medizinischen Bereichen steht das Kreiskrankenhaus Bad Neustadt in erster Linie im Wettbewerb mit dem ebenfalls zur Rhön-Klinikum AG gehörigen St. Elisabeth-Krankenhaus in Bad Kissingen, einer Allgemeinklinik mit 196 Planbetten. Für Bewohner, die nahe an der Grenze zu Thüringen wohnen, dürfte auch das Klinikum in Meiningen eine Alternative zum Bad Neustädter Krankenhaus darstellen. Offensichtlich ist das Bad Neustädter Kreiskrankenhaus in der Lage, qualitativ im Wettbewerb mit den Allgemeinkrankenhäusern der Rhön-Klinikum AG zu bestehen. Dies zeigt sich zunächst darin, dass genügend Patienten das Krankenhaus aufsuchen, um eine Auslastung zu garantieren, mit der es möglich ist, schwarze Zahlen zu schreiben. Zusätzlich weisen auch die vom Bundeskartellamt durchgeführten Nachermittlungen zur Marktabgrenzung auf die recht starke Position des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt in einigen Bereichen hin. So erreicht das Krankenhaus im räumlichen Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen beispielsweise im Bereich HNO einen Marktanteil von fast 50 % und im Bereich Gynäkologie und Geburtshilfe sowie im Bereich Urologie einen Marktanteil von knapp über 30 %. Die in Bad Neustadt befindlichen Fachkliniken bieten in keinem dieser Fachrichtungen Behandlungsleistungen an. Der wichtigste Wettbewerber nach Marktanteilen ist im Bereich Gynäkologie und Geburtshilfe das St. Elisabeth-Krankenhaus in Bad Kissingen, in den beiden anderen Bereichen verteilen sich die nicht in Bad Neustadt behandelten Fälle überwiegend auf Kliniken einer höheren Versorgungsstufe oder Fachkliniken der Umgebung.

138. Es ist zu erwarten, dass das Kreiskrankenhaus von Bad Neustadt auch in der Zukunft durchaus in der Lage sein wird, im Wettbewerb mit den umliegenden Krankenhäusern zu bestehen. Mit einem individuellen Basisfallwert von 2 588,08 € im Jahre 2005 lag das Krankenhaus in Bad Neustadt unter dem landesweiten Basisfallwert von 2 710,50 €. Das bedeutet, dass das Haus während der Konvergenzphase zur Vereinheitlichung der Basisfallwerte mit jährlich steigenden Einnahmen pro Fall rechnen kann. Dabei wurde bereits im Jahre 2005 mit einem Basisfallwert deutlich unter dem landesweiten Durchschnitt ein positives Betriebsergebnis erzielt.

139. Im Antrag auf Ministererlaubnis wurde dargelegt, dass im Falle einer Übernahme des Kreiskrankenhauses durch die Rhön-Klinikum AG Synergieeffekte durch die Bildung eines regionalen Clusters die Qualität der medizinischen Versorgung in Bad Neustadt steigern würden. Grundsätzlich ist die Monopolkommission der Ansicht, dass Synergieeffekte durch die Bildung regionaler Krankenhausverbände in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung vernachlässigbar sind. Dies wird an anderer Stelle dieses Gutachtens erörtert.³⁰ An dieser Stelle soll lediglich darauf eingegangen werden, inwiefern lokale Synergieeffekte, falls sie existieren, nicht nur zu Kosteneinsparungen, sondern auch zu Qualitätssteigerungen führen könnten. Zu beachten ist hierbei, dass die wettbewerbsschädigende Wirkung des geplanten Zusammenschlusses in erster Linie in der dadurch zu erwartenden Senkung der Qualität von Krankenhausdienstleistungen im Bereich Rhön-Grabfeld besteht. Falls mögliche Synergieeffekte zu einer Steigerung der Qualität führen sollten, müsste diese Steigerung so groß sein, dass sie zumindest die qualitätsmindernde Wirkung des Zusammenschlusses kompensiert. Eine derart hohe Qualitätssteigerung hält die Monopolkommission in jedem Fall für ausgeschlossen.

140. Im Antrag auf Ministererlaubnis wird dargestellt, dass das im internationalen Vergleich mittelmäßige Preis-/Leistungsverhältnis im deutschen Krankenhauswesen unter anderem auf die starke sektorale Abschottung der unterschiedlichen Leistungserbringer zurückzuführen sei. Erklärtes Ziel der deutschen Gesundheitspolitik sei es, diese starke sektorale Abschottung aufzuweichen, z.B. durch die weitere Förderung der integrierten Versorgung. Das Konzept der Rhön-Klinikum AG verwirkliche die gesundheitspolitischen Ziele der Bundesregierung. Durch den Aufbau medizinischer Versorgungszentren (MVZ) in Orten, in denen die Rhön-Klinikum AG auch ein oder mehrere Krankenhäuser betreibt, werde die Zusammenarbeit zwischen dem ambulanten und dem stationären Bereich verbessert. Zu beachten ist, dass derartige lokale Verbände eine *vertikale* Integration im Bereich der Gesundheitsleistungen bewirken: Die „Vorleistung“ des niedergelassenen Arztes, eine erste Diagnose zu stellen und den Patienten in eine geeignete Klinik einzuweisen, wird konzernintern in einem MVZ der Rhön-Klinikum AG erbracht, nicht von einem selbständigen niedergelassenen Arzt. Während einerseits anzunehmen ist, dass durch eine bessere Zusammenarbeit des ambulanten und des stationären Sektors Kosten gesenkt werden können und die Versorgungsqualität gesteigert werden kann, ist andererseits auch nicht auszuschließen, dass durch eine vertikale Integration im Gesundheitswesen Marktverschließungseffekte auftreten, die den Qualitätswettbewerb im Krankenhausbereich bremsen können. So besteht die Gefahr, dass niedergelassene Ärzte, die keine eigene Praxis führen, sondern als Angestellte in einem MVZ der Rhön-Klinikum AG arbeiten, ihre Patienten auch dann bevorzugt in konzerneigene Kliniken überweisen, wenn diese Kliniken aus medizinischer Sicht oder aus Sicht des Patienten nicht erste Wahl sind. Es sollte im Übrigen möglich sein, die starke sektorale Abschottung im Gesundheitswesen aufzuweichen, auch ohne dass sich die Leistungserbringer der beiden Sektoren in gleicher Trägerschaft befinden. Dies könnte durch Kooperationen geschehen, die sich auf die Behandlung bestimmter Krankheiten spezialisieren. Teilweise wird dies bereits verwirklicht. So arbeiten z.B. in Brustkrebszentren die gynäkologische, strahlentherapeutische und onkologische Abteilung einer Klinik mit speziell qualifizierten niedergelassenen Gynäkologen zusammen, um Brustkrebsbehandlungen effektiver durchführen zu können.

141. Der Antragsteller beschreibt als lokale Synergieeffekte, die durch die Fusion erzielt würden, eine Optimierung der Auslastungsquote in den einzelnen Häusern und eine fachliche Spezialisierung durch das Einweisungsverhalten anderer Konzernkliniken. Eine Optimierung

³⁰ Vgl. Abschnitt 7.3.2.

der Auslastungsquote mag aus betriebswirtschaftlicher Sicht sinnvoll sein. Es ist aber nicht ersichtlich, inwiefern sich durch eine höhere Auslastung die Qualität der durchgeführten medizinischen Leistungen steigern sollte. Die fachliche Spezialisierung von Krankenhäusern mag grundsätzlich zu begrüßen sein. Allerdings sollten die Leistungen einer entsprechend spezialisierten Abteilung so überzeugend sein, dass Einweisungen direkt von den niedergelassenen Ärzten und von nichtkonzernzugehörigen Krankenhäusern erfolgen. Die Übernahme des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt durch die Rhön-Klinikum AG birgt die Gefahr, dass Patienten, die von ihrem Arzt in das Kreiskrankenhaus eingewiesen wurden, auch dann in eine ebenfalls am Ort befindliche Spezialklinik der Rhön-Klinikum AG verlegt werden, wenn dies aus medizinischer Sicht nicht notwendig ist, aber konzernintern durch eine bessere Auslastung der Spezialkliniken und die Möglichkeit, zwei Fallpauschalen abzurechnen, zu Mehr Erlösen führt.

142. Die Monopolkommission wurde im Rahmen der von ihr durchgeführten Anhörungen darauf hingewiesen, dass die vernetzte Struktur der Rhön-Klinikum AG mit der damit bedingten systemimmanenten Fallmehrung zu Mehrerlösen je Patient für den Konzern und damit zu Mehrausgaben bei den Kostenträgern führe, ohne dass sich an der Versorgungsqualität des Patienten eine merkliche Verbesserung ergebe. Die Tatsache, dass die Rhön-Klinikum AG neben Häusern einer geringen Versorgungsstufe auch eine Reihe von Spezialkliniken betreibt – insbesondere in Bad Neustadt an der Saale – führe dazu, dass relativ häufig Patienten, die von ihrem Arzt zunächst in ein Haus einer niedrigen Versorgungsstufe eingewiesen wurden, von dort in eine konzerninterne Spezialklinik verlegt werden. Diese Praxis erhöht die Einnahmen des Konzerns pro Patient, da sowohl das Haus der niedrigen Versorgungsstufe als auch die weiter behandelnde Fachklinik mit den Kostenträgern eine Fallpauschale abrechnen kann. Die Kosten für die Verlegung, d.h. der Transport von der Allgemein- zur Spezialklinik, trägt die Krankenkasse. Eine vertikale Vernetzung innerhalb des stationären Sektors dadurch, dass sich Allgemeinkliniken einer niedrigeren Versorgungsstufe und spezialisierte Häuser einer höheren Versorgungsstufe in der Hand des gleichen Trägers befinden, erscheint unter diesem Gesichtspunkt ebenso problematisch wie die Vernetzung des ambulanten und des stationären Sektors durch konzernerneigene MVZs. Die lokalen Verbundeffekte, die durch die vertikale Vernetzung von Allgemein- und Fachklinik entstehen, beruhen auch auf der Möglichkeit, die Einnahmen der Rhön-Klinikum AG pro Patient zu Lasten der Versicherungsträger zu erhöhen, ohne dass dieser Kostenerhöhung in jedem Fall eine Leistungssteigerung gegenüberstehe.^{30a}

143. Der Zusammenschluss führt auch zu einer *horizontalen* Vernetzung der Krankenhäuser im Bereich um Bad Neustadt an der Saale, da das Kreiskrankenhaus in Bad Neustadt im Wettbewerb mit den rhöneigenen Allgemeinkrankenhäusern in Bad Kissingen und Bad Neustadt

^{30a}Von Seiten der Rhön-Klinikum AG wurde nach der Übergabe dieses Sondergutachtens an den Bundeswirtschaftsminister die in Tz. 142 beschriebene konzerninterne Überweisungspraxis bestritten und die entsprechende Darstellung des Sachverhalts im Gutachten der Monopolkommission als unzutreffend bezeichnet. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie stimmt dem Befund der Monopolkommission ebenfalls nicht zu. Es hat aufgrund eigener Ermittlungen für die vom Zusammenschluss betroffene Region keine Bestätigung für die geschilderte konzerninterne Überweisungspraxis gefunden. Die Monopolkommission bleibt bei ihrer Darstellung. Auf erneute Befragung wurde der Kommission bestätigt, dass der in den nichtöffentlichen Anhörungen schriftlich und mündlich vorgetragene Sachverhalt in Tz. 142 richtig wiedergegeben wird. Die Monopolkommission verfügt – anders als der Bundeswirtschaftsminister in den Verfahren nach § 42 GWB – nicht über sanktionsbewehrte Befugnisse zur Beweiserhebung und ist daher auf die freiwilligen Mitteilungen der von ihr Befragten angewiesen. Sie hat entsprechend § 46 Abs. 3 GWB eine Pflicht zur Verschwiegenheit in Bezug auf Informationen, die ihr gegeben und als vertraulich bezeichnet werden.

steht. Inwiefern eine Vernetzung der drei Allgemeinkliniken durch eine gemeinsame Trägerschaft zu einer Steigerung der Qualität in jeder der drei einzelnen Kliniken führen könnte, ist nicht ersichtlich. Es sind auch von Seiten der Zusammenschlussbeteiligten diesbezüglich keine Argumente vorgebracht worden.

144. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die ortsnahe Versorgung mit medizinischen Leistungen hoher Qualität im Landkreis Rhön-Grabfeld nicht gefährdet ist. Die Schließung des Krankenhauses in Mellrichstadt ist vielmehr sinnvoll und notwendig, um bestehende Überkapazitäten abzubauen. Das Kreiskrankenhaus in Bad Neustadt ist in der Lage, durch das Angebot qualitativ hochwertiger medizinischer Leistungen im Wettbewerb mit den Krankenhäusern der Rhön-Klinikum AG zu bestehen, und ist deshalb in seiner Existenz nicht gefährdet.

7.2 Entlastung der öffentlichen Haushalte

145. Der Antragsteller führt als weiteren Gemeinwohlgrund eine Entlastung des Haushalts des Landkreises Rhön-Grabfeld an. Die Monopolkommission hält die Entlastung eines öffentlichen Haushaltes für einen möglichen Gemeinwohlvorteil. Es ist auch unbestritten, dass der Haushalt des Landkreises durch einen Verkauf des Kreiskrankenhauses an die Rhön-Klinikum AG entlastet würde.

146. Allerdings kann es im Allgemeinen nicht Aufgabe der Wettbewerbspolitik sein, für eine Sanierung der öffentlichen Finanzen zu sorgen. Dies gilt erst recht für Gemeinde- und Kreisfinanzen. Denn eine Ministererlaubnis kann nur in Ausnahmefällen und nur bei einem überragenden Gemeinwohlvorteil erteilt werden. Ein Gemeinwohlvorteil kann deshalb auch nur dann als solcher anerkannt werden, wenn ein Ausnahmefall vorliegt. Hier haben wir es jedoch mit einem Fall zu tun, in dem eine reguläre Aufgabe des Landkreises, nämlich der Betrieb eines Krankenhauses, ausgelagert werden soll. Es handelt sich dabei um einen Vorgang, der im Rahmen des derzeit auf dem Krankenhausmarkt stattfindenden Strukturwandels typisch ist. In den letzten beiden Jahren wurden beim Bundeskartellamt über 30 Zusammenschlüsse im Krankensektor angemeldet, von denen die große Mehrzahl die Übernahme eines Krankenhauses in öffentlicher Hand durch einen privaten Träger betraf. Dabei handelt es sich erst um den Beginn einer strukturellen Veränderung auf dem Krankenhausmarkt. Durch die allgemeine Finanzknappheit der Kommunen und Landkreise sind immer weniger Gemeinden und Kreise in der Lage, ein defizitäres Krankenhaus weiterzuführen. Gleichzeitig ist durch die Einführung des Fallpauschalensystems zumindest ein Teil der Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft in den kommenden Jahren mit sinkenden Einnahmen und damit steigenden Fehlbeträgen konfrontiert. Die Kombination einer zunehmenden Finanzknappheit der Kommunen mit sinkenden Einnahmen kommunaler Krankenhäuser wird dazu führen, dass immer mehr Krankenhäuser privatisiert werden. Es ist zu erwarten, dass die großen Klinikkonzerne in Deutschland, von denen die Rhön-Klinikum AG einer ist, weiter wachsen werden. Je mehr Kliniken sich bereits in der Hand eines Klinikkonzerns befinden, desto wahrscheinlicher ist es, dass durch die Übernahme eines weiteren Hauses regionale Marktmacht entsteht. Die Zahl der aus wettbewerblicher Sicht problematischen Übernahmen wird daher überproportional stark ansteigen.

147. Die Verbesserung der wirtschaftlichen Lage eines privaten Unternehmens durch die Veräußerung defizitärer Teilbetriebe stellt keinen Gemeinwohlvorteil dar, da von dieser Ver-

besserung nur die Anteilseigner des Unternehmens profitieren. Einzelwirtschaftliche Vorteile sind jedoch keine Vorteile für das Gemeinwohl. In diesem Fall ist das veräußernde Unternehmen jedoch eine Gebietskörperschaft des Staates, die sich indirekt aus den Steuergeldern der Allgemeinheit, hier überwiegend der Bewohner des Landkreises Rhön-Grabfeld und der dort ansässigen Unternehmen finanziert. In einem Fall, in dem quasi die Allgemeinheit Anteilseigner des betroffenen Unternehmens ist, kann eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage dieses Unternehmens, hier durch eine Entlastung des Haushaltes, einen Gemeinwohlvorteil darstellen.

148. Allerdings sollte dabei berücksichtigt werden, dass die Ministererlaubnis immer eine Einzelfallentscheidung ist. Das Ministererlaubnisverfahren dient nach § 42 Abs. 1 GWB dazu, eine Erlaubnis zu einem Zusammenschluss dann zu erteilen, wenn *im Einzelfall* die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird. Die Erteilung der Ministererlaubnis zur Entlastung eines öffentlichen Haushaltes wäre also im vorliegenden Fall nur dann angemessen, wenn es sich nicht um einen typischen, sondern vielmehr um einen außergewöhnlichen Fall der Sanierung öffentlicher Finanzen handelt. Anderenfalls sollte das Problem auf der Ebene der Legislative gelöst werden, hier beispielsweise durch Änderungen in der Gemeindefinanzierung und im kommunalen Finanzausgleich.

149. Es ist nicht davon auszugehen, dass es sich im vorliegenden Fall um einen außergewöhnlichen Fall der Sanierung öffentlicher Finanzen handelt. Zwar führt der Antragsteller an, dass die finanziellen Belastungen seines Kreises außergewöhnlich hoch seien. Dem stehen jedoch auch relativ hohe Einnahmen in Form von Schlüsselzuweisungen des Landes und aus dem kommunalen Finanzausgleich gegenüber. Ohne die finanzielle Lage des Landkreises Rhön-Grabfeld abschließend beurteilen zu wollen, ist davon auszugehen, dass der in Deutschland sowohl auf Landes- als auch auf kommunaler Ebene durchgeführte Finanzausgleich dafür sorgt, dass es bezüglich der finanziellen Ausstattung der Gebietskörperschaften statistisch gesehen keine allzu großen Ausreißer nach oben oder unten gibt. Falls derartige Unterschiede auf der Ebene der Bundesländer dennoch existieren, ist davon auszugehen, dass der Kreis Rhön-Grabfeld, der als bayerischer Landkreis zu einem der Bundesländer mit den höchsten Steuereinnahmen gehört, eher über überdurchschnittliche Finanzmittel verfügt. Würde die Entlastung des Kreishaushaltes von Rhön-Grabfeld als Gemeinwohlgrund anerkannt, müsste praktisch jeder Verkauf eines öffentlichen Unternehmens in Deutschland einen Gemeinwohlvorteil darstellen und bei Wettbewerbswidrigkeit im Rahmen einer Ministererlaubnis genehmigt werden können. Dies widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck des Ministererlaubnisverfahrens als Einzelfallentscheidung.

150. Zwar wird im Umfeld der Zusammenschlussbeteiligten die Ansicht vertreten, eine Ministererlaubnis entfalte eine über den Einzelfall hinausweisende faktische Bindungswirkung für das Bundeskartellamt. Das ergebe sich aus dem Rechtsgedanken, dass eine einmal gewährte Ministererlaubnis inhaltlich gleich bei vergleichbaren Sachverhalten erneut gewährt werden würde, so dass es auf der Ebene des Fusionskontrollverfahrens rechtsstaatlich unverhältnismäßig wäre, eine Untersagungsverfügung durchzuführen, von der das Bundeskartellamt wüsste, dass sie im Rahmen eines anschließenden Ministererlaubnisverfahrens aufgehoben werden müsste.

151. Die Monopolkommission spricht sich jedoch entschieden gegen eine derartige Praxis aus. Es handelt sich bei diesem wie bei allen anderen Ministererlaubnisverfahren um eine Einzelfallprüfung, die schon deshalb keinerlei Bindungswirkung auf andere Entscheidungen entfalten kann. Eine faktische Bindungswirkung der Entscheidung des Ministers für Beschlüsse des Bundeskartellamtes ist auch deshalb ausgeschlossen, weil das Bundeskartellamt gesetzlich dazu verpflichtet ist, bei allen seinen Entscheidungen nur die wettbewerblichen Folgen eines Zusammenschlusses zu berücksichtigen. Im Übrigen fehlen dem Bundeskartellamt die sachliche Kompetenz und die politische Legitimation zur Abwägung von Gemeinwohlgründen. Die Abwägung wettbewerblicher Nachteile mit gesamtwirtschaftlichen Vorteilen bleibt dem Minister vorbehalten.

152. Eine faktische Selbstbindung könnte es bei gleich gelagerten Fällen also allenfalls für den Bundesminister für Wirtschaft selbst geben. In einer Zeit vermehrter Krankenhausfusionen stellt sich damit freilich auch die Frage der Kapazität des Bundesministers für Wirtschaft in seiner Eigenschaft als Kartellbehörde. Ein Präzedenzfall könnte insofern bedenkliche Auswirkungen haben.

153. Das allgemeine Problem der Unterfinanzierung von Gebietskörperschaften in Deutschland zu lösen ist Aufgabe der Finanz- und nicht der Wettbewerbspolitik. Landkreise verfügen über keine eigenen Steuereinnahmen, sondern finanzieren sich in erster Linie durch die kreisangehörigen Gemeinden. Der Kreisumlagesatz legt fest, welchen Anteil der Einnahmen eine Gemeinde an den zugehörigen Landkreis abzuführen hat. Im konkreten Fall argumentiert der Antragsteller, dass eine Erhöhung des Kreisumlagesatzes zur Finanzierung des Krankenhauses nicht in Frage komme, da die kreisangehörigen Gemeinden aufgrund eigener finanzieller Engpässe nicht in der Lage seien, einen höheren Anteil ihrer Finanzmittel abzuführen. Die Möglichkeiten einer Gemeinde, ihre Einnahmen zu erhöhen, sind begrenzt. Neben den Einnahmen aus Grund- und Gewerbesteuern erhalten Gemeinden eine Beteiligung an den Einkommensteuer- und Umsatzsteuereinnahmen des Landes. Dazu kommen noch Schlüsselzuweisungen des Landes sowie eventuell Mittel aus dem kommunalen Finanzausgleich. Sollte es einem Landkreis tatsächlich nicht möglich sein, mit den ihm zustehenden Mitteln seine gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen, und ist eine weitere Erhöhung des Kreisumlagesatzes nicht möglich, da die Finanzmittel der kreisangehörigen Gemeinden ebenfalls vollständig zur Erfüllung gesetzlicher Aufgaben gebunden sind, muss die Einnahmensituation der Gemeinden durch finanzpolitische Maßnahmen verbessert werden. So könnten die Möglichkeiten von Gemeinden, selbständig Steuern zu erheben, vom Gesetzgeber ausgeweitet werden oder die Finanzzuweisungen der Länder an ihre Gemeinden erhöht werden. Wenn die finanziellen Spielräume aller Gebietskörperschaften ausgeschöpft sind, müssen, um eine weitere Erhöhung der Nettoneuverschuldung zu vermeiden, Steuern erhöht werden.

154. Zusammenfassend vertritt die Monopolkommission die Ansicht, dass es Aufgabe der Finanzpolitik und nicht der Wettbewerbspolitik und insbesondere des Ministererlaubnisverfahrens ist, öffentliche Haushalte zu entlasten. Eine Ministererlaubnis kann nur ausnahmsweise geeignet sein, einen öffentlichen Haushalt zu entlasten. Hier handelt es sich jedoch um einen im Rahmen des Strukturwandels auf dem Krankenhausmarkt typischen Fall der Veräußerung eines öffentlichen Krankenhauses an einen privaten Klinikkonzern.

7.3 Senkung der Krankenhauskosten

155. Der Antragsteller führt als weiteren Gemeinwohlvorteil die durch die geplante Übernahme entstehende Senkung der Krankenhauskosten an. Diese sei auf Rationalisierungsvorteile und die Realisierung von Synergieeffekten zurückzuführen.

156. Grundsätzlich können nach Auffassung der Monopolkommission Effizienz- bzw. Rationalisierungsvorteile – die zwei Begriffe werden im Folgenden synonym verwendet – bei einer Fusion nur unter bestimmten Bedingungen als Gemeinwohlvorteil anerkannt werden. Zunächst ist zu beachten, dass Effizienzvorteile durch das Untersagungskriterium der Fusionskontrolle bereits pauschaliert berücksichtigt werden. Bleibt ein Zusammenschluss unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze, dann wird davon ausgegangen, dass mögliche Effizienzvorteile des Zusammenschlusses die durch eine Verstärkung der Marktmacht entstehenden Wettbewerbsbehinderungen überwiegen. Erst oberhalb der Marktbeherrschungsgrenze wird von einem Überwiegen der Wettbewerbsbehinderungen ausgegangen.

157. Die implizite pauschalierte Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Kartellamtsverfahren macht eine erneute Berücksichtigung des Rationalisierungspotentials im Ministererlaubnisverfahren nur dann möglich, wenn die durch die Fusion eintretenden Effizienzvorteile außerordentlich hoch sind. In einem solchen Fall wird die pauschalierte Betrachtung des Kartellrechts, die von Effizienzvorteilen in durchschnittlicher Höhe ausgeht, dem Einzelfall nicht gerecht.

158. Die Monopolkommission ist deshalb der Ansicht, dass im Rahmen eines Ministererlaubnisverfahrens Effizienzvorteile einer Fusion als Gemeinwohlvorteil anerkannt werden können. Allerdings sollten zur Anerkennung dieser Vorteile prozedural hohe Anforderungen an die Zusammenschlussbeteiligten gestellt werden. Dies entspricht dem Vorgehen der Europäischen Kommission, die Gemeinwohlgründe im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens unmittelbar berücksichtigt, da sie nicht wie die Bundesrepublik über ein zweistufiges Verfahren – erst die Prüfung des Zusammenschlusses unter rein wettbewerblichen Gesichtspunkten beim Bundeskartellamt, dann die Gesamtschau des Ministers im Ministererlaubnisverfahren – verfügt. In ihren Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse stellt die Generaldirektion Wettbewerb drei Bedingungen auf, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit nachgewiesene Effizienzen bei der Gesamtbewertung eines Zusammenschlusses berücksichtigt werden können. Effizienzen müssen den Verbrauchern zugute kommen, fusionsspezifisch und überprüfbar sein.³¹ Die Beweislast, dass Effizienzen dieser Art vorliegen, liegt bei den beteiligten Unternehmen.

159. Im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens ist zunächst zu fordern, dass die zu erwartenden Effizienzvorteile hoch sind und mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten. Dies ist notwendig, da Effizienzvorteile in durchschnittlicher Höhe bereits im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens in pauschalierter Form berücksichtigt werden. In Anlehnung an die Bedingungen der Europäischen Kommission ist weiter zu fordern, dass die Effizienzvorteile nicht nur den Eigentümern des Unternehmens, sondern der Allgemeinheit zugute kommen. Im Ministererlaubnisverfahren ist diese Forderung auch deshalb notwendig, da einzelwirtschaftliche

³¹ Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, hier: S. 13, Tz. 78.

Vorteile nicht als Vorteil für das Gemeinwohl anerkannt werden können. Man kann davon ausgehen, dass diese Bedingung erfüllt ist, wenn die Verbraucher in Form niedrigerer Preise oder besserer Qualität an den Effizienzvorteilen beteiligt werden. Schließlich muss die Fusion erforderlich sein, um die Effizienzvorteile zu realisieren. Dieses Kriterium entspricht der Forderung der Europäischen Kommission, dass die vorgebrachten Effizienzvorteile fusionsspezifisch sein müssen, um im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens berücksichtigt werden zu können.

160. Im vorliegenden Fall muss zwischen verschiedenen Arten von Effizienzen unterschieden werden. So gibt es möglicherweise Kosteneinsparungspotential allein durch eine effizientere Betriebsführung der zu übernehmenden Klinik. Dazu kommen Synergieeffekte, die dadurch entstehen, dass ein Klinikkonzern, der bereits mehrere andere Kliniken betreibt, das Haus in Bad Neustadt übernimmt. Allgemeine Synergieeffekte entstehen allein durch den Betrieb mehrerer Kliniken und können von jedem Klinikkonzern genutzt werden. Der Antragsteller führt an, dass durch den Verkauf der Kreiskrankenhäuser speziell an die Rhön-Klinikum AG zusätzlich Synergieeffekte durch die Bildung eines lokalen Verbundes auftreten. Diese unterscheiden sich von allgemeinen Synergieeffekten dadurch, dass sie durch die räumliche Nähe mehrerer Kliniken, die alle vom gleichen Unternehmen betrieben werden, entstehen.

7.3.1 Allgemeine Kosteneinsparungen

161. Die Monopolkommission hat die Zusammenschlussbeteiligten sowie Sachverständige aus verschiedenen Bereichen des Gesundheitswesens nach den Möglichkeiten der Kosteneinsparungen im Krankenhausbereich im Allgemeinen und speziell für das Kreiskrankenhaus in Bad Neustadt befragt. Sie ist zu der Überzeugung gelangt, dass es ein großes Potential für allgemeine Kosteneinsparungen gibt.

162. Durch eine effizientere Betriebsführung können die Kosten eines einzelnen Krankenhauses in beträchtlichem Ausmaß gesenkt werden. Eine Realisierung der bestehenden Einsparpotentiale ist aber nicht unbedingt daran gebunden, dass die Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt und Mellrichstadt von der Rhön-Klinikum AG übernommen werden. Aufgrund verschiedener rechtlicher und faktischer Umstände ist ein privater Klinikbetreiber wohl eher als der bisherige Träger in der Lage, die bestehenden Einsparpotentiale zu realisieren. So sind manche Verbesserungen interner Abläufe nur möglich, wenn zuvor bestimmte bauliche Investitionen getätigt wurden. Solche Investitionen kann ein privater Unternehmer eher durchführen als ein Landkreis, der finanziell stärkeren Restriktionen unterliegt. Struktur und Höhe der Personalkosten sind im öffentlichen Dienst aufgrund verschiedener Regelungen in den Tarifverträgen ungünstiger als für ein privates Unternehmen, das eine Vergütung nach einem Haustarifvertrag vereinbaren kann. Schließlich kann ein Unternehmen, das mehrere Kliniken betreibt, bei der Reorganisation von Abteilungen auf die Erfahrungen zurückgreifen, die bereits in anderen konzerneigenen Häusern gemacht wurden. Aus alledem ergibt sich, dass es nicht unwahrscheinlich ist, dass das Krankenhaus in Bad Neustadt von einem privaten Betreiber bei gleicher Qualität zu niedrigeren Kosten als vom Landkreis geführt werden kann. Dies schließt nicht aus, dass es auch Krankenhäuser in kommunaler Trägerschaft gibt, die nach Aussage einiger der befragten Sachverständigen gut geführt werden.

163. Eine Senkung der Krankenhauskosten ist für einen Klinikkonzern zusätzlich durch das Ausnutzen von Synergieeffekten zwischen verschiedenen Kliniken möglich. An erster Stelle wird hier im Allgemeinen ein gemeinsamer Einkauf genannt. Durch eine Vereinheitlichung der Produktpalette mehrerer Krankenhäuser können von einem bestimmten Produkt deutlich höhere Mengen eingekauft und entsprechend günstigere Konditionen verhandelt werden. Es sind aber eine Reihe weiterer Möglichkeiten denkbar, Synergien zu nutzen.

164. Die Monopolkommission schätzt die durch eine effiziente Betriebsführung und die Nutzung allgemeiner Synergievorteile entstehenden Kosteneinsparungspotentiale als hoch ein. Die Forderung, dass die durch den Zusammenschluss entstehenden Effizienzen von überdurchschnittlicher Höhe sein müssen, kann damit als erfüllt angesehen werden. Allerdings ist fraglich, ob davon ausgegangen werden kann, dass sie der Allgemeinheit zugute kommen.

165. Seit der Einführung des Fallpauschalensystems im stationären Bereich zahlen sowohl die gesetzlichen als auch die privaten Krankenkassen pro behandeltem Fall eine Pauschale, die unabhängig von der Zahl der tatsächlich vorgenommenen Untersuchungen und Behandlungsschritte ist. Eine direkte Beteiligung der Krankenkassen an einer effizienteren Organisationsstruktur ist im Rahmen des Fallpauschalensystems gerade nicht erwünscht, vielmehr sollen beim Krankenhaus Anreize zu kostenbewusstem Verhalten gesetzt werden, indem die dadurch erzielten Effizienzgewinne vollständig beim Krankenhaus verbleiben. Auch die allgemein als recht hoch eingeschätzte Verhandlungsmacht der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände kann daran nichts ändern. Denn die Preise für eine Behandlung sind vorgegeben. In der Konvergenzphase bis 2009 ergeben sie sich durch die schrittweise Annäherung des historisch determinierten und dadurch nicht mehr beeinflussbaren krankenhausindividuellen an den landesweit einheitlichen Basisfallwert. Ab 2009 wird jedes Krankenhaus eines Bundeslandes für die gleiche Behandlung das gleiche Entgelt erhalten, da für jedes Krankenhaus der landesweit einheitliche Basisfallwert gilt.

166. Zwar mag es sein, dass im Rahmen einer Senkung des landesweiten Basisfallwertes die Preise für Behandlungen im stationären Bereich tatsächlich fallen. Eine solche Senkung wäre dann möglich, wenn durch eine generell effizientere Betriebsführung die Kosten der Krankenhäuser insgesamt sinken würden. In diesem Fall würden die allgemein erzielten Effizienzgewinne dann tatsächlich den Krankenkassen und ihren Versicherten zugute kommen. Dies ist aber aufgrund der landesweit einheitlichen Preise und der bundesweit einheitlichen relativen Preise für die verschiedenen Behandlungen nur dann denkbar, wenn die Krankenhauskosten landes- oder sogar bundesweit insgesamt sinken. Dies ist nur dann der Fall, wenn ein hoher Prozentsatz aller Krankenhäuser deutliche Effizienzsteigerungen verwirklichen kann, z.B. durch Trägerwechsel. Eine einzelne Fusion wird an den landes- oder bundesweit einheitlichen Vergütungen jedoch nichts ändern. Entsprechend ist eine Weitergabe der Effizienzsteigerungen an die Verbraucher in Form niedriger Preise – denn niedrigere Fallpauschalen würden die Kosten der Krankenkassen senken und damit auch zu einer Senkung der Beiträge für die Versicherten führen – nicht zu erwarten.

167. Vorstellbar wäre allenfalls, dass sich die Effizienzsteigerungen nicht nur in geringeren Kosten, sondern auch in einer höheren Qualität niederschlagen, die dann direkt dem Verbraucher zugute kommen würde. Davon ist jedoch nicht auszugehen. Die allgemein als hoch eingestufte Qualität der von der Rhön-Klinikum AG betriebenen Krankenhäuser erklärt sich aus Sicht der Monopolkommission vielmehr aus der Tatsache, dass sie als Vorreiter in der Ent-

wicklung des Krankenhausmarktes aktive Wettbewerber für traditionell geführte Kliniken darstellen. Um sicherzustellen, dass sie auch dann noch die höchstmögliche Qualität anbietet, wenn dies nicht mehr unbedingt hohe unternehmerische Priorität hat, müssen auf dem Krankenhausmarkt Strukturen erhalten bleiben, die garantieren, dass Qualitätswettbewerb stattfindet.

7.3.2 Kosteneinsparungen durch regionale Krankenhausverbände

168. Schließlich gibt es nach dem Vortrag des Antragstellers Synergieeffekte durch die Bildung eines regionalen Krankenhausverbundes im Raum Rhön-Grabfeld. Diese Synergieeffekte entstehen durch die räumliche Nähe mehrerer Kliniken, die alle zum gleichen Konzern gehören. Da bereits fast alle Kliniken in Bad Neustadt und Umgebung zur Rhön-Klinikum AG gehören, ist auch nur die Rhön-Klinikum AG in der Lage, durch die Übernahme des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt weitere derartige Synergien zu realisieren.

169. Allerdings waren die Zusammenschlussbeteiligten nicht in der Lage, die Existenz lokaler Synergieeffekte durch die Übernahme des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt nachzuweisen. Konkret wurden die Gründung von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ) und die Nutzung von Telemedizin als Möglichkeiten, Kosten zu sparen, angeführt. Beim Aufbau von Medizinischen Versorgungszentren durch die Rhön-Klinikum AG handelt es sich um eine vertikale Integration, die unabhängig von der Übernahme des Kreiskrankenhauses in Bad Neustadt erfolgen kann.³² Ferndiagnosen durch die Nutzung von Telemedizin sind grundsätzlich auch über größere Entfernungen möglich. Die telematische Anbindung war zudem offenbar ohnehin nur für das Krankenhaus in Mellrichstadt geplant, das nun geschlossen werden soll. Es ist folglich davon auszugehen, dass durch eine Übernahme von Kreiskrankenhäusern der Rhön-Klinikum AG keine lokalen Synergieeffekte in nennenswertem Umfang entstehen.

170. Selbst wenn es in geringem Maße Synergieeffekte durch die Bildung eines regionalen Verbundes im Raum Rhön-Grabfeld und Umgebung geben sollte, ist auch hier nicht davon auszugehen, dass die dadurch erzielten Kosteneinsparungen den Nachfragern zugute kommen. Der Antragsteller führt aus, dass durch das Vermeiden unnötiger Doppeluntersuchungen und überflüssiger Behandlungsschritte direkt Kosten eingespart würden. Dem ist zuzustimmen. Allerdings kommen auch diese Kosteneinsparungen nicht den Krankenkassen und ihren Versicherten zugute, sondern verbleiben vollständig beim Krankenhaus, da die Krankenkassen seit der Einführung des Fallpauschalensystems pro behandeltem Fall eine Pauschale zahlen, die unabhängig von der Zahl der tatsächlich vorgenommenen Untersuchungen und Behandlungsschritte ist.

171. Auch wenn eine allgemeine Absenkung der Kosten aller oder fast aller Krankenkassen vermutlich zu einer Senkung der landeseinheitlichen Basisfallwerte führen würde, kann dennoch davon ausgegangen werden, dass die Kosteneinsparungen durch Synergieeffekte, die durch die Bildung eines einzelnen lokalen Verbundes entstehen, vollständig bei dem Unternehmen, das die Synergieeffekte realisiert, verbleiben.

172. Zusammenfassend hält die Monopolkommission Effizienzvorteile für einen Gemeinwohlgrund, der grundsätzlich geeignet ist, in die Abwägung einbezogen zu werden, wenn die zu erwartenden Effizienzen überdurchschnittlich sind und der Allgemeinheit zugute kommen.

³² Vgl. Abschnitt 7.1.2.

In diesem Fall sind Synergieeffekte, die durch die Bildung regionaler Krankenhausverbände entstehen, in ihrer Höhe vernachlässigbar. Die durch eine effizientere Betriebsführung und allgemeine Synergieeffekte zu erzielenden Kostenvorteile sind dagegen überdurchschnittlich. Sie sind dennoch nicht als Gemeinwohlvorteil geeignet, da davon auszugehen ist, dass sie nur dem Unternehmen selbst bzw. seinen Anteilseignern in Form höherer Gewinne zugute kommen.

7.4 Erhalt von Arbeitsplätzen

173. Der Antragsteller führt an, dass der Erwerb der Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt und Mellrichstadt durch die Rhön-Klinikum AG dem Erhalt von Arbeitsplätzen diene. Zwar sei auch in diesem Falle zu erwarten, dass die durch den Zusammenschluss eintretenden Rationalisierungseffekte eher zu einem Wegfall als zur Schaffung neuer Arbeitsplätze führen werden. Die durch die Schließung des Krankenhauses in Mellrichstadt bedrohten Arbeitsplätze könnten aber zumindest teilweise erhalten bleiben, wenn die Rhön-Klinikum AG das Krankenhaus als Teleportalklinik fortführen würde.

174. Im vorliegenden Fall wurden nach Aussage des Landrats von Rhön-Grabfeld durch die geplante Schließung des Krankenhauses in Mellrichstadt 40 Kündigungen ausgesprochen. Man kann demnach davon ausgehen, dass durch eine Ministererlaubnis maximal 40 Arbeitsplätze erhalten werden könnten. Abgesehen davon, dass es sich dabei nur um eine sehr kleine Zahl von Arbeitsplätzen handelt, kann der Erhalt von Arbeitsplätzen in diesem Fall auch deshalb nicht als Gemeinwohlvorteil anerkannt werden, da davon ausgegangen werden muss, dass das Krankenhaus in Mellrichstadt auch im Falle einer Übernahme von der Rhön-Klinikum AG nicht weitergeführt wird. Falls dies entgegen aller Erwartungen dennoch der Fall sein sollte, ist nicht klar, wie viele der bereits ausgesprochenen Kündigungen des Personals in Mellrichstadt in einem solchen Fall zurückgenommen würden. Für den Betrieb des Krankenhauses würde dann zwar Personal benötigt. Da jedoch davon ausgegangen werden muss, dass die Zahl der stationär zu behandelnden Fälle im Landkreis Rhön-Grabfeld insgesamt unabhängig davon ist, ob es in Mellrichstadt eine Klinik gibt oder nicht, wird der Erhalt des Krankenhauses in Mellrichstadt zu einer entsprechend geringeren Fallzahl in anderen Krankenhäusern führen. In erster Linie dürften die Kliniken in Bad Neustadt betroffen sein. Es ist also zu erwarten, dass die in Mellrichstadt durch den Erhalt der Klinik entstehenden Arbeitsplätze in Bad Neustadt wegfallen, bzw. dass die durch die Schließung der Klinik in Mellrichstadt wegfallenden Arbeitsplätze in Bad Neustadt neu entstehen.

175. Zusammenfassend stellt die Monopolkommission fest, dass nicht davon auszugehen ist, dass durch die Übernahme der Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt und Mellrichstadt Arbeitsplätze erhalten werden.

8. Erforderlichkeit der Ministererlaubnis

176. Die Übernahme der Kreiskrankenhäuser des Landkreises Rhön-Grabfeld durch die Rhön-Klinikum AG führt nach Ansicht der Monopolkommission durch eine effizientere Betriebsführung und die Nutzung konzernweiter Synergievorteile zu einer Senkung der Krankenhauskosten. Eine Ministererlaubnis ist jedoch nicht erforderlich, um diesen Gemeinwohlvorteil zu realisieren. Durch die Veräußerung an einen anderen Erwerber können die Krankenhauskosten ebenfalls gesenkt werden.

177. Die Übernahme führt zudem zu einer Entlastung des Kreishaushaltes von Rhön-Grabfeld. Die Monopolkommission hält die Ministererlaubnis nicht für ein geeignetes Mittel zur Sanierung öffentlicher Finanzen. Sie ist darüber hinaus ebenfalls nicht erforderlich, da die Entlastung auch durch die Veräußerung an einen anderen Erwerber realisiert werden könnte.

178. Der Antragsteller trägt dagegen vor, dass die Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt und Mellrichstadt anderweitig unverkäuflich seien. Nur die Rhön-Klinikum AG komme als potentieller Erwerber für die Kliniken in Frage. Um dies zu belegen, führt er an, dass neben der Rhön-Klinikum AG drei weitere Interessenten angeschrieben worden seien. Von diesen drei Interessenten habe nur einer ein Angebot abgegeben. Dieses Angebot sei nicht weiter verfolgt worden, nachdem es vom Bayerischen Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen und von der Arbeitsgemeinschaft der Krankenkassenverbände in Bayern als unscharf kritisiert worden war.

179. Dazu ist zu bemerken, dass dieser Bieter mit seinem Angebot vom November 2003, das sich noch auf alle drei ehemaligen Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt, Mellrichstadt und Bad Königshofen bezieht, brieflich darauf hinweist, dass es sich bei diesem Angebot lediglich um ein Konzept handle. Der Bieter äußert die Bereitschaft, seine Konzeption mit Vertretern des Landkreises zu diskutieren und eventuell deren Vorstellungen anzupassen. Der Landkreis hat diese Gelegenheit nicht genutzt. Nachdem das Bundeskartellamt die Übernahme der Kreiskrankenhäuser durch die Rhön-Klinikum AG untersagt hat, hat der Bieter erneut Kontakt mit dem Landkreis aufgenommen. Zu einem Gespräch ist es jedoch auch zu diesem Zeitpunkt nicht gekommen. Nachdem der Bieter erfahren hat, dass der Landkreis weiterhin zu seiner Entscheidung steht, die Kreiskrankenhäuser an die Rhön-Klinikum AG zu veräußern, war er nicht mehr zur Aufnahme von Gesprächen bereit, die nach seiner Ansicht unter den gegebenen Bedingungen ohnehin zum Scheitern verurteilt wären. Er hat allerdings seine Bereitschaft geäußert, weitere Verhandlungen zu führen, wenn der Ausgang der kartellrechtlichen Verfahren dazu führen würde, dass der Landkreis über den Verkauf der Kreiskrankenhäuser neu entscheiden müsste.

180. Unter diesen Umständen kann das Urteil des Staatsministeriums und der Krankenkassenverbände, das Angebot sei unscharf und ungeeignet, nicht als grundsätzliche Kritik an dem Angebot verstanden werden. Dem Bieter hätte zumindest die Gelegenheit gegeben werden müssen, sein Angebot nach den Vorstellungen des Landkreises zu ändern bzw. zu konkretisieren. Es ist üblich, dass das erste Schreiben, das ein potentieller Erwerber zusendet, nicht bereits alle Einzelheiten klärt. Erst wenn es nach einem ausführlichen Gespräch nicht zu einer Einigung gekommen wäre, könnte dies als Beweis dafür gelten, dass zumindest damals dieses Unternehmen nicht als Erwerber für die Kreiskrankenhäuser in Frage kam. Letztlich scheint das Angebot nur deshalb als unseriös eingestuft worden zu sein, weil es zwischenzeitliche

Änderungen in der strategischen Ausrichtung der Krankenhauslandschaft des Kreises nicht berücksichtigt. Dies erweckt den Eindruck, dass die Suche nach potentiellen Interessenten von Seiten des Landkreises nicht besonders aktiv betrieben wurde. Die Informationen, die die Monopolkommission von verschiedenen Seiten über die seitherige Entwicklung der Kontakte zwischen dem Landkreis Rhön-Grabfeld und möglichen alternativen Interessenten erhalten hat, verstärken diesen Eindruck noch. Aus den der Monopolkommission vorliegenden Informationen ist auch heute noch auf ein klares Erwerbsinteresse von Konkurrenten der Rhön-Klinikum AG zu schließen. Im übrigen hat sich durch die endgültige Schließung des Krankenhauses in Bad Königshofen und den Beschluss, das Krankenhaus in Mellrichstadt zum 31. Dezember 2006 zu schließen, die Sachlage verändert, so dass die damalige Bewertung des Ministeriums und der Krankenkassenverbände ohnehin nicht mehr als Nachweis für eine heutige Unverkäuflichkeit herangezogen werden können.

181. Der Antragsteller führt weiter aus, dass sich keine weiteren potentiellen Interessenten beim Landkreis gemeldet hätten, obwohl aus der regionalen und überregionalen Presse bekannt gewesen sei, dass die Kreiskrankenhäuser in Rhön-Grabfeld zu Verkauf stünden. Er schließt daraus, dass es keine weiteren Erwerber gebe und die Kreiskrankenhäuser damit nur an die Rhön-Klinikum veräußert werden könnten. Dagegen spricht, dass aus der regionalen und überregionalen Presse nicht nur bekannt war, dass die Kliniken des Landkreises zum Verkauf stehen, sondern auch, dass der Landkreis die beiden Häuser in jedem Fall an die Rhön-Klinikum AG verkaufen möchte. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, dass der Landkreis gemeinsam mit der Rhön-Klinikum AG Beschwerde gegen die Untersagung des Bundeskartellamtes eingelegt und inzwischen sogar eine Ministererlaubnis beantragt hat. In einem solchen Fall ist zu erwarten, dass auch alle anderen ernsthaften Interessenten ebenso wie der oben bereits dargestellte Bieter zunächst den Ausgang des Verfahrens abwarten, bevor sie ihr Interesse für die Krankenhäuser beim Landkreis bekunden. Die Unverkäuflichkeit der Kreiskrankenhäuser an einen anderen Erwerber als die Rhön-Klinikum AG ist damit nicht nachgewiesen.

182. Der Antragsteller hat darauf hingewiesen, dass er dem Nachweis der Unverkäuflichkeit zu Beginn des Verfahrens keine Aufmerksamkeit geschenkt habe, da er die Genehmigung der Fusion durch das Bundeskartellamt für eine reine Formalie hielt. Dieser Hinweis kann das Fehlen des erforderlichen Nachweises allenfalls erklären, nicht aber entschuldigen oder gar heilen. Schließlich geht es bei dem Nachweis der anderweitigen Unverkäuflichkeit nicht um eine nebensächliche Formalie, sondern um eine wesentliche Voraussetzung für eine Ministererlaubnis. Um so bemerkenswerter ist es, dass es von Seiten des Landkreises auch keine ernsthaften Bemühungen gegeben zu haben scheint, einen anderen Erwerber zu finden, nachdem sich der Verkauf der Kliniken an die Rhön-Klinikum AG als kartellrechtlich problematisch herausgestellt hatte. Auch zu diesem Zeitpunkt ist also der Nachweis der Unverkäuflichkeit nicht erbracht worden. Die Tatsache, dass nicht versucht wurde, weitere Angebote einzuholen bzw. auf das Angebot des alternativen Bieters zur Rhön-Klinikum AG weiter einzugehen, erscheint jedoch auch aus einem anderen Grund problematisch. Eine möglichst hohe Entlastung des Kreishaushaltes durch einen hohen Kaufpreis oder ein möglichst attraktives Angebot von Krankenhausleistungen für die Bürger des Landkreises würde am besten dadurch erzielt werden, dass verschiedene Bieter gezwungen sind, den Landkreis im Wettbewerb mit anderen Bietern von der Qualität ihres Angebots zu überzeugen.

183. Das Bemühen des Antragstellers, während des Ministererlaubnisverfahrens ein erneutes Angebot eines alternativen Bieters einzuholen, ist nicht geeignet, die Unverkäuflichkeit der Krankenhäuser nachzuweisen. Abgesehen von den grundsätzlichen Problemen eines solchen Bieterverfahrens³³ ist im vorliegenden Fall für den potentiellen Interessenten davon auszugehen, dass es dem Antragsteller bei seiner Bitte um ein Angebot lediglich um den Nachweis der Unverkäuflichkeit geht und nach wie vor kein ernsthaftes Interesse daran besteht, das Klinikum an einen anderen Erwerber als die Rhön-Klinikum AG zu verkaufen. Dies ergibt sich schon aus den sehr engen Fristen, die dem Erwerber mit der Begründung gesetzt werden, sie ergäben sich aus dem Terminplan des Ministererlaubnisverfahrens. Es kann demnach nicht erwartet werden, dass ein ernsthaftes Angebot, das zu erstellen immerhin einigen Aufwand erfordert, abgegeben wird, unabhängig davon, ob tatsächlich ein ernsthaftes Interesse am Kauf der Kliniken besteht oder nicht.

184. Zum Nachweis der Unverkäuflichkeit ist es im Übrigen nicht ausreichend, dass es keinen Käufer gibt, dessen Angebot so attraktiv wie das der Rhön-Klinikum AG ist. Die Rhön-Klinikum AG verstärkt durch die Übernahme der Kreiskrankenhäuser in Rhön-Grabfeld ihre Marktmacht in Bad Neustadt um Umgebung. Dadurch hat sie die Möglichkeit, höhere Gewinne als andere Erwerber zu erzielen. Dies wiederum ermöglicht es ihr, einen höheren Kaufpreis zu bieten bzw. höhere Investitionen zuzusagen. Die Unveräußerlichkeit ist also bereits dann widerlegt, wenn ein Erwerber, durch dessen Kauf keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, bereit ist, die Klinik zu erwerben und weiter zu führen. Die Differenz zwischen dem Kaufpreis, den die Rhön-Klinikum AG zu zahlen angeboten hat, und dem Kaufpreis des meistbietenden anderen Erwerbers kann als monetäres Maß für die durch den Zusammenschluss entstehende Wettbewerbsbeschränkung interpretiert werden.

185. Die Entlastung des Kreishaushaltes in Höhe des Kaufpreises, den ein Unternehmen zu zahlen bereit ist, das durch den Erwerb keine marktbeherrschende Stellung erwirbt oder verstärkt, könnte als Gemeinwohlvorteil angesehen werden. Da die Unveräußerlichkeit der Kreiskrankenhäuser an einen anderen Erwerber nicht nachgewiesen wurde, ist ein Verkauf an die Rhön-Klinikum AG im vorliegenden Fall jedoch nicht erforderlich, um den Gemeinwohlvorteil zu realisieren. Die Entlastung des Kreishaushaltes in Höhe der Differenz zwischen dem meistbietenden wettbewerbsneutralen Bewerber und der Rhön-Klinikum AG stellt *keinen* Gemeinwohlvorteil dar. Denn die Differenz ist auf die durch den Zusammenschluss entstehende Wettbewerbsbeschränkung zurückzuführen. Die Wettbewerbsbeschränkung selbst kann aber keinen Gemeinwohlvorteil darstellen. Gemeinwohlvorteile müssen, um gegen die Wettbewerbsbeschränkung aufgewogen zu werden, eigene, in der Sache von der Wettbewerbsbeschränkung verschiedene Tatbestände sein. Dies ist hier nicht der Fall.

186. Zusammenfassend hält die Monopolkommission eine Ministererlaubnis nicht für erforderlich, um den Haushalt des Landkreises Rhön-Grabfeld zu entlasten. Die Entlastung könnte durch eine Veräußerung an einen anderen Interessenten erfolgen. Die Ministererlaubnis ist auch zur Senkung der Krankenhauskosten in Rhön-Grabfeld nicht erforderlich, da andere private Klinikbetreiber bei einer Übernahme der Kreiskrankenhäuser ebenfalls in der Lage wären, eine effiziente Betriebsführung einzusetzen und konzerninterne Synergievorteile zu nutzen.

³³ Die Monopolkommission äußert sich dazu ausführlich in ihrem Sondergutachten 38, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, Ergänzendes Sondergutachten, Baden-Baden 2003, Abschnitt IV.3. Die dort getroffenen Aussagen treffen auch für diesen Fall zu.

9. Bedingungen und Auflagen

187. Der Antragsteller hat im Verlaufe des Verfahrens keine Bedingungen oder Auflagen vorgeschlagen, unter denen eine Ministererlaubnis auch dann genehmigt werden könnte, wenn die Wettbewerbsnachteile der Fusion die Gemeinwohlvorteile überwiegen. Aus Sicht der Monopolkommission gibt es auch keine Bedingungen oder Auflagen, die dazu geeignet wären. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Rhön-Klinikum AG der Erhalt der Klinik in Mellrichstadt im Falle der Genehmigung einer Übernahme nicht zur Auflage gemacht werden kann. Denn eine derartige Auflage ist nach § 42 Abs. 2 Satz 2 unzulässig, da sie das Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle unterstellen würde.

10. Empfehlung

188. Die Monopolkommission spricht sich gegen die Erteilung einer Ministererlaubnis aus. Die Veräußerung der Kreiskrankenhäuser in Rhön-Grabfeld an die Rhön-Klinikum AG ist zur Realisierung der von den Parteien vorgebrachten Gemeinwohlgründe nicht erforderlich. Eine Gewichtung der durch die Übernahme entstehenden Wettbewerbsnachteile mit möglichen Gemeinwohlvorteilen kann daher entfallen.

189. Im Rahmen einer hilfsweise vorgenommenen Abwägung stellt die Monopolkommission fest, dass das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung als erheblich einzustufen ist. Qualitätswettbewerb im Krankenhausmarkt ist unerlässlich, um die Qualität der stationären Versorgung zu garantieren. Straf- und zivilrechtliche Maßnahmen mögen zwar in der Lage sein, fahrlässiges Fehlverhalten des Ärzte- und Pflegepersonals zu verhindern. Die große Mehrzahl der Qualitätsunterschiede zwischen verschiedenen Krankenhäusern sind jedoch nicht justitabel. Entweder sie entstehen auf der Grundlage von Entscheidungen, die nicht eindeutig richtig oder falsch sind, sondern die lediglich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einem besseren oder schlechteren Behandlungsergebnis führen, oder sie sind unabhängig von der medizinischen Leistung, können den Aufenthalt im Krankenhaus für einen Patienten jedoch trotzdem deutlich angenehmer oder unangenehmer machen. Dazu gehören z.B. die Freundlichkeit des Pflegepersonals, die Qualität des Essens oder die Ausstattung der Zimmer. In diesem Bereich kann eine angemessene Qualität nur durch den Wettbewerb verschiedener Krankenhäuser bzw. ihrer Träger um Patienten gesichert werden.

190. Das Gewicht der Gemeinwohlvorteile ist dagegen zu vernachlässigen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Übernahme der Kreiskrankenhäuser in Rhön-Grabfeld durch die Rhön-Klinikum AG zum Erhalt von Arbeitsplätzen führt. Die ortsnahe medizinische Versorgung ist im Landkreis Rhön-Grabfeld nicht gefährdet. Eine Privatisierung der Kreiskrankenhäuser entlastet den Haushalt des Landkreises von Rhön-Grabfeld und führt zu einer Senkung der Krankenhauskosten. Diese beiden Aspekte vermögen jedoch nicht die Nachteile aufzuwiegen, die der Bevölkerung des Landkreises Rhön-Grabfeld und der Nachbarlandkreise dadurch entstehen, dass der Wettbewerb im Krankenhausmarkt der Region als Garantie für eine qualitativ hochwertige Versorgung entfällt.

191. Der Zusammenschluss ist nicht erforderlich, um den Haushalt des Landkreises zu entlasten und die Krankenhauskosten zu senken. Es gibt andere private Klinikbetreiber, die ebenfalls Interesse an einer Übernahme der Kreiskrankenhäuser haben. Durch einen Verkauf an einen alternativen Bewerber können die vorgebrachten Gemeinwohlvorteile realisiert werden, ohne dass Wettbewerbsbeschränkungen zu befürchten sind.

Bonn, im April 2006

Jürgen Basedow

Jörn Aldag

Martin Hellwig

Peter-Michael Preusker

Katharina M. Trebitsch