

Dr. Helmut Janssen LL.M., Dr. Hendrik Sehy

# Erster Schritt zur Neuordnung der Fusionskontrolle für Krankenhauszusammenschlüsse?

## Regierungsentwurf schränkt Fusionskontrolle für geförderte Krankenhauszusammenschlüsse ein

Wer sich von der Reform des deutschen Kartellgesetzes (des GWB) eine Erleichterung für Krankenhauszusammenschlüsse erhofft hatte, sah sich Anfang des Jahres enttäuscht: Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), seit dem 24. Januar 2020 auf der Homepage des Ministeriums, enthielt keine Sondervorschrift für Krankenhäuser.<sup>1)</sup> Der jüngst (am 9. September 2020) veröffentlichte Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>2)</sup> hingegen entzieht einige Krankenhauszusammenschlüsse der Untersagungskompetenz des Bundeskartellamts. Mit einem Inkrafttreten ist – vorbehaltlich von Änderungen im nun beginnenden parlamentarischen Teil des Gesetzgebungsverfahrens – vor dem 4. Februar 2021 zu rechnen.<sup>3)</sup>

### 1. Anlass: Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts und die 10. GWB-Novelle

Seit seiner ersten Untersagung eines Krankenhauszusammenschlusses im Jahr 2005 hat das Bundeskartellamt pro Jahr durchschnittlich mindestens ein Vorhaben gestoppt,<sup>4)</sup> unter anderem:

- 2005: Rhön Klinikum Bad Neustadt/Kreiskrankenhaus Bad Neustadt,<sup>5)</sup>
- 2005: Rhön Klinikum AG/Krankenhaus Eisenhüttenstadt,<sup>6)</sup>
- 2006: Universitätskrankenhaus Greifswald/Krankenhaus Wolgast,<sup>7)</sup>
- 2007: LBK Hamburg/Mariahilf Krankenhaus Hamburg,<sup>8)</sup>
- 2009: Gesundheitsholding Nordhessen/Werra-Meißner-Kreis,<sup>9)</sup>
- 2012: Universitätsklinikum Tübingen/Zollernalb-Kliniken,<sup>10)</sup>
- 2012: Klinikum Worms GmbH/Agaplesion Hochstift Evangelisches Krankenhaus,<sup>11)</sup>
- 2014: Klinikum Esslingen/Kreisklinikum Esslingen,<sup>12)</sup>
- 2018: Cellitinnen zur Heiligen Maria (Cellitinnen Nord)/Stiftung der Cellitinnen (Cellitinnen Süd),<sup>13)</sup>
- 2018: Sana Kliniken Ostholstein/Ameos.<sup>14)</sup>

Zuletzt erreichte die Unruhe in der Branche im Oktober 2019 ihren Höhepunkt, als die Stadt Gütersloh bekannt machte, der Zusammenschluss der Sankt-Elisabeth-Hospital GmbH mit der Klinikum Gütersloh gGmbH scheitere am Bundeskartellamt.<sup>15)</sup> Das Bundeskartellamt reagierte darauf unter anderem mit verstärkter Öffentlichkeitsarbeit: Der Präsident der Behörde warb zum Jahreswechsel 2020 in einem Interview um Verständnis.<sup>16)</sup> Kurze Zeit später<sup>17)</sup> begann das Bundeskartellamt in einer Reihe von Pressemitteilungen auf von ihm freigegebene Vorhaben hinzuweisen und dabei zu betonen, wie viele Zusammenschlüsse es doch genehmigt und wie wenige es untersagt habe, so etwa: „In den vergangenen Jahren mussten trotz des fortschreitenden Konzentrationsprozesses im Krankenhausbereich

nur sehr wenige Vorhaben vom Bundeskartellamt untersagt werden. Zwischen 2003 und Juli 2020 wurden von insgesamt 325 angemeldeten Transaktionen lediglich sieben untersagt. Acht Projekte wurden nach kritischer Bewertung im Rahmen einer informellen Voranfrage letztlich nicht angemeldet (Stand August 2020).“<sup>18)</sup> 5 % der dem Amt zur Kenntnis gebrachten Transaktionen fanden also wegen wettbewerblicher Bedenken nicht statt.

Kritische Stimmen gegen die Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamts, die bezogen auf einzelne Untersagungsentscheidungen zu vernehmen waren, nahmen zu und mehren sich auch deshalb, weil der Bund selbst immer wieder Krankenhausstrukturreformen forciert: Insbesondere mit der „Neuauf-  
lage“ des Krankenhausstrukturfonds und einer Dotierung mit weiteren 500 Mio. € aus Bundesmitteln für die Jahre 2019 bis 2022 verschärft sich aus Sicht der Krankenhausbetreiber ein Zielkonflikt: Hier fordert und fördert der Staat (im Interesse der Versorgungsqualität) eine stärkere Konzentration von Fachbereichen und Krankenhäusern, dort verbietet er dies wegen zu hoher Marktkonzentration (weil diese die Versorgungsqualität angeblich gefährde).

Unter anderem deshalb liegt nun mit dem Regierungsentwurf ein Regelungsvorschlag vor, der sich der Frage einer Fusionskontrolle auf dem Krankenhausmarkt widmet und dem Bundeskartellamt die Zuständigkeit für bestimmte Krankenhauszusammenschlüsse entziehen will.<sup>19)</sup>

### 2. Die Sonderregelung für Krankenhauszusammenschlüsse, § 186 Absatz 9 RegE

Die Sonderregelung soll nicht in die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB) eingefügt werden, sondern sich ganz am Ende des GWB als § 186 Absatz 9 GWB wiederfinden. In § 186 GWB sind unter der Überschrift „Übergangsbestimmungen“ eine Reihe von zeitlichen Regelungen zu

verschiedenen, an anderen Stellen des GWB geregelten Bereichen, versammelt. Diese systematische Stellung im Gesetz betont die zeitliche Beschränkung und den Ausnahmecharakter der Sonderregelung. Sie soll künftig lauten:

„Die §§ 35 bis 41 sind nicht anzuwenden auf einen Zusammenschluss im Krankenhausbereich, soweit

1. der Zusammenschluss eine standortübergreifende Konzentration von mehreren Krankenhäusern oder einzelnen Fachrichtungen mehrerer Krankenhäuser zum Gegenstand hat,
2. dem Zusammenschluss keine anderen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften entgegenstehen und dies das Land bei Antragstellung nach § 14 Absatz 2 Nummer 3 Buchstabe a der Krankenhausstrukturfonds-Verordnung bestätigt hat,
3. das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für eine Förderung nach § 12a Absatz 1 Satz 4 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes in Verbindung mit § 11 Absatz 1 Nummer 2 der Krankenhausstrukturfonds-Verordnung in einem Auszahlungsbescheid nach § 15 der Krankenhausstrukturfonds-Verordnung festgestellt wurde und
4. der Zusammenschluss bis zum 31. Dezember 2025 vollzogen wird.

Ein Zusammenschluss im Sinne des Satzes 1 ist dem Bundeskartellamt nach Vollzug anzuzeigen. Für die Evaluierung dieser Regelung sind § 32e sowie § 21 Absatz 3 Satz 8 des Krankenhausentgeltgesetzes entsprechend anzuwenden. Für die Zwecke der Evaluierung und zur Untersuchung der Auswirkungen dieser Regelung auf die Wettbewerbsverhältnisse und die Versorgungsqualität können Daten aus der amtlichen Krankenhausstatistik zusammengeführt werden.“

Die Sonderregelung knüpft somit an § 35 bis § 41 GWB an, die im Kern besagen, dass ein Zusammenschluss von Unternehmen (also auch von Krankenhäusern), der bestimmte Umschwellen überschreitet, nicht ohne vorherige Genehmigung des Bundeskartellamts vollzogen werden darf.<sup>20)</sup> Zusammenschlüsse, die ohne eine solche Genehmigung vollzogen werden, sind zivilrechtlich schwebend unwirksam, können Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche auslösen und mit sehr hohen Bußgeldern geahndet werden.<sup>21)</sup> Bereits eine erste Lektüre des § 186 Absatz 9 RegE macht deutlich, dass der neue Ausnahmetatbestand nicht alle Zusammenschlüsse von Krankenhäusern erfasst. Vielmehr verlangt er eine Verbindung zu solchen Projekten, die mit Mitteln aus der zweiten Förderperiode des Krankenhausstrukturfonds unterstützt werden.

## 2.1. Hintergrund

Im Jahr 2015 wurde erstmalig vom Bund ein Fonds zur Förderung von Strukturveränderungen auf dem Krankenhausmarkt (Strukturfonds) eingerichtet und in § 12 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) gesetzlich verankert.<sup>22)</sup> Ziel des Fonds sollte die Förderung strukturverbessernder Maßnahmen auf dem Krankenhausmarkt sein. Hierfür wurden in den Jahren 2016 bis 2018 insgesamt 500 Mio. € aus der Liquiditätsreserve des Ge-

sundheitsfonds der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) bereitgestellt. Die Länder hatten die Möglichkeit, bestimmte Vorhaben zur Förderung vorzuschlagen, wenn sie gleichzeitig eine Co-Finanzierung in Höhe des gleichen Betrags und zusätzlich zur regulären Investitionskostenförderung bereitstellten.

Zur Fortführung der Förderung von Vorhaben der Länder zur Verbesserung der Strukturen in der Krankenhausversorgung beschloss der Bundesgesetzgeber, dem Strukturfonds in den Jahren 2019 bis 2022 weitere Mittel in Höhe von bis zu 500 Mio. € jährlich zuzuführen (§ 12a KHG).<sup>23)</sup>

In der neuen Förderperiode sind zum einen Vorhaben förderfähig, deren Förderung bereits nach den vorherigen Bestimmungen zum Strukturfonds zulässig war, also der Abbau von Überkapazitäten, die Konzentration von stationären Versorgungsangeboten und Standorten sowie die Umwandlung von Krankenhäusern in nicht akutstationäre örtliche Versorgungseinrichtungen und die Förderung palliativer Versorgungsstrukturen (§ 12 Absatz 1 Satz 3 KHG). Im Übrigen werden die aktuellen Voraussetzungen für die Förderung eines Vorhabens in § 11 der Verordnung zur Verwaltung des Strukturfonds im Krankenhausbereich (Krankenhausstrukturfonds-Verordnung - KHS-FV) vom 12. Dezember 2019 konkretisiert.<sup>24)</sup>

Dabei hat der Gesetzgeber mit der Neuauflage des Krankenhausstrukturfonds die Fördertatbestände noch einmal erweitert, sodass nun über die Förderung der in § 12 Absatz 1 Satz 3 KHG genannten Zwecke hinaus auch die folgenden Vorhaben gefördert werden können (§ 12a Absatz 1 Satz 4 KHG):

- „1. wettbewerbsrechtlich zulässige Vorhaben zur Bildung von Zentren zur Behandlung von seltenen, komplexen oder schwerwiegenden Erkrankungen an Hochschulkliniken, soweit Hochschulkliniken und nicht universitäre Krankenhäuser an diesen Vorhaben gemeinsam beteiligt sind,
2. wettbewerbsrechtlich zulässige Vorhaben zur Bildung von Krankenhausverbänden, Vorhaben zur Bildung integrierter Notfallstrukturen und telemedizinischer Netzwerkstrukturen,
3. Vorhaben zur Verbesserung der informationstechnischen Sicherheit der Krankenhäuser und
4. Vorhaben zur Schaffung zusätzlicher Ausbildungskapazitäten in den mit den Krankenhäusern notwendigerweise verbundenen Ausbildungsstätten nach § 2 Nummer 1a Buchstabe e bis g.“

Bemerkenswert war bereits bei Einführung dieser Neuregelung Ende 2019, dass der Gesetzgeber in den ersten zwei Tatbeständen des Satzes 4 (Nr. 1 und Nr. 2) ausdrücklich die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Vorhaben als Voraussetzung für deren Förderfähigkeit eingeführt hat. Dies dürfte bereits damals dem Umstand geschuldet gewesen sein, dass insbesondere die Zentrenbildung und die Errichtung von Verbänden wettbewerbsrechtliche Relevanz haben können, sowohl im Sinne der Kontrolle von Marktkonzentration (Fusionskontrolle, §§ 35 ff. GWB) als auch im Sinne kartellrechtlicher Grenzen bei der Abstimmung von Verhaltensweisen zwischen Wettbewerbern (§ 1 ff. GWB).

## 2.2. Beschränkte Bereichsausnahme und Schutz vor Finanzinvestoren

Die Begründung des Regierungsentwurfs hebt die Zielrichtung des Ausnahmetatbestands hervor:

„Mit der Ergänzung des § 186 um einen neuen Absatz 9 sollen gesundheitspolitisch besonders wünschenswerte Zusammenschlussvorhaben im Sinne des § 11 Absatz 1 Nummer 2 KHSFV, mit denen die gesundheitspolitischen Ziele einer Spezialisierung und Zentrenbildung zugunsten einer patienten- und bedarfsgerechten wohnortnahen Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhäusern verfolgt werden, wettbewerbsrechtlich privilegiert und für die Laufzeit des Strukturfonds befristet aus dem Anwendungsbereich der Fusionskontrolle ausgenommen werden.“<sup>25)</sup>

Die Bundesregierung sieht also den Konflikt zwischen restriktiver Fusionskontrolle und gewünschter Strukturförderung mit dem Ziel höherer Qualität und Spezialisierung. Der Entwurf löst diesen Konflikt durch die Suspendierung der Fusionskontrolle für diejenigen Vorhaben, die nach den Bestimmungen der Krankenhausstrukturfondsverordnung gefördert werden, allerdings nur bezogen auf Maßnahmen des § 11 Absatz 1 Nr. 2 KHSFV:

- „2. akutstationäre Versorgungskapazitäten, insbesondere Fachrichtungen mehrerer Krankenhäuser, in wettbewerbsrechtlich zulässiger Weise standortübergreifend konzentriert werden, insbesondere sofern
- a) Versorgungseinrichtungen betroffen sind, die von einem nicht universitären Krankenhaus an eine Einrichtung eines Hochschulkrankenhauses verlegt werden, und für die
    - aa) der Gemeinsame Bundesausschuss Mindestmengen festgelegt hat oder
    - bb) in den Krankenhausplänen der Länder Mindestfallzahlen vorgesehen sind,
  - b) es sich um Versorgungseinrichtungen zur Behandlung seltener Erkrankungen handelt, die von einem nicht universitären Krankenhaus an eine Einrichtung eines Hochschulkrankenhauses verlegt werden, oder
  - c) die beteiligten Krankenhäuser eine dauerhafte Zusammenarbeit im Rahmen eines Krankenhausverbands, etwa durch gemeinsame Abstimmung des Versorgungsangebots, vereinbart haben;“

Zugleich, und für die Teilnehmer auf dem Krankenhausmarkt bemerkenswert, versucht der Regierungsentwurf zu rechtfertigen, warum er keine weitergehende Bereichsausnahme für den Krankenhausmarkt schafft:

Eine grundsätzliche Ausnahme von Krankenhauszusammenschlüssen sei kontraproduktiv, weil Wettbewerb im Krankenhaussektor dem Schutz einer qualitativ hochwertigen Versorgung und der Trägervielfalt diene. Die Begründung mutet nach der Fülle der in den letzten Jahren durchgeführten Gesundheitsreformen mit Bezug zum Krankenhausmarkt formelhaft an. Denn dass Wettbewerb zwangsläufig zu Qualitätssteigerungen führt, dürfte aus Sicht der Krankenhausträger in dem insbesondere preislich regulierten Markt der Krankenhausver-

sorgung in Deutschland ein Mythos sein. Dass die Begründung des Regierungsentwurfs auf Studien verweist, die sich mit dem Verhältnis von Wettbewerb, Marktkonzentration und Qualität im Krankenhaussektor befassen, ist insoweit fragwürdig, weil die Übertragbarkeit der dort genannten Studien zum Krankenhausmarkt in Großbritannien und den USA in Fachkreisen aufgrund der gravierenden Systemunterschiede nachdrücklich in Frage gestellt wird. Auch die insoweit kritische Haltung der Monopolkommission unterschlägt die Regierungsbegründung.<sup>26)</sup> Allzumal wird man Krankenhausträger, die in der Vergangenheit überlebenswichtige Zusammenschlüsse aufgrund der Fusionskontrolle nicht umsetzen konnten, mit diesen Argumenten kaum von der Richtigkeit einer unveränderten Fusionskontrolle auf dem Krankenhausmarkt überzeugen können.

Schließlich, und als zweites Argument gegen eine weitergehende Bereichsausnahme, malt der Regierungsentwurf das Schreckgespenst ausländischer Finanzinvestoren an die Wand: „Mit einer weitgehenden Ausnahme von der Fusionskontrolle würde insbesondere Finanzinvestoren ein uneingeschränkter Zugriff auf die deutsche Krankenhauslandschaft gewährt werden.“<sup>27)</sup> Dass ein solcher Zugriff zumindest bei Krankenhäusern, die als kritische Infrastrukturen eingestuft werden, nicht uneingeschränkt möglich ist – sondern beim BMWi angemeldet werden muss und von diesem verhindert werden kann – dafür hat dieselbe Bundesregierung bereits gesorgt.<sup>28)</sup> Der aus dem Ausland drohende Finanzinvestor taucht als Topos immer stärker in der deutschen Wirtschaftspolitik auf, nicht nur im Gesundheitsbereich. „Finanzinvestoren“ insgesamt finden sich formelhaft schon in früheren Gesetzesvorhaben, die sich mit der vertragsärztlichen Versorgung und der Gründung von medizinischen Versorgungszentren befassen<sup>29)</sup>. Zwar wurden beispielsweise durch das Terminservice- und Versorgungsgesetz (TSVG) zusätzliche Hürden für massive Eintritte von Investoren in den vertragszahnärztlichen Bereich gesetzt, für den umfänglich größeren Markt der vertragsärztlichen Versorgung verzichtete der Bund aber auf weitergehende Beschränkungen. Das legt die Annahme nahe, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, der Zufluss von Fremdkapital in Zeiten der Unterfinanzierung des Gesundheitswesens sei notwendig.

Für den Krankenhausmarkt dürfte dies nicht weniger gelten. Jedenfalls in den Fällen, die nach der Begründung des Regierungsentwurfs den Regelfall darstellen (Erwerb nicht nur eines kleineren nicht-kontrollierenden Anteils, sondern 25 % an einem oder Kontrolle über ein Krankenhaus) und in den letzten beiden Jahren am Markt zunehmend zu beobachten sind, strebt ein Krankenhausträger die Veräußerung seiner Einrichtung nicht an, um eigene Renditeerwartungen zu erfüllen. Ein erheblicher Teil der Zusammenschlüsse der letzten Jahre war dem Umstand geschuldet, dass der bisherige Träger die Einrichtung aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr selbst weiterführen konnte, ein anderer – mitunter auch privater – Träger dies aber zu leisten versprach. Gerade für sanierungsnahe Transaktionen sind Alternativen selten in Sicht, schließt man einmal die Absenkung des Qualitätsstandards zur Kostenreduzierung

oder die Schließung der Einrichtung aus, die den Wettbewerb natürlich nicht beleben. Unbestritten finden auch Trägerwechsel unter privaten Krankenhauskonzernen statt, denen ein Renditefokus unterstellt werden darf. Allerdings wird man auch hier nicht in Abrede stellen können, dass trotz Konzentration und zentraler Konzernsteuerung auch in diesen Fällen Krankenhausstandorte erhalten bleiben, denen man eine Bedeutung für den Wettbewerb um den Patienten nicht absprechen kann.

### 2.3. § 186 Absatz 9 GWB RegE im Einzelnen

Eine nähere Betrachtung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der neuen Vorschrift verdeutlicht den eingeschränkten Fokus. Der Regierungsentwurf konzentriert sich ausdrücklich auf Vorhaben, die bereits dem ersten Anschein nach einen Zusammenschluss darstellen können, namentlich jegliche Formen der Konzentration von Leistungsangeboten, an denen mehr als ein Krankenhaus beteiligt ist. Dabei sieht der Wortlaut des § 186 Absatz 9 GWB RegE vor, dass die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen.

#### 2.3.1. Standortübergreifende Konzentration

Nur solche Zusammenschlüsse werden der Fusionskontrolle entzogen, die eine standortübergreifende Konzentration von mehreren Krankenhäusern oder von Fachrichtungen mehrerer Krankenhäuser zum Gegenstand haben. Dies bezieht sich inhaltlich auf Gestaltungen, die gemäß § 11 Absatz 1 Nr. 2 KHSFV förderfähig sind (was durch § 186 Absatz 9 Nr. 3 GWB bestätigt wird, s. 2.3.3.). Die anderen Katalogtatbestände der KHSFV betreffen primär solche Maßnahmen, die einzelne Krankenträger für ihre Einrichtung ohne Beteiligung weiterer Krankenhäuser vornehmen können (beispielsweise die Schließung oder Umwandlung von Standorten, Betriebsstätten oder Fachabteilungen) und daher kein Zusammenschluss i.S.d. Fusionskontrollvorschriften (d.h. § 37 Absatz 1 GWB) sind. Allerdings ist nicht undenkbar, dass auch Gestaltungen, die gemäß § 11 Absatz 1 Nr. 1, 3 bis 6 KHSFV förderfähig sind, den Tatbestand eines Zusammenschlusses verwirklichen kann. So kann sich beispielsweise die Etablierung von telemedizinischen Netzwerkstrukturen zwischen verschiedenen Krankenhäusern (nach § 11 Absatz 1 Nr. 4 KHSFV förderfähig) je nach Gestaltung einer solchen Partnerschaft als Zusammenschluss qualifizieren, der nur nach Genehmigung durch das Bundeskartellamt vollzogen werden darf.

Die Ausnahmevorschrift ist also restriktiver formuliert, als dies nach der Begründung des Regierungsentwurfs geboten gewesen wäre. Sie hätte schlicht alle Vorhaben, die nach dem Krankenhausstrukturfonds gefördert werden *können* (nicht nur: werden), vollständig aus dem Anwendungsbereich der Fusionskontrolle herausnehmen können. Die Formulierung (und § 186 Absatz 9 Nr. 3 GWB RegE) lassen aber keinen Zweifel daran, dass die Ausnahme nur solche Zusammenschlüsse erfasst, die gem. § 11 Absatz 1 Nr. 2 KHSFV förderfähig sind und auch tatsächlich gefördert werden.

#### 2.3.2. Andere wettbewerbsrechtliche Vorschriften stehen nicht entgegen

Der Ausnahmetatbestand greift des Weiteren nur dann ein, wenn (1) dem Zusammenschluss keine anderen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften entgegenstehen und (2) das Land dies bei der Antragstellung nach § 14 Absatz 2 Nr. 3 a) KHSFV gegenüber dem Bundesamt für Soziale Sicherung bestätigt.

Welche wettbewerbsrechtlichen Vorschriften jenseits denen der Fusionskontrolle das Land prüfen muss, nennt der Entwurf nicht. Gemeint ist offensichtlich das Kartellverbot (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV). Das Missbrauchsverbot, also insbesondere das Verbot, eine marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, (§§ 18 ff. GWB, Art. 102 AEUV) wird durch einen Zusammenschluss kaum verletzt sein können. Es wäre ein offensichtlicher Wertungswiderspruch, wenn der Gesetzgeber die Schaffung von Marktmacht durch einen Zusammenschluss von der Zusammenschlusskontrolle (also der Marktkonzentrationskontrolle) freigestellt, ihn aber zugleich als Missbrauch von Marktmacht brandmarken würde.

Allerdings stellt sich in diesem Kontext die Frage, wie das den Antrag stellende Land diese Bewertung aus eigenen Mitteln vornehmen soll. Wird also zukünftig im Antragsverfahren zur Förderung eines Projekts aus dem Krankenhausstrukturfonds eine umfassende wettbewerbsrechtliche Analyse des Zusammenschlusses durch die Landeskartellbehörden erforderlich werden? Werden hierzu umfangreiche Ermittlungen angestellt, Entwürfe von Zusammenschlussverträgen geprüft, Mitwirkende und andere Marktteilnehmer befragt? Oder wird die Behörde von den Zusammenschlussbeteiligten eine entsprechende Bestätigung oder ein Gutachten einfordern? Hier ist ersichtlich vieles denkbar. Wie und in welchem Umfang die Landesverwaltungen ihre Verpflichtung zur Einschätzung des Vorhabens umsetzen müssen, ist jedenfalls unklar. Auf der Hand liegt jedoch, dass der interne und externe Beratungsaufwand steigen wird.

#### 2.3.3. Auszahlungsbescheid bestätigt Fördervoraussetzungen

Von zentraler Bedeutung ist, dass die Voraussetzungen für eine Förderung nach § 12a Absatz 1 S. 4 KHG i.V.m. § 11 Absatz 1 Nr. 2 KHSFV vorliegen müssen und dies im Auszahlungsbescheid nach § 15 KHSFV festgestellt wird. Kurz gesagt: Von der Fusionskontrolle sind nur solche Vorhaben freigestellt, die auch tatsächlich eine Förderung aus dem Krankenhausstrukturfonds *erhalten*.

Auswirkungen hat diese Regelung unter anderem auf die zeitliche Planung künftiger Vorhaben, die fusionskontrollrechtlichen Bedenken begegnen können (insbesondere also das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung in einer bestimmten Region erwarten lassen).

Bisher galt für die Antragsstellung zum Erhalt einer Förderung nach § 12a Absatz 3 S. 1 Nr. 1 KHG nur die zeitliche Beschränkung, dass die Umsetzung des zu fördernden Vorhabens am 1. Januar 2019 noch nicht begonnen haben durfte. Für aktuelle Vorhaben, beispielsweise im laufenden Jahr 2020, bedeutet

Anzeige

dies, dass der Förderantrag grundsätzlich jederzeit, auch begleitend zur Umsetzung des Vorhabens, gestellt werden kann. Die Erteilung eines Förderbescheids ist aufgrund der landesspezifisch unterschiedlichen Bearbeitungsdauer schwerer planbar. Sofern aber keine gravierenden finanziellen Restriktionen bestehen, können die Zusammenschlussparteien derzeit noch frei entscheiden, ob sie einzelne Vollzugsschritte unabhängig von der Förderzusage verwirklichen (wie etwa die Bestellung einer gemeinsamen Geschäftsführung<sup>30)</sup>). In den Zusammenschlusszeitplan ist das Fusionskontrollverfahren als fester Meilenstein aufzunehmen, der einen solchen Teilvollzug begrenzt; das formelle Verfahren vor dem Bundeskartellamt wird erst zum Ende der Vorbereitungen des Zusammenschlusses relevant (auch wenn seine Vorbereitung in einem wesentlich früheren Projektstadium beginnt) und läuft bisher unabhängig von der Förderung.

Nach Inkrafttreten von § 186 Absatz 9 GWB RegE wird sich diese übliche zeitliche Taktung eines solchen Projekts jedoch ändern müssen: Da das Vorliegen des Auszahlungsbescheids Voraussetzung für die Befreiung von der Fusionskontrolle ist, gelten bis zum Vorliegen des Auszahlungsbescheids die §§ 35 ff. GWB mit der Folge, dass ein Zusammenschluss vor seinem Vollzug beim Bundeskartellamt angemeldet werden muss und dessen Genehmigung bedarf. Folglich werden die Partner eines Zusammenschlusses künftig so frühzeitig wie möglich die Förderung aus dem Krankenhausstrukturfonds zu klären haben, um den Auszahlungsbescheid zu erhalten und so unter die Ausnahme des § 186 Absatz 9 GWB RegE zu fallen. Denn andernfalls sind ihnen auch einzelne vollziehende Schritte verwehrt. Wollen sie nicht auf den Auszahlungsbescheid warten, dürften sie Vollzugsschritte nur dann gehen, wenn sie wie bisher die fusionskontrollrechtliche Genehmigung des Bundeskartellamts eingeholt haben. In einigen Fällen dürfte dieser Umstand durchaus zu einer nicht unerheblichen Belastung des Verfahrens führen. Denn für die Antragsstellung müssen die beteiligten Partner mitunter detaillierte Planungen baulicher oder konzeptioneller Art vorlegen, die sich üblicherweise erst im späteren Stadium der Projektvorbereitungen herauskristallisieren. Eine späte Antragstellung wird dann aber den Zusammenschluss insgesamt mitunter deutlich verzögern.

#### 2.3.4. Vollzug des Zusammenschlusses bis Ende 2025

Schließlich muss das geförderte Vorhaben bis zum Ende des Jahres 2025 vollzogen sein. Die Begründung des Regierungsentwurfs legt dar, dass die Befristung bis zum 31. Dezember 2025 der in § 12a KHG vorgesehenen Laufzeit des Strukturfonds zzgl. einer angemessenen Zeit zur Umsetzung der bewilligten Vorhaben entspricht. Sie soll ferner der Beschleunigung gesundheitspolitisch bezweckter Strukturveränderungen dienen. Vollzug ist ein eingeführter technischer Begriff aus der Fusionskontrolle. Er wirft gleichwohl Fragen auf. Für einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot genügen bereits einzelne Vollzugshandlungen; eine geplante Transaktion oder Verbundbildung muss keinesfalls vollständig abgeschlossen sein. So sollten denn

wohl einzelne Vollzugsakte vor Ende 2025 auch genügen, um für den gesamten wirtschaftlichen Vorgang des Zusammenschlusses dem Bundeskartellamt die fusionskontrollrechtliche Zuständigkeit zu entziehen.

Je näher das Fristende (31. Dezember 2025) rückt, desto akuter wird diese Frage werden, da sich die vollständige wirtschaftliche Umsetzung von Projekten durchaus über mehr als ein Jahr erstrecken kann und Verzögerungen in der Projektumsetzung nie ausgeschlossen werden können. Nach unserem Verständnis des Zwecks des § 186 Absatz 9 RegE müsste die Umsetzung der wesentlichen Einzelschritte wie beispielsweise verbindlicher Vertragsabschlüsse genügen, um von einem Vollzug sprechen zu können. Diese Sichtweise wäre auch verfahrensrechtlich vorzugswürdig, denn andernfalls würde man einen wirtschaftlich zusammenhängenden Prozess willkürlich auseinanderreißen, wenn man beispielsweise für vor dem 31. Dezember 2025 nicht vollzogene Schritte die Fusionskontrolle wieder für anwendbar erklären und ein Genehmigungsverfahren mit offenem Ausgang für erforderlich halten würde.

Aus praktischer Sicht wäre in Zweifelsfällen vorsorglich zu erwägen, zumindest einen Kontrollwechsel i.S.d. § 37 Absatz 1 Nr. 2 GWB herbeizuführen, um das Projekt unstrittig zu vollziehen (etwa durch personenidentische Besetzung der Leitungsgremien).

#### 2.3.5. Keine Anwendung „soweit“

Auch die Formulierung, die Zusammenschlusskontrolle sei nicht anwendbar, „soweit“ die einzelnen Voraussetzungen des § 186 Absatz 9 GWB RegE vorliegen, wirft Fragen auf. Bedeutung kann das „soweit“ bei Vorhaben erlangen, die – beabsichtigt oder unbeabsichtigt – nur teilweise aus dem Krankenhausstrukturfonds gefördert werden. In diesen Fällen lässt der Wortlaut jedenfalls die Annahme zu, dass die Fusionskontrolle nur so weit suspendiert ist, wie die Förderung reicht. Solche Teile des Zusammenschlussvorhabens, die keine Förderung erhalten (beispielsweise bestimmte Leistungsbereiche, die nicht in die Förderung einbezogen werden, oder sekundäre bzw. tertiäre Bereiche) müssten mit Blick auf den Wortlaut fusionskontrollrechtlich eigenständig gewürdigt werden (zum Beispiel, ob sie eigenständige oder abtrennbare Unternehmen sind, die überhaupt Gegenstand eines Zusammenschlusses sein können).

Sicherlich nicht gewollt ist, dass einzelne Kooperationsstränge eines einheitlichen Zusammenschlusses, dessen Kern gesundheitspolitisch erwünscht ist und gefördert wird, aus der Ausnahme herausgelöst werden. Man wird insofern den wirtschaftlich einheitlichen Vorgang in seiner Gesamtheit von der Zusammenschlusskontrolle ausgenommen betrachten müssen.<sup>31)</sup> Wäre hingegen die Zuständigkeit des Bundeskartellamts für einen Teilausschnitt zu bejahen, lässt sich abstrakt kaum sagen, welchen Ausgang die Prüfung nehmen würde. Vermutlich würden sich in solchen Fällen zumeist keine wettbewerblichen Bedenken ergeben und somit nur Verfahrensaufwand für das Einholen der Fusionskontrollgenehmigung entstehen.

Allerdings lässt sich an zwei einfachen Beispielen zeigen, dass dieser Problemkreis durchaus Praxisrelevanz hat: Kommt es beispielsweise zum Zusammenschluss mehrerer Krankenhäuser, die jeweils für sich durch eigene medizinische Versorgungszentren auch den ambulanten Markt in der Region erschlossen haben, stellt sich die Frage, ob die für den Zusammenschluss des stationären Geschäfts ausgeschlossene Fusionskontrolle begrenzt auf den Zusammenschluss der medizinischen Versorgungszentren doch eingreift, weil ein Zusammenschluss von MVZ nicht aus dem Krankenhausstrukturfonds gefördert werden kann. Dann müsste man den Zusammenschluss der MVZ anmelden und das Bundeskartellamt müsste die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem ambulanten Markt prüfen. Eine ähnlicher Ablauf wäre zu erwarten, wenn ein Vorhaben den Zusammenschluss mehrerer Akutkrankenhäuser sowie einzelner Reha-Kliniken umfasst (ein bei größeren Gesundheitsverbänden nicht ungewöhnlicher Vorgang) und nur der Zusammenschluss der Akutkrankenhäuser gefördert wird. Auch hier stellte sich die Frage, ob der Zusammenschluss der Reha-Kliniken weiter fusionskontrollpflichtig bliebe. Der Begründung des Regierungsentwurfs lässt sich dazu nichts entnehmen, insbesondere nicht zu der Frage, ob dann eine Untersagung des gesamten Zusammenschlusses möglich bleibt, ob die Untersagung nur die Teilbereiche (MVZ, Reha-Kliniken) betreffe, oder ob das Bundeskartellamt ggf. im Wege von Nebenbestimmungen (Auflagen oder Bedingungen) den Zusammenschluss doch noch freigeben würde.

Diese Erwägungen zeigen, dass selbst bei guter Aussicht auf Förderung eines Projekts mit Mitteln des Krankenhausstrukturfonds eine sorgfältige und umfassende Würdigung, insbesondere unter fusionskontrollrechtlichen Gesichtspunkten, unerlässlich bleibt.

### 3. Gestaltungsüberlegungen

Sollte § 186 Absatz 9 GWB RegE Gesetz werden, wird sich in der Praxis gerade bei fusionskontrollrechtlich heiklen Vorhaben zwangsläufig die Frage stellen, ob das Vorhaben dergestalt strukturiert werden kann, dass es Fördermittel aus dem Krankenhausstrukturfonds erhalten kann und somit die Fusionskontrollvorschriften einer Umsetzung nicht entgegenstehen. Selbstverständlich ist es den Parteien nicht zu nehmen, die Voraussetzungen für das Eingreifen der Ausnahmevorschrift zu schaffen. Es ist nicht einmal undenkbar, dass dies Vorhaben betrifft, die in der Vergangenheit an der Fusionskontrolle gescheitert sind. Entsprechende Strukturierungsüberlegungen begegnen naturgemäß dem Problem, dass die Mittel aus dem Krankenhausstrukturfonds insgesamt begrenzt sind, aber vor allem, dass die Länder sie zu gleichen Teilen aufstocken müssen. Die Entscheidung über die Förderung liegt im Auswahlermessen des jeweiligen Bundeslands. Und wenn dessen Mittel erschöpft sind, wird das Land keinen Förderbescheid erlassen können und damit das Vorhaben unter die Fusionskontrolle fallen.

Für Krankenhausträger, die einen Zusammenschluss ins Auge fassen, wird es sich aber wohl in jedem Fall lohnen, mit den

Fördermittelbehörden des Landes zu klären, inwieweit der Krankenhausstrukturfonds für das Vorhaben nutzbar gemacht werden kann. Gerade in Fällen, in denen regionale Vorhaben wegen fusionskontrollrechtlicher Bedenken zurückgestellt worden sind, obgleich die Beteiligten und die Landesbehörden den Zusammenschluss grundsätzlich befürwortet haben, bietet sich eine erneute Prüfung des Vorhabens an. Da § 186 Absatz 9 GWB keine Mindesthöhe der Förderung vorschreibt, könnte selbst eine geringe Förderquote ausreichen, um den Ausnahmebestand auszulösen. Aber Vorsicht: Da das Vorhaben nur „soweit“ von der Fusionskontrolle befreit ist, wie die Förderung reicht (siehe oben 2.3.5.), ist im Einzelfall kritisch zu beleuchten, ob der wirtschaftliche Kern des Vorhabens wirklich der Zusammenschlusskontrolle entzogen werden kann.

### 4. Kritik und offene Fragen

Ob der hier vorgestellte Regierungsentwurf unverändert Gesetz wird, muss noch einige Monate abgewartet werden. Die Hoffnung von Krankenhausbetreibern, die Zusammenschlusspraxis des Bundeskartellamts werde sich mit der GWB-Novelle grundsätzlich ändern, oder das Bundeskartellamt werde für Krankenhauszusammenschlüsse gar nicht mehr zuständig sein, ist durch den Regierungsentwurf jedenfalls nicht begründet.

Mit § 186 Absatz 9 GWB RegE wird ausdrücklich nur das Ziel verfolgt, in Fällen der gesundheitspolitisch gewünschten Förderung von Krankenhauszusammenschlüssen den Widerspruch aufzulösen, der sich bei Anwendung der Fusionskontrolle ergeben kann. Dieses Ziel erreichen zu wollen, ist richtig und überfällig. Dass der Regierungsentwurf gleichwohl restriktiv ausgefallen ist und nicht alle aus dem Krankenhausstrukturfonds geförderten Projekte, die zugleich Zusammenschlüsse sind, pauschal von der Fusionskontrolle befreit hat, bleibt ein klarer Kritikpunkt. Ebenso wird man die Frage stellen können, warum § 186 Absatz 9 GWB RegE nur die geförderten Vorhaben anerkennt, nicht aber auch die förderfähigen, unabhängig davon, ob sie tatsächlich (möglicherweise aufgrund fehlender Mittel zum Ende der Laufzeit des Krankenhausstrukturfonds) eine Förderung erhalten. Die Antwort darauf dürfte lauten, auch wenn sie nicht alle befriedigt: Wenn ein Land ein Vorhaben fördert, soll das Bundeskartellamt der Umsetzung des geförderten Projekts nicht im Weg stehen können.

Die Diskussion um eine Bereichsausnahme für Krankenhauszusammenschlüsse ist durch die GWB-Novelle sicherlich nicht beendet. Es bleiben Zweifel, ob die derzeitige Praxis der Fusionskontrolle dazu geeignet ist, die richtigen Antworten auf die weitere Marktkonzentration zu finden, die durch die wirtschaftliche Entwicklung, aus krankenhauplanerischen Gründen aber eben auch zur Erhöhung der Versorgungsqualität unweigerlich bevorsteht. Dabei wäre es nicht zwingend erforderlich, den Krankenhausmarkt einer umfassenden Bereichsausnahme zu unterwerfen. Alternative Vorschläge liegen allenthalben vor: Die Monopolkommission hatte in ihrem jüngsten Hauptgutachten<sup>32)</sup> darauf verwiesen, dass ohne weiteres Anleihen bei der Europäischen Fusionskontrolle möglich seien; es wäre an die

stärkere Berücksichtigung von Effizienzvorteilen eines Zusammenschlusses oder synergiebedingten Qualitätsvorteilen zu denken.<sup>33)</sup> Diese Gesichtspunkte zieht das Bundeskartellamt bisher nur im Ermessenswege und vereinzelt heran. Sie waren bislang angeblich nicht entscheidungserheblich. Dabei bietet gerade das System der Krankenhausversorgung eine Vielzahl von Parametern, an die solche Erwägungen anknüpfen könnten (zum Beispiel Qualitätsparameter, Richtlinien des G-BA u. a. zu Mindestmengen, planungsrechtliche Bedarfsnotwendigkeiten bzw. Versorgungsziele der Länder). Die Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamts hat sich über die Jahre ausgeformt und verfestigt. In Stein gemeißelt ist sie nicht. Eine Kalibrierung dieser Praxis an den von der Monopolkommission aufgezeigten Erwägungen könnte noch in das laufende Gesetzgebungsverfahren einfließen, wird aber zumindest in den nächsten Fusionskontrollverfahren zur Diskussion gebracht werden, in denen das Amt Bedenken gegen eine Freigabe äußert.

## Anmerkungen

- 1) Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), [www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf](http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf). Zu diesen allgemeinen Änderungen siehe Mareck, das Krankenhaus 2020, Seite 704 ff.
- 2) Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) [www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetzentwurf-gwb-digitalisierungsgesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetzentwurf-gwb-digitalisierungsgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=4).
- 3) Dann endet die Frist zur Umsetzung einer EU-Richtlinie, deren Vorgaben die Bundesregierung mit der GWB-Novelle zu erfüllen beabsichtigt, Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. EU L 11 vom 14. Januar 2019, 3.
- 4) BKartA, Pressemitteilung vom 31. September 2020 „Bundeskartellamt gibt den Erwerb der Malteser Rhein-Ruhr durch Helios frei. [...] Zwischen 2003 und Juli 2020 wurden [...] sieben untersagt. Acht [...] wurden nach kritischer Bewertung im Rahmen einer informellen Voranfrage letztlich nicht angemeldet.“ Nicht einbezogen in diese Zählung sind offenbar die Entflechtung in der Sache Gesundheitsholding Nordhessen / Werra-Meißner-Kreis im Jahr 2009, obwohl dies in der Sache auf eine Untersagung hinauslief, sowie die Sache B-132/12, in der der Zusammenschluss Asklepios/Rhön/Fresenius nur unter Auflagen und Bedingungen (Veräußerung des Standorts Goslar) freigegeben wurde.
- 5) BKartA, B10-123/04, Entscheidung (Untersagung) vom 10. März 2005
- 6) BKartA, B10-109/04, Entscheidung (Untersagung) vom 23. März 2005.
- 7) BKartA, B3-1002/06, Entscheidung (Untersagung) vom 11. Dezember 2006.
- 8) BKartA, B3-6/07; Entscheidung (Untersagung) vom 6. Juni 2007.
- 9) BKartA, B3-215/08, Entscheidung (Untersagung) vom 18. Juni 2009.
- 10) BKartA, B3-194/07, Fallbericht mit „Datum der Entscheidung“ 12. Mai 2009, Einstellung des Entflechtungsverfahrens nachdem die Parteien den Zusammenschluss rückabgewickelt hatten.
- 11) BKartA, B3-43/12, Entscheidung (Untersagung) vom 5. September 2012.
- 12) BKartA, B3-135/13, Entscheidung (Untersagung) vom 14. Mai 2014
- 13) BKartA, B3-122/18, Fallbericht vom 4. April 2019. Demnach Rücknahme der Anmeldung 17. Dezember 2018.
- 14) BKartA, B3-157/18, Fallbericht vom 2. Mai 2019. Demnach Rücknahme der Anmeldung am 18. März 2019.
- 15) [www.guetersloh.de/de/rathaus/presseportal/news/meldungen/archiv/2019/fusion-klinikum-sankt-elisabeth-hospital.php](http://www.guetersloh.de/de/rathaus/presseportal/news/meldungen/archiv/2019/fusion-klinikum-sankt-elisabeth-hospital.php), letzter Abruf am 16. September 2020.
- 16) f&w – führen und wirtschaften im Krankenhaus, Heft 1/2020, Seite 34 ff.
- 17) Wohl ab der Pressemitteilung vom 4. März 2020 „Bundeskartellamt erlaubt Krankenhausfusion im Burgenlandkreis in Sachsen-Anhalt“.
- 18) So zum Beispiel in der Pressemitteilung des BKartA vom 5. August 2020 „Bundeskartellamt genehmigt Krankenhausfusion in Flensburg“ und auf der Internetseite [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de) unter der Rubrik „Wirtschaftsbereiche“ „Gesundheitswirtschaft“; zuletzt abgerufen am 16. September 2020.
- 19) Gegenüber dem Referentenentwurf enthält der Regierungsentwurf einige weitere Änderungen des Fusionskontrollrechts, die aber für Krankenhauszusammenschlüsse in aller Regel keine Bedeutung haben werden. So soll nicht nur die derzeitige Inlandsumsatzschwelle von 5 Mio. € auf 10 Mio. € erhöht werden, sondern laut dem RegE auch die zweite Inlandsumsatzschwelle von 25 Mio. € auf 30 Mio. €
- 20) Näheres z.B. in v. Dietze/Janssen, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 5. Aufl. 2015, Rn. 835 ff.
- 21) Zur Risikominimierung siehe Janssen, in Umnuß, Corporate Compliance Checklisten, 4. Aufl. 2020, Kapitel 9 Kartellrecht, Rn. 6, 82 ff.
- 22) Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (Krankenhausstrukturgesetz - KHSVG) vom 10. Dezember 2015, BGBl. 2015 I Seite 2229.
- 23) Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals (Pflegepersonal-Stärkungsgesetz - PpSG) vom 11. Dezember 2018, BGBl. 2018 I Seite 2394.
- 24) Verordnung zur Verwaltung des Strukturfonds im Krankenhausbereich (Krankenhausstrukturfonds-Verordnung - KHSFV) vom 17. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2350), zuletzt durch Artikel 57 Absatz 4 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2652).
- 25) Vergleiche Fn. 2, dort Seite 171.
- 26) Monopolkommission, „Wettbewerb 2020, XXIII. Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Absatz 1 Satz 1 GWB, 2020“, dort Kapitel I „Effiziente Struktur des deutschen Krankenhausesektors – ist eine Bereichsausnahme im GWB erforderlich?“, Rn. 158, Fn. 44: „[...] Bei der Interpretation der einzelnen Studienergebnisse ist zu beachten, dass gerade die empirischen Studien im Krankenhausesektor zahlreichen Einschränkungen unterliegen, die ihre Aussagekraft für konkrete Fragestellungen teilweise mindern. Unklar ist daher, inwieweit die Ergebnisse für den deutschen Krankenhausmarkt verallgemeinert werden dürfen. Einschlägige deutsche Studien existieren bisher nicht.“
- 27) Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fn. 2), Seite 172.
- 28) § 55 Absatz 1 S. 2 Nr. 1 Außenwirtschaftsverordnung (AWV) i.V.m. Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-Kritisverordnung - BSI-KritisV) für den Erwerb von 10 % an Krankenhäusern mit jährlich mindestens 30.000 stationär behandelten Patienten.
- 29) Vergleiche nur die Begründung in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/6337, 19/6436 – betreffend das Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung (Terminservice- und Versorgungsgesetz – TSVG) vom 13. März 2019, Seite 188: „Aufgrund der rein renditeorientierten Motivation von Private-Equity-Gesellschaften besteht die begründete Gefahr, dass medizinische Entscheidungen von versorgungsfernen Zielvorgaben stärker beeinflusst werden.“
- 30) Entscheiden sich bspw. die am Zusammenschluss beteiligten Krankenhausträger dazu, schon im Rahmen der Vorbereitungen ihre beiden Häuser unter eine einheitliche Leitung zu stellen, indem sie die Geschäftsführungsorgane mit denselben Personen besetzen, dann stellt dies einen Zusammenschluss i. S. d. § 37 Absatz 1 Nr. GWB dar; die personenidentischen Besetzung kann dann bereits fusionskontrollrechtlich als Vollzug dieses Zusammenschlusses gewertet werden.
- 31) Dies entspricht der Betrachtung, die man auch ansonsten in der Fusionskontrolle anstellt.
- 32) Vergleiche oben Fn. 27.
- 33) A.a.o.: Rn. 159 ff., insbes. Rn. 165; den Vorschlag für eine Ergänzung des § 36 Absatz 1 Satz 2 Nr. 4 GWB hat der RegE nicht aufgenommen.

## Anschrift der Verfasser

Dr. Helmut Janssen LL.M., Kartell- und Beihilfenrecht/Dr. Hendrik Sehy, Fachanwalt für Medizinrecht, Luther Rechtswaltesgesellschaft mbH (Industriegruppe Health Care & Life Science)