

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Erstes Kapitel: Einleitung und Problemstellung	25
A. Einführung in die Problematik	25
I. Ursachen des Konzentrationsprozesses	26
II. Rechtliche Fragestellungen	27
1. Die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle auf Krankenhauszusammenschlüsse	27
2. Die Handhabung der materiellen Untersagungskriterien	28
3. Die Beurteilung von Krankenhauszusammenschlüssen nach der FKVO	29
B. Methode und Gang der Untersuchung	31
Zweites Kapitel: Rechtliche und ökonomische Rahmenbedingungen	33
A. Begriffsbestimmung	33
I. Das Krankenhaus im Sinne des KHG	34
II. Das Krankenhaus im Sinne des SGB V	35
1. Der Krankenhausbegriff nach § 107 Abs. 1 SGB V	35
2. Zugelassene Krankenhäuser	36
3. Abgrenzung zu Privatkliniken	37
III. Abgrenzung zu anderen Einrichtungen der medizinischen und sozialen Versorgung	37
1. Ambulante ärztliche Versorgung und Zwischenformen ambulanter und stationärer Versorgung	38
2. Soziale Einrichtungen	39
IV. Kategorisierung der Krankenhäuser	40
1. Nach Aufgabenstellung	40
2. Nach Versorgungsstufen	41
3. Nach Trägerschaft	41
4. Nach Betriebs- und Rechtsform	43
V. Der Dissertation zugrunde liegende Krankenhausbegriff	44
B. Ökonomische Bedeutung	45
C. Rechtliche Rahmenbedingungen	47
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen der stationären Krankenversorgung	47
1. Der stationäre Sicherstellungsauftrag des Staates	47

2.	Der Gewährleistungsauftrag der GKV	49
3.	Der verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz der Trägervielfalt	49
4.	Rechtsstellung der Krankenhäuser	51
5.	Das Verhältnis der verfassungsrechtlichen Grundsätze untereinander	53
II.	Die Grundsätze der GKV	54
1.	Sachleistungsprinzip	54
2.	Kostenerstattung als Ausnahme	57
3.	Solidarprinzip	58
4.	Humanität	60
5.	Wirtschaftlichkeitsgebot	60
6.	Beitragssatzstabilität	63
7.	Qualitätsregulierung	64
8.	Rudimentäre Selbstverwaltung	66
9.	Gemeinsamer Bundesausschuss	67
10.	Pflichtversicherung	68
11.	Subsidiarität der Krankenhausbehandlung	69
12.	Sektorentrennung	69
Drittes Kapitel: Die sektorspezifische Regulierung des Krankenhausmarktes		71
A.	Die Krankenhausplanung	71
I.	Inhalt und Funktion des Krankenhausplans	72
1.	Inhalt	73
2.	Funktion	75
II.	Der Feststellungsbescheid	76
III.	Die materiellen Planungskriterien	77
1.	Bedarfsbegriff	78
2.	Bedarfsermittlung	78
3.	Bedarfsgerechtigkeit	80
4.	Leistungsfähigkeit	80
5.	Eigenverantwortlich wirtschaftende Krankenhäuser	82
6.	Tätigwerden zu sozial tragbaren Pflegesätzen	83
IV.	Die (Teil-)Herausnahme aus dem Krankenhausplan	83
B.	Die Krankenhausfinanzierung	84
I.	Das duale Finanzierungssystem	84
II.	Die Finanzierung von Investitionskosten durch staatliche Krankenhausförderung	86
1.	Der Gestaltungsspielraum der Länder bei der Investitionsförderung	87
2.	Die Förderarten nach § 9 KHG	88
3.	Fördermittel und ihre Bemessung	88
4.	Der Rechtsanspruch eines Krankenhauses auf Förderung	89
a)	Die Aufnahme in den Krankenhausplan	89

b) Die Aufnahme in das Investitionsprogramm	90
III. Die Finanzierung von Betriebskosten über die Pflegesätze	91
1. Grundlagen des Pflegesatzrechts	92
2. Anwendungsbereich	93
3. Die Preisregulierung durch das DRG-System	93
a) Funktionsweise des DRG-Systems	94
b) Berechnungsgrundlagen für die Fallpauschalen	95
c) Abgestufte Einführung des neuen Vergütungssystems	96
aa) Budgetneutrale Einführung	96
bb) Konvergenzphase	96
cc) Zielwerterreichung: Gleicher Preis für gleiche Leistung	97
d) Ausnahmen und Besonderheiten	98
e) Zwischenfazit	98
f) Auswirkungen auf das Verhalten der Krankenhäuser	99
g) Auswirkungen auf die Krankenhausplanung	100
4. Das öffentlich-rechtliche Verfahren zur Bestimmung der Fallpauschalen und seine privatrechtsgestaltende Wirkung	101
a) Bundesebene	102
b) Landesebene	102
c) Einzelnes Krankenhaus	103
IV. Der Ausgleich von Betriebsverlusten bei öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern	103
V. Der GKV-Sanierungsbeitrag der Krankenhäuser	105
C. Die Einbeziehung von Krankenhäusern in das GKV-System	106
I. Der statusbegründende Versorgungsvertrag als funktionale Ausprägung des Sachleistungsprinzips	106
1. Die eingeschränkte Vertragsfreiheit von Krankenhäusern und Krankenkassenverbänden	107
2. Die Rechtswirkungen der Einbeziehung	108
a) Zulassung	108
b) Krankenhausbehandlungspflicht des Krankenhauses	109
c) Vergütungspflicht der Krankenkasse	109
3. Kündigung des Versorgungsvertrages	110
II. Der Abschluss von Einzelverträgen	112
D. Zusammenfassung	113

Viertes Kapitel: Die Folgen der hoheitlichen Regulierung des Krankenhausmarktes für den Wettbewerb unter den Krankenhäusern 115

A. Theoretische Grundlagen des Marktwettbewerbs	115
I. Wesen des Marktwettbewerbs	116
II. Voraussetzungen des Marktwettbewerbs	117
III. Die Theorie des vollkommenen Marktes	118
IV. Funktionen des Wettbewerbs	119

1.	Freiheitsfunktion	120
2.	Kontrollfunktion	120
3.	Lenkungsfunktionen	121
a)	Koordinations- und Anpassungsfunktion	121
b)	Allokationsfunktion	121
c)	Anreiz- und Auslesefunktion	122
4.	Fortschrittsfunktion	122
5.	Verteilungsfunktion	123
V.	Wettbewerbliche Ausnahmereiche	123
1.	Normative Theorie der Regulierung	124
2.	Positive Theorie der Regulierung	125
B.	Die Analyse der Wettbewerbssituation auf dem Krankenhausmarkt	125
I.	Begriffsbestimmung	125
II.	Die Besonderheiten des Krankenhausmarktes	126
1.	Gemeinnützigkeit der Mehrzahl der Krankenhäuser	126
2.	Krankenhausleistungen als Kollektivgüter	127
3.	Allgemeine Krankenhausleistungen als meritatorische Güter	128
4.	Verteilungsgerechtigkeit und Risikoselektion	128
5.	Allgemeine Krankenhausdienstleistungen als Zukunftsgüter	129
6.	Keine atomistischen Angebots- und Nachfragestrukturen	130
7.	Heterogenität der Krankenhausleistungen	130
8.	Präferenzen	130
9.	Kein funktionierender Preismechanismus	131
10.	Keine direkte Korrelation von Angebot und Nachfrage	132
11.	Stark eingeschränkte Rationalität und Souveränität der Patienten	134
12.	Eingeschränkte Markttransparenz und Informationsasymmetrien	135
13.	„adverse selection“	138
14.	Eingeschränktes Preisbewusstsein der Patienten	138
15.	„moral hazard“	139
16.	Angebotsinduzierte Nachfrage	141
17.	Eingeschränkte Reaktionsgeschwindigkeit der übrigen Marktteilnehmer	142
18.	Keine direkten Nachfrager-Anbieter-Beziehungen	142
19.	Kontrahierungszwänge	143
20.	Der Krankenhausplan als Marktzutritts- und -austrittsschranke	144
21.	Zwischenergebnis	146
III.	Implikationen für die Geltung der klassischen Wettbewerbs- funktionen auf dem Krankenhausmarkt	146
1.	Staatlich gewährleistete Krankenhausversorgung vs. Freiheitsfunktion des Marktwettbewerbs	146
2.	DRG's vs. Kontrollfunktion des Wettbewerbs	148
a)	Preiskontrolle	148
b)	Qualitätskontrolle	149
3.	Hoheitliche Krankenhausplanung vs. Allokationsfunktion des Marktwettbewerbs	150

4.	Fallpauschalen, Beitragssatzstabilität und hoheitliche Investitionsfinanzierung vs. Verteilungsfunktion des Marktwettbewerbs	153
5.	Öffentlich-rechtlich determiniertes Innovationsverhalten vs. Entdeckungs- und Fortschrittsfunktion des Marktwettbewerbs	155
6.	Ineffizienzen als Folge der hoheitlichen Regulierung	156
7.	Zwischenergebnis	157
IV.	Verbleibende Verhaltensspielräume für die Krankenhäuser	157
1.	Verhaltensspielräume im DRG-System	158
2.	Verhaltensspielräume bei der Aufnahme in den Krankenhausplan	160
a)	Konkurrentenklagen im Krankenhausrecht	161
b)	Wettbewerb um die Aufnahme in den Krankenhausplan?	162
3.	Verhaltensspielräume innerhalb der Krankenhausplanung	165
4.	Verhaltensspielräume außerhalb der Krankenhausplanung	166
5.	Verhaltensspielräume der Krankenhäuser beim „Einkaufsmodell“	167
6.	Verhaltensspielräume zur Qualitätsverbesserung	168
7.	Ressourcenwettbewerb	171
8.	Verhaltensspielräume bei Investitionen	171
9.	Verhaltensspielräume beim Erwerb von Krankenhäusern	173
10.	Zwischenergebnis Keine Außerkraftsetzung des hoheitlichen Regulierungssystems durch Marktgesetze	174
V.	Rechtfertigung der Regulierung	175
1.	Prinzipielles Marktversagen bei Krankenhausdienstleistungen?	175
2.	Erklärungsversuch	176
VI.	Zusammenfassung	177

Fünftes Kapitel: Implikationen des fehlenden Marktwettbewerbs auf Krankenhausmärkten für die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle 179

A.	Ziele und Zwecke der Fusionskontrolle	179
I.	Preisbestimmungsmacht	181
II.	Verringerung der Produktions- und Dienstleistungskapazitäten	182
III.	Offenhaltung der Märkte	182
IV.	Erhaltung von Qualität und Innovationskraft	182
V.	Weitere Aspekte	183
B.	Erreichbarkeit der fusionskontrollrechtlichen Zielsetzungen bei Krankenzusammenschlüssen	183
I.	Unternehmenseigenschaft der Krankenhäuser	183
1.	Krankenhäuser als Unternehmen im Sinne der §§ 35 ff. GWB	184
2.	Krankenhäuser als Unternehmen im Sinne der FKVO	185
a)	Der funktionelle Unternehmensbegriff des EuGH	185
b)	Krankenhäuser im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher und sozialer Tätigkeit	188
3.	Zwischenergebnis	193

II.	Teleogische Erwägungen	193
	1. Preisbestimmungsmacht	194
	2. Angebotsverknappung	197
	3. Offenhaltung der Märkte	197
	4. Erhaltung von Qualität und Innovationskraft	198
	a) Qualität	198
	b) Innovation	201
	c) Empirische Belege	202
	5. Konservierung von Marktstrukturen für späteren Wettbewerb?	203
	6. Zwischenergebnis	204
III.	§ 69 SGB V als fusionskontrollrechtliche Bereichsausnahme?	205
	1. § 69 SGB V als kartellrechtliche Bereichsausnahme	205
	2. Auswirkungen auf die Anwendbarkeit der §§ 35 ff. GWB	208
	a) Die Auffassung von BKartA und Monopolkommission	209
	b) Stellungnahme	210
	c) Eigener Ansatz	215
IV.	Durch die Fusionskontrolle zu schützender Restwettbewerb?	217
	1. Die Entscheidung „DB Regio/üstra“	218
	2. Schützenswerter Restwettbewerb wegen hohen Konzentrationsgrades?	221
	3. Die Rechtssache „Suiker Unie u.a. ./ Kommission“	223
	4. Weiterführende Erwägungen	224
	5. Zwischenergebnis	225
V.	Gesetzeshistorische Betrachtung	226
	1. Deutsche Fusionskontrolle	226
	2. Europäische Fusionskontrolle	227
	3. Schlussfolgerungen	228
VI.	Zwischenergebnis	229
C.	(Potentielle) Zielkonflikte zwischen Regulierung und Fusionskontrolle	230
I.	Krankenhausplanung als Marktstrukturkontrolle	230
	1. asset deal	232
	2. share deal	233
	3. Auflösung potentieller Konflikte mit der wettbewerblichen Marktstrukturkontrolle	235
	a) Verfassungsrechtlicher Vorrang der Krankenhausplanung	235
	b) Die Kompetenz der EU-Mitgliedsstaaten zur Gestaltung ihrer nationalen Gesundheitssysteme	237
	c) Theorie der beweglichen Schranken	239
	d) Regelungslücke und Handlungsbedarf	240
	e) Zwischenergebnis	242
	4. Schlussfolgerung	242
II.	Beihilferecht	244
	1. Der Ausgleich von Betriebsverlusten	244
	a) Keine Befreiung von der Notifizierungspflicht	245
	b) Keine Genehmigungsfähigkeit	246

c)	Potentielle Zieldivergenzen mit der Fusionskontrolle	247
2.	Die öffentliche Investitionsförderung als Beihilfe	248
a)	Befreiung von der Notifizierungspflicht	249
b)	Potentielle Zieldivergenzen mit der Fusionskontrolle	251
3.	Auflösung der Zieldivergenzen	251
a)	Im Verhältnis zum GWB	252
b)	Im Verhältnis zur FKVO	253
4.	Zwischenergebnis	255
III.	Systemimmanente Kartellierung vs. Marktbeherrschung	256
IV.	Fallpauschalensystem	257
V.	Mindestmengen	259
VI.	Zwischenergebnis	261
D.	Fazit	261

Sechstes Kapitel: Die Anwendung der formellen und materiellen
 Untersagungskriterien der §§ 35 ff. GWB auf Krankenhauszusammenschlüsse 264

A.	Formelle Fusionskontrolle	265
B.	Materielle Fusionskontrolle	265
I.	Sachliche Marktabgrenzung	266
1.	Auffassung des Bundeskartellamts	267
2.	Auffassung des OLG Düsseldorf	268
3.	Stellungnahme	269
a)	Nachfrageperspektive	270
aa)	Krankenkassen	271
bb)	Gemeinsamer Auswahlprozess von Arzt und Patient	272
cc)	Keine Berücksichtigung von Notfallpatienten	274
b)	Marktgleichwertigkeit von Krankenhausleistungen / Sortimentsgedanke	275
aa)	Keine Vergleichbarkeit mit dem Lebensmittelhandel	276
bb)	Empirische Belege	278
cc)	Zwischenergebnis	279
c)	Fachabteilungsbezogene Marktabgrenzung	279
d)	Einbeziehung ambulanter Leistungen?	280
e)	Angebotsumstellungsflexibilität	281
f)	Keine Anwendung der Bagatellmarktklausel	284
4.	Zwischenergebnis	285
II.	Räumliche Marktabgrenzung	285
1.	Auffassung des BKartA	286
a)	Angebotsorientierte Betrachtung	287
b)	Nachfrageorientierte Betrachtung	288
2.	Stellungnahme	290
a)	Allgemeines	290

b)	Erklärungsdefizite bei der regionalen Abgrenzung von Krankenhausmärkten	291
aa)	Keine Vergleichbarkeit mit anderen regionalen Teilmärkten	291
bb)	Empirische Belege	293
cc)	Marktbeherrschung	294
c)	Einseitige Wanderbewegungen	295
d)	„Schwerpunktargument“	297
e)	Marktanteilsbetrachtung	298
f)	Rückwirkungen der sachlichen Marktabgrenzung	298
g)	Fehlende dynamische Betrachtung	299
h)	Zusammenfassung	301
3.	Alternative Marktabgrenzungskonzepte	301
a)	Fokussierung nachfrageorientierte Markt Betrachtung	302
b)	Die US-amerikanische Gerichtspraxis bei Krankenhausfusionen	304
aa)	Statische Marktanalyse	304
bb)	Dynamische Marktanalyse	306
cc)	Illustrative Fälle	307
dd)	Kritik an der US-amerikanischen Gerichtspraxis	312
ee)	Stellungnahme	314
ff)	Übertragbarkeit auf die deutsche Fusionskontrollpraxis	316
gg)	Zwischenergebnis	319
c)	Bundesweiter Markt	319
aa)	Die Theorie der Substitutionsketten	320
bb)	Übertragbarkeit des Substitutionskonzeptes auf Krankenhausmärkte	322
cc)	Das Konzept der externen Interdependenz	323
dd)	Externe Interdependenz auf Krankenhausmärkten	324
ee)	„Shock analysis“ auf Krankenhausmärkten	325
ff)	Krankenhausplanungsrechtliche Tendenzen zur „Entregionalisierung“ von Krankenhausdienstleistungen	325
gg)	Überregionale Wettbewerbsbeziehungen vieler Krankenhausträger	326
hh)	Zwischenergebnis	328
4.	Zusammenfassung	329
III.	Marktbeherrschung	329
1.	Marktanteilsbetrachtung und -berechnung	330
2.	Finanzkraft	331
3.	Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten	333
4.	Gegenmacht der Krankenkassen	334
5.	Relativierung von Marktbeherrschung durch die Krankenhausplanung	335
6.	Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite	336
7.	Marktzutrittsschranken	338

8. Angebotsumstellungsflexibilität	339
9. Zusammenfassung	339
IV. Fusionsbedingte Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung	340
1. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch die Krankenhausplanung?	340
2. Sonderfall Sanierungsfusion	341
V. Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen	344
1. DRG-System als Effizienzargument?	345
2. Praktische Probleme bei der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen der Abwägung	346
3. Zwischenergebnis	348
C. Exkurs: Ministererlaubnis	348
I. Gemeinwohlgründe	349
1. Sicherung einer ortsnahen, qualitativ hochwertigen medizinischen Grundversorgung	349
2. Entlastung der öffentlichen Haushalte	350
3. Senkung von Krankenhauskosten	351
4. Erhalt von Arbeitsplätzen	352
5. Sicherung der Beitragssatzstabilität	353
6. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG	353
II. Abwägung	354
III. Zwischenergebnis	354
D. Zusammenfassung	355

Siebttes Kapitel: Krankenhauszusammenschlüsse im Kontext der Europäischen Fusionskontrolle 356

A. Der „more economic approach“ in der FKVO und seine Auswirkungen bei der Beurteilung von Krankenhausfusionen	356
I. Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen in der europäischen Fusionskontrolle	357
1. Vorteile für die Verbraucher	358
a) Nichtberücksichtigungsfähige Effizienzvorteile bei Krankenhausfusionen	359
b) Berücksichtigungsfähige Effizienzvorteile bei Krankenhausfusionen	360
2. Kausalität	362
3. Nachprüfbarkeit	362
4. Zwischenergebnis	363
II. Der „SIEC-Test“ als Untersagungskriterium	363
1. Allgemeines	363
2. Implikationen für Krankenhauszusammenschlüsse	364
III. Ausblick	367

B.	Die räumliche Abgrenzung von Krankenhausmärkten in der FKVO	368
I.	Kommissionspraxis	369
II.	Implikationen für die räumliche Marktabgrenzung bei Krankenhauszusammenschlüssen	370
1.	Übertragbarkeit der Kommissionspraxis zur Abgrenzung regio- naler und lokaler Märkte auf Krankenhauszusammenschlüsse?	371
2.	Die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Krankenhausleistungen	373
a)	Die Rechtssache <i>Vanbraekel</i>	374
b)	Die Rechtssache <i>Smits/Peerbooms</i>	375
c)	Die Rechtssache <i>Müller-Fauré/van Riet</i>	376
d)	Die Rechtssache <i>Watts</i>	377
e)	Die Auswirkung der EuGH-Judikatur auf das Inanspruchnahmeverhalten der Patienten	379
3.	Der Konsultationsprozess auf Gemeinschaftsebene	382
4.	Prognose	384
C.	Die Privilegierung der Krankenhäuser nach Art. 86 Abs. 2 i.V.m. Art. 16 EG – Mögliche Legalausnahme von den Vorschriften der FKVO?	385
I.	Allgemeines	386
1.	Unmittelbare Anwendbarkeit	387
2.	Reichweite der Ausnahmeklausel	388
3.	Zwischenergebnis	389
II.	Krankenhausleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	389
1.	Begriffsbestimmung	389
2.	Die Krankenhausversorgung der GKV-Versicherten als Teil der Daseinsvorsorge	391
III.	Die Krankenhäuser als betraute Unternehmen	391
IV.	Verhinderung der stationären Krankenversorgung durch die Fusionskontrolle?	393
1.	Der Begriff der Verhinderung	394
2.	Mögliche Verhinderungsszenarien / Implikationen für die Fusionskontrolle	395
a)	Privatisierung defizitärer öffentlicher Krankenhäuser	395
b)	„Quasi-Sanierungsfusion“	396
3.	Erforderlichkeit der Befreiung von den Vorschriften der FKVO	397
V.	Keine übermäßige Handelsbeeinträchtigung	400
1.	Art. 16 EG	401
2.	Keine mitgliedstaatlich verursachte Beeinträchtigung	402
3.	Binnenmarktgedanke	403
VI.	Zwischenergebnis	403
VII.	Schlussfolgerung und Ausblick	404
D.	Zusammenfassung	405

Achtes Kapitel: Zusammenfassung und Ausblick	407
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	407
B. Ausblick	414
Literaturverzeichnis	419