

Kartell- und Vergaberecht im Krankenhaus und Gesundheitswesen

Grundlagen und aktuelle Rechtsprechung



Medizinanwälte **L & P**
Lyck & Pätzold

Überblick

1. Hintergrund: Entwicklungstendenzen im deutschen Krankenhauswesen
2. Fusionskontrolle nach §§ 35ff. GWB
(BGH, Beschl. v. 16. 1. 2008 - KVR 26/07)
3. Europäischen Fusionskontrolle
4. Kartellverbot nach § 1ff. GWB
5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

1. Hintergrund: Entwicklungstendenzen im deutschen Krankenhauswesen

- Kostensteigerungen / Finanznot
(z.B.: Tarifierhöhung für Klinikärzte, Mehrwertsteuererhöhung, Sanierungsbeitrag)
- Konzentrationstendenzen
 - Privatisierung kommunaler Krankenhäuser
 - Fusionen und Entstehung größerer Verbände

2. Fusionskontrolle nach §§ 35ff. GWB

- Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB auf Fusionen von Krankenhäusern?
- Vom BGH erstmals am 16.01.2008 entschieden (Beschl. v. 16. 1. 2008 - KVR 26/07):
„Der Zusammenschluss von Krankenhäusern unterliegt der Fusionskontrolle nach dem GWB unabhängig davon, ob Behandlungsleistungen für gesetzlich oder privat versicherte Patienten angeboten werden.“

2.1 Grundlagen der Fusionskontrolle

a. Geltungsbereich (§ 35 GWB)

- Umsatzschwellen, § 35 I GWB
 - Insgesamt weltweit mehr als 500 Mio. Euro und
 - Inlandsumsatzerlöse iHv mehr als 25 Mio. Euro bei einem beteiligten Unternehmen
- Ausnahmen, § 35 II GWB
 - Anschlussklausel, § 35 II Nr. 1 GWB
 - Bagatellmarktklausel, § 35 II Nr. 2 GWB

2.1 Grundlagen der Fusionskontrolle

b. Berechnung Umsatzerlöse und der Marktanteile (§ 38 GWB)

- Verweis auf § 277 I HGB:
 - Erlöse aus dem Verkauf / Vermietung / Verpachtung von Erzeugnissen und Waren (Handel mit Waren: mit $\frac{3}{4}$ in anzusetzen)
 - Erlös aus Dienstleistungen nach Abzug von Erlösschmälerungen und der Umsatzsteuer
 - Jeweils, soweit typisch für die gewöhnliche Geschäftstätigkeit
- Unternehmen nach §§ 17f. AktG als einheitliches Unternehmen (§ 36 II GWB)

2.1 Grundlagen der Fusionskontrolle

c. Zusammenschluss (§ 37 GWB)

- Vermögenserwerb, § 37 I Nr. 1 GWB
(Vollständig oder wesentlicher Teil des Vermögens)
- Kontrollerwerb, § 37 I Nr. 2 GWB
(mittelbare / unmittelbare Kontrolle durch Rechte, Verträge usw.)
- Anteilserwerb, § 37 I Nr. 3 GWB
(50% / 25 %)
- Umgehungstatbestand, § 37 I Nr. 4 GWB

2.1 Grundlagen der Fusionskontrolle

d. Untersagung von Zusammenschlüssen durch das BKartA (§ 36 GWB)

- Zusammenschluss
- Begründung/Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten
- Ausnahme: Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen, die die Nachteile überwiegt
- Verfahren: §§ 40ff. GWB

2.2 Fusionen von Krankenhäusern: Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB

a. Ausschluss durch § 69 SGB V

- Abschließende Regelung der Beziehung der Krankenhäuser untereinander?
- BGH: Kein Ausschluss der §§ 35ff. GWB durch § 69 SGB V

Arg.: Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck des
§ 69 SGB V

2.2 Fusionen von Krankenhäusern: Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB

b. Ausschluss durch das Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG)

- „Fusionskontrolle“ nach KHG?
- BGH: Das KHG verdrängt die §§ 35ff. GWB nicht
Arg.: Unterschiedliche Regelungsbereiche von KHG und §§ 35ff. GWB

2.2 Fusionen von Krankenhäusern: Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB

c. Krankenhäuser als Unternehmen iSd GWB

- BGH: (+)

- Funktionaler Unternehmensbegriff:

„Jede selbständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist, und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt.“

„Krankenhäuser bieten GKV- und Privatpatienten gegen Entgelt medizinische Behandlungsleistungen an. Sie handeln dabei nicht hoheitlich.“

2.2 Fusionen von Krankenhäusern: Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB

d. Markt mit Wettbewerbskräften

- Fusionskontrolle nur bzgl. Märkten, die Wettbewerbskräften unterworfen sind
- Probleme:
 - GKV-Patienten als Nachfrager?
 - Autonome Auswahlentscheidung?
 - Starke Reglementierung der Tätigkeit

2.2 Fusionen von Krankenhäusern: Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB

d. Markt mit Wettbewerbskräften

- BGH: Markt mit Wettbewerbskräften (+)
- Privatrechtlicher Behandlungsvertrag GKV-Patient / Krankenhaus (Patient = Nachfrager)
- Auswahlmöglichkeit des Patienten besteht
- Vielfältige qualitative Wettbewerbsparameter

2.2 Fusionen von Krankenhäusern: Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB

e. Sachliche Marktabgrenzung

- Bei Fusion von Allgemeinkrankenhäusern:
„Sachlich relevant ist der Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen durch Allgemeinkrankenhäuser und Fachkliniken.“ (d.h. keine Abgrenzung nach Fachabt.)
- Bei Fusion von Spezialkliniken:
Bislang noch keine Entscheidung des BGH

2.2 Fusionen von Krankenhäusern: Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB

f. Räumliche Marktabgrenzung

- BGH: Bedarfsmarktkonzept
- Markt umfasst alle Nachfrager, die im konkreten Fall als Abnehmer für das Angebot der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in Betracht kommen
- Entscheidend ist das tats. Verhalten der Nachfrager
- Akutstationäre KH-Behandlung typischerweise wohnort-nah
- „Auspendlerquote“ relevant für Ermittlung der Markt-anteile

2.2 Fusionen von Krankenhäusern: Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB

g. Marktbeherrschende Stellung (§ 36 I GWB)

- BGH:
 - Ggf. schon ab 40 % Marktanteil
 - Jedenfalls ab 50 % Marktanteil

2.2 Fusionen von Krankenhäusern: Anwendbarkeit der §§ 35ff. GWB

h. Bedeutung für die Praxis

- Häufig nur ein Kaufinteressent: Dispens bei besonderer Notlage des zu erwerbenden Krankenhauses?
- Anwendbarkeit des Kartellrechts unab-hängig von der Eigentümerstruktur: Auch Versorgungsverbände auf kommunaler Ebene sind betroffen

Aktuell: Gesundheit Nordhessen Holding

3. Europäische Fusionskontrolle

- Keine Fusionskontrolle nach deutschem Recht, wenn EU-Fusionskontrollverordnung anwendbar (§ 35 III GWB)
Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
- Voraussetzung: Gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses:
Weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen mehr als 5 Mrd. € bzw. mehr als 2,5 Mrd. € beträgt

4. Kartellverbot nach § 1 ff. GWB

a. Grundlagen

- § 1 GWB: Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

„Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.“

- Wichtig: Keine Umsatzschellenwerte bzgl. Anwendbarkeit

4. Kartellverbot nach § 1 ff. GWB

a. Grundlagen

Ausnahmen:

- Freigestellte Vereinbarungen nach § 2 GWB
- Mittelstandskartelle nach § 3 GWB bis 30.06.2009

4. Kartellverbot nach § 1 ff. GWB

b. Auswirkungen im Krankenhausbereich

Betroffen sind grds. alle Kooperationsformen,
so z.B.:

- Informelle Abstimmungen des Leistungsspektrums
- Tausch von Abteilungen
- Kooperationsverträge

Es gelten keine Umsatzschwellenwerte!

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

a. Einführung

- Vergaberecht: Regeln über die Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber (in gewissen Sonderfällen auch durch private Auftraggeber)
- Geregelt in:
 - §§ 97ff. GWB
 - Vergabeverordnung (VgV)
 - VOB/A
 - VOL/A
 - VOF

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

b. Allgemeine Grundsätze, § 97 GWB

Beschaffungsgrundsätze:

- Wettbewerbs- und Transparenzgebot (Abs. 1)
- Gleichbehandlungsgebot (Abs. 2)
- Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen (Abs. 3)
- Gebot der Vergabe aufgrund leistungsbezogener Eignungskriterien (Abs. 4)
- Gebot der Vergabe auf das wirtschaftlichste Angebot (Abs. 5)

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

c. Anwendbarkeit des Vergaberechts

- Öffentlicher Auftraggeber (§§ 97 I, 98 GWB)
- Öffentlicher Auftrag (§§ 97 I, 99 GWB)
- Schwellenwert (§ 100 GWB iVm § 127 Nr. 1 iVm § 3f. VgV)

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

d. Öffentlicher Auftraggeber, § 98 GWB

- Nr. 1: Gebietskörperschaften
- Nr. 2: Juristische Person des öffentlichen/ privaten Rechts, die gegründet worden ist, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht- gewerblicher Art zu erfüllen, und die eine besondere Staatsnähe aufweist

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

d. Öffentlicher Auftraggeber, § 98 GWB

Nr. 5: Natürliche/juristische Personen des privaten Rechts in den Fällen in denen sie für die Errichtung von Krankenhäusern von Stellen, die unter Nummern 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 vom Hundert finanziert werden

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

e. Öffentlicher Auftrag, § 99 GWB

Abs. 1: Entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

f. Schwellenwerte, § 2 VgV

- Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 211.000,- €
- Bauaufträge: 5.278.000,- €
- Schätzung gem. § 3 VgV

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

g. Krankenkassen = Öffentlich Auftraggeber?

- Fall: OLG Düsseldorf Vergabesenat v. 25.03.2007
(GesR 2007, 429-434)

Verträge zur integrierten Versorgung nach § 140a SGB V

- Vorlage an EuGH

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

g. Krankenkassen = öffentlich Auftraggeber?

- Ausschluss des Vergaberechts durch § 69 S. 2 SGB V?
- Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB?
 - Körperschaft des öffentlichen Rechts (+)
 - Zweck nach § 98 Nr. 2 GWB (+)
 - nicht gewerblich tätig (+)
 - (P) Hinreichende Staatsnähe iSv § 98 Nr. 2 GWB

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

g. Krankenkassen = öffentlich Auftraggeber?

(P) Hinreichende Staatsnähe

- Staatliche Finanzierung: Hier nur mittelbare Finanzierung; nach OLG Düsseldorf aber ausreichend
- Staatliche Aufsicht: Nach OLG Düsseldorf (+), a.A. BayObLG

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

g. Krankenkassen = öffentlich Auftraggeber?

(P) Öffentlicher Auftrag: OLG Düsseldorf -> (+)

(P) Art des Auftrags: Lieferauftrag / Dienstleistungsauftrag / Dienstleistungskonzession?

Nach OLG Düsseldorf wohl Dienstleistungskonzession -> Vergaberecht nicht anwendbar

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

h. Vergaberecht im Krankenhausbereich

Anwendbarkeit: (+) unter den genannten Voraussetzungen

- Öffentlicher Auftraggeber
- Öffentlicher Auftrag
- Schwellenwert

5. Vergaberecht nach §§ 97ff. GWB

h. Vergaberecht im Krankenhausbereich

- Outsourcing: Vergaberecht nach hM anwendbar
- Formelle Privatisierung: Bloße Organisations-formänderung -> Vergaberecht nicht anwendbar
- Materielle Privatisierung: Öffentlicher Auftrag? Wohl (-), wenn kein beschaffungsrechtlicher Bezug



Andreas Müller
(Rechtsreferendar)

Medizinanwälte L&P
Louisenstr. 21-23
61348 Bad Homburg
Tel.: 06172 - 13 99 60
Fax: 06172 - 13 99 66
e-mail: kanzlei@medizinanwaelte.de