



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

KVZ 14/11

vom

8. November 2011

in dem Kartellverwaltungsverfahren

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Bacher und Dr. Löffler

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Dezember 2010 wird auf Kosten der Betroffenen zu 1 zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 2,2 Mio. € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Betroffene zu 1, die Gesundheit Nordhessen Holding AG (im Folgenden: GNH), betreibt als Konzernholding mehrere Krankenhäuser im Großraum Kassel. Die Betroffene zu 2, die Gesundheitsholding Werra Meißner GmbH (im Folgenden: GHWM), betreibt - ebenfalls als Holding - zwei Krankenhäuser der Grund- und Regelversorgung in Eschwege und Witzenhausen. Die Anteile der GNH werden von der Stadt Kassel und dem Landkreis Kassel, diejenigen der GHWM von den Betroffenen zu 3 und 4, dem Werra-Meißner-Kreis und dem Zweckverband Kreis- und Stadtkrankenhaus Witzenhausen, gehalten.
- 2 Die GNH beabsichtigt, die Anteile an der GHWM zu erwerben. Das Bundeskartellamt hat den angemeldeten Zusammenschluss untersagt. Die dagegen gerichtete Beschwerde von GNH hat das Oberlandesgericht Düsseldorf

zurückgewiesen. Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde wendet sich GNH mit der Beschwerde.

3           II. Die nach §§ 75, 76 Abs. 1 GWB statthafte und auch sonst zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Sache wirft weder Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 74 Abs. 2 GWB).

4           1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 74 Abs. 2 Nr. 1 GWB, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deswegen das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, d.h. allgemein von Bedeutung ist. Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage dann, wenn sie zweifelhaft ist, also über Umfang und Bedeutung einer Rechtsvorschrift Unklarheiten bestehen. Derartige Unklarheiten können sich daraus ergeben, dass die Rechtsfrage vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird oder dass in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten werden (s. etwa BGH, Beschluss vom 8. Februar 2010 - II ZR 54/09, ZIP 2010, 985 Rn. 3 zu dem inhaltsgleichen § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

5           Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

6           a) Entgegen der Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde besteht keine Unklarheit über das Verhältnis der Fusionskontrollvorschriften zu § 69 SGB V. Der Senat hat bereits in der Entscheidung "Kreiskrankenhaus Bad Neustadt" ausgeführt, dass weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck des § 69 SGB V (in der bis zum 17. Dezember 2008 geltenden Fassung) gefolgert

werden kann, diese Vorschrift entziehe Zusammenschlussvorhaben zwischen Krankenhausträgern der Kontrolle nach §§ 35 ff. GWB (BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008 - KVR 26/07, BGHZ 175, 333 Rn. 16 ff.). Die Nichtzulassungsbeschwerde macht nicht geltend, dass sich daran aufgrund der Neufassung des § 69 SGB V durch das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz - AMNOG) vom 22. Dezember 2010 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011 etwas geändert hätte.

7 Anders als die Nichtzulassungsbeschwerde meint, gelten die Ausführungen des Senats in der Entscheidung "Kreiskrankenhaus Bad Neustadt" auch für Krankenhäuser, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder von ihr verwaltet oder betrieben werden. Das ergibt sich schon aus § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB. Jedenfalls dann, wenn sich eine Körperschaft des öffentlichen Rechts in privatrechtlichen Formen am Rechtsverkehr beteiligt, muss sie dabei die für alle geltenden Regeln beachten und ist insbesondere von der Geltung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht ausgenommen (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Juli 2008 - KVR 28/05, BGHZ 168, 295 Rn. 21 - Deutsche Bahn/KVS Saarlouis).

8 b) Auch zu der räumlichen Marktabgrenzung vermag die Nichtzulassungsbeschwerde keinen Klärungsbedarf aufzuzeigen.

9 Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, da sie wesentlich von den tatsächlichen Gegebenheiten des Marktes abhängt. Das Rechtsbeschwerdegericht kann nur überprüfen, ob der Tatrichter von zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist, ob er alle für die Abgrenzung wesentlichen Umstände hinreichend in Betracht gezogen hat und ob seine Entscheidung in Einklang mit den Denkgesetzen und einschlägigen Erfahrungssätzen steht (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2007

- KVR 12/06, BGHZ 170, 299 Rn. 13 ff. - National Geographic II; Urteil vom 30. März 2011 - KZR 6/09, WuW/E DE-R 3303 Rn. 10 - MAN-Vertragswerkstatt). Nur bezüglich dieser Rechtsfragen können auch die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 74 Abs. 2 GWB erfüllt sein (BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010 - KVZ 16/09, WuW/E DE-R 2879 Rn. 38 - Kosmetikartikel).

10 Die Nichtzulassungsbeschwerde meint, das Beschwerdegericht habe diese Grenze überschritten, indem es angenommen habe, eine Eigenversorgungsquote von 58,1 % genüge zur Annahme eines räumlich abgegrenzten Marktes.

11 Dem ist nicht zu folgen. Abgesehen davon, dass darin allein noch kein Grund für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen würde, ist diese Wiedergabe der Beschlussgründe unzutreffend. Das Beschwerdegericht hat den räumlichen Markt anhand der Nachfrager abgegrenzt, die nach den tatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falles als Abnehmer für das Angebot der am Zusammenschluss beteiligten Krankenhäuser in Betracht kommen und deren Handlungsmöglichkeiten durch den Zusammenschluss betroffen, insbesondere beschränkt werden können. Dabei hat es den Anteil der Patienten in den Krankenhäusern des Werra-Meißner-Kreises einschließlich der Stadt Rotenburg an der Fulda, die aus diesem Gebiet stammen, berücksichtigt (85 %), ferner die Eigenversorgungsquote (58,1 %) und die Einpendlerquoten. Weiter hat es festgestellt, dass die Eigenversorgungsquote im benachbarten Großraum Kassel deutlich höher ist und damit insoweit unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen herrschen. Diese Betrachtungsweise entspricht der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 175, 333 Rn. 64 ff. - Kreiskrankenhaus Bad Neustadt). Die Nichtzulassungsbeschwerde zeigt auch insoweit keinen Klärungsbedarf auf.

12 c) Grundsätzliche Bedeutung hat auch nicht die von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfene Frage, ob die Marktanteile der für die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens relevanten Krankenhäuser nach Fallzahlen zu ermitteln sind oder ob dafür, nachdem das Bundeskartellamt über entsprechende Ermittlungsmöglichkeiten verfügt, Umsatzzahlen herangezogen werden müssen.

13 Das Beschwerdegericht ist in Übereinstimmung mit der Auffassung des Senats (BGHZ 175, 333 Rn. 88 - Kreiskrankenhaus Bad Neustadt) von Fallzahlen ausgegangen. Dass insoweit ein Meinungsstreit bestünde, macht die Nichtzulassungsbeschwerde nicht geltend. Im Übrigen ist diese Frage nicht entscheidungserheblich. Denn das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung hilfsweise auch auf die Umsatzzahlen gestützt.

14 d) Ebenso wenig vermag die Nichtzulassungsbeschwerde einen Zulassungsgrund mit der Erwägung aufzuzeigen, wegen der staatlichen Regulierung im Krankenhauswesen finde zwischen einzelnen Krankenhäusern gerade im ländlichen Raum ohnehin nur ein beschränkter Wettbewerb statt und deshalb hätten die üblichen Wettbewerbsparameter in diesem Bereich nur eine eingeschränkte Bedeutung; ansonsten würde bei einem typischen Kreiskrankenhaus die Annahme eines Marktanteils von 50,5 % "automatisch" zu einer marktbeherrschenden Stellung führen.

15 Auch insoweit legt die Nichtzulassungsbeschwerde keinen Meinungsstreit oder einen anderweitig vermittelten Klärungsbedarf dar. Die Entscheidung des Senats "Kreiskrankenhaus Bad Neustadt" betraf ebenfalls ein Zusammenschlussvorhaben im ländlichen Bereich. Wenn dort weniger Wettbewerb herrschen sollte als in städtischen Lagen, rechtfertigt das nicht eine Einschränkung der Anwendung der Fusionskontrollvorschriften (vgl. BGH, Beschluss vom

11. Juli 2008 - KVR 28/05, BGHZ 168, 295 Rn. 31 - Deutsche Bahn/KVS Saarlouis).

16 Im Übrigen hat das Beschwerdegericht nicht allein aus dem Marktanteil der Krankenhäuser von GHWM auf deren marktbeherrschende Stellung geschlossen. Es ist zu diesem Ergebnis vielmehr aufgrund einer umfassenden Berücksichtigung aller entscheidungserheblichen Umstände gekommen, so etwa auch des Marktanteilsabstands zu dem Wettbewerber von GHWM.

17 e) Ein Zulassungsgrund ergibt sich auch nicht im Hinblick auf die Bildung von regionalen Leistungsverbänden (Clustern) im ländlichen Bereich, die nach Auffassung der Nichtzulassungsbeschwerde durch eine Anwendung der Vorschriften über die Fusionskontrolle erschwert würde, weil kommunale Krankenhäuser im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Regelungen gezwungen seien, nur in ihrem Gemeindegebiet oder in räumlicher Nähe dazu tätig zu werden.

18 Abgesehen davon, dass die Nichtzulassungsbeschwerde auch insoweit keinen Klärungsbedarf aufzeigt, hat der Senat schon in der Entscheidung "Kreiskrankenhaus Bad Neustadt" ausgeführt, dass eine Clusterbildung vielfach auch durch eine kartellrechtlich zulässige Abstimmung des Leistungsspektrums möglich sein wird und dass im Übrigen die Zielsetzungen der gesundheitsrechtlichen Regelungen im Rahmen der Anwendung des § 36 Abs. 1 GWB zu berücksichtigen sind (BGHZ 175, 333 Rn. 44 f.).

19 2. Auch der geltend gemachte Zulassungsgrund der Fortbildung des Rechts (§ 74 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 GWB) liegt nicht vor. Für die Aufstellung höchstrichterlicher Leitsätze besteht nur dann Anlass, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt (BGH, Beschluss vom 4. Juli 2002 - V ZB 16/02, BGHZ 151, 221, 225; Beschluss vom

20. Januar 2011 - V ZB 193/10, WuM 2011, 184 Rn. 12, jeweils zu dem inhaltsgleichen § 543 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 ZPO).

20 Die Nichtzulassungsbeschwerde zeigt keine Gründe auf, aus denen sich das Erfordernis einer derartigen Orientierungshilfe ergeben würde. Angesichts der Entscheidung des Senats vom 16. Januar 2008 (BGHZ 175, 333 - Kreiskrankenhaus Bad Neustadt) sind die für den vorliegenden Fall entscheidungserheblichen Rechtsfragen geklärt. Dass die Anteile der betroffenen Krankenhausesellschaften in Eschwege und Witzenhausen in der Hand einer Gesellschaft sind, deren Anteile von Körperschaften des öffentlichen Rechts gehalten werden, und dass diese Anteile von einer Gesellschaft übernommen werden sollen, die sich ebenfalls in der Hand von Körperschaften des öffentlichen Rechts befindet, rechtfertigt - wie dargelegt - grundsätzlich kein Abweichen von den für Krankenhäuser in privater Hand geltenden Regeln. Dass sich die Verhältnisse auf dem Krankenhaussektor in den vergangenen Jahren seit der Entscheidung "Kreiskrankenhaus Bad Neustadt" grundlegend geändert hätten, macht die Nichtzulassungsbeschwerde zwar geltend, belegt dies aber nicht.

21 3. Schließlich besteht auch kein Anlass, die Rechtsbeschwerde zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen (§ 74 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 GWB). Insbesondere zeigt die Nichtzulassungsbeschwerde keine Abweichung des Beschwerdegerichts von der Rechtsprechung des Senats auf.

22 Entgegen der Ansicht der Nichtzulassungsbeschwerde hat der Senat in der Entscheidung "Kreiskrankenhaus Bad Neustadt" für die Abgrenzung des räumlichen Marktes nicht allein auf die Eigenversorgungsquote abgestellt und erst recht keine "Mindest-Eigenversorgungsquote" von 64,3 % verlangt. Vielmehr hat er die Eigenversorgungsquote nur als ein Merkmal unter mehreren angesehen, um den räumlichen Markt abgrenzen zu können. Daneben hat er die Einpendlerquote berücksichtigt und dazu ausgeführt, dass eine geringe Ein-

pendlerquote - in dem Fall "Kreiskrankenhaus Bad Neustadt" waren es 5,4 und 2,5 % - als für die räumliche Marktabgrenzung unerheblich anzusehen sei (BGHZ 175, 333 Rn. 68 ff.). Das Beschwerdegericht hat in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung des Senats als maßgeblich angesehen, ob eine hinreichend hohe Eigenversorgungsquote existiert, der nur vernachlässigbare Einpendlerquoten gegenüber stehen. Die Bewertung dieser Zahlen im Einzelnen ist Sache des Tatrichters. Dass sich das Beschwerdegericht dabei in Widerspruch zur Rechtsprechung des Senats oder anderer Oberlandesgerichte gesetzt hätte, zeigt die Nichtzulassungsbeschwerde nicht auf.

Meier-Beck

Raum

Strohn

Bacher

Löffler

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.12.2010 - VI-Kart 6/09 (V) -