



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 26/07

Verkündet am:  
16. Januar 2008  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

Kreiskrankenhaus Bad Neustadt

GWB § 19 Abs. 2, §§ 35, 36 Abs. 1; SGB V § 69

- a) Der Zusammenschluss von Krankenhäusern unterliegt der Zusammenschlusskontrolle nach den §§ 35 bis 43 GWB unabhängig davon, ob Behandlungsleistungen für gesetzlich oder privat versicherte Patienten angeboten werden.
- b) Maßgebliche Nachfrager auf dem für die Zusammenschlusskontrolle von Krankenhäusern relevanten Angebotsmarkt sind auch im Anwendungsbereich des Sachleistungsprinzips der gesetzlichen Krankenversicherung die Patienten.
- c) Ist Zielobjekt eines Zusammenschlusses von Krankenhäusern ein Allgemeinkrankenhaus mit dafür typischen Fachabteilungen, ist der sachlich relevante Markt der Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen.
- d) Der für die Zusammenschlusskontrolle räumlich relevante Markt umfasst alle Nachfrager, die nach den tatsächlichen Verhältnissen als Abnehmer für das Angebot der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in Betracht kommen und deren wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten durch den Zusammenschluss betroffen und insbesondere beschränkt werden können. Für den Markt akutstationärer Krankenhausdienstleistungen bleiben daher Patienten außer Betracht, die die Leistungen der am Zusammenschluss beteiligten Krankenhäuser im Hinblick auf die räumliche Entfernung nicht nachfragen. Kommt andererseits für die Patienten auf dem so abgegrenzten Markt als Bezugsalternative auch die Leistung eines Krankenhauses außerhalb dieses Gebiets in Betracht, handelt es sich um ein Angebot im räumlich relevanten Markt.

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Strohn und Dr. Kirchhoff

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 11. April 2007 wird auf Kosten der Betroffenen zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 10 Mio. € festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene zu 1 (nachfolgend: Rhön AG) gehört zu den führenden privaten Krankenhauskonzernen in Deutschland. Im Jahr 2004 erzielte die Rhön AG konsolidierte Umsatzerlöse in Höhe von mehr als 1 Mrd. € und einen Konzerngewinn von 76,4 Mio. €. Ihre Eigenkapitalquote betrug mehr als 40%. Die Investitionen in Höhe von 112,5 Mio. € im Jahr 2003 konnte die Rhön AG vollständig aus dem Cash-Flow finanzieren. Sie ist mit 45 Kliniken und insgesamt 14.690 Betten an 34 Standorten in acht Bundesländern vertreten. An ihrem Stammsitz in Bad Neustadt betreibt die Rhön AG vier Fachkliniken mit insgesamt über 1.412 Betten. In dem 24 km von Bad Neustadt entfernten Bad Kissingen ist sie mit dem St.-Elisabeth-Krankenhaus und mit dem Heinz-Kalk-Krankenhaus vertreten.

2 Der Betroffene zu 2 betreibt nur noch das als Eigenbetrieb geführte Kreiskrankenhaus Bad Neustadt (nachfolgend: KKH Bad Neustadt). Das etwa 20 km von Bad Neustadt entfernte Kreiskrankenhaus Mellrichstadt ist zum 31. Dezember 2006 geschlossen worden.

3 Im September 2004 meldete die Rhön AG beim Bundeskartellamt das Vorhaben an, durch ihre 100%-ige Tochtergesellschaft, die Betroffene zu 3, von dem Betroffenen zu 2 die Aktiva und Passiva sowie den Geschäftsbetrieb der Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt und Mellrichstadt zu erwerben.

4 Das Bundeskartellamt hat das Zusammenschlussvorhaben untersagt (WuW/E DE-V 1087), weil es zur Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Rhön AG auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausleistungen in den räumlichen Märkten Bad Neustadt/Bad Kissingen (PLZ-Bereich 97600 bis 97729) und Meiningen (PLZ-Bereich 98560 bis 98639) führen werde.

5 Das Beschwerdegericht hat die Beschwerden der Betroffenen zurückgewiesen (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1958). Hiergegen wenden sich die Betroffenen mit der - vom Beschwerdegericht zugelassenen - Rechtsbeschwerde. Das Bundeskartellamt beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

6 B. Das Beschwerdegericht hat die §§ 35 ff. GWB auf Zusammenschlüsse von Krankenhäusern für anwendbar gehalten und die Voraussetzungen für eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens nach § 36 Abs. 1 GWB bejaht. Zur Begründung hat es ausgeführt:

7 § 69 SGB V entziehe lediglich die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern dem Anwendungsbereich des Kartellrechts,

schließe jedoch die Vorschriften über die Fusionskontrolle beim Zusammenschluss von Krankenhäusern nicht aus. Ebenso wenig werde die Fusionskontrolle durch die Regelungen des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz - KHG) verdrängt. Ein Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Gesundheitspolitik bestehe nicht.

8           Krankenhäuser seien Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts, zwischen denen ein Wettbewerb um Patienten stattfinde. Auch der gesetzlich versicherte Patient könne zwischen mehreren in Betracht kommenden Krankenhäusern wählen. Zwar seien die Krankenhausdienstleistungen für gesetzlich versicherte Patienten in erheblichem Umfang reglementiert und insoweit insbesondere ein Preiswettbewerb ausgeschlossen. Der Wettbewerb der Krankenhäuser finde jedoch über die Qualität der Krankenversorgung statt. Die gesetzlichen Vorgaben für die Qualität von Krankenhausleistungen ließen erheblichen Spielraum zur qualitativen Differenzierung zwischen den Krankenhäusern, etwa bei der Qualität der Behandlungsleistung und -ergebnisse, der operativen Ausstattung und Organisation der Versorgungsabläufe sowie der Unterbringung und Verpflegung der Patienten wie auch der Freundlichkeit des Pflegepersonals und seiner Fähigkeit, auf die Wünsche und Bedürfnisse der Patienten einzugehen.

9           Das Beschwerdegericht hat offengelassen, ob in Übereinstimmung mit dem Bundeskartellamt in sachlicher Hinsicht auf einen einheitlichen Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen abzustellen sei oder ob - was näher liege - der Markt für Krankenhausleistungen weiter nach medizinischen Fachbereichen zu unterteilen sei. Bei beiden Marktabgrenzungen erfülle das Zusammenschlussvorhaben die Untersagungsvoraussetzungen, wobei bei ei-

ner an medizinischen Fachbereichen orientierten Marktabgrenzung dafür der Fachbereich Innere Medizin maßgeblich sei.

10 Das Bundeskartellamt habe den räumlich relevanten Markt zutreffend auf der Basis des tatsächlichen Verhaltens der Patienten in der Vergangenheit ermittelt und auf das Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen beschränkt. Dem stehe nicht entgegen, dass sich in den Jahren 2003 und 2004 etwa 35% der in der Region Bad Neustadt/Bad Kissingen ansässigen Patienten außerhalb dieser Region hätten stationär behandeln lassen. Denn es fehle an einer wechselseitigen Durchdringung, weil es keine umgekehrten Wanderbewegungen aus den angrenzenden Gebieten in die Region Bad Neustadt/Bad Kissingen gebe. Deshalb sei unerheblich, dass das Krankenhaus Leopoldina in Schweinfurt und das Universitätsklinikum in Würzburg von Patienten aus dem Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen in gewissem Umfang als Behandlungsalternative wahrgenommen worden seien. Es handele sich insoweit um eine hinzunehmende Unschärfe im Randbereich. Das im Jahr 2005 fertiggestellte Teilstück der Bundesautobahn zwischen Erfurt und Schweinfurt lasse keine signifikante Verschiebung der Grenzen des vom Bundeskartellamt festgestellten Regionalmarktes erwarten. Die damit verbundene Verkürzung der Fahrzeit nach Schweinfurt und Würzburg bedeute insbesondere nicht zugleich eine wechselseitige Durchdringung der Gebiete.

11 Unter Berücksichtigung insbesondere des Marktanteilsabstands zu den nächsten Wettbewerbern wie auch der überlegenen Finanzkraft der Rhön AG sei zu erwarten, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der Rhön AG entstehen bzw. verstärkt werde. Ihr Marktanteil belaufe sich auf dem vom Bundeskartellamt abgegrenzten Markt für akutstationäre Krankenhausleistungen im Bereich Bad Neustadt/Bad Kissingen nach dem Zu-

sammenschluss auf über 90%. Auf dem vom Beschwerdegericht für maßgeblich gehaltenen Markt für Innere Medizin wachse der Marktanteil der Rhön AG durch den Zusammenschluss von 50 bis 55% um 25 bis 30% auf 80 bis 85%.

12 Das Zusammenschlussvorhaben sei auch kausal für die festgestellte Entstehung bzw. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Rhön AG. Die Liquidation bzw. Schließung des Kreiskrankenhauses Bad Neustadt stelle nicht die einzige Alternative zum Zusammenschluss dar. Ebenso wenig trete durch das Zusammenschlussvorhaben eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen ein, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiege.

13 C. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat zutreffend die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts bestätigt.

14 I. Der Zusammenschluss von Krankenhäusern unterliegt den Vorschriften über die Fusionskontrolle nach den §§ 35 bis 43 GWB.

15 1. Weder die sozialrechtlichen Regelungen der gesetzlichen Krankenversicherung noch die Bestimmungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes schließen die Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften aus.

16 a) Das Beschwerdegericht hat zutreffend erkannt, dass § 69 SGB V die Anwendung der §§ 35 ff. GWB auf Zusammenschlüsse von Krankenhäusern nicht ausschließt.

17 § 69 SGB V bestimmt, dass die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und ihren Verbänden abschließend durch das Sozialrecht geregelt werden. Nach ihrem Wortlaut betrifft diese Vor-

schrift nicht die Rechtsbeziehungen von Krankenhäusern untereinander. Aus der systematischen Einordnung des § 69 SGB V ergibt sich ebenfalls kein Anhaltspunkt dafür, dass diese Regelung über ihren Wortlaut hinaus auch Zusammenschlüsse unter Krankenhäusern betreffen soll. Das Fünfte Buch des Sozialgesetzbuchs regelt ausschließlich die gesetzliche Krankenversicherung.

- 18 Auch dem Zweck des Gesetzes ist nichts für einen Ausschluss der Zusammenschlusskontrolle bei Krankenhausfusionen zu entnehmen. Mit der Neuregelung des § 69 SGB V wurde das Ziel verfolgt, die Tätigkeiten der Krankenkassen, die im Zusammenhang mit der Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags stehen, dem Privatrecht und insbesondere dem Wettbewerbs- und Kartellrecht vollständig zu entziehen (vgl. den Entwurf des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000, BT-Drucks. 14/1245, S. 68; BGH, Beschl. v. 14.3.2000 - KZB 34/99, WuW/E DE-R 469 - Hörgeräteakustik; ferner Neumann, WuW 1999, 961, 963 ff.). Im Hinblick auf diesen Zweck kann § 69 SGB V zwar auch die Beziehungen von Leistungserbringern - zu denen die Krankenhäuser gehören - untereinander erfassen. Dies ist jedoch nur der Fall, soweit es um Handlungen in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen geht (vgl. BGH, Urt. v. 23.2.2006 - I ZR 164/03, GRUR 2006, 517 Tz. 23 = WRP 2006, 747 - Blutdruckmessungen). Krankenhäuser, die sich zusammenschließen, erfüllen dabei nicht diesen Versorgungsauftrag. Sie verändern nur in ihrem eigenen Interesse die Strukturen, die für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen zur Verfügung stehen. Da es zu Handlungen in Erfüllung dieses Auftrags erst nach Schaffung entsprechender Strukturen kommen kann, ist die Schaffung der Struktur selbst noch keine derartige Handlung. Die von dem Beschwerdegericht angesprochenen Auswirkungen eines infolge einer Krankenhausfusion eingetretenen Trägerwechsels auf die Zulassung als Plankrankenhaus im Sinne des § 8 KHG und

die bisherige Förderung des Krankenhauses ergeben sich ebenfalls nicht aus den Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern oder denjenigen der Krankenhäuser untereinander bei der Auftragserfüllung für die Krankenkassen.

19 Im Ergebnis zutreffend hat das Beschwerdegericht auch angenommen, dass die Fusionskontrolle nicht durch die sogenannte Drittbetroffenheitsklausel des § 69 Satz 5 SGB V ausgeschlossen ist. Dies folgt schon daraus, dass die Krankenhäuser Leistungserbringer im Sinne des § 69 SGB V und daher nicht Dritte gemäß Satz 5 dieser Norm sind.

20 b) Die Vorschriften über die Fusionskontrolle werden auch nicht durch die Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes verdrängt. Die Regelungsbereiche der Fusionskontrolle und der Krankenhausfinanzierung sind unterschiedlich. Zweck der Krankenhausfinanzierung ist gemäß § 1 Abs. 1 KHG die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser. Anspruch auf staatliche Förderung haben die Krankenhäuser, die anhand der Merkmale Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Kostengünstigkeit in den jeweiligen Krankenhausplan des Landes aufgenommen worden sind (§§ 6, 8 KHG). Durch die staatliche Förderung und wirtschaftliche Planung des Krankenhauswesens wird in erheblichem Maße regulierend auf den Marktzutritt, die Marktbedingungen und die Marktentfaltung der Krankenhäuser Einfluss genommen. Die Auswirkungen einer Fusion von Krankenhäusern auf die Marktstruktur werden im Rahmen der Krankenhausfinanzierung und Krankenhausplanung jedoch nicht überprüft. Ein infolge einer Fusion bei einem in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhaus eingetretener Trägerwechsel wird von der zuständigen Landesbehörde nur in krankenhäus- und förderungsrechtlicher Hinsicht berücksichtigt. Die

Marktstellung, die sich für die beteiligten Krankenhäuser nach der Fusion ergibt, ist für diese Prüfung ohne Bedeutung.

21           2. Krankenhäuser sind Unternehmen im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Nach dem für dieses Gesetz maßgeblichen funktionalen Unternehmensbegriff wird die Unternehmenseigenschaft durch jede selbständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr begründet, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist, und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt (vgl. BGH, Beschl. v. 9.3.1999 - KVR 20/97, WuW/E DE-R 289, 291 - Lottospielgemeinschaft, m.w.N.; Nordemann in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 1 Rdn. 19). Krankenhäuser bieten gesetzlich Versicherten und Privatpatienten gegen Entgelt medizinische Behandlungsleistungen an. Sie handeln dabei nicht hoheitlich. Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in der Rechtssache "Fenin" (Urt. v. 11.7.2006 - C-205/03 P, Slg. 2006, I-6295 = WuW/E EU-R 1213 Tz. 25 f.) steht einer Unternehmenseigenschaft der Krankenhäuser schon deshalb nicht entgegen, weil für die Zusammenschlusskontrolle die Stellung der Krankenhäuser als Anbieter von Behandlungsleistungen maßgeblich ist.

22           3. Der Fusionskontrolle unterliegen Zusammenschlüsse nur insoweit, als sie sich auf einen Markt beziehen, der Wettbewerbskräften unterworfen ist. Das ist bei dem vorliegenden Zusammenschluss der Fall. Die Krankenhäuser bieten stationäre Behandlung sowohl für gesetzlich versicherte Patienten wie auch für Privatpatienten auf einem Markt im Sinne der deutschen Fusionskontrolle an. Bezüglich der Privatpatienten erhebt die Rechtsbeschwerde dagegen keine Einwände. Es fehlt an einem solchen Markt aber auch nicht hinsichtlich der gesetzlich Versicherten.

- 23 a) Stationäre Krankenhausbehandlung wird auch gesetzlich Versicherten aufgrund eines entgeltlichen Leistungsaustauschs gewährt, bei dem Angebot und Nachfrage durch einen privatrechtlichen Vertrag zusammengeführt werden. Die Krankenhausbehandlung von Kassenpatienten erfolgt daher auf einem Markt, dessen Marktstruktur entsprechend dem Regelungszweck der Fusionskontrolle vor der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu schützen ist.
- 24 aa) Zwischen dem Krankenhaus und dem Kassenpatienten wird ein zivilrechtlicher Behandlungsvertrag abgeschlossen, bei dem - unbeschadet des Sachleistungsprinzips der gesetzlichen Krankenversicherung - der Patient selbst Vertragspartei wird (BGHZ 163, 42, 46; BGH, Urt. v. 9.5.2000 - VI ZR 173/99, NJW 2000, 3429, 3430; Genzel in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., § 92 Rdn. 6; Richardi in Staudinger, Kommentar zum BGB, Bearbeitung 2005, vor §§ 611 ff. Rdn. 1265; indifferent Höfler in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand 2007, § 39 SGB V Rdn. 45). Aus dem Behandlungsvertrag erwirbt der Patient einen unmittelbaren eigenen Anspruch auf Krankenhausbehandlung und damit die Hauptleistung des Krankenhauses.
- 25 bb) Die stationäre Behandlung im Krankenhaus erfolgt entgeltlich. Dem Krankenhaus steht für die erbrachten Behandlungsleistungen ohne weiteres ein entsprechender Zahlungsanspruch zu. Zahlungspflichtig ist bei gesetzlich Versicherten allerdings nicht der Patient, sondern allein die Krankenkasse (BGHZ 163, 42, 46; Genzel aaO § 87 Rdn. 44). Das privatrechtliche Behandlungsverhältnis wird von dem öffentlich-rechtlichen Abrechnungsverhältnis zwischen Krankenkasse und Krankenhaus überlagert (BGHZ 89, 250, 255; Genzel aaO § 87 Rdn. 44; Richardi aaO). Der unmittelbare Zahlungsanspruch des Kranken-

hauses folgt aus einem Sicherstellungsvertrag nach § 112 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB V oder in Ermangelung eines solchen aus der einschlägigen Pflegesatzvereinbarung (BSGE 89, 104, 105; 92, 300, 302). Die Zahlungspflicht der Krankenkasse ist das Korrelat zu der vom Krankenhaus gemäß § 108 SGB V gegenüber den Kassenpatienten übernommenen Behandlungspflicht; die Kostenübernahmeerklärung der Krankenkasse hat keine konstitutive, sondern nur eine beweisrechtliche Funktion.

26            Ohne Erfolg versucht die Rechtsbeschwerde, eine Parallele zwischen dem vorliegenden Fall und Zusammenschlussvorhaben bei Anzeigenblättern oder frei empfangbaren Fernsehsendern zu ziehen, bei denen kein fusionsrechtlich relevanter Leser- oder Zuschauermarkt bestehe (vgl. BKartA WuW/E DE-V 334, 335 - akzent; WuW/E DE-V 1163, 1166 - Axel Springer AG/ProSieben-Sat.1 Media AG). Bei Gratiszeitungen und beim frei empfangbaren Fernsehen zahlt die werbende Wirtschaft für die Schaltung der Anzeige bzw. die Ausstrahlung des Werbespots. Hingegen wird für die Möglichkeit, die Zeitung lesen und das Fernsehprogramm sehen zu können, kein Entgelt verlangt. Deshalb fehlt es dort an einer Leistung, die dem Zuschauer oder Leser entgeltlich gewährt wird. Demgegenüber entsteht der Zahlungsanspruch des Krankenhauses gegen die Krankenkasse erst mit der tatsächlichen Inanspruchnahme von Behandlungsleistungen durch einen konkreten Versicherten. Die Zahlung der Krankenkasse an das Krankenhaus ist daher Entgelt für die Inanspruchnahme der Behandlungsleistung.

27            b) Ein der Fusionskontrolle zugänglicher Markt fehlt auch nicht deshalb, weil der entgeltliche Leistungsaustausch bei der Krankenhausbehandlung von Kassenpatienten aufgrund einer abschließend sozialrechtlich geregelten Nachfrage erfolgen würde. Die Rechtsbeschwerde meint, Nachfrager der stationären

Krankenhausbehandlung für Kassenpatienten seien die Krankenkassen, deren Nachfragetätigkeit nach § 69 SGB V nur dem Sozialrecht unterstellt sei und daher einen fusionsrechtlich relevanten Markt nicht begründen könne. Dem kann nicht gefolgt werden.

28           aa) Fusionsrechtlich maßgebliche Marktgegenseite für das Angebot von Krankenhausleistungen sind auch im Anwendungsbereich des Sachleistungsprinzips der gesetzlichen Krankenversicherung die Patienten und nicht die Krankenkassen.

29           Der Senat hat für Sachverhalte, die in den Geltungsbereich des Sachleistungsprinzips der gesetzlichen Krankenversicherung fielen, bereits entschieden, dass bei den Tatbeständen der unbilligen Behinderung (§ 20 GWB) und des Boykotts (§ 21 Abs. 1 GWB) derjenige Nachfrager ist, der die Auswahl zwischen mehreren Leistungserbringern zu treffen hat (BGH, Urt. v. 27.4.1999 - KZR 54/97, WuW/E DE-R 303, 305 - "Sitzender Krankentransport"; Urt. v. 14.3.2000 - KZR 15/98, WuW/E DE-R 487, 489 - Zahnersatz aus Manila). Nichts anderes gilt für die - zur Annahme eines fusionsrechtlich relevanten Marktes erforderliche - Bestimmung der maßgeblichen Marktgegenseite bei einem Zusammenschluss von Anbietern. Denn derjenige, der über die Auswahl des Leistungserbringers entscheidet, führt Angebot und Nachfrage zusammen; seine Handlungsspielräume bei der Auswahlentscheidung werden durch den Zusammenschluss beschränkt.

30           Der gesetzlich versicherte Patient, der stationärer Behandlung bedarf, wählt als Marktteilnehmer das Krankenhaus autonom unter den nach § 108 SGB V zur Behandlung von Kassenpatienten zugelassenen Krankenhäusern aus. Zwar wird diese Wahlfreiheit in gewissem Umfang durch einen gesetzlichen Kostenanreiz eingeschränkt. Nach § 73 Abs. 4 Satz 3 SGB V hat der be-

handelnde Kassenarzt in geeigneten Fällen die beiden nächsterreichbaren, für die vorgesehene Krankenhausbehandlung geeigneten Krankenhäuser anzugeben; entscheidet sich der Patient dann ohne zwingenden Grund für ein anderes Krankenhaus, können ihm die Mehrkosten ganz oder teilweise auferlegt werden (§ 39 Abs. 2 SGB V). Seine grundsätzlich bestehende Wahlfreiheit wird dadurch aber nicht beseitigt.

31           Der Arzt wird durch § 73 Abs. 4 SGB V nicht gehindert, bei der Angabe der Krankenhäuser seine persönlichen Kenntnisse und Erfahrungen zu berücksichtigen, etwa über die persönliche Qualifikation der Ärzte für die notwendige Behandlung, die Qualität der pflegerischen Betreuung, die Behandlung in früheren Einweisungsfällen oder die längere Abwesenheit oder das endgültige Ausscheiden eines qualifizierten Operateurs (vgl. Hess in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Stand 2007, § 73 SGB V Rdn. 35). Dies sind qualitative Kriterien, die der Patient auch bei einer völlig autonomen Auswahlentscheidung berücksichtigen würde. Ebenfalls wird der Arzt Hinweisen des Patienten auf eigene oder fremde negative Erfahrungen in einem bestimmten Krankenhaus Rechnung tragen, die auch als zwingender Grund für die Wahl eines anderen Krankenhauses nach § 39 Abs. 2 SGB V ausreichen können (vgl. Höfler aaO § 39 SGB V Rdn. 32). Außerdem ist Ausgangspunkt für die Ermittlung der Mehrkosten das in der ärztlichen Einweisung genannte Krankenhaus mit den höchsten Pflegesätzen (LSG Brandenburg, Urt. v. 9.3.2005 - L 24 KR 5/04, juris; Höfler aaO). Der Patient wird deshalb häufig ohne Mehrkostenrisiko weitere als die zwei in der Verordnung genannten Krankenhäuser in seine Auswahl einbeziehen können. Ist er von der besseren Qualität eines bestimmten Krankenhauses überzeugt, wird er zudem oft auch bereit und in der Lage sein, in gewissem Umfang Mehrkosten zu tragen. In der Praxis machen schließlich die

Träger der gesetzlichen Krankenkassen bislang nur in Einzelfällen von der Möglichkeit Gebrauch, Mehrkosten geltend zu machen.

32           bb) Für die fusionsrechtliche Nachfragerstellung der gesetzlich versicherten Patienten ist unerheblich, dass die Kosten ihrer Behandlung nach dem Sachleistungsprinzip grundsätzlich unmittelbar von den Krankenkassen getragen werden.

33           Ein für die Fusionskontrolle relevanter Markt für gewerbliche Leistungen setzt nicht voraus, dass es die Leistungsempfänger sind, die das Entgelt für die Leistung zahlen. Es reicht aus, wenn die Leistungsempfänger eine autonome Auswahlentscheidung unter mehreren konkurrierenden Leistungserbringern treffen, die wettbewerbliche Handlungsspielräume haben (vgl. BGH WuW/E DE-R 487, 489 - Zahnersatz aus Manila; WuW/E DE-R 303, 305 - "Sitzender Krankentransport"). Der Zweck der Fusionskontrolle, Verschlechterungen der Marktstruktur durch die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen zu verhindern, gebietet es, die §§ 35 ff. GWB auch auf derartige Märkte anzuwenden. Wettbewerbsstrukturen sind dort nicht weniger schutzwürdig als im Regelfall, in dem der Nachfrager, der eine Ware oder Dienstleistung auswählt, sie auch bezahlen muss.

34           Im Übrigen stellt § 13 Abs. 2 SGB V es den gesetzlich Versicherten frei, statt Sachleistung Kostenerstattung zu wählen. Diese Wahlmöglichkeit zeigt unabhängig davon, inwieweit von ihr tatsächlich Gebrauch gemacht wird, dass das Sozialrecht eine Nachfragerstellung des Kassenpatienten nicht ausschließt. Denn im Fall der Kostenerstattung kommt von vornherein allein der Patient als Nachfrager der Krankenhausbehandlung in Betracht.

35 c) Dem steht die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht entgegen, wonach die Krankenkassen im Rahmen des Sachleistungsprinzips Nachfrager stationärer Krankenhausbehandlung für ihre Versicherten sind (BSG APR 2007, 53, 56).

36 Die Krankenkassen schulden ihren Versicherten aufgrund des Sachleistungsprinzips die Krankenhausbehandlung. Sie fragen dazu Sicherstellungs- oder Pflegesatzvereinbarungen mit den Krankenhäusern nach, aufgrund deren sie unmittelbar zur Bezahlung der von den Versicherten konkret in Anspruch genommenen Behandlungsleistungen verpflichtet sind. Damit sind sie zwar (auch) Nachfrager von Krankenhausbehandlungen für gesetzlich Versicherte. Die Krankenkassen entscheiden aber nicht, in welchem konkreten Krankenhaus der Kassenpatient behandelt wird. Innerhalb des von den Vereinbarungen zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern abgesteckten Rahmens ist es der Patient, der die Nachfrage im Einzelfall auf einen bestimmten Bedarf konkretisiert und durch Abschluss des Behandlungsvertrags eigene Leistungsansprüche für sich begründet. Das reicht aus, um die Stellung der Patienten als Nachfrager auf einem fusionsrechtlich relevanten Markt zu bejahen. Insbesondere bei einem Leistungsaustausch, der dem Sachleistungsprinzip unterliegt, können funktional verschiedene Marktteilnehmer nebeneinander als kartellrechtlich relevante Nachfrager in Betracht kommen (vgl. BGH WuW/E DE-R 487, 489 - Zahnersatz aus Manila).

37 d) Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle scheidet entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht daran, dass es für den Leistungsaustausch zwischen Krankenhaus und Kassenpatienten an einem Wettbewerbsmarkt fehlen würde.

- 38 Die Vorschriften der Fusionskontrolle bezwecken, wettbewerbliche Marktstrukturen zu erhalten. Ihre Anwendbarkeit setzt deshalb voraus, dass sich der beabsichtigte Zusammenschluss zumindest auf einen Wettbewerbsmarkt auswirkt. Der Leistungsaustausch zwischen Krankenhaus und Kassenpatienten erfolgt auf einem Wettbewerbsmarkt. Die Krankenhäuser stehen im Wettbewerb um Patienten. Trotz staatlicher Regulierung des Krankenhaussektors stehen ihnen dafür bedeutende Wettbewerbsparameter zur Verfügung.
- 39 Das Beschwerdegericht hat nicht verkannt, dass die für gesetzlich versicherte Patienten zu erbringenden Krankenhausdienstleistungen in erheblichem Umfang reglementiert und wichtige Wettbewerbsbedingungen vorgegeben sind. Durch staatliche Planung und Förderung wird auf Marktzutritt, Marktbedingungen und Marktentfaltung der Krankenhäuser regulierend Einfluss genommen. Die Krankenhausleistungen werden (weitgehend) durch Festpreise abgegolten. Das Beschwerdegericht hat aber zutreffend darauf abgestellt, dass zwischen Krankenhäusern ein nicht unerheblicher Qualitätswettbewerb besteht.
- 40 Zwar müssen nach § 2 Abs. 1 Satz 3 und § 135a Abs. 1 Satz 2 SGB V die Leistungen der Krankenhäuser dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Forschung entsprechen und in der gebotenen Qualität erbracht werden. Dennoch können sich Krankenhäuser in der fachlichen und menschlichen Qualifikation der Ärzte und des Pflegepersonals, in der Ausstattung und in der Organisation der Abläufe (Wartezeiten, Abstimmung zwischen verschiedenen Abteilungen) deutlich unterscheiden. Zutreffend weist das Bundeskartellamt darauf hin, dass es ein wesentliches Element des Wettbewerbs zwischen Krankenhäusern ist, welche modernen und effizienten, gleichwohl erstattungsfähigen Untersuchungen und Behandlungen sie anbieten können. Weitere erhebliche Möglichkeiten zur Differenzierung im Wettbewerb bestehen bei der Unterbringung (Aus-

stattung und Sauberkeit der Räume) und Verpflegung der Patienten (Qualität und Vielfalt) sowie im Hinblick auf die Freundlichkeit des Personals und dessen Bereitschaft, auf Patientenwünsche und -bedürfnisse einzugehen.

41           Krankenhäuser können ihre Marktposition durch Spezialisierungen innerhalb der ihnen zugewiesenen Abteilungen ausbauen und dadurch auch besseren Zugang zu Fördermitteln erlangen (vgl. Kuhla, Das Krankenhaus 2007, 952, 953, 956). Mittels der nunmehr im Abstand von zwei Jahren veröffentlichten und im Internet abrufbaren strukturierten Qualitätsberichte gemäß § 137 Abs. 1 Satz 3 Nr. 6 SGB V können sich die Patienten informieren, welches Krankenhaus in ihrer Region sich auf die Behandlung bestimmter Krankheitsbilder spezialisiert hat und wie oft in welchem Krankenhaus bestimmte Operationen durchgeführt worden sind. Diese erhöhte Transparenz steigert den Anreiz zum Qualitätswettbewerb unter Krankenhäusern durch Spezialisierung.

42           Da den Krankenhäusern somit zahlreiche qualitative Wettbewerbsparameter in der Werbung um Patienten zur Verfügung stehen, bedarf es keiner Entscheidung, ob zwischen ihnen ein Preiswettbewerb gänzlich ausgeschlossen oder jedenfalls künftig in geringem Maße möglich ist.

43           e) Zusammenschlüsse zwischen Krankenhäusern sind auch nicht aufgrund eines Zielkonflikts mit der Gesundheitspolitik von der Fusionskontrolle ausgenommen. Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, weshalb eine Geltung der Zusammenschlusskontrolle zu Versorgungslücken oder Qualitätsdefiziten in der medizinischen Versorgung führen soll. Die flächendeckende Versorgung mit und die ausreichende Qualität von Krankenhausdienstleistungen wird durch die umfassenden Regelungen des Sozialrechts gewährleistet. In dem dadurch gesetzten Rahmen findet ein Leistungswettbewerb von Krankenhäusern um Patienten statt. Mit der Aufrechterhaltung einer Marktstruktur, die einen solchen

Leistungswettbewerb ermöglicht, wird im Bereich der Krankenhausdienstleistungen - nicht anders als auf anderen Märkten - ein ständiger Anreiz zu Qualitätsverbesserungen gegeben. Damit besteht Zielkongruenz zwischen der Fusionskontrolle und der Gesundheitspolitik. Das wird auch dadurch unterstrichen, dass - wie die Rechtsbeschwerde betont - die jüngsten Reformen des Gesundheitssystems einen erheblichen Rationalisierungsdruck auf die Krankenhäuser ausüben.

44            Einer Anwendung der Fusionskontrolle steht ferner die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit eines Leistungsverbunds benachbarter Krankenhäuser (Clusterbildung) nicht entgegen. Die Spezialisierung von Krankenhäusern ist unabhängig von einem Zusammenschluss durch individuelle Entscheidung und vielfach auch durch kartellrechtlich zulässige Abstimmung des Leistungsspektrums mit anderen Krankenhäusern möglich. Wie das Bundeskartellamt zutreffend ausführt, ist zudem nicht erkennbar, dass die Bildung regionaler Cluster notwendig die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen voraussetze, was allein gegen die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle sprechen könnte.

45            Im Übrigen stehen die Regelungen des Sozialrechts und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gleichrangig nebeneinander. Eine kartellrechtliche Bereichsausnahme für Krankenhausfusionen hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen. Soweit insbesondere im ländlichen Raum regionale Konzentrationsprozesse im Krankenhauswesen als notwendige und gewollte Konsequenz der Gesundheitsreformgesetze anzusehen sind, handelt es sich um eine strukturelle Wettbewerbsbedingung des relevanten Marktes, die im Rahmen der Anwendung des § 36 Abs. 1 GWB zu berücksichtigen ist, sei es bei der Prüfung

der Kausalität des Zusammenschlusses für eine untersagungsrelevante Verschlechterung der Marktstruktur, sei es bei der Abwägungsklausel.

46 f) Die Annahme einer Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle nach den §§ 35 ff. GWB auf Krankenhausfusionen steht auch im Einklang mit der Praxis der Europäischen Kommission, die ebenfalls davon ausgeht, dass Krankenhausdienstleistungen in Deutschland auf einem fusionsrechtlich relevanten Markt angeboten werden. Sie konnte allerdings bislang die räumliche und sachliche Abgrenzung dieses Marktes offenlassen (Entscheidung der Kommission vom 8.12.2005, Fall Nr. COMP/M.4010 Tz. 8 ff. - Fresenius/HELIOS).

47 4. Da die Behandlungsleistungen für gesetzlich versicherte Patienten auf einem Markt im Sinne der Fusionskontrolle angeboten werden, kommt eine Beschränkung des relevanten Marktes auf Krankenhausdienstleistungen für Privatpatienten nicht in Betracht. Die Ausführungen der Rechtsbeschwerde zu einem Bagatell- oder Annexmarkt, die eine solche Beschränkung des Marktes voraussetzen, bedürfen daher keiner Erörterung.

48 II. Der beabsichtigte Zusammenschluss lässt die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Rhön AG auf dem Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen im Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen erwarten.

49 1. Sachlich relevant ist der Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen durch Allgemeinkrankenhäuser und Fachkliniken.

50 a) Das Beschwerdegericht hat letztlich offengelassen, ob im vorliegenden Fall für die sachliche Marktabgrenzung - wie vom Bundeskartellamt ange-

nommen - auf einen einheitlichen Markt für akutstationäre Krankenhausdienstleistungen durch Allgemeinkrankenhäuser und Fachkliniken abzustellen ist oder ob eine Unterteilung nach medizinischen Fachbereichen geboten ist. Es hat für beide Fälle die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB bejaht. Dessen ungeachtet hat das Beschwerdegericht ausführlich begründet, warum es einer Marktabgrenzung nach Fachbereichen den Vorzug geben will. Der Bedarf eines Patienten richte sich auf eine spezifische Behandlung aus einem medizinischen Fachbereich, die mit Behandlungsangeboten anderer Fachbereiche nicht austauschbar sei. Der insbesondere im Lebensmittelhandel anerkannte Sortimentsgedanke, der aufgrund der Verbrauchererwartung die Zuordnung nicht austauschbarer Produkte zu einem relevanten Markt gebieten könne, sei nicht anwendbar, da Krankenhausdienstleistungen nicht im Wesentlichen übereinstimmend immer wieder zur Deckung eines täglichen Bedarfs benötigt würden. Der Gesetzgeber klassifiziere Krankenhäuser anhand der von ihnen angebotenen Fachrichtungen. Die vom Bundeskartellamt ermittelten Überschneidungen zwischen den Fachbereichen bei bestimmten Behandlungen seien nicht geeignet, die sachliche Marktabgrenzung nach medizinischen Fachbereichen in Frage zu stellen.

51            b) Der Senat vermag diesen Überlegungen des Beschwerdegerichts zur Marktabgrenzung nicht zuzustimmen. Eine Abgrenzung nach medizinischen Fachabteilungen ist jedenfalls im vorliegenden Fall nicht sachgerecht, in dem das Zielobjekt der Fusion ein Allgemeinkrankenhaus mit dafür typischen Fachabteilungen ist.

52            aa) Nach den vom Beschwerdegericht zugrunde gelegten und von den Betroffenen nicht bestrittenen Ermittlungsergebnissen des Bundeskartellamts bestehen zwischen den Fachabteilungen der Krankenhäuser wettbewerblich

erhebliche Überschneidungen, die einer fachrichtungsbezogenen Marktabgrenzung entgegenstehen. Das Bundeskartellamt hat von nahezu allen bayerischen Krankenhäusern Datensätze zu jedem einzelnen Behandlungsfall erhoben, die insbesondere die Art der durchgeführten Leistung (DRG) enthalten. Eine Überschneidung lag vor, wenn eine in einer bestimmten Abteilung durchgeführte Behandlung auch in einer oder mehreren anderen Abteilungen durchgeführt wurde.

53 Lediglich in den Abteilungen Gynäkologie und Geburtshilfe sowie Augenheilkunde sind nach den Ermittlungen des Amtes die Überschneidungen so gering, dass sie eventuell als eigenständige sachliche Märkte definiert werden könnten. Bei der Mehrzahl der Fachabteilungen scheidet dagegen eine wettbewerbliche Eigenständigkeit aus. Das gilt insbesondere für die nach Fallzahlen bedeutendsten Abteilungen Innere Medizin und Chirurgie sowie die kleineren Abteilungen HNO und Urologie, in denen zu 25% bis fast 50% auch Fälle behandelt wurden, die in den Leistungsbereich einer anderen Fachabteilung fielen. Über diese vier Fachabteilungen verfügen auch das von der Rhön AG betriebene Allgemeinkrankenhaus St. Elisabeth in Bad Kissingen und das Zielunternehmen der Fusion, das KKH Bad Neustadt, die beide außerdem lediglich noch eine Abteilung für Gynäkologie und Geburtshilfe betreiben. Dem Bundeskartellamt ist zuzustimmen, dass eine Nichtberücksichtigung einer erheblichen Zahl der relevanten Behandlungsfälle bei der sachlichen Marktabgrenzung nicht hingenommen werden kann. Wenn, wie auch das Beschwerdegericht zutreffend in Betracht zieht, unterschiedliche Fachabteilungen verschiedener Krankenhäuser aus der Sicht eines Patienten oder Arztes für eine konkrete Krankenhausbehandlung alternativ in Frage kommen, spricht das entscheidend gegen eine nur auf eine dieser Fachabteilungen beschränkte sachliche Marktabgrenzung.

- 54 Es kann im Übrigen als eine Form von Angebotsumstellungsflexibilität angesehen werden, wenn bestimmte Behandlungen in verschiedenen Krankenhäusern in unterschiedlichen Fachabteilungen durchgeführt werden können. Anbieter, die ihre Angebote kurzfristig und mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand auf eine bestimmte Dienstleistung umstellen können, sind in den entsprechenden Dienstleistungsmarkt einzubeziehen (BGHZ 170, 299 Tz. 20 - National Geographic II). Für Anbieter, die die Dienstleistung zwar aktuell nicht anbieten, aber sofort erbringen könnten, gilt dies erst recht.
- 55 Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob eine auf die Krankenhäuser St. Elisabeth in Bad Kissingen und KKH Bad Neustadt beschränkte Auswertung des Zahlenmaterials geringere Überschneidungen der Fachabteilungen ergeben würde, als sie vom Bundeskartellamt für das gesamte Land Bayern ermittelt wurden. Denn auf diese beiden Krankenhäuser entfällt nach den Ermittlungen des Bundeskartellamts zusammen lediglich ein Marktanteil von 33,4% bei akutstationären Krankenhausleistungen in Bad Neustadt/Bad Kissingen. Die für die sachliche Marktabgrenzung maßgebliche Angebotssituation ist nicht auf der Grundlage von zwei Wettbewerbern zu bestimmen, die gemeinsam nur über einen Marktanteil von einem Drittel verfügen.
- 56 Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts sind die vom Bundeskartellamt für verschiedene Fachabteilungen ermittelten unterschiedlichen Eigenversorgungsquoten kein geeignetes Kriterium der sachlichen Marktabgrenzung. Die Eigenversorgungsquote gibt an, welcher Anteil von Behandlungsfällen einer konkreten Fachrichtung in einem bestimmten Gebiet behandelt wurde. Eine niedrige Eigenversorgungsquote macht eine weitere räumliche Marktabgrenzung erforderlich. Keine Aussagekraft hat sie darüber, ob die außerhalb des Gebiets behandelten Fälle dort derselben Fachabteilung wie innerhalb des Ge-

biets zugeordnet wurden oder einer anderen. Allein darauf kommt es aber für die gebotene Definition des sachlich relevanten Marktes an.

57           bb) Gegen die Annahme eines einheitlichen Marktes für akutstationäre Krankenhausbehandlung spricht auch nicht, dass die von den verschiedenen Fachabteilungen eines Krankenhauses angebotenen Behandlungsleistungen aus der Sicht der Patienten nicht austauschbar sind. Als "eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen" im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB kann auch ein umfassendes Sortiment untereinander nicht austauschbarer Waren oder Leistungen angesehen werden, etwa das Sortiment im Lebensmitteleinzelhandel (BGH, Beschl. v. 11.3.1986 - KVR 2/85, WuW/E BGH 2231, 2234 - Metro-Kaufhof). Voraussetzung für die Anwendung des Sortimentsgedankens ist - anders als das Beschwerdegericht meint - nicht, dass es sich um Waren oder Dienstleistungen handelt, die im wesentlichen übereinstimmend immer wieder zur Deckung eines täglichen Bedarfs benötigt werden. So hat es der Bundesgerichtshof bereits für rechtlich zulässig gehalten, einen sachlich relevanten Einzelhandelsmarkt für Unterhaltungselektronik anzunehmen, obwohl viele der darin einbezogenen Produkte (z.B. Fernsehgeräte) von den einzelnen Verbrauchern nur gelegentlich oder (z.B. Kopiergeräte) gar nicht nachgefragt werden (vgl. BGHZ 118, 132, 135 - Kaufhof/Saturn). In Fortführung dieser Rechtsprechung stellt auch das übliche Sortiment akutstationärer Behandlungsleistungen im Krankenhaus eine "bestimmte Art von gewerblichen Leistungen" im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB dar. Dieses Sortiment entspricht der typischen abstrakten Verbrauchererwartung (vgl. Ruppelt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 19 GWB Rdn. 21), also den Vorstellungen, die der Verbraucher unabhängig von einem konkreten Behandlungsbedarf mit dem Leistungsangebot eines Allgemeinkrankenhauses verbindet.

- 58 cc) Schließlich wäre es vor dem Hintergrund erwünschter und zunehmender Spezialisierung der Behandlungsprogramme nicht sachgerecht, die Möglichkeit von Krankenhäusern zu Zusammenschlüssen durch eine - kartellrechtlich nicht gebotene - enge sachliche Marktabgrenzung einzuschränken. Die vom Bundeskartellamt vertretene Definition des sachlich relevanten Marktes reicht für die im Rahmen des Sozialrechts mögliche Erhaltung wettbewerblicher Strukturen im Krankenhaussektor aus. Sie ist zudem praktikabel. Sie macht es entbehrlich, bei jeder Krankenhausfusion eine Vielzahl sachlich relevanter Märkte zu prüfen, die jeweils auch räumlich unterschiedlich abzugrenzen sein könnten.
- 59 dd) Im Hinblick auf den Sortimentsgedanken und die Praktikabilität der Marktabgrenzung ist es jedenfalls im vorliegenden Fall nicht erforderlich, gesonderte Märkte für Behandlungsleistungen der Gynäkologie und Geburtshilfe sowie der Augenheilkunde anzunehmen, auch wenn insoweit nur geringe Überschneidungen mit anderen Fachabteilungen bestehen. Anders könnte es sein, wenn sich der Zusammenschluss in besonderer Weise auf eines oder beide dieser Fachgebiete auswirken würde. Dafür ist jedoch nichts ersichtlich.
- 60 c) Eine Differenzierung der akutstationären Krankenhausleistungen in planbare und nicht planbare Behandlungen (Notfälle) ist nicht sachgerecht. Die Krankenhäuser stellen ein einheitliches Behandlungsangebot für beide Fallgruppen bereit. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann deshalb die Behandlung der Notfallpatienten bei der Marktabgrenzung nicht ausgeklammert werden.
- 61 2. Keine Bedenken bestehen auch dagegen, dass das Beschwerdegericht die Begrenzung des räumlich relevanten Marktes auf das Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen bestätigt hat.

62 a) Das Bundeskartellamt hat ermittelt, woher die Patienten stammten, die in den Krankenhäusern des Gebiets Bad Neustadt/Bad Kissingen und den benachbarten Gebieten im Jahr 2003 stationär behandelt wurden. Es hat auf dieser Grundlage festgestellt, dass die Kreiskrankenhäuser des Landkreises Rhön-Grabfeld ein sehr enges räumliches Einzugsgebiet haben und auch die Krankenhäuser der Rhön AG in Bad Neustadt und Bad Kissingen schwerpunktmäßig im Gebiet dieser Orte tätig sind. Zwischen den Gebieten Bad Neustadt/Bad Kissingen und den angrenzenden Gebieten bestünden faktisch keine relevanten Austauschbeziehungen, so dass der räumlich relevante Markt auf Bad Neustadt/Bad Kissingen zu beschränken sei.

63 b) Diese räumliche Marktabgrenzung hält rechtlicher Nachprüfung stand.

64 aa) Zutreffend hat das Beschwerdegericht die Patienten, die eine stationäre Krankenhausbehandlung benötigen, als die für das Bedarfsmarktkonzept maßgeblichen Nachfrager angesehen. Entweder wählen die Patienten oder ihre Angehörigen, gegebenenfalls nach Beratung durch den Arzt, das Krankenhaus aus, oder sie überlassen die Auswahl dem Arzt, der dann als Nachfragedisponent der Patienten handelt. Für die Stellung als Nachfrager ist entscheidend, wer die Auswahl unter mehreren Leistungserbringern zu treffen hat (BGH WuW/E DE-R 487, 489 - Zahnersatz aus Manila; WuW/E DE-R 303, 304 f. - "Sitzender Krankentransport"). Die Patienten bzw. die für sie handelnden Ärzte treffen eine wettbewerblich erhebliche, eigenständige Auswahlentscheidung (vgl. oben unter I 3 c).

65 bb) Ohne Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, dass das Beschwerdegericht im Rahmen der Marktabgrenzung nicht nur das tatsächliche Verhalten der Patienten, sondern auch bestehende potentielle Behandlungsalternativen in anderen Krankenhäusern hätte berücksichtigen müssen. Nach der Rechtspre-

chung des Bundesgerichtshofs sind an sich bestehende überregionale Bezugsalternativen bei der räumlichen Marktabgrenzung nicht zu berücksichtigen, wenn sie von den Nachfragern tatsächlich nicht oder kaum wahrgenommen werden (BGHZ 156, 379, 384 f. - Strom und Telefon I; 166, 165 Tz. 29 - DB Regio/Üstra). Die vom Bundeskartellamt angewandte und vom Beschwerdegericht bestätigte Methode der Marktabgrenzung ist - anders als die Rechtsbeschwerde meint - nicht an Hand von Märkten entwickelt worden, in denen Waren aufgrund objektiver Hindernisse, insbesondere wegen hoher Transportkosten, nicht bundesweit gehandelt werden. Auch bei Krankenhausbehandlungen sind für die räumliche Marktabgrenzung potentielle Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager nicht zu berücksichtigen, die - aus welchen Gründen auch immer - von den Nachfragern tatsächlich nicht wahrgenommen werden.

66            Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht angenommen, das Nachfrageverhalten werde zuverlässiger durch das tatsächliche Verhalten der Patienten in der Vergangenheit abgebildet als durch Befragungen gesunder Personen zur Wahl des Krankenhauses im Fall einer Erkrankung. Die von den Betroffenen zu 1 und 3 vorgelegten Befragungsergebnisse der Forschungsgruppe Wahlen geben deshalb keinen Anlass zu einer abweichenden räumlichen Marktabgrenzung.

67            Die Definition des räumlichen Marktes allein auf der Grundlage der tatsächlichen Marktverhältnisse bedeutet keineswegs, dass potentielle Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager außerhalb dieses Gebiets für die Zusammenschlusskontrolle bedeutungslos sind. Sie sind vielmehr bei der Prüfung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung infolge des Zusammenschlusses zu berücksichtigen, wenn sie die wettbewerblichen Verhaltensspielräume der durch den Zusammenschluss entstandenen Unterneh-

mensverbindung beschränken. Das ist etwa dann der Fall, wenn zu erwarten ist, dass Patienten bei einer Verschlechterung der Behandlungsqualität des aufgesuchten Krankenhauses auf ein Krankenhaus außerhalb des als räumlich relevant betrachteten Marktes ausweichen.

68 cc) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind die Gebiete Schweinfurt und Würzburg nicht in den räumlich relevanten Markt einzubeziehen. Da die Marktabgrenzung aus der Sicht der jeweils maßgeblichen Marktgegenseite erfolgt, kommt es für die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes - anders als Beschwerdegericht und Bundeskartellamt meinen - allerdings nicht auf eine wechselseitige Marktdurchdringung an. Würden Patienten aus Schweinfurt oder Würzburg - was nicht der Fall ist - in relevantem Umfang Krankenhäuser in Bad Neustadt/Bad Kissingen aufsuchen, wären die Gebiete Schweinfurt und Würzburg bei Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens unabhängig davon in den relevanten Markt einzubeziehen, ob Krankenhäuser in Schweinfurt und Würzburg auch von Patienten aus Bad Neustadt/Bad Kissingen aufgesucht werden.

69 Nach dem Bedarfsmarktkonzept ist für die Zusammenschlusskontrolle der Nachfragemarkt räumlich relevant, auf den sich das Zusammenschlussvorhaben auswirkt. Dieser Markt umfasst alle Nachfrager, die nach den tatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falles als Abnehmer für das Angebot der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in Betracht kommen und deren wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten durch den Zusammenschluss betroffen, insbesondere beschränkt werden können. Der räumlich relevante Markt grenzt den Kreis der Nachfrager ab, auf den es für die Beurteilung des Zusammenschlusses ankommt. Für die Marktabgrenzung können die im Fusionskontrollrecht der Europäischen Gemeinschaften geltenden Grundsätze herangezogen

gen werden. Danach umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in dem die an dem Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen die Krankenhausdienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet (vgl. Art. 9 Abs. 7 FKVO sowie Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI. EG 1997 C 372, S. 6 Tz. 8). Art. 9 Abs. 7 FKVO nennt verschiedene Umstände, die für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes erheblich sind. Davon sind im vorliegenden Fall die Art der Dienstleistung, die Verbrauchergewohnheiten und erhebliche Unterschiede bei den Marktanteilen von Belang.

70 Akutstationäre Krankenhausbehandlungen werden typischerweise relativ nah vom Wohnort angeboten, um die Bevölkerung entsprechend der staatlichen Krankenhausplanung bedarfsgerecht zu versorgen.

71 Das Beschwerdegericht hat übereinstimmend mit dem Bundeskartellamt festgestellt, dass der weit überwiegende Teil der Patienten grundsätzlich Krankenhäuser in enger räumlicher Nähe zu ihrem Wohnort aufsucht. Das leuchtet schon deshalb ohne weiteres ein, weil erfahrungsgemäß die meisten Patienten erheblichen Wert darauf legen, dass ihre Angehörigen und Freunde sie einfach und kostengünstig besuchen können. Sie werden auch selbst kurze Anfahrtswege zum Krankenhaus schätzen. Ferner werden Patienten - ungeachtet umfangreicher Informationsmöglichkeiten im Internet - die aus ihrer Sicht aufschlussreichsten Kenntnisse zur Behandlungsqualität über Krankenhäuser im näheren räumlichen Umfeld erhalten, etwa durch Erfahrungsberichte aus dem Bekanntenkreis.

- 72 Nach den vom Bundeskartellamt ermittelten Marktanteilen werden die in den Gebieten Bad Neustadt/Bad Kissingen, Schweinfurt und Würzburg wohnhaften Patienten weit überwiegend durch jeweils in diesen Gebieten gelegene Krankenhäuser versorgt. Der Eigenversorgungsanteil beträgt in Bad Neustadt/Bad Kissingen 64,3%, in Schweinfurt 79,4% und in Würzburg 88,9%. Daraus folgt eine sehr unterschiedliche Verteilung der Marktanteile in diesen drei Gebieten, die unter Berücksichtigung des Charakters der akutstationären Krankenhausbehandlung als typischerweise wohnortnah angebotener Dienstleistung und der Verbrauchergewohnheiten der Annahme homogener Wettbewerbsbedingungen in den Gebieten Bad Neustadt/Bad Kissingen, Schweinfurt und Würzburg entgegensteht.
- 73 Nach den vom Bundeskartellamt ermittelten Zahlen haben nur 5,4% der im Raum Schweinfurt und nur 2,5% der im Raum Würzburg wohnhaften Patienten ein Krankenhaus im Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen aufgesucht. Da sich regionale Märkte meist nicht exakt voneinander abgrenzen lassen (vgl. BGH, Beschl. v. 23.10.1979 - KVR 3/78, WuW/E BGH 1655, 1658 - Zementmahanlage II; Ruppelt in Langen/Bunte aaO § 19 GWB Rdn. 27), konnte das Beschwerdegericht diese geringe "Einpendlerquote" als für die räumliche Marktabgrenzung unerheblich ansehen und von einem eigenständigen räumlich relevanten Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen ausgehen. Die in Schweinfurt und Würzburg wohnhaften Patienten sind deshalb nicht als Nachfrager in den räumlich relevanten Markt einzubeziehen.
- 74 Für die in Bad Neustadt/Bad Kissingen wohnhaften Patienten stellen allerdings Krankenhäuser in Schweinfurt und Würzburg in erheblichem Ausmaß eine tatsächlich wahrgenommene Behandlungsmöglichkeit dar. 16,5% der Patienten aus Bad Neustadt/Bad Kissingen ließen sich in Schweinfurt und 8,7% in

Würzburg behandeln. Die Krankenhäuser der Zusammenschlussbeteiligten im räumlich relevanten Markt stehen mit Krankenhäusern in Schweinfurt und Würzburg in Wettbewerb. Das Beschwerdegericht hat mit dem Bundeskartellamt diesem Umstand zutreffend Rechnung getragen, indem es die Marktanteile der Krankenhäuser aus Schweinfurt und Würzburg bei in Bad Neustadt/Bad Kissingen wohnhaften Patienten für die Ermittlung der Marktanteile in Bad Neustadt/Bad Kissingen berücksichtigt hat. Für die von Schweinfurt und Würzburg ausgehenden Wettbewerbsimpulse ist auch die Verkürzung der Fahrzeit von Bad Neustadt und Bad Kissingen nach Schweinfurt bzw. Würzburg wegen der Fertigstellung eines Autobahnteilstücks der A 71 zu beachten. Eine Ausdehnung des räumlich relevanten Marktes auf Schweinfurt und Würzburg kommt jedoch nicht in Betracht, weil für die dort wohnhaften Patienten Krankenhäuser in Bad Neustadt/Bad Kissingen in keinem wettbewerblich erheblichen Umfang eine Behandlungsalternative darstellen.

75           Etwas anderes ergibt sich auch dann nicht, wenn entsprechend der Behauptung der Betroffenen die Krankenhäuser im Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen keine von den Wettbewerbern in Schweinfurt und Würzburg unabhängige Marktstrategie verfolgen können, sondern deren Leistungsangebote und Marktverhalten bei ihrer Markttätigkeit berücksichtigen müssen. Der Grundsatz, dass die Abgrenzung regionaler Teilmärkte die Möglichkeit eigener, von der Nachbarregion unabhängiger Marktstrategien voraussetzt (vgl. Ruppelt in Langen/Bunte aaO § 19 GWB Rdn. 27), gilt jedenfalls dann nicht, wenn seine Anwendung zu einem mit dem Bedarfsmarktkonzept unvereinbaren Ergebnis führt. Das wäre auch der Fall, wenn in den relevanten Markt in großer Zahl Nachfrager einbezogen würden, die in dem Dienstleistungsangebot der Zusammenschlussbeteiligten tatsächlich in keinem praktisch erheblichen Umfang eine Bezugsalternative erkennen.

- 76            3. Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht angenommen, dass der beabsichtigte Zusammenschluss bei akutstationären Krankenhausleistungen zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Rhön AG (§ 36 Abs. 1 GWB) auf dem Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen führt.
- 77            a) Das Bundeskartellamt hat aufgrund einer Gesamtbetrachtung eine schon aktuell marktbeherrschende Stellung der Rhön-Kliniken bei akutstationären Krankenhausleistungen im Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen festgestellt, die durch den beabsichtigten Zusammenschluss verstärkt werde. Das Beschwerdegericht hat die Ausführungen des Bundeskartellamts nicht beanstandet, aber letztlich offengelassen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der Rhön-Kliniken erst entsteht oder verstärkt wird.
- 78            aa) Der Marktanteil der Rhön-Kliniken auf dem relevanten Markt betrug nach den Ermittlungen des Amtes im Jahr 2003 39,8% und im Jahr 2004 45 bis 50%. Das Beschwerdegericht nimmt rechtsfehlerfrei an, dass nach Schließung des KKH Mellrichstadt zum 31. Dezember 2006 mindestens die Hälfte des von diesem in Bad Neustadt/Bad Kissingen gehaltenen Marktanteils von 5 bis 10% den Zusammenschlussbeteiligten zugefallen ist.
- 79            Andererseits hat sich durch die Fertigstellung des Autobahnteilstücks zwischen Erfurt und Schweinfurt die Fahrzeit von Patienten aus Bad Neustadt/Bad Kissingen nach Schweinfurt und Würzburg deutlich verkürzt. Sie beträgt jetzt - nach den von den Betroffenen nicht beanstandeten Feststellungen des Bundeskartellamts - von Bad Neustadt und Bad Kissingen nach Schweinfurt jeweils 28 Minuten (statt bisher von Bad Neustadt 50 Minuten). Für die Autofahrt nach Würzburg werden aus Bad Neustadt 46 Minuten (bisher 76 Minuten) und aus Bad Kissingen 43 Minuten (bisher 57 Minuten) benötigt. Fahrzeitverkürzungen dieses Ausmaßes sind grundsätzlich geeignet, die Attraktivität einer

Behandlung in Schweinfurt oder Würzburg für Patienten aus Bad Neustadt/Bad Kissingen zu erhöhen. Nähere Feststellungen zu den Auswirkungen der Eröffnung des Autobahnteilstücks hat das Beschwerdegericht nicht getroffen. Es erscheint jedoch unter den gegebenen Umständen ausgeschlossen, dass sich dadurch die Beurteilung der Marktstruktur in ergebnisrelevanter Weise verändert. Dafür spricht schon, dass Versicherte sich ein Krankenhaus oft aus ihrem persönlichen Umfeld empfehlen lassen werden und dort am ehesten Kenntnisse über die räumlich nächsten Krankenhäuser zu erwarten sind. Zudem werden weder die Patienten noch ihre Angehörigen und Bekannten stets über ein Kraftfahrzeug verfügen und im übrigen regelmäßig schon aus Kosten- und Zeitgründen möglichst kurze Wege zum Krankenhaus anstreben. Es kann deshalb jedenfalls ausgeschlossen werden, dass die Schweinfurter und Würzburger Krankenhäuser infolge des neuen Autobahnteilstücks ihren Marktanteil in Bad Neustadt/Bad Kissingen um mehr als 50% erhöhen können.

80 Auf die Krankenhäuser Leopoldina und St. Josef in Schweinfurt entfielen im Jahr 2003 10% bzw. 2,5% und 2004 10 bis 15% bzw. 0 bis 5% Marktanteil im räumlich relevanten Markt, auf die Universitätsklinik Würzburg im Jahr 2003 5% und 2004 5 bis 10% Marktanteil. Insgesamt ergibt sich für diese drei Wettbewerber also ein Marktanteil zwischen 15% und 30%. Hätten diese Krankenhäuser ihren Marktanteil infolge der besseren Verkehrsanbindung um die Hälfte steigern können - wofür keine Anhaltspunkte festgestellt sind -, hätten sie einen kumulierten Marktanteil von 22,5 bis 40% erzielt. Sie würden dafür aus dem Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen 7,5 bis 15% aller Patienten zusätzlich gewinnen müssen. Da von Bad Neustadt aus eine wesentlich deutlichere Fahrzeiterparnis als aus Bad Kissingen erzielt werden kann, ist anzunehmen, dass das KKH Bad Neustadt als Allgemeinkrankenhaus den Patientenabfluss nach Schweinfurt und Würzburg mindestens im selben Umfang tragen müsste wie

die Rhön-Kliniken im relevanten Markt. Für diese würde sich daher allenfalls ein Marktanteilsverlust in der Größenordnung von 3,75 bis 7,5% ergeben.

81 Diesem Rückgang aufgrund der besseren Verkehrsanbindung nach Schweinfurt und Würzburg stünde infolge der Schließung des KKH Mellrichstadt ein Marktanteilszuwachs der Rhön AG im Umfang von 2,5 bis 5% gegenüber. Per Saldo könnte sich somit ihr Marktanteil höchstens um 5% (7,5% abzüglich 2,5%) verringern oder um bis zu 1,25% (5% abzüglich 3,75%) erhöhen. Das ist bei der vorliegenden Verteilung der Marktanteile für die Beurteilung der Wettbewerbsstruktur unerheblich.

82 bb) Nach den vorstehenden Ausführungen haben die Rhön-Kliniken im Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen auch unter Berücksichtigung der vom Beschwerdegericht festgestellten, seit Erlass der Verfügung eingetretenen Entwicklungen bei akutstationären Krankenhausbehandlungen einen Marktanteil von mindestens 40%. Es kann dahinstehen, ob dadurch unter Berücksichtigung des Marktanteilsabstands zu den Wettbewerbern und der sonstigen relevanten Wettbewerbsparameter bereits eine marktbeherrschende Stellung folgt. Jedenfalls würde durch den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens eine solche Stellung begründet oder verstärkt.

83 Für das Zielobjekt der Fusion, das KKH Bad Neustadt, hat das Bundeskartellamt für das Jahr 2004 einen Marktanteil von 15 bis 20% ermittelt. Es ist damit im relevanten Markt der zweitgrößte Wettbewerber. Wenn infolge der besseren Verkehrsanbindung an Schweinfurt und Würzburg - ohne trichterliche Grundlage und daher nur im Sinne eines Gedankenexperiments - auch für das KKH Bad Neustadt ein Marktanteilsverlust von 3,75 bis 7,5% angenommen wird, würde sich unter Berücksichtigung des gegenläufigen Effekts der Schließung des KKH Mellrichstadt (Marktanteilszuwachs von 2,5 bis 5%) der Marktanteil

teil des KKH Bad Neustadt ebenfalls um höchstens 5% verringern oder um bis zu 1,25% erhöhen und daher per Saldo zwischen 10 und 21,25% betragen. Durch den Erwerb des KKH Bad Neustadt würde sich der Marktanteil der Rhön-Kliniken daher auf mindestens 50% erhöhen. Der verbleibende nächstgrößte Wettbewerber, die Leopoldina in Schweinfurt, hatte im Jahr 2004 einen Marktanteil von 10 bis 15%, den sie wegen der neuen Autobahnanbindung um - großzügig unterstellt - maximal 50% auf 15 bis 22,5% erhöhen könnte. Der Marktanteil der Rhön AG wäre selbst dann noch mehr als doppelt so hoch wie derjenige der Leopoldina. Die Universitätsklinik Würzburg erreichte bestenfalls deutlich weniger als ein Drittel des Marktanteils der Rhön AG (7,5 bis 15%).

84           cc) Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts, die sich das Beschwerdegericht zu eigen gemacht hat, sind die Rhön-Kliniken bereits heute ihren Wettbewerbern im Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen - mit Ausnahme der Leopoldina in Schweinfurt und der Universitätsklinik in Würzburg - in allen relevanten Wettbewerbsparametern überlegen. Dies gilt für die Breite und Qualität ihres Leistungsangebots, die im Vergleich zu den Wettbewerbern deutlich besseren Verhandlungsposition gegenüber Krankenkassen, die weit überlegene Finanzkraft und im Hinblick auf Synergieeffekte, die sich aus der Zugehörigkeit zum Rhön-Konzern erzielen lassen.

85           Das Bundeskartellamt hat angenommen - und auch diese Beurteilung hat sich das Beschwerdegericht zu eigen gemacht -, die Leopoldina und die Universitätsklinik Würzburg könnten den wettbewerblichen Spielraum der Rhön-Kliniken im relevanten Markt nicht hinreichend kontrollieren; relevanter potentieller Wettbewerb könne nicht festgestellt werden. Durch die beabsichtigte Fusion werde die bereits aktuell starke Marktstellung verstärkt. Insbesondere werde das Versorgungsangebot zu Lasten der Wettbewerber erweitert und die kon-

zerninterne Steuerung der Patientenströme zur Optimierung der Auslastungsquoten verbessert; außerdem könnten wegen der räumlichen Nähe der beteiligten Krankenhäuser zusätzliche Synergieeffekte erzielt werden, etwa durch Schwerpunktbildung und Kosteneinsparungen im personellen und technischen Bereich. Deshalb sei mit Marktanteilsverlusten der Wettbewerber zu rechnen. Nach dem Zusammenschluss gebe es im räumlich relevanten Markt kein Allgemeinkrankenhaus mehr, das seine Zuweiserfunktion gegenüber Fachkliniken und übergeordneten Krankenhäusern unabhängig von der Rhön-Gruppe ausüben könne. Der Wettbewerb zwischen den einzigen im Gebiet Bad Neustadt/Bad Kissingen verbliebenen und zudem in Größe und Versorgungsstruktur vergleichbaren Allgemeinkrankenhäusern - KKH Bad Neustadt und St. Elisabeth in Bad Kissingen - werde beseitigt. Speziell der Einfluss der Leopoldina könne durch den Aufbau solcher Fachbereiche zurückgedrängt werden, bei denen Patienten sich direkt an die Leopoldina wenden könnten. Auch entfalle für die Leopoldina die Möglichkeit zu einer Kooperation mit dem KKH Bad Neustadt.

86                    b) Dem vermag die Rechtsbeschwerde keine erheblichen Einwände entgegenzusetzen.

87                    aa) Wie oben unter I 3 d ausgeführt, können Krankenhäuser eine Vielzahl von qualitativen Wettbewerbsparametern nutzen, um ihre Marktstellung zu verbessern. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde bestehen daher trotz weitgehender öffentlich-rechtlicher Regulierung wettbewerbliche Verhaltensspielräume, die im Fall einer Marktbeherrschung nicht hinreichend kontrolliert werden.

88                    bb) Das durch die Gesundheitsreform eingeführte Entgeltsystem nach Fallpauschalen steht der Annahme von Marktbeherrschung durch Krankenhäuser ebenfalls nicht entgegen. Da bessere Leistungen Patienten überzeugen und

über Weiterempfehlungen zu Fallzahlsteigerungen und Kostendegression führen können, nimmt das Fallpauschalensystem den Krankenhäusern nicht den Anreiz, sich um mehr Patienten zu bemühen. Der wirtschaftliche Erfolg von Krankenhäusern beruht auf Patientenzahl, Spezialisierung und Qualität.

89 cc) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde schließlich geltend, dass die Finanzkraft kein für die Beurteilung von Krankenhausfusionen zulässiger Wettbewerbsparameter sei. Trotz Absicherung der erforderlichen Investitionen im Wege öffentlicher Förderung können Krankenhäuser in vielfältiger Weise Finanzmittel im Wettbewerb einsetzen, etwa durch die Anwerbung besonders qualifizierter Ärzte oder besonders qualifizierten Pflegepersonals mittels finanzieller Anreize, die Anschaffung über das Erforderliche hinausgehender, besonders leistungsfähiger technischer Geräte oder eine komfortablere Ausstattung von Krankenzimmern oder Aufenthaltsräumen.

90 4. Die Ausführungen des Beschwerdegerichts zur Kausalität des Zusammenschlussvorhabens für die Entstehung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung und zum Fehlen einer die Nachteile der Marktbeherrschung überwindenden Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen werden von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen. Sie lassen im Übrigen keinen Rechtsfehler erkennen.

91 5. Als weiteren räumlich relevanten Markt hat das Bundeskartellamt in der angefochtenen Verfügung das Gebiet von Meiningen ermittelt. Nachdem sich die Untersagung des Zusammenschlusses jedoch bereits aufgrund seiner Auswirkungen auf den Markt Bad Neustadt/Bad Kissingen als rechtmäßig erweist, bedarf es keiner Entscheidung, ob Meiningen als eigenständiger räumlicher Markt anzusehen ist und ob gegebenenfalls die Untersagung auch nach

Schließung des KKH Mellrichstadt auf Auswirkungen des Zusammenschlusses auf diesen Markt gestützt werden könnte.

Bornkamm

Raum

Meier-Beck

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 11.04.2007 - VI Kart 6/05 (V) -