

ÖFFENTLICHE VERSION

Fusionskontrollverfahren
Verfügung gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 GWB

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsverfahren

1. AKK Altonaer Kinderkrankenhaus gGmbH

Bleickenallee 38

22763 Hamburg

2. Verein Altonaer Kinderkrankenhaus von 1859 e.V.

Bleickenallee 38

22763 Hamburg

3. Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf

Martinistraße 52

20246 Hamburg

- Verfahrensbevollmächtigter zu 1. - 3.: RA Dr. Stefan Bretthauer
Heuking Kühn Lüer Wojtek
Rechtsanwälte Steuerberater
Bleichenbrücke 9
20354 Hamburg

4. Freie und Hansestadt Hamburg

c/o Finanzbehörde
Gänsemarkt 36
20354 Hamburg

5. Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien – Anstalt öffentlichen Rechts

Alphonsstraße 14
22043 Hamburg

- Verfahrensbevollmächtigter zu 4. und 5.: RA Dr. Jörg-Martin Schultze
Baker & McKenzie LLP
Bethmannstraße 50-54
60311 Frankfurt am Main

zur Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 Abs. 1 GWB hat die 10. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 8. März 2006 beschlossen:

1.)

Das Vorhaben der Beteiligten zu 1. (AKK Altonaer Kinderkrankenhaus gGmbH = „AKK GmbH“), die mittelbar über die Beteiligte zu 3. (Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf = „UKE“) von der Beteiligten zu 4. (Freie und Hansestadt Hamburg = „FHH“) beherrscht wird, das Altonaer Kinderkrankenhaus in Hamburg-Altona (AKK) von der Beteiligten zu 2. (Verein Altonaer Kinderkrankenhaus von 1859 e.V. = „AKK Verein“) zu erwerben, wird mit der Auflage freigegeben, dass die ebenfalls von der Beteiligten zu 4. (FHH) beherrschte Beteiligte zu 5. (Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien – Anstalt öffentlichen Rechts = „LBK Immobilien“) ihre Gesellschaftsanteile an der Bethesda - Allgemeines Krankenhaus gGmbH, Bergedorf („Bethesda gGmbH“) veräußert. Die Auflage gestaltet sich im Einzelnen wie folgt:

A. Weiterveräußerung und Verzicht auf Gesellschafterrechte nach Ablauf der Veräußerungsfrist

1. Den Verfahrensbeteiligten zu 4. und 5. wird aufgegeben, innerhalb einer Frist von [...] Monaten nach Zustellung der Freigabeentscheidung sämtliche ihrer Anteile an der Bethesda - Allgemeines Krankenhaus gGmbH, Bergedorf (auch Bethesda gGmbH oder Bethesda) an einen oder mehrere unabhängige(n) Erwerber zu veräußern. Für den Fall, dass die Beteiligten einen Monat vor Fristablauf nachweisen, dass die Verkaufsverhandlungen kurz vor dem Abschluss stehen, kann das Bundeskartellamt die gesetzte Frist um den erforderlichen Zeitraum verlängern.
2. Bei den Erwerbern im Sinne von 1. muss es sich um Unternehmen handeln, an denen die Beteiligten zu 1.-5. einschließlich mit ihnen im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB verbundener Unternehmen weder personell noch durch Kapitalbeteiligung (gleich in welcher Höhe) beteiligt sind. Außerdem muss dargelegt werden, dass die Erwerber die Fähigkeit und die Absicht haben, das erworbene Krankenhaus als Wettbewerber am Markt zu erhalten. Weiterhin darf die Marktstellung der Erwerber prima facie nicht die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten lassen. Eine etwaige Pflicht zur Anmeldung des Erwerbs bei den zuständigen Kartellbehörden bleibt hiervon unberührt.
3. Die Veräußerung bedarf der vorherigen Zustimmung des Bundeskartellamtes, die bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß A. 2. erteilt wird. Mit dem Antrag auf Zustimmung zur Veräußerung ist dem Bundeskartellamt eine Kopie des beabsichtigten Kaufvertrages einschließlich aller Nebenerklärungen beizufügen. Die Zustimmung ersetzt nicht die Durchführung eines ggf. nach dem GWB erforderlichen Fusionskontroll-Verfahrens. Der für eine Fusionskontrolle erforderliche Prüfzeitraum fällt nicht unter die Fristberechnung gemäß A. 1.
4. Mit Vollzug des Zusammenschlusses sowie spätestens bei erfolglosem Ablauf der Veräußerungsfrist sind die Beteiligten zu 4. und 5. verpflichtet, auf Organstellungen innerhalb der Bethesda gGmbH unwiderruflich zu verzichten

und ihre gesellschaftsrechtlichen Stimmrechte insbesondere in der Gesellschafterversammlung auf einen neutralen Stimmrechtstreuhänder zu übertragen (s. u. C 1 und C 6). Bei erfolglosem Ablauf der Frist nach A.1 sind sie zusätzlich verpflichtet, einen Veräußerungstreuhänder mit der Veräußerung des Gesellschaftsanteils zu beauftragen (s. u. C 2 und C 6).

B. Berichtspflichten der Beteiligten zu 4. und 5.

1. Den Beteiligten zu 4. und 5. wird aufgegeben, im Rahmen des dem Bundeskartellamt vorgelegten Verkaufsplans dem Bundeskartellamt ab Zustellung des Beschlusses und bis zum Vollzug der Veräußerung regelmäßig alle 60 Tage schriftlich zu berichten, insbesondere über die von der Beteiligten zu 4. und 5. geführten Verkaufsgespräche unter Nennung der Gesprächspartner mit Namen und Kontaktadresse, und Inhalt sowie Ergebnis ihrer Kontakte.
2. Das Bundeskartellamt kann den Bericht dem Veräußerungstreuhänder zugänglich machen.

C. Einsetzung eines Stimmrechts- und Veräußerungstreuhänders

1. Den Verfahrensbeteiligten zu 4. und 5. wird aufgegeben, mit Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses und spätestens nach Ablauf der Frist unter A.1 die Ausübung ihrer Gesellschafterrechte an der Bethesda gGmbH (insb. Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung) – bis zum Zeitpunkt einer Veräußerung der Geschäftsanteile – unwiderruflich auf einen nach C.6 zu bestimmenden (Stimmrechts-)Treuhänder zu übertragen und aus sämtlichen Organen und sonstigen Gremien der Bethesda gGmbH unwiderruflich auszuscheiden. Der Stimmrechts-Treuhänder vertritt in der Gesellschafterversammlung ausschließlich die vermögens- und gesellschaftsrechtlichen Interessen der Beteiligten zu 4. und 5. Er wird sich dafür einsetzen, dass die Bethesda gGmbH nicht die Erfüllung der Veräußerungsaufgabe behindert bzw. verzögert oder dazu beiträgt, den Wert der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der LBK Immobilien zu beeinträchtigen. Anderweitige, insbesondere

wettbewerbliche Interessen der FHH oder der mit ihr verbundenen selbständigen oder unselbständigen Unternehmen darf der Treuhänder nicht vertreten. Die Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen oder anderer vertraulicher Informationen betreffend die Bethesda gGmbH an die Treugeberin dieses Verfahrens bzw. an mit dieser verbundene selbständige oder unselbständige Unternehmen ist ihm nur insoweit gestattet, als die Beteiligten zu 4. und 5. diese Informationen zur Wahrung ihrer Finanz- und Vermögensinteressen oder im Rahmen des Verkaufsprozesses benötigen.

2. Für den Fall, dass die Beteiligten zu 4. und 5. ihre Pflichten gem. A.1 nicht fristgerecht erfüllen, werden sie unverzüglich und unwiderruflich einen unabhängigen und sachkundigen Veräußerungstreuhänder gem. C.6 zur Vorbereitung und Durchführung der Veräußerung gemäß A.1 bestellen. Bei dem zu bestellenden Veräußerungstreuhänder kann es sich auch um den bereits zuvor bestellten Stimmrechtstreuhänder handeln, sofern dieser die an den Stimmrechtstreuhänder zu stellenden Anforderungen weiterhin erfüllt.
Das Veräußerungsrecht des Veräußerungstreuhänders bezieht sich dabei auf den 50%igen Geschäftsanteil der Beteiligten zu 5. an der Bethesda gGmbH. Bei seiner Auswahlentscheidung hinsichtlich des Erwerbers hat der Veräußerungstreuhänder die Interessen der Beteiligten zu 4. und 5. angemessen zu berücksichtigen.
3. Den Beteiligten zu 4. und 5. wird aufgegeben, ab Bestellung des Veräußerungstreuhänders diesem im Rahmen des Veräußerungsauftrags alle Verwaltungs- und Verfügungsrechte einzuräumen, die ihn an Stelle der Beteiligten zu 4. und 5. einschließlich verbundener Unternehmen zu allen Maßnahmen berechtigen, die zur Durchsetzung der Auflagen im Sinne von A. notwendig und erforderlich sind. Insbesondere wird er befugt sein,
 - 3.1 den Verkauf des Geschäftsanteils für Rechnung der Beteiligten nach ordnungsgemäßen kaufmännischen Grundsätzen weisungsfrei und ohne Bedingungen an einen vorbestimmten Mindestpreis bestmöglich und schnellstmöglich, jedenfalls aber innerhalb einer Frist von [...] Monaten ab Bestellung durchzuführen;

- 3.2 die im Zusammenhang mit der Anbahnung des Verkaufs sowie mit dem Verkauf und der Einräumung der Rechte üblichen Handlungen vorzunehmen sowie Erklärungen im Namen der Beteiligten abzugeben;
- 3.3 die Geschäftsräume der Beteiligten einschließlich verbundener Unternehmen zu betreten und Weisungen an die Mitarbeiter der Beteiligten einschließlich verbundener Unternehmen zu erteilen, um die für die Anbahnung eines Verkaufs sowie für den Verkauf und die Einräumung der Rechte gem. A. notwendigen Unterlagen zu erhalten.
4. Der Stimmrechts- bzw. Veräußerungstreuhänder berichtet den Beteiligten zu 4. und 5. und dem Bundeskartellamt alle 30 Tage ab Einsetzung über die Wahrnehmung der ihm treuhänderisch übertragenen Gesellschafterrechte bei der Bethesda gGmbH und über den Fortgang der Verkaufsbemühungen.
5. Sofern der Veräußerungstreuhänder mehrere Erwerber vorschlägt, welche die Zustimmung des Bundeskartellamts gem. A. erhalten, hat der Veräußerungstreuhänder den Zuschlag gemäß der Wahl der Beteiligten zu 4. und 5. erteilen, wobei die Beteiligten zu 4. und 5. innerhalb von 10 Arbeitstagen nach Erhalt der Zustimmung des Bundeskartellamts dem Veräußerungstreuhänder die Wahl schriftlich mitzuteilen haben.
6. Die Einsetzung des Stimmrechts- und des Veräußerungstreuhänders, sowie die ihren Mandaten zugrundeliegenden Bedingungen (Treuhandervertrag) bedürfen der vorherigen Zustimmung des Bundeskartellamts. Bei dem Stimmrechts-Treuhanders muss es sich um eine von der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH) unabhängige Person mit angemessener Qualifikation handeln, die weder unmittelbar noch mittelbar mit der FHH in Geschäftsbeziehungen steht. Sollte das Bundeskartellamt den von den Beteiligten zu 4. und 5. vorgeschlagenen Treuhänder ablehnen, so haben die Beteiligten zu 4. und 5. innerhalb von 10 Arbeitstagen nach Zugang der schriftlichen Ablehnung einen anderen Treuhänder zu benennen. Sollte auch dieser vom Bundeskartellamt abgelehnt werden, so ist ein vom Bundeskartellamt benannter Treuhänder einzusetzen.

7. Die Kosten des Stimmrechts- sowie des Veräußerungstreuhänders tragen die Beteiligten zu 4. und 5. als Gesamtschuldner.
8. Die Mandate des Stimmrechts- und des Veräußerungstreuhänders enden mit Vollzug der Veräußerung des Geschäftsanteils. Die dem Treuhänder erteilten Vollmachten können nur mit Zustimmung des Bundeskartellamtes widerrufen werden. Bei Nichterfüllung oder Schlechterfüllung seines Mandats kann das Bundeskartellamt verlangen, dass der Treuhänder durch einen anderen gem. dem Verfahren in C.6. ersetzt wird.

D. Pflichtbindung

Die Beteiligten haben die ihnen im Rahmen dieser Auflage auferlegten Pflichten selbst oder durch geeignete Weisungen, Unterlassungen von Weisungen oder sonstige Maßnahmen gegenüber den mit ihnen verbundenen Unternehmen zu erfüllen.

2.)

Die Gebühr für die Anmeldung wird auf [...],-- € und die Gebühr für die Freigabeentscheidung mit Auflage unter Anrechnung der Gebühr für die Anmeldung auf [...],-- € festgesetzt. Die Gesamtgebühr beträgt [...],-- € (in Worten: [...]tausend Euro). Die Gebühr sowohl für die Anmeldung als auch für die Freigabeentscheidung mit Auflage wird den Verfahrensbeteiligten zu 1. und 2. als Gesamtschuldnern auferlegt.

A. SACHVERHALT

1.) Vorgeschichte

Das Altonaer Kinderkrankenhaus (AKK) ist ein innenstadtnahes, pädiatrisches Schwerpunktkrankenhaus mit 188 vollstationären und 12 teilstationären Krankenhausplan-Betten sowie einer Kinderambulanz, das bisher von dem Verein Altonaer Kinderkrankenhaus von 1859 e.V., Hamburg (AKK Verein), getragen wird. In den letzten Jahren geriet der Verein in finanzielle Schwierigkeiten und beschloss, das Kinderkrankenhaus in andere Hände zu geben. Im Rahmen des anschließenden Veräußerungsverfahrens im Jahre 2003 bewarben sich mehrere Krankenhausbetreiber u.a. mit verbindlichen Angeboten. Allerdings war die Stadt Hamburg (FHH), in deren Eigentum sich die Liegenschaften, auf denen das Kinderkrankenhaus betrieben wird, befinden, nicht bereit, die Grundstücke an die potentiellen Erwerber zu veräußern. Bisher stellt die FHH die Betriebsgrundstücke dem Altonaer Kinderkrankenhaus – wie bei anderen freigemeinnützigen Krankenhäusern auch – unentgeltlich zur Verfügung. Im November 2003 entschied sich der Vorstand des AKK Verein für eine Kooperation mit dem Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf (UKE) in Form eines Managementvertrages.

2.) Verträge

UKE gründete daraufhin eine Gesellschaft, deren Zweck in der Betriebsführung von Krankenhäusern besteht, nämlich die AKK Altonaer Kinderkrankenhaus GmbH, Hamburg (AKK GmbH). An der AKK GmbH sind zu 94 % das UKE und zu 6 % der AKK Verein beteiligt. AKK Verein und AKK GmbH haben am 23.12.2003 einen Betriebsführungsvertrag geschlossen. Danach übernimmt die AKK GmbH im Namen und für Rechnung des AKK Vereins auf der Grundlage eines detaillierten Sanierungsplanes und eines detaillierten Finanzplanes, die der AKK Verein vorgegeben hat, gegen eine feste monatliche Vergütung die Betriebsführung des AKK. Soweit der Jahreswirtschaftsplan für das AKK vom Sanierungs- oder vom Finanzplan abweicht, ist dieser durch den AKK Verein zu genehmigen. Der AKK Verein ist zudem hinsichtlich der Durchführung des Betriebsführungsvertrages gegenüber der AKK GmbH – mit Ausnahme des laufenden Tagesgeschäfts – weisungsbefugt.

Nach dem Betriebsführungsvertrag steht der AKK GmbH ein Optionsrecht zu, das Altonaer Kinderkrankenhaus nach Maßgabe der Bestimmungen des entsprechenden Kauf- und Übertragungsvertrages zu erwerben. Die Wirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrages und damit auch der Ausübung der Option steht nach § 6 Abs. 1 des Kauf- und Übertragungsvertrages unter der aufschiebenden Bedingung der Freigabe des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt sowie der Zustimmung der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH) zur Übertragung der Betriebsgrundstücke des AKK. Ausweislich der Präambel des Kauf- und Übertragungsvertrages wurde das Optionsrecht vereinbart, weil die Zustimmung der FHH zur Übertragung der Betriebsgrundstücke jedenfalls Ende 2003 nicht zu erlangen war. Im Februar 2006 hat die Hamburger Bürgerschaft der Übertragung der Betriebsgrundstücke auf die AKK GmbH zu für die Zusammenschlussbeteiligten akzeptablen Bedingungen zugestimmt.

Die AKK GmbH hat das o.g. Optionsrecht nach dem Betriebsführungsvertrag – unter dem Vorbehalt der kartellrechtlichen Freigabe – mit Schreiben vom 24.05.2005 zum 01.07.2005 ausgeübt.

Nach § 1 Abs. 1 Kauf- und Übertragungsvertrag verkauft und überträgt der AKK Verein den AKK Krankenhausbetrieb mit sämtlichen Vermögensgegenständen an die AKK GmbH. Nach den §§ 2,3 und 4 Kauf- und Übertragungsvertrag übernimmt die AKK GmbH sämtliche dem AKK Betrieb zuzurechnenden Verbindlichkeiten, Verträge und Vertragsangebote sowie Arbeitsverhältnisse bzw. verpflichtet sich, den AKK Verein so zu stellen, als ob eine solche Übernahme stattgefunden hätte.

3.) Angaben zu den Beteiligten

1. Freie und Hansestadt Hamburg (FHH)

Die FHH erzielte im Jahr 2004 Umsatzerlöse von rund 3,9 Milliarden Euro. Davon wurden mehr als 2/3 im Inland erwirtschaftet.

Die FHH hält über ihre Tochter Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien – Anstalt öffentlichen Rechts (LBK Immobilien) mehr als 25 % der Anteile an der LBK Hamburg GmbH (LBK GmbH),¹ welche wiederum Trägerin der sieben LBK-Krankenhäuser in Hamburg ist.² Die LBK GmbH wird gemeinsam beherrscht mit der

¹ S. dazu Beschluss vom 28.04.2005, B10-161/04.

² AK St. Georg, AK Barmbek, AK Eilbek, AK Altona, AK Harburg, AK Wandsbek und Klinikum Nord.

Asklepios Kliniken GmbH, Königstein - Falkenstein, welche mit 49,9% bzw. ab 2007 mit 74,9% der Anteile an der LBK GmbH beteiligt ist. Nach der Entscheidung der Beschlussabteilung vom 28.04.2005 (B10-161/04) besteht die Verpflichtung der dortigen Beteiligten, eines der LBK-Krankenhäuser innerhalb einer bestimmten Frist zu veräußern. Dies ist bisher – die Veräußerungsfrist läuft noch – nicht erfolgt. Die LBK-Krankenhäuser erzielten im Jahr 2004 Umsatzerlöse in Höhe von mehr als 700 Mio. €.

2. Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf (UKE)

Das UKE ist eine Gliedkörperschaft der Universität Hamburg.³ Trägerin der Universität Hamburg ist die Stadt Hamburg (FHH). Das UKE ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Sitz in Hamburg.⁴ Sie besteht aus dem Fachbereich Medizin der Universität Hamburg und dem ehemaligen Universitäts-Krankenhaus Eppendorf.⁵ Der Vorstand führt die Geschäfte des UKE verantwortlich nach den Gesetzen, den Bestimmungen der Satzung des UKE sowie unter Beachtung des von der Aufsichtsbehörde vorgegebenen Zielbildes. Das UKE hat 1.489 Planbetten⁶ und betreibt die Fachabteilungen Augenheilkunde, Chirurgie, Dermatologie, Gynäkologie/ Geburtshilfe, Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde, Innere Medizin, Kinderheilkunde, Neurochirurgie, Neurologie (mit Stroke Unit), Nuklearmedizin, Orthopädie, Psychiatrie und Psychotherapie für Erwachsene sowie Kinder und Jugendliche, Strahlenheilkunde, Urologie, Nephrologie sowie Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie. Es betreibt Tageskliniken in den Bereichen Psychiatrie und Psychotherapie für Erwachsene, Kinder und Jugendliche, HIV sowie Dermatologie. Die Fallzahlen des UKE lagen im Jahr 2004 bei [>45.000] stationären Fällen. Das UKE erzielte im Geschäftsjahr 2004 Umsatzerlöse in Höhe von rund [XXX] Mio. €. Die Gesamtumsatzerlöse aus Krankenhausleistungen betragen 2003 ca. [XXX] Mio. Euro.

Die FHH hat das Vermögen und den Betrieb der klinischen Abteilung des von ihr getragenen Bernhard-Nocht-Instituts für Tropenmedizin, Hamburg (BNI), auf UKE übertragen. Zugleich wurde eine Kooperation zwischen dem Forschungsinstitut des BNI und dem UKE vereinbart. Das Bernhard-Nocht-Institut (BNI) ist eine rechtlich unselbständige Einrichtung der Freien und Hansestadt Hamburg. Es widmet sich der

³ § 1 Abs. 1 Gesetz zur Errichtung der Körperschaft „Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf“ (UKEG) vom 12.09.2001, HmbGVBl. S. 375.

⁴ § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Errichtung der Körperschaft „Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf“ (UKEG) vom 12.09.2001, veröffentlicht in HmbGVBl. 2001, S. 375.

⁵ § 1 Abs. 3 S. 1 UKEG, a.a.O.

⁶ Neues Soll zum 31.12.2005: 1.277 Planbetten (ohne Universitäres Herzzentrum am UKE).

Erforschung der Tropenkrankheiten, der Betreuung betroffener Patienten und der Fortbildung von Ärzten auf dem Gebiet der Tropenmedizin. Seine Klinische Abteilung ist mit 68 Betten⁷ in den Krankenhausplan der Freien und Hansestadt Hamburg aufgenommen und mit Wirkung vom 01.11.05 auf das UKE übertragen worden. Das BNI erzielte 2004 Umsätze von ca. [X] Mio. €⁸

3. Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien – Anstalt öffentlichen Rechts (LBK Immobilien)

Die Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien – Anstalt öffentlichen Rechts (LBK Immobilien – AöR) ist eine Anstalt öffentlichen Rechts der FHH. Sie trägt mehr als 25 % der Anteile an der LBK Hamburg GmbH sowie 50 % der Anteile an dem Krankenhaus Bethesda in Hamburg-Bergedorf. Der andere Gesellschafter der Bethesda - Allgemeines Krankenhaus Bergedorf gemeinnützige GmbH, Hamburg-Bergedorf (Bethesda GmbH oder Bethesda) ist zu gleichen Teilen die Evangelische Stiftung Bethesda. Das Krankenhaus wird von beiden Gesellschaftern gemeinsam beherrscht. Bethesda ist ein Krankenhaus der Grund- und Regelversorgung und hat 327 Planbetten⁹ in den Fachabteilungen Innere Medizin, Chirurgie, Gynäkologie/Geburtshilfe und Psychiatrie. Bethesda erzielte 2004 Umsatzerlöse in Höhe von ca. [XX] Mio. €, davon entfielen [XX] Mio. € auf Krankenhausleistungen und [...] Mio. € auf ambulante Leistungen.

4. AKK Altonaer Kinderkrankenhaus GmbH (AKK GmbH)

Die AKK GmbH, an der mit 94% das UKE und mit 6% der AKK Verein beteiligt sind, betreibt derzeit auf der Grundlage eines Betriebsführungsvertrages das AKK im Namen und für Rechnung des AKK Vereins, der in allen wesentlichen Fragen weisungsbefugt ist. AKK GmbH erzielte im Geschäftsjahr 2004 Umsatzerlöse in Höhe von [...] €.

5. Verein Altonaer Kinderkrankenhaus von 1859 e.V. (AKK Verein)

Der AKK Verein ist durch den Betrieb des AKK auf dem Hamburger Krankenhausmarkt tätig. Er weist für das Jahr 2004 stationäre Krankenhausfallzahlen in Höhe von [>8.000] Fällen aus. Zudem ist der Verein mit 10 % der Kapitalanteile und mit 51 % der Stimmrechte an der AKK Services GmbH beteiligt, welche Reinigungs- und interne

⁷ Neues Soll zum 31.12.2005: 60 Planbetten.

⁸ Umsatzerlöse jeweils aus Krankenhausleistungen, Wahlleistungen und ambulanten Leistungen.

⁹ Neues Soll zum 31.12.2005: 342 Planbetten.

Logistikdienstleistungen nur für das AKK erbringt. Die Umsatzerlöse des AKK Verein betragen 2004 [XX] Mio. € (Krankenhaus) und [...] Mio. € (Services), also insgesamt [XX] Mio. €

4.) Verfahren

Die Anmeldung der Beteiligten zu 1. und 2. vom 2. August 2005 ist mit Schreiben der FHH (Behörde für Wissenschaft und Gesundheit) vom 14. September 2005 (Eingang im Bundeskartellamt 15.09.05) vervollständigt worden. Mit Datum vom 10. Oktober 2005 hat die Beschlussabteilung das Hauptprüfverfahren eingeleitet.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2005 haben die Anmelderinnen beantragt, die Frist des § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB um zwei Monate zu verlängern. Daraufhin hat die Beschlussabteilung die Frist bis zum 15. März 2006 verlängert. Am 24. Februar 2006 hat die Beschlussabteilung den Beteiligten unter Angabe sämtlicher Gründe mitgeteilt, dass sie beabsichtigt, den angemeldeten Zusammenschluss mit der im Tenor wiedergegebenen Veräußerungsaufgabe freizugeben. Alle Verfahrensbeteiligten haben sich hiermit einverstanden erklärt.

B. GRÜNDE

I. FORMELLE UNTERSAGUNGSVORAUSSETZUNGEN

1. Anwendungsbereich des GWB

1. Der Anwendungsbereich des GWB ist eröffnet, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 GWB erfüllt sind und kein Fall des § 35 Abs. 2 GWB vorliegt.
2. Das Vorhaben hat keine gemeinschaftsweite Bedeutung. Nach Art. 1 Abs. 2 letzter Satz bzw. Abs. 3 letzter Satz der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO) kommt die Anwendbarkeit der europäischen Fusionskontrolle nicht in Betracht, weil sämtliche Beteiligten mehr als 2/3 ihrer gesamten wie auch ihrer EU-weiten Umsätze allein in einem Mitgliedstaat, nämlich im Inland erzielen.

2. Anwendbarkeit des GWB auf Krankenhäuser

3. Das GWB findet gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB auch Anwendung auf Unternehmen der öffentlichen Hand. Die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle auf Krankenhäuser ist von den Beteiligten nicht in Frage gestellt worden, so dass eine detailliertere Erörterung insoweit unterbleiben kann.¹⁰

3. Zusammenschlusstatbestand

4. Das Zusammenschlussvorhaben stellt einen Vermögens- und Kontrollerwerb im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB dar.

4. Anwendbarkeit der Fusionskontrolle (Schwellenwerte)

5. Die formalen Anwendungsvoraussetzungen der Fusionskontrolle sind erfüllt, weil die der FHH zuzurechnenden Umsatzerlöse, die für 2003 mit 3,9 Mrd. Euro angegeben wurden¹¹, die Schwellenwerte des § 39 GWB weit übersteigen. Abzustellen ist hierbei auf die Umsatzerlöse von Stadt und Land Hamburg als

¹⁰ Im Einzelnen s. Beschluss B10-109/04 vom 23.03.2005, Tz. 39 - 63.

¹¹ Schreiben FHH vom 14.09.05, S. 1.

einheitlich geleitetem Konzern und nicht allein auf die Umsätze des UKE oder der Universität Hamburg.

6. Zwar vertreten die Zusammenschlussbeteiligten die Auffassung, dass die Krankenhäuser der LBK Hamburg GmbH (LBK GmbH), das UKE und die Bethesda gGmbH nicht sämtlich der FHH zuzurechnen und die FHH insoweit auch nicht wie ein Konzern zu behandeln sei.¹² Dem kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Inwieweit die FHH hinsichtlich ihrer Beteiligung an dem LBK weiterhin über eine Mit-Kontrolle verfügt, ist bereits in dem LBK-Beschluss vom 28.04.05 dargelegt worden.¹³ Daran hat sich zwischenzeitlich nichts geändert. Der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH) ist gleichfalls der Geschäftsbetrieb des UKE zuzurechnen, denn das UKE ist nicht eine konzernunabhängige Körperschaft des öffentlichen Rechts. Zwar hat die FHH dem UKE die für seinen Betrieb erforderlichen Grundstücke übereignet¹⁴, jedoch ist das UKE insgesamt gesehen keine von der Stadt Hamburg konzernrechtlich verselbständigte Körperschaft, sondern sie wird von der Freien und Hansestadt Hamburg beherrscht. So hat sich die Stadt Hamburg verpflichtet, das UKE durch Zuweisungen aus dem Haushalt der FHH funktionsfähig zu erhalten¹⁵, sie hat eine unbeschränkte Gewährträgerhaftung übernommen,¹⁶ und bei einer Auflösung des UKE fällt das Vermögen an die FHH zurück.¹⁷ Die FHH prüft die zweckentsprechende Verwendung der Haushaltszuweisungen durch das UKE¹⁸ und der Rechnungshof der FHH prüft die Haushalts- und Rechnungsführung des UKE gemäß § 111 LHO.¹⁹ Das UKE führt ein Dienstsiegel mit dem Wappen der FHH.²⁰
7. Das UKE hat eine eigene Satzung, über deren Änderung allein das Kuratorium des UKE beschließt.²¹ Auch ansonsten ist das kontrollierende Organ des UKE sein Kuratorium, weil es den Vorstand nicht nur berät, sondern auch dessen Geschäftsführung überwacht, über seine Bestellung wie Abberufung entscheidet²², und weil die wesentlichen Entscheidungen im UKE der

¹² Anmeldung vom 02.08.2005, S. 4.

¹³ B10-161/04, S. 22 ff, Tz. 39 ff.

¹⁴ § 1 Abs. 4 S. 1 UKEG, a.a.O.

¹⁵ § 3 Abs. 2 UKEG, a.a.O.

¹⁶ § 3 Abs. 4 UKEG, a.a.O.

¹⁷ § 24 Abs. 2 UKEG, a.a.O.

¹⁸ § 3 Abs. 8 UKEG, a.a.O.

¹⁹ § 21 UKEG, a.a.O.

²⁰ § 3 Abs. 8 UKEG, a.a.O.

²¹ § 16 Abs. 1 und 2 UKEG, a.a.O.

²² § 8 iVm. § 10 UKEG, a.a.O.

Zustimmung des Kuratoriums bedürfen.²³ Das Kuratorium wiederum wird von der FHH kontrolliert, weil seine Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit zustande kommen und sechs Vertreter des 12köpfigen Kuratoriums direkt durch die FHH berufen werden, und ein siebter Vertreter der jeweilige Präsident der – ebenfalls der FHH zuzurechnenden – Universität Hamburg ist. Bei Stimmgleichheit entscheidet der Vorsitzende des Gremiums.²⁴

II. MATERIELLE UNTERSAGUNGSVORAUSSETZUNGEN

1. Sachlich relevanter Markt

1.1 Allgemeines

8. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Markt für Krankenhausdienstleistungen, der auch als Krankenhausmarkt bezeichnet wird. Es handelt sich um den Angebotsmarkt für stationäre medizinische Dienstleistungen, die von den Krankenhäusern gegenüber ihren Patienten erbracht werden. Davon abzugrenzen sind im Klinikbereich im Wesentlichen nur die Märkte für Rehabilitationseinrichtungen sowie für Alten- und Pflegeheime. Reine Privatkliniken, die nicht in die Krankenhauspläne der Länder aufgenommen sind und auch keine Verträge nach § 108 SGB V mit den Krankenkassen abgeschlossen haben, werden ebenfalls nicht in den allgemeinen Krankenhausmarkt einbezogen, weil ihre Leistung mangels Erstattung seitens der Krankenkassen²⁵ von den Patienten in aller Regel nicht als realistische Alternative angesehen wird. Jedoch gehören Fachkliniken in der Regel genauso in den Krankenhausmarkt wie eine Unterteilung des Marktes in einzelne Fachrichtungen bzw. Abteilungen eines Krankenhauses grundsätzlich abzulehnen ist. Die sachliche Marktabgrenzung wurde von den Verfahrensbeteiligten nicht in Frage gestellt.²⁶

²³ § 8 Abs. 4 UKEG, a.a.O.

²⁴ § 7 Abs. 1 iVm. Abs. 6 UKEG, a.a.O.

²⁵ Auch der privaten Krankenkassen.

²⁶ Es wird deshalb insoweit verwiesen auf die Begründung zum Beschluss B10-109/04 vom 23.03.2005, Tz. 63 - 82.

1.1.1 Auffassung des OLG Düsseldorf

9. Allerdings hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in dem Beschwerdeverfahren Rhön Klinikum AG u.a. ./ Bundeskartellamt²⁷ wegen der Untersagung des Erwerbs der Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt und Mellrichstadt durch Rhön einen Beweisbeschluss mit Datum vom 05.10.2005 erlassen, aus dem hervorgeht, dass der Kartellsenat die sachliche Marktabgrenzung im Krankenhausmarkt fachabteilungsbezogen sieht und innerhalb der Abteilungen auch unterschiedliche Märkte im Hinblick auf die verschiedenen Versorgungsstufen abgrenzt.

1.1.2 Auffassung des Bundeskartellamtes

10. Die Auffassung des OLG Düsseldorf würde im vorliegenden Fall zur Abgrenzung eines sachlichen Marktes Pädiatrie und gegebenenfalls auch zur weiteren Differenzierung in einen Markt für pädiatrische Grund- und für pädiatrische Spezialversorgung führen.

Die Frage der genauen sachlichen Marktabgrenzung kann in dem vorliegenden Zusammenschlussverfahren nicht dahingestellt bleiben, denn sie ist entscheidungsrelevant. Der Übergang des Altonaer Kinderkrankenhauses von dem AKK Verein in den Konzernzusammenhang der FHH würde auf dem allgemeinen Krankenhausmarkt in Hamburg zu einer weiteren Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Stadt Hamburg führen.²⁸ Auf einem speziellen Markt für Pädiatrie²⁹ würde der Zusammenschluss entweder zu der Entstehung oder ansonsten zu der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der FHH auf diesem Spezialmarkt führen.³⁰ Dagegen wäre die mit der Auflage zu erreichende wettbewerbliche Trennung von dem Krankenhaus Bethesda nur geeignet, die Verstärkungswirkung auf dem allgemeinen Krankenhausmarkt in Hamburg zu beseitigen, nicht jedoch auf einem Spezialmarkt Pädiatrie.³¹

²⁷ VI-Kart 6/05 (V).

²⁸ S.u. B II 3. Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens im Markt Hamburg bzw. B II 3.2 Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung = Tz. 48-51.

²⁹ Kein Bagatellmarkt, da schon die Umsätze des AKK weit oberhalb der Bagatellmarktgrenze liegen.

³⁰ S.u. V. Auflage bzw. V 1.1 Ausschluss der Verstärkungswirkung = Tz.

³¹ Dasselbe gälte für weitere Differenzierungen des sachlichen Marktes wie z.B. Kinderkrankenhäuser, pädiatrische Grundversorgung, pädiatrische Spezialversorgung etc.

11. Die Beschlussabteilung vermag sich der Auffassung des OLG Düsseldorf insoweit nicht anzuschließen und wendet die dort zugrundegelegten Maßstäbe auf den vorliegenden Fall nicht an. Dies beruht sowohl auf grundsätzlichen Erwägungen als auch auf der Einschätzung der konkreten Marktverhältnisse in Hamburg.
12. Eine Unterteilung des Marktes in einzelne Fachrichtungen bzw. Abteilungen eines Krankenhauses ist grundsätzlich abzulehnen. Es ist zwar denkbar, dass sich im Einzelfall, insbesondere in Ballungsgebieten, für bestimmte Fachrichtungen oder auch für bestimmte Behandlungen funktionierende eigenständige Märkte mit spezifischen Wettbewerbsbedingungen entwickeln können, die im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle einer gesonderten Untersuchung bedürfen. Dies mag z.B. dann nahe liegen, wenn insoweit ein Trend zu anderen Versorgungsformen (ambulant, „reha“ oder „integriert“ iSd. §§ 140 ff SGB V) sich durchsetzt, oder wenn regionale Krankenhausmärkte nicht von Allgemein-Krankenhäusern geprägt werden, sondern stattdessen von dem Nebeneinander zahlreicher Fachkliniken, wobei nur noch Ärztehäuser bzw. Praxiskliniken eine „allgemeine“ Versorgung sichern. Grundsätzlich erscheint eine solche Differenzierung allerdings im gegenwärtigen Gesundheitssystem der Bundesrepublik Deutschland nicht angemessen, da sie weder krankenhausrrechtlich noch aus Nachfragersicht gerechtfertigt ist. Jedenfalls bisher ist es so, dass alle medizinischen Fachrichtungen in Allgemeinkliniken vertreten sind. Es gibt praktisch keine Nachfrage nach stationärer Krankenbehandlung, die nicht in Allgemeinkrankenhäusern gedeckt werden könnte und auch prinzipiell dort gedeckt wird. Hinzu kommt, dass – anders als z.B. in der Industrie – Krankenhäuser grundsätzlich nur als Ganzes erworben werden können. Schon aus Gründen des Krankenhausplanungsrechts können nicht einzelne Betriebsteile aus ihnen herausgekauft werden. Unter diesen Rahmenbedingungen aber führt auch eine Akquisitionspolitik von Krankenhausträgern, die auf die Beherrschung bestimmter Spezialbereiche abzielt, notwendig zu ebenfalls marktbeherrschenden Stellungen auf den verschiedenen räumlichen Märkten für allgemeine Krankenhausleistungen. Letztlich haben sich deshalb grundsätzlich keine von dem Markt für Allgemeinkrankenhäusern abweichenden Wettbewerbsbedingungen für bestimmte Fachrichtungen herausbilden können.

13. Entsprechend den gegenwärtigen Verhältnissen auf den verschiedenen regionalen Krankenhausmärkten ist ebenso eine Aufsplitterung des Marktes in einzelne Behandlungsformen grundsätzlich abzulehnen. Selbst wenn verschiedene Krankenhausbehandlungen in einem konkreten Krankheitsfall für einen individuellen Patienten untereinander nicht substituierbar sind, kann hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass jede Behandlungsform einen eigenständigen Markt bildet. Nach dem DRG-Fallpauschalensystem werden verschiedene Diagnosen und Behandlungsmethoden zusammengefasst, die eine einheitlich abrechenbare Leistung darstellen. Derzeit umfasst selbst dieses vergrößernde Klassifikationssystem über 900 Fallgruppen mit steigender Tendenz. Aus Nachfragersicht handelt es sich nicht um individuelle Einzelleistungen, sondern vielmehr um eine Produktdifferenzierung innerhalb eines sachlich einheitlich abzugrenzenden Marktes.
14. Eine solche Zusammenfassung zu einem „Sortimentsmarkt“ ist dann vorzunehmen, wenn – allgemein formuliert – gegenüber Unternehmen, die ein Sortiment einer Warengruppe führen, aus Sicht der Abnehmer regelmäßig nur solche Unternehmen als sinnvolle Bezugsalternative in Betracht kommen, die gleichfalls ein Sortiment bieten können, das diese Warengruppe abdeckt.³² In diesem Fall haben Produktunterschiede in Hinblick auf Verwendungszwecke, Eigenschaften und Preis keine abgrenzende Funktion, sondern sie begründen gerade deren Sortimentscharakter. So liegt es auch hier. Krankenhäuser bieten in aller Regel ein „Grundsortiment“ an, das überwiegend aus einer Palette unterschiedlicher medizinischer Fachleistungen mit einer unterschiedlichen Spezialisierungstiefe ergänzt wird. Das Grundangebot, dem erfahrungsgemäß ein überwiegender Teil der Betten zuzurechnen ist, besteht aus den Fachabteilungen Innere Medizin, Chirurgie sowie idR. Gynäkologie und Geburtshilfe. Der Patient nimmt das Angebot auch als Gesamtangebot wahr, das er aber nie als Komplettleistung, sondern im konkreten Bedarfsfall immer nur als Teilleistung nachfragt. Besonders deutlich wird dies bei Notfällen, für die ein umfassendes Angebot bereitgehalten werden muss und auch nachgefragt wird, sowie bei Patienten mit nicht ausreichend diagnostizierten Beschwerden, deren Bedarf erst durch weitere medizinische Aufklärung konkretisiert werden kann. Darüber hinaus sind Verlegungen von Patienten in andere Fachabteilungen desselben

³² BGH, WuW/E 2771/2773 – Kaufhof/Saturn.

Krankenhauses im Rahmen einer Behandlung gängige Praxis, was zusätzlich verdeutlicht, dass aus Nachfragersicht das Gesamtangebot des Krankenhauses relevant ist.

15. Aufgrund der Gestaltungsfreiheit der Krankenhäuser bei der Strukturierung von Fachabteilungen und der insofern bestehenden Angebotsumstellungsflexibilität könnte eine Differenzierung der Märkte nach einzelnen Fachrichtungen zur Verzerrung der anhand von Fallzahlen ermittelten Marktbedingungen führen. Verbindliche Regeln zur Bildung von Fachabteilungen oder Vorgaben, welche medizinischen Fälle in welcher Fachabteilung zu behandeln sind, gibt es nicht. Je nach Größe und Breite des Versorgungsangebotes des Krankenhauses bzw. der individuellen Spezialisierung von Ärzten wird z.B. die gleiche Operation bei dem einen Krankenhaus in der Chirurgischen Abteilung und bei dem nächsten Krankenhaus in einer spezielleren Fachabteilung (Orthopädie, Gynäkologie, Urologie etc.) vorgenommen. Unter der Voraussetzung der Einhaltung des sog. Facharztstandards können auch umfassende Behandlungen (z.B. onkologische oder kardiologische Eingriffe) sowohl in den Kernabteilungen (Innere Medizin und Chirurgie) vorgenommen werden wie auch in verschiedenen Fachabteilungen (Onkologie, Gynäkologie, Herzchirurgie etc.). Abrechnungstechnisch war die Frage der behandelnden Abteilung nur nach Bundespflegesatzverordnung relevant, weil danach unterschiedliche Abteilungspflegesätze vorgesehen sind.³³ Nach dem nunmehr geltenden Fallpauschalen-Regime (DRG) kommt es jedoch lediglich auf die konkrete Leistung an und nicht auf die Frage, in welcher Fachabteilung diese erbracht wird. Demzufolge haben die ersten Krankenhäuser trotz der hergebrachten abteilungsspezifischen Planung der Länder bereits begonnen, sich krankenhauser intern individuell umzustrukturieren. So besteht z.B. ein Bedarf, die Patienten „ganzheitlich“ unter einer verantwortlichen Leitung zu behandeln und sie nicht durch die verschiedensten Abteilungen eines Krankenhauses zu schleusen. Ein Mammakarzinom kann so beispielsweise einheitlich und verantwortlich in einem onkologischen Zentrum behandelt werden und nicht nacheinander und parallel in den Abteilungen für Inneres, Gynäkologie, Radiologie, Chirurgie, Strahlentherapie etc.

³³ Knorr/Kraemer, Einführung zu Krankenhausrecht (dtv-Rechtstext 2004), Stand 15.11.2003, S. XXVII unter VI 2 b) b).

16. Die hier vertretene sachliche Marktabgrenzung basiert auf einer nachfrageorientierten Betrachtung. Nachgefragt werden medizinische Dienstleistungen, wobei herkömmlich bereits von den Patienten bzw. von ihren einweisenden Ärzten unterschieden wird, ob sie eine ambulante, bloß ärztliche Behandlung benötigen oder darüber hinausgehend einen stationären Krankenhausaufenthalt mit mindestens einer Übernachtung. Im übrigen kann die Nachfrage der Patienten jedoch sowohl sehr unspezifisch sein (z.B. im Hinblick auf eine allgemeine Diagnosestellung und dementsprechende Behandlung bei undefinierbaren Schmerzen oder sonstigen Beeinträchtigungen bzw. Notfallbehandlung) als auch bereits sehr spezifiziert (z.B. auf künstliche Hüfte oder Kniegelenksoperation). Im ersten Fall werden Krankenhausdienstleistungen allgemein nachgefragt, im zweiten Fall wird eine bestimmte Krankenhaus-Behandlung nachgefragt. Ob diese Behandlung dann aber in der Chirurgie, in der Orthopädie, in der Unfallchirurgie, in der Rheumatologie oder in der Kinderchirurgie eines Allgemeinkrankenhauses oder aber in einem Spezialkrankenhaus für Orthopädie, für Unfallchirurgie, für Rheumatologie oder für Endoprothetik oder auch bei Kindern in einem Kinderkrankenhaus erfolgt, entscheidet sich je nach den Besonderheiten des räumlich in Betracht kommenden Angebotsmarktes. Aus Nachfragersicht kommen in dem genannten Beispiel grundsätzlich alle genannten Fachabteilungen und Fachkrankenhäuser als Angebotsalternativen für Hüft- oder Kniegelenksoperationen in Betracht.
17. Einer übergreifenden sachlichen Marktabgrenzung steht letztlich auch nicht entgegen, dass die vorrangig in verdichteten und spezialisierten Märkten (wie dies z.B. gerade in Hamburg der Fall ist) existierenden Fachkliniken untereinander nicht oder nur sehr beschränkt in Wettbewerb stehen. Fachkliniken für Geriatrie und für Pädiatrie orientieren sich – mit ihrem jeweiligen Behandlungsangebot – ersichtlich an unterschiedlichen Nachfragergruppen. Sonstige Fachkliniken bieten – gegenüber allen Nachfragern – jeweils medizinisch unterschiedliche und nicht untereinander austauschbare Behandlungen an. Da jedoch in Deutschland das Angebot an stationärer Krankenbehandlung eindeutig von den Allgemeinkliniken geprägt wird und Fachkliniken im Verhältnis dazu nur über sehr geringe Kapazitäten verfügen³⁴,

³⁴ Zum prozentualen Verhältnis Fachkliniken zu Allgemeinkliniken in Hamburg s. Tz. 20.

stellen die Allgemeinkliniken das übergreifende Band dar, das alle medizinischen Segmente miteinander verbindet, selbst wenn diese auch von spezialisierten Fachkliniken angeboten werden.

1.2 Krankenhausmarkt in Hamburg

18. Der Hamburger Krankenhausmarkt ist nicht aufzuteilen in die 19 Fachabteilungen, die der Hamburger Krankenhausplan vorsieht. Zwar ist erkennbar, dass die stationären Krankenhausbehandlungen in Hamburg von einem hohen Spezialisierungsniveau geprägt sind. Dies gilt aber für alle Hamburger Kliniken und nicht nur einzelne Fachbereiche oder Fachkliniken. Denn es ist auch von Seiten der Hamburger Krankenhausplanung beabsichtigt, dass jedes, auch kleinere Krankenhaus in zumindest einem Bereich hoch spezialisierte Behandlungen anbietet, was zur Folge hat, dass selbst die kleinen Krankenhäuser nicht nur Patienten aus ihrem Stadtteil anziehen, sondern – jedenfalls hinsichtlich eines Teils ihres Angebotes – Patienten aus ganz Hamburg und Umgebung medizinisch versorgen. Bei solchen Spezialisierungen handelt es sich oftmals nicht um ganze Fachbereiche, sondern ggfs. nur um bestimmte Behandlungen³⁵ oder ganz spezielle Personengruppen³⁶. Diese Unterschiede sind jedoch gerade Teil des Qualitätswettbewerbs zwischen den Krankenhäusern, die um ihre jeweilige Positionierung auf dem Gesamtmarkt kämpfen. Hier spielt u.a. die Anwerbung von medizinischem Fachpersonal und insbesondere von Chefarzten durch die Krankenhäuser eine entscheidende Rolle. Die Wettbewerbsstellung eines Krankenhauses verbessert sich erheblich, wenn es ihm gelingt, aufgrund seines guten Rufs oder mit Hilfe finanzieller Ressourcen die besten Spezialisten für bestimmte Behandlungen zu gewinnen. Aber gerade auch im Hinblick auf ihr Personal stehen die Krankenhäuser als solche miteinander in Wettbewerb und nicht allein ihre jeweiligen Fachabteilungen.

1.3. Kein eigenständiger Pädiatrie-Markt (Kinderkrankenhäuser bzw. pädiatrische Abteilungen in Allgemeinkrankenhäusern) in Hamburg

³⁵ Z.B. Ersatz bzw. Reparatur von Hüft- und Kniegelenken.

³⁶ Z.B. im Evangelischen Krankenhaus Alsterdorf ein Zentrum für stationäre Krankenhausbehandlungen und die spezielle operative Versorgung von behinderten Menschen (insb. Menschen mit geistiger oder Mehrfachbehinderung), das insoweit auch für die Versorgung behinderter Kinder zuständig ist.

19. Im Krankenhausmarkt Hamburg ist nicht erkennbar, dass die Wettbewerbsbedingungen für Kinderkrankenhäuser im Speziellen und auch für pädiatrische Abteilungen in Allgemeinkrankenhäusern im Allgemeinen sich wesentlich unterscheiden würden von den Wettbewerbsbedingungen für Allgemeinkrankenhäuser als solche.

1.3.1 Fachkliniken und Kinderkrankenhäuser in Hamburg

20. Von den rund 40 (Plan-)Kliniken Hamburg könnten ca. 15 als reine Fachkliniken bezeichnet werden. Es handelt sich meistens um kleinere Kliniken privater Träger. Die Fachkliniken verfügen daher insgesamt über deutlich weniger als 10 % der ca. 12.000 vollstationären (Krankenhausplan-)Betten in Hamburg.³⁷ Eine erwähnenswerte Bedeutung haben lediglich die Fachkliniken für Chirurgie/Orthopädie, Geriatrie und die Kinderkrankenhäuser.
21. Neben dem AKK mit 188 voll- und 12 teilstationären Betten gibt es noch das Kath. Kinderkrankenhaus Wilhelmstift mit 190 voll- und 27 teilstationären Betten. Das AKK verfügt dabei über eine eigene Fachabteilung für (Kinder-)Orthopädie, während das Wilhelmstift eine Fachabteilung für Kinder- und Jugendpsychiatrie hat. Trotz seiner niedrigeren Bettenzahl hat das AKK (8-9.000 Fälle) ein nicht unwesentlich höheres Fallaufkommen als Wilhelmstift (7-8.000 Fälle). Dies ist jedoch mit der erheblich höheren Verweildauer psychiatrischer Patienten (gerade auch in der Kinder- und Jugendpsychiatrie) zu erklären, die bewirkt, dass pro psychiatrischem Bett pro Jahr nur wenige Fälle behandelt werden können.³⁸
22. Die Hamburger Krankenhäuser weisen für das Jahr 2004 insgesamt [>35.000] Fälle bei Kindern im Alter von 0 bis 16 Jahren auf. Davon werden ca. 45 % der Fälle von den beiden Kinderkliniken erbracht. Es entfallen also deutlich mehr als die Hälfte aller Kinderfälle auf die Hamburger Allgemeinkliniken (mit oder ohne eigenständige Pädiatrien).

1.3.2 Kinderfälle in pädiatrischen Abteilungen der Hamburger Allgemeinkliniken

23. Es gibt in Hamburg fünf Allgemeinkliniken mit eigenständigen pädiatrischen bzw. kinder- und jugendpsychiatrischen Abteilungen, nämlich die Uni-Klinik (UKE), die

³⁷ Anpassung des Krankenhausplan 2005 der Freien und Hansestadt Hamburg (Stand Juni 2004), Anlage 2, S. 30 f.

³⁸ Da die Psychiatrie insgesamt, und damit auch die Kinder- und Jugendpsychiatrie nicht von dem DRG-System erfasst und noch nach Pflegesätzen und Pflegetagen abgerechnet wird, ist dies für die Krankenhäuser kein finanzieller Nachteil.

LBK-Krankenhäuser Barmbek und Klinikum Nord, das Evangelische Krankenhaus Alsterdorf sowie das Krankenhaus Mariahilf. Auf diese Pädiatrien entfallen ca. 30 % aller Kinderbehandlungen in Hamburg. Die pädiatrischen Abteilungen im UKE, im Klinikum Nord und im Krankenhaus Mariahilf sind recht groß (zwischen ca. 2.000 und ca. 6.000 Fälle), diejenigen des AK Barmbek³⁹ und des Ev. Krankenhauses Alsterdorf⁴⁰ hingegen sehr klein (deutlich unter 1.000 Fälle). Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass alle Krankenhäuser mit pädiatrischen Abteilungen ihre Patienten unter 16 Jahren teilweise auch in anderen Fachabteilungen behandeln. Das UKE behandelt Kinder in 15 verschiedenen Fachabteilungen, Barmbek in sechs und Mariahilf in vier. Lediglich Alsterdorf behandelt Kinder ansonsten nur noch in der Neurologie (Epileptologie).

1.3.3 Kinderfälle in Hamburger Allgemeinkliniken ohne Pädiatrie

24. Ca. 25 % aller Hamburger Fälle unter 16 Jahren werden dagegen in Allgemeinkrankenhäusern versorgt, die nicht über eine eigenständige Pädiatrie verfügen. Dies schließt eine spezielle pädiatrische Versorgung aber keineswegs aus. Patienten unter 16 Jahren werden nämlich praktisch nie (weniger als 1 % der Fälle) in der Inneren Medizin behandelt, sondern fast immer in denjenigen Fachbereichen, auf die das jeweilige Allgemeinkrankenhaus auch besonders spezialisiert ist. So verzeichnet das UKE vergleichsweise sehr hohe Zahlen von Kindern in der Augenheilkunde sowie in der Mund-/Kiefer-/Gesichtschirurgie, im Berufsgenossenschaftlichen Unfallkrankenhaus Hamburg werden zahlreiche Kinder chirurgisch behandelt und das Marienkrankenhaus hat eine hohe Anzahl an Kinderfällen im Bereich der HNO-Abteilung. Diese Krankenhäuser sind – obwohl sie nicht über eine Pädiatrie verfügen – dennoch wesentlicher Bestandteil der pädiatrischen Versorgung in Hamburg. Hinzu kommt, dass auch die anderen Fachabteilungen in Hamburger Krankenhäusern – soweit sie Kinder nicht nur in absoluten Ausnahme- bzw. Notfällen behandeln – durchaus pädiatrisch eingerichtet sind in dem Sinne, dass sich ihr Angebot speziell auch an Kinder wendet und ihr Fachpersonal für die Behandlung von Kindern aus- bzw. fortgebildet ist. Dies ist sogar in einem größeren Umfang erfolgt, als die reinen Zahlen erkennen lassen. Selbst dasjenige Krankenhaus, das innerhalb des LBK-

³⁹ Neonatologie.

⁴⁰ Versorgung behinderter und entwicklungsgestörter Kinder.

Verbundes die wenigsten Kinder behandelt, und seinen Patienten-Schwerpunkt eindeutig im geriatrischen Bereich und im Bereich des Bewegungsapparates hat (AK Eilbek), weshalb es von der Einrichtung einer eigenen Pädiatrie am weitesten entfernt wäre, ist dennoch auf die Behandlung von Kindern speziell eingerichtet. Das Krankenhaus verfügt über eine Spezialisierung im Bereich Traumatologie/Orthopädie/Rheumatologie und in diesen Bereichen auch über Behandlungsmethoden für Kinder, die selbst von den Kinderkrankenhäusern so nicht angeboten werden, obwohl die zugrundeliegenden Erkrankungen bekannterweise gerade bei kleinen Kindern vorkommen (z.B. Hüftdysplasie oder angeborene Schäden des Bewegungsapparats, bei denen durch „Eingipsen“ von Säuglingen spätere Operationen vermieden werden). Die gezielte Behandlung von Kindern in speziellen Fachabteilungen außerhalb der Pädiatrien ist medizinisch gerechtfertigt und auch erforderlich. Wenn Kinder unter schwerwiegenden Krankheiten wie Krebs, Herzfehler, Asthma, Mucoviszidose, entzündlichem Rheuma etc. leiden, werden sie sowohl von Kinderärzten als auch hochspezialisierten Onkologen, Kardiologen/Herzchirurgen, Pulmologen, Rheumatologen etc. behandelt. Dazu gehören auch die Fachgebiete Augenheilkunde, HNO-Heilkunde, Mund-/Kiefer-/Gesichts-Chirurgie. Diese Spezialisten, die allenfalls in Ausnahmefällen und keinesfalls flächendeckend in den Kinderkrankenhäusern oder in Pädiatrien beschäftigt sind, können sich in ihrem Bereich relativ leicht für die Behandlung von Kindern fortbilden. Denn sie müssen dafür nicht die gesamte Pädiatrie fachlich abdecken, sondern nur die Besonderheiten von Kindern im Rahmen ihrer Spezialbehandlungen berücksichtigen. Umgekehrt wäre es dagegen in aller Regel für Pädiater nicht zumutbar, sich gleichzeitig auf den neuesten Forschungsstand in den anderen Fachgebieten zu bringen, weil das bei jedem einzelnen zusätzlichen Fachgebiet bedeuten würde, dass es in seiner ganzen Breite und Tiefe durchdrungen werden müsste.

1.3.4 Kein Spezialmarkt für Kinderkrankenhäuser und Pädiatrien in Hamburg

25. Die Abgrenzung eines Spezialmarktes für Kinderkrankenhäuser in Hamburg kommt von vornherein nicht in Betracht, weil zu viele Kinder in Allgemeinkrankenhäusern behandelt werden, nämlich mehr als 50% aller Kinder zwischen 0 und 16 Jahren. Insbesondere ist kein sachlicher Grund ersichtlich,

warum eine Behandlung von Kindern in einer pädiatrischen Fachabteilung von Allgemeinkrankenhäusern nicht eine vollwertige Alternative zu einer Behandlung in einem Kinderkrankenhaus sein sollte. Eine Abgrenzung zwischen beiden Alternativen ist sachlich nicht möglich.

26. Aber auch die Abgrenzung eines Spezialmarktes Pädiatrie (einschließlich Kinderkrankenhäuser) ist im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt. Zwar ist Hamburg eine derjenigen dichtbesiedelten Gegenden Deutschlands, wo Fachabteilungen für Pädiatrie wegen des hohen Fallzahlenaufkommens überhaupt existieren. Ein normales Landkreis- oder Kleinstadtkrankenhaus verfügt so gut wie nie über eine Pädiatrie, behandelt aber dennoch Patienten sämtlicher Altersstufen. Ob und inwieweit dies „kindgerecht“ erfolgt, kann nicht pauschal beurteilt werden. Jedoch ist es den Krankenhäusern ohne eigene Pädiatrie trotzdem möglich, den pädiatrischen Facharztstandard einzuhalten, indem sie entweder Pädiater und Kinderkrankenschwestern selber einstellen oder aber bei der Behandlung von Kindern niedergelassene Pädiater konsiliarisch hinzuziehen; eine Alternative, die jedenfalls in gering besiedelten Gebieten üblicherweise vorgezogen wird. Wenn aber demzufolge bei der Behandlung von Kindern prinzipiell alle Krankenhäuser – mit und ohne eigenständige Pädiatrie – miteinander in Wettbewerb stehen, so herrschen für die verschiedenen Krankenhäuser keine unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen.
27. Dies gilt im Ergebnis auch für den hochdifferenzierten Krankenhausmarkt in Hamburg. Denn nicht nur die Pädiatrien untereinander stehen im Wettbewerb um die Behandlung von Kindern, sondern auch die anderen Abteilungen der Krankenhäuser beteiligen sich – mit unterschiedlichem Erfolg – an diesem Wettbewerb um Kinderpatienten. So ist z.B. das BG Unfallkrankenhaus Hamburg (ohne pädiatrische Abteilung) dasjenige Krankenhaus, das mit weitem Abstand die meisten Behandlungen von Kindern im Fachbereich Chirurgie aufweist. Ebenso ist das Marienkrankenhaus (auch ohne pädiatrische Abteilung) dasjenige Krankenhaus in Hamburg, das mit weitem Abstand die meisten Kinderbehandlungen im Fachbereich HNO-Heilkunde aufweist.

1.3.5 Kein Spezialmarkt für pädiatrische Grundversorgung in Hamburg

28. Das OLG Düsseldorf unterscheidet in seinem Beweisbeschluss vom 05.10.2005 nicht nur nach Fachabteilungen, sondern auch nach Versorgungsstufen. Letzteres ist im vorliegenden Fall nicht möglich, weil die Krankenhausplanung des Landes Hamburg keine Versorgungsstufen (mehr) ausweist. Dennoch mag der Grundgedanke einer Unterscheidung in Grundversorgung und fachabteilungsbezogener Spezialversorgung auch hier in Betracht kommen, soweit er überhaupt unterstützt wird. Dies wäre denkbar, wenn die Grundversorgung von Kindern nahezu ausschließlich in den Pädiatrien vorgenommen würde, wohingegen die Spezialversorgung von Kindern nahezu ausschließlich in den entsprechenden anderen Fachabteilungen vorgenommen würde. Wäre dies so klar abgrenzbar, könnte man ggfs. zu dem Schluss kommen, dass insoweit zwei pädiatrische Märkte vorliegen, so dass die oben angeführte Argumentation gegen die Abgrenzung eines Pädiatrie-Marktes hinfällig würde, da die dort monierten weiten Überschneidungsbereiche mit anderen Fachabteilungen nicht mehr vorlägen, weil dies dann gänzlich anderen Märkten zuzuordnen wären (pädiatrische Spezialversorgung).
29. Eine solche Trennung in Grund- und Spezialversorgung bei Kinderbehandlungen geben die fachabteilungsbezogenen Zahlen jedoch nicht wieder. Es ist tatsächlich keineswegs so, dass die Allgemein-Krankenhäuser (ohne pädiatrische Fachabteilung) bei Kindern ausschließlich eine hochspezialisierte Versorgung innerhalb ihrer Fachbereiche anbieten. Dies mag zwar überwiegend beim UKE der Fall sein, wo viele schwerstkranke Kinder behandelt werden, nicht jedoch in den anderen Allgemein-Krankenhäusern. Denn diese greifen sich in ihren jeweiligen Fachabteilungen auch solche Kinderbehandlungen heraus, die sowohl bei Kindern als auch bei Erwachsenen immer zu einer sog. Grundversorgung gehören würden (so sehr sich der Begriff Grundversorgung auch jeder präzisen Definition verschließt). Dies zeigt sich z.B. an den Fachabteilungen für HNO-Heilkunde und Urologie mancher Allgemein-Krankenhäuser (Bsp.: Marienkrankenhaus und AK Harburg). Denn die dort bei Kindern vorgenommenen Behandlungen (z.B. gegen chronische Mittelohr- und Mandelentzündungen, Entfernung der Vorhaut bzw. sonstige Behandlungen von Phimosen) gehören schlechterdings zum klassischen Bestandteil der

allgemeinen Pädiatrie und müssten als pädiatrische Grundversorgung qualifiziert werden.

1.4 Zusammenfassung und Prognose

30. Für den gegenwärtigen Zeitpunkt ist somit das Bestehen eines Spezialmarktes für Pädiatrie oder für Kinderkrankenhäuser in Hamburg abzulehnen. Nichts anderes gilt bei einer Prognosebetrachtung. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass sich in Zukunft eigenständige Pädiatriemärkte entwickeln werden, oder dass sich die Allgemeinkliniken aus der Behandlung von Kindern zurückziehen würden. Letztere haben nämlich kein Interesse daran, den Bezug zu ihren zukünftigen Patienten zu verlieren. Insbesondere die Tatsache, dass auch Krankenhäuser ohne Pädiatrien in bestimmten Bereichen durchaus gezielt Kinder behandeln, zeigt, dass selbst diese Krankenhäuser bewusst als Wettbewerber für die Behandlung von Kindern auftreten.
31. Losgelöst von dem Zusammenhang Allgemeinkrankenhaus befindet sich die „reine“ Pädiatrie jedoch schon aus demografischen Gründen bundesweit auf dem Rückzug.⁴¹ Stattdessen wird wegen des stark ansteigenden Bedarfs die Geriatrie ausgebaut. Kinderkrankenhäuser sahen ihren besonderen Aufwand für die Behandlungen von Kindern in den gegenwärtigen Fallgruppen des DRG-Systems nicht ausreichend berücksichtigt und gerieten deshalb häufig in finanzielle Probleme. Sie werden dann – und zwar nicht nur wie hier in Hamburg – von Allgemeinkrankenhäusern übernommen. Es scheint insoweit eher eine Tendenz zur Reintegration der Kinderkrankenhäuser in die Allgemeinkrankenhäuser zu bestehen.

2. Räumliche Marktabgrenzung

32. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Krankenhausmarkt im räumlich relevanten Markt Hamburg. Auf eine vollständige Markterhebung konnte

⁴¹ Der dramatische Geburtenrückgang der 70iger Jahre (jedenfalls in Westdeutschland) wird sich nun – eine Generation später – mangels einer ausreichenden Basis an gebärfähigen Frauen in einem massiven weiteren Geburtenschwund widerspiegeln.

vorliegend verzichtet werden, weil die Beteiligten die räumliche Marktabgrenzung der Beschlussabteilung nicht in Frage gestellt haben.⁴²

33. Der Beschlussabteilung liegt eine zusammengestellte und nach Postleitzahlbereichen sortierte Einzugsgebietstatistik von sämtlichen Hamburger Krankenhäusern für die Jahre 2004 und 2003 vor. Die Postleitzahlbereiche decken sich nicht mit den Hamburger Stadt- und Landesgrenzen. Es gibt einen PLZ-Bereich Hamburg-Mitte (20099-20599), einen PLZ-Bereich Hamburg südlich bzw. östlich der Elbe (Harburg und Bergedorf) einschließlich der näheren niedersächsischen Umgebung (21000-21229) und einen PLZ-Bereich Hamburg nördlich der Elbe einschließlich der näheren schleswig-holsteinischen Umgebung (22000-22889). Zusammen stammen aus diesen drei PLZ-Bereichen mehr als drei Viertel der in allen Hamburger Krankenhäusern behandelten Fälle. Dabei entfallen auf den PLZ-Bereich Hamburg-Nord allein mehr als die Hälfte aller Fälle.
34. Die zugrundegelegten Daten sind insoweit unscharf, als einerseits Patienten aus Hamburg, die sich in Krankenhäuser der Umgebung begeben, nicht einbezogen werden, jedoch andererseits Patienten von außerhalb Hamburgs, die sich in Hamburger Krankenhäusern behandeln lassen, einbezogen wurden. Die Unschärfe dürfte zwar dazu führen, dass durch den ersten Aspekt das Marktvolumen des Hamburger Krankenhausmarktes etwas zu niedrig, und durch den zweiten Aspekt zu hoch ausfallen würde. Die Faktoren haben jedoch keinen entscheidenden Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse im Hamburger Krankenhausmarkt. Diese ergeben sich vielmehr aus den Relationen der Hamburger Krankenhäuser untereinander. Hierfür bieten die zugrunde gelegten Daten der Einzugsgebietstatistiken aller Hamburger Krankenhäuser eine ausreichend sichere Grundlage.
35. Relevante Anhaltspunkte für eine engere räumliche Marktabgrenzung liegen nicht vor, selbst wenn feststellbar ist, dass die Elbe und der Hafen als natürliche Hindernisse gewisse Auswirkungen auf die Patientenströme im Hinblick auf einzelne Krankenhäuser haben. Zwar haben die einzelnen Krankenhäuser auch innerhalb Hamburgs durchaus räumliche Schwerpunkte. Für eine regionale Binnendifferenzierung des Hamburger Marktes besteht jedoch gegenwärtig kein

⁴² Zu grundsätzlichen Fragen der räumlichen Marktabgrenzung und des Bedarfsmarktkonzepts im Krankenhausbereich vgl. Beschluss B10-109/04 vom 23.03.2005, Tz. 83-89 m.w.N.

Anlass. Denn die wesentlichen Marktstrukturen sind bisher so parallel, dass von einheitlichen Wettbewerbsbedingungen ausgegangen werden kann. Insbesondere ist festzustellen, dass die der FHH zuzurechnenden Krankenhäuser (UKE, LBK, BNI, Bethesda) sowohl in den nördlichen und innerstädtischen Bereichen als auch im südlichen Bereich jeweils einen Marktanteil von über 50 % aufweisen.

36. Auch für eine weitere Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes besteht keine Veranlassung. Insoweit muss berücksichtigt werden, dass es in der Umgebung von Hamburg keine weiteren Großstädte mit für Hamburger Patienten attraktiven, größeren oder zumindest hochspezialisierten Krankenhäusern gibt. Im Gegenteil konzentriert sich der Krankenhausmarkt in Hamburg und Umgebung auf die Krankenhäuser in Hamburg selbst, weil im Wesentlichen dort die großen und hochspezialisierten Kliniken sind, die auch Patienten aus Schleswig-Holstein und Niedersachsen anziehen.

3. Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens im Markt Hamburg

37. Das angemeldete Zusammenschlussvorhaben würde zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf dem Krankenhausmarkt in Hamburg führen (§ 36 Abs. 1 GWB).

3.1 Marktbeherrschende Stellung der Hansestadt Hamburg vor dem Zusammenschluss

3.1.1 Marktanteilsbetrachtung

38. Auf der Basis der oben beschriebenen Einzugsgebietstatistiken erreichen die Beteiligten im Jahre 2004 auf dem Krankenhausmarkt Hamburg folgende Marktanteile:

<u>FHH:</u>	LBK (ohne Asklepios West-Klinikum):	[35-40%]
(Asklepios West-Klinikum	[0-5%]
	UKE:	[10-15%]
	BNI:	[0-5%]
	Bethesda Allg. Krankenhaus (50%)	[0-5%]
	<u>Gesamt:</u>	[50-55%]
AKK		[0-5%]
Beteiligte insgesamt:		[55-60%]
(Beteiligte insgesamt ohne Eilbek [0-5%]:		[50-55%]

39. Gegenwärtig beträgt der Marktanteil der Krankenhäuser, die der FHH zuzurechnen sind, in Hamburg [50-55%]. Im Rahmen einer Prognosebetrachtung muss allerdings berücksichtigt werden, dass die FHH, die Asklepios Kliniken GmbH und die LBK GmbH verpflichtet sind, eines der sieben LBK-Krankenhäuser zu verkaufen. Vorgesehen ist der Verkauf des kleinsten Krankenhauses im LBK-Verbund, nämlich des AK Eilbek. Es ist somit von einem zukünftigen Marktanteil der FHH in Höhe von mindestens [50-55%] auszugehen. Die Einzelmarktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB wird in jedem Fall um [15-20] Prozentpunkte überschritten und der Abstand zu dem nächstfolgenden Wettbewerber, der evangelisch-freikirchlichen Albertinen-Gruppe des Albertinen-Diakoniewerk e.V. (Albertinen-Krankenhaus mit Amalie-Sieveking-Krankenhaus und Richard Remeé-Haus einschließlich der zum 21.12.2004 übernommenen, in Liquidation befindlichen Klinik Poppenbüttel = zusammen 5 – 10 % Marktanteil) beträgt damit mehr als 40 %-Punkte. Das Katholische Marienkrankenhaus erreicht einen Marktanteil von ca. 5 %. Der zusammengerechnete Marktanteil der erst vor Kurzem als Diakonie-Klinikum Hamburg⁴³ zusammengefassten Krankenhäuser Alten Eichen, Elim, Jerusalem und Bethanien beträgt ebenfalls ca. 5 %, während die dann folgenden Wettbewerber sämtlich bei einem Marktanteil von deutlich unter 5 % liegen.

⁴³ Vgl. Krankenhausplan 2005 der Freien und Hansestadt Hamburg, Anlage 2-45.

40. Der Albertinen-Gruppe sind auch nicht andere Krankenhäuser aus dem freigemeinnützigen Bereich zuzurechnen. Auch wenn in Hamburg die freigemeinnützigen Krankenhäuser ihre Interessenvertretung in einem Verband freigemeinnütziger Krankenhäuser in Hamburg e.V.⁴⁴ bündeln, und in diesem Rahmen einen gemeinsamen Internet-Auftritt haben, bei dem sie ihre Ressourcen und Marktanteile zusammenaddieren, können die betroffenen Krankenhäuser dennoch rechtlich und insbesondere wirtschaftlich nicht als Einheit betrachtet werden. Bei dem Verband handelt es sich um eine bloße Interessenvereinigung, die nicht auf konzernrechtlichen Verflechtungen beruht, sondern allein eine religiöse, konfessionsübergreifende Ausrichtung hat. Hintergrund sind die konfessionellen und humanistischen Wurzeln, auf denen die freigemeinnützigen Krankenhäuser gründen.

3.1.2 Strukturelle Wettbewerbsvorsprünge der Stadt Hamburg

(1) Hamburg als Krankenhausplanungsbehörde und Krankenhausträger

41. Anders als die Flächenstaaten, in denen sich die öffentlichen Krankenhäuser regelmäßig in kommunalem Besitz befinden und nur die Universitätskliniken (sowie teilweise auch die Psychiatrischen "Landes-"Kliniken) dem Land gehören, sind die Stadtstaaten gleichzeitig für die Landeskrankenhausplanung, für die Investitionsfinanzierung sämtlicher zugelassenen Krankenhäuser und für den Betrieb praktisch sämtlicher öffentlich-rechtlicher Kliniken in ihrem Land verantwortlich. Dies führt naturgemäß zu potentiellen Interessenkonflikten, da die Stadtstaaten versuchen könnten, auf dem Wege der Krankenhausplanung und der Investitionsfinanzierung die Interessen ihrer eigenen Kliniken stärker zu berücksichtigen, als die Interessen anderer Träger. Sowohl die Höhe der für die einzelnen Krankenhäuser finanzierten Anlageinvestitionen als auch die Planungstätigkeiten der Länder haben jeweils nicht unerhebliche Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit ihrer eigenen Krankenhäuser wie die ihrer Wettbewerber. Die Zahl der Planbetten ist mitentscheidend für die Höhe der staatlichen Investitionsfinanzierung. Und auch die Verteilung der Planbetten und die Art der verschiedenen Fachabteilungen hat mittelbar Einfluss auf die Rentabilität der Krankenhäuser, weil bestimmte – möglicherweise besonders

⁴⁴ Vgl. www.die-freien-hh.de. unter Wir über uns.

lukrative Eingriffe – die Existenz einer entsprechenden Abteilung voraussetzen können.

42. Zwar sind die mit der Doppelstellung der Stadt Hamburg angelegten potenziellen Interessenkonflikte vorhergesehen worden, denn nach Hamburgischem Landesrecht ist die Stadt in ihrer Funktion als Planungsbehörde zu Neutralität verpflichtet.⁴⁵ Dies schließt jedoch im Einzelfall Interessenkonflikte nicht aus. So hatte die Stadt Hamburg 1997 den Antrag einer privaten Klinik auf Aufnahme in den Krankenhausplan unter anderem mit der Begründung abgelehnt, dass die vorgesehenen Leistungen der Klinik (die diese unstreitig besonders wirtschaftlich erbringen konnte) bereits von den bestehenden Krankenhäusern in ausreichendem Umfang (wenn auch nicht gleichermaßen wirtschaftlich) erbracht werden können. Das Oberverwaltungsgericht Hamburg hatte diese Praxis unter Berufung auf Hamburger Landesrecht bestätigt und erst durch die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts sind die Interessen der freigemeinnützigen und der privaten Krankenhausträger berücksichtigt worden. Dieses entschied, dass zwar die Interessenkollision (Hamburg als Planungsbehörde und Krankenhausträger) hinzunehmen sei, weil eine Behörde auch in eigener Sache entscheiden könne, dass aber nicht mit dem Hinweis auf bereits bestehende Kapazitäten jeder Neuzugang in den Krankenhausbedarfsplan verhindert werden dürfe.⁴⁶
43. Rein theoretisch ist damit das – ohnehin schon von der Verfassung geforderte - Neutralitätsgebot der Landes-Krankenhausplanung abgesichert, und aus der Planungskompetenz der öffentlichen Hand dürfte deshalb kein Wettbewerbsvorteil der öffentlich-rechtlichen Krankenhäuser entstehen. Da jedoch nicht jede planungsrechtliche Streitigkeit vor die Gerichte, insbesondere vor das Bundesverfassungsgericht gebracht werden kann, bleiben die strukturellen Vorteile der Stadt Hamburg in ihrer Doppelfunktion als Landeskrankenhausbehörde und als Trägerin von Krankenhäusern zumindest latent vorhanden. Die Stadt Hamburg weist allerdings insoweit darauf hin, dass sie dem möglichen Interessenkonflikt durch die Trennung der Verantwortlichkeit innerhalb der Behördenleitung und auch durch die strikte Trennung der Aufgaben von Beteiligungsverwaltung und Fachabteilung Krankenhausplanung Rechnung

⁴⁵ § 1 Hamb. KrankenhausG, Präambel.

⁴⁶ BVerfG vom 4. März 2004 (1 BvR 88/00), NJW 2004, 1648 = juris Nr. KVRE321260401 mit dem Hinweis, dass der Hamburger Krankenhausplan 2005 den vom Gericht aufgestellten Bedenken Rechnung trägt.

trage. Die Entscheidungsfindung in Bezug auf die Krankenhausinvestitionen erfolge zudem unter Beratung und Beteiligung des Landesausschusses für Krankenhaus- und Investitionsplanung. Investitionsmittel würden daher transparent vergeben, der tatsächliche Finanzmittelabfluss würde dem Ausschuss jährlich berichtet und die Antragslage sowie Prioritätenentscheidungen würden ihm zur Diskussion gestellt werden.

(2) Breite des Versorgungsangebots

44. Im Hinblick auf die Breite des Versorgungsangebotes ist die Marktstellung der FHH im Vergleich zu ihren Wettbewerbern überragend. Allein das UKE weist als Universitätsklinik ein praktisch komplettes Programm auf. Hinzu kommen die unterschiedlichen Spezialisierungen der LBK-Krankenhäuser, von denen allein fünf über mehr als 700 Betten verfügen.⁴⁷
45. Der größte Wettbewerber in Hamburg hingegen, die evangelisch-freikirchliche Albertinen-Gruppe mit dem Albertinen-Krankenhaus und dem Krankenhaus Amalie Sieveking (einschließlich Richard-Remeé-Haus für Geriatrie und der 2004 übernommenen Klinik Poppenbüttel i.L.), verfügt über ein zwar beachtliches, aber nicht mit dem LBK oder dem UKE vergleichbares Spektrum an Fachabteilungen (Innere Medizin, Chirurgie, Frauenheilkunde und Geburtshilfe, Neurologie, Urologie, Geriatrie sowie nach eigenen Angaben auch Orthopädie und Psychiatrie). Von den übrigen Wettbewerbern verfügt im Grunde nur noch das Katholische Marienkrankenhaus über ein relativ breites Spektrum (Innere Medizin, Chirurgie, Frauenheilkunde und Geburtshilfe, Neurologie, Urologie und Geriatrie) und eine entsprechende Ausstattung mit medizinischen Großgeräten. Dagegen handelt es sich bei den sonstigen Wettbewerbs-Krankenhäusern in aller Regel um wesentlich kleinere Krankenhäuser mit engerem Versorgungsangebot. Hervorzuheben ist zudem, dass die für den immer bedeutenderen Bereich der onkologischen Behandlungen wichtigen, aber auch besonders kapitalintensiven Fachgebiete der Nuklearmedizin und Strahlentherapie in Hamburg ausschließlich in Krankenhäusern des LBK (St. Georg, Altona) und im UKE angeboten werden.

⁴⁷ Zu den Einzelheiten s. Beschluss B10-161/04 vom 28.04.2005, S. 12-15, Tz. 16-22.

(3) Finanzkraft

46. Im Hinblick auf die Finanzkraft ihres Trägers, der Stadt Hamburg, sind das UKE und der LBK in einer – verglichen mit der Finanzkraft ihrer Wettbewerbskrankenhäuser – außerordentlich hervorgehobenen Position. Zwar kann die Finanzkraft einer öffentlichen Gebietskörperschaft nicht unmittelbar mit der Finanzkraft privater Unternehmensgruppen verglichen werden, weil das Ausmaß der öffentlichen Verschuldung in Deutschland den finanziellen Spielraum der Gebietskörperschaften stark einschränkt. Jedoch ist hier zu berücksichtigen, dass die Hansestadt mit ihren Unternehmen bzw. Unternehmensbeteiligungen Umsätze in Höhe von fast 4 Mrd. € erzielt und so – mit Ausnahme des zusammengeschlossenen, aber bisher in Hamburg nicht tätigen Fresenius/Helios-Konzern – auch jeden privaten Klinikkonzern Deutschlands weit übertrifft. Im Vergleich zu den anderen Bundesländern steht der Stadtstaat Hamburg finanziell relativ günstig da und ist pro Kopf seiner Einwohner gesehen ein "Spitzen-Zahler-Land" im Länderfinanzausgleich.⁴⁸

3.1.3 Gesamtbetrachtung

47. Auf dem Hamburger Krankenhausmarkt besteht eine marktbeherrschende Stellung der Stadt Hamburg, weil sie in allen wesentlichen Wettbewerbsparametern ihre nachfolgenden Wettbewerber mit großem Abstand übertrifft und insbesondere die Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 GWB erheblich überschreitet, während die Wettbewerber nicht in der Lage sind, auch nur annähernd vergleichbare Marktstellungen zu erreichen.

3.2 Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung

3.2.1 Marktanteilsaddition

48. Der Erwerb des AKK durch das UKE würde auf dem Hamburger Krankenhausmarkt zu einer Marktanteilsaddition auf Seiten der FHH von ca. [0-

⁴⁸ Der Hamburger Haushalt 2004 auf einen Blick, S. 2 aus www.hamburg.de unter stadt/behoerden/finanzbehoerde/haushalt/haushalt-2004.

5] % auf insg. [55-60] % führen. Zu berücksichtigen ist, dass der LBK gemäß dem Beschluss vom 28.04.2005 beabsichtigt, eines seiner Krankenhäuser (voraussichtlich AK Eilbek) an Dritte zu veräußern. Der Marktanteil der FHH ohne AK Eilbek auf dem Krankenhausmarkt in Hamburg läge dann bei [50-55] % und würde mit dem Altonaer Kinderkrankenhaus auf [50-55] % ansteigen.

49. Die Marktanteilsaddition ist zwar zahlenmäßig eher gering, führt aber allein wegen der absoluten Höhe des gemeinsamen Marktanteils zu einer spürbaren Verstärkung⁴⁹ der marktbeherrschenden Stellung der Hansestadt Hamburg. Darüber hinaus wächst der bereits bestehende deutliche Marktanteilsabstand zum nächstfolgenden Wettbewerber in Höhe von mehr als 40 % - Punkten weiter an. Auch die Absicherung der bestehenden Marktposition und die Abwehr nachstoßenden Wettbewerbs begründet hier die Verstärkungswirkung des Zusammenschlusses.⁵⁰

3.2.2 Strukturfaktoren

50. Mit dem Erwerb des Altonaer Kinderkrankenhauses erhöht die FHH über das UKE ihren Marktanteil auf dem Hamburger Krankenhausmarkt. Sie verstärkt dabei insbesondere ihre pädiatrischen Abteilungen. Aufgrund der nicht allzu großen räumlichen Entfernung von UKE und AKK können zusätzliche Effizienzgewinne erzielt werden, indem die Beteiligten nunmehr die Möglichkeit haben, die Kapazitäten beider Krankenhäuser aufeinander abzustimmen und gegenseitige Spezialisierungen vorzunehmen. Auch der Zugang zum Absatzmarkt wird verbessert. Das UKE kann gegenüber seinen Patienten zukünftig mit erhöhter pädiatrischer Fachkompetenz werben und das AKK wird gerade bei medizinisch besonders anspruchsvollen Fällen auf die Zugehörigkeit zum Universitätsklinikum hinweisen. Dass die mit der Fusion ohnehin beabsichtigte Stärkung der Finanzkraft auf Seiten des AKK ebenfalls zu einer verbesserten Wettbewerbsposition dieser Klinik führt, braucht nicht im Einzelnen aufgeführt zu werden. Da die Wettbewerber der FHH auf dem Hamburger Krankenhausmarkt mit Ausnahme einzelner privater Fachkliniken (insb. im

⁴⁹ Vgl. BGH vom 28.12.1979, WuW/E BGH 1685, 1692 "Springer - Elbe Wochenblatt" (1,3 %); KG vom 16.4.1997, WuW/E OLG 5879, 5885 "WMF – Auerhahn" (ca. 2,5 %).

⁵⁰ Vgl. zur Verstärkungswirkung durch Absicherung der bestehenden Marktposition (BGH vom 21.12.2004 – Deutsche Post/Trans-o-flex S. 14 der Beschlussausfertigung) und durch Abwehr nachstoßenden Wettbewerbs (BGH WuW/E BGH 2731, 2737 – Inlandstochter)

Bereich Endoprothetik) allesamt aus dem freigemeinnützigen Bereich stammen und konzernrechtlich nicht weiter verflochten sind, ist die Finanzkraft der Krankenhäuser, die der FHH zugerechnet werden, ungleich besser als die ihrer Wettbewerber. Mit jedem Krankenhaus, das aus dem freigemeinnützigen Bereich heraus in den FHH-Konzern integriert werden kann, wird dieser Vorteil auf weitere Krankenhäuser ausgeweitet. Dem kommt im vorliegenden Fall ein besonderes Gewicht zu, weil dasjenige Krankenhaus, das von seinem Angebotsspektrum her dem AKK am nächsten steht und deshalb trotz seiner erheblichen räumlichen Entfernung zu AKK von dem Zusammenschluss wesentlich betroffen sein dürfte, das katholische und konzernunabhängige Kinderkrankenhaus Wilhelmstift ist.

3.2.3 Potenzieller Wettbewerb

51. Aufgrund der strukturellen Rahmenbedingungen des deutschen Krankenhausmarktes kann nahezu ausgeschlossen werden, dass potenzielle Wettbewerber durch den Neubau von Krankenhäusern auf den Markt Hamburg hinzutreten werden. Selbst wenn dort noch Raum für die Gründung einzelner Kliniken wäre, würde dies allenfalls sehr kleine spezialisierte Privatkliniken betreffen und nicht mittelgroße Kliniken mit 200 oder mehr Planbetten. Damit ist ein Marktzutritt bisher in Hamburg nicht tätiger Krankenhausträger faktisch nur durch den Erwerb eines bereits dort tätigen Unternehmens möglich. Deshalb ist auch nicht zu erwarten, dass im Prognosezeitraum die Marktstellung bereits im Markt tätiger Krankenhäuser durch die Übernahme eines Dritten derart verstärkt werden könnte, dass hierdurch der überragende Verhaltensspielraum der Hansestadt Hamburg in spürbarer Weise beschränkt werden könnte.

3.4 Zusammenfassung und Abhilfe

52. Neben der Marktanteilsaddition und der zusammenschlussbedingten Verstärkung sonstiger Strukturfaktoren zugunsten der Stadt Hamburg führt hier insbesondere die Tatsache, dass das Vorhaben eine weitere Verfestigung der marktbeherrschenden Stellung Hamburgs im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern mit sich bringt, zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der FHH. Durch den Zusammenschluss wird nicht nur der Abstand zu

den nächstfolgenden Wettbewerbern vergrößert, sondern auch deren Möglichkeiten, durch Zusammenschlüsse (innerhalb des freigemeinnützigen Bereichs) ihre eigene Wettbewerbsstellung auszubauen, werden weiter verringert.

53. Um eine weitere Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Hansestadt Hamburg durch die Übernahme des Altonaer Kinderkrankenhauses zu vermeiden und damit auch eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens abzuwenden, haben die Beteiligten vorgeschlagen, dass im Gegenzug die Stadt Hamburg (bzw. LBK Immobilien) sich verpflichtet, ihre Beteiligung an der Bethesda – Allgemeines Krankenhaus Bergedorf gGmbH innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu veräußern.
- 53a. Aufgrund der besonderen Vertragsgestaltung bei dem Gesellschaftsvertrag der Bethesda gGmbH unterliegt die Realisierung der vorgeschlagenen Auflage nach Auffassung der Beschlussabteilung jedenfalls in zeitlicher Hinsicht einem Restrisiko, dem durch die bloße Veräußerungsaufgabe nicht begegnet werden kann. Zur wettbewerblichen Neutralisierung ihres Einflusses auf die Bethesda gGmbH war es deshalb zusätzlich erforderlich, dass die Beteiligten zu 4. und 5. ab Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses auf die Wahrnehmung ihrer Gesellschafterrechte verzichten bzw. sie auf einen unabhängigen Treuhänder übertragen. Mit dieser Regelung haben sich die Beteiligten ebenfalls einverstanden erklärt.

C Auflage

54. Die Veräußerungsaufgabe ist einerseits geeignet, die ansonsten bestehenden Untersagungsgründe zu beseitigen, und andererseits zwingend erforderlich, um eine fusionskontrollrechtliche Untersagung des Zusammenschlusses zu vermeiden. Zudem entspricht sie auch bei einer Gesamtbetrachtung des Vorhabens den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit.

1. Geeignetheit

1.1. Ausschluss der Verstärkungswirkung

55. Die Auflage, den von der LBK Immobilien getragenen Anteil der FHH an dem Krankenhaus Bethesda innerhalb von [...] Monaten nach Freigabe des Zusammenschlusses an einen unabhängigen Wettbewerber zu veräußern, ist geeignet, die Verstärkungswirkung des Zusammenschlusses zu beseitigen.
56. Im Hinblick auf die Gesamtheit des Hamburger Krankenhausmarktes wird die Erfüllung der Auflage dazu führen, dass der zusammengefasste Marktanteil der Beteiligten sich nicht erhöht, sondern geringfügig abgesenkt wird. Denn der Marktanteil des abzugebenden Krankenhauses Bethesda ist etwas höher als der Marktanteil des hinzukommenden Altonaer Kinderkrankenhauses. Dem steht auch nicht entgegen, dass hier 100 % der Geschäftsanteile des AKK erworben werden, jedoch nur die 50 %-Beteiligung an der Bethesda gGmbH veräußert werden muss. Bei der Berechnung der Marktanteile wurde der FHH ihr 50%iger Anteil an Bethesda komplett zugerechnet. Dies ist auch sachgerecht, weil die Höhe des Anteils und in jedem Fall das Einstimmigkeitsprinzip des Gesellschaftsvertrages⁵¹ es der FHH ermöglichen, den Wettbewerb zwischen den der FHH ansonsten zuzurechnenden Krankenhäusern und dem Krankenhaus Bethesda auszuschalten. Sobald jedoch die gesellschaftsrechtliche Verbindung zwischen FHH und Bethesda gelöst ist, muss der Marktanteil von Bethesda uneingeschränkt den Wettbewerbern der FHH zugerechnet werden.
57. Auch im Hinblick auf Finanzkraft, Synergieeffekte und andere Strukturfaktoren ist die Veräußerung des Anteils an Bethesda geeignet, die oben aufgeführten Verstärkungseffekte des Zusammenschlussvorhabens zu kompensieren. Das Krankenhaus Bethesda gründet zwar auf einer Stiftung, diese hat jedoch keine wirtschaftlichen Probleme wie der AKK Verein.
58. Die Tatsache, dass der Erwerb des AKK für das UKE und die Stadt Hamburg zu einer Verschiebung bei ihrer inhaltlichen Wettbewerbstätigkeit führen wird, beeinträchtigt nicht die Eignung der Veräußerungsaufgabe, die Verstärkungswirkung des Zusammenschlusses zu kompensieren. Die FHH

⁵¹ Vgl. § 11 Abs. 2 Gesellschaftsvertrag der Bethesda gGmbH.

verliert ein Allgemein-Krankenhaus und gewinnt ein Kinderkrankenhaus hinzu. Die Verstärkungswirkung im Segment der Kinderkrankenhäuser ist jedoch nicht höher zu gewichten als die Abschmelzwirkung bei den Allgemein-Krankenhäusern. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das zweite Hamburger Kinderkrankenhaus, das katholische Wilhelmstift, ohnehin dem freigemeinnützigen Bereich angehört. Zudem gibt es ein freigemeinnütziges Allgemein-Krankenhaus, das über eine große Pädiatrie verfügt (Mariahilf) und ein weiteres, welches, ohne über eine eigene Pädiatrie zu verfügen, dennoch in erheblichem Maße Kinder – insbesondere im HNO-Bereich – pädiatrisch versorgt (Katholisches Marienkrankenhaus). Obwohl die FHH durch den Erwerb des Altonaer Kinderkrankenhauses ihr bisher vergleichsweise schwächeres Segment Pädiatrie deutlich verstärkt, ist dennoch weder für dieses Segment noch auf dem Gesamtmarkt eine Erweiterung ihres wettbewerblichen Verhaltensspielraums zu erwarten. Insoweit ist besonders zu berücksichtigen, dass die Umstellungsflexibilität der nicht oder nur am Rande pädiatrisch tätigen Allgemein-Krankenhäuser sehr hoch ist und deshalb dem Wettbewerb dieser Häuser ein erhebliches Gewicht zukommt. Für die Behandlung von Kindern bedarf es nämlich weder einer behördlichen, krankenhauserischen Erlaubnis noch besonders hoher Investitionen, da nicht eine eigenständige pädiatrische Abteilung eingerichtet werden muss. Stattdessen genügt es im Wesentlichen, bei den nächsten Einstellungen von Ärzten und Krankenschwestern darauf zu achten, dass sich unter ihnen Pädiater und Kinderkrankenschwestern befinden. Auch die räumliche und sächliche Ausstattung eines Krankenhauses für die Behandlung von Kindern ist vergleichsweise einfach (Kinderbetten, Wickelgelegenheiten, ggfs. Unterbringung für die Eltern) und kann bei den verschiedenen Fachabteilungen eingerichtet werden. Größere Investitionen wie die Anschaffung neuer medizinischer Großgeräte sind jedenfalls nicht erforderlich.

1.2 Durchsetzbarkeit der Auflage

59. Die Bethesda gGmbH ist ein wirtschaftlich lebensfähiges Krankenhaus, das keine Verluste schreibt. Erst kürzlich ist das Krankenhaus in ein neu errichtetes Gebäude eingezogen, so dass es aus einer günstigen Wettbewerbsposition

heraus startet. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das Krankenhaus Bethesda gGmbH zukünftig selbständig im Wettbewerb zur FHH weiterbetrieben werden wird, und dass es auch Erwerbsinteressenten für den 50%igen Anteil der FHH bzw. der LBK Immobilien GmbH gibt.

60. Soweit die zeitnahe Veräußerung des Anteils der LBK Immobilien GmbH zum jetzigen Zeitpunkt nicht sichergestellt werden kann, ist dennoch die effektive wettbewerbliche Wirkung einer solchen Veräußerung gewährleistet. Denn die Auflagengestaltung hindert die FHH daran, gleichzeitig wettbewerblichen Einfluss auf beide Krankenhäuser, also die Beteiligte zu 1. (AKK) einerseits und die Bethesda gGmbH andererseits zu nehmen. FHH und LBK Immobilien sind nämlich verpflichtet, mit Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses und spätestens mit Ablauf der Veräußerungsfrist, die Ausübung ihrer Gesellschafterrechte an der Bethesda gGmbH (insb. Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung) unwiderruflich auf einen neutralen (Stimmrechts-) Treuhänder zu übertragen und ansonsten aus sämtlichen Gremien und Organen der Bethesda gGmbH unwiderruflich auszuscheiden. Dadurch werden die Möglichkeiten der FHH, wettbewerblichen Einfluss auf Bethesda auszuüben, ausgeschlossen und eine Zurechnung von Bethesda zum Einflussbereich der FHH entfällt. Denn der andere Gesellschafter, die Stiftung Bethesda, kann das Krankenhaus dann alleine an ihren wettbewerblichen Interesse ausrichten. Für die FHH wird keine Möglichkeit mehr bestehen, über das Krankenhaus Bethesda die wettbewerblichen Interessen der ihr ansonsten zuzurechnenden Kliniken auf dem Krankenhausmarkt in Hamburg zu verfolgen. Der von ihr eingesetzte Treuhänder kann in der Zeit bis zur Veräußerung der Anteile nur noch ihre Finanz- und Vermögensinteresse berücksichtigen.
61. Zur Gewährleistung, dass der Geschäftsanteil der Beteiligten nach einem eventuell erfolglosen Ablauf der Veräußerungsfrist dennoch unverzüglich veräußert wird, ist – nach Fristablauf – zusätzlich die unwiderrufliche Einsetzung eines Veräußerungs-Treuhänders erforderlich. Möglich ist auch die zusätzliche Beauftragung des Stimmrechts-Treuhänders mit der Veräußerung des Geschäftsanteils. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit hat der Veräußerungstreuhänder sich vorrangig um eine Veräußerung an den von den Beteiligten ausgewählten Erwerber zu bemühen. Ist ihm dies nicht möglich, muss er spätestens nach Ablauf von [...] Monaten die Veräußerung an einen von ihm

selbst – im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens – ausgewählten Erwerber betreiben.

2. Erforderlichkeit

2.1 Kein milderes Mittel

62. Eine mildere Auflage gegenüber der Freien und Hansestadt Hamburg als die Veräußerung ihres Gesellschaftsanteils an der Bethesda gGmbH (nach Fristablauf durch einen Veräußerungstreuhänder), verbunden mit ihrem Verzicht auf Organstellungen innerhalb der Bethesda gGmbH sowie der Übertragung ihrer gesellschaftsrechtlichen Stimmrechte auf einen (Stimmrechts-)Treuhänder ab Vollzug des Zusammenschlusses, ist nicht ersichtlich.
63. Verfahrenstechnisch ist ein milderes Mittel als die Auflagenlösung nicht denkbar. Regelfall einer angemessenen Abhilfелösung zur Verhinderung der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wäre die Konstruktion einer aufschiebenden Bedingung. Eine Freigabe unter aufschiebender Bedingung ist jedoch nichts anderes als eine Untersagung zum gegenwärtigen Zeitpunkt verbunden mit einer bloß zukünftig wirkenden Freigabe für den – unsicheren – Fall, dass die Bedingung erfüllt wird. Genau dies würde den Interessen der Beteiligten schon wegen des Zeitverzugs nicht gerecht werden, weil sie daran interessiert sind, den angemeldeten Zusammenschluss zeitnah zu vollziehen, noch bevor die Veräußerung ihres Anteils an der Bethesda gGmbH vollzogen ist.
64. Um nicht die wettbewerbliche Wirkung der Auflage und sogar ihre Realisierung überhaupt zu gefährden, war es erforderlich, die Veräußerungsaufgabe mit Nebenbestimmungen zu verbinden. Denn der Zeitraum für die Erfüllung der Veräußerungsaufgabe kann hier aus den besonderen Umständen des Einzelfalls nicht sicher eingegrenzt werden, und ein Vollzug vor Aufgabenerfüllung würde erstens den wettbewerblich zu verhindernden Einfluss der FHH auf beide Krankenhäuser ermöglichen und zusätzlich auch noch einen Anreiz zur Verzögerung der Aufgabenerfüllung bieten.
65. Die Realisierung der Veräußerungsaufgabe erscheint unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten eher unproblematisch, weil es sich um Geschäftsanteile an einem attraktiven Krankenhaus handelt und es eine Reihe von

Krankenhausträgern gibt, die nach einer Möglichkeit suchen, in den Hamburger Krankenhausmarkt einzutreten oder bei bereits bestehender Aktivitäten sich dort zu verstärken suchen.

66. Allerdings kann für die Veräußerung des Geschäftsanteils an der Bethesda gGmbH nicht generell ausgeschlossen werden, dass (vertrags-)rechtliche Probleme zu einer zeitlich kaum eingrenzbaeren Verzögerung der Auflagenrealisierung führen könnten. [...]

67. Letztlich war hier das Restrisiko einer zeitlich nicht absehbaren Verzögerung der Auflagenerfüllung aufgrund von Rechtsstreitigkeiten mit dem anderen Gesellschafter auch nicht in einer anderen Weise als durch Selbstbeschränkung der Rechte von FHH/LBK innerhalb der Bethesda gGmbH aufzufangen. Denn es können keine Auflagen mit Wirkung gegenüber anderen als den Verfahrensbeteiligten erlassen werden. Die bloße Einsetzung eines Veräußerungstreuhänders wäre allein ein ungeeignetes Mittel, die unverzügliche

Realisierbarkeit der Veräußerungsaufgabe herzustellen. Denn auch der Treuhänder könnte keine (Veräußerungs-)Rechte ausüben, solange diese dem Treugeber selbst nicht zustehen.⁵² Eine Veräußerung können die Beteiligten zu 4. und 5. bzw. ihr Treuhänder aber nur durchsetzen, wenn es einen einstimmigen Beschluss der Gesellschafterversammlung hierzu gibt oder aber – im Streitfall – eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung, die einen solchen Gesellschafterbeschluss ersetzt.

68. Aufgrund der zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht auszuschließenden rechtlichen Risiken war es deshalb erstens erforderlich, dass in der Zwischenzeit, also mit Vollzug des Zusammenschlusses und bis zur Erfüllung der Veräußerungsaufgabe der wettbewerbliche Einfluss der FHH auf das zu veräußernde Krankenhaus neutralisiert wird. Zweitens war es erforderlich, eine über den Fristzeitraum hinausgehende Verzögerung der Veräußerung durch die FHH – und sei es auch nur zur Erzielung des optimalen Kaufpreises – zu begegnen. Letzteres wird durch die verbindliche Einsetzung eines Veräußerungstreuhänders nach Fristablauf erreicht. Die Neutralisierung des wettbewerblichen Einflusses der FHH auf das Krankenhaus Bethesda kann unmittelbar dadurch erreicht werden, dass die FHH bzw. LBK Immobilien sich verpflichten, auf ihre gesellschaftsvertraglichen Rechte, ihre Organstellungen und insbesondere auch auf ihre Stimmrechte in der Gesellschaftsversammlung der Bethesda gGmbH zu verzichten. Diese Lösung stieß auf Vorbehalte der Stadt Hamburg, weil sie zur Folge hätte, dass der andere Gesellschafter – der auch als Erwerber des zu veräußernden Anteils in Betracht kommt – allein z.B. über den Jahresabschluss abstimmen würde und damit auch die Werthaltigkeit des zu veräußernden Gesellschaftsanteils – zum Nachteil der FHH – beeinflussen könnte. Als mildestes Mittel zur wettbewerblichen Trennung von FHH/LBK und Bethesda gGmbH nach Vollzug war deshalb die Nebenbestimmung in die Auflagenlösung einzubeziehen, dass die Beteiligte zu 5. auf eventuelle Organstellungen in der Bethesda gGmbH verzichtet und ihre gesellschaftsvertraglichen Stimmrechte in der Bethesda gGmbH auf einen neutralen (Stimmrechts-)Treuhänder überträgt. Dieser Treuhänder hat jedoch nur die Finanz- und Vermögensinteressen der

⁵² Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.

Beteiligten zu 4. und 5. zu wahren, und darf nicht ihre wettbewerblichen Interessen auf dem Hamburger Krankenhausmarkt vertreten.

69. Auch im Hinblick auf die sonstigen Modalitäten der hier angeordneten Auflage sind die Interessen der Beteiligten angemessen berücksichtigt worden. Die Veräußerungsfrist von [...] Monaten ist ausreichend. Zur Sondierung potenzieller Erwerber hatten die Beteiligten in den vergangenen Monaten bereits ausreichend Zeit. Die Vertragsverhandlungen über die Veräußerung eines Geschäftsanteils können im Wesentlichen auf die Preisfrage reduziert werden, da der Verbleib des anderen Gesellschafters für die notwendige Konstanz in der Betriebsführung des Krankenhauses sorgt. Übergangsregelungen brauchen nicht getroffen zu werden und die Auswirkungen für Mitarbeiter sowie Geschäfts- bzw. Kooperationspartner sind denkbar gering, bzw. werden im Außenverhältnis kaum wahrgenommen.

2.2 Zusätzliche Anforderungen zur Sicherstellung der Aufлагenerfüllung

70. Die Anforderungen an die Erwerber stellen sicher, dass diese in jeder Hinsicht unabhängig von den Beteiligten einschließlich deren verbundener Unternehmen sind. Denn die Marktanteile des zu veräußernden Krankenhauses müssen tatsächlich einem Wettbewerber zuwachsen. Das Erfordernis der vorherigen Zustimmung des Bundeskartellamts ist erforderlich, weil nur so sichergestellt werden kann, dass eine Veräußerung an ein von den Beteiligten unabhängiges Unternehmen erfolgt.
71. Die Berichtspflichten sind notwendig, um dem Bundeskartellamt eine zeitnahe Überwachung der Auflagen zu ermöglichen.
72. Die unwiderrufliche Einsetzung eines Veräußerungstreuhänders stellt sicher, dass der FHH-Geschäftsanteil selbst dann veräußert wird, wenn die Beteiligten innerhalb der gesetzten Frist die Veräußerungsaufgabe nicht erfüllen sollten. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit hat der Veräußerungstreuhänder sich vorrangig um die Veräußerung des zum Verkauf gestellten Geschäftsanteils an einen (von den Beteiligten zu 4. und 5.) ausgewählten Erwerber zu bemühen. Ist ihm dies nicht möglich, muss er spätestens nach Ablauf von [...] Monaten den Geschäftsanteil anderen Erwerbsinteressenten anbieten.

73. Die Einsetzung des Veräußerungstreuhanders ist auch aus Sicht der Beteiligten zu 4. und 5. verhältnismäßig. Der Veräußerungstreuhanders wahrt die gesellschaftsrechtlichen bzw. finanziellen Interessen der FHH hinsichtlich der auf diesem Beschluss beruhenden Veräußerungsaufgabe. Er hat die Aufgabe, den Gesellschaftsanteil der Beteiligten zu 5. bestmöglich und schnellstmöglich zu verkaufen.

3. Angemessenheit

74. Die Veräußerungsaufgabe ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Sie belastet die Beteiligten nur gering. Durch die Veräußerung des Anteils an Bethesda wird lediglich der durch den Erwerb von AKK erfolgte Marktanteilszuwachs kompensiert. Dies ist aber angesichts der marktbeherrschenden Stellung der FHH auf dem Hamburger Krankenhausmarkt das Mindestmaß dessen, was aus fusionskontrollrechtlichen Gründen erforderlich ist.
75. Die Anforderung, dass die Aufgabe innerhalb von [...] Monaten erfüllt werden muss, ist ebenfalls angemessen. Der Zeitraum ist nicht zu knapp bemessen, denn es ist möglich, in diesem Zeitrahmen ein Bieterverfahren durchzuführen. Selbst im kommunalen Rahmen, in dem immer zahlreiche politische Gremien, Gewerkschaften und andere Interessenvertreter eingebunden werden, ist es nach den Erfahrungen der Beschlussabteilung mit Krankenhausfusionen den jeweiligen Bürgermeistern oder Landräten ohne weiteres möglich, ihre Krankenhäuser aufgrund eines Bieterverfahrens innerhalb eines Jahres zu veräußern. Da die Beteiligten hier bereits seit langem über die Modalitäten des Zusammenschlussvorhabens verhandeln, sind sie auf einem optimalen Informationsstand und konnten sich bereits auf eine Veräußerung des Gesellschaftsanteils einstellen.
76. Die Gewährung eines längeren Veräußerungszeitraums würde dagegen Sinn und Zweck der Veräußerungsaufgabe gefährden. Es muss ausgeschlossen werden, dass die FHH über die LBK Immobilien den Veräußerungsprozess – und sei es auch nur zur Erlangung eines günstigeren Kaufpreises – in die Länge zieht. Ein lange andauerndes Veräußerungsverfahren muss im Interesse des betroffenen Krankenhauses Bethesda vermieden werden. Denn hierdurch würde

seine wirtschaftliche Situation geschwächt und insbesondere verhindert werden, dass ein neuer Investor die wettbewerbliche Stellung des Krankenhauses ausbaut.

GEBÜHREN

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Heistermann

Töllner

Bangard