

Kartellrecht und Universitätskliniken – Welchen Stellenwert hat die Freiheit von Forschung und Lehre?

Analyse

Gliederung

- 0 Einleitung
- 1 Fusionskontrolle
 - 1.1 Position des Bundeskartellamts
 - 1.2 Theoretische Maximalposition Freiheit von Forschung und Lehre
 - 1.3 Eigene Position
 - 1.4 Ministererlaubnis
- 2 Eigentliches Kartellverbot
- 3 Literatur/Entscheidungen

Die nachfolgenden Ausführungen geben ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wieder.
Eine Haftung für den Inhalt wird ausdrücklich nicht übernommen.

0 Einleitung

Das Bundeskartellamt prüft vermehrt Krankenhausfusionen und -übernahmen. Davon sind auch Universitätsklinika betroffen; erst vor kurzem wurde bekanntlich die Übernahme des Kreiskrankenhauses Wolgast durch das Universitätsklinikum Greifswald vom Bundeskartellamt untersagt. Hier stellt sich die Frage, welchen Einfluss die grundgesetzlich geschützte Freiheit von Forschung und Lehre auf derartige Entscheidungen haben wird. Die vorliegende Analyse stellt dazu nach einer Kritik der Entscheidungsgründe des Bundeskartellamts einen eigenen Prüfungsmaßstab vor, der einen grundgesetzkonformen Weg aus diesem Konflikt weisen soll.

Außer der Fusionskontrolle betrifft diese Problematik auch das eigentliche Kartellverbot nach § 1 ff. GWB (Kartellgesetz). In diesem Zusammenhang stellt sich ebenso die Frage, ob die grundgesetzlich geschützte Freiheit von Forschung und Lehre für Universitätsklinika Handlungsspielräume eröffnet, über die andere Krankenhäuser nicht verfügen.

1 Fusionskontrolle

Für die Berücksichtigung des Art. 5 Abs. 3 GG in der Fusionskontrolle werden im folgenden zuerst die Position des Bundeskartellamts sowie eine theoretisch mögliche Gegenposition für maximale Freiheit von Forschung und Lehre vorgestellt. Hierzu wird jeweils aufgezeigt, warum aus Sicht des Verfassers beide Positionen mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind. Schließlich wird ein eigener Bewertungsmaßstab vorgeschlagen, der die verschiedenen betroffenen Grundrechtspositionen berücksichtigt.

1.1 Position des Bundeskartellamts

In der Entscheidung zur Untersagung der Übernahme des Kreiskrankenhauses Wolgast durch das Universitätsklinikum Greifswald setzt sich das Bundeskartellamt kaum konkret mit den Auswirkungen seiner Entscheidung auf die grundgesetzlich geschützte Freiheit von Forschung und Lehre auseinander: „Es kann dahinstehen, ob und inwieweit die Untersagungsentscheidung überhaupt ursächlich dazu führen kann, dass Forschung und Lehre ... eingeschränkt werden“ (Bundeskartellamt B3 - 1002/06 , S. 71).

Die Kernbegründung des Kartellamts hierfür ist, dass die Fusionskontrolle zu den allgemeinen Gesetzen gehöre, „in deren Rahmen die Angelegenheiten des Hochschulwesens sowie der Forschungsförderung eigenverantwortlich zu regeln sind“. Verwiesen wird hierbei auf eine Entscheidung des BGH (KVR 2/05 vom 11.07.2006) zum Verhältnis zwischen Fusionskontrolle und Grundrecht auf kommunale Selbstverwaltung. Bei dieser Rechtsauffassung ist es durchaus konsequent, die konkreten Auswirkungen der Untersagungsentscheidung auf Forschung und Lehre nicht im Detail zu prüfen.

Das Bundeskartellamt verkennt in seiner Entscheidungsbegründung jedoch den Charakter der grundgesetzlich geschützten Freiheit von Forschung und Lehre gem. Art. 5 Abs. 3 GG. Die Rechte nach **Art. 5 Abs. 3 GG** stehen **nicht unter einem Gesetzesvorbehalt**. Daher kann ein einfaches Gesetz, wie das GWB, nicht abschließend den Rahmen definieren, in welchem dieses Grundrecht zu verwirklichen ist.

Die vom Kartellamt zitierte Entscheidung des BGH hingegen betrifft ein Grundrecht, das ausdrücklich unter Gesetzesvorbehalt steht: „Nach Art. 28 Abs. 2 GG muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Vorschriften über die Fusionskontrolle beeinträchtigen das Recht auf kommunale Selbstverwaltung nicht, sondern gehören zu den (allgemeinen) Gesetzen, in deren Rahmen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich zu regeln sind.“ (BGH vom 11.07.2006, KVR 2/05 , Ziffer 20)

Im Gegensatz dazu kann die Freiheit von Forschung und Lehre durch den Gesetzgeber eben gerade nicht durch einfache Gesetze abschließend eingeschränkt werden. Die Position des Bundeskartellamts zum Verhältnis zwischen Fusionskontrolle und der Freiheit von Forschung und Lehre ist aus Sicht des Verfassers insoweit nicht grundgesetzkonform.

Wenn man zu dieser Erkenntnis kommt, gibt es zwei denkbare Konsequenzen:

a) Entweder kann das GWB durch das Bundeskartellamt grundgesetzkonform ausgelegt werden; das heißt, die Rechte gem. Art. 5 Abs. 3 GG können im Verfahren in einer Einzelfallprüfung berücksichtigt werden. Dann müsste das Bundeskartellamt sich im Einzelfall ausführlich damit auseinandersetzen, ob und in welchem Umfang durch eine Untersagung in entsprechende Grundrechte der Universität

eingegriffen wird und wie gewichtig dieser Grundrechtseingriff im Verhältnis zu den Grundrechtswirkungen einer Fusionsgenehmigung ist. Einen generellen Vorrang des GWB als „gesetzlicher Rahmen“ kann es dann nicht geben.

b) Oder das GWB, bei dessen Konzeption die besondere Problematik von Universitätsklinika im Fusionskontrollverfahren noch nicht absehbar war, lässt es in seiner jetzigen Fassung nicht zu, dass das Bundeskartellamt die Grundrechte der Universitäten entsprechend im Verfahren berücksichtigt. Dann wäre das GWB in seiner jetzigen Fassung insoweit verfassungswidrig.

1.2 Theoretische Maximalposition Freiheit von Forschung und Lehre

Als Gegenpol zur Position des Bundeskartellamts könnte man zumindest theoretisch eine Maximalposition vertreten, dass eine Klinikfusion, welche die Freiheit von Forschung und Lehre betreffen kann, aufgrund von Art. 5 Abs. 3 GG grundsätzlich der Überprüfung durch das Bundeskartellamt entzogen wäre.

Eine solche Position wäre allerdings mit dem Grundgesetz ebenfalls nicht vereinbar. Zwar gibt es keinen Gesetzesvorbehalt für die Rechte aus Art. 5 Abs. 3 GG. Jedoch sind dem Grundgesetz immanente Grenzen in der Kollision mit anderen geschützten Grundrechten zu berücksichtigen.

Auch die Fusionskontrolle des GWB dient dem Schutz von Grundrechten, insbesondere der allgemeinen Handlungsfreiheit. Im Krankenhausmarkt sind dies konkret Grundrechte konkurrierender Krankenhausträger, die durch die Verhaltensspielräume marktbeherrschender Unternehmen verdrängt werden könnten. Aber auch die Patienten, deren Wahlmöglichkeiten durch Entstehung marktbeherrschender Strukturen massiv eingeschränkt werden könnten, sind Träger von Grundrechten, die für eine Entscheidung zu berücksichtigen sind.

Eine theoretisch denkbare pauschale Entscheidung zugunsten der Freiheit von Forschung und Lehre wäre daher genauso wenig verfassungskonform wie die Position des Bundeskartellamts.

1.3 Eigene Position

Aus Sicht des Verfassers werden beide genannten Extrempositionen einem Konflikt zwischen verschiedenen durch die Verfassung geschützten Grundrechten nicht gerecht. Im folgenden wird daher ein Prüfungsmaßstab vorgeschlagen, der beide betroffenen Grundrechtspositionen angemessen berücksichtigen soll.

Hierbei ist folgendes zu berücksichtigen: Die Fusionskontrolle ist so angelegt, dass die Voraussetzungen für eine Untersagung nur dann erfüllt sind, wenn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, also die Grundrechtspositionen anderer Marktteilnehmer beeinträchtigt werden. Das heißt, dass ein Verzicht auf eine Untersagung einer Fusion, obwohl die Kriterien des GWB erfüllt sind, **immer** in Grundrechte eingreift.

Die Untersagung einer Fusion unter Beteiligung eines Universitätsklinikums jedoch schränkt **nicht in jedem Fall** die Freiheit von Forschung und Lehre ein. Soweit die Verwirklichung der konkreten Forschungs- und Lehrkonzeption der Universität auch auf anderem Wege möglich ist als durch die Übernahme des gewünschten Krankenhauses (Lösung über Kooperationsverträge, Übernahme eines anderen Krankenhauses), wird die Grundrechtsposition der Universität nicht entsprechend eingeschränkt. Nur wenn die Konzeption der Universität auf keinem anderen Weg umsetzbar ist, der nicht oder weniger in die Grundrechte der übrigen Marktteilnehmer eingreift, besteht ein echter Konflikt zwischen Grundrechten, der im Wege einer Güterabwägung zu lösen ist.

Im einzelnen wird deshalb der folgende Maßstab einer **dreistufigen Prüfung** vorgeschlagen:

1. Prüfungsschritt: Ist eine Kooperationslösung möglich?

Basis der Prüfung ist eine konkrete Konzeption von Forschung und Lehre, welche durch die Universität in der Verwirklichung ihres Grundrechts aus Art 5 Abs. 3 GG autonom festgelegt wird.

Dann ist zu fragen: Lässt sich diese Konzeption ggf. statt mit einer Krankenhausübernahme auch über Kooperationsverträge lösen? In diesem Fall liegt gerade kein Konflikt zwischen Grundrechten vor, da sich das Grundrecht auf Freiheit von Forschung und Lehre auch anders verwirklichen lässt.

Diese Frage lässt sich abstrakt oder konkret verneinen.

A) Abstrakt: Es ist von der Konzeption von Forschung und Lehre her bereits denkunmöglich, dass diese ohne eine Übernahme lediglich mit Kooperationsverträgen umgesetzt werden kann.

B) Konkret: Zwar ist die Konzeption der Universität theoretisch auch über Kooperationsverträge umsetzbar. Es ist jedoch nachweislich (bei Nachweispflicht der Universität) kein Krankenhausträger (bzw. keine ausreichende Anzahl Krankenhausträger) dazu bereit, diese Konzeption über Kooperationsverträge umzusetzen.

Nur wenn abstrakt oder konkret keine Kooperationslösung zur Umsetzung der Konzeption der Universität möglich ist, folgt der zweite Prüfungsschritt; anderenfalls ist nach den bestehenden Grundsätzen der Fusionskontrolle zu verfahren.

2. Prüfungsschritt: Ist die Übernahme eines anderen Krankenhauses möglich?

Als nächste Frage ergibt sich dann: Lässt sich diese Konzeption statt mit der beantragten Krankenhausübernahme auch durch die Übernahme eines anderen Krankenhauses lösen, bei der eine marktbeherrschende Stellung nicht entsteht oder verstärkt wird? Auch dann liegt kein Konflikt zwischen den Grundrechten vor, da sich das Grundrecht auf Freiheit von Forschung und Lehre anders verwirklichen lässt.

Diese Frage lässt sich ebenfalls abstrakt oder konkret verneinen.

A) Abstrakt: Es ist von der vorliegenden Konzeption von Forschung und Lehre der Universität her bereits denkunmöglich, dass diese durch die Übernahme eines anderen als des gewünschten Krankenhauses umgesetzt werden kann.

B) Konkret: Zwar ist die Konzeption der Universität theoretisch auch über die Übernahme eines anderen Krankenhauses umsetzbar. Es ist jedoch nachweislich (wiederum liegt die Nachweispflicht bei der Universität) kein anderer Krankenhausträger dazu bereit, ein hierfür geeignetes Haus an die Universität / das Universitätsklinikum zu verkaufen.

Nur wenn abstrakt oder konkret kein Kauf eines anderen Krankenhauses außerhalb des betroffenen Marktes zur Umsetzung der Konzeption der Universität möglich ist, folgt der dritte Prüfungsschritt. Anderenfalls ist nach den bestehenden Grundsätzen der Fusionskontrolle zu verfahren.

In beiden Schritten 1 und 2 kommt es nicht darauf an, ob die alternativen Lösungen genauso kostengünstig, komfortabel, etc. sind wie der Kauf des gewünschten Hauses. Das Kartellrecht zwingt betroffene Unternehmen häufig zu einer wirtschaftlich weniger günstigen Lösung; dies ist unvermeidlich hinzunehmen. Wenn also ein Kooperationsvertrag nur unter ungünstigeren Bedingungen zu schließen wäre oder der Kauf eines anderen Krankenhauses nur zu höheren Preisen möglich wäre, kann dies nicht automatisch die Geltung der Normen der Fusionskontrolle ausschalten.

3. Prüfungsschritt: Güterabwägung

Nur wenn die Fragen der ersten beiden Prüfschritte negativ beantwortet werden, stehen sich zwei Grundrechte in einem unüberwindlichen Konflikt gegenüber. Hier muss im Wege einer Güterabwägung im Einzelfall eine angemessene Lösung gefunden werden. Dabei sind vor allem die Besonderheiten des Krankenhausmarktes zu berücksichtigen.

Bei einer Übernahme eines benachbarten Krankenhauses durch ein Universitätsklinikum werden in der Regel die (negativen) Auswirkungen auf den räumlich begrenzten lokalen Krankenhausmarkt geringer einzuschätzen sein, als die Auswirkungen auf Forschung und Lehre, die räumlich wesentlich weiter ausstrahlen. Zudem herrscht im Krankenhaussektor bisher außer in Randbereichen (z.B. Integrierte Versorgung) kein wesentlicher Preiswettbewerb, was die negativen Auswirkungen einer Genehmigung begrenzt.

Daher sollte aus Sicht des Verfassers unter den derzeitigen Marktbedingungen im Krankenhaussektor im Zweifel die Güterabwägung zu Gunsten einer Genehmigung der Übernahme und damit der Verwirklichung der Konzeption von Forschung und Lehre ausfallen.

1.4 Ministererlaubnis

Bei Untersagungsentscheidungen des Bundeskartellamts in der Fusionskontrolle ist neben der Rechtsbeschwerde auch der Antrag auf eine Ministererlaubnis gem. § 42 GWB möglich. Daraus ergeben sich zwei Fragen: Kann die Freiheit von Forschung und Lehre als Grund für die Erteilung einer Ministererlaubnis herhalten? Und falls ja: Reicht eine solche Möglichkeit aus, um die Grundrechte nach Art. 5 Abs. 3 GG zu schützen?

Die Voraussetzungen für die Ministererlaubnis sind relativ eng: „Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.“ (§ 42, Art. 1, S. 1 GWB).

Im Einzelfall ist es insbesondere hinsichtlich der medizinischen Forschung denkbar, dass z.B. die Verwirklichung eines Forschungsvorhabens im überragenden Interesse der Allgemeinheit ist. Allerdings ist auch hier der oben ausgeführte Prüfmaßstab relevant: Wenn die Forschungskonzeption auch durch ein milderes Mittel mit geringeren negativen Folgen für den Wettbewerb umsetzbar ist, dürften die Voraussetzungen für eine Ministererlaubnis kaum gegeben sein. Eine generelle Anwendung der Ministererlaubnis zum Schutz der Freiheit von Forschung und Lehre kommt schon deshalb nicht in Frage, weil die Ministererlaubnis ausdrücklich nur besondere Einzelfälle regeln soll.

Auch wenn also im Einzelfall eine Ministererlaubnis für derartige Übernahmen in Frage kommen kann, taugt die Möglichkeit einer Ministererlaubnis nicht als ausreichende Garantie der Freiheit von Forschung und Lehre im Fusionskontrollverfahren.

Zum einen ist diese in ihrer Ansiedlung beim Bundeswirtschaftsminister hierfür doppelt an der falschen Stelle:

- a) Spätestens mit der Föderalismusreform fehlt es schon an der Zuständigkeit des Bundes und damit eines Bundesministeriums für Fragen von Forschung und Lehre.
- b) Auch ist für diese Fragestellung fachlich das falsche Ministerium mit der Entscheidung betraut. Es liegt nicht in der fachlichen Kompetenz des Wirtschaftsministeriums, die Auswirkungen auf die Forschung und Lehre angemessen zu prüfen. Das weitere Verfahren (Gutachten der Monopolkommission) ist ebenfalls für diese Frage nicht adäquat; hier wären fachlich z.B. vielmehr Gutachten des Wissenschaftsrats relevant.

Zum anderen wäre es ein schwerwiegender Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, wenn der Schutz von Grundrechten ausschließlich in das Ermessen der Exekutive gestellt würde. Die Möglichkeit einer Ministererlaubnis beseitigt also nicht die potentielle Verfassungswidrigkeit des GWB in diesem Punkt.

2 Eigentliches Kartellverbot

Neben der Fusionskontrolle kann sich auch für das eigentliche Verbot von Kartellen und abgestimmtem Verhalten die Frage ergeben, ob es für Universitätsklinika Besonderheiten im Zusammenhang mit der Freiheit von Forschung und Lehre gibt. Insbesondere Kooperationsverträge, in welchen das Leistungsspektrum mit anderen Krankenhäusern abgestimmt wird, können unter das Kartellverbot gem. § 1 GWB fallen. Allerdings fehlen hier noch völlig Präzedenzfälle, an denen man sich orientieren kann.

Vereinbarungen, die „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken“ sind nach § 1 GWB verboten. Entscheidend für Kooperationsverträge zwischen Krankenhäusern ist hier, dass eine entsprechende **Wirkung für das Verbot ausreicht**, auch wenn diese Wirkung nicht der eigentliche Zweck der Vereinbarung war. Zwar gibt es die Ausnahmen des § 2 GWB, deren Anwendung gerade auch für die Abstimmung des Leistungsspektrums denkbar wäre. Jedoch besteht hier ein absolutes Ausschlusskriterium, wenn die Vereinbarungen „für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb“ ausschalten (§ 2 Abs. 1, Nr. 2 GWB).

Die erweiterten Ausnahmen nach der Mittelstandsklausel § 3 GWB werden häufig in der Anwendung für Universitätsklinika problematisch sein, da diese u.U. nicht als Mittelständler im Sinne des GWB eingestuft werden. Das Kriterium für einen Mittelständler ist nicht die absolute Größe, sondern eine relative zu den anderen Marktteilnehmern. Als Mittelständler wird in der Regel angenommen, wessen Umsatz weniger als 50% des größten Marktteilnehmers im jeweiligen Markt beträgt. In diesem Sinne werden Universitätsklinika – dazu kartellrechtlich als Teil des jeweiligen Bundeslandes – häufig nicht als Mittelständler zu werten sein.

Bei der derzeitigen sachlichen Marktabgrenzung des Bundeskartellamts ist all dies wenig problematisch, da das Ausschlusskriterium der Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil des Marktes in Kooperationsverträgen kaum erreicht werden wird, wenn man alle stationären Krankenhausleistungen als einen sachlich zusammenhängenden Markt betrachtet. Wenn sich jedoch die Marktabgrenzung aus dem Aufklärungsbeschluss des OLG Düsseldorf durchsetzen sollte, also eine Abgrenzung nach Fachrichtungen und Versorgungsstufen, dann kann eine Kooperation in der Hochleistungsmedizin leicht in den Verbotsbereich des GWB fallen.

Hier stellt sich dann die Frage: Gelten besondere Maßstäbe, wenn durch den Kooperationsvertrag eine bestimmte Konzeption von Forschung und Lehre verwirklicht werden sollen? Für die Abwägung gilt aus Sicht des Verfassers grundsätzlich der gleiche Maßstab wie oben für die Fusionskontrolle:

Wenn ein Kooperationsvertrag zur Umsetzung einer autonom von der Universität gesetzten Konzeption von Forschung und Lehre gegen §§ 1, 2 GWB verstößt, ist im ersten Schritt zu prüfen, ob die Forschungs- und Lehrkonzeption auch anders umgesetzt werden kann, ohne dass entsprechend starke Einschränkungen des Wettbewerbs zu erwarten sind, beispielsweise durch einen Kooperationsvertrag mit einem Krankenhaus außerhalb des örtlich relevanten Markts. Wenn dies nicht möglich ist, besteht wiederum eine Kollision zwischen verschiedenen Grundrechten, die im Weg der Güterabwägung zu lösen ist. Soweit dies auf Basis der derzeitigen Fassung des GWB nicht möglich sein sollte, wäre das Gesetz auch in soweit verfassungswidrig.

Im Gegensatz zur Fusionskontrolle ist jedoch das Verfahren für die Universitätsklinika in derartigen Fragen wesentlich ungünstiger. Nach der Kartellrechtsreform herrscht hier das Prinzip der Legalausnahme, d.h. der Klinikträger muss eigenständig prüfen, ob eine entsprechende Vereinbarung mit Auswirkungen auf den Wettbewerb noch zulässig ist oder nicht. Für eventuelle Verstöße, die systembedingt nur im Nachhinein festgestellt werden können, sind jedoch einschneidende Sanktionen vorgesehen.

Dabei unterliegt die Prüfung für ein Universitätsklinikum mehreren wesentlichen Unsicherheiten:

- a) In wieweit gilt das Kartellverbot für Kooperationsverträge mit anderen Krankenhäusern? Wie ist ggf. das Verhältnis von in diesem Zusammenhang gemeinsam bei der Landesbehörde beantragten Festlegungen im Krankenhausplan zum Kartellverbot?
- b) Welche sachliche Marktabgrenzung gilt für Krankenhäuser: Die weite des Bundeskartellamts oder die enge aus dem Aufklärungsbeschluss des OLG Düsseldorf?
- c) Wie ist der Einfluss der grundgesetzlich geschützten Freiheit von Forschung und Lehre auf die Zulässigkeit von Kooperationsverträgen, falls diese den Wettbewerb wesentlich beschränken?

Erst wenn es zu allen drei Fragestellungen Präzedenzfälle gibt, die höchstrichterlich geklärt sind, wird es für das Management von Universitätsklinika hier eine sichere Basis für Entscheidungen geben. Bis zu diesem Zeitpunkt sind entsprechende Verträge möglicherweise stark risikobehaftet.

3 Literatur/Entscheidungen

Bundeskartellamt B3 - 1002/06

BGH KVR 2/05 vom 11.07.2006

OLG Düsseldorf Aufklärungsbeschluss vom 05.10.2005

Jarass, H. D., Pieroth, B.: „Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland“, 8. Aufl., München, 2006

Lettl, T. „Kartellrecht“, München, 2005

Maunz, T., Düring, G. (Hrsg): „Grundgesetz Kommentar“, München, 2006

Regorz, A. „Krankenhäuser und das neue Kartellrecht – Studie“, Berlin, 2005

Januar 2007

Dipl. Kaufmann Arndt Regorz