

▷ nach dem Tode seiner leicht kränkelnden älteren Patientin ein zu seinen Gunsten gefälschtes Testament fand.

Im Prozess wurde Shipman zur Last gelegt, er habe getötet, weil er „die Macht über Leben und Tod“ auskosten wollte. Damals hatte ein Richter erklärt, Shipman könnte bis zu 150 Morde begangen haben. Die Polizei hatte angegeben, dass sie genügend Beweise für eine Anklage Shipmans in 23 weiteren Fällen habe. Die Staatsanwaltschaft hatte sich jedoch gegen neue Prozesse ausgesprochen. Einer Untersuchung der Ursachen der 23 Todesfälle wurde jedoch zugestimmt.

Es spricht absolut gegen das Niveau unserer Sozialkultur, das Leben des britischen Serienmörders Harald Shipman zu verfilmen; die Dreharbeiten sollen im März 2001 beginnen.

III.2.3 „Das letzte Wort“: Ernst Jünger war der Meinung, dass Henker und Ärzte in unserer Gesellschaft auf einer Stufe stehen. Es wäre deshalb die Aufgabe der Juristen, mit ihren Mitteln Sorge zu tragen, die Würde des Menschen zu bewahren. – Setzen wir all unsere Kraft ein, damit diese törichte Aussage nicht doch Wirklichkeit wird.

---

#### IV. Literatur und Zitate (NZZ, FAZ, WK, BamS, Spiegel) beim Verfasser

---

##### Anhang:

##### V.1 Schweizerisches Strafgesetzbuch

##### V.1.1 Art. 114: Töten auf Verlangen

Wer aus achtenswerten Beweggründen, namentlich aus Mitleid, einen Menschen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen tötet, wird mit Gefängnis bestraft.

##### V.1.2 Art. 115 Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord

Wer aus selbstsüchtigen Beweggründen jemanden zum Selbstmord verleitet oder ihm dazu Hilfe leistet, wird, wenn der Selbstmord ausgeführt oder versucht wurde, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

##### V.2 Patientenrecht-Gesetz-Entwurf Stand Dez. 2000

Die Beihilfe zur Selbsttötung wird im G-Entw., der z. Zt. in die Vernehmlassung geht, nicht angesprochen. Die Regelung dieses Punktes ist den Gemeinden und den einzelnen Anstalten überlassen.

##### Anschrift des Verfassers:

Prof. Dr. med. habil.  
Hans-Dieter Hiersche  
Wilhelminenstraße 43  
65193 Wiesbaden

## Kritische Anmerkungen zur Krankenhausbedarfsplanung aus der Sicht des EG-Wettbewerbsrechts

– am Beispiel der Belegbettenplanung in Hessen –

Christian Koenig und Claude Sander\*

**B**is zum April 1998 wähten sich die für die Ausgestaltung des Gesundheitswesens in Deutschland zuständigen Einrichtungen und Behörden in einem „europarechtsfreien Raum“. Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtssachen *Kohll*<sup>1</sup> und *Decker*<sup>2</sup> zwangen jedoch zu der Einsicht, dass auch das Gesundheitsrecht und selbst die innerstaatliche

Organisation des Gesundheitswesens im Spannungsverhältnis zwischen nationalen Hoheitsrechten und den Anforderungen des Gemeinsamen Marktes stehen<sup>3</sup>. Dies demonstrieren zuletzt auch die Entscheidungen deutscher Gerichte zur Kartellrechtswidrigkeit verschiedener Kostendämpfungsmaßnahmen in der gesetzlichen Krankenversicherung: Während das *OLG Düsseldorf* mit Urteil vom 27. Juli 1999 den Krankenkassen untersagte, bestimmte, von den Kassenverbänden festgesetzte Festbeträge für Arzneimittel in ihrer Erstattungspraxis zugrunde

zu legen<sup>4</sup>, verhinderte das *Landgericht Hamburg* mit drei Urteilen vom 31. März 1999 die Bekanntmachung der Arzneimittel-Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen<sup>5</sup> und stoppte mit Beschluss vom 14. Dezember 1999 die Verbreitung des „Gemeinsamen Aktionsprogramms zur Einhaltung des Arzneimittelbudgets 1999“ der Kassenärztlichen Bundesvereinigung<sup>6</sup>. Sämtliche Entscheidungen wurden mit Verstößen gegen das EG-Wettbewerbsrecht begründet. Die mit Festbeträgen und Arz-

\* Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn. Claude Sander, LL.M., ist wissenschaftlicher Referent am ZEI.

▷  
neimittel-Richtlinien beabsichtigte Preissteuerung auf den Arzneimittelmärkten stehe im Widerspruch zum EG-Kartellrecht, da sie durch die gesetzlichen Krankenkassen und damit durch Teilnehmer auf eben diesen Märkten ausgeübt werde.

Auch auf den Gesundheitsmärkten für stationäre Leistungen findet in Form der Belegbettenplanung eine Marktsteuerung statt, an der Kostenträger und Leistungserbringer (Krankenkassen und Krankenhauseinrichtungen) unmittelbar beteiligt sind. Diese Marktsteuerung übt einen maßgeblichen Einfluss auf den Zugang von Krankenhauseinrichtungen zum Markt für stationäre Versorgungsleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung aus und trägt daher zumindest potentiell den Keim der Markt- und Wettbewerbsverzerrung in sich. Die folgende Darstellung untersucht deshalb am Beispiel der hessischen Belegbettenplanung, ob künftig auch im Bereich der Krankenhausbedarfsplanung Konflikte mit dem EG-Wettbewerbsrecht zu erwarten sind.

## I. Einleitung

Die Krankenhausfinanzierung in Deutschland beruht auf einem dualen System (vgl. § 4 KHG)<sup>7</sup>. Krankenhauseinrichtungen erhalten öffentliche Förderung, soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind (§ 8 Abs. 1 KHG). Die öffentliche Förderung dient der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Krankenhausinfrastruktur und beinhaltet die Finanzierung der Errichtungs-, Anlauf- und Umstellungskosten sowie der Anschaffungskosten für Grundstücke und langlebige Anlagegüter. Während die zur Krankenhauserichtung notwendigen Investitions-

kosten – soweit durch die Aufnahme in den Landeskrankenhausplan Anspruch auf Förderung besteht – von den öffentlichen Haushalten getragen werden, erfolgt die Deckung der laufenden Kosten des Krankenhausbetriebes durch die Abrechnung von Pflegesätzen gegenüber den Krankenkassen der behandelten Patienten. § 108 SGB V bestimmt in diesem Zusammenhang:

„Die Krankenkassen dürfen Krankenhausbehandlungen nur durch folgende Krankenhäuser (zugelassene Krankenhäuser) erbringen lassen:

1. Hochschulkliniken im Sinne des Hochschulbauförderungsgesetzes,
2. Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind (Plankrankenhäuser), oder
3. Krankenhäuser, die einen Versorgungsvertrag mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen abgeschlossen haben.“

Die Aufnahme in den Krankenhausplan eines Landes ist demnach nicht nur Voraussetzung für die öffentliche Förderung einer Krankenhauseinrichtung nach Maßgabe des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (§ 8 Abs. 1 KHG). Sie berechtigt den Träger der Einrichtung außerdem, Behandlungen für Versicherte der gesetzlichen Krankenkassen durchzuführen und daraus entsprechende Erlöse zu erwirtschaften. § 108 SGB V beinhaltet zwar kein Verbot für nicht zugelassene Krankenhäuser, in der GKV versicherte Patienten stationär zu behandeln. Dies ist jedoch mittelbar praktisch dadurch ausgeschlossen, dass die Krankenkassen die dabei entstehenden Kosten weder übernehmen noch den Versicherten erstatten dürfen<sup>8</sup>. Abgesehen von Fällen stationärer Notfallbehandlungen, in denen eine

Einlieferung des Versicherten in ein zugelassenes Krankenhaus ohne Gefährdung seines Leibes oder Lebens nicht möglich ist (§ 76 Abs. 1 Satz 2 SGB V), kommen Kostenübernahmen durch die gesetzlichen Krankenkassen, auch im Kulanzwege, nicht in Betracht<sup>9</sup>.

Mit der Aufnahme bzw. Nichtaufnahme in den Krankenhausplan wird folglich eine Entscheidung über den Zutritt des Anbieters zum Markt für stationäre Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung und somit zugleich eine Weichenstellung für den wirtschaftlichen unternehmerischen Erfolg des betroffenen Krankenhauses getroffen<sup>10</sup>. Da nämlich rund 92% der Bevölkerung der gesetzlichen Krankenversicherung angehören, sind die Marktanteile für Einrichtungen, die nicht über die Berechtigung zur Abrechnung von Pflegesätzen gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen verfügen, so gering, dass ein relevanter Markterfolg in der Regel nicht erwartet werden kann. Dies gilt umso mehr, als vor dem Hintergrund der Kostenexplosion im Gesundheitswesen die Anzahl der unmittelbar zwischen Krankenkassen und einzelnen Krankenhäusern abgeschlossenen Versorgungsverträge (§ 108 Ziff. 3 SGB V) rückläufig ist. Der Krankenhausbedarfsplan entscheidet damit faktisch über das „Wieviel“ an stationärer Versorgung in einem bestimmten Versorgungsgebiet und wirkt durch die Zuweisung von Planbetten wie eine positive Festsetzung der Höchstabsatzmengen für stationäre medizinische Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Der Entscheidung über Aufnahme oder Nichtaufnahme einer Krankenhauseinrichtung in den Krankenhausbedarfsplan kommt daher aus Sicht eines – vom Gemein-

▷ schäftsrecht auch im Bereich der nationalen Gesundheitssysteme geforderten – unverfälschten Wettbewerbs wesentliche Bedeutung zu. Das „Zulassungssystem“ der Krankenhausbedarfspläne tritt an Stelle des wettbewerblichen Behauptungsprozesses, dem Krankenhauseinrichtungen ausgesetzt wären, wenn sie „auf dem freien Markt“ nach Leistungsfähigkeit und Kostengünstigkeit um Nachfrager für ihre Dienstleistungen konkurrieren müssten. Stattdessen bilden die Entscheidung über die Aufnahme einer Einrichtung in den Plan und die Zuteilung einer (möglichst hohen) Belegbettenzahl die für die wirtschaftliche Entwicklung der Einrichtung maßgeblichen Faktoren. Während die Krankenhausbedarfsplanung eine effektive Verwendung von Investitionsmitteln sowie die notwen-

dige Planungssicherheit für Krankenhauseinrichtungen gewährleisten soll, ergeben sich aus Sicht des EG-Wettbewerbsrechts Bedenken, soweit hierdurch die stationären Versorgungsmärkte aufgeteilt und gegenüber neuen Anbietern abgeschottet werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn an den relevanten Planungsentscheidungen potentielle Wettbewerber unmittelbar beteiligt sind.

## II. Vereinbarkeit der hessischen Krankenhausbedarfsplanung mit dem EG-Wettbewerbsrecht gemäß Art. 81 f. EG

Nach Art. 81 Abs. 1 EG sind „mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten (...) alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken“. Das von Art. 81 EG formulierte Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen richtet sich an „Unternehmen und Unternehmensvereinigungen“. Für die Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln auf die Krankenhausbedarfsplanung kommt es daher zunächst darauf an, ob die hieran beteiligten Einrichtungen gemeinschaftsrechtlich als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zu qualifizieren sind.

### I. Die Unternehmenseigenschaft der an der Krankenhausbedarfsplanung beteiligten Stellen und Einrichtungen

Das Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“ im Sinne des Art. 81 Abs.

1 EG ist ein – vom Recht der Mitgliedstaaten unabhängiger – autonomer Begriff des Europäischen Gemeinschaftsrechts, bei dessen Bestimmung im Interesse einer einheitlichen Geltung und Anwendung der Wettbewerbsvorschriften mitgliedstaatliche Vorstellungen und Einordnungen unberücksichtigt bleiben<sup>11</sup>. Der gemeinschaftsrechtliche Unternehmensbegriff ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes *funktional* zu verstehen und erfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung<sup>12</sup>. Das für die Unternehmenseigenschaft einer Einrichtung konstituierende Merkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ ist denkbar weit zu verstehen. Die in Betracht genommene Tätigkeit muss nicht notwendig kommerziell, d. h. sie muss nicht auf eine Gewinnerzielung – ausgerichtet sein<sup>13</sup>. Erfasst wird vielmehr jedes auf ein Angebot bzw. auf die Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen gerichtete, also marktbezogene Verhalten<sup>14</sup>.

Die Unternehmenseigenschaft ist somit für die Zwecke der Anwendung der Wettbewerbsregeln immer im Hinblick auf eine ganz bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager festzustellen<sup>15</sup>, mit der Konsequenz, dass der betreffenden Einrichtung für andere Tätigkeiten die Unternehmenseigenschaft fehlen kann<sup>16</sup>. Mit diesem funktionalen Verständnis des Unternehmensbegriffs wird vor allem bezweckt, das Handeln wirtschaftlich tätiger Einheiten gegenüber den von den EG-Wettbewerbsregeln nicht erfassten Bereichen, nämlich dem Bereich des privaten Verbrauchs und dem des hoheitlich handelnden Staates, abzugrenzen.

### Neuer „Ausschuss Krankenhaus“ gegründet

Die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) hat mit der Bundesärztekammer und den Spitzenverbänden der gesetzlichen Krankenkassen den bundesweiten Ausschuss Krankenhaus gegründet. Dieser hat die Aufgabe, Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zu prüfen, die im Rahmen eines Krankenhausaufenthalts zulasten der GKV angewandt werden oder für die dies erwogen wird.

Die Gründung des Gremiums geht auf eine Vorschrift im Rahmen der Gesundheitsreform 2000 zurück (§ 137c SGB V). Es hat nach Darstellung der DKG keine „geborenen“ Aufgaben, sondern wird nur auf Antrag tätig. Der Ausschuss Krankenhaus soll auch im künftigen Koordinierungsausschuss vertreten sein.

▷  
a. Das zuständige  
Landesministerium als  
„Unternehmen“ im Sinne von  
Art. 81f. EG

Gemäß § 6 KHG sind die Länder für die Aufstellung der Krankenhauspläne verantwortlich. § 8 KHG bestimmt, dass im Falle der Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern „die zuständige Landesbehörde unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenhausträger nach pflichtgemäßem Ermessen [entscheidet], welches Krankenhaus den Zielen der Krankenhausplanung des Landes am besten gerecht wird.“ §§ 16f. des Hess. Krankenhausgesetzes (HKHG) weisen dem für das Gesundheitswesen zuständigen Ministerium die Zuständigkeit für die Aufstellung der Krankenhauspläne sowie für die Feststellung der Aufnahme oder Nichtaufnahme einer Einrichtung in den Krankenhausplan zu.

Das danach für die Krankenhausbedarfsplanung formal zuständige Landesministerium handelt – soweit es die Aufnahme einer Krankenhauseinrichtung in den Bedarfsplan feststellt – nicht als „Unternehmen“ im Sinne von Art. 81 EG.

Aufnahme, Nichtaufnahme bzw. Herausnahme eines Krankenhauses aus dem Krankenhausplan sowie die Änderung desselben sind vom Ministerium in einem gegenüber dem betroffenen Krankenhaus zu erlassenden Bescheid (§ 8 Abs. 1 Satz 3 KHG) festzustellen. Der Feststellungsbescheid bewirkt, dass einzelne Teilfeststellungen des Krankenhausplans aus dessen normativer Unverbindlichkeit als internem Verwaltungsprogramm heraustreten und in eine Einzelfallregelung mit Außenwirkung transformiert werden. In-

haltlich entscheidet die Feststellung der Aufnahme (oder Nichtaufnahme) eines Krankenhauses in den Plan darüber, ob die betroffene Einrichtung einen Rechtsanspruch auf Finanzierung seiner notwendigen Investitionskosten durch staatliche Fördermittel erhält (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KHG). Die Feststellung über die Aufnahme oder Nichtaufnahme nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KHG wird daher von Literatur und Rechtsprechung ganz einhellig als Verwaltungsakt qualifiziert<sup>17</sup>.

Das Handeln in Form des Verwaltungsaktes allein schließt die Adressateneigenschaft des Ministeriums nach Art. 81 Abs. 1 EG für die hier in Frage stehende Tätigkeit zwar noch nicht aus<sup>18</sup>. Dies erklärt sich aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts, dessen Reichweite nicht von der formalen Ausgestaltung von Rechtsbeziehungen auf mitgliedstaatlicher Ebene abhängig sein kann. Entscheidend ist vielmehr die materielle Einordnung als wirtschaftliches oder genuin hoheitliches Handeln. Nichtwirtschaftlich sind nach der Rechtsprechung des *EuGH* insbesondere solche Tätigkeiten, die einen engen sachlichen Bezug zur Ausübung hoheitlicher Gewalt aufweisen<sup>19</sup>. In seiner *Eurocontrol-Entscheidung* begründete der *EuGH* den nichtwirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit damit, dass sie in ihrer Zweckrichtung zumindest auch oder sogar primär Interessen der Allgemeinheit wahrnimmt und diese Tätigkeit nach Art, Gegenstand und den für sie geltenden Regeln mit der Ausübung von Vorrechten verknüpft ist, die typischerweise hoheitlicher Natur sind<sup>20</sup>. Auf den wirtschaftlichen Charakter einer Tätigkeit deutet demgegenüber der über einen relevanten Markt vermittelte Austausch von Leistung und Gegenleistung hin<sup>21</sup>. Bietet der Staat eine Leistung auf dem Markt an, die in

dieser Weise auch von privaten Wirtschaftsteilnehmern angeboten wird bzw. angeboten werden könnte, geht der *EuGH* von einem wirtschaftlichen Verhalten aus<sup>22</sup>.

Die Zweckrichtung des Krankenhausplans und der in ihm getroffenen Einzelfeststellungen spricht jedoch für die Annahme einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit. Gemäß § 1 KHG und § 1 HKHG besteht die Funktion der Krankenhausbedarfsplanung in der Sicherstellung einer patienten- und bedarfsgerechten stationären Versorgung der Bevölkerung. Das Instrument der Krankenhausplanung wurde entwickelt, um auch in ländlichen, bevölkerungsarmen Gebieten eine Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu gewährleisten. Hierzu sollte der wirtschaftliche

▷

**Für Ihren Terminkalender**

**Qualitätsmanagement aus  
ökonomischer Sicht**

29. Juni 2001

in Frankfurt am Main

Moderation:

Prof. Peter Oberender, Bayreuth

**Deutscher Qualitätstag im  
Gesundheitswesen**

20. Oktober 2001

in Frankfurt am Main

Moderation:

Dr. Erwig Pinter, Hameln

Veranstalter:

pmi Verlag AG

60433 Frankfurt

Telefon: 069-54800017

Fax: 069-54800066

e-mail: pmiverlag@aol.com

▷ Nachteil entsprechender Einrichtungen durch die mit der Aufnahme in den Krankenhausplan verbundene öffentliche Förderung sowie die Einstandspflicht der Krankenkassen ausgeglichen werden. Die Krankenhausbedarfsplanung stellt sich vor diesem Hintergrund als typisches Instrument öffentlicher Da-

### Rechtliche Grundsätze der Organallokation

*Angesichts drückender Organknappheit beendet eine Transplantation zumeist belastende Jahre des Wartens und bedeutet nicht selten die Rettung vor dem Tod.*

*Aber welcher Patient soll eines der knappen Organe vor allen anderen zugeteilt bekommen? Nach welchen Regeln ist zu entscheiden? Sind medizinische ausreichend und non-medizinische zulässig? Ist die Organallokation justitiabel?*

*Erstmalig wird mit diesem Buch aus juristischer Sicht die Praxis der Organallokation mitsamt ihren gesetzlichen, institutionellen und theoretischen Grundlagen bzw. Alternativen umfassend dargestellt.*

*Entstehung und Inhalt des Transplantationsgesetzes finden dabei besondere Berücksichtigung. Ein unumgängliches Werk für jeden, den dieses aktuelle Thema interessiert.*

*Christoph Conrads  
Rechtliche Grundsätze der Organallokation*

*Verteilung des Mangels oder Mängel der Verteilung?*

*2000, 247 S., brosch., 89,- DM  
ISBN 3-7890-6636-2*

*Nomos Universitätschriften –  
Recht, Bd. 346*

seinsvorsorge dar, mit welchem fundamentale Interessen der Allgemeinheit wahrgenommen werden.

Die Wahrnehmung dieser im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe – nämlich der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit stationären Leistungen – gehört zu den typischen staatlichen Aufgaben und begründet keine Adressatenstellung des Ministeriums im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG. Die Eignung dieser Maßnahmen, die Wettbewerbsverhältnisse zu beeinflussen, erlaubt es allein noch nicht, öffentlich-rechtliches Handeln als unternehmerische Tätigkeit zu qualifizieren. Der Staat beeinflusst nämlich in mannigfacher Weise die Wettbewerbsverhältnisse, ohne dass man von einer „Teilnahme am Wirtschaftsverkehr“ sprechen könnte. Dies gilt umso mehr, als das Land Hessen (für das das Ministerium handelt) auf dem Markt für stationäre Krankenhausleistungen nicht selbst als Anbieter oder Nachfrager tätig wird. Vielmehr setzt es durch die Einzelfeststellungen im Krankenhausplan hoheitlich Rahmenbedingungen, innerhalb derer die Leistungserbringung durch die Anbieter erfolgen kann. Nach allem kann das Ministerium mit Blick auf die in Rede stehenden Tätigkeiten nicht als „Unternehmen“ im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG qualifiziert werden.

*b) Landeskrankenhausausschuss und regionale Krankenhauskonferenzen gemäß §§ 20, 21 HKHG als „Unternehmensvereinigungen“ im Sinne von Art. 81 f. EG*

Die Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln könnte sich allerdings unter Berücksichtigung der an der Krankenhausbedarfsplanung beteiligten Selbstverwaltungsgremien ergeben. Das Wettbewerbsrecht greift zwar grundsätzlich dann nicht

ein, wenn der Staat hoheitlich handelt. Wenn aber einem Unternehmen bzw. einer Unternehmensvereinigung die Möglichkeit eingeräumt wird, bestimmte marktrelevante Vorschläge zu machen, welche zur Übernahme in einen staatlichen Hoheitsakt vorgesehen sind, so kann dies die Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts begründen. In der Rechtssache *BNIC/Clair* führt der *EuGH* aus:

„Weiter trägt das BNIC vor, die in seinem Rahmen geschlossenen Vereinbarungen seien nicht bindend; seine Rolle bestehe ausschließlich in der Beratung der Regierungsbehörden; nur diese könnten die Vereinbarungen durch Ministerialverordnung verbindlich machen.“

Im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 (jetzt Art. 81 Abs. 1) brauchen die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden, wenn diese bezweckt, den Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen. Eine Vereinbarung über die Festsetzung eines Mindestpreises für ein Erzeugnis, die den Behörden zu dem Zweck übersandt wird, diesen Mindestpreis zu billigen und für sämtliche Gewerbetreibende auf dem fraglichen Markt für verbindlich erklären zu lassen, bezweckt ihrer Natur nach, den Wettbewerb auf diesem Markt zu verfälschen.

Wie (...) die Kommission zu Recht ausgeführt hat, kann das Handeln einer Behörde, das eine solche Vereinbarung für alle betroffenen Gewerbetreibenden, selbst wenn sie nicht Partei der Vereinbarung sind, verbindlich machen soll, diese Vereinbarung nicht der Anwendung des Artikels 85 Abs. 1 entziehen.“<sup>23</sup>

Trotz Vorliegens einer hoheitlichen Maßnahme kann folglich EG-Wett-

▷ bewerbungsrecht anwendbar sein, wenn der staatliche Rechtsakt im Ergebnis lediglich den von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen getroffenen Vereinbarungen oder Beschlüssen ein öffentlich-rechtliches Gewand verleiht. Die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) des EG-Wettbewerbsrechts wäre gefährdet, wenn kartellrechtswidrige Vereinbarungen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen durch eine formal hoheitliche Ausgestaltung der Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG entzogen werden könnten.

Eine solche Konstellation kann im Bereich „beratender Selbstverwaltungsgremien“ vorliegen, wenn die in diesen Einrichtungen zusammengefassten Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen durch ihre Beschlüsse oder Vereinbarungen einen maßgeblichen Einfluss auf die nachfolgende staatliche Entscheidung ausüben, der es im Ergebnis als gerechtfertigt erscheinen lässt, die jeweilige Maßnahme den beteiligten Unternehmen und nicht der formal – nach außen – handelnden staatlichen Stelle zuzurechnen.

#### *aa) Gegenstand der Mitwirkung des Landeskrankenhausausschusses und der Krankenhauskonferenzen*

Das Bundesrecht sieht die Mitwirkung der an der Krankenhausversorgung Beteiligten bei der Krankenhausbedarfsplanung vor und differenziert dabei zwischen den an der Krankenhausversorgung „unmittelbar Beteiligten“ und den „Beteiligten“. § 7 KHG ordnet mit Blick auf die Krankenhausplanung an:

„Die Landesbehörden (arbeiten) bei der Krankenhausplanung mit den an der Krankenhausversorgung im Lande Beteiligten eng zusammen; das betroffene Krankenhaus ist an-

zuhören. Bei der Krankenhausplanung (...) sind einvernehmliche Regelungen mit den unmittelbar Beteiligten anzustreben“.

Die „unmittelbar Beteiligten“ sind nach dem Hessischen Krankenhausgesetz die *regionalen Krankenhauskonferenzen* (§ 21 HKHG) und der Landeskrankenhausausschuss (§ 20 HKHG). Gemäß § 17 HKHG wirken die Krankenhauskonferenzen und der *Landeskrankenhausausschuss* „bei der Aufstellung“ des Krankenhausplans mit. § 18 Abs. 2 HKHG bestimmt: „Änderungen des Krankenhausplanes, insbesondere die Aufnahme oder die Herausnahme eines Krankenhauses oder einer Fachabteilung aus dem Krankenhausplan und Veränderungen der Planbettenzahl, (...) sind in der zuständigen Krankenhauskonferenz (§ 21) und im Landeskrankenhausausschuss (§ 20) zu behandeln.“

In jedem der sechs hessischen Versorgungsgebiete besteht eine Krankenhauskonferenz, deren Aufgabe es ist, dem Ministerium auf der Grundlage der maßgeblichen Rahmendaten projektbezogene Vorschläge für das betreffende Versorgungsgebiet vorzulegen<sup>24</sup>. Der vom Gesetzgeber hiermit verfolgte Zweck liegt in der „Regionalisierung wichtiger Entscheidungen“, d. h. dem Bemühen, dem Selbstverwaltungsgedanken entsprechend Probleme möglichst in Eigenverantwortung auf lokaler Ebene zu lösen<sup>25</sup>. Demgegenüber soll der Landeskrankenhausausschuss nach dem Willen des Gesetzgebers als oberstes Beratungsgremium des Ministeriums in krankenhausspezifischen Fragen zu allen wichtigen Problemen Lösungen entwickeln und einbringen. Die Mitwirkung erstreckt sich dabei insbesondere auf die Diskussion und Formulierung von Planungszielen und -grundsätzen, die Ausarbeitung

von Vorschlägen zur Anpassung und Weiterentwicklung der Bedarfsplanung sowie die Aufstellung von Investitionsplänen. Bei dem Mitwirkungsgegenstand „Krankenhausplanung“ geht die vom Krankenhausfinanzierungsgesetz vorgeschriebene Beteiligungsform über das bloße „Behandeln“ im Ausschuss hinaus. Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 KHG sind in diesem Bereich einvernehmliche Regelungen mit den unmittelbar Beteiligten anzustreben. Unter dem Anstreben einvernehmlicher Regelungen ist dabei nach dem Willen des Bundesgesetzgebers mehr als die bloße Mitwirkung zu verstehen, nämlich das ernsthafte und unter Beweis zu stellende Bemühen, sich mit den Beteiligten zu einigen<sup>26</sup>.

Der Landeskrankenhausausschuss setzt sich aus drei Vertretern der kommunalen Spitzenverbände, je acht Vertretern der Krankenhausträger und der gesetzlichen Krankenkassen sowie jeweils einem Vertreter des Verbandes der privaten Krankenversicherungen, des Verbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften sowie der Landesärztekammer zusammen (§ 20 Abs. 1 HKHG). Der Krankenhauskonferenz gehören als Mitglieder je ein Vertreter der Landkreise und kreisfreien Städte des Versorgungsgebiets, je acht Vertreter der Krankenhausträger sowie Vertreter der gesetzlichen Krankenkassen an. Die Zahl der Vertreter der Krankenkassen entspricht dabei der – in den einzelnen Versorgungsgebieten unterschiedlichen – Gesamtzahl der Vertreter der Kommunen sowie der Krankenhausträger. Die Vertreter der einzelnen Krankenhausträger werden entsprechend der Anzahl ihrer Planbetten bestellt. Allerdings ist eine „Mindestrepräsentation“ aller Krankenhausformen dadurch ge-

▷ währleistet, dass die Träger der kommunalen, konfessionellen und privaten Krankenhäuser jeweils mindestens einen Vertreter in die Konferenz entsenden (§ 21 Abs. 3 Satz 2 HKHG).

*bb) Keine unabhängigen Sachverständigengremien*

Die Qualifizierung der Krankenhauskonferenzen bzw. des Landeskrankenhause Ausschusses als Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigung käme jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die Ausschuss- bzw. Konferenzmitglieder als im Allgemeininteresse handelnde unabhängige Sachverständige anzusehen wären, die nicht im Interesse einer Marktseite tätig werden<sup>27</sup>. In seiner Rechtsprechung zu Tarifkommissionen schließt der *EuGH* in entsprechenden Fällen die Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln mit der Begründung aus, dass unabhängige Sachverständige gerade nicht als Vertreter von Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen angesehen werden könnten und dass folglich die wettbewerbsrelevante Tätigkeit nicht einem Adressaten im Sinne von Art. 81 f. EG zuzurechnen sei.

In diesem Zusammenhang genügt es jedoch nicht, auf das dem Gemeinwohl verpflichtete System der Krankenhausbedarfsplanung abzustellen, denn dieser übergeordnete Zweck schließt nicht aus, dass die hieran beteiligten Einrichtungen am Wettbewerb teilnehmen und insoweit die allgemeinen Wettbewerbsregeln zu beachten haben<sup>28</sup>. Entscheidend ist vielmehr, ob die Beschlüsse der beteiligten Einrichtungen nur übergeordnete Zwecke der Allgemeinheit verfolgen, ohne den dabei als Mittel dienenden Wettbewerb unmittelbar zu beeinflussen, oder ob sie, wenn auch motiviert durch die übergeord-

neten Zwecke, unmittelbar auf der Ebene des Marktes das Nachfrage- oder Angebotsverhalten eines Marktteilnehmers regeln und deshalb wie Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG wirken. Dass die Abgrenzung in dieser Weise zu suchen ist, macht die Entscheidung in der Rs. C-35/96 deutlich, in der der *EuGH* darüber zu befinden hatte, ob die verbindliche Gebührenordnung eines Verbandes italienischer Zollspediteure mit Art. 81 EG vereinbar sei<sup>29</sup>. Der *EuGH* sah die rechtliche Einkleidung durch den Gesetzgeber für unerheblich an und stellte allein darauf ab, dass der Verband als Zusammenfassung von Einrichtungen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, in deren Interesse tätig geworden ist, ohne dass er wie ein Gremium unabhängiger Sachverständiger das Interesse der Allgemeinheit, das anderer Unternehmen oder das der Marktgegenseite zu berücksichtigen hatte<sup>30</sup>.

Für die Unternehmenseigenschaft der Krankenhauskonferenzen bzw. des Landeskrankenhause Ausschusses kommt es deshalb darauf an, ob die hier zusammengefassten Einrichtungen wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben und ob die Mitglieder der Krankenhauskonferenzen bzw. des Landeskrankenhause Ausschusses nach der ihnen vom Gesetzgeber zugedachten Aufgabe die Interessen privater Wirtschaftsteilnehmer verfolgen oder ob sie unabhängige Belange der Allgemeinheit verwirklichen sollen.

*(1) Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit*

Die in den Konferenzen bzw. im Ausschuss mit jeweils acht Repräsentanten vertretenen Krankenhausträger und Krankenkassen üben gleichermaßen in dem hier relevanten Bereich wirtschaftliche Tätigkei-

ten aus. Für die Krankenhauseinrichtungen, die gegen Entgelt stationäre Behandlungsdienstleistungen erbringen, ergibt sich dies ohne weiteres. Aber auch die gesetzlichen Krankenkassen sind Teilnehmer auf den stationären Versorgungsmärkten: Sie stellen die maßgeblichen Nachfrager der von den zugelassenen Krankenhäusern angebotenen Dienstleistungen dar. Denn anders als in der privaten Krankenversicherung haben die gesetzlichen Krankenkassen ihren Versicherten die medizinisch notwendigen Sach- und Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen. Dies ist Konsequenz des die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung beherrschenden Sachleistungsprinzips (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Dieses Prinzip verpflichtet die Träger der gesetzlichen Krankenkassen, Leistungen gegenüber ihren Versicherten grundsätzlich als Naturalleistungen zu gewähren. Die gesetzlichen Krankenkassen dürfen sich also nicht darauf beschränken, den Versicherten die durch die Inanspruchnahme medizinischer Leistungen entstehenden Kosten zu erstatten. Sie haben vielmehr die für die Erbringung der medizinischen Leistungen erforderlichen Verträge mit den Leistungserbringern zu schließen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 SGB V) und die anfallenden Kosten zu tragen. Wer aber seine sozialen Zwecke mit Sachleistungen erfüllt, muss diese auf dem relevanten Markt nachfragen; er ist Marktteilnehmer, der die allgemeinen Wettbewerbsregeln zu achten hat<sup>31</sup>. Damit bilden nicht etwa die Patienten selbst, sondern die gesetzlichen Krankenkassen die maßgeblichen Nachfrager der von den Krankenhauseinrichtungen angebotenen Dienstleistungen und stellen die Marktgegenseite zu den Leistungserbringern – hier also den Krankenhäusern – dar.

▷

Sowohl Krankenhauseinrichtungen als auch die gesetzlichen Krankenkassen sind demnach als Anbieter und Nachfrager auf den stationären Versorgungsmärkten engagiert. Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob Beschlussfassungen im Landeskrankenhausausschuss bzw. in den regionalen Krankenhauskonferenzen über die Aufnahme oder Nichtaufnahme von Krankenhauseinrichtungen in den Krankenhausplan bzw. über die Planbettenerhöhung wirtschaftliche Tätigkeiten darstellen. Dies ist aus folgenden Gründen zu bejahen:

Zwar nehmen die Selbstverwaltungseinrichtungen nicht selbst am Austausch von Leistungen und Gegenleistungen auf dem Markt für stationäre Leistungen teil. Die Mitglieder dieser Einrichtungen vertreten aber die Interessen der Krankenhäuser und Krankenkassen, die ihrerseits die Angebots- und Nachfrageseite auf dem relevanten Markt bilden. Dass es sich vor diesem Hintergrund bei der Beschlussfassung über Aufnahme oder Nichtaufnahme einer Krankenhauseinrichtung in den Bedarfsplan um eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG handelt, ergibt sich schon aus der Funktion dieser Beschlüsse. Die Zuteilung oder Nichtzuteilung von Planbetten stellt nämlich aus der Sicht der Krankenkassen und der Krankenhauseinrichtungen sowie nach ihrer Auswirkung am Markt eine über die Nachfragegarantie bzw. den Nachfrageausschluss (§ 108 SGB V i.V.m. § 8 KHG) bewirkte Maßnahme zur Absatzsicherung bzw. -beschränkung dar. Gleichzeitig bewirkt sie eine zumindest mittelbare Festsetzung der Marktzutrittsmöglichkeiten für die betroffene Einrichtung. Die Gestaltung oder zumindest „die zielgerichtete Beeinflussung der Ab-

satzmöglichkeiten für eine im Markt von der Marktgegenseite erbrachte wirtschaftliche Leistung (hier die Erbringung von stationären Leistungen) ist aber auch ihrerseits immer eine wirtschaftliche Tätigkeit<sup>32</sup>. Dies gilt erst Recht dann, wenn die Beeinflussung der Absatzmöglichkeiten nicht von der Marktgegenseite, sondern von konkurrierenden Unternehmen ausgeht.

Die Beeinflussung der Absatzmöglichkeiten für Krankenhausleistungen ist auch nicht bloßer Reflex, sondern erklärtes Ziel der Krankenhausbedarfsplanung. Die Planung soll eine bedarfsgerechte Versorgung – also ein ausreichendes Leistungsangebot – sicherstellen. Gleichzeitig dient sie der Realisierung einer möglichst wirtschaftlichen Versorgungsstruktur. Hierzu greift die Krankenhausbedarfsplanung dergestalt in den Teilmarkt für stationäre Versorgung im Rahmen der gesetzlichen Krankenkassenversicherung ein, dass die Leistungsangebote nicht aufgenommener Einrichtungen zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen nicht in Anspruch genommen werden können.

Ferner ist zu beachten, dass Absatzbeschränkungen in Folge der Nichtaufnahme in den Krankenhausplan viel einschneidender wirken als z. B. negative Produktempfehlungen. Da sich derzeit rund 92% der Bevölkerung in der gesetzlichen Krankenversicherung befinden und damit den mit der Krankenhausbedarfsplanung verbundenen Absatzbeschränkungen zumindest indirekt unterliegen, geht bei realitätsnaher funktionaler Betrachtung von Beschlüssen über die Aufnahme oder Nichtaufnahme einer Krankenhauseinrichtung eine imperative Angebotsregulierung aus. Einrichtungen, die nicht in dem Positiv-Katalog „Krankenhausplan“ erfasst werden.

▷

## APOTHEKE & RECHT

*Aus dem Inhalt Heft 11/2001*

- *Zertifizierungsliste*
- *Zur Anwendung des apothekenrechtlichen Fremd- und Mehrbesitzverbots bei Vertragsgeflechten*
- *Verordnung per Rezept: Rechtsqualität von Nahrungsergänzungsmitteln bleibt unverändert*
- *Mittel zur Krankenpflege, die im Sinne des § 25 Nr. 2 ApBetrO in der Apotheke in Verkehr gebracht werden dürfen*
- *Anwendungsbereich des Apothekengesetzes*
- *Erlaubnis zum Betrieb einer Rezeptsammelstelle: Auswahl unter konkurrierenden Bewerbern*
- *Fragebogenaktion*

*Apotheke & Recht*  
erscheint 6 × jährlich und ist  
für DM 280,- incl. MwSt.  
zzgl. Porto und Verpackung zu  
beziehen bei:

*pmi Verlag AG*  
August-Schanz-Straße 8  
D-60433 Frankfurt  
Tel: 069-548000-0  
Fax: 069-54800066  
e-mail: [pmiVerlag@aol.com](mailto:pmiVerlag@aol.com)



▷ besitzen – infolge der künstlich reduzierten Nachfrage – kein relevantes Marktbehauptungspotenzial. Dadurch üben die in Rede stehenden Maßnahmen der Krankenhausbedarfsplanung zugleich einen massiv investitionslenkenden Einfluss aus. Damit sind die in Rede stehenden Maßnahmen bei rechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtung als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG zu bewerten.

### *(2) Möglichkeit zur Verfolgung privater, nicht öffentlicher Interessen*

Bei der Ausübung dieser wirtschaftlichen Tätigkeit handeln die Mitglieder des Landeskrankenhauseinrichtungs- sowie der regionalen Krankenhauskonferenzen nicht als unabhängige Sachverständige. Die Bestellung der für die Kostenträger- und die Leistungserbringerseite in den Ausschuss bzw. die Konferenzen entsandten Vertreter obliegt nicht staatlichen Stellen, sondern den durch sie repräsentierten Interessengruppen. Weder im Krankenhausfinanzierungsgesetz noch im Hessischen Krankenhausgesetz finden sich Regelungen, die geeignet oder dazu bestimmt wären, die Unabhängigkeit der Mitglieder sicherzustellen (z. B. Weisungsfreiheit, Offenlegungspflicht persönlicher oder beruflicher Beziehungen zu der entsendenden Seite, Verpflichtung zum Handeln im Allgemeinwohl). Die Mitglieder werden durch die gesetzlichen Regelungen in keiner Weise daran gehindert, im ausschließlichen Interesse der sie entsendenden Unternehmen zu handeln. Auch unter Berücksichtigung des Zwecks und der Konzeption von Landeskrankenhauseinrichtungs- und Krankenhauskonferenzen nehmen die Vertreter der Krankenhauseinrichtungen sowie der Krankenkassen ihre Aufgaben nicht unparteiisch,

sondern im Rahmen der vorgegebenen Interessen der sie entsendenden Seite wahr.

Allenfalls stellt sich die Frage, ob die Beteiligung von Nachfragern und Anbietern in den in Frage stehenden Einrichtungen diese zu Sachverständigengremien macht, die nicht die Interessen einer Marktseite repräsentieren, sondern objektiv und unabhängig nach übergreifenden Maßstäben urteilen. Die Präsenz beider Marktseiten in den Einrichtungen spielt jedoch im vorliegenden Zusammenhang nur eine untergeordnete Rolle. Vorliegend steht nämlich nicht die Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit einer Marktseite durch kollusives Zusammenwirken der Marktgegenseite in Frage. Vielmehr geht es um die Aufteilung stationärer Versorgungsmärkte und deren Abschottung gegenüber den Markteintritt beabsichtigenden Anbietern durch die in den Einrichtungen vertretenen Wettbewerber. Daher bleibt die gleichgewichtige Präsenz beider Marktseiten in den Krankenhauskonferenzen bzw. im Landeskrankenhauseinrichtungs- Ausschuss unerheblich. Entscheidend ist allein die über die Mitwirkung in den Gremien vermittelte Fähigkeit einzelner Marktteilnehmer, durch kollusives Zusammenwirken der von ihnen entsandten Vertreter die eigenen wirtschaftlichen Interessen zu Lasten anderer, in den Gremien nicht durch eigene Vertreter repräsentierter Marktteilnehmer zu fördern. Da die gesetzlichen Bestimmungen gegen eine derartige unternehmensspezifische Interessenwahrnehmung keine wirksamen Vorkehrungen treffen, können die Ausschuss- bzw. Konferenzmitglieder nicht als unabhängige Sachverständige qualifiziert werden, deren Beschlüsse nur übergeordnete Zwecke der Allgemeinheit verfolgen. Schon die bloße Möglichkeit zur

Verfolgung primär singulärer (Unternehmens-)Interessen durch die Mitglieder beratender Einrichtungen schließt deren Einordnung als unabhängige Sachverständige aus.

Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass in einem auf das EG-Wettbewerbsrecht gestützten Verfahren ein nationales Gericht oder – etwa im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens – der *EuGH* mit Blick auf die in den Krankenhauskonferenzen und im Landeskrankenhauseinrichtungs- Ausschuss vertretenen Krankenhauseinrichtungen diese Gremien als Unternehmensvereinigungen qualifizieren und damit ihre Adressateneigenschaft im Sinne von Art. 81 f. EG bejahen würde.

### *(3) Bestimmender Einfluss auf staatliche Entscheidung*

Die vorausgegangenen Überlegungen zur Qualifizierung des Landeskrankenhauseinrichtungs- Ausschusses sowie der regionalen Krankenhauskonferenzen rechtfertigten jedoch nur dann die Annahme einer Adressateneigenschaft der Selbstverwaltungsgremien nach Art. 81 Abs. 1 EG, wenn der von ihnen auf die staatliche Entscheidung im Rahmen der Krankenhausbedarfsplanung ausgeübte Einfluss es im Ergebnis als gerechtfertigt erscheinen ließe, die jeweilige Maßnahme den beteiligten Unternehmen zuzurechnen.

Bei bloß formaler Betrachtung der gesetzlichen Regelungen kann ein solcher Einfluss nicht überzeugend begründet werden. Die Einrichtungen „Landeskrankenhauseinrichtungs- Ausschuss“ sowie „Krankenhauskonferenzen“ sind als Beratungsgremien des zuständigen Ministeriums konzipiert. Das Letztentscheidungsrecht für alle Fragen betreffend die Krankenhausbedarfsplanung verbleibt beim Ministerium. § 18 HKHG bestimmt

> ausdrücklich: „Aufnahme und Nichtaufnahme in den Krankenhausplan (...) stellt das für das Gesundheitswesen zuständige Ministerium fest“. Das Letztentscheidungsrecht des Ministeriums wird auch nicht durch die in § 7 Abs. 1 Satz 2 KHG statuierte Pflicht, einvernehmliche Regelungen mit den unmittelbar Beteiligten anzustreben, in Frage gestellt. Zumindest im Rahmen der Entscheidung über die Feststellung der Aufnahme oder Nichtaufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausbedarfsplan nach § 8 Abs. 1 KHG steht der zuständigen Behörde weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum zu. Soweit in diesem Zusammenhang nur eine gesetzeskonforme Entscheidung möglich ist, löst ein fehlendes Einvernehmen mit den Selbstverwaltungsgremien keine Rechtsfolgen aus<sup>33</sup>.

Fraglich ist aber, ob die Beschlüsse der Selbstverwaltungsgremien im Rahmen der Krankenhausbedarfsplanung nicht einen tatsächlich bestimmenden Einfluss auf die staatliche Entscheidung ausüben. Das EG-Wettbewerbsrecht, insbesondere das Kartellverbot nach Art. 81 Abs. 1 EG, sanktioniert nicht förmliche Rechtshandlungen, sondern vielmehr Verhaltensweisen, die tatsächlich (wirtschaftlich) wettbewerbsbeeinträchtigende Effekte zeitigen. Dies könnte vorliegend vor allem im Bereich der Planungsentscheidungen gemäß Art. 8 Abs. 2 Satz 2 KHG der Fall sein, wenn „bei notwendiger Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern (...) die zuständige Landesbehörde unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenträger nach pflichtgemäßen Ermessen (entscheidet), welches Krankenhaus den Zielen der Krankenhausplanung des Landes am besten gerecht wird.“

Bei den nach § 8 Abs. 1 Satz 2 KHG zu treffenden Entscheidungen ist nämlich zwischen zwei Entscheidungsstufen zu differenzieren: Auf der ersten Stufe kommt es nach § 1 Abs. 1 KHG darauf an, welche vorhandenen Krankenhäuser für eine bedarfsgerechte Versorgung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu sozial tragbaren Pflegesätzen geeignet sind. Auf dieser Stufe kommt der zuständigen Behörde nach ständiger Rechtsprechung weder ein Gestaltungs- oder Handlungsermessen noch ein Beurteilungsspielraum zu. Die Entscheidungen über die Bedarfsdeckung im Rahmen der ersten Stufe unterliegen der vollen gerichtlichen Überprüfung<sup>34</sup>. Auf der zweiten Stufe besitzt die zuständige Behörde hingegen einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum, der seitens der im Landeskrankenhausausschuss bzw. in den Krankenhauskonferenzen vertretenen Unternehmen im Rahmen der tatsächlichen Einflussnahme als „Einfallstor“ für EG-wettbewerbsrechtswidrige Maßnahmen missbraucht werden könnte.

An dieser Stelle kann nicht abschließend beurteilt werden, ob seitens der „Beratungsgremien“ tatsächlich ein maßgeblicher Einfluss auf die Entscheidungen gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG ausgeübt wird. Immerhin bestehen hierfür einige Anhaltspunkte. So weist das Hessische Gesundheitsministerium in einem Bescheid vom 16. April 1997, mit dem der Antrag einer neuen Krankenhauseinrichtung auf Aufnahme in den Plan abgelehnt wurde, darauf hin, dass „dem Ausbau eines leistungsfähigen Herzzentrums grundsätzlich der Vorzug vor einem Neubau beizumessen“ sei. Diese „Grundsatzentscheidung“ des Ministeriums findet weder im Krankenhausfinanzierungsgesetz noch im

### **Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegesatzverordnung und Folgerecht**

*Seit seinem Inkrafttreten im Jahre 1972 wird das Krankenhausfinanzierungsgesetz und das Folgerecht fortwährend geändert und ergänzt; weitere Reformen sind zu erwarten. Tiefgreifende Änderungen haben bisher das Krankenhaus-Neuordnungsgesetz, das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), das Gesundheitsreformgesetz, das Gesundheitsstrukturgesetz, das Stabilisierungsgesetz 1996, das 2. GKV-Neuordnungsgesetz, das Erlösbegrenzungs-gesetz 1999 und das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 mit sich gebracht. Das Krankenhausfinanzierungsrecht wird damit zunehmend differenzierter, komplizierter und unüberschaubarer, bevor ab dem Jahr 2003 durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 ein durchgängiges pauschales Vergütungssystem vorgegeben wird.*

*Für den Praktiker in der Krankenhausverwaltung, bei Krankenkassen, Ärztkammern usw. ist es daher unerlässlich, stets einen umfassend aktuellen und zuverlässigen Ratgeber zur Hand zu haben, wie er sich mit dem bewährten Praxis-Kommentar „Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegesatzverordnung und Folgerecht“ anbietet.*

*Kommentar, 1976, Stand 2000, Loseblattausgabe, 1934 Seiten, Format 16,5 cm × 23,5 cm, Preis einschließlich zwei Kunststoffordnern 238,- DM*

*ISBN 3-88061-546-2*

*Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co., Walluf*

▷



Hessischen Krankenhausgesetz eine sachliche Rechtfertigung. Dies wäre aber vor allem vor dem Hintergrund zu erwarten, dass eine solch grundsätzliche Weichenstellung im Bereich der Krankenhausbedarfsplanung praktisch eine *Marktzutrittsbarriere* für erstmals in den Wettbewerb eintretende Krankenhäuser darstellt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Vertreter der Krankenhausträger in den regionalen Krankenhauskonferenzen entsprechend der Anzahl ihrer Planbetten bestellt werden. Bestehende Einrichtungen nehmen also schon aufgrund ihrer Vertretung in der Krankenhauskonferenz eine gegenüber ihren neu in den Markt eintretenden Wettbewerbern bevorzugte Stellung ein. Diese Position erlaubt es ihnen, bei Auswahlentscheidungen zwischen mehreren geeigneten Krankenseinrichtungen die erforderliche Abwägung zu ihren Gunsten zu beeinflussen.

In einer Parlaments-Information der SPD-Fraktion im Hessischen Landtag vom 24. März 1998 wird der

### Laborparameter

*Laborergebnisse sind mehr als Zahlen, die in die Patientenkurve eingetragen werden: sie zeigen den aktuellen Gesundheitszustand auf! Daher ist es wichtig, die Werte richtig zu bewerten und zu interpretieren. Das kann der, der die Zusammenhänge versteht – und diese erklärt Herr Oehl in seinem Buch.*

#### Laborparameter

*Ein Kurzlehrbuch für Pflegeberufe  
Von Wolfgang Oehl, Würselen  
2000. XII. 130 S., 11 Tab., kt. DM  
24,-. ISBN 3-8047-1774-8  
Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH, Stuttgart*

SPD-Abgeordnete Heinz Rauber mit folgendem, hier auszugsweise wiedergegebenen Redebeitrag zum „Antrag der Fraktion der CDU betreffend Herzzentrum Frankfurt am Main“ wiedergegeben:

„Alle Betten in der Herzchirurgie sind in Hessen einvernehmlich in den regionalen Krankenhauskonferenzen ausgehandelt worden. (...) Bettenbedarfsplanung ist ein sensibler, in demokratische Entscheidungsstrukturen eingebundener Prozess, an dessen Ende erst das Land Hessen in Erscheinung tritt.“

Die Zuteilung von Planbetten in Hessen vollzieht sich demzufolge gerade nicht auf der Entscheidungsebene des an sich zuständigen Ministeriums. Vielmehr werden Belegbetten in den regionalen Krankenhauskonferenzen „ausgehandelt“. Dass negative Entscheidungen zu Lasten neuer Einrichtungen dabei nicht immer mit „Gesetz und Recht“ übereinstimmen, haben zuletzt einige Entscheidungen Hessischer Verwaltungsgerichte gezeigt, mit denen das Land verpflichtet wurde, die klagenden Einrichtungen entgegen der behördlichen Entscheidung mit einer bestimmten Bettenzahl in den hessischen Krankenhausplan aufzunehmen<sup>35</sup>.

Ein bestimmender Einfluss der regionalen Krankenhauskonferenzen auf die staatlichen Entscheidungen im Rahmen der Krankenhausbedarfsplanung kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Verbotstatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG auch solche Verhaltensweisen erfasst, die eine Wettbewerbsbeschränkung „bezwecken“, sie aber nicht tatsächlich „bewirken“. Die Anforderungen an den Grad der tatsächlichen Einflussnahme des unternehmerischen Verhaltens auf die staatliche Entschei-

dung dürfen vor diesem Hintergrund nicht zu hoch gesteckt werden, da ansonsten Umgehungen der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften drohten. Freilich müsste eine Krankenseinrichtung, die sich unter Berufung auf wettbewerbsrechtliche Einwände gegen die Rechtmäßigkeit der gegenwärtigen Krankenhausbedarfsplanung wendete, z. B. anhand des verfügbaren Datenmaterials einen unmittelbaren Konnex zwischen dem Beschlussverhalten der Kartellmitglieder und den Planbettenzuweisungen des Ministeriums nachweisen.

### 2. Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG

Sollte ein entsprechender Nachweis gelingen, so wäre weiterhin eine „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung“ des Wettbewerbs im Sinne von Art. 81 EG darzulegen.

Die Beschlüsse der Krankenhauskonferenzen – soweit sie die Verteilung von Planbetten betreffen – beziehen ihre kartellrechtliche Relevanz insbesondere aus der Mitwirkung der Krankenhausträger. Die Krankenhauskonferenz ermöglicht es den Vertretern der dort repräsentierten Krankenseinrichtungen ihr Abstimmungsverhalten bei der „Aushandlung“ von Planbettenkontingenten zur Durchsetzung bestimmter Zuweisungsergebnisse zu koordinieren und bietet insoweit eine Plattform zur Bildung eines „Planbettenkartells“.

Dabei ist auch das spezifische Interesse der gesetzlichen Krankenkassen zu berücksichtigen. Deren grundsätzliches Interesse im Rahmen der Krankenhausbedarfsplanung zielt auf die Verhinderung einer Ausweitung der Planbettenkon-



▷ tingente. Vor diesem Hintergrund ist es zumindest vorstellbar, dass die in der Konferenz vertretenen Krankenkassen und Krankenhäuser dergestalt kollusiv zusammenwirken, dass Zugeständnisse der Krankenhauseseite bei der Festlegung der Planbettengesamtzahl eine Bevorzugung der in der Konferenz vertretenen Krankeneinrichtungen bei der Planbettenzuweisung zur Folge haben. Einvernehmlichen Vorschlägen zum Planbettengesamtbedarf sowie zur konkreten Planbettenzuweisung dürfte das Ministerium in seiner Entscheidungsfindung aber kaum unberücksichtigt lassen.

Ein Planbettenkartell, gebildet aus den in den Konferenzen vertretenen Krankeneinrichtungen und Krankenkassen, verfügte vor diesem Hintergrund mit dem Mittel der Planbettenzuweisung über ein Instrument, das es ihm erlaubte, den stationären Versorgungsmarkt in der gesetzlichen Krankenversicherung aufzuteilen und so die Auslastung der Bettenkapazitäten der am Kartell beteiligten Krankenhäuser sicherzustellen. Gleichzeitig wäre es den Kartellteilnehmern möglich, den Marktzutritt für ihre Wettbewerber zu beschränken bzw. auszuschließen. Das Instrument der Planbettenzuweisungen könnte folglich in der Hand der Kartellteilnehmer als Beschränkungsmechanismus zu Lasten von neu in den Wettbewerb eintretenden Krankeneinrichtungen und damit wie eine künstliche Marktzutrittsbarriere missbraucht werden. Dies bewirkte eine künstliche Beeinflussung der Wettbewerbsstruktur und verfälschte – zumindest auf dem Teilmarkt für stationäre Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung – den Wettbewerb. Für den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG reicht es dabei schon aus, dass eine

Maßnahme grundsätzlich geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung bzw. -verfälschung herbeizuführen.

### 3. Wettbewerbsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten

Fraglich ist, ob die in Rede stehende wettbewerbsrechtswidrige Verhaltensweise geeignet wäre, den Wettbewerb *zwischen den Mitgliedstaaten* im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG zu beeinträchtigen.

Unter der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist nach ständiger Rechtsprechung jegliche Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels zu verstehen<sup>36</sup>. Dies ist der Fall, wenn sich anhand objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die beanstandete Maßnahme den Wirtschaftsverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell beeinflusst und dadurch dem Binnenmarkt hinderlich sein kann<sup>37</sup>. Um den Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern, muss der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffene Markt allerdings eine gewisse Mindestgröße haben. Diese Voraussetzung ist nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* jedenfalls dann erfüllt, wenn sich die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstreckt<sup>38</sup>.

Die in Rede stehenden Beschlüsse der Krankenhauskonferenzen beziehen sich jedoch nur auf das hessische Landesgebiet, im engeren Sinne sogar nur auf das jeweilige Versorgungsgebiet. Fraglich ist daher, ob eine Beschränkung des grenzüberschreitenden Handels auch dann möglich ist, wenn das kartellrechtswidrige Verhalten nur lokal oder regional<sup>39</sup> tätige Wettbewerber beein-

trächtig<sup>40</sup>. In seiner Rechtsprechung zum Missbrauchstatbestand gemäß Art. 82 EG hat der *EuGH* auch größere Teilregionen eines Mitgliedstaats als „wesentliche Teile des Gemeinsamen Marktes“ anerkannt. So hat er etwa den Raum Süddeutschland, zumindest für den Zuckermarkt, als wesentlichen Teil qualifiziert, weil auf diese Region ein Anteil von 5% des Gesamtzuckerverbrauchs in der Gemeinschaft entfällt<sup>41</sup>. Ob eine Region eine entsprechende Qualifizierung rechtfertigt

▷

### Handbuch Reha- und Versorgungseinrichtungen 2001

*Mit 730 Klinikdarstellungen und 400 Ortsbeschreibungen ist das Handbuch als Nachschlagewerk für Ärzte nahezu unverzichtbar, wenn es um das Thema Vorsorge, Kur und Rehabilitation geht.*

*Das Handbuch ist klar und übersichtlich strukturiert: im alphabetisch nach Bundesländern und Orten gegliederten Hauptteil stellen sich die Einrichtungen mit ausführlicher Beschreibung ihrer Leistungen und Therapieangebote vor. Zusätzlich finden sich umfassende Informationen über Ausstattung (Bettzahl, TV, Radio, behindertengerechte Zimmer, Schwimmbad etc.), Kostenträger, Versorgungsverträge oder auch Freizeitmöglichkeiten.*

*Im Indikationenverzeichnis mit 25 Hauptgruppen werden unter der jeweiligen Indikation, z. B. orthopädische Erkrankungen, die entsprechenden Einrichtungen aufgeführt.*

*Handbuch Reha- und Versorgungseinrichtungen  
DM 29,00 zzgl. MwSt. plus Verpackung  
MediMedia GmbH  
Neu-Isenburg*

▷ tigt, entscheidet dabei nicht allein die räumliche Ausdehnung, sondern auch die wirtschaftliche Bedeutung des betroffenen Gebietes, die sich z. B. aus der Zahl seiner Einwohner und deren Kaufkraft ergibt<sup>42</sup>. Hessen gehört zu den bevölkerungsreichsten und einkommensstärksten Ländern in Deutschland. Insbesondere seine im Vergleich hohe Bevölkerungsdichte stellt einen für die Ansiedlung von Krankenhauseinrichtungen maßgeblichen Faktor dar. Zu berücksichtigen ist auch, dass in Fällen, in denen ein kartellrechtswidriges Verhalten für sich betrachtet nur kleinere (regionale) Teilmärkte erfasst und daher nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, gleichwohl zu prüfen ist, ob sich dieser Effekt im Zusammenspiel mit einem *Bündel gleichartiger Vereinbarungen* auf räumlich benachbarten Märkten ergibt<sup>43</sup>. Sollten also in den einzelnen Versorgungsgebieten in Hessen ähnliche Praktiken hinsichtlich der Marktaufteilung im Bereich der stationären Versorgung bestehen und dadurch eines der bevölkerungsreichsten deutschen Länder oder zumindest einzelne Ballungsgebiete – in Hessen also z. B. das Rhein-Main-Gebiet – wirksam gegenüber dem Marktzutritt von Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten abgeschottet werden, so wäre von einer zumindest potentiellen Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels auszugehen. Denn hierdurch würde der Marktzutritt potentieller EG-ausländischer Anbieter und damit die mit dem Binnenmarkt angestrebte Verflechtung der nationalen Märkte behindert<sup>44</sup>.

Dem kann nicht entgegeng gehalten werden, dass grenzüberschreitende Niederlassungen EG-ausländischer Krankenhausträger in Deutschland wegen des hohen Maßes staatlicher

Regulierung bisher noch die seltene Ausnahme darstellen. Der Umstand, dass der innergemeinschaftliche Handel mit einem Produkt gering ist, steht der Annahme einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten nicht entgegen<sup>45</sup>. Grundsätzlich gilt, dass Art. 81 EG den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr schützt, auch wenn dieser wegen handelshemmender staatlicher Regulierungen nur in geringem Maße möglich ist<sup>46</sup>. Ohnehin kann der zwischenstaatliche Handel um so mehr von einer Absprache beeinträchtigt werden, je schwächer er ist<sup>47</sup>.

Für die Erfüllung der Zwischenstaatlichkeitsvoraussetzung nach Art. 81 Abs. 1 EG könnte schließlich eingewandt werden, dass der mit dem EG-Wettbewerbsrecht bezweckte Schutz der Marktintegration<sup>48</sup> nicht mehr gewährleistet wäre, wenn es Marktteilnehmern gestattet würde, sich durch Kartellvereinbarungen exklusive – wenn auch regional beschränkte – Märkte zu sichern. Dies gilt umso mehr, als durch die Aufteilung in Versorgungsgebiete klar abgegrenzte Märkte geschaffen werden, in denen durch Kartellabsprachen zugunsten der in den Konferenzen vertretenen Marktteilnehmer oligopolartige Strukturen geschaffen werden können.

Nach allem stünde im Falle kartellrechtswidriger Absprachen in den Krankenhauskonferenzen die Zwischenstaatlichkeitsklausel der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln nicht entgegen.

### III. Ergebnisse und Konsequenzen

(1) Ein Konflikt der Krankenhausbedarfsplanung mit dem EG-Wett-

bewerbsrecht kann für die Zukunft nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Insbesondere die Mitwirkung der in den regionalen Krankenhauskonferenzen sowie im Landeskrankenhauseusschuss vertretenen Leistungserbringer an den Planungsentscheidungen eröffnet im Rahmen der gegenwärtigen Rechtsgrundlagen die Möglichkeit für wettbewerbsrechtswidrige Verhaltensweisen. So besteht die Möglichkeit, dass die in den regionalen Krankenhauskonferenzen repräsentierten Krankenhausträger als Vertreter einzelner Anbieter stationärer Leistungen sowie die Krankenkassen als Nachfrager dieser Dienstleistungen in diesen Gremien in kartellförmiger Weise zusammenwirken und dadurch Einfluss auf die Aufnahme bzw. Nichtaufnahme von Krankenhauseinrichtungen in den Krankenhausplan sowie auf die Zuweisung von Planbetten nehmen. Die Mitgliedern des Kartells könnten auf diesem Wege versuchen, den Markt für stationäre Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung untereinander aufzuteilen. Außerdem wäre es den Kartellteilnehmern hierdurch möglich, den Zugang ihrer Wettbewerber zu diesem Markt zu beschränken bzw. auszuschließen. Dies führte zu einer künstlichen Beeinflussung der Wettbewerbsstrukturen auf dem relevanten Markt. Die sich als Folge ergebende Marktabschottung beeinträchtigte den innergemeinschaftlichen Handel, da potentielle EG-ausländische Anbieter wirksam vom Marktzutritt ausgeschlossen würden.

(2) Sollten einzelne Entscheidungen der zuständigen Behörde über die Aufnahme einer Krankenhauseinrichtung in den Krankenhausplan oder über die Zuweisung von Belegbetten auf kartellrechtswidrige Be-

▷ schlüsse der in den Krankenhauskonferenzen vertretenen Unternehmen (Krankenhäuser und Krankenkassen) zurückgeführt werden können, so wären diese gemäß Art. 81 Abs. 2 EG nichtig, ohne dass es einer gesonderten gerichtlichen oder behördlichen Feststellung bedürfte. Da Art. 81 Abs. 1 EG als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB anerkannt ist, könnten Gesellschaften, denen in Folge der kartellrechtswidrigen Beschlüsse ein Schaden entstanden ist (Einkommenseinbußen in Folge der Nichtaufnahme in den Krankenhausplan), Schadensersatz vor den nationalen Gerichten geltend machen. Einen Anspruch auf Zuweisung von Planbetten oder auf Aufnahme in den Plan begründet Art. 81 EG hingegen nicht.

(3) Neben einem klageweisen Vorgehen vor den innerstaatlichen Gerichten bestünde weiterhin die Möglichkeit einer *Kartellbeschwerde* bei der Europäischen Kommission gemäß Art. 3 VO 17/62 (Antrag auf Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG). Beschwerdebefugt sind neben den Mitgliedstaaten Personen und Personenvereinigungen, soweit sie ein berechtigtes Interesse darlegen können (Art. 3 Abs. 2 lit. b VO 17/62). Das berechtigte Interesse ist gegeben, wenn ein Unternehmen durch eine Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist oder sein kann. Die Befassung des EuGH mit der vorliegenden Problematik könnte durch ein Vorlageersuchen eines innerstaatlichen Gerichts gemäß Art. 234 EG erfolgen.

<sup>1</sup> EuGH, Rs. C-158/96 (Raymond Kohl/Union des caisses de maladie), NJW 1998, S. 1771 ff.

<sup>2</sup> EuGH, Rs. C-120/95 (Nicolas Decker/Caisse de maladie des employés privés), NJW 1998, S. 1769 ff.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu z. B. Pitschas, Deutsches und europäisches Gesundheitsrecht zwischen öffent-

lich-rechtlicher Wettbewerbsordnung und Verbraucherschutz. Soziale Krankenversicherung als Ausnahmereich des Art. 86 Abs. 2 EGV, Zeitschrift für Sozialreform 2000, S. 475 ff.

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Juli 1999 – U (Kart) 36/98, Pharma Recht 1999, S. 283 ff.

<sup>5</sup> LG Hamburg, Urteil vom 31.3.1999 – 315 O 129/99, MedR 1999, S. 268. Die Entscheidung wurde in der Berufungsinstanz mittlerweile durch das Hanseatische OLG bestätigt (Urteil vom 19.10.2000 – 3 U 200/99; vgl. auch OLG München, Urteil vom 20.1.2000 – U (K) 4428/99).

<sup>6</sup> LG Hamburg, Beschluss vom 14.12.1999 – 315 O 839/99.

<sup>7</sup> Grünewald/Wettstein-Grünewald, Krankenhausfinanzierungsrecht, Stand 08/00, K 61, S. 1 f.

<sup>8</sup> Auch nicht unter dem Gesichtspunkt ersparter Aufwendungen in Höhe der Kosten, die in einem zugelassenen Krankenhaus entstanden wären; vgl. dazu BSG v. 21. November 1991 – 3 RK 17/90, SGB 1992, S. 322 mit abl. Anm. Meydam, SGB 1992, S. 299, 301.

<sup>9</sup> Klückmann, in: Hauck/Hannes, Sozialgesetzbuch SGB V, Bd. 2, K § 108, Rn. 3.

<sup>10</sup> Broermann/Moll sprechen von einer „faktisch existenzsichernden Wirkung“, Broermann/Moll, Kommentar zum Hessischen Krankenhausgesetz 1989, 1995, § 18, S. 6.

<sup>11</sup> Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 4. Aufl. 1993, Art. 85 Abs. 1, Rn. 5; Roth/Ackermann, in: Glassen/Bauer, Frankfurter Kommentar zum GWB, 2000, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 10.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-41/90 (Höfner-Elser/Macrotron GmbH), Slg. 1991, S. I-1979, 2016; EuGH, Rs. C-159/91 u. C-160/91 (Poucet et Pistre), Slg. 1993, S. I-637, 669.

<sup>13</sup> Vgl. auch Art. 1 des Protokolls Nr. 22 zum Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum, wonach ein „Unternehmen“ als „jedes Rechtssubjekt, das eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit ausübt“, definiert wird; BGBl. II 1993, S. 267.

<sup>14</sup> Roth/Ackermann (o. Fußn. 11), Rn. 14 f.

<sup>15</sup> Roth/Ackermann (o. Fußn. 11), Rn. 11 ff.

<sup>16</sup> Roth/Ackermann (o. Fußn. 11), Rn. 13.

<sup>17</sup> BVG 60/4, S. 271; Broermann/Moll (o. Fußn. 10), § 18 S. 6.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. 41/83 (Italien/Kommission), Slg. 1985, S. 873, 885.

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-343/95 (Diego Cali), Slg. 1997, S. I-1547, 1588.

<sup>20</sup> EuGH, Rs. C-364/92 (SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol), Slg. 1994, S. 43, 63.

<sup>21</sup> Weiß, in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EUV/EGV, 1999, Art. 81, Rn. 35.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-41/90 (Höfner-Elser/Macrotron GmbH), Slg. 1991, S. I-1979, 2016.

<sup>23</sup> EuGH, Rs. 123/83 (BNIC/Clair), Slg. 1985, S. 391, 423.

<sup>24</sup> Broermann/Moll (o. Fußn. 10), § 21, S. 3.

<sup>25</sup> Vgl. die amtl. Begründung zu § 21, BT-Drs. 10/2565, S. 35.

<sup>26</sup> Vgl. die amtl. Begründung zu § 7 KGH, BT-Drs. 10/2565, S. 28.

<sup>27</sup> EuGH, Rs. 185/91 (Bundesanstalt für den Güterfernverkehr/Gebrüder Reiff), Slg. 1993, S. I-5801, 5846 f.

<sup>28</sup> Vgl. dazu auch Hanseatisches Oberlandesgericht, Urteil v. 19. Oktober 2000, Az. 3 U 200/99.

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-35/96 (Italienische Zollspediteure), Slg. 1998, S. I. 3899.

<sup>30</sup> EuGH, Rs. C-35/96 (Italienische Zollspediteure), Slg. 1998, S. I. 3899, Rn. 36.

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Juli 1999 – U (Kart) 36/98, Pharma Recht 1999, S. 283 (285 ff.).

<sup>32</sup> Vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Juli 1999 – U (Kart) 36/98, Pharma Recht 1999, S. 283 ff. (286).

▷

### **Infektionsrisiko: Krank durchs Krankenhaus**

*Jedes Jahr infizieren sich in Deutschland etwa 800 000 Patienten mit Bakterien, Pilzen oder Viren während ihres Krankenhausaufenthalts. 30 bis 50 Prozent dieser Infektionen könnten nach Ansicht der Deutschen Gesellschaft für Krankenhaushygiene (DGKH) verhindert werden, wenn Hygienevorschriften eingehalten werden würden. Bis zu 40 000 Menschen sterben laut DGKH jedes Jahr an den Folgen der vermeidbaren Erkrankungen. Die Kosten für zusätzliche Behandlungen liegen bei vier bis fünf Milliarden Mark pro Jahr.*

*Am häufigsten sind Infekte der Harnwege, gefolgt von Atemwegsinfektionen, Entzündungen von Operationswunden und Blutvergiftungen.*

*Oft sind die Hygieneregeln unbekannt oder werden nicht beachtet, so die DGKH. So werden etwa Harnwegs- oder Venenkatheter ohne sterile Handschuhe gelegt, Einwirkzeiten von Desinfektionsmitteln nicht beachtet oder medizinische Geräte vor der Wiederverwendung nicht ausreichend sterilisiert. Beim Verbandwechsel wird ohne sterile Kittel oder Mundschutz gearbeitet.*

▷

<sup>33</sup> Broermann/Moll (o. Fußn. 10), § 20 S. 5; Dietz/Bofinger, Kommentar zum Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegegesetzverordnung und Folgerecht, 1993, § 7, Rn. 3.

<sup>34</sup> VG Frankfurt, Urt. v. 16. Juni 1997 (nicht veröffentlicht), S. 11.

<sup>35</sup> Hierzu etwa VG Frankfurt, Urt. v. 16. Juni 1997 (nicht veröffentlicht).

<sup>36</sup> EuGH, Rs. 56 und 58/64 (Consten und Grundig), Slg. 1966, S. 321, 389 f.

<sup>37</sup> Vgl. hierzu Kommission, Entscheidung v. 20.7.1978, ABl. EG 1978 Nr. L 224/29, Tz. 91 (FEDET AB); EuGH, Rs. 31/80 (L'Oréal/De nieuwe Amck), Slg. 1980, S. 3775, Rn. 18; EuG, Rs. T-7/93 (Langnese-Iglo/Kommission), Slg. 1995, S. II-1533, Rn. 19.

<sup>38</sup> Kommission, Entscheidung v. 26.11.1986, ABl. EG 1986 Nr. L 348/50, Tz. 72 (Meldoc); EuGH, Rs. 42/84 (Remia/Kommission), Slg. 1985, S. 2545, Rn. 22.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu auch die Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge vom 20.9.2000 (KOM(2000) 580), S. 14 f.

<sup>40</sup> EuGH, Rs. 22/78 (Hugin/Kommission), Slg. 1979, S. 1869, Rn. 19 f. zu Art. 82 EG; allerdings hat der EuGH im Rahmen von Art. 82 EG auch regionale Märkte als wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen, wenn diese dennoch von Relevanz für den Wettbewerb in der Gemeinschaft sind. Bejaht wurde dies bei bedeutenden Häfen wie dem von Genua aufgrund des Verkehrsaufkommens und der Bedeutung für die Ein- und Ausfuhr nach Italien auf dem Seeweg, EuGH, Rs. C-18/93 (Corsica Ferries), Slg. 1994, S. I-1812, Rn. 41.

<sup>41</sup> EuGH, Rs. 40/73 (Suiker Unie/Kommission), Slg. 1975, S. 1663, Rn. 445, 447.

<sup>42</sup> Jung, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV, Rn. 51 f.; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann,

Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. Art. 86 Rn. 130.

<sup>43</sup> EuG, Rs. T-7/93 (Langnese-Iglo), Slg. 1995, S. II-1533, 1578.

<sup>44</sup> Vgl. dazu Reh binder, Festschrift Mestmäcker, 1996, S. 721 f.

<sup>45</sup> Kommission, Entscheidung v. 22.12.1992 (Jahrhundertvertrag), ABl. EG 1993 L 50/14, Tz. 25.

<sup>46</sup> EuGH, Rs. 45/85 (Verband der Sachverständiger), Slg. 1987, S. 405, Rn. 49; vgl. auch Roth/Ackermann (o. Fußn. 11), S. 195.

<sup>47</sup> EuG, Rs. T-29/92 (SPO), Slg. 1995, S. II-289, 367.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu z. B. Roth/Ackermann (o. Fußn. 11), Rn. 153.

#### Anschrift für die Verfasser:

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL. M.

Walter-Flex-Straße 3

53113 Bonn

sekretariat.zeia@uni-bonn.de

## Experten § ? beantworten Fragen

### Kostenübernahme für Krankenhausaufenthalte

In zunehmendem Maße stellt der Medizinische Dienst der Krankenkassen einen das übliche Maß übersteigenden Krankenhausaufenthalt in Frage, so dass z. B. die Krankenkassen die Zahlung der letzten 10 Tage eines stationären Aufenthaltes verweigern. Wenn es nicht gelingt, plausible Gründe von Seiten der Krankenhausabteilung vorzutragen und die Forderung an die Krankenkasse abgeschrieben werden muss, da keinerlei juristische Aussicht darauf besteht, die Summe einzuklagen, besteht dann von Seiten der Krankenhausverwaltung die Möglichkeit, im Sinne der Durchgriffshaftung den Klinikchef bzw. den zuständigen Ober- bzw. den zuständigen Stationsarzt in Regress zu nehmen? Im aktuellen Fall hat der Klinikchef rechtzeitig eine Entlassung bei der Vi-

site vorgeschlagen, doch wurde dies nicht umgesetzt.

**? Gibt es bei entsprechendem Haftungsanspruch der Klinikverwaltung eine Möglichkeit, sich gegen solche Regressforderungen zu versichern?**

**RA M. G. Broglie:** Sowohl Chefarzt, als auch Oberarzt und Stationsarzt haben ihre Pflichten aus dem Arbeitsvertrag zu erfüllen. Als Nebenpflicht zu diesem Vertrag haben sie auch dafür zu sorgen, dass wirtschaftlicher Schaden von ihrem Arbeitgeber ferngehalten wird und Patienten nur solange, wie medizinisch vertretbar, im Krankenhaus bleiben.

Damit ist aber noch nicht gesagt, ob und in welchem Umfang sie dafür haften, wenn sie gegen diese Verpflichtung verstoßen.

Maßgebend für die Haftung des Arbeitnehmers ist in erster Linie der Arbeitsvertrag. Deshalb sollte jeder Angestellte zunächst in diesem Vertrag sehen, ob dort eine ausdrückliche Haftungsregelung getroffen worden ist.

Oft ist dies nicht der Fall, so dass insoweit auf allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze zurückzugreifen ist.

Zwar gilt auch im Arbeitsrecht der Grundsatz, dass derjenige Vertragspartner, der eine Pflichtverletzung begeht, hierfür dem anderen Vertragsteil schadensersatzpflichtig ist, wenn ihm an der Pflichtverletzung ein Verschulden trifft und diese schuldhaft Pflichtverletzung für den Schaden ursächlich ist.

Zugunsten von Arbeitnehmern gelten jedoch wesentliche Haftungserleich-

▷