

Die Finanzierung von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft aus EG-beihilfenrechtlicher Perspektive

Prof. Dr. Christian Koenig/Philipp Vorbeck, Bonn

Betriebsverluste von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft werden durch ihre Träger häufig ausgeglichen. Dieser Defizitausgleich war bereits Gegenstand eines konkreten Kommissionsverfahrens: Die Asklepios GmbH, ein privater Krankenhausträger, hatte gegen derartige Zahlungen der öffentlichen Hand im Januar 2003 Beschwerde vor der Europäischen Kommission mit der Begründung eingelegt, der Defizitausgleich stelle eine verbotene Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG dar. Da die Europäische Kommission trotz der Beschwerde nach Auffassung der Asklepios GmbH untätig geblieben war, erhob das Unternehmen im Mai 2004 Untätigkeitsklage vor dem Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG). Die mündliche Verhandlung vor dem EuG in dieser Sache fand im März 2007 statt.

Die anstehende Entscheidung des EuG in dieser Frage wird zum Anlass genommen, die Frage nach der Vereinbarkeit des Defizitausgleichs mit dem EG-Beihilfenrecht unter besonderer Beachtung der Freistellungsentscheidung der Kommission näher zu beleuchten.

I. Einleitung

Krankenhäuser werden in Deutschland von öffentlich-rechtlichen, freigemeinnützigen oder privaten Trägern betrieben.

Die öffentlich-rechtlichen Krankenhausträger sind zu meist Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts, also etwa Kommunen, Landkreise, aber auch öffentlich-rechtliche Zweckverbände. Die Krankenhäuser dieser Träger werden entweder als selbstständige Betriebe in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsform oder als Eigenbetriebe geführt.¹ Die Finanzierung der genannten Krankenhäuser wird durch das im Jahr 1972 in Kraft getretene Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) geregelt.² Eine völlige organisatorische und finanzielle Eingliederung eines Krankenhauses in die jeweilige öffentlich-rechtliche Körperschaft ist nicht zulässig, da § 1 Abs. 1 KHG eine eigenverantwortliche Wirtschaft der Krankenhäuser vorschreibt.

Freigemeinnützige Krankenhäuser werden von Trägern betrieben, die einer religiösen, humanitären und/oder sozialen Vereinigung zuzuordnen sind. Dazu gehören z.B. kirchliche Orden, karitative Organisationen, gemeinnützige Vereine und Stiftungen.

Bei den privaten Krankenhausträgern handelt es sich um gewinnorientierte Unternehmen. Der Anteil privat getragener Krankenhäuser steigt seit Jahren kontinuierlich an. Lag er bei Einführung der bundeseinheitlichen Krankenhausstatistik 1991 noch bei 14,8 Prozent, erhöhte er sich bis 2004 auf 25,6 Prozent. Zurückgegangen ist im gleichen Zeitraum der Anteil der Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft von 46,0 Prozent auf 36,0 Prozent. Der Anteil freigemeinnütziger Krankenhäuser verringerte sich um 0,7 Prozentpunkte auf 38,4 Prozent.³

Nach dem gesetzlichen Leitbild sollen alle Krankenhäuser unabhängig von ihrer Trägerschaft gleich behandelt und finanziert werden (Grundsatz der Trägervielfalt nach § 1 Abs. 2 KHG).⁴ Die auf der Grundlage des KHG finanzierten Krankenhäuser werden durch feststellenden Verwaltungsakt in einen Krankenhausplan und bei Investitionen gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG in ein Investitionsprogramm aufgenommen. Welche Krankenhäuser in den Genuss der Förderung kommen, steht gemäß § 8 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 8 Abs. 2 KHG im Ermessen der zuständigen Landesbehörde und ist abhängig vom jeweiligen Versorgungsbedarf der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern (§ 1 Abs. 1 KHG).

Die öffentliche Hand kann demnach in verschiedenen Rollen im Krankenhauswesen agieren, abhängig davon, ob sie einen Krankenhausplan aufstellt oder selbst als Träger eines Krankenhauses fungiert.⁵

Für die stationäre Behandlung ist gemäß § 4 KHG eine „duale“ Finanzierung vorgesehen. Die in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhäuser dürfen zum einen auf Kosten der Krankenkassen und privaten Krankenversicherungen stationäre Behandlungen vornehmen.⁶ Die dafür fällige Vergütung richtet sich nach einem Fallpauschalenmodell (§ 17b KHG)⁷ und dient der Finanzierung der laufenden Betriebskosten.

Zum anderen werden Krankenhäuser, die in das jeweilige Landes-Investitionsprogramm aufgenommen sind, hinsichtlich ihrer Investitionskosten gemäß § 4 Nr. 1 KHG öffentlich gefördert. Die Investitionsförderung dient der Errichtung und Erstaussstattung von Krankenhäusern sowie der Wiederbeschaffung von langlebigen Anlagegütern (§ 17 Abs. 4 KHG). Hierzu gehören neben der Anschaffung technischer Einrichtungen auch die Bereitstellung von Grundstücken, die Errichtung von Gebäuden und die dazu gehörige Infrastruktur (§ 17 Abs. 4 KHG). Die Grundsätze der Investitionsförderung sind in den §§ 8 ff. KHG geregelt. Die konkrete Förderung erfolgt durch das jeweilige Bundesland auf der Grundlage des einschlägigen Landeskrankenhausesgesetzes.

Darüber hinaus genießen Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft einen „Sonderbonus“, nämlich einen Ausgleich anfallender Betriebsverluste durch ihre

▷ Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn, Philipp Vorbeck arbeitet als Rechtsanwalt in Köln und ist Senior Fellow am Zentrum für Europäische Integrationsforschung. Die Verfasser danken Frau Julia Wetzel für wertvolle Vorarbeiten.

1 MEDI-Beschwerde, S. 11, <http://www.medi-verbund.de/datei.php?id=40>.

2 BGBl. I 1972, 1009.

3 Statistisches Bundesamt, Gesundheitswesen, Grunddaten der Krankenhäuser 2004, Fachserie 12/Reihe 6.1.1, Allgemeiner Überblick 2004.

4 Vgl. Entscheidung des BKartA vom 23.3.2005 – B 10 – 109/04, Rhön-Klinikum/Krankenhaus Eisenhüttenstadt, Rz. 21 m.w.N.

5 Vgl. Burgi, Konkurrentenschutz in der Krankenhausplanung, NZS 2005, 169 (170).

6 In Bezug auf die gesetzliche Krankenversicherung §§ 39 Abs. 1 S. 2, 108 Nrn. 2, 3 SGB V.

7 Sog. DRG.

Finanzierung von Krankenhäusern

Träger. An einer systematischen Dokumentation dieses Defizitausgleichs fehlt es zwar, es ist jedoch anzunehmen, dass einer Vielzahl von öffentlichen Krankenhäusern ein solcher Defizitausgleich regelmäßig zugute kommt.⁸ Dieser Sondervorteil ist gesetzlich nicht verankert und tritt neben das duale System aus der Vergütung für Leistungen und der Investitionsförderung.⁹

Diese Sonderboni waren bereits Gegenstand eines Verfahrens vor der Europäischen Kommission: Die Asklepios GmbH, ein privater Krankenhausträger, hatte im Januar 2003 Beschwerde vor der Kommission mit der Begründung eingelegt, der Sonderbonus, den ausschließlich Krankenhäuser von öffentlichen Trägern erhielten, stelle eine verbotene Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG dar.

Da die Kommission trotz der Beschwerde nach Auffassung der Asklepios GmbH untätig geblieben war, erhob die Gesellschaft im Mai 2004 Untätigkeitsklage vor dem EuG.¹⁰ Die mündliche Verhandlung vor dem EuG in dieser Sache fand im März 2007 statt.

II. Art. 87 Abs. 1 EG

Gemäß der EG-beihilfenrechtlichen Grundnorm, dem Art. 87 Abs. 1 EG, sind zunächst alle staatlichen Begünstigungen verboten, die lediglich einzelnen Unternehmen zugute kommen und geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

1. Begünstigung

Das Merkmal der Begünstigung bildet jeweils den Ausgangspunkt der EG-beihilfenrechtlichen Bewertung. Daher ist zunächst zu fragen, ob die Krankenhäuser öffentlich-rechtlicher Träger durch den staatlichen Defizitausgleich begünstigt werden.

Eine Begünstigung i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG meint jede in beliebiger Form gewährte Vorteilsgewährung der öffentlichen Hand, der keine marktgerechte Gegenleistung des Empfängers gegenübersteht.¹¹ Dabei kommt es weder auf außerhalb des Marktgeschehens liegende Beweggründe für die fragliche Maßnahme noch auf deren Zweck an. Entscheidend sind vielmehr allein die Auswirkungen der Maßnahme.¹²

Anfallende Betriebsverluste von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft werden häufig durch die öffentliche Hand ausgeglichen. Wie oben beschrieben fehlt es zwar an einer systematischen Dokumentation, dennoch kann davon ausgegangen werden, dass der Defizitausgleich einer Vielzahl von öffentlichen Krankenhäusern regelmäßig zugute kommt.¹³

Dieser Zuwendung steht keine marktgerechte Leistung gegenüber. Dies lässt sich insbesondere daran erkennen, dass die geförderten Krankenhäuser keine besonderen Aufgaben erfüllen, die über jene hinausgehen, zu deren Erfüllung alle Krankenhäuser, also auch die nicht geförderten Krankenhäuser in privater oder freigemeinnütziger Trägerschaft, nach dem KHG ohnehin verpflichtet sind. Dem Defizitausgleich durch die öffentlich-rechtlichen Träger stehen folglich keine erkennbaren marktgerechten Leistungen der begünstigten Krankenhäuser gegenüber.

Damit wäre der Defizitausgleich der öffentlichen Hand zugunsten der Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft grundsätzlich als Begünstigung i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG anzusehen.

Eine differenzierte Einschätzung ist indes für den Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse geboten. Für diesen Bereich hat der Europäische Gerichtshof hinsichtlich des Vorliegens einer Begünstigung besondere Voraussetzungen aufgestellt, auf die sogleich näher einzugehen ist. Vorab ist jedoch festzustellen, dass Krankenhausdienstleistungen überhaupt in den Anwendungsbereich der besonderen Maßgaben für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse fallen:¹⁴ Da der Staat den Krankenhäusern die sich aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG und der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitete Aufgabe übertragen hat, die Versorgung der Bevölkerung mit stationärer ärztlicher und pflegerischer Behandlung zu gewährleisten, erfüllen Krankenhäuser eine Gemeinwohlaufgabe und erbringen damit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.¹⁵

a) Das Altmark-Trans-Urteil

Die besondere EG-beihilfenrechtliche Behandlung von Daseinsvorsorgediensten folgt im Wesentlichen aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Altmark Trans*. Danach fällt eine staatliche Fördermaßnahme dann nicht unter Art. 87 Abs. 1 EG, soweit sie als Ausgleich für Gemeinwohldienstleistungen erfolgt.¹⁶ Die Einordnung der staatlichen Vorteilsgewährung als tatbestandsausschließende Ausgleichszahlung ist unter folgenden Voraussetzungen anzunehmen:

- Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung klar definierter, gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein,
- die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, müssen zuvor objektiv und transparent aufgestellt sein; es werden detaillierte Angaben zu den verwendeten Parametern für die Berechnung des Ausgleichs verlangt,

8 Vgl. *Cremer*, Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext, GesR 2005, 337; Rechtsgutachten des Prozessbevollmächtigten der Asklepios GmbH zur Beurteilung der Praxis des Ausgleichs der bei Krankenhäusern in öffentlicher-rechtlicher Trägerschaft anfallenden Verluste durch ihre Träger aus Sicht des europäischen Beihilfenrechts, S. 3, wonach eine Erhebung des Bayerischen Landkreistages ergeben habe, dass allein in Bayern in den Jahren 2001 und 2002 jeweils insgesamt 27,9 bzw. 30,7 Mio. EUR Ausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser gezahlt worden seien.

9 Vgl. MEDI-Beschwerde, S. 16 ff., <http://www.medi-verbund.de/datei.php?id=40>.

10 Untätigkeitsklage der Asklepios-GmbH vor dem EuG anhängig als Rs. T-167/04 – *Asklepios/Kommission*, vgl. ABL. EG Nr. C 201 v. 7.8.2004, S. 16 f.

11 Vgl. *Niemeyer*, EuZW 1993, 273; zur Begünstigung allgemein *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, S. 61 ff.; *Cremer* in *Callies/Ruffert*, Art. 87, Rz. 7.

12 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.10.2000 – Rs. C-480/98, Slg. 2000, I-8717, Rz. 16 – *Spanien/Kommission*.

13 Vgl. *Cremer*, Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext, GesR 2005, 337; Rechtsgutachten des Prozessbevollmächtigten der Asklepios GmbH zur Beurteilung der Praxis des Ausgleichs der bei Krankenhäusern in öffentlicher-rechtlicher Trägerschaft anfallenden Verluste durch ihre Träger aus Sicht des europäischen Beihilfenrechts, S. 3., wonach eine Erhebung des Bayerischen Landkreistages ergeben habe, dass allein in Bayern in den Jahren 2001 und 2002 jeweils insgesamt 27,9 bzw. 30,7 Mio. EUR Ausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser gezahlt worden seien.

14 Siehe dazu *Cremer*, GesR 2005, 337 (342).

15 Vgl. *Burgi*, NZS 2005, 169 (170).

16 Vgl. EuGH, Urt. v. 24.7.2003 – Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rz. 89 ff. – *Altmark Trans*; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 27.11.2003 – Rs. C-34/01 bis C-38/01, Slg. 2003, I-14243 – *Enirisorse*.

Finanzierung von Krankenhäusern

- der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung der Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken, und
- es muss eine Kostenanalyse durchgeführt werden, um die Höhe der Ausgleichskosten zu bestimmen, wenn das Unternehmen nicht im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens betraut wurde. Der Analyse müssen die Kosten zugrunde gelegt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.

Damit stellt der Europäische Gerichtshof klar, dass es bei der Berechnung der ausgleichsfähigen Kosten auf einen objektiven Kostenmaßstab ankommt.¹⁷ Allerdings geht der Europäische Gerichtshof nicht von den Kosten eines Idealunternehmens aus, sondern legt den sog. Median-Maßstab¹⁸ zugrunde, er legt also die Kosten eines nur durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens als Berechnungsgrundlage zugrunde. Dabei sind die erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen.¹⁹

Die oben genannten Kriterien der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung sind auch auf Krankenhäuser anzuwenden, da Krankenhäuser, wie bereits oben festgestellt, eine Gemeinwohlaufgabe erfüllen. Der Defizitausgleich könnte daher eine Ausgleichszahlung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen i.S. der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs darstellen und damit das Vorliegen einer Begünstigung i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG ausschließen.

aa) Betrauung

Die Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft müssten in Anwendung des ersten Kriteriums tatsächlich mit der Erfüllung einer klar definierten, gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut sein.

Zwar sind diese Krankenhäuser ebenso wie solche in privater Trägerschaft durch Verwaltungsakt gemäß § 8 Abs. 2 S. 3 KHG mit der Gewährleistung der stationären ärztlichen und pflegerischen Versorgung der Bevölkerung betraut. Da die Defizitausgleichszahlungen ausschließlich Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft zugute kommen, stellt sich aber die Frage, ob die durch Sonderboni geförderten Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft über die Betrauung gemäß § 8 Abs. 2 S. 3 KHG hinaus zur Erfüllung des ersten *Altmark-Trans*-Kriteriums mit weiteren Sonderaufgaben betraut sein müssten.²⁰

Diese Frage lässt sich mit Blick auf den Sinn und Zweck der Betrauung beantworten. Durch das Betrauungskrite-

rium sollen nur jene staatlichen Vorteile vom Beihilfenverbot ausgeschlossen werden, die als Ausgleich für Aufgaben gewährt werden, zu deren Erfüllung das Unternehmen verpflichtet ist. Demnach bestimmt sich die Aufgabe, mit der das Unternehmen betraut sein muss, nach dem Zweck der Zuwendung und nicht danach, ob andere Unternehmen die gleiche Aufgabe ohne Zuwendung erfüllen oder erfüllen könnten.

Da die Defizite der geförderten Krankenhäuser ebenso wie die reguläre Finanzierung nach dem KHG regelmäßig ebenfalls zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit ausgeglichen werden dürften, ist der – gesetzlich nicht vorgesehene – Defizitausgleich als von dem jeweiligen „Grundbetrauungsakt“ gemäß § 8 Abs. 2 S. 3 KHG erfasst anzusehen.

Dass der Ausgleich der Defizite im Verwaltungsakt nicht genannt wird, ändert nichts an der Betrauung mit der Gemeinwohlaufgabe selbst. Es kommt daher nicht darauf an, dass die Krankenhäuser in privater und freigezwecklicher Trägerschaft ebenfalls durch Verwaltungsakt auf Grundlage des § 8 Abs. 2 S. 3 KHG mit dem Gemeinwohlauftrag betraut worden sind, obwohl diese keinen Defizitausgleich erhalten. Es bedarf keiner zusätzlichen Betrauung der geförderten Krankenhäuser mit weiteren Sonderaufgaben, da der Defizitausgleich nicht für die Erfüllung von weiteren Sonderaufgaben gewährt wird.

Die geförderten Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft sind daher mit einer besonderen Aufgabe betraut, auch wenn diese Betrauung lediglich die Aufgaben umfasst, die auch die nicht geförderten Krankenhäuser erfüllen.

bb) Aufstellung der Parameter

Als zweites *Altmark-Trans*-Kriterium müssen die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sein.

Dieses *Altmark-Trans*-Kriterium erfüllt der Defizitausgleich nicht: Zum einen mangelt es bereits an einer transparenten Aufstellung der Parameter. Es existieren keine Angaben darüber, wann welche Krankenhäuser von welchen öffentlich-rechtlichen Institutionen wie viel Förderung erhalten haben, geschweige denn nach welchen Parametern diese Förderung bemessen worden ist. Die Vorgänge werden offenbar nur intern in den mitgliedstaatlichen Verwaltungsapparaten dokumentiert und sind nicht öffentlich zugänglich.²¹ Um die Zahlungen überhaupt nachzuvollziehen, können die relevanten Daten allenfalls nachträglich und mittelbar über eine Analyse der Haushaltsberichte der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Träger der geförderten Krankenhäuser oder über die Einsichtnahme in die veröffentlichungspflichtigen Bilanzen der privatrechtlich konstituierten, geförderten Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft gewonnen werden.

Zur Erfüllung des zweiten *Altmark-Trans*-Kriteriums reicht diese Möglichkeit indes nicht aus. Dazu müssten die Ausgleichsparameter bereits in dem jeweiligen Betrauungsakt aufgestellt worden sein. Der EG-Beihilfenatbestand lässt sich hinsichtlich des staatlichen Defizitausgleichs zugunsten von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft daher nicht durch Anwendung der *Altmark-Trans*-Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs ausschließen.

cc) Ausgleichshöhe

Der Vollständigkeit halber sollen hier noch kurz auch die beiden letzten Kriterien der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung näher dargestellt werden.

17 Noch in die Richtung eines subjektiven Maßstabes deutete das *Fering*-Urteil (EuGH, Urt. v. 10.9.2002 – Rs. C-172/00, Slg. 2002, I-6891). Kritisch hierzu bereits *Koenig/Kühling*, DVBl. 2003, 289 (293).

18 Zu dem Begriff des Median-Maßstab *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, S. 75 (Rz. 89) und *Kühling/Wachinger*, Das *Altmark Trans*-Urteil des EuGH – Weichenstellung für oder Bremsen gegen mehr Wettbewerb im deutschen ÖPNV?, NVwZ 2003, 1202 (1203).

19 EuGH v. 24.7.2003 – Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rz. 95 – *Altmark Trans*.

20 So *Cremer*, GesR 2005, 337 (342) und *Kingreen*, Das Gesundheitsrecht im Fokus von Grundfreiheiten, Kartell- und Beihilfenrecht, GesR 2006, 193 (197).

21 Vgl. Beschwerde MEDI Deutschland, S. 22 f., <http://www.medivverbund.de/datei.php?id=40>.

Finanzierung von Krankenhäusern

Nach dem dritten Kriterium darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erforderlich ist (Nettomehrkostenausgleich).²² Dabei ist die Höhe des Ausgleichs nach dem vierten Kriterium nicht auf Grundlage der tatsächlichen Kosten zu bemessen, sondern anhand der Kosten, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen entstünden (Median-Maßstab).

Es ist aufgrund der Wettbewerbssituation, der Krankenhäuser in privater und freigemeinnütziger Trägerschaft ausgesetzt sind, davon auszugehen, dass Krankenhäuser in privater und freigemeinnütziger Trägerschaft im Schnitt jenem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entsprechen, von dem der Europäische Gerichtshof bei der Berechnung der Ausgleichshöhe ausgeht.

Krankenhäuser in privater und freigemeinnütziger Trägerschaft erfüllen aber die gleiche gemeinwirtschaftliche Verpflichtung, nämlich den Versorgungsauftrag, wie die geförderten Krankenhäuser. Allerdings erwirtschaften Erstere im Gegensatz zu den Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft in der Regel keine Defizite.²³

Die Krankenhäuser in privater und freigemeinnütziger Trägerschaft benötigen also regelmäßig auch keine Unterstützung ihrer Träger, die mit dem Defizitausgleich zugunsten der Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft vergleichbar wäre, um die gleiche Aufgabe wie die geförderten Krankenhäuser auszuführen.

Daher ist anzunehmen, dass der Defizitausgleich zugunsten der Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft nach dem Maßstab der *Altmark-Trans*-Kriterien nicht notwendig ist, um die Erfüllung des Versorgungsauftrages zu gewährleisten.

Da der Defizitausgleich damit nicht alle Kriterien der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung erfüllt, entfällt – bereits auf der Ebene des Begünstigungsmerkmals – die Möglichkeit eines EG-beihilfenrechtlichen Tatbestandsausschlusses.

Der Defizitausgleich der öffentlichen Hand zugunsten der Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft stellt damit eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG dar.

2. Bestimmte Unternehmen

Der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG umfasst weitere Merkmale: Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind nur Beihilfen, die auf die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige gerichtet sind.

a) Unternehmen

Der Defizitausgleich kommt ausschließlich Krankenhäusern in öffentlicher-rechtlicher Trägerschaft zugute. Diese Krankenhäuser müssten Unternehmen i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG sein.

In der Rechtssache *Höfner und Elser*²⁴ erläuterte das Gericht, dass es für die Bestimmung der Unternehmenseigenschaft im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts nicht auf den institutionellen Charakter oder die Art der Finanzierung einer Organisation ankomme, sondern allein auf die wirtschaftliche Natur der ausgeübten Tätigkeit.²⁵ Bei der Auslegung des Unternehmensbegriffes geht der Europäische Gerichtshof also in Bezug auf das gesamte EG-Wettbewerbsrecht von einem funktionalen Ansatz aus. Daher ist es auch möglich, dass derselben Einheit für eine bestimmte Tätigkeit Unternehmenscharakter zugesprochen wird, für eine andere dagegen nicht.²⁶ Unter einer wirtschaftlichen Tätigkeit versteht der Europäische

Gerichtshof jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.²⁷

Grundsätzlich gilt dies zwar auch im Bereich der Sozialversicherungsträger. Allerdings konkretisierte der Europäische Gerichtshof den Prüfungsmaßstab in diesem Bereich. So verneinte er die Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit von Sozialversicherungsträgern mit dem Hinweis darauf, dass ihre Tätigkeit auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruhe, einen ausschließlich sozialen Zweck erfüllte und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wurde.²⁸ Als weiteres Merkmal betonte der Europäische Gerichtshof insbesondere in der Entscheidung *AOK-Bundesverband*²⁹ die umfassende gesetzliche Bindung, der die deutschen Krankenkassen im Bereich ihres Tätigwerdens unterlägen.

Die Bundesregierung hat im Beschwerdeverfahren *MEDI* vorgetragen, dass Wettbewerb im Sinne eines marktüblichen Geschehens bei Krankenhäusern deswegen nicht stattfinde, weil Krankenhäuser nicht über die notwendige Preisfestsetzungsfähigkeit verfügten.³⁰ Damit spielt die Bundesregierung auf die gesetzliche Determinierung im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Entscheidung *AOK-Bundesverband*³¹ an.

Es ist richtig, dass wirtschaftliche Tätigkeit einen unternehmerischen Spielraum voraussetzt. Mangelt es nämlich an diesem Spielraum, können sich die Einheiten nicht mehr voneinander abgrenzen.

Zwar ist die Höhe des zu zahlenden Entgelts ein wichtiges Unterscheidungskriterium der Angebote, daher kommt der Preissetzungsfähigkeit der verschiedenen Anbieter eine wichtige Rolle für die Frage nach der Wirtschaftlichkeit einer Tätigkeit zu. Dennoch greift die ausschließliche Bezugnahme auf die mangelnde Preissetzungsfähigkeit der Krankenhäuser im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen zu kurz, da Patienten ein Krankenhaus regelmäßig nicht ausschließlich nach der Höhe des für eine Behandlung zu zahlenden Entgelts auswählen.

22 Vgl. *Koenig*, Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge – das *Altmark Trans*-Urteil in der Praxis, BB 2003, 2185.

23 Vgl. Beschwerde *MEDI* Deutschland, S. 36 f., <http://www.medi-verbund.de/datei.php?id=40>, wonach die *Asklepios AG* oder die *Rhön GmbH* sogar Gewinne generierten.

24 Vgl. EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 – *Höfner und Elser*.

25 Vgl. EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rz. 21 – *Höfner und Elser*; EuGH, Urt. v. 17.2.1993 – Rs. C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-637, Rz. 17 – *Poucet und Pistre*; EuGH, Urt. v. 22.1.2002 – Rs. C-218/00, Slg. 2002, I-691, Rz. 222 – *Cisal*.

26 Vgl. *Roth/Ackermann* in Frankfurter Kommentar, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EGV, Rz. 13; *Engelmann*, Kostendämpfung im Gesundheitswesen und EG-Wettbewerbsrecht, Diss., 2002, S. 65; *Kammann/Gey*, Wettbewerbsrecht im deutschen Gesundheitswesen – Grenzen der Integrierten Versorgung und der Kooperation von Krankenkassen, Leistungserbringern und pharmazeutischer Industrie, PharmR 2006, 255 (258).

27 Vgl. EuGH, Urt. v. 18.6.1998 – Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Rz. 36 – *Kommission/Italien*; EuGH, Urt. v. 16.6.1987 – Rs. 118/85, Slg. 1987, 2599, Rz. 7 – *Kommission/Italien*.

28 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.2.1993 – Rs. C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-637, Rz. 18 – *Poucet und Pistre*.

29 EuGH, Urt. v. 16.3.2004 – Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Slg. 2004, I-2493 – *AOK-Bundesverband*, GesR 2004, 190.

30 Vgl. Ergänzung der Beschwerde der *MEDI* Deutschland vom 16.6.2006, S. 4, <http://www.medi-verbund.de/datei.php?id=42>.

31 EuGH, Urt. v. 16.3.2004 – Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Slg. 2004, I-2493, Rz. 52 – *AOK-Bundesverband*, GesR 2004, 190.

Finanzierung von Krankenhäusern

Tatsächlich existiert gerade im Hinblick auf den Erhalt der eigenen Gesundheit eine Vielzahl von Kriterien, die für die Wahl eines bestimmten Krankenhauses maßgeblich sind. Dazu gehört u.a. die Qualität der Dienstleistung, der Ruf der dort arbeitenden Ärzte sowie etwaige Rahmenbedingungen wie die Attraktivität der Zimmer oder die Belegung.³² Solange Patienten das Krankenhaus auch nach solchen Kriterien auswählen, die durch die Krankenhaussträger beeinflussbar sind, existiert auch eine wirtschaftliche Konkurrenz der Krankenhäuser um die Patienten. Von einer vollständigen gesetzlichen Determinierung des Angebots von Krankenhausedienstleistungen kann daher nicht die Rede sein.

Des Weiteren erfüllen Krankenhäuser zwar einen sozialen Zweck und erbringen im Wesentlichen auch Pflichtleistungen, diese Leistungen werden aber nicht auf der Grundlage des Grundsatzes der nationalen Solidarität erbracht. Vielmehr besteht ein für die Marktwirtschaft typisches Äquivalenzverhältnis zwischen der Leistung, also der Krankenhausedienstleistung, und der Gegenleistung, nämlich der Bezahlung durch den Privatpatienten oder die Krankenkasse. Der Grundsatz der Solidarität durchtrennt daher nicht das Austauschverhältnis zwischen Krankenhaus und Patienten.³³

Darüber hinaus geht auch die Kommission in ihrer Freistellungsentscheidung³⁴ vom 28.11.2005 davon aus, dass Krankenhäuser unternehmerisch tätig werden. Demnach unterfallen sämtliche Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft in Deutschland dem Unternehmensbegriff des Art. 87 Abs. 1 EG.

b) Selektivität

Der Defizitausgleich kommt nur den Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft zugute, obwohl andere Krankenhäuser, nämlich solche in freigemeinnütziger und privater Trägerschaft, vergleichbare Leistungen an-

bioten. Daher wird der Defizitausgleich nur an bestimmte Unternehmen gewährt.³⁵

3. Wettbewerbsverfälschung

Ein Beihilfenverbot gemäß Art. 87 Abs. 1 EG erfordert weiter, dass die Begünstigung den Wettbewerb zwischen Unternehmen verfälscht oder zu verfälschen droht.

An das Tatbestandsmerkmal der drohenden Wettbewerbsverfälschung werden keine hohen Anforderungen gestellt. Ausreichend ist, dass die Wettbewerbsposition des Empfängerunternehmens durch die Begünstigung zu Lasten seiner Konkurrenten verbessert wird.³⁶ Leistungen an ein Unternehmen, welche dieses von den im Geschäftsbetrieb üblichen Kosten befreien sollen, sind geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen.³⁷

Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft erbringen Krankenhausedienstleistungen, die ebenso von Krankenhäusern in freigemeinnütziger oder privater Trägerschaft erbracht werden. Die Leistungserbringung zwischen den gemäß § 8 Abs. 2 KHG betrauten Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher, freigemeinnütziger und privater Trägerschaft unterscheidet sich nicht. Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft sind aber durch die Aussicht auf Ausgleich der Verluste nicht in gleichem Maße wie ihre Konkurrenz gezwungen, sparsam zu wirtschaften. Darüber hinaus sind sie durch den Defizitausgleich der öffentlichen Hand in der Lage, dem einzustellenden Personal eine im Vergleich zu den nicht geförderten Krankenhäusern höhere Gratifikation anzubieten. Dadurch können Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft als der attraktivere Arbeitgeber für gut ausgebildetes Personal angesehen werden.

Außerdem dürfte es den geförderten Krankenhäusern aufgrund der Aussicht auf einen Defizitausgleich leichter fallen, große Investitionsvorhaben, also etwa die Anschaffung qualitativ hochwertiger, medizinischer Ausstattung, in Angriff zu nehmen als ihrer freigemeinnützigen oder privaten Konkurrenz. Schließlich können Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft ihre Wettbewerbsstellung dadurch verbessern, dass sie auf Rückstellungen verzichten können und sich so einen weiteren finanziellen Vorteil verschaffen.³⁸

Eine Wettbewerbsverfälschung liegt damit vor.

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass aufgrund der „de-minimis“-Regelung³⁹ nur solche staatliche Mittelgewährungen vom EG-Beihilfenverbot erfasst werden, welche in einem Zeitraum von drei Jahren eine Summe von 200.000 Euro übersteigen.⁴⁰ Betragsmäßig darunter liegende Beihilfen sind nicht genehmigungspflichtig, da sie aufgrund ihrer geringen Bedeutung für den grenzüberschreitenden Handel nicht der Kontrolle durch die Kommission unterfallen.⁴¹

4. Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels

Da das EG-Wettbewerbsrecht den Europäischen Binnenmarkt schützt, muss als weitere Voraussetzung des Beihilfenverbotes gemäß Art. 87 Abs. 1 EG der innergemeinschaftliche Handel beeinträchtigt sein bzw. eine solche Beeinträchtigung drohen. Der innergemeinschaftliche Handel ist beeinträchtigt, wenn über den innerstaatlichen Bereich hinausgehende Handelsauswirkungen gegeben sind. Dies ist auch dann der Fall, wenn das begünstigte Unternehmen zwar nur im Inland tätig wird, aber mit Produkten oder Dienstleistungsanbietern aus

32 Vgl. Beschwerde MEDI Deutschland, S. 28 ff., <http://www.medi-verbund.de/datei.php?id=40>.

33 So auch *Cremer*, GesR 2005, 337 (342). Auch die Rechtsprechung des EuGH in seinem zweiten FENIN-Urteil vom 11.7.2006 (Slg. 2006, I-6295) zwingt nicht zu einer anderen Sichtweise. In dieser Entscheidung stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass die Frage der Wirtschaftlichkeit einer Tätigkeit allein mit Blick auf die Angebotsseite zu beantworten ist. Der Kauf eines Erzeugnisses (Nachfrageseite) könne nämlich nicht unabhängig von dessen späterer Verwendung (Angebotsseite) beurteilt werden. Der wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses bestimme daher zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit. Nach dieser Rechtsprechung ist für die Wirtschaftlichkeit einer Tätigkeit allein das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt kennzeichnend. Da das Angebot von Gesundheitsdienstleistungen durch Krankenhäuser eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, ändert sich durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der zweiten Entscheidung FENIN nichts am Unternehmenscharakter von Krankenhäusern.

34 Vgl. Art. 2 Abs. 1b) der Freistellungsentscheidung, ABl. 2005 L 312/67.

35 Vgl. zum Selektivitätserfordernis *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, S. 128 (Rz. 171 ff.).

36 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.9.2000 – Rs. C-156/98, Slg. 2000, I-8237, Rz. 77 – *Deutschland/Kommission*; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, S. 132 ff. (Rz. 176 ff.).

37 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.9.2000 – Rs. C-156/98, Slg. 2000, I-6857, Rz. 30 – *Deutschland/Kommission*.

38 Vgl. *Kingreen*, GesR 2006, 193 (198).

39 Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag, VO (EG) Nr. 69/2001 v. 12.1.2001, ABl.(EG) Nr. L 10 vom 13.1.2001, S. 30 ff.

40 Art. 2 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1998/2006 v. 15.12.2006, ABl. L 379/5 vom 28.12.2006.

41 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Rz. 711 ff.

Finanzierung von Krankenhäusern

anderen Mitgliedstaaten konkurriert.⁴² Lediglich bei Beihilfen mit ausschließlich lokalen, regionalen oder nationalen Auswirkungen fehlt es am Merkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten.⁴³

Bezogen auf Krankenhäuser bedeutet dies, dass eine staatliche Förderung von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft geeignet wäre, den mitgliedstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn diese Krankenhäuser mit solchen aus anderen Mitgliedstaaten um Patienten oder Investoren konkurrieren.

Die Patientenmobilität in Deutschland ist allgemein zwar noch gering, weshalb diesbezüglich die Inanspruchnahme von grenzüberschreitenden Krankenhausleistungen wenig ausgeprägt ist. Die Bereitschaft, auch Sprachbarrieren und Reisen in andere EU-Mitgliedstaaten in Kauf zu nehmen, steigt allerdings, sobald die Erkrankung einer hoch spezialisierten Behandlung bedarf und eine bessere Behandlung im Ausland zu erwarten ist.⁴⁴ Sobald ein Krankenhausaufenthalt nicht aufgrund eines Notfalls erfolgt, wird er vielfach ausführlicher vorbereitet und kann – bei Transport- bzw. Reisefähigkeit des Patienten – auch fernab von dessen Wohnort durchgeführt werden. Ein Krankenhaus in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft steht daher durchaus im Wettbewerb mit Krankenhäusern aus anderen Mitgliedstaaten, insbesondere den Nachbarstaaten. Dies gilt insbesondere für gut planbare stationäre Aufenthalte in Krankenhäusern, die einer hoch spezialisierten Behandlung dienen.

Die Wahl eines Krankenhauses in einem anderen Mitgliedstaat kann überdies durch Versorgungsengpässe im eigenen Land, wie etwa im Vereinigten Königreich, beeinflusst werden. Erleichtert werden grenzüberschreitende Behandlungen aber auch durch die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EG. Danach müssen Behandlungen in anderen Mitgliedstaaten, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, grundsätzlich von den Sozialversicherungsträgern erstattet werden.⁴⁵ Dies hat zur Folge, dass Patienten auch Leistungserbringer in anderen EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich in gleicher Weise wie im Heimatland auf Kosten ihrer Krankenversicherung aufsuchen können.

Aber auch die Beteiligung ausländischer Investoren an privaten Trägern von Krankenhäusern in Deutschland ist durch den Defizitausgleich betroffen. Für diese Investoren verliert der deutsche Krankenhausmarkt aufgrund des Wettbewerbsdrucks durch subventionierte Krankenhäuser an Attraktivität.

Da der Defizitausgleich – auch unter Anwendung der *Altmark-Trans*-Kriterien – als selektive Begünstigung einzuordnen ist, die den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Krankenhäusern verfälscht und darüber hinaus auch den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigt, liegt eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG vor. Diese ist grundsätzlich mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und daher verboten. Die Ausnahmen von der Unvereinbarkeit gemäß Art. 87 Abs. 2 und 3 EG und damit vom Verbot sind nicht einschlägig.

III. Ausnahme gemäß Art. 86 Abs. 2 EG

Neben Art. 87 Abs. 2 und 3 EG existiert als Rechtfertigungsnorm für das EG-Beihilfenrecht Art. 86 Abs. 2 EG. Ist diese Vorschrift einschlägig, folgt daraus nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt.⁴⁶ Die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG führt also nicht wie etwa die *Altmark-*

Trans-Kriterien zu einem Tatbestandsausschluss des Art. 87 Abs. 1 EG, sondern lediglich zu einer Rechtfertigung von grundsätzlich verbotenen Beihilfen. Im Unterschied zu den tatbestandsausschließenden Kriterien der *Altmark-Trans*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs muss daher das EG-Beihilfenverfahrensrecht und damit insbesondere die Notifizierungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EG selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 beachtet werden.⁴⁷

Die Rechtfertigung gemäß Art. 86 Abs. 2 EG ist im Bereich des EG-Beihilfenrechts ebenso wie die *Altmark-Trans*-Kriterien bei Ausgleichszahlungen an Unternehmen für die Erfüllung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse einschlägig.

Fraglich ist jedoch, ob der Ausnahmenvorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG überhaupt noch ein Anwendungsbereich verbleibt, da die *Altmark-Trans*-Kriterien bereits auf Tatbestandsebene jedenfalls teilweise die Wertungen des Art. 86 Abs. 2 EG aufgreifen.⁴⁸

1. Monti-Paket

Die Kommission hat diesbezüglich deutlich gemacht, dass sie weiterhin von einer eigenständigen Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 EG ausgeht.⁴⁹ Danach überprüft die Kommission die Ausgleichszahlung zunächst an den strengeren *Altmark-Trans*-Kriterien. Wenn diese nicht erfüllt sind, und das Beihilfenverbot grundsätzlich einschlägig wäre, überprüft die Kommission anhand eines weniger strengen Maßstabes, ob die Beihilfe gemäß Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt werden kann.

Auch nach Auslegung der Kommission wird also der Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Bezug auf die Beschränkung des Begünstigungsbegriffs bei Ausgleichszahlungen überlagert. Nur durch weniger strenge Anforderungen an die Rechtfertigung verbleibt Art. 86 Abs. 2 EG in den Randbereichen ein eigener Anwendungsbereich.

Im Jahr 2005 konkretisierte die Kommission ebendiese Anforderungen an die Rechtfertigung gemäß Art. 86 Abs. 2 EG in dem unter dem Namen *Monti-Paket* bekannt gewordenen Maßnahmenpaket zu staatlichen Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden. Das *Monti-Paket* besteht aus

42 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.6.1999 – Rs. C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Rz. 47 – *Belgien/Kommission*; EuGH, Urt. v. 21.3.1991 – Rs. C-303/88, Slg. 1991, I-1433, Rz. 27 – *Italien/Kommission*.

43 Vgl. *Koenig/Kübling* in *Streinz*, EUV/EGV, Art. 87, Rz. 58 f.; *Cremmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 87, Rz. 16.

44 Gutachten des Deutschen Instituts für *Wirtschaftsordnung*, *Wirtschaftliche Aspekte der Märkte für Gesundheitsdienstleistungen*, Berlin 2001, S. 150 ff., verfügbar unter http://www.diw.de/deutsch/produkte/publikationen/expublikationen/gutachten/docs/diw_GesundheitsDL_200112.pdf.

45 Vgl. EuGH, Urt. v. 28.4.1998 – Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931, Rz. 37 ff. – *Kohll*.

46 Vgl. EuGH, Urt. v. 22.6.2000 – Rs. C-332/98, Slg. 2000, I-4833 – *CELF*.

47 Vgl. EuGH, Urt. v. 22.6.2000 – Rs. C-332/98, Slg. 2000, I-4833 – *CELF*.

48 Vgl. *Jennert*, *Finanzierung und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge nach Altmark Trans*, NVwZ 2004, 425 (426 ff.); *Kämmerer*, *Strategien zur Daseinsvorsorge*, NVwZ 2004, 28 (33 f.).

49 Vgl. Staatliche Beihilfen – Italien C 62/1999 (ex NN 140/1998), Entscheidung der Kommission vom 15.10.2003 betreffend die Maßnahmen Italiens zugunsten von RAI S.p.A. C (2003) 3528 endg., dazu *Koenig/Haratsch*, *Die Wiedergeburt von Art. 86 Abs. 2 EG in der RAI-Entscheidung der Europäischen Kommission*, ZUM 2004, 122.

Finanzierung von Krankenhäusern

- einem „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden“ (im Folgenden: *Gemeinschaftsrahmen*),⁵⁰
- einer Entscheidung der Kommission KOM/2005/842/EG „über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten, mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden“ (im Folgenden: *Freistellungsentscheidung*)⁵¹ und
- schließlich aus einer – für die hier vorgenommene Analyse nicht weiter relevante – Änderung der Transparenzrichtlinie.⁵²

Der Unterschied bezüglich der Rechtsfolgen zwischen dem Gemeinschaftsrahmen und der Freistellungsentscheidung besteht darin, dass Maßnahmen, die unter die Freistellungsentscheidung fallen, nicht nur gerechtfertigt, sondern darüber hinaus nach Ansicht der Kommission gemäß Art. 3 der Freistellungsentscheidung von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EG freigestellt sind. Diese Freistellung ist im Gemeinschaftsrahmen nicht vorgesehen.

Unterschiede zwischen den von der Kommission im Gemeinschaftsrahmen und in der Freistellungsentscheidung aufgestellten Kriterien auf der einen Seite und den *Altmark-Trans*-Kriterien auf der anderen Seite ergeben sich hauptsächlich in Bezug auf die Berechnung der Ausgleichshöhe. Nach dem von der Kommission aufgestellten Maßstab ist die Höhe des Ausgleichs nämlich nach den Kosten zu bemessen, welche durch die Erbringung der fraglichen Dienstleistung tatsächlich verursacht worden sind.⁵³

In Artikel 5 der Entscheidung heißt es dazu:

„Die Ausgleichszahlung darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus dem für die Erfüllung dieser Verpflichtung eingesetzten Eigenkapital abzudecken. [...]“⁵⁴

Im Gegensatz dazu bemisst der Europäische Gerichtshof die Ausgleichshöhe nach dem objektiven Median-Kostenmaßstab,⁵⁵ also anhand der Kosten, die einem durch-

schnittlichen, gut geführten Unternehmen durch die Erfüllung der Gemeinwohlaufgabe entstehen.

2. Freistellungsentscheidung

Die Kommission ist der Ansicht, dass der Defizitausgleich für öffentliche Krankenhäuser aufgrund der Freistellungsentscheidung nicht nur gerechtfertigt werden kann, sondern darüber hinaus auch von der Notifizierungspflicht freigestellt ist.⁵⁶ Diese Einschätzung soll hier überprüft werden.

a) Geltungsbereich

Die Freistellungsentscheidung der Kommission gilt grundsätzlich nur für Beihilfen, die Unternehmen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden, deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden vorausgegangenen Jahren weniger als 100 Mio. € betragen hat. Bereits erhaltene Ausgleichszahlungen in diesen Jahren dürfen den Betrag in Höhe von 30 Mio. € für erbrachte Dienstleistungen nicht überschreiten.

Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser fallen aber unabhängig von ihrer Umsatzhöhe immer in den Geltungsbereich der Freistellungsentscheidung. Solche Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser weisen nämlich die Besonderheit auf, dass im jetzigen Entwicklungsstadium des Binnenmarktes die Wettbewerbsverfälschung in diesem Sektor nicht zwangsläufig in einem direkten Verhältnis zum Umsatz und zur Höhe der Ausgleichszahlungen steht.⁵⁷

Der Defizitausgleich an die öffentlichen Krankenhäuser fällt in den Anwendungsbereich der Freistellungsentscheidung.

b) Voraussetzungen

aa) Aufstellung der Parameter

Die von der Kommission in der Freistellungsentscheidung aufgestellten Kriterien unterscheiden sich von den *Altmark-Trans*-Kriterien hauptsächlich hinsichtlich der Berechnung der Höhe des Ausgleichs.⁵⁸

Dagegen existieren in Bezug auf die Ausgestaltung des öffentlichen Auftrages bzw. der Betrauung nur minimale Unterschiede. So kann eine Beihilfe nach Art. 4 der Freistellungsentscheidung ebenfalls nur dann gerechtfertigt werden, wenn Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung definiert ist. Darüber hinaus müssen das beauftragte Unternehmen und der geografische Geltungsbereich sowie die Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte aus der Betrauung hervorgehen.

Schließlich müssen die Parameter zur Berechnung, Überwachung und etwaige Änderungen der Ausgleichszahlungen ebenfalls bereits im Betrauungsakt genannt sein, ebenso wie die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw. etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden.⁵⁹

Die geförderten Krankenhäuser werden gemäß § 8 Abs. 2 S. 3 KHG mit dem Versorgungsauftrag betraut.⁶⁰ Diese Betrauung genügt aber nicht den inhaltlichen Anforderungen des Art. 4 der Freistellungsentscheidung.

Der feststellende Verwaltungsakt, durch den das geförderte Krankenhaus in den Krankenhausplan aufgenommen wird, enthält keine Parameter bezüglich des Defizitausgleichs, da dieser Ausgleich im Krankenhausfinanzierungsgesetz nicht vorgesehen ist. In den Feststellungsbescheiden gemäß § 8 Abs. 2 S. 3 KHG finden sich

50 ABl. EG Nr. C 297/4 vom 29.11.2005.

51 ABl. EG Nr. L 312/67 vom 29.11.2005.

52 Richtlinie 2005/81 der Kommission vom 28.11.2005 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. EG 2005 Nr. L 312/47.

53 Vgl. Art. 5 Abs. 2c der Entscheidung der Kommission, ABl. EG L 312/67 (71) vom 29.11.2005; Rz. 14 des Gemeinschaftsrahmens, ABl. EG C 297/4 vom 29.11.2005.

54 Art. 5 Abs. 1 S. 1 der Entscheidung der Kommission, ABl. EG L 312/67 (71) vom 29.11.2005.

55 Zum Begriff des Median-Maßstabes, vgl. *Kühling/Wachinger*, NVwZ 2003, 1202 (1203).

56 *Cremer*, S. 344, zitiert Klagebeantwortung der Kommission in der RS. T-167/04, Ziff. 22 f.

57 Vgl. Entscheidung der Kommission, ABl. EG Nr. L 312/69 vom 28.11.2005, Erwägungsgrund (16).

58 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. III, Rz. 1163.

59 Vgl. Art. 4 lit. d) der Freistellungsentscheidung, ABl. EG Nr. L 312/69 vom 28.11.2005.

60 Vgl. unter II. 1. a) aa) Betrauung.

Finanzierung von Krankenhäusern

daher auch keine Parameter zur Berechnung und Überwachung der Zuwendung durch Ausgleich von Defiziten der geförderten Krankenhäuser.⁶¹

Im Betrauungsakt ist darüber hinaus nicht festgelegt, welche Vorkehrungen getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw. etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden.

Der Betrauungsakt wird daher nicht den Anforderungen des Art. 4 der Freistellungsentscheidung gerecht.

bb) Ausgleichshöhe

Gemäß Art. 5 Abs. 1 der Freistellungsentscheidung darf die Ausgleichszahlung nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus dem für die Erfüllung dieser Verpflichtungen eingesetzten Eigenkapital abzudecken.

Zu den zu berücksichtigenden Kosten gehören sämtliche Ausgaben, die mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbunden sind. Darunter fallen die Einzelkosten für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ein angemessener Anteil an den Gemeinkosten⁶² sowie eine angemessene Rendite.

Im Gegensatz zum vierten Kriterium der *Altmark-Trans*-Entscheidung, kommt es in der Freistellungsentscheidung nicht auf die (objektiven) Kosten an, die bei einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung anfallen würden (Median-Maßstab).⁶³ Vielmehr sind die tatsächlich angefallenen Kosten (subjektiven Kosten) maßgeblich.⁶⁴

Daher ist eine Aussage darüber, ob der Ausgleich der Defizite die erlaubte Ausgleichshöhe nach der Freistellungsentscheidung übersteigt, nicht in gleicher Weise zu beantworten, wie die Frage nach der angemessenen Ausgleichshöhe nach der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung (drittes und viertes Kriterium).

Ob die Defizite durch die Erbringung des Versorgungsauftrages verursacht wurden, ist vielmehr eine Frage des Einzelfalles, die nicht pauschal beantwortet werden kann. Es kommt nämlich nur darauf an, welche Kosten im konkreten Fall tatsächlich angefallen sind, und ob diese Kosten durch die staatliche Zuwendung ausgeglichen wurden.

Ob diese Kosten, so wie es der Europäische Gerichtshof in der *Altmark-Trans*-Entscheidung gefordert hat, auch von einem durchschnittlich, gut geführten Unternehmen verursacht worden wären, ist indes irrelevant.

Im Einzelfall ist daher nicht auszuschließen, dass die tatsächlich verursachten Kosten der Leistungserbringung von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft höher liegen als bei einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen. Der Ausgleich dieser Mehrkosten würde keinen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 der Freistellungsentscheidung darstellen.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass der Defizitausgleich auch nicht den Anforderungen der Freistellungsentscheidung der Kommission gerecht wird, da im jeweiligen Betrauungsakt auf der Grundlage des KHG keine Parameter für die Bestimmung der Ausgleichshöhe enthalten sind. Ob allerdings der Defizitausgleich über den Ausgleich der tatsächlichen Kosten für die Erbringung der Gemeinwohlaufgabe hinausgeht, kann pauschal nicht ge-

klärt werden. Vielmehr bedarf es hierfür einer eingehenden Überprüfung im konkreten Fall.

Eine Rechtfertigung der Beihilfe gemäß Art. 86 Abs. 2 EG kommt aus dem genannten Grund nicht in Betracht.

Der Defizitausgleich der öffentlichen Hand zugunsten von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft stellt eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG dar, die mangels Rechtfertigung gemäß Art. 86 Abs. 2 EG nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und damit verboten ist.

IV. Zusammenfassung

Der Defizitausgleich der öffentlichen Hand zugunsten von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft stellt eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe dar, die gemäß Art. 87 Abs. 1 EG verboten ist. Die tatbestandsausschließenden *Altmark-Trans*-Kriterien für Ausgleichszahlungen von Gemeinwohldienstleistungen sind nicht einschlägig, da bei der Betrauung der geförderten Krankenhäuser keine Parameter für den Defizitausgleich aufgestellt wurden.

Krankenhäuser sind trotz ihrer Einbindung als Leistungserbringer im Sozialversicherungsnetz als Unternehmen anzusehen. Der Defizitausgleich hat darüber hinaus wettbewerbsverfälschende Wirkung, da die geförderten Krankenhäuser durch die Aussicht des Ausgleichs ihrer Defizite nicht im gleichen Maße wie nicht geförderte Krankenhäuser in privater oder freigemeinnütziger Trägerschaft gezwungen sind, sparsam zu wirtschaften.

Der Defizitausgleich beeinträchtigt darüber hinaus auch den innergemeinschaftlichen Handel. Die geförderten Krankenhäuser konkurrieren mit solchen aus anderen Mitgliedstaaten, da Patienten insbesondere für hoch spezialisierte Behandlungen durchaus auch Sprachbarrieren in Kauf nehmen und Krankenhäuser in anderen EU-Mitgliedstaaten aufsuchen. Die Reisewilligkeit steigt dabei, je schwerer der ärztliche Eingriff und je planbarer der Krankenhausaufenthalt ist. Daher werden auch Krankenhäuser in anderen EU-Mitgliedstaaten, insbesondere den Nachbarstaaten Deutschlands, von dem Defizitausgleich tangiert.

Auch eine Rechtfertigung des Defizitausgleichs auf Grundlage des Art. 86 Abs. 2 EG kommt nicht in Betracht. Die hier einschlägige Freistellungsentscheidung der Kommission fordert nämlich ebenso wie die Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs eine Aufstellung der Ausgleichsparameter bereits im Rahmen der Betrauung, welche im Hinblick auf die Förderung von öffentlichen Krankenhäusern nicht ersichtlich ist.

Das EG-Beihilfenverbot hat zur Folge, dass Defizitausgleiche der öffentlichen Hand zugunsten von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft verboten sind und darüber hinaus notifiziert werden müssen.

61 So auch *Kingreen*, GesR 2006, 193 (199).

62 Nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2c der Freistellungsentscheidung sind innerhalb der Gemeinkosten allerdings nur die Fixkosten umfasst. Dass auch die variablen Gemeinkosten umfasst sein müssen, ergibt sich aus dem Zusammenspiel zwischen Art. 5 Abs. 2c und Art. 5 Abs. 5 der Freistellungsentscheidung.

63 Vgl. zum Kompensationsmaßstab nach den *Altmark-Trans*-Kriterien, *Koenig*, BB 2003, 2185.

64 Vgl. Art. 5 Abs. 2 c) der Freistellungsentscheidung, ABl. EG Nr. L 312/69 vom 28.11.2005.