

Professor Dr. Christian Koenig und Wiss. Mitarbeiterin Julia Paul, Bonn*

Ist die Krankenhausfinanzierung ein pathologischer Fall für EG-beihilfenrechtliche Transparenz- oder sogar für Entflechtungsmaßnahmen?

Anfang dieses Jahres erfolgte eine Änderung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG), welches bis 2012 eine schrittweise Abkehr von der dualistischen Finanzierung zu einem monistischen System vorsieht. Träger der Investitionskostenlast werden dann allein die gesetzlichen Krankenversicherungen sein. EG-beihilfenrechtlich entstehen damit wegen des bereits vorhandenen milliardenhohen Investitionsstaus neue Brandherde im wettbewerbsrechtlich ohnehin sensiblen Bereich der Finanzierung von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft. Gleichzeitig wurde die Chance zu einer umfassenden Reform des KHG nicht genutzt und EG-beihilfenrechtlich problematische Strukturen der Krankenhausfinanzierung weiter zementiert. Hier ist neben dem nach wie vor bestehenden Problemfeld des Defizitenausgleichs insbesondere die Gefahr von Quersubventionierungen durch das Vordringen der Krankenhäuser in den ambulanten Versorgungsmarkt zu nennen, welches jüngst durch die Neuregelung des § 116 b II SGB V forciert wurde. Mit dem vorliegenden Beitrag sollen die in der EuZW 2008, 359 aufgeworfenen Fragen erneut aufgegriffen und anhand der geänderten Gesetzeslage beleuchtet werden.

I. Grundlagen der Krankenhausfinanzierung

Im Gegensatz zur niedergelassenen Ärzteschaft, welche die Kosten ihrer Praxisbetriebe allein über die jeweiligen leistungsbezogenen Entgeltzahlungen zu decken hat („*monistische Finanzierung*“), erfolgt die Krankenhausfinanzierung trägerunabhängig auf der Grundlage von § 4 IV des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) bisher *dual*: Gem. § 8 I KHG haben Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan des jeweiligen Bundeslands aufgenommen sind, einen Anspruch auf Förderung. Nach § 9 KHG erfolgt die Finanzierung der *Investitionskosten* eines Krankenhauses durch die Länder. Hierunter fallen unter anderem die Wiederbeschaffungskosten von Anlagegütern, Anlaufkosten, Finanzierungskosten bezogen auf Erwerb, Erschließung, Miete und Pacht von Grundstücken und entsprechende Fremdkapitalkosten¹. Die *Betriebskosten* werden dagegen von den gesetzlichen und privaten Krankenversicherungen sowie von den Patienten getragen. Diese Finanzierung erhalten alle Plankrankenhäuser, unabhängig davon, ob sie in öffentlicher, gemeinnütziger oder privater Trägerschaft betrieben werden. Anders als gemeinnützig oder privat betriebene Krankenhäuser erhalten Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägers-

schaft zusätzlich einen gesetzlich nicht geregelten Defizitenausgleich zur Deckung ihrer regelmäßig² entstehenden Verluste³. Neben den EG-vertraglichen Beihilfenvorschriften der Art. 87 I und 86 II EG ist wesentliche Grundlage der Beurteilung der staatlichen Krankenhausfinanzierung das so genannte „Monti-Paket“⁴ zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse; dessen *Freistellungsentscheidung* und *Gemeinschaftsrahmen* sind in Bezug auf die staatliche Krankenhausfinanzierung an anderer Stelle bereits dargestellt worden⁵.

II. Die Beihilfenproblematik des Defizitenausgleichs der Länder

Der Defizitenausgleich der öffentlichen Hand war zuletzt ein wesentlicher Angriffspunkt in der EG-beihilfenrechtlichen Beurteilung von Krankenhausfinanzierungsmaßnahmen. Die diesbezüglich offensichtliche Gefahr der Entstehung von Wettbewerbsverfälschungen i. S. von Art. 87 I EG war Kernfrage im Kommissionsbeschwerdeverfahren der Asklepios-Klinik-GmbH⁶ und in der EuG-Rechtssache BUPA Ireland

* Professor Dr. Christian Koenig, LL.M. ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Julia Paul ist dort als Wiss. Mitarbeiterin tätig.

- 1 Gem. § 8 I 1 KHG bedarf es für die in § 9 I Nr. 1 KHG genannte Förderung von Kosten für die Errichtung von Krankenhäusern einschließlich der Erstausrüstung mit den für den Krankenhausbetrieb notwendigen Anlagegütern zusätzlich der Aufnahme des jeweiligen Krankenhauses in ein Investitionsprogramm.
- 2 Nach Schätzungen des deutschen Krankenhausinstituts wiesen 29,6% aller Krankenhäuser in Deutschland einen Jahresfehlbetrag auf. Für die Jahre 2008 und 2009 wird eine weitere Erhöhung des Jahresdefizits auf 34,0% erwartet, das auf einen Betrag von rund 5 Mrd. Euro geschätzt wird, vgl. <http://www.dki.de/pdf/barometer%202008%20kompakt.pdf>.
- 3 S. dazu Koenig/Vorbeck, GesR 2007, 347.
- 4 Freistellungsentscheidung der Kommission über die Anwendung von Art. 86 II EG auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (2005/842/EG); Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (2005/C 297/04); Richtlinie 2005/81/EG der Kommission 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.
- 5 S. Koenig/Vorbeck, ZEUS 2008, 207; Kibele, KH 2007, 1094 m. w. Nachw.
- 6 S. zum Sachverhalt und zum Gang des Verfahrens EuG, Urt. v. 11. 7. 2007 – T-167/04, EuZW 2007, 505 – Asklepios Kliniken GmbH.

Ltd⁷. Eine abschließende beihilfenrechtliche Bewertung der Krankenhausfinanzierung steht indes noch aus. Die Untätigkeitsklage der französischen *Fédération de l'Hospitalisation Privée* gegen die Kommission, mit welcher sich die Vereinigung gegen das Nichteinschreiten der Kommission auf eine Beschwerde bezüglich der Finanzierungsmodalitäten öffentlicher Krankenhäuser durch den französischen Staat wandte⁸, wurde vom EuG nicht zur Verhandlung und Entscheidung zugelassen⁹. Die den gleichen Sachverhalt aus deutscher Sicht betreffende Beschwerde des Verbunds MEDI Deutschland¹⁰ zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Defizitausgleichs zu Gunsten von Krankenhäusern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft wurde von der Kommission nicht eindeutig beschieden. Zwar interpretiert der Ärzteverband die – nicht veröffentlichte – Entscheidung der Kommission dahingehend, dass die Kommission eindeutig die bisherige Praxis der Nutzung von Steuergeldern für Defizitausgleiche und Investitionszuschüsse für unzulässig erklärt habe¹¹. Nach Einschätzung des Deutschen Ärzteblatts unter Berufung auf eine Stellungnahme eines Kommissionssprechers sei dies allerdings eine zu weitgehende Interpretation. Die Kommission habe lediglich explizit zur Beachtung der Regelungen des Monti-Pakets bei der Krankenhausfinanzierung aufgerufen. Zur Verhinderung von Quersubventionierungen sei im Sinne der Transparenzrichtlinie bei der Buchführung klar zwischen Kompensationsgewährungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einerseits und allen übrigen Leistungen andererseits zu trennen¹².

Eine Entscheidung der Kommission in der Sache erfolgte nicht. Dies ist vor allem deshalb zu bedauern, als der Verband mit Hinweis auf EG-beihilfenrechtliche Gefahren auch im ambulanten Versorgungssektor, welche durch die schrittweise Öffnung dieses Marktes auch für Krankenhäuser entstünden, den Beschwerdegegenstand später ergänzt¹³ hatte und gerade diesbezüglich eine belastbare Entscheidung der Kommission von großem Interesse gewesen wäre.

III. Quersubventionierungsgefahr durch MVZ

EG-Beihilfenrechtsverstöße im ambulanten Versorgungssektor drohen in erster Linie durch Wettbewerbsverzerrungen auf Grund von Quersubventionierungen zu Gunsten so genannter MVZ („Medizinische Versorgungszentren“).

1. Problemaufriss

Dabei handelt es sich um fachübergreifende, ärztlich geleitete Einrichtungen in der Trägerschaft eines Krankenhauses mit denen das jeweilige Krankenhaus in Konkurrenz zu niedergelassenen Ärzten einen Teil des Leistungsangebots von der stationären auf die ambulante Versorgungsebene abwälzt¹⁴. Bemessen nach der Abrechnungssummenhöhe erbringen MVZ inzwischen einen bedeutenden Teil der ambulanten Patientenversorgung und stellen damit einen wesentlichen Faktor bei der Öffnung des ambulanten Versorgungsmarkts für Krankenhäuser dar¹⁵. Die traditionelle Trennung zwischen der ambulanten Patientenversorgung durch niedergelassene Haus- und Fachärzte und den stationären Leistungen von Krankenhäusern wird damit zunehmend aufgehoben. Aus Patientensicht stellt sich die ambulante Behandlung in einer ärztlichen Praxis als weitgehend substituierbar durch eine ambulante Behandlung im Krankenhaus dar¹⁶. Verstärkt wird dieser Effekt auch durch die Neuregelung des § 20 II der Zulassungsverordnung für Ärzte. Danach ist die Zusammenarbeit zwischen einem zugelassenen Krankenhaus und niedergelassenen Vertragsärzten anders als bisher nunmehr ausdrücklich zulässig, so dass Krankenhausärzte in

einem in der Trägerschaft „ihres“ Krankenhauses stehenden MVZ vertragsärztliche Leistungen erbringen dürfen¹⁷. Besonders interessant hierbei ist die Gesetzesbegründung, wonach die Ausweitung des Tätigkeitsgebiets für Krankenhausärzte mit der besseren Ressourcennutzbarkeit für Krankenhäuser legitimiert wird. Auf die Beihilfenrechtsproblematik einer möglichen Übertragung von Krankenhausfördermitteln auf einen anderen – nämlich den ambulanten – Markt wird dabei nicht eingegangen.

2. Gesetzliche Betätigungsoptionen von Krankenhäusern im ambulanten Bereich

Abgesehen von der Errichtung und dem Betrieb von MVZ, welche infolge des GKV-Modernisierungsgesetzes seit dem Jahr 2004 gem. § 95 I SGB V für Krankenhäuser trägerunabhängig zulässig sind, können Krankenhäuser ambulant z. B. im Bereich der vor- und nachstationären Behandlung gem. § 115 lit. a SGB V tätig werden und nach § 115 lit. b SGB V ambulante Operationen im Krankenhaus sowie spezialmedizinische Behandlungen i. S. von § 116 SGB V durchführen (zur Neuregelung des § 116 b II SGB V s. sogleich unter IV. 1)).

3. Quersubventionspotenziale

EG-beihilfenrechtlich bedenkliche Quersubventionspotenziale drohen infolge des Vordringens von Krankenhäusern auf den ambulanten Versorgungsmarkt durch die fehlende Gewährleistung einer konsequenten und transparenten getrennten Buchführung in Bezug auf die für das jeweilige Betätigungsfeld eingesetzten Finanzierungsmittel der Krankenhäuser. Die auf Grund des KHG gewährten Investitionsfördermittel der Länder dienen ebenso wie der Defizitausgleich allein der Finanzierung des Stationärbetriebs. Diese Mittel dürfen nicht für den ambulanten Sektor eingesetzt oder „mitverwendet“ werden, da es sich bei den Märkten für Ambulanzmedizin um eigenständige sachlich relevante Märkte handelt und ein Eingriff in die Finanzierungsmechanismen dieser Märkte, welche einem besonderen, für die niedergelassene Ärzteschaft geltenden Entgeltsystem folgen, zwangsläufig wettbewerbsverzerrende Wirkungen hat¹⁸. Erhält ein Krankenhaus Investitionsfördermittel zur Finanzierung seines stationären Bereichs und wird es auch im Rah-

7 EuG, Urt. v. 12. 2. 2008 – T-289/03, BeckRS 2008 70248 – BUPA Ireland Ltd.

8 Klage eingereicht am 10. 12. 2003, Rs. T-397/03, ABIEU 2004 Nr. C 47, S. 58.

9 Beschl. des *Gerichts erster Instanz* v. 18. 11. 2005 – T-397/03, *Fédération de l'Hospitalisation Privée/Kommission*, ABIEU Nr. C 22 v. 28. 1. 2006, S. 25.

10 Die MEDI Deutschland ist der Dachverband regionaler Interessensverbände von niedergelassenen Haus- und Fachärzten aus dem gesamten Bundesgebiet. Die Beschwerde ist im Internet abrufbar unter www.medi-verbund.de/datei.php?id=40.

11 Pressemit. MEDI Deutschland v. 22. 11. 2007, im Internet abrufbar unter <http://medi-med-union.com/pdf/EV-2007-22-20071122-EU-Eingabe.pdf>.

12 S. die Stellungnahme unter <http://www.aerzteblatt.de/v4/news/news.asp?id=30506>.

13 Beschwerdeergänzungen der MEDI Deutschland v. 8. 2. 2006 und 16. 6. 2006 zum Defizitausgleich von Krankenhäusern CP 203/05, im Internet abrufbar unter www.medi-deutschland.de/datei.php?id=41 und www.medi-verbund.de/datei.php?id=42.

14 S. ausf. hierzu *Koenig/Paul*, EuZW 2008, 359.

15 *Wodarz/Sellmann*, NZS 2008, 466 (469).

16 Vgl. Entscheidung des Bundeskartellamts v. 10. 3. 2005 – B 10 – 123/04 – Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Rdnr. 76.

17 Gesetzesänderung mit Wirkung zum 1. 7. 2007 auf Grund des Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes v. 22. 12. 2006, BGBl I, 3439. Zur Entwicklung der Änderung s. *Wodarz/Sellmann*, NZS 2008, 466 (469).

18 S. hierzu auch *Knüttel/Schweda/Giersch*, EWS 2008, 497 (498/499).

men eines MVZ tätig, kann einer Quersubventionierung des ambulanten Bereichs nur dadurch begegnet werden, dass zuverlässig getrennt Buch geführt und abgerechnet wird. Die konsequente Einhaltung dieses aus der Transparenzrichtlinie¹⁹ folgenden Gebots ist in der Praxis freilich zu bezweifeln. Insbesondere ist nicht auszuschließen, dass mit Mitteln des staatlichen Investitionskostenzuschusses finanzierte Anlagen und Güter des Krankenhauses auch für eine etwaige ambulante Betätigung eingesetzt werden²⁰. Gleiches gilt für die mit Hilfe der Betriebskostenbezuschung finanzierte Mitarbeiterschaft sowohl im Klinikbereich als auch in der Verwaltung und für alle weiteren, durch staatliche Mittel finanzierten Kostenträger. Auf diese Weise besteht zumindest die Möglichkeit einer jedenfalls mittelbaren Ausweitung der staatlichen Förderung auch auf den ambulanten Bereich, welche nach dem KHG nicht vorgesehen ist und eine selektive Begünstigung der Krankenhäuser zu Lasten der ambulanten tätigen Ärzteschaft bedeutete. Während die Krankenhäuser auf der Grundlage des KHG notwendige Anschaffungen von Geräten und Anlagen mit Hilfe des staatlichen Investitionskostenzuschusses finanzieren und die laufenden Betriebskosten über entsprechende Maßnahmen der Kassen und Versicherungen abdecken können, erhalten die selbstständigen Haus- und Fachärzte keine vergleichbare Förderung der öffentlichen Hand.

4. Gegenmaßnahmen: Transparente Kostenzuschüsse und Entflechtung!

Als Gegenmaßnahme bedarf es in erster Linie einer transparenten Zuschlüsselung der jeweils für den stationären und den ambulanten Tätigkeitsbereich entstehenden Kosten mittels eines Dreischritts aus *Kostenartenrechnung*, *Kostenstellenrechnung* und *Kostenträgerrechnung*²¹. Ob eine solche konsequente Zuschlüsselung in der Praxis tatsächlich umfassend erfolgt, wird zu Recht bezweifelt²². Zusätzliche Sicherungsmechanismen zur Reduzierung von Quersubventionierungspotenzialen sind erforderlich. Hierbei könnte insbesondere Rückgriff auf die Grundlagen des energiewirtschaftsrechtlichen Entflechtungsregimes genommen werden. Zwar unterscheidet sich die wettbewerbsrechtliche Ausgangslage der Krankenhausfinanzierung wesentlich von dem komplexen und ausdifferenzierten Regulierungssystem der Netzwirtschaften. Letztere sind geprägt durch jahrzehntelange Monopolstrukturen und stellen auf Grund der Besonderheiten der Netzgebundenheit im Energiesektor enorme Herausforderungen an die Sicherstellung von Wettbewerb. Dennoch sind die Zielsetzungen des energiewirtschaftsrechtlichen *Unbundlings* mit den Problemstellungen in der Ausgestaltung der Krankenhausfinanzierung vergleichbar: Durch gesteigerte Transparenz in der Kostenzuschlüsselung sollen Quersubventionierungen weitgehend ausgeschlossen werden²³. Hierfür werden je nach Art der Entflechtung lediglich einzelne Geschäftsbereiche eines Unternehmens oder Unternehmensverbands funktional-organisatorisch („*functional unbundling*“), gesellschaftsrechtlich („*legal unbundling*“) und/oder buchhalterisch („*accounting unbundling*“) getrennt oder aber die Eigentümerstrukturen vollständig aufgespalten (so genanntes „*ownership unbundling*“). Da die Entflechtung von Eigentümerstrukturen zumindest im Fall nicht-öffentlicher Trägerschaft schwerwiegenden Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentumsgarantie begegnet²⁴, soll an dieser Stelle nicht näher auf ihre Bedeutung für die Krankenhausfinanzierungskontrolle eingegangen werden. Heranzuziehen sind vielmehr die Grundsätze der funktional-organisatorischen, gesellschaftsrechtlichen und buchhalterischen Entflechtung. Um Quersubventionierungen des Krankenhausträgers zwi-

schen dem stationären Krankenhausbetrieb und der Tätigkeit in einem oder mehreren MVZ auszuschließen, kommen dabei entweder rein binnenorganisatorische Maßnahmen oder eine vollständig gesellschaftsrechtliche Trennung der beiden Tätigkeitsfelder (jeweils mit getrennter Kontenführung) in Betracht. Die erstgenannte *organisatorische* Entflechtung zielt auf die Steigerung der personellen und sachlichen Eigenständigkeit von stationärem Krankenhausbetrieb und ambulantem MVZ und verringert so bereits von vornherein Anreize zu Quersubventionierungen. Sie kann auf die Anordnung beschränkt sein, innerhalb des Krankenhausträgers eine Auftrennung in unabhängig verwaltete Geschäftsbereiche vorzunehmen, oder aber durch die Einsetzung eines jeweils eigenständigen operativen Managements für den Krankenhausbetrieb einerseits und den Betrieb der MVZ andererseits erfolgen. Im Rahmen der *gesellschaftsrechtlichen* Entflechtung würde der Krankenhausträger in wenigstens zwei Tochtergesellschaften (stationärer Krankenhausbetrieb und MVZ) aufgegliedert. Durch diese auch nach außen erkennbare Aufspaltung des integrierten Unternehmens wird die Transparenz hinsichtlich der wechselseitigen Beziehungen zwischen den Betätigungssparten (stationär/ambulant) und deren Kontrollfähigkeit in Bezug auf Quersubventionierungen im Vergleich zur organisatorischen Entflechtung noch erhöht. Eine eigentumsrechtliche Aufspaltung erfolgt freilich nicht.

IV. Neuere Entwicklungen

Die Implementierung dieser Entflechtungsmechanismen zur Sicherung einer transparenten und belastbaren Kostenzuschlüsselung ist insbesondere deshalb virulent, weil das EG-beihilfenrechtliche Problemfeld möglicher Quersubventionierungen mittels öffentlicher Fördermittel aus der Investitionskostenfinanzierung und dem Defizitgleich jüngst aus zwei Richtungen neue Impulse erfahren hat:

1. EG-beihilfenrechtliche Bedeutung der Änderung von § 116 b II SGB V

Im Jahr 2007 wurden die Voraussetzungen der Zulassung von Krankenhäusern zu ambulanten Behandlungen in den Bereichen hochspezialisierter Leistungen, seltener Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen neu geregelt. Bis dahin bedurfte es hierfür eines statusbegründenden Vertrags der einzelnen Krankenhäuser mit den Krankenkassen bzw. deren Landesverbänden oder des Erwerbs einer vertragsärztlichen Zulassung. Derartige Verträge wurden kaum geschlossen bzw. Zulassungen selten erteilt. Nach der Neuregelung des § 116 b II SGB V können Krankenhäuser auch dann in den genannten Bereichen ambulant tätig werden, wenn dies im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes erfolgt und ein entsprechender Antrag des Krankenhausträgers durch die zuständige Landesbehörde positiv beschieden wurde. Dabei unterliegt die ambulante Versorgung durch Krankenhäuser nach § 116 b II SGB V nicht der Bedarfsplanung wie bei den niedergelassenen Vertragsärzten und hängt nicht von einer Genehmigung

19 Richtlinie 2005/81/EG der Kommission 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. S. dazu ausf. Koenig/Paul, EuZW 2008, 359.

20 So auch Knüttel/Schweda/Giersch, EWS 2008, 497 (498/499).

21 Zur Methodik der Kostenrechnung vgl. Koenig/Paul, EuZW 2008, 359.

22 S. dazu auch Knüttel/Schweda/Giersch, EWS 2008, 497 (501).

23 Ausf. Koenig/Kühling/Rasbach, EnergieR, 2. Aufl. (2008), S. 137 ff.

24 S. nur Kühling/Hermeier, ET 2008, 134 f.; Mayer/Karpenstein, RdE 2008, 33.

der Krankenkassen ab. Auch defizitäre Krankenhäuser sind damit nicht gehindert, ihr ambulantes Leistungsspektrum auszubauen. Dies birgt wiederum sogleich die Gefahr einer Verwendung staatlicher Mittel der Krankenhäuser (insbesondere aus dem gesetzlich nicht regulierten Defizitausgleich der Länder) für den wettbewerblichen und gewinnbringenden Bereich der Ambulanzversorgung. Wettbewerbsverzerrungen drohen dabei nicht allein durch mögliche Quersubventionierungen. Bereits durch die unterschiedlichen Anforderungen an die Zulassung zu den in § 116 b II i. V. mit III SGB V genannten Leistungen, die unter anderem bestimmte, zahlenmäßig häufig nachgefragte onkologische Leistungen einschließen, droht eine Benachteiligung niedergelassener Ärzte – unabhängig von staatlicher Beihilfengewährung: Fachärzte müssen für den Erwerb einer Zulassung erhebliche finanzielle Mittel aufwenden, um sich niederlassen und die fraglichen ambulanten Leistungen anbieten zu können. Diese finanzielle Last trifft Krankenhäuser inzwischen durch das bloße Antragsverfahren gem. § 116 b II SGB V nicht mehr.

Auch wenn der befürchtete „ruinöse“ Wettbewerb noch nicht entbrannt ist und zahlreiche Anträge von Kliniken auf Zulassung zur spezialärztlichen ambulanten Behandlung von den Krankenhausplanungsbehörden (noch) nicht bewilligt wurden²⁵, ist nicht auszuschließen, dass sich die Krankenhäuser baldmöglichst auf bestimmte, als lukrativ geltende ambulante Leistungen beschränken werden und die „Restversorgung“ den niedergelassenen Haus- und Fachärzten überlassen. Diese Erwartung stützt sich insbesondere auf den Umstand, dass die Neuregelung des SGB V bereits Anlass zur Klageeinreichung der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) vor dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg²⁶ war: Die KBV wandte sich mit zwei Klagen gegen die Richtlinie „*Ambulante Behandlung im Krankenhaus*“, welche gem. § 116 b III SGB V Detailregelungen des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Konkretisierung des Leistungskatalogs aus Abs. 2 der Norm enthält. Zwar hat das Gericht die Klagen mangels Klagebefugnis der KBV als unzulässig eingestuft und keine inhaltliche Prüfung der beanstandeten Richtlinie vorgenommen. Die Revision zum *Bundessozialgericht* wurde aber zugelassen. Eine Entscheidung steht noch aus. In der Sache will die KBV erreichen, dass der ambulanten Behandlung eines Patienten in einem Krankenhaus stets die abgeschlossene Diagnose und die Überweisung durch einen niedergelassenen Facharzt vorauszugehen hat („Facharztfilter“), um so der wettbewerbsverzerrenden Marktöffnung zu Lasten niedergelassener Spezialisten und zu Gunsten der Krankenhäuser vorzubeugen.

2. Der Reformansatz des Krankenhausfinanzierungsgesetzes

Ebenfalls Bedeutung für die Einstufung des Quersubventionierungspotenzials in der Krankenhausfinanzierung haben die Neuregelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, wobei entscheidend ist, was anlässlich der Reform des Gesetzes gerade *nicht* geändert wurde: Anders als in den ersten Reformentwürfen vorgesehen, wurde durch das *Gesetz zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009*²⁷ die duale Finanzierung von Krankenhäusern nicht zu Gunsten eines rein monistischen Systems aufgehoben. Entgegen insbesondere einer Forderung der Monopolkommission²⁸ bleibt es zunächst bei der Aufteilung der Krankenhausfinanzierung zwischen den Ländern und den Krankenversicherungen. Erst ab dem Jahr 2012 soll die Investitionsfinanzierung vergleichbar mit der derzeitigen Finanzierung der Betriebskosten auf so genannte Investitionspauschalen umgestellt werden. Dies allerdings auch nur

dann, wenn sich die Länder hierzu entscheiden. Dazu wird ein gesetzlicher Auftrag zur Entwicklung einer Reform der Investitionsfinanzierung der Krankenhäuser durch leistungsorientierte Investitionspauschalen bis Ende 2009 erteilt. Die näheren Einzelheiten des Verfahrens (insbesondere zur Kalkulation von Investitionsbewertungsrelationen) legen Bund und Länder gemeinsam fest. Mit der Neuerung ab 2012 werde den Ländern nach Auffassung des Bundesgesundheitsministeriums statt der bisherigen antragsbasierten Investitionsfinanzierung der Krankenhäuser eine Entscheidung für eine moderne, unternehmerisch orientierte Investitionsfinanzierung auf der Grundlage leistungsorientierter Investitionspauschalen ermöglicht²⁹. Ob sich damit die EG-Beihilfenrechtsproblematik des Defizitausgleichs entzerren wird, ist freilich angesichts des seit Jahren beachtlichen Investitionsstaus und der nach eigenem Vortrag hoch angespannten Finanzlage der Krankenversicherungen, die dann anstelle der Länder (sollten diese sich für die Einführung der Monistik entscheiden) auch die Investitionskostenlast zu tragen hätten, mehr als fraglich.

a) Forderungen der Monopolkommission

Die Monopolkommission nahm die dargestellte Problematik der Krankenhausfinanzierung zum Anlass, diesbezüglich eine Systemänderung zu fordern. Die gegenwärtige duale Finanzierung sei aus mehreren Gründen ökonomisch fragwürdig, da sie auf Grund der Loslösung der Kosten- von der Ertragsseite Investitionsentscheidungen verzerre und insbesondere zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen zwischen dem ambulanten und dem stationären Versorgungsbereich führe. Aus Sicht der Monopolkommission sollte der Krankenhausmarkt einem monistischen Finanzierungssystem unterworfen werden, in dem sämtliche Betriebsausgaben und Investitionen aus Fallpauschalen gedeckt würden. Dabei sei sogar ein vorheriger Ausgleich des bestehenden Investitionsstaus aus wettbewerbsökonomischer Sicht nicht zwingend. Selbst wenn der Investitionsstau verschiedene konkurrierende Plankrankenhäuser in unterschiedlicher Weise treffen sollte, stelle dies lediglich ein verteilungspolitisches Problem dar. Wettbewerbsvorteile erlangten die begünstigten Krankenhäuser allerdings im Qualitätswettbewerb, insbesondere bei der Erschließung neuer Marktsegmente und der Erweiterung eines bisher nicht bedienten Leistungsspektrums. Aus allokativer Sicht habe dieser Wettbewerbsvorteil indes keine Bedeutung, da staatlich geförderte Krankenhäuser regelmäßig kein besseres Rating aufwiesen als nicht oder kaum Geförderte. Vielmehr verzeichneten begünstigte Krankenhäuser sogar eine insgesamt höhere Kreditausfallwahrscheinlichkeit, was auf die infolge des Zugangs zu öffentlichen Fördermitteln gewöhnliche Anreizminderung zum profitablen Wirtschaften rückführbar sei.

b) Bewertung der Forderungen der Monopolkommission

Die Forderung der Monopolkommission nach einer Umstellung auf die Monistik ist dem Grunde nach zu unterstützen. EG-beihilfenrechtlich ist der Aufschub bis zum Jahr 2012 allerdings nicht nur nachteilig: Mit der Umstellung auf die Monistik erfolgt die Krankenhausfinanzierung allein über

25 S. dazu die Analyse des Ärzteblatts unter <http://www.aerzteblatt.de/v4/news/news.asp?id=35841>.

26 Urt. v. 15. 7. 2009, Az.: L 7 KA 30/08 KL, L 7 KA 50/08 KL.

27 Gesetz v. 17. 3. 2009, BGBl I, 534.

28 Siebzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2006/2007 v. 19. 8. 2008, Dr 16/10140 19. 8. 2008, im Internet abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/101/1610140.pdf>.

29 Pressemit. des Bundesgesundheitsministeriums Nr. 99 v. 18. 12. 2008.

die Krankenkassen. Da diese bereits mit der Übernahme der Krankenhausbetriebskosten überfordert sind, würde sich die Unterfinanzierung der betroffenen Krankenhäuser mit der Monistik jedenfalls für eine vorab schwer einschätzbare Übergangszeit noch verschärfen. Der Defizitausgleich der Länder würde weiter zunehmen. Die Krankenhausträger wären zudem gezwungen, auf gewinnträchtige Betätigungszweige auszuweichen, um die fehlende Investitionskostenförderung aufzufangen. Ein weiteres Vordringen in den Bereich der ambulanten Versorgung ist dann der nächstlogische Kompensationsschritt – welcher zudem durch die Zulassungslöcherung des neuen § 116 b II SGB V vom Gesetzgeber noch erleichtert wird. Die damit einhergehende Quersubventionierungsgefahr würde dann im Vergleich zur derzeitigen Lage einer nur unzureichenden Kostentrennung eine weitere EG-beihilfenrechtliche Herausforderung hervorrufen.

V. Ausblick

Eine Abschaffung des gesetzlich unregulierten Defizitausgleichs zu Gunsten von Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft ist nicht in Sicht, auch nicht nach der geplanten Umstellung der Investitionsfinanzierung auf so genannte Investitionspauschalen ab dem Jahr 2012. Gleichzeitig werden immer mehr Krankenhäuser auch ambulant im Rahmen sogenannter MVZ tätig. Mit diesen treten sie in unmittelbarem Leistungswettbewerb zur niedergelassenen Ärzteschaft. Da-

raus folgen enorme Quersubventionierungsgefahren. Die EG-beihilfenrechtlichen Kontrollmöglichkeiten sind diesbezüglich beschränkt. Zur Herstellung jedenfalls eines gewissen Grads an Transparenz sollte daher die Gewährung von Defizitausgleichszahlungen – eine tragfähige Rechtsgrundlage (etwa nach dem „Monti-Paket“) vorausgesetzt – nur anhand des im State Aid Action Plan der Kommission entwickelten dreistufigen Abwägungstests erfolgen dürfen. Seitens der beihilfengewährenden Stellen ist danach sicherzustellen, dass die Zahlung zum Ausgleich eines konkreten Marktversagens oder zur Verfolgung eines wichtigen gemeinschaftlichen Interesses *erforderlich* ist. Weiter muss die Maßnahme zielgerichtet erfolgen, also *geeignet* sein, die Marktdefizite zu beheben und hierzu ausreichend zielgenaue *Anreizeffekte* bieten. Und schließlich müssen die *positiven Effekte* der Ausgleichszahlung die erwarteten Wettbewerbs- und Handelsverzerrungen überwiegen. Danach sollte das Quersubventionierungspotenzial durch eine transparente Kostenzuschlüsselung mittels des Dreischritts aus *Kostenartenrechnung*, *Kostenstellenrechnung* und *Kostenträgerrechnung* weitgehend eingegrenzt werden. Damit diese transparente Kostenzuschlüsselung durchführbar ist, und es nicht bei einem bloßen Lippenbekenntnis der Krankenhausträger bleibt, sollte auf die im Energiewirtschaftsrecht entwickelten Entflechtungsmechanismen Rückgriff genommen und eine klare Kostentrennung von „stationärem Krankenhausbetrieb“ und „MVZ“ auf diese Weise sichergestellt werden. ■