ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of
ZBW
Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Kuchinke, Björn A.; Schubert, Jens M.

Working Paper

Staatliche Zahlungen an Krankenhäuser: eine juristische und ökonomische Einschätzung nach Altmark Trans und der Entscheidung der Kommission vom 13.7.2005

Diskussionspapier, No. 47

Provided in Cooperation with:
Ilmenau University of Technology, Institute of Economics

Suggested Citation: Kuchinke, Björn A.; Schubert, Jens M. (2005) : Staatliche Zahlungen an Krankenhäuser: eine juristische und ökonomische Einschätzung nach Altmark Trans und der Entscheidung der Kommission vom 13.7.2005, Diskussionspapier, No. 47, Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre, Ilmenau

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/27943

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

Technische Universität Ilmenau
Institut für Volkswirtschaftslehre

Diskussionspapier Nr. 47

Staatliche Zahlungen an Krankenhäuser: Eine juristische und ökonomische Einschätzung nach Altmark Trans und der Entscheidung der Kommission vom 13.7.2005

Björn A. Kuchinke, Jens M. Schubert

August 2005

Institut für Volkswirtschaftslehre
Ehrenbergstraße 29
Ernst-Abbe-Zentrum
D-98 684 Ilmenau
Telefon 03677/69-4030/-4032
Fax 03677/69-4203
http://www.wirtschaft.tu-ilmenau.de

ISSN 0949-3859

Abstract

Durch das Urteil im Fall Altmark Trans (Öffentlicher Personennahverkehr) ist der Status Quo des europäischen Beihilfenrechts verändert worden. Zum einen hat der Europäische Gerichtshof in seiner Urteilsfindung vier Merkmale aufgestellt, die aufgrund ihrer Erfüllung im zu entscheidenden Fall den Tatbestand des Artikels 87 EG (Europarechtswidrige Beihilfen) faktisch außer Kraft setzen. Es handelt sich bei den nachvollziehbaren Finanzhilfen somit nicht um Beihilfen, sondern um Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Rahmen der Daseinsvorsorge (Artt. 16 und 73, 86 EG). Zum anderen strahlt dieses Urteil auch auf andere Bereiche aus, denen eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nachgesagt wird. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 13.7.2005 über Beihilfen für gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen zu nennen, in der u. a. der Krankenhaussektor genannt wird.

In der vorliegenden Arbeit wird überprüft, ob staatlicher Zuwendungen an öffentliche Krankenhäuser nach aktueller Rechtslage ein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 EG darstellen. Konkret steht hierbei die Übernahme von allgemeinen, langfristigen, strukturellen Defiziten öffentlicher Krankenhäuser durch ihre Träger (i. d. R. Kreis, Kommune oder Gemeinde) im Fokus. Die juristischen Ausführungen stehen dabei nicht isoliert, sondern werden flankiert durch eine ökonomische Analyse der Daseinsvorsorge bezogen auf den genannten Objektbereich nebst einer empirischen Untersuchung.

Dr. rer. pol. Dipl.-Vw. Björn A. Kuchinke ist wissenschaftlicher Assistent am Institut für Volkswirtschaftslehre, Fachgebiet Wirtschaftspolitik der Technischen Universität Ilmenau.

Prof. Dr. iur. Jens M. Schubert ist Juniorprofessor für Arbeitsrecht und Europäisches Recht an der Universität Lüneburg.

Inhaltsverzeichnis

Seite

Inhaltsverzeichnis I

1 Einleitung und Problemstellung 1

2 Grundlagen des Beihilfenrechts 2

2.1 Der Tatbestand des Art. 87 EG im Regelfall 2

2.1.1 Unternehmensbegriff 2

2.1.2 Beihilfen aus staatlichen Mitteln 3

2.1.3 Wirtschaftlicher Vorteil 4

2.1.4 Selektivität 5

2.1.5 Zwischenstaatlichkeit 7

2.1.6 Zwischenergebnis 8

2.2 Der Tatbestand des Art. 87 EG nach der Altmark Trans Entscheidung 8

2.3 Die Entscheidung der Europäischen Kommission über Beihilfen für gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen 9

2.4 Die Merkmale im Einzelnen 11

2.5 Zwischenergebnis 13

3 Ökonomische Analyse 14

3.1 Ökonomische Analyse im engeren Sinne 14

3.2 Ökonomische Analyse im weiteren Sinne 17

3.3 Empirische Betrachtung 18

3.4 Zwischenanalyse 22

4 Abschließende Einschätzung 24

1 Einleitung und Problemstellung

Auf dem Gebiet des Beihilfenrechts ist es in jüngster Zeit zu Bewegung gekommen. Bis zum Jahre 2001 bestand eine recht sichere Basis dafür, was eine europarechtswidrige Beihilfe darstellt bzw. was den Wettbewerb nicht verfälscht.[1] Es gab zahlreiche Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (*EuGH*) sowie des Europäischen Gerichts erster Instanz, die relativ einhellig die Systematik des Art. 87 EG beschrieben.[2] Auch die zentrale Folge von unzulässigen Beihilfen, nämlich die Rückforderung, wurde höchstrichterlich geklärt.[3] Mit der Ferring Entscheidung aus dem Jahre 2001 wurde dann erstmals hinsichtlich von Direktverkäufen von Arzneimitteln durch Pharmahersteller in Richtung Daseinsvorsorge entschieden.[4] Auf dem Gebiet des Krankenhaussektors haben die Verfasser bereits 2002 eine beihilfenrechtliche Einschätzung aus juristischer und ökonomischer Sicht vorgenommen.[5]

Der bisherige Status Quo hat nunmehr eine bedeutende Weiterentwicklung erfahren, und zwar vor allem durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Sache Altmark Trans GmbH aus dem Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV).[6] Gegenstand war die Frage, ob der Beihilfetatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG gegeben ist, wenn die öffentliche Hand Ausgleichszahlungen als Gegenleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben gewährt. Im gegebenen Falle verneinte das Gericht das Vorliegen des Beihilfetatbestandes. Überwiegend wird diesem Urteil starke Ausstrahlungswirkung auf das gesamte Beihilferecht zugesprochen, so dass die vom Gericht aufgestellten (vier) Kriterien stets im Bereich von Leistungen der öffentlichen Hand zu beachten sind.[7]

Das Urteil ist nicht isoliert zu sehen. Vielmehr versteht es sich als Konkretisierung eines Umfeldes, das durch die Artt. 16 und 73, 86 Abs. 2 EG, also durch den Begriff der Daseinsvorsorge, geprägt ist.[8] Die Europäische Kommission hat auf gleicher Grundlage unter Bezugnahme auf das Altmark Trans Urteil eine Entscheidung nach Art. 86 Abs. 3 EG zu

---

1 Vgl. NOWAK (2001), EuZW, S. 293 sowie NOWAK (2003), EuZW, S. 389.
2 Z.B. EuGH vom 29.06.1999 Rs. C-265/97 = EuZW 1999, S. 506.
3 EuGH vom 12.12.2002, Rs. C-209/00 = EuZW (2003), S. 110; BGH, Urteil vom 4.4.2003, V ZR 314/ 02, EuZW (2003), S. 444.
4 Vgl. EuGH vom 22.11.2001, Rs. C-53/00 = EuZW (2002), S. 48 (Ferring/Acoss).
5 KUCHINKE/SCHUBERT (2002), Beihilfen und Krankenhäuser, WuW, 52. Jg., S. 710 ff.
6 EuGH vom 24.07.2003, Rs. C-280/00 = EuZW (2003), S. 496 = EuroAs (2003), S. 166 (Altmark Trans).
7 Vgl. WERNER/KÖSTER (2003), Anmerkung zu Altmark Trans, EuZW, S. 503 f.
8 Vgl. KÖNIG/HARRATSCH (2005), Staatliche und kommunale Bürgschaften auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts - Neue Tendenzen, ZHR 169, S. 77 ff. (79).

dem Bereich der gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen erlassen.[9] Ferner ist der Vorschlag zu einer Richtlinie über „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ bekannt geworden.[10] Hierzu erging ein Grünbuch[11] sowie ein Weißbuch.[12] Auch das Europäische Parlament hat sich bereits geäußert.[13]

Der folgende Aufsatz will nun am Beispiel staatlicher Zuwendungen an öffentliche Krankenhäuser prüfen, ob nach aktueller Rechtslage in solchen ein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 EG zu sehen ist. Konkret steht hierbei die Übernahme von allgemeinen, langfristigen, strukturellen Defiziten öffentlicher Krankenhäuser durch ihre Träger (i.d.R. Kreis, Kommune oder Gemeinde) im Fokus. Die juristischen Ausführungen werden hierbei flankiert durch eine ökonomische Analyse der Daseinsvorsorge bezogen auf den genannten Objektbereich nebst einer empirischen Untersuchung.

2 Grundlagen des Beihilfenrechts

2.1 Der Tatbestand des Art. 87 EG im Regelfall

Eine staatliche Beihilfe ist dann mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn diese an Unternehmen, vom Staat oder aus staatlichen Mittel gewährt wird, dem Empfänger einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft, indem sie selektiv an bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige vergeben wird, den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und damit den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt.

2.1.1 Unternehmensbegriff

Öffentliche, meist in kommunaler Trägerschaft organisierte Krankenhäuser stellen juristische Personen bzw. Anstalten des öffentlichen Rechts dar und fallen damit nicht unter den Unternehmensbegriff des deutschen Handels- und Gesellschaftsrechts.[14] Gleichwohl können sie unter den weiten Unternehmensbegriff gefasst werden, den der *EuGH* in ständiger

---

[9] Vgl. Entscheidung der Kommission vom 13.07.2005, abgerufen im Internet (30.7.2005) unter: http://www.rgre.de/pdf/sgei_art86.pdf, Brüssel. Bisher ist nur eine Entwurfsfassung verfügbar.

[10] Vgl. RIEGER, Tagung zur EU-Dienstleistungsrichtlinie, EuZW (2005), S. 430.

[11] KOM (2003), S. 270 vom 21.5.2003; vgl. hierzu KNAUFF (2003), Das Grünbuch der Kommission über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, EuZW, S. 453.

[12] KOM (2004), S. 374 endg., S. 20 vom 12.05.2004.

[13] EuZW (2005), S. 229.

[14] Vgl. SCHMIDT (1999), Handelsrecht, 5. Aufl., Köln, S. 65 ff.

Rechtsprechung aufgestellt hat[15] und den Art. 86 Abs. 1 EG beinhaltet.[16] Hiernach werden sämtliche private und öffentliche Unternehmen[17] mit allen ihren Produktionszweigen von Art. 87 Abs. 1 EG erfasst, d.h., auch öffentliche Unternehmen können Empfänger von zulässigen bzw. unzulässigen Beihilfen sein.[18] Für öffentliche Unternehmen gilt dies insbesondere dann, wenn sie in einem Sektor tätig sind, der privatrechtlich substituierbar ist.[19] Öffentliche und private Unternehmen werden deshalb grundsätzlich im EG-Vertrag gleichbehandelt.[20]

2.1.2 Beihilfen aus staatlichen Mitteln

Ebenso wie bei der Definition des Begriffs Unternehmen ist in Rechtsprechung und Lehre der Beihilfebegriff weit geprägt worden, um zum einen die unterschiedlichen Auffassungen der Mitgliedsstaaten zu dem Begriff der Beihilfe zu vereinen (*Klammerfunktion*), zum anderen aber insbesondere, um Umgehungsversuche zu unterbinden (*Schutzfunktion*).[21] Beihilfen sind alle Arten unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Förderung durch staatliche Stellen[22]; der Subventionsbegriff wird vom Beihilfebegriff mit umfasst.[23] Unter den Beihilfebegriff fallen z.B. Zinsrabatte, Steuerermäßigungen, Darlehen und Bürgschaf-

---

15 Vgl. EuGH vom 22.03.1977, NJW (1977), S. 1005 ff. (1006), (Steinike und Weinlig); EuGH vom 23.04.1991, EuZW (1991), S. 349 ff. (350), (Arbeitsvermittlungsmonopol für Führungskräfte); EuGH vom 19.01.1994, EuZW (1994), S. 248 ff. (249), (SAT Fluggesellschaft); OPPERMANN (2005), Europarecht, 3. Aufl., München, S. 314, 321; SCHWARZE (2000), in: Schwarze, Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel, Baden-Baden, S. 70.

16 Vgl. JUNG (1999), in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied, Art. 86 Rdnr. 3, 12; VON BURCHARD (2000), in: Schwarze, a.a.O, Art. 86 EG Rdnr. 16. Vgl. allg. SCHWINTOWSKI (1994), Der Unternehmensbegriff im Europäischen Wettbewerbsrecht, ZEuP, S. 294 ff.

17 Der Begriff des öffentlichen Unternehmens wird weder in Art. 86 Abs. 1 EG noch durch Art. 2 der Transparenzrichtlinie legaldefiniert, vgl. deshalb EuGH vom 10.02.2000, EuZW (2000), S. 281 ff. (283), (Deutsche Post GZS) hinsichtlich des Problems Remailing.

18 Vgl. MEDERER (2003), in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU/EG-Vertrag 2003, Art. 87 EG Rdnr. 31; CREMER (1999), in: Callies/Ruffert, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 8 mwN; BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze, a.a.O. Art. 87 EG Rdnr. 34.

19 Vgl. zum Begriff „*hoheitlicher Kernbereich*" EuGH vom 18.03.1997, EuZW (1997), S. 312 f. Rdnr. 23 (Diego Cali & Figli).

20 Vgl. VON BURCHARD (2000), in: Schwarze, a.a.O., Art. 86 EG Rdnr. 4 mwN. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es grundsätzlich nicht an, vgl. EuGH vom 16.11.1995, Slg. (1995), I-4013, Rdnr. 17 (Fédération francaise des sociétés d´assurance).
Ein Unternehmen stellt eine einheitliche, einem selbstständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren dar, mit welcher auf Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Vgl. MEDERER (2003), in: von der Groeben/Schwarze, a.a.O., Art. 87 Rdnr. 31.

21 Vgl. ALBIN (2001), DÖV, S. 890 ff. (891).

22 Vgl. BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 27.

23 Vgl. EuGH vom 15.03.1994, EuZW (1994), S. 346 f. (Banco de Crediró/Ayuntamiento de Valencia). Vgl. CREMER (1999), in: Callies/Ruffert, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 7.

ten[24] sowie Zahlungserleichterungen hinsichtlich von Unternehmen zu zahlender Sozialversicherungsbeiträge.[25] Der Ausgleich von Defiziten kann in diese Reihe der Begünstigungen nahtlos eingeordnet werden.[26] Qualitativ stellt der Ausgleich von Defiziten sogar ein „Mehr“ beispielsweise zu (vergünstigten) Darlehen dar, die zurückgezahlt werden müssen.

Die Begünstigung wird auch aus staatlichen Mitteln bewirkt, nämlich aus dem allgemeinen Steueretat der Kommune. Es ist gleichgültig, auf welche Haushaltsmittel zurückgegriffen wird oder ob die Mittel der staatlichen Stelle nur vorübergehend zur Verfügung stehen, denn europarechtlich sind alle Geldmittel des öffentlichen Sektors zu erfassen, wenn sie zu einer zusätzlichen Belastung des Staates führen.[27]

2.1.3 Wirtschaftlicher Vorteil

Die Beihilfe muss dem Empfänger einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen.[28] Dieser besteht zunächst darin, dass im Vergleich zu Privatkliniken das wirtschaftliche Risiko erheblich verringert und auf den Steuerzahler abgewälzt wird.[29] Zumindest gilt dies in dem Maße, wie der öffentliche Träger bereit bzw. in der Lage ist, auftretende Defizite auszugleichen. Der marktliche Sanktionsmechanismus kann so außer Kraft gesetzt werden.[30] Öffentliche Krankenhäuser genießen damit eine Form von *Bestandsschutz*.[31] Die Übernahme von Defiziten wirkt dann wie eine *Erhaltungssubvention*.

Öffentlich-rechtlich organisierte Krankenhäuser haben den Vorteil, sich den marktwirtschaftlichen Bedingungen in einem nicht unerheblichen Maße entziehen zu können. Beispielsweise entfallen die Bildung von Rücklagen sowie die langfristige Planung zur Ver-

---

[24] Vgl. st. Rspr.: EuGH vom 23.02.1961, Slg. (1961), S. 3 ff. (42) zum EGKS-Vertrag, EuGH vom 5.03.1994, EuZW (1994), S. 346 f. (Banco de Crediró/Ayuntamiento de Valencia), EuGH vom 05.10.1999, EuZW (2000), S. 253 ff. (256) (Kürzung von Sozialabgaben).

[25] Vgl. EuGH vom 29.06.1999, EuZW (1999), S. 506 ff. (507) (Déménagements Manutention Transport SA.).

[26] Vgl. GEIGER (2000*)*, in: Schwarze, Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel, Baden-Baden,, Art. 87 EG Rdnr. 8 (Übernahme von Verlusten).

[27] Vgl. EuGH vom 16.05.2000 (Ladbroke Racing Ltd.); BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 31; MEDERER (2003), in: von der Groeben/Schwarze, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 26 f.

[28] Zur allgemeinen Darstellung der Wirkung von Subventionen vgl. ANDEL (1988), in: Albers et. al., Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Frankfurt, S. 493.

[29] Vgl. KALLFASS (2001), Beihilfenkontrolle bei Restrukturierungen und Privatisierungen, Diskussionspapier Nr. 23, Institut für Volkswirtschaftslehre, TU Ilmenau, Ilmenau, S. 7 ff.; EuGH vom 29.06.1999, EuZW (1999), S. 506 ff. (508) bezügl. Zahlungserleichterungen bei Sozialversicherungsbeiträgen.

[30] Vgl. SAUERLAND (1999), Gesundheitspolitik durch staatlich gesetzte Fehlanreize?, Volkswirtschaftliche Diskussionsbeiträge Münster Nr. 298, Münster, S. 3 ff.

[31] Dieser wird auch dadurch dokumentiert, dass alle öffentlichen Krankenhäuser immer in den jeweiligen Krankenhausbedarfsplan aufgenommen werden.

meidung von Insolvenzen. Das Investitionsverhalten wird hierdurch maßgeblich beeinflusst, denn das Risiko einer Fehlinvestition ist nicht voll zu tragen.

2.1.4 Selektivität

Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 87 Abs. 1 EG ist die sog. Selektivität.[32] Selektiv bedeutet, dass die Maßnahme punktuell das Gleichgewicht zwischen dem begünstigten Unternehmen und seinen Wettbewerbern negativ beeinträchtigt.[33]

Dieses Tatbestandsmerkmal ist im Untersuchungsbereich als erfüllt anzunehmen. Erstens erfolgt die Übernahme von Defiziten nicht zugunsten aller Krankenhäuser im gleichen Maße. Zweitens ergibt sich daraus eine Störung des Gleichgewichts bei einem Vergleich der ex ante-Situation (vor der Beihilfe) mit der ex post-Situation (nach der Beihilfe). Ohne Beihilfeleistungen wären öffentliche Krankenhäuser womöglich gezwungen, die entsprechenden Dienstleistungen effizienter anzubieten bzw. vorzuhalten. Drittens wird sich ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber („private-investor-Test“) nicht in gleicher Weise verhalten und strukturelle Defizite über einen langen Zeitraum ausgleichen.[34]

Potenzielle private Konkurrenten haben aufgrund geleisteter oder zu erwartender Beihilfen an öffentliche Krankenhäuser eine schlechtere Aussicht auf Erfolg. Die Chance, Marktanteile zu gewinnen, verringert sich. Mehr noch, die Marktanteile der Öffentlichen mit Defiziten sind offenbar nicht unbedingt mit Effizienz- oder sonstigen Wettbewerbsvorteilen zu begründen, sondern mit ihrem Bestandsschutz. Es besteht somit eine staatliche *Markteintrittsbarriere*. Zusammenfassend kann von einer Wettbewerbsverfälschung ausgegangen werden.

---

[32] Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (2001), Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaft - 2000, Brüssel, S. 82.

[33] Vgl. MEDERER (2003), a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 36 ff.; BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 35; OPPERMANN (2005), a.a.O., S. 345; zur versteckten Selektivität EUROPÄISCHE KOMMISSION, ABl. 1980, Nr. L 264/28.

[34] Vgl. zum Begriff: marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber, SCHOHE/HOENIKE (1997), Die Rechtsprechung von EuGH und EuG zu staatlichen Beihilfen in den Jahren 1996 und 1997, EuZW 1997, S. 741 ff.; EUGH vom 21.01.1999, Pressemitteilung 2/99 (Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH); auch Technisches Glaswerk Ilmenau (TGI) ./. Kommission, ABl.EG Nr. C 272/4 vom 27.09.2001.

Der Einfluss der Beihilfen auf den Wettbewerb ist dabei weitreichend, denn Krankenhäuser sind auf unterschiedlichen Märkten tätig.[35] Sachlich gibt es insofern verschiedene Märkte, wenn bedacht wird, dass es unterschiedliche Erkrankungen und Behandlungen gibt.[36] Es werden aber nicht nur die Konkurrenzbeziehungen zwischen Krankenhäusern beeinflusst. Es ergeben sich auch Auswirkungen auf den niedergelassenen Ärztebereich, denn Krankenhäuser bieten ambulante Leistungen an. Gleichfalls sind etwa die Märkte für nachstationäre Leistungen betroffen, denn hier treten als zusätzliche Anbieter z.B. Physiotherapeuten auf.

Es kann ferner davon ausgegangen werden, dass der räumliche Markt von der Spezifität der Leistung abhängt und mit zunehmendem Grad der Spezialisiertheit größer wird. Erhält ein öffentliches Krankenhaus eine Beihilfe, so kann also ein regionaler, landesweiter, europäischer oder sogar weltweiter Markt betroffen sein.

Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist im Übrigen nicht als unerheblich zu beschreiben (in Anlehnung an die de-minimis-Grenze[37]). Zwar wird im Einzelfall die von der Kommission genannte Grenze (100.000 € auf drei Jahre) nicht erreicht werden. Entscheidend für die Wettbewerbsverfälschung sind aber die objektiven Effekte der Beihilfe[38], und insgesamt – summiert man deutschlandweit die an Krankenhäuser gewährten Hilfen – erreicht man schnell die genannten Grenzwerte.[39] Überdies wird vertreten, dass für staatliches Handeln strengere Kriterien zu gelten hätten, als für Unternehmen, so dass die Spürbarkeitsgrenze für den Begriff der Beihilfe nicht die gleiche Bedeutung hat wie dies im Bereich des Art. 81 EG der Fall ist.[40]

---

35 Vgl. SCHMIDT (2005), Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., Stuttgart, S. 53; KALLFASS (1997), Konzepte und Indikatoren zur Abgrenzung räumlicher Märkte in der europäischen Zusammenschlusskontrolle, in: Kruse/Stockmann/Vollmer, Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnung, Baden-Baden, S. 1 ff.

36 Diese sachliche Marktabgrenzung kommt dann nicht in Betracht, wenn gesehen wird, dass Krankenhäuser heterogene Güterbündel anbieten. Diese sind damit auch als Sortimentsanbieter zu bezeichnen.

37 Sog. Spürbarkeit; zuletzt ABL.EG, L 10 vom 13.01.2001, S. 30 ff.; vgl. hierzu MEDERER/STROHSCHNEIDER (2003), in: von der Groeben/Schwarze, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 51 ff.

38 Vgl. EuGH, Slg. (1980), S. 2671, Rdnr. 8 ff. (Philip Morris); BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 38.

39 Bei einer mehrjährigen Betrachtung überschreiten viele Krankenhäuser diese Schwelle. Vgl. hierzu auch Abschnitt 4.1.

40 *Müller-Graff* (1988), Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftlicher Sicht, ZHR 152, S. 403 ff. (432).

2.1.5 Zwischenstaatlichkeit

Zunächst ist festzustellen, dass die staatlichen Maßnahmen nicht stets unmittelbar grenzüberschreitende Wirkung haben müssen.[41] Daraus folgt, dass innerstaatlich gewährte Beihilfen gemeinschaftsweite Auswirkungen haben können. Dies gilt zuerst für Beihilfen, die an Unternehmen in Grenzgebieten geleistet werden. Aber wie die Kommission feststellt, kommt es im Übrigen darauf an, dass überhaupt ein Handel in dem entsprechenden Wirtschaftssegment grenzüberschreitend vorkommt bzw. vorkommen kann. Dies ist zu bejahen, denn Gesundheitsleistungen werden heute zumindest in geringem Maße europaweit wahrgenommen.[42] Der Anteil der grenzüberschreitenden Gesundheitsausgaben an den gesamten Gesundheitsausgaben in der EU betrug im Jahre 1993 ca. 0,24 v.H.[43] Der Anteil der vollstationär behandelten Patienten in Deutschland mit Wohnsitz im Ausland lag im Jahre 1998 bei ca. 3 v.H.[44]

Es handelt sich bei Gesundheits- bzw. Krankenhausdienstleistungen somit nicht um einen Bereich, der dem grenzüberschreitenden Handel aus seiner Natur heraus entzogen ist. Zwar bestätigt der *EuGH*, dass die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Ausgestaltung der jeweiligen sozialen Sicherungssysteme nicht durch das europäische Gemeinschaftsrecht berührt wird, jedoch muss das Gemeinschaftsrecht beachtet werden.[45]

Für die Annahme des Tatbestandsmerkmals Zwischenstaatlichkeit spricht weiter der Wortlaut des Art. 87 EG. In diesem heißt es: *„...oder zu verfälschen drohen.“* Es muss daher bisher noch keine tatsächliche Beeinträchtigung vorgelegen haben.[46] Da es sich bei Gesundheitsdienstleistungen um eine Dienstleistung i.S.d. Art. 50 EG handelt, ist es eher wahrscheinlich, dass zukünftig immer mehr Unionsbürger Gesundheitsleistungen eines anderen Landes abrufen.[47]

---

[41] Vgl. BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 39; CREMER (1999), in: Callies/Ruffert, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 17, der auf die abnehmende Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals hinweist.

[42] Erinnert sei an die Diskussion über Zahnarztleistungen auf Mallorca und ihre Abrechenbarkeit bei deutschen Krankenkassen oder an den Schulfall zur Dienstleistungsfreiheit Luisi/Carbone. EuGH vom 31.01.1984, Slg. (1984), S. 377 ff.; DIW (2001), Wirtschaftliche Aspekte der Märkte für Gesundheitsleistungen, abgerufen im Internet (1.12.2001) unter: http://www.diw.de/deutsch/service/aktpublikationen/-index.html, Köln, S. 121, 144.

[43] Vgl. DIW (2001), a.a.O., S. 120.

[44] Vgl. DIW (2001), a.a.O., S. 143.

[45] Vgl. EuGH vom 12.07.2001, EuZW (2001), S. 464 ff. (467), (Smits und Peerbooms) unter Verweis auf das Urteil des EuGH vom 28.04.1998, Slg. (1998), I-1931, Rdnr. 17 u.19 (Kohll).

[46] Vgl. MEDERER (2003), a.a.O., Art. 87 EG Rn. 42.

[47] Vgl. DIW (2001), a.a.O., S. 143 f., 150 f., 154.

2.1.6 Zwischenergebnis

Betrachtet man den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG nur bis zu diesem Punkt, so ergibt sich für den Untersuchungsgegenstand das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe. Diese wäre nur dann europarechtskonform, wenn ein Rechtfertigungsgrund (z.B. Art. 86 Abs. 2 EG) vorläge (= Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Zur Prüfung hätte man ferner folgendes hinzugezogen: Die Kommission hat zur Auslegung des Begriffes staatlicher Beihilfen einige Rechtsakte erlassen, die insbesondere Definitionen enthalten und die sich an die Rechtsprechung des *EuGH* anlehnen.[48]

2.2 Der Tatbestand des Art. 87 EG nach der Altmark Trans Entscheidung

In seinem Urteil in der Rechtssache Altmark Trans GmbH stellte der *EuGH* fest, dass der für die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen Interesse gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG darstellt, wenn vier Voraussetzungen kumulativ gegeben sind. Diese lauten folgendermaßen:

- Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
- Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.
- Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.

---

[48] Hierzu gehören insbesondere Mitteilungen, aber auch die Richtlinie 2000/52/EG, die die Transparenzrichtlinie 80/723/EWG aktualisiert hat. Insbesondere Art. 2 der Richtlinie ist interessant, dieser enthält eine Definition von „öffentlichen Unternehmen.“ Jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen mittelbar oder unmittelbar einen beherrschenden Einfluss nehmen kann. Vgl. auch VAN YSENDYCK, in: von der Groeben/Schwarze, a.a.O., Art. 87 EG Rdnr. 55 ff.

- Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, dass die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf Grundlage eine Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtung zu berücksichtigen sind.

Aus der üblich verschachtelten Formulierung des *EuGH* folgt:

Sind die vier Voraussetzungen gegeben, so stellt der staatliche Ausgleich automatisch keine Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG dar, bereits der Tatbestand der Norm ist nicht gegeben. Liegen dagegen umgekehrt die Merkmale nicht vor und ist der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG im Übrigen erfüllt, dann unterfällt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich dem Beihilfenrecht nach bisherigem Verständnis.

2.3 Die Entscheidung der Europäischen Kommission über Beihilfen für gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen

Auch als Reaktion auf dieses Urteil hat die Kommission eine *Entscheidung*

> *„über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden*“

erlassen.[49]

Grundlage hierfür ist Art. 86 Abs. 3 EG. Entscheidungen sind gemäß Art. 249 Abs. 4 EG in allen Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnet, hier die Mitgliedstaaten.

---

[49] Die Entscheidung ist eingebettet in den sogenannten „The State Aid Action Plan“. Bisher ist nur die vorläufige Fassung im Internet verfügbar.

In Art. 2 Abs. 1 lit. b dieser Entscheidung werden explizit Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser genannt. Nach Art. 3 sind solche Ausgleichszahlungen mit dem gemeinsamen Markt vereinbar und von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EG freigestellt.[50] Die Merkmale der Altmark Trans Entscheidung haben insgesamt nahezu deckungsgleich Eingang in die Entscheidung gefunden, die Punkte 2 bis 4 des Urteils in den Artikel 5 und 6 der Entscheidung.
Im Einzelnen gilt nunmehr:

Zuschüsse aus Steuermitteln, die von der öffentlichen Hand gewährt werden, müssen nicht bei der Europäischen Kommission gemeldet werden. Aber: Die Entscheidung gilt dabei grundsätzlich für Ausgleichszahlungen unter 30 Mio. € pro Jahr an Unternehmen mit einem Jahresumsatz von weniger als 100 Mio. € (Art. 2 Abs. 1 lit. a). Für Krankenhäuser hat die Kommission dagegen keine Begrenzung vorgesehen. Während daher „einfache“ Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse finanzielle Obergrenzen erfahren haben, sind Leistungen an Krankenhäuser von der Kommission privilegiert worden.

Zur Begründung heißt es, dass „im jetzigen Entwicklungsstadium des Binnenmarktes die Wettbewerbsverfälschung in diesem Sektor nicht zwangsläufig in einem direkten Verhältnis zum Umsatz und zur Höhe der Ausgleichzahlungen steht.“[51] Zur Bedingung für die Freistellung von der Genehmigungspflicht macht die Kommission lediglich, dass die bezuschussten Einrichtungen einen klar umrissenen öffentlichen Versorgungsauftrag haben. Sie überlässt es dabei den Mitgliedstaaten, diesen zu definieren. Detaillierte Informationen über das duale Krankenhausfinanzierungssystem verlangt die Behörde nicht.

Das In-Kraft-Treten dieser Entscheidung dürfte zur Folge haben, dass die Defizitübernahme von öffentlichen Krankenhäusern häufig keine europarechtswidrigen Beihilfen darstellen, wenn von der öffentlichen Hand zuvor gemäß Punkt 1 der Altmark Trans Entschei-

---

[50] Die Entwürfe zur Entscheidung wurden bereits vom Bundesverband Deutscher Privatkrankenanstalten (BDPK) kritisiert. Vgl. BDPK (2005), Stellungnahme, abgerufen im Internet (26.5.2005) unter: http://www.bdpk.de/pdf/51.pdf?title=Stellungnahme_Defizitfinanzierung_08.03.2005, Berlin.

[51] Vgl. IP/05/937 vom 15. Juli 2005, abgerufen im Internet (30.7.2005) unter: europa/eu/int/rapid/ pressReleaseAction.do?reference=IP/05/937&format, Brüssel sowie die Rede der Kommissarin Neelie Kroes vom 15.7.2005 abgerufen im Internet (30.7.2005) unter: http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/440&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en, Brüssel.

dung die Aufgaben (=Verpflichtungen) definiert wurden. Beispielsweise müsste ein Kreis als Träger eines Krankenhauses Leistungen für eine Kinderkrebsabteilung als gemeinwirtschaftlich gewünscht ausweisen. Der Kreis bzw. die öffentliche Hand hat dabei eine Entscheidungsprärogative. Gerade diese Entscheidungshoheit könnte problematisch werden, wenn die Anzahl der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ansteigt. Dem entgegenzutreten dient wohl Art. 1 der Entscheidung, der (wenigstens) die Branchen einschränkt, nicht aber die Handlungsfelder der genannten Wirtschaftssektoren. Die Höhe der Ausgleichszahlung ist dagegen anhand der drei übrigen Kriterien des Altmark Trans Urteils streng zu prüfen, aber nochmals: Eine festgelegte Grenze gibt es im Krankenhaussektor nicht.

2.4 Die Merkmale im Einzelnen

Zunächst ist zu fragen, was Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind (1. Merkmal). Eine Definition des *EuGH* liegt bisher nicht vor. Anerkannt ist lediglich, dass der Begriff weit auszulegen ist.[52] Die Kommission versteht unter diesen Dienstleistungen solche, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedsstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden.[53] Sehr viel weiter kam man mit diesen Begrifflichkeiten nicht. Nunmehr besteht jedenfalls insofern Klarheit als die Kommission durch die Entscheidung teilweise Branchen genannt hat, die unter den Begriff „gemeinwirtschaftlich“ fallen. Hierzu gehören eben auch Krankenhäuser. Ob und wann Krankenhausdienstleistungen aus ökonomischer Sicht unter das 1. Kriterium fallen, ist unabhängig von juristischen Überlegungen zu sehen. Generell wird man bereits hier sagen können, dass nur die Wiederherstellung der Gesundheit bzw. die Erhaltung und Verbesserung eines Gesundheitsstatus gemeint ist. Wellness- und Schönheitsmaßnahmen müssen daher ausgeklammert werden.[54]

Der *EuGH* verneint den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG nur, wenn die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt wor-

---

[52] Schlussanträge des GA de Lamothe in der Rs. 10/71, Hafen von Mertert, Slg. 1971, S. 723 ff. (732, 739). Zu den Schwierigkeiten: HOCHBAUM/KLOTZ, in: von der Groeben/Schwarze, a.a.O., Art. 86 EG Rdnr. 60 ff.

[53] Mitteilungen der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20.09.2000, ABl. EG (2001), C 17/4, Anhang II.

[54] Nicht erfasst werden daher auch sonstige Dienstleistungen wie z.B. kulturelle oder gastronomische Angebote.

den sind (2. Merkmal). Ziel ist es zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen gegenüber Konkurrenten begünstigt.

Der *EuGH* stellte im Urteil (Ziff. 91) fest:

> *„Gleicht daher ein Mitgliedstaat, ohne dass zuvor die Parameter dafür aufgestellt worden sind, die Verluste eines Unternehmens aus, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, so stellt dies ein finanzielles Eingreifen dar, das unter den Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag fällt.“*

Nach Meinung des Gerichts bedarf es daher der Erarbeitung generell-abstrakter Maßstäbe, die transparent und nachvollziehbar sind und aus denen sich die spezifischen Konditionen eines konkreten Defizitausgleichs im Einzelfall objektiv ermitteln lassen. Diese Maßstäbe dürfen nicht erst beim Ausgleich des Defizits angegeben werden, sie müssen vielmehr bereits vorher vorliegen.[55] Diesem System folgt die Entscheidung der Kommission. Sie hat aber eine „per se Ausnahme“ eingeführt, in dem sie abstrakte Zahlen in Art. 2 Abs. 1 a aufgenommen hat. Diese gilt jedoch – wie erwähnt – gerade nicht für Krankenhäuser, so dass es bei den Überlegungen des EuGH verbleibt.

Für den Ausgleich von Krankenhausdefiziten bedeutet dies, dass abstrakte Regelungen aufgestellt werden müssten, die beispielsweise den Haushalt zugrunde legen, Leistungs-/ Gegenleistungsrelationen berücksichtigen und die den Markt zwischen öffentlichen und privaten Krankenhausbetreibern in angemessener Form im Auge haben.

Ferner darf der staatliche Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken (3. Merkmal = Art. 5 Abs. 1 der Entscheidung).

Für diesen Bereich könnte sich der Begriff des Nettomehrkostentests durchsetzten.[56] Hiernach sind nur die Kosten zu berücksichtigen, die durch die Erbringung der Daseinsvorsorgedienste selbst entstehen. Die konkrete Berechnung ist sowohl theoretisch als auch praktisch als äußerst problematisch einzuschätzen. Jedenfalls sollten vom Prinzip her nur solche Kosten ausgeglichen werden, die erforderlich sind, um Dienste bereitzustellen, die

---

[55] Vgl. KOENIG/HARATSCH (2005), a.a.O., S. 77 ff. (82).
[56] Vgl. KOENIG/HARATSCH (2005), a.a.O., S. 77 ff. (82).

ohne die Zahlung (bzw. hier Ausgleich von Defiziten) gar nicht, nicht in der gebotenen Menge oder Qualität auf dem Markt zur Verfügung gestellt werden.

Das vierte und letzte Merkmal betrifft einen objektiven Kostenvergleich mit einem durchschnittlich, gut geführten Unternehmen. Dies gilt allerdings nur für den Fall, dass die Wahl des Unternehmens nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufgaben erfolgt ist.[57] Es geht bei diesem Merkmal um den Vergleich mit einer marktüblichen Situation (market economy test) und nicht um die in der konkreten Situation tatsächlich (subjektiv) entstandenen Kosten. Nur die so verstandenen objektiven Kosten können geltend gemacht werden.[58] Vergleichsmaßstab können daher öffentliche wie private Unternehmen oder im Speziellen Krankenhäuser in alternativer Trägerschaft sein, die auf einem vergleichbaren bzw. dem gleichen Markt (in demselben Gesundheitssegment) tätig sind. Die Entscheidung hat dies in den Artt. 5 Abs. 2 bis 5 und 6 aufgenommen und die Altmark Trans Entscheidung konkretisiert. Verlangt werden beispielsweise die Trennung von variablen und fixen Kosten sowie die Einhaltung der Grundsätze einer ordnungsgemäßen Buchführung.

2.5 Zwischenergebnis

Gehören Defizitausgleichszahlungen an Krankenhäuser zu zuvor festgelegten allgemeinen wirtschaftlichen Verpflichtungen, stellen diese nunmehr keine europarechtswidrigen Beihilfen dem Grunde nach dar. Hinsichtlich der Höhe gelten die Kriterien des *EuGH* und der Entscheidung, wobei die Privilegierung des Krankenhaussektors durch Vermeidung absoluter Grenzen zu beachten ist.

Festzustellen ist, dass der Begriff und die Stellung der Daseinsvorsorge i. S. v. gemeinwirtschaftlich stark an Bedeutung gewonnen haben. Ökonomisch kann bei einem wirksamen Wettbewerb ein staatlicher Eingriff nicht mit der Daseinsvorsorge begründet werden.[59] Dies war auch bisher das Credo des EG-Vertrages. So ließ der 1999 eingeführte Art. 16 EG den Art. 86 Abs. 1 und 2 EG, der auf die Wettbewerbsregeln verweist, ausdrücklich

---

[57] Vgl. hierzu EuGH vom 11.1.2005, EuZW 2005, 86 (Halle und Lochau./.Leuna): Grundsätzlich sind öffentliche Aufträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte öffentlich auszuschreiben. Dies gilt nicht für Inhouse-Geschäfte, also für Geschäfte in denen die öffentliche Hand ausgegliederten und privat organisierten Gesellschaften Aufträge gibt. Das angegebene Urteil hat nun die Streitfrage für gemischtwirtschaftliche Unternehmen geklärt. Auch Unternehmen, die aus Ausgründungen der öffentlichen Hand hervorgegangen sind, müssen sich der Ausschreibungspflicht unterwerfen, wenn an ihnen neben der öffentlichen Hand auch Private beteiligt sind.

[58] Vgl. KOENIG/HARATSCH (2005), a.a.O., S. 77 ff. (82).

[59] Vgl. KOENIG , Gastkommentar, EuZW (2001), S. 481.

unberührt. Logischer wäre es gewesen, die Kriterien als Rechtfertigungsgründe zu begreifen, die dann auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterlägen hätten.

Nunmehr kommt es in jedem Einzelfall auf eine genaue Untersuchung der vier Kriterien des *EuGH* und der Ausführungen der Entscheidung an, wobei bei Vorliegen einer nachvollziehbaren Definition der Verpflichtungen (i. S. d. ersten Kriteriums) nur noch die Höhe fraglich ist.

3 Ökonomische Analyse

Die ökonomische Analyse soll in zwei Schritten erfolgen. Erstens werden die aufgestellten Merkmale ökonomisch-theoretisch im engeren (Marktversagensgründe) und im weiteren Sinn (meritorische Argumente) überprüft. Zweitens wird das Ausmaß der Defizitfinanzierung empirisch aufgezeigt, wodurch die Dimension des Problems verdeutlicht werden soll.

Im Wesentlichen konzentriert sich die ökonomische Diskussion auf das erste Kriterium der Altmark Trans Urteils und Art. 2 der Entscheidung. Diese zielen auf die Abgrenzung von bestimmten Waren und/oder Dienstleistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge bzw. der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ab, für die staatliche Zu- bzw. Ausgleichszahlungen dem Grunde nach erlaubt sind. Dagegen sollen die anderen drei Merkmale lediglich den Verteilungsspielraum der Finanzmittel begrenzen, aber die Vergabepolitik nicht per se verbieten. Daraus folgt für den vorliegenden Objektbereich, dass bei einem Ablehnen der Erfüllung des ersten Kriteriums aus der ökonomischen Analyse heraus, die anderen nicht weiter zu prüfen wären.

3.1 Ökonomische Analyse im engeren Sinne

Das Kriterium der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Rahmen der Daseinsvorsorge ist grundsätzlich mit dem volkswirtschaftlich diskutierten Problem des Marktversagens zu begründen. Liegt ein *Marktversagen* vor, so kann dies zu unerwünschten volkswirtschaftlichen Ergebnissen führen.[60] Die jeweiligen Güter oder Dienstleistungen werden im Extremfall gar nicht angeboten. Ein Eingreifen des Staates kann dann neben anderen Möglichkeiten in Betracht gezogen werden. Häufig ist jedoch zu beobachten, dass ein Marktversagen

---

[60] Vgl. BÖGELEIN (1990), Ordnungspolitische Ausnahmebereiche: Marktwirtschaftliche Legitimation und wirtschaftspolitische Konsequenzen, Wiesbaden, S. 4.

ungerechtfertigter Weise als Argument für staatliche Eingriffe vorgeschoben wird.[61] In der volkswirtschaftlichen Literatur werden gemeinhin vier Gründe für ein Marktversagen genannt:

Erstens werden *Informationsasymmetrien* als Marktversagensgrund angeführt. Klassischerweise wird angenommen, dass bei allen Gesundheitsdienstleistungen ein Informationsgefälle zu Ungunsten des Patienten besteht.[62] Sind die Informationsasymmetrien sehr bedeutend, so werden auf diesen Märkten *Vertrauensgüter* gehandelt.[63] Diese Klasse von Gütern zeichnet sich durch ein hohes Informationsgefälle sowohl vor als auch nach dem Kauf zu Lasten des Nachfragers aus. Eine solche Informationsasymmetrie kann zum bekannten Problem der *adversen Auslese* führen.[64] Weitere Probleme sind etwa das *moralische Risiko* oder die *anbieterinduzierte Nachfrage*.[65]

Festzuhalten ist, dass durch die Übernahme von Defiziten von öffentlichen Krankenhäusern Informationsasymmetrien nicht abgebaut werden. Kommunale Krankenhäuser unterliegen denselben rechtlichen Vorschriften hinsichtlich der Möglichkeit bzw. der Pflicht von Werbung oder der Veröffentlichung von Kennzahlen wie Sterberaten oder Heilungsquoten. Einen wirksamen Abbau von Informationsasymmetrien kann eine Zunahme der Wettbewerbsintensität bewirken, denn die Qualität wird dann in zunehmendem Maße zum Wettbewerbsparameter.[66] Gerade die zusätzliche Bereitstellung von Informationen kann effizient über den Markt erfolgen. Im günstigsten Fall bleiben nur die Krankenhäuser am Markt, die die gewünschte Qualität des Patienten bei hoher Markttransparenz anbieten.

Zweitens kann dann ein Marktversagen vorliegen, wenn eine Krankenhausdienstleistung den Charakter eines *öffentlichen Gutes* aufweist. Öffentliche Güter zeichnen sich durch

---

61 Zu den Marktversagensargumenten vgl. z.B. SCHMIDT, SCHMIDT (1997), Europäische Wettbewerbspolitik, München, S. 139 ff.

62 Vgl. BREYER/ZWEIFEL/KIFMAN (2005), Gesundheitsökonomik, Berlin, S. 181 ff.; KUCHINKE (2000), Sind vor- und vollstationäre Krankenhausleistungen Vertrauensgüter?, Diskussionspapier Nr. 19, Institut für Volkswirtschaftslehre, TU Ilmenau, Ilmenau, Kap. 2.3.

63 Zu Vertrauensgütern vgl. DARBY, KARNI (1973), Free Competition and the Amount of Fraud, Journal of Law and Economics, Vol. 16, S. 67 ff. Zu anderen Güterklassen vgl. grundlegend NELSON (1970), Information and Consumer Behavior, Journal of Political Economy, Vol. 78, S. 311 ff. Zur Frage, ob Krankenhausleistungen Vertrauensgüter darstellen vgl. KUCHINKE (2000), a.a.O., Kap. 4.2.

64 Vgl. AKERLOF (1970), The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics, Vol. LXXXIV, S. 488 ff.

65 Für einen Überblick über die Probleme vgl. KUCHINKE (2000), a.a.O., Kap. 2.3.

66 Zu den marktlichen Instrumenten der Bereitstellung von Informationen vgl. MEYER (1990), Asymmetrische Informationen, Institutional Choice und die Funktion von Wertorientierung, Jahrbuch für Sozialwissenschaft, 41. Jg., S. 109 ff.; SHAPIRO (1983), Consumer Protection Policy in the United States, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 139 Jg., S. 531 ff.

Nichtrivalität und Nichtexkludierbarkeit aus.[67] Grundsätzlich ist jedoch die Rivalität im Konsum und die Möglichkeit der Exkludierbarkeit bei Krankenhausdienstleistungen gegeben. Damit trägt eine Krankenhausbehandlung den Charakter eines privaten Gutes.

Ein öffentlicher Gutscharakter ist zumindest teilweise festzustellen, wenn bedacht wird, dass ein Krankenhaus auch die sogenannte *Optionsnachfrage* befriedigt, d.h. das Krankenhaus hält bewusst Kapazitäten beispielsweise für Notfälle vor.[68] Die Finanzierung einer solchen vorgehaltenen Kapazität kann staatlich erfolgen.[69] Hierbei ist es jedoch als äußerst problematisch anzusehen in welcher Höhe eine solche Notfallkapazität vorzuhalten ist. Wenn überhaupt, ist ein solches Problem selektiv bzw. regional vorstellbar. Es würde beispielsweise ausreichen, die Vorhaltung von Kapazitäten punktuell zu regeln.[70]

Als eine weitere Ursache für ein Marktversagen werden drittens *externe Effekte* genannt. Technologische externe Effekte liegen dann vor, wenn die Nutzen- oder Produktionsfunktion eines Wirtschaftssubjektes durch die Handlung eines weiteren positiv oder negativ fremdbestimmt wird. Ein positiver externer Effekt kann entstehen, wenn eine ansteckende Krankheit bei einem Krankenhauspatienten behandelt wird.[71] Solche Behandlungen sind in Europa jedoch selten, und somit werden krankenhausbedingte, technologische externe Effekte für die vorliegende Analyse als nicht relevant angesehen.

Als viertes Argument für ein Marktversagen, welches unerwünschte ökonomische Ergebnisse bewirkt, wird die Subadditivität genannt.[72] Liegt Subadditivität vor, so ergibt sich ein *natürliches Monopol*, und es kann das Problem der Monopolpreissetzung auftreten.

---

67 Vgl. BÖGELEIN (1990), a.a.O., S. 110 f., 113 f.

68 Daraus erwächst auch Sicherheit oder ein Sicherheitsgefühl bei den potenziellen Patienten im Einzugsgebiet des Krankenhauses.

69 Eine Alternative wäre die direkte Abführung eines Teils der Krankenkassenbeiträge an die Krankenhäuser zur Vorhaltung von genau definierten Notfallkapazitäten.

70 Vgl. KOENIG (2001), Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht, EuZW (2001), S. 741 ff. mit der These, dass ein Bietverfahren einen Wettbewerb gewährleisten kann.

71 Vgl. WEGEHENKEL (1992), Die Internalisierung mehrdimensionaler externer Effekte im Spannungsfeld zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung, in: Wagner, Ökonomische Risiken und Umweltschutz, München, S. 321; ROSEN, WINDISCH (1997), Finanzwissenschaft I, München, S. 227; BREYER/ZWEIFEL/KIFMAN (2005), a.a.O., S. 174 ff.; BLANKART (2001), Öffentliche Finanzen in der Demokratie, München, S. 506. Negative externe Effekte, wie das Verschmutzen der Umwelt durch Krankenhäuser, werden nicht weiter betrachtet.

72 Vgl. KRUSE (1985), Ökonomie der Monopolregulierung, Göttingen, S. 19 ff.

Zu diesem Punkt gibt es zu bemerken, dass im Falle der Existenz von Subadditivitäten[73] auch öffentliche Krankenhäuser natürliche Monopole darstellen können. Dieses Problem ist jedoch losgelöst von der Übernahme von Defiziten, außer dass durch einen Defizitausgleich natürliche Monopole gefestigt werden.

3.2 Ökonomische Analyse im weiteren Sinne

Staatliche Eingriffe im Rahmen von gemeinwirtschaftlichen Aufgaben könnten auch meritorisch begründet werden.[74] Meritorische Argumente zeichnen sich gemeinhin durch ihren normativen Charakter aus. Beispielsweise waren die staatlichen Entscheider in Deutschland nach der Wiedervereinigung der Meinung, dass ein flächendeckendes Netz an Telefonzellen in den Neuen Bundesländern geschaffen werden sollte. Da diese Telefonzellen teilweise nicht kostendeckend aufgestellt bzw. betrieben werden konnten, ist eine staatliche Subventionierung vorgenommen worden.

Ein Problem hinsichtlich der Meritorik ist, dass damit vom Prinzip her alle von staatlicher Seite durchgeführten Subventionierungen, Ausgleichszahlungen und/oder Finanzhilfen in den einzelnen Mitgliedsstaaten begründet werden können. Der Politik wird hierdurch ein allumfassendes Instrument an die Hand gegeben. Die ökonomische Überprüfung von solchen Zahlungen für bestimmte Leistungen, wie etwa beim Marktversagen, entfällt praktisch. Der Staat bzw. die Politik kann im Grunde Entscheidungen ohne Rücksicht auf die Präferenzen der Wirtschaftssubjekte treffen. Die Zahlungsbereitschaften der Einzelnen sowie Kosten-Nutzen-Kalküle spielen mithin keine Rolle. Außerdem werden die Kosten solcher Entscheidungen grundsätzlich auf sämtliche Wirtschaftssubjekte umgelegt, unabhängig davon, ob diese das Angebot nutzen oder nicht. Das erste Kriterium aus der Altmark Trans Entscheidung folgt im Grunde dem meritorischen Gedanken. Der Staat muss lediglich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen definieren. Er ist hierbei nicht hinsichtlich der Anzahl oder der Branchen beschränkt.

Wenn meritorische Argumente allgemein akzeptiert werden, dann kommt es zwangsläufig zu einer weiten Auslegung bzw. einem weiten Verständnis der bezuschussbaren, gemeinwirtschaftlichen Aufgaben. Eine Begrenzung ist im Grunde insgesamt kaum zu vollziehen.

---

[73] Vgl. den Studienüberblick COWING/HOLTMANN/POWERS (1983), Hospital Cost Analysis: A Survey and Evaluation of Recent Studies, in: Advances in Health Economics and Health Services Research, 4. Jg., S. 277 ff.; FRECH/MOBLEY (1995), Resolving the impasse on hospital scale economies: A new approach, in: Applied Economics, 27. Jg., Heft 3, S. 287.

[74] Zur Meritorik vgl. BLANKART (2001), a.a.O., München, S. 68 ff.

Eine solche, weite Auffassung scheint die Kommission offensichtlich zu haben, denn in ihrer Entscheidung werden sowohl allgemeine gemeinwirtschaftliche Bereiche formuliert als auch spezielle Branchen wie Krankenhäuser genannt, die zudem hinsichtlich der Gesamthöhe der Finanzhilfen nicht eingeschränkt sind.[75]

Für den zu untersuchenden Objektbereich bedeutet die Entscheidung der Kommission und die damit einhergehende Akzeptanz eines gegebenen gemeinwirtschaftlichen Bereiches, dass die generelle Übernahme von langfristigen, strukturellen Defiziten von öffentlichen Krankenhäusern in unbestimmter Höhe unter den Begriff der gemeinwirtschaftlichen Daseinsvorsorge zu fassen ist. Das bisherige Verfahren ist lediglich gemäß der vier Kriterien und der Entscheidung zu modifizieren. Das heißt, die gemeinwirtschaftliche Leistung ist zu benennen und die Finanzhilfe darf nur die Höhe nach den Vorgaben erreichen.

Dies ist nur scheinbar eine Begrenzung: Die bisher übliche Praxis einer generellen Bezuschussung von öffentlichen Krankenhäusern ist zwar einerseits beschränkt, weil diese dem 1. Kriterium der Altmark Trans Entscheidung nicht genügt, andererseits gibt die übertragene Entscheidungsfreiheit der öffentlichen Hand, „kriteriengerechte Leistungen“ selbst festzulegen, Möglichkeiten, Finanzhilfen wie bisher oder sogar vermehrt zu gewähren.

Das neue europarechtliche Verständnis der Gemeinwirtschaftlichkeit birgt die Gefahr, dass eine ökonomische Überprüfung und Bewertung entfällt. Insofern besteht die Besorgnis, dass der Begriff der Gemeinwirtschaftlichkeit von Seiten der Politik missbraucht wird, d.h., aufgrund meritorischer Argumente immer neue Ausgleichszahlungen begründet werden.

3.3 Empirische Betrachtung

Um die vorhandenen Defizite eines Krankenhauses über mehrere Jahre abbilden zu können, müsste entweder der Jahresabschluss bzw. das Jahresergebnis herangezogen oder die entsprechende Position im Haushalt des Trägers analysiert werden. Hierbei stellen sich zwei Probleme: Erstens sind teilweise sowohl die Dokumentationen und Abschlüsse der Krankenhäuser als auch der Träger nicht aussagekräftig. Die eindeutige Identifizierung sowie die Ermittlung der Höhe eines Defizits gestaltet sich daher als problematisch und als

---

[75] Ob dies die tatsächliche Meinung der Kommission widerspiegelt oder vielmehr diese Regelungen politisch erzwungen worden sind, sei an dieser Stelle dahingestellt.

nicht immer exakt.[76] Zweitens müssten im Rahmen einer solchen Zeitreihenanalyse ca. 900 Krankenhäuser berücksichtigt werden, um die Grundgesamtheit zu untersuchen. Dies hat eine (relativ) zeitnahe Aufarbeitung des Problems seitens der Autoren nahezu unmöglich gemacht.[77] Deshalb ist ein anderer Weg gewählt worden.

Als Grundlage der Defizitberechnungen dienen die Arbeiten von *Boss/Rosenschon* (2003)[78] und *Rosenschon* (2002) vom Kieler *Institut für Weltwirtschaft*. In diesen werden die Subventionen des Bundes, der Länder und der Gemeinden nach Sektoren, Branchen und (halb-)staatlichen Dienstleistern untersucht. Der Definition von *Rosenschon* folgend werden *Subventionen* abgegrenzt als „*selektive Vergünstigungen ausgewählter Produktionszweige, die private Güter oder Dienste im Sinne der volkswirtschaftlichen Theorie erzeugen, unabhängig davon, ob diese Wirtschaftseinheiten dem Privatsektor, dem Staat oder Organisationen ohne Erwerbszweck zuzuordnen sind*."[79] Damit ist die Arbeitsdefinition auf deren Grundlage die Daten ermittelt worden sind, inhaltlich nahezu identisch mit der Beihilfendefinition in Art. 87 EG.[80] Die Definition und damit die Berücksichtigung in den Daten findet dort ihre Grenze, wo aus (um-)verteilungspolitischen Gründen Einrichtungen mit karitativem Hintergrund gefördert werden, die Gruppen am Rande der Gesellschaft unterstützen, wie z.B. Behindertenheime, Asylantenaufnahmestätten usw., und wo spürbare externe Effekte, wie z.B. im Ausbildungssektor und bei Grundlagenforschungen bzw. allgemein im Schul- und Hochschulwesen, anfallen.[81]

Als Subvention oder Beihilfe werden im Folgenden nur *nationale Finanzhilfen* verstanden, die zu Mehrausgaben in den öffentlichen Haushalten führen.[82] Die *Zurechnung einer Subvention* zum Subventionsgeber Bund, Land oder Gemeinde erfolgt danach, welche Ebene die Mittel ausschüttet. Hierbei wird die Subvention in voller Höhe dem Subventionsgeber zugewiesen.[83] Um dem vorliegenden Sachverhalt gerecht zu werden, werden als Subventionsgeber nur die Länder betrachtet. Des Weiteren werden aus Gründen der Vermeidung

---

76 Vgl. zum Begriff des sog. *Netto-* und *Bruttobetriebes* und zu den Wirkungen auf die Bilanzierung auch ROSENSCHON (2002), Finanzhilfen der Bundesländer: Eine Aktualisierung, Kieler Arbeitspapier Nr. 1127, Kiel, S. 4.

77 Adäquate Statistiken bestehen nach Kenntnisstand der Autoren nicht.

78 BOSS/ROSENSCHON (2003), Finanzhilfen des Bundes, Kieler Arbeitspapier Nr. 1188, Kiel.

79 Vgl. ROSENSCHON (2002), a.a.O., S. 8 und die Hinleitung zu dieser Definition S. 6 f.

80 Vgl. hierzu Abschnitt 2.2.

81 Vgl. ROSENSCHON (2002), a.a.O., S. 7.

82 Subventionen die zu Mindereinnahmen beim Subventionsgeber führen, wie etwa die Gewährung von Steuervergünstigungen, werden nicht weiter betrachtet.

83 Eine solche Subventionszurechnung wird auch als „*Brutto-Ausgaben-Prinzip*" bezeichnet. Vgl. ROSENSCHON (2002), a.a.O., S. 2.

von Verzerrungen, die durch unterschiedliche Dezentralisierungsgrade in der Subventionspolitik in einzelnen Ländern auftreten können, die Finanzhilfen der Gemeinden den jeweiligen Ländern zugerechnet.

Als weitere Quelle wird eine Veröffentlichung der *Deutschen Krankenhausgesellschaft* (DKG) herangezogen, in der die Investitionsmittel der Länder in den einzelnen Jahren, also die Mittel nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG), nachzulesen sind.[84]

In den Zahlen sind sowohl die *Einzel-* als auch die planbettenabhängige *Pauschalförderung* enthalten. Eine weitere, separate Betrachtung dieser unterschiedlichen Investitionszuweisungsarten unterbleibt, denn für den weiteren Verlauf der Analyse ist nur die Summe des Gesamtinvestitionsvolumens wichtig.

Aus beiden genannten Fundstellen sind nun die Defizite landes- und bundesweit berechenbar, in dem von den gesamten Finanzhilfen die Investitionsmittel nach dem KHG abgezogen werden. Hierbei sei noch einmal darauf hingewiesen, dass in den vom *Institut für Weltwirtschaft* in Kiel berechneten Finanzhilfen keine Mittel für Forschung und Lehre enthalten sind.[85]

In Tabelle 1 sind die kumulierten Krankenhausdefizite in ausgewählten Ländern – die Flächenstaaten Bayern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Thüringen sowie der Stadtstaat Berlin – in den Jahren 1998 bis 2003 eingetragen.[86] Außerdem finden sich dort die aggregierten Gesamtwerte für Gesamtdeutschland sowie für die Alten und die Neuen Länder.[87] Die Werte aus den Jahren 1998 und 1999 stellen Istwerte dar, wohingegen die Daten für die Jahre 2000 und 2001 aufgrund von Plandaten aus den Haushalten der Länder Sollwerte und die Zahlen aus den Jahren 2002 und 2003 Schätzwerte darstellen. Die Schätzwerte für die Defizite ergeben sich durch die Berechnung der Trendwerte der Finanzhilfen insgesamt

---

[84] DKG (2002), Zahlen, Daten, Fakten 2002, Düsseldorf.
Diese Daten sind auf Anfrage der Autoren vom Statistischen Bundesamt bestätigt worden. Hierbei stellte sich jedoch heraus, dass die Zahlen nicht selbst erhoben, sondern vom ehemaligen Leiter der Krankenhausabteilung des niedersächsischen Ministeriums für Soziales und Gesundheit, Ernst Bruckenberger, übernommen worden sind.

[85] Die Berücksichtigung dieser Mittel würde zu einer überhöhten Ausweisung der Finanzhilfen für Krankenhäuser führen. Außerdem werden Mittel für Krankenhäuser, die vom Bund finanziert werden, nicht berücksichtigt, da als Subventionsgeber nur die Landesebene betrachtet wird.

[86] Für alle anderen Länder lassen sich ähnliche Ergebnisse finden, allerdings mit dem Unterschied, dass die Defizite im Volumen geringer ausfallen.

[87] Zu den Alten Bundesländern werden die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein gezählt. Zu den neuen Bundesländern gehören Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

und der KHG-Mittel aus den Werten der vier zurückliegenden Jahre. Begründet werden soll dieses Vorgehen damit, dass die Krankenhausbedarfspläne, in denen insbesondere die Investitionsmittel bzw. durch die die Investitionsmittel indirekt durch die Planbettenzahlen festgehalten werden, i.d.R. eine Laufzeit von vier bis fünf Jahren haben.

Tabelle 1: Landes- und bundesweite, kumulierte Krankenhausdefizite in den Jahren 1998 bis 2003 (in 1.000 Euro)

	Istwerte		Sollwerte		Schätzwerte	
	1998	**1999**	**2000**	**2001**	**2002**	**2003**
Bayern	606.199	615.266	587.644	614.753	620.790	603.317
Berlin	332.876	299.979	339.056	312.706	318.559	323.817
Nordrhein-Westfalen	245.348	258.921	292.976	412.540	218.562	265.660
Sachsen	90.246	100.021	112.486	127.933	83.673	99.919
Thüringen	67.300	33.764	60.767	65.086	104.515	45.136
Gesamt	2.094.516	2.083.212	2.363.660	2.513.754	2.285.081	2.105.710
Alte Länder gesamt	1.931.865	1.934.119	2.086.172	2.254.659	2.044.339	1.941.133
Neue Länder gesamt	162.651	149.093	277.488	259.095	240.743	164.577

Quelle: *Eigene Berechnungen*.

Die Ergebnisse der Tabelle 1 zeigen, dass das absolute Niveau des Defizitsausgleichs für öffentliche Krankenhäuser in den betrachteten Jahren bundesweit kumuliert stets über 2 Mrd. Euro lag. Zu einem überwiegenden Teil fallen die Defizite in den Alten Bundesländern an und werden dementsprechend von der öffentlichen Hand dort getragen. Im Jahre 1998 betrug der Anteil der Defizite in den Alten Bundesländern an den Gesamtdefiziten ca. 92 v.H. Dieser Anteil gilt nach einem zeitweiligen Absinken auch im Jahre 2003. Im gleichen Zeitraum hat sich der Anteil der Defizite in den neuen Bundesländern an den Gesamtdefiziten von knapp 8 v.H. zunächst auf über 10 v.H. erhöht und hat im Jahre 2003 wieder den ursprünglichen Wert angenommen. Hinsichtlich des Defizitausgleichs bezogen auf die absoluten Werte nehmen bei den Alten Bundesländern die Länder Bayern und Berlin vor Nordrhein-Westfalen die vorderen Plätze ein, während in den Neuen Bundesländern Sachsen und Thüringen die Spitzenplätze belegen.[88]

Hilfreich für die Einordnung des Defizitvolumens ist die Betrachtung von Relationen zu anderen Finanzhilfen und bezogen auf die Zahl der Einwohner. Grundsätzlich werden solche staatlichen Zahlungen an Krankenhäuser zur Rubrik *Finanzhilfen an (halb-)staatliche*

[88] Die neuen Bundesländer nehmen in der Rangliste aller Länder mittlere bis hintere Plätze ein.

Dienstleister gezählt.[89] Daneben werden dieser Kategorie Zahlungen an Kindertagesstätten, Kinderkrippen, Museen, Kirchen, Pflegeeinrichtungen usw. zugerechnet. Im untersuchten Zeitraum schwankte der Anteil der staatlichen Zuwendungen zur Deckung von Krankenhausdefiziten bezogen auf die gesamten Finanzhilfen an (halb-)staatliche Dienstleister um rund 7 v.H. Der durchschnittliche Anteil in den Alten Bundesländern lag hierbei mit einem Minimalwert von rund 8 v.H. im Vergleich zum Bundesdurchschnitt und im Vergleich zum Durchschnittswert in den Neuen Bundesländern von maximal 4 v.H. wesentlich höher. Im Ländervergleich ergibt sich ein etwas anderes Bild als bei der Betrachtung von absoluten Werten. Spitzenreiter ist Berlin mit Werten von bis zu über 24 v.H. bei der genannten Relation. Danach folgt Bayern mit regelmäßigen Zahlungen um die 12 v.H. Nordrhein-Westfalen belegt in dieser Kategorie Plätze im Mittelfeld, genauso wie Sachsen und Thüringen.

Wenn die Bevölkerungsanzahl in den einzelnen Ländern mit betrachtet werd, dann können bundes- oder landesweite Pro-Kopf-Defizite berechnet werden. Die Pro-Kopf-Defizite schwanken hierbei in der kumulierten, bundesweiten Berechnung im Durchschnitt zwischen ca. 25 und 29 Euro pro Jahr. In den Alten Bundesländern werden durchschnittlich Werte von über 32 Euro gemessen, in den Neuen Bundesländern dagegen maximal bis zu ca. 20 Euro. Beim Ländervergleich ergibt sich bezüglich der Alten und neuen Bundesländer eine ähnliche Reihenfolge. Auffällig ist, dass Berlin mit Werten bis zu über 100 Euro pro Bewohner den ersten Rang einnimmt. Der Abstand zu Bayern auf Platz zwei beträgt damit bis über 50 Euro.

3.4 Zwischenanalyse

Die Analyse hat bisher gezeigt, dass ein Marktversagen auf Krankenhausdienstleistungsmärkten generell nicht angenommen werden kann.[90] Es besteht nicht das Risiko der Unterversorgung der Bevölkerung, wenn die allgemeinen Defizite nicht übernommen werden. Ganz im Gegenteil wird die Versorgung bei mehr Wettbewerb effizienter. Die – höchstwahrscheinlich politisch erzwungene – Intention der Europäischen Kommission durch den Gedanken der Daseinsvorsorge eine als umfassend zu bezeichnende Versorgung der Be-

---

[89] Vgl. ROSENSCHON (2002), a.a.O., S. 12.

[90] Grundsätzlich besteht kein Grund zur Annahme, dass die Gefahr eines generellen Marktversagens größer ist als auf anderen Märkten. Vgl. KUCHINKE (2004), Krankenhausdienstleistungen und Effizienz in Deutschland - eine industrieökonomische Analyse, Gesundheitsökonomische Beiträge Nr. 43, Baden-Baden, S. 96 ff. sowie weiterführend zum Problem der Informationsasymmetrien KUCHINKE (2000), a.a.O.

völkerung zu gewährleisten, geht hier ins Leere und bewirkt genau das Gegenteil. Wettbewerb muss die Regel sein und nicht die Ausnahme.[91] Nur so kann eine optimale Allokation der knappen Mittel erfolgen.[92] Diese allgemeine Subventionierung von öffentlichen Kliniken ist folglich nicht begründbar und bewirkt vielmehr eine ineffiziente Situation mit Beharrungsvermögen.

Eine solche Subventionspraxis ist nicht notwendig, um eine Versorgung in der Fläche zu sichern. Es ist sowohl aus theoretischer als auch aus empirischer Sicht nicht zu erkennen, warum eine bestehende Nachfrage selbst in einem relativ dünn besiedelten, ländlichen Raum, nicht adäquat bedient werden sollte.[93] Dies gilt zum einen unter der Prämisse, dass die Kosten über flexible Preise gedeckt werden könnten und zum anderen alternative medizinische Angebote berücksichtigt werden.[94]

Sollte es doch dazu kommen, dass punktuell[95], regional eine wie auch immer definierte, flächendeckende Versorgung unter Wettbewerbsbedingungen nicht gewährleistet ist, regional nicht genug Kapazitäten für Notfälle vorgehalten werden oder aus anderen meritorischen Gründen heraus in einer Region eine bestimmte Leistung angeboten werden soll, so ist es aus volkswirtschaftlicher Sicht ratsam, erst dann nach alternativen Möglichkeiten zu suchen, die den Mangel beheben.[96] Falls bei Überprüfung der alternativen Mittel ein staatliches Eingreifen ausnahmsweise in Frage kommen sollte, so ist zu beachten, dass das mildeste Mittel gewählt wird.

Im Grunde sind die genannten volkswirtschaftlichen Überlegungen auch in den betrachteten europäischen Rechtsakten enthalten, jedoch sind diese als zu schwach zu beschreiben, nämlich schlicht wegen des 1. Merkmals. Denn nur in dem beschriebenen Ausnahmefall sind die oben dargestellten Merkmale volkswirtschaftlich sinnvoll und führen zu Effizienz. Die fehlerhafte Einordnung von Leistungen in den Bereich der Gemeinwirtschaftlichkeit bewirkt das Gegenteil.

---

91 Vgl. Art. 86 Abs. 2, 16 EG; EuGH vom 11.12.1997, EuZW (1998), S. 274 ff. (275), (Job Centre coop) sowie aktuell EuGH vom 25.10.2001 (Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz), WuW, S. 1237 ff. (Leitsatz 3 und S. 1244).

92 Auch der Rechtsgedanke des Art. 95 Abs. 3 EG scheidet somit aus.

93 Vgl. KUCHINKE (2004), a.a.O., S. 109 ff.

94 Darüber hinaus ist zu bedenken, dass Raumüberwindungskosten in zunehmendem Maße eine untergeordnete Rolle spielen.

95 Es wird auch von einem punktuellen Marktversagen gesprochen.

96 Vgl. KUCHINKE (2004), a.a.O., S. 211 f.

Hierbei darf im Übrigen nicht vergessen werden, dass die Vorhaltung von Gesundheitsleistungen bereits aus Steuermitteln der Länder und durch Krankenkassenleistungen erfolgt. Für den Ausgleich von Defiziten fehlt im Grunde die Gegenleistung, vielmehr wird für eine Leistung zweimal gezahlt. Darüber hinaus ist das empirische Ausmaß als nicht unerheblich anzusehen, wie die statistischen Auswertungen gezeigt haben.

Zusätzlich ist anzuführen, dass solche Zahlungen wettbewerbsverzerrende Wirkung entfalten, denn andere effiziente Anbieter werden vom Markteintritt abgehalten bzw. vom Markt verdrängt.[97] Eine optimale Allokation knapper Ressourcen wird somit verhindert. Ein solches staatliches Verhalten trägt überdies nicht dazu bei, die in Maastricht ausgehandelten europäischen Verschuldungskriterien einzuhalten.[98] Das potenzielle Ausmaß der zusätzlichen Verschuldung hat die Analyse der Daten veranschaulicht.[99] Ferner ist zu sehen, dass die Übernahme von Defiziten die jeweiligen öffentlichen Träger in ihrem Entscheidungsspielraum über ihren Haushalt einschränken. Die Mittel, die in die Defizitfinanzierung fließen, stehen für alternative Verwendungen nicht mehr zur Verfügung, so dass die öffentliche Hand womöglich anderen Verpflichtungen nicht nachkommen kann und so erhebliche Opportunitätskosten entstehen.

4 Abschließende Einschätzung

Die Betrachtung hat gezeigt, dass durch die Entscheidung des *EuGH* im Falle Altmark Trans sowie die darauf aufgebaute Entscheidung der Kommission das Beihilfenrecht eine neue Dimension erfahren hat. Krankenhäuser und Leistungen an diese sind hiervon besonders betroffen. Ohne Beschränkung in der Höhe und wohl vereinfacht als gemeinwirtschaftliche Leistung zu definieren, stellen Zahlungen künftig nicht mehr Beihilfen, sondern Ausgleichszahlungen dar.

Begründet wird das gesamte Handeln mit dem Begriff der Daseinsvorsorge. Damit hat der *EuGH* und insbesondere die Kommission (teilweise) das in den Art. 86 und 87 EG zu findende Prinzip der Marktwirtschaft aufgegeben und durch staatliche Regulierung ersetzt. Während im Bereich des Verkehrs (Altmark Trans) der *EuGH* auf Art. 73 EG verweisen konnte, ist diese zusätzliche Begründungsebene im Gesundheitsbereich gerade nicht gegeben. Juristische Folge ist ferner auch, dass sich Probleme wie die Frage der Rückforderung

---

97 Vgl. KUCHINKE (2004), a.a.O., S. 139 ff.
98 Vgl. Art. 104 EG.
99 Vgl. ROSENSCHON (2002), a.a.O., S. 4.

von Beihilfen nach den (bisher nur eingeschränkt anzuwendenden) §§ 48, 49 VwVfG sowie die Frage der Nichtigkeit nach der Rechtsprechung des BGH so nicht mehr ergeben.[100]

Die aufgezeigten Entwicklungen sind volkswirtschaftlich zu kritisieren. Staatliche Zahlungen sind im Grunde lediglich mit dem problembehafteten Argument der Meritorik zu begründen. Weitere marktliche Überlegungen und Argumente kommen zu kurz. Die Gefahr besteht darin, dass ökonomisch nicht erforderliche Zahlungen an Krankenhäuser geleistet und negative Folgeeffekte ausgelöst werden. Es wird also darauf ankommen, wie der staatliche Entscheidungsspielraum gehandhabt wird.

Insgesamt stellt gerade das Handeln der Kommission ein politisch motiviertes Vorgehen dar und lässt fundamentale juristische und volkswirtschaftliche Betrachtungen weitestgehend außen vor. Ob vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des *EuGH* eine Klage eines privaten Krankenhausbetreibers nach Art. 230 Abs. 4 EG (sog. Drittanfechtung) Erfolg versprechend ist, bleibt abzuwarten.

---

[100] Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 4.4.2003, V ZR 314/02, EuZW 2003, S. 444 ff.

Diskussionspapiere aus dem Institut für Volkswirtschaftslehre der Technischen Universität Ilmenau

Nr. 15 *Kallfass, Hermann H.:* Vertikale Verträge und die europäische Wettbewerbspolitik, Oktober 1998. In veränderter Fassung erschienen als: „Vertikale Verträge in der Wettbewerbspolitik der EU“, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 49. Jg., 1999, S. 225-244.

Nr. 16 *Steinrücken, Torsten:* Wirtschaftspolitik für offene Kommunikationssysteme - Eine ökonomische Analyse am Beispiel des Internet, März 1999.

Nr. 17 *Kallfass, Hermann H.:* Strukturwandel im staatlichen Einfluss, April 1999.

Nr. 18 *Czygan, Marco:* Wohin kann Wettbewerb im Hörfunk führen? Industrieökonomische Analyse des Hörfunksystems der USA und Vergleich mit Deutschland, Dezember 1999.

Nr. 19 *Kuchinke, Björn:* Sind vor- und vollstationäre Krankenhausleistungen Vertrauensgüter? Eine Analyse von Informationsasymmetrien und deren Bewältigung, September 2000.

Nr. 20 *Steinrücken, Torsten:* Der Markt für „politische Zitronen“, Februar 2001.

Nr. 21 *Kuchinke, Björn A.:* Fallpauschalen als zentrales Finanzierungselement für deutsche Krankenhäuser: Eine Beurteilung aus gesundheitsökonomischer Sicht, Februar 2001.

Nr. 22 *Kallfass, Hermann H.:* Zahlungsunfähige Unternehmen mit irreversiblen Kosten, ihre Fortführungs- und Liquidationswerte, März 2001.

Nr. 23 *Kallfass, Hermann H.:* Beihilfenkontrolle bei Restrukturierungen und Privatisierungen, April 2001.

Nr. 24 *Bielig, Andreas:* Property Rights und juristischer Eigentumsbegriff. Leben Ökonomen und Juristen in unterschiedlichen Welten?, Juni 2001.

Nr. 25 *Sichelstiel, Gerhard:* Theoretische Ansätze zur Erklärung von Ähnlichkeit und Unähnlichkeit in Partnerschaften, Juni 2001.

Nr. 26 *Bielig, Andreas:* Der „Markt für Naturschutzdienstleistungen“. Vertragsnaturschutz auf dem Prüfstand, Juli 2001.

Nr. 27 *Bielig, Andreas:* Netzeffekte und soziale Gruppenbildung, Januar 2002.

Nr. 28 *Kuchinke, Björn A.; Schubert, Jens M.:* Europarechtswidrige Beihilfen für öffentliche Krankenhäuser in Deutschland, April 2002. In veränderten Fassungen erschienen als: Beihilfen und Krankenhäuser, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 52. Jg., Juli/August 2002, S. 710-719, Defizitausgleich öffentlicher Krankenhäuser aus öffentlichen Kassen: Verstoß gegen europäisches Recht?, in: führen und wirtschaften im Krankenhaus, 19. Jg., Nr. 5, S. 524-530.

Nr. 29 *Bielig, Andreas:* Messung von Nachhaltigkeit durch Nachhaltigkeitsindikatoren, Februar 2003.

Nr. 30 *Steinrücken, Torsten:* Die Legitimation staatlicher Aktivität durch vertragstheoretische Argumente: Anmerkungen zur Kritik an der Theorie des Gesellschaftsvertrages, März 2003.

Nr. 31 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian:* Heterogene Standortqualitäten und Signalstrategien: Ansiedlungsprämien, Werbung und kommunale Leuchtturmpolitik, April 2003.

Nr. 32 *Steinrücken, Torsten:* Funktioniert ‚fairer' Handel? Ökonomische Überlegungen zum alternativen Handel mit Kaffee, Juli 2003.

Nr. 33 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian:* Die Wiederentdeckung der Zweitwohnsitzsteuer durch die Kommunen - zu Wirkungen und Legitimation aus ökonomischer Sicht, September 2003.

Nr. 34 *Rissiek, Jörg; Kressel, Joachim:* New Purchasing & Supply Chain Strategies in the Maintenance, Repair and Overhaul Industry for Commercial Aircraft, September 2003.

Nr. 35 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian:* Europäische Beihilfekontrolle und Public Utilities - Eine Analyse am Beispiel öffentlicher Vorleistungen für den Luftverkehr, Dezember 2003.

Nr. 36 *Voigt, Eva; GET UP:* Gründungsbereitschaft und Gründungsqualifizierung - Ergebnisse der Studentenbefragung an der TU Ilmenau, April 2004.

Nr. 37 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian:* Levelling the playing field durch staatliche Beihilfen bei differierender Unternehmensmobilität, Mai 2004.

Nr. 38 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian:* Sekundärwirkungen von Unternehmensansiedlungen - Eine Beurteilung staatlicher Aktivität beim Auftreten paretorelevanter Nettoexternalitäten, Juni 2004.

Nr. 39 *Kallfaß, Hermann H.:* Wettbewerb auf Märkten für Krankenhausdienstleistungen - eine kritische Bestandsaufnahme, Juni 2004.

Nr. 40 *Engelmann, Sabine:* Internationale Transfers und wohlfahrtsminderndes Wachstum, September 2004.

Nr. 41 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian:* Zum Einfluss von Ausländern auf die Wirtschaftsleistung von Standorten - Ist Zuwanderung ein Weg aus der ostdeutschen Lethargie?, Oktober 2004.

Nr. 42 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian:* Wer ist wirklich reich? - Zu Problemen der Wohlfahrtsmessung durch das Bruttoinlandsprodukt, April 2005.

Nr. 43 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian:* Wo bleiben die Subventionssteuern? - Probleme des Beihilfenrechts und ein alternatives Regulierungskonzept, Mai 2005.

Nr. 44 *Jaenichen, Sebastian; Steinrücken, Torsten; Schneider, Lutz:* Zu den ökonomischen Wirkungen gesetzlicher Feiertage - Eine Diskussion unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitszeitpolitik, Juni 2005.

Nr. 45 *Kuchinke, Björn A.:* Qualitätswettbewerb zwischen deutschen Akutkrankenhäusern unter besonderer Berücksichtigung von DRG und Budgets, Juni 2005.

Nr. 46 *Kuchinke, Björn A.; Walterscheid, Heike:* Wo steht der Osten? Eine ökonomische Analyse anhand von Wohlfahrts- und Happinessindikatoren, Juni 2005.

Nr. 47 *Kuchinke, Björn A.; Schubert, Jens M.:* Staatliche Zahlungen an Krankenhäuser: Eine juristische und ökonomische Einschätzung nach Altmark Trans und der Entscheidung der Kommission vom 13.7.2005, August 2005.