

Kuchinke, Björn A.; Schubert, Jens M.

Working Paper

Europarechtswidrige Beihilfen für öffentliche Krankenhäuser in Deutschland

Diskussionspapier, No. 28

Provided in Cooperation with:

Ilmenau University of Technology, Institute of Economics

Suggested Citation: Kuchinke, Björn A.; Schubert, Jens M. (2002) : Europarechtswidrige Beihilfen für öffentliche Krankenhäuser in Deutschland, Diskussionspapier, No. 28, Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre, Ilmenau

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/27967>

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.

Diskussionspapier Nr. 28

Europarechtswidrige Beihilfen für öffentliche Krankenhäuser in Deutschland

(In einer überarbeiteten Version erschienen unter dem Titel „Beihilfen und Krankenhäuser“ in: Wirtschaft und Wettbewerb, 52. Jg., Juli/August 2002, S. 710-719!)

Björn A. Kuchinke, Jens M. Schubert

April 2002

Institut für Volkswirtschaftslehre
Fachgebiet Wirtschaftspolitik
Ernst-Abbe-Zentrum
Ehrenbergstraße 29
D-98 693 Ilmenau
Telefon 03677/69-4030/-4032
Fax 03677/69-4203
<http://www.tu-ilmenau.de/wpo>

ISSN 0949-3859

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Inhaltsverzeichnis	I
1 Einleitung und Problemstellung	1
2 Der Ausgleich von Defiziten in Krankenhäusern aus staatlichen Mitteln als unzulässige Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG	2
2.1 Der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG	3
2.1.1 Unternehmensbegriff	3
2.1.1.1 Krankenhäuser als Unternehmen	4
2.1.1.2 Versorgungssicherheit vs. Unternehmenseigenschaft	5
2.1.1.3 Leistungskatalog der Krankenhäuser	5
2.1.2 Beihilfen aus staatlichen Mitteln	8
2.1.3 Wirtschaftlicher Vorteil	9
2.1.4 Selektivität	10
2.1.5 Zwischenstaatlichkeit	12
2.1.6 Zwischenergebnis	16
2.2 Die Rechtfertigung der Beihilfe durch Daseinsvorsorge?	16
2.2.1 Betrauung	18
2.2.2 Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	18
2.2.3 Marktversagen auf Krankenhausmärkten?	20
3 Die ökonomischen Alternativen - Verhältnismäßigkeit	24
4 Die Rechtsfolgen	25
Literaturverzeichnis	27

1 Einleitung und Problemstellung

Auf deutschen Krankenhausmärkten hat es in den letzten Jahren einschneidende Veränderungen bzw. Reformen insbesondere hinsichtlich der Finanzierung gegeben.¹ Das Selbstkostendeckungsprinzip wurde abgeschafft, Budgets wurden eingeführt und ab dem 1.1.2003 soll ein rein leistungsbezogenes Vergütungssystem, die sogenannten Fallpauschalen, schrittweise implementiert werden.² Ein von der Politik ausgegebenes Ziel war und ist, durch diese Instrumente den Wettbewerb auf Krankenhausmärkten zu verstärken, um zu mehr Effizienz in diesem Sektor zu gelangen.³ Dieses Ziel ist in den §§ 12, 71 und 113 SGB V verankert.⁴

Eine Folge der veränderten Rahmenbedingungen ist, dass Krankenhäuser Defizite erwirtschaften können.⁵ Es ergeben sich jedoch Unterschiede danach, ob ein Defizit in einem öffentlichen, einem freigemeinnützigen oder einem privaten Krankenhaus anfällt.⁶ Die Träger von öffentlichen Krankenhäusern finanzieren nämlich i.d.R. dieses

¹ Krankenhäuser grenzen sich im Sinne des SGB V von *Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen* dadurch ab, dass sie unter ständiger ärztlicher Leitung stehen und Krankheitsbehandlungen anbieten, wenn Erkrankungen aufgetreten sind. Der Schwerpunkt der zu letzt genannten Einrichtungen liegt auf der Verhinderung und der Nachsorge von Erkrankungen, vgl. § 107 Sozialgesetzbuch (SGB) V u. § 2 Nr. 1 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG). Die weitere Beschreibung von Krankenhäusern und die Abgrenzung von anderen Anbietern hinsichtlich ihres Angebotes erfolgt im Verlauf der Analyse. Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen werden im Folgenden nicht betrachtet.

² Die Budgetierung sämtlicher Leistungsbereiche bzw. Leistungserbringer und die Abschaffung des Selbstkostendeckungsprinzips erfolgte durch das Gesundheitsstrukturgesetz 1993. Vgl. zur Budgetierung und der damit vollzogenen Abschaffung des Selbstkostendeckungsprinzips im Krankenhausektor § 17 Abs. 1a KHG u. JESCHKE, HAILER (1994), S. 17. Zur Einführung eines pauschalierten Entgeltsystems für Krankenhäuser vgl. § 17 b KHG. Das KHG wurde hinsichtlich der Finanzierung geändert durch das „Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze“ vom 22.12.1999. Vgl. BGBl. I, S. 2626. Zu den möglichen Auswirkungen des neuen Finanzierungssystems vgl. KUCHINKE (2001), Kap. 4.3.

³ Vgl. BUNDESMINISTERIUM FÜR GESUNDHEIT (BMG) (2001), S. 12. Auf die Interpretation bzw. Definition des Wettbewerbs aus politischer, juristischer und ökonomischer Sicht wird im Laufe des Papiers noch eingegangen.

⁴ Es sind jedoch Eingriffe des Staates zu beobachten, die mit diesem Ziel nicht unbedingt vereinbar sind bzw. eine Verzögerung der Erreichung desselben bewirken. So beschloss am 12.12.2001 der Gesundheitsausschuss des Bundestages eine Änderung des Gesetzesentwurfes zum neuen Entgeltsystem, wonach für das Jahr 2003 den Krankenhäusern insgesamt 100 Mio. € zusätzlich an Bundes- und Landesmitteln zur Verfügung gestellt werden. Dies stellt eine Subventionierung von öffentlichen Krankenhäusern dar. Vgl. O.V. (2001 a), S. 11. Warum diese Eingriffe erfolgen, hat offenbar politische Gründe. Die Gründe für die Verzögerung und Zielkonflikte sollen hier nicht weiter diskutiert werden.

⁵ Zu den defizitär arbeitenden, öffentlichen Krankenhäusern zählt z.B. die Elbe-Jeetzel-Klinik Dannenberg. Diese erwirtschaftete im Jahre 2000 einen Fehlbetrag von 542.792,16 €, welches der Landkreis Lüchow-Dannenberg als Krankenhausträger in gleicher Höhe finanziert. Vgl. O.V. (2001 b), S. 49.

⁶ Zur Abgrenzung von Krankenhäusern nach ihrer Trägerschaft vgl. z.B. GLASMACHER (1996), S. 12 f. Träger *öffentlicher* Krankenhäuser sind Gebietskörperschaften (Länder, Kreise, Kommunen) und Zweckverbände (Bundes-, Landesversicherungsanstalt, Berufsgenossenschaften). *Freigemeinnützige* Kliniken werden von Kirchen und Institutionen der freien Wohlfahrtspflege (Vereine, Stiftungen) betrieben, wohingegen *private* Häuser entweder von Privatpersonen oder privaten Unternehmen gegründet und geleitet werden. Die zuletzt genannten bedürfen im Übrigen dann einer Konzession gemäß § 30 Gewerbeordnung.

Defizit aus den entsprechenden Haushalten, also aus allgemeinen Steuermitteln.⁷ Diese Krankenanstalten haben häufig die Rechtsform eines Eigen- oder Regiebetriebes, wobei in den letzten Jahren zu beobachten ist, dass diese Häuser zunehmend in die Form einer gemeinnützigen GmbH (gGmbH) überführt werden.⁸ Der Rückgriff auf öffentliche Haushalte ist jedoch dann immer noch möglich, weil der Alleingesellschafter die Gebietskörperschaft ist.⁹ Die Wahl einer privatrechtlichen Unternehmensform stellt daher noch kein Indiz dafür dar, dass nach marktwirtschaftlichen Methoden gearbeitet wird. Die Möglichkeit, Defizite in der beschriebenen Weise auszugleichen, haben freigemeinnützige und private Kliniken nicht. Sie können zwar auf Mittel ihrer Trägerschaften zurückgreifen, nicht jedoch auf Gelder aus der öffentlichen Hand.

Dieser Sachverhalt soll im Folgenden aus juristischer und ökonomischer Sicht betrachtet werden. Zentral ist die Frage, ob der Rückgriff von Kliniken auf öffentliche Haushalte eine Beihilfe i.S.d. Europarechts darstellt, und wenn ja, ob diese zulässig, also nicht marktbehindernd sind. Hierbei wird ausgegangen von einer klassischen Prüfung des Art. 87 Abs. 1 EG, wie sie auch die Kommission und der *EuGH* vornehmen würden. Die Besonderheit der Ausführungen besteht darin, dem Argument der Daseinsvorsorge als Rechtfertigungsgrund zu begegnen und sinnvolle Alternativen zur bestehenden Praxis aufzuzeigen. Abschließend erfolgt die Vorstellung des Ergebnisses der Analyse, und es werden wirtschaftspolitische Empfehlungen gegeben.

2 Der Ausgleich von Defiziten in Krankenhäusern aus staatlichen Mitteln als unzulässige Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EG

Das in den Artikeln 81 - 89 EG geregelte europäische Wettbewerbsrecht hat zum Ziel, dem Bekenntnis der Mitgliedsstaaten zur (sozialen) Marktwirtschaft in der EG (Art. 2, 3 Abs. 1 lit. g EG i.V.m. Art. 2 EU) Geltung zu verschaffen.¹⁰ Der Wettbewerb soll frei von marktverzerrenden Absprachen (Art. 81 EG) und Fusionen (FKVO), von einem missbräuchlichen Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EG) sowie von einer unzulässigen Einmischung des Staates in das Marktgeschehen stattfinden können (Art. 87 EG). Diese Wertung hat zur Folge, dass Eingriffe in den Markt stets

⁷ Vgl. auch Fn. 4.

⁸ Vgl. ZEIB (1989), S. 282 ff., ADAMASCHEK, ADAMS (1989), S. 1390 ff., PFOHL, PFAFFENEDER (1991), S. 651 ff. und zu einem generellen Überblick über die möglichen Rechtsformen bei Krankenhäusern KNORR, WERNICK (1991), Kap. B.

⁹ Vgl. MAURER (2000), § 3 Rdnr. 9 zum Stichwort: Flucht in das Privatrecht, um sich öffentlichen Verpflichtungen zu entziehen.

¹⁰ Vgl. KILIAN (1996), S. 86 u. 157 u. OPPERMAN (1999), Rdnr. 1030.

einer Rechtfertigung bedürfen und dass diese Rechtfertigung ihrerseits Rechtsgüter benennen muss, die in der konkreten Kollisionssituation höher zu bewerten sind als der Wettbewerb. Darüber hinaus muss der gerechtfertigte Eingriff stets verhältnismäßig erfolgen (Art. 5 EG). Niemals darf aber der Wesensgehalt der Wettbewerbsfreiheit in seinem Kern angegriffen sein, was auch an dem stark förmlichen Verfahren zur Kontrolle von Beihilfen sowie dem Sanktionssystem deutlich wird (z.B. Art. 88 EG).¹¹

2.1 Der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG

Für den Untersuchungsgegenstand von entscheidender Bedeutung ist die Frage, ob der Ausgleich von Defiziten im Bereich öffentlicher Krankenhäuser aus staatlichen Mitteln europarechtswidrig ist. Hierfür müsste der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG gegeben sein. Nach Art. 87 EG ist eine staatliche Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt dann 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
- den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt, ohne
- dass ein Ausnahmesachverhalt gegeben ist.

2.1.1 Unternehmensbegriff

Öffentliche, meist in kommunaler Trägerschaft organisierte Krankenhäuser stellen juristische Personen des öffentlichen Rechts dar (sog. Anstalten des öffentlichen Rechts) und fallen damit nicht unter den Unternehmensbegriff des deutschen Handels- und Gesellschaftsrechts.¹² Gleichwohl können sie unter den weiten Unternehmensbegriff fallen, den der *EuGH* hinsichtlich der ihn betreffenden Rechtsprobleme in ständiger Rechtspre-

¹¹ Vgl. BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze, Art. 87 EG Rdnr. 2.

¹² Vgl. SCHMIDT (1999), S. 65 ff. u. KÜBLER (1999), S. 37.

chung aufgestellt hat¹³ und den Art. 86 Abs. 1 EG beinhaltet.¹⁴ Hiernach werden, wie es der *EuGH* formuliert, sämtliche privaten und öffentlichen Unternehmen¹⁵ mit allen ihren Produktionszweigen von Art. 87 Abs. 1 EG erfasst, d.h., auch öffentliche Unternehmen können Empfänger von zulässigen bzw. unzulässigen Beihilfen sein.¹⁶ Für öffentliche Unternehmen gilt dies insbesondere dann, wenn sie in einem Sektor tätig sind, der privatrechtlich substituierbar ist, also außerhalb des hoheitlichen Kernbereichs steht.¹⁷ Öffentliche und private Unternehmen werden deshalb grundsätzlich im EG-Vertrag gleichbehandelt; öffentliche Unternehmen werden weder diskriminiert noch privilegiert.¹⁸ Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es grundsätzlich nicht an.¹⁹

2.1.1.1 Krankenhäuser als Unternehmen

Diese Sichtweise ist aus ökonomischer Perspektive zu unterstützen, denn es ist äußerst fragwürdig, ob die Unterscheidung zwischen Unternehmen bzw. Organisationen mit und ohne Gewinnerzielungsabsicht sinnvoll ist. Non-Profit Organisationen erzielen zwar keine Gewinne wie For-Profit Unternehmen, die dann etwa an die Eigentümer ausgeschüttet werden. Jedoch dürfte kein tatsächlicher Unterschied im Kalkül dieser beiden Organisationsformen bestehen, weil anfallende Überschüsse einer Non-Profit Organisation im Unternehmen verteilt werden können. Z.B. werden diese Beträge investiert oder aber die Mitarbeiter erhalten im Vergleich zum Markt überhöhte Löhne oder sonstige Vergünstigungen. Der Anreiz, Gewinne bzw. Überschüsse zu erzielen, besteht gleichermaßen in beiden Unternehmenstypen.²⁰

¹³ Vgl. *EuGH* v. 22.03.1977, NJW (1977), S. 1005 ff. (1006), (Steinike und Weinlig), *EuGH* v. 23.04.1991, EuZW (1991), S. 349 ff. (350), (Arbeitsvermittlungsmonopol für Führungskräfte), *EuGH* v. 19.01.1994, EuZW (1994), S. 248 ff. (249), (SAT Fluggesellschaft), *OPPERMANN* (1999), Rdnr. 1039 u. *SCHWARZE* (2000), in: *Schwarze* (Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel), S. 70.

¹⁴ Vgl. *JUNG* (1999), in: *Callies/Ruffert*, Art. 86 Rdnr. 3, 12 u. *VON BURCHARD* (2000), in: *Schwarze* Art. 86 Rdnr. 16.

¹⁵ Der Begriff des öffentlichen Unternehmens wird weder in Art. 86 Abs. 1 EG noch durch Art. 2 der Transparenzrichtlinie legaldefiniert. Einer solchen Definition bedarf es allerdings im Bereich des Untersuchungsgegenstandes bereits deswegen nicht, weil der *EuGH* im Falle des Art. 87 EG private und öffentliche Unternehmen gleichsetzt. Vgl. *EuGH* v. 10.02.2000, EuZW (2000), S. 281 ff. (283), (*Deutsche Post GZS*) hinsichtlich des Problems *Remailing* u. *MEDERER* (1999), in: *Groeben/Thiesing/Hellermann*, Art. 92 EG Rdnr. 21.

¹⁶ Vgl. *CREMER* (1999), in: *Callies/Ruffert*, Art. 87 EG Rdnr. 8 mwN u. *BÄR-BOUYSSIÈRE* (2000), in: *Schwarze* Art. 87 EG Rdnr. 34.

¹⁷ Vgl. zum Begriff „hoheitlicher Kernbereich“ *EuGH* v. 18.03.1997, EuZW (1997), S. 312 f. Rdnr. 23 (*Diego Cali & Figli*).

¹⁸ Vgl. *VON BURCHARD* (2000), in: *Schwarze* Art. 86 EG Rdnr. 4 mwN.

¹⁹ Vgl. *EuGH* v. 16.11.1995, Slg. (1995), I-4013, Rdnr. 17 (*Fédération française des sociétés d'assurance*).

²⁰ Es ist zwischen dem Soll, also der Absicht, und dem Ist, der tatsächlichen Realisierung, zu unterscheiden.

2.1.1.2 Versorgungssicherheit vs. Unternehmenseigenschaft

Bislang wurde deutlich, dass öffentliche (kommunale) Krankenhäuser eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.²¹ Im Unterschied zur ökonomischen Sichtweise steht aus der Perspektive des Europarechts die Frage der Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit nicht allein. Vielmehr wird die gesetzliche Aufgabe, die diesen Krankenhäusern übertragen worden ist, betont. Diese besteht u.a. darin, im Rahmen der Daseinsvorsorge Versorgungssicherheit zu gewährleisten.²² Wird diese besondere Aufgabe akzeptiert, so lässt Art. 86 Abs. 2 i.V.m. Art. 16 EG in engen Grenzen eine Ausschaltung der Wettbewerbsregeln zu, wenn die Erfüllung der besonderen Aufgaben des betrachteten (öffentlichen) Unternehmens durch eine Anwendung der Wettbewerbsregeln unmöglich wird.²³ Der Begriff der besonderen Aufgaben stellt allerdings nichts anderes als einen Rechtfertigungsgrund dar und muss deshalb nach dem Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG behandelt werden.²⁴

2.1.1.3 Leistungskatalog der Krankenhäuser

Um die Wirkungen der Übernahme von Defiziten von öffentlichen Krankenhäusern durch die öffentliche Hand auf den Wettbewerb besser beurteilen zu können, werden nun die von Krankenhäusern angebotenen Leistungen kurz beschrieben.

Zunächst soll jedoch darauf hingewiesen werden, dass *Gesundheit* im ökonomischen Sinne kein Gut darstellt. Analysegegenstand ökonomischer Untersuchungen von Märkten sind die jeweils gehandelten Güter.²⁵ Nur dann können z.B. Aussagen über die effiziente Bereitstellung des Angebotes gemacht werden. Entsprechend der ökonomischen Theorie werden Güter konsumiert, um Bedürfnisse zu befriedigen.²⁶ Gesundheitsgüter, also auch Krankenhausleistungen, haben demzufolge den Sinn, das Bedürfnis nach Gesundheit bzw. Gesundung zu stillen, welches seinen Ausdruck in dem Verlangen nach der Linderung, Heilung oder Beseitigung von Schmerzen, Erkrankungen oder sonstigen

²¹ Vgl. allg. SCHWINTOWSKI (1994), ZEuP (1994), S. 294 ff. (300).

²² Vgl. § 112 SGB V. Zum Überblick über die im SGB V verankerten Ziele vgl. WISMAR, BUSSE, SCHWARTZ (1998), S. 4.

²³ Vgl. OPPERMAN (1999), Rdnr. 1057 u. HATJE (2000) in: Schwarze (2000), Art. 16 EG Rdnr. 7 ff.

²⁴ Mit der gleichen Einschätzung BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze Art. 87 EG Rdnr. 28.

²⁵ Vgl. ARROW (1963), S. 941.

²⁶ Zum Begriff „Bedürfnis“ vgl. KIRSCH (1993), S. 181 f.

Leiden und Gebrechen findet.²⁷ Die Heilung einer Erkrankung ist demnach nicht das Gut, das der Patient nachfragt, sondern sein Bedürfnis. Die Befriedigung seines Bedürfnisses geschieht durch den Erfolg der Krankheitsbehandlung. Die Heilung und damit der Grad der Bedürfnisbefriedigung stellt das Ergebnis der Krankheitsbehandlung und der damit verbundenen Konsumtion von Gesundheitsgütern dar.²⁸ Insofern wird eine Krankenhausbehandlung hier als *Konsumgut* verstanden.²⁹

Allgemein besteht die originäre Leistung eines Krankenhauses in der *vollstationären* Behandlung. Von einer solchen ist dann zu sprechen, wenn eine Behandlung mit ganztägiger Pflege inklusive einer Übernachtung innerhalb einer stationären Einrichtung erfolgt.³⁰ Ein Krankenhaus erbringt im Rahmen einer vollstationären Behandlung ärztliche und pflegerische Dienste sowie Hotelleistungen.³¹ Werden zunächst nur diese vollstationären Leistungen betrachtet, so wird deutlich, dass Krankenhäuser aus Nachfragersicht auf verschiedenen Märkten auftreten, denn nicht jedes Krankenhaus bietet jede Behandlung an.³² Außerdem unterscheidet sich das Angebot womöglich bei der gleichen Behandlung hinsichtlich Methode oder aber Medikamenteneinsatz.

Daneben bieten Krankenhäuser noch andere Leistungen an, die in vor-, nach- und teilstationäre, ambulante, Vorhalte- sowie Aus-, Fort-, Weiterbildungs- und Forschungsleistungen unterteilt werden können.

Vorstationäre Krankenhausbehandlung heißt, dass notwendige Voruntersuchungen durch das Krankenhaus vor der eigentlichen stationären Behandlung durchgeführt werden. Die Leistungen sind laut Gesetz innerhalb von drei Tagen in einem Zeitraum von bis zu fünf Tagen vor der stationären Aufnahme zu erbringen.³³ Eine *nachstationäre*

²⁷ Die Heilung muss nicht zwingend am Ende einer Behandlung stehen. Das Ziel kann auch die Stabilisierung eines Gesundheitszustandes sein. Vgl. §§ 27 u. 107 *SGB V U*. VGL. OBERENDER, RUCKDÄSCHEL (2000), S. 175. Zur gesetzlichen Definition von Krankenhausleistungen vgl. § 2 *BPFLV*. Die World Health Organisation (WHO) definiert Gesundheit folgendermaßen: „Health is a state of complete physical, mental, and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.“ WHO (2001), S. 1. Zur Problematik des Gesundheitsbegriffs vgl. KUNZENDORFF (1993), S. 61 ff. u. ECKER, OBERENDER (2001), S. 755. Der Begriff Gesundheitsgüter schließt auch Dienstleistungen mit ein. Vgl. ECKER, OBERENDER (2001), S. 755. *Gesundheitsgüter* sind Waren und Dienstleistungen, die die Gesundheit fördern. Vgl. dazu HERDER-DORNEICH (1980), S. 1.

²⁸ Vgl. GROSSMAN (1972), S. 1 ff. u. DOPPMANN (1985), S. 8 ff.

²⁹ Vgl. FOLLAND, GOODMAN, STANO (2001), S. 167. Es gibt auch die Möglichkeit, Gesundheit als Bestandteil des Humankapitals zu betrachten. Einen Überblick über die inhaltliche Abgrenzung von Humankapital gibt z.B. RISSIEK (1998), S. 23 ff. Zur einem genaueren Überblick über die Gesundheit als Bestandteil des Humankapitals und zu den Problemen vgl. z.B. BREYER, ZWEIFEL (1999), S. 65 ff.

³⁰ Vgl. STATISTISCHES BUNDESAMT (STBA) (1998 b), S. 327 u. § 39 *SGB V*.

³¹ Die Unterscheidung nach ärztlichen und pflegerischen Diensten kann anhand der Einteilung der Beschäftigten in ärztliche und nicht-ärztliche Bedienstete erfolgen. Vgl. STBA (1998 a), S. 432.

³² Eine genauere Abgrenzung der Märkte für Krankenhäuser erfolgt unter 2.1.4.

³³ Vgl. § 115 a Abs. 2 *SGB V*.

Behandlung schließt sich an einen vollstationären Aufenthalt in einem Krankenhaus an. Diese Leistungen haben innerhalb von sieben Tagen in einem Zeitraum von 14 Tagen nach der Krankenhausesentlassung zu erfolgen.³⁴ Der Vergütungsanspruch der Krankenhäuser entfällt, wenn die genannten Fristen überschritten sind und bzw. oder die Behandlungsdauer länger als festgelegt ausfällt und wenn es keine zwingenden medizinischen Gründe für eine Weiterbehandlung gibt. Die Betreuung des Patienten außerhalb des Krankenhauses während einer vor- oder nachstationären Behandlung obliegt dem Vertragsarzt.

Häufig ist eine Versorgung auch *teilstationär* möglich, d.h. die Behandlung erfolgt innerhalb eines sechs- bis achtstündigen Aufenthaltes in einer Tages- oder Nachtambulanz.³⁵ Eine ambulante Versorgung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Patient nach der Behandlung bzw. Operation das Krankenhaus wieder verlässt.³⁶

Die Leistung von Krankenhäusern besteht nicht nur darin, die bestehenden Erkrankungen von Patienten zu behandeln, sondern auch in der *Vorhaltung von Bettenkapazität*, um alle potenziellen Patienten zu versorgen.³⁷ Zu dieser Vorhalteleistung werden im Allgemeinen die Betten, das dazugehörige Personal und die erforderlichen Geräte gezählt. Ein Krankenhaus ohne Patienten erbringt nach diesem Ansatz eine Leistung und zwar in dem Sinne, dass es dem möglichen Patienten die Sicherheit gibt, im Bedarfsfall ein Krankenhausbett in Anspruch nehmen zu können. Damit befriedigt ein Krankenhaus die sogenannte *Optionsnachfrage*.³⁸

Zum Output von Einrichtungen des stationären Sektors sind auch Leistungen aus den *Bereichen Aus-, Fort- und Weiterbildung* sowie *Forschung* zu zählen.³⁹ Die Schulung bzw. Ausbildung von Mitarbeitern wie Ärzten, Krankenpflegepersonal oder auch Medizinstudenten findet in fast allen Krankenhäusern statt. Dagegen wird die medizinische Forschung nur in einzelnen Einrichtungen, wie z.B. Hochschulkliniken, betrieben. Diese Leistungen sollen im Folgenden nicht weiter betrachtet werden. Insbesondere bei Forschungsleistungen ist nämlich eine Kostenunterdeckung und damit ein Defizit zu erwarten. Die Finanzierung solcher Leistungen bzw. die Übernahme von Defiziten, die sich aufgrund der Erstellung solcher Leistungen ergeben, soll hier nicht weiter diskutiert

³⁴ Vgl. § 115 a Abs. 2 SGB V.

³⁵ Vgl. § 39 SGB V.

³⁶ Vgl. § 115 b Abs. 2 SGB V.

³⁷ Vgl. KOPETSCH (1996), S. 209.

³⁸ Vgl. BREYER, ZWEIFEL (1999), S. 155 f. u. S. 326 f.

³⁹ Vgl. STBA (1998 b), S. 327 ff.

werden.

2.1.2 Beihilfen aus staatlichen Mitteln

Die Frage ist nun, ob es sich bei den beschriebenen Maßnahmen - dem Ausgleich von Defiziten - um staatliche Beihilfen handelt. Ebenso wie bei der Definition des Begriffs Unternehmen hat die Rechtsprechung, unterstützt von der Lehre, den sogenannten weiten Beihilfebegriff geprägt, um zum einen die in den Mitgliedsstaaten unterschiedlichen Auffassungen zu dem Begriff der Beihilfe gerecht zu werden (*Klammerfunktion*), zum anderen aber insbesondere, um Umgehungsversuche zu unterbinden (*Schutzfunktion*). Beihilfen sind deshalb alle Arten unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Förderung durch staatliche Stellen⁴⁰, auch wenn sie als Subventionen bezeichnet werden; der Subventionsbegriff wird vom Beihilfebegriff mit umfasst.⁴¹ Unter den Beihilfebegriff fallen Zinsrabatte, Steuerermäßigungen, Darlehen, Bürgschaften und die Bereitstellung von Waren und Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen⁴² sowie sogar Zahlungserleichterungen hinsichtlich von Unternehmen zu zahlender Sozialversicherungsbeiträge,⁴³ also sowohl Leistungsgewährungen als auch Belastungsverminderungen.⁴⁴ Der Ausgleich von Defiziten, also die Schuldübernahme hinsichtlich Forderungen gegenüber Dritten, kann in diese Reihe der Begünstigungen nahtlos eingeordnet werden. Qualitativ stellt der Ausgleich von Defiziten sogar ein „Mehr“ beispielsweise zu Darlehen, die zurückgezahlt werden müssen, oder zu Bürgschaften dar, welche möglicherweise nie abgerufen werden.

Die Begünstigung wird weiter aus staatlichen Mitteln bewirkt, nämlich aus dem allgemeinen Steueretat des Landkreises. Das Tatbestandsmerkmal „aus staatlichen Mitteln“ wird erneut weit verstanden. Hiernach werden alle Geldmittel erfasst, auf die der öffentliche Sektor tatsächlich zur Unterstützung von Unternehmen zurückgreifen kann,

⁴⁰ Vgl. BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze, Art. 87 EG Rdnr. 27.

⁴¹ Vgl. EUGH v. 15.03.1994, EuZW (1994), S. 346 f. (Banco de Crediró/Ayuntamiento de Valencia) u. MAURER (2000), § 17 Rdnr. 33. Der Wortlaut des Art. 4c EGKSV ändert hieran nichts. Vgl. CREMER, in: Callies/Ruffert Art. 87 EG Rdnr. 7.

⁴² Vgl. st. Rspr.: EUGH v. 23.02.1961, Slg. (1961), S. 3 ff. (42) zum EGKS-Vertrag, EUGH v. 15.03.1994, EuZW (1994), S. 346 f. (Banco de Crediró/Ayuntamiento de Valencia) u. EUGH v. 05.10.1999, EuZW (2000), S. 253 ff. (256), (Kürzung von Sozialabgaben).

⁴³ Vgl. EUGH v. 29.06.1999, EuZW (1999), S. 506 ff. (507), (Déménagements Manutention Transport SA.).

⁴⁴ Vgl. MEDERER (1999), in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 92, Rdnr. 5.

gleichgültig auf welche Haushaltsmittel zurückgegriffen wird oder ob die Mittel der staatlichen Stelle nur vorübergehend zur Verfügung stehen.⁴⁵

2.1.3 Wirtschaftlicher Vorteil

Die Beihilfe muss dem Empfänger einen wirtschaftlichen Vorteil, eine Begünstigung verschaffen.⁴⁶ Dieser Vorteil besteht zunächst darin, dass im Vergleich zu Privatkliniken das wirtschaftliche Risiko auf den Steuerzahler abgewälzt wird.⁴⁷ Zumindest gilt dies in dem Maße, wie der öffentliche Träger bereit bzw. in der Lage ist, ein Defizit zu finanzieren. Der marktliche Sanktionsmechanismus wird außer Kraft gesetzt, denn normalerweise würde unter wettbewerblichen Bedingungen ein über einen längeren Zeitraum defizitär arbeitendes Krankenhaus vom Markt verschwinden.⁴⁸ Öffentliche Krankenhäuser genießen damit eine Form von *Bestandsschutz*.⁴⁹ Die Übernahme von Defiziten wirkt dann wie eine *Erhaltungssubvention*.⁵⁰

Juristisch und ökonomisch gesehen haben öffentlich-rechtlich organisierte Krankenhäuser den Vorteil, sich den marktwirtschaftlichen Bedingungen in einem nicht unerheblichen Maße entziehen zu können, was sich Konkurrenzunternehmen zu keinem Zeitpunkt erlauben können. Beispielsweise entfallen auch die Bildung von Rücklagen sowie die langfristige Planung zur Vermeidung von Insolvenzen. Das Investitionsverhalten wird hierdurch maßgeblich beeinflusst. Aufgrund dessen ist auch das Entstehen von Defiziten nachvollziehbar, es wird sogar gefördert. Die fehlenden marktlichen Anreize wirken sich auf die Bemühungen der Beteiligten aus und bewirken Ineffizienzen vor allem in technischer und qualitativer Hinsicht.⁵¹

Eine Hürde zu diesem Sachverhalt könnte in der Rechtsmeinung zu Gebühren gesehen werden. So wird ein Vorteil, wie etwa der Erhalt von Gebühren, dann nicht als unzulässige Beihilfe begriffen, wenn eine entsprechende Gegenleistung bzw. „öffentliche

⁴⁵ Vgl. EUGH v. 16.05.2000 (Ladbroke Racing Ltd.), BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze, Art. 87 EG Rdnr. 31 u. MEDERER (1999), in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 92 EG Rdnr. 13.

⁴⁶ Zur allgemeinen Darstellung der Wirkung von Subventionen vgl. ANDEL (1988), S. 493.

⁴⁷ Zur Wirkung von Beihilfen auf den Wettbewerb vgl. KALLFASS (2001 b), S. 7 ff.

⁴⁸ Zur fehlenden Sanktionswirkung im Gesundheitswesen vgl. SAUERLAND (1999), S. 3 ff.

⁴⁹ Dieser wird auch dadurch dokumentiert, dass alle öffentlichen Krankenhäuser immer in den jeweiligen Krankenhausbedarfsplan aufgenommen werden.

⁵⁰ Zur Diskussion um Erhaltungssubventionen im Gesundheitswesen vgl. z.B. O.V. (2001 c), S. 1. Eine solche Subvention ist aus Sicht des Trägers sinnvoll, wenn durch die Schließung des Krankenhauses in großem Maße Stilllegungskosten anfallen würden, die externalisiert bzw. sozialisiert werden. Verhält sich der Träger des Krankenhauses im Sinne eines Wirtschaftssubjektes, können dann diese Subventionen geringer sein als die Kosten der Stilllegung. Hierzu und zu den Problemen vgl. KALLFASS (2001 a), S. 20 f. sowie Kap. 3-5.

⁵¹ Zur technischen und qualitativen Effizienz vgl. KALLFASS (1990), S. 7 ff.

Dienstverpflichtung“ vom Empfänger zu erbringen ist.⁵² Fraglich ist aber, worin die Gegenleistung für den Ausgleich von Defiziten besteht. Da diese Frage eng mit dem Argument der Daseinsvorsorge verknüpft ist, wird diese Sachverhalt unter Gliederungspunkt 2.2 erörtert.

2.1.4 Selektivität

Die Kommission fordert als weiteres Tatbestandsmerkmal innerhalb des Art. 87 Abs. 1 EG, dass solche staatlichen Maßnahmen selektiv sein müssen.⁵³ Selektiv bedeutet, dass die Maßnahme das Gleichgewicht zwischen dem begünstigten Unternehmen und seinen Wettbewerbern negativ beeinträchtigt, also nicht der jeweilige gesamte Markt eines Mitgliedstaates betroffen ist.⁵⁴

Dieses Tatbestandsmerkmal ist als eindeutig erfüllt anzunehmen. Erstens erfolgt die Übernahme von Defiziten nicht zugunsten aller Krankenhäusern im gleichen Maße, sondern beschränkt sich auf öffentliche Krankenhäuser. 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).⁵⁵ Ohne Beihilfeleistungen wären öffentliche Krankenhäuser gezwungen, die entsprechenden Dienstleistungen effizienter anzubieten bzw. vorzuhalten. Unternehmensrisiken von öffentlichen Kliniken werden auf den Träger überwältigt.⁵⁶ Drittens hätte sich ein privater Geldgeber nicht in gleicher Weise verhalten.⁵⁷

Öffentliche Krankenhäuser genießen deshalb, wie bereits angedeutet, eine Art Bestandsschutz und werden nicht vom Markt in der üblichen Weise sanktioniert. Umgekehrt haben private Anbieter bzw. potenzielle Konkurrenten nach geleisteter Beihilfe an öffentliche Krankenhäuser eine schlechtere Aussicht auf Erfolg. Die Chance der Privaten, Marktanteile zu gewinnen, verringert sich erheblich. Mehr noch, die Marktanteile

⁵² Vgl. OPPERMAN (1999), Rdnr. 1111 u. MEDERER (1999), in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 92 EG Rdnr. 6.

⁵³ Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (2001), S. 82.

⁵⁴ Vgl. MEDERER (1999), in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 92 EG Rdnr. 26 u. BÄR-BOUYSSIÈRE (2000), in: Schwarze Art. 87 EG Rdnr. 35; zur versteckten Selektivität EUROPÄISCHE KOMMISSION, ABl. 1980, Nr. L 264/28.

⁵⁵ Vgl. MEDERER (1999), in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 92 EG Rdnr. 31.

⁵⁶ Vgl. EUGH v. 29.06.1999, EuZW (1999), S. 506 ff. (508) hinsichtlich Zahlungserleichterungen für Sozialversicherungsbeiträge.

⁵⁷ Vgl. den Fall Technisches Glaswerk Ilmenau (TGI) ./.. Kommission, ABL. EG Nr. C 272/4 v. 27.09.2001.

der Öffentlichen mit Defiziten sind offenbar nicht mit Effizienz- oder sonstigen Wettbewerbsvorteilen zu begründen, sondern lediglich aufgrund der Tatsache des Bestandschutzes.⁵⁸ Bezüglich der Verhinderung von Markteintritten durch potenzielle Newcomer kann außerdem von einer staatlichen Markteintrittsbarriere gesprochen werden.⁵⁹ Zusammenfassend kann davon ausgegangen werden, dass eine Wettbewerbsverfälschung vorliegt.

Der Einfluss der Beihilfen auf den Wettbewerb ist dabei weitreichend, denn Krankenhäuser sind auf unterschiedlichen sachlichen und räumlichen Märkten tätig.⁶⁰ Sachlich gibt es insofern verschiedene Märkte, wenn bedacht wird, dass es unterschiedliche Erkrankungen gibt.⁶¹ Ein Krankenhaus ohne HNO-Abteilung ist nicht auf dem Markt für diese Leistungen tätig, steht aber dafür mit anderen Krankenhäusern in Konkurrenz. Es werden aber nicht nur die Konkurrenzbeziehungen zwischen Krankenhäusern beeinflusst, sondern es gibt auch Auswirkungen auf den niedergelassenen Ärztebereich, denn Krankenhäuser bieten ebenfalls ambulante Leistungen an. Gleichfalls sind etwa die Märkte für nachstationäre Leistungen betroffen, denn hier treten als zusätzliche Anbieter z.B. Physiotherapeuten auf.

Auch in räumlicher Hinsicht wirkt sich die Übernahme von Defiziten auf unterschiedliche Märkte aus.⁶² Erhält ein öffentliches Krankenhaus eine Beihilfe im beschriebenen Sinne und bietet es nur relativ allgemeine Leistungen z.B. in einer allgemeinen chirurgischen Abteilung an, so ist von der Beihilfe nur ein lokaler oder regionaler Markt betroffen. Bei spezielleren Leistungen, die nicht jedes Krankenhaus anbietet, kann der Markt größer gefasst werden. Je nach Grad der Spezialisierung kann ein überregionaler, ein landesweiter, ein europäischer oder sogar ein weltweiter Markt ausgemacht werden. Auf diesen Sachverhalt bzw. auf eine genauere räumliche Marktabgrenzung wird im nächsten Abschnitt weiter eingegangen. Festzuhalten bleibt jedoch bereits hier, dass durch die Übernahme von Defiziten unterschiedliche räumliche Märkte betroffen sind.

⁵⁸ Im Rahmen dieses Bestandschutzes existiert ein Wettbewerb unter öffentlichen Krankenhäusern um die Gunst der Bürokraten bzw. um diese Erhaltungssubventionen.

⁵⁹ Zur Bildung von Markteintrittsbarrieren durch nationalstaatliche Instanzen vgl. grundsätzlich DEUTSCHES INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSFORSCHUNG (DIW) (2001), S. 124.

⁶⁰ Vgl. zum relevanten Markt KILIAN (1996), Rdnr. 393. Die zeitliche Dimension bei der Abgrenzung von Märkten wird hier außer Acht gelassen, weil sie für den weiteren Gang der Untersuchung als nicht wichtig erachtet wird. Es könnte aber überprüft werden, ob sich eine zeitlich begrenzte, marktbeherrschende Stellung von Krankenhäusern ergeben kann. Vgl. SCHMIDT (2001), S. 53.

⁶¹ Zur sachlichen Marktabgrenzung wird das sogenannte Bedarfsmarktprinzip angewendet. Ein Instrument ist hierbei die Kreuzpreiselastizität. Vgl. SCHMIDT (2001), S. 50 ff.

⁶² Zur räumlichen Abgrenzung von Märkten vgl. KALLFASS (1997), S. 1 ff.

Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist im Übrigen nicht als unerheblich zu beschreiben (in Anlehnung an die de-minimis-Grenze⁶³). Zwar wird im Einzelfall die von der Kommission genannte Grenze (100.000 € auf drei Jahre) nicht erreicht werden.⁶⁴ Entscheidend für die Wettbewerbsverfälschung sind aber die objektiven Effekte der Beihilfe⁶⁵, und insgesamt – summiert man deutschlandweit die an Krankenhäuser gewährten Hilfen – erreicht man schnell die genannten Grenzwerte.⁶⁶

2.1.5 Zwischenstaatlichkeit

Der Unterstützung kommunaler, öffentlicher Krankenhäuser könnte nun die Zwischenstaatlichkeit fehlen, d.h., die Beihilfe berührt den gemeinschaftlichen Markt nicht, was die Anwendbarkeit des Art. 87 Abs. 1 EG entfallen ließe.

Zunächst ist festzustellen, dass der *EuGH* in seiner Rechtsprechung nicht vorgibt, dass die staatlichen Maßnahmen stets unmittelbar grenzüberschreitende Wirkung haben müssen.⁶⁷ Daraus folgt, dass auch innerstaatlich gewährte Beihilfen gemeinschaftsweite Auswirkungen haben können und damit unter das Verbot des Art. 87 EG fallen. Dies gilt zuerst für Beihilfen, die an Unternehmen in Grenzgebieten geleistet werden, wie z.B. an ein Krankenhaus in Straßburg und eines in Kehl.⁶⁸ Gerade bei Krankenhäusern mit Standorten in Grenznähe ist ein zwischenstaatlicher „Handel“ generell denkbar. 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, auch wenn der Anteil der grenzüberschreitenden Gesundheitsausgaben an den gesamten Gesundheitsausgaben in der EU mit 0,24 v.H. im Jahre 1993 relativ gering ausfiel.⁶⁹ Der Anteil der vollstationär behandelten Patienten in Deutschland mit Wohnsitz im Ausland war im Jahre 1998 mit knapp 3 v.H.

⁶³ Sog. Spürbarkeit; zuletzt ABL.EG, L 10 v. 13.01.2001, S. 30-32.

⁶⁴ Vgl. dagegen das in der Einleitung genannte Beispiel.

⁶⁵ Vgl. *EUGH*, Slg. (1980), S. 2671, Rdnr. 8 ff. (Philip Morris) u. *BÄR-BOUYSSIÈRE* (2000), in: Schwarze, Art. 87 EG Rdnr. 38.

⁶⁶ Bei einer mehrjährigen Betrachtung überschreiten viele Krankenhäuser diese Schwelle.

⁶⁷ Vgl. *BÄR-BOUYSSIÈRE* (2000), in: Schwarze, Art. 87 EG Rdnr. 39 u. *CREMER* (1999), in: Callies/Ruffert Art. 87 EG Rdnr. 17, der auf die abnehmende Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals hinweist.

⁶⁸ Vgl. *OPPERMANN* (1999), Rdnr. 1116.

⁶⁹ Vgl. *DIW* (2001), S. 120. Insbesondere in Italien fällt diese Quote höher aus. Eine genauere Aufteilung dieser Ziffer nach einzelnen Leistungsbereichen liegt nicht vor.

ebenfalls gering.⁷⁰ Gesundheitsleistungen werden damit schon heute zumindest in geringem Maße, wie andere Dienstleistungen auch, europaweit wahrgenommen.⁷¹

Es handelt sich bei Gesundheitsleistungen auch nicht um einen Bereich, der dem grenzüberschreitenden Handel aus seiner Natur heraus entzogen ist.⁷² Zwar bestätigt der *EuGH*, dass die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Ausgestaltung der jeweiligen sozialen Sicherungssysteme nicht durch das europäische Gemeinschaftsrecht berührt wird.⁷³ Das Gericht stellt aber zugleich fest, dass die Mitgliedsstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Sozialsysteme stets das Gemeinschaftsrecht beachten müssen, also auch die Freiheit im Waren- und Dienstleistungsverkehr.⁷⁴ Damit widerspricht der *EuGH* der Meinung der deutschen Bundesregierung, die der Ansicht war, dass die wesentlichen Strukturprinzipien, die die Erbringung von Leistungen der medizinischen Versorgung regelten, zur Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit gehört und nicht unter die vom EG-Vertrag gewährleisteten wirtschaftlichen Grundfreiheiten fallen.⁷⁵ Für die vorliegende Analyse bleibt zunächst als Fazit bestehen, dass grundsätzlich der transnationale Austausch von Gesundheitsleistungen von Krankenhäusern mit dem Grundgedanken der wirtschaftlichen Grundfreiheiten in Einklang steht. Dies ist vom *EuGH* ausdrücklich betont worden. Die Übernahme von Defiziten von öffentlichen Krankenhäusern ist also insofern relevant für den gemeinsamen Markt.

Für die Annahme des Tatbestandsmerkmal 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. Da es sich bei Gesundheitsdienstleistungen um eine Dienstleistung i.S.d. Art. 50 EG handelt, ist es wie bereits betont nicht unwahrscheinlich, dass zukünftig immer mehr Unionsbürger Gesundheitsleistungen eines anderen Landes abrufen. Der Wettbewerbsvorteil, ein

⁷⁰ Vgl. DIW (2001), S. 143. Diese Ziffer kann nur als Tendenzwert verstanden werden, denn es wird nicht zwischen ausländischen Arbeitnehmern, Studenten, Berufspendlern und Notfällen von Urlaubsreisenden differenziert. Eine genaue Aussage über die Zahl der EU-Bürger, die eigens zum Zweck einer vollstationären Behandlung nach Deutschland kommen, ist nicht möglich.

⁷¹ Erinnert sei an die Diskussion über Zahnarztleistungen auf Mallorca und ihre Abrechenbarkeit bei deutschen Krankenkassen oder an den Schulfall zur Dienstleistungsfreiheit *Luisi/Carbone*. *EuGH* v. 31.01.1984, Slg. (1984), S. 377 ff.

⁷² Vgl. DIW (2001), S. 121 u. S. 144.

⁷³ Vgl. *EuGH* v. 12.07.2001, *EuZW* (2001), S. 464 ff. (467), (Smits und Peerbooms).

⁷⁴ Vgl. *EuGH* v. 12.07.2001, *EuZW* (2001), S. 464 ff. (467), (Smits und Peerbooms), unter Verweis auf das Urteil des *EuGH* v. 28.04.1998, Slg. (1998), I-1931, Rdnr. 17 u.19 (Kohl).

⁷⁵ Vgl. *EuGH* v. 12.07.2001, *EuZW* (2001), S. 464 ff. (467), (Smits und Peerbooms).

geringeres Unternehmensrisiko zu haben, würde dabei diesen Markt erheblich verfälschen bzw. droht ihn zu verfälschen.

Aus ökonomischer Sicht ist die Vermutung, dass Gesundheitsleistungen eines Landes zunehmend auch von Bürgern anderer EU Länder nachgefragt werden, ebenfalls zu stützen. Dabei geht es bei den folgenden Ausführungen nicht darum, darüber zu spekulieren, ob bzw. wie sich Märkte von Krankenhäusern innerhalb der EU entwickeln werden oder sollten. Es soll vielmehr aufgezeigt werden, dass, unter der Berücksichtigung der jeweiligen Leistungsspezialisierung, ein gemeinsamer, europaweiter Markt besteht bzw. ein solcher grundsätzlich nicht verneint werden kann.⁷⁶ Mit Blick auf die deutschen Krankenhäuser ergibt sich etwa durch die Einführung eines pauschalierten Entgeltsystems eine Zunahme des Wettbewerbes. Da in Deutschland insgesamt Überkapazitäten bestehen, liegt es nahe, dass diese entweder abgebaut oder aber durch die Erschließung neuer Geschäftsfelder ausgelastet werden. Die neuen Geschäftsfelder könnten im Ausland zu finden sein, d.h., Kliniken in unterschiedlichen Ländern würden dann um Patienten aus mehreren Ländern konkurrieren.⁷⁷ Kapazitäten könnten so ceteris paribus ausgelastet werden und Größen- bzw. Spezialisierungsvorteile genutzt werden.⁷⁸ Gleichzeitig besteht das Risiko, dass das Problem der Unterauslastung sich noch verschärft, wenn ausländische Anbieter bei sonst gleichen Bedingungen Wettbewerbsvorteile aufweisen. Volkswirtschaftlich wäre dies jedoch wünschenswert, weil dann über den Wettbewerbsprozess ineffiziente Krankenhäuser sanktioniert werden. Insbesondere bei Patienten, die keine akuten Erkrankungen aufweisen bzw. die keine Notfälle sind, ist Wettbewerb denkbar.⁷⁹ Dieses Argument gewinnt noch an Gewicht, wenn eine EU-

⁷⁶ Der Aspekt der Finanzierung soll hier nicht weiter diskutiert werden.

⁷⁷ Vgl. DIW (2001), S. 143 f. u. S. 151 f.

⁷⁸ Vgl. DIW (2001), S. 154.

⁷⁹ Zum Überblick über die unterschiedlichen Nachfragerklassen vgl. KUCHINKE (2000), Kap. 3.3. Im Normalfall wird ein Patient in ein Krankenhaus *überwiesen*. Vgl. THIES-ZAJONC (1995), S. 20 ff., RIEGEL (1989), S. 23, GREEN (1987), S. 10 ff. u. BRODY (1980), S. 719. Das bedeutet, der Patient wird von einem niedergelassenen Arzt (oder von einem Krankenhausarzt eines anderen Krankenhauses) in eine stationäre Einrichtung überstellt. Es wird angenommen, dass die Behandlung nicht sofort, sondern innerhalb mehrerer Tage oder Wochen beginnen muss. Daneben gibt es *Notfallpatienten* und *Selbsteinweiser*. Notfälle sind Patienten, die innerhalb weniger Minuten oder Stunden eine Behandlung in einem Krankenhaus erhalten müssen. Klassischerweise werden diese Patienten über einen Notfalldienst eingewiesen. Vgl. BRODY (1980), S. 719. Als Selbsteinweiser werden die Patienten bezeichnet, die nicht zuerst ihren Hausarzt oder einen anderen niedergelassenen Arzt aufsuchen, sondern sich direkt zur Behandlung in ein Krankenhaus begeben. Diese Patientengruppe ist in zwei Klassen zu teilen: Erstens gibt es Patienten, die nach der Diagnose das Krankenhaus wieder verlassen können und zwischen Anbietern der notwendigen Behandlung wählen können. Sie sind wie Überwiesene zu behandeln, nur mit dem Unterschied, dass die Diagnose im stationären Sektor gestellt worden ist. Zweitens können die Patienten, die aufgrund einer akuten Erkrankung sofort behandelt werden müssen, wie Notfälle angesehen werden.

Erweiterung mit einbezogen wird, da in diesen Ländern eine relativ schlechte Versorgung ihrer Bürger mit Gesundheits- bzw. Krankenhausleistungen zu verzeichnen ist.⁸⁰

Wenn von einer potenziellen EU-Erweiterung abstrahiert und vom heutigen Status Quo ausgegangen wird, gibt es jedoch nicht nur aus Anbietersicht ökonomische Anreize, Krankenhausleistungen europaweit anzubieten. Gerade aus Nachfragersicht ist es nicht sinnvoll, Krankenhausmärkte generell lokal, regional oder national zu begrenzen. Insbesondere in Deutschland, wo nahezu 100 v.H. der Bevölkerung einen Vollversicherungsschutz bei relativ geringen Zuzahlungen genießen, ist die Qualität entscheidend für den Nachfrager. Ist es nicht möglich, die Nachfrage durch die inländischen Krankenhäuser zum präferierten bzw. erforderlichen Zeitpunkt in angemessener Qualität zu befriedigen, wächst die Relevanz der Inanspruchnahme ausländischer Anbieter. Insbesondere Warteschlangen bei Operationen haben zur Folge, den inländischen Anbietern eine schlechte oder geringe Qualität zu attestieren und die Konsultation alternativer Leistungserbringer in Betracht zu ziehen.⁸¹ Wird bei Patienten ein Kosten-Nutzen-Kalkül unterstellt, so werden diese zwischen den zusätzlich auftretenden Kosten und dem Nutzen der Leistung abwägen. Die auftretenden Kosten bzw. Transaktionskosten bestehen z.B. aus den Kosten der Mobilität (Transportkosten), des Grenzübertritts (Wartezeiten), der Klärung der Frage der Übernahme der Behandlungskosten oder aber aus dem zusätzlichen Informationsgefälle zwischen Arzt und Patient, welches sich aus einer Sprachbarriere ergeben kann.⁸²

Wird dieses Kosten-Nutzen-Kalkül von Patienten bzw. der Versicherung angewendet, so wird im Einzelfall zu klären sein, ob eine Behandlung im Ausland sinnvoll ist. Das dieser Gedanke nicht abwegig ist, kann anhand von zwei Beispielen verdeutlicht werden. Erstens wird bereits heute bei Patienten, die keinen Notfall darstellen und transportfähig sind, ein Krankenhausaufenthalt längerfristig und ausführlich geplant. Eine Behandlung in beträchtlicher Entfernung vom Wohnort des Patienten insbesondere bei sehr hoch spezialisierten Eingriffen ist als üblich zu bezeichnen, wenn kein entsprechendes, qualitativ gleichwertiges Angebot in unmittelbarer Nähe besteht.⁸³ Hierbei

⁸⁰ Vgl. DIW (2001), S. 145.

⁸¹ Dieses Problem wird häufig unter dem Schlagwort der Rationierung in den Medien diskutiert. Vgl. hierzu z.B. FEUERSTEIN, KUHLMANN (1998) u. BESKE, HALLAUER, KERN (1996), S. 1 ff.

⁸² Vgl. DIW (2001), S. 150 f. Hierzu zählt auch, dass es Probleme geben kann bei der Vertrauensbildung zu einem ausländischen Arzt. Zum Problem der Informationsasymmetrien vgl. Gliederungspunkt 2.2.3.

⁸³ Vgl. DIW (2001), S. 150 f.

wird zwischen verschiedenen hochspezialisierten Kliniken gewählt.⁸⁴ Dies zeigt zum einen, dass etwa Transportkosten nur relativ gering ins Gewicht fallen können. Zum anderen wird erkenntlich, dass es womöglich Unterschiede hinsichtlich der Qualität von Leistungen gibt. Ärzte bzw. Versicherungen wägen ab, wo Folgekosten, z.B. aufgrund von Komplikationen, am geringsten sind. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass es in anderen EU Staaten keine dem deutschen System vergleichbaren Vollversicherungen gibt. Während es in Deutschland relativ geringe Zuzahlungen bzw. Gebühren bei Krankenhausaufenthalten gibt, werden z.B. in Dänemark, Frankreich oder Italien prozentuale Zuzahlungen erhoben.⁸⁵ Prozentuale Zuzahlungen verändern das Kalkül des Patienten jedoch erheblich, selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die jeweilige Krankenkasse nur einen landesüblichen Preis für eine Behandlung zahlen würde. Patienten mit einer hohen Zahlungsbereitschaft würden sich dann, unter der Voraussetzung eines entsprechenden Budgets, womöglich viel eher für eine Behandlung im Ausland entscheiden, wenn dort eine wesentlich höhere Qualität zu erwarten ist. Präferenzen können so aufgedeckt werden.

2.1.6 Zwischenergebnis

Der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG ist immer dann erfüllt, wenn die Haushaltsdefizite von öffentlichen Krankenhäusern aus staatlichen Mitteln ausgeglichen werden. Diese Beihilfeleistungen überschreiten dabei nicht nur – wie gesehen – den Schwellenwert des Tatbestandes, sondern verpflichtet die Kommission auch zu einer Handlung, d.h. zur Eröffnung eines Beihilfeprüfungsverfahrens.⁸⁶ Im Übrigen unterliegen diese Zuwendungen der Transparenzrichtlinie.⁸⁷

2.2 Die Rechtfertigung der Beihilfe durch Daseinsvorsorge?

Rechtfertigungsgrundlagen für diese Beihilfen lassen sich weder in Art. 87 Abs. 2 EG noch in Art. 87 Abs. 3 EG finden; Freistellungsverordnungen liegen nicht vor. Eine Beihilfe kann daher nur ihre Rechtfertigung in dem weiten Feld der Daseinsvorsorge

⁸⁴ Vgl. STIFTUNG WARENTEST (2000), S. 90. Hier wurde eine Befragung unter niedergelassenen Ärzten durchgeführt, in welches Krankenhaus eine Überweisung bei definierten Erkrankungen bzw. Diagnosen sinnvoll ist.

⁸⁵ Zum Überblick vgl. DIW (2001), S. 123.

⁸⁶ Vgl. EUGH v. 03.05.2001, EuZW (2001), S. 404 ff. (406), (Portugal ./ Kommission).

⁸⁷ Vgl. RL 80/723/EWG i.d.F. RL 93/84/EWG.

haben.⁸⁸ Hingewiesen sei aber nochmals, dass sich Eingriffe in den Wettbewerb, auch wenn grundsätzlich ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auszurichten haben;⁸⁹ der Eingriff muss daher geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Grundlage der Daseinsvorsorge sind die Artikel 86 Abs. 2 und 16 EG; sie stellen ein Teilbekenntnis zur dieser dar.⁹⁰ Für das Gewicht des Bereichs Gesundheit spricht darüber hinaus der Wortlaut des Art. 30 EG, der die Rechtfertigungsgründe angibt, die Eingriffe in den freien Warenverkehr rechtfertigen können.

Sowohl das Bekenntnis zur Daseinsvorsorge als auch Art. 30 EG müssen allerdings in das Gesamtsystem des EG-Vertrages eingeordnet werden. Der Regelfall, den der EG-Vertrag z.B. in den Art. 2, 4 Abs. 1 EG vorgibt, ist die wettbewerbsorientierte Wirtschaftsverfassung, wohingegen Leistungen der Daseinsvorsorge Ausnahmetatbestände darstellen.⁹¹ Gleiches gilt für das Verhältnis Warenverkehrsfreiheit zu Art. 30 EG. Daraus folgt, dass es keine Gleichstellung zwischen Wettbewerb und Daseinsvorsorge gibt. Bei einem wirksamen Wettbewerb kann ein staatlicher Eingriff sowohl juristisch als auch ökonomisch nicht mit der Daseinsvorsorge begründet werden.⁹² Dies zeigt sich auch deutlich am Wortlaut des Art. 86 Abs. 1 und 2 EG, den der 1999 eingeführte Art. 16 EG ausdrücklich unberührt lässt und der auf die Wettbewerbsregeln verweist. Eine Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheiten darf daher zu Recht nur dann erfolgen, wenn im Rahmen des Allgemeininteresses zwingende Gründe bestehen.⁹³ Diese liegen nach Meinung des *EuGH* nur dann vor, wenn die Gesundheitsversorgung der gesamten Bevölkerung als primäres Ziel des Allgemeininteresses oder das finanzielle Gleichgewicht des Sozialsystems erheblich gefährdet ist.⁹⁴

Um Einschränkungen des Wettbewerbs und damit Beihilfeleistungen rechtfertigen können, müsste es sich deshalb bei Krankenhausleistungen um öffentlich betraute Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handeln.⁹⁵

⁸⁸ Vgl. zur Entwicklung der Daseinsvorsorge SCHWARZE (2001), *EuZW* 2001, S. 334 ff.

⁸⁹ Vgl. Art. 5 EG.

⁹⁰ Vgl. JUNG (1999), in: Callies/Ruffert, Art. 86 EG Rdnr. 4, 36 mwN.

⁹¹ Vgl. VAN MIERT, *Competition Policy Newsletter* 1997, No. 2, S. 2 f., HATJE (2000), in: Schwarze, Art. 16 EG Rdnr. 9, JUNG (1999), in: Callies/Ruffert, Art. 86 Rdnr. 34 u. SCHWARZE (2001), *EuZW* (2001), S. 334 ff. (336). AA REICH (2000), *EuZW* 2000, S. 653 ff. (657), der den Artikeln 86 Abs. 2, 16 EG stärkeren Einfluss zumisst; ebenso SCHWARZE (2001) für Art. 16 EG, *EuZW* 2001, S. 334ff. (336).

⁹² Vgl. KOENIG (2001), *EuZW* (2001), Gastkommentar, VAN MIERT (1997), *Competition Policy Newsletter* 4 u. MITTEILUNG DER KOMMISSION (20.09.2000, Nr. 580), Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Rdnr. 14.

⁹³ Vgl. DIW (2001), S. 121.

⁹⁴ Vgl. *EuGH* v. 28.04.1998, Slg. (1998), I-1931, Rdnr. 41 ff. (Kohll) u. DIW (2001), S. 144.

⁹⁵ *Sog. Public Service - Vorbehalt*, vgl. VON BURCHARD (2000), in: Schwarze Art. 86 Rdnr. 55.

2.2.1 Betrauung

Die Betrauung eines Unternehmens mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse geschieht durch einen Hoheitsakt der öffentlichen Hand.⁹⁶ In diesem Gesetz oder Verwaltungsakt werden dem Unternehmen die entsprechenden Zuständigkeiten und Kompetenzen übertragen. Dies gilt auch für öffentliche Unternehmen (Art. 86 Abs. 1 EG).⁹⁷ Bisher ist eine solche Betrauung für den Bereich der Krankenhäuser noch nicht explizit durch die Bundesrepublik Deutschland bzw. durch nationale Gerichte getroffen worden.⁹⁸ Das heißt allerdings nicht, dass es eine solche nicht gibt, vielmehr wurde bisher eine solche nicht abgefragt (z.B. in einem Gerichtsverfahren). Oftmals wird sie in der Gewährung besonderer und ausschließlicher Rechte enthalten sein.⁹⁹

2.2.2 Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Der Staat soll nach Art. 86 Abs. 2 i.V.m. 16 EG dann in den Markt (also in die Artikel 81–87 EG) eingreifen dürfen, wenn Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorliegen und ein Belassen dieser Dienstleistungen auf dem allgemeinen Markt zu Lasten aller Beteiligten ginge - kurz, wenn ein *Marktversagen* auf dem entsprechenden Sektor zu erwarten wäre.¹⁰⁰ Dabei muss es sich bei diesen Dienstleistungen um solche handeln, die zugunsten sämtlicher Nutzer (allgemein) im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedsstaat erbracht werden, ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs.¹⁰¹ Hierzu verwendet der *EuGH* in seiner Rechtsprechung die Begriffe der „Gemeinwohlverpflichtung“, der die Dienstleistung genügen muss, sowie den der „Universaldienstverpflichtung“, welcher sich auf die Art der Erfüllung der Dienstpflichten bezieht (z.B. Erbringung der Leistun-

⁹⁶ Vgl. EUGH Slg. (1989), S. 803, Rdnr. 55 (Ahmed Saeed).

⁹⁷ Vgl. JUNG (1999), in: Callies/Ruffert, Art. 86 EG Rdnr. 39.

⁹⁸ Vgl. dagegen die Bereiche der Arbeitsvermittlungsbehörden (EUGH v. 23.04.1991, Slg. (1991), I-1979, Rdnr. 24 sowie EUGH v. 11.12.1997, Slg. (1997), I-7119, Rdnr. 26), den Postsektor (EUGH v. 19.05.1993, Slg. (1993), I-2533, Rdnr. 15) und den Bereich der Fernmeldeverwaltung (EUGH v. 13.12.1991, Slg. (1991), I-5941, Rdnr. 15).

⁹⁹ Vgl. JUNG (1999), in: Callies/Ruffert, Art. 86 EG Rdnr. 39.

¹⁰⁰ Vgl. KOENIG (2001), EuZW (2001), Gastkommentar. Zum Überblick über die Möglichkeiten der ökonomischen Definitionen des Begriffs Marktversagen vgl. BÖGELEIN (1990), S. 3 f. Hier wird angenommen, dass ein Marktversagen vorliegt, wenn Wettbewerb aufgrund von speziellen Merkmalen eines Marktes unmöglich ist.

¹⁰¹ Vgl. EUGH v. 19.05.1993, Slg. (1993), I-2533, Rdnr. 15 (Corbeau), EUGH v. 27.02.1997, Slg. (1997), II-229, Rdnr. 67 (FFSA), EUGH v. 17.05.2001, EuZW (2001), S. 408 ff. (412) (TNT Traco), VON BURCHARD (2000), in: Schwarze Art. 86 Rdnr. 63 u. GEIGER (2000), Art. 86 Rdnr. 9.

gen auf dem gesamten Staatsgebiet zu erschwinglichen Preisen mit vergleichbarer Qualität).¹⁰²

Hinsichtlich der Gemeinwohlverpflichtung hält der einzelne Staat die *Entscheidungsprärogative* inne, d.h. er ist zunächst frei hinsichtlich der Beurteilung, ob die Marktkräfte in der Lage sind, für das Gemeinwohl entscheidende Dienstleistungen ausreichend vorzuhalten (so geschehen für Strom, Gas, öffentlich-rechtlicher Rundfunk).¹⁰³

Da es sich jedoch bei Art. 86 EG um einen Begriff des Europarechts handelt, kann er nicht allein der nationalen Auslegung unterliegen, so dass die Entscheidungsprärogative entkräftet werden kann, wenn in unzulässiger Weise in die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages eingegriffen wird.¹⁰⁴ Dabei ist zum einen der *EuGH* nicht etwa dahingehend beschränkt, nur offenkundige Fehler beanstanden zu können. Zum anderen ergibt sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. 86 Abs. 2 EG zu den Wettbewerbsregeln, dass der Mitgliedsstaat besondere Gründe für ein Abweichen von den Wettbewerbsregeln vorbringen muss. Es handelt sich deshalb bei der Entscheidung hinsichtlich der Dienstleistungen um eine Ermessensentscheidung,¹⁰⁵ und dieses darf - nach den allgemeinen Regeln - nicht überschritten, unterschritten oder fehlgebraucht werden.¹⁰⁶ Ein Fehlgebrauch läge insbesondere dann vor, wenn der Ausgleich der Defizite nicht erforderlich wäre, um die Erbringung der Dienstleistung zu sichern.¹⁰⁷

Letztlich müssen die Dienstleistungen im wirtschaftlichen Interesse sein und dürfen nicht lediglich privaten bzw. kulturellen, religiösen oder karitativen Interessen dienen.¹⁰⁸ Krankenhausleistungen stellen wirtschaftliche Leistungen dar, auch wenn damit

¹⁰²Vgl. *EuGH v. 19.05.1993*, Slg. (1993), I2533 (Corbeau) und *EuGH v. 27.04.1994*, Slg. (1994), I 1477 (Almelo) und jüngst *EuGH v. 10.02.2000*, EuZW (2000), S. 281 ff. (283) (Deutsche Post) sowie *EuGH v. 17.05.2001*, EuZW (2001), S. 408 ff. (412), (TNT Traco).

¹⁰³MITTEILUNG DER KOMMISSION (20.09.2000, Nr. 580), Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Rdnr. 14 u. VON BURCHARD (2000), in: Schwarze, Art. 86 EG Rdnr. 65.

¹⁰⁴Vgl. JUNG (1999), in: Callies/Ruffert, Art. 86 EG Rdnr. 37 u. GRAVE (2001), EuZW (2001), S. 709 ff. (709 und FN 7).

¹⁰⁵Vgl. VON BURCHARD (2000), in: Schwarze, Art. 86 Rdnr. 63.

¹⁰⁶Vgl. GRAVE (2001), EuZW (2001), S. 709 ff. (709). Ein Ermessensfehlgebrauch lag beispielsweise bei den Beihilfen an die WestLB vor, vgl. ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION 2000/392/EG v. 08.07.1999. Allg. vgl. MAURER (2000), § 7 Rdnr. 19.

¹⁰⁷Vgl. GRAVE (2001), EuZW (2001), S. 709 ff. (709) u. GEIGER (2000), Art. 86 EG Rdnr. 13.

¹⁰⁸Vgl. VON BURCHARD (2000), in: Schwarze, Art. 86 Rdnr. 64, HOCHBAUM (1999), in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 90 Rdnr. 56 u. MITTEILUNG DER KOMMISSION (20.09.2000, Nr. 580), Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Rdnr. 28.

verbunden soziale hinzutreten.¹⁰⁹ Sie gehören auch nicht zu einem Bereich, der der Beihilfekontrolle entzogen wäre.¹¹⁰

Fraglich ist daher erstens, ob es wirklich stimmt, dass ein Marktversagen im Krankenhaussektor zu erwarten ist, und zweitens, ob - wenn man die Ziele des Art. 86 Abs. 2 EG teilweise anerkennt - nicht Eingriffe in den Markt über andere Instrumente denkbar wären, die verhältnismäßiger auf den Markt einwirken. Den Schwellenwert für Art. 86 Abs. 2 EG gibt die Rechtsprechung des *EuGH* vor. Hiernach ist der Tatbestand des Artikels nicht erst dann erfüllt, wenn das finanzielle Gleichgewicht oder das wirtschaftliche Überleben des mit der Dienstleistung betrauten Unternehmen tatsächlich bedroht ist, sondern es genügt, dass ohne die streitigen Rechte (Ausgleich von Defiziten) die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre, aber zumindest eine solche Gefährdung muss bestehen.¹¹¹

2.2.3 Marktversagen auf Krankenhausmärkten?

Liegt ein Marktversagen vor, so kommt es zu unerwünschten ökonomischen Ergebnisse liefert.¹¹² Märkte kommen im theoretischen Extremfall gar nicht zu Stande oder brechen zusammen. Ein Eingreifen des Staates, wie gemeinschaftsrechtlich verankert, kann dann neben anderen Möglichkeiten bzw. Lösungen in Betracht gezogen werden, um diese negativen Auswirkungen zu beseitigen. Häufig ist jedoch zu beobachten, dass ein Marktversagen ungerechtfertigter Weise als Argument für staatliche Eingriffe vorgeschoben wird.¹¹³ Deshalb werden im Folgenden die für den Untersuchungsgegenstand entscheidenden klassischen Argumente für ein Marktversagen aufgezeigt und diskutiert:¹¹⁴

¹⁰⁹Vgl. REICH (2000), *EuZW* (2000), S. 653 ff. (656), wonach die Spitzenverbände der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind.

¹¹⁰Der möglicherweise vorgebrachte Art. 152 Abs. 5 EG scheidet einmal aus, weil er eine andere Sichtweise beinhaltet, nämlich das Handeln der *Gemeinschaft* im Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten; nur das Handeln jener wird geregelt. Zum anderen betrifft der Artikel das Gesundheitswesen exklusive wirtschaftlicher Fragestellungen.

¹¹¹Vgl. *EuGH v. 23.10.1997*, *EuZW* (1998), S. 76 ff. (77, 82), (Kommission/Frankreich) u. REICH (2000), *EuZW* (2000), S. 653 ff. (656).

¹¹²Vgl. BÖGELEIN (1990), S. 4.

¹¹³Auf meritorische Argumente wird im Folgenden nicht eingegangen bzw. diese Argumente sollen hier nicht genauer erläutert werden. *Meritorik* beinhaltet, dass sich der Staat über die Präferenzen der Bürger hinwegsetzt. Er geht davon aus, dass seine Bürger verzerrte Präferenzen haben. Mit diesem Argument lässt sich jeder Eingriff des Staates rechtfertigen. Vgl. BLANKART (2001), S. 68 ff.

¹¹⁴Zu den Marktversagensargumenten vgl. z.B. SCHMIDT, SCHMIDT (1997), S. 139 ff.

1. Erstens werden *Informationsasymmetrien* als Marktversagensgrund angeführt. Klassischerweise wird angenommen, dass bei allen Gesundheitsdienstleistungen ein Informationsgefälle zu Ungunsten des Patienten besteht.¹¹⁵ Sind die Informationsasymmetrien sehr bedeutend, so werden auf diesen Märkten Vertrauensgüter gehandelt.¹¹⁶ 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.¹¹⁷ Weitere Probleme sind etwa das moralische Risiko oder die anbieterinduzierte Nachfrage.¹¹⁸

Festzuhalten ist, dass durch die Übernahme von Defiziten von öffentlichen Krankenhäusern Informationsasymmetrien nicht abgebaut werden. Kommunale Krankenhäuser unterliegen den selben rechtlichen Vorschriften hinsichtlich der Möglichkeit bzw. der Pflicht von Werbung und der Veröffentlichung von Kennzahlen wie Sterberaten oder Heilungsquoten.

Einen wirksamen Abbau von Informationsasymmetrien kann eine Zunahme der Wettbewerbsintensität bewirken, denn die Qualität, z.B. ausgedrückt durch Sterberaten oder Heilungsquoten, wird dann zum Wettbewerbsparameter.¹¹⁹ Gerade die zusätzliche Bereitstellung von Informationen kann effizient über den Markt erfolgen, bzw. es existieren genügend viele Instrumente auf Märkten, um Informationsasymmetrien zu bewältigen.¹²⁰ Im günstigsten Fall bleiben nur die Krankenhäuser am Markt, die die gewünschte Qualität des Patienten bei hoher Markttransparenz anbieten. Insbesondere können Selbsteinweiser und Überwiesene sich besser informieren. Notfälle, die im Extremfall bewusstlos sind, sind hiervon ausgenommen. Bei dieser Nachfragerklasse werden immer Informationsasymmetrien bestehen.

2. Zweitens kann dann ein Marktversagen vorliegen, wenn eine Krankenhausdienstleistung den Charakter eines *öffentlichen Gutes* aufweist. Öffentliche Güter zeichnen sich durch Nichtrivalität und Nichtexkludierbarkeit aus.¹²¹ Grundsätzlich ist die Rivalität im Konsum und die Möglichkeit der Exkludierbarkeit jedoch bei Kranken-

¹¹⁵Vgl. BREYER, ZWEIFEL (1999), S. 158 ff.

¹¹⁶Zu Vertrauensgütern vgl. DARBY, KARNI (1973), S. 68. Zu anderen Güterklassen vgl. grundlegend NELSON (1970), S. 312 u. 318 f. Zur Frage, ob Krankenhausleistungen Vertrauensgüter darstellen, vgl. KUCHINKE (2000), Kap. 4.2.

¹¹⁷Vgl. AKERLOF (1970), S. 488 ff.

¹¹⁸Für einen Überblick über die Probleme vgl. KUCHINKE (2000), Kap. 2.3.

¹¹⁹Ein weiterer Wettbewerbsparameter ist normalerweise der Preis.

¹²⁰Vgl. MEYER (1990), S. 109 ff. u. SHAPIRO (1983), S. 531 ff.

¹²¹Vgl. BÖGELEIN (1990), S. 110 f. u. S. 113 f.

hausdienstleistungen gegeben. Damit ist eine Krankenhausbehandlung kein öffentliches Gut, sondern trägt den Charakter eines privaten Gutes. Ein Marktversagen ist somit nicht zu erwarten.

Ein öffentlicher Gutscharakter ist zumindest teilweise festzustellen, wenn bedacht wird, dass das bloße Wissen über die Existenz des Krankenhaus bzw. des Gutes Krankenhausleistung den Bewohnern einer Region, also den potenziellen Konsumenten, einen Nutzen stiften kann. Sie wären demnach bereit, für die Erhaltung der Einrichtung zu zahlen, unabhängig davon, ob sie das Krankenhaus jemals nutzen. Die Optionsnachfrage aller potenziellen Konsumenten kann mit Grenzkosten von null befriedigt werden. Ein freies Bett liefert mehreren Einwohnern einer Region Versorgungssicherheit.¹²² Das Wissen über die Option der Krankenhausbehandlung ist ein öffentliches Gut, weil sowohl Nichtrivalität als auch Nichtexkludierbarkeit vorliegen.¹²³ Das Ausschlussprinzip kann zwar grundsätzlich als technisch machbar angesehen werden, jedoch ist dies unter den gegebenen rechtlichen und humanitären Rahmenbedingungen nicht durchführbar.¹²⁴

In Bezug auf diesen Teil des Krankenhausoutputs könnte es nun sein, dass nicht genügend Reservekapazitäten z.B. für einen Katastrophenfall vorgehalten werden. Dies wäre genau dann der Fall, wenn die Summe der Entgelte für Behandlungen, die an das Krankenhaus gezahlt werden, den eigentlichen Wert des Krankenhauses nicht ausdrücken und die entstehenden Kosten nicht über die gezahlten Entgelte gedeckt werden können.¹²⁵

Die Finanzierung einer solchen vorgehaltenen Kapazität kann staatlich erfolgen. Hierbei ist jedoch erstens davon auszugehen, dass es kostengünstiger und effizienter ist, diese vorgehaltenen Leistungen nur selektiv in den Regionen zu finanzieren, wo tatsächlich keine ausreichenden Kapazitäten vorgehalten werden. In diesem Zusammenhang ist zu fragen, welche Kapazitäten zu einer Region zu zählen sind, welche Notfallkapazität notwendig ist und ob der Staat tatsächlich in der Lage ist, diese zu schätzen. Zweitens bedarf es zur Sicherung einer Notfallkapazität keiner öffentlichen Krankenhäuser. Es würde ausreichen, gezielt private Krankenhäuser mit der Vorhal-

¹²²Die Versorgungssicherheit hinsichtlich der Notfallkapazität würde ab einer noch zu bestimmenden Zahl von Nachfragern abnehmen. Die Grenzkosten wären dann positiv.

¹²³Vgl. KOPETSCH (1996), S. 211.

¹²⁴Krankenhäuser müssen grundsätzlich alle Patienten aufnehmen. Dies ergibt sich einmal aus dem Anspruch auf ausreichende Krankenhausversorgung. Zum anderen besteht die Möglichkeit der Klage bei einer unterlassenen Hilfeleistung.

¹²⁵Diese Problematik besteht besonders in dünn besiedelten Gebieten.

tung von Kapazitäten, etwa in einem Ausschreibungsverfahren, zu beauftragen.¹²⁶ Drittens ist es fraglich, ob überhaupt eine staatliche Finanzierung zwangsläufig erfolgen muss. Beispielweise wäre es denkbar, dass ein Teil des Krankenkassenbeitrages direkt an die Krankenhäuser zur Vorhaltung von genau definierten Notfallkapazitäten übergeben wird. Viertens ist zu bedenken, dass das hier angesprochene Problem ein Randproblem darstellt und eine wettbewerbliche Lösung nicht in Frage stellt. Es sollte klar sein, dass es ökonomisch, aber auch gesellschaftlich nicht erwünscht sein kann, für alle Eventualitäten entsprechende Kapazitäten vorzuhalten.

3. Als eine weitere Ursache für ein Marktversagen werden *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.¹²⁷ Ein positiver externer Effekt kann entstehen, wenn eine ansteckende Krankheit bei einem Krankenhauspatienten behandelt wird.¹²⁸ Solche Behandlungen sind in Europa jedoch selten. Die von Krankenhäusern ausgehenden technologischen externen Effekte sind für die vorliegende Analyse insofern nicht relevant. Eine Fremdbestimmung schlägt sich nicht oder äußerst gering in den hier betrachteten Märkten nieder und ist als ein Ausnahmefall anzusehen. Ein Marktversagen ist nicht zu erwarten. Selbst wenn positive externe Effekte in geringem Maße auftreten sollten, so stellt dies noch keine Rechtfertigung für das staatliche Betreiben von Krankenhäusern dar. Die Versorgung mit solchen Leistungen könnte wiederum effizienter über private Anbieter erfolgen. Der Staat könnte als Finanzierer dieser Leistungen auftreten.¹²⁹
4. Als viertes Argument für ein Marktversagen, welches unerwünschte ökonomische Ergebnisse bewirkt, wird die Subadditivität genannt. *Subadditivität* ist dann gegeben, wenn die nachgefragte Menge eines Gutes in einem Unternehmen kostengünstiger hergestellt werden kann als in zwei oder mehreren.¹³⁰ Liegt Subadditivität vor, so ergibt sich ein *natürliches Monopol*, und es kann das Problem der Monopolpreissetzung auftreten. Das Monopol ist dann nicht bestreitbar durch Newcomer, wenn hohe

¹²⁶Vgl. KOENIG (2001), EuZW (2001), S. 741 ff. zum Bietverfahren im EG-Beihilferecht, welches eine bestimmte Qualität an Wettbewerb gewährleisten kann.

¹²⁷Vgl. WEGEHENKEL (1992), S. 321 u. BLANKART (2001), S. 506.

¹²⁸Vgl. ROSEN, WINDISCH (1977), S. 227 u. BREYER, ZWEIFEL (1999), S. 153 ff. Negative externe Effekte, wie das Verschmutzen der Umwelt durch Krankenhäuser, werden nicht weiter betrachtet.

¹²⁹Vgl. hierzu auch die Ausführungen zum Marktversagensgrund „öffentliche Güter.“

¹³⁰Vgl. KRUSE (1985), S. 19 ff.

versunkene Kosten (*sunk costs*) vorliegen oder eine staatliche Garantie für dieses Monopol besteht.¹³¹

Zu diesem Punkt gibt es erstens zu bemerken, dass, wenn davon ausgegangen wird, dass Subadditivitäten bestehen können, öffentliche Krankenhäuser zumindest zum Teil natürliche Monopole darstellen. Diese werden durch die Übernahmegarantien von Defiziten zusätzlich staatlich geschützt. Das Problem des natürlichen Monopols wird also nicht durch den Staatseingriff gemindert oder gelöst, sondern ganz im Gegenteil verschärft. Zweitens weisen industrieökonomische Studien insbesondere über den wettbewerblich organisierten Krankensektor in den USA keine einheitlichen mindestoptimalen Betriebsgrößen aus.¹³² Ob sich also eine Monopolstellung bei einzelnen Standorten ergibt, ist fraglich und im Einzelnen genauso unter Wettbewerbsbedingungen zu prüfen wie die Frage, inwieweit *sunk costs* vorliegen. Im Übrigen gelten in Deutschland die Vorschriften des GWB. Drittens wird sich das Problem nur bei vollstationären Behandlungen oder eventuell bei Großgeräten ergeben. Bei allen anderen Märkten auf denen Krankenhäuser tätig sind, ist dies nicht zu vermuten.

3 Die ökonomischen Alternativen - Verhältnismäßigkeit

Die Analyse hat gezeigt, dass ein Marktversagen auf Krankenhausmärkten generell nicht angenommen werden kann. Es besteht nicht das Risiko der Unterversorgung der Bevölkerung, wenn die Defizite nicht übernommen werden. Ganz im Gegenteil wird die Versorgung bei mehr Wettbewerb effizienter. Die Intention des Staates durch den Gedanken der Daseinsvorsorge eine als umfassend zu bezeichnende Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten, geht hier ins Leere und bewirkt genau das Gegenteil. Wettbewerb muss die Regel sein und nicht die Ausnahme.¹³³ Nur so kann eine optimale Allokation der knappen Mittel erfolgen.¹³⁴

Stellt sich heraus, dass unter Wettbewerbsbedingungen eine wie auch immer definierte, flächendeckende Versorgung in Teilbereichen nicht gewährleistet ist, also ein punktuell-

¹³¹Vgl. KRUSE (1985), S. 19 ff.

¹³²Vgl. zu einem Studienüberblick COWING, HOLTMANN, POWERS (1983), S. 277 ff. u. FRECH, MOBLEY (1995), S. 287.

¹³³Vgl. EUGH v. 11.12.1997, EuZW (1998), S. 274 ff. (275), (Job Centre coop) sowie aktuell EUGH v. 25.10.2001 (Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz), WuW, S. 1237 ff. (Leitsatz 3 und S. 1244).

¹³⁴Aus diesem Grunde scheidet auch das Vorbringen des Rechtsgedankens des Art. 95 Abs. 3 EG aus. Die Kommission prüft in diesem Falle, ob ein Abweichen von den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln zu Gunsten eines besseren Gesundheitsschutzes möglich ist. Wie dargestellt bedingt das Abweichen von diesen Regeln im Untersuchungsfalle grundsätzlich (die Ausnahmen werden sogleich erläutert) aber genau das Gegenteil.

les Marktversagen vorliegt, so kann überlegt werden, ob der Staat dort ausnahmsweise eingreifen sollte. Dies allerdings nur unter Verwendung des mildesten Mittels, z.B. als Finanzierer von Leistungen. Beispielweise könnte der Fall auftreten, dass in einem ländlichen Raum ein kommunaler von einem privaten Träger abgelöst wird, dieser aber eine bestimmte medizinische Teildisziplin schließen möchte. Ist aber gerade diese Teildisziplin, wie etwa die Kinderchirurgie, gesellschaftlich erwünscht, so könnte eine Subventionierung nur des Teilangebotes erfolgen. Das Gleiche gilt mit Blick auf die bereits diskutierte Frage der Vorhaltung von Notfallkapazitäten. 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.

Die Übernahme eines generellen Defizites ist folglich ökonomisch nicht vertretbar und unverhältnismäßig im Vergleich zu den vorgeschlagenen Alternativen. Eingriffe in Art. 87 Abs. 1 EG erfahren daher nur in den beschriebenen Ausnahmefällen eine Rechtfertigung durch Art. 86 Abs. 2 EG, sind aber im Übrigen europarechtswidrig. Dieses Ergebnis gilt selbst dann, wenn man den Art. 86 Abs. 2, 16 EG größere Bedeutung zukommen lässt, sie also auf eine Stufe mit dem Bekenntnis zum Wettbewerb stellt. Denn auch die Vertreter dieser Ansicht erkennen an, dass mit dem Argument der Daseinsvorsorge niemals die Prinzipien des Wettbewerbs völlig aufgegeben werden dürfen.¹³⁵ Einer solchen Aufgabe kommt es aber gleich, den besser geeigneten Wettbewerb von einer nicht erforderlichen Daseinsvorsorge verdrängen zu lassen; auch dies wäre unverhältnismäßig.

4 Die Rechtsfolgen

Als Rechtsfolge hat der Staat - nach Aufforderung durch die Kommission im Anschluss an das Hauptprüfungsverfahren (Art. 88 f. EG i.V.m. Art. 14 VerfVO) - die Beihilfe zurückzufordern, wobei finanzielle Schwierigkeiten des Unternehmens nicht ins Gewicht fallen.¹³⁶ Die §§ 48, 49 VwVfG (Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes) finden bei der Rückforderung nur eingeschränkt Anwendung, da diese den bezweckten Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen in einzelnen Fällen leerlaufen ließen.¹³⁷ Besonde-

¹³⁵Vgl. SCHWARZE (2001), EuZW 2001, S. 334 ff. (339).

¹³⁶Vgl. EUGH v. 27.06.2000, EuZW (2001), S. 22 ff. (24), (Kommission ./ Portugal).

¹³⁷Vgl. OPPERMANN (1999), Rdnr. 1145 u. BÄR-BOUYSSIÈRE, in: Schwarze, Art. 88 EG Rdnr. 29, 31.

re Pflichten treffen die Mitgliedsstaaten auch im Falle der Insolvenz des Beihilfeempfängers. So reicht es nicht aus, der Kommission mitzuteilen, dass eine Rückforderung der Beihilfe wegen Insolvenz ausscheidet. Vielmehr hat der Mitgliedsstaat alles zu unternehmen, um wenigstens teilweise im Rahmen des Insolvenzverfahrens Gelder zurückzuerhalten, damit die wettbewerbsschädigenden Auswirkungen der Beihilfe so weit wie möglich beseitigt werden.¹³⁸

Letztlich ist an die Konkurrenten des begünstigten Unternehmens zu denken. Sie können sich durch Schadensersatzklagen (§§ 823, 839 BGB, Art. 34 GG), die an den Staat gerichtet sind, gegen die Verfälschung des Wettbewerbs wehren.¹³⁹

¹³⁸Vgl. EHRIKE (2000), ZIP 2000, S.1656 ff. (1659).

¹³⁹Vgl. SOLTÉSZ (2001), EuZW (2001), S. 202 ff. (205).

Literaturverzeichnis

- ADAMASCHEK, BERND und KARL-HEINZ ADAMS (1989): Regiebetriebe, in: Chmielewicz, Klaus und Peter Eichhorn (Hrsg.): Handwörterbuch der Öffentlichen Betriebswirtschaft, Stuttgart, S. 1390-1395.
- AKERLOF, GEORGE A. (1970): The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. LXXXIV, S. 488-500.
- ANDEL, NORBERT (1988): Subventionen, in: Albers, Willi et. al. (Hrsg.): Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Frankfurt, S. 491-510.
- ARROW, KENNETH J. (1963): Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, in: American Economic Review, Vol. LIII, No. 5, S. 941-973.
- BESKE, FRITZ, JOHANNES F. HALLAUER und AXEL OLAF KERN (1996): Rationierung im Gesundheitswesen?, Kiel.
- BLANKART, CHARLES BEAT (2001): Öffentliche Finanzen in der Demokratie, München.
- BÖGELEIN, MARGARETA (1990): Ordnungspolitische Ausnahmebereiche: Marktwirtschaftliche Legitimation und wirtschaftspolitische Konsequenzen, Wiesbaden.
- BREYER, FRIEDRICH und PETER ZWEIFEL (1999): Gesundheitsökonomie, 3. Aufl., Berlin u.a.
- BRODY, DAVID S. (1980): The Patient's Role in Clinical Decision-Making, in: Annals of Internal Medicine, 93. Jg., S. 718-722.
- BUNDESMINISTERIUM FÜR GESUNDHEIT (2001): Fragen und Antworten zur gesundheitspolitischen Diskussion, abgerufen im Internet am 6.12.2001 unter <http://www.bmgesundheit.de/themen/gkv/fua.htm>.
- CALLIES, CHRISTIAN und MATTHIAS RUFFERT (1999): Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied (zit.: Bearb., in: Callies/Ruffert, Art. Rdnr.).
- COWING, THOMAS G., ALPHONSE G. HOLTMANN und S. POWERS (1983): Hospital Cost Analysis: A Survey and Evaluation of Recent Studies, in: Advances in Health Economics and Health Services Research, 4. Jg., S. 257-303.
- DARBY, MICHAEL R. und EDI KARNI (1973): Free Competition and the Amount of Fraud, in: Journal of Law and Economics, 8. Jg., Vol. 88, S. 67-88.
- DEUTSCHES INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSFORSCHUNG (2001): Wirtschaftliche Aspekte der Märkte für Gesundheitsleistungen, abgerufen im Internet am 11.12.2001 unter <http://www.diw.de/deutsch/service/aktpublikationen/index.html>.
- ECKER, THOMAS und PETER OBERENDER (2001): Theorie und Politik der Gesundheitsökonomie, in: Festel, Gunter, Fritz Söllner und Pol Bamelis (Hrsg.): Volkswirtschaft für Chemiker, Berlin u.a.
- EHRKE, ULRICH (2000): Die Rückforderung gemeinschaftswidriger Beihilfen in der Insolvenz des Beihilfeempfängers, ZIP 2000, S. 1656 ff.
- EUROPÄISCHE KOMMISSION (2001): Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaft – 2000, Brüssel.
- FEUERSTEIN, GÜNTER und ELLEN KUHLMANN (Hrsg.) (1998): Rationierung im Gesundheitswesen, Wiesbaden.

- FOLLAND, SHERMAN, ALLEN C. GOODMAN und MIRO STANO (2001): *The Economics of Health and Health Care*, 3. Aufl., New Jersey.
- FRECH III, HERBERT E. und LEE RIVERS MOBLEY (1995): Resolving the impasse on hospital scale economies: A new approach, in: *Applied Economics*, 27. Jg., Heft 3, S. 286-296.
- GEIGER, RUDOLF (2000): *EUV/EGV – Kommentar*, 3. Auflage, München.
- GLASMACHER, CHRISTIAN J. A. (1996): *Statische Preisentscheidungen im Rahmen eines wettbewerbsorientierten Krankenhausfinanzierungssystems: Eine Untersuchung vor dem Hintergrund des Gesundheitsstrukturgesetzes 1993 und der Bundespflegesatzverordnung 1995*, Frankfurt a.M.
- GRAVE, CARSTEN (2001): Art. 86 II EG: Weder Verbot noch Gebot zur Quersubventionierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, *EuZW*, S. 709 ff.
- GREEN, JANE M. (1987): The Role of Information Systems in the Hospital-Physician Relationship, in: *Topics in Health Care Financing*, 14. Jg., No. 2, S. 9-16.
- GROEBEN, HANS VON DER, JOCHEN THIESING und CLAUS-DIETER EHLERMANN, (1999): *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5. Auflage, Band 2/II, Baden-Baden (zit.: *Bearb.*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. Rdnr.).
- GROSSMANN, MICHAEL (1972): *The Demand for Health: A theoretical and empirical Investigation*, New York.
- HERDER-DORNEICH, PHILIPP (1980): *Gesundheitsökonomik: Systemsteuerung und Ordnungspolitik im Gesundheitswesen*, Stuttgart.
- JESCHKE, HORST und BETTINA HAILER (1994): *Das Gesundheitsstrukturgesetz: Auswirkungen auf den Krankenhausbetrieb*, Basel.
- KALLFASS, HERMANN H. (1990): *Großunternehmen und Effizienz*, Göttingen.
- KALLFASS, HERMANN H. (1997): *Konzepte und Indikatoren zur Abgrenzung räumlicher Märkte in der europäischen Zusammenschlußkontrolle*, in: Kruse, Jörn, Kurt Stockmann und Lothar Vollmer (Hrsg.): *Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnung*, Baden-Baden, S. 111-129.
- KALLFASS, HERMANN H. (2001 a): *Zahlungsunfähige Unternehmen mit irreversiblen Kosten, ihre Fortführungs- und Liquidationswerte*, Diskussionspapier Nr. 22 Institut für Volkswirtschaftslehre, TU Ilmenau.
- KALLFASS, HERMANN H. (2001 b): *Beihilfenkontrolle bei Restrukturierungen und Privatisierungen*, Diskussionspapier Nr. 23 Institut für Volkswirtschaftslehre, TU Ilmenau.
- KILIAN, WOLFGANG (1996): *Europäisches Wirtschaftsrecht*, München.
- KIRSCH, GUY (1993): *Neue Politische Ökonomie*, 3. Aufl., Düsseldorf.
- KNORR, KARL-ERNST und JENS WERNICK (1991): *Rechtsformen der Krankenhäuser*, Düsseldorf.
- KOENIG, CHRISTIAN (2001): *Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!*, *EuZW* (2001), Gastkommentar.
- KOENIG, CHRISTIAN (2001): *Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilferecht*, *EuZW* (2001), S. 741 ff.

- KOPETSCH, THOMAS (1996): Krankenhausfinanzierung - Eine grundsätzliche Betrachtung, in: Sozialer Fortschritt, 45. Jg., H. 9, S. 208-214.
- KRUSE, JÖRN (1985): Ökonomie der Monopolregulierung, Göttingen.
- KUCHINKE, BJÖRN (2000): Sind vor- und vollstationäre Krankenhausleistungen Vertrauensgüter? Eine Analyse von Informationsasymmetrien und deren Bewältigung, Diskussionspapier Nr. 19 Institut für Volkswirtschaftslehre, TU Ilmenau.
- KUCHINKE, BJÖRN (2001): Fallpauschalen als zentrales Finanzierungselement für deutsche Krankenhäuser: Eine Beurteilung aus gesundheitsökonomischer Sicht, Diskussionspapier Nr. 21 Institut für Volkswirtschaftslehre, TU Ilmenau.
- KÜBLER, FRIEDRICH (1999): Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Heidelberg.
- KUNZENDORFF, EBERHARD (1993): Konzeptionelle Zugänge zu einer positiven Bestimmung des Begriffes Gesundheit, in: Gawatz, Reinhard und Peter Novak (Hrsg.): Soziale Konstruktionen von Gesundheit: Wissenschaftliche und alltagspraktische Gesundheitskonzepte, S. 61-71.
- MAURER, HARTMUT (2000): Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, München.
- MEYER, DIRK (1990): Asymmetrische Informationen, Institutional Choice und die Funktion von Wertorientierungen, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, 41. Jg., S. 104-121.
- NELSON, PHILLIP (1970): Information and Consumer Behavior, in: Journal of Political Economy, 78. Jg., S. 311-329.
- OBERENDER, PETER und STEPHAN RUCKDÄSCHEL (2000): Das "besondere" Gut Gesundheit - Implikationen für die stationäre Versorgung, in: Heiß, Günter (Hrsg.): Wie krank ist unser Gesundheitswesen, Mainz, S. 175-187.
- OPPERMANN, THOMAS (1999): Europarecht, 2. Auflage, München.
- O.V. (2001 a): Krankenhäuser bekommen 100 Millionen Euro zusätzlich, in: Die Welt vom 13.12.2001, S. 11.
- O.V. (2001 b): Amtliche Bekanntmachungen des Landkreises Lüchow-Dannenberg, in: Elbe-Jeetzel-Zeitung vom 20.10.2001, 47. Jg., S. 49.
- O.V. (2001 c): Reform des Risikostrukturausgleichs der Krankenversicherung erläutern, abgerufen im Internet am 18.12.2001 unter: http://www.bundestag.de/aktuell/hib/2001_110/15.html.
- PFAFFENEDER, GÜNTHER und GERHARD PFOHL (1992): Die Rechtsform der kommunalen Krankenhäuser: die gemeinnützige Krankenhaus-GmbH, in: Krankenhaus Umschau, Nr. 9, S. 651-659.
- REICH, NORBERT (2000): Rechtfertigung der Festbetragsregelung durch GKV-Spitzenverbände nach Art. 86 EG, EuZW 2000, S. 653 ff.
- RIEGEL, GERHARD F. (1989): Krankenhaus-Marketing und einweisende Ärzte, in: f&w, 6. Jg., H. 1, S. 287-308.
- RISSIEK, JÖRG (1998): Investitionen in Humankapital, Wiesbaden.
- ROSEN, HARVEY S. und RUPERT WINDISCH (1997): Finanzwissenschaft I, München.
- SAUERLAND, DIRK (1999 a): Gesundheitspolitik durch staatlich gesetzte Fehlanreize?, Volkswirtschaftliche Diskussionsbeiträge Münster Nr. 298, Münster.

- SCHMIDT, INGO und ANDRÉ SCHMIDT (1997): Europäische Wettbewerbspolitik, München.
- SCHMIDT, INGO (2001): Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 7. Aufl., Stuttgart.
- SCHMIDT, KARSTEN (1999): Handelsrecht, 5. Aufl., Köln.
- SCHWARZE, JÜRGEN (2000): Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel, Baden-Baden.
- SCHWARZE, JÜRGEN (2000): EU-Kommentar, Baden-Baden (zit.: Bearb., in: Schwarze, Art. Rdnr.).
- SCHWARZE, JÜRGEN (2001): Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, S. 334ff.
- SCHWINTOWSKI, HANS-PETER (1994): Der Begriff des Unternehmens im europäischen Wettbewerbsrecht, ZEuP (1994), S. 294 ff.
- SHAPIRO, CARL (1983): Consumer Protection Policy in the United States, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 139 Jg., S. 527-544.
- SOLTÉSZ, ULRICH (2001): Der Rechtsschutz des Konkurrenten gegen gemeinschaftswidrige Beihilfen vor nationalen Gerichten, EuZW (2001), S. 202 ff.
- STATISTISCHES BUNDESAMT (Hrsg.) (1998 a): Statistisches Jahrbuch 1998 für die Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden.
- STATISTISCHES BUNDESAMT (Hrsg.) (1998 b): Gesundheitsberichterstattung für Deutschland, Wiesbaden.
- STIFTUNG WARENTEST (1999): Hitliste der Hospitäler, in: test, 12. Jg., Nr. 11, S. 89-95.
- THIES-ZAJONC, SOPHIA (1995): Wenn der Hausarzt überweist: Perspektiven von Ärzten und Patienten zu den Bedeutungen von Überweisungen, Frankfurt am Main u.a.
- VAN MIERT, KAREL (1997): Competition Policy Newsletter 1997.
- WEGEHENKEL, LOTHAR (1992): Die Internalisierung mehrdimensionaler externer Effekte im Spannungsfeld zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung, in: Wagner, Gerd Rainer (Hrsg.): Ökonomische Risiken und Umweltschutz, München, S. 319-335.
- WORLD HEALTH ORGANISATION (2001): Definition of Health, abgerufen im Internet am 16.08.2001 unter <http://www.who.int/aboutwho/en/definition.html>.
- WISMAR, MICHAEL, REINHARD BUSSE und FRIEDRICH WILHELM SCHWARTZ (1998): Gesundheitsziele: Konzeptionelle, methodische und politische Überlegungen zu ergebnisorientierten Gesundheitszielen, Forschungsstelle für Gesundheitsökonomie und -systemforschung Hannover, Diskussionspapier Nr. 14.
- ZEIB, FRIEDRICH (1989): Eigenbetriebe, in: Chmielewicz, Klaus und Peter Eichhorn (Hrsg.): Handwörterbuch der Öffentlichen Betriebswirtschaft, Stuttgart, S. 282-294.

**Diskussionspapiere aus dem Institut für Volkswirtschaftslehre
der Technischen Universität Ilmenau**

- Nr. 1 VOIGT, EVA: Die Universität als regionaler Wirtschaftsfaktor - Eine Analyse am Beispiel der TU Ilmenau, August 1995. Unter dem Titel „Die Universität als Wirtschaftsfaktor am Beispiel der TU Ilmenau. Eine regionalökonomische Analyse“ erschienen in: Raumforschung und Raumordnung, Heft 4, 1996, 4. Jg., S. 283 - 289.
- Nr. 2 KALLFASS, HERMANN H.: Thüringen im Standortwettbewerb der Industrie, Dezember 1995.
- Nr. 3 KROLL, BERNHARD: Die Leistungsfähigkeit von Wirtschaftssystemen - eine systemtheoretisch-allgemeine Untersuchung mit Bezug zu Aufstieg und Niedergang der Polis Athen, März 1996.
- Nr. 4 KALLFASS, HERMANN H.: Wettbewerbliche Prozesse in der Managementkontrolle durch Haftung und Anreize stärken, März 1996. Unter dem Titel “Wettbewerbliche Prozesse stärken” erschienen in: Wirtschaftsdienst, Nr. 4, 1996, 76. Jg., S. 167- 171.
- Nr. 5 KROLL, BERNHARD: Anpassungspotential und Irreversibilität im ökonomischen Evolutionsprozess, Mai 1996.
- Nr. 6 RISSIEK, JÖRG: Subventionierung der individuellen Humankapitalinvestitionen?, Oktober 1996. In einer veränderten Fassung unter dem Titel “Subsidies for Individual Human Capital Investments under Uncertainty” erschienen in: Lefebvre, E., Cooper, R. (Hrsg.): Uncertainty, Knowledge and Skill, Vol. II, Diepenbeck, Keele 1997, S. 267-283.
- Nr. 7 KALLFASS, HERMANN H.: Konzepte und Indikatoren zur Abgrenzung räumlicher Märkte in der europäischen Zusammenschlusskontrolle, November 1996. Erschienen in: Jörn Kruse, Kurt Stockmann, Lothar Vollmer (Hrsg.), Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen. Festschrift für Ingo Schmidt zum 65. Geburtstag, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, S. 111 – 129.
- Nr. 8 SIDERAS, JÖRN: Eigentumsrechtliche Dezentralisierung und institutioneller Wettbewerb, Mai 1997
- Nr. 9 KROLL, BERNHARD: Die Zusammenführung wirtschaftlich-materieller und informationell-institutioneller Sichtweisen der Evolution von Wirtschaftssystemen - eine Herausforderung für die Evolutorische Ökonomik, Juni 1997.
- Nr. 10 RISSIEK, JÖRG: Wirtschaftswachstum und Strukturwandel als Einflußfaktoren auf das individuelle Humankapitalinvestitionskalkül, Juni 1997.
- Nr. 11 VOIGT, EVA: Technische Universität als regionales Innovationspotential - Auswertung einer Unternehmensbefragung in der Region Ilmenau, September 1997. In veränderten Fassungen erschienen als: “Regionale Wissens-Spillovers Technischer Hochschulen. Untersuchungen zur Region Ilmenau und ihrer Universität”, in: Raumforschung und Raumordnung, 56. Jahrgang, Heft 1.1998, S. 27-35. “Indikatoren der Wirksamkeit regionaler Innovationsaktivitäten - Eine Analyse zur Rolle der TU Ilmenau”, in: Fritsch, M., Meyer-Krahmer, F., Pleschak, F. (Hrsg.): Innovation in Ostdeutschland, Potentiale und Probleme in Technik, Wirtschaft und Politik, Bd. 34, Schriftenreihe des Fraunhofer-Instituts für Systemtechnik und Innovationsforschung (ISI), Physica-Verlag, Heidelberg 1998, S. 281-292.

- Nr. 12 KNORR, ANDREAS: Modell Neuseeland? Reformen und Reformergebnisse im Überblick, September 1997. In erweiterten Fassungen erschienen als: "Erfolge und Misserfolge des neuseeländischen Reformexperiments", in: Verein der Freiburger Wirtschaftswissenschaftler (Hrsg.), Offen für Reformen? Institutionelle Voraussetzungen für gesellschaftlichen Wandel im modernen Wohlfahrtsstaat, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998. "Das Konzept der ‚Light-handed regulation‘", in: Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 48, 1998, S. 541-553.
- Nr. 13 CZYGAN, MARCO: Wettbewerb bei der Distribution des Fernsehens und Auswirkungen der Digitalisierung, November 1997.
- Nr. 14 RISSIEK, JÖRG: Wirkungen staatlicher Eingriffe auf Humankapitalinvestitionen, September 1998.
- 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.