

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 61

**Die Finanzierung von
(öffentlichen) Krankenhäusern
in Deutschland**

Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung

Von

Johannes Baier



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANNES BAIER

Die Finanzierung von
(öffentlichen) Krankenhäusern
in Deutschland

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 61

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland

Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung

Von

Johannes Baier



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg
hat diese Arbeit im Jahr 2019
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnetet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI buch.bücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-18175-9 (Print)
ISBN 978-3-428-58175-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Juli 2019 fertiggestellt und für die Veröffentlichung im Wesentlichen auf den Stand von Anfang Juni 2020 gebracht. Entwicklungen im Zuge der COVID-19-Pandemie, namentlich die Sonderregelungen des Ende März 2020 verabschiedeten Gesetzes zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Krankenhäuser und weiterer Gesundheitseinrichtungen (COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz), konnten nicht mehr umfassend eingearbeitet werden. Vereinzelt finden sich hierzu Hinweise in den Fußnoten. Die insoweit aufgeworfene Frage nach einer beihilfenrechtskonformen Finanzierung der Vorhaltung freier Kapazitäten wurde indes, insbesondere am Beispiel der Investitionskostenfinanzierung, näher thematisiert.

Mein herzlicher Dank gilt all jenen, die mich in meiner Promotionszeit unterstützt haben und mir mit Rat und Tat zur Seite standen. An erster Stelle danke ich meinem Doktorvater, Professor Dr. Ferdinand Wollenschläger, der diese Arbeit von Beginn an durch seine unermüdliche Diskussionsbereitschaft und seine wertvollen Ratschläge fortwährend begleitet und gefördert hat. Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Professor Dr. Thilo Rensmann, LL.M. (University of Virginia), der mir während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl die für die Erstellung dieser Arbeit unabdingbaren Freiräume großzügig gewährt hat. Seinem Zweitgutachten konnte ich hilfreiche Anregungen für die Überarbeitung des Manuskripts entnehmen. Professor Dr. Helge Sodan danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in die von ihm herausgegebene Schriftenreihe.

Für ihre stete Gesprächsbereitschaft und ausgesprochen wertvolle Hinweise danke ich zudem Dr. Andreas von Bonin, Professor Dr. Simon Bulla, Dr. Stefan Lorenzmeier, Dr. Konrad Riemer, Professor Dr. Alexander Schraml und Dr. Thomas Vollmöller.

Besonders dankbar bin ich meinen Eltern, die mir Zeit meines Lebens in allen Lebenslagen Rückhalt gegeben und mich während meiner juristischen Ausbildung stets unterstützt haben, sowie meinem Bruder, der mir allzeit mit Rat und Tat zur Seite stand. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Augsburg, im Oktober 2020

Johannes Baier

Inhaltsübersicht

Einführung	21
-------------------------	----

Erster Teil

Öffentliche Krankenhäuser und ihre Finanzierung im Konzept staatlicher Daseinsvorsorge 25

A. Die Rolle öffentlicher Krankenhäuser im Konzept staatlicher Daseinsvorsorge	25
I. Konzept staatlicher Daseinsvorsorge	25
II. Krankenhausversorgung und ihre Finanzierung	28
III. Fazit: Krankenhausversorgung und -finanzierung als Ausdruck staatlicher Daseinsvorsorge	35
B. Die Lage öffentlicher Krankenhäuser auf dem deutschen Gesundheitsmarkt	35
I. Aktuelle Situation öffentlicher Krankenhäuser	36
II. Zukunftsperspektiven öffentlicher Krankenhäuser	39
III. Fazit: Wirtschaftlich prekäre Lage und Notwendigkeit anderer Finanzierungsformen	40

Zweiter Teil

Das EU-Beihilfenrecht im Kontext der Krankenhausfinanzierung 42

A. Materieller Rechtsrahmen des EU-Beihilfenrechts	42
I. Das Beihilfenrecht in der Europäischen Union	42
II. Beihilfenrechtliche Leitplanken der Krankenhausfinanzierung	46
B. Beihilfenkontrolle und Rechtsschutz vor den Gerichten	165
I. Einführung	165
II. Beihilfenkontrolle durch die Kommission	168
III. Rechtsschutzmöglichkeiten vor den Gerichten	189

Dritter Teil

Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern im Lichte des EU-Beihilfenrechts 223

A. Die Krankenhausfinanzierung in Deutschland	223
I. Duales Finanzierungssystem nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz	223
II. Finanzierung außerhalb des dualen Systems	235
III. Ergebnis: „Tiale“ Krankenhausfinanzierung	236

B. Beihilfenrechtliche Analyse einer Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern	237
I. Trägerunabhängige Investitionskostenfinanzierung	237
II. Finanzierung der laufenden Betriebskosten	271
III. Zusätzliche Förderung aus Mitteln des Strukturfonds	289
IV. (Kommunaler) Defizitausgleich zugunsten der stationären Krankenhausversorgung	295
V. Weitere ausgewählte beihilfenrechtlich relevante Sachverhalte	336
VI. Ergebnis: Möglichkeiten einer beihilfenrechtskonformen Finanzierung	350
 <i>Vierter Teil</i>	
Aktuelle Reformvorschläge und ihre beihilfenrechtliche Würdigung – ein Ausblick	352
A. Vorschläge für eine Reform der dualen Krankenhausfinanzierung	353
I. Übergang zu einer monistischen Krankenhausfinanzierung	353
II. DRG-Fallpauschalensystem: Differenzierung nach Versorgungsstufen	355
B. Empfehlung des Ausbaus einer sektorenübergreifenden Versorgung	356
I. Wettbewerbsmöglichkeiten von Krankenhäusern und ambulanten Leistungserbringern durch den Auf- und Ausbau einer sektorenübergreifenden Gesundheitsversorgung	356
II. Kooperationsmöglichkeiten von Krankenhäusern und ambulanten Leistungserbringern	359
C. Beihilfenrechtliche Würdigung	360
I. Vorbemerkungen	360
II. Übergang zu einer monistischen Krankenhausfinanzierung	361
III. DRG-Fallpauschalensystem: Differenzierung nach Versorgungsstufen	363
IV. Ausbau einer sektorenübergreifenden Versorgung	364
Schlussüberlegungen: Grenzen einer beihilfenrechtskonformen Finanzierung von Gemeinwohlaufgaben	368
Thesenförmige Zusammenfassung	371
Literaturverzeichnis	377
Übersicht der wichtigsten zitierten europäischen Sekundärrechtsquellen und Veröffentlichungen der Kommission	404
Sachwortverzeichnis	406

Inhaltsverzeichnis

Einführung	21
-------------------------	----

Erster Teil

Öffentliche Krankenhäuser und ihre Finanzierung im Konzept staatlicher Daseinsvorsorge	25
A. Die Rolle öffentlicher Krankenhäuser im Konzept staatlicher Daseinsvorsorge	25
I. Konzept staatlicher Daseinsvorsorge	25
II. Krankenhausversorgung und ihre Finanzierung	28
1. Historische Entwicklungslinien	28
2. Staatlicher Sicherstellungsauftrag und öffentliche Krankenhäuser	31
3. Krankenhausversorgung durch Private im Gewährleistungsstaat	34
III. Fazit: Krankenhausversorgung und -finanzierung als Ausdruck staatlicher Da- seinsvorsorge	35
B. Die Lage öffentlicher Krankenhäuser auf dem deutschen Gesundheitsmarkt	35
I. Aktuelle Situation öffentlicher Krankenhäuser	36
II. Zukunftsperspektiven öffentlicher Krankenhäuser	39
III. Fazit: Wirtschaftlich prekäre Lage und Notwendigkeit anderer Finanzierungsfor- men	40

Zweiter Teil

Das EU-Beihilfenrecht im Kontext der Krankenhausfinanzierung	42
A. Materieller Rechtsrahmen des EU-Beihilfenrechts	42
I. Das Beihilfenrecht in der Europäischen Union	42
1. Der Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts	42
2. Das EU-Beihilfenrecht im Gefüge des Binnenmarktziels	44

II. Beihilfenrechtliche Leitplanken der Krankenhausfinanzierung	46
1. Das Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV	46
a) Unternehmensbegriff: Grenzziehung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten	47
aa) Einheitliches Begriffsverständnis im EU-Wettbewerbsrecht: Funktionale Auslegung	47
bb) Krankenhausversorgung in Deutschland als unternehmerische Tätigkeit?	52
cc) Fazit: Unternehmenseigenschaft von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland	55
dd) Krankenhausversorgung als nichtwirtschaftliche Tätigkeit in anderen EU-Mitgliedstaaten?	57
b) Begünstigungswirkung als zentrales Merkmal des Beihilfenverbots	65
aa) Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils	65
bb) Entfall der Begünstigungswirkung bei einer marktkonformen Gegenleistung	68
(1) Vergleichsmaßstab eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers	68
(2) Bewertungsmethoden zur Beurteilung der Marktkonformität	72
cc) Kostenausgleich für die Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen	74
(1) Vorgeschichte der Rechtssache Altmark Trans	74
(2) Rechtssache Altmark Trans und ihre Modifikationen	76
(a) Kumulative Voraussetzungen: „Altmark-Trans-Kriterien“	76
(b) Erstes Altmark-Trans-Kriterium: Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen	78
(aa) Gemeinwirtschaftliche Verpflichtung – eine Begriffsbestimmung	78
(α) Weite mitgliedstaatliche Spielräume bei der Festlegung	78
(β) Universeller Charakter	79
(γ) Obligatorischer Charakter	80
(δ) Übertragung einer „besonderen“ Aufgabe	81
(bb) Anforderungen an einen Betrauungsakt	85
(c) Zweites Altmark-Trans-Kriterium: Vorherige Aufstellung von Ausgleichsparametern	87
(d) Drittes Altmark-Trans-Kriterium: Übercompensationsverbot	90
(e) Viertes Altmark-Trans-Kriterium: Erfordernis einer effizienten Leistungserbringung	93
dd) Fazit: Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils und Entfall der Begünstigungswirkung	96

c) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten: Die Frage nach den Auswirkungen auf die Wettbewerbsstellung und den Binnenmarkt	98
aa) Drohende Verfälschung des Wettbewerbs	98
(1) Weites Verständnis nach der Philip Morris-Rechtsprechung	98
(2) Spürbarkeitserfordernis als Korrektiv?	102
bb) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	108
(1) Potenzielle Beeinträchtigungen ausreichend?	108
(2) Spürbarkeitserfordernis als „Scheinproblem“?	112
(3) „Rein lokale, regionale oder nationale Auswirkungen?“ Zur Entwicklung einer neueren Entscheidungspraxis von Kommission und deutschen Gerichten	113
(a) Ursprünge der neueren Kommissionspraxis	114
(aa) N 258/00 (Freizeitbad Dorsten)	114
(bb) N 543/2001 (Capital Allowances for Hospitals)	115
(b) Gemeinsamer Prüfkanon der neueren Kommissionspraxis	116
(c) Neuere Kommissionspraxis am Beispiel von Gesundheitseinrichtungen	117
(aa) SA.37432 (Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region)	117
(bb) SA.37904 (Ärztehaus Durmersheim)	118
(cc) SA.38035 (Landgrafen-Klinik)	120
(dd) SA.19864 (IRIS hospitals)	121
(ee) Weitere Beispiele aus dem Gesundheitssektor	123
(d) Entscheidungspraxis deutscher Gerichte: Verfahren Kreiskliniken Calw	123
(aa) BGH (Kreiskliniken Calw)	124
(bb) OLG Stuttgart (Kreiskliniken Calw)	125
(e) Vereinbarkeit mit den bestehenden Vorgaben der Unionsgerichte?	127
(4) Zusammenfassung der neueren Kommissionspraxis	131
(a) Verallgemeinerungsfähige Kriterien für eine Einzelfallprüfung	131
(aa) Lokale Dimension (Nachfrageperspektive)	131
(bb) Markteintritt und Bestehen am Markt (Anbieterperspektive)	134
(b) Verbleibende Fragen und ergänzende Ansätze zur neueren Kommissionspraxis	136
(5) Fazit: Notwendige Einzelfallbetrachtung und verallgemeinerungsfähige Kriterien	142
d) Zwischenergebnis	144
2. Ausnahmen vom Beihilfenverbot	146
a) Die Ausnahmeklausel des Art. 106 Abs. 2 AEUV	147
aa) Bedeutung im Lichte der Rechtssache Altmark Trans?	147

bb) Fazit	149
b) Der DAWI-Freistellungsbeschluss als primärer Prüfungsmaßstab	149
aa) Voraussetzungen	150
(1) Transparenter Betrauungskontakt	150
(2) Höhe der Ausgleichsleistung und Verhinderung einer Überkompensation	156
(3) Informations- und Dokumentationspflichten	159
bb) Fazit	160
c) Die Subsidiarität des DAWI-Rahmens	160
aa) Bedeutung neben dem DAWI-Freistellungsbeschluss?	160
bb) Voraussetzungen	161
cc) Fazit	163
d) Zwischenergebnis	164
3. Fazit	164
 B. Beihilfenkontrolle und Rechtsschutz vor den Gerichten	165
I. Einführung	165
1. Rollenverteilung von Kommission, Unionsgerichtsbarkeit und nationalen Gerichten	165
2. Effektiver Rechtsschutz durch private enforcement?	167
3. Fazit: Nebeneinander von public und private enforcement	168
II. Beihilfenkontrolle durch die Kommission	168
1. Beihilfenaufsicht nach Art. 108 AEUV	168
2. Präventive Kontrolle	170
a) Notifikationspflichtige staatliche Maßnahmen	170
b) Vorläufige Prüfung	172
c) Förmliches Prüfverfahren	174
3. Rechtswidrige und missbräuchliche Beihilfen	177
a) Verfahren	177
b) (Einstweilige) Anordnungen	180
c) Endgültige Rückforderung: Grundsatz und Grenzen	181
4. Repressive Kontrolle	186
a) Grundlagen	186
b) Fortlaufende Überprüfung	187
c) Zweckdienliche Maßnahmen	188
5. Fazit	189
III. Rechtsschutzmöglichkeiten vor den Gerichten	189
1. Rechtsschutz im Rahmen der Unionsgerichtsbarkeit	189
a) Rechtsschutz von Mitgliedstaaten und der EU	190
aa) Gesamtstaat und regionale Gebietskörperschaften	190
bb) Organe der EU	194

b) Rechtsschutz eines (potenziellen) Beihilfeempfängers	195
c) Rechtsschutz von Dritten	199
d) Weitere Rechtsbehelfe	204
e) Grundsatz einer umfassenden gerichtlichen Überprüfung und Beschränkungen	204
f) Fazit	205
2. Rechtsschutz vor deutschen Gerichten	206
a) Parallelität der Rechtsschutzmöglichkeiten	206
b) Rechtsschutz eines (potenziellen) Beihilfeempfängers	210
c) Rechtsschutz von Dritten	213
aa) Negative Konkurrentenklage	214
bb) Positive und verdrängende Konkurrentenklage	218
d) Effektiver Rechtsschutz durch Ausgleichs- und Schadensersatzansprüche? ..	218
e) Fazit	222

*Dritter Teil***Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern
im Lichte des EU-Beihilfenrechts**

223

A. Die Krankenhausfinanzierung in Deutschland	223
I. Duales Finanzierungssystem nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz	223
1. (Unzureichende) Investitionskostenfinanzierung nach § 4 Nr. 1 KHG	224
2. Betriebskostenfinanzierung nach § 4 Nr. 2 KHG	229
3. Zusätzliche Fördermittel aus dem Strukturfonds nach den §§ 12 ff. KHG ..	232
II. Finanzierung außerhalb des dualen Systems	235
1. Zulässigkeit weiterer Finanzierungsformen?	235
2. Kommunale respektive trägergetragene Krankenhausfinanzierung	236
III. Ergebnis: „Triale“ Krankenhausfinanzierung	236
B. Beihilfenrechtliche Analyse einer Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern ..	237
I. Trägerunabhängige Investitionskostenfinanzierung	237
1. Beihilfenverbot, Art. 107 Abs. 1 AEUV	238
a) Begünstigungswirkung	238
aa) Marktconforme Gegenleistung?	238
(1) Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils	238
(2) Fehlende Begünstigungswirkung aufgrund einer marktconformen Gegenleistung?	239

bb) Ausgleichszahlung für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen?	241
(1) Erstes Altmark-Trans-Kriterium	242
(a) Universeller Charakter	242
(b) Obligatorischer Charakter	243
(c) Stationäre Krankenhausversorgung als „besondere“ Aufgabe? ..	244
(d) Betrauung durch entsprechenden Feststellungsbescheid, § 8 Abs. 1 Satz 3 KHG?	249
(2) Zweites Altmark-Trans-Kriterium	252
(a) Einzelförderung	253
(b) Pauschalförderung	255
(3) Drittes Altmark-Trans-Kriterium	256
(4) Viertes Altmark-Trans-Kriterium	257
(a) Kein wettbewerbliches Ausschreibungsverfahren	257
(b) Effizienztest anhand eines Vergleichs mit einem hypothetischen Marktteilnehmer?	259
cc) Zwischenergebnis	261
b) Sonstige Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV	261
aa) Fehlende Selektivität?	261
bb) Weitere Tatbestandsmerkmale	264
c) Fazit	265
2. Beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss	266
a) Transparenter Betrauungsakt: befristeter Förderbescheid	266
b) Höhe der Ausgleichsleistung und Verhinderung einer Überkompensation ..	267
c) Informations- und Dokumentationspflichten	269
3. Vermeidung einer unzulässigen Quersubventionierung	269
4. Ergebnis	270
II. Finanzierung der laufenden Betriebskosten	271
1. Beihilfenverbot, Art. 107 Abs. 1 AEUV	271
a) Staatliche Mittel oder aus staatlichen Mitteln	271
aa) Gesetzliche Krankenkassen (GKV)	271
(1) Einsatz staatlicher Mittel	272
(2) Zurechenbarkeit	274
bb) Private Krankenversicherungen (PKV)	276
cc) Zwischenergebnis	276
b) Selektive Begünstigung?	276
aa) Reguläre Fallpauschalenvergütung	276
bb) Zuschläge am Beispiel von Sicherstellungszuschlägen	282
cc) PpSG-Reform: Gesonderte Vergütung der Pflegepersonalkosten	285
2. Ergebnis	288

III. Zusätzliche Förderung aus Mitteln des Strukturfonds	289
1. Beihilfenverbot, Art. 107 Abs. 1 AEUV	289
2. Beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss	290
a) Transparenter Betrauungsakt: befristeter Förderbescheid	290
b) Höhe der Ausgleichsleistung und Verhinderung einer Überkompensation ..	293
c) Informations- und Dokumentationspflichten	294
d) Vermeidung einer unzulässigen Quersubventionierung	294
3. Ergebnis	295
IV. (Kommunaler) Defizitausgleich zugunsten der stationären Krankenhausversorgung	295
1. Beihilfenverbot, Art. 107 Abs. 1 AEUV	295
a) Unternehmenseigenschaft und Staatlichkeit der Mittel	295
b) Selektive Begünstigung	296
aa) Marktkonforme Gegenleistung?	296
bb) Tatbestandsausschluss nach Altmark Trans?	297
cc) Spürbare Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung	299
dd) Fazit	301
2. Beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss	301
a) Musterbetrauungsakte nach dem Süddeutschen Modell	301
aa) § 1 Gemeinwohlaufgabe	302
bb) § 2 Beauftragtes Unternehmen, Art der Dienstleistungen und Befristung	302
cc) § 3 Verlustausgleich und andere (mittelbare) Begünstigungen	303
dd) § 4 Vermeidung einer Überkompensation	304
ee) § 5 Vorhaltung von Unterlagen	305
b) Die einzelnen Voraussetzungen nach dem Muster des Bayerischen Landkreistags	305
aa) Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)	306
(1) Vorbemerkungen: Begriffsverständnis	307
(2) (Echte) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse?	307
(a) Rechtssache CBI	308
(aa) Sachverhalt	308
(bb) Urteil des EuG	309
(cc) Resümee	310
(b) Rechtssache Kreiskliniken Calw	311
(aa) Sachverhalt	311
(bb) Urteil des BGH	313
(cc) Divergierende Rechtsauffassung zur Rechtssache CBI?	316

(c) „Sicherstellung des Fortbestands und der Lebensfähigkeit des Krankenhaussystems“ als Rechtfertigungsgrund in der neueren Kommissionspraxis	317
(d) Würdigung	318
(aa) „Sicherstellung des Fortbestands und der Lebensfähigkeit des Krankenhaussystems“ als legitimer Rechtfertigungsgrund im Hinblick auf das Bestehen einer DAWI?	318
(bb) Zusammenhang zwischen Versorgungsauftrag und Sicherstellungsaufgabe? Zum Inhalt und Zeitpunkt einer kommunalen Betrauung als „zweite“ Versorgungsentscheidung	322
(cc) Verbleibende Fragen	328
(3) Zwischenergebnis	328
bb) Ausgleich und Verhinderung einer Überkompensation	331
(1) Höhe des Defizitausgleichs	331
(2) Verhinderung einer Überkompensation	334
cc) Informations- und Dokumentationspflichten	335
3. Ergebnis	335
V. Weitere ausgewählte beihilfenrechtlich relevante Sachverhalte	336
1. Sonstige kommunale Finanzierungsformen der stationären Krankenhausversorgung	337
a) Beihilfenverbot, Art. 107 Abs. 1 AEUV	337
b) Beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss	339
2. Versorgung außerhalb des stationären Bereichs aus beihilfenrechtlicher Perspektive	340
a) Betrieb eines medizinischen Versorgungszentrums in Krankenhausträgerschaft	341
aa) DAWI-Fähigkeit der erbrachten Versorgungsleistungen	341
bb) Kommunaler DAWI-Ausgleich	342
(1) Sicherstellungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen als Hinweis?	342
(2) Anforderungen an eine kommunale Betrauung	344
b) Ambulante Leistungserbringung an und durch Krankenhauseinrichtungen ..	346
c) Quersubventionierungspotenziale?	348
aa) Stationäre und ambulante Leistungserbringung eines Krankenhauses ..	348
bb) Betrieb eines medizinischen Versorgungszentrums in Krankenhausträgerschaft	349
VI. Ergebnis: Möglichkeiten einer beihilfenrechtskonformen Finanzierung	350

Vierter Teil

Aktuelle Reformvorschläge und ihre beihilfenrechtliche Würdigung – ein Ausblick	352
A. Vorschläge für eine Reform der dualen Krankenhausfinanzierung	353
I. Übergang zu einer monistischen Krankenhausfinanzierung	353
II. DRG-Fallpauschalensystem: Differenzierung nach Versorgungsstufen	355
B. Empfehlung des Ausbaus einer sektorenübergreifenden Versorgung	356
I. Wettbewerbsmöglichkeiten von Krankenhäusern und ambulanten Leistungserbringern durch den Auf- und Ausbau einer sektorenübergreifenden Gesundheitsversorgung	356
II. Kooperationsmöglichkeiten von Krankenhäusern und ambulanten Leistungserbringern	359
C. Beihilfenrechtliche Würdigung	360
I. Vorbemerkungen	360
II. Übergang zu einer monistischen Krankenhausfinanzierung	361
III. DRG-Fallpauschalensystem: Differenzierung nach Versorgungsstufen	363
IV. Ausbau einer sektorenübergreifenden Versorgung	364
1. Gesetzliche Finanzierung einer sektorenübergreifenden Versorgung	364
a) Einführung von Hybrid-DRGs	364
b) Vergabe von Leistungsaufträgen	365
c) Transparenz der Leistungsbeziehungen	365
2. Sektorenübergreifende Versorgung als DAWI?	366
3. Kommunale Finanzierung einer sektorenübergreifenden Versorgung	366
a) Möglichkeiten einer begünstigungsfreien Finanzierung	366
b) Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	367
c) Anforderungen an eine Finanzierung nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss	367
Schlussüberlegungen: Grenzen einer beihilfenrechtskonformen Finanzierung von Gemeinwohlaufgaben	368
Thesenförmige Zusammenfassung	371
Literaturverzeichnis	377
Übersicht der wichtigsten zitierten europäischen Sekundärrechtsquellen und Veröffentlichungen der Kommission	404
Sachwortverzeichnis	406

Abkürzungsverzeichnis

ABI.	Amtsblatt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AO	Abgabenordnung
BayBG	Bayerisches Beamtengesetz
BayFAG	Bayerisches Gesetz über den Finanzausgleich zwischen Staat, Gemeinden und Gemeindeverbänden – Bayerisches Finanzausgleichsgesetz
BayKrG	Bayerisches Krankenhausgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BDPK	Bundesverband Deutscher Privatkliniken
BedÄrzte-RL	Richtlinie über die Bedarfsplanung sowie die Maßstäbe zur Feststellung von Überversorgung und Unterversorgung in der vertragsärztlichen Versorgung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKG	Bayerische Krankenhausgesellschaft
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BPfIV	Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze – Bundespflegesatzverordnung
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BT-Drs.	Drucksache des Bundestages
BVA	Bundesversicherungsamt (nunmehr: Bundesamt für Soziale Sicherung)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
COVKHEntlG	Gesetz zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Krankenhäuser und weiterer Gesundheitseinrichtungen – COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz
DAWI	Dienstleistung(en) von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
DKG	Deutsche Krankenhausgesellschaft
DRG(s)	Diagnosis Related Groups
DVBayKrG	Verordnung zur Durchführung des Bayerischen Krankenhausgesetzes
EG	Europäische Gemeinschaft/ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union (vormals: Gericht erster Instanz)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

GKV	Gesetzliche Krankenversicherung(en)/ Gesetzliche Krankenkasse(n)
GO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IBR	Investitionsbewertungsrelationen
InEK	Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus
KHEntgG	Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen – Krankenhausentgeltgesetz
KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze – Krankenhausfinanzierungsgesetz
KHGG NRW	Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
KHSFV	Verordnung zur Verwaltung des Strukturfonds im Krankenhausbereich – Krankenhausstrukturfonds-Verordnung
KHSG	Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung – Krankenhausstrukturgesetz
KInvFG	Gesetz zur Förderung von Investitionen finanzschwacher Kommunen – Kommunalinvestitionsförderungsgesetz
Kommission	Europäische Kommission
LG	Landgericht
LKHG BW	Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg
LKrO	Landkreisordnung für den Freistaat Bayern
LT-Drs.	Drucksache des Landtages
(L)VwVfG	(Landes)Verwaltungsverfahrensgesetz
MVZ	Medizinisches Versorgungszentrum/ Medizinische Versorgungszentren
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PKV	Private Krankenversicherung(en)
PpSG	Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals – Pflegepersonal-Stärkungsgesetz
PpUGV	Verordnung zur Festlegung von Pflegepersonaluntergrenzen in pflegesensitiven Bereichen in Krankenhäusern – Pflegepersonaluntergrenzen-Verordnung
RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RWI	RWI – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung (vormals: Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung)
SGB IV	Sozialgesetzbuch Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TranspRLG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen – Transparenzrichtlinie-Gesetz
UStAE	Umsatzsteuer-Anwendungserlass
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VA	Verwaltungsakt
VG	Verwaltungsgericht
VO	Verordnung

VVO	Verfahrensverordnung i. d. F. der Verordnung (EU) Nr. 2015/1589
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZPO	Zivilprozessordnung

Einführung

„*Mehr Staat und weniger Wettbewerb*“¹ wagen? Die bedarfsgerechte Krankenhausversorgung ist eine der Grundaufgaben des Staates im Rahmen der Daseinsvorsorge: Der Staat hat zu gewährleisten, dass der Bevölkerung eine angemessene und flächendeckende Versorgung in Krankenhauseinrichtungen zur Verfügung steht, wenn die Möglichkeiten zu einer ambulanten Behandlung nicht (mehr) genügen.² Seit jeher wird um eine tragfähige Finanzierung des deutschen Gesundheitssystems gerungen. Die Kosten für die Krankenhausbehandlung bilden herkömmlich den größten Anteil der Gesamtausgaben im Gesundheitswesen. So beliefen sich im Jahre 2017 die Ausgaben für die stationäre Versorgung auf 91,3 Milliarden Euro.³ Dabei stellt die Knappheit der vorhandenen Ressourcen (Personal, Strukturen, finanzielle Mittel) den Staat vor die Herausforderung, sowohl deren Einsatz effektiv und effizient zu organisieren als auch eine qualitativ hochwertige und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung sicherzustellen.⁴ In der Vergangenheit wurden deshalb zahlreiche Reformen verabschiedet, die Anreize für eine effizientere Leistungserbringung und Qualitätssteigerungen einführten sowie auf einen Abbau von Überkapazitäten abzielten.⁵ Mit dem *Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals (PpSG)* wurde am 09.11.2018 eine Korrektur der (regulierten) Ökonomisierung in der Krankenhausbehandlung beschlossen: Die Pflege wird seit dem Jahre 2020 im Wege eines Selbstkostendeckungsprinzips finanziert.⁶ Damit zeichnet sich derzeit ein Pendelschlag hin zu „mehr Staat und weniger Wettbewerb“ ab. Die Aufgabe, das deutsche Gesundheitssystem immer wieder neu auszutarieren, führt letztlich dazu, dass die Finanzierung des Gesundheitswesens eine „ewige Reformbaustelle“⁷ bleibt.

Neben ökonomischen Zwängen sieht sich die Finanzierung mit rechtlichen Beschränkungen konfrontiert. Das europäische Recht nimmt seit Ende des letzten Jahrhunderts zunehmend in Gestalt der Marktfreiheiten und des EU-Wettbe-

¹ Hierzu, wenn auch mit etwas anderer Akzentsetzung, Lauterbach, Plenarprotokoll 19/62, Deutscher Bundestag: Stenografischer Bericht, 62. Sitzung, Berlin, Freitag, den 9. November 2018, 7084 (C).

² Schmidt am Busch, Gesundheitssicherung, 236 f. Der Terminus als „Grundaufgabe“ ist BVerfGE 68, 193, 209 entlehnt; vgl. auch BVerfGE 40, 121, 133; 57, 70, 99; 82, 209, 230.

³ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 435 vom 12.11.2018. Die Pressemitteilung ist abrufbar unter: www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2018/11/PD18_435_231.html.

⁴ Vgl. BT-Drs. 19/3180, Rn. 1295 f.

⁵ Im Überblick etwa Dannenfeld, Dauerbaustelle Krankenhaus, 25–36.

⁶ Vgl. § 17b Abs. 4 KHG i. V. m. § 6a KHEntG, BGBl 2018 I, 2394.

⁷ Jacobs, Finanzierung des deutschen Gesundheitswesens, 277.

werbsrechts Einfluss auf die mitgliedstaatlichen Gesundheitssysteme.⁸ Im Hinblick auf das EU-Beihilfenrecht eröffnet sich ein Spannungsfeld zwischen einer Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Maßnahmen sowie einer durch staatliche Sozialversicherungsträger und den Staat finanzierten Versorgung in Krankenhäusern. Erstmalig ist die deutsche Krankenhausfinanzierung im Januar 2003 durch die Beschwerde der *Asklepios Kliniken GmbH* über die Praxis des Defizitausgleichs zugunsten von öffentlichen Krankenhauseinrichtungen und die Übernahme von Haftungsgarantien durch ihre staatlichen Träger zum beihilfrechtlichen Verfahrensgegenstand avanciert.⁹ Eine spätere Untätigkeitsklage wurde abgewiesen, weil die Dauer der Prüfung der Beschwerde durch die Kommission nicht unangemessen lang war.¹⁰ Der *Bundesverband Deutscher Privatkliniken* trat im Jahre 2007 dem Verfahren bei. Im August 2010 teilte die Kommission ihre (vorläufige) Einschätzung mit, dass die analysierten Maßnahmen mit den Beihilferegeln vereinbar wären.¹¹ Daneben legte im September 2005 *MEDI Deutschland*, ein Verbund niedergelassener Ärzte, bei der Kommission Beschwerde ein, um sich gegen die Übernahme von Betriebsverlusten und Quersubventionierungen zugunsten von medizinischen Versorgungszentren (MVZ), die von Krankenhäusern zur ambulanten Versorgung betrieben werden, zu wenden.¹² Mit Hilfe der Maßgabe eines Erstattungsbetrags für die Nutzung der Krankenhausinfrastruktur sowie einer kostenmäßigen Trennung zwischen dem stationären und ambulanten Bereich wurde die Vermeidung von Quersubventionierungen auf Betreiben des Bundesministeriums für Gesundheit schließlich sichergestellt.¹³ Daraufhin stellte die Kommission das Verfahren ein.

Unter dem Eindruck eines im Jahre 2012 ergangenen EuG-Urteils zur Defizitfinanzierung von öffentlichen Krankenhäusern in Belgien¹⁴ und in Anbetracht einer neueren Kommissionspraxis zur Auslegung des Beihilfebegriffs¹⁵ rückte die Praxis des Defizitausgleichs in dem Verfahren *Kreiskliniken Calw* (2013–2017) erstmalig

⁸ Cremers, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 3 zur Rechtsprechung der Unionsgerichte, deren Kodifizierung im europäischen Sekundärrecht und dem EU-Wettbewerbsrecht.

⁹ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 25.08.2010, CP 6/2003 (Asklepios Kliniken). Soweit ersichtlich, wurde in der Literatur die Frage nach einer Vereinbarkeit des Defizitausgleichs mit dem Beihilfenrecht erstmals von Kuchinke/Schubert, f&w 2002, 524–530; dies., WuW 2002, 710–719 näher diskutiert.

¹⁰ EuG, Urteil vom 11.07.2007, Rs. T-167/04, Slg. 2007, II-2379 (Asklepios Kliniken/Kommission).

¹¹ Kommission, Entscheidung vom 25.08.2010, CP 6/2003 (Asklepios Kliniken).

¹² Die Verfahrensdokumente finden sich bei Holzmann/Holzmann/Baumgärtner, Arztpraxis, 129–140.

¹³ Vgl. DKG, Rundschreiben Nr. 164/07, 05.07.2007, Anlage, 1 f. Das Rundschreiben stellt die Deutsche Krankenhausgesellschaft auf Anfrage zur Verfügung.

¹⁴ EuG, Urteil vom 07.11.2012, Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 (CBI/Kommission).

¹⁵ Dazu kurSORisch Kommission, Pressemitteilung IP/15/4889 vom 29.04.2015. Die Pressemitteilung ist abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4889_de.htm.

vor deutschen Gerichten in den beihilfenrechtlichen Fokus.¹⁶ Die Defizitfinanzierung der öffentlichen Krankenhäuser durch ihren staatlichen Träger wurde letztlich als beihilfenrechtskonform angesehen.¹⁷

Die vorliegende Arbeit nimmt einerseits die Entwicklungen in der Rechtspraxis und die Reform des EU-Beihilfenrechts (*State Aid Modernisation*) seit Mai 2012¹⁸ sowie andererseits die Umstellung der Krankenhausvergütung seit dem Jahre 2020 auf eine Kombination von DRG-Fallpauschalen und eine krankenhausindividuelle Pflegepersonalkostenvergütung zum Anlass, die staatliche Finanzierung von (öffentlichen¹⁹) Krankenhäusern in Deutschland hin auf ihre Beihilfenrechtskonformität zu analysieren. Die Abhandlung spürt der Frage nach, inwieweit die Krankenhausfinanzierung in Deutschland die ihr gesetzten beihilferechtlichen Beschränkungen beachtet. Andernfalls soll aufgezeigt werden, wie sie sich zulässig ausgestalten ließe. Dabei wird die Untersuchung über den bisher im Fokus stehenden Defizitausgleich zugunsten öffentlicher Krankenhäuser hinaus auf die gängigen Finanzierungsformen für die stationäre Versorgung erstreckt. Daneben sollen die Beteiligung an medizinischen Versorgungszentren und die Leistungserbringung außerhalb des stationären Bereichs aus der Perspektive des EU-Beihilfenrechts beleuchtet werden.

Die Abhandlung reiht sich insoweit in den Diskurs um die Sonderstellung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) im Unionsrecht ein. DAWI erfahren eine Privilegierung, um das Interesse der Mitgliedstaaten an der Sicherstellung einer Versorgung mit gemeinwohlorientierten Leistungen sowie das Interesse der EU an einer Einhaltung der Wettbewerbsregeln in Einklang zu bringen. Dazu zählt auch die Krankenhausversorgung. Damit lotet die Auseinandersetzung mit der deutschen Krankenhausfinanzierung zugleich die Grenzen einer beihilfenrechtskonformen Finanzierung von Gemeinwohlaufgaben aus.

Die Untersuchung beginnt mit einer Skizze der Rolle öffentlicher Krankenhäuser im Rahmen der staatlichen Daseinsvorsorge und ihrer Lage auf dem deutschen Gesundheitsmarkt. Dabei steht eine historische und verfassungsrechtliche Einordnung der Krankenhausversorgung und ihrer Finanzierung in das Konzept staatlicher Daseinsvorsorge im Vordergrund.

¹⁶ LG Tübingen, Urteil vom 23.12.2013 – 5 O 72/13, MedR 2014, 401–405; OLG Stuttgart, Urteil vom 20.11.2014 – 2 U 11/14, WuW 2015, 1055–1072; BGH, Urteil vom 24.03.2016 – I ZR 263/14, NJW 2016, 3176–3184; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.03.2017 – 2 U 11/14, NZBau 2017, 504–509.

¹⁷ BGH, Urteil vom 24.03.2016 – I ZR 263/14, NJW 2016, 3176–3184 hinsichtlich der Jahre 2014–2016; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.03.2017 – 2 U 11/14, NZBau 2017, 504–509 für die Vorjahre 2012–2013.

¹⁸ Vgl. kurzrissch etwa https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/index_en.html.

¹⁹ Damit ist die Trägerschaft der öffentlichen Hand gemeint. Eine Differenzierung nach der Rechtsform (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich) soll im Folgenden unterbleiben. Dazu Prütting, GesR 2017, 415.