



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN  
GENERALDIREKTION WETTBEWERB

Märkte und Einzelfälle V: Verkehr, Postwesen und sonstige Dienstleistungen  
**Staatsbeihilfen**

Brüssel, den 25/08/2010\*D/8844  
COMP F3/CH/fz (2010)  
A/6166 / D/157

Füßer & Kollegen Rechtsanwälte  
zH Herrn Klaus Füßer  
Thomaskirchhof 17  
04109 Leipzig  
Deutschland  
**e-mail: leipzig@fuesser.de**

**Betrifft: CP 6/2003 - Deutschland**

**Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts**

Sehr geehrter Herr Füßer,

im Anschluss an Ihr Schreiben vom 30. März 2010 möchte ich Ihnen gerne die vorläufigen Ergebnisse der wettbewerbsrechtlichen Prüfung auf der Grundlage der mir vorliegenden Informationen mitteilen.

**1. VERFAHREN**

- (1) Am 23. Januar 2003 ging bei der Generaldirektion Wettbewerb ein Schreiben der Asklepios Kliniken GmbH ein, mit welchem diese die Kommission auffordert, Verlustübernahmen und die Gewährung einer Haftungsgarantie zugunsten der in öffentlicher Trägerschaft befindlichen Krankenhäuser unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen. Des Weiteren wird beantragt, für den Fall, dass die Kommission die staatlichen Maßnahmen als Beihilfe einstuft, gemäß Art. 11 VO 659/1999/EG der Bundesrepublik Deutschland aufzutragen, die Praxis der Gewährung des Verlustausgleichs im Einzelfall zugunsten der in öffentlicher Trägerschaft befindlichen Krankenhäuser durch ihre jeweiligen Träger auszusetzen bis die Kommission eine Entscheidung in der Sache getroffen hat.
- (2) Am 10. September 2003 übermittelte die Beschwerdeführerin eine weitere Stellungnahme hinsichtlich des kürzlich ergangenen Urteils des Gerichtshofs in der Sache Altmark Trans. Am 30. Januar 2004 forderte die Beschwerdeführerin die

**Bitte geben Sie in allen Ihren Schreiben den Titel und die Nummer des Falles an.**

European Commission, Competition DG, State Aide Greffe, B-1049 Bruxelles/Brussel - Belgien

Büro: J-70 5/039 Telefon: Durchwahl (+32-2) 299.64.52 Zentrale: (+32-2) 299.11.11 Telefax: (+32-2) 296.12.42

Email: [stateaidgreffe@ec.europa.eu](mailto:stateaidgreffe@ec.europa.eu)

Kommission nach der Vorgängernorm des Art. 265 (2) und (4) AEUV zum Tätigwerden bis 29. März 2004 auf. Am 14. April 2004 übermittelte die Beschwerdeführerin die konsolidierten Zahlen der Bezuschussung von in öffentlicher Trägerschaft befindlicher Krankenhäuser in Bayern in den Jahren 2001 und 2002.

- (3) Am 13. Mai 2004 reichte die Beschwerdeführerin beim Gericht der Europäischen Union (EuG) eine Untätigkeitsklage nach der Vorgängernorm des Art. 265 (2) AEUV ein.
- (4) Am 20. Juli 2004 übermittelte die Generaldirektion Wettbewerb der Beschwerdeführerin einen Entscheidungsentwurf über die Anwendung von Art. 106 AEUV auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden (im Folgenden: Freistellungsentscheidung<sup>1</sup>) mit der Bitte zur Stellungnahme.
- (5) Nach Fristverlängerung übermittelte die Beschwerdeführerin am 14. März 2005 eine Stellungnahme.
- (6) Am 11. Juli 2007 erging das Urteil des EuG mit dem festgestellt wurde, dass in Anbetracht der Komplexität des Falles die Frist für die Kommission zu kurz war, um die vorläufige Prüfung der Vereinbarkeit der von der Beschwerdeführerin angezeigten Maßnahmen abschließen zu können. Die Dauer der Prüfung der Beschwerde war zum Zeitpunkt der Aufforderung zum Tätigwerden nicht unangemessen lang. Die Klage wurde daher abgewiesen.
- (7) Mit Schreiben vom 7. Dezember 2007 brachte die Beschwerdeführerin ergänzende Stellungnahmen vor und kündigte den Beitritt zum Verfahren des Bundesverbandes deutscher Privatkliniken (im Folgenden: BDPK) als weitere Beschwerdeführerin an, der am 23. Januar 2003 erfolgte.
- (8) Am 21. April 2008 übermittelte die Beschwerdeführerin eine nicht vertrauliche Version der Beschwerde nebst ergänzenden Stellungnahmen.
- (9) Am 29. April 2008 sandte die Generaldirektion Wettbewerb ein Auskunftersuchen an Deutschland das nach mehrfacher Fristverlängerung am 29. April 2008 beantwortet wurde.
- (10) Am 28. Mai 2009 versandte das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) ein Rundschreiben unter anderem an die Arbeitsgemeinschaft (AG) Krankenhauswesen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die kommunalen Spitzenverbände. Darin wurde eine Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 28. November 2005 (2005/842/EG) im Krankenhaussektor übermittelt (im Folgenden: Auslegungshilfe). Damit sollte sichergestellt werden, dass allen deutschen Krankenhausträgern die besonderen Anforderungen der Freistellungsentscheidung bekannt sind und diese in der Praxis umgesetzt werden können.

---

<sup>1</sup> ABI L 312/67, 29.11.2005

- (11) Am 28. Januar 2010 übermittelte die Beschwerdeführerin ihre ersten Kommentare zur Auslegungshilfe. Des Weiteren übersandten die Beschwerdeführerinnen die Stellungnahme des BDPK zum Bericht Deutschlands zum Altmark Paket der Europäischen Kommission.
- (12) Im Nachgang zu einem Treffen mit der GD Wettbewerb am 2. März 2010, übersandte die Beschwerdeführerin am 30. März weitere Kommentare zu der Auslegungshilfe.

## **2. EUROPARECHTLICHE GRUNDLAGEN**

### **2.1. Altmark-Urteil des Gerichts**

- (13) In seinem Urteil in der Rechtssache Altmark Trans stellte der Gerichtshof fest, dass der für die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 (1) TFEU darstellt, wenn 4 Kriterien erfüllt sind:
- Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
  - Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent festzulegen.
  - Drittens darf der Ausgleich nicht über das Maß hinausgehen, das erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.
  - Viertens schließlich ist für den konkreten Fall, dass das Unternehmen, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt wird, mit der sich derjenige Bewerber ermitteln ließe, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittlich gut geführtes und angemessen mit Transportmitteln ausgestattetes Unternehmen hätte.

### **2.2. Freistellungsentscheidung**

- (14) Die Kommission hat mit der Freistellungsentscheidung von 2005 die Prüfung der Vereinbarkeit von Beihilfen an Krankenhäusern konkretisiert. Die wesentlichen Bedingungen für die Vereinbarkeit, die für die Überprüfung der vorliegenden Beschwerde relevant sind, werden im Folgenden aufgeführt:

*Artikel 4 Freistellungsentscheidung – Betrauung des Krankenhauses durch öffentlichen Auftrag*

Aus dem öffentlichen Auftrag muss unter anderem Folgendes hervorgehen:

- a) Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen;
  - b) das beauftragte Unternehmen und der geografische Geltungsbereich;
  - c) Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte;
  - d) die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen;
  - e) die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw. etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden.
- (15) Die Transparenzerfordernisse, die in Artikel 4 Buchstaben c, d und e aufgeführt werden, sind erst mit 29. November 2006 in Kraft getreten.

*Artikel 5 Freistellungsentscheidung – Begrenzung der Ausgleichszahlung auf die angefallenen Kosten plus angemessener Rendite*

- (16) Die Ausgleichszahlung darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus dem für die Erfüllung dieser Verpflichtungen eingesetzten Eigenkapital abzudecken.
- (17) Es können also effektiv die gesamten angefallenen Kosten erstattet werden. Die Prüfung der Kosteneffizienz im Sinne des vierten Altmark-Kriteriums entfällt damit bei der Prüfung der Vereinbarkeit.

### **3. KRANKENHAUSFINANZIERUNG IN DEUTSCHLAND**

- (18) Die Krankenhausfinanzierung in Deutschland beruht gemäß den Vorgaben des Krankenhausfinanzierungsgesetzes des Bundes (im Folgenden: KHG) auf zwei Säulen: zum einen erfolgt die Finanzierung der Kosten des Krankenhausbetriebs durch die von den Krankenkassen zu zahlenden Pflegesätze. Zum anderen besteht eine Investitionskostenförderung durch die öffentliche Hand. Dieses duale Finanzierungssystem findet unabhängig davon Anwendung, ob das Krankenhaus in öffentlicher, privater oder gemeinnütziger Trägerschaft steht.
- (19) Daneben erfolgt eine Finanzierung außerhalb des KHG durch die Länder und kommunalen Gebietskörperschaften auf der Grundlage des sogenannten Sicherstellungsauftrags. Auf diese Förderungen wird insbesondere in der Auslegungshilfe eingegangen:

*"Die Gemeinwohlverpflichtung ihrer Tätigkeit [d.h. der Länder und kommunalen Gebietskörperschaften] ergibt sich insoweit aus dem Sicherstellungsauftrag der Länder für eine ordnungsgemäße und bedarfsgerechte stationäre Krankenhausversorgung der Bevölkerung. Der Sicherstellungsauftrag ist damit neben der dualen Krankenhausfinanzierung eine grundlegende nationale Besonderheit des deutschen Krankenhauswesens, die die deutsche Definition der DAWI entscheidend prägt. Die Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern ist eine öffentliche Aufgabe, die den Ländern im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge auf der Grundlage des Sozialstaatsprinzips nach Artikel 28, 20 GG obliegt. Öffentliche Daseinsvorsorge ist der Kernbereich kommunaler Aufgaben. Zur*

*Daseinsvorsorge zählt die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung mit einem erheblichen Anteil an der Gesundheitsversorgung durch den stationären Krankenhausbereich. Einzelheiten zu dem Sicherstellungsauftrag der Länder werden in den Krankenhausgesetzen der Länder geregelt. Der Sicherstellungsauftrag gewährleistet, dass auch kostenintensivere Leistungen erbracht werden, die für das Krankenhaus ökonomisch unattraktiver als andere Leistungsbereiche sind, wie unter anderen:*

- *eine umfassende Notfallversorgung,*
- *besondere Verpflichtungen wie etwa Hilfe im Rahmen von Katastrophen, Pandemien und Großschadensereignissen,*
- *defizitäre medizinische Behandlungsbereiche, etwa in Folge geringer Patientenzahlen,*
- *Vorhaltung von Spezialabteilungen,*
- *Behandlung von Extremkostenfällen."*

- (20) Des Weiteren wird ausgeführt, dass für die Förderungen, die auf Grundlage des Sicherstellungsauftrags gewährt werden, die relevanten Parameter vorab in einem Betrauungsaktes festzulegen sind:

*"Es muss im Vorfeld der Gewährung der Ausgleichszahlung festgelegt werden, für welche DAWI-Verpflichtungen ein Kostenausgleich auf der Grundlage welcher Parameter und in welcher Form (z. B. Entgelt, Zuschuss, Abgabenbefreiung, Übernahme von Betriebskosten, Personalgestellung, Überlassung von Sachmitteln, Bürgschaften) gewährt wird.*

*Die Leistungsbereiche, in denen Defizite zu erwarten sind, sollten daher explizit - ggf. unter Bezugnahme auf den Feststellungsbescheid nach § 8 KHG - genannt werden. Dabei sollte auch wieder besonders auf die kostenintensiveren Leistungen [siehe vorhergehende Liste], die für das Krankenhaus ökonomisch unattraktiver als andere Leistungsbereiche sind, eingegangen werden."*

## **4. SACHVERHALT**

### **4.1. Organisation der Asklepios Kliniken GmbH**

- (21) Bei den Beschwerdeführerinnen handelt es sich um den BDPK sowie Asklepios, ein Krankenhaus in privater Trägerschaft. Asklepios ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die – zum Teil über Tochtergesellschaften – in ihrem Unternehmensverbund in Deutschland insgesamt 86 Einrichtungen betreibt (Stand Januar 2010). Diese Einrichtungen sind Akutkliniken, akutnahe Rehakliniken, Rehakliniken und soziale Einrichtungen. Ein zusätzliches Betätigungsfeld ist der Abschluss von Krankenhausmanagementverträgen. Asklepios betreibt in nahezu allen deutschen Bundesländern (ausgenommen Berlin und Bremen) Krankenhäuser. Nach den Angaben von Asklepios hätten viele von ihr übernommene Kliniken zuvor in öffentlicher Trägerschaft gelegen und über einen erheblichen Zeitraum kontinuierlich Verluste erwirtschaftet. Angesichts der notorischen Finanzschwäche der kommunalen Haushalte versuchten die Gebietskörperschaften Krankenhäuser zu veräußern, die sich als Quelle dauernder Verluste erweisen.

### **4.2. Inhaltliches Vorbringen der Beschwerdeführerinnen**

- (22) Die Beschwerdeführerinnen berufen sich in ihrem Schreiben auf die wettbewerbsverzerrenden Wirkungen der Deckung von Betriebsverlusten von

Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft. Dazu wurde ein Rechtsgutachten – durchgeführt von den Rechtsanwälten Füßer & Kollegen im Januar 2003 – vorgelegt.<sup>2</sup> Darin wird ausgeführt, dass im Ergebnis die Anwendbarkeit der beihilferechtlichen Bestimmungen zu bejahen sei, der Tatbestand des Art. 107 (1) AEUV erfüllt sei, die Anwendbarkeit des Art. 107 (2) und (3) AEUV sowie eine Rechtfertigung durch Art. 106 (2) AEUV zu verneinen sei. Die Beihilfen bestünden einerseits im Ausgleich aufgelaufener Betriebsverluste zu Gunsten des Krankenhauses aus dem Haushalt des öffentlichen Trägers und andererseits, im Falle von Eigenbetrieben, aus der Gewährträgerhaftung und der Übernahme der Anstaltslast.

#### 4.2.1. Rechtsformen von Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft in Deutschland

- (23) Für Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft kämen die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen Eigenbetrieb und Regiebetrieb in Betracht, die keine vom Träger abweichende Rechtspersönlichkeit hätten. Anstalten öffentlichen Rechts seien hingegen mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet. Mögliche privatrechtliche Organisationsformen seien die GmbH und die gGmbH; dagegen schieden Stiftungen und Aktiengesellschaften aus, da aus kommunalrechtlicher Sicht zu geringe Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschäftstätigkeit bestünden.
- (24) In Bayern bestehe eine Verordnung über die Wirtschaftsführung der kommunalen Krankenhäuser (WkKV) vom 11. März 1999. Diese sei auf die als Regie- oder Eigenbetrieb oder selbständiges Kommunalunternehmen geführten Krankenhäuser anwendbar, nicht jedoch auf Krankenhäuser in einer Rechtsform des privaten Rechts, die einen kommunalen Träger haben oder an denen ein kommunaler Träger beteiligt ist. Gemäß der WkKV seien Verluste im Zweifel aus Haushaltsmitteln des Trägers auszugleichen.

#### 4.2.2. Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 107 (1) AEUV

- (25) Es handle sich bei den genannten Maßnahmen um staatliche Mittel. Die Gewährträgerhaftung, die Übernahme einer Anstaltslast und auch die Übernahme von Verlusten erfolgten im Fall von Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft durch direkte Zahlungen oder Umbuchungen aus dem öffentlichen Haushalt des betreffenden Trägers.
- (26) Hinsichtlich der Unternehmenseigenschaft und der daraus folgenden Anwendbarkeit des Art. 107 (1) AEUV differenzieren die Beschwerdeführerinnen. Die Anwendbarkeit der Beihilfenvorschriften sei jedenfalls im Fall von Krankenhäusern in privatrechtlicher Form gegeben. Rechtlich selbständige Anstalten im Sinne des deutschen Kommunalrechts unterstünden ebenfalls dem Unternehmensbegriff. Bei unselbständigen Anstalten des Kommunalrechts sei zu differenzieren, ob es sich dabei um Eigenbetriebe oder Regiebetriebe handele. Regiebetriebe unterfielen nicht dem beihilferechtlichen Unternehmensbegriff, da sie nichts als ein mit gesonderter Bezeichnung nach außen auftretendes Organ der

---

<sup>2</sup> Rechtsgutachten zur Beurteilung der Praxis des Ausgleichs der bei Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft anfallenden Verluste durch ihre Träger aus der Sicht des europäischen Beihilferechts

Gemeindeverwaltung ohne abgegrenzte Betriebsqualität seien und damit als Teil der öffentlichen Verwaltung grundsätzlich nicht beihilfefähig seien.

- (27) Einen wirtschaftlichen Vorteil erhielten selbst die in privater Trägerschaft – ohne Beteiligung der öffentlichen Hand – befindlichen Krankenhäuser dadurch, dass in finanzieller Bedrängnis befindliche Krankenhäuser zumindest in einigen Fällen durch das Eingreifen der öffentlichen Hand vor der Einstellung der Geschäftstätigkeit geschützt worden seien. Selbst wenn dafür kein konkretes Datenmaterial vorliege, könne doch vermutet werden, dass zumindest in einigen Fällen eine Begünstigung erfolgt sei.
- (28) Bei Unternehmen mit Beteiligung der öffentlichen Hand sei hinsichtlich des Ausmaßes der Begünstigung zu unterscheiden, ob es sich um einen Eigenbetrieb, eine öffentlich-rechtliche Organisationsform oder eine privatrechtliche Organisationsform handele. Im Fall des Eigenbetriebs komme es zusätzlich zur Verlusttragung auch zur Haftung für Verbindlichkeiten durch die Gewährträgerhaftung und die Übernahme der Anstaltslast. Dies führe zu einer höheren Bonität der Eigenbetriebe gegenüber deren Vertragspartnern und zu einer günstigeren Refinanzierungsmöglichkeit der in öffentlicher Trägerschaft befindlichen Krankenhäuser.
- (29) Es sei zumindest in Bayern davon auszugehen, dass es sich bei den Kliniken, die in erheblichem Ausmaß bezuschusst würden, um Eigenbetriebe handele. In Bayern seien die öffentlichen Träger gemäß der WkKV verpflichtet, die Verluste zu tragen. Dies ermögliche einen wirtschaftlichen Vorteil bei der Suche nach Personal, da ein krisenfester Arbeitsplatz angeboten werden könne. Des Weiteren müssten diese Kliniken keine Rücklagen für wirtschaftlich schwierigere Zeiten bilden. Im Fall einer Anstalt öffentlichen Rechts als öffentlich-rechtlicher Organisationsform würden die Ausführungen zum Eigenbetrieb entsprechend gelten.
- (30) Bei privatrechtlichen Organisationsformen komme eine Gewährträgerhaftung durch den öffentlichen Träger nicht vor. Ein Verlustausgleich könne jedoch – wie im Fall der Klinik in Freising (Bayern) – vorliegen. Aufgrund der Verkaufsbereitschaft der öffentlichen Träger in verschiedenen Fällen bestehe die Vermutung, dass die öffentlichen Träger nicht von einer langfristigen Gewinnerwartung ausgehen, und es sich daher nicht um einen Betrieb handele, der Gewinne erziele. Die Beschwerdeführerinnen sehen darin eine Beihilfe, da ein privater Investor einen derartigen Verlustausgleich nicht vornehmen würde.
- (31) Der Ausgleich von Betriebsverlusten bei in öffentlicher Hand befindlichen Krankenhäusern sei gängige Praxis, auch wenn dafür keine verlässlichen Zahlen vorlägen. Stichprobenartige Erhebungen des bayrischen Landkreistages zeigten hingegen, dass die an den Erhebungen teilnehmenden Landkreise in den Jahren 2001 bzw. 2002 Zuschüsse von rd. € 27,9 Mio bzw. rd. € 30,7 Mio an die von ihnen getragenen Krankenhäuser geleistet hätten. Rechne man diese Zahlen auf den Bundesmaßstab hoch, ergäben sich jährliche Zuschüsse von mehreren 100 Millionen Euro, die öffentliche Träger an ihre Krankenhäuser leisteten. In den Jahren 1995 bis 1997 hätten die Krankenhäuser der Landkreise Bayerns insgesamt jeweils Zuschüsse in Höhe von rund 69,3 Mio; 84,8 Mio und 31,2 Mio DM zur Deckung von Verlusten erhalten. Nicht nur in Bayern, sondern überall dort, wo sich Krankenhäuser in kommunaler Hand befänden, sei die Lage der öffentlichen

Krankenhäuser besonders prekär. Weitere aus der Presse entnommene Beispiele aus sechs Bundesländern seien ein Beleg für eine bundesweite Praxis des Verlustausgleiches mindestens einiger öffentlicher Krankenhäuser.

- (32) Die Vorteilsgewährung erfolge ohne Gegenleistung der Krankenhäuser, da diese keine besonderen Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllten.
- (33) Die Selektivität der Maßnahmen bestehe in der Begünstigung bestimmter Krankenhäuser. Die Gewährung von Garantien und Begleichung von Defiziten erfolge nur zugunsten einiger Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft.
- (34) Es bestehe eine Konkurrenzsituation in der Erbringung von Krankenhausleistungen an im Inland ansässigen Patienten. Dabei gebe es eine Wahlfreiheit der Patienten, in welches Krankenhaus sie sich zur Behandlung begäben. Dies erfolge in Abhängigkeit der Akutlage der zu behandelnden Erkrankung. Im Bereich spezialisierter Behandlungen seien den Patienten bekannte oder von ihnen nur vermutete Qualitätsunterschiede in der Behandlungsqualität verschiedener Kliniken ausschlaggebend, um sich auch in vom Wohnort weiter entfernte Anstalten zu begeben.
- (35) Der Handlungsspielraum von Krankenhäusern in privater Trägerschaft sei insofern limitiert, als die für die Patientenwahl so wichtige Qualität und Ausstattung des Krankenhauses aus den laufenden Erträgen finanziert werden müsse. Im Gegensatz dazu seien jene Krankenhäuser im Vorteil, deren Träger die Unterstützung nicht von Rentabilitätsabwägungen abhängig machten.
- (36) Der innergemeinschaftliche Handel mit Krankenhausdienstleistungen sei beeinträchtigt, da eine grenzüberschreitende Inanspruchnahme medizinischer Dienstleistungen im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erschwert sei, wenn eine medizinische Dienstleistung im jeweiligen Herkunftsmitgliedstaat nicht oder nicht rechtzeitig verfügbar sei. Im grenznahen Bereich zu anderen europäischen Ländern bestehe eine latente Konkurrenz auf der Ebene der sog. Akut- und Allgemeinkliniken. Auch seien einige spezialisierte Behandlungsmethoden nur im Ausland möglich. Zudem könne es in einzelnen Ländern zu Versorgungsengpässen bei medizinischen Behandlungen kommen, was ein "Hospital Shopping im Ausland" noch weiter begünstige. Auch die gezielte Vermittlung von Patienten zur Behandlung ins Ausland bzw. das gezielte Anwerben ausländischer Patienten habe sich etabliert.
- (37) Die Beschwerdeführerinnen erläutern, dass der Gerichtshof in seiner Altmark-Rechtsprechung öffentliche Dienstleistungen mit regionalem Charakter ohne grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung nicht vom Tatbestand des Art. 107 (1) TFEU ausnehme. Eine Wettbewerbsbeschränkung liege bereits dann vor, wenn sich die Chancen eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens, seine Dienstleistungen im Inland zu erbringen, verringerten.

#### 4.2.3. *Vorliegen einer Beihilfe im Lichte der Altmark Rechtsprechung*

- (38) Es fehle im vorliegenden Fall an der Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen. Da nicht nur die begünstigten Krankenhäuser mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut seien, sondern dies für alle Krankenhäuser unabhängig von deren Trägerschaft zutrefte, bestehe keine

besondere Aufgabenerfüllung der begünstigten Unternehmen. Die Versorgungsbreite der Krankenhäuser ergebe sich aus den Versorgungsverträgen, welche sowohl für Krankenhäuser in privater als auch in öffentlicher Trägerschaft in unterschiedlicher Gestalt vorkommen könnten. Auch gebe es keine Parameter für die Feststellung der Bedingungen eines Verlustausgleichs. Eine Überkompensation für eine Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bestehe darin, dass die Kosten der Krankenhäuser bereits durch die Bereitstellung von Investitionsbeiträgen, Fördergeldern und den Behandlungsbeiträgen der Kostenträger gedeckt sei.

#### 4.2.4. *Vereinbarkeit der Beihilfe nach Art. 107 (2) und (3) AEUV*

(39) Die Beschwerdeführerinnen tragen vor, dass weder die Rechtfertigungsgründe des Art. 107 (2) noch jene des (3) TFEU erfüllt seien.

#### 4.2.5. *Vereinbarkeit der Beihilfe nach Art. 106 (2) AEUV auf Grundlage der Freistellungsentscheidung*

(40) Die Beschwerdeführerinnen bestreiten grundsätzlich die Notwendigkeit einer Sonderregelung für Krankenhäuser. Es sei sogar rechtswidrig, den gesamten Krankenhausbereich nach Art. 106 (2) AEUV vom Beihilfeverbot auszunehmen. Die Regelungen des Altmark-Urteils des Gerichts seien ausreichend, um die Versorgung mit Krankenhausdienstleistungen sicherzustellen.

(41) Falls die Kommission nichtsdestotrotz an der Freistellungsentscheidung festhalte, werden folgende Änderungen vorgeschlagen:

- Eine DAWI im Sinne des Art. 106 (2) AEUV kann nur eine Gemeinwohlverpflichtung betreffen, die ohne die Ausgleichszahlung nicht erfüllt werden kann und für deren Kosten nicht bereits andere Mittel (z. B. Krankenhausfinanzierung) zur Verfügung gestellt werden und die andere Marktteilnehmer ohne Ausgleichszahlung nicht erbringen.
- Die Ausgleichszahlung kann nur in Höhe der Kosten erfolgen, die auch ein wirtschaftlich handelnder Dritter hätte aufwenden müssen.
- Zur Erhöhung der Transparenz soll ein europäisches Zentralregister eingerichtet werden, in dem Informationen zu jeder gewährten Ausgleichszahlung öffentlich einsehbar sind.

#### 4.2.6. *Auslegung- und Anwendungshilfe des BMG zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung*

(42) Die Beschwerdeführerinnen betonen, dass sowohl öffentliche als auch private Krankenhäuser im selben Ausmaß zur Sicherstellung der Versorgung beitragen, indem sie Behandlungsmöglichkeiten für den Bedarfsfall vorhielten. Es sei – auch ohne die in Rede stehenden Maßnahmen – nicht von Versorgungsengpässen auszugehen, weil gegebenenfalls andere Krankenhäuser in der Lage wären, den Bedarf zu decken. Alle Krankenhäuser in Deutschland seien nach den Krankenhausplänen der jeweiligen Bundesländer per Sicherstellungsauftrag verpflichtet, die Krankenhausversorgung der Bevölkerung einschließlich der Notfallversorgung auch bei Großschadensereignissen zu gewährleisten. Da

Krankenhäuser in Deutschland schon aufgrund der Krankenhauspläne der Länder oder entsprechender Versorgungsverträge mit den Krankenkassen verpflichtet seien, ein umfassendes Leistungsangebot zur Versorgung der Bevölkerung vorzuhalten, erbrächten alle in das öffentliche Gesundheitssystem eingebundenen Krankenhäuser dieselbe Leistung.

- (43) Auch die in der Auslegungshilfe angeführten "ökonomisch unattraktiven" Leistungen würden von allen für diese Leistungen zugelassenen Krankenhäusern erbracht und im Rahmen der regulären Krankenhausfinanzierung vergütet. Es gebe entsprechende gesetzliche Regelungen, die die Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen zwischen Krankenhaus und Kostenträger für Leistungen, die aufgrund von geringem Versorgungsbedarfs mit den üblichen Fallpauschalen nicht kostendeckend finanzierbar sind, vorsähen.
- (44) Dass die Erfüllung des Sicherstellungsauftrages auch in Regionen mit geringen Patientenzahlen unabhängig von der Trägerschaft des einzelnen Krankenhauses möglich sei, zeige sich nicht zuletzt daran, dass es Krankenhäuser in privater Trägerschaft seien, die die Sicherstellung der stationären medizinischen Versorgung auf den Inseln Helgoland und Sylt erfüllten.
- (45) In Übereinstimmung mit ihren allgemeinen Ausführungen zur Freistellungsentscheidung sind die Beschwerdeführerinnen der Meinung, dass ein Verlustausgleich nur einzelfallabhängig und nur dort erfolgen könne, wo er auch tatsächlich notwendig ist.
- (46) Die Beschwerdeführerinnen haben eine überarbeitete Version der Auslegungshilfe vorgelegt, von der sie behaupten, dass sie mit der Freistellungsentscheidung vereinbar sei, soweit dies überhaupt möglich sei.
- (47) Besonders wichtig erscheinen den Beschwerdeführerinnen Änderungsvorschläge bezüglich der Definition der zusätzlich erbrachten Leistung, die eine zusätzliche – über das duale KHG-System hinausgehende – Finanzierung rechtfertigen würden. Es wird unter anderem die Aufnahme folgender Definition für diese zusätzliche Gemeinwohlverpflichtung und deren Finanzierung vorgeschlagen:

*"Soweit es für das betreffende Krankenhaus zu einer Mittelzuführung außerhalb der nach KHG, Landeskrankenhausgesetze und Krankenhausentgeltgesetz vorgesehenen Finanzierungswege kommt, insbesondere in Form der Deckung von Betriebsverlusten, die unbeschadet der aus vorgenannten Finanzierungswegen enthaltenen Mittelzuflüsse verbleiben, ist der Grund für die Defizite anzugeben und die den Defiziten gegenüberstehende spezifisch rechtfertigende Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gesondert zu bezeichnen. Weiterhin ist anzugeben, warum für die angefallenen Verluste in den eingangs genannten Regelungswerken bzw. Finanzierungswegen keine Deckung zu erreichen war."*

- (48) Darüber hinaus wird die Einrichtung eines nationalen Transparenzregisters, in dem alle geleisteten Ausgleichszahlungen zentral erfasst werden, als notwendig erachtet.

## **5. MITTEILUNG DEUTSCHLANDS**

- (49) Die Bundesregierung ist der Ansicht, dass sowohl die Definition einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als auch die Bestimmung des Ausgleichs der Kosten in der neueren Rechtsprechung des

Gerichtshofs (vgl. EuG, Urteil vom 12. Februar 2008, Rs. T-289/03, *BUPA u.a. gegen Kommission*, Rn 166, 169; s. a. EuG, Urteil vom 15. Juni 2001, Rs. T-17/02, *Fred Olsen*, Rn 216) den Mitgliedstaaten überlassen seien, so dass nur offenkundige Beurteilungsfehler der Kontrolle durch die Kommission unterworfen seien. Die Sicherung der flächendeckenden, qualitativ hochwertigen stationären Versorgung der Bevölkerung stelle für die damit betrauten Krankenhäuser eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dar.

- (50) Des Weiteren merkt Deutschland an, dass aus dieser Rechtsprechung der Sinn und Zweck des Erfordernisses der vorherigen transparenten Festlegung von objektiven Parametern zur Berechnung der gewährten Ausgleichszahlungen erneut deutlich würde: Es soll verhindert werden, dass die Mitgliedstaaten in missbräuchlicher Weise auf den Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurückgreifen, um Vergünstigungen zu gewähren, die in Wahrheit gar keine Ausgleichszahlungen für besondere Aufgaben im Gemeinwohl sind (EuG, Urteil vom 12. Februar 2008, Rs. T-289/03, *BUPA u.a. gegen Kommission*, Rn 214).
- (51) Welche Parameter genau als Anknüpfungspunkt für die Ausgleichszahlung zu wählen seien, damit ein hinreichend bestimmter Betrauungsakt vorliege (wie etwa die Art und Menge der erbrachten Leistungen oder der jeweils benötigte Einsatz von Material und Arbeitskräften), sei - aus Sicht Deutschlands - in der Freistellungsentscheidung nicht geregelt. Dort sei in Artikel 4 lediglich allgemein von Parametern für die Berechnung die Rede, was für die Möglichkeit eines flexiblen Vorgehens spreche. Strenge Anforderungen an die inhaltliche Detailliertheit des Betrauungsakts dürften wegen der Definitions- und Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten aus Sicht Deutschlands daher nur dann gestellt werden, wenn der Charakter der geförderten Tätigkeit als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse fraglich sei. Wo – wie bei der Finanzierung von Krankenhäusern – eindeutig eine Ausgleichszahlung für Gemeinwohlleistungen vorliege, fehle es aber an jeglichem Risiko des Missbrauchs durch die Mitgliedstaaten, was sich auch auf die Anforderungen an entsprechende Betrauungsakte auswirken müsse.
- (52) Der allgemein gehaltene Wortlaut des Artikel 4 der Freistellungsentscheidung stünde einer flexiblen Auslegung je nach betroffenem Wirtschaftszweig nicht entgegen, sondern wäre angesichts der oben angeführten Rechtsprechung einerseits und der Vielzahl der von der Freistellungsentscheidung erfassten Tätigkeiten und Unternehmen andererseits sogar notwendig.
- (53) Deutschland hat der Generaldirektion Wettbewerb die erbetenen Informationen zu sechs Krankenhäusern in Deutschland übermittelt: Universitätsklinikum Göttingen, Universitätsklinikum Schleswig-Holstein, Klinikum Stuttgart (Eigenbetrieb), Städtische Kliniken Frankfurt am Main-Höchst, Kliniken des Landkreises Karlsruhe-Fürst Stirum Klinik in Bruchsal und Rechbergklinik in Bretten, Krankenhaus Plettenberg gGmbH.
- (54) Alle Krankenhäuser erwirtschafteten hiernach im abgefragten Zeitraum von 2004 bis 2007 Verluste aus dem Krankenhausbetrieb, die durch direkte Verlustausgleiche und Investitionsförderungen der Träger ausgeglichen wurden.

Zudem wurden der Kommission auch die Betrauungsakte und die rechtlichen Grundlagen für die erfolgten Förderungen übersandt.

## 6. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

### 6.1. Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 107 (1) AEUV

(55) Gemäß Art. 107 (1) AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

#### 6.1.1. Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen

(56) Der Vorteil muss aus Haushaltsmitteln des Mitgliedstaats geleistet werden. Eine Belastung des Haushalts kann durch eine Zahlung oder durch den Verzicht auf eine Einnahme erfolgen. Staatliche Garantieleistungen belasten ebenso den Finanzhaushalt, da die Belastung selbst noch nicht eingetreten sein muss. Im Sinne der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften<sup>3</sup> liegt die staatliche Mittelherkunft bei Garantien im Verzicht des Staates auf eine angemessene Prämie. Dies führt zu einem Verlust staatlicher Ressourcen.

(57) Im vorliegenden Fall kam und kommt es zu einem Ausgleich von Verlusten der Krankenhäuser durch Mittel des Trägers. Da die Träger der Krankenhäuser die Länder oder Landkreise sind, handelt es sich um staatliche Mittel. Gleiches gilt für die Gewährträgerhaftung bzw. die Übernahme einer Anstaltslast.

#### 6.1.2. Unternehmen als Begünstigte

(58) Im Rahmen des Wettbewerbsrechts umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.

(59) Für die Beurteilung sind dabei Rechtsform und das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht unerheblich, sondern allein ob Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt erbracht werden. Dies ist der Fall, da alle Krankenhäuser gleich welcher Rechtsform Gesundheitsdienstleistungen auf dem entsprechenden Markt anbieten.

(60) Die Auffassung der Beschwerdeführerin vorträgt, dass Regiebetriebe ein nach außen auftretendes Organ der Gemeindeverwaltung ohne abgegrenzte Betriebsqualität seien und deshalb als Teil der öffentlichen Verwaltung grundsätzlich nicht beihilfefähig seien, wird daher nicht geteilt. Aus den obigen

---

<sup>3</sup> ABI C 155/10, 20.6.2008

Gründen Können auch Regiebetriebe Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts sein.

#### *6.1.3. Begünstigungswirkung der Maßnahmen*

- (61) Ein Unternehmen ist begünstigt, wenn diesem ein Vorteil zuteil wird, ohne dass das Unternehmen dafür eine Gegenleistung zu erbringen hat. Im Rahmen der Prüfung einer Begünstigungswirkung einer Maßnahme kommt der "Private Investor Test" zur Anwendung, welcher danach fragt, ob auch ein privater Investor in derselben Situation derartige Maßnahmen vorgenommen hätte.
- (62) Die Beschwerdeführerin trägt vor, dass ein privater Investor derartige Maßnahmen nicht vorgenommen hätte, da es sich aufgrund der mangelnden langfristigen Gewinnerwartung des öffentlichen Trägers nicht um rentable Betriebe handle.
- (63) Aus einem Verlustausgleich direkt auf eine mangelnde langfristige Gewinnerwartung zu schließen erscheint nicht überzeugend. Dennoch ist davon auszugehen, dass ein privater Investor nicht bereit wäre, dauerhaft defizitäre Betriebe finanziell zu stützen sowie eine Haftung für deren Verbindlichkeiten zu übernehmen.
- (64) Im vorliegenden Fall besteht die Begünstigung darin, dass durch den Verlustausgleich den Krankenhäusern zusätzliche Mittel zur Verfügung gestellt werden, welche diese zur Anschaffung von zusätzlicher Ausstattung oder Personal verwenden können. Die Gewährträgerhaftung bringt eine höhere Bonitätseinstufung für Eigenbetriebe, Regiebetriebe und die Anstalten öffentlichen Rechts.

#### *6.1.4. Selektivität der Maßnahmen*

- (65) Eine Maßnahme ist selektiv, wenn sie nicht allen Unternehmen eines Mitgliedstaats zugute kommt, sondern auf bestimmte Unternehmen, Sektoren oder Regionen beschränkt ist.
- (66) Im vorliegenden Fall besteht die Selektivität der Maßnahmen darin, dass der Verlustausgleich bzw. die Gewährträgerhaftung nur öffentlichen Krankenhäusern zugute kommt. Diese Maßnahmen stehen nicht allen Krankenhäusern offen, sondern beschränken sich auf bestimmte Unternehmen.

#### *6.1.5. Wettbewerbsverfälschung*

- (67) Eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 (1) TFEU verfälscht den Wettbewerb oder droht diesen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt zu verfälschen.
- (68) Der sachlich relevante Markt besteht aus den öffentlichen und privaten Krankenhäusern, da aus Nachfragersicht im Fall einer Erkrankung die ärztlichen Dienstleistungen nicht durch andere Unternehmen als Krankenhäuser ersetzt werden können. Die Definition des räumlich relevanten Marktes besteht in Abhängigkeit von der Akutlage der zu behandelnden Erkrankung. Im Fall von spezialisierten Behandlungen ist der räumlich relevante Markt weiter zu fassen als im Fall von akuten Erkrankungen.

- (69) Der Verlustausgleich führt zu einer Wettbewerbsverfälschung, da bedingt durch die Zuführung finanzieller Mittel eine bessere Ausstattung mit personellen und sachlichen Ressourcen herbeigeführt werden kann. Wettbewerbern ohne Verlustausgleich ist dies nicht möglich. Die Ausstattung eines Krankenhauses hat insbesondere im Bereich der spezialisierten Behandlungen Einfluss auf die Auswahl des Behandlungsorts der Patienten. Eine Gewährträgerhaftung führt gleichfalls zu einer Wettbewerbsverfälschung, da diese dem Krankenhaus eine höhere Bonität verleiht.

#### *6.1.6. Handelsbeeinträchtigung*

- (70) Damit der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann, ist Voraussetzung, dass ein derartiger grenzüberschreitender Handel überhaupt besteht.
- (71) Dazu bringt die Beschwerdeführerin vor, dass es sowohl das gezielte Vermitteln bzw. auch das gezielte Anwerben von Patienten aus dem Ausland gäbe. Außerdem ist es ausländischen Investoren möglich, Krankenhäuser in Deutschland zu erwerben und zu betreiben. Insofern haben die staatlichen Maßnahmen auch einen Einfluss auf den innergemeinschaftlichen Handel mit Gesundheitsdienstleistungen.

### **6.2. Vorliegen einer Beihilfe im Lichte der Altmark Rechtsprechung**

- (72) Wenn die vier Voraussetzungen Altmark Trans Urteils erfüllt sind, stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe dar, sodass die Art. 107 und 108 AEUV nicht anwendbar sind.
- (73) Deutschland konnte in seiner Mitteilung nicht nachweisen, dass der Verlustausgleich und die Gewährträgerhaftung den zusätzlichen Kosten entsprechen, die einem gut geführten Unternehmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstünden. Ob die weiteren Altmark-Kriterien erfüllt sind, kann daher dahingestellt bleiben.
- (74) Die gewährten Verlustausgleiche und Gewährträgerhaftungen sind als staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 107 (1) AEUV anzusehen.

### **6.3. Vereinbarkeit der Beihilfe nach Art. 107 (2) und (3) AEUV**

- (75) Der Generaldirektion Wettbewerb liegen keine Hinweise vor, dass es sich bei den vorliegenden Beihilfen um Maßnahmen handelt, welche einen Tatbestand des Art. 107 (2) oder (3) AEUV erfüllen. Es handelt sich nicht um Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, da die Maßnahmen nicht an Endverbraucher gewährt werden. Es liegen auch keine Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse vor. Des Weiteren handelt es sich nicht um Beihilfen aus Gründen der Teilung Deutschlands, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Maßnahmen, die ostdeutschen öffentlichen Krankenhäusern gewährt werden, nachteilige Folgen ausgleichen sollen. Es liegen auch keine Hinweise auf eine Regionalbeihilfe vor. Auch ist ein Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse, die Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben

Deutschlands oder die Intention der Förderung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete nicht ersichtlich.

#### **6.4. Vereinbarkeit der Beihilfe nach Art. 106 (2) AEUV**

- (76) Nach Art. 106 (2) AEUV gelten die Vorschriften des AEUV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.
- (77) Die Kommission hat in ihrer Freistellungsentscheidung näher bestimmt, unter welchen Voraussetzungen staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen und demzufolge von der in Art. 108 (3) AEUV verankerten Anmeldepflicht freigestellt werden können.

##### *6.4.1. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse*

- (78) Erste Voraussetzung für die Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt nach Artikel 4 Freistellungsentscheidung ist das Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Im Sinne des Erwägungsgrundes Nr. 7 der Freistellungsentscheidung und nach ständiger Rechtsprechung verfügen die Mitgliedstaaten in der Frage, welche Arten von Leistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen sind, über einen großen Ermessensspielraum. Es ist jedoch festzuhalten, dass es sich bei dieser Dienstleistung dem Grunde nach um eine Leistung handelt, die in dieser Form oder in diesem geografischen Gebiet weder vom betrauten Unternehmen noch von einem Mitbewerber erbracht werden würden, wenn der entstehende Verlust nicht ausgeglichen würde.
- (79) Die in Rede stehende Gemeinwohlverpflichtung der Krankenhäuser ergibt sich gemäß der Auslegungshilfe daraus, dass es einen Sicherstellungsauftrag der Länder für eine ordnungsgemäße und bedarfsgerechte stationäre Krankenhausversorgung der Bevölkerung gibt. Dieser Sicherstellungsauftrag gewährleistet, dass auch kostenintensivere Leistungen erbracht werden, die für das Krankenhaus ökonomisch unattraktiver als andere Leistungsbereiche sind. Beispielhaft aufgezählt werden dabei eine umfassende Notfallversorgung; besondere Verpflichtungen wie etwa Hilfe im Rahmen von Katastrophen, Pandemien und Großschadensereignissen; defizitäre medizinische Behandlungsbereiche, etwa in Folge geringer Patientenzahlen; Vorhaltung von Spezialabteilungen; Behandlung von Extremkostenfällen.
- (80) Es liegt im Ermessen des Mitgliedstaats zu definieren, in welchem Ausmaß Krankenhausleistungen zu erbringen sind bzw. wie der Qualitätsstandard oder Versorgungsgrad dieser Dienstleistungen ausgestaltet sein soll.
- (81) Insofern geht die Argumentation der Beschwerdeführerin ins Leere, soweit sie vorträgt, dass die in der Auslegungshilfe beispielhaft aufgezählten Leistungen von allen für diese Leistung zugelassenen Krankenhäusern erbracht würden. Es besteht

für die Krankenhäuser in privater Trägerschaft gerade keine Verpflichtung, die bestehende Versorgung in räumlicher und qualitativer Hinsicht zu jedem Zeitpunkt sicherzustellen. Es ist zum Beispiel durchaus möglich, dass ein Krankenhaus in privater Trägerschaft aufgrund wirtschaftlicher Probleme seinen Betrieb ganz oder teilweise einstellt. Es liegt hier keine Verpflichtung des privaten Trägers vor, seinen Betrieb trotz wirtschaftlicher Schwierigkeiten aufrechtzuerhalten.

- (82) Zusätzlich ist auch Art. 168 (7) AEUV zu beachten, wonach Definition, Ausgestaltung und Finanzierung des Gesundheitswesens der nationalen Gestaltungshoheit unterliegen. Die Organisation des Gesundheitswesens fällt daher in vollem Umfang in die Verantwortung der Mitgliedstaaten.
- (83) Es liegt daher im Ermessensspielraum Deutschlands einzelne Krankenhäuser zur Erbringung zusätzlicher Leistungen zu verpflichten, um die Sicherstellung der Versorgung im gewünschten Ausmaß zu gewährleisten.

#### 6.4.2. *Transparenter Betrauungsakt*

- (84) Artikel 4 Freistellungsentscheidung verlangt, dass im Vorhinein ein transparenter Betrauungsakt erstellt wird. Es müssen dabei die nach dem Sicherstellungsauftrag zu erbringenden Krankenhausleistungen als auch die Parameter der Vergütung festgelegt werden, damit eine Überkompensation des betrauten Krankenhauses verhindert wird.
- (85) Dabei ist den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen in Nummer (47) grundsätzlich zuzustimmen: Der Betrauungsakt soll die zusätzlich erbrachten Krankenhausleistungen klar benennen, und die Defizite, die aus der Erbringung dieser Leistungen entstehen, sind zu belegen.
- (86) Hat sich beispielsweise ein Landkreis entschieden, die Verluste der Abteilung XY, die aufgrund einer zu geringen Patientenzahl entstehen, jährlich abzudecken, sind die aufgelaufenen Verluste und die Gründe für deren Entstehung entsprechend zu dokumentieren. Es muss aus diesen Unterlagen klar hervorgehen, dass es die gewährten Mittel nur zur Abdeckung der Verluste dieser Abteilung verwendet werden.
- (87) Die entsprechenden Ausführungen in der Auslegungshilfe erscheinen jedoch ausreichend, um diese Transparenz zu gewährleisten. Wie in Nummer (20) zitiert, verlangt die Auslegungshilfe die Beschreibung der zusätzlich erbrachten Leistungen, die Darlegung der Gründe für die dadurch entstehenden Defizite und die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlung.
- (88) Es ist daher davon auszugehen, dass durch die Umsetzung der Auslegungshilfe die geforderte Transparenz im Sinne des Artikels 4 Freistellungsentscheidung geschaffen wird.
- (89) Bezüglich der zusätzlichen Forderung der Beschwerdeführerinnen nach einem nationalen Transparenzregister, hat die Kommission in ihrer Entscheidung vom 28. Oktober 2009 betreffend der Finanzierung der öffentlichen Krankenhäuser der Region Brüssel (Abl. C/74/2010), Rn. 214, grundsätzlich festgestellt, dass die Forderung nach Transparenz an die Mitgliedstaaten gestellt wird, damit die

Kommission rechtmäßig ihre Befugnisse bei der Kontrolle staatlicher Beihilfen ausüben kann.

- (90) Um diese Kontrolle zu ermöglichen, verlangt die Freistellungsentscheidung individuelle Betrauungsakte. Es wird aber nicht gefordert, dass die Mitgliedstaaten nationale Transparenzregister einrichten sollen, in denen alle geleisteten Ausgleichszahlungen zentral zu erfassen sind. Die Freistellungsentscheidung enthält folglich keine rechtliche Verpflichtung für die Einführung eines nationalen Transparenzregisters.
- (91) Zur praktischen Umsetzung der Auslegungshilfe und der am Markt tatsächlich vorhandenen Transparenz hat das BMG mitgeteilt, dass eine flächendeckende Anpassung der Betrauungsakte auf Grundlage der Auslegungshilfe erfolgt. Auch wird die Frage, ob ein Betrauungsakt vorliegt, regelmäßig im Rahmen der Jahreswirtschaftsprüfung der Krankenhäuser überprüft. Schließlich veröffentlichen viele Kommunen und Landkreise ihre Betrauungsakte im Internet. Der Generaldirektion Wettbewerb selbst ist kein Fall bekannt, in dem der Betrauungsakt nicht öffentlich zugänglich wäre.
- (92) Marktteilnehmer können sich also durch Einsicht in die Betrauungsakte Transparenz darüber verschaffen, welche zusätzlichen Aufgaben ein Krankenhaus aufgrund des Sicherstellungsauftrags übernommen hat und wie deren Finanzierung erfolgt.

#### 6.4.3. *Keine Überkompensation*

- (93) Gemäß Artikel 5 Freistellungsentscheidung darf die Ausgleichszahlung nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus dem für die Erfüllung dieser Verpflichtungen eingesetzten Eigenkapital abzudecken.
- (94) Es ist zuerst anzumerken, dass sich die Beschwerde generell auf die Regelungen des Verlustausgleichs und der Gewährträgerhaftung bezieht. Da es außerhalb der Möglichkeiten der Generaldirektion Wettbewerb liegt, die Buchhaltung aller Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft zu überprüfen, sind beispielhaft 6 Krankenhäuser abgefragt worden.
- (95) Aus den vorliegenden Informationen ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte, die die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der aufgrund des Sicherstellungsauftrages gewährten Beihilfen in Zweifel ziehen würden:
- Alle 6 Krankenhäuser sind mit der Erbringung von zusätzlichen Krankenhausleistungen, um die Sicherstellung der Versorgung zu gewährleisten, betraut.
  - Die Gewinn- und Verlustrechnungen aller untersuchten Krankenhäuser zeigen in den Jahren von 2004 bis 2007 Verluste aus Krankenhausdienstleistungen.
- (96) Darüber hinaus kann den Beschwerdeführerinnen nicht darin gefolgt werden, dass Ausgleichszahlungen nur in Höhe der Kosten, die ein wirtschaftlich handelnder Dritter aufwenden würde, gewährt werden sollten. Der Gerichtshof hat in seinem

jüngsten Urteil vom 1. Juli 2010 in der Rs. T-568/08 *M6 gegen Kommission* erneut bestätigt (siehe Rn. 139 ff.), dass die Kommission nicht befugt ist, die Effizienz des betrauten Unternehmens als Kriterium für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Ausgleichszahlung unter Artikel 106(2) AEUV heranzuziehen.

- (97) Die untersuchten Krankenhäuser sind daher nicht in den Genuss einer Überkompensation gekommen, und die Beihilfen, die den untersuchten Krankenhäusern aufgrund des Sicherstellungsauftrags gewährt wurden, können als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden.
- (98) Sollte im Einzelfall ein Betrauungsakt nicht alle Transparenzfordernisse im Sinne der Auslegungshilfe und des Artikels 4 Freistellungsentscheidung, der mit 29. November 2006 vollumfänglich in Kraft getreten ist, erfüllt haben, würde dadurch die Vereinbarkeit der gewährten Beihilfen jedoch nicht in Frage gestellt. Es liegen nämlich ex post keinerlei Anhaltspunkte vor, die die Notwendigkeit der zusätzlich gewährten Beihilfen zur Sicherstellung der Versorgung in Zweifel ziehen würden.

## **6.5. Zusammenfassung**

- (99) Die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Beschwerde bezieht sich im Wesentlichen auf die Frage der Definition von Krankenhausleistungen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, einer eventuellen Überkompensation öffentlicher Krankenhäuser sowie der Festlegung von Parametern zur Vermeidung der Überkompensation. Die Generaldirektion Wettbewerb hat trotz der allgemein gehaltenen und wenig durch konkrete Zahlen und Beispiele fundierten Beschwerde eine ausführliche Überprüfung der Beschwerde vorgenommen und kommt zum Ergebnis, dass im untersuchten Zeitraum keine Überkompensation der überprüften öffentlichen Krankenhäuser stattgefunden hat.
- (100) Die vom BMG herausgegebene Auslegungshilfe regelt die Umsetzung der Freistellungsentscheidung im Krankenhausbereich und schafft dadurch die Grundlage für die geforderte Transparenz im Sinne des Artikels 4 Freistellungsentscheidung. Die Auslegungshilfe ist insbesondere zu begrüßen, weil sie den betroffenen öffentlichen Krankenhäusern erläutert, welche Gemeinwohlverpflichtungen im Krankenhausbereich bestehen, wie Betrauungsakte ausgestaltet sein sollen und auf welche Art und Weise Parameter im Sinne der Artikel 4 und 5 Freistellungsentscheidung definiert werden sollen.

## **7. SCHLUSSFOLGERUNG**

- (101) Auf der Grundlage der verfügbaren Informationen sind die zuständigen Dienststellen der Generaldirektion Wettbewerb zu dem vorläufigen Ergebnis gelangt, dass die Maßnahmen, die Gegenstand Ihrer Beschwerde sind, auf Grundlage von Artikel 106(2) AEUV und der Freistellungsentscheidung mit dem Gemeinsamen Markt als vereinbar angesehen werden können.

- (102) Dies ist jedoch keine endgültige Feststellung der Kommission, sondern lediglich eine vorläufige Einschätzung der Generaldirektion Wettbewerb, die sich auf die derzeit verfügbaren Informationen stützt.
- (103) Sollten wir weitere zweckdienliche Informationen von Ihnen erhalten, könnte dies zu einer Neubewertung des Sachverhaltes führen. Derartige Informationen sollten uns zusammen mit einer nichtvertraulichen Fassung derselben bis spätestens einen Monat nach Datum dieses Schreibens vorliegen. Ansonsten gilt Ihre Beschwerde als zurückgezogen.

Mit freundlichen Grüßen

Joaquin FERNANDEZ MARTIN

cc: Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie,  
Referat EA6, Beihilfenkontrollpolitik, D – 11019 Berlin