
**Gutachterliche Stellungnahme
zu den EU-beihilferechtlichen Vorgaben und
Grenzen der Investitionskostenförderung von
Plankrankenhäusern**

Abgegeben im Auftrag der
Kassenärztlichen Bundesvereinigung

durch die Rechtsanwälte
Dr. Ulrich Soltész, LL.M.
Dr. Reimar Buchner
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

26.04.2024

Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB Rechtsanwälte, Steuerberater
Sitz Stuttgart, AG Stuttgart PR 136
Rue de Loxum 25
1000 Brüssel
Ansprechpartner: Dr. Ulrich Soltész
T 0032 2 551 10 20
E ulrich.soltesz@gleisslutz.com

INHALTSVERZEICHNIS

A.	SACHVERHALT UND RECHTLICHER RAHMEN.....	3
I.	Aufgabenverteilung zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten	3
II.	Krankenhausfinanzierung nach KHG	4
III.	Tätigkeiten der Krankenhäuser	5
IV.	Vergütungsregelungen	6
V.	Gesetze und Gesetzgebungsvorhaben zur weiteren Öffnungen der Krankenhäuser für ambulante Tätigkeiten	7
1.	Referentenentwurf des Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetzes.....	7
2.	Änderungen des SGB V durch das PUEG.....	14
B.	FRAGESTELLUNG	15
C.	ZUSAMMENFASSUNG.....	16
D.	EU-BEIHILFERECHTLICHE BEWERTUNG.....	17
I.	Ist die öffentliche Investitionskostenförderung der Länder für Plankrankenhäuser vor dem Hintergrund der derzeit bestehenden Möglichkeiten, zum Spektrum vertragsärztlicher Leistungserbringer gehörende ambulante ärztliche Leistungen zu erbringen, mit den EU-beihilferechtlichen Vorgaben vereinbar?	17
1.	Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV	17
2.	DAWI-Freistellungsbeschluss.....	29
3.	DAWI-Rahmen (Art. 106 Abs. 2 AEUV).....	31
4.	Weitere EU-beihilferechtliche Grundlagen.....	31
5.	Ergebnis.....	32
II.	Wie wirken sich die mit dem PUEG beschlossenen und im Referentenentwurf des KHVVG enthaltenen qualitativen und quantitativen Erweiterungen der Möglichkeiten zur Erbringung ambulanten ärztlicher Leistungen für Plankrankenhäuser auf die Vereinbarkeit der öffentlichen Investitionskostenförderung der Länder mit dem EU-Beihilfenrecht aus?	32
III.	Welche Optionen hat die Kassenärztliche Bundesvereinigung, eine mögliche Unvereinbarkeit der öffentlichen Investitionskostenförderung von Plankrankenhäusern mit den europarechtlichen Vorgaben zum Beihilferecht geltend zu machen?	35

A. SACHVERHALT UND RECHTLICHER RAHMEN

I. Aufgabenverteilung zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten

Im deutschen Gesundheitssystem ist die ambulante ärztliche Versorgung von Patienten grundsätzlich niedergelassenen Ärzten vorbehalten, während Krankenhäuser die stationäre Versorgung sicherstellen. Insbesondere innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung, in der in Deutschland ca. 90 % der Bevölkerung versichert sind, wird im sogenannten Leistungserbringerrecht des 5. Buches des Sozialgesetzbuchs zwischen der Krankenhausbehandlung durch zugelassene Krankenhäuser i.S.d. § 108 ff. SGB V und der ambulanten Versorgung durch zugelassene Vertragsärzte (§ 95 SGB V) unterschieden. Die Versorgungssektoren der ambulanten und der stationären Versorgung sind – bei Durchbrechungen im Einzelfall – grundsätzlich getrennt geregelt und unterliegen eigenständigen Vorgaben der Leistungserbringung und der Vergütung und Finanzierung der Leistungen.

Im Jahr 2022 gab es in Deutschland 1.893 Krankenhäuser mit insgesamt 480.382 Betten¹. Hiervon waren 1.526 allgemeine Krankenhäuser – das sind solche Kliniken, die über Betten in vollstationären Fachabteilungen verfügen, wobei diese nicht ausschließlich für psychiatrische, psychotherapeutische oder psychiatrische, psychotherapeutische und neurologische und/oder geriatrische Patienten vorgehalten werden². Diese Krankenhäuser³ verteilen sich auf die verschiedenen Krankenhausstypen wie folgt:

- 34 Hochschulkliniken/Universitätskliniken,
- 1.262 Plankrankenhäuser,
- 62 Krankenhäuser mit Versorgungsvertrag sowie
- 168 Krankenhäuser ohne Versorgungsvertrag.

¹ Quelle: Destatis: Krankenhäuser – Einrichtungen, Betten und Patientenbewegung 2022, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Krankenhaeuser/Tabellen/gd-krankenhaeuser-jahre.html>, letzter Abruf am 22.04.2024.

² Quelle: Destatis, Statistischer Bericht - Grunddaten der Krankenhäuser 2022, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Krankenhaeuser/Publikationen/Downloads-Krankenhaeuser/statistischer-bericht-grunddaten-krankenhaeuser-2120611227005.html> (Reiter: 23111-08: Aufgestellte Betten, Berechnungs-/Belegungstage und Patientenbewegung nach Krankenhausstypen, 2022), letzter Abruf am 22.04.2024.

³ Quelle: Destatis, Statistischer Bericht - Grunddaten der Krankenhäuser 2022, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Krankenhaeuser/Publikationen/Downloads-Krankenhaeuser/statistischer-bericht-grunddaten-krankenhaeuser-2120611227005.html> (Reiter: 23111-08: Aufgestellte Betten, Berechnungs-/Belegungstage und Patientenbewegung nach Krankenhausstypen, 2022), letzter Abruf am 22.04.2024.

Somit waren im Jahr 2022 1.358 allgemeine Krankenhäuser nach § 108 SGB V zur Versorgung gesetzlich Krankenversicherter berechtigt.

Die mit rund 93 % mit Abstand größte Gruppe sind die Plankrankenhäuser, deren Aufnahme in den Krankenhausplan gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 SGB V das Bestehen eines Versorgungsvertrages mit den gesetzlichen Krankenkassen fingiert.

II. Krankenhausfinanzierung nach KHG

Zur Finanzierung der Kosten dieser Krankenhäuser sieht das Krankenhausfinanzierungsgesetz („KHG“) aus dem Jahr 1972 ein dualistisches System vor, dessen Grundsätze in § 4 KHG aufgeführt sind. Die Betriebskosten werden von den gesetzlichen Krankenkassen über Fallpauschalen bzw. Pflegesätze sowie hinsichtlich der Pflegepersonalkosten seit 2020 zusätzlich über ein gesondertes Pflegebudget finanziert. Für ihre Investitionskosten erhalten die Plankrankenhäuser – sofern sie als Bedingung für die Aufnahme in den Landeskrankenhausplan keine Fördermittelverzichtserklärung abgegeben haben – von den Bundesländern öffentliche Fördermittel, soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind.

Die Grundsätze der Investitionsförderung von Krankenhäusern sind in den § 8 ff. KHG näher geregelt. Sie haben gemäß § 8 Abs. 1 KHG als Plankrankenhaus hierauf einen Anspruch. Gefördert werden unter anderem Errichtungsinvestitionen einschließlich der Erstausrüstung mit den erforderlichen Anlagengütern – hierfür muss das Plankrankenhaus zusätzlich in das Investitionsprogramm des Landes aufgenommen sein – und die Kosten für die Wiederbeschaffung von längerfristig nutzbaren Anlagengütern, § 9 Abs. 1 KHG. Weitere Fördertatbestände sind in § 9 Abs. 2 KHG enthalten. Die Fördermittel müssen gemäß § 9 Abs. 5 KHG so bemessen sein, dass sie die förderungsfähigen und unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze notwendigen Investitionskosten decken. § 11 KHG bestimmt, dass das Landesrecht das Nähere zur Förderung bestimmt. Die Höhe der Investitionen variiert von Bundesland zu Bundesland. Im Jahr 2020 betrugen die Fördermittel bundesweit rund 3,3 Mrd. EUR⁴.

Hochschulkliniken, bei denen gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 SGB V die Anerkennung nach den landesrechtlichen Vorschriften als Abschluss des Versorgungsvertrages gilt, und die damit ebenso wie Plankrankenhäuser zur Versorgung gesetzlich versicherter Patienten berechtigt sind, werden nach landesrechtlichen Vorschriften für den Hochschulbau gefördert.

⁴ Quelle: GKV-Spitzenverband, https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv_spitzenverband/presse/fokus/krankenhausfinanzierung/thema_krankenhausfinanzierung.jsp, letzter Abruf am 22.04.2024.

III. Tätigkeiten der Krankenhäuser

Der überkommene Tätigkeitsschwerpunkt der Krankenhäuser ist die Erbringung vollstationärer Leistungen. Diese setzt die Aufnahme des Patienten in das Krankenhaus voraus und liegt jedenfalls dann vor, wenn dieser nach der Entscheidung des Krankenhausarztes mindestens einen Tag und eine Nacht ununterbrochen in diesem Krankenhaus versorgt werden soll⁵.

Daneben wird die Krankenhausbehandlung nach § 39 Abs. 1 SGB V auch stationsäquivalent, tagesstationär, teilstationär, vor- und nachstationär sowie ambulant erbracht. Insbesondere im ambulanten Bereich hat in den letzten Jahren unter dem Oberbegriff der sektorenübergreifenden Versorgung eine Öffnung für die nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäuser stattgefunden. Derzeit haben diese die Berechtigung, insbesondere nach Maßgabe folgender Bestimmung ärztliche Leistungen zu erbringen, die inhaltlich als ambulant zu qualifizieren sind:

- § 115a SGB V: Vor- und nachstationäre Behandlung im Krankenhaus,
- § 115b SGB V: Ambulantes Operieren im Krankenhaus („AOP“),
- § 115f SGB V: Spezielle sektorengleiche Vergütung („Hybrid-DRGs“),
- § 116 SGB V: Möglichkeit zur persönlichen Ermächtigung von angestellten Krankenhausärzten zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung bei bestehendem Bedarf,
- § 116a SGB V: Auf Antrag des Krankenhauses Ermächtigung zur ambulanten Behandlung durch Krankenhäuser bei festgestellter Unterversorgung,
- § 116b SGB V: Ambulante spezialärztliche Versorgung („ASV“),
- § 117 SGB V: Gesetzliche Ermächtigung von Hochschulambulanzen („HSA“) zur ambulanten ärztlichen Behandlung in dem für Forschung und Lehre erforderlichen Umfang sowie für Versicherte, die wegen Art, Schwere oder Komplexität ihrer Erkrankung einer Untersuchung oder Behandlung durch die Hochschulambulanz bedürfen,
- § 118 Abs. 1 SGB V: Verpflichtende Ermächtigung von Psychiatrischen Institutsambulanzen („PIA“) durch den Zulassungsausschuss zur ambulanten psychiatrischen und psychotherapeutischen Behandlung der Versicherten,
- § 118 Abs. 4 SGB V: Weitergehende Möglichkeit zur Ermächtigung von PIAs durch den Zulassungsausschuss bei bestehendem Bedarf,
- § 118a SGB V: Möglichkeit zur Ermächtigung geriatrischer Institutsambulanzen zur ambulanten geriatrischen Versorgung der Versicherten, sofern entsprechender Bedarf besteht,

⁵ Ständige BSG-Rechtsprechung, s. etwa BSG, Urt. v. 18.05.2021 – B 1 KR 11/20 R, Rn. 11 m.w.N. – juris.

- § 119 SGB V: Möglichkeit zur Ermächtigung sozialpädiatrischer Zentren zur ambulanten sozialpädiatrischen Behandlung von Kindern bei bestehendem Bedarf und
- § 119c SGB V: Möglichkeit zur Ermächtigung medizinischer Behandlungszentren zur ambulanten Behandlung von Erwachsenen mit geistiger Behinderung oder schweren Mehrfachbehinderungen bei bestehendem Bedarf.

IV. Vergütungsregelungen

Für die im Krankenhaus auf Grundlage bestimmter Ermächtigungen erbrachten ambulanten ärztlichen Leistungen bestimmt § 120 Abs. 1 Satz 1 SGB V, dass diese nach den für Vertragsärzte geltenden Grundsätzen aus der vertragsärztlichen Gesamtvergütung bezahlt werden. Die Leistungen der Hochschulambulanzen, der psychiatrischen Institutsambulanzen, der sozialpädiatrischen Zentren und der medizinischen Behandlungszentren werden dagegen gemäß § 120 Abs. 2 Satz 1 SGB V unmittelbar von den Krankenkassen vergütet. Für die Leistungen nach §§ 115a, 115b und 116b SGB V gibt es in den jeweiligen Vorschriften spezielle Vergütungsregeln.

In diesen Vergütungsvorschriften kommt die grundsätzliche Trennung der ärztlichen Leistungen in die ambulante Versorgung auf der einen und die stationäre Versorgung auf der anderen Seite zum Ausdruck. Die stationären Leistungen werden den Krankenhäusern hingegen nach Maßgabe des KHG und des Krankenhausentgeltgesetzes („**KHEntgG**“) vergütet. Hierzu haben die Kostenträger und das Krankenhaus gemäß § 13 Abs. 1 KHEntgG jährlich eine Budgetvereinbarung abzuschließen.

Das oben aufgezählte Leistungsangebot der Krankenhäuser überschneidet sich mit dem der vertragsärztlichen Leistungserbringer im Sinne von § 95 Abs. 1 SGB V. Diese sind zur Erbringung dieser Leistungen ebenfalls berechtigt. Ihre vertragsärztlichen Leistungen werden auf Grundlage des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes („**EBM**“) von der Kassenärztlichen Vereinigung vergütet. Aus diesen Erlösen müssen sie sämtliche Kosten für den Praxisbetrieb bestreiten.

Eine gesonderte, regelhafte und staatliche Investitionskostenförderung wie für Plankrankenhäuser gibt es im vertragsärztlichen Bereich nicht. Es besteht lediglich zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung die Möglichkeit, nach § 105 Abs. 1a Satz 3 Nr. 1 SGB V Zuschüsse zu den Investitionskosten bei der Neuniederlassung, bei Praxisübernahmen oder bei der Gründung von Zweigpraxen zu gewähren. Eine solche Förderung kommt – sofern die Mittel nicht bereits für andere Aufgaben, etwa die Finanzierung der Terminservicestellen („**TSS**“) aufgebraucht sind – allenfalls nur in Planungsbereichen mit drohender oder bereits eingetretener Unterversorgung zum Einsatz. Zudem stammen die Mittel nicht aus Steuergeldern, sondern aus dem Strukturfonds gemäß § 105 Abs. 1a Satz 1 SGB V. Dieser speist sich zu gleichen Teilen aus einem Anteil der grundsätzlich zur Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen bestimmten morbiditätsbedingten Gesamtvergütung („**MGV**“) und Mitteln der gesetzlichen Krankenkassen – und damit der Vertragsärzteschaft und der Versichertengemeinschaft.

V. Gesetze und Gesetzgebungsvorhaben zur weiteren Öffnungen der Krankenhäuser für ambulante Tätigkeiten

1. Referentenentwurf des Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetzes

Das Bund/Länder-Eckpunktepapier zur Krankenhausreform vom 10.07.2023 („**Eckpunktepapier**“) sah als einen Bestandteil der beabsichtigten Krankenhausreform die Einführung von „sektorenübergreifenden Versorgern“, seinerzeit sogenannten Level Ii-Krankenhäusern, vor. Hierbei handelt es sich um Plankrankenhäuser nach § 108 Nr. 2 SGB V. Ihnen soll eine zentrale Rolle auf dem Weg zu einer sektorenübergreifenden und integrierten Gesundheitsversorgung zukommen. Sie sollen die stationären Leistungen der interdisziplinären Grundversorgung wohnortnah mit ambulanten fachärztlichen als auch mit medizinisch-pflegerischen Leistungen verbinden.

1.1 Plankrankenhäuser als „sektorübergreifende Versorger“

Auf Grundlage dieses Papiers hat das Bundesministerium für Gesundheit einen Gesetzesentwurf für eine Krankenhausreform verfasst. Am 13.04.2024 hat es den Referentenentwurf des Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetzes („**KHVVG**“) offiziell zur Verbändeanhörung übersandt. Die Level Ii-Krankenhäuser sind dem Namen nach in diesem Referentenentwurf nicht enthalten; die im Bund/Länder-Eckpunktepapier enthaltenen Einrichtungen werden darin als „sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen“ bezeichnet. Inhaltlich hat das Ministerium die im Bund/Länder-Eckpunktepapier enthaltenen Vorschläge weitgehend übernommen. Die von diesen Einrichtungen zu erbringenden Aufgaben und deren rechtliche Einordnung als Krankenhaus sind in §§ 115g, 115h SGB V-E enthalten. Die krankenhausplanerischen Vorgaben enthält § 6b KHG-E, die Finanzierungsbestimmen § 6c KHEntgG-E. Bestimmungen zur Verwendung von Fördermitteln für sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen enthält § 12b KHG-E.

Sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen sollten nach dem Eckpunktepapier in der ärztlichen und pflegerischen Weiterbildung eine zentrale Rolle erhalten⁶. Dies wurde insbesondere für den Bereich Allgemeinmedizin im Referentenentwurf umgesetzt und in der Begründung zu § 116a Abs. 3 SGB V-E (S. 101 f.) wird folgendes ausgeführt:

⁶ Abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Krankenhausreform/Eckpunktepapier_Krankenhausreform.pdf, letzter Abruf am 22.04.2024, S. 11: „Die Standorte der sektorenübergreifenden Versorger (Level Ii-Krankenhäuser) sollen **wesentlicher Bestandteil in der ärztlichen und pflegerischen Aus- und Weiterbildung** sowie weiterer Gesundheitsberufe sein. Im Verbund mit anderen Kliniken sollen sie eine zentrale Rolle in der Weiterbildung von Ärztinnen und Ärzten sowie Pflegepersonal bekommen. Von **zentraler Bedeutung** ist, dass die **ärztlichen Weiterbildungsordnungen den sektorenübergreifenden Ansatz** z. B. bei der Vorgabe der Mindestfallzahlen übernehmen und die **Anrechnung der Tätigkeit in dieser sektorübergreifenden Gesundheitsversorgung uneingeschränkt auf die notwendigen Weiterbildungszeiten angerechnet werden**. Ihre Attraktivität als Arbeitgeber soll darüber hinaus durch eine weitgehende Entbürokratisierung der Versorgung in dieser Stufe erhöht werden.“ [Hervorhebungen nur hier]

*Sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen kommt eine zentrale Rolle auf dem Weg zu einer sektorenübergreifenden und integrierten Gesundheitsversorgung zu. Sie verfügen über ein breites Leistungsspektrum in der stationären, sektorenübergreifenden und ambulanten Versorgung (siehe im Einzelnen §§ 115g und 115h und Begründungen dazu). **Für die Schaffung einer vernetzten, interdisziplinären Grundversorgung ist es sinnvoll, sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen auch allgemeinmedizinische ambulante Behandlungen im Sinne von allgemeinmedizinischen Institutsambulanzen zu ermöglichen. Dadurch kann die Weiterbildung für Fachärztinnen und Fachärzte für Allgemeinmedizin an sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen „aus einer Hand“ im stationären und im ambulanten Bereich stattfinden. Die attraktive Gestaltung der Weiterbildung in der Allgemeinmedizin wirkt sich auch positiv auf die Attraktivität der sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen für das medizinische Personal aus. Dies verbessert die Versorgung in diesen Einrichtungen und leistet einen wichtigen Beitrag zur erforderlichen hausärztlichen Nachwuchsgewinnung und damit zur Stärkung der hausärztlichen Versorgung.***

Vor diesem Hintergrund räumt die Regelung sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen die Möglichkeit ein, Leistungen der hausärztlichen Versorgung nach § 73 Absatz 1 Satz 2 zu erbringen. Der Zulassungsausschuss muss sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen zur hausärztlichen Versorgung ermächtigen, wenn sich die sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung in einem Planungsbereich oder Gebiet befindet, in dem für die hausärztliche Versorgung keine Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind. [...]

*Anders als bei den Absätzen 1 und 2, die hinsichtlich der Dauer der Ermächtigung an das Bestehen der Unterversorgung, des zusätzlichen lokalen Versorgungsbedarfs oder der drohenden Unterversorgung in der jeweiligen ärztlichen Fachgruppe anknüpfen, wird die **Ermächtigung nach Absatz 3 unbefristet ausgestaltet**. Durch die Beteiligung von sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen an der allgemeinmedizinischen Versorgung soll ein **dauerhaftes, für die Patientinnen und Patienten verlässliches Versorgungsangebot aufgebaut und eine planbare Weiterbildung geschaffen werden**. Vor diesem Hintergrund gilt § 31 Absatz 7 der Zulassungsverordnung für Ärzte für Ermächtigungen nach dieser Vorschrift nicht.“ [Hervorhebungen nur hier]*

Sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen sind gemäß § 115g Abs. 1 SGB V-E, § 6b KHG-E Krankenhäuser. Deshalb sind sie zur Erbringung stationärer Leistungen berechtigt. In diesem Sinne bestimmen nach § 115g Abs. 3 SGB V-E die DGK und der GKV-Spitzenverband

- welche stationären Leistungen der Leistungsgruppen Allgemeine Innere Medizin oder Geriatrie nach § 135e SGB V-E sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen mindestens anbieten müssen,
- welche weiteren stationären Leistungen dieser beiden Leistungsgruppen und welche stationären Leistungen der Leistungsgruppe Allgemeine Chirurgie oder weiterer Leistungsgruppen nach § 135e SGB V-E ebenfalls in sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen erbracht werden können,

- welche stationären Leistungen eine sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung außerhalb dieses Leistungsrahmens erbringen darf, sofern sie hierbei telemedizinisch von einem kooperierenden Krankenhaus mit entsprechenden Leistungsgruppen unterstützt wird.

1.2 Ambulanter Leistungsumfang der sektorübergreifenden Versorgungseinrichtungen

Für den ambulanten Leistungsumfang der sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen bestimmt § 115g Abs. 1, Abs. 2 SGB V-E:

„(1) *Krankenhäuser, die von einem Land nach § 6b des Krankenhausfinanzierungsgesetzes als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung bestimmt worden sind, können neben der stationären Behandlung auch sektorenübergreifende Leistungen nach Absatz 2 erbringen.*

(2) *Sektorenübergreifende Leistungen im Sinne des Absatzes 1 sind insbesondere:*

1. ***ambulante Leistungen aufgrund einer Ermächtigung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung,***
2. *ambulant Operieren nach § 115b,*
3. ***medizinisch-pflegerische Versorgung nach § 115h,***
4. *belegärztliche Leistungen, soweit vom Versorgungsauftrag des Landes erfasst,*
5. *Übergangspflege nach § 39e,*
6. *Kurzzeitpflege nach § 39c.*

Zudem können auch Leistungen der Kurzzeitpflege nach § 42 des Elften Buches und der Tagespflege und Nachtpflege nach § 41 des Elften Buches erbracht werden. Leistungen nach Satz 1 Nummer 3, 5 und 6 können unter pflegerischer Leitung erbracht werden, soweit sie nicht ärztlich zu verantworten sind. Leistungen nach Satz 2 können in einer sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtung erbracht werden, sofern dies in selbständigen, organisatorisch und wirtschaftlich vom Krankenhaus getrennten Pflegeabteilungen erfolgt, die als stationäre Pflegeeinrichtung im Sinne des § 72 des Elften Buches zugelassen sind.

Gemäß § 115h Abs.1 SGB V-E erbringen sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen – auf Verordnung eines Vertragsarztes oder Veranlassung eines Krankenhauses – Krankenbehandlung als *medizinisch-pflegerische Versorgung*, wenn für die Versicherten eine ambulante ärztliche Behandlung auf Grund ihrer individuellen Verfassung, der persönlichen Lebenssituation oder wegen bestehender Vor- oder Begleiterkrankungen nicht ausreichend ist, weil neben dem medizinischen Behandlungsanlass ein besonderer pflegerischer Bedarf besteht. Die ärztlichen Leistungen können auch von Vertragsärzten, mit denen eine Kooperationsvereinbarung besteht, erbracht werden, § 115h Abs. 2 Satz 1 SGB V-E.

§ 115h Abs. 3 SGB V-E bestimmt, dass der GKV-Spitzenverband, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die Kassenärztliche Bundesvereinigung die Einzelheiten zur medizinisch-pflegerischen Versorgung festzulegen haben. Sie müssen u.a. die Gruppe der Patienten bestimmen, für die die medizinisch-pflegerische Versorgung zu erbringen ist.

Die Entscheidung mittels Bescheid, welche Plankrankenhäuser zu sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen werden sollen und über ihren stationären Versorgungsauftrag hinaus medizinisch-pflegerische Leistungen erbringen dürfen, wird nach § 6b Abs. 1 KHG-E von den Ländern getroffen, die die Gesetzgebungskompetenz für die Krankenhausplanung haben. Neben aus bestehenden Plankrankenhäusern entwickelten sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen können hierzu auch erstmalig in den Krankenhausplan aufgenommene Krankenhäuser bestimmt werden.

Durch das KHVVG soll auch § 116a SGB V überarbeitet und erheblich erweitert werden. Die im Referentenentwurf enthaltene Norm lautet wie folgt:

- „(1) *Der Zulassungsausschuss muss **zugelassene Krankenhäuser** für das entsprechende Fachgebiet in den Planungsbereichen, in denen der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen eingetretene Unterversorgung nach § 100 Absatz 1 oder einen zusätzlichen lokalen Versorgungsbedarf nach § 100 Absatz 3 festgestellt hat, auf deren Antrag zur vertragsärztlichen Versorgung ermächtigen, soweit und solange dies zur Beseitigung der Unterversorgung oder zur Deckung des zusätzlichen lokalen Versorgungsbedarfs erforderlich ist.*
- (2) *Der Zulassungsausschuss muss **sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen** nach § 115g Absatz 1 für das entsprechende Fachgebiet in den Planungsbereichen, in denen der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen **eine in absehbarer Zeit drohende Unterversorgung nach § 100 Absatz 1 Satz 1 festgestellt hat**, auf deren Antrag zur vertragsärztlichen Versorgung ermächtigen, soweit und solange dies zur Beseitigung der drohenden Unterversorgung erforderlich ist.*
- (3) *Der Zulassungsausschuss muss **sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen nach § 115g Absatz 1 in Planungsbereichen, in denen für die hausärztliche Versorgung keine Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, auf deren Antrag zur hausärztlichen Versorgung ermächtigen.***“

Mit der Zuerkennung des Status als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung ist somit eine inhaltliche Erweiterung der ambulanten Behandlungsmöglichkeiten für diese Einrichtungen verbunden. Zwar dürfen Krankenhäuser einen nicht unerheblichen Teil der in § 115g Abs. 2 Satz 1 SGB V-E aufgeführten Leistungen bereits jetzt erbringen und durch von ihnen zu gründenden MVZ an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen. Allerdings wird sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen mit der Berechtigung zur medizinisch-pflegerischen Versorgung nach § 115h SGB V-E ein zusätzlicher ambulanter Tätigkeitsbereich eröffnet, der ihnen bislang verschlossen war.

Zudem können diese Einrichtungen nach § 116a Abs. 2, Abs. 3 SGB V-E zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ermächtigt werden. Nach § 116a Abs. 2 SGB V-E muss der Zulassungsausschuss sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen nach § 115g SGB V für das entsprechende Fachgebiet in den Planungsbereichen, in denen der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen eine in absehbarer Zeit drohende Unterversorgung nach § 100 Abs. 1 Satz 1 SGB V festgestellt hat, auf Antrag zur vertragsärztlichen Versorgung ermächtigen, soweit und solange dies zur Beseitigung der drohenden Unterversorgung erforderlich ist. § 116a Abs. 3 SGB V-E ermöglicht es, ein solches Krankenhaus auf Antrag regelhaft und dauerhaft zur Erbringung vertragsärztlicher Leistungen im hausärztlichen Versorgungsbereich zu ermächtigen, sofern für den Planungsbereich nicht wegen eines Versorgungsgrades von über 110% Zulassungsbeschränkungen bestehen. Es ist somit in diesen Planungsbereichen für die Teilnahme an der hausärztlichen Versorgung keine MVZ-Gründung durch diese Krankenhäuser mehr erforderlich, was eine deutliche Vereinfachung der Teilnahmemöglichkeit bedeutet.

Neben dieser qualitativen Ausweitung der Möglichkeiten zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung vermutet die Kassenärztliche Bundesvereinigung, dass eine relevante Anzahl von Plankrankenhäusern zu sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen werden könnte – und auch neue Krankenhäuser in dieser Form in den Krankenhausplan aufgenommen werden. Dies dürfte zur Folge haben, dass der Umfang der von den sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen erbrachten ambulanten Leistungen deutlich zunimmt und sich der Schwerpunkt der Leistungserbringung von der stationären Richtung ambulante Versorgung verschiebt. Dies ist auch deshalb nicht unwahrscheinlich, weil sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen aufgrund der ihnen zugedachten exponierten Stellung in der allgemeinmedizinischen Weiterbildung ein erhebliches Interesse daran haben werden, ein adäquates stationäres und ambulantes Weiterbildungsangebot anbieten zu können.

1.3 Zusätzliche staatliche Unterstützung: der Transformationsfonds

Das Eckpunktepapier enthielt die folgenden Ausführungen zum Anspruch der Level Ii-Häuser – mittlerweile sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen – auf Investitionskostenförderung:

„5.7. Investitionskostenförderung

*Sektorenübergreifende Versorger (Level Ii-Krankenhäuser) haben für ihre erbrachten Leistungen **Anspruch auf Förderung ihrer Investitionskosten, soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes und in das Investitionsprogramm aufgenommen [sind].**“ [Hervorhebungen nur hier]*

Derartige Ausführungen enthält der Referentenentwurf des KHVVG zwar nicht. Da die sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen gemäß § 6b Abs. 1 KHG-E aber aus den in den Krankenhausplan aufgenommenen oder aufzunehmenden Krankenhäusern bestimmt werden und es sich bei diesen Einrichtungen um Plankrankenhäuser handelt (so ausdrücklich die Begründung auf S. 140 des Referentenentwurfs zum KHVVG), haben diese wie alle anderen Plankrankenhäuser nach Maßgabe des KHG Anspruch auf Investitionskostenförderung der Länder. Denn durch

die Bestimmung als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung wird ihr stationärer Versorgungsauftrag nicht ersetzt, sondern über den stationären Bereich hinaus *erweitert*, § 6b Abs. 1 Satz 1 KHG-E.

Ein weiterer Bestandteil des Referentenentwurfs des KHVVG ist die Einrichtung eines Transformationsfonds, mit dem offenbar eine massive finanzielle Unterstützung der sektorübergreifenden Versorgungseinrichtung bezweckt wird. Hierzu enthält § 12 Abs. 1 KHG-E auszugweise folgende Regelungen:

- „(1) *Zur Förderung von Vorhaben der Länder zur Verbesserung der Strukturen in der Krankenhausversorgung werden dem beim Bundesamt für Soziale Sicherung errichteten **Strukturfonds in den Jahren 2026 bis 2035 weitere Mittel in Höhe von insgesamt bis zu 25 Milliarden Euro aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds** zugeführt (Transformationsfonds); die zugeführten Mittel können **jährlich höchstens bis zu 2,5 Milliarden Euro betragen zuzüglich der in den Vorjahren nicht ausgeschöpften Mittel**. Im Fall einer finanziellen Beteiligung der privaten Krankenversicherung an der Förderung nach Satz 1 erhöht sich das Fördervolumen um den entsprechenden Betrag. Fördermittel können auch zur Finanzierung der Zinsen, der Tilgung und der Verwaltungskosten von Darlehen gewährt werden, soweit diese zur Finanzierung förderungsfähiger Vorhaben nach Satz 4 aufgenommen worden sind. **Aus den Mitteln nach den Sätzen 1 und 2 können gefördert werden***

[...]

2. ***Vorhaben zur Umstrukturierung eines Krankenhauses, nachdem dieses nach § 6b als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung bestimmt wurde,***

[...]

- (3) *Voraussetzung für eine Zuteilung von Fördermitteln nach Absatz 2 ist, dass*
1. *Anträge für die Jahre 2026 bis 2035 jeweils spätestens bis zum 30. September des Vorjahres gestellt werden,*
 2. *die Umsetzung des zu fördernden Vorhabens am 1. Januar 2026 noch nicht begonnen hat,*
 3. *das antragstellende **Land, gegebenenfalls gemeinsam mit dem Träger der zu fördernden Einrichtung, mindestens 50 Prozent der förderungsfähigen Kosten des Vorhabens (Ko-Finanzierung) trägt**, wobei das **Land mindestens die Hälfte dieser Ko-Finanzierung aus eigenen Haushaltsmitteln aufbringen muss,***
 4. *das antragstellende Land sich verpflichtet,*

- a) *in den Jahren 2026 bis 2035 jährlich Haushaltsmittel für die Investitionsförderung der Krankenhäuser mindestens in der Höhe bereitzustellen, die dem Durchschnitt der in den Haushaltsplänen der Jahre 2021 bis 2025 hierfür ausgewiesenen Haushaltsmittel entspricht, und*
- b) *die in Buchstabe a genannten Mittel um die vom Land getragenen Mittel nach Nummer 3 zu erhöhen und*
- 5. *die in Absatz 4 genannten Kriterien erfüllt sind.*

*Beträge, mit denen sich die Länder am Volumen des öffentlichen Finanzierungsanteils der förderfähigen Kosten nach § 6 Absatz 1 des Kommunalinvestitionsförderungsgesetzes beteiligen, dürfen nicht auf die vom Land zu tragenden Kosten nach Satz 1 Nummer 3 und auf die in den Jahren 2026 bis 2035 bereitzustellenden Haushaltsmittel nach Satz 1 Nummer 4 Buchstabe a angerechnet werden. **Mittel aus dem Transformationsfonds dürfen nicht gewährt werden, soweit der Krankenhausträger gegenüber dem antragstellenden Land auf Grund der zu fördernden Maßnahme zur Rückzahlung von Mitteln für die Investitionsförderung verpflichtet ist.** Für Mittel der Investitionsförderung, auf deren Rückzahlung das Land verzichtet hat, gilt Satz 2 entsprechend. Das Bundesamt für Soziale Sicherung prüft die Anträge und weist die Mittel zu, bis der in Absatz 2 Satz 1 genannte Anteil des Landes ausgeschöpft ist. **Nicht zweckentsprechend verwendete oder überzahlte Mittel sind unverzüglich an das Bundesamt für Soziale Sicherung zurückzuzahlen, wenn eine Verrechnung mit Ansprüchen auf Auszahlung von Fördermitteln nicht möglich ist.** [...]“ [Hervorhebungen nur hier]*

Zur Förderungsmöglichkeit für die Umstrukturierung von Krankenhäusern zu sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen heißt es in der Begründung des Referentenentwurfs zu § 12 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 KHG-E (S. 142):

*„Aus der Aufzählung in Satz 4 geht hervor, welche Arten von Vorhaben aus Mitteln des Transformationsfonds gefördert werden können. Die Nummern 1 und 2 tragen den **neuen Entwicklungen und Vorgaben im Rahmen der Krankenhausreform Rechnung und ermöglichen eine gezielte Förderung von Vorhaben zur Umsetzung der Ziele der Krankenhausreform.** [...] Wurde ein Krankenhaus gemäß § 6b von der zuständigen Landesbehörde **als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung nach § 115g SGB V bestimmt, kann eine Förderung hinsichtlich der diesbezüglichen Umstrukturierung auf Grundlage von Nummer 2 beantragt werden.** [...]“ [Hervorhebungen nur hier]*

Dieser Transformationsfonds wird – auch weil er eine umfangreiche, zusätzliche Ko-Finanzierung durch die Länder vorsieht - zu einer ganz erheblichen Stärkung der Wettbewerbsposition der sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen gerade im ambulanten Bereich führen. Dies ist auch dadurch bedingt, dass die Verwendung der Finanzmittel praktisch keinen nennenswerten materiellen Zweckbindungen unterliegt, sondern die Förderung ganz allgemein für „Vorhaben zur Umstrukturierung eines Krankenhauses“ einge-

setzt werden kann, also nicht nur für Investitionen (CAPEX), sondern auch für Betriebsbeihilfen (OPEX). Diese nahezu unbegrenzte Flexibilität birgt ein besonders wettbewerbsverzerrendes Potential.

2. Änderungen des SGB V durch das PUEG

Daneben wurde mit dem vom Bundestag am 26.05.2023 verabschiedeten Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetz („PUEG“), das am 01.07.2023 in Kraft getreten ist, der gesetzliche Auftrag des Gemeinsamen Bundesausschusses („G-BA“) zur Entwicklung einer Ersteinschätzungsrichtlinie gemäß § 120 Abs. 3b SGB V geändert. Die Regelungskompetenz des G-BA wird auf die Weiterleitung von Hilfesuchenden von den Notaufnahmen der Krankenhäuser in den ambulanten Bereich auf Notdienstpraxen beschränkt. Zudem wird die Finanzierungsregelung des § 120 Abs. 3b Satz 4 SGB V folgendermaßen geändert:

*„Die Vergütung ambulanter Leistungen zur Behandlung von Notfällen nach § 76 Absatz 1 Satz 2 im Krankenhaus setzt ab dem Inkrafttreten der Richtlinie nach Satz 1 voraus, dass bei der Durchführung der Ersteinschätzung nach Satz 1 ein sofortiger Behandlungsbedarf festgestellt wurde **oder zu diesem Zeitpunkt keine Notdienstpraxis in oder an dem jeweiligen Krankenhaus gemäß § 75 Absatz 1b Satz 3 in unmittelbarer Nähe geöffnet ist.**“ [Ergänzung der Norm durch das PUEG im Fett-druck hervorgehoben]*

Die Begründung dieses kurzfristig eingebrachten Änderungsantrags lautet:

„Vor diesem Hintergrund ist eine Verweisung an die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärztinnen und Ärzte sowie medizinische Versorgungszentren gemäß § 95 Absatz 1 nicht mehr sachgerecht. In den Richtlinien des G-BA soll daher eine solche Verweisung nicht mehr vorgegeben werden. Im Ergebnis ist im ambulanten Bereich nur noch eine Weiterleitung oder Verweisung an Notdienstpraxen in oder an dem jeweiligen Krankenhaus gemäß § 75 Absatz 1b Satz 3 möglich. Mit der Einfügung in Satz 4 wird diese Änderung auch im Bereich der Vergütung nachvollzogen. Wird kein sofortiger Behandlungsbedarf festgestellt, erfolgt eine Vergütung der ambulanten Leistung eines Krankenhauses nur dann, wenn eine Notdienstpraxis in oder an dem jeweiligen Krankenhaus nicht verfügbar ist.“ [Hervorhebung nur hier]

Wenngleich § 76 Abs. 1 Satz 2 SGB V („Andere Ärzte dürfen nur in Notfällen in Anspruch genommen werden“) nicht geändert worden ist und § 120 Abs. 3 Satz 4 SGB V nach wie vor ausdrücklich von der Vergütung für die „Behandlung von Notfällen im Sinne von § 76 Abs. 1 Satz 2 SGB V“ spricht, ist es nicht unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber mit der Ergänzung des § 120 Abs. 3b Satz 4 SGB V die Krankenhäuser für die Durchführung ambulanter Behandlungen gesetzlich Krankenversicherter, die sich für einen Notfall halten und ins Krankenhaus begeben, unabhängig davon geöffnet hat, ob tatsächlich objektiv ein Notfall im Sinne einer dringenden Behandlungsbedürftigkeit vorliegt. Dies ist insbesondere für die gewöhnlichen Praxisprechzeiten relevant, in denen die Notdienstpraxen der Kassenärztlichen Vereinigungen geschlossen sind, die

Vertragsarztpraxis aber ihre Sprechstunden anbieten und auch dazu verpflichtet sind, Patienten mit dringlichem Behandlungsbedarf zu versorgen.

Von diesem Verständnis der Gesetzesänderung geht auch der Gesundheitsausschuss des Bundesrates aus. In seiner Empfehlung vom 01.06.2023⁷ bemängelt er die Änderung des § 120 Abs. 3b SGB V. Die geänderten Vorgaben für den Gemeinsamen Bundesausschuss und die entsprechende Vergütungsregelung stellten einen Anreiz dafür dar, die Notfallstrukturen der Krankenhäuser jederzeit in Anspruch zu nehmen, obwohl kein sofortiger Behandlungsbedarf bestehe. Der Bundesrat solle die Bundesregierung deshalb dazu auffordern, die Änderung zurückzunehmen und die Verantwortung der Vertragsärzte für ambulant behandelbare Notfälle zu stärken.

B. FRAGESTELLUNG

Die KBV hat uns, Gleiss Lutz, nun darum gebeten, auf Grundlage dieses Sachverhalts die folgenden drei Fragen aus EU-beihilferechtlicher Sicht zu beantworten:

(I.) Ist die öffentliche Investitionskostenförderung der Länder für Plankrankenhäuser vor dem Hintergrund der derzeit bestehenden Möglichkeiten, zum Spektrum vertragsärztlicher Leistungserbringer gehörende ambulante ärztliche Leistungen zu erbringen, mit den EU-beihilferechtlichen Vorgaben vereinbar?

(II.) Wie wirken sich die mit dem PUEG beschlossenen und im Referentenentwurf des KHVVG enthaltenen qualitativen und quantitativen Erweiterungen der Möglichkeiten zur Erbringung ambulanten ärztlicher Leistungen für Plankrankenhäuser auf die Vereinbarkeit der öffentlichen Investitionskostenförderung der Länder mit dem EU-Beihilferecht aus?

(III.) Welche Optionen hat die Kassenärztliche Bundesvereinigung, eine mögliche Unvereinbarkeit der öffentlichen Investitionskostenförderung von Plankrankenhäusern mit den europarechtlichen Vorgaben zum Beihilferecht geltend zu machen?

Der vorliegende Vermerk beschränkt sich auf eine Bewertung aus EU-beihilferechtlicher Sicht; nationales Recht ist nicht Prüfungsgegenstand dieses Vermerks. Inhaltlich soll ausschließlich die öffentliche Investitionskostenförderung der Länder für Plankrankenhäuser betrachtet werden. Andere Finanzierungsquellen, wie bspw. über Fallpauschalen, Pflegesätze, Mittel aus dem Pflegebudget oder Betriebskostenförderungen werden in dem Vermerk nicht berücksichtigt.

⁷ BR-Drs. 220/1/23, S. 2.

C. ZUSAMMENFASSUNG

- I. Bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt begegnet die öffentliche Investitionskostenförderung der Länder für Plankrankenhäuser EU-beihilferechtlichen Bedenken. Dies ist bedingt durch die bereits derzeit bestehende Möglichkeit der Krankenhäuser, ambulante ärztliche Leistungen zu erbringen. Unserer Einschätzung nach dürfte eine beihilferechtlich relevante Begünstigung bzw. eine Quersubventionierung vorliegen. Da auch die anderen Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 1 AEUV gegeben sein dürften, erfüllt die Investitionskostenförderung für Mittel, die für ambulante Tätigkeiten genutzt werden, aus unserer Sicht den Beihilfetatbestand. Für eine EU-beihilferechtliche „Legalisierung“ nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss fehlen die Voraussetzungen, da im Hinblick auf ambulante Tätigkeiten zumindest nicht generell davon ausgegangen werden kann, dass eine DAWI vorliegt. Daher haben wir bereits zum jetzigen Zeitpunkt EU-beihilferechtliche Bedenken im Hinblick auf die Nutzung von Mitteln aus der Investitionskostenförderung für ambulante Tätigkeiten.
- II. Die geplanten qualitativen und quantitativen Erweiterungen der Möglichkeiten zur Erbringung ambulanten ärztlicher Leistungen für Plankrankenhäuser – insbesondere für sogenannte sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen – verschärfen diese EU-beihilferechtlichen Bedenken. Wenn mit der Investitionskostenförderung Krankenhäuser und Ausstattungen in noch größerem Maße außerhalb der stationären Tätigkeiten ambulant genutzt werden können, gelten die oben genannten Bedenken im Hinblick auf die (fehlende) DAWI Eigenschaft in noch verstärktem Maße. Hinzu tritt die Einrichtung eines neuartigen Transformationsfonds, der zu einer großzügigen Unterstützung der sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen gerade im ambulanten Bereich führen wird. Besonders bedenklich ist hierbei, dass die Verwendung der Finanzmittel aus dem Fonds praktisch keinen nennenswerten Bindungen unterliegt, sondern flexibel für Investitionen und zur Deckung von Betriebskosten eingesetzt werden kann.
- III. Die KBV hat verschiedene Optionen, die genannten beihilferechtlichen Bedenken geltend zu machen. In erster Linie wäre dies eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission. Unserer Einschätzung nach würde die Kommission einer Beschwerde offen gegenüberstehen. Denn im vorliegenden Fall geht es um „flächendeckende“ Regelungen, die zahlreiche (auch große) Player betreffen, deren Tätigkeit aus Sicht der Kommission einen Zwischenstaatlichkeitsbezug aufweist und die erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen hat.

D. EU-BEIHILFERECHTLICHE BEWERTUNG

Im Rahmen der EU-beihilferechtlichen Bewertung wird nun auf die drei zu prüfenden Fragen der KBV eingegangen.

I. **Ist die öffentliche Investitionskostenförderung der Länder für Plankrankenhäuser vor dem Hintergrund der derzeit bestehenden Möglichkeiten, zum Spektrum vertragsärztlicher Leistungserbringer gehörende ambulante ärztliche Leistungen zu erbringen, mit den EU-beihilferechtlichen Vorgaben vereinbar?**

Im Hinblick auf die Frage der Vereinbarkeit der öffentlichen Investitionskostenförderung der Länder für Plankrankenhäuser mit dem EU-Beihilferecht muss zunächst geklärt werden, ob es sich bei der Investitionskostenförderung der Länder für Plankrankenhäuser um eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt. Erst danach wird auf die Vereinbarkeit dieser (potenziellen) Beihilfe mit dem Binnenmarkt eingegangen.

1. **Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV**

Das EU-Beihilferecht verbietet gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich

„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 (...), soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.“

Zunächst stellt sich damit die Frage, ob die Investitionskostenförderung der Länder für Plankrankenhäuser überhaupt den Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt. Dafür müsste die Förderung die folgenden fünf Voraussetzungen erfüllen:

- Zuwendung aus staatlichen Mitteln und Zurechenbarkeit der Zuwendung an den Staat;
- Zuwendungsempfänger ist ein bestimmtes Unternehmen oder ein bestimmter Produktionszweig;
- Zuwendungsempfänger erhält einen wirtschaftlichen Vorteil;
- Zuwendung verfälscht den Wettbewerb;
- Zuwendung beeinträchtigt den zwischenstaatlichen Handel.

Diese fünf Tatbestandsmerkmale müssen kumulativ gegeben sein.⁸ Sind nur einzelne Tatbestandsmerkmale erfüllt, liegt kein Verstoß gegen das Beihilfeverbot vor.

1.1 Zuwendung aus staatlichen Mitteln

Die öffentliche Investitionskostenförderung wird von den Ländern gewährt. Es handelt sich dabei um staatliche Mittel. Die Zuwendung ist dem Staat auch zurechenbar.

1.2 Unternehmen im EU-beihilferechtlichen Sinn

Fraglich ist zunächst, ob die Plankrankenhäuser als Unternehmen im EU-beihilferechtlichen Sinn anzusehen sind. Nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte fällt „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ unter den Begriff des Unternehmens.⁹ Eine wirtschaftliche Tätigkeit bestehe darin, Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.¹⁰

Im Hinblick auf Krankenhäuser unterscheidet die Kommission in ihrer bisherigen Fallpraxis generell zwischen zwei verschiedenen mitgliedstaatlichen Systemen. Zum einen können öffentliche Krankenhäuser auf dem Solidaritätsprinzip basieren, d.h. sie „werden direkt über die Sozialversicherungsbeiträge sowie aus staatlichen Mitteln finanziert und erbringen ihre Dienste für Versicherte unentgeltlich nach dem Prinzip der allgemeinen Gesundheitsversorgung“¹¹. In solchen Fällen nimmt die Kommission an, dass Leistungen von Krankenhäusern nicht als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sein sollen. Wenn Leistungen von Krankenhäusern als integraler Bestandteil eines nationalen, auf dem Prinzip der Solidarität basierenden Gesundheitssystems, angeboten werden und die Dienste kostenfrei auf Basis eines allgemeinen Versicherungsschutzes gewährt werden, muss die Unternehmenseigenschaft dieser Krankenhäuser verneint werden.¹²

⁸ EuGH, Urteil vom 2. September 2010, Kommission/Deutsche Post, C-399/08 P, ECLI:EU:C:2010:481, Rn. 38; EuGH, Urteil vom 8. September 2011, Kommission/Niederlande, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551, Rn. 61.

⁹ Siehe u.a. EuGH Ur. v. 23.3.2006 – C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, Rn. 28 – Enirisorse. unter Bezugnahme auf EuGH Ur. v. 23.4.1991 – C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21 – Höfner und Elser; EuGH Ur. v. 12.9.2000 – C-180/98 bis C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 74 – Pavlov.

¹⁰ EuGH Ur. v. 23.3.2006 – C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, Rn. 25 mwN – Enirisorse; EuGH Ur. v. 12.9.2000 – C-180/98 bis C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 75 – Pavlov.

¹¹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABL 2012 C 8/4 (im Weiteren die „DAWI-Mitteilung“) Rn. 22.

¹² Siehe hierzu EuG Ur. v. 4.3.2003 – T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50, Rn. 39, bestätigt durch EuGH Ur. v. 11.7.2006 – C-205/03P, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 25–28 – FENIN; Kommission, Entscheidung vom 12.11.2020 – SA.39324 (Estonia – Alleged aid to public hospitals listed in the Estonian Hospital Network Development Plan), Rn. 50 ff.; Kommission, Entscheidung vom 4.12.2017 – SA.39913 (Alleged compensation of public hospitals in Lazio), Rn. 55 ff.

Zum anderen können Krankenhäuser ihre Dienste gegen Vergütung anbieten und somit im Wettbewerb um die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen bzw. um Patienten stehen. Diese Dienstleistungen sollen als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sein mit der Folge, dass die Unternehmenseigenschaft bejaht werden muss.¹³ Die Tatsache, dass eine Gesundheitsdienstleistung von einem öffentlichen Krankenhaus erbracht wird, soll nach Ansicht der Kommission nicht ausreichen, um die Tätigkeit als nicht wirtschaftlich einzustufen.¹⁴ Ob das Entgelt direkt von den Patienten oder deren Versicherungen gezahlt wird, ist unbeachtlich.¹⁵

Das Gesundheitssystem in Deutschland basiert nicht auf dem Solidaritätsgrundsatz, weil es nicht durch Sozialversicherungsbeiträge und andere staatliche Beiträge finanziert wird und unentgeltlich Dienstleistungen an seine Mitglieder auf der Grundlage eines umfassenden Versicherungsschutzes erbringt.¹⁶ Die Dienste werden vielmehr von den Versicherungen gegenüber den Krankenhäusern vergütet. Damit gehören die Krankenhäuser in Deutschland in die zweite Kategorie und erfüllen den EU- beihilferechtlichen Unternehmensbegriff.¹⁷

1.3 (Selektive) Begünstigung der Plankrankenhäuser

Die Plankrankenhäuser erhalten eine Investitionskostenförderung und damit grundsätzlich einen wirtschaftlichen Vorteil, der weder anderen Krankenhäusern, die nicht in den Krankenhausplan (und das Investitionsprogramm des Landes) aufgenommen sind, noch den Vertragsärzten zuteil wird.¹⁸ Zu welchem Zeitpunkt genau die Plankrankenhäuser den wirtschaftlichen Vorteil erhalten, i.e. ob auf den Zeitpunkt der Aufnahme in den Krankenhausplan oder in das Investitionsprogramm der Bundesländer abzustellen ist, ist für den vorliegenden Vermerk unbeachtlich und wird daher nicht weiter diskutiert.¹⁹

Fraglich ist damit aber, ob dieser wirtschaftliche Vorteil auch wirklich zu einer Begünstigung der Plankrankenhäuser führt. Dies wäre nicht der Fall, wenn (i) das Unternehmen den Vorteil unter

¹³ EuGH Urt. v. 12.9.2000 – C-180/98 bis C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 75–77 – Pavlov; Koenig/Paul EuZW 2008, 359, 360; Bulla, KommJur 2015, 245, 246.

¹⁴ DAWI-Mitteilung, Rn. 24.

¹⁵ DAWI-Mitteilung, Rn. 24 mwN wie bspw. EuGH, Urt. v. 21. September 1999, Rechtssache C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 – Albany, Rn. 80 ff.

¹⁶ EuG Urt. v. 4.3.2003 – T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50, Rn. 39 – FENIN.

¹⁷ Kaeding in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, Teil 9. Beurteilung staatlicher Beihilfen in bestimmten Sektoren, Rn. 1421; Prütting in Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 45; Koenig/Paul EuZW 2008, 359, 360; Prütting GesR 2017, 415, 416; Wollenschläger/Baier, NZS 2020, 370, 371.

¹⁸ Cremer in Huster/Kaltenborn Krankenhausrecht, § 3 Rn. 61; a.A. noch Koenig/Paul EuZW 2008, 359, 360 (keine Selektivität der Investitionsförderung).

¹⁹ Siehe § 8 Abs. 1 KHG: „Die Krankenhäuser haben nach Maßgabe dieses Gesetzes Anspruch auf Förderung, soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes und bei Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 in das Investitionsprogramm aufgenommen sind.“

normalen Marktbedingungen auch erhalten hätte, weil es sich um eine marktkonforme Gegenleistung handelt (*market economic operator test*, kurz „MEOT“)²⁰ oder (ii) die Vorgaben der EuGH Rechtsprechung in Sachen Altmark Trans erfüllt wären.

1.3.1 Erfüllung der MEOT Kriterien

Die Kommission geht davon aus, dass wirtschaftliche Transaktionen von öffentlichen Stellen der Gegenseite keinen Vorteil verschaffen, sofern sie zu normalen Marktbedingungen vorgenommen werden.²¹ Es kommt also darauf an, ob die öffentliche Stelle sich so verhalten hat, wie es ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in ähnlicher Lage getan hätte („Market Economy Operator Test“ = „MEOT“).²² Damit stellt sich die Frage, ob ein privater Wirtschaftsbeteiligter, der unter normalen Marktbedingungen tätig ist, eine Investitionskostenförderung vornehmen würde.

a) Ausschluss des Beihilfecharakters durch MEOT?

Nach einer in der deutschen krankenhausrechtlichen Literatur vertretenen Auffassung soll die Investitionskostenförderung der Krankenhäuser entsprechend dem System der dualen Krankenhausfinanzierung keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV darstellen.²³ Es handele sich bei der Investitionskostenförderung lediglich um einen Ausgleich dafür, dass die Plankrankenhäuser die akuten stationäre Versorgung im Auftrag der Länder sicherstellen.²⁴ Teilweise wird auch vertreten, es handele sich um den finanziellen Ausgleich auf der Grundlage der Eigentumsgarantie des Art 14 Abs. 1 GG (wegen des gesetzlichen Ausschlusses der Finanzierung der Investitionskosten für den stationären Teil über die Pflegesätze).²⁵ Nach dieser Argumentation stehe der Investitionskostenförderung zugunsten von Plankrankenhäusern die Erfüllung des Versorgungsauftrags als Gegenleistung gegenüber.²⁶ Es liege damit eine marktgerechte Finanzierung vor.

²⁰ Wollenschläger/Baier, NZS 2020, 370, 371; EuGH, Urt. v. 11. Juli 1996, Rechtssache C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI, Rn. 60.

²¹ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), im Weiteren „**Bekanntmachung zum Beihilfebegriff**“, Rn. 74.

²² Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 76.

²³ Cremer in Huster/Kaltenborn Krankenhausrecht, § 3 Rn. 60.

²⁴ Kaeding in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, Teil 9. Beurteilung staatlicher Beihilfen in bestimmten Sektoren, Rn. 1436. Prütting in Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 24; Dettling/Köbler in Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, KHG § 4, Rn. 59.

²⁵ Stollmann/Wollschläger in Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage 2019, Rn. 108; Stollmann/Quaas/Dietz in PdK, § 4 KHG, I. 3.

²⁶ Bundesministerium für Gesundheit, Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung des neuen Freistellungsbeschlusses der Europäischen Kommission vom 20.12.2011 [ABl. L 7 vom 11.1.2012, S. 3] im Gesundheitswesen, insbesondere im Krankenhaussektor und im Bereich der Langzeitpflege (Stand 25.2.2013), S. 8.

Ob sich diese Argumentation wirklich in die EU-beihilferechtliche Systematik einfügt, kann u.E. durchaus bezweifelt werden:

- So hat der EuGH in Sachen Altmark Trans zwar deutlich gemacht, dass „eine staatliche Maßnahme nicht unter Art. 92 Abs. 1 EGV fällt, soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen“. Ein derartiger Ausgleich sei aber nur dann nicht als staatliche Beihilfe zu qualifizieren, wenn eine Reihe von Voraussetzungen (die Altmark-Trans Voraussetzungen) erfüllt sind²⁷ (hierzu im Folgenden). Der EuGH fasst dann auch nochmals explizit zusammen, „dass öffentliche Zuschüsse, die ausdrücklich mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betrauten Unternehmen gewährt werden, um die bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen entstehenden Kosten auszugleichen, nicht unter Art. 92 Abs. 1 EGV fallen, sofern sie die in den Rn. 89 bis 93 dieses Urteils genannten Voraussetzungen erfüllen. Hingegen stellt eine staatliche Maßnahme, die eine oder mehrere dieser Voraussetzungen **nicht erfüllt, eine staatliche Beihilfe im Sinne dieser Bestimmung dar**“ [Hervorhebung durch die Verfasser].²⁸ Damit erscheint es uns jedoch systemwidrig mit den obigen Argumenten auf den MEOT zurückzugreifen und so die klaren EuGH-Vorgaben zu umgehen.
- Dies gilt umso mehr, als dass im Rahmen des MEOT nur Vorteile und Verpflichtungen berücksichtigt werden können, die mit der Rolle des Staates als Wirtschaftsbeteiligter zusammenhängen, nicht aber jene, die sich an seine Rolle als Träger öffentlicher Gewalt knüpfen (z.B. Gründe des Gemeinwohls, soziale oder regionalpolitische Erwägungen).²⁹ Nach diesen Grundsätzen müsste im Rahmen des MEOT der gesetzliche Auftrag der Länder zur akutstationären Versorgung ausgeblendet werden und könnte somit nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden.
- Gegen die Marktüblichkeit im Sinne des MEOT spricht zudem die Tatsache, dass die Investitionskostenförderung nicht als Gegenleistung der Krankenhäuser konzipiert ist, sondern als „öffentliche Förderung“ zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser (§ 4 KHG). Daher entspricht auch die Bemessung der Investitionsförderung (die von Land zu Land variiert) nicht den Parametern, unter denen ein normaler Wirtschaftsbeteiligter Verträge abschließen würde. Denn diese ist nicht an irgendwelche MEOT-typischen Profitabilitäts- oder Renditeerwartungen gekoppelt.

²⁷ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 - *Altmark Trans*, Rn. 87 f.

²⁸ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 - *Altmark Trans*, Rn. 95.

²⁹ Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, Rn. 77 mwN; Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 79 ff.

- Zu beachten ist zudem, dass die o.g. Auffassung, die den Beihilfecharakter der KHG-Investitionskostenförderung ablehnt, nur für die stationäre Krankenversorgung vertreten wird³⁰, nicht aber für die Erbringung ambulanter ärztlicher Leistungen durch die Plankrankenhäuser.³¹ Es müsste also zumindest nach der Nutzung unterschieden werden. So könnte es an einer Begünstigung allenfalls dann fehlen, wenn die Mittel nur für die stationäre Gesundheitsversorgung und nicht auch für Leistungen außerhalb dieses Bereichs verwendet werden.³² Denn der Versorgungsauftrag der Krankenhäuser, mit dem der MEOT begründet wird, reicht nicht weiter als die stationäre Versorgung.³³ Damit kann die Förderung von Gütern für eine ambulante Betätigung von Krankenhäusern sicherlich nicht nach dem MEOT gerechtfertigt werden.³⁴

Der MEOT bietet also nach allen Auffassungen keinen belastbaren Ansatz zum Ausschluss des Beihilfecharakters in der vorliegenden Konstellation. Vielmehr würde die Förderung von Investitionen, die außerhalb des stationären Bereichs genutzt werden, zu einer Quersubventionierung dieser ambulanten Tätigkeiten führen.³⁵ Dies wäre vor allem der Fall, wenn medizinische Gerätschaften und Räumlichkeiten, deren Errichtung, Erweiterung oder Umbau durch KHG-Mittel gefördert wurden, außerhalb des stationären Versorgungsauftrages und damit im Wettbewerb zu

³⁰ Koenig/Paul EuZW 2008, 359, 362.

³¹ Siehe oben unter Sachverhalt: § 115a SGB V: Vor- und nachstationäre Behandlung im Krankenhaus; § 115b SGB V: Ambulantes Operieren im Krankenhaus („AOP“); § 115f SGB V: Spezielle sektorengleiche Vergütung („Hybrid-DRGs“); § 116 SGB V: Möglichkeit zur persönlichen Ermächtigung von angestellten Krankenhausärzten zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung bei bestehendem Bedarf; § 116a SGB V: Ambulante Behandlung durch Krankenhäuser bei Unterversorgung; § 116b SGB V: Ambulante spezialärztliche Versorgung („ASV“); § 117 SGB V: Gesetzliche Ermächtigung von Hochschulambulanzen („HSA“) zur ambulanten ärztlichen Behandlung in dem für Forschung und Lehre erforderlichen Umfang sowie für Versicherte, die wegen Art, Schwere oder Komplexität ihrer Erkrankung einer Untersuchung oder Behandlung durch die Hochschulambulanz bedürfen; § 118 Abs. 1 SGB V: Verpflichtende Ermächtigung von Psychiatrischen Institutsambulanzen („PIA“) durch den Zulassungsausschuss zur ambulanten psychiatrischen und psychotherapeutischen Behandlung der Versicherten; § 118 Abs. 4 SGB V: Weitergehende Möglichkeit zur Ermächtigung von PIAs durch den Zulassungsausschuss bei bestehendem Bedarf; § 118a SGB V: Möglichkeit zur Ermächtigung geriatrischer Institutsambulanzen zur ambulanten geriatrischen Versorgung der Versicherten, sofern entsprechender Bedarf besteht; § 119 SGB V: Möglichkeit zur Ermächtigung sozialpädiatrischer Zentren zur ambulanten sozial-pädiatrischen Behandlung von Kindern bei bestehendem Bedarf und § 119c SGB V: Möglichkeit zur Ermächtigung medizinischer Behandlungszentren zur ambulanten Behandlung von Erwachsenen mit geistiger Behinderung oder schweren Mehrfachbehinderungen bei bestehendem Bedarf.

³² Kaeding in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, Teil 9. Beurteilung staatlicher Beihilfen in bestimmten Sektoren, Rn. 1439; kritisch im Hinblick auf ambulante Tätigkeiten auch Koenig/Paul EuZW 2008, 359, 360; Cremer in Huster/Kaltenborn Krankenhausrecht, § 3 Rn. 59.

³³ Cremer in Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 3 Rn. 59.

³⁴ Koenig/Paul EuZW 2008, 359, 362.

³⁵ König Paul EuZW 2009, 844, 845 f.

den niedergelassenen Ärzten (oder anderer Wettbewerber, wie Nicht-Plankrankenhäuser) verwendet werden.³⁶ Damit läge eine Beihilfe vor.³⁷

b) Exkurs: Beihilferechtskonformität durch Ausschluss von Quersubventionierung?

Zwar lässt sich an dieser Stelle nicht abschließend bewerten, in welchem Umfang KHG-Mittel auch für ambulante Leistungen außerhalb der akutstationären Versorgung verwendet werden. Denkbar sind bspw. auch Fälle, in denen sich stationäre und ambulante Tätigkeiten ergänzen; hierbei muss jedoch eine „Quersubventionierung“ ambulanter Tätigkeiten ausgeschlossen werden.³⁸ Grundvoraussetzung wäre hierzu aber eine getrennte Buchführung und eine transparente Kostenaufteilung der in stationären und in ambulanten Versorgungsbereichen anfallenden Kosten, indem nach Kostenarten, Kostenstellen und Kostenträgern unterschieden wird.³⁹ Je nach späterer Nutzung der Krankenhausinfrastruktur wäre eine anteilige Kürzung der Investitionskostenfinanzierung oder eine Erhebung eines Erstattungsbetrages einschließlich Investitionskostenanteile, soweit die geförderte Krankenhausinfrastruktur auch der Leistungserbringung durch Dritte dient (bei Outsourcing bestimmter Tätigkeitsbereiche oder Mitnutzung durch ambulante Leistungserbringer) denkbar.⁴⁰ In diesem Sinne bestimmt Art. 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayKrG, dass auf den Widerruf von Förderbescheiden verzichtet werden kann, wenn für die Nutzung außerhalb der stationären Versorgung ein Nutzungsentgelt entrichtet wird, das der Krankenhausträger zu 25 % seinen Pauschalmitteln nach Art. 12 BayKrG zuführt und zu 75 % an den Freistaat Bayern erstattet. Eine vergleichbar detaillierte Regelung enthält aber kein anderes Landeskrankenhausgesetz.⁴¹ Hinzu kommt, dass Plankrankenhäuser zur Erbringung bestimmter ambulanter Leistungen bereits jetzt gesetzlich berechtigt sind (sodass man diese als von ihrem Versorgungsauftrag umfasst ansehen kann, sofern die Landeskrankenhausgesetze die Erfüllung des Versorgungsauftrags als Förderzweck bestimmen) und die im KHVG vorgesehenen sektorenübergreifenden

³⁶ Im Hinblick auf MVZ Knütel / Schweda / Giersch, EWS 2008, 497, 501.

³⁷ So auch im Hinblick auf MVZ Knütel / Schweda / Giersch, EWS 2008, 497, 501.

³⁸ In diese Richtung auch eine Pressemeldung aus dem Jahr 2007 zu einer Beschwerde des MEDI-Verbands, wonach die Tätigkeit von Krankenhäusern im Bereich der ambulanten Behandlung, insbesondere im Rahmen von MVZ, nicht unzulässig durch die staatliche Krankenhausfinanzierung quersubventioniert werden dürfe, siehe hierzu <https://www.presstext.com/news/eu-schiebt-unzulaessigen-beihilfen-an-kliniken-und-mvz-einen-riegel-vor.html>, zuletzt abgerufen am 8. September 2023.

³⁹ Im Hinblick auf MVZ Knütel / Schweda / Giersch, EWS 2008, 497, 501; Koenig/Paul EuZW 2008, 359, 363; König Paul EuZW 2009, 844, 846.

⁴⁰ Koenig/Paul EuZW 2008, 359, 362 f.

⁴¹ Größtenteils finden sich lediglich pauschale Regelungen, wonach Fördermitteln ganz oder teilweise zurückgefordert werden können, wenn sie nicht dem Förderzweck entsprechend verwendet worden sind (etwa § 23 Abs. 1, Abs. 7 Nr. 1 KHG BW, § 20 Abs. 1 KHG HH, § 27 Hessisches KHG, § 24 Satz 2 KHG SH, § 15 Abs. 1 Satz 1 ThürKHG) oder wenn sie ohne Zustimmung des zuständigen Ministeriums vom Feststellungsbescheid abweichen (etwa § 20 Abs. 2 BbgKHEG). In Sachsen-Anhalt normiert § 13 Abs. 3 KHG LSA, dass die mit der anderweitigen Nutzung erzielten Entgelte in Höhe der enthaltenen Investitionskostenanteile für Investitionszwecke zu verwenden sind, wenn geförderte kurzfristige Anlagegüter nicht nur für die stationäre Behandlung genutzt werden. Eine Rückforderung von Fördermitteln erfolgt allerdings nicht.

Versorgungseinrichtungen ebenfalls Plankrankenhäuser sind, denen nach § 6b Abs. 1 KHG-E durch Bescheid krankenhaushausplanerisch neben dem stationären explizit ein ambulanter Versorgungsauftrag zugewiesen wird. Deshalb ist es zweifelhaft, ob beim Einsatz der Investitionsfördermittel für solche Aufgaben von einer zweckwidrige Mittelverwendung auszugehen ist.⁴²

In eine ähnliche Richtung gehen auch Ausführungen der Europäischen Kommission im Rahmen der Abgrenzung nicht-wirtschaftlicher von wirtschaftlichen Tätigkeiten. So geht die Kommission davon aus, dass bei solidarischen Systemen, bei denen zunächst argumentiert werden kann, dass keine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, etwaige zusätzliche Tätigkeiten streng davon getrennt werden müssen (bspw. im Hinblick auf private Gesundheitsdienstleistungen, die von Krankenhausärzten in Krankenhäusern gegen eine gesonderte Vergütung vom Patienten erbracht werden).⁴³ Hier betont die Kommission den Aspekt der getrennten Buchführung sowie die Allokation direkter und indirekter Kosten zu diesen zusätzlichen Tätigkeiten.⁴⁴

⁴² In diesem Sinne beschränkt etwa § 8 Abs. 2 KHG Berlin die zulässige Mittelverwendung nicht auf die Erbringung *stationärer* Leistungen, sondern regelt, dass Fördermittel nur für die im *Krankenhausfinanzierungsgesetz* und im Landeskrankenhaus genannten Zwecke *nach Maßgabe des Bewilligungsbescheides und unter Beachtung des Versorgungsauftrages des Krankenhauses* verwendet werden dürfen. Diese Voraussetzungen dürften erfüllt sein, wenn ein von der Landeskrankenhausplanungsbehörde als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung bestimmtes Plankrankenhaus Fördermittel zur Erfüllung seines zusätzlichen Versorgungsauftrags verwendet.

Ähnlich verhält es sich in Niedersachsen. Dort bestimmt § 14 Abs. 5 Satz 1 NKHG zwar, dass die bewilligte Förderung zu kürzen ist, soweit Anlagegüter nicht nur für die stationäre Krankenhausversorgung verwendet werden. Nach Satz 3 der Vorschrift kann aber auf die Kürzung in besonderen Fällen ganz oder teilweise verzichtet werden, insbesondere unter Berücksichtigung der Ziele des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, des NKHG oder des Krankenhausplans.

Lediglich in Nordrhein-Westfalen sind nach § 21 Abs. 2 KHGG NRW derzeit Investitionen von der Pauschalförderung ausgenommen, die nicht der stationären Krankenhausbehandlung dienen.

§ 13 Abs. 1 Satz 2 KHG LSA geht darüber noch hinaus und regelt, dass vom Widerruf des Fördermittelbescheides ganz oder teilweise abgesehen wird, wenn das Krankenhaus oder ein Krankenhausbetriebsteil im Einvernehmen mit der zuständigen Behörde ganz oder teilweise auf andere medizinische oder auf soziale Aufgaben umgestellt wird. Eine ähnliche Bestimmung findet sich in § 15 Abs. 2 Satz 1 ThürKHG.

⁴³ Kommission, Entscheidung vom 4.12.2017 – SA.39913 (Alleged compensation of public hospitals in Lazio), Rn. 15: „*Finally, the Complainant argued that, pursuant to the said reforms, public hospitals are also entitled to provide private health care services within the public facilities (so-called ALPI or intramoenia services).*” Rn. 79: “*(...) ALPI services are not part of the public Italian SSN system. Rather, ALPI services are private healthcare services provided by some hospital doctors also working for the public SSN but outside normal working hours, and remunerated directly by the citizen. ALPI services are provided in competition with private healthcare services and would have an economic nature.*” Rn. 44: “*The Italian authorities submit that (...) recognizes the right of the doctors working exclusively for SSN hospitals to provide services outside the normal working hours in the regime of intramoenia, this is within the public facilities and using hospital outpatient and diagnostic structures.*”

⁴⁴ Kommission, Entscheidung vom 4.12.2017 – SA.39913 (Alleged compensation of public hospitals in Lazio), Rn. 46: “*Furthermore, the Italian authorities have confirmed the existence of a separate (analytical) accounting to determine and impute all the direct and indirect costs of the ALPI services and the fact that, pursuant to the law, the activities cannot generate deficit. In particular, the patient fees must be calculated so that all the costs are compensated including the doctor's and the team's services, the pro-rata costs of*

Der Ausschluss des Beihilfecharakters durch strenge Regeln zur Vermeidung einer Quersubventionierung erscheint somit zwar möglich; ein solcher Mechanismus ist aber nach den uns vorliegenden Informationen hier nicht angedacht.

1.3.2 Ausschluss einer Beihilfe nach Altmark Trans-Grundsätzen?

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob die Investitionskostenförderung die Altmark Trans-Kriterien erfüllt. Der EuGH hatte in Sachen Altmark Trans entschieden, dass Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen keine staatlichen Beihilfen darstellen, wenn die vier „Altmark Trans Kriterien“ erfüllt sind. Danach muss der Empfänger der staatlichen Mittel (1) mit der Erbringung einer „klar definierten“ Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut worden sein („DAWI“), (2) die Parameter anhand deren der Ausgleich berechnet wird müssen vorab transparent und objektiv festgelegt worden sein, (3) der Ausgleich muss auf die zur Erbringung der DAWI erforderlichen Kosten (unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines an gemessenen Gewinns) beschränkt werden und (4) es darf nur ein Ausgleich von Kosten erfolgen, der nicht über die Kosten hinausgeht, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen bei der Leistungserbringung entstehen würden, falls keine Ausschreibung der Leistungserbringung erfolgt ist.⁴⁵

Insbesondere das vierte Kriterium scheint u.E. im Hinblick auf die Investitionskostenförderung nicht erfüllt. Zum einen, erfolgt die Investitionskostenförderung nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge. Zum anderen gehen wir davon aus, dass die Höhe der Investitionskostenförderung nicht auf Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt wird, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.⁴⁶

Damit kann die Begünstigung auch nicht wegen Erfüllung der Altmark Kriterien ausgeschlossen werden. Da für das Tatbestandsmerkmal der Selektivität bereits die selektive Begünstigung eines ganzen Produktionszweiges ausreicht, scheint es u.E. bei der Investitionskostenförderung auch

amortisation and maintenance of the machinery, as well as all direct and indirect costs borne by the hospital. In addition, an amount equal to 5% of the doctor's remuneration for the provision of private services is also due to the hospitals concerned.” Rn. 80: “(...) there is a proper separation of accounts to distinguish public health services provided by these doctors from private health services, and to allow the correct attribution of all -direct and indirect- costs incurred in the provision of ALPI services. In addition, a levy of 5% over the gross revenues deriving from the provision of private services is paid by the doctors to the public hospitals concerned.” Siehe auch EuG 2.6.2021 – T-223/18 (Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo), ECLI:EU:T:2021:315 sowie EuGH 27.4.2023 – C-492/21 (Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo), ECLI:EU:C:2023:354; im Hinblick auf die Quersubventionierung lediglich auf eine mögliche Überkompensation abstellend, Kommission, Entscheidung vom 21. November 2020, State Aid SA.39324 (2018/NN) – Estonia, Alleged aid to public hospitals listed in the Estonian Hospital Network Development Plan, Rn. 61 ff.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 - *Altmark Trans*, Rn. 88 ff.; siehe auch DAWI-Mitteilung Rn. 43.

⁴⁶ Kritisch hierzu auch Bulla, KommJur 2015, 245, 247; im Hinblick auf den Defizitausgleich auch kritisch Knütel / Schweda / Giersch, EWS 2008, 497, 499.

hieran nicht zu mangeln.⁴⁷ Dies gilt insbesondere, da die Investitionskostenförderung nach unserem Verständnis nur den Plankrankenhäusern und damit sogar nur einem Teil der Unternehmen eines Produktionszweiges gewährt wird.

1.4 Drohende Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Zuletzt wäre noch zu prüfen, ob eine Wettbewerbsverfälschung und eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vorliegt. Auch wenn es sich hierbei um zwei getrennte Voraussetzungen handelt, prüft die Kommission diese häufig gemeinsam.⁴⁸ So geht die Kommission davon aus, dass der Beihilfecharakter einer Maßnahme entfällt, wenn der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch die Förderung nicht spürbar beeinträchtigt wird.

Nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte muss,

„wenn eine von einem Mitgliedstaat gewährte Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im unionsinternen Handel stärkt, dieser als von der Beihilfe beeinflusst erachtet werden.“⁴⁹

Die Kommission geht davon aus, dass eine staatliche Förderung selbst dann den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann, wenn der Empfänger selbst gar nicht unmittelbar am grenzübergreifenden Handel teilnimmt.⁵⁰ Das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung ist danach zwar grundsätzlich weit zu verstehen. Die Kommission thematisiert das Merkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels seit dem Jahr 2015 jedoch verstärkt. Sie hat in zwei jüngeren Serien von Beschlüssen aus den Jahren 2015⁵¹ und 2016⁵² zu erkennen gegeben, dass sie zu einer

⁴⁷ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 118; Bulla, KommJur 2015, 245, 247 (der dann aber eine Rechtfertigung vorschlägt); siehe außerdem Bundesministerium für Gesundheit, Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung des neuen Freistellungsbeschlusses der Europäischen Kommission vom 20.12.2011 [ABl. L 7 vom 11.1.2012, S. 3] im Gesundheitswesen, insbesondere im Krankenhaussektor und im Bereich der Langzeitpflege (Stand 25.2.2013), S. 8.

⁴⁸ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 186.

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 14. Januar 2015, Eventech/The Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 66; EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, Eric Libert u.a./Flämische Regierung u.a., verb. Rsn. C-197/11 und C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, Rn. 77; EuGH, Urteil vom 15. Dezember 2005, Unicredito Italiano/Agenzia delle Entrate, C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774, Rn. 56; EuGH, Urteil vom 22. November 2001, Ferring, C-53/00, ECLI:EU:C:2001:627, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 17. September 1980, Philip Morris Holland/Kommission, C-730/79, ECLI:EU:C:1980:209, Rn. 11.

⁵⁰ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 191; Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic, Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region, Rn. 12.

⁵¹ Vgl. Kommission, Pressemitteilung vom 29. April 2015, IP/15/4889.

⁵² Vgl. Kommission, Pressemitteilung vom 21. September 2016, IP/16/3141.

restriktiveren (und damit realitätsnäheren) Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel tendiert.⁵³ Diese Linie scheint in der jüngeren Rechtsprechung Bestätigung zu finden.⁵⁴

Die Kommission stellt hierbei maßgeblich darauf ab, ob die Beihilfeempfänger ihre Waren oder Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem Mitgliedstaat anbieten und es unwahrscheinlich ist, dass Kunden aus anderen Mitgliedstaaten gewonnen werden. Zudem darf die Maßnahme nicht mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten haben.⁵⁵

Im Hinblick auf kleine und lokale Krankenhäuser hat die Kommission daher entschieden, dass eine Begünstigung den Krankenhäusern zwar die Verbesserung des Leistungsangebots ermöglichen, eine überregionale und damit zwischenstaatliche Bedeutung jedoch zumeist auszuschließen sei.⁵⁶ Dies gilt insbesondere bei nur geringem Patientenaufkommen aus dem Ausland.⁵⁷ Hinsichtlich standardmäßiger Gesundheitsdienstleistungen, welche in einem begrenzten geografischen Gebiet angeboten werden, sei bereits davon auszugehen, dass Wettbewerb lediglich auf rein lokaler Ebene stattfindet und daher nicht davon auszugehen ist, dass eine Begünstigung den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen könne.⁵⁸ So bedienten die Krankenhäuser bspw. nur den

⁵³ Kommission, Beschlüsse vom 29. April 2015, SA.33149, Deutschland/Städtische Projektgesellschaft „Wirtschaftsbüro Gaarden“ (Kiel); SA.37432, Öffentliche Krankenhäuser in Hradec Králové; SA.38035, Landgrafen-Klinik; SA.37904, Medizinisches Versorgungszentrum Durmersheim; SA.39403, Hafen von Lauwersoog; SA.37963, Glenmore Lodge; SA.38208, Golfclubs im Eigentum der Mitglieder (Zusammenfassung, vgl. Kommission, Pressemitteilung vom 29. April 2015, IP/15/4889); Kommission, Beschluss vom 4. August 2016, SA.44942, lokale Medien in baskischer Sprache; Kommission, Beschluss vom 20. Juli 2016, SA.44692, Hafen Wyk auf Föhr; Kommission, Beschluss vom 9. August 2016, SA.38920, Santa Casa de Misericordia; Kommission, Beschluss vom 1. August 2016, SA.45512, Valencianisch in der Presse; Kommission, Beschluss vom 9. August 2016, SA.43983, BLSV-Sportcamp (Zusammenfassung, vgl. Kommission, Pressemitteilung vom 21. September 2016, IP/16/3141). Auch in jüngeren Entscheidungen hat die Kommission auf diese Beschlüsse Bezug genommen: vgl. z.B. Kommission, Beschluss vom 27. Juli 2017, SA.38398, Häfen in Frankreich.

⁵⁴ EuG, Urteil vom 14. Mai 2019, Rs. T-728/17, ECLI:EU:T:2019:325 – Marinvest and Porting/Kommission.

⁵⁵ Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 196; Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic, Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region, Rn. 15.

⁵⁶ Koenig/Försch in Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 107, Rn. 112; Kommission, Entscheidung vom 27. Februar 2002, State aid No 543/2001 – Ireland, Capital Allowances for Hospitals, Rn. 20.

⁵⁷ Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic, Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region, Rn. 21; Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, SA.38035 (2015/NN) – Deutschland, Mutmaßliche Beihilfe für eine Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie (Landgrafen-Klinik), Rn. 13.

⁵⁸ Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, SA.38035 (2015/NN) – Deutschland, Mutmaßliche Beihilfe für eine Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie (Landgrafen-Klinik), Rn. 14; Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, Staatliche Beihilfe SA.37904 (2014/NN) – Deutschland, Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim, Rn. 17, siehe auch Rn. 16: „(...) *Standardarztleistungen für die örtliche Bevölkerung, wie etwa ambulante kindermedizinische Versorgung, Orthopädie und Chirurgie. Darüber hinaus zielen die in den anderen Einrichtungen des Klinikums angebotenen Dienstleistungen ebenfalls auf die jeweils ortsansässige Bevölkerung ab.*“ sowie Kommission, Entscheidung vom 7. November 2012, State aid SA.34576 (2012/N) – Portugal, Jean Piaget / Northeast Medium and Long-

lokalen Bedarf an medizinischen Leistungen (basierend auf zur Verfügung stehenden Betten).⁵⁹ Bei standardmäßigen Gesundheitsdienstleistungen wird die Wahl des Leistungsanbieters auch durch die verwendete Sprache und durch die Merkmale des nationalen Gesundheits- bzw. Erstattungssystems beeinflusst, die bewirken können, dass es für Patienten aus verwaltungstechnischen Gründen einfacher ist, sich in ihrem eigenen Mitgliedstaat behandeln zu lassen.⁶⁰ Es gab auch keine Hinweise auf grenzüberschreitende Investitionen.⁶¹

Insbesondere bei größeren, spezialisierten Kliniken scheint eine derartige Argumentation jedoch nicht überzeugend. So ging die Kommission bei hoch spezialisierten medizinischen Leistungen, die mit internationalem Renommee verbunden sind oder bei grenznahen Krankenhäusern davon aus, dass eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durchaus möglich wäre.⁶² Sie betont hierbei, dass im Bereich der Gesundheitsfürsorge im Allgemeinen und der stationären Gesundheitsfürsorge durch Krankenhäuser im Besonderen zwischenstaatlicher Handel existiere. Die Patientenmobilität nehme zu, insbesondere in Grenzregionen und bei hochspezialisierten Behandlungen.⁶³ So hat die Kommission bei Förderungen von Krankenhäusern die Frage schlussendlich offengelassen, wenn eine breite Palette an Behandlungen, darunter auch hochspezialisierte Behandlungen angeboten wurden und das Krankenhaus einen internationalen Ruf genoss.⁶⁴ Hinzu kam in diesem Fall, dass das Krankenhaus sich in der Nähe von anderen Mitgliedstaaten befand

Term Continuing Care Unit, Rn. 20 ff. und Kommission, Entscheidung vom 27. Februar 2002, State aid No 543/2001 – Ireland, Capital Allowances for Hospitals, Rn. 20.

⁵⁹ Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic, Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region, Rn. 22. Die Kommission tendiert in ihrer Entscheidungspraxis bei kleineren Einheiten zu einer „Krankenhaus-freundlichen“ Auslegung. So hatte sie in der Vergangenheit bei der Prüfung einer vermeintlichen Beihilfe an ein Ärztehaus – das auch ambulante Tätigkeiten vornahm – bereits die Beihilfequalität der Maßnahme verneint, obwohl das betreibende Unternehmen neben dem Ärztehaus noch vier Krankenhäuser sowie drei medizinische Versorgungszentren und mehrere Pflegeeinrichtungen in der Region betrieb (Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, Staatliche Beihilfe SA.37904 (2014/NN) – Deutschland, *Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim*, Rn. 16 ff. Die Kommission weist darauf hin, dass „die in den anderen Einrichtungen des Klinikums angebotenen Dienstleistungen ebenfalls auf die jeweils ortsansässige Bevölkerung“ abzielen).

⁶⁰ Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, SA.38035 (2015/NN) – Deutschland, *Mutmaßliche Beihilfe für eine Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie (Landgrafen-Klinik)*, Rn. 14.

⁶¹ Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic, Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region, Rn. 23; anders aber im Hinblick auf enioren- / Pflegeheime, Kommission, Entscheidung vom 2. Juni 2017, Staatliche Beihilfe SA.34655 (2017/NN) – Deutschland, *Investitionsbeihilfe für Pflegeheim und angegliederte Einrichtungen in der Stadt Dahn (Rheinland-Pfalz)*, Rn. 29.

⁶² Kommission, Entscheidung vom 29. April 2015, SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic, Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region, Rn. 19: *“While the Commission has acknowledged in its previous decisions that aid to public hospitals may affect intra-EU trade where those hospitals provide highly specialised medical services which give them an international reputation or where those hospitals are located in border regions with frequent mobility of patients between Member States.”*

⁶³ Kommission, Entscheidung vom 5. Juli 2016, SA.19864 - 2014/C (ex 2009/NN54) implemented by Belgium, *Public financing of Brussels public IRIS hospital*, Rn. 139.

⁶⁴ Kommission, Entscheidung vom 5. Juli 2016, SA.19864 - 2014/C (ex 2009/NN54) implemented by Belgium, *Public financing of Brussels public IRIS hospital*, Rn. 140.

und sowohl mehrere Schnellzugverbindungen, als auch eine Anbindung an einen internationalen Flughafen bestand. Zusätzlich wurde auf die bestehende Mehrsprachigkeit abgestellt und die Tatsache, dass die Stadt eine besonders große Anzahl an Bewohnern aus anderen Mitgliedstaaten aufwies.⁶⁵

Die Frage der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist damit stark vom Einzelfall geprägt. Da nach unserem Verständnis im vorliegenden Fall eine Vielzahl von größeren Häusern von der Investitionsförderung profitiert und diese im ambulanten Bereich einsetzt, kann u.E. eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht ausgeschlossen werden.

2. DAWI-Freistellungsbeschluss

Es stellt sich im Anschluss die Frage, ob die Investitionskostenförderung ambulanter Leistungen im Rahmen des DAWI-Freistellungsbeschlusses⁶⁶ als „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ freigestellt sein kann. Nach dieser Regelung sind bestimmte Beihilfen für DAWI „en bloc“ von den Beihilferegeln freigestellt.

2.1 DAWI Qualität der ambulanten Leistungen

Voraussetzung wäre zunächst das Vorliegen einer DAWI. Aus rein EU- beihilferechtlicher Sicht gibt es nur sehr beschränkte EU-Vorgaben dazu, wann eine Dienstleistung eine DAWI darstellt. Die Kommission gibt den Mitgliedstaaten bei der Festlegung und der Gewährung von Ausgleichsleistungen einen weiten Ermessensspielraum. Die Befugnisse der Kommission beschränken sich darauf zu kontrollieren, dass dem Mitgliedstaat kein offenkundiger Fehler unterlaufen ist, und zu prüfen, ob die Ausgleichleistungen staatliche Beihilfen umfassen.⁶⁷

Für eine grundsätzliche Tauglichkeit ambulanter Tätigkeiten als DAWI – so wird argumentiert – spreche der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 DAWI-Freistellungsbeschluss. Dieser umfasst „*Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch Krankenhäuser, die medizinische Versorgung leisten, gegebenenfalls einschließlich Notdiensten ...*“, sowie „*Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf Gesundheitsdienste und Langzeitpflege...*“ (Art. 2 Abs. 1 lit. b) und c)). In der Literatur wird daher teilweise zwischen Art. 2 Abs. 1 lit. b) und c) differenziert und Art. 2 Abs. 1 lit c), mangels entsprechenden Ausschlusses, auch alle nicht-stationären Gesundheitsleistungen erstreckt, soweit diese

⁶⁵ Kommission, Entscheidung vom 5. Juli 2016, SA.19864 - 2014/C (ex 2009/NN54) implemented by Belgium, Public financing of Brussels public IRIS hospital, Rn. 140.

⁶⁶ ABl. 2012 L 7/3.

⁶⁷ DAWI-Mitteilung, Rn. 46.

als DAWI anzusehen sind, bspw. die Sicherstellung der ambulanten medizinischen und pflegerischen Versorgung.⁶⁸

Unabhängig von dem weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten hält es die EU-Kommission allerdings für unzulässig, Unternehmen mit DAWI zu betrauen, wenn diese Leistungen bereits in ausreichendem Umfang zu Marktbedingungen erbracht werden⁶⁹ oder sich nicht durch spezifische Merkmale von anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens unterscheiden.⁷⁰ Dies folgt letztlich aus der allgemeinen Erwägung, dass sich eine DAWI gerade dadurch auszeichnet, dass sie ohne eine staatliche Kompensationszahlung nicht in ausreichendem Umfang erbracht würde.⁷¹

Fraglich ist daher aber bereits, ob im Hinblick auf ambulante Tätigkeiten wirklich ein sog. Marktversagen vorliegt, das die Erbringung einer DAWI rechtfertigen würde oder, ob diese Tätigkeiten nicht auch von den Vertragsärzten in ausreichendem Umfang erbracht werden könnten.

Hinzukommt, dass der Sicherstellungsauftrag der Bundesländer „nur“ eine leistungsfähige Krankenhausversorgung und damit nur stationäre Leistungen umfasse.⁷² Ambulante medizinische Dienstleistungen sollen hingegen vom Sicherstellungsauftrag nicht erfasst sein.⁷³ Des Weiteren wird insbesondere im Rahmen des Defizitausgleichs betont, dass dieser allein der Finanzierung des Stationärbetriebs dienen darf⁷⁴; Mittel dürften daher nicht für den ambulanten Sektor eingesetzt oder „mitverwendet“ werden.⁷⁵ Hier wird auch die besondere Gefahr gesehen, dass staatliche Zuwendungen an Krankenhäuser (auch) für die Erbringung ambulanter Leistungen eingesetzt werden, ohne dass das gesondert dokumentiert werde. In diesem Falle entstünde eine Wettbewerbsverzerrung zulasten der ambulanten Leistungserbringer, die keine zusätzlichen staatlichen Zuwendungen neben der Vergütung ihrer erbrachten Leistungen erhalten.

⁶⁸ Kaeding in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1426 stellt auch auf Pflegeleistungen durch die vertragsärztliche Versorgung sowie ambulante Pflegeeinrichtungen im Sinne des SGB XI ab.

⁶⁹ DAWI-Rahmen, Rn. 13.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 16.7.2014, T-309/12 ECLI:EU:T:2014:676, Rn. 122 - Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Kommission.

⁷¹ Kommission, Entscheidung vom 25.8.2010 – CP 6/2003 (Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts), Rn. 78.

⁷² Kaeding in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1470.

⁷³ Heinrich in Birnstiel / Bungenberg / Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 1. Auflage 2013, Kapitel 1, 1. Teil, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 793.

⁷⁴ Koenig / Paul, EuZW 2009, 844, 845: „Bei den Märkten für Ambulanzmedizin (handelt es sich) um eigenständige sachlich relevante Märkte (...) und ein Eingriff in die Finanzierungsmechanismen dieser Märkte, welche einem besonderen, für die niedergelassene Ärzteschaft geltenden Entgeltsystem folgen, (habe) zwangsläufig wettbewerbsverzerrende Wirkungen“.

⁷⁵ Kaeding in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, Teil 9, Rn. 1470.

U.E. sprechen daher gute Argumente gegen eine DAWI Eigenschaft der ambulanten Dienstleistungen (zumindest in den Fällen, in denen eben kein Marktversagen nachgewiesen werden kann).

2.2 Zwischenergebnis

U.E. bestehen gute Argumente gegen eine DAWI-Eigenschaft der ambulanten Leistungen. Infolgedessen wäre eine Lösung über den DAWI-Freistellungsbeschluss nicht mehr denkbar und die weiteren (zum Teil strengen und formalen) Voraussetzungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses sind nicht mehr zu prüfen.

Unabhängig hiervon müsste – sofern man dennoch eine DAWI bejahen würde – die geplante Regelung erheblich nachgebessert werden, um den Anforderungen an den DAWI-Freistellungsbeschluss zu genügen. Denn diese setzt einen Betrauungsakt mit präzisiertem Inhalt, präzise Berechnung der DAWI-bedingten Nettokosten, die Beschränkung der Laufzeit, einen Claw-back Mechanismus (Kontrolle von Überkompensation) sowie umfangreiche Transparenzverpflichtungen vor.

3. DAWI-Rahmen (Art. 106 Abs. 2 AEUV)

Generell wäre noch denkbar, dass die Kommission die Investitionskostenförderung direkt auf Basis von Art. 106 Abs. 2 AEUV genehmigt. Die Voraussetzungen, unter denen die Kommission eine solche Genehmigung unter dem Gesichtspunkt des Art. 106 Abs. 2 AEUV erteilen wird, finden sich im DAWI-Rahmen.⁷⁶ Eine solche Lösung (die wohl nicht geplant ist) verlangt jedoch insbesondere eine DAWI-Eigenschaft der betroffenen Tätigkeiten. Wie soeben ausgeführt, sprechen u.E. jedoch gute Argumente gegen die DAWI-Eigenschaft der ambulanten Tätigkeiten (insofern kein Marktversagen nachgewiesen werden kann).

4. Weitere EU-beihilferechtliche Grundlagen

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass die Kommission in Einzelfällen auf Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV zurückgegriffen hat. Hiernach können Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. Die Kommission hat bspw. eine Investitionsbeihilfe zum Umbau eines leerstehenden Krankenhauses in ein Pflegeheim auf Basis von Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt.⁷⁷

⁷⁶ ABL. 2012 C 8/15.

⁷⁷ Kommission, Entscheidung vom 2. Juni 2017, Staatliche Beihilfe SA.34655 (2017/NN) – Deutschland, Investitionsbeihilfe für Pflegeheim und angegliederte Einrichtungen in der Stadt Dahn (Rheinland-Pfalz). Siehe hierzu auch Wollenschläger/Baier NZS 2020, 370, 377.

Im Rahmen der allgemeinen Investitionskostenförderung auf Basis des KHG wurde dieser Gedanke unseres Wissens nach noch nicht geäußert. Selbst wenn man sich jedoch auf Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV stützen wollen würde, wäre eine derartige Beihilfe immer noch bei der Kommission zu notifizieren und von dieser zu genehmigen. Ähnlich wie auch die DAWI-Lösung würde eine solche Option (die wohl nicht geplant ist) eine präzise Bestimmung des Förderzwecks, eine Herleitung der Erforderlichkeit, eine präzise Berechnung der Beihilfeshöhe und eine Beschränkung der Laufzeit erfordern. Die gegenwärtig geplante Regelung wäre in dieser Form wohl kaum auf dieser Grundlage genehmigungsfähig.

5. Ergebnis

Unserer Einschätzung nach dürfte im Hinblick auf die Nutzung von Mitteln aus der Investitionskostenförderung eine beihilferechtlich relevante Begünstigung vorliegen. Da auch die anderen Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 1 AEUV u.E. nicht ausgeschlossen werden können, erfüllt die Investitionskostenförderung für Mittel, die für ambulante Tätigkeiten genutzt werden, daher aus unserer Sicht den Beihilfetatbestand.

Unseres Erachtens sprechen des Weiteren gute Argumente dafür, dass die Beihilfe nicht unter den DAWI-Frestellungsbeschluss fällt, da im Hinblick auf ambulante Tätigkeiten zumindest nicht generell davon ausgegangen werden kann, dass eine DAWI vorliegt. Basierend auf dieser Argumentation scheidet auch eine Notifizierung auf Basis von Art. 106 Abs. 2 AEUV (und unter Berücksichtigung des DAWI-Rahmens) aus.

Im Ergebnis haben wir daher bereits zum jetzigen Zeitpunkt EU-beihilferechtliche Bedenken im Hinblick auf die Nutzung von Mitteln aus der Investitionskostenförderung für ambulante Tätigkeiten.

II. Wie wirken sich die mit dem PUEG beschlossenen und im Referentenentwurf des KHVVG enthaltenen qualitativen und quantitativen Erweiterungen der Möglichkeiten zur Erbringung ambulanten ärztlicher Leistungen für Plankrankenhäuser auf die Vereinbarkeit der öffentlichen Investitionskostenförderung der Länder mit dem EU-Beihilfenrecht aus?

Im Rahmen der Krankenhausreform sollen durch das KHVVG insbesondere sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen eingeführt werden. Diese Krankenhäuser sollen ausweislich der auf S. 95 des Referentenentwurfs enthaltenen Begründung zu §§ 115g, 115h SGB V-E die stationären Leistungen der interdisziplinären Grundversorgung wohnortnah mit ambulanten fachärztlichen als auch mit medizinisch-pflegerischen Leistungen verbinden und die Grundlage für weitere Schritte hin zu einer sektorenübergreifenden Gesundheitsversorgung bilden. Hierbei geht es um ambulante Leistungen aufgrund vertragsärztlicher Ermächtigung, Leistungen des AOP-Katalogs nach § 115b SGB V, Leistungen nach § 115f SGB V (Hybrid-DRGs), belegärztliche Leistungen, medizinisch-pflegerische Leistungen nach § 115h SGB V-E, Übergangspflege nach § 39e

SGB V und Kurzzeitpflege nach § 39c SGB V.⁷⁸ Zudem ermöglicht insbesondere § 116a Abs. 3 SGB V-E eine umfassende und zeitlich unbefristete Ermächtigung für sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen zur Erbringung hausärztlicher Leistungen, sofern der betreffende Zulassungsbereich nicht wegen Überversorgung (ab einem Versorgungsgrad von über 110 %) gesperrt ist.

Damit kann ein solches Krankenhaus – ohne ein MVZ gründen zu müssen – regelhaft und dauerhaft zur Erbringung sämtlicher vertragsärztlicher Leistungen im hausärztlichen Bereich ermächtigt werden, ohne dass ein Sonderbedarf oder ein Sicherstellungsdefizit vorliegen muss. Zudem vermutet die KBV, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Plankrankenhäusern sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen zugeordnet werden könnte. Dann bestünde die Gefahr, dass der Umfang der von den Krankenhäusern erbrachten ambulanten Leistungen deutlich zunimmt und sich der Schwerpunkt der Leistungserbringung von der stationären in Richtung der ambulanten Versorgung verschiebt, zumal das stationäre Leistungsangebot sektorenübergreifender Versorgungseinrichtungen gemäß § 115g Abs. 3 SGB V-E aller Voraussicht nach beschränkt sein wird. Diese Befürchtung wird durch den angedachten ärztlichen Weiterbildungsauftrag der sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen unterstützt, der ein erhebliches Interesse dieser Einrichtungen an einem adäquaten stationären und ambulanten Weiterbildungsangebot vermuten lässt. Unter anderem aus diesem Grund soll die dauerhafte Ermächtigungsmöglichkeit nach § 116a Abs. 3 SGB V-E geschaffen werden – damit sollen sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen die Weiterbildung „aus einer Hand“ – so die Begründung auf S. 101 des KHVVG-Referentenentwurfs – anbieten können.

Überdies haben sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen nach § 116a Abs. 2 SGB V-E einen gebundenen Anspruch auf Erteilung einer Ermächtigung für das entsprechende Fachgebiet in den Planungsbereichen, in denen der Landesausschuss eine in absehbarer Zeit drohende Unterversorgung nach § 100 Absatz 1 Satz 1 festgestellt hat, soweit und solange dies zur Beseitigung der drohenden Unterversorgung erforderlich ist. Diese Ermächtigung ist nicht auf den hausärztlichen Bereich beschränkt, sondern kann auch eine Facharztdisziplin betreffen. Diese Norm bewirkt ebenfalls eine erhebliche Erweiterung der Befugnisse gegenüber der derzeitigen Ermächtigungsmöglichkeit nach § 116a SGB V für (sämtliche) zugelassene Krankenhäuser, die eine vom Landesausschuss festgestellte, eingetretene Unterversorgung voraussetzt.

Hinzukommt das PUEG, das insbesondere den gesetzlichen Auftrag des G-BA zur Entwicklung einer Ersteinschätzungsrichtlinie gemäß § 120 Abs. 3b SGB V geändert hat. Die KBV befürchtet, dass die damit einhergehende Änderung der Finanzierungsregelung des § 120 Abs. 3b Satz 4 SGB V zu einer Öffnung für Krankenhäuser dahin führt, nun auch ambulante Behandlungen ge-

⁷⁸ Siehe Sachverhalt.

setzunglich Krankenversicherter durchzuführen, die sich für einen Notfall halten („subjektive“ Notfälle bei geschlossener Notdienstpraxis) und sich ins Krankenhaus begeben und zwar unabhängig davon, ob objektiv ein Notfall im Sinne einer dringenden Behandlungsbedürftigkeit vorliegt.⁷⁹

Da diese Änderungen zu qualitativen und quantitativen Erweiterungen der Möglichkeiten zur Erbringung ambulanter Leistungen für Plankrankenhäuser führen können, verschärfen diese beiden (angedachten) Änderungen aus den oben ausgeführten Gründen die bereits dargelegten EU-beihilferechtlichen Bedenken. Dies gilt insbesondere im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung. Wurde oben darauf abgestellt, dass die Begünstigung nicht auf Grund des MEOT ausgeschlossen werden könne, wenn Mittel aus der Investitionskostenförderung außerhalb der stationären Tätigkeiten eingesetzt werden, so gilt dies umso mehr wenn sich das Tätigkeitsfeld der sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen weiter in den ambulanten Bereich verschiebt. Die oben genannten Bedenken im Hinblick auf die DAWI Eigenschaft der ambulanten Leistungen gelten u.E. auch nach den beiden (angedachten) Änderungen in noch verstärktem Maße. Dies gilt umso mehr, wenn das ambulante Leistungsspektrum sektorenübergreifender Versorgungseinrichtungen künftig auch medizinisch-pflegerische Leistungen nach § 115h SGB V-E einschließt und man § 12 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 KHG-E in die Betrachtung einbezieht.

Diese wettbewerbsverzerrender Quersubventionierung soll nach dem Willen des Gesetzesentwurfes durch die Schaffung des neuartigen Transformationsfonds noch zusätzlich verstärkt werden. Danach können die Mittel aus dem Transformationsfonds für Vorhaben zur Umstrukturierung von Krankenhäusern verwendet werden, nachdem diese nach § 6b KHG-E als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen bestimmt wurden. Es ist somit nach den Bestimmungen im Referentenentwurf eine direkte und gezielte Fördermöglichkeit für die Schaffung der Voraussetzungen zur Erbringung ambulanter Leistungen dieser Krankenhäuser vorgesehen, bei denen sie in Konkurrenz zu vertragsärztlichen Leistungserbringern stehen, denen diese Fördermöglichkeiten aber verschlossen sind. Der Einsatz der Mittel aus dem Fonds soll dabei keinen materiellen Bindungen unterliegen, sondern soll flexibel – auch für die Deckung von Betriebsverlusten und losgelöst von einem konkreten Förderzweck - eingesetzt werden. Dies widerspricht in noch größerem Maße den Grundprinzipien des EU-Beihilferechts als dies nach der bestehenden Rechtslage der Fall ist. Insbesondere wäre eine solche Flexibilität kaum mit den Vorgaben des DAWI-Freistellungsbeschlusses zu vereinbaren, der einen Betrauungsakt mit präzisiertem Inhalt, eine exakte Berechnung der DAWI-bedingten Nettokosten, eine Beschränkung der Laufzeit, einen Claw-back Mechanismus (Kontrolle von Überkompensation) sowie umfangreiche Transparenzverpflichtungen vorsieht.

⁷⁹

So auch das Verständnis des Gesundheitsausschusses des Bundesrates in BR-Drs. 220/1/23, S. 2.

III. Welche Optionen hat die Kassenärztliche Bundesvereinigung, eine mögliche Unvereinbarkeit der öffentlichen Investitionskostenförderung von Plankrankenhäusern mit den europarechtlichen Vorgaben zum Beihilferecht geltend zu machen?

1. Beschwerde bei der Europäischen Kommission

Die KBV könnte eine **Beschwerde** bei der Kommission erheben (Art. 24 Abs. 2 Beihilfenverfahrens-VO⁸⁰):

- Hiernach kann jeder Beteiligte der Kommission eine Mitteilung über mutmaßlich rechtswidrige Beihilfen bzw. eine mutmaßlich missbräuchliche Anwendung von Beihilfen zukommen lassen.
- Der Beschwerdeführer füllt hierzu ein Beschwerdeformular nach Anhang IV der Durchführungsverordnung⁸¹ (Art 11 a Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 794/2004) aus.
- Macht der Beschwerdeführer von dieser Möglichkeit Gebrauch, hat die Kommission den vorgebrachten Fall einer sorgfältigen und unvoreingenommenen Prüfung zu unterziehen und einen Beschluss zu treffen⁸² (siehe auch Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 Beihilfenverfahrens-VO⁸³).
- Dieser Beschluss kann insbesondere ein verfahrensabschließender Beschluss im vorläufigen Prüfverfahren sein, aber auch ein Beschluss gem. Art. 4 Abs. 4 Beihilfenverfahrens-VO um ein förmliches Prüfverfahren zu eröffnen.
- Wenn die Kommission nach einer ersten Prüfung zu der Auffassung gelangt, dass der Beteiligte dem vorgeschriebenen Beschwerdeformular nicht entsprochen hat oder die von ihm vorgebrachten sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte auf der Grundlage einer Prima-facie-Prüfung nicht als Nachweis für das Vorliegen oder die missbräuchliche Nutzung einer Beihilfe ausreichen, setzt sie ihn davon in Kenntnis und fordert ihn auf, innerhalb einer vorgeschriebenen Frist von höchstens einem Monat dazu Stellung zu nehmen. Falls der

⁸⁰ Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

⁸¹ Siehe insbesondere Verordnung (EU) Nr. 372/2014 der Kommission vom 9. April 2014 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 794/2004 (der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union) in Bezug auf die Berechnung bestimmter Fristen, die Bearbeitung von Beschwerden und die Kenntlichmachung und den Schutz vertraulicher Informationen.

⁸² Bungenberg in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2022, VI. Abschnitt. Rechtsschutz im Beihilfenrecht, Rn. 175 mwN.

⁸³ „Die Kommission prüft ohne ungebührliche Verzögerung jede nach Art. 24 Abs. 2 eingelegte Beschwerde von Beteiligten und stellt sicher, dass der betreffende Mitgliedstaat regelmäßig in vollem Umfang über den Stand und das Ergebnis der Prüfung informiert wird“

Beteiligte nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist Stellung nimmt, gilt die Beschwerde als zurückgezogen (Art. 24 Abs. 2 Beihilfenverfahrens-VO).

- Am Ende des Verfahrens kann ein Negativbeschluss stehen, also die Entscheidung, dass die betreffende Maßnahme eine rechtswidrige Beihilfe darstellt und nicht mehr durchgeführt werden darf (Untersagung).
- Sollte die Kommission ein Tätigwerden ablehnen, weil sie der Auffassung ist, dass keine Beihilfe vorliegt bzw. dass sie die betreffende Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 3 AEUV genehmigt und unterrichtet sie dieses Unternehmen hierüber, so liegt ein endgültiger und rechtsverbindlicher Kommissionsbeschluss vor, gegen den eine Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV möglich ist.⁸⁴ Bleibt die Kommission untätig (selten), wäre eine Untätigkeitsklage gem. Art. 265 AEUV vor dem EuG denkbar. Im Rahmen der Klagebefugnis muss der Kläger nachweisen, dass er unmittelbar und individuell betroffen ist.⁸⁵

Wir denken, auch aufgrund unserer Erfahrung in anderen Fällen, dass die Kommission einer Beschwerde offen gegenüberstehen würde. Zwar räumt sich die Kommission selbst ein weites Aufgriffsermessen bei der Behandlung von Beschwerden ein und lässt gelegentlich auch „Fälle liegen“. Im vorliegenden Fall geht es jedoch um eine „flächendeckende“ Regelung, die zahlreiche Player betrifft und die erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen hat – auch unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Zwischenstaatlichkeitsbezuges.

2. Klage vor deutschen Gerichten

Auf mitgliedstaatlicher Ebene könnte sich die KBV bzw. deren Mitglieder theoretisch an die nationalen Gerichte wenden und einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot in Art. 108 AEUV rügen (meist in Form einer Klage gerichtet auf Anordnung einer Beihilferückzahlung). Im Gegensatz zur Kommission, die eine Rückforderung erst am Ende des förmlichen Prüfverfahrens und auch nur bei materieller Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt anordnen kann,

⁸⁴ Bungenberg in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2022, VI. Abschnitt. Rechtsschutz im Beihilfenrecht, Rn. 175 mwN.

⁸⁵ Die KBV vertritt als Dachorganisation der 17 Kassenärztlichen Vereinigungen die Interessen der Vertragsärzte. Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine Vereinigung, die nicht Adressat eines Unionsrechtsakts ist, nur klagebefugt ist, wenn sie ein eigenes Klageinteresse hat. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ihre Position als Verhandlungsführerin berührt ist, oder wenn sie an die Stelle eines oder mehrerer ihrer Mitglieder tritt und diese(s) Mitglied(er) selbst eine zulässige Klage erheben könnte(n). Siehe Calliess/Ruffert/Wolfram Cremer, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 263 Rn. 48; EuGH, verb. Rs. C-67, 68, 70/85, ECLI:EU:C:1988:38, Rn. 17–25 - Van der Kooy u. a./Kommission; EuG, verb. Rs. T-447–449/93, ECLI:EU:T:1995:130, Rn. 60 - AITEC u. a./Kommission; EuG, T-55/99, ECLI:EU:T:2000:223, Rn. 23 - CETM / Kommission.

kann das nationale Gericht eine Rückforderung auch bei einer mit Art. 107 AEUV zu vereinbarenden Beihilfe wegen eines Verfahrensverstößes (gegen die Notifizierungspflicht) anordnen.⁸⁶

Der Weg über die nationalen Gerichte ist jedoch in der Regel aufwändig, lang und mit einem erheblichen Kostenrisiko behaftet. Es gab bisher noch kaum erfolgreiche Konkurrentenklagen in Deutschland, die allein auf einer Verletzung des Beihilferechts gestützt wurden. Der Weg über eine Beschwerde bei der Kommission ist klar vorzugswürdig. Dies ist auch dadurch bedingt, dass die Kommission über erhebliche Ermittlungsbefugnisse verfügt, die einer Partei im Zivilprozess oder in einem Verwaltungsgerichtsverfahren nicht zustehen.

Dr. Ulrich Soltész

Dr. Reimar Buchner

⁸⁶ Bungenberg in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2022, VI. Abschnitt. Rechtsschutz im Beihilfenrecht, Rn. 54.