

Diskussionspapier Nr. 39

**Wettbewerb auf Märkten für Krankenhausdienstleistungen -  
eine kritische Bestandsaufnahme**

Hermann H. Kallfaß

Juni 2004

Institut für Volkswirtschaftslehre

Ehrenbergstraße 29

Ernst-Abbe-Zentrum

D-98 684 Ilmenau

Telefon 03677/69-4030/-4032

Fax 03677/69-4203

<http://www.wirtschaft.tu-ilmenau.de>

ISSN 0949-3859

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>1. Die deutsche und die europäische Wettbewerbsordnung</b>	
1.1 Marktwirtschaftliche Systeme mit wirksamem Wettbewerb	3
1.2 Voraussetzungen, Merkmale und Funktionen wirksamer Wettbewerbsprozesse	3
1.3 Die deutsche Nachkriegsordnung mit diversen Ausnahmereichen	5
1.4 Binnenmärkte mit wirksamem Wettbewerb als Ziel der Europäischen Gemeinschaften	6
<b>2. Krankenhausdienstleistungen, ein Ausnahmereich der Wettbewerbsordnung?</b>	
2.1 Krankenhausdienstleistungen (KDL) und deren Märkte	8
2.2 Versagen die Märkte für Krankenhausdienstleistungen?	9
2.3 Krankenhausdienstleistungen in der europäischen Wirtschaftsordnung	10
2.3.1 Krankenhausdienstleistungen und die Dienstleistungsfreiheit	12
2.3.2 Krankenhausdienstleistungen in der Wettbewerbsordnung	15
2.4 Zu Abgrenzung der Zuschüsse für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gegenüber unerlaubten Beihilfen	16
<b>3. Einschränkungen, Triebkräfte und Perspektiven für den Wettbewerb auf Märkten für Krankenhausdienstleistungen</b>	
3.1 Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit	20
3.2 Triebkräfte für und Bremskräfte gegen die Durchsetzung der Wettbewerbsordnung	21
3.3 Perspektiven für den Wettbewerb auf Märkten für Krankenhausdienstleistungen	23
<b>4. Literaturverzeichnis</b>	25

## **1. Die deutsche und die europäische Wettbewerbsordnung<sup>1</sup>**

### **1.1 Marktwirtschaftliche Systeme mit wirksamem Wettbewerb**

Die Marktwirtschaft ist das überlegene Wirtschaftssystem für entwickelte Volkswirtschaften. Dies stellen heute weder Bürger noch Politiker ernstlich in Frage. Seit die planwirtschaftlichen Systeme auf Grund ihrer ökonomischen Unterlegenheit wie Kartenhäuser zusammen fielen, ist nicht nur für die Wissenschaft, sondern auch für die Öffentlichkeit die Frage nach dem leistungsfähigen System eindeutig geklärt.

Die Überlegenheit der Marktwirtschaft stand für viele Theoretiker der Freiburger Schule bereits Jahrzehnte früher fest. Franz Böhm, Leonhard Miksch und Walter Eucken erkannten schon um 1930, dass erstens nur die Marktwirtschaft mit einer Demokratie vereinbar ist, die auf individuellen Freiheitsrechten beruht, und zweitens nur eine marktwirtschaftliche Ordnung die Volkswirtschaft durch wirksame Wettbewerbsprozesse zu hoher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit führen kann. Die Theoretiker, die als Ordoliberaler bezeichnet werden und die ihre Konzeption vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit einer vollständig kartellierten Wirtschaft in Deutschland während der nationalsozialistischen Diktatur entwickelten, erkannten, dass für wirksame Wettbewerbsprozesse aber eine bewusst gestaltete Ordnung erforderlich ist.

### **1.2 Voraussetzungen, Merkmale und Funktionen wirksamer Wettbewerbsprozesse**

Märkte können sich nur entwickeln und durch dynamische Wettbewerbsprozesse die Wirtschaft zu hoher Leistungsfähigkeit führen, wenn bestimmte Rahmenbedingungen vorliegen. Bereits Eucken<sup>2</sup> sah, dass eine Ordnung mit Prinzipien nötig ist, die wirtschaftliche Freiheitsrechte gewährt und diese in geeigneter Weise gegen autoritäre staatliche Einschränkungen einerseits sowie gegen private Vermachtung andererseits schützt. Er formulierte konstituierende und regulierende Prinzipien, die noch heute als Voraussetzung für eine funktionsfähige Marktwirtschaft angesehen werden. Hierzu zählen u.a.

- eine Währungsverfassung, welche die Geldwertstabilität sichert,
- Privateigentum an Produktionsmitteln,
- offene Märkte mit freiem Marktzugang,
- eine sinnvoll gestaltete Vertragsfreiheit,
- eine freie Preisbildung,

<sup>1</sup> Vortrag auf dem Bundeskongress des Bundesverbandes Deutscher Privatkliniken e.V. am 25.06.2004 in Freiburg.

<sup>2</sup> Eucken, Walter: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1. Auflage 1952, hier zitiert nach der 6. Auflage, Tübingen 1990, S. 254-304.

- Haftung der Entscheidungsträger und
- eine aktive Monopolkontrolle durch ein staatliches Amt.

Das staatliche Amt hat die drei zentralen Instrumente der Wettbewerbspolitik, das Kartellverbot, die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen sowie die Kontrolle der Zusammenschlüsse anzuwenden. Diese grundlegenden Prinzipien werden heute nicht mehr in Frage gestellt. So ist es unstrittig, dass staatliche Eingriffe wie Investitionskontrollen die Wettbewerbsprozesse behindern und verfälschen sowie die Wohlfahrt in der Volkswirtschaft eindeutig mindern.

Zu den zentralen Merkmalen wirksamen Wettbewerbs gehört die Steuerung der wirtschaftlichen Prozesse nach dem Markterfolg. Innovative Unternehmen, die Produktverbesserungen oder Kostensenkungen auf Grund ihres Strebens nach optimalen Strukturen, Verfahren und Produkten realisieren, werden auf freien Märkten belohnt. Sie erzielen überdurchschnittliche Gewinne, können mehr investieren sowie ihre Marktanteile und Kapazitäten ausweiten. Anbieter mit unterlegenen Qualitäten oder Kostenstrukturen werden demgegenüber sanktioniert, mit Umsatz-, Nachfrage- und Gewinnrückgängen oder sogar mit Verlusten. Diese wichtigen Anreiz- und Sanktionsprozesse werden beispielsweise gravierend gestört, wenn staatliche Instanzen Einheitspreise vorschreiben oder nicht wie private Kapitalgeber handeln, sondern die Verluste unterlegener Anbieter durch Steuergelder ausgleichen. Greift der Staat so in die Märkte ein, dann verzerrt und schwächt er die Prozesse und verhindert wirksamen Wettbewerb. Aber nur wirksame Konkurrenz sorgt dafür, dass der Wettbewerb auf den Märkten seine Aufgaben bzw. seine zentralen Funktionen<sup>3</sup> für die Steigerung des Wohlstands erfüllt.

Nur wirksamer Wettbewerb zwingt die Anbieter

- die Güter und Dienstleistungen technisch effizient produzieren, d.h. bei gegebener Qualität zu den geringst möglichen Kosten,
- die Güter qualitativ effizient an den Wünschen der Nachfrager auszurichten und um so bei gegebenen Kosten die maximale Zahlungsbereitschaft zu erreichen und
- die Angebotsmenge allokativ effizient nach den Grenzkosten festzulegen.

In Deutschland verdankt das marktwirtschaftliche Wirtschaftssystem den auf diese Weise geschaffenen Wohlstandssteigerungen heute seine hohe Anerkennung und Akzeptanz. Dagegen standen dem Wettbewerb vor 50 Jahren noch weite Teile der Wirtschaft, der Verbände und der Politik ablehnend gegenüber. Deshalb hätte sich das System ohne Unterstützung von außen so nicht entwickelt.

---

<sup>3</sup> Zu den Wettbewerbsfunktionen vgl. Kantzenbach, Erhard: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Auflage, Göttingen 1967, S. 19.

### 1.3 Die deutsche Nachkriegsordnung mit diversen Ausnahmereichen

Einen wichtigen Grundstein für die marktwirtschaftliche Ordnung im Nachkriegsdeutschland legten die Alliierten. Sie forderten die Zerschlagung der ab 1890 gebildeten Kartelle und die Dezentralisierung der nach dem Führerprinzip organisierten Wirtschaft.<sup>4</sup> Es ist auch ihrem Druck zu Verdanken, dass durch das Montanunionengesetz bereits 1951 eine erste Wettbewerbsordnung eingeführt wurde. Die Ordnung galt aber nur für die damaligen Schlüsselindustrien im Bereich von Kohle und Stahl. Die ordoliberalen Entwürfe einer generellen Wettbewerbsordnung trafen in der jungen Bundesrepublik Deutschland zunächst auf mehr Widerstände als auf Zustimmung. Der Bundestag verabschiedete das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das GWB, erst nach mehrjährigem Ringen im Jahr 1957 und es war zudem lückenhaft. Dem GWB fehlte zunächst das Instrument der Zusammenschlusskontrolle, das Kartellverbot war lückenhaft und es klassifizierte diverse Branchen als so genannte Ausnahmereichen von der Wettbewerbsordnung. Einige Lücken wurden nach und nach durch Novellen geschlossen, beispielsweise durch die im Jahr 1973 eingeführte Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

Aber bis zur 6. Novelle im Jahr 1998 erklärte das GWB viele Dienstleistungsbranchen explizit zu Ausnahmereichen. Die Regeln der Wettbewerbsordnung galten in diesen Bereichen wie Post, Telekommunikation, Verkehrs-, Energie-, Entsorgungsunternehmen, Versicherungen, Kreditinstitute etc. nicht oder nur eingeschränkt. In den Ausnahmereichen bestanden und bestehen teilweise noch heute zentralisierte Ordnungen nach dem vom Nationalsozialismus 1933 zur Vorbereitung der Kriegswirtschaft eingeführten Führerprinzip,<sup>5</sup> staatliche Eigentumsrechte und umfangreiche Regulierungseingriffe. Die wettbewerbsfeindlichen Vorkriegsordnungen überlebten hier ein halbes Jahrhundert.

Erst Entwicklungen auf europäischer Ebene führten dazu, dass die tradierten Ausnahmen in Frage gestellt wurden: So lange hatten die Lobbyisten der Branchen die Ausnahmereichen mit so genannten Lehren über spezielle Besonderheiten verteidigt, auf Grund derer ein Wettbewerb in dem jeweiligen Bereich nicht möglich oder sinnvoll sei. Die Einführung von Wettbewerb in den traditionellen Ausnahmereichen verdanken wir deshalb primär der europäischen Integration.

---

<sup>4</sup> So verlangte das Potsdamer Abkommen vom 02.08.1945 unter Ziff. 12, dass die deutsche Wirtschaft dezentralisiert wird, um die bestehende übermäßige Konzentration ökonomischer Macht aus Kartellen, Syndikaten, Trusts und anderen Verbindungen zu eliminieren. Anordnungen des Militärs sollten diese Forderung durchsetzen. Vgl. z. B. US-Militär-Gesetz Nr. 56 vom Januar 1947 und das britische Militär-Gesetz Nr. 78 vom Februar 1947.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu das im Jahr 2000 geänderte Energiewirtschaftsgesetz von 1933 oder den Aufbau der Kassenärztlichen Vereinigung Deutschland vom 02.08.1933. Vgl. Oberender, P./Hebborn, A./Zerth, J: Wachstumsmarkt Gesundheit, Stuttgart 2002, S. 27.

#### 1.4 Binnenmärkte mit wirksamem Wettbewerb als Ziel der Europäischen Gemeinschaften

Im Vertrag der Europäischen Gemeinschaft<sup>6</sup> ist das System der Marktwirtschaft mit wirksamem Wettbewerb umfassend und fest verankert. Für die Bürger und Unternehmen bilden umfassende Freiheitsrechte, die beim Europäischen Gerichtshof einklagbar sind, eine sichere Basis. Die vier zentralen Grundfreiheiten (Art. 14 Abs. 2 EGV) sind ein

- freier Personenverkehr mit Unionsbürgerschaft, Freizügigkeit, Niederlassungsfreiheit und Verbot der Ungleichbehandlung (Art. 12, 17-22, 39-42, 43-47 EGV),
- freier Warenverkehr mit dem Verbot von Handelshemmnissen und der Diskriminierung durch staatlichen Institutionen (Art. 23-31 EGV),
- freier Kapitalverkehr mit Niederlassungsfreiheit, freien Direktinvestitionen und dem Erwerb von Immobilien (Art. 56-60 EGV) und ein
- freier Dienstleistungsverkehr (Art. 49-55 EGV).

Die Grundfreiheiten sollen die freie wirtschaftliche Tätigkeit in der gesamten Gemeinschaft ermöglichen. Seit Gründung der Europäischen Gemeinschaft ist die Integration der Volkswirtschaften aller Mitgliedstaaten zu einem Gemeinsamen Markt nach Art. 2 EGV das oberste Ziel des Vertrages. Für die Europäische Kommission und den Europäischen Gerichtshof ist es auch heute die vorrangige Aufgabe. Alle vertraglichen Instrumente sind einzusetzen, damit die noch durch ehemalige nationalstaatliche Grenzen geteilten Märkte auch zu einem gemeinschaftsweiten Markt zusammenwachsen. Für die Gemeinschaften wird durch den Vertrag generell ein System offener Märkte mit wirksamem und unverfälschtem Wettbewerb zwischen allen Marktteilnehmern angestrebt (vgl. Art. 2, Art. 3 Abs. 1 lit. g, Art. 98, 105 und 157 EGV). Um dieses an mehreren Stellen explizit formulierte Ziel zu erreichen, steht der Europäischen Kommission ein Katalog von Instrumenten zur Verfügung, der umfangreicher ist als im deutschen Wettbewerbsrecht. Neben dem Kartellverbot (Art. 81 EGV), der Missbrauchsaufsicht (Art. 82 EGV) und der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen enthält das Europarecht zusätzlich in Art. 87 EGV ein Verbot staatlicher Beihilfen und ein Verbot der Begünstigung öffentlicher Unternehmen (Art. 86 EGV). Das Europarecht kennt außerdem anders als das ursprüngliche deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen fast keine Ausnahmen von der Wettbewerbsordnung. Eine sektorale Ausnahmeregel besteht nur für Teile der Landwirtschaft nach Art. 36 EGV, ansonsten sind Ausnah-

---

<sup>6</sup> Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 in der Fassung vom 26.02.2001 von Nizza, die im Februar 2003 in Kraft trat.

men fast nur im Rahmen von Freistellung unter den klar definierten Voraussetzungen nach Art. 81 Abs. 3 EGV<sup>7</sup> möglich.

Bei der Durchsetzung der Wettbewerbsordnung konzentrierten sich die europäischen Institutionen in den ersten Jahrzehnten zunächst auf die leicht handelbaren Industriegüter. Es galt dafür zu sorgen, dass

- a) diese nationalen Märkte zu gemeinsamen europäischen Märkten zusammenwachsen,
- b) auf den Märkten wirksamer Wettbewerb herrscht und
- c) der Staat den Wettbewerb nicht durch Beihilfen oder staatliche Unternehmen verfälscht.

Dies ist den Institutionen der Gemeinschaften bei handelbaren Industriegütern inzwischen weitestgehend gelungen.

Die Märkte für Dienstleistungen rückten erst seit dem Binnenmarktprogramm um 1990 schrittweise in das zentrale Aufgabenfeld der Kommission.<sup>8</sup> Hier bestand und besteht noch heute ein großer Nachholbedarf bezüglich der europäischen Integration. Bei fast allen Dienstleistungen bestanden bis weit in die neunziger Jahre rein nationale Märkte. Staatsbesitz, Handelshemmnisse und sehr viele Regulierungen verhinderten in diesen Bereichen einen grenzüberschreitenden Austausch und wirksamen Wettbewerb.

Die Kommission konnte aber die Wettbewerbsordnung des Europarechts jedoch nicht in allen Dienstleistungsbereichen (vom Kredit- und Versicherungswesen über die Telekommunikation, über Energieversorgung mit Strom und Gas, Bahn, Post bis zum Gesundheitssektor) zugleich und mit gleicher Intensität durchsetzen. Dazu war die Vielfalt der tradierten nationalen Institutionen und Regeln der Mitgliedstaaten zu groß und es galt erhebliche Widerstände zu überwinden. So ist festzustellen, dass Binnenmärkte und wirksamer Wettbewerb in den Dienstleistungsbranchen unterschiedlich weit realisiert sind.

Die größten Fortschritte in Richtung Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung wurden in den Branchen wie der Telekommunikation erzielt, in denen die Bemühungen der Kommission sehr vielfältig (nationale Vorbilder, technische Dynamik, Klagen und Druck der Lieferanten und Kunden, etc.) unterstützt wurden. Andere Bereiche sind vom Ziel des Gemeinsamen Marktes mit wirksamem Wettbewerb noch weit entfernt. Dies betrifft auch diverse Dienstleistungen im Gesundheitswesen.

---

<sup>7</sup> Ausnahmen vom Kartellverbot nach Art. 81 Abs. 3 EGV sind an vier kumulativ notwendige Voraussetzungen gebunden: a) spürbare Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, b) angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn, c) die Beschränkungen müssen für a) und b) unerlässlich sein und d) die Wettbewerbsbeschränkungen dürfen den Wettbewerb nicht für einen wesentlichen Teil ausschalten.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 14 EGV.

Aber von der europäischen Wettbewerbsordnung sind gewisse Abweichungen möglich, wenn dies a) aus ökonomischen Gründen, b) im Rahmen so genannter Querschnittsklauseln oder c) bei Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 16 EGV) sinnvoll ist.<sup>9</sup> Die Querschnittsklauseln betreffen neben der Umwelt- und Entwicklungspolitik, kulturellen Aspekten auch den Gesundheitsschutz (Art. 152 EGV). Deshalb ist zu untersuchen, wie die Krankenhäuser und die von diesen angebotenen Dienstleistungen in das System der europäischen Marktwirtschaft einzuordnen sind. Zunächst ist aber zu prüfen, welche Merkmale die Märkte für Krankenhausdienstleistungen aus ökonomischer Sicht kennzeichnen und ob die Merkmale eine Ausnahme in der Wettbewerbsordnung begründen.

## **2. Krankenhausdienstleistungen, ein Ausnahmereich der Wettbewerbsordnung?**

### **2.1 Krankenhausdienstleistungen (KDL) und deren Märkte**

Krankenhäuser sind im Gesundheitssektor gegenüber anderen Unternehmen, die ebenfalls durch ärztliche und pflegerische Dienstleistungen bei den Patienten Krankheiten, Leiden oder Körperschäden feststellen, lindern oder heilen sowie Geburtshilfe leisten, ökonomisch eindeutig abzugrenzen. Sie sind durch eine zusätzliche Fähigkeit gekennzeichnet. Sie können Patienten nicht nur ambulant versorgen. Durch eine bestimmte, ständig verfügbare Kapazität an ärztlichem und technischem Personal sowie entsprechende Betten und Einrichtungen sind sie in der Lage, die Patienten vollstationär unterzubringen und zu verpflegen.<sup>10</sup>

Die von Krankenhäusern angebotenen Dienstleistungen werden im Folgenden als Krankenhausdienstleistungen (KDL) bezeichnet. Allgemeine Krankenhäuser mit verschiedenen heterogenen medizinischen Stationen bieten als ein Mehrproduktunternehmen den Patienten eine ganze Spanne verschiedener Dienstleistungen an. Demgegenüber hat ein Spezialkrankenhaus, das mit engem ärztlichem Leistungsspektrum nur ein bestimmtes Dienstleistungsbündel anbietet, den Charakter einer Einproduktunternehmung.

Die Märkte, auf denen ein Krankenhaus mit gegebenem Standort und Leistungsspektrum tätig ist, sind räumlich und sachlich abgrenzbar. Zu ein und demselben sachlichen Markt gehören alle Dienstleistungen, die von Patienten mit einer bestimmten Diagnose hinsichtlich der Eigenschaften

---

<sup>9</sup> Die Querschnittsklauseln betreffen die Umweltpolitik (Art. 174 EGV), kulturelle Aspekte (Art. 151 Abs. 4 EGV), den Gesundheitsschutz (Art. 152 EGV), die Entwicklungspolitik (Art. 178 EGV) und die Industriepolitik (Art. 157 Abs. 1 und 3 EGV). Bei Maßnahmen ist aber der Wettbewerbsvorrang zu berücksichtigen.

<sup>10</sup> Zur gesetzlichen Definition von Krankenhäusern siehe demgegenüber die §§ 39 und 107 SGB V und § 2 KHG.

und Verwendungen als untereinander austauschbar oder substituierbar angesehen werden.<sup>11</sup> Allgemeine Krankenhäuser, die Behandlungen für sehr unterschiedliche Diagnosen anbieten, konkurrieren als Mehrproduktunternehmen deshalb untereinander zugleich bei mehreren Dienstleistungen, aber gegenüber einem spezialisierten Krankenhaus nur auf dem sachlichen Markt der betreffenden Dienstleistung. Ein räumlicher Markt zeichnet sich dadurch aus, dass die Austauschbedingungen einerseits in dem geografischen Gebiet hinreichend homogen sind und sie sich andererseits von benachbarten Gebieten unterscheiden.<sup>12</sup> Da ein Krankenhaus sachlich abgegrenzte Dienstleistungen nur an bestimmten Standorten anbietet, wird die geografische Ausdehnung des Marktes durch die räumliche Mobilität der Patienten bestimmt. Unterscheidet sich die räumliche Mobilität der Patienten hinsichtlich der heterogenen Dienstleistungen eines allgemeinen Krankenhauses, dann sind unterschiedlich weite räumliche Märkte zu erwarten.

## 2.2 Versagen die Märkte für Krankenhausdienstleistungen?

Über das Angebot von KDL entscheiden in Deutschland traditionell in hohem Umfang staatliche Instanzen und nicht autonome Unternehmer. Der empirische Befund könnte ökonomisch in der Tatsache begründet sein, dass die Märkte bei diesen Dienstleistungen versagen. Deshalb ist zunächst zu analysieren, ob bei KDL ökonomische Kriterien für ein Marktversagen vorliegen. Die Überprüfung, ob Marktversagen in einem Bereich vorliegt, gehört zu den ökonomischen Standardaufgaben. Solche Prüfungen führten Wirtschaftswissenschaftler seit den achtziger Jahren für viele bisherige Ausnahmebereiche in Deutschland durch.<sup>13</sup> In sehr vielen Bereichen widerlegten die Ergebnisse der Untersuchungen nahezu einheitlich<sup>14</sup> die Existenz von Marktversagen und die tradierten Rechtfertigungen für die Staatseingriffe. Diese Studien bildeten eine wichtige theoretische Grundlage für die anschließend durchgeführten Liberalisierungen, Privatisierungen und Deregulierungen der Bereiche.

---

<sup>11</sup> Zur sachlichen Marktabgrenzung an Hand der Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite und der Umstellungsflexibilität des Angebotes in der EU vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03 vom 09.12.97), Tz. 7, Tz.15-23.

<sup>12</sup> Zur Definition räumlicher Märkte in der EU vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03 vom 09.12.97), Tz. 8, Tz. 28-31.

<sup>13</sup> Vgl. u.a. Müller/Vogelsang 1979, Kaufer 1981, Soltwedel 1986, Kruse 1985, Windisch 1987, Krakowski 1988 und Deregulierungskommission 1991.

<sup>14</sup> Abweichende Ergebnisse sind insbesondere in Gutachten zu finden, die im Auftrag der betroffenen Branchen durchgeführt wurden.

Ob auf den Märkten von Krankenhausdienstleistungen die Kriterien für Marktversagen<sup>15</sup> vorliegen, blieb lange ungeprüft. Erst in den letzten Jahren analysierte Kuchinke<sup>16</sup> mit der bewährten Methode, ob bei den von Krankenhäusern regulär angebotenen Dienstleistungen folgende Kriterien für Marktversagen vorliegen:

1. Systematische Informationsprobleme.

Bei den Dienstleistungen der Krankenhäuser treten zwar Informationsprobleme für die Patienten auf. Aber diese begründen kein Marktversagen, denn die Probleme können durch verschiedene Instrumente wie Produkttests, Gütesiegel, Haftungs- und Garantiezusagen hinreichend gelöst werden.

2. Monopolbildung auf Grund technisch gegebener Subadditivität und Irreversibilität.

In Deutschland sind keine technisch bedingten Monopolpositionen in den räumlichen Märkten zu erwarten, wenn man von der gegebenen Besiedlung, üblicher räumlicher Mobilität der Patienten und der geschätzten mindestoptimalen Betriebsgröße für regionale Krankenhäuser von 300 Betten ausgeht.

3. Auftretende externe Effekte.

Technologische externe Effekte sind bei KDL nicht relevant.

4. Auftreten der Eigenschaften öffentlicher Güter.

Die Dienstleistungen der Krankenhäuser weisen prinzipiell die Eigenschaften privater Güter auf.<sup>17</sup>

Im Ergebnis der Untersuchungen von Kuchinke ist aus ökonomischer Sicht für die betrachteten KDL<sup>18</sup> kein genereller Ausnahmebereich auf Grund von Marktversagen begründbar. Es sprechen grundsätzlich keine ökonomischen Kriterien gegen die Bereitstellung von KDL durch Märkte mit wirksamem Wettbewerb.

### 2.3 Krankenhausdienstleistungen in der europäischen Wirtschaftsordnung

In den Europäischen Gemeinschaften sind die Kompetenzen für das Sozialwesen von der Renten- über Unfall-, Arbeitslosen- bis zur Krankenversicherung durch die geltenden Verträge nicht zentralisiert worden. Die Gemeinschaft ist nach Art. 3 Abs. 1 lit. p EGV zwar grundsätzlich dem Ziel

---

<sup>15</sup> Zur Darstellung der Kriterien vgl. Fritsch/Wein/Ewers 2003, Teil II.

<sup>16</sup> Kuchinke, Björn: Krankenhausdienstleistungen und Effizienz in Deutschland - Eine industrieökonomische Analyse, Baden-Baden 2004, 4. Kapitel.

<sup>17</sup> Eine Ausnahme bildet die Vorhaltung von Reservekapazitäten im Rahmen der allgemeinen Versorgungssicherheit. Nichttrivalität und Nichtexkludierbarkeit, die Merkmale öffentlicher Güter, treten hier auf.

<sup>18</sup> Zwei besondere Tätigkeitsbereiche, die Forschung in Universitätskliniken und die Vorhaltung von politisch gewünschten Reservekapazitäten für Notfälle, entziehen sich weitgehend einer ökonomischen Analyse und wurden deshalb ausgeklammert. Vgl. Kuchinke 2004, Gliederungspunkt 3.2.2.3 und 3.2.2.4.

eines hohen Gesundheitsniveaus verpflichtet. Sie wird aber nur nach dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 EGV) tätig, sofern und soweit die Ziele auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können.

Die Europäische Gemeinschaft hat im Gesundheitswesen nach Art. 152 EGV nur die Kompetenz, die Politik der Mitgliedstaaten zu ergänzen sowie unterstützende, informierende, koordinierende und fördernde Aufgaben. In der Vergangenheit zeigten die Europäische Kommission und die Generaldirektion „Gesundheit und Verbraucher“ als Hüter der Verträge (Art. 251 EGV) im Gesundheitswesen bisher nur wenige Aktivitäten zur weiteren Integration. Die Aktivitäten betrafen insbesondere Maßnahmen zur besseren Koordination, Information, Prävention und Qualitätssicherung.<sup>19</sup> Auch das Aktionsprogramm der Gemeinschaft für die Jahre von 2003 bis 2008 beschränkt sich auf die informierenden und unterstützenden Aufgaben.<sup>20</sup> Damit ist die Rolle der Gemeinschaft bei der Gestaltung der Gesundheitssysteme und der gesundheitlichen Versorgung gering. Dies wird auch durch die geplante Verfassung für Europa<sup>21</sup> nicht ändern. Dort ist das Gesundheitswesen dem Kapitel V zugeordnet, d.h. den Bereichen, in denen die Union beschließen kann, eine Koordinierungs-, Ergänzungs- oder Unterstützungsmaßnahme durchzuführen.

Das Gemeinschaftsrecht lässt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Gestaltung ihres Systems der sozialen Sicherung unberührt. Bei fehlender Harmonisierung bestimmt jeder Mitgliedstaat einerseits das Recht bzw. die Pflicht auf Anschluss an ein System und andererseits den Anspruch auf Leistung.<sup>22</sup> Die Mitgliedstaaten tragen nach dem Europarecht die zentrale Verantwortung für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung (Art. 152 Abs. 5 EGV). Die Mitgliedstaaten haben die Zuständigkeit für die Definition von Art und Umfang

- der Ansprüche (Sach-, Geldleistung, Positiv-/Negativlisten), die den Bürger gegenüber den Sozialversicherungssystemen gewährt werden sowie
- der Finanzierung dieser Leistung (Steuern, Beiträge, Zwangsmitgliedschaft, Struktur der Beiträge, Solidaritätsbeiträge, Eigenbeteiligung, etc.).

Die Leistungen für die Bürger und deren Finanzierungen regeln die Mitgliedstaaten somit durch nationale Gesetze, Verordnungen und sonstige Regeln sehr unterschiedlich.

---

<sup>19</sup> Vgl. Sundmacher, S. 6 f.

<sup>20</sup> Vgl. Beschluss Nr. 1786/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Bereich der öffentlichen Gesundheit (2003-2008), ABl. L 271/1 vom 09.10.2002.

<sup>21</sup> Vgl. Vertrag über eine Verfassung für Europa vom Europäischen Konvent im Konsensverfahren angenommen am 13. Juni und 10. Juli 2003, ABl. C 169/01, vom 18.07.2003.

<sup>22</sup> Vgl. z. B. die Urteile in der Rs. C-158/96 vom 28. April 1998, (Raymond Kohll), Tz. 17 f. und Rs. C-157/99 vom 12. Juli 2001 (Smits und Peerbooms), Tz. 45.

Die Mitgliedstaaten weisen große Unterschiede im Niveau und in den Strukturen des Gesundheitswesens auf. In allen Staaten unterliegt dieses einer starken politischen Einflussnahme und einer hohen Regulierungsdichte. Die Mitgliedstaaten sind aber kaum oder gar nicht bestrebt, das Sozial- und Gesundheitswesen zukünftig stärker zu vereinheitlichen. Denn die traditionellen Eigenheiten und die Vorstellungen der Mitgliedstaaten sind in diesem Bereich zu heterogen. Bereits die Vorschläge der Kommission zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit finden nur geringe Unterstützung.<sup>23</sup> Die Mitgliedstaaten werden auch in Zukunft unterschiedliche Leistungsansprüche bei Gesundheitsdienstleistungen festlegen. Die Mitgliedstaaten sind aber bei der Ausübung ihrer Befugnisse im Gesundheitssektor der allgemeinen Ordnung des Gemeinschaftsrechts unterworfen. Dieses umfasst erstens die Grundfreiheiten und zweitens das Wettbewerbsrecht.

### **2.3.1 Krankenhausdienstleistungen und die Dienstleistungsfreiheit**

Erstens gelten für den Bereich des Gesundheitswesens selbstverständlich auch die im Europarecht festgelegten Grundfreiheiten der Wirtschaftssubjekte:

- Auf Freizügigkeit, Niederlassungsfreiheit und das Verbot der Ungleichbehandlung können sich selbstverständlich auch Ärzte oder private Krankenhausgesellschaften aus Deutschland berufen, die eine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aufnehmen wollen (Art. 43-48 EGV).
- Der freie Kapitalverkehr und die Freiheit zu Direktinvestitionen betrifft natürlich auch Beteiligungen und Gründungen ausländischer Krankenhausgesellschaften in Deutschland oder deutscher Gesellschaften im EU-Ausland (Art. 56-60 EGV).
- Das Verbot der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft gemäß Art. 49-50 EGV gilt grundsätzlich auch für die Dienstleistungen im Gesundheitswesen.

In der Praxis muss der Vollzug der Grundfreiheiten in den Mitgliedstaaten aber sehr häufig erst mühsam von den Bürgern und Unternehmen durch Klagen vor den europäischen Gerichten durchgesetzt werden.

Im Gesundheitswesen wurde lange stillschweigend akzeptiert, dass viele Regulierungen auf nationale Ebene die Inanspruchnahme von Diensten in anderen Mitgliedstaaten erschweren und sogar verhindern. Die Bürger begannen erst Ende der neunziger Jahre gegen nationale Behinderungen der Dienstleistungsfreiheit vor dem Europäischen Gerichtshof zu klagen. Hierzu möchte ich nur auf drei zentrale Entscheidungen hinweisen.

---

<sup>23</sup> Vgl. Kommission, Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit [KOM (1998) 779 endg. (1999/C 38/08)].

## 1. Kohll vom 28. April 1998, C-158/96

Gegenstand der Entscheidung vor dem EuGH war der Sachverhalt, dass die Krankenkasse eines luxemburgischen Staatsangehörigen dessen Antrag abgelehnt hatte, die Zahnregulierung seiner minderjährigen Tochter bei einem Zahnarzt in Trier (Deutschland) durchzuführen (Tz. 2). Der Gerichtshof stellte fest, dass eine nationale Regelung, die die Kostenerstattung für eine Zahnbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat von einer vorherigen Genehmigung abhängig macht, gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt (Art. 49 und 50 EGV).

## 2. Smits/Peerbooms vom 12. Juli 2001, C-157/99

Diese Entscheidung betraf Krankenhausdienstleistungen. Niederländische Krankenversicherungen hatten die Anträge einer Niederländerin (Frau Smits, Tz. 25) und eines Niederländers (Herr Peerbooms, Tz. 31) auf Erstattung der Kosten für Behandlungen in ausländischen Krankenhäusern (Kassel bzw. Innsbruck) abgelehnt, da keine medizinische Notwendigkeit für die Behandlung in dieser Klinik vorlag (Tz. 26), keine vertragliche Vereinbarung mit der Klinik bestand (Tz. 34) bzw. der wissenschaftliche Nachweis der Wirksamkeit der Behandlung fehlte (Tz. 38). Hier können nicht die komplexen niederländischen Vertragsstrukturen dieser Fälle dargestellt werden, sondern nur zentrale Aussagen des Gerichtes.

- Dienstleistungen von Krankenhäusern fallen auch dann unter die Dienstleistungsfreiheit (gemäß Art. 50 EGV),
- wenn die Patienten auf Grund der Krankenversicherung im Krankenhaus eine für sie kostenlose Sachleistung erhalten
- oder die Erbringer der Dienstleistung nicht nach Gewinn streben
- oder die Beteiligten nicht selbst über Inhalte, Art und Ausmaß der Leistungen sowie deren Vergütung entscheiden können (Tz. 47-59).
- Jede nationale Regel, die eine Inanspruchnahme von Leistungen aus Mitgliedstaaten gegenüber von Diensten im Inland erschwert, verstößt gegen Art. 50 EGV (Tz. 61).
- Da eine vorherige Genehmigung der Behandlung abschreckt, muss die Regelung notwendig als auch angemessen sein. Der Antrag muss unverzüglich, objektiv, unparteiisch nach im Voraus bekannten nicht diskriminierenden Kriterien behandelt werden (Tz. 62, 69, 71, 90).
- Die Genehmigung der Kostenübernahme kann daran gebunden sein, dass die Behandlung in ärztlichen Kreisen als üblich betrachtet wird<sup>24</sup> und die Behandlung des Versicherten erforderlich ist.

---

<sup>24</sup> Die Genehmigung kann nicht versagt werden, wenn die Behandlung in der internationalen Medizin hinreichend erprobt und anerkannt ist.

- Die Genehmigung der Auslandsbehandlung kann im Fall des betrachteten niederländischen Systems umfangreicher vertraglicher Vereinbarungen zwischen Patienten, Krankenkassen und Krankenhäuser nur versagt werden, wenn der Patient die Behandlung rechtzeitig in einer Einrichtung erlangen kann, die eine vertragliche Vereinbarung mit der Krankenkasse des Versicherten abgeschlossen hat.<sup>25</sup>

### 3. Ludwig Leichtle vom 18. März 2004, C-8/02

In diesem Fall klagte Ludwig Leichtle gegen eine Entscheidung der Bundesanstalt für Arbeit. Diese hatte nach den geltenden Beihilfavorschriften einer Heilkur auf Ischia in Italien die Beihilfefähigkeit abgesprochen, weil die dortige Kur nach den verfügbaren Unterlagen keine wesentlich größere Erfolgsaussicht biete als die in Deutschland verfügbaren Heilkuren (Tz. 9). Denn die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften für Beihilfen in Krankheits-, Pflege-, Geburts- und Todesfällen (BHV) in der Fassung vom 10. Juli 1995 (GMBL. S. 470), zuletzt geändert am 20. Februar 2001 (GMBL. S.186) bestimmen unter § 13 (3) BhV: „Aus Anlass einer Heilkur außerhalb der Bundesrepublik Deutschland entstandenen Aufwendungen nach §8 Absatz 2 Nr. 2 bis 5 sind ausnahmsweise beihilfefähig, wenn 1. durch das amts- oder vertrauensärztliche Gutachten nachgewiesen wird, dass die Heilkur wegen der wesentlich größeren Erfolgsaussichten außerhalb der Bundesrepublik zwingend notwendig ist, und 2. der Kurort im Heilkurortverzeichnis aufgeführt ist und 3. die sonstigen Voraussetzungen des §8 vorliegen“ (Tz. 7). In dem Verfahren trug das deutsche Bundesinnenministerium zudem vor, dass „eine völlige Freigabe des Zugangs zu europäischen Kureinrichtungen eine reale Gefährdung der Wirtschaftlichkeit und der medizinischen und pflegerischen Leistungsfähigkeit der deutschen Kureinrichtungen bedeuten würde“ (Tz. 41).

Der Europäische Gerichtshof stellte in seiner Entscheidung fest, dass eine nationale Regelung, nach der die Anerkennung der Beihilfefähigkeit einer Kur in einem anderen Mitgliedstaat den Nachweis größerer Erfolgsaussicht voraussetzt, gegen Art. 49 und Art. 50 EGV verstößt. Dagegen ist die Bedingung der Aufnahme des Kurortes in das Heilkurortverzeichnis zulässig, wenn die Voraussetzungen für die Aufnahme in dieses Verzeichnis objektiver Art sind und Kurorte aus anderen Mitgliedstaaten nicht diskriminieren. Nach Feststellung des Gerichtshofes wurde auch kein konkretes Argument zur Stützung der Behauptung vorgetragen, dass die bisherige Regel in der Beihilfeverordnung erforderlich ist, um eine reale Gefährdung des deutschen Gesundheitssystems zu unterbinden (Tz. 47).

---

<sup>25</sup> Eine vorherige Genehmigung der Kostenübernahme für eine Versorgung im Ausland kann zulässig sein, da die Zahl der Krankenanstalten, ihre geographische Verteilung, ihr Ausbau und die Einrichtungen, über die sie verfügen, oder die Art der medizinischen Leistungen, die sie anbieten können, planbar sein müssen. Jede Plananstrengung würde automatisch vereitelt, wenn es Versicherten unter allen Umständen freistünde, Krankenanstalten, ob nun in den Niederlanden oder in einem anderen Mitgliedstaat, aufzusuchen, mit denen ihre Krankenkasse keine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat (Smits/Peerbooms vom 12. Juli 2001, C-157/99 Tz. 76-81).

Insgesamt ist der EuGH zu dem Ergebnis gekommen, dass in der Gemeinschaft die Beschränkung der Inanspruchnahme von Krankenhausdienstleistungen nach dem Territorialprinzip grundsätzlich unzulässig ist. Ein Recht auf Behandlung in anderen Mitgliedstaaten haben die Patienten

- aller Systeme (privat/gesetzlich, Pauschal-/Festbetrag, Sachleistung/Kostenerstattung),
- in allen Bereichen der Behandlung (ambulant, stationär) und bezüglich
- aller Leistungen,
- wenn das Angebot einem international anerkannten Qualitätsstandard erfüllt.

Eine Grenze liegt vor, wenn die Nachfrage nach Auslandsbehandlungen zu einer nachgewiesenen Gefährdung des inländischen Gesundheitssystems führt. Eine solche Gefährdung konnte aber bisher in keinem Fall nachgewiesen werden. Außerdem kann der freie Dienstleistungsverkehr begrenzt werden, wenn andernfalls die öffentliche Sicherheit nachweisbar gefährdet wird.<sup>26</sup>

### 2.3.2 KDL in der Wettbewerbsordnung

Nach dem europäischen Recht bildet das Gesundheitswesen keinen Ausnahmereich. Für das Gesundheitswesen und damit auch für Krankenhausdienstleistungen ist das im Europarecht vielfach festgeschriebene System offener Märkte mit wirksamem und unverfälschtem Wettbewerb die vertraglich festgeschriebene Ordnung. Damit gilt auch für die Anbieter von Krankenhausdienstleistungen

- das Kartellrecht mit dem Kartellverbot (Art. 81 EGV), der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (Art. 82 EGV) und der Kontrolle von Zusammenschlüssen der Unternehmen nach Fusionskontrollverordnung,<sup>27</sup>
- das Verbot staatlicher Beihilfen (Art. 87 EGV) und
- das Verbot der Begünstigung öffentlicher Unternehmen (Art. 86 EGV).

Das Europarecht ist gemäß Art. 295 EGV neutral gegenüber den unterschiedlichen Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten. Die Regeln der Wettbewerbsordnung gelten deshalb für alle Unternehmen unabhängig von den Eigentumsverhältnissen. Ein Unternehmen im Sinne des Gemeinschaftsrechts ist dabei jedes Gebilde, das einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, unabhängig von seiner Rechtsform, seiner Art der Finanzierung und ob mit der Tätigkeit ein Erwerbszweck verfolgt wird.<sup>28</sup> Deshalb werden auch Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen, die nicht nach

<sup>26</sup> Vgl. zusammenfassender Bericht über die Anwendung der Binnenmarktvorschriften im Bereich der Gesundheitsdienste und die Durchführung der Rechtsprechung des Gerichtshofs durch die Mitgliedstaaten [SEK (2003) 900].

<sup>27</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24/1 vom 29.01.2004, S. 1.

<sup>28</sup> Vgl. Rs. C-41/90, Höfer.

Gewinnen streben, auch von den Regeln erfasst.<sup>29</sup> Damit unterliegen auch die Krankenhäuser in Deutschland prinzipiell den Regeln der europäischen Wettbewerbsordnung, unabhängig davon, ob sie öffentliche, gemeinnützige oder private Träger haben.

Im Mittelpunkt der aktuellen Diskussion über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die Krankenhäuser steht das Problem staatlicher Beihilfen an öffentliche Krankenhäuser. Diesen Sachverhalt analysierten im Jahr 2002 die Herren Schubert und Kuchinke.<sup>30</sup> In ihren Untersuchungen kamen sie zu dem Ergebnis, dass der selektive Ausgleich mehrjähriger Betriebskostendefizite öffentlicher Krankenhäuser durch öffentliche Mittel den Tatbestand einer unzulässigen Beihilfe erfüllt. Da öffentliche Krankenhäuser mit ihren Dienstleistungen in diversen Konkurrenzbeziehungen zu den privaten Häusern stehen, können solche Beihilfen den Wettbewerb erheblich verfälschen. Die an diesen Befund anknüpfende allgemeine Beschwerde eines privaten Klinikbetreibers führte bisher aber nicht zu Ermittlungen der Europäischen Kommission.<sup>31</sup> Der Sachverhalt ist bekannt und soll deshalb hier nicht diskutiert werden. An dieser Stelle ist aber auf Entwicklungen hinzuweisen, die in der jüngsten Zeit das Problem der umstrittenen Abgrenzung<sup>32</sup> der „Daseinsvorsorge“ bzw. die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ betreffen. Denn der Umgang mit diesen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die in der Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 genannt sind, ist für die Abgrenzung unzulässiger Beihilfen relevant.

#### **2.4 Zur Abgrenzung der Zuschüsse für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gegenüber unerlaubten Beihilfen**

Die Mitgliedstaaten können nach Art. 16 EGV und Art. 86 Abs. 2 EGV auf nationaler, regionaler oder kommunaler Ebene die von ihren Bürgern benötigten Dienste von allgemeinem wirtschaftli-

<sup>29</sup> Der Gerichtshof stufte Krankentransporte ohne Gewinnerzielungsabsicht als wirtschaftliche Tätigkeit ein (vgl. Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache *Ambulanz Glöckner*, Rs. C-475/99, I-08089). Während freiwillige Versicherungen, bei denen die Höhe der Leistung von der Beitragshöhe und den Erträgen der Versicherung abhängt, wirtschaftlich tätig sind (vgl. Urteil des EuGH vom 21.09.1999 in der Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751, *Albany International BV*) üben auf dem Solidaritätsprinzip beruhende Pflichtversicherungen nach der Entscheidung des Gerichtshofes keine wirtschaftliche Tätigkeit, sondern eine rein soziale Aufgabe aus (vgl. Rechtssache *Cisal di Battistello venanzio & C. Sas/INAIL* vom 22. Januar 2002, Rs. C-218/00).

<sup>30</sup> Kuchinke, B./Schubert, Jens M.: *Europarechtswidrige Beihilfen für öffentliche Krankenhäuser in Deutschland*, Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre, Diskussionspapier Nr. 28, April 2002; Kuchinke, B./Schubert, Jens M.: *Beihilfen und Krankenhäuser*, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52. Jg. Heft 7/8, 2002, S. 710-719 und Kuchinke, B./Schubert, Jens M.: *Defizitausgleich öffentlicher Krankenhäuser aus öffentlichen Kassen: Verstoß gegen europäisches Recht? führen und wirtschaften im Krankenhaus*, 19. Jg. Nr. 5, 2002, S. 524-530.

<sup>31</sup> Vgl. o.V., *Klage wegen Untätigkeit*, *Spiegel* 21/2004, S. 20.

<sup>32</sup> Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, *„Daseinsvorsorge“ im europäischen Binnenmarkt*, Gutachten vom 12. Januar 2002, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Februar 2002.

chem Interesse autonom definieren. In Ermangelung einschlägiger Bestimmung im Europarecht sehen die Mitgliedstaaten bezüglich Umfang und Gestaltung dieser „öffentlichen Dienste“ einen großen Ermessensspielraum, den sie mit ihren nationalstaatlichen politischen Vorgaben ausfüllen können. Das gemeinsame Merkmal der Dienste ist, dass die beauftragten Unternehmen zur Erbringung dieser Leistungen nach mitgliedstaatlichem Recht auch dann verpflichtet sein sollen, wenn es für sie nach der Marktlage nicht lohnend wäre. Die Unternehmen benötigen einen Ausgleich für solche Dienstleistungen, für die sie auf dem Markt keinen kostendeckenden Preis erzielen können. Ein derartiger finanzieller Ausgleich für die Dienste der Daseinsvorsorge muss nach Art. 73 EGV<sup>33</sup> gegenüber unzulässigen Beihilfen abgegrenzt werden. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen das mit der Daseinsvorsorge beauftragte Unternehmen auf einem Wettbewerbsmarkt tätig ist.<sup>34</sup> Die Mitgliedstaaten hatten wohl auch deshalb im vergangenen Jahrzehnt das Europarecht bezüglich dieser Dienstleistungen an zwei Stellen ergänzt.

Erstens wurde durch den Vertrag von Maastricht im Jahr 1992 zusätzlich der Art. 16 in den EGV eingefügt, in dem auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für das Funktionieren dieser Dienste verwiesen wird.

Zweitens wurden die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 2. Oktober 2001<sup>35</sup> aufgenommen. Dort heißt es unter Art. 36: „Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die nationalstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.“

Die Mitgliedstaaten betreiben wohl die Ausdehnung des Bereichs der Daseinsvorsorge, um ihren Ermessensspielraum zu erweitern. Die Kriterien für die Abgrenzung zulässiger Zuwendungen für die Abgeltung der Aufwendungen einer Dienstleistung im Rahmen der Daseinsvorsorge gegenüber den unzulässigen Beihilfen waren zunächst unklar. Dies hat sich durch die Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 24.07.2003 zum Fall „Altmark Trans GmbH“<sup>36</sup> geändert. In diesem Fall ging es um öffentliche Zuschüsse, die ein Landkreis einem Verkehrsunternehmen (der

<sup>33</sup> Art. 73 lautet: „Mit diesem Vertrag vereinbar sind Beihilfen, die ... oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängende Leistungen entsprechen.“

<sup>34</sup> Es ist prinzipiell zu unterscheiden, ob das mit der Daseinsvorsorge beauftragte Unternehmen a) auf einem offenen Wettbewerbsmarkt, b) auf einem durch ausschließliche Rechte geschlossenen Markt mit einem Wettbewerb um das Monopol und c) auf einem durch ausschließlich Rechte geschlossenen Markt ohne Restwettbewerb tätig ist. Vgl. Europäische Kommission, Bericht über Leistungen der Daseinsvorsorge (KOM (2001) 598 end.).

<sup>35</sup> CHARTA 4473/00 - CONVENT 49 vom 11. Oktober 2000, ABl. C. 364 vom 18.12.2000, S. 1.

<sup>36</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 24. Juli 2003 in der Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH, ABl. C 226/1 vom 20.09.2003, sowie Urteil vom 27. November 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-34/01 bis C-38/01, Enirirsorse SpA.

Altmark Trans GmbH) zum Ausgleich der Defizite aus dem Betrieb des Linienverkehrs im ländlichen Raum gewährte. Ein konkurrierendes Nahverkehrsunternehmen sah in den öffentlichen Zuschüssen zum Ausgleich der laufenden Defizite eine wettbewerbswidrige Beihilfe.

Der Europäische Gerichtshof formulierte in seiner Entscheidung vier Kriterien, mit denen zulässige öffentliche Zuwendungen als Entgelt für Dienstleistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge gegenüber unzulässigen Beihilfen abzugrenzen sind. Diese vier Kriterien zur Abgrenzung zulässiger Zuwendungen für die Dienstleistungen der Daseinsvorsorge lauten:

1. Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
2. Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen.<sup>37</sup>
3. Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um deren Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns zu decken.
4. Wenn die Vergabe der Dienste an ein Unternehmen nicht im Rahmen des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgte, dann ist die Höhe des Ausgleichs auf Grund einer Kostenanalyse für ein durchschnittlich gut geführtes Unternehmen zu bestimmen.

Diese vier Kriterien werden von der Europäischen Kommission nun generell verwendet, um den zulässigen Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse abzugrenzen. Dies hat die Kommission

- a) in einer Entscheidung vom Januar 2004<sup>38</sup> und
- b) in einem Entwurf für einen Gemeinschaftsrahmen mitgeteilt.<sup>39</sup>

Im Text der Entscheidung weist die Kommission bereits in der Einleitung unter der Textziffer 16 explizit auf den Bereich der Krankenhäuser hin: „Die Krankenhäuser und die für Sozialwohnungen zuständigen Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, weisen Besonderheiten auf, die es zu berücksichtigen gilt. So ist insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sowohl der Umsatz als auch die Ausgleichszahlungen sehr hoch sein können, ohne dass dadurch der Wettbewerb in größerem Maße Gefahr laufe, verfälscht zu werden. Folglich können Krankenhäuser und die für Sozialwohnungen zuständigen Unterneh-

<sup>37</sup> Ein nachträglicher Ausgleich von Verlusten, ohne dass zuvor die Parameter fixiert wurden, ist dagegen eine unzulässige Beihilfe.

<sup>38</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden, Brüssel, den 16.01. 2004.

<sup>39</sup> Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, DG D: Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, Brüssel 2004.

men, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, in den Genuss der Freistellung von der Notifizierungspflicht kommen können.“ (Tz. 16). Bei der Abgrenzung des Geltungsbereichs der Entscheidung wird unter Art. 1 ii) explizit auf den Bereich der Krankenhäuser verwiesen: „Sie werden zugunsten von Krankenhäusern gewährt, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen.“ Die Kommission weist daraufhin, dass die Dienste der Daseinsvorsorge in gleicher Weise privaten und öffentlichen Unternehmen übertragen werden können. Damit führt die Europäische Kommission aus, dass die vom Europäischen Gerichtshof in der Grundsatzentscheidung vom 24.07.2003 zum Fall „Altmarkt Trans“ formulierten vier Kriterien zukünftig auch im Bereich der Krankenhäuser anzuwenden sind, um unzulässige Beihilfen abzugrenzen gegenüber dem zulässigen Ausgleich von Defiziten für Dienstleistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge.

Im Bereich der Dienstleistungen von Krankenhäusern könnten beispielsweise Aktivitäten wie

- die Ausbildung und Forschung in Universitätskrankenhäusern,
- die Vorhaltung von Reservekapazitäten für den Katastrophenfall oder
- die Vorhaltung technischer Einrichtungen im ländlichen Raum, die dort auf Grund geringer Nachfrage nicht kostendeckend zu betreiben sind

der Daseinsvorsorge zugeordnet werden.

Nach diesen vier Kriterien des Europäischen Gerichtshofes sollte die Vergabe solcher Aufgaben der Daseinsvorsorge aber durch öffentliche Ausschreibung erfolgen und kein Einfallstor für die Vergabe wettbewerbsverzerrender Beihilfen mehr sein. Aber noch ist die Abgrenzung zulässiger Zuwendungen für die Daseinsvorsorge bei Krankenhäusern auf europäischer Ebene nicht eindeutig geklärt. Dies verdeutlichen jüngste Ausführungen der Kommission einem Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse<sup>40</sup> und in einer Mitteilung der Kommission zur Entwicklung einer hochwertigen, zugänglichen und zukunftsfähigen Gesundheitsversorgung.<sup>41</sup> Im Weißbuch teilt die Kommission auf Seite 21 mit, dass sie im Jahr 2005 eine Mitteilung über Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem Interesse vorlegen wird. Offensichtlich wird auf europäischer Ebene noch um die Abgrenzung zulässiger Zuwendungen für die Daseinsvorsorge bei Krankenhäusern gerungen.

---

<sup>40</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse [KOM (2004) 374 endgültig], Brüssel, den 12.05.2004.

<sup>41</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Modernisierung des Sozialschutzes für die Entwicklung einer hochwertigen, zugänglichen und zukunftsfähigen Gesundheitsversorgung und Langzeitpflege: Unterstützung der einzelstaatlichen Strategien durch die „offene Koordinierungsmethode“ [KOM (2004) 304 endgültig], Brüssel, den 20.04.2004.

### 3. Einschränkungen, Triebkräfte und Perspektiven für den Wettbewerb auf Märkten für Krankenhausdienstleistungen

Die Märkte für Krankenhausdienstleistungen befinden sich in Deutschland wie in den anderen Mitgliedstaaten gegenwärtig noch am Anfang des Weges vom tradierten Ausnahmebereich in ein System offener Märkte mit wirksamem und unverfälschtem Wettbewerb.

#### 3.1 Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit

Die wirtschaftliche Freiheit, eine Grundvoraussetzung für autonome dezentrale Entscheidungen über das Angebot auf den Märkten und wirksamen Wettbewerb, ist in Deutschland für aktuelle und potenzielle Anbieter von Krankenhausdienstleistungen durch zahlreiche Regulierungen stark eingeschränkt. Beispielhaft sind drei Bereiche zu nennen.

Eine wichtige Triebkraft im Wettbewerb ist die mögliche Gefährdung etablierter Unternehmen durch Newcomer oder potenzielle Konkurrenten. Bei Krankenhäusern beginnt die staatliche Reglementierung bereits beim Marktzugang. Bei Krankenhäusern wird das Instrument der staatlichen Investitionslenkung wie selbstverständlich eingesetzt. Für die übrige Wirtschaft wurde die Einführung dieses Instruments in den siebziger Jahren kontrovers diskutiert und dann mit vielen guten Argumenten abgelehnt.<sup>42</sup> Dagegen ist bei Krankenhausdienstleistungen für den erfolgreichen Eintritt in den Markt die Aufnahme in die Krankenhausbedarfsplanung<sup>43</sup> und in die Investitionsfinanzierung der Bundesländer erforderlich.<sup>44</sup> Durch die Krankenhausbedarfspläne beeinflussen die zuständigen Landesministerien die Entwicklung der Standorte, Investitionen der Krankenhäuser und die Anzahl der Betten in dem Bundesland.

In einer dynamischen Umwelt können die kostengünstigsten Produktionsstrukturen nur realisiert werden, wenn die Unternehmen ihren Aktivitätsbereich vertikal durch Ein- und Ausgliederung von Aktivitäten frei anpassen können.<sup>45</sup> Diese Erkenntnis der modernen Industrieökonomik zur vertikalen Integration wird durch die Gesundheitspolitik völlig vernachlässigt. Krankenhäuser können nicht autonom darüber entscheiden, welche Aktivitäten aus traditionell vor- oder nachgelagerten Bereichen sie in ihre Angebotspalette aufnehmen.<sup>46</sup> Die dynamische Suche nach der optimal integ-

<sup>42</sup> Vgl. zum Überblick die Aufsätze in: Küpper, Manfred, (Hrsg.): Investitionskontrolle gegen die Konzerne, Hamburg 1974.

<sup>43</sup> Vgl. § 39 und § 108 Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, nach dem Stand vom 4. März 2004.

<sup>44</sup> Vgl. zum Überblick: Deutsche Krankenhaus Gesellschaft, Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, Stand: September 2003, abgerufen im Internet am 10.06.2004 unter: [http://www/dkgev.de/1\\_pub.htm](http://www/dkgev.de/1_pub.htm), Düsseldorf 2004.

<sup>45</sup> Vgl. Williamson, Oliver E.: Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, Tübingen 1990.

<sup>46</sup> Vgl. Wasem, Jürgen: Wettbewerbliche Weiterentwicklung des Gesundheitssystems an der Schnittstelle von der ambulanten zur stationären Versorgung, Universität Duisburg-Essen, Essen, den 01.08. 2003

rierten Versorgung wird verhindert. Aus theoretischer Sicht ist zu erwarten, dass solche künstlichen Barrieren erhebliche Defizite in der ärztlichen Versorgung an den Schnittstellen verursachen, beispielsweise an der Schnittstelle zwischen den Hausärzten und den Krankenhäusern, oder die Kosten des Systems erhöhen, beispielsweise durch eine unzureichende Nutzung medizinischer Großgeräte der Krankenhäuser für die ambulante Versorgung.

Ein Kennzeichen der Steuerung über Märkte ist die freie Preisbildung. Diese basiert auf einer sinnvoll gestalteten Vertragsfreiheit, dezentralen Entscheidungsrechten privater Eigentümer und der Möglichkeit zur individuellen Gestaltung der Verträge über die Güterbündel sowie deren Preise und Qualitäten. Bei Krankenhausdienstleistungen ist diese Freiheit durch staatlich fixierte Budgets, einheitliche Fallpauschalen, kommunales Eigentum, kollektive Verträge und viele institutionelle Festlegungen<sup>47</sup> erheblich reduziert. Dies behindert beispielsweise die Differenzierung der Entgelte nach Unterschieden in den Qualitäten.

Die angeführten generellen Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit verstoßen nicht gegen die Ordnung der Europäischen Gemeinschaft, da die Organisation des Gesundheitswesens in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten liegt. Administrative Eingriffe sind nur dann unzulässig, wenn die Mitgliedstaaten die allgemeinen Regeln des Europarechts nicht beachten. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn ein Bundesland bei der Krankenhausbedarfsplanung nicht alle Antragssteller nach den gleichen objektiven Kriterien berücksichtigt, sondern private Betreiber von Krankenhäusern gegenüber einem öffentlichen Betreiber benachteiligen würde.

### **3.2 Triebkräfte für und Bremskräfte gegen die Durchsetzung der Wettbewerbsordnung**

Einerseits greifen seit einem Jahrzehnt verschiedene Triebkräfte, die in Richtung auf eine Liberalisierung, Privatisierung und Deregulierung der Märkte für Krankenhausdienstleistungen in Deutschland wirken:

Erstens nimmt die Mobilität der Bevölkerung generell langfristig zu, auch gefördert durch Urlaubsreisen und Aufenthalte im Ausland. Dies erhöht die Mobilität der Patienten bei der Inanspruchnahme der Dienstleistungen im Gesundheitssektor sowohl innerhalb Deutschland als auch im europäischen Ausland und erweitert die räumlichen Märkte.<sup>48</sup> Dabei sind die zu überweisenden

---

<sup>47</sup> Die Vorgaben trennen beispielsweise ambulante und stationäre Versorgung, ärztliche Leistungen und ärztlich veranlasste Leistungen, Akutmedizin und Rehabilitation oder Krankenbehandlung und Versorgung bei Pflegebedürftigkeit. Zwischen den Verbänden werden kollektive Verträge abgeschlossen, die Preise werden durch einheitliche Fallpauschalen und die Mengen durch feste Budgets reguliert.

<sup>48</sup> Beispielsweise entdecken viele Bundesbürger gegenwärtig die Attraktivität der Kureinrichtungen in Ungarn, der Tschechischen Republik, Kroatien und in Slowenien. Die EG-Erweiterung wird die Akzeptanz der Anbieter aus dem Südosten zusätzlich erhöhen. Der Nachfrage einer Behandlung im Ausland stehen neben den natürlichen

Versicherten aber nach § 39 Abs. 2 SGB V<sup>49</sup> auf die Mitwirkung des behandelnden Arztes angewiesen, der durch seine Einweisung das Krankenhaus festlegt. Dies schränkt die Möglichkeit der Versicherten erheblich ein, bei der Nachfrage nach Dienstleistungen zwischen verschiedenen Krankenhäusern zu wählen.

Zweitens erhöhen zunehmende Zuzahlungen und Eigenbeteiligungen die Sensibilität der Patienten bezüglich von Unterschieden in den Preisen und Qualitäten.<sup>50</sup> Dadurch entsteht zwischen den Anbietern von Krankenhausdienstleistungen ein anderer Preis- und Qualitätswettbewerb als in der Vergangenheit.

Drittens besteht in Deutschland bundesweit ein Trend zur Privatisierung bisheriger kommunaler Krankenhäuser. Überschuldete Städte und Landkreise bieten ihre Krankenhäuser privaten Betreibern an, weil sie die notwendigen Investitionen und auftretenden Defizite im laufenden Betrieb der Krankenhäuser nicht mehr finanzieren können und sich selbst nicht mehr in der Lage sehen, die Ertragssituation der Häuser unter den gegebenen Bedingungen (Eigenkapitalschwäche, Struktur und Höhe der Löhne im öffentlichen Dienst) zu verbessern.

Andererseits bestehen erhebliche Bremskräfte gegen den Rückzug des Staates aus der Produktion der Dienstleistung und auf die Beschränkung auf die Ordnungspolitik. So wehren sich Politiker auf der kommunalen Ebene vielerorts dagegen, dass ihr Einfluss auf das lokale Angebot an Krankenhausdienstleistungen durch anstehende Privatisierungen aufgehoben wird. Sie versuchen, durch die Mobilisierung der Beschäftigten der Häuser und der Bürger die Vorhaben zu blockieren oder zumindest zu verzögern. Dabei werden sie von Interessengruppen gestützt, deren Einfluss durch die Privatisierung ebenfalls geschwächt wird. Die Gegner der Liberalisierung können zudem darauf verweisen, dass es im europäischen Ausland anders als bei der Stromversorgung oder der Telekommunikation keine Vorbilder für freie Märkte für Dienstleistungen der Krankenhäuser gibt. Auch in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft wurde das Gesundheitswesen in der Vergangenheit als Ausnahmebereich behandelt. Die Krankenhäuser befinden sich häufig im Eigentum der Jurisdiktionen und viele Regulierungen steuern das Verhalten der Anbieter und Nachfrager. Aber auch in den anderen Mitgliedstaaten ändern sich gegenwärtig die Sozialsysteme. Es besteht die generelle Tendenz, dass die bisherigen staatlichen Verwaltungen und unechten Selbstverwaltungen aufgegeben werden. Stattdessen werden durch ordnungspolitische Maßnah-

---

Barrieren (Informationsprobleme, Sprache/Kultur, andere Abrechnungsmodalitäten und Garantie-/Haftungsfragen) zusätzliche staatliche Barrieren (Duale versus monistische Finanzierung und Erstattungsprobleme nach der VO 1408/71).

<sup>49</sup> „Wählen Versicherte ohne zwingenden Grund ein anderes als in der ärztlichen Einweisung genanntes Krankenhaus, können ihnen die Mehrkosten ganz oder teilweise auferlegt werden.“ § 39 Abs. 2 SGB V.

<sup>50</sup> Vgl. Oberender/Hebborn/Zerth 2002, S. 109 f.

men die allgemeinen Rahmenbedingungen für eine Erbringung der Dienstleistungen im Gemeinsamen Markt unter wettbewerblichen Bedingungen geschaffen.

### 3.3 Perspektiven für den Wettbewerb auf Märkten für Krankenhausdienstleistungen

Die weitere Liberalisierung und Privatisierung werden langfristig a) die europäischen und b) die nationalen Märkte für Krankenhausdienstleistungen ändern. Es ist nur unklar, wie schnell sich die Entwicklungen vollziehen werden, aber die Perspektiven sind erkennbar:

a) In Europa erfasst die internationale Arbeitsteilung nun auch die Märkte für Krankenhausdienstleistungen. Der grenzüberschreitende Austausch wird im Nicht-Notfall-Bereich bei einigen Dienstleistungen und Patientengruppen in Zukunft spürbar ansteigen. Der intrasektorale Austausch wird dabei nach den üblichen Bestimmungsfaktoren des Außenhandels zunehmen, d.h. es ist sowohl eine Expansion der Nachfrage der Inländer im Ausland als auch der Nachfrage der Ausländer im Inland zu erwarten. Bei Heilkuren haben die Mitgliedstaaten im Südosten der Europäischen Gemeinschaft spürbare Kostenvorteile. Wenn sie die geforderte Qualität in einem günstigen Preis-Leistungs-Verhältnis anbieten, dann werden viele Deutsche zukünftig nicht nur zum Urlaub in das Ausland reisen, sondern auch im weiter zunehmenden Umfang nach Heilkuren im Ausland fragen.<sup>51</sup> Krankenversicherungen könnten im Rahmen von Sparmaßnahmen die Abwanderung lohnintensiver Bereiche in Niedriglohnländer beschleunigen. Bei anderen Dienstleistungen ist dagegen zu erwarten, dass deutsche Anbieter auf Grund komparativer Vorteile für Ausländer attraktiv sind. Dies gilt für die Bereiche

- hoch technisierter medizinischer Eingriffe, in denen Großgeräte eingesetzt werden und umfangreiches Wissen erforderlich ist, sowie für das im internationalen Vergleich
- qualitativ sehr hoch entwickelte Angebot der deutschen Rehabilitationseinrichtungen. Neben Qualitätsvorsprüngen können aber auch
- kurze Wartelisten den Zustrom von Ausländern aus so genannten Wartelistenländern, in denen Patienten eine lange Wartefrist vor dem Eingriff auf sich nehmen müssen, nach Deutschland fördern.

Die intrasektorale Arbeitsteilung wird auch in diesem Bereich langfristig diejenigen Unternehmen begünstigen, die grenzüberschreitend tätig sind und dadurch arbeitsintensive Aktivitätsstufen unternehmensintern in Ländern mit vergleichsweise niedrigen Arbeitskosten verlagern können.

b) In Deutschland werden die Marktanteile der privaten Betreiber von Krankenhäusern durch internes und externes Wachstum auf jeden Fall ansteigen. Den hoch verschuldeten Kommunen fehlt

---

<sup>51</sup> Bereits heute reisen viele Bundesbürger auf private Kosten zu einer Kur nach Marienbad.

das Kapital für überfällige Modernisierungen. Der zunehmende Preis- und Qualitätswettbewerb wird den Druck auf die öffentlichen Häuser verstärken. Denn den öffentlichen Unternehmen mangelt es häufig an unternehmerischer Fähigkeit und Kraft. Bei angestrebten Übernahmen kommunaler Krankenhäuser durch private Unternehmen, die bereits an anderen Krankenhäusern beteiligt sind, ist das Kartellrecht zu beachten.

Nach § 35 GWB unterliegen die Übernahmen der allgemeinen Zusammenkontrolle durch das Bundeskartellamt, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt die gesetzlichen Größenkriterien erreichen. Geplante Zusammenschlüsse sind vom Amt zu untersagen, wenn dadurch marktbeherrschende Positionen auf den relevanten Märkten für Krankenhausdienstleistungen entstehen. Es ist zu erwarten, dass einzelne Unternehmen diese Grenze für das externe Unternehmenswachstum auf bestimmten regionalen Märkten in absehbarer Zeit erreichen.

Wenn eine Krankenhausgesellschaft durch internes oder externes Wachstum auf dem räumlichen Markt für bestimmte Dienstleistungen eine marktbeherrschende Position erreicht, dann wird die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen gemäß § 19 GWB greifen. Das Unternehmen unterliegt dann der Verhaltenskontrolle durch das Kartellamt. In eine solche Position können private Krankenhausbetreiber durch die Übernahme einer Landeskrankenhausgesellschaft schnell geraten. Krankenhausbetreiber sollten diese Konsequenz in der Expansionspolitik beachten.

c) Zum Abschluss ist auf eine zentrale Erfahrung aus vergangenen Entwicklungen in der Stahlindustrie und im Produzierenden Gewerbe hinzuweisen: Die europäische Wettbewerbsordnung setzt sich nicht von selbst durch.

- Ausländer müssen faire Wettbewerbsbedingungen gegenüber inländischen Anbietern immer erst einklagen, da die Nationalstaaten und Regionen zunächst versuchen, den Wettbewerb durch ausländische Anbieter ideenreich mittels nichttarifärer Handelshemmnisse zu unterbinden oder zumindest abzumildern.
- Ähnliches gilt für das Verhältnis der privaten Träger zu den öffentlichen Trägern von Krankenhäusern, die im unmittelbaren Interessenbereich der Politik liegen. Auch hier sind faire Bedingungen nur zu erreichen, wenn die privaten Unternehmen ihre Rechte einklagen. Umfangreiche Erfahrungen aus der Kontrolle von Subventionen in der Stahlindustrie zeigen, dass es manchmal viele Jahre dauert, bis die unfaire Begünstigung einzelner Unternehmen eingestellt wird.

#### 4. Literaturverzeichnis

- Böhm, Franz*: Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, Stuttgart 1937.
- Deregulierungskommission*: Marktöffnung und Wettbewerb, Stuttgart 1991.
- Deutsche Krankenhaus Gesellschaft*: Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, Stand: September 2003, abgerufen im Internet am 10.06.2004 unter: [http://www/dkgev.de/1\\_pub.htm](http://www/dkgev.de/1_pub.htm), Düsseldorf 2004.
- Eucken, Walter*: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1. Auflage 1952, hier zitiert nach der 6. Auflage, Tübingen 1990.
- Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, DG D*: Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, Brüssel 2004.
- Europäische Kommission*: Bericht über Leistungen der Daseinsvorsorge (KOM (2001) 598 end.).
- Fritsch, Michael/Wein, Thomas/Ewers, Hans-Jürgen*: Marktversagen und Wirtschaftspolitik: Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 5. Auflage, München 2003.
- Kantzenbach, Erhard*: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Auflage, Göttingen 1967.
- Kaufers, Erich*: Theorie öffentlicher Regulierung, München 1981.
- Klusen, Norbert (Hrsg.)*: Chancen und Risiken auf dem europäischen Gesundheitsmarkt, Baden-Baden 2000.
- Knappe, Eckhard (Hrsg.)*: Wettbewerb in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 1999.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*: Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden, Brüssel, den 16. 01. 2004.
- Krakowski, Michael (Hrsg.)*: Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1988.
- Kruse, Jörn*: Die Ökonomie der Monopolregulierung, Göttingen 1985.
- Kuchinke, Björn*: Krankenhausdienstleistungen - Eine industrieökonomische Analyse, Baden-Baden 2004.
- Kuchinke, B./Schubert, Jens M.*: Europarechtswidrige Beihilfen für öffentliche Krankenhäuser in Deutschland, Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre, Diskussionspapier Nr. 28, April 2002.

- Kuchinke, B./Schubert, Jens M.:* Beihilfen und Krankenhäuser, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 52. Jg. Heft 7/8, 2002, S. 710-719.
- Kuchinke, B./Schubert, Jens M.:* Defizitausgleich öffentlicher Krankenhäuser aus öffentlichen Kassen: Verstoß gegen europäisches Recht? führen und wirtschaften im Krankenhaus, 19. Jg. Nr. 5, 2002, S. 524-530.
- Küpper, Manfred (Hrsg.):* Investitionskontrolle gegen die Konzerne, Hamburg 1974.
- Miksch, Leonhard:* Wettbewerb als Aufgabe, Die Grundsätze einer Wettbewerbsordnung, Stuttgart 1937.
- Müller, J./Vogelsang, I.:* Staatliche Regulierung, Baden-Baden 1979.
- Oberender, P./Hebborn, A./Zerth, J.:* Wachstumsmarkt Gesundheit, Stuttgart 2002.
- Schaub, Vanessa Elisabeth:* Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung in der Europäischen Union, Baden-Baden 2001.
- Soltwedel, Rüdiger, et a.:* Deregulierungspotentiale in der Bundesrepublik, Kieler Studien 202, Tübingen 1986.
- Steinmeyer, Heinz-Dietrich:* Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, Berlin 2000.
- Wasem, Jürgen:* Wettbewerbliche Weiterentwicklung des Gesundheitssystems an der Schnittstelle von der ambulanten zur stationären Versorgung, Universität Duisburg-Essen, Essen, den 01.08. 2003.
- Wille, Eberhard/Albring, Manfred (Hrsg.):* Reformoptionen im Gesundheitswesen, Frankfurt u.a. 1999.
- Williamson, Oliver E.:* Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, Tübingen 1990.
- Windhorst, Kay:* Die integrierte Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 2002.
- Windisch, R.:* Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich Bahn, Post und Telekommunikation, Tübingen 1987.
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie:* „Daseinsvorsorge“ im europäischen Binnenmarkt, Gutachten vom 12. Januar 2002, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Februar 2002.

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

- Nr. 15 *Kallfass, Hermann H.*: Vertikale Verträge und die europäische Wettbewerbspolitik, Oktober 1998. In veränderter Fassung erschienen als: „Vertikale Verträge in der Wettbewerbspolitik der EU“, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 49. Jg., 1999, S. 225-244.
- Nr. 16 *Steinrücken, Torsten*: Wirtschaftspolitik für offene Kommunikationssysteme - Eine ökonomische Analyse am Beispiel des Internet, März 1999.
- Nr. 17 *Kallfass, Hermann H.*: Strukturwandel im staatlichen Einfluss, April 1999.
- Nr. 18 *Czygan, Marco*: Wohin kann Wettbewerb im Hörfunk führen? Industrieökonomische Analyse des Hörfunksystems der USA und Vergleich mit Deutschland, Dezember 1999.
- Nr. 19 *Kuchinke, Björn*: Sind vor- und vollstationäre Krankenhausleistungen Vertrauensgüter? Eine Analyse von Informationsasymmetrien und deren Bewältigung, September 2000.
- Nr. 20 *Steinrücken, Torsten*: Der Markt für „politische Zitronen“, Februar 2001.
- Nr. 21 *Kuchinke, Björn A.*: Fallpauschalen als zentrales Finanzierungselement für deutsche Krankenhäuser: Eine Beurteilung aus gesundheitsökonomischer Sicht, Februar 2001.
- Nr. 22 *Kallfass, Hermann H.*: Zahlungsunfähige Unternehmen mit irreversiblen Kosten, ihre Fortführungs- und Liquidationswerte, März 2001.
- Nr. 23 *Kallfass, Hermann H.*: Beihilfenkontrolle bei Restrukturierungen und Privatisierungen, April 2001.
- Nr. 24 *Bielig, Andreas*: Property Rights und juristischer Eigentumsbegriff. Leben Ökonomen und Juristen in unterschiedlichen Welten?, Juni 2001.
- Nr. 25 *Sichelstiel, Gerhard*: Theoretische Ansätze zur Erklärung von Ähnlichkeit und Unähnlichkeit in Partnerschaften, Juni 2001.
- Nr. 26 *Bielig, Andreas*: Der „Markt für Naturschutzdienstleistungen“. Vertragsnaturschutz auf dem Prüfstand, Juli 2001.
- Nr. 27 *Bielig, Andreas*: Netzeffekte und soziale Gruppenbildung, Januar 2002.
- Nr. 28 *Kuchinke, Björn A.; Schubert, Jens M.*: Europarechtswidrige Beihilfen für öffentliche Krankenhäuser in Deutschland, April 2002.
- Nr. 29 *Bielig, Andreas*: Messung von Nachhaltigkeit durch Nachhaltigkeitsindikatoren, Februar 2003.

- Nr. 30 *Steinrücken, Torsten*: Die Legitimation staatlicher Aktivität durch vertragstheoretische Argumente: Anmerkungen zur Kritik an der Theorie des Gesellschaftsvertrages, März 2003.
- Nr. 31 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian*: Heterogene Standortqualitäten und Signalstrategien: Ansiedlungsprämien, Werbung und kommunale Leuchtturmpolitik, April 2003.
- Nr. 32 *Steinrücken, Torsten*: Funktioniert ‚fairer‘ Handel? Ökonomische Überlegungen zum alternativen Handel mit Kaffee, Juli 2003.
- Nr. 33 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian*: Die Wiederentdeckung der Zweitwohnsitzsteuer durch die Kommunen - zu Wirkungen und Legitimation aus ökonomischer Sicht, September 2003.
- Nr. 34 *Rissiek, Jörg; Kressel, Joachim*: New Purchasing & Supply Chain Strategies in the Maintenance, Repair and Overhaul Industry for Commercial Aircraft, September 2003.
- Nr. 35 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian*: Europäische Beihilfekontrolle und Public Utilities - Eine Analyse am Beispiel öffentlicher Vorleistungen für den Luftverkehr, Dezember 2003.
- Nr. 36 *Voigt, Eva; GET UP*: Gründungsbereitschaft und Gründungsqualifizierung - Ergebnisse der Studentenforschung an der TU Ilmenau, April 2004.
- Nr. 37 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian*: Levelling the playing field durch staatliche Beihilfen bei differierender Unternehmensmobilität, Mai 2004.
- Nr. 38 *Steinrücken, Torsten; Jaenichen, Sebastian*: Sekundärwirkungen von Unternehmensansiedlungen - Eine Beurteilung staatlicher Aktivität beim Auftreten paretorelevanter Nettoexternalitäten, Juni 2004.