

Funktionsgerechte Krankenhausfinanzierung und Krankenhausreform

**Staatliche Krankenhausfinanzierung auf dem Prüfstand des
Krankenhausfinanzierungsgesetzes, des Grundgesetzes
und des EU-Beihilferechts**

Rechtsgutachten

im Auftrag des

Bundesverbandes Deutscher Privatkliniken e.V.,

Deutschen Evangelischen Krankenhausverbandes e. V.,

Deutschen Roten Kreuzes e.V.

und **Katholischen Krankenhausverbandes Deutschland e. V.**

erstellt von

Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M.

Juristische Fakultät, Universität Potsdam

November 2023

Abstract

1. Der Staat ist nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und dem Grundgesetz zur funktionsgerechten Finanzierung der in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommenen (Plan-)Krankenhäuser verpflichtet. Um die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung sicherzustellen, müssen die Länder sämtliche bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser decken (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG, Art. 12 Abs. 1 GG). Es gilt das Kostendeckungsprinzip. Die Sozialleistungsträger müssen Krankenhäuser durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen wirtschaftlich sichern (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 2 KHG, Art. 12 Abs. 1 GG).
2. Die Vergütung der Krankenhäuser durch die Sozialleistungsträger ist unzureichend. Die Fallpauschalen des DRG-Systems bleiben hinter dem zur Betriebskostenfinanzierung erforderlichen Maß zurück, weil die anhaltenden Preissteigerungen in den Landesbasisfallwerten nicht ausreichend berücksichtigt sind.
3. Die Länder kommen ihrer gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Übernahme der notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser seit vielen Jahren ungenügend nach.
4. Vor allem Kommunen, aber auch Länder gewähren staatlichen Krankenhäusern Ausgleichsleistungen wie Jahresfehlbetragsdeckungen, Investitions- und Betriebskostenzuschüsse, Eigenkapitalerhöhungen, zinsvergünstigte Darlehen, kostenfreie Bürgschaften und Liquiditätshilfen (sog. Defizitausgleich). Eine weitere Form des selektiven Defizit-

gleichs ist die Übernahme der Kosten von Entlastungstarifverträgen staatlicher Kliniken durch Länder. Freigemeinnützige und private Krankenhäuser erhalten bislang keinen solchen Defizitausgleich.

5. Der selektive Defizitausgleich eines Landes nur für staatliche Krankenhäuser verstößt gegen das gesetzliche (§ 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG) und verfassungsrechtliche (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG) Gebot der Gleichbehandlung der Plankrankenhäuser (Prinzip der Trägervielfalt). Er ist deshalb rechts- und verfassungswidrig.
6. Ein selektiver Defizitausgleich von Kommunen nur für eigene (kommunale) Krankenhäuser verstößt gegen das landesgesetzliche Prinzip der Trägervielfalt und das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG und ist somit unzulässig.
7. Auf eigene Krankenhäuser beschränkte Ausgleichsleistungen von Kommunen oder Ländern sind eine unzulässige Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV und deshalb unvereinbar mit dem EU-Beihilferecht. Das gilt sowohl, wenn staatliche Krankenhäuser Ausgleichsleistungen für die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung (s. § 109 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 2 SGB V) erhalten, als auch, wenn der Ausgleich „Gegenleistung“ für eine hoheitlich auferlegte Betriebspflicht ist. Eine wirksame Durchsetzung des EU-Beihilferechts und effektiver Rechtsschutz für nicht begünstigte freigemeinnützige und private Krankenhäuser erfordern Transparenz und eine entsprechende Veröffentlichung der Betrauungsakte der Länder und Kommunen.

8. Ein Defizitausgleich für alle in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommenen (Plan-)Krankenhäuser ist beihilferechtlich zulässig. Da sämtliche Plankrankenhäuser Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) erbringen (gesetzliche Pflicht zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung), müssen sie nach dem EU-Beihilferecht bei staatlichen Ausgleichsleistungen für die Erfüllung der Versorgungspflicht gleichbehandelt werden. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist entsprochen, wenn entweder ein selektiver Defizitausgleich für staatliche Plankrankenhäuser unterbleibt bzw. aufgehoben und rückabgewickelt wird oder alle – staatlichen, freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäuser – gleichgefördert werden.
9. Diese nach dem EU-Beihilferecht bestehende Wahlmöglichkeit kann den Ländern nach nationalem Recht verschlossen sein. Ein Ausgleich der Länder für Investitionskosten ist prinzipiell erforderlich, um der gesetzlichen Verpflichtung aus § 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG nachzukommen und die notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze zu decken. Freigemeinnützige und private Krankenhäuser haben Anspruch auf Ausgleichsleistungen zur Investitionskostendeckung bereits wegen des gesetzlichen Gebots funktionsgerechter Finanzierung (§ 8 Abs. 1 S. 1 KHG) und aus ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Ihnen kann dieser Anspruch aber auch wegen des gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Gebots der Gleichbehandlung zustehen. Gewähren die Länder staatlichen Plankrankenhäusern bei wirtschaftlicher Betriebsführung Ausgleichsleistungen, um ihrer Verpflichtung zur Übernahme notwendiger

Investitionskosten nachzukommen, müssen sie freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäusern nach dem Gleichbehandlungsgebot einen entsprechenden Ausgleich zahlen (§ 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG, Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG). Einer nach nationalem Recht gebotenen, gleichen Förderung aller Plankrankenhäuser steht das EU-Beihilferecht nicht entgegen.

10. Die Kommunen sind dagegen nach nationalem Recht (über die Krankenhausumlage hinaus) nicht zur Krankenhausfinanzierung verpflichtet. Sie entscheiden gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. gem. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht (Gemeindeverbände) eigenverantwortlich, ob und in welchem Umfang sie Plankrankenhäuser unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots finanziell unterstützen (Investitions- und Betriebskosten). Dementsprechend engt das nationale Recht die nach EU-Beihilferecht bestehende Wahlmöglichkeit für Kommunen nicht ein, selektive Ausgleichsleistungen für kommunale Krankenhäuser zu unterlassen bzw. aufzuheben und rückabzuwickeln oder sie so umzugestalten, dass freigemeinnützige und private Plankrankenhäuser die gleiche Förderung erhalten. Scheidet allerdings eine Rückzahlung der von Kommunen an ihre Krankenhäuser gezahlten Finanzmittel wegen tatsächlicher Unmöglichkeit aus, wird dem EU-Beihilferecht nur entsprochen, wenn die Kommunen freigemeinnützige und private Plankrankenhäuser gleichermaßen fördern.
11. Ohne eine Nachzahlung der in den letzten Jahren unterbliebenen Förderung durch die Sozialleistungsträger und die Länder ist die anstehende Krankenhausreform für die Krankenhäuser nicht zu bewältigen. Um die geplante Umstellung

auf neue Versorgungslevel und Leistungsgruppen vornehmen und die hiermit verbundenen kostenintensiven Umstrukturierungsprozesse leisten zu können, muss die infolge unzureichender Krankenhausfinanzierung entstandene Unterfinanzierung der Krankenhäuser vor der Reform behoben werden. Die Forderungen nach „Vorschaltgesetzen“ sind daher berechtigt.

Inhaltsverzeichnis

A) Hintergrund und Gegenstand des Gutachtens	14
I. Ausgangslage.....	14
II. Fragestellungen.....	16
B) Triale Krankenhausfinanzierung: Finanzierungspflichten von Bund, Ländern und Kommunen	18
I. Beteiligung der Kommunen an der Investitionskosten- föderung der Länder durch Krankenhausumlage	19
II. Subsidiäre Pflichtaufgabe der Kommunen zur Vorhal- tung kommunaler Krankenhäuser	23
III. Freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe der Kranken- hausfinanzierung	27
IV. Subjektiv-rechtliche Ansprüche freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser auf Gleichbehandlung durch Kommunen	30
C) Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und dem Grundgesetz.....	34
I. Gesetzliches Gebot funktionsgerechter Krankenhaus- finanzierung.....	34
1. Funktionsgerechte Krankenhausfinanzierung zur Erfüllung des Sicherstellungsauftrags des Staates (§ 1 Abs. 1 KHG).....	34
2. Verbindliche Rechtspflicht des Staates zu funktions- gerechter Krankenhausfinanzierung	38

3. Duale Finanzierung ist Mittel zur Erfüllung des Gebots funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung	39
a) Adressaten des Gebots funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung.....	40
b) Plankrankenhäuser als Destinatäre	41
c) Investitionskostenförderung der Länder	43
aa) Fördertatbestände (§§ 9 f. KHG)	44
bb) Krankenhausstrukturfonds und -zukunfts- fonds (§§ 12 ff. KHG).....	46
cc) Sonderprogramme	48
d) Betriebskostenfinanzierung durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen	49
4. Finanzierungsumfang.....	51

a) Kostendeckungsprinzip.....	51
b) Keine Relativierung durch Gesetzesvorbehalt für die Länder.....	58
c) Keine Relativierung durch Möglichkeit teilweiser Förderung mit Restfinanzierung.....	61
d) Keine Relativierung durch Erfordernis der Aufnahme von Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG in Investitionsprogramm des Landes	63
e) Keine Relativierung durch Kofinanzierung von Investitionskosten	71
5. Rechtsansprüche der Krankenhäuser auf Über- nahme der notwendigen Investitionskosten durch die Länder	73
a) Keine Relativierung durch Landesrechtsvorbehalt oder Haushaltsvorbehalt.....	74
b) Anspruchsvoraussetzungen.....	79
II. Verfassungsrechtliches Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung.....	84
1. Förderansprüche der Krankenhäuser gem. Art. 12 Abs. 1 GG wegen Verletzung des Grundrechts auf medizinisches Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG.....	84
2. Förderansprüche der Krankenhäuser gem. Art. 12 Abs. 1 GG wegen Verletzung des Grundrechts auf angemessenes Verhältnis von Beitrag und Leistung aus Art. 2 Abs. 1 GG	90

3. Ansprüche der Krankenhäuser auf funktionsgerechte Finanzierung gem. Art. 12 Abs. 1 GG	91
III. Verletzung des Gebots funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung durch Sozialleistungsträger und Länder	98
1. Defizite bei der Betriebskostenfinanzierung durch die Sozialleistungsträger	99
2. Unzureichende Investitionskostenförderung der Länder.....	101
a) Vollzugsdefizite auf Landesebene	101
aa) Erhebliche Unterfinanzierung der notwendigen Investitionskosten	101
bb) Sonderprogramme des Bundes belegen Unterfinanzierung der Investitionskosten.....	106
cc) Defizitausgleich für staatliche Krankenhäuser belegt Unterfinanzierung.....	108
b) Regelungsdefizite im Bundesrecht	110
c) Regelungsdefizite im Landesrecht	114
aa) Landesgesetzliche Haushaltsvorbehalte	114
bb) Mangelnde Bestimmtheit landesgesetzlicher Anspruchsgrundlagen.....	116
cc) Sonderzahlungen bzw. Zuschläge im Einzelfall.....	117

3. Auswirkungen der Krankenhausreform auf die Krankenhausfinanzierung	119
IV. Fazit und Reformbedarf	121
D) Selektiver Defizitausgleich von Ländern und Kommunen für staatliche Krankenhäuser	124
I. Unvereinbarkeit eines selektiven Defizitausgleichs der Länder für staatliche Krankenhäuser mit nationalem Recht	132
1. Grundsätzliche Zulässigkeit eines Defizitausgleichs als Element der Investitionskostenförderung	132
2. Unzulässigkeit eines Defizitausgleichs für Betriebskosten?	137
3. Defizitausgleich nur bei Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze durch die Krankenhäuser ...	141
4. Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt?	142
5. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot (Grundsatz der Trägervielfalt)	146
II. Unvereinbarkeit eines selektiven Defizitausgleichs von Kommunen für kommunale Krankenhäuser mit nationalem Recht	152
1. Grundsätzliche Zulässigkeit eines Defizitausgleichs als Element kommunaler Selbstverwaltung	152
2. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot (Grundsatz der Trägervielfalt)	153
3. Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt?	157

III. Unvereinbarkeit eines selektiven Defizitausgleichs von Ländern und Kommunen für staatliche Krankenhäuser mit EU-Beihilferecht (Art. 107 Abs. 1 AEUV)	159
1. Gewährung staatlicher Mittel	161
2. Unternehmen	161
3. Selektive Begünstigung	165
a) Wirtschaftlicher Vorteil	165
b) Ausgleich für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)	167
aa) Unzulässigkeit eines selektiven Ausgleichs für staatliche Krankenhäuser wegen Versorgungspflicht	174
(1) Erstes Altmark Trans-Kriterium ist bei allen Plankrankenhäusern erfüllt	174
(2) Konsequenz: Beihilferechtliches Verbot eines selektiven Ausgleichs nur für staatliche Plankrankenhäuser	180
bb) Unzulässigkeit eines selektiven Ausgleichs für staatliche Krankenhäuser wegen Betriebspflicht	184
cc) Zulässigkeit eines Defizitausgleichs für alle Plankrankenhäuser wegen Versorgungspflicht	191
(1) Beihilferechtliches Gleichbehandlungsgebot beim Defizitausgleich für Plankrankenhäuser	191

(2) Weitere Altmark Trans-Kriterien	201
4. (Drohende) Wettbewerbsverfälschung	204
5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.....	210
IV. Fazit und Ausblick	216

A) Hintergrund und Gegenstand des Gutachtens

I. Ausgangslage

Die Bundesregierung plant eine umfassende Reform der Krankenhausversorgung in Deutschland.¹ Am 10. Juli 2023 haben sich der Bund und die Länder auf gemeinsame Eckpunkte für eine Krankenhausreform verständigt.² Zur Umsetzung des Eckpunktepapiers hat das Bundesministerium für Gesundheit den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsqualität im Krankenhaus und zur Reform der Vergütungsstrukturen (Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz – KHVVG) vorgelegt.³ Vorgesehen sind grundlegende Änderungen bei der Krankenhausplanung und -finanzierung. Insbesondere soll an die Stelle der bislang rein leistungs- und mengenorientierten Vergütung des DRG-Systems eine Kombination aus leistungsabhängiger Vergütung und Vorhaltefinanzierung, die an Versorgungslevel und Leistungsgruppen geknüpft ist, treten.

Eine solche Umstellung auf neue Versorgungslevel und Leistungsgruppen erfordert immense Umstrukturierungs- und Anpassungsprozesse der Krankenhäuser, die erhebliche finanzielle Aufwendungen bedingen. Dies ist für viele Krankenhäuser nicht leistbar, weil ihre wirtschaftliche Situation äußerst angespannt

¹ S. bereits Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der SOZIALDEMOKRATISCHEN PARTEI DEUTSCHLANDS (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den FREIEN DEMOKRATEN (FDP), Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, S. 67.

² https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Krankenhausreform/Eckpunktepapier_Krankenhausreform_final.pdf (letzter Abruf am 8.11.2023).

³ Arbeitsentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit, Bearbeitungsstand 27.9.2023.

ist. Es wird deshalb erwartet, dass eine Vielzahl der Krankenhäuser die Krankenhausreform ohne „Vorschaltgesetze“ des Bundes und der Länder, die die Finanzierungsprobleme der Krankenhäuser beheben, nicht überleben werden.⁴

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wer für die Finanzierungsprobleme der Krankenhäuser verantwortlich ist. Nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz des Bundes gilt für in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommene (Plan-)Krankenhäuser eine duale Krankenhausfinanzierung. Während die Investitionskosten der Plankrankenhäuser im Wege öffentlicher Förderung von den Ländern übernommen werden, werden die Betriebskosten der Krankenhäuser durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen durch die Sozialleistungsträger finanziert. Die meisten Länder sehen eine Beteiligung der Kommunen an der Investitionskostenförderung des Landes vor (Krankenhausumlage), sodass ein System der dualen Krankenhausfinanzierung gilt. Eine hierüber hinausgehende Finanzierungspflicht für Plankrankenhäuser haben die Kommunen nicht. Ihnen steht aber das Recht zur Krankenhausfinanzierung als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe zu.

Die Sozialleistungsträger und die Länder decken die Betriebs- und Investitionskosten der Plankrankenhäuser nur teilweise. Die Betriebskostenfinanzierung der Sozialleistungsträger leidet vor allem daran, dass die anhaltenden Preissteigerungen nicht ausreichend ausgeglichen werden. Und auch die Unterfinanzierung

⁴ Zu Forderungen nach einem Vorschaltgesetz näher *Shaverdov/Reuther*, das Krankenhaus 2023, 1032.

der Plankrankenhäuser durch die Länder im Bereich der Investitionskosten ist ein gesicherter Befund.⁵

Staatliche Krankenhäuser erhalten von Kommunen, aber auch von Ländern zusätzliche Fördermittel. Eigenen Krankenhäusern gewähren Länder und Kommunen eine Vielzahl von Ausgleichsleistungen wie Jahresfehlbetragsdeckungen (Übernahme von Betriebsverlusten), Investitions- und Betriebskostenzuschüsse, Kapitaleinlagen, zinsvergünstigte Darlehen, kostenfreie Bürgschaften, Liquiditätshilfen und vergünstigte Verträge (z.B. Grundstückskaufverträge und Gebäudemietverträge).⁶ Solche Ausgleichsleistungen firmieren gemeinhin unter dem – untechnischen und unpräzisen – Oberbegriff des sog. Defizitausgleichs, der wegen seiner Gebräuchlichkeit auch hier verwendet wird. Eine weitere Form des selektiven Defizitausgleichs für staatliche Krankenhäuser ist die Übernahme der Kosten von Entlastungstarifverträgen staatlicher Kliniken durch Länder, wie sie kürzlich das Land Nordrhein-Westfalen für seine Universitätskliniken zugesagt hat.⁷ All diese zusätzlichen Ausgleichsmaßnahmen kommen ausschließlich Krankenhäusern in staatlicher (auch kommunaler) Trägerschaft zugute. Freigemeinnützige und private Krankenhäuser erhalten bislang keinen Defizitausgleich.

II. Fragestellungen

Die Finanzierungsprobleme der Krankenhäuser und die Finanzierungspraxis der Sozialleistungsträger, der Länder und der Kommunen werfen die Frage nach den rechtlichen Vorgaben für die Krankenhausfinanzierung in Deutschland auf. Im Zentrum

⁵ Näher unten S. 98 ff.

⁶ Näher unten S. 124 ff.

⁷ S. auch unten S. 124 ff.

steht die Investitionskostenförderung der Länder, deren Vereinbarkeit mit dem Krankenhausfinanzierungsrecht des Bundes, dem Grundgesetz und dem EU-Beihilferecht untersucht wird. Daneben wird ein Blick auf einzelne Aspekte der Betriebskostenfinanzierung der Sozialleistungsträger geworfen.

Zunächst wird die Kompetenzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen bei der Krankenhausfinanzierung skizziert und ihre jeweilige Finanzierungsverantwortung dargelegt (s. B)).

Anschließend wird auf die duale Krankenhausfinanzierung durch die Sozialleistungsträger und die Länder eingegangen und herausgearbeitet, welche Anforderungen das Krankenhausfinanzierungsgesetz und das Grundgesetz an die Krankenhausfinanzierung stellen. Sowohl nach einfachem Bundesrecht (Krankenhausfinanzierungsgesetz) als auch nach dem Grundgesetz gilt ein Gebot der funktionsgerechten Finanzierung der zur Versorgung der Bevölkerung notwendigen Krankenhäuser. Dem korrespondieren subjektiv-rechtliche Ansprüche der Plankrankenhäuser auf funktionsgerechte Finanzierung durch den Staat. Die Sozialleistungsträger (Betriebskostenfinanzierung) und die Länder (Übernahme der notwendigen Investitionskosten) kommen ihrer Finanzierungsverpflichtung gegenüber den Plankrankenhäusern unzureichend nach und verstoßen damit gegen das gesetzliche und verfassungsrechtliche Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung (s. C)).

Soweit staatliche Krankenhäuser von Kommunen oder Ländern zusätzliche Ausgleichsleistungen erhalten, ist ihre Vereinbarkeit mit dem Krankenhausfinanzierungsgesetz, dem Grundgesetz und dem EU-Beihilferecht fraglich. Ein selektiver Defizitausgleich nur für staatliche Krankenhäuser ist wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots rechts- und verfassungswidrig und

verstößt gegen EU-Beihilferecht. Eine gleiche Förderung aller Plankrankenhäuser ungeachtet ihrer Trägerschaft ist dagegen mit dem EU-Beihilferecht vereinbar und nach nationalem Recht zulässig sowie teilweise geboten (s. D)).

Vorab sei darauf hingewiesen, dass die rechtlichen Maßgaben für funktionsgerechte Krankenhausfinanzierung in der Rechtsprechung und im Schrifttum nicht verbindlich geklärt und zum Teil nicht einmal erörtert sind. Damit verbunden ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit bei der Erarbeitung der rechtlichen Direktiven für die Fragestellungen des Rechtsgutachtens.

B) Triale Krankenhausfinanzierung: Finanzierungspflichten von Bund, Ländern und Kommunen

Das Krankenhausfinanzierungsgesetz sieht für Plankrankenhäuser in Deutschland eine duale Finanzierung vor. Während die Sozialleistungsträger die Betriebskosten der Krankenhäuser durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen finanzieren (§ 4 Nr. 2 KHG), übernehmen die Länder die Investitionskosten der Plankrankenhäuser im Wege öffentlicher Förderung (§ 4 Nr. 1 KHG).⁸

Diese duale Krankenhausfinanzierung ist durch die Krankenhausgesetze der meisten Länder um eine Verpflichtung der Kommunen zur Beteiligung an der Investitionskostenförderung des Landes (Krankenhauslage) ergänzt (s. I.). Die Kommunen haben nach Landeskrankenhausrecht außerdem regelmäßig eine subsidiäre Pflichtaufgabe, eigene Krankenhäuser vorzuhal-

⁸ S. im Einzelnen S. 39 ff.

ten (s. II). Über die Krankenhausumlage hinausgehende Finanzierungspflichten treffen die Kommunen nicht. Sie dürfen Krankenhäuser aber in Wahrnehmung ihres kommunalen Selbstverwaltungsrechts fördern (s. III.). Freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern stehen gegen die Kommunen keine originären Förderansprüche zu (s. IV.).

I. Beteiligung der Kommunen an der Investitionskostenförderung der Länder durch Krankenhausumlage

Die Verpflichtung der Länder zur Übernahme der Investitionskosten der Plankrankenhäuser nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (§ 4 Nr. 1 KHG) schließt nicht aus, dass die Länder die Kommunen an der Finanzierung der Investitionskosten beteiligen. Dementsprechend sieht die Mehrheit der Länder in ihrem Krankenhaus- oder Finanzausgleichsgesetz eine Beteiligung der Kommunen an der Investitionskostenförderung des Landes im Wege der Krankenhausumlage vor.⁹ Diese Beteiligung bezieht

⁹ Gem. Art. 10b Abs. 1 S. 1 Bayerisches Finanzausgleichsgesetz (BayFAG) tragen die Landkreise und kreisfreien Gemeinden die Kosten des Bayerischen Krankenhausgesetzes, soweit sie nicht durch Finanzhilfen des Bundes gedeckt werden, insgesamt zur Hälfte (kommunaler Finanzierungsanteil). Nach Art. 10b Abs. 2 S. 1 BayFAG wird der kommunale Finanzierungsanteil in Form einer Krankenhausumlage erbracht. / Gem. § 3 Abs. 5 S. 1 Bremisches Krankenhausgesetz (BremKrhG) werden zur Sicherstellung der Krankenhausversorgung die bedarfsnotwendigen Fördermittel gemeinsam vom Land und den Stadtgemeinden Bremen und Bremerhaven im Rahmen der mittelfristigen Finanzplanung und der jährlichen Haushaltspläne bereitgestellt. Gem. § 3 Abs. 5 S. 2 BremKrhG bringt jede Stadtgemeinde für die in ihrem Zuständigkeitsbereich geförderten Krankenhäuser jeweils ein Drittel der Fördermittel auf. / Nach § 30 S. 1 Hessisches Krankenhausgesetz 2011 (HKHG 2011) beteiligen sich die Landkreise und kreisfreien Städte an den Kosten der Krankenhausfinanzierung mit einer vom Land zu erhebenden Krankenhausumlage nach Maßgabe des § 51 Hessisches Finanzausgleichsgesetz (HFAG). Gem. § 30 S. 2 HKHG 2011 ist in die Umlage, nach Abzug eines Betrages von jährlich 18,4 Mio. EUR, die Hälfte aller Aufwendungen einzubeziehen, die nach den

Vorschriften des Achten Teils des Hessisches Krankenhausgesetzes 2011 jährlich aufzubringen sind. / Gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Landeskrankenhausgesetz Mecklenburg Vorpommern (LKHG M-V) tragen von den Kosten der Krankenhausförderung das Land 60 % und die Landkreise und kreisfreien Städte 40 % entsprechend den Festsetzungen des Haushaltsplanes. / Nach § 8 Abs. 1 S. 1 Niedersächsisches Krankenhausgesetz (NKHG) sind die Finanzierungsmittel für die Förderung von Investitionskosten nach § 9 Abs. 1 KHG zu 60 % vom Land und zu 40 % von den in § 1 Abs. 1 Satz 1 genannten Kommunen aufzubringen. Gem. § 8 Abs. 1 S. 2 NKHG sind die Finanzierungsmittel für die Förderung nach § 9 Abs. 2 und 3 KHG zu $66\frac{2}{3}$ % vom Land und zu $33\frac{1}{3}$ % von den in § 1 Abs. 1 S. 1 NKHG genannten Kommunen aufzubringen. Abweichend von § 8 Abs. 1 S. 2 NKHG sind die in den Grenzen des § 9 Abs. 2 Nr. 2 KHG zu bewilligenden Fördermittel für Erwerb, Erschließung, Miete und Pacht von Grundstücken zu 60 % vom Land und zu 40 % von den in § 1 Abs. 1 Satz 1 genannten Kommunen aufzubringen. / Gem. § 17 S. 3 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW) werden die Gemeinden an den im Haushaltsplan des zuständigen Ministeriums veranschlagten Haushaltsbeträgen der förderfähigen Investitionsmaßnahmen nach § 9 Abs. 1 KHG in Höhe von 40 % beteiligt. / Gem. § 42 S. 1 Saarländisches Krankenhausgesetz (SKHG) beteiligen sich die Gemeinden an den Aufwendungen für die Förderung der Errichtung von Krankenhäusern, der Wiederbeschaffung von Anlagegütern und des Ergänzungsbedarfs nach § 9 Abs. 1 KHG einschließlich der Kosten von Erwerb, Erschließung, Miete und Pacht von Grundstücken nach § 9 Abs. 2 KHG mit einem Betrag von 13 %, an den Aufwendungen für die gemeindenahe stationäre Psychiatrie mit einem Drittel. Soweit sich der Bund oder sonstige Dritte an der Finanzierung von Modellvorhaben beteiligen, erbringen die Gemeinden die Hälfte des Betrags, der abzüglich der Finanzhilfen des Bundes oder sonstiger Dritter im Saarland zur Förderung dieser Vorhaben zur Auszahlung gelangt (§ 42 S. 2 SKHG). Im Übrigen tragen die Gemeinden ein Drittel der Aufwendungen, die im Saarland nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz aufzubringen sind § 42 S. 3 SKHG. / Nach § 12 Sächsisches Krankenhausgesetz gilt: Die Landkreise und Kreisfreien Städte können an den Kosten der Krankenhausfinanzierung, die nach den Vorschriften des 3. Abschnitts des Sächsischen Krankenhausgesetzes jährlich aufzubringen sind, mit einer Krankenhausumlage beteiligt werden, die nach Maßgabe des Sächsischen Finanzausgleichsgesetzes zu erheben ist. / § 12 Abs. 1 Landeskrankenhausgesetz Schleswig-Holstein (LKHG): Die Kreise und kreisfreien Städte beteiligen sich an der Aufbringung der Fördermittel nach den Vorschriften des 4. Teils jährlich mit einem Betrag in Höhe des vom Land bereitgestellten Betrages. / § 8 Abs. 2 S. 1 Thüringer Krankenhausgesetz (ThürKHG): An den Kosten der Krankenhausfinanzierung des Landes werden die Landkreise und kreisfreien Städte mit einem jährlich vom Land zu erhebenden Beitrag in Höhe von 10,23 Euro je Einwohner beteiligt.

sich auf die gesamte Investitionskostenförderung des Landes, d.h. auf die Übernahme von Investitionskosten für sämtliche – staatliche, freigemeinnützige und private – Plankrankenhäuser.¹⁰

Die landesgesetzliche Krankenhausumlage ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹¹ und der Landesverfassungsgerichte¹² zulässig. Die Beteiligung der Kommunen an der Investitionskostenförderung des Landes und der darin liegende Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 und 2 GG findet nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts ihre Rechtfertigung darin, dass den Kommunen eigenes kommunales Engagement erspart wird.¹³ Indem die Kommunen im Wege der Krankenhausumlage zur Finanzierung von (auch) freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern beitragen, werden sie von ihrer kommunalen Aufgabe der Errichtung und des Betriebs eigener kommunaler Krankenhäuser entlastet.¹⁴ Die Krankenhausumlage dient der Finanzierung dieser kommunalen Aufgabe.¹⁵ Sie stellt sich gleichsam als „Fortsetzung der Sachaufgabe“ dar, die eigene Bevölkerung mit Krankenhäusern zu versorgen, und ist deshalb gerechtfertigt.¹⁶

Ob die Krankenhausumlage auch in den Ländern verfassungsgemäß ist, in denen das landesverfassungsrechtliche Konnexi-

¹⁰ Nachweise in Fn. 9. Vgl. auch BVerfGE 83, 363 (378).

¹¹ BVerfGE 83, 363.

¹² S. nur VerfGH Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 13.1.2004 – 16/02 (juris).

¹³ BVerfGE 83, 363 (378).

¹⁴ BVerfGE 83, 363 (378).

¹⁵ BVerfGE 83, 363 (378).

¹⁶ BVerfGE 83, 363 (385).

tätsprinzip auch für die landesgesetzliche Auferlegung kommunaler Pflichtaufgaben der Selbstverwaltung gilt, kann und braucht hier nicht vertieft zu werden. Die Frage kann dahinstehen, weil es vorliegend nicht um die (interne) Verteilung der Finanzierungslast im Verhältnis zwischen Land und Kommunen geht. Gleichwohl seien zwei Bemerkungen angebracht: In einigen Ländern löst die gesetzliche Auferlegung pflichtiger Selbstverwaltungsaufgaben der Kommunen das Konnexitätsprinzip aus, sodass für dadurch verursachte Kosten durch Gesetz ein finanzieller Ausgleich zu regeln ist (Kostendeckung zugunsten der Kommunen).¹⁷ Soweit das Konnexitätsprinzip Anwendung findet, könnte die Krankenhausumlage unzulässig sein, weil die gesetzliche Auferlegung dieser kommunalen Pflichtaufgabe nur bei Regelung eines finanziellen Ausgleichs durch das Land zulässig ist. Allerdings stellt die Krankenhausumlage keine Sachaufgabe, sondern eine Finanzaufgabe dar, sodass sich die Frage stellt, ob das Konnexitätsprinzip gilt. Vor allem aber könnte sich die Krankenhausumlage als Beteiligung der Kommunen an der Finanzierung ihrer landesgesetzlichen subsidiären Pflichtaufgabe zur Vorhaltung eigener Krankenhäuser¹⁸ darstellen, die wiederum bereits nach Bundes- und Landesverfassungsrecht eine Pflichtaufgabe der Kommunen darstellt, soweit das medizinische Existenzminimum der Bevölkerung durch Versorgung mit Krankenhäusern sicherzustellen ist (Art. 28 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG).¹⁹ Die landesgesetzlichen Regelungen der subsidiären Pflichtaufgabe der Kommunen zur Vorhaltung eigener kommunaler Krankenhäuser zeichneten

¹⁷ Zur Geltung des Konnexitätsprinzips nach den Verfassungen der Länder im Vergleich *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2021, 1487.

¹⁸ Dazu sogleich S. 23 ff.

¹⁹ Näher S. 84 ff.

dann lediglich deklaratorisch die entsprechende verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe der Kommunen zur Vorhaltung eigener Krankenhäuser nach, sodass die gesetzliche Auferlegung der subsidiären Pflichtaufgabe nicht kausal für eine finanzielle Belastung der Kommunen wäre (sondern das Grundgesetz und die Landesverfassung) und das landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip nicht sinnfällig würde. Bezogen und beschränkt auf diese bundes- und landesverfassungsrechtliche Pflichtaufgabe der Kommunen zur Versorgung ihrer jeweiligen Bevölkerung mit Krankenhäusern zur Sicherstellung des medizinischen Existenzminimums unterfiele die Krankenhausumlage dann nicht dem Konnexitätsprinzip, sodass sie zumindest insoweit zulässig wäre.

II. Subsidiäre Pflichtaufgabe der Kommunen zur Vorhaltung kommunaler Krankenhäuser

Die meisten Krankenhausgesetze der Länder sehen außerdem die Pflichtaufgabe der Kommunen (in der Regel der Landkreise und kreisfreien Städte) vor, die nach dem Krankenhausplan des Landes notwendigen Krankenhäuser zu errichten und zu betreiben, wenn die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit

leistungsfähigen Krankenhäusern nicht durch andere Träger sichergestellt wird.²⁰ Eine solche landesgesetzliche Regelung einer subsidiären Pflichtaufgabe der Selbstverwaltung²¹ der Kommunen zur Vorhaltung eigener Krankenhäuser ist mit Verfassungsrecht vereinbar.²²

²⁰ § 3 Abs. 1 Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg (LKHG): Wird die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern nicht durch andere Träger sichergestellt, so sind die Landkreise und Stadtkreise verpflichtet, die nach dem Krankenhausplan notwendigen Krankenhäuser und Krankeneinrichtungen zu betreiben. / Nach § 1 Abs. 3 S. 1 Brandenburgisches Krankenhausentwicklungsgesetz (BbgKHEG) erfüllen die Landkreise und kreisfreien Städte ihre Aufgabe der Sicherstellung der Krankenversorgung in Krankenhäusern (s. § 1 Abs. 2 BbgKHEG) als Aufgabe der Selbstverwaltung, indem sie eigene Krankenhäuser errichten und betreiben. Dies gilt nicht, soweit die Krankenhäuser von freigemeinnützigen, privaten oder anderen geeigneten Trägern errichtet und betrieben werden (§ 1 Abs. 4 S. 2 BbgKHEG). / § 3 Abs. 4 Bremisches Krankenhausgesetz (Brem-KrhG): Die Stadtgemeinden Bremen und Bremerhaven haben sicherzustellen, dass die nach dem Krankenhausplan bedarfsgerechten Krankenhäuser errichtet und betrieben werden, und, falls sich kein anderer geeigneter Träger findet, die erforderlichen Krankenhäuser selbst zu errichten und zu betreiben. / § 3 Abs. 2 S. 1 Hessisches Krankenhausgesetz 2011 (HKHG 2011): Krankenhäuser werden von Landkreisen, Gemeinden, dem Landeswohlfahrtsverband Hessen und sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts selbst oder in deren Auftrag von Dritten errichtet und betrieben, soweit sie nicht von freigemeinnützigen und privaten Trägern errichtet und betrieben werden. / § 1 Abs. 2 S. 4 Landeskrankenhausgesetz Mecklenburg-Vorpommern (LKHG M-V): Falls sich kein anderer geeigneter Träger findet, sind die Landkreise und kreisfreien Städte verpflichtet, Krankenhäuser zu errichten und zu betreiben. / § 1 Abs. 1 S. 2 Niedersächsisches Krankenhausgesetz (NKHG): Die Landkreise und kreisfreien Städte haben eigene Krankenhäuser zu errichten und zu unterhalten, soweit die Krankenhausversorgung nicht durch andere Träger gewährleistet wird. / § 1 Abs. 3 S. 2 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW): Falls sich kein anderer geeigneter Träger findet, sind Gemeinden und Gemeindeverbände verpflichtet, Krankenhäuser zu errichten und zu betreiben, kreisangehörige Gemeinden jedoch nur, wenn sie die erforderliche Finanzkraft besitzen. / § 2 Abs. 2 S. 2 Landeskrankenhausgesetz Rheinland-Pfalz (LKG): Die Landkreise und die kreisfreien Städte erfüllen ihre Aufgabe der Gewährleistung der Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern (s. § 2 Abs. 1 LKG) als Pflichtaufgabe der Selbstverwaltung, indem sie Krankenhäuser errichten und unterhalten, soweit Krankenhäuser nicht von freigemeinnützigen, privaten oder anderen geeigneten Trägern errichtet und unterhalten werden. / § 3 Abs. 3 Saarländisches Krankenhausgesetz (SKHG): Die Landkreise und

Unklar ist, ob durch die landesgesetzlichen Regelungen der subsidiären Pflichtaufgabe der Kommunen zur Vorhaltung eigener Krankenhäuser zugleich eine Finanzierungspflicht der Kommunen begründet wird. Dies ist schon deshalb abzulehnen, weil sich die Landesgesetze nach ihrem Wortlaut allein auf die „Errichtung“ und den „Betrieb“ bzw. die „Unterhaltung“ kommunaler Krankenhäuser beziehen, die Finanzierung hingegen nicht erwähnen. Sub specie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 und 2 GG hätte es einer solchen konkreten Finanzierungsregelung im Landesrecht bedurft, um Finanzierungspflichten der Kommunen für ihre eigenen Krankenhäuser über die Krankenhausumlage hinaus zu begründen. Überdies müsste mit Blick auf Art. 28 Abs. 2 S. 1 und 2 GG auch geregelt sein, in welchem Umfang die Kommunen zur Finanzierung ihrer Krankenhäuser verpflichtet sind. Eine solche Beteiligungsregelung sehen die Krankenhaus- bzw. Finanzausgleichsgesetze der Länder nur in Bezug auf die Krankenhausumlage, nicht hingegen für die subsidiäre Verpflichtung der Kommunen zur Errichtung und zum Betrieb eigener Krankenhäuser vor.

Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Krankenhausumlage bezogen auf das Krankenhausgesetz des Landes Rheinland-Pfalz festgestellt, dass

der Regionalverband Saarbrücken gewährleisten die Krankenhausversorgung durch das Errichten und das Betreiben von Krankenhäusern als Pflichtaufgabe der Selbstverwaltung (S. 1). Sie müssen die Pflichtaufgabe nur erfüllen, soweit sich kein freigemeinnütziger, privater oder anderer geeigneter öffentlicher Krankenhausträger findet und ohne die Übernahme eine bedarfsgerechte Krankenhausverordnung gefährdet wäre (S. 2). / § 1 Abs. 2 S. 2 Sächsisches Krankenhausgesetz: Findet sich kein anderer geeigneter Träger, sind die Landkreise oder Kreisfreien Städte verpflichtet, bedarfsgerechte Krankenhäuser zu errichten und zu betreiben oder weiterzuentwickeln.

²¹ BVerfGE 83, 363 (384).

²² BVerfGE 83, 363 (383 ff.).

den Kommunen zum einen die Aufgabe der subsidiären Vorhaltung eigener kommunaler Krankenhäuser und zum anderen die Mitwirkung an der Krankenhausfinanzierung aller Krankenhäuser im eigenen Raum durch Krankenhausumlage obliegt.²³ Im Zusammenspiel des Landeskrankenhausrechts mit dem Krankenhausfinanzierungsgesetz des Bundes gelte, dass das öffentliche Fördersystem des Landes die Finanzierung der Errichtung kommunaler Krankenhäuser leiste und die kommunalen Körperschaften insofern mit ihren Aufwendungen zur Krankenhausumlage zur Finanzierung ihrer eigenen Krankenhäuser beitrügen.²⁴ Die Kommunen erfüllten daher ihre Aufgabe, die jeweils eigene Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu versorgen, einerseits durch subsidiäre Vorhaltung eigener kommunaler Krankenhäuser und andererseits durch Mitwirkung an der Förderung aller Krankenhäuser im eigenen Raum (Krankenhausumlage).²⁵ Weitergehende Finanzierungspflichten der Kommunen in Bezug auf die (subsidiäre) Vorhaltung eigener Krankenhäuser hat das Bundesverfassungsgericht dem Landeskrankenhausrecht nicht entnommen.

Die Gesetze der Länder begründen mithin Finanzierungspflichten der Kommunen nur im Rahmen und nach Maßgabe der Krankenhausumlage. Die landesrechtliche subsidiäre Vorhaltungspflicht kommunaler Krankenhäuser begründet keine über die Krankenhausumlage hinausgehende Finanzierungsverpflichtung der Kommunen für die eigenen Häuser.

²³ BVerfGE 83, 363 (378).

²⁴ BVerfGE 83, 363 (378).

²⁵ BVerfGE 83, 363 (378).

III. Freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe der Krankenhausfinanzierung

Neben diesen landesgesetzlichen Selbstverwaltungs-Pflichtaufgaben der Kommunen (Krankenhausumlage und subsidiäre Vorkhaltung eigener Krankenhäuser) haben die Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und die Gemeindeverbände nach Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenrecht das Recht, kommunale, freigemeinnützige und private Krankenhäuser, die die jeweilige (kommunale) Bevölkerung mit Krankenhausdienstleistungen versorgen, zu fördern.

Die Versorgung der (Gemeinde-)Bevölkerung mit Krankenhäusern ist nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden.²⁶ Das Selbstverwaltungsrecht umfasst gem. Art. 28 Abs. 2 S. 3 Halbs. 1 GG auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung (Finanzhoheit). Dies beinhaltet das Recht zur eigenverantwortlichen Ausgabenwirtschaft und damit zum freien Disponieren über die zur Verfügung stehenden Finanzmittel im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens.²⁷

Dementsprechend begreifen die Krankenhausgesetze der Länder die Sicherstellung der Krankenhausversorgung regelmäßig als gemeinsame Aufgabe des Landes und der Kommunen.²⁸

²⁶ Vgl. BVerfGE 83, 363 (383 ff.). Eine verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe begründet Art. 28 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG nur insoweit, als das medizinische Existenzminimum der Bevölkerung durch Krankenhausversorgung sicherzustellen ist, hierzu näher S. 84 ff.

²⁷ BVerfGE 26, 228 (244); 125, 141 (159 ff.); *Engels* in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 84.

²⁸ § 1 Abs. 2 Brandenburgisches Krankenhausentwicklungsgesetz (BbgK-HEG): Die Sicherstellung der Krankenversorgung in Krankenhäusern ist eine öffentliche Aufgabe des Landes, der Landkreise und der kreisfreien Städte. /

Dies ist landesgesetzlich durch die subsidiäre Pflichtaufgabe der Gemeinden zur Vorhaltung eigener Krankenhäuser und (in den meisten Ländern) durch die Krankenhausumlage konkretisiert.²⁹

Daneben verbleibt den Gemeinden aber nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und nach Landeskrankenhausrecht die freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen, was die Befugnis zur Förderung eigener ebenso wie freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser umfasst.

Entsprechendes gilt für die Gemeindeverbände, zu denen die Landkreise gehören,³⁰ gem. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG. Zwar haben die Gemeindeverbände im Gegensatz zu den Gemeinden kein

§ 3 Abs. 1 S. 1 Bremisches Krankenhausgesetz (BremKrhG): Die Sicherstellung der Krankenhausversorgung ist eine öffentliche Aufgabe des Landes und der Stadtgemeinden Bremen und Bremerhaven nach Maßgabe bundesrechtlicher Vorschriften, insbesondere des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und des Krankenhausergeltgesetzes, sowie nach Maßgabe dieses Gesetzes. / § 3 Abs. 1 Hessisches Krankenhausgesetz 2011 (HKHG 2011): Die Gewährleistung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung durch leistungsfähige Krankenhäuser ist eine öffentliche Aufgabe des Landes, der Landkreise, der kreisfreien Städte sowie der Sonderstatus-Städte, wenn in diesen ein Krankenhaus betrieben wird. / § 1 Abs. 2 S. 1 Landeskrankenhausgesetz Mecklenburg-Vorpommern (LKHG M-V): Die Sicherstellung der Krankenhausversorgung ist eine öffentliche Aufgabe des Landes, der Landkreise und der kreisfreien Städte. / § 2 Abs. 1 S. 1 Landeskrankenhausgesetz Rheinland-Pfalz (LKG): Die Gewährleistung der Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern ist eine öffentliche Aufgabe des Landes, der Landkreise und der kreisfreien Städte (Sicherungsauftrag). / § 3 Abs. 1 S. 1 Landeskrankenhausgesetz Schleswig-Holstein (LKHG): Das Land, die Kreise und kreisfreien Städte stellen die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhäusern (Krankenhausversorgung) in öffentlich-rechtlicher, freigemeinnütziger oder privater Trägerschaft sicher. / § 2 S. 1 Thüringer Krankenhausgesetz (ThürKHG): Die Gewährleistung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung durch leistungsfähige Krankenhäuser ist eine öffentliche Aufgabe des Landes, der Landkreise und der kreisfreien Städte. / Vgl. auch § 1 Abs. 2 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW), wonach die Sicherstellung der Krankenversorgung in Krankenhäusern eine öffentliche Aufgabe des Landes ist (S. 1), an der Gemeinden und Gemeindeverbände mitwirken (S. 2).

²⁹ Vgl. S. 19 ff. und S. 23 ff.

³⁰ BVerfGE 83, 363 (383).

verfassungsunmittelbares Selbstverwaltungsrecht. Vielmehr gilt für Gemeindeverbände das Recht der Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG nur im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs nach Maßgabe der Gesetze.³¹ Soweit den Gemeindeverbänden durch Landesgesetz eine Aufgabe zugewiesen ist, steht ihnen das Recht der Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG zu. So liegen die Dinge hier. Die Landeskrankenhausgesetze haben die Sicherstellung der Krankenhausversorgung nicht nur (dem Land und) den Gemeinden, sondern auch den Gemeindeverbänden (Landkreisen) als Selbstverwaltungsaufgabe übertragen.³² Dementsprechend sind auch die Gemeindeverbände gem. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. dem Landeskrankenhausgesetz berechtigt, eigene ebenso wie freigemeinnützige und private Krankenhäuser zu fördern.

Die Rechtslage für die Gemeinden und die Rechtslage für die Gemeindeverbände gehen damit Hand in Hand. Der Rechtsboden für die freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe der Förderung aller – kommunaler, freigemeinnütziger und privater – Krankenhäuser ist für die Gemeinden Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und für die Gemeindeverbände Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die Landeskrankenhausgesetze die Kompetenzen der Kommunen bei der Sicherstellung der Krankenhausversorgung durch die subsidiäre Pflichtaufgabe zur Vorhaltung eigener Krankenhäuser und die Krankenhausumlage abschließend regeln. Für eine solche ab-

³¹ S. auch BVerfGE 83, 363 (383); st. Rspr.

³² S. oben bei und in Fn. 28.

schließende Regelung gibt es in den Landeskrankenhausgesetzen keine Anhaltspunkte. Aus dem Umstand, dass die Länder die Kommunen mittels Krankenhausumlage an der Finanzierung der Investitionskostenförderung beteiligen, lässt sich nicht ableiten, dass den Gemeinden das Recht aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und den Gemeindeverbänden das Recht aus Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. dem Landeskrankenhausgesetz zur Krankenhausfinanzierung entzogen ist. Für einen solchen Aufgabenentzug hätte es einer hinreichend bestimmten landesgesetzlichen Regelung bedurft, die nicht vorliegt. Die Landeskrankenhausgesetze legen damit lediglich einen Mindestbestand an Pflichtaufgaben der Kommunen fest (subsidiäre Vorhaltungspflicht und Krankenhausumlage), ohne weitere, freiwillige Aufgaben und Befugnisse der Kommunen bei der Krankenhausversorgung und -finanzierung auszuschließen.

Das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen zur Förderung von Krankenhäusern, die die jeweilige Bevölkerung versorgen, dürfte sich dabei auf die Finanzierung der Investitionskosten und der Betriebskosten der Krankenhäuser erstrecken. Für eine Eingrenzung auf bestimmte Kosten geben die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 S. 1 bzw. 2 GG) und die Landeskrankenhausgesetze nichts her.

IV. Subjektiv-rechtliche Ansprüche freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser auf Gleichbehandlung durch Kommunen

Wie dargelegt, sind die Gemeinden gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und die Gemeindeverbände gem. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht zur Finanzierung eigener ebenso wie freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser berechtigt. Die-

ses Finanzierungsrecht ist Ausdruck ihrer verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, die die Aufgabe umfasst, die Krankenhausversorgung sicherzustellen. Das verfassungsrechtliche Finanzierungsrecht der Kommunen steht neben ihren landesgesetzlichen Pflichtaufgaben, subsidiär kommunale Krankenhäuser vorzuhalten und sich durch Krankenhausumlage an der Investitionskostenförderung des Landes für alle Krankenhäuser zu beteiligen. Das Finanzierungsrecht der Kommunen aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. aus Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. dem jeweiligen Landeskrankenhausgesetz (Gemeindeverbände) besteht neben der Finanzverantwortung der Sozialleistungsträger für die Betriebskosten und der Länder für die Investitionskosten der Plankrankenhäuser nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz.

Anders als die Sozialleistungsträger und die Länder, denen die Finanzierung der Krankenhäuser durch das Krankenhausfinanzierungsgesetz verbindlich aufgetragen ist (gesetzliche Pflichtaufgabe), begründet Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht (Gemeindeverbände) keine Pflichtaufgabe der Kommunen. Die Kommunen entscheiden vielmehr kraft ihres verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsrechts grundsätzlich autonom darüber, ob und in welchem Umfang sie Krankenhäuser fördern. Finanzierungspflichten folgen für die Kommunen allein aus der Krankenhausumlage nach dem Landeskrankenhausrecht.

Dementsprechend stehen Plankrankenhäusern keine originären subjektiv-rechtlichen Förderansprüche gegen die Kommunen zu. Originäre Ansprüche der Krankenhäuser auf Finanzierung ihrer Kosten richten sich nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz

und bestehen gegen die Sozialleistungsträger (Betriebskostenfinanzierung) und die Länder (Investitionskostenförderung).³³

Sofern allerdings die Kommunen in Wahrnehmung ihres Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht (Gemeindeverbände) eigene kommunale Krankenhäuser finanziell unterstützen, sind sie zur Gleichbehandlung derjenigen freigemeinnützigen und privaten Krankenhäuser verpflichtet, die die Versorgung der jeweiligen (kommunalen) Bevölkerung ebenfalls sicherstellen. Dieses Gleichbehandlungsgebot folgt zwar nicht bereits aus dem bundesgesetzlichen Prinzip der Trägervielfalt (s. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG),³⁴ weil ausschließlich die Sozialleistungsträger und die Länder, nicht hingegen die Kommunen das Krankenhausfinanzierungsgesetz vollziehen (vgl. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG). Das Gleichbehandlungsgebot für die Kommunen bei der Krankenhausfinanzierung folgt aber aus dem landesgesetzlichen Gebot der Trägervielfalt.³⁵ Denn die Kommunen vollziehen bei der freiwilligen Förderung von Krankenhäusern Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. der landeskrankenhausgesetzlichen Aufgabe, die Krankenhausversorgung sicherzustellen (Gemeindeverbände). Überdies folgt die Verpflichtung der Kommunen zur Gleichbehandlung der freigemeinnützigen und privaten Krankenhäuser mit kommunalen

³³ S. 34 ff.

³⁴ Dazu S. 146 ff.

³⁵ S. nur § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg (LKHG) / § 1 Abs. 4 S. 1 und 2 Brandenburgisches Krankenhausentwicklungsgesetz (BbgKHEG) / § 3 Abs. 1 S. 2 Bremisches Krankenhausgesetz (Brem-KrhG) / § 1 Abs. 3 S. 1 und 2 Hessisches Krankenhausgesetz 2011 (HKHG 2011) / § 1 Abs. 2 Landeskrankenhausgesetz Rheinland-Pfalz (LKG) / § 2 Abs. 1 S. 2 Krankenhausgesetz Sachsen-Anhalt (KHG LSA) / § 1 Abs. 2 Landeskrankenhausgesetz- LKHG / § 1 Abs. 2 Thüringer Krankenhausgesetz (ThürKHG).

Krankenhäusern aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (verfassungsrechtliches Prinzip der Trägervielfalt).³⁶ Sowohl nach dem landesgesetzlichen Prinzip der Trägervielfalt als auch gem. Art. 3 Abs. 1 GG bestehen subjektiv-rechtliche Ansprüche der freigemeinnützigen und privaten Krankenhäuser auf Gleichbehandlung durch die Kommunen.

Diesem landesgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot können die Kommunen prinzipiell entweder durch Unterlassung bzw. Aufhebung und Rückabwicklung der Förderung eigener Krankenhäuser oder durch gleiche Förderung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser entsprechen. Im Gegensatz zu den Sozialleistungsträgern und den Ländern sind die Kommunen (über die Krankenhausumlage hinaus) nicht zur originären Krankenhausfinanzierung verpflichtet. Wenn die Kommunen in Wahrnehmung ihrer Selbstverwaltungsaufgabe aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. aus Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht (Gemeindeverbände) aber von ihnen betriebene Krankenhäuser fördern (z.B. Defizit-ausgleich), müssen sie freigemeinnützige und private Krankenhäuser gleichermaßen fördern. Freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern steht gegen die Kommunen ein derivativer Förderanspruch zu. Hierauf wird zurückgekommen.³⁷

³⁶ Näher S. 153 ff.

³⁷ S. 153 ff.

C) Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und dem Grundgesetz

Der Staat ist sowohl nach dem einfachem Bundesrecht (Krankenhausfinanzierungsgesetz) als auch nach dem Grundgesetz zu einer funktionsgerechten Finanzierung der zur Versorgung der Bevölkerung notwendigen Krankenhäuser verpflichtet. Dem korrespondieren subjektiv-rechtliche Ansprüche der Krankenhäuser auf funktionsgerechte Finanzierung (s. I. und II.). Nicht nur die Sozialleistungsträger (Betriebskostenfinanzierung), sondern vor allem auch die Länder (Übernahme der notwendigen Investitionskosten) kommen ihrer Finanzierungsverpflichtung seit vielen Jahren nicht nach und verstoßen damit gegen das gesetzliche und verfassungsrechtliche Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung (s. III.). Die Krankenhausfinanzierung bedarf deshalb der Reform (s. IV.).

I. Gesetzliches Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung

1. Funktionsgerechte Krankenhausfinanzierung zur Erfüllung des Sicherstellungsauftrags des Staates (§ 1 Abs. 1 KHG)

Ein Gebot der aufgaben-, d.h. funktionsgerechten Finanzierung der zur Versorgung der Bevölkerung notwendigen (Plan-)Krankenhäuser folgt einfachgesetzlich aus dem Krankenhausfinanzierungsgesetz des Bundes. Die Finanzierungspflicht obliegt entsprechend dem System der dualen Krankenhausfinanzierung

den Ländern und den Sozialleistungsträgern gemeinsam.³⁸ Während die Länder die Investitionskosten der Krankenhäuser im Wege öffentlicher Förderung übernehmen (§ 4 Nr. 1 i.V.m. §§ 6 ff. KHG), finanzieren die Sozialleistungsträger die Betriebskosten der Krankenhäuser durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen (§ 4 Nr. 2 i.V.m. §§ 17 ff. KHG).

Das Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung dient der Erfüllung des Sicherstellungsauftrags des Staates, der die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit stationärer Krankenhausbehandlung gewährleisten muss. Gesetzlich verankert ist der Sicherstellungsauftrag in § 1 Abs. 1 KHG, wonach eine qualitativ hochwertige, patienten- und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen digital ausgestatteten, qualitativ hochwertig und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen ist. § 1 Abs. 1 KHG konkretisiert damit den verfassungsrechtlichen Sicherstellungsauftrag aus Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (und geht hierüber deutlich hinaus), der den Staat zur Gewährleistung der notwendigen medizinischen Versorgung (Existenzminimum) auch und gerade durch stationäre Krankenhausbehandlung verpflichtet.³⁹

Adressat des Sicherstellungsauftrags sind nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz die Länder und die Sozialleistungsträger. Die Länder stellen zur Verwirklichung der in § 1 KHG genannten Ziele Krankenhauspläne (und Investitionsprogramme) auf (§ 6 Abs. 1 KHG; s. auch § 8 KHG). Den Sozialleistungsträgern obliegt die Sicherstellung der Versorgung der gesetzlich

³⁸ S. 39 ff.

³⁹ Näher S. 84 ff.

Versicherten mit Krankenhausbehandlung. So müssen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung die Krankenkassen die Versorgung mit stationärer Krankenhausbehandlung sicherstellen (§ 2 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, § 39 SGB V). Anders als andere Sozialleistungsträger⁴⁰ dürfen Krankenkassen grundsätzlich keine der Versorgung der Versicherten dienenden (neuen)⁴¹ Eigeneinrichtungen errichten und betreiben (§ 140 Abs. 2 S. 1 SGB V).⁴² Aus diesem Grund nehmen die Krankenkassen zur Erfüllung ihres Sicherstellungsauftrags, d.h. zur Versorgung der Versicherten mit Krankenhausbehandlung, Leistungserbringer in Anspruch, mit denen sie Verträge schließen (§ 2 Abs. 2 S. 3, § 69 Abs. 1 S. 2, § 109 SGB V). Gem. § 108 SGB V dürfen die Krankenkassen Krankenhausbehandlung dabei ausschließlich durch die in § 108 Nr. 1 bis 3 SGB V genannten zugelassenen Krankenhäuser erbringen. Zugelassene Krankenhäuser sind im Rahmen ihres Versorgungsauftrags zur Krankenhausbehandlung (§ 39 SGB V) der Versicherten verpflichtet (§ 109 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 2 SGB V). Dieser Behandlungspflicht korrespondiert ein Anspruch der Krankenhäuser auf Pflegesatzverhandlungen mit den Krankenkassen und auf eine leistungsgerechte (s. § 4 Nr. 2 KHG) Vergütung durch Pflegesätze (§ 109 Abs. 4 S. 3 SGB V).⁴³

⁴⁰ Selbst Krankenhäuser vorhalten dürfen beispielsweise die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung (s. nur § 3 S. 1 Nr. 4 KHG) und die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung (s. nur § 3 S. 1 Nr. 4, § 5 Abs. 1 Nr. 11 KHG).

⁴¹ Der Versorgung der Versicherten dienende Eigeneinrichtungen, die am 1.1.1989 bestanden, durften die Krankenkassen weiterbetreiben, § 140 Abs. 1 S. 1 SGB V.

⁴² Eine Ausnahme gilt, wenn die Krankenkassen die Durchführung ihrer Aufgaben bei der Gesundheitsvorsorge (und der Rehabilitation) auf andere Weise nicht sicherstellen können, § 140 Abs. 2 S. 1 SGB V.

⁴³ Zum Vergütungsanspruch der Krankenhäuser gegen die Krankenkassen aus § 109 Abs. 4 S. 3 SGB VI BSG, NZS 2001, 316 (317 f.); BSG, NZS 2004,

Damit der Staat (Länder und Sozialleistungsträger) seinem Sicherstellungsauftrag nachkommen kann, müssen die wirtschaftlichen Grundlagen der zur Versorgung der Bevölkerung notwendigen Krankenhäuser gesichert sein. Aus diesem Grund ist nach § 1 Abs. 1 KHG Zweck des Krankenhausfinanzierungsgesetzes die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, „um“ eine qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu gewährleisten. Bei der Durchführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes ist die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten (§ 1 Abs. 2 S. 1 KHG) und nach Maßgabe des Landesrechts insbesondere die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten (§ 1 Abs. 2 S. 2 KHG).

Um also die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung sicherzustellen, müssen die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Errichtung und den Betrieb der Krankenhäuser erfüllt sein. § 1 Abs. 1 KHG zielt auf eine qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern und schreibt zu diesem Zweck der Erfüllung des Versorgungsauftrags (Primärziel) die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser als Sekundärziel verbindlich vor.⁴⁴ Die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser dient der Erfüllung des Versorgungsauftrags des Staates. Die gesetzliche Verpflichtung zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser gem. § 1 Abs. 1

590 (591); *Lungstras/Bockholdt*, NZS 2021, 1 (2); *Stollmann*, NZS 2004, 350 (351); *Stollmann/Wollschläger*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 42; für eine Ableitung aus § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V *Chandna-Hoppe*, NZS 2020, 81 (83).

⁴⁴ Vgl. BVerfG, NJW 1990, 2306 (2307, 2308): „nur Mittel zum Zweck“; *Burgi*, NVwZ 2010, 601: kein Selbstzweck; ebenso *Dettling*, in: *Dettling/Gerlach*, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 139; *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 6.

KHG besteht mithin nicht nur im Interesse der Leistungserbringer (Krankenhäuser), sondern auch im Interesse der Länder und der Krankenkassen, die ihren Sicherstellungsauftrag nur erfüllen können, wenn die Existenz und Funktionsfähigkeit der zur Versorgung der Bevölkerung notwendigen Krankenhäuser gewährleistet ist.

2. Verbindliche Rechtspflicht des Staates zu funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung

Die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser als unabdingbare Voraussetzung der Erfüllung des Versorgungsauftrags des Staates (Länder und Sozialleistungsträger) ist kein unverbindlicher Programmsatz, sondern durch das Gesetz als verbindliche Rechtspflicht ausgestaltet. Sie steht nicht zur Disposition. Der Staat kann seinen Versorgungsauftrag gegenüber der Bevölkerung nur erfüllen, wenn die wirtschaftlichen Grundlagen der hierfür erforderlichen Krankenhäuser gesichert sind. Dementsprechend ist nach § 1 Abs. 1 KHG der „Zweck“ des Krankenhausfinanzierungsgesetzes die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser. § 1 Abs. 2 S. 2 KHG bestimmt ausdrücklich, dass die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten „ist“. Entsprechend „werden“ nach § 4 KHG die Krankenhäuser wirtschaftlich gesichert. Die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der zur bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung notwendigen Krankenhäuser ist damit durch das Krankenhausfinanzierungsgesetz verbindlich vorgeschrieben.

Gegen ein verbindliches Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung durch die Länder (s. § 4 Nr. 1 KHG) gem. § 1 Abs. 1 KHG spricht auch nicht, dass nach dem Krankenhausfi-

finanzierungsgesetz die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser „nach Maßgabe des Landesrechts“ zu gewährleisten ist (s. § 1 Abs. 2 S. 2, § 9 Abs. 5 KHG) bzw. „das Nähere der Förderung durch Landesrecht“ bestimmt wird (s. § 6 Abs. 4, § 11 S. 1 KHG). Wie noch gezeigt wird,⁴⁵ erschöpfen sich diese Gesetzesvorbehalte für die Länder darin, die Einzelheiten der Förderung, insbesondere die Art und Weise (v.a. Fördermethode), festzulegen. Das „Ob“ der funktionsgerechten Förderung steht nicht zu ihrer Disposition. Die Länder dürfen das bundesgesetzliche Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung konkretisieren, aber nicht relativieren. Eine funktionsgerechte Krankenhausfinanzierung ist den Ländern durch § 1 Abs. 1 KHG verbindlich vorgegeben.

3. Duale Finanzierung ist Mittel zur Erfüllung des Gebots funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung

Anders als in anderen Sozialleistungsbereichen, in denen die Leistungserbringer regelmäßig monistisch durch die Sozialleistungsträger aus dem Aufkommen der Versichertenbeiträge finanziert werden, ggf. ergänzt durch Steuermittel des Bundes, sieht das Krankenhausfinanzierungsgesetz für Krankenhäuser eine duale Finanzierung vor. Die Krankenhäuser werden gem. § 4 KHG dadurch wirtschaftlich gesichert, dass ihre Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung übernommen werden (Nr. 1) und sie zur Betriebskostenfinanzierung leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen, die nach Maßgabe des Krankenhausfinanzierungsgesetzes auch Investitionskosten enthalten

⁴⁵ S. 58 ff.

können, sowie Vergütungen für vor- und nachstationäre Behandlung und für ambulantes Operieren erhalten (Nr. 2).

a) Adressaten des Gebots funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung

Während die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen (§ 4 Nr. 2 KHG) den Sozialleistungsträgern obliegt (s. §§ 17 ff. KHG und §§ 1 ff. KHEntgG), sind für die Übernahme der Investitionskosten der Krankenhäuser im Wege öffentlicher Förderung (§ 4 Nr. 1 KHG) grundsätzlich allein die Länder zuständig (s. §§ 6 ff. KHG). Sie stellen zur Verwirklichung der Ziele des § 1 KHG und damit auch zur Erfüllung ihrer Förderpflicht aus § 4 Nr. 1 KHG Krankenhauspläne und Investitionsprogramme auf (§ 6 Abs. 1 KHG). Der Grund hierfür ist, dass den Ländern traditionell nach Art. 70 Abs. 1 GG die Planungskompetenz für das Krankenhauswesen zugeschrieben wird.⁴⁶

Eine Ausnahme von dem Grundsatz der alleinigen Zuständigkeit der Länder für die Übernahme der Investitionskosten der Krankenhäuser enthalten § 12, § 12a und § 14a KHG. Diese Vorschriften sehen für bestimmte Investitionen und Zeiträume eine

⁴⁶ S. nur BVerfGE 83, 363 (379 f.); *Wollenschläger*, NZS 2023, 8 (14 ff.); *Wollenschläger*, Gutachten für das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, das Ministerium für Justiz und Gesundheit des Landes Schleswig-Holstein und das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen zur Frage der Verfassungskonformität der Reform der Krankenhausplanung auf der Basis der dritten Stellungnahme und Empfehlung der Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung „Grundlegende Reform der Krankenhausvergütung“, 2023, S. 13 ff.

Kofinanzierung aus Mitteln der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds und aus Steuermitteln der Länder vor, ggf. ergänzt um eine Eigenbeteiligung der Krankenhäuser.⁴⁷

Die Länder haben ihre Finanzierungsverantwortung zum Teil durch Landesgesetz auf die Kommunen übertragen und sie im Wege der Krankenhausumlage an den Kosten der Krankenhausfinanzierung beteiligt.⁴⁸

b) Plankrankenhäuser als Destinatäre

Das gesetzliche Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung (§ 1 Abs. 1 KHG) gilt grundsätzlich für alle Krankenhäuser i.S.d. § 2 Nr. 1 KHG. Das bundesgesetzliche Finanzierungssystem differenziert nicht zwischen freigemeinnützigen, privaten und staatlichen Krankenhäusern, sondern verpflichtet zur Finanzierung sämtlicher Krankenhäuser ungeachtet ihrer Trägerschaft.⁴⁹ Das folgt auch aus § 1 Abs. 2 S. 1 KHG, wonach bei der Durchführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten ist (s. § 1 Abs. 2 S. 1 KHG). Dabei ist nach Maßgabe des Landesrechts insbesondere die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten (§ 1 Abs. 2 S. 2 KHG).

Keine Anwendung findet das Krankenhausfinanzierungsgesetz auf die in § 3 KHG genannten Krankenhäuser. Sie erhalten weder Investitionskostenförderung der Länder noch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen der Sozialleistungsträger.

⁴⁷ S. 46 ff.

⁴⁸ S. 19 ff.

⁴⁹ Vgl. nur *Chandna-Hoppe*, NZS 2020, 81; *Huster*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Krankenhausvergütungsregulierung, 2023, S. 9.

Keine Investitionskostenförderung der Länder wird den in § 5 KHG genannten Einrichtungen zuteil. Zu den nach § 5 KHG nicht förderungsfähigen Krankenhäusern gehören insbesondere die nach den landesrechtlichen Vorschriften für den Hochschulbau geförderten Krankenhäuser (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 KHG) und Versorgungskrankenhäuser (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 KHG). Von den in § 108 SGB V genannten zur Krankenhausbehandlung zugelassenen Krankenhäusern sind in die Investitionskostenförderung der Länder mithin grundsätzlich nur in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommene (Plan-)Krankenhäuser (§ 108 Nr. 2 SGB V) einbezogen.⁵⁰ Das folgt auch aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG, wonach Krankenhäuser Anspruch auf Förderung nur haben, „soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes (...) aufgenommen sind.“ Hochschulkliniken (§ 108 Nr. 1 SGB V) und Vertragskrankenhäuser (§ 108 Nr. 3 SGB V) können aber durch Landesrecht in die Förderung nach dem KHG einbezogen werden (s. für Vertragskrankenhäuser § 5 Abs. 2 KHG). Die von der Investitionskostenförderung ausgenommenen Krankenhäuser werden ausschließlich durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen der Krankenkassen, also monistisch finanziert (s. §§ 17 ff. KHG), wobei die Leistungsvergütung in diesen Fällen auch Investitionskosten umfassen kann (s. § 17 Abs. 4 und 5 KHG).⁵¹

⁵⁰ BVerfG, NJW 1990, 2306 (2307).

⁵¹ Näher *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht*, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 43.

c) Investitionskostenförderung der Länder

Die Förderpflicht der Länder umfasst grundsätzlich die Verpflichtung, sämtliche bei betriebswirtschaftlicher Führung notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser zu übernehmen.⁵²

Förderungsfähige Investitionskosten sind gem. § 2 Nr. 2 KHG die Kosten der Errichtung (Neubau, Umbau, Erweiterungsbau) von Krankenhäusern, die Kosten der Anschaffung der zum Krankenhaus gehörenden Wirtschaftsgüter, ausgenommen der zum Verbrauch bestimmten Güter (Verbrauchsgüter) (§ 2 Nr. 2 Halbs. 1 lit. a) KHG) und die Kosten der Wiederbeschaffung der Güter des zum Krankenhaus gehörenden Anlagevermögens (Anlagegüter) (§ 2 Nr. 2 Halbs. 1 lit. a) KHG).

Den Investitionskosten gleichstehende Kosten (investitions-gleiche Kosten) sind insbesondere die Entgelte für die Nutzung der in § 2 Nr. 2 KHG bezeichneten Anlagegüter (§ 2 Nr. 3 lit. a) KHG), die Zinsen, die Tilgung und die Verwaltungskosten von Darlehen, soweit sie zur Finanzierung der in § 2 Nr. 2 KHG sowie der in § 2 Nr. 3 lit. a) KHG bezeichneten Kosten aufgewandt worden sind (§ 2 Nr. 3 lit. b) KHG), sowie Kapitalkosten (Abschreibungen und Zinsen) für die in § 2 Nr. 2 KHG genannten Wirtschaftsgüter (§ 2 Nr. 3 lit. d) KHG).

Keine förderungsfähigen Investitionskosten sind die Kosten des Grundstücks, des Grundstückserwerbs, der Grundstückser-schließung und ihrer Finanzierung sowie die in § 376 S. 1 SGB V genannten Ausstattungs- und Betriebskosten für die Telema-tikinfrastruktur (§ 2 Nr. 2 Halbs. 2 KHG). Da diese Kosten auch

⁵² S. 51 ff.

nicht pflegesatzfähig sind (§ 17 Abs. 4 Halbs. 1 Nr. 2 KHG), muss sie der Krankenhausträger grundsätzlich selbst finanzieren.⁵³ Etwas anderes gilt nur, wenn ohne die Förderung der Kosten für den Erwerb, die Erschließung, die Miete und Pacht von Grundstücken die Aufnahme oder Fortführung des Krankenhausbetriebs gefährdet wäre; in diesem Fall werden die Kosten ausnahmsweise von den Ländern gefördert (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 KHG).

aa) Fördertatbestände (§§ 9 f. KHG)

§§ 9 f. KHG nennen Fördertatbestände, ohne diese abschließend zu normieren.⁵⁴ Während § 9 Abs. 1 und 2 KHG die Einzelförderung von Maßnahmen regeln, sehen § 9 Abs. 3 und § 10 KHG Pauschalförderungen vor.⁵⁵

Gem. § 9 Abs. 1 KHG fördern die Länder auf Antrag des Krankenhausträgers Investitionskosten, die insbesondere entstehen für die Errichtung von Krankenhäusern einschließlich der Erstausstattung mit den für den Krankenhausbetrieb notwendigen Anlagegütern (Nr. 1) und für die Wiederbeschaffung von Anlagegütern mit einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von mehr als drei Jahren (Nr. 2).

Nach § 9 Abs. 2 KHG bewilligen die Länder auf Antrag des Krankenhausträgers ferner u.a. Fördermittel für die Nutzung von An-

⁵³ Näher *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 45 f., 51, 106.

⁵⁴ Eingehend S. 58 ff. und S. 74 ff.

⁵⁵ Zur Einzelförderung nach § 9 Abs. 1 und 2 KHG in Abgrenzung von der Pauschalförderung nach § 9 Abs. 3 KHG s. nur *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 117 f.; *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, *Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern*, 2022, S. 90.

lagegütern, soweit sie mit Zustimmung der zuständigen Landesbehörde erfolgt (Nr. 1), für Anlaufkosten, für Umstellungskosten bei innerbetrieblichen Änderungen sowie für Erwerb, Erschließung, Miete und Pacht von Grundstücken, soweit ohne die Förderung die Aufnahme oder Fortführung des Krankenhausbetriebs gefährdet wäre (Nr. 2), für Lasten aus Darlehen, die vor der Aufnahme des Krankenhauses in den Krankenhausplan für förderungsfähige Investitionskosten aufgenommen worden sind (Nr. 3) und als Ausgleich für die Abnutzung von Anlagegütern, soweit sie mit Eigenmitteln des Krankenhausträgers beschafft worden sind und bei Beginn der Förderung nach diesem Gesetz vorhanden waren (Nr. 4).

Die Wiederbeschaffung kurzfristiger Anlagegüter sowie kleine bauliche Maßnahmen werden von den Ländern gem. § 9 Abs. 3 KHG durch feste jährliche Pauschalbeträge gefördert, mit denen das Krankenhaus im Rahmen der Zweckbindung der Fördermittel frei wirtschaften kann; § 10 KHG bleibt unberührt.

§ 10 KHG ermöglicht u.a. für in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommene Krankenhäuser, die Entgelte nach § 17b KHG erhalten (DRG-Fallpauschalen), eine Investitionsförderung durch leistungsorientierte Investitionspauschalen. Hierzu sind Investitionsfallwerte auf Landesebene (§ 10 Abs. 1 S. 2 KHG) und Investitionsbewertungsrelationen (§ 10 Abs. 2 KHG) von den Vertragsparteien auf Bundesebene (§ 10 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 17b Abs. 2 S. 1 KHG) zu entwickeln. In den Investitionsbewertungsrelationen ist der Investitionsbedarf für die voll- und teilstationären Leistungen pauschaliert abzubilden (§ 10 Abs. 2 S. 2 KHG).⁵⁶

⁵⁶ Überblick darüber, welche Länder von der Möglichkeit der Gewährung von Investitionspauschalen nach § 10 KHG Gebrauch gemacht haben, bei *Quaas*,

bb) Krankenhausstrukturfonds und -zukunftsfonds
(§§ 12 ff. KHG)

Bestimmte Investitionsvorhaben werden zeitlich begrenzt aus dem Krankenhausstrukturfonds und dem Krankenhauszukunftsfonds gefördert (§§ 12 ff. KHG).

Zur Förderung von Vorhaben der Länder zur Verbesserung der Strukturen in der Krankenhausversorgung wurde im Jahr 2016 beim Bundesamt für Soziale Sicherung aus Mitteln der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds der Krankenhausstrukturfonds errichtet und für die Jahre 2016 bis 2018 mit Mitteln in Höhe von 500 Mio. EUR ausgestattet (s. § 12 Abs. 1 S. 1, § 12a KHG).⁵⁷ In den Jahren 2019 bis 2024 wurden dem Fonds weitere Mittel in Höhe von bis zu 2 Mrd. EUR aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds zugeführt (§ 12a Abs. 1 S. 1 KHG). Die Zwecke des Strukturfonds regeln § 12 Abs. 1 S. 3 und § 12a Abs. 1 S. 4 KHG. Voraussetzung für die Förderung ist, dass das antragstellende Land, ggf. gemeinsam mit dem zu fördernden Krankenhausträger, mindestens 50 % der förderungsfähigen Kosten des Vorhabens trägt (§ 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, § 12a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 KHG), wobei im Fall der Förderung nach § 12a KHG

in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 138; *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, 2022, S. 10.

⁵⁷ S. auch *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 10.9.2020, S. 28.

das Land mindestens die Hälfte dieser Kofinanzierung aus eigenen Haushaltsmitteln aufbringen muss.⁵⁸ Die Entscheidung, welche Vorhaben der Krankenhäuser gefördert werden sollen, treffen die Länder im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen (§ 13 S. 1 KHG). Ein Anspruch auf Förderung besteht nicht (§ 13 S. 3 KHG).

Ebenfalls aus Mitteln der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds in Höhe von insgesamt 3 Mrd. EUR wurde im Jahr 2020 beim Bundesamt für Soziale Sicherung der Krankenhauszukunftsfonds errichtet (§ 14a Abs. 1 KHG in Verbindung mit dem Krankenhauszukunftsgesetz (KHZG)). Zweck des Zukunftsfonds ist gem. § 14a Abs. 2 S. 1 KHG u.a. die Förderung notwendiger Investitionen in Krankenhäusern in die technische und insbesondere die informationstechnische Ausstattung der Notaufnahmen (Nr. 1) und in die digitale Infrastruktur zur Förderung der internen, innersektoralen und sektorenübergreifenden Versorgung von Patientinnen und Patienten sowie zur Einführung oder Verbesserung von Telemedizin, Robotik und Hightechmedizin (Nr. 2). Voraussetzung für die Zuteilung von Fördermitteln ist nach § 14a Abs. 5 Nr. 2 KHG, dass das antragstellende Land, der Krankenhausträger oder beide gemeinschaftlich mindestens 30 % der Fördersumme tragen. Die Entscheidung, für welche Vorhaben der Krankenhausträger eine Förderung beim Bundesamt für Soziale Sicherung beantragt werden soll, treffen die Länder, bei länderübergreifenden Vorhaben die betroffenen Länder gemeinsam

⁵⁸ Eine Übersicht über den Umfang der Beteiligung der Länder und der Krankenhäuser an der Kofinanzierung nach §12, § 12a KHG findet sich bei *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, 2022, S. 19.

(§ 14a Abs. 4 S. 3 KHG). Ein Anspruch auf Förderung besteht auch hier nicht (§ 14a Abs. 4 S. 4 KHG).

Die von den Ländern im Rahmen der Kofinanzierung nach §§ 12 ff. KHG bereitzustellenden Mittel müssen von ihnen zusätzlich zu den für die Förderung nach §§ 9 f. KHG notwendigen Mitteln aufgebracht werden.⁵⁹

cc) Sonderprogramme

Daneben existieren Sonderprogramme des Bundes und der Länder zur Förderung von Investitionskosten der Krankenhäuser, die regelmäßig befristet und aus besonderem Anlass (z.B. Coronapandemie) geschaffen sind.⁶⁰

Zu diesen Sonderprogrammen gehört zum Beispiel der Kommunalinvestitionsförderungsfonds, den der Bund auf der Grundlage des Kommunalinvestitionsförderungsgesetzes (KInvFG) im Jahr 2015 errichtet und mit Mitteln in Höhe von 3,5 Mrd. EUR zur Unterstützung der Länder bei der Stärkung der Investitionstätigkeit finanzschwacher Gemeinden und Gemeindeverbände ausgestattet hat (§ 1 KInvFG). Aus diesen Mitteln werden u.a. Finanzhilfen trägerneutral⁶¹ für Maßnahmen im Bereich „Investitionen mit Schwerpunkt Infrastruktur Krankenhäuser“ gewährt (§ 3 S. 1 Nr. 1 lit. a) KInvFG). Gefördert werden Investitionen, die nach dem 30. Juni 2015 begonnen wurden und bis zum 31. Dezember 2023 vollständig abgenommen werden (s. § 5 Abs. 1 KInvFG).

⁵⁹ BT-Drs. 18/5372, S. 4.

⁶⁰ Beispiele für Sonderförderprogramme der Länder bei *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 233.

⁶¹ BT-Drs. 18/4653, S. 19: „Als Investitionen finanzschwacher Kommunen werden auch Investitionen von sonstigen Trägern (einschließlich privater Träger) angesehen, wenn diese dort kommunale Aufgaben erfüllen.“

Die Förderquote des Bundes beträgt bis zu 90 %; die Länder einschließlich der Gemeinden und Gemeindeverbände beteiligen sich mit mindestens 10 % am Gesamtvolumen des öffentlichen Finanzierungsanteils der förderungsfähigen Kosten der Investitionen finanzschwacher Gemeinden und Gemeindeverbände eines Landes (§ 6 Abs. 1 KInvFG).

d) Betriebskostenfinanzierung durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen

Für die Betriebskostenfinanzierung durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen (§ 4 Nr. 2 KHG) sind die Sozialleistungsträger zuständig (s. §§ 17 ff. KHG und §§ 1 ff. KHEntgG).

Pflegesätze sind die Entgelte der Benutzer oder ihrer Kostenträger (Sozialleistungsträger) für voll- und teilstationäre Leistungen des Krankenhauses (§ 2 Nr. 4 KHG). Zu den pflegesatzfähigen Kosten zählen grundsätzlich die gesamten Kosten des Krankenhauses, deren Berücksichtigung im Pflegesatz nicht nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz ausgeschlossen ist (§ 2 Nr. 5 KHG). Nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz pflegesatzfähig sind die für die Behandlung der Patientinnen und Patienten entstehenden Betriebskosten einschließlich der Sachkosten, Instandhaltungskosten (s. § 17 Abs. 4b KHG) und Personalkosten (arg. e. § 17 Abs. 3 und 4 KHG) der Krankenhäuser.⁶² Bei Krankenhäusern, die nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz voll gefördert werden (Plankrankenhäuser), sowie bei Krankenhäusern, die nach den landesrechtlichen Vorschriften für den Hochschulbau gefördert werden (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 1 KHG), wer-

⁶² Vgl. *Lungstras/Bockholdt*, NZS 2021, 1 (2); *Schlegel*, NJW 2021, 2782 (2784).

den Investitionskosten mit Ausnahme der Kosten der Wiederbeschaffung von Wirtschaftsgütern mit einer durchschnittlichen Nutzungsdauer bis zu drei Jahren nicht im Pflegesatz berücksichtigt (§ 17 Abs. 4 Halbs. 1 Nr. 1 KHG). Ebenfalls nicht pflegesatzfähig sind Kosten der Grundstücke, des Grundstückserwerbs, der Grundstückerschließung sowie ihrer Finanzierung (§ 17 Abs. 4 Halbs. 1 Nr. 2 KHG). Nur bei Krankenhäusern, die nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz nicht voll gefördert werden, d.h., die keine Investitionskostenförderung der Länder erhalten, umfasst der Pflegesatz auch Investitionskosten (s. § 17 Abs. 4 Halbs. 1 Nr. 1 KHG, s. auch § 4 Nr. 2 KHG).

Zur Vergütung der (voll- oder teil-)stationären Krankenhausleistungen werden grundsätzlich pauschalisierte Pflegesätze (Fallpauschalen) vereinbart (s. § 17 Abs. 1a KHG). Das Nähere der Pflegesatzvergütung richtet sich nach der Art des Krankenhauses. Die Pflegesatzvergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen (s. § 2 Abs. 2 S. 1 KHEntgG) von DRG-Krankenhäusern (somatische Allgemein- und Akutkrankenhäuser)⁶³ erfolgt auf Basis eines durchgängigen, leistungsorientierten und pauschalierenden Vergütungssystems (§ 17b Abs. 1 S. 1 KHG). Hierzu werden ein Fallpauschalenkatalog auf Bundesebene vereinbart (§ 17b KHG i.V.m. § 9 KHEntgG), landesweit geltende Basisfallwerte festgelegt (Landesbasisfallwert, § 10 KHEntgG) und ein krankenhausesindividuelles Erlösbudget vereinbart (§ 4 i.V.m. § 11 KHEntgG). Aus den Fallpauschalen für die allgemeinen Krankenhausleistungen ausgegliedert sind die Pflegepersonalkosten für die unmittelbare Patientenversorgung auf bettenführenden

⁶³ BT-Drs. 16/10807, S. 24. Zum Begriff der DRG-Krankenhäuser näher *Dettling*, in: *Dettling/Gerlach, BeckOK KHR*, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 21.

Stationen. Sie werden von den Krankenkassen gesondert vergütet (tagesbezogene Pflegeentgelte, § 17b Abs. 4 KHG, § 6a Abs. 1 S. 1 KHEntgG).⁶⁴

4. Finanzierungsumfang

a) Kostendeckungsprinzip

Der gesetzlich gebotene Umfang der Finanzierung der Krankenhäuser ergibt sich aus dem Zweck des Finanzierungsgebots nach § 1 Abs. 1 KHG, eine qualitativ hochwertige, patienten- und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen digital ausgestatteten, qualitativ hochwertig und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern sicherzustellen. Die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser (Sekundärziel) dient der Gewährleistung der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung (Primärziel). Diese Funktion wird nur erfüllt, wenn die Finanzierung den Krankenhäusern ermöglicht, die nach § 1 Abs. 1 KHG vorgeschriebene Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung bei wirtschaftlicher Betriebsführung zu leisten. Damit die Krankenhäuser diesen Versorgungsauftrag erfüllen und der Bevölkerung gegenüber Krankenhausbehandlung erbringen können (s. auch § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V), müssen sämtliche mit der Krankenhausbehandlung bei wirtschaftlicher Betriebsführung verbundenen Kosten finanziert werden. Erfasst sind sämtliche Aufwendungen, die den Krankenhäusern für die Beschaffung und Bezahlung der zu erbringenden Leistungen (Krankenhausbehandlung) entstehen, d.h. Investiti-

⁶⁴ Zur Vereinbarung der Pflegekostenvergütung näher *Lungstras/Bockholdt*, NZS 2021, 1 (5, 11), auch zu den Zielen der Herauslösung der Pflegekostenvergütung aus den Fallpauschalen.

onskosten und Betriebskosten (Personal-, Sach- und Instandhaltungskosten). Zu vergüten sind insbesondere auch Kostensteigerungen, beispielsweise inflationsbedingte Kostenanstiege im Bereich der Baukosten, Energiekosten und Lebensmittel sowie Personalkostensteigerungen wegen des Fachkräftemangels. Hinzu tritt die kalkulierte Verzinsung des eingesetzten Kapitals unter Berücksichtigung des Unternehmerrisikos. Ebenso wie andere privatwirtschaftlich agierende Unternehmen muss für Erbringer sozialversicherungsrechtlicher Leistungen die Möglichkeit der Gewinnerzielung bestehen.⁶⁵

Das entspricht der Gesetzeslage in anderen Leistungserbringerbereichen. Insbesondere die Vergütung stationärer Pflegeleistungen (§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB XI), ambulanter Pflegeleistungen (§ 89 Abs. 1 Satz 2 SGB XI), ambulanter Krankenhausleistungen (§ 120 Abs. 2 SGB V) und von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (§ 15 SGB VI) muss ebenfalls sämtliche bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Kosten der Leistungserbringer zzgl. eines angemessenen Gewinns decken.⁶⁶

Ohne eine solche Finanzierung der notwendigen Kosten können die Krankenhäuser die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung nicht erfüllen und verletzen die Länder und

⁶⁵ Vgl. *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Angemessene Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Zuständigkeitsbereich der Deutschen Rentenversicherung. Ein Beitrag zur Entgeltregulierung im Sozialversicherungsrecht, 2018, S. 97 f.; *Dettling*, in: *Dettling/Gerlach*, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 188.

⁶⁶ Näher *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Angemessene Vergütung für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation im Zuständigkeitsbereich der Deutschen Rentenversicherung. Ein Beitrag zur Entgeltregulierung im Sozialversicherungsrecht, 2018, S. 55 ff.; *Dettling*, in: *Dettling/Gerlach*, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 147.

die Sozialleistungsträger ihren gesetzlichen Sicherstellungsauftrag aus § 1 Abs. 1 KHG. Eine kostendeckende Finanzierung der Krankenhäuser ist zwingend erforderlich, damit die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung gewährleistet ist und der Staat seiner Sicherstellungsverantwortung nachkommt.

Für die Investitionskostenförderung der Länder schreibt auch § 4 Nr. 1 KHG das Kostendeckungsprinzip fest.⁶⁷ § 4 KHG dient der Verwirklichung des § 1 Abs. 1 KHG, wonach die wirtschaftlichen Grundlagen der Krankenhäuser im Interesse der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung zu sichern sind. Hieran knüpft § 4 KHG an und legt fest, wie die wirtschaftliche Sicherung zu erfolgen hat. Für die Vergütung der Betriebskosten der Krankenhäuser durch die Sozialleistungsträger gibt § 4 Nr. 2 KHG den Maßstab der Leistungsgerechtigkeit vor („leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen“). Für die Investitionskosten der Krankenhäuser bestimmt § 4 Nr. 1 KHG, dass sie „im Wege öffentlicher Förderung übernommen werden“. Die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser (§ 1 Abs. 1, § 4 KHG) erfolgt also durch vollständige Übernahme ihrer Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung durch die Länder. § 4 Nr. 1 KHG ist damit Ausdruck des Kostendeckungsprinzips.

⁶⁷ Zum Kostendeckungsprinzip für die Investitionskostenförderung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz s. auch *Chandna-Hoppe*, NZS 2020, 81 (82); *Degener-Hencke*, NZS 2009, 6 (12); *Dettling*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 188, 409; *Quaas*, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 15, 19, 74; vgl. auch *Rübsamen*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Fallpauschalensystems im Krankenhauswesen (DRG-Vergütungssystem), 2008, S. 41.

Ebenso gibt § 9 Abs. 5 KHG den Ländern auf, die Fördermittel so zu bemessen, dass sie die (förderungsfähigen und unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze) notwendigen Investitionskosten decken. Damit schreibt auch § 9 Abs. 5 KHG das Kostendeckungsprinzip als Finanzierungsmaßstab für die Investitionskosten verbindlich fest.

Dementsprechend geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass § 9 Abs. 5 KHG die Länder verpflichtet, die notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser zu decken. Wörtlich heißt es in dem maßgeblichen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. August 2012:

„Die Zielvorgabe des § 9 Abs. 5 KHG verpflichtet unabhängig vom Förderweg dazu, die Deckung der notwendigen Investitionskosten sicherzustellen.“⁶⁸

Weiter hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt:

„Sollte die Leistungsfähigkeit eines Krankenhauses im Einzelfall gleichwohl infrage gestellt sein, weil notwendige Investitionskosten nicht gedeckt werden können, bietet (...) § 23 Abs. 1 KHGG Abhilfe. Die Entscheidung, nach dieser Bestimmung einen besonderen (zusätzlichen) Betrag festzusetzen, liegt nicht im Ermessen“ des Landes.⁶⁹

Hiermit übereinstimmend heißt es an anderer Stelle im Urteil:

„§ 9 Abs. 5 KHG untersagt eine die Leistungsfähigkeit von Krankenhäusern schädigende Unterfinanzierung notwendiger Investitionen, eine im Einzelfall gleich-

⁶⁸ BVerwG, Urte. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 33.

⁶⁹ BVerwG, Urte. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 33.

wohl eintretende Gefährdung müsste jedenfalls mit Hilfe von Sonderbeträgen nach § 23 Abs. 1 KHGG abgefangen werden.“⁷⁰

Damit bringt das Bundesverwaltungsgericht klar zum Ausdruck, dass sämtliche notwendigen Investitionskosten von den Ländern zu decken sind und Krankenhäusern bei Unterschreitung des bundesgesetzlich gebotenen Förderumfangs ein Rechtsanspruch auf Gewährung des fehlenden Förderbetrags zusteht. In dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall folgte der Rechtsanspruch aus § 23 Abs. 1 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW), wonach Krankenhäusern auf Antrag ein besonderer Förderbetrag gewährt werden kann, wenn dies zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Krankenhauses unabweisbar und eine Vorfinanzierung unzumutbar ist. Entgegen dem Wortlaut der landesrechtlichen Bestimmung („kann“) steht dem Land nach der unmissverständlichen Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts kein Ermessen bei der Entscheidung über die Förderung notwendiger Investitionskosten der Krankenhäuser zu, sondern es ist hierzu verpflichtet.

Vor diesem Hintergrund kann die weitere Aussage des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Länder nicht jegliche Investitionskosten vollständig aus öffentlichen Mitteln decken müssten,⁷¹ nur so verstanden werden, dass ausschließlich die bei betriebswirtschaftlicher Führung notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser zu decken sind (s. auch § 9 Abs. 5 KHG). Eine Ab-

⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 45.

⁷¹ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 31.

senkung des Niveaus der Länderförderung (unterhalb die notwendigen Investitionskosten) ist in der Aussage des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu sehen.

Dass nach § 9 Abs. 5 KHG die Fördermittel „unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze“ zu decken sind (s. auch § 1 Abs. 2 S. 3 KHG), bedeutet, dass nicht die tatsächlichen Ist-Kosten der Krankenhäuser förderungsfähig sind. Vielmehr sind allein die Soll-Kosten zu fördern, d.h. sämtliche Kosten, die einem nach kaufmännischen Grundsätzen, also einem effizient geführten Unternehmen, bei Erbringung der Krankenhausbehandlung durchschnittlich entstehen. Bei der Ermittlung der Soll-Kosten steht den Ländern ein weiter Gestaltungsspielraum zu. In Betracht kommt eine Einzelprüfung der Kosten des individuellen Krankenhauses, ggf. unter Heranziehung eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers. Im Interesse der Reduzierung des Verwaltungsaufwands werden die Länder die (effizienten) Soll-Kosten aber auch im Wege des anerkannten und bewährten Vergleichsmarktkonzepts ermitteln dürfen. Voraussetzung hierfür ist die Vergleichbarkeit der von den Krankenhäusern erbrachten Leistungen, die sich aus ihrem Versorgungsauftrag⁷² ergeben. Für den Kostenvergleich ist auch das Kostenniveau staatlicher Krankenhäuser maßgeblich.

Die Finanzierung der Investitionskosten durch die Länder muss dabei nach dem Rechtsstaatsprinzip so ausgestaltet sein, dass sie für die Plankrankenhäuser Rechts- und Planungssicherheit bietet. Die Länder müssen verlässlich regeln, welche Investitionskosten in welcher Höhe durch welche Art der Förderung übernommen werden. Nur unter diesen Voraussetzungen der

⁷² Zum Versorgungsauftrag der Plankrankenhäuser näher bei Fn. 350.

Rechts- und Planungssicherheit können die Krankenhäuser ihrer Versorgungsaufgabe und kann der Staat seinem Sicherstellungsauftrag gegenüber der Bevölkerung nachkommen. Eine anlassbezogene Förderung von Investitionskosten durch befristete Sonderprogramme des Staates genügt dem Gebot der Rechts- und Planungssicherheit nicht. Auch eine im Regelfall unzureichende Förderung mit Ausnahme für den Fall der Gefährdung der Funktionsfähigkeit eines Krankenhauses erscheint rechtsstaatlich zweifelhaft.⁷³

Hintergrund der gesetzlichen Verpflichtung des Staates zur Finanzierung aller notwendigen Kosten der Krankenhäuser ist, dass die Vergütung der voll- und teilstationären Leistungen der Krankenhäuser, derer sich der Staat zur Erfüllung seines Sicherstellungsauftrags bedient, im Krankenhausfinanzierungsgesetz, im Krankenhausentgeltgesetz und in den auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen abschließend geregelt ist (s. § 69 Abs. 1 S. 2, § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V; s. auch § 1 Abs. 1 KHEntgG). Namentlich in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommene (Plan-)Krankenhäuser (s. § 108 Nr. 2 SGB) unterliegen vollumfänglich der Entgeltregulierung nach dem Krankenhausfinanzierungsrecht des Bundes. Ihre Finanzierung erfolgt ausschließlich dual durch Investitionskostenförderung der Länder und leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen der Sozialleistungsträger (§ 4 KHG). Weitere Finanzierungsquellen sind den Plankrankenhäusern nicht eröffnet; sie haben keine anderweitigen Möglichkeiten der Entgelterzielung.⁷⁴ Aus diesem

⁷³ Vgl. auch S. 117 ff.

⁷⁴ Näher *Huster*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Krankenhausvergütungsregulierung, 2023, S. 10 f.; *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 28 f.

Grund muss die duale Finanzierung durch die Länder (Investitionskostenförderung) und die Sozialleistungsträger (Betriebskostenvergütung) auskömmlich sein, damit die Krankenhäuser ihre Aufgabe, Krankenhausbehandlung zu erbringen, erfüllen können und der Staat seinem Sicherstellungsauftrag gegenüber der Bevölkerung gerecht wird.

b) Keine Relativierung durch Gesetzesvorbehalt für die Länder

Die Verpflichtung der Länder, sämtliche (unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze) notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser zu decken (s. § 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG), wird nicht durch die gesetzlichen Regelungsvorbehalte zugunsten der Länder relativiert.⁷⁵ Gem. § 1 Abs. 2 S. 2 und § 9 Abs. 5 KHG erfolgt die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser bzw. die Bemessung der Fördermittel „nach Maßgabe des Landesrechts“. Und nach § 6 Abs. 4 sowie nach § 11 S. 1 KHG wird „das Nähere der Förderung“ durch Landesrecht bestimmt.

Es gibt keinen normativen Anhaltspunkt dafür, dass die Länder aufgrund dieser Gesetzesvorbehalte bei der Förderung hinter den notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser zurückbleiben dürfen. § 1 Abs. 1 KHG, der als grundlegenden Zweck des Krankenhausfinanzierungsgesetzes die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser bestimmt, sieht einen Regelungsvorbehalt für die Länder nicht vor. Aber auch § 6 Abs. 4 und § 11 S. 1 KHG erlauben den Ländern nur „das Nähere der Förderung“ zu regeln. Diese Vorschriften gestatten den Ländern damit eine

⁷⁵ Vgl. ebenso Quaas, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 85 und § 26 Rn. 75; Degener-Hencke, NZS 2009, 6 (12).

Regelung der Einzelheiten der Investitionskostenförderung, insbesondere der Fördermethode, aber nicht eine Abschwächung des bundesgesetzlichen Kostendeckungsprinzips als Förderniveau. § 6 Abs. 4 und § 11 S. 1 KHG lassen schon nach ihrem Wortlaut keine Anhaltspunkte dafür erkennen, dass die Förderung der Länder hinter den notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser zurückbleiben darf.

Nichts anderes gilt für § 1 Abs. 2 S. 2 KHG (wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser „nach Maßgabe des Landesrechts“) und für § 9 Abs. 5 KHG, wonach die Fördermittel „nach Maßgabe dieses Gesetzes und des Landesrechts so zu bemessen (sind), dass sie die (...) notwendigen Investitionskosten decken.“ Hier wie dort steht das Ziel der vollständigen Investitionskostendeckung nicht zur Disposition des Landesgesetzgebers. Aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 5 KHG ergibt sich im Gegenteil eindeutig, dass die Fördermittel „so zu bemessen“ sind, „dass sie die (...) notwendigen Investitionskosten decken.“ Hinzu kommt, dass § 9 Abs. 5 KHG den Landesrechtsvorbehalt in einem Atemzug mit der Verpflichtung der Länder zur Bemessung der Förderung nach Maßgabe des Krankenhausfinanzierungsgesetzes („nach Maßgabe dieses Gesetzes“) nennt. „Nach Maßgabe dieses Gesetzes“ bedeutet, dass die landesrechtlichen Regelungen in Übereinstimmung mit dem Krankenhausfinanzierungsgesetz ergehen müssen und damit dessen Leitziel, die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser zum Zweck der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung (§ 1 Abs. 1 KHG), unangetastet lassen müssen. Der Landesgesetzgeber darf von den Vorschriften des Krankenhausfinanzierungsgesetzes einschließlich des Kostendeckungsprinzips für die Investitionskostenförderung nicht abweichen. Das Kostende-

ckungsgebot des § 1 Abs. 1 KHG wird durch den Gesetzesvorbehalt zugunsten der Länder in § 9 Abs. 5 KHG nicht berührt. Der Landesrechtsvorbehalt in § 9 Abs. 5 KHG hat ebenso wie in § 1 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 4 und § 11 S. 1 KHG allein die Funktion, den Ländern die Regelung der Einzelheiten der Investitionskostenförderung, insbesondere der Fördermethode, zu überlassen. Dies kommt im Wortlaut der § 6 Abs. 4 und § 11 S. 1 KHG deutlich zum Ausdruck („Das Nähere“ der Förderung bestimmt das Landesrecht.). Für § 1 Abs. 2 S. 2 und § 9 Abs. 5 KHG (Förderung „nach Maßgabe des Landesrechts“) gilt nichts anderes.

Vor allem aber folgt aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungsvorbehalte für die Länder (§ 1 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 4, § 9 Abs. 5, § 11 S. 1 KHG), dass die Fördermittel nicht hinter den notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser zurückbleiben dürfen. Anderenfalls wären die wirtschaftlichen Grundlagen der Krankenhäuser nicht gewährleistet, mit der Folge, dass sie ihrem Versorgungsauftrag gegenüber der Bevölkerung nicht nachkommen könnten und damit der Sicherstellungsauftrag des Staates leerliefe. Die Erfüllung des Sicherstellungsauftrags der Länder und der Sozialleistungsträger gegenüber der Bevölkerung ist aber der Zweck des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (§ 1 Abs. 1 KHG).

Nicht zuletzt wäre es auch mit Verfassungsrecht (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht vereinbar, wenn man die Landesrechtsvorbehalte im Krankenhausfinanzierungsgesetz (§ 1 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 4, § 9 Abs. 5, § 11 S. 1 KHG) so auslegte, dass die Länder über die notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser disponieren dürfen und sie nur zum Teil übernehmen müssen.⁷⁶ Wie noch

⁷⁶ Vgl. Quaaas, in: Quaaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 85.

gezeigt wird, folgt aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit freige-meinnütziger und privater Krankenhäuser ein Anspruch gegen den Staat auf funktionsgerechte Finanzierung durch Übernahme notwendiger Kosten.⁷⁷ Hiermit verträgt es sich nicht, wenn die Länder – in Ausfüllung ihrer Regelungsvorbehalte nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz – keine kostendeckende Förderung gewähren.

c) Keine Relativierung durch Möglichkeit teilweiser Förderung mit Restfinanzierung

Die Verpflichtung der Länder, sämtliche (unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze) notwendigen Investitionskosten zu decken, wird auch nicht durch § 8 Abs. 1 S. 2 KHG relativiert.⁷⁸ Nach dieser Vorschrift können die zuständige Landesbehörde und der Krankenhausträger für ein Investitionsvorhaben nach § 9 Abs. 1 KHG eine nur teilweise Förderung mit Restfinanzierung durch den Krankenhausträger vereinbaren.

Durch § 8 Abs. 1 S. 2 KHG wird an dem Grundsatz der Kostendeckung bei der Investitionskostenförderung nicht gerüttelt. Die Finanzierungsverantwortung wird lediglich auf „zwei Schultern“ verteilt, nämlich auf die Länder und die Sozialleistungsträger. An die Stelle der alleinigen Finanzierungsverantwortung der Länder für die Investitionskosten der Krankenhäuser (s. § 4 Nr. 1 i.V.m. § 6 ff. KHG) tritt eine Kofinanzierung durch die Länder und die Sozialleistungsträger. Denn § 8 Abs. 1 S. 2 KHG ermöglicht den Ländern zwar, durch Vereinbarung mit dem Krankenhausträger

⁷⁷ S. 91 ff.

⁷⁸ So aber *Dettling*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 4 KHG Rn. 60.

nur einen Teil seiner notwendigen Errichtungskosten und Wiederbeschaffungskosten für Anlagegüter mit einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von mehr als drei Jahren (s. § 9 Abs. 1 KHG) zu tragen. Der andere Teil, die Restfinanzierung, ist aber entgegen dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 S. 2 KHG („mit Restfinanzierung durch den Krankenhausträger“) nicht vom Krankenhaus selbst zu übernehmen. Vielmehr fließen die Kosten der Restfinanzierung nach § 17 Abs. 5 S. 1 KHG in die Abrechnung der Krankenhausleistungen gegenüber den Sozialleistungsträgern bis zur sog. Kappungsgrenze (Pflegesätze vergleichbarer voll geförderter Krankenhäuser) ein.⁷⁹ D.h., bei von den Ländern anteilig geförderten Maßnahmen mit Restfinanzierung durch den Krankenhausträger (§ 8 Abs. 1 S. 2 KHG) werden die Kosten der Restfinanzierung gem. § 17 Abs. 5 S. 1 KHG durch Erlöse aus den Pflegesätzen der Sozialleistungsträger finanziert. Die aufgrund einer Vereinbarung nach § 8 Abs. 1 S. 2 KHG nicht von den Ländern geförderten restlichen Investitionskosten sind grundsätzlich bis zur vollen Höhe abrechnungsfähig gegenüber den Sozialleistungsträgern.⁸⁰

Die teilweise Förderung von Investitionskosten durch die Länder mit Restfinanzierung durch den Krankenhausträger (§ 8 Abs. 1 S. 2 KHG) stellt damit eine „Mischform der Investitionsfinanzierung“ dar,⁸¹ die den Grundsatz der dualen Krankenhausfinanzierung (§ 4 KHG) durchbricht.⁸² An die Stelle einer Förderung der notwendigen Investitionskosten des Krankenhauses durch die Länder allein tritt eine Kofinanzierung durch die Länder und die

⁷⁹ BT-Drs. 12/3209, 65.

⁸⁰ BT-Drs. 12/3209, 65.

⁸¹ BT-Drs. 12/3209, 65.

⁸² *Württemberg*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 8 KHG Rn. 10.

Sozialleistungsträger. Das gesetzliche Prinzip der vollständigen Deckung aller notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG) wird dadurch nicht angetastet. Die Verantwortung für die Finanzierung der Investitionskosten wird lediglich auf „zwei Schultern“ (Länder und Sozialleistungsträger) verteilt.

d) Keine Relativierung durch Erfordernis der Aufnahme von Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG in Investitionsprogramm des Landes

Gem. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG haben die Krankenhäuser Anspruch auf Förderung, soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes und bei Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG in das Investitionsprogramm aufgenommen sind. § 8 Abs. 2 S. 1 KHG bestimmt, dass ein Anspruch auf Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan und in das Investitionsprogramm nicht besteht.

§ 8 Abs. 1 S. 1 KHG wird im Schrifttum als (versteckter) Haushaltsvorbehalt bezeichnet.⁸³ Hinter der gesetzlichen Regelung, dass ein Rechtsanspruch auf Förderung für Krankenhäuser nur besteht, wenn sie in das Investitionsprogramm eines Landes aufgenommen sind, stünden haushaltspolitische Gründe, was dem Land eine Steuerung des Fördervolumens erlaube.⁸⁴ Die Länder

⁸³ *Kuhla/Bedau*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018, § 25 Rn. 56: Haushaltsvorbehalt; *Quaas*, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 142: versteckter Haushaltsvorbehalt; *Würtenberger*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 8 KHG Rn. 8: Haushaltsvorbehalt; ebenso *Rübsamen*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Fallpauschalensystems im Krankenhauswesen (DRG-Vergütungssystem), 2008, S. 42; anderer Ansicht dagegen wohl *Stollmann/Wollschläger*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 81 Rn. 90.

⁸⁴ *Quaas*, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 142.

könnten ihr Investitionsprogramm nur im Rahmen verfügbarer Haushaltsmittel aufstellen, sodass der Umfang des Investitionsprogramms durch den Landeshaushalt bestimmt werde.⁸⁵ Die bundesgesetzliche Regelung in § 8 Abs. 1 S. 1 KHG, dass ein Rechtsanspruch der Krankenhäuser auf Förderung erst nach Aufnahme in das Investitionsprogramm des Landes besteht, enthalte daher „versteckt einen Haushaltsvorbehalt“ und bedeute „Förderung vorbehaltlich zur Verfügung stehender Haushaltsmittel“.⁸⁶

Diese Deutung des § 8 Abs. 1 S. 1 KHG als versteckter Haushaltsvorbehalt geht fehl. Zunächst gilt die Vorschrift nicht für sämtliche Investitionskosten, sondern ist bezogen und beschränkt auf Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG. Nur bei Investitionskosten, die entstehen für die Errichtung von Krankenhäusern einschließlich der Erstausrüstung mit den für den Krankenhausbetrieb notwendigen Anlagegütern und welche die Länder im Wege der Einzelförderung fördern (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG), setzt ein Rechtsanspruch auf Förderung eine vorherige Aufnahme der zu fördernden Maßnahme und des Krankenhauses in das Investitionsprogramm des Landes voraus. Bei Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 oder i.S.d. § 9 Abs. 3 KHG ist ein Investitionsprogramm der Länder nicht erforderlich⁸⁷ und haben die Krankenhäuser einen Anspruch auf Förderung gem. § 8

⁸⁵ Quaas, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 142.

⁸⁶ So Quaas, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 142.

⁸⁷ Anderer Ansicht Prütting, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 5 Rn. 21, die ein Investitionsprogramm auch bei Pauschalförderungen für zwingend erforderlich hält.

Abs. 1 S. 1 KHG bereits mit Aufnahme in den Krankenhausplan des Landes, ohne dass ein Haushaltsvorbehalt gilt.⁸⁸

Durch § 8 Abs. 1 S. 1 KHG wird die Verpflichtung der Länder, sämtliche (unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze) notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser zu decken (s. § 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG), aber auch für Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG nicht relativiert. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG begründet keinen (versteckten) Haushaltsvorbehalt für die Länder. Die Länder sind nach dieser Vorschrift nicht berechtigt, bei der Förderung hinter den notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser zurückzubleiben. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG stellt weder das Gebot der funktionsgerechten Finanzierung der Krankenhäuser (§ 1 Abs. 1 KHG) als solches infrage noch erlaubt es den Ländern Abweichungen von dem Prinzip der Deckung der notwendigen Investitionskosten (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG).

Hierfür spricht bereits der Wortlaut des § 8 Abs. 1 S. 1 KHG. Ein Haushaltsvorbehalt ließe sich § 8 Abs. 1 S. 1 KHG nur entnehmen, wenn der Anspruch der Krankenhäuser auf Förderung „nach Maßgabe“ des Investitionsprogramms eines Landes bestünde. Eine solche Regelung beinhaltet § 8 Abs. 1 S. 1 KHG aber nicht. Vielmehr besteht schon nach dem Wortlaut der Norm ein Förderanspruch der Krankenhäuser, „soweit und solange sie (...) bei Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG in das Investitionsprogramm aufgenommen sind.“ Der Wortlaut der Norm sieht also nur vor, dass Krankenhäuser bei Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG, die ein Land durch Einzelförderung mittels In-

⁸⁸ Ebenso *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 151.

vestitionsprogramm fördert, für einen Förderanspruch in das Programm aufgenommen sein müssen. Den Ländern soll eine geordnete Planung der für Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG erforderlichen – regelmäßig erheblichen – Finanzmittel ermöglicht werden. Ein Rechtsanspruch auf Förderung ohne die Möglichkeit der Länder, für Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG Haushaltsmittel bereitzustellen und ein Investitionsprogramm aufzustellen, könnte die Landeshaushalte überfordern, weil jedes Krankenhaus die Förderung notwendiger Errichtungsmaßnahmen sofort verlangen könnte.⁸⁹ Stellen die Länder Investitionsprogramme auf und wird ein Krankenhaus nicht in das Programm aufgenommen, muss es die Aufnahme ggf. einklagen.⁹⁰

Im Übrigen besteht nach § 8 Abs. 1 S. 1 KHG ein Anspruch der Krankenhäuser auf Förderung durch die Länder „nach Maßgabe dieses Gesetzes“, d.h. nach Maßgabe des Krankenhausfinanzierungsgesetzes. Die zentrale Vorgabe des § 1 Abs. 1 KHG, die wirtschaftlichen Grundlagen der Krankenhäuser zu sichern, wird also nicht infrage gestellt, sondern im Gegenteil bekräftigt.

Die Systematik des § 8 KHG erhärtet das Ergebnis, dass § 8 Abs. 1 S. 1 KHG für Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG keinen Haushaltsvorbehalt begründet. Für die erste Alternative des § 8 Abs. 1 S. 1 KHG (Aufnahme des Krankenhauses in den Krankenhausplan eines Landes) existiert schon nach dem Wortlaut der Norm kein Haushaltsvorbehalt. Aus welchem Grund ein solcher Haushaltsvorbehalt dann bei der zweiten Alternative des § 8 Abs. 1 S. 1 KHG (Aufnahme des Krankenhauses in das Investitionsprogramm des Landes) gelten soll, erschließt sich

⁸⁹ Quaas, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 142.

⁹⁰ Näher bei und in Fn. 123.

nicht. Eine sachliche Rechtfertigung für eine solche Differenzierung ist nicht ersichtlich. Vielmehr ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der beiden Alternativen des § 8 Abs. 1 S. 1 KHG, dass der zweiten Alternative derselbe Zweck zugrunde liegt wie der ersten Alternative. Die Aufnahme eines Krankenhauses in das Investitionsprogramm eines Landes dient ebenso wie die Aufnahme des Krankenhauses in den Krankenhausplan dazu, dem Land eine geordnete Planung zu ermöglichen, zum einen durch Planaufstellung, zum anderen durch Programmaufstellung.

Vor allem aber folgt aus dem Sinn und Zweck des § 8 Abs. 1 S. 1 KHG, dass Förderansprüche der Krankenhäuser nicht unter einem Haushaltsvorbehalt stehen. § 8 KHG zielt bereits nach seinem Wortlaut („nach Maßgabe dieses Gesetzes“) auf die Erfüllung des Schutzzwecks des § 1 Abs. 1 KHG, wonach die Krankenhäuser wirtschaftlich zu sichern sind. Sofern für Förderansprüche bei Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG ein Haushaltsvorbehalt gälte, stünde auch die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser unter Haushaltsvorbehalt. Das ist aber mit dem Schutzzweck des § 1 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG unvereinbar. Die Sicherung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Krankenhäuser steht nicht zur Disposition des Staates und damit auch nicht der Länder, die nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz für die Investitionskostenförderung zuständig sind.

Schließlich ist eine Lesart des § 8 Abs. 1 S. 1 KHG als Haushaltsvorbehalt auch deshalb nicht tragfähig, weil die Länder nicht verpflichtet sind, für Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG ein Investitionsprogramm aufzustellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eröffnet das Krankenhausfinan-

zierungsgesetz den Ländern „die Freiheit zur Wahl der Fördermethode“.⁹¹ Die Länder müssen Baukosten i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG nicht im Wege der Einzelförderung mittels Aufstellung eines Investitionsprogramms finanzieren, sondern können sie auch durch Pauschalförderung nach § 9 Abs. 3 KHG oder im Wege leistungsorientierter Investitionspauschalen (§ 10 KHG) übernehmen.⁹² Diese Regelungsfreiheit⁹³ der Länder hinsichtlich der Art und Weise der Investitionskostenförderung folgt bereits aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 und 2 KHG, der zwar Förderatbestände nennt, aber keine bestimmte Verwirklichungsform, d.h. keine bestimmte Fördermethode vorgibt.⁹⁴ „Das Fehlen einer solchen Eingrenzung soll den Ländern die Freiheit zur Wahl der Fördermethode belassen.“⁹⁵ Die Wahlfreiheit der Länder hinsichtlich des „Wie“ der Förderung ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung, wonach der Gesetzgeber wegen der Alleinverantwortung der Länder für die Investitionskostenförderung bewusst auf eine detaillierte bundesrechtliche Normierung der einzelnen Tatbestände der Investitionsförderung verzichtet hat.⁹⁶ Untermauert wird dies durch den systematischen Vergleich von § 9 Abs. 1 und 2 KHG mit § 9 Abs. 3 KHG. Während § 9 Abs. 3 KHG für die Wiederbeschaffung kurzfristiger Anlagegüter und kleiner baulicher Maßnahmen einen bestimmten Förderweg (Pauschalförderung) vorschreibt, gibt § 9 Abs. 1 und 2 KHG für

⁹¹ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 24.

⁹² BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 22 ff.

⁹³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 23: „größtmögliche Regelungsfreiheit“.

⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 24.

⁹⁵ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 24.

⁹⁶ BR-Drs. 391/84, S. 17 f.; s. auch BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 23.

die Förderung anderer Investitionen (Baukosten und Wiederbeschaffung von Anlagegütern mit einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von mehr als drei Jahren) keine bestimmte Methode vor.⁹⁷ Und auch § 9 Abs. 5 KHG legt zwar den Umfang der Förderung fest (Deckung der notwendigen Investitionskosten), nennt aber keinen bestimmten Förderweg.⁹⁸ Vielmehr verweist § 9 Abs. 5 KHG ausdrücklich auf die Bemessung der Fördermittel „nach Maßgabe (...) des Landesrechts“ (s. auch § 1 Abs. 2 S. 2 KHG), was das Recht der Länder bekräftigt, die Art und Weise der Förderung selbst zu bestimmen⁹⁹. Dem entspricht § 11 S. 1 KHG, nach dem „das Nähere zur Förderung durch Landesrecht bestimmt“ wird (s. auch § 6 Abs. 4 KHG). Und auch § 4 Nr. 1 KHG verpflichtet die Länder zwar zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser durch Übernahme ihrer Investitionskosten, lässt aber die Art und Weise der Förderung offen. Bekräftigt wird die Freiheit der Länder zur Wahl der Förderart bei Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG durch § 10 KHG, der den Ländern die Möglichkeit eröffnet, Investitionen der Krankenhäuser statt durch Einzel- und Pauschalförderung nach § 9 KHG im Wege leistungsorientierter Investitionspauschalen zu finanzieren. In § 10 KHG kommt damit zum Ausdruck, dass die Pauschalförderung für sämtliche Investitionen (auch für solche i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG) generell als Förderweg zulässig ist.¹⁰⁰ § 10 Abs. 1 S. 5 KHG bestimmt ausdrücklich, dass die Länder das Recht haben, eigenständig zwischen der Förderung durch leistungsorientierte Investitionspauschalen (§ 10 KHG) und der Ein-

⁹⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 24.

⁹⁸ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 25.

⁹⁹ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 25.

¹⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 27.

zelförderung von Investitionen einschließlich der Pauschalförderung kurzfristiger Anlagegüter (§ 9 KHG) zu wählen. Es steht den Ländern auch frei, sich für eine Fördermethode zu entscheiden, die in §§ 9 f. KHG nicht vorgesehen ist.¹⁰¹

Machen die Länder von ihrer Freiheit zur Wahl der Fördermethode Gebrauch und finanzieren Baukosten i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG statt durch Einzelförderung (§ 9 Abs. 1 KHG) im Wege der Pauschalförderung (§ 9 Abs. 3 KHG), durch leistungsorientierte Investitionspauschalen (§ 10 KHG) oder auf andere Weise, ist ein Investitionsprogramm des Landes nicht erforderlich und haben die Krankenhäuser nach § 8 Abs. 1 S. 1 KHG Anspruch auf Förderung ohne Aufnahme in ein solches Programm. In all diesen Fällen besteht nach § 8 Abs. 1 S. 1 KHG ein Anspruch der Krankenhäuser auf Förderung bereits mit Aufnahme in den Krankenhausplan des Landes und besteht mithin kein Haushaltsvorbehalt. Ein solcher Haushaltsvorbehalt kann deshalb auch nicht gelten, wenn die Länder Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG im Wege der Einzelförderung mittels Investitionsprogramms fördern. Einer solchen unterschiedlichen Behandlung verschiedener Fördermethoden (Einzelförderung, Pauschalförderung, leistungsorientierte Investitionspauschale oder andere Förderart) stünde auch der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) entgegen.

Es ist zwar, soweit ersichtlich, vom Bundesverwaltungsgericht nicht ausdrücklich entschieden, dass die Länder bei einer Pauschalförderung von Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG (s. § 9 Abs. 3, § 10 KHG) – anders als bei einer Einzelförderung

¹⁰¹ Näher S. 132 ff.

(s. § 9 Abs. 1 KHG) – kein Investitionsprogramm aufstellen müssen. Dafür spricht aber, dass bei einer Pauschalförderung sowohl die Höhe der Förderung des einzelnen Krankenhauses (Pauschale) als auch die Gesamtbelastung für den Haushalt des Landes (Pauschale multipliziert mit Anzahl der Plankrankenhäuser) feststeht. Ein Investitionsprogramm des Landes ist mithin nach seinem Zweck, den Landeshaushalt vor Überforderung zu schützen,¹⁰² nicht erforderlich. Hiergegen spricht auch nicht § 6 Abs. 1 KHG, wonach die Länder zur Verwirklichung der in § 1 KHG genannten Ziele Krankenhauspläne „und“ Investitionsprogramme aufstellen. Mit Blick auf den Zweck von Investitionsprogrammen ist § 6 Abs. 1 KHG so zu verstehen, dass ein Investitionsprogramm nur aufgestellt werden muss, wenn dies zum Schutz der Haushaltsplanung des Landes erforderlich ist. Entschieden sich ein Land zur Investitionskostenförderung durch Pauschalbeträge (s. § 9 Abs. 3, § 10 KHG), ist die Aufstellung eines Investitionsprogramms, wie dargelegt, nicht erforderlich, weil die Belastung des Haushalts des Landes feststeht.

e) Keine Relativierung durch Kofinanzierung von Investitionskosten

Schließlich sprechen auch §§ 12 ff. KHG nicht gegen eine Verpflichtung der Länder, die (bei wirtschaftlicher Betriebsführung) notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser zu decken. Nach § 12, § 12a und § 14a KHG werden bestimmte Investitionsvorhaben der Krankenhäuser im Wege der Kofinanzierung aus Mitteln der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds und aus

¹⁰² S. bereits bei und in Fn. 89.

Steuermitteln der Länder – ggf. ergänzt durch eine Eigenbeteiligung der Krankenhausträger – gefördert.¹⁰³

Diese Kofinanzierungen sind auf bestimmte Vorhaben und entsprechende Investitionskosten begrenzt sowie zeitlich befristet.¹⁰⁴ Die grundsätzliche Verpflichtung der Länder, alle notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser im Wege öffentlicher Förderung zu übernehmen, bleibt durch §§ 12 ff. KHG unberührt. Nur bezogen und beschränkt auf den engen sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich der § 12, § 12a und § 14a KHG existiert eine Kofinanzierung von Bund und Ländern bei Investitionskosten der Krankenhäuser. Außerhalb des Geltungsbereichs der § 12, § 12a und § 14a KHG bleibt es bei dem Grundsatz, dass die notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser allein von den Ländern im Wege öffentlicher Förderung übernommen werden (vgl. § 4 Nr. 1 KHG). Dementsprechend heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 12 KHG, dass die Länder die Investitionskosten für die von der Planung umfassten Krankenhauskapazitäten auch weiterhin in notwendigem Umfang bereitzustellen haben.¹⁰⁵

Wie noch gezeigt wird, sind §§ 12 ff. KHG in das Krankenhausfinanzierungsgesetz aufgenommen worden, weil insbesondere die von den Ländern für die Investitionskostenfinanzierung bereitgestellten Mittel nicht ausreichen, um die Krankenhäuser wirtschaftlich zu sichern. Die Länder kommen ihrer bundesgesetzlichen Förderverpflichtung seit vielen Jahren nicht nach.¹⁰⁶

¹⁰³ Näher S. 46 ff.

¹⁰⁴ S. 46 ff.

¹⁰⁵ BT-Drs. 18/5372, S. 4.

¹⁰⁶ Näher S. 98 ff.

§§ 12 ff. KHG stellen auch vor diesem Hintergrund keine Relativierung der Verpflichtung der Länder zur Deckung der Investitionskosten der Krankenhäuser dar. §§ 12 ff. KHG sind eine Art „Notpflaster“ zur Linderung der Finanznot der Krankenhäuser, das die grundsätzliche Verpflichtung der Länder zur Übernahme der notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser nicht infrage stellt.

Verfassungsrechtlich problematisch ist allerdings die in § 12, § 12a und § 14a KHG vorgesehene Möglichkeit der Eigenbeteiligung der Krankenhausträger an den geförderten Investitionen.¹⁰⁷

5. Rechtsansprüche der Krankenhäuser auf Übernahme der notwendigen Investitionskosten durch die Länder

Dem objektiv-rechtlichen Gebot funktionsgerechter Finanzierung der Krankenhäuser nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz korrespondieren subjektiv-rechtliche Förderansprüche der Krankenhäuser. Das zeigt für die Investitionskostenförderung der Länder bereits der Wortlaut des § 8 Abs. 1 S. 1 KHG, wonach die Krankenhäuser „Anspruch“ auf Förderung haben, soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind. Bei Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG müssen die Plankrankenhäuser zusätzlich in das Investitionsprogramm des Landes aufgenommen sein.

Diese gesetzliche Einräumung subjektiv-rechtlicher Förderansprüche der Krankenhäuser dient der Effektivierung der objektiv-rechtlichen Verpflichtung der Länder, die wirtschaftlichen Grund-

¹⁰⁷ Dazu bei und nach Fn. 148.

lagen der Plankrankenhäuser durch Übernahme der Investitionskosten zu sichern (s. § 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG). Die Erfahrung zeigt, dass ohne Zuerkennung subjektiv-rechtlicher Rechtspositionen das objektive Recht oftmals nicht effektiv verwirklicht wird.

a) Keine Relativierung durch Landesrechtsvorbehalt oder Haushaltsvorbehalt

Der Förderanspruch der Plankrankenhäuser aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG wird nicht durch den Gesetzesvorbehalt für die Länder (s. § 1 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 4, § 9 Abs. 5, § 11 S. 1 KHG) relativiert. Ebenso wenig wie der Landesrechtsvorbehalt die objektiv-rechtliche Verpflichtung der Länder zur Übernahme der notwendigen Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung einschränkt,¹⁰⁸ verkürzt er die subjektiv-rechtlichen Förderansprüche der Krankenhäuser. Die Befugnis der Länder zur Regelung „des Näheren der Förderung“ (§ 6 Abs. 4, § 11 S. 1 KHG) bzw. zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser „nach Maßgabe des Landesrechts (§ 1 Abs. 2 S. 2, § 9 Abs. 5 KHG) relativiert weder das „Ob“ noch den Umfang der Verpflichtung der Länder zur Investitionskostenförderung nach dem Kostendeckungsprinzip. Der Gesetzesvorbehalt erlaubt den Ländern lediglich, die Einzelheiten der Förderung, insbesondere die Fördermethode, zu regeln. Dieser objektiv-rechtlichen Verpflichtung der Länder zur Deckung der notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser korrespondiert ein subjektiv-rechtlicher Förderanspruch der Krankenhäuser.

Der Förderanspruch der Plankrankenhäuser aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG steht nicht unter Haushaltsvorbehalt. Ebenso wenig wie für

¹⁰⁸ S. 58 ff.

die objektiv-rechtliche Verpflichtung der Länder zur Übernahme der Investitionskosten der Plankrankenhäuser ein Haushaltsvorbehalt gilt,¹⁰⁹ ist der subjektiv-rechtliche Förderanspruch der Krankenhäuser nur nach Maßgabe des Haushalts der Länder zu erfüllen.

Eine andere Auffassung vertritt nach hier für richtig gehaltener Lesart auch nicht das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 30. August 2012. Darin hat es festgestellt:

Das Krankenhausfinanzierungsgesetz gewährt „Ansprüche nicht, obwohl es in § 8 Abs. 1 Satz 1 bestimmt, dass die Träger der in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommenen Krankenhäuser einen Anspruch auf Förderung ›nach Maßgabe dieses Gesetzes‹ haben. Der 2. Abschnitt (§§ 8 bis 11) des Gesetzes stellt nur Grundsätze der Investitionsförderung auf; das ›Nähere zur Förderung‹ zu regeln überlässt § 11 ausdrücklich dem Landesrecht. Das Gesetz richtet sich mithin an die Gesetzgeber der Länder, weist keinen vollzugsfähigen Gehalt zugunsten des einzelnen Krankenhausträgers auf und vermag daher auch keine einklagbaren Förderungsansprüche (...) zu begründen.“¹¹⁰

Diese Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts müssen im Kontext des der Entscheidung zugrunde liegenden Falles gesehen werden.¹¹¹ Sie beziehen sich auf das von dem klägerischen Krankenhaus geltend gemachte Förderbegehren. Das Krankenhaus hatte anstelle der vom Land für die Übernahme von Bau-

¹⁰⁹ S. 63 ff.

¹¹⁰ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 19.

¹¹¹ Dies verkennt OVG Bremen, Beschl. v. 15.1.2019 – 1 LA 28/18, BeckRS 2019, 436 Rn. 14, das unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Förderansprüche aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG ablehnt.

kosten gewählten Fördermethode der Pauschalförderung (Baupauschale) eine bedarfsabhängige Einzelförderung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG verlangt. Diesem Begehren nach einer bestimmten Fördermethode (Einzel- statt Pauschalförderung) erteilte das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 30. August 2012 eine Absage. Eine Förderung von Investitionskosten i.S.d. § 9 Abs. 1 KHG durch Baupauschalen verstoße nicht gegen das Krankenhausfinanzierungsgesetz, weil es den Ländern die Freiheit der Wahl der Fördermethode belasse.¹¹²

Die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts, dass das Krankenhausfinanzierungsgesetz und in Sonderheit § 8 Abs. 1 S. 1 KHG „keinen vollzugsfähigen Gehalt zugunsten des einzelnen Krankenhausträgers“ aufweise und „daher auch keine einklagbaren Förderungsansprüche“ zu begründen vermöge,¹¹³ ist im Kontext des Förderbegehrens des klagenden Krankenhauses und der Gestaltungsfreiheit der Länder bei der Wahl der Fördermethode zu sehen. Die Aussage, dass aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG keine einklagbaren Förderansprüche folgen, ist bezogen und beschränkt auf eine konkrete Fördermethode. Den Krankenhäusern steht nach § 8 Abs. 1 S. 1 KHG kein Anspruch auf Förderung im Wege einer bestimmten Methode zu, weil die Länder Gestaltungsfreiheit haben, mittels welcher Förderart (Einzel- oder Pauschalförderung) sie die Investitionskosten der Krankenhäuser übernehmen. Damit ist aber nicht gesagt, dass aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG gar keine Förderansprüche folgen. Den Krankenhäusern stehen aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG einklagbare Förderansprü-

¹¹² BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 22 ff.

¹¹³ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 19.

che gegen die Länder auf Übernahme der notwendigen Investitionskosten zu; nur das „Wie“ der Förderung, d.h. die Wahl der Förderart, obliegt den Ländern.

Daraus folgt, dass § 8 Abs. 1 S. 1 KHG den Krankenhäusern auch dann einklagbare Förderansprüche vermittelt, wenn die Länder entgegen ihrer Verpflichtung aus dem Krankenhausfinanzierungsgesetz keine oder unzureichende Fördermittel bereitstellen. Den Krankenhäusern steht in diesem Fall aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG ein Anspruch auf Übernahme sämtlicher notwendigen Investitionskosten zu. Bei Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG müssen die Krankenhäuser ggf. zunächst die Bereitstellung höherer Fördermittel im Investitionsprogramm des Landes beantragen, wenn die Länder Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG durch Einzelförderung mittels eines Investitionsprogramms finanzieren.¹¹⁴

Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 30. August 2012 auch festgehalten:

„Der Einwand der Klägerin, Pauschalen seien per se nicht auskömmlich, trifft nicht die Fördermethode. Entscheidend ist die anderweitig bestimmte Höhe der für die Förderung bereitgestellten Haushaltsmittel (...). Sollte die Leistungsfähigkeit eines Krankenhauses im Einzelfall gleichwohl infrage gestellt sein, weil notwendige Investitionskosten nicht gedeckt werden können, bietet nach der berufungsgerichtlichen Auslegung des Landesrechts § 23 Abs. 1 KHGG Abhilfe. Die Entscheidung, nach dieser Bestimmung einen besonderen (zusätzlichen) Betrag festzusetzen, liegt nicht im Ermessen des Beklagten, wie die Klägerin meint. Die Zielvorgabe des § 9 Abs. 5 KHG verpflichtet unabhän-

¹¹⁴ Vgl. S. 63 ff.

gig vom Förderweg dazu, die Deckung der notwendigen Investitionskosten sicherzustellen. Kann dieses Ziel auf andere Weise nicht erreicht werden, erstarkt die Ermächtigung aus § 23 Abs. 1 KHGG zu einem Anspruch des gefährdeten Krankenhausträgers.“¹¹⁵

Auch nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts folgt mithin aus dem Krankenhausfinanzierungsgesetz eine objektiv-rechtliche Verpflichtung der Länder, „die Deckung der notwendigen Investitionskosten sicherzustellen“. Die Deckung der notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser „liegt nicht im Ermessen“ des Landes. Kann die Deckung der notwendigen Investitionskosten auf andere Weise nicht erreicht werden, besteht ein „Anspruch des gefährdeten Krankenhausträgers“ auf Förderung. Es bestehen also subjektiv-rechtliche Förderansprüche der Krankenhäuser auf Übernahme der notwendigen Investitionskosten. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht der objektiv-rechtlichen Verpflichtung der Länder zur Deckung der notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser keine subjektiv-rechtlichen Förderansprüche der Krankenhäuser aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG, sondern aus dem Krankenhausgesetz des Landes an die Seite gestellt. Eines Rekurses auf § 8 Abs. 1 S. 1 KHG bedurfte es aber auch nicht, weil im konkreten Fall das Landeskrankenhausgesetz eine Anspruchsgrundlage enthielt. Sehen die Krankenhausgesetze der Länder keine solche Anspruchsgrundlage vor, stehen den Krankenhäusern Rechtsansprüche auf Übernahme ihrer notwendigen Investitionskosten durch das Land unmittelbar aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG zu.

Mit den Förderansprüchen der Krankenhäuser konkretisiert § 8 Abs. 1 S. 1 KHG die grundrechtlichen Ansprüche der Kranken-

¹¹⁵ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 33.

häuser aus Art. 12 Abs. 1 GG auf funktionsgerechte Finanzierung durch Übernahme der notwendigen Investitionskosten. Plankrankenhäusern stehen aus ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit Ansprüche auf funktionsgerechte Finanzierung durch den Staat zu. Diese grundrechtlichen Ansprüche bestehen im Interesse der mit der Aufnahme in einen Landeskrankenhausplan verbundenen Versorgungspflicht der Plankrankenhäuser. Ohne die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Plankrankenhäuser fehlen die Voraussetzungen dafür, dass sie ihrer Verpflichtung zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung (s. § 1 Abs. 1 KHG, § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V) nachkommen können. Kehrseite der gesetzlichen Verpflichtung der Plankrankenhäuser zur Versorgung der Bevölkerung mit stationären Krankenhausleistungen ist die Verpflichtung des Staates zur funktionsgerechten Finanzierung der Krankenhäuser. Die Krankenhäuser genießen grundrechtlichen Schutz im Interesse dieser Funktionssicherung.¹¹⁶

b) Anspruchsvoraussetzungen

Die Realisierung subjektiv-rechtlicher Förderansprüche der Krankenhäuser gegen die Länder auf Übernahme ihrer bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Investitionskosten (§ 8 Abs. 1 S. 1 KHG) ist an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft.

aa) Förderansprüche stehen Krankenhäusern gem. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG nur zu, wenn sie in den Krankenhausplan des Landes aufgenommen sind. Krankenhäuser, die nicht in den Krankenhausplan aufgenommen sind, müssen daher zunächst die Auf-

¹¹⁶ S. 84 ff.

nahme in den Plan erreichen, um anschließend Förderansprüche gegen das Land geltend machen zu können. Nach § 8 Abs. 2 S. 1 KHG besteht zwar kein Anspruch auf (Feststellung der) Aufnahme in den Krankenhausplan. Die Entscheidung der Länder über die Planaufnahme untergliedert sich in zwei Stufen.¹¹⁷ Auf der ersten Stufe der Planaufnahme müssen die Länder bezogen auf das einzelne Krankenhaus feststellen, ob es die für die Planaufnahme erforderlichen Qualifikationsmerkmale erfüllt. Entscheidende Kriterien sind Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit (vgl. § 1 Abs. 1 KHG).¹¹⁸ Liegen diese Voraussetzungen vor, hat das Krankenhaus einen Anspruch auf Planaufnahme, wenn zur Deckung des festgestellten Bedarfs keine anderen ebenso geeigneten Krankenhäuser in Betracht kommen.¹¹⁹ Erfüllen hingegen mehrere Krankenhäuser die notwendige Qualifikation für die Aufnahme in den Krankenhausplan, ist auf einer zweiten Stufe der Planaufnahme eine Auswahl zu treffen. Die zuständige Landesbehörde entscheidet unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenhausträger nach pflichtgemäßem Ermessen, welches Krankenhaus den Zielen der Krankenhausplanung des Landes am besten gerecht wird; die Vielfalt der Krankenhausträger ist nur dann zu berücksichtigen, wenn die Qualität der erbrachten Leistungen der Einrichtungen gleichwertig ist (§ 8 Abs. 2 S. 2 KHG). Die Krankenhäuser haben Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung (§ 8 Abs. 2 S. 2 KHG).

¹¹⁷ Zu diesen beiden Stufen der Aufnahme in den Krankenhausplan eines Landes näher Szabados, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 8 KHG Rn. 1 ff.

¹¹⁸ Zu diesen Kriterien näher BVerfG, NJW 1990, 2306 (2307 f.).

¹¹⁹ Vgl. Stollmann, NZS 2004, 350 (355).

bb) Bei Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG setzt der Anspruch auf Investitionskostenförderung gem. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG zusätzlich voraus, dass das Krankenhaus in das Investitionsprogramm eines Landes aufgenommen ist.

Bei anderen Investitionen als solchen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG genügt die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan eines Landes für Förderansprüche gegen das Land. Das Erfordernis einer Aufnahme in das Investitionsprogramm des Landes gem. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG gilt nur für Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG. Bei Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 oder i.S.d. § 9 Abs. 3 KHG ist ein Investitionsprogramm der Länder nicht erforderlich. Das Gleiche gilt für die Förderung mittels Investitionspauschalen nach § 10 KHG. Reichen die vom Land bereitgestellten Fördermittel zur Deckung der notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser nicht aus, stehen den Krankenhäusern aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG Ansprüche auf eine höhere Einzel- oder Pauschalförderung zu. Das Gleiche gilt, wenn die Länder entgegen ihrer Verpflichtung gar keine Fördermittel für Krankenhäuser bereitstellen. Auch in diesem Fall folgt aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG ein Anspruch auf Förderung in dem zur Übernahme der notwendigen Investitionskosten des Krankenhauses erforderlichen Umfang. Dass § 8 Abs. 1 S. 1 KHG keinen Anspruch auf eine bestimmte Förderart gewährt (z.B. auf Einzelförderung oder auf Pauschalförderung),¹²⁰ steht dem Förderanspruch der Krankenhäuser nicht entgegen. Es wäre widersinnig, die Länder rechtlich besserzustellen, wenn sie sich ihrer Förderverpflichtung ganz entziehen, als wenn sie eine bestimmte Förderart wählen (Einzel- oder Pauschalförderung) und nur dem

¹²⁰ S. oben S. 63 ff.

Umfang nach hinter dem gesetzlich gebotenen Förderumfang (Übernahme der notwendigen Investitionskosten) zurückbleiben.

Und selbst bei Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG ist die Aufnahme in ein Landesinvestitionsprogramm nicht zwingend erforderlich. Entscheidet sich ein Land in Wahrnehmung seiner Gestaltungsfreiheit, Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG anders als durch Einzelförderung mittels Investitionsprogramms zu fördern (z.B. durch Pauschalförderung gem. § 9 Abs. 3 KHG oder durch leistungsorientierte Investitionspauschalen gem. § 10 KHG), genügt die Aufnahme in den Krankenhausplan des Landes für einen Anspruch auf Förderung nach § 8 Abs. 1 S. 1 KHG. Bei einer Übernahme von Investitionskosten durch Pauschalförderung ist ein Investitionsprogramm des Landes nicht erforderlich.¹²¹

Entscheidet sich hingegen ein Land, Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG durch Einzelförderung mittels eines Investitionsprogramms zu fördern, setzen Förderansprüche der Krankenhäuser nicht nur die Aufnahme in den Landeskrankenhausplan voraus, sondern auch die Aufnahme in das Investitionsprogramm des Landes (§ 8 Abs. 1 S. 1 KHG). Krankenhäuser, die nicht in das Investitionsprogramm eines Landes aufgenommen sind, müssen die Aufnahme beantragen und ggf. gerichtlich durchsetzen.¹²² Anders als bei der Aufnahme in den Krankenhausplan steht den Ländern hinsichtlich der Aufnahme in das Investitionsprogramm kein Ermessen zu. Aus der Aufnahme in den Landeskrankenhausplan folgt nach § 8 Abs. 1 S. 1 KHG ein An-

¹²¹ S. 63 ff.

¹²² Vgl. *Stollmann/Wollschläger*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 81 Rn. 86.

spruch des Plankrankenhauses auf Aufnahme in das Investitionsprogramm des Landes.¹²³ Mit der Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan ist zugleich die Entscheidung gefallen, dass seine notwendigen Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung vom Land übernommen werden (vgl. § 4 Nr. 1 KHG). Der Gesetzgeber hat deshalb wohl mit Bedacht für die Aufnahme in das Investitionsprogramm keine dem § 8 Abs. 2 S. 2 KHG entsprechende Regelung (Entscheidung der Landesbehörde nach Ermessen, welches von mehreren geeigneten Krankenhäusern in den Krankenhausplan aufgenommen wird) getroffen. § 8 Abs. 2 S. 2 KHG gilt für die Aufnahme in das Investitionsprogramm nicht entsprechend. § 8 Abs. 2 S. 1 KHG, wonach ein Anspruch auf Feststellung der Aufnahme (in den Krankenhausplan und) in das Investitionsprogramm nicht besteht, ist daher missverständlich. Gemeint sein kann nur, dass ein Anspruch auf Aufnahme in das Investitionsprogramm nicht besteht, soweit und solange keine Aufnahme in den Krankenhausplan erfolgt ist.

Sofern im Land zur Förderung von Investitionen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG ein Investitionsprogramm existiert, das Programm aber zu wenig Fördermittel vorsieht, um sämtliche notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser im Land zu decken, folgt aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG ein Anspruch auf Erhöhung der

¹²³ Vgl. *Cremer*, ZIAS 2008, 198 (206), der annimmt, dass ein in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommenes Krankenhaus nicht dauerhaft aus den Investitionsprogrammen eines Landes ausgeschlossen werden darf; ebenso *Degener-Hencke*, NZS 2009, 6 (11): Anspruch auf Aufnahme in das Investitionsprogramm innerhalb angemessener Zeit; *Stollmann/Wollschläger*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 81 Rn. 87; vgl. auch *Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 5 Rn. 16, wonach Krankenhäusern nach Planaufnahme ein Anspruch auf Förderung dem Grund nach zusteht und sie auf Aufnahme in das Investitionsprogramm klagen können.

Fördermittel durch das Land. Die vom Land zur Verfügung gestellten Fördermittel müssen so bemessen sein, dass alle notwendigen Investitionskosten jedes Plankrankenhauses im Land gedeckt werden können.

II. Verfassungsrechtliches Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung

Der gesetzliche Anspruch der Plankrankenhäuser auf funktionsgerechte Finanzierung durch den Staat ist auch verfassungsrechtlich fundiert.

1. Förderansprüche der Krankenhäuser gem. Art. 12 Abs. 1 GG wegen Verletzung des Grundrechts auf medizinisches Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG

Aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG folgt ein Anspruch des Menschen auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums.¹²⁴ Auf dieses Grundrecht auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums können sich indes die Krankenhäuser nicht berufen, weil das Grundrecht ausschließlich Individuen zusteht. Es nimmt auch nicht an dem Grundrecht der Berufsfreiheit der Krankenhäuser aus Art. 12 Abs. 1 GG teil. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Krankenhäuser als Leistungserbringer von Krankenhausbehandlung integraler Bestandteil der Gesundheitsversorgung sind. Das Grundrecht auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG dient der me-

¹²⁴ Dazu sogleich.

dizinischen Versorgung der Bevölkerung und nicht den Krankenhäusern, auch wenn sie das medizinische Existenzminimum der Bevölkerung durch Krankenhausbehandlung sicherstellen.

Das bedeutet aber nicht, dass das Grundrecht auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) für das Grundrecht der Berufsfreiheit der Krankenhäuser ohne Bedeutung wäre. Bei Eingriffen des Staates in das Grundrecht der Krankenhäuser aus Art. 12 Abs. 1 GG sind im Rahmen der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs Grundrechte Dritter zu berücksichtigen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können grundrechtlich geschützte Interessen prinzipiell nur durch Normen eingeschränkt werden, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen.¹²⁵ Allerdings hat sich das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit nicht einheitlich dazu geäußert, ob aus dem Grundsatz, eine Grundrechte beschränkende Norm müsse ihrerseits formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmen, abzuleiten ist, dass in diesem Rahmen stets Verstöße gegen Grundrechte Dritter in die Prüfung einzubeziehen sind. So hat es in manchen Fällen bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage eines Eingriffs in Grundrechte einer Person auch Grundrechte Dritter berücksichtigt;¹²⁶ in anderen Fällen hat es Grundrechte Dritter dagegen nicht als inzidenten Prüfungsmaßstab herangezogen.¹²⁷

¹²⁵ Grundlegend BVerfGE 6, 32 (37 ff.); ebenso BVerfGE 96, 10 (21); 121, 317 (369); 130, 131 (142); vgl. auch OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 56.

¹²⁶ Vgl. BVerfGE 34, 165 (200); 38, 312 (320); 45, 272 (295); 61, 82 (112 f.); 84, 372 (381); 85, 191 (205 f.); 121, 317 (359 Rn. 126); in der Tendenz ebenso OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 59.

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 77, 84 (101); 83, 1 (13); 96, 375 (398).

Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht jedoch fest, dass wenigstens bei normativen Dreiecksverhältnissen, d.h., wenn der Normbefehl neben dem Normadressaten zwingend zugleich die Rechtsstellung Dritter berührt (funktionale Verschränkung), die Grundrechte aller Betroffenen in die verfassungsrechtliche und gerichtliche Kontrolle einzubeziehen sind.¹²⁸ Rechtsvorschriften, die wegen Unvereinbarkeit mit Grundrechten Dritter „gegen objektives Verfassungsrecht“ verstoßen, sind „infolgedessen auch gegenüber den unmittelbaren Normadressaten nichtig“.¹²⁹ Entscheidend ist, dass eine „funktionale(...) Verschränkung der Grundrechte der Beschwerdeführer“ mit den Grundrechten Dritter vorliegt.¹³⁰ „In Fällen derartiger rechtlicher Abhängigkeit stehen die Handlungsweisen der Beteiligten in einem funktionalen Zusammenhang. Der grundrechtliche Schutz des Handelns des einen ist Voraussetzung für die Ausübung eines Grundrechts durch den anderen“.¹³¹

So liegen die Dinge hier. Das Grundrecht der Berufsfreiheit der Krankenhausträger aus Art. 12 Abs. 1 GG ist funktional mit den Grundrechten der Menschen, die Krankenhausbehandlung benötigen, verschränkt. Die Rechtsstellung der Krankenhausträger und die Rechtsstellung behandlungsbedürftiger Personen sind untrennbar miteinander verwoben. Bleibt die öffentliche Finanzierung der Krankenhäuser hinter dem zurück, was zur Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums durch Krankenhausbehandlung erforderlich ist, wird zugleich das unabdingbare

¹²⁸ Vgl. bereits BVerfGE 85, 191 (205 f.) unter Aufgabe der Rechtsprechung in BVerfGE 77, 84 (101); s. auch BVerfG, NJW 2020, 314 (323 f.); BVerfG, NJW 2020, 905 (920).

¹²⁹ BVerfG, NJW 2020, 905 (920); vgl. BVerfGE 61, 82 (112 f.).

¹³⁰ BVerfG, NJW 2020, 905 (920).

¹³¹ BVerfG, NJW 2020, 905 (920).

medizinische Grundversorgungsniveau für die Bevölkerung unterschritten. Eine das medizinische Existenzminimum gefährdende Unterfinanzierung der Krankenhäuser betrifft daher unmittelbar auch die Versorgung der Bevölkerung und berührt zwangsläufig die grundrechtlich geschützte Rechtsstellung des Einzelnen. Aufgrund dieser funktionalen Verschränkung der Grundrechte sind im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Krankenhausträger die Grundrechte der zu versorgenden Bevölkerung miteinzubeziehen. Dementsprechend führt eine Verletzung des Individualgrundrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG zugleich zu einer Verletzung des Grundrechts der Krankenhausträger aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG ist allerdings auf die Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums beschränkt. Der Staat ist in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrags lediglich verpflichtet, die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sicherzustellen.¹³² Das zu gewährleistende menschenwürdige Existenzminimum umfasst die Sicherstellung einer ausreichenden medizinischen Versorgung,¹³³ zu der als unverzichtbarer Teil die

¹³² Zu dem sozialstaatlichen Gebot, das Existenzminimum des Menschen zu sichern, statt aller BVerfGE 40, 121 (133); 44, 353 (375); 45, 187 (228); 82, 60 (80, 85); 99, 246 (259 f.); 125, 175 (222 ff.); 132, 134 (159 ff.); zuletzt BVerfG, NJW 2023, 37 (39 f.); st. Rspr.

¹³³ Vgl. BVerfGE 57, 70 (99); 82, 209 (230); 120, 125 (155 f.); 125, 175 (223); 132, 134 (160); BSG, Urt. v. 26.5.2011 – B 14 AS 146/10 R, BeckRS 2011, 77195 Rn. 23.; BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 108/10 R, Rn. 33; BSG, Urt. v. 22.4.2008 – B 1 KR 10/07 R, Rn. 16, 31 (juris); *Igl*, in: *Igl/Welti*, Gesundheitsrecht, 4. Aufl. 2022, § 20 Rn. 7; *Wollenschläger*, NZS 2023, 8 (12 f.).

Versorgung der Bevölkerung mit stationärer Krankenhausbehandlung gehört.¹³⁴ Der Staat ist daher verfassungsrechtlich verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die fachlich und regional erforderlichen Krankenhäuser in ausreichender Anzahl und Qualität zur Verfügung stehen, um das medizinische Existenzminimum der Bevölkerung im Bereich stationärer Krankenhausbehandlung zu gewährleisten.¹³⁵

Der Sicherstellungsauftrag des Staates im Bereich der stationären Krankenhausversorgung ist mithin nach Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG auf die Gewährleistung der für das medizinische Existenzminimum quantitativ und qualitativ notwendigen Krankenhäuser beschränkt. Das bestehende System der Gesundheitsversorgung und insoweit auch die mit der Leistungserbringung betrauten Krankenhäuser sind von Verfassungs wegen nur insoweit geschützt.¹³⁶ Der Staat muss das bestehende System der Gesundheitsversorgung nur auf dem Niveau der Existenzsicherung funktionsfähig erhalten und dafür sorgen, dass es über die hierfür notwendige finanzielle Ausstattung verfügt. Nur

¹³⁴ Vgl. BVerfGE 82, 209 (230); BVerfG, Beschl. v. 26.6.1997 – 1 BvR 1190/93, Rn. 4; vgl. ferner BVerfGE 52, 303 (348); *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 31 f., 35; *Huster*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Krankenhausvergütungsregulierung, 2023, S. 44 f.; *Rübsamen*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Fallpauschalensystems im Krankenhauswesen (DRG-Vergütungssystem), 2008, S. 95 f.; *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 23; *Stollmann/Wollschläger*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 4.

¹³⁵ Vgl. *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 23; *Stollmann/Wollschläger*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 79 Rn. 4.

¹³⁶ In diesem Sinne wohl auch *Burgi*, NVwZ 2010,601 (602).

insoweit ist auch die Sicherung der finanziellen Stabilität der Sozialversicherungssysteme eine verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe des Staates.¹³⁷

Das Leistungsniveau der öffentlichen Gesundheitsversorgung, in Sonderheit die Versorgung mit Krankenhausbehandlung, geht regelmäßig über das verfassungsrechtlich gebotene unabdingbare Existenzminimum hinaus. Dementsprechend ist nach § 1 Abs. 1 KHG nicht lediglich das existenzielle Minimum der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung sicherzustellen. Vielmehr ist „eine qualitativ hochwertige, patienten- und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen digital ausgestatteten, qualitativ hochwertig und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten“. Dieses Leistungsniveau ist verfassungsrechtlich zwar unzweifelhaft zulässig, aber nicht geboten.

Dementsprechend haben die Krankenhäuser aus Art. 12 Abs. 1 GG einen Anspruch auf funktionsgerechte Finanzierung nur insoweit, als es zur Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums der Bevölkerung erforderlich ist. Ob und inwieweit Krankenhäuser zur Sicherstellung der unabdingbaren medizinischen Grundversorgung erforderlich sind, ist unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände im Einzelfall festzustellen. Solange und soweit Krankenhäuser für die verfassungsrechtliche Minimalversorgung der Bevölkerung unerlässlich sind, steht ihnen aus Art. 12 Abs. 1 GG ein Anspruch auf funktionsgerechte Finanzierung, d.h. auf Übernahme ihrer Investitions- und Be-

¹³⁷ Vgl. bezogen auf die gesetzliche Krankenversicherung BVerfGE 68, 193 (218); 70, 1 (25 f.); 103, 172 (185); bezogen auf die Arbeitslosenversicherung BVerfGE 70, 1 (25 f., 30); 77, 84 (107); 82, 209 (230); 103, 293 (307).

triebskosten zu. Der Anspruch auf funktionsgerechte Finanzierung besteht in den Grenzen des von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) zu gewährleistenden Existenzminimums an Krankenhausbehandlung.

2. Förderansprüche der Krankenhäuser gem. Art. 12 Abs. 1 GG wegen Verletzung des Grundrechts auf angemessenes Verhältnis von Beitrag und Leistung aus Art. 2 Abs. 1 GG

Das Bundesverfassungsgericht hat bezogen auf die gesetzliche Krankenversicherung aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Grundrecht der Versicherten aus Art. 2 Abs. 1 GG ein Verbot der Unverhältnismäßigkeit von Beitrag und Leistung abgeleitet.¹³⁸ Da der in einem Sozialversicherungssystem Pflichtversicherte typischerweise keinen unmittelbaren Einfluss auf die Höhe seines Beitrags und auf Art und Ausmaß der ihm im Versicherungsverhältnis geschuldeten Leistungen hat, schützt das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG den beitragspflichtigen Versicherten vor einer Unverhältnismäßigkeit von Beitrag und Leistung.¹³⁹ Daraus lässt sich in der gesetzlichen Krankenversicherung zwar kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf bestimmte Leistungen der Krankenbehandlung ableiten,¹⁴⁰ aber ein Anspruch des Versicherten „auf eine verfassungsmäßige Ausgestaltung und auf eine grundrechtsorientierte Auslegung des Leistungsrechts“.¹⁴¹

¹³⁸ BVerfGE 115, 25 (42 f.); 140, 229 (237).

¹³⁹ BVerfGE 115, 25 (42 f.).

¹⁴⁰ BVerfGE 115, 25 (43, 44).

¹⁴¹ BVerfGE 115, 25 (45); 140, 229 (237).

Dieses Grundrecht der Versicherten aus Art. 2 Abs. 1 GG auf ein angemessenes Verhältnis von Krankenversicherungsbeitrag und -leistung ist im Rahmen von staatlichen Eingriffen in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Krankenhäuser aus Art. 12 Abs. 1 GG ebenso zu berücksichtigen wie das Grundrecht des Einzelnen auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG.

In welchen Fällen das Grundrecht der Versicherten aus Art. 2 Abs. 1 GG auf ein angemessenes Verhältnis von Beitrag und Leistung über das Grundrecht auf Gewährleistung des medizinischen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) hinausreicht und daher über den unabdingbaren Mindestbedarf hinausgehende Krankenhausleistungen verlangt, ist nicht geklärt. Unter diesen Bedingungen der Unsicherheit steht daher auch das Grundrecht der Berufsfreiheit der Krankenhäuser (Art. 12 Abs. 1 GG).

3. Ansprüche der Krankenhäuser auf funktionsgerechte Finanzierung gem. Art. 12 Abs. 1 GG

Ansprüche auf funktionsgerechte Finanzierung stehen den Krankenhäusern aus ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu.¹⁴²

Art. 12 Abs. 1 GG schützt grundsätzlich nur die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen.¹⁴³ Insbesondere folgt aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit kein

¹⁴² Vgl. auch *Dettling*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 144.

¹⁴³ BVerfGE 105, 252 (265); 148, 40 (50); 158, 1 (29).

Anspruch auf erfolgreiche Teilnahme am Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten.¹⁴⁴ Vielmehr unterliegen die Wettbewerbspositionen und damit auch die erzielbaren Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt.¹⁴⁵ Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen.¹⁴⁶

Die Funktionsbedingungen des Krankenhausmarktes weisen aber Besonderheiten auf. Es existiert kein Wettbewerb auf einem freien, unregulierten Markt der Erbringung von Krankenhausleistungen. Vielmehr setzt der Gesetzgeber für die Erbringung von Krankenhausbehandlung auf das Konzept des Wettbewerbs um den Markt, dessen Funktionsbedingungen der Gesetzgeber einseitig festlegt. Die Marktteilnahme ist an eine staatliche Zulassung der Krankenhäuser zum Markt geknüpft (s. § 108 SGB V). Mit der Zulassung sind Krankenhäuser zur Krankenhausbehandlung (§ 39 SGB V) im Rahmen ihres Versorgungsauftrags gesetzlich verpflichtet (§ 109 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 2 SGB V).

Doch nicht nur die Aufgabe der Krankenhausbehandlung ist gesetzlich reguliert, sondern auch die Finanzierung der Krankenhäuser. In einen Landeskrankenhausplan aufgenommene Krankenhäuser sind bei der Finanzierung der von ihnen zu erbringen-

¹⁴⁴ BVerfGE 105, 252 (265); 106, 275 (299); 110, 274 (288); 148, 40 (50); 158, 1 (29); vgl. BVerfGE 24, 236 (251); 34, 252 (256).

¹⁴⁵ BVerfGE 105, 252 (265); 106, 275 (299); 110, 274 (288); 148, 40 (50); 158, 1 (29).

¹⁴⁶ BVerfGE 105, 252 (265).

den Krankenhausbehandlung nicht frei. Eine privatautonome Erschließung der Vergütungsquellen sowie eine Festsetzung der Entgelthöhe durch die Krankenhäuser ist gesetzlich ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hat die Finanzierung der stationären Leistungen der Plankrankenhäuser im Krankenhausfinanzierungsgesetz, im Krankenhausentgeltgesetz und in den auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen abschließend geregelt (s. § 69 Abs. 1 S. 2 SGB V, § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V; s. auch § 1 Abs. 1 KHEntgG). Danach erfolgt die Finanzierung der Plankrankenhäuser ausschließlich aus öffentlichen Mitteln.

Sieht der Gesetzgeber für in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommene Krankenhäuser eine Behandlungspflicht vor (§ 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 2 SGB V) und untersagt er den Krankenhäusern, die mit der Behandlungspflicht verbundenen Kosten frei zu finanzieren (Krankenhausfinanzierungsgesetz, Krankenhausentgeltgesetz), ist er nach Art. 12 Abs. 1 GG verpflichtet, die Krankenhausbehandlung aus öffentlichen Mitteln zu finanzieren. Der Staat muss durch öffentliche Finanzierung sicherstellen, dass die zur Behandlung der Bevölkerung gesetzlich verpflichteten Plankrankenhäuser ihrer Behandlungspflicht nachkommen können. Die Behandlungspflicht der Plankrankenhäuser bei gleichzeitigem Ausschluss privatautonomer Finanzierungsmöglichkeit einerseits und die Finanzierungspflicht des Staates andererseits stehen in einem synallagmatischen Verhältnis. Der Staat schuldet den Krankenhäusern die Übernahme ihrer notwendigen Kosten, weil die Krankenhäuser mit der Planaufnahme eine Versorgungspflicht übernommen haben und sich nicht frei finanzieren können (*quid pro quo*). Kehrseite der gesetzlichen Behandlungspflicht der Plankrankenhäuser verbunden mit dem Ausschluss privatautonomer Finanzierungsmöglich-

keit ist die Verpflichtung des Staates zur funktionsgerechten Finanzierung. Dem korrespondiert ein grundrechtlicher (Art. 12 Abs. 1 GG) Anspruch der Plankrankenhäuser auf funktionsgerechte Finanzierung.

In dem vollständigen Ausschluss privatautonomer Finanzierungsmöglichkeiten der Plankrankenhäuser unterscheidet sich ihre Finanzierung von den Fällen der Indienstnahme Privater (z.B. Pflichtverteidigerinnen und -verteidiger, Notarinnen und Notare, Indienstnahme Privater für Bevorratungspflicht für Erdölzeugnisse, Indienstnahme von Telekommunikationsunternehmen für Vorratsdatenspeicherung).¹⁴⁷ Bei einer unentgeltlichen oder vom Staat nur teilweise finanzierten Inpflichtnahme Privater für staatliche Aufgaben ist nur ein Teilbereich der beruflichen Betätigung der Privatpersonen betroffen. Sie haben daher die Möglichkeit, die Kosten der ihnen übertragenen staatlichen Aufgabe aus den Einnahmen ihrer übrigen beruflichen Betätigung zu tragen.

Im Krankenhausbereich hat der Gesetzgeber seine Verpflichtung aus Art. 12 Abs. 1 GG zur Finanzierung der Plankrankenhäuser allein aus staatlichen Mitteln im Krankenhausfinanzierungsgesetz und im Krankenhausentgeltgesetz konkretisiert. Er hat sich in § 4 KHG prinzipiell für ein System dualer Finanzierung der

¹⁴⁷ Zur Verfassungsmäßigkeit der Befreiung von Notargebühren im Bereich der Sozialhilfe BVerfGE 69, 373 (310 ff.); zur Vereinbarkeit der Begrenzung der Höhe der gesetzlichen Gebühren von Pflichtverteidigern auf Höchstgebühren BVerfGE 68, 237 (247 ff.); zur Zulässigkeit der Indienstnahme Privater für die Bevorratungspflicht für Erdölzeugnisse BVerfGE 30, 292 (310 ff.); zur Verfassungskonformität der Indienstnahme von Telekommunikationsunternehmen für die Aufgabe der Vorratsdatenspeicherung BVerfGE 125, 260 (361 ff.); zur staatlichen Regulierung der Vergütung von Aufgaben staatlich gebundener Berufe wie Notare und Pflichtverteidiger näher *Huster*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Krankenhausvergütungsregulierung, 2023, S. 33 ff.

Plankrankenhäuser ausschließlich aus öffentlichen Mitteln entschieden. Allerdings sehen §§ 12 ff. KHG vor, dass auch die Krankenhausträger in Bezug auf bestimmte, in § 12, § 12a und § 14a KHG näher geregelte Investitionen „gegebenenfalls“ anteilig zur Finanzierung herangezogen werden können.¹⁴⁸ Diese gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Kofinanzierung von Investitionskosten unter Beteiligung der Plankrankenhäuser ist mit Blick auf ihr Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG problematisch.¹⁴⁹ Eine Eigenbeteiligung der Plankrankenhäuser an ihren Investitionskosten könnte verfassungsrechtlich allenfalls zulässig sein, wenn die ihnen vom Staat anderweitig gewährten Mittel (Erlöse aus den Pflegesätzen, s. § 4 Nr. 2 KHG) ausreichen, um den Eigenanteil im Bereich der Investitionskosten zu refinanzieren. Die den Krankenhäusern zur Finanzierung ihrer Betriebskosten von den Sozialleistungsträgern gewährten Erlöse aus den Pflegesätzen dürften jedoch nicht ausreichen zur Quersubventionierung von Investitionskosten. Dies gilt schon deshalb, weil es dem Staat unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (s. nur Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG und die entsprechende Bestimmung der Landesverfassungen; vgl. auch § 7 Abs. 1 BHO) untersagt ist, Krankenhäusern mehr Mittel zu gewähren, als zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist. Außerdem decken die Fallpauschalen des DRG-Systems die Betriebskosten der Krankenhäuser nur teilweise ab,

¹⁴⁸ S. 46 ff.

¹⁴⁹ S. auch *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 2020, S. 9 und 35 f., der die Kofinanzierung mit Eigenbeteiligung der Krankenhausträger beim Krankenhauszukunftsfonds für nicht gerechtfertigt hält, weil die Länder hierdurch von ihrer Verantwortung entbunden werden.

weil Preissteigerungen unzureichend ausgeglichen werden.¹⁵⁰
Schließlich gilt zum Teil ausdrücklich ein Verbot der Quersubventionierung (s. für das Pflegebudget § 6a Abs. 1 S. 3 und 4 KHEntG). Ein Einsatz der Leistungsvergütung zur Quersubventionierung der Investitionskosten scheidet daher aus.¹⁵¹

Soweit Plankrankenhäuser (abgesehen von den Fällen der §§ 12 ff. KHG) ausschließlich aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, hat sich der Gesetzgeber für ein System aus Investitionskostenförderung der Länder einerseits (§ 4 Nr. 1 KHG) und leistungsgerechten Erlösen aus den Pflegesätzen andererseits (§ 4 Nr. 2 KHG) entschieden. Dieses duale Finanzierungssystem ist verfassungsrechtlich allerdings nicht „in Stein gemeißelt“. Von Verfassungs wegen ist nur sicherzustellen, dass die Plankrankenhäuser funktionsgerecht finanziert werden, damit sie ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung nachkommen können. An die Stelle des § 4 KHG könnte daher auch ein Modell treten, das eine Finanzierung der Plankrankenhäuser ausschließlich durch Erlöse aus den Pflegesätzen vorsieht, ggf. ergänzt um Zuschüsse des Bundes (monistische Finanzierung). Entscheidet sich der Gesetzgeber aber wie in § 4 KHG für eine Finanzierung sowohl aus öffentlichen Mitteln der Länder als auch durch Erlöse aus den Pflegesätzen, müssen die Länder und die Sozialleistungsträger der Verpflichtung zur funktionsgerechten Krankenhausfinanzierung nachkommen. In dem vom Gesetzgeber gewählten System der dualen Finanzierung schulden die Länder den Plankrankenhäusern die Übernahme ihrer bei betriebswirtschaftlicher Füh-

¹⁵⁰ S. 99 ff.

¹⁵¹ Näher S. 101 ff.

rung notwendigen Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG) und müssen die Sozialleistungsträger die Betriebskosten durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen finanzieren. Anderenfalls verletzen sie das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Plankrankenhausträger. Aus Art. 12 Abs. 1 GG folgt als Kehrseite der gesetzlichen Behandlungspflicht der Plankrankenhäuser verbunden mit dem gesetzlichen Ausschluss einer privat-autonomen Finanzierung die Verpflichtung des Staates zur funktionsgerechten Finanzierung der Plankrankenhäuser aus öffentlichen Mitteln.

Unter diesen gesetzlich geregelten Funktionsbedingungen (Behandlungspflicht gegen Finanzierungspflicht) erfolgt die Bewerbung der Krankenhäuser um Aufnahme in den Krankenhausplan eines Landes. Kein kaufmännisch handelndes Unternehmen würde eine Aufnahme in den Landeskrankenhausplan beantragen, wenn damit eine gesetzliche Behandlungspflicht, aber keine Übernahme der mit der Behandlungspflicht notwendig verbundenen Kosten einherginge. Kommt der Staat seiner Finanzierungspflicht gegenüber den in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhäusern nicht nach, weil die Länder notwendige Investitionskosten nicht übernehmen und die Sozialleistungsträger Betriebskosten nicht finanzieren, verhält er sich gesetzeswidrig und „kündigt“ das synallagmatische Verhältnis von Behandlungs- und Finanzierungspflicht einseitig zulasten der Krankenhäuser auf. Darin liegt ein Eingriff und zugleich eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit der Plankrankenhäuser aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Die Nichterfüllung der gesetzlichen Verpflichtung zur Investitions- und Betriebskostenfinanzierung durch den Staat ist ver-

gleichbar mit dem Fall, dass die öffentliche Hand einen öffentlichen Auftrag vergibt und dem Auftragnehmer nach Erfüllung des Auftrags nicht die vereinbarte Vergütung zahlt. Hier wie dort liegt ein Rechtsbruch vor, der das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Auftragsnehmer verletzt.¹⁵²

III. Verletzung des Gebots funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung durch Sozialleistungsträger und Länder

Das Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung wird von den Sozialleistungsträgern und den Ländern verletzt, was diese zum Teil offen zugeben.¹⁵³ Die Sozialleistungsträger gleichen insbesondere Preissteigerungen bei den Krankenhäusern unzureichend aus, weil sie in den Landesbasisfallwerten nicht genügend berücksichtigt werden (s. 1.). Die Länder kommen ihrer gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Übernahme der bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Investitionskosten gegenüber den Plankrankenhäusern

¹⁵² S. auch *Huster*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Krankenhausvergütungsregulierung, 2023, S. 16 ff., der aus Art. 12 Abs. 1 GG einen Anspruch auf finanzielle Deckung der Selbstkosten der Krankenhäuser annimmt. Nach BVerfGE 82, 209 (223) gibt Art. 12 Abs. 1 GG zwar keinen Anspruch auf staatliche Subventionen für die Investitionskosten des Krankenhauses. Diese Feststellung ist jedoch bezogen und beschränkt auf den Fall der Nichtaufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan eines Landes; vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1996, 393 (395): „Ein gesetzlicher Zwang, der Allgemeinheit über mehrere Jahre Leistungen zu einem Preis anzubieten, der notwendige und unaufschiebbare Kosten in erheblichem Umfang nicht deckt, würde im Hinblick auf die Garantie der Berufsfreiheit in Art. 12 I GG auch erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen“.

¹⁵³ So zum Beispiel die Stadt Köln: <https://www.stadt-koeln.de/politik-und-verwaltung/presse/mitteilungen/25615/index.html> (letzter Abruf am 8.10.2023); s. auch BT-Drs. 19/22126, S. 1, 28: unzureichende Investitionskostenförderung durch die Länder; *Dettling*, in: *Dettling/Gerlach*, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 86 und § 4 KHG Rn. 12.

nicht nach.¹⁵⁴ Die Gründe hierfür liegen zum Teil im Bundes- und Landesrecht, vor allem aber im Vollzug des Krankenhausfinanzierungsgesetzes durch die Länder (s. 2. bis 5).

1. Defizite bei der Betriebskostenfinanzierung durch die Sozialleistungsträger

Die Krankenhausfinanzierung durch die Sozialleistungsträger leidet vor allem daran, dass Preissteigerungen bei den Krankenhäusern nicht vollständig ausgeglichen werden. Die Fallpauschalen des DRG-Systems decken die Betriebskosten der Krankenhäuser unzureichend, weil die insbesondere infolge der Inflation anhaltenden Preissteigerungen in den Landesbasisfallwerten nicht ausreichend berücksichtigt sind.¹⁵⁵

Grund hierfür ist, dass nach § 10 Abs. 6 S. 1 Halbs. 1 KHEntgG das Statistische Bundesamt jährlich einen Orientierungswert ermittelt und veröffentlicht, der die tatsächlichen Kostenentwicklungen der Krankenhäuser (ohne die pflegebudgetrelevante Kostenentwicklung des Pflegepersonals in der unmittelbaren Patientenversorgung auf bettenführenden Stationen) wiedergibt. Die hierfür vom Statistischen Bundesamt zu erhebenden Daten werden vom Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates festgelegt (§ 10 Abs. 6 S. 1 Halbs. 2 KHEntgG). Unterschreitet der Orientierungswert die Veränderungsrate (Grundlohnrate) nach § 71 Abs. 3

¹⁵⁴ Hierzu näher S. 98 ff.

¹⁵⁵ Vgl. *RWI*, Stand und Weiterentwicklung der Investitionsförderung im Krankenhausbereich. Endbericht Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, 2017, S. 35; *Simon*, Das DRG-Fallpauschalensystem für Krankenhäuser. Kritische Bestandsaufnahme und Eckpunkte für eine Reform der Krankenhausfinanzierung jenseits des DRG-Systems, Hans Böckler Stiftung, Working Paper Forschungsförderung Nr. 196, November 2020, S. 72 f.

SGB V, entspricht der Veränderungswert der Veränderungsrate (§ 10 Abs. 6 S. 2 KHEntgG). Überschreitet dagegen der Orientierungswert, d.h. die vom Statistischen Bundesamt festgestellten Kostensteigerungen, die Veränderungsrate nach § 71 Abs. 3 SGB V, ermitteln die Vertragsparteien auf Bundesebene die Differenz zwischen beiden Werten und vereinbaren den Veränderungswert gem. § 9 Abs. 1b S. 1 und § 9 Abs. 1 Nr. 5 BPflV (§ 10 Abs. 6 S. 3 KHEntgG). Nach § 9 Abs. 1b S. 1 KHEntgG ist im Fall des § 10 Abs. 6 S. 3 KHEntgG die Veränderungsrate nach § 71 Abs. 3 SGB V (unter Berücksichtigung der Gewährleistung der notwendigen medizinischen Versorgung und von Personal- und Sachkostensteigerungen) um bis zu ein Drittel der Differenz zwischen dem Orientierungswert und der Veränderungsrate zu erhöhen. Dadurch wird den Krankenhäusern, wenn die vom Statistischen Bundesamt festgestellten Kostensteigerungen die Grundlohnrate des § 71 Abs. 3 SGB V übersteigen, nicht der volle Orientierungswert zugestanden, sondern nur maximal ein Drittel der Differenz zwischen Orientierungswert und Grundlohnrate. Durch diesen gesetzlichen Mechanismus werden die tatsächlichen Kostensteigerungen bei den Krankenhäusern nur zum Teil ausgeglichen.¹⁵⁶

Den nach § 10 Abs. 4 S. 3 und 6 KHEntgG a.F. geltenden Ausgleichsmechanismus beim Landesbasisfallwert hat der Bundesgesetzgeber zum 1. Januar 2023 gestrichen. Danach wurden die Landesbasisfallwerte bei steigenden oder sinkenden Fallzahlen angepasst, um das Mengenrisiko für die Krankenhausaufgaben zu eliminieren. Bei einem Anstieg der Fallzahlen in einem Jahr

¹⁵⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 7.7.2005 – 3 C 23/04, BeckRS 2005, 30327 Rn. 26; *Dettling*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 168, der von einseitiger Risikoverlagerung durch den Gesetzgeber auf die Krankenhäuser spricht.

wurde der Landesbasisfallwert des Folgejahres nach unten angepasst. Im umgekehrten Fall sinkender Fallzahlen war eine Anpassung des Landesbasisfallwerts nach oben vorgesehen. Durch die Aufhebung dieses Mechanismus tragen die Krankenhäuser seit dem 1. Januar 2023 das Risiko sinkender Fallzahlen und entsprechender Mindereinnahmen.

2. Unzureichende Investitionskostenförderung der Länder

Dass die von den Ländern bereitgestellten Fördermittel nicht ausreichen, um die bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser zu decken, ist ein gesicherter Befund. Das gesetzliche (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG) und verfassungsrechtliche (Art. 12 Abs. 1 GG) Gebot funktionsgerechter Finanzierung der Plankrankenhäuser wird von den Ländern seit Jahren verletzt. Der Grund hierfür sind neben Regelungsdefiziten im Bundes- und Landesrecht (s. b) und c)) vor allem Defizite beim Vollzug des Krankenhausfinanzierungsgesetzes durch die Länder.

a) Vollzugsdefizite auf Landesebene

aa) Erhebliche Unterfinanzierung der notwendigen Investitionskosten

Die Länder decken die notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser seit vielen Jahren unzureichend.¹⁵⁷ Das Gesamtvolu-

¹⁵⁷ Statt aller *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 2020, S. 5, 21 ff.; *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung

men der nominalen Fördermittel i.S.d. § 9 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) (Einzel- und Pauschalförderung) ist zwar in den vergangenen 20 Jahren (1991 bis 2021) in etwa konstant geblieben.¹⁵⁸ Das entspricht aber bei Heranziehung des Verbraucherpreisindex als Indikator zur Beurteilung der Geldwertentwicklung einem realen Wertverlust von ca. 45 %.¹⁵⁹ Der reale Wert der KHG-Gesamtfördermittel der Länder betrug im Jahr 2021 nur noch 54,2 % der Gesamtfördermittel des Jahres 1991. In Relation zur Anzahl der nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz geförderten Betten, zum Bevölkerungsstand und zur Anzahl der Krankenhausfälle sank das im Bundesdurchschnitt zur Verfügung stehende Investitionsfördervolumen von 1991 bis 2020 je KHG-Bett preisbereinigt um ca. 25 %, je Einwohner um ca. 46 % und je Krankenhausfall um ca. 51 %.¹⁶⁰ Die Krankenhaus-Investitionsfördermittelquote der Länder ging damit zwischen 1991 und 2020 von 9,7 % auf 2,7 % (bereinigte Kosten

und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 104 ff.; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Vorwichtigen wirtschaftspolitischen Weichenstellungen, Jahresgutachten 18/19, S. 61, 415 ff.; *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 36 ff., 224 ff.; *Dettling*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 83 ff., 96 f., 102, 154 ff.; *Ihle*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, § 4 Rn. 2; *Schlegel*, NJW 2021, 2782 (2784, 2786); *Simon*, Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse? Eine Untersuchung am Beispiel des deutschen Krankenhaus- und Flughafenmarkts, 2020, S. 124 ff.; *Stollmann/Wollschläger*, in: Laufs/Kern/Rehborn, *Handbuch des Arztrechts*, 5. Aufl. 2019, § 81 Rn. 82 f.

¹⁵⁸ *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, 2022, S. 84 Abbildung 4.1.

¹⁵⁹ *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, 2022, S. 84.

¹⁶⁰ *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, 2022, S. 87 f. mit Abbildung 4.4.

der Krankenhäuser insgesamt als Bezugsgröße für die KHG-Fördermittel) bzw. von 11,4 % auf 3,5 % (bereinigte Kosten der nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz geförderten Krankenhäuser als Bezugsgröße für die KHG-Fördermittel) zurück.¹⁶¹ Im Jahr 1972 lag die Investitionsfördermittelquote der Länder noch bei 25 %.¹⁶² Zwischen dem zur Investitionskostendeckung erforderlichen Fördervolumen und der tatsächlichen Investitionsförderung der Länder klafft nach Berechnungen des Bundesrechnungshofes eine Förderlücke von jährlich 4 Mrd. EUR.¹⁶³ Der Befund, dass weniger Fördermittel bereitgestellt werden, trifft auf alle Länder zu, wenngleich die Entwicklung der realen Fördermittelvolumina im Ländervergleich deutliche Unterschiede zeigt.¹⁶⁴

¹⁶¹ *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, 2022, S. 88 f. mit Abbildung 4.5; s. auch *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 2020, S. 21 f., wonach die Investitionsfördermittelquote in den letzten Jahren stark rückläufig war und im Jahr 2017 noch bei 3,3 % lag; nach Berechnungen des Bundesministerium für Gesundheit lag die Investitionsfördermittelquote im Jahr 2020 bei 3 %, <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhausfinanzierung> (letzter Abruf am 3.10.2023); *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 106: 2019 lag die Investitionsfördermittelquote bei 3,2 %.

¹⁶² <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhausfinanzierung> (letzter Abruf am 3.10.2023).

¹⁶³ *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 2020, S. 26 f., 40 bezogen auf eine Analyse des InEK.

¹⁶⁴ Näher *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, 2022,

Infolge dieser unzureichenden Investitionskostenförderung mussten die Krankenhäuser Investitionen in den letzten Jahren in hohem Maße aus Eigen- und Fremdmitteln finanzieren.¹⁶⁵ Teilweise haben die Krankenhäuser für Investitionen die von den Sozialleistungsträgern für Betriebskosten gezahlten Pflegesatzerlösen verwendet.¹⁶⁶ Außerdem wurden Ausgleichszahlungen des Bundes zur Bewältigung der Coronapandemie (s. §§ 21 ff. KHG) und Mittel aus anderen Sonderprogrammen wie pauschale Ausgleichsleistungen für Energiekostensteigerungen (s. § 26f KHG) zur Quersubventionierung von Investitionskosten eingesetzt.¹⁶⁷

Die Sonderprogramme zur Bewältigung der Corona-Pandemie sind aber mittlerweile ausgelaufen, sodass die Krankenhäuser

S. 84 f.; *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 2020, S. 22 ff.; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Vor wichtigen wirtschaftspolitischen Weichenstellungen, Jahresgutachten 18/19, S. 416 f.

¹⁶⁵ *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 2020, S. 24 ff., 35 f.; *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 108.

¹⁶⁶ *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 2020, S. 26; *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 108; *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Vor wichtigen wirtschaftspolitischen Weichenstellungen, Jahresgutachten 18/19, S. 417; *Schlegel*, NJW 2021, 2782 (2784).

¹⁶⁷ *Schlegel*, NJW 2021, 2782 (2784, 2786).

hieraus keine Mittel mehr beziehen.¹⁶⁸ Personalkosteneinsparungen sind kaum mehr möglich. Seit dem Jahr 2019 ist ein Fallzahlrückgang in den Krankenhäusern zu verzeichnen.¹⁶⁹ Die Fallpauschalen des DRG-Systems decken die Betriebskosten der Krankenhäuser unzureichend, weil die anhaltenden Preissteigerungen mangels ausreichender Berücksichtigung in den Landesbasisfallwerten nicht genügend ausgeglichen werden.¹⁷⁰ Die Leistungsvergütung kann daher die Unterdeckung der Investitionskosten nicht mehr quersubventionieren. Zudem hat der Gesetzgeber für Pflegesatzerlöse zum Teil ausdrücklich ein Verbot der Quersubventionierung normiert (s. für das Pflegebudget die gesetzliche Zweckbindung der Mittel zur Finanzierung der Pflegepersonalkosten gem. § 6a Abs. 1 S. 3 und 4 KHEntgG). Die Möglichkeiten einer Quersubventionierung der Investitionskosten aus anderen Finanzmitteln sind daher stark zurückgegangen.

Die unzureichende Investitionskostenförderung der Länder und die Verringerung der Quersubventionierungsmöglichkeiten für die Krankenhäuser hat dazu geführt, dass im Jahr 2021 11 % der Krankenhäuser einer erhöhten Insolvenzgefahr ausgesetzt waren¹⁷¹ und 32 % der Krankenhäuser einen Jahresverlust erlitten

¹⁶⁸ *Schlegel*, NJW 2021, 2782 (2786): Einmalige Sondereffekte.

¹⁶⁹ S. nur *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 51.

¹⁷⁰ Näher S. 99 ff.

¹⁷¹ *RWI*, Krankenhaus Rating Report 2023, <https://www.rwi-essen.de/presse/wissenschaftskommunikation/pressemitteilungen/detail/krankenhaus-rating-report-2023> (letzter Abruf am 1.10.2023); s. auch *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 2020, S. 34, wonach bezogen auf das Jahr 2019

haben¹⁷². Seither hat sich die wirtschaftliche Situation der Krankenhäuser weiter verschlechtert.

bb) Sonderprogramme des Bundes belegen
Unterfinanzierung der Investitionskosten

Die Unterfinanzierung der Investitionskosten durch die Länder zeigt sich auch an den Sonderprogrammen des Bundes zur Finanzierung von Krankenhausinvestitionen. Der Bund hat in den letzten Jahren für bestimmte Investitionsvorhaben schrittweise eine Kofinanzierung durch Bund und Länder (sowie teilweise ggf. mit Eigenbeteiligung der Krankenhäuser) eingeführt. Genannt seien nur der Krankenhausstrukturfonds und der Krankenhauszukunftsfonds (s. §§ 12 ff. KHG) sowie der Kommunalinvestitionsförderungsfonds. Die Investitionskostenförderung erfolgt durch eine Kofinanzierung durch den Bund (Mittel aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds bzw. Mittel aus dem Bundeshaushalt) und die Länder (sowie ggf. unter Beteiligung des Krankenhausträgers), wobei die Förderquoten bei den Fonds differieren.¹⁷³

für 13 % der Kliniken eine erhöhte Insolvenzgefahr bestand; *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 47 ff.

¹⁷² RWI, Krankenhaus Rating Report 2023, <https://www.rwi-essen.de/presse/wissenschaftskommunikation/pressemitteilungen/detail/krankenhaus-rating-report-2023> (letzter Abruf am 1.10.2023); s. auch *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 2020, S. 34, wonach im Jahr 2019 40 % der Krankenhäuser Verluste verzeichneten.

¹⁷³ S. 46 ff.

Die Einführung dieser Kofinanzierung ist auch dem Umstand geschuldet, dass die Länder ihrer Förderpflicht nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz nicht nachkommen.¹⁷⁴ Die partielle Übernahme von Investitionskosten der Krankenhäuser durch den Bund stellt eine Art (trägerneutraler) Defizitausgleich des Bundes dar, um Lücken in der Investitionskostenfinanzierung der Länder zu stopfen und notwendige Investitionen der Krankenhäuser zu ermöglichen. Die Sonderprogramme des Bundes zur Investitionsförderung belegen damit die Insuffizienz der Investitionsförderung der Länder.

Dass die Sonderprogramme des Bundes nicht ausreichen, um das durch die Länder verursachte Förderdefizit zu decken, versteht sich.¹⁷⁵ Sie sind beschränkt auf die Förderung von Investitionen für bestimmte Vorhaben, zeitlich befristet und sehen zudem teilweise die Möglichkeit einer Eigenbeteiligung der Krankenhäuser vor.¹⁷⁶ Im Übrigen sind Sonderprogramme für die Krankenhäuser nicht plan- und vorhersehbar, sodass sie auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als reguläre Investitionskostenförderung ausscheiden.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Ebenso *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht*, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 154: „Hinter diesem Sonderprogramm steht, dass die Länder bisher nicht die notwendigen Fördermittel zu Verfügung gestellt haben, denn sonst bedürfte es nicht der Aufstockung durch Mittel des Strukturfonds.“

¹⁷⁵ Vgl. *Dettling*, in: *Dettling/Gerlach, BeckOK KHR*, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 88: nur punktuelle Abhilfe, Flickwerk-Charakter.

¹⁷⁶ S. 46 ff.

¹⁷⁷ Vgl. oben bei Fn. 73.

cc) Defizitausgleich für staatliche Krankenhäuser belegt Unterfinanzierung

Die Unterfinanzierung der Krankenhäuser zeigt sich auch an dem Einsatz zusätzlicher Finanzmittel der Länder und Kommunen für staatliche Krankenhäuser. Es werden Jahresfehlbeträge gedeckt, Investitions- und Betriebskostenzuschüsse gezahlt, Kapitaleinlagen geleistet, zinsvergünstigte Darlehen und kostenfreie Bürgschaften gewährt, Liquiditätshilfen erbracht, vergünstigte Verträge (z.B. Grundstückskaufverträge und Gebäudemietverträge) abgeschlossen und die Kosten von Entlastungstarifverträgen übernommen.¹⁷⁸ Diese Ausgleichsleistungen erhalten staatliche Krankenhäuser neben der Einzel- und Pauschalförderung gem. §§ 9 f. KHG und neben den DRG-Fallpauschalen nach §§ 17 ff. KHG und §§ 1 ff. KHEntgG. Zugute kommt der sog. Defizitausgleich ausschließlich Krankenhäusern in staatlicher (auch kommunaler) Trägerschaft. Freigemeinnützige und private Krankenhäuser erhalten bislang keine entsprechenden Ausgleichsleistungen.

Jedenfalls soweit nur effizient, d.h. wirtschaftlich geführte staatliche Krankenhäuser zusätzliche Fördermittel erhalten, belegt die Zusatzfinanzierung anschaulich, dass die trägerneutrale Krankenhausfinanzierung der Sozialleistungsträger und der Länder unzureichend ist. Weil die Länder und die Sozialleistungsträger die Investitions- und Betriebskosten der Plankrankenhäuser unzureichend decken, gewähren Länder und Kommunen ihren eigenen Krankenhäusern zusätzliche Ausgleichsleistungen. Die Betriebs- und Investitionskostenfinanzierung der Sozialleistungsträger und der Länder ist defizitär. Die DRG-Fallpauschalen

¹⁷⁸ Näher S. 124 ff.

und die Fördermittel der Länder decken die Betriebs- und Investitionskosten der Plankrankenhäuser, wie gezeigt, unzureichend.¹⁷⁹ Das gilt für alle Plankrankenhäuser ungeachtet ihrer Trägerschaft; die trägerneutrale Krankenhausfinanzierung ist für alle Plankrankenhäuser ungenügend.

Die selektiven Defizitausgleiche für staatliche Krankenhäuser sind damit sozusagen der „lebende Beweis“ für die Unterfinanzierung der Krankenhäuser, wenn und soweit sie nicht einer Unwirtschaftlichkeit der Häuser geschuldet sind. Wie bereits dargelegt, ist eine Förderung der Krankenhäuser durch Länder und Kommunen nur unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze“ zulässig (s. nur § 9 Abs. 5 KHG sowie die bundes- und landesrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit). Der Staat darf nicht (tatsächliche) Ist-Kosten, sondern nur (effiziente) Soll-Kosten der Krankenhäuser ausgleichen, was durch Einzelprüfung der Kosten des jeweiligen Krankenhauses oder durch Vergleichsmarktanalyse zu ermitteln ist.¹⁸⁰

Dass ein selektiver Defizitausgleich nur für staatliche Krankenhäuser rechts- und verfassungswidrig ist und gegen das EU-Beihilferecht verstößt, wird noch gezeigt. Länder und Kommunen müssen sämtliche Plankrankenhäuser bei der Finanzierung aus gesetzlichen, verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Gründen gleichbehandeln.¹⁸¹

¹⁷⁹ S. 98 ff.

¹⁸⁰ Vgl. bei Fn. 72.

¹⁸¹ S. 124 ff.

b) Regelungsdefizite im Bundesrecht

Neben dem unzureichenden Vollzug des Krankenhausfinanzierungsgesetzes durch die Länder wird ein weiterer Grund für die ungenügende Investitionskostenförderung zum Teil darin gesehen, dass der Bundesgesetzgeber die Rahmenbedingungen für die Krankenhausfinanzierung zu unscharf geregelt habe. Er müsse die Anforderungen an die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser durch Investitionskostenförderung im Krankenhausfinanzierungsgesetz genauer normieren.¹⁸² Insbesondere wird moniert, dass bundesgesetzliche Regelungen zum Fördervolumen oder zu einer am Investitionsbedarf ausgerichteten Mindestinvestitionsquote fehlen.¹⁸³

Das Krankenhausfinanzierungsgesetz des Bundes regelt die verbindliche Verpflichtung der Länder, die in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommenen (Plan-)Krankenhäuser dadurch wirtschaftlich zu sichern, dass ihre Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung übernommen werden. Das „Ob“ der Übernahme der bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser ist den Ländern

¹⁸² So *Wollenschläger*, Gutachten für das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, das Ministerium für Justiz und Gesundheit des Landes Schleswig-Holstein und das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen zur Frage der Verfassungskonformität der Reform der Krankenhausplanung auf der Basis der dritten Stellungnahme und Empfehlung der Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung „Grundlegende Reform der Krankenhausvergütung“, 2023, S. 69.

¹⁸³ *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der Krankenhausfinanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung, hier: Finanzierung von Investitionen, Gz.: IX 1 - 2019 – 0919, 2020, S. 42; *Simon*, Das DRG-Fallpauschalensystem für Krankenhäuser. Kritische Bestandsaufnahme und Eckpunkte für eine Reform der Krankenhausfinanzierung jenseits des DRG-Systems, Hans Böckler Stiftung, Working Paper Forschungsförderung Nr. 196, November 2020, S. 274 f.

bundesgesetzlich vorgeschrieben. Dem korrespondieren gesetzliche Ansprüche der Plankrankenhäuser auf Investitionskostenübernahme durch die Länder. Lediglich die Bestimmung der Einzelheiten der Förderung wie die Wahl der Förderart obliegt den Ländern.¹⁸⁴ Der Bundesgesetzgeber hat damit die Investitionskostenförderung durch die Länder hinreichend bestimmt geregelt. Dass die Länder hinter der bundesgesetzlichen Förderpflicht zurückbleiben, ist nicht dem Bund anzulasten, sondern ein Rechtsverstoß der Länder.

Unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots verbesserungsbedürftig erscheint allerdings die Regelung des § 8 Abs. 1 S. 1 KHG, wonach die Plankrankenhäuser bei Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG Anspruch auf Förderung nur haben, soweit und solange sie in das Investitionsprogramm des Landes aufgenommen sind. Einer Aufnahme in das Landesinvestitionsprogramm bedarf es bei Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG nur, wenn das Land sich für eine Einzelförderung entscheidet, nicht hingegen bei einer Pauschalförderung von Baukosten. Und auch bei einer Einzelförderung von Baukosten mittels Investitionsprogramms steht Plankrankenhäusern gem. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG ein Anspruch auf Aufnahme in das Programm zu, wenn dies zur Deckung ihrer notwendigen Investitionskosten erforderlich ist.¹⁸⁵ Unter Bestimmtheitsgesichtspunkten erscheint eine entsprechende Klarstellung in § 8 Abs. 1 S. 1 KHG angezeigt. Das gilt umso mehr, als § 8 Abs. 1 S. 1 KHG im Schrifttum zu Fehldeutungen als (versteckter) Haushaltsvorbehalt geführt hat,¹⁸⁶ was zeigt, dass die Vorschrift aufgrund ihrer mangelnden

¹⁸⁴ Hierzu insgesamt oben S. 63 ff.

¹⁸⁵ Näher bei Fn. 123.

¹⁸⁶ S. 63 ff.

Bestimmtheit Anlass zu Missverständnissen gibt. Und auch § 8 Abs. 2 S. 1 KHG, wonach ein Anspruch auf (Feststellung der) Aufnahme in das Investitionsprogramm nicht besteht, ist missverständlich und bedarf gesetzgeberischer Klarstellung. Gemeint sein kann nur, dass ein Anspruch auf Aufnahme in das Investitionsprogramm nicht besteht, soweit und solange keine Aufnahme in den Landeskrankenhausplan erfolgt ist.

Vor allem aber sollte der Bundesgesetzgeber die Gesetzesvorbehalte zugunsten der Länder in § 1 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 4, § 9 Abs. 5, § 11 S. 1 KHG insoweit schärfen, als die Länder dadurch nur ermächtigt sind, die Einzelheiten der Investitionskostenförderung, insbesondere die Fördermethode, durch Landesrecht auszuformen. Die Länder sind nicht befugt, von ihrer bundesgesetzlichen Verpflichtung, sämtliche (unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze) notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser zu decken (s. § 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG), abzurücken. Diese Finanzierungspflicht wird nach „Ob“ und Umfang durch die gesetzlichen Regelungsvorbehalte für die Länder nicht relativiert. Auch insoweit ersparte eine Präzisierung der bundesgesetzlichen Bestimmungen der § 1 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 4, § 9 Abs. 5, § 11 S. 1 KHG („Das Nähere der Art und Weise der Förderung wird durch Landesrecht bestimmt.“) Fehldeutungen.

Verfassungsrechtlich zu beanstanden ist, dass nach § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KHG zu den förderungsfähigen Investitionskosten nicht die Kosten des Grundstücks, des Grundstückserwerbs, der Grundstückerschließung und ihrer Finanzierung sowie die in § 376 S. 1 SGB V genannten Ausstattungs- und Betriebskosten für die Telematikinfrastruktur gehören. Diese Kosten sind auch nicht pflegesatzfähig (§ 17 Abs. 4 Halbs. 1 Nr. 2 KHG), sodass

die Krankenhäuser sie grundsätzlich selbst tragen müssen (Ausnahme in § 9 Abs. 2 Nr. 2 KHG).¹⁸⁷ Diese Eigenfinanzierung der Krankenhäuser ist mit Blick auf ihr Grundrecht der Berufsfreiheit problematisch.¹⁸⁸ Plankrankenhäusern steht nach Art. 12 Abs. 1 GG ein Anspruch auf funktionsgerechte Finanzierung durch den Staat zu. Der Staat schuldet den Krankenhäusern die Übernahme ihrer notwendigen Kosten, weil die Krankenhäuser mit der Planaufnahme eine Versorgungspflicht übernommen haben und sich nicht frei finanzieren können (quid pro quo).¹⁸⁹ Eine Finanzierung der Grundstückskosten durch Krankenhäuser erscheint hiermit mangels anderweitiger Refinanzierungsmöglichkeiten kaum vereinbar.

Wegen des Anspruchs der Plankrankenhäuser aus Art. 12 Abs. 1 GG auf funktionsgerechte Finanzierung durch den Staat sind auch §§ 12 ff. KHG, die eine Beteiligung der Krankenhaus-träger an den Kosten für bestimmte Investitionsvorhaben ermöglichen, problematisch. Von dieser Möglichkeit der Eigenbeteiligung der Krankenhaus-träger haben einige Länder Gebrauch gemacht.¹⁹⁰ Eine Kofinanzierung von Investitionskosten durch Plankrankenhäuser lässt sich mit ihrem grundrechtlichen Finanzierungsanspruch schwer vereinbaren. Der Staat schuldet den Krankenhäusern von Verfassungs wegen die Übernahme ihrer

¹⁸⁷ S. bei Fn. 53.

¹⁸⁸ Vgl. *Dettling*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 156, der ebenfalls von Verfassungswidrigkeit ausgeht, allerdings einen Verstoß gegen das „rechtsstaatliche Willkürverbot“ annimmt.

¹⁸⁹ Näher oben S. 91 ff.

¹⁹⁰ *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, 2022, S. 19 Tabelle 2.3.

notwendigen Kosten.¹⁹¹ Eine Eigenbeteiligung der Krankenträger an ihren Investitionskosten erscheint daher unzulässig.

c) Regelungsdefizite im Landesrecht

Die unzureichende Investitionskostenfinanzierung der Länder hat ihren Grund vor allem auch darin, dass die Länder von den Landesrechtsvorbehalten im Krankenhausfinanzierungsgesetz (§ 1 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 4, § 9 Abs. 5, § 11 S. 1 KHG) in unzulässiger Weise Gebrauch gemacht haben. Die Länder haben die Krankenhausförderung in den Landeskrankengesetzen unzureichend umgesetzt. Die landeskrankenhausrechtlichen Bestimmungen zur Investitionskostenförderung bleiben hinter den bundesgesetzlichen Vorgaben (Übernahme der bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Investitionskosten) zurück. Sie sind daher mit dem gesetzlichen (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG) und verfassungsrechtlichen (Art. 12 Abs. 1 GG) Gebot funktionsgerechter Finanzierung der Plankrankenhäuser unvereinbar bzw. bedürfen verfassungskonformer Auslegung (Art. 31, Art. 12 Abs. 1 GG).

aa) Landesgesetzliche Haushaltsvorbehalte

Die Investitionskostenförderung der Länder steht nach den Landeskrankengesetzen vielfach unter Haushaltsvorbehalt.¹⁹² Notwendige Investitionskosten der Plankrankenhäuser werden nur „im Rahmen der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel“ gefördert.¹⁹³ Ein solcher Haushaltsvorbehalt verstößt gegen das

¹⁹¹ S. 91 ff.

¹⁹² *Kuhla/Bedau*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018, § 25 Rn. 51a; *Stollmann/Wollschläger*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 81 Rn. 89.

¹⁹³ S. etwa § 8 Abs. 1 S. 1 Landeskrankengesetz (LKG) Berlin; § 9 Abs. 1

Krankenhausfinanzierungsgesetz¹⁹⁴ und gegen den grundrechtlichen Anspruch der Plankrankenhäuser auf funktionsgerechte Finanzierung. Die Länder sind gesetzlich (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG) und verfassungsrechtlich (Art. 12 Abs. 1 GG) verpflichtet, alle bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser durch öffentliche Förderung zu übernehmen, ohne dass ein Haushaltsvorbehalt gilt. Ein Haushaltsvorbehalt folgt insbesondere nicht aus § 8 Abs. 1 S. 1 KHG.¹⁹⁵

Die Länder verstoßen damit zwar nicht gegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG, weil sie der Bund zur Regelung des Näheren der Krankenhausfinanzierung ermächtigt hat (§ 1 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 4, § 9 Abs. 5, § 11 S. 1 KHG). Der Bund hat darauf verzichtet, von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz abschließend Gebrauch zu machen, sodass die Länder insoweit gesetzgebungszuständig bleiben (s. Art. 72 Abs. 1 GG). Die Länder haben aber mit dem landesgesetzlichen Haushaltsvorbehalt für die Investitionskostenförderung gegen Art. 31 GG (Bundesrecht bricht Landesrecht) verstoßen, weil ein Haushaltsvorbehalt nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und Art. 12 Abs. 1 GG nicht besteht. Das hat die Nichtigkeit der landesgesetzlichen Haushaltsvorbehalte zur Folge.

S. 1 Bremisches Krankenhausgesetz (BremKrhG); § 17 S. 1 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW).

¹⁹⁴ Ebenso *Kuhla/Bedau*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018, § 25 Rn. 51a, allerdings mit der Einschränkung, soweit die landesgesetzlichen Haushaltsvorbehalte über § 8 Abs. 1 S. 1 KHG hinausgehen.

¹⁹⁵ S. 63 ff.

bb) Mangelnde Bestimmtheit
landesgesetzlicher Anspruchsgrundlagen

Die Landeskrankenhausgesetze lassen oftmals nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit erkennen, dass den Plankrankenhäusern ein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Investitionskostenförderung zusteht. Einen solchen Rechtsanspruch auf Förderung haben die Plankrankenhäuser nach § 8 Abs. 1 S. 1 KHG. Es ist Aufgabe der Länder, in Ausfüllung der bundesrechtlichen Gesetzesvorbehalte (§ 1 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 4, § 9 Abs. 5, § 11 S. 1 KHG) den Förderanspruch der Plankrankenhäuser landesgesetzlich näher auszuformen.

Dies haben die Länder versäumt. Überwiegend fehlen Regelungen, aus denen klar hervorgeht, dass in den Landeskrankenhausplan aufgenommene Krankenhäuser einen Rechtsanspruch auf die zur Deckung ihrer notwendigen Investitionskosten erforderlichen Mittel haben. Zwar ist regelmäßig normiert, dass notwendige Investitionskosten (im Rahmen der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel) gefördert werden und die zuständige Landesbehörde über entsprechende Anträge der Plankrankenhäuser entscheidet.¹⁹⁶ Dieser objektiv-rechtlichen Förderpflicht der Länder korrespondiert jedoch kein explizites Bekenntnis zu Förderansprüchen der Krankenhäuser, was unter Bestimmtheitsgesichtspunkten zu kritisieren ist.

Förderansprüche der Plankrankenhäuser bestehen gleichwohl. Sie ergeben sich aus der gebotenen verfassungskonformen Auslegung des Landesrechts im Lichte der Art. 12 Abs. 1 und Art. 31

¹⁹⁶ S. etwa § 8 Abs. 1 S. 1 und 2 Landeskrankenhausgesetz (LKG) Berlin; § 17 S. 1 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW).

GG. Plankrankenhäuser haben nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (§ 8 Abs. 1 S. 1 KHG) und nach Art. 12 Abs. 1 GG Anspruch auf Übernahme ihrer notwendigen Investitionskosten.¹⁹⁷ Um einen Verfassungsverstoß (Art. 12 Abs. 1 GG) und einen Verstoß gegen das Krankenhausfinanzierungsgesetz und damit die Nichtigkeit (Art. 31 GG)¹⁹⁸ der betreffenden Vorschriften des Landeskrankenhausrechts zu vermeiden, ist das Landesrecht verfassungskonform auszulegen. Plankrankenhäusern steht daher auch nach Landeskrankenhausrecht ein Rechtsanspruch auf Übernahme ihrer notwendigen Investitionskosten zu. Im Interesse des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots sollten die Länder dies allerdings ausdrücklich regeln.

Soweit Förderansprüche der Krankenhäuser in den Landeskrankenhausgesetzen ausdrücklich ausgeschlossen sind,¹⁹⁹ sind die landesgesetzlichen Bestimmungen verfassungswidrig (Art. 12 Abs. 1 GG) und wegen Verstoßes gegen § 8 Abs. 1 S. 1 KHG gem. Art. 31 GG nichtig.

cc) Sonderzahlungen bzw. Zuschläge im Einzelfall

Im Landeskrankenhausrecht finden sich teilweise Bestimmungen, nach denen das Land im Einzelfall Sonderzahlungen oder einen Zuschlag gewähren kann, wenn dies zur Erhaltung der

¹⁹⁷ S. 73 ff. und S. 91 ff.

¹⁹⁸ Zu dieser Rechtsfolge des Art. 31 GG bei einem Verstoß von Landesrecht gegen Bundesrecht s. nur BVerfGE 147, 253 (354).

¹⁹⁹ § 9 Abs. 1 S. 4 Bremisches Krankenhausgesetz – (BremKrhG): „Ein Rechtsanspruch auf Förderung entsteht erst mit der Bewilligung der Fördermittel.“; s. auch § 19 Abs. 2 S. 1 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW): „Ein Rechtsanspruch auf Förderung entsteht erst mit der schriftlichen Bewilligung der Fördermittel.“

Leistungsfähigkeit eines Krankenhauses und/oder zur Sicherstellung der stationären Versorgung erforderlich ist.²⁰⁰

Eine hinreichend bestimmte Regelung subjektiv-rechtlicher Förderansprüche der Krankenhäuser ist aber auch insoweit Fehlanzeige. Zudem steht die Gewährung der Sonderzahlung bzw. des Zuschlags im Ermessen des Landes („kann“), obwohl auf die Förderung notwendiger Investitionskosten nach § 8 Abs. 1 S. 1 KHG ein Rechtsanspruch der Plankrankenhäuser besteht. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass Krankenhäusern bei Unterschreitung des bundesgesetzlich vorgegebenen Umfangs der Investitionskostenförderung (Übernahme der notwendigen Investitionskosten) ein Anspruch auf Gewährung des fehlenden Förderbetrags zusteht. Hiermit vertragen sich die landesgesetzlichen Ermessensvorschriften nicht. Sie sind daher im Lichte des § 8 Abs. 1 S. 1 KHG (Art. 31 GG) und des Art. 12 Abs. 1 GG verfassungskonform auszulegen.

Im Übrigen handelt es sich bei den landeskrankenhausesgesetzlichen Sonderzahlungs- und Zuschlagsregelungen um Sonderregelungen für den Einzelfall. Eine Sonderzahlung bzw. ein Zuschlag wird nur ausnahmsweise gewährt, wenn dies zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit eines Krankenhauses und Sicherstellung der bedarfsgerechten stationären Versorgung erforderlich ist. Eine regelhafte, dem Gebot der Rechts- und Planungssicherheit entsprechende Investitionsförderung ist damit nicht normiert.²⁰¹

²⁰⁰ Zum Beispiel: § 12 Landeskrankenhausesgesetz (LKG) Berlin; § 14 Bremisches Krankenhausgesetz – (BremKrhG); § 23 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW).

²⁰¹ Vgl. auch bei Fn. 73.

3. Auswirkungen der Krankenhausreform auf die Krankenhausfinanzierung

Am 10. Juli 2023 haben sich der Bund und die Länder auf gemeinsame Eckpunkte für eine Krankenhausreform verständigt. Zur Umsetzung des Eckpunktepapiers hat das Bundesministerium für Gesundheit den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsqualität im Krankenhaus und zur Reform der Vergütungsstrukturen (Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz – KHVVG) vorgelegt.²⁰² Um die Vorhaltung von Strukturen in Krankenhäusern künftig weitgehend unabhängig von der Leistungserbringung zu sichern und für somatische Krankenhäuser den ökonomischen Druck zu reduzieren, zur Kostendeckung Fallzahlen zu generieren, wird eine leistungsunabhängige Vorhaltevergütung als Budget für Leistungsgruppen eingeführt, die den Krankenhäusern durch die Planungsbehörde der Länder zugewiesen werden und deren Qualitätskriterien sie erfüllen. Die Mittel für die Vorhaltevergütung werden generiert, indem die bestehenden Fallpauschalen (s. § 17b KHG i.V.m. § 9 KHEntgG) entsprechend abgesenkt und je Land und Leistungsgruppe ausgewiesen werden. Das bestehende Erlösvolumen wird damit ohne Erhöhung neu verteilt.

Für die Einführung der Vorhaltevergütung hat das Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus (InEK) erstmals für das Jahr 2025 jährlich einen Anteil in Höhe von 60 % aus den Kosten, die für die Kalkulation der bundeseinheitlichen Bewertungsrelationen für das DRG-Fallpauschalensystem zugrunde gelegt werden, auszugliedern; die Kosten sind hierzu vorab um die variab-

²⁰² Arbeitsentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit, Bearbeitungsstand 27.9.2023.

len Sachkosten zu vermindern. Die Vergütung der Pflegepersonalkosten bleibt unberührt. Die Auswirkungen der Einführung der Vorhaltevergütung werden vom InEK analysiert und bis zum 31. Dezember 2031 in einem abschließenden Bericht veröffentlicht.

Die Krankenhausvergütung wird damit auf eine Kombination aus pauschalitem DRG-Vergütungssystem, krankenhausindividueller Pflegepersonalkostenvergütung und leistungsgruppenbezogenem Vorhaltebudget umgestellt. Das beinhaltet grundlegende Veränderungen bei der Pflegesatzvergütung der somatischen Krankenhäuser. An die Stelle einer rein leistungs- und mengenorientierten Vergütung durch DRG-Fallpauschalen tritt eine Kombination aus leistungsabhängiger Vergütung und an Leistungsgruppen geknüpfter, leistungsunabhängiger Vorhaltefinanzierung bei abgesenktem DRG-Anteil. Obgleich die Einführung der Vorhaltevergütung erlösneutral erfolgen soll, also das bestehende Erlösvolumen nur neu verteilt wird, ist sie für die Krankenhäuser mit Umsetzungsrisiken für die Betriebskostenfinanzierung behaftet.²⁰³

Die Investitionskostenfinanzierung wird durch die Vorhaltevergütung nicht (unmittelbar) tangiert. Nach dem Eckpunktepapier bleibt die Verpflichtung der Länder zur Vorhaltung einer bedarfsgerechten Krankenhausstruktur sowie zur auskömmlichen Finanzierung der notwendigen Investitionen in diese Krankenhausstruktur ausdrücklich unberührt. Die Krankenhausreform ändert

²⁰³ Eingehend zu den Implikationen der Vorhaltevergütung für die Betriebskostenfinanzierung der Krankenhäuser *Oberender AG*, Analyse der Vorhaltevergütung zur Reform des Krankenhausesektors. Policy Paper im Auftrag des PKV-Verbandes, 31.8.2023, S. 27 ff.

daher an dem Befund der Unterfinanzierung der Investitionskosten durch die Länder nichts.²⁰⁴ Es wird allerdings für möglich gehalten, dass durch die Einführung der Vorhaltevergütung der faktische Druck auf die Länder, die Investitionskostenlücke zu schließen, weiter abnehmen wird.²⁰⁵

IV. Fazit und Reformbedarf

1. Der Staat ist gesetzlich (§ 1 Abs. 1, § 4 KHG) und verfassungsrechtlich (Art. 12 Abs. 1 GG) zur funktionsgerechten Finanzierung der zur Versorgung der Bevölkerung notwendigen Krankenhäuser verpflichtet. Während die Länder sämtliche unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser übernehmen (Kostendeckungsprinzip, § 4 Nr. 1 i.V.m. §§ 6 ff. KHG), finanzieren die Sozialleistungsträger die Betriebskosten der Krankenhäuser durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen (§ 4 Nr. 2 i.V.m. §§ 17 ff. KHG). Dem korrespondieren subjektivrechtliche Ansprüche der Krankenhäuser auf funktionsgerechte Finanzierung.
2. Die Krankenhausfinanzierung durch die Sozialleistungsträger leidet vor allem daran, dass Preissteigerungen bei den Krankenhäusern nicht vollständig ausgeglichen werden. Die Fallpauschalen des DRG-Systems decken die Betriebskosten der

²⁰⁴ *Oberender AG*, Analyse der Vorhaltevergütung zur Reform des Krankenhaussektors. Policy Paper im Auftrag des PKV-Verbandes, 31.8.2023, S. 8.

²⁰⁵ So *Oberender AG*, Analyse der Vorhaltevergütung zur Reform des Krankenhaussektors. Policy Paper im Auftrag des PKV-Verbandes, 31.8.2023, S. 8.

Krankenhäuser unzureichend, weil die anhaltenden Preissteigerungen in den Landesbasisfallwerten nicht ausreichend berücksichtigt sind.

3. Die Länder decken die notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser seit vielen Jahren unzureichend. Sie kommen ihrer gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Übernahme sämtlicher bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Investitionskosten nicht nach.
4. Die Krankenhausfinanzierung bedarf deshalb der Reform. Erforderlich sind ein vollständiger Ausgleich von Preissteigerungen bei den Krankenhäusern durch die Sozialleistungsträger und eine deutliche Erhöhung der Investitionsförderung durch die Länder, sodass sämtliche bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser gedeckt werden.

Ob es rechtspolitisch sinnvoll ist, die duale Krankenhausfinanzierung (s. § 4 KHG) abzulösen und durch ein monistisches Finanzierungsmodell zu ersetzen, kann hier nicht erörtert werden.²⁰⁶ Würden die Länder aus ihrer Finanzierungsverantwortung entlassen und sämtliche (Investitions- und Betriebs-)Kosten der Krankenhäuser künftig allein durch die Sozialleistungsträger finanziert, ggf. ergänzt durch Steuermittel des Bundes, müsste konsequenterweise auch die Planungskompetenz für das Krankenhauswesen in die Hände des Bundes

²⁰⁶ Zur Diskussion s. etwa *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Vor wichtigen wirtschaftspolitischen Weichenstellungen, Jahresgutachten 18/19, S. 415 ff.; *Wasem/Walendzik/Thomas*, in: *Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht*, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 43 ff.; *Dettling*, in: *Dettling/Gerlach, BeckOK KHR*, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 4 KHG Rn. 15; *Chandna-Hoppe*, NZS 2020, 81 (84).

gelegt werden.²⁰⁷ Trüge der Bund die alleinige Finanzierungsverantwortung für das Krankenhauswesen, müsste er mittels Krankenhausplanung sicherstellen können, dass einerseits die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung gewährleistet ist, andererseits aber auch keine – von ihm zu finanzierende – Überversorgung existiert.

5. Der Vollzug des Krankenhausfinanzierungsgesetzes durch die Länder (Art. 83 f. GG) und die Sozialleistungsträger (Art. 83 f. bzw. Art. 86 GG) unterliegt der Rechtsaufsicht des Bundes. Um sicherzustellen, dass die Länder das Krankenhausfinanzierungsgesetz rechtmäßig ausführen (vgl. Art. 84 Abs. 3 S. 1 GG) und ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Übernahme der notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser nachkommen, stehen dem Bund die in Art. 84 Abs. 2 bis 5 GG genannten Rechtsaufsichtsmittel zu. Zu diesen Aufsichtsmitteln gehört insbesondere die Befugnis der Bundesregierung, Beauftragte zu den obersten Landesbehörden und mit deren Zustimmung auch zu den nachgeordneten Behörden zu entsenden (Art. 84 Abs. 3 S. 2 GG). Der Bundesrat kann beschließen, dass das Land Bundesrecht verletzt hat (sog. Mängelrüge, Art. 84 Abs. 4 GG). Soweit die Sozialleistungsträger das Krankenhausfinanzierungsgesetz ausführen, hat der Bund hierüber die Rechtsaufsicht nach Art. 84 Abs. 2 bis 5 GG (Vollzug durch Sozialversicherungsträger als landesunmittelbare Körperschaften) oder nach Art. 86 GG (Vollzug durch Sozialversicherungsträger als bundesunmittelbare Körperschaften).

Der Wahrnehmung dieser Rechtsaufsicht durch den Bund kommt vor dem Hintergrund der aktuellen Krankenhausreform

²⁰⁷ Vgl. *Schlegel*, NJW 2021, 2782 (2786).

besondere Bedeutung zu. Um die durch die Reform geplante Umstellung auf neue Versorgungslevel und Leistungsgruppen bewältigen und die entsprechenden kostenintensiven Umstrukturierungsprozesse leisten zu können, muss die infolge der unzureichenden Krankenhausfinanzierung entstandene Unterfinanzierung der Krankenhäuser vor der Reform behoben werden. Die Sozialleistungsträger und die Länder müssen den Krankenhäusern in der Vergangenheit vorenthaltene Fördermittel und Vergütungen nachzahlen. Dem entspricht die Forderung nach „Vorschaltgesetzen“ des Bundes und der Länder vor Inkraftsetzen der Krankenhausreform.²⁰⁸ Der Bund kann hierauf durch Ausübung seiner Rechtsaufsicht nach Art. 84 GG hinwirken.

D) Selektiver Defizitausgleich von Ländern und Kommunen für staatliche Krankenhäuser

Staatliche Krankenhäuser erhalten neben der Betriebs- und Investitionskostenförderung durch die Sozialleistungsträger und die Länder nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz einen zusätzlichen finanziellen Ausgleich vor allem von Kommunen, aber auch von Ländern.²⁰⁹ In der Praxis zu beobachten sind die Deckung von Jahresfehlbeträgen, Investitions- und Betriebskostenzuschüsse, Kapitaleinlagen, zinsvergünstigte Darlehen und kostenfreie Bürgschaften, Liquiditätshilfen, der Abschluss vergünstigter Verträge (z.B. Grundstückskaufverträge und Gebäu-

²⁰⁸ Vgl. bei Fn. 4.

²⁰⁹ Zur Gewährung des Defizitausgleichs neben der allgemeinen, trägerneutralen Krankenhausfinanzierung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz vgl. nur *Bauckhage-Hoffer*, GesR 2009, 393 (394).

demietverträge) und die Kostenübernahme für Entlastungstarifverträge.²¹⁰ Zugute kommen diese aus staatlichen Mitteln gewährten Leistungen ausschließlich Krankenhäusern in staatlicher Trägerschaft. Freigemeinnützige und private Krankenhäuser erhalten bislang keinen sog. Defizitausgleich²¹¹.

Exemplarisch seien hier nur einige Ausgleichsmaßnahmen von Kommunen oder Ländern für staatliche Krankenhäuser aus dem Jahr 2023 genannt. Bei den Ländern scheinen vor allem Stadtstaaten selektive Defizitausgleiche für staatliche Krankenhäuser vorzunehmen:²¹²

- Das Land Berlin hat in seinem Haushalt für das Jahr 2023 für die Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH Defizitausgleichs- und Investitionsmittel in Höhe von 224,9 Mio. EUR ausgewiesen. In den aktuellen Haushaltsberatungen stehen für die Jahre 2024 und 2025 als Defizitausgleich und für weitere Investitionen nochmals 572,1 Mio. EUR für die Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH in der Diskussion. Hinzu kommen weitere 400 Mio. EUR für die Jahre 2025 bis 2029, die

²¹⁰ S. nur *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 236; *Simon*, Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse? Eine Untersuchung am Beispiel des deutschen Krankenhaus- und Flughafenmarkts, 2020, S. 44 ff.

²¹¹ Zum Begriff näher nach Fn. 6.

²¹² Weitere Beispiele bei *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 116 f.; *Cremer*, ZIAS 2008, 198 (208 ff.); *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (187 f.); *Kaufmann/Bertels*, WPg 2015, 824 (824 f.); *Lehmann*, Krankenhaus und EG-Beihilferecht. Die Vereinbarkeit des Krankenhausfinanzierungsrechts mit Art. 87 ff. EG-Vertrag, 2008, S. 34. S. auch den Überblick des Bundesverbands Deutscher Privatkliniken e.V. (BDPK) zur Defizitfinanzierung für staatliche Krankenhäuser, <https://www.bdpk.de/themen/krankenhaeuser/defizitfinanzierung> (letzter Abruf am 10.11.2023).

u.a. an die Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH fließen sollen, um die Rückführung von Tochterunternehmen zu finanzieren.²¹³

- Die Stadt Bremen hat dem Bremer Klinikverband Gesundheit Nord (Geno) im Jahr 2023 einen (weiteren) Kredit in Höhe von 48 Mio. EUR zur Verfügung gestellt.²¹⁴
- Der Kreis Haßberge hat den Haßberg-Kliniken aus kommunalen Haushaltsmitteln eine Liquiditätshilfe in Höhe von 4,2 Mio. EUR als Betriebskostendefizitausgleich gewährt (2023).²¹⁵
- Die Stadt Köln hat ihren Kliniken Darlehen in Höhe von über 400 Mio. EUR ausgezahlt (2023).²¹⁶
- Die Stadt Potsdam gewährt dem Ernst von Bergmann-Klinikum einen Extrazuschuss in Höhe von 38 Mio. EUR (2023), womit die Stadt neben schon bewilligten Hilfen insgesamt knapp 60 Mio. Defizitausgleich für das Klinikum zahlt.²¹⁷

²¹³ <https://www.kma-online.de/aktuelles/management/detail/klinikbuendnis-reicht-klage-gegen-das-land-berlin-ein-50545> (letzter Abruf am 8.10.2023).

²¹⁴ <https://www.butenunbinnen.de/nachrichten/klinikverbund-gesundheit-nord-millionen-euro-kredit-bremen-100.html> (letzter Abruf am 8.10.2023).

²¹⁵ <https://www.np-coburg.de/inhalt.kreisausschuss-4-2-millionen-euro-fuer-die-hassberg-kliniken.f717ab89-7263-4bd5-9c94-0ef5c53b5bab.html> (letzter Abruf am 8.10.2023).

²¹⁶ <https://www.stadt-koeln.de/politik-und-verwaltung/presse/mitteilungen/25615/index.html> (letzter Abruf am 8.10.2023).

²¹⁷ <https://www.tagesspiegel.de/potsdam/landeshauptstadt/millionendefizit-des-klinikums-finanzausschuss-billigt-38-millionen-euro-extrazuschuss-9509156.html> (letzter Abruf am 8.10.2023).

- Der Landkreis Starnberg gibt im Jahr 2023 20 Mio. EUR in den laufenden Betrieb der Starnberger Kliniken; die Summe könnte noch größer werden.²¹⁸
- Die Stadt Wilhelmshaven hat dem Klinikum Wilhelmshaven zur Abwendung einer Insolvenz im Jahr 2023 Finanzhilfen in Millionenhöhe gezahlt. Nachdem die Stadt dem Klinikum zunächst 40 Mio. EUR bereitgestellt hatte, hat es im Oktober dieses Jahres nochmals weitere 16,1 Mio. EUR bewilligt.²¹⁹
- Der Kreis Weilheim-Schongau stellt seiner Krankenhaus GmbH in den Jahren 2024 und 2025 rund 40 Mio. EUR zur Verfügung. Hinzukommen könnten weitere 45 Mio. EUR für Gebäudeumrüstungen.²²⁰
- Das Land Nordrhein-Westfalen hat zugesagt, die Kosten aus den Entlastungstarifverträgen zu tragen, die die sechs Univer-

²¹⁸ <https://www.merkur.de/lokales/starnberg/starnberg-ort29487/grosse-defizite-im-laufenden-betrieb-landkreis-pumpt-20-millionen-in-starnberger-kliniken-92056035.html#:~:text=Gro%C3%9Fe%20Defizite%20im%20laufenden%20Betrieb%3A%20Landkreis%20pumpt%2020%20Millionen%20in%20Starnberger%20Kliniken,-30.01.2023%2C%2007&text=Die%20Starnberger%20Kliniken%20haben%20%2D%20auch,Millionen%20in%20den%20laufenden%20Betrieb> (letzter Abruf am 8.10.2023).

²¹⁹ <https://www.bibliomedmanager.de/news/klinikum-wilhelmshaven-erhaelt-weitere-millionenhilfe> (letzter Abruf am 10.11.2023).

²²⁰ <https://www.bibliomedmanager.de/news/kreis-stuetzt-krankenhaeuser-mit-40-millionen#:~:text=Der%20Kreis%20Weilheim%2DSchongau%20hat,Millionen%20Euro%20zur%20Verf%C3%BCgung%20gestellt> (letzter Abruf am 8.10.2023).

sitätskliniken des Landes mit ver.di geschlossen haben, soweit die Kosten nicht von den Krankenkassen übernommen werden.²²¹

Gesetzlich ausdrücklich vorgesehen sind solche zusätzlichen Ausgleichsleistungen der Länder und Kommunen neben der Betriebs- und Investitionskostenförderung durch die Sozialleistungsträger und die Länder nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz weder im Bundesrecht noch in den Landeskrankenhausgesetzen.²²² Die Ausgleichsmittel für staatliche Krankenhäuser werden regelmäßig auf der Grundlage untergesetzlicher Betrauungsakte gewährt, die wohl überwiegend dem sog. Musterbetrauungsakt nach dem Süddeutschen Modell folgen²²³ und nur zum Teil veröffentlicht sind.²²⁴ Die Länder bzw. Kommunen betrauen darin von ihnen betriebene Krankenhäuser mit der Erbringung von näher bezeichneten medizinischen Versorgungsleistungen gemäß dem Landeskrankenhausplan oder schlicht

²²¹ <https://www.welt.de/regionales/nrw/article239661711/Laumann-Land-fuer-Entlastungstarifvertrag-an-Unikliniken.html> (letzter Abruf am 12.10.2023).

²²² Vgl. *Bauckhage-Hoffer*, GesR 2009, 393 (394); *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (188): „keine gesetzliche Rückanbindung“; *Koenig/Paul*, EuZW 2009, 844 (848); *Soltész/Puffer-Mariette*, EWS 2006, 438 (443); *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 117.

²²³ Hierzu näher *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 301 ff.; *Bulla*, KommJur 2015, 245 (249).

²²⁴ Zur Intransparenz der Betrauungsakte der Länder und Kommunen s. auch *Bauckhage-Hoffer*, GesR 2009, 393 (394); *Koenig/Vorbeck*, GesR 2007, 347 (348); *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 13, 116.

mit der „bedarfsgerechten Krankenhausversorgung der Bevölkerung“ im Versorgungsgebiet des Landes bzw. der Kommune.²²⁵ Die Betrauung ist – entsprechend Art. 2 Abs. 1 S. 1 DAWI-Freistellungsbeschluss der Kommission²²⁶ – regelmäßig zeitlich befristet, wobei der Betrauungszeitraum nicht notwendig mit der Laufzeit des betreffenden Landeskrankenhausplans übereinstimmt,²²⁷ oder steht unter der Voraussetzung, dass die Versorgung nicht durch andere Träger sichergestellt ist.²²⁸ Als Gegenleistung für die Erbringung der in den Betrauungsakten als „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ bezeichneten Versorgungsleistungen erhalten die staatlichen Krankenhäuser Ausgleichsleistungen von der Kommune oder vom Land.

²²⁵ S. etwa Betrauungsakt des Landes Berlin gegenüber der Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH v. 8.7.2019, ABI. Nr. 6 v. 7.2.2020, S. 676; § 1 Betrauungsakt des Landkreises Calw; Betrauungsakt der Stadt Leverkusen für das Gesamtunternehmen Klinikum Leverkusen; Betrauungsakt der Landeshauptstadt Stuttgart gegenüber dem Klinikum der Landeshauptstadt Stuttgart gKAöR v. 2019.

²²⁶ Beschluss der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21/EU), ABI. L 7/3 v. 11.1.2012.

²²⁷ S. etwa § 2 Abs. 4 Betrauungsakt des Landes Berlin gegenüber der Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH v. 8.7.2019, ABI. Nr. 6 v. 7.2.2020, S. 676, wonach der Betrauungszeitraum 10 Jahre beträgt, während der Krankenhausplan 2020 des Landes Berlin bis zum Jahr 2025 gilt; ebenso § 7 Abs. 2 Betrauungsakt der Landeshauptstadt Stuttgart gegenüber dem Klinikum der Landeshauptstadt Stuttgart gKAöR v. 2019; Betrauung für eine Dauer von 10 Jahren; Betrauungszeitraum von 10 Jahren auch nach § 6 Betrauungsakt des Landkreises Calw.

²²⁸ So z.B. § 1 Abs. 1 Betrauungsakt der Landeshauptstadt Stuttgart gegenüber dem Klinikum der Landeshauptstadt Stuttgart gKAöR v. 2019; Betrauungsakt der Stadt Leverkusen für das Gesamtunternehmen Klinikum Leverkusen; § 3 Abs. 1 Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg (LKHG).

Zum Teil dient der Ausgleich ausweislich der Betrauungsakte der Deckung von Investitionskosten der staatlichen Krankenhäuser; zum Teil werden Betriebskosten finanziert. Manche Betrauungsakte lassen dagegen nicht erkennen, welche Kosten gedeckt werden. Auf die Ausgleichsleistungen besteht nach den Betrauungsakten regelmäßig „kein Rechtsanspruch“.²²⁹

Ein selektiver Defizitausgleich durch Länder nur für staatliche Krankenhäuser ist wegen Verstoßes gegen das bundesgesetzliche und verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot (Grundsatz der Trägervielfalt) rechts- und verfassungswidrig (s. I.). Entsprechendes gilt für einen selektiven Defizitausgleich von Kommunen für kommunale Krankenhäuser; er verstößt gegen das landesgesetzliche und verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung (Grundsatz der Trägervielfalt) (s. II.).

Selektive Defizitausgleiche nur für staatliche Krankenhäuser sind zudem unvereinbar mit EU-Beihilferecht. Ein Defizitausgleich für alle in einen Landeskrankenhausplan aufgenommenen (Plan-)Krankenhäuser ist dagegen beihilferechtlich zulässig. Plankrankenhäuser müssen unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten bei staatlichen Ausgleichsleistungen für die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung gleichbehandelt werden. Dem beihilferechtlichen Gleichbehandlungsgebot wird genügt, wenn auf einen Defizitausgleich für alle Plankrankenhäuser verzichtet wird oder sämtliche (staatlichen, freigemeinnützigen und privaten) Plankrankenhäuser gleichermaßen gefördert werden. Diese beihilferechtlich eröffnete Wahlmöglichkeit kann allerdings den Ländern nach nationalem Recht verschlossen sein. Wenn

²²⁹ S. nur § 3 Abs. 1 S. 2 Betrauungsakt des Landes Berlin gegenüber der Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH v. 8.7.2019, ABl. Nr. 6 v. 7.2.2020, S. 676; § 7 Abs. 1 S. 3 Betrauungsakt des Landkreises Calw.

und soweit Länder staatlichen Plankrankenhäusern Ausgleichsleistungen gewähren, um auf diese Weise ihrer Verpflichtung zur Übernahme der notwendigen Investitionskosten nachzukommen (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG), müssen sie freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäusern wegen des Gebots der Gleichbehandlung einen entsprechenden Ausgleich zahlen (§ 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG, Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG). Allerdings muss sichergestellt sein, dass Ausgleichsleistungen nur wirtschaftlich geführten Häusern zugutekommen und nicht der Unwirtschaftlichkeit staatlicher Krankenhäuser geschuldet sind. Im Gegensatz zu den Ländern sind die Kommunen nach nationalem Recht (über die Krankenhausumlage hinaus) nicht zur Krankenhausfinanzierung verpflichtet. Gewähren sie in Wahrnehmung ihres Selbstverwaltungsrechts eigenen Krankenhäusern – bei einer dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechenden Unternehmensführung – Förderung, müssen sie entweder die Förderung unterlassen bzw. aufheben und rückabwickeln oder freigemeinnützige und private Krankenhäuser gleichermaßen fördern. Scheidet allerdings eine Rückzahlung der kommunalen Krankenhäusern gewährten Finanzmittel wegen tatsächlicher Unmöglichkeit aus, wird dem EU-Beihilferecht nur entsprochen, wenn die Kommunen die Förderung auf freigemeinnützige und private Plankrankenhäuser erstrecken, d.h., ihnen gleiche Ausgleichsleistungen gewähren wie kommunalen Krankenhäusern (s. III.).

I. Unvereinbarkeit eines selektiven Defizitausgleichs der Länder für staatliche Krankenhäuser mit nationalem Recht

1. Grundsätzliche Zulässigkeit eines Defizitausgleichs als Element der Investitionskostenförderung

Fördern Länder staatliche Krankenhäuser über die Betriebs- und Investitionskostenförderung durch Sozialleistungsträger und Länder nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz hinaus durch zusätzliche Ausgleichsleistungen, können sie dadurch ihrer bundesgesetzlichen Verpflichtung zur Übernahme der notwendigen Investitionskosten der staatlichen Häuser (vgl. § 4 Nr. 1 KHG) nachkommen. Gleichen die Länder durch Einzel- und Pauschalförderung nach § 9 KHG oder durch leistungsorientierte Investitionspauschalen gem. § 10 KHG die notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser nicht vollständig aus, stellen zusätzliche Ausgleichszahlungen eine Art Restkostenfinanzierung dar. Der Defizitausgleich ist dann ein Element der Krankenhausförderung der Länder, der dazu dient, die unzureichende trägerneutrale Investitionskostenfinanzierung nach §§ 9 f. KHG für staatliche Häuser zu ergänzen. Voraussetzung ist allerdings, dass Ausgleichsleistungen für Investitionskosten gewährt werden und nur wirtschaftlich geführten Häusern zukommen, also nicht der Unwirtschaftlichkeit staatlicher Krankenhäuser geschuldet sind.²³⁰

Rechtlich problematisch könnte ein Defizitausgleich für staatliche Krankenhäuser allerdings sein, weil ihn das Krankenhausfinanzierungsgesetz nicht ausdrücklich vorsieht. Ob sich ein Defizitausgleich als Einzelförderung i.S.d. § 9 Abs. 1 KHG einordnen

²³⁰ Näher S. 141 f.

lässt, erscheint zweifelhaft. Die Länder sind aus verfassungsrechtlichen Gründen an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) und müssen sich daher bei der Krankenhausfinanzierung an Bundesrecht halten.

Dass der Defizitenausgleich nicht ausdrücklich geregelt sind, bedeutet aber nicht, dass er vom Krankenhausfinanzierungsgesetz nicht gedeckt und daher unzulässig ist. Das Krankenhausfinanzierungsgesetz gibt den Ländern lediglich das „Ob“ der Finanzierung vor, die Übernahme der notwendigen Investitionskosten steht ebenso wie die Betriebskostenfinanzierung durch die Sozialleistungsträger nicht zur Disposition (s. für Investitionskosten § 1 Abs. 1, § 4 Nr. 2, § 9 Abs. 5 KHG). Bei dem „Wie“ der Finanzierung haben die Länder hingegen einen Gestaltungsspielraum. §§ 9 f. KHG nennt zwar einzelne Fördertatbestände, normieren diese aber nicht abschließend. Den Ländern steht nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz ein weiter Spielraum zu, auf welche Art und Weise sie notwendige Investitionskosten der Plankrankenhäuser übernehmen. Sie haben wegen der Gesetzesvorbehalte zugunsten der Länder (s. § 1 Abs. 2 S. 1, § 6 Abs. 4, § 9 Abs. 5, § 11 S. 1 KHG) Wahlfreiheit, wie, d.h. mittels welcher Fördermethode, sie Investitionskostenförderung betreiben. Das bedeutet, dass die Länder nicht nur, wie das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, innerhalb der Fördertatbestände der §§ 9 f. KHG frei wählen und beispielsweise Baukosten i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG statt im Wege der Einzelförderung mittels Investitionsprogramms (§ 9 Abs. 1 KHG) durch Pauschalförderung (s. § 9 Abs. 3 KHG)²³¹ oder leistungsorientierte Investitionspauschalen (§ 10 KHG) fördern können (s. bezogen auf die Wahl zwischen § 9 und § 10 KHG auch § 10 Abs. 1 S. 5 KHG).

²³¹ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 22 ff.

Es steht den Ländern auch frei, sich für eine Fördermethode zu entscheiden, die in §§ 9 f. KHG nicht genannt ist. Es gibt keinen Numerus clausus an Finanzierungsformen im Krankenhausfinanzierungsgesetz.²³² Das Krankenhausfinanzierungsgesetz enthält für die Länder verbindliche Vorgaben nur im Hinblick auf das Ziel, durch Übernahme der notwendigen Investitionskosten eine funktionsgerechte Finanzierung der Plankrankenhäuser zu gewährleisten. Bei der Entscheidung, wie sie dieser Verpflichtung nachkommen, genießen die Länder größtmögliche Gestaltungsfreiheit.²³³ In Wahrnehmung dieser Gestaltungsfreiheit dürfen sich die Länder für eine Förderart wie die Deckung von Jahresfehlbeträgen entscheiden, die §§ 9 f. KHG nicht ausdrücklich nennt.²³⁴

Zu einer solchen weitreichenden Regelungsfreiheit der Länder im Hinblick auf die Art und Weise der Investitionskostenförderung liegen zwar, soweit ersichtlich, keine Gerichtsentscheidungen vor. Sie liegt aber auf der Linie des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zur Wahlfreiheit der Länder bezüglich der Fördermethode i.S.d. §§ 9 f. KHG. Nach den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts hat der Bund im Krankenhausfinanzierungsgesetz auf eine detaillierte Normierung der einzelnen

²³² *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 235; vgl. *Stollmann*, NZS 2004, 350 (358).

²³³ S. 63 ff.

²³⁴ Ebenso *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 235; wohl auch *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 117; anderer Ansicht wohl *Kroll*, Verlustausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser, in: Rühr, Staatsfinanzen, Aktuelle und grundlegende Fragen in Rechts- und Verwaltungswissenschaft, Liber discipulorum Maximilian Wallerath, 2007, S. 51 (52).

Tatbestände für die Investitionsförderung verzichtet²³⁵ und den Ländern damit „größtmögliche Regelungsfreiheit“²³⁶ bei der Wahl der Fördermethode belassen. Eine Ausnahme enthalte nur § 9 Abs. 3 KHG, der für die Wiederbeschaffung kurzfristiger Anlagegüter und kleiner baulicher Maßnahmen einen bestimmten Förderweg (Pauschalförderung) vorschreibe.²³⁷ Für die Förderung der übrigen Anlagegüter sei dagegen eine bestimmte Methode weder verbindlich gemacht noch ausgeschlossen.²³⁸ Auch aus § 9 Abs. 5 KHG („nach Maßgabe des Landesrechts“) ergibt sich die Freiheit der Länder, „Art und Weise der Zielerreichung selbst zu bestimmen.“²³⁹ Von dieser Freiheit der Länder ist das Recht zur Förderung der Investitionskosten der Krankenhäuser mittels einer in §§ 9 f. KHG nicht genannten Fördermethode wie einem Defizitausgleich umfasst.²⁴⁰

Der Defizitausgleich ist daher nicht bereits deshalb rechtswidrig, weil das Krankenhausfinanzierungsgesetz ihn nicht ausdrücklich regelt. Ausgleichsleistungen der Länder zur Investitionskostendeckung sind vielmehr eine Form der Förderung im Sinne des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, für die sie sich in Ausübung ihrer Wahlfreiheit hinsichtlich der Fördermethode entschieden haben. Gewähren Länder staatlichen Krankenhäusern zusätzliche Ausgleichsleistungen zur Deckung von Investitionskosten neben der Investitions- und Betriebskostenförderung der Länder

²³⁵ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 23.

²³⁶ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 23.

²³⁷ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 24.

²³⁸ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 24.

²³⁹ BVerwG, Urt. v. 30.8.2012 – 3 C 18.11, BeckRS 2012, 60286 Rn. 25.

²⁴⁰ Vgl. *Dettling*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 4 KHG Rn. 64, wonach die Länder Krankenhäuser auch durch Übernahme von Schulden fördern können.

und Sozialleistungsträger nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz, können sie damit prinzipiell ihre bundesgesetzliche Verpflichtung zur Übernahme der notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG) erfüllen.

Allerdings muss der Defizitausgleich beschränkt sein auf Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan des Landes aufgenommen sind. Die Entscheidung über die Aufnahme von Krankenhäusern in den Krankenhausplan erfolgt, wie schon dargelegt, in einem wettbewerblichen Verfahren, bei dem das Gebot der Gleichbehandlung aller zur Auswahl stehenden Krankenhäuser gilt (§ 8 Abs. 2 KHG). Nur solange und soweit Krankenhäuser in den Plan eines Landes aufgenommen sind und daher eine Versorgungspflicht für die Bevölkerung haben, darf ihnen ein Defizitausgleich gewährt werden. Das gilt für staatliche Krankenhäuser ebenso wie für freigemeinnützige und private Krankenhäuser. Die Gewährung eines Defizitausgleichs über die Dauer des Landeskrankenhausplans hinaus ist mit § 8 Abs. 2 KHG unvereinbar. Denn damit wäre eine Art Bestandsgarantie für die Krankenhäuser begründet, sie erhielten faktisch Bestandsschutz, was § 8 Abs. 2 KHG zuwiderläuft.²⁴¹

Zudem ist sicherzustellen, dass Länder Krankenhäuser „unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze“ fördern (§ 9 Abs. 5 KHG). Der Staat darf deshalb nicht (tatsächliche) Ist-Kosten, sondern nur (effiziente) Soll-Kosten von Krankenhäusern ausgleichen, was durch Einzelprüfung der Kosten des jeweiligen Krankenhauses oder im Wege einer Vergleichsmarktanalyse zu

²⁴¹ Näher S. 184 ff.

ermitteln ist.²⁴² Die Deckung von Kosten, die der Unwirtschaftlichkeit von Krankenhäusern geschuldet sind, ist rechtswidrig.

2. Unzulässigkeit eines Defizitausgleichs für Betriebskosten?

Defizitausgleiche der Länder für staatliche Krankenhäuser dienen ausweislich der Betrauungsakte zum Teil auch der Deckung von Betriebskosten.²⁴³ Das gilt insbesondere für Betriebskostenzuschüsse, aber auch für die Übernahme der Kosten von Entlastungstarifverträgen, wodurch Personalkosten finanziert werden.

Ausgleichsleistungen der Länder zur Deckung von Betriebskosten der Krankenhäuser erscheinen problematisch, weil die Länder bundesgesetzlich nur zur Übernahme der Investitionskosten der Plankrankenhäuser verpflichtet sind (§ 4 Nr. 1 KHG). Die Finanzierung der Betriebskosten der Krankenhäuser obliegt den Sozialleistungsträgern durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen (§ 4 Nr. 2 KHG).

Dass die Länder nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz keine Finanzierungsverpflichtung für Betriebskosten der Krankenhäuser haben, dürfte allerdings nicht prinzipiell ausschließen, dass sie sich an der Betriebskostenfinanzierung beteiligen. Das wäre nur der Fall, wenn das Krankenhausfinanzierungsgesetz eine abschließende Regelung in dem Sinne träfe, dass über die Investitionskostenförderung hinaus keine weitere Krankenhausfinanzierung durch die Länder erfolgen darf. Ein solches striktes Verbot ist jedenfalls dem Text des Krankenhausfinanzierungsge-

²⁴² Vgl. bei Fn. 72.

²⁴³ S. oben bei Fn. 229.

setzes nicht zu entnehmen. § 1 Abs. 1 KHG verlangt die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, um eine qualitativ hochwertige, patienten- und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu gewährleisten. Im Interesse dieses Ziels läge es, wenn man den Ländern gestattete, über ihre bundesgesetzliche Finanzierungspflicht für die Investitionskosten hinaus auch Betriebskosten der Krankenhäuser zu finanzieren.

Ein Verbot der Betriebskostenfinanzierung mittels Defizitausgleichs könnte sich für die Länder aber aus den bundesgesetzlichen Regelungen über Sicherstellungszuschläge der Sozialleistungsträger für Krankenhäuser ergeben. Zur Sicherstellung einer für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Vorhaltung von Leistungen, die aufgrund geringen Versorgungsbedarfs mit den auf Bundesebene vereinbarten Fallpauschalen und Zusatzentgelten nicht kostendeckend finanzierbar ist, vereinbaren der Krankenhausträger und die Sozialleistungsträger bzw. Arbeitsgemeinschaften von Sozialleistungsträgern (§ 5 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 11 KHEntgG) unter Erfüllung der Vorgaben des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) nach § 136c Abs. 3 SGB V Sicherstellungszuschläge nach § 17b Abs. 1a Nr. 6 KHG (§ 5 Abs. 2 S. 1 KHEntgG). Voraussetzung für die Vereinbarung eines Sicherstellungszuschlags ist, dass das Krankenhaus für das Kalenderjahr vor der Vereinbarung ein Defizit in der Bilanz ausweist (§ 5 Abs. 2 S. 4 KHEntgG). Die zuständige Landesbehörde prüft auf Antrag einer Vertragspartei, ob die Vorgaben für die Vereinbarung eines Sicherstellungszuschlags erfüllt sind, und entscheidet, ob ein Sicherstellungszuschlag zu vereinbaren ist; sie hat dabei auch zu prüfen, ob die Leistung durch ein anderes geeignetes Krankenhaus, das diese Leistungsart bereits erbringt, ohne Zuschlag erbracht werden kann § 5 Abs. 2 S. 5

KHEntgG). Die begünstigten Krankenhäuser sind in einer Liste nach § 9 Abs. 1a Nr. 6 KHEntgG genannt. § 5 Abs. 2a KHEntgG legt die Höhe der zusätzlichen Finanzierung fest, auf die ein in die Liste nach § 9 Abs. 1a Nr. 6 KHEntgG aufgenommenes Krankenhaus Anspruch hat.

Diese Sicherstellungszuschläge i.S.d. § 5 Abs. 2 KHEntgG i.V.m. § 17b Abs. 1 Nr. 6 KHG stellen eine Art Defizitausgleich der Sozialleistungsträger dar, den sie Krankenhäusern zur Sicherstellung einer für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Vorkhaltung von Krankenhausleistungen, die wegen geringen Versorgungsbedarfs nicht aus den Fallpauschalen und Zusatzentgelten finanzierbar sind, gewähren und durch Erlöse aus den Pflegesätzen (s. § 4 Nr. 2 KHG) finanzieren. Neben diesem speziellen Defizitausgleich durch die Sozialleistungsträger könnte ein weiterer Defizitausgleich der Länder unzulässig sein. Der Bund hat in § 5 Abs. 2 KHEntgG i.V.m. § 17b Abs. 1 Nr. 6 KHG die Gewährung von Zuschlägen zur Betriebskostenfinanzierung zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung bei geringem Versorgungsbedarf wohl abschließend geregelt.

§ 5 Abs. 2 KHEntgG i.V.m. § 17b Abs. 1 Nr. 6 KHG könnte Sperrwirkung für einen Defizitausgleich der Länder aber nur entfalten, soweit der Ausgleich zu demselben Zweck erfolgt. Die Ausgleichsleistungen der Länder dienen anders als die Sicherstellungszuschläge nicht der Abwehr von Gefahren für die Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung aufgrund geringer Einwohnerdichte im Einzugsbereich der Krankenhäuser. Länder gewähren staatlichen Krankenhäusern einen Defizitausgleich vielmehr als Gegenleistung dafür, dass die Häuser durch Betrauungsakt zur Sicherstellung der bedarfsgerechten medizinischen Versorgung der Bevölkerung und einem entsprechenden Betrieb

verpflichtet sind.²⁴⁴ Die Sicherstellungszuschläge der Sozialleistungsträger und der Defizitausgleich der Länder dienen mithin verschiedenen Zwecken. Das mag dafür sprechen, dass die abschließende bundesgesetzliche Regelung der Sicherstellungszuschläge in § 5 Abs. 2 KHEntgG i.V.m. § 17b Abs. 1 Nr. 6 KHG einen Defizitausgleich der Länder für Betriebskosten der Krankenhäuser nicht ausschließt. Verbindlich entschieden ist diese Frage nicht.

In jedem Fall gilt auch insoweit der haushaltsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, der in sämtlichen Landesverfassungen²⁴⁵ und Landeshaushaltsordnungen²⁴⁶ geregelt ist. Aus ihm folgt, dass die öffentliche Hand zunächst ihren finanzwirksamen gesetzlichen Verpflichtungen, d.h. ihren Pflichtaufgaben nachkommen muss, bevor sie weitere, fakultative Aufgaben übernimmt. Das bedeutet, dass die Länder ihre gesetzliche (s. § 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG) und verfassungsrechtliche (Art. 12 Abs. 1 GG für freigemeinnützige und private Krankenhäuser) Pflichtaufgabe der Übernahme aller notwendigen Investitionskosten gegenüber sämtlichen Plankrankenhäusern erfüllen müssen, bevor sie sich an der Betriebskostenfinanzierung beteiligen dürfen. Dieser Verpflichtung zur (primären) Erfüllung ihrer Finanzierungspflicht für die notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser sind die Länder in den letzten Jahren nicht nachgekommen.²⁴⁷

²⁴⁴ S. 124 ff.

²⁴⁵ S. nur Art. 95 Abs. 3 S. 1 Verfassung von Berlin; Art. 86 Abs. 2 S. 1 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen.

²⁴⁶ S. etwa § 7 LHO Berlin; § 7 LHO Nordrhein-Westfalen.

²⁴⁷ S. 98 ff.

Sofern man in einem Defizitausgleich der Länder zur Finanzierung von Betriebskosten staatlicher Krankenhäuser einen Verstoß gegen das Krankenhausfinanzierungsgesetz (§ 4 KHG, § 5 Abs. 2 KHEntgG i.V.m. § 17b Abs. 1 Nr. 6 KHG) sieht, ist der Ausgleich wegen Verstoßes gegen Bundesrecht rechtswidrig und verfassungswidrig (Art. 31 GG). In diesem Fall steht freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern kein (gesetzlicher und verfassungsrechtlicher) Anspruch gegen die Länder auf einen entsprechenden Ausgleich von Betriebskosten zu.²⁴⁸ Nach allgemeiner Ansicht gibt es keinen Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“.²⁴⁹ Nicht-staatliche Krankenhäuser können in diesem Fall daher nur Unterlassungsansprüche gegen die Länder aus dem Institut des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs und aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG geltend machen. Auch erscheint es denkbar, dass freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und aus Art. 12 Abs. 1 GG Ansprüche auf den Ausgleich von Betriebskostenverlusten gegen die Sozialleistungsträger zustehen; diese Frage kann hier aber nicht geklärt werden.

3. Defizitausgleich nur bei Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze durch die Krankenhäuser

Wie dargelegt, sind die Länder zwar verpflichtet, die notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser zu übernehmen

²⁴⁸ Zum Anspruch auf Defizitausgleich zwecks Investitionskostenfinanzierung S. 191 ff.

²⁴⁹ Statt aller BVerfGE 50, 142 (166); *Thiele*, in: Brosius-Gersdorf, Dreier-GGK, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 1 Rn. 76; *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 218.

(§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG, Art. 12 Abs. 1 GG). Das gilt allerdings nur unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze durch die zu fördernden Häuser (§ 9 Abs. 5 KHG). Wegen § 9 Abs. 5 KHG, aber auch nach den landesrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit²⁵⁰ dürfen die Länder nicht (tatsächliche) Ist-Kosten, sondern nur (effiziente) Soll-Kosten der Plankrankenhäuser tragen.

Voraussetzung für einen Defizitausgleich ist demnach die Ermittlung der Soll-Kosten durch eine Einzelkostenprüfung oder ein Vergleichsmarktkonzept.²⁵¹ Vor einem Defizitausgleich müssen die Länder daher prüfen, ob das von den Krankenhäusern ausgewiesene Defizit unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze erforderlich ist. Kommen die Länder dieser Prüfpflicht nicht nach, ist ein Defizitausgleich wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 5 KHG und gegen den landesrechtlichen Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit rechtswidrig und deshalb zu unterlassen bzw. aufzuheben und rückabzuwickeln.

4. Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt?

Rechtliche Bedenken gegen einen Defizitausgleich von Ländern unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts dürfen nicht verfangen. Es ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen bei Wirtschaftssubventionen des Staates, zumal für öffentliche Unternehmen, ein (mittelbar-faktischer) Grundrechtseingriff (Art. 12 Abs. 1 GG) vorliegt und deshalb der

²⁵⁰ S. bereits oben bei und in Fn. 245, 246.

²⁵¹ Näher bei Fn. 72.

Gesetzesvorbehalt zum Tragen kommt.²⁵² Zum Teil wird für einen Grundrechtseingriff durch Wirtschaftssubventionen des Staates eine Beeinträchtigung der Fähigkeit nicht begünstigter Unternehmen zur Teilnahme am Wettbewerb, d.h. zu wirtschaftlicher Betätigung gefordert.²⁵³ Nach anderer Ansicht soll maßgeblich sein, ob die einseitige Subventionierung eines Konkurrenten zu einer Verzerrung der Wettbewerbslage führt und die wirtschaftliche Stellung des nicht begünstigten Unternehmens unerträglich und unzumutbar schädigt.²⁵⁴ Wiederum andere verlangen eine Wettbewerbsverzerrung, die nicht begünstigten Unternehmen auf Dauer keine Chance lässt,²⁵⁵ oder eine voraussehbare und in Kauf genommene schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung²⁵⁶.

Soweit der Gesetzesvorbehalt für den Defizitausgleich von Ländern gilt, was sich nur anhand des Einzelfalles beurteilen lässt, wird ihm regelmäßig durch den Haushaltsplan des Landes entsprochen, der als (Haushalts-)Gesetz ergeht.²⁵⁷ Nach tradierter Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum genügt grundsätz-

²⁵² Eingehend zum Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum *Wollenschläger*, in Brosius-Gersdorf, Dreier-GGK; Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 12 Rn. 86 f.

²⁵³ BVerwG, Urt. v. 23.3.1982 – 1 C 157/79, Rn. 34 (juris).

²⁵⁴ OVG Münster, NVwZ 2003, 1520 (1524); OVG Münster, NVwZ-RR 2005, 198 (200).

²⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 13.5.2004 – 3 C 45/03, Rn. 23 (juris).

²⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 17.12.1991 – 1 C 5/88, Rn. 17 (juris) mit weiteren Nachweisen.

²⁵⁷ S. nur Art. 101 Abs. 3 S. 1 Verfassung des Landes Brandenburg; Art. 79 Abs. 2 S. 1 Verfassung des Landes Baden-Württemberg; Art. 8 Abs. 3 S. 1 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen; Art. 93 Abs. 2 S. 1 Verfassung des Freistaates Sachsen, Vgl. Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG.

lich im Bereich der Leistungsverwaltung des Staates das Haushaltsgesetz als gesetzliche Grundlage.²⁵⁸ Eine weitergehende, förmliche parlamentsgesetzliche Regelung wird zum Teil dann gefordert, wenn sich die Subventionierung Privater auf die Verwirklichung der Grundrechte von Konkurrenten (intensiv) auswirkt.²⁵⁹ Dies wird insbesondere bei Verdrängungs- oder Auszehrungskonkurrenz durch staatliche Subventionen für (namentlich öffentliche) Unternehmen angenommen.²⁶⁰ Gemeint ist damit wohl, dass bei einer intensiven Behinderung des Wettbewerbs durch den Staat eine bereichsspezifische Gesetzesregelung, d.h. ein die Mittelvergabe konkret regelndes Parlamentsgesetz erforderlich ist.²⁶¹

Diese Problemkreise können dahingestellt bleiben, wenn das Haushaltsgesetz eine solche bereichsspezifische Ermächtigungsgrundlage für die Mittelvergabe enthält. Das ist der Fall, wenn das Haushaltsgesetz bestimmt, welches Unternehmen in welchem Umfang vom Land staatliche Mittel zu welchem Förderzweck erhält. Zum Teil wird weitergehend verlangt, dass auch

²⁵⁸ Vgl. nur BVerwGE 58, 45 (48); 90, 112 (126); *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 101. EL Mai 2023, Art. 20 Abs. 3 Rn. 118 mit weiteren Nachweisen insbesondere aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 75.

²⁵⁹ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 101. EL Mai 2023, Art. 20 Abs. 3 Rn. 119; unklar *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 111, der bei spürbarer Beeinträchtigung von Konkurrenten eine „formellgesetzliche Ermächtigung“ verlangt; vgl. auch BVerwGE 90, 112 (126).

²⁶⁰ Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 101. EL Mai 2023, Art. 20 Abs. 3 Rn. 119 mit weiterem Nachweis.

²⁶¹ In diesem Sinne wohl auch *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 112: kein „Gesetz, welches pauschal und allgemein zur Subventionsvergabe ermächtigt“.

die Tatbestände zu regeln sind, an die die Subvention geknüpft ist.²⁶²

Eine solche bereichsspezifische Mittelregelung findet sich in Landeshaushaltsplänen. So enthält beispielsweise der Haushaltsplan des Landes Berlin für die Haushaltsjahre 2022/2023 Haushaltstitel, die Mittel in bestimmter Höhe für die allgemeine Investitionskostenförderung des Landes für staatliche, freigemeinnützige und private Krankenhäuser ausweisen. Der Haushaltsplan des Landes Berlin regelt im Einzelnen, in welcher Höhe (namentlich genannte) Krankenhäuser des Landes Berlin sowie Krankenhäuser nicht-öffentlicher Träger Investitionspauschalen i.S.d. § 10 KHG vom Land erhalten.²⁶³ Darüber hinaus regelt der Haushaltsplan aber auch, dass die staatlichen Krankenhäuser wie die Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH weitere Fördermittel in bestimmter Höhe zum Ausgleich von Jahresfehlbeträgen sowie zur Eigenkapitalzuführung bekommen.²⁶⁴ Mit dieser konkreten Regelung des Defizitausgleichs des Landes Berlin für die Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH im Haushaltsplan dürfte dem Gesetzesvorbehalt entsprochen sein. Dass der Tatbestand, d.h. die Voraussetzungen, an die die Fördermittel geknüpft sind, im Haushaltsplan nicht näher geregelt ist, erscheint

²⁶² So BVerwGE 90, 112 (126).

²⁶³ Haushaltsplan von Berlin für die Haushaltsjahre 2022/2023, Bd. 9 Einzelplan 09, Titel 89102 auf S. 150 und 155 f. (Investitionspauschale für Vivantes) Titel 89218 auf S. 153 und 157 (Investitionspauschale für Krankenhäuser nicht-öffentlicher Träger), file:///C:/Users/frauk/Downloads/band09_2022_2023_epl-09.pdf (letzter Abruf am 8.11.2023).

²⁶⁴ Haushaltsplan von Berlin für die Haushaltsjahre 2022/2023, Bd. 14 Einzelpläne 15, 27, 29, Titel 68283 auf S. 374 (Zuschuss an die Vivantes GmbH zum Ausgleich von Jahresfehlbeträgen) und Titel 83132 auf S. 375 (Kapitalzuführung an die Vivantes GmbH), file:///C:/Users/frauk/Downloads/band14_2022_2023_epl-15-27-29.pdf (letzter Abruf am 8.11.2023).

unschädlich, weil darin die Voraussetzungslosigkeit der Förderung zum Ausdruck kommt. Hierzu erscheint allerdings auch ein anderes Ergebnis vertretbar.

5. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot (Grundsatz der Trägervielfalt)

Wie gezeigt, stellen Defizitausgleiche der Länder zur Investitionskostenfinanzierung prinzipiell eine Form der Investitionskostenförderung im Sinne des Krankenhausfinanzierungsgesetzes dar, wenn und soweit nur (Soll-)Kosten von nach kaufmännischen Grundsätzen, d.h. wirtschaftlich geführten Unternehmen gedeckt werden.²⁶⁵ Solche unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots gewährten Ausgleichszahlungen sind grundsätzlich sogar notwendig, wenn die Investitionskostenförderung gem. §§ 9 f. KHG die bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser nicht vollständig deckt.

Ein selektiver Defizitausgleich nur für staatliche Krankenhäuser verstößt aber gegen das aus dem gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Grundsatz der Trägervielfalt folgende Gebot der Gleichbehandlung von staatlichen mit freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern.²⁶⁶ Dieses Gleichbehandlungsgebot ist einfachgesetzlich in § 1 Abs. 2 KHG festgelegt. Gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KHG ist bei der Durchführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten. Hieran anknüpfend bestimmt § 1 Abs. 2 S. 2 KHG, dass nach

²⁶⁵ S. 132 ff.

²⁶⁶ Vgl. auch *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 120.

Maßgabe des Landesrechts insbesondere die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten ist, worin eine Privilegierung nicht-staatlicher Krankenhäuser gegenüber staatlichen Krankenhäusern gesehen wird.²⁶⁷ Für die vorgelagerte Stufe der Aufnahme in den Krankenhausplan bestimmt § 8 Abs. 2 S. 2 KHG, dass bei notwendiger Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern die zuständige Landesbehörde unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenhausträger nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet, welches Krankenhaus den Zielen der Krankenhausplanung des Landes am besten gerecht wird; die Vielfalt der Krankenhausträger ist (nur) dann zu berücksichtigen, wenn die Qualität der erbrachten Leistungen der Einrichtungen gleichwertig ist (§ 8 Abs. 2 S. 2 KHG). Entsprechend ist nach § 109 Abs. 2 S. 2 SGB V bei notwendiger Auswahl zwischen mehreren geeigneten Krankenhäusern, die sich um den Abschluss eines Versorgungsvertrags bewerben, von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen gemeinsam unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenhausträger nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, welches Krankenhaus den Erfordernissen einer qualitativ hochwertigen, patienten- und bedarfsgerechten sowie leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhausbehandlung am besten gerecht wird. Und gem. § 2 Abs. 3 S. 1 SGB V ist bei der Auswahl der Leistungserbringer ihre Vielfalt zu beachten.

Mit dem gesetzlichen Grundsatz der Trägervielfalt (s. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG; vgl. § 8 Abs. 2 S. 2 KHG, § 2 Abs. 3 S. 1, § 109

²⁶⁷ Eingehend *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 82 ff.

Abs. 2 S. 2 SGB V) hat der Gesetzgeber entschieden, dass Krankenhausbehandlung durch eine Vielzahl von im Wettbewerb stehenden Krankenhausträgern erbracht wird. Aus diesem Gebot der Trägerpluralität folgt die Verpflichtung des Staates, alle Plankrankenhäuser ungeachtet ihrer Trägerschaft grundsätzlich gleichzubehandeln.²⁶⁸ Dieses gesetzliche Gebot der Gleichbehandlung der Krankenhäuser gilt bereits bei der Entscheidung über die Aufnahme in den Landeskrankenhausplan (s. § 8 Abs. 2 S. 2 KHG, s. auch § 109 Abs. 2 S. 2 SGB V), es gilt aber ebenso für die Finanzierung der Plankrankenhäuser (s. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG). Gleichen Länder Defizite von Plankrankenhäusern aus, sind sie unter dem Gesichtspunkt der Trägervielfalt, d.h. der Gleichbehandlung verpflichtet, den Defizitausgleich sämtlichen Plankrankenhäusern ungeachtet ihrer Trägerschaft zu gewährleisten.

Der Grundsatz der Trägerpluralität und Vielfaltsicherung ist überdies in den Krankenhausgesetzen der Länder²⁶⁹ verankert. Vor allem aber ist er auch verfassungsrechtlich gesichert durch die Grundrechte freigemeinnütziger und privater Krankenhausträger aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichheitssatz).²⁷⁰

²⁶⁸ *Soltész/Puffer-Mariette*, EWS 2006, 438 (442); vgl. auch *Ihle*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 5, wonach der Grundsatz der Trägervielfalt verbietet, staatlichen Trägern grundsätzlichen Vorrang einzuräumen vor freigemeinnützigen und privaten Trägern.

²⁶⁹ S. etwa § 1 Abs. 2 Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg (LKHG); § 1 Abs. 3 Zweites Gesetz zur Weiterentwicklung des Krankenhauswesens in Hessen (Hessisches Krankenhausgesetz 2011 – HKHG 2011).

²⁷⁰ Zum verfassungsrechtlichen Schutz des Grundsatzes der Trägervielfalt durch Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG bei der Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern bei der Aufnahme in den Landeskrankenhausplan

Gegen das gesetzliche und verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung der Plankrankenhäuser bei der Förderung verstoßen Länder, wenn sie Investitionskostendefizite nur bei staatlichen Krankenhäusern ausgleichen. Gewährt der Staat seinen eigenen Krankenhäusern bei wirtschaftlichem Betrieb einen Defizitausgleich für Investitionskosten, muss er freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern einen entsprechenden Ausgleich leisten. Ein selektiver Ausgleich allein für staatliche Krankenhäuser ist mit dem gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Gebot der Gleichbehandlung unvereinbar und somit rechts- und verfassungswidrig.

Dieser durch eine selektive Investitionskostenförderung staatlicher Krankenhäuser bewirkte Rechts- und Verfassungsverstoß lässt sich regelmäßig nicht dadurch ausräumen, dass die Länder auf den Defizitausgleich für staatliche Häuser verzichten. Zwar würde eine Abschaffung des Defizitausgleichs für staatliche Krankenhäuser für eine Gleichbehandlung aller Krankenhäuser sorgen. Ein Defizitausgleich für staatliche Krankenhäuser ist aber, sofern diese wirtschaftlich betrieben werden, erforderlich, um dem gesetzlichen Gebot funktionsgerechter Krankenhausfinanzierung (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1 KHG) zu entsprechen. Kommen die Länder ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Übernahme aller bei wirtschaftlichem Betrieb notwendigen Investitionskosten der

BVerfG, NJW 2004, 1648 (1649); zum Anspruch freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser auf gleichheitskonforme Teilhabe an Vergütung und Planung aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG s. auch *Wollenschläger*, Gutachten für das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, das Ministerium für Justiz und Gesundheit des Landes Schleswig-Holstein und das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen zur Frage der Verfassungskonformität der Reform der Krankenhausplanung auf der Basis der dritten Stellungnahme und Empfehlung der Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung „Grundlegende Reform der Krankenhausvergütung“, 2023, S. 3.

staatlichen Krankenhäuser (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG) durch Förderung gem. §§ 9 f. KHG nicht nach, müssen sie weitere Fördermaßnahmen ergreifen, um die Investitionskosten vollständig zu decken und ihre gesetzliche Förderpflicht zu erfüllen. Ist aber ein Defizitausgleich zugunsten staatlicher Häuser nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und dem Grundgesetz geboten, verlangt das Gebot der Gleichbehandlung eine entsprechende Finanzierung freigemeinnütziger und privater Häuser. Freigemeinnützige und private Plankrankenhäuser erhalten von den Ländern ebenfalls keine ausreichende Investitionskostenförderung nach §§ 9 f. KHG. Die Förderung nach §§ 9 f. KHG ist für alle Plankrankenhäuser unzureichend. Freigemeinnützige und private Krankenhäuser haben somit gegen die Länder einen Anspruch auf Defizitausgleich nicht nur wegen des gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Gebots funktionsgerechter Finanzierung gem. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG und aus Art. 12 Abs. 1 GG. Vielmehr steht ihnen dieser Anspruch auch wegen des gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Gebots der Gleichbehandlung gem. § 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG sowie aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG zu.

Diesem aus nationalem Recht folgenden Anspruch freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser gegen das Land auf gleiche Ausgleichsleistungen wie für staatliche Krankenhäuser steht das EU-Beihilferecht nicht entgegen. Zwar stellt ein selektiver Defizitausgleich eines Landes für staatliche Krankenhäuser eine mit Art. 107 Abs. 1 AEUV unvereinbare Beihilfe dar.²⁷¹ Dieser Verstoß gegen das EU-Beihilferecht kann aber nicht nur dadurch behoben werden, dass die staatliche Maßnahme (unterlassen bzw.) aufgehoben und rückabgewickelt wird. Vielmehr ist dem

²⁷¹ Dazu im Einzelnen S. 159 ff.

EU-Beihilferecht auch entsprochen, wenn das Land freigemeinnützige und private Plankrankenhäuser gleichermaßen fördert wie staatliche Häuser.²⁷² Durch eine Erstreckung selektiver Ausgleichsleistungen für Investitionskosten auf freigemeinnützige und private Krankenhäuser lässt sich also sowohl dem EU-Beihilferecht Rechnung tragen als auch der Verpflichtung der Länder, die Investitionskosten aller Plankrankenhäuser vollständig zu decken.

Bei der Geltendmachung des derivativen Anspruchs auf Gleichbehandlung in Bezug auf zusätzliche Ausgleichsleistungen eines Landes können die freigemeinnützigen und privaten Krankenhäuser Darlegungspflichten treffen. Sie können gehalten sein darzutun, dass sie die Voraussetzungen der betreffenden Ausgleichsmaßnahme ebenso erfüllen wie das geförderte staatliche Krankenhaus. Bei einer Finanzhilfe zur Abwendung einer Insolvenz eines staatlichen Krankenhauses kann daher eine vergleichbare Insolvenzgefährdung auch beim privaten bzw. freigemeinnützigen Krankenhaus darzutun sein. Erhält ein staatliches Krankenhaus hingegen vom Land Ausgleich, ohne dass besondere Bedingungen gelten (z.B. bedingungsloser Investitionszuschuss oder Erhöhung der Eigenkapitalquote), steht privaten und freigemeinnützigen Krankenhäusern ein Ausgleichsanspruch ebenfalls ohne Weiteres zu. Die Einzelheiten der Darlegungslast für freigemeinnützige und private Krankenhäuser sind anhand der jeweiligen Ausgleichsmaßnahme und ihrer Auszahlungsbedingungen für staatliche Häuser zu klären.

²⁷² Dazu im Einzelnen S. 159 ff.

Es sei aber nochmals darauf hingewiesen, dass freigemeinnützige und private Krankenhäuser gegen die Länder bereits originäre Förderansprüche auf funktionsgerechte Finanzierung nach § 8 Abs. 1 S. 1 KHG und aus Art. 12 Abs. 1 GG haben. Kommen die Länder dieser Finanzierungspflicht nach, stellt sich die Frage nach weiteren, derivativen Ansprüchen auf Defizitausgleich im Grunde genommen nicht mehr.

II. Unvereinbarkeit eines selektiven Defizitausgleichs von Kommunen für kommunale Krankenhäuser mit nationalem Recht

1. Grundsätzliche Zulässigkeit eines Defizitausgleichs als Element kommunaler Selbstverwaltung

Wie bereits gezeigt, sind die Gemeinden gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und die Gemeindeverbände (Landkreise) gem. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht berechtigt, eigene ebenso wie freigemeinnützige und private Krankenhäuser zu finanzieren. Dieses Finanzierungsrecht ist Ausdruck ihrer verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, die die Aufgabe umfasst, die Krankenhausversorgung sicherzustellen. Anders als die Sozialleistungsträger und die Länder, denen die Finanzierung der Krankenhäuser durch das Krankenhausfinanzierungsgesetz verbindlich aufgetragen ist (gesetzliche Pflichtaufgabe), begründet Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht (Gemeindeverbände) allerdings keine Pflichtaufgabe der Kommunen. Die Kommunen entscheiden vielmehr kraft ihres verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsrechts grundsätzlich autonom darüber, ob und

in welchem Umfang sie Krankenhäuser fördern.²⁷³ Das Recht der Kommunen zur Krankenhausfinanzierung besteht dabei – ebenso wie die Finanzierungspflicht der Länder – nur im Rahmen und nach Maßgabe des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, der in sämtlichen Landesverfassungen²⁷⁴ und Landeshaushaltsordnungen²⁷⁵ geregelt ist und überdies in den Kommunalgesetzen (Gemeinde- und Kreisordnungen) Platz hat²⁷⁶. Die Kommunen dürfen deshalb nur (Soll-)Kosten von nach kaufmännischen Grundsätzen, d.h. wirtschaftlich geführten Unternehmen decken.²⁷⁷ Gewähren Kommunen ihren Krankenhäusern Ausgleichsleistungen unter Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, ist die Leistungsgewährung rechtswidrig und deshalb zu unterlassen bzw. aufzuheben und rückabzuwickeln.²⁷⁸

2. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot (Grundsatz der Trägervielfalt)

Sofern Kommunen in Wahrnehmung ihres Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht (Gemeindeverbände) wirtschaftlich geführte kommunale Krankenhäuser finanziell unterstützen, sind sie zur Gleichbehandlung von freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern verpflichtet, die ebenfalls

²⁷³ S. im Einzelnen S. 27 ff.

²⁷⁴ S. nur Art. 95 Abs. 3 S. 1 Verfassung von Berlin; Art. 86 Abs. 2 S. 1 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen.

²⁷⁵ S. etwa § 7 LHO Berlin; § 7 LHO Nordrhein-Westfalen.

²⁷⁶ S. nur § 75 Abs. 1 S. 1 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW); § 53 Abs. 1 Kreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (KrO NRW) i.V.m. § 75 Abs. 1 S. 1 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW).

²⁷⁷ Vgl. bei Fn. 72 und S. 141 f.

²⁷⁸ Vgl. S. 141 f.

die Versorgung der Gemeindebevölkerung mit Krankenhausdienstleistungen sicherstellen. Dieses Gleichbehandlungsgebot bei der Krankenhausfinanzierung folgt für die Kommunen aus dem landesgesetzlichen Gebot der Trägervielfalt.²⁷⁹ Denn die Kommunen vollziehen bei der freiwilligen Förderung von Krankenhäusern Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. der landeskrankenhausgesetzlichen Aufgabenregelung der Sicherstellung der Krankenhausversorgung. Überdies folgt die Verpflichtung der Kommunen zur Gleichbehandlung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser mit kommunalen Krankenhäusern bei der Förderung aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (verfassungsrechtliches Prinzip der Trägervielfalt). Sowohl aus dem landesgesetzlichen Prinzip der Trägervielfalt als auch aus Art. 3 Abs. 1 GG folgen subjektiv-rechtliche Ansprüche der freigemeinnützigen und privaten Krankenhäuser auf Gleichbehandlung durch die Kommunen. Sofern daher die Kommunen in Wahrnehmung ihrer Selbstverwaltungsaufgabe aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht (Gemeindeverbände) eigene Krankenhäuser fördern, müssen sie freigemeinnützige und private Krankenhäuser gleichermaßen fördern. Ein selektiver Defizitausgleich nur für kommunale Krankenhäuser ist wegen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot rechts- und verfassungswidrig.

Dem landesgesetzlichen und verfassungsrechtlichen (Art. 3 Abs. 1 GG) Gleichbehandlungsgebot kann prinzipiell dadurch entsprochen werden, dass die Kommunen die Förderung eigener Krankenhäuser unterlassen bzw. eine gewährte Förderung aufheben und rückabwickeln. Hierin besteht ein Unterschied zu

²⁷⁹ Nachweise in Fn. 35.

den Ländern, die nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz zur Übernahme der Investitionskosten der Plankrankenhäuser verpflichtet sind. Eine solche originäre Förderpflicht besteht für die Kommunen (abgesehen von der Krankenhausumlage) nicht.²⁸⁰ Die Kommunen können dem Gebot der Gleichbehandlung aller Plankrankenhäuser daher dadurch entsprechen, dass sie auf eine Förderung eigener Häuser verzichten oder die Förderung auf freigemeinnützige und private Häuser erstrecken. Mit Blick auf diese Optionsspielräume der Kommunen steht freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern gegen die Kommunen grundsätzlich kein Anspruch auf gleiche Förderung zu, sondern nur ein Anspruch auf Unterlassung der selektiven, d.h. einseitigen Förderung kommunaler Krankenhäuser oder auf Feststellung der Unvereinbarkeit des selektiven Defizitausgleichs mit dem Gleichbehandlungsgebot zu.

Diese nach dem nationalen Recht eröffnete Wahlmöglichkeit der Kommunen (Verzicht auf selektiven Defizitausgleich oder gleiche Förderung aller Plankrankenhäuser) steht mit dem EU-Beihilferecht in Einklang. Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet den Mitgliedstaaten nur einen einseitigen Ausgleich für kommunale Plankrankenhäuser, erlaubt aber eine gleiche Förderung aller Plankrankenhäuser, also eine Einbeziehung der freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäuser in den Ausgleich.²⁸¹

Eine Rückzahlung von in der Vergangenheit gewährten selektiven Ausgleichsleistungen der Kommunen für eigene Krankenhäuser kann allerdings in der Praxis wegen tatsächlicher Unmög-

²⁸⁰ S. 27 ff.

²⁸¹ Eingehend S. 159 ff.

lichkeit ausscheiden. Die begünstigten kommunalen Krankenhäuser haben die empfangenen Mittel regelmäßig verbraucht und werden ggf. nicht über anderweitige Mittel zur Erstattung des Defizitausgleichs verfügen. Der Europäische Gerichtshof und die Kommission erkennen an, dass in Fällen absoluter Unmöglichkeit der Umsetzung eines Rückforderungsbeschlusses eine Rückabwicklung von unionsrechtsrechtswidrigen Beihilfen ausscheidet.²⁸² Es gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts, dass niemand zu Unmöglichem verpflichtet ist,²⁸³ wobei an eine absolute Unmöglichkeit strenge Anforderungen gestellt werden.²⁸⁴ In solchen Fällen wird dem EU-Beihilferecht nur entsprochen, wenn freigemeinnützige und private Plankrankenhäuser gleichermaßen gefördert werden wie kommunale Plankrankenhäuser.

Ebenso wie bei einem Defizitausgleich von Ländern muss aber auch ein Defizitausgleich von Kommunen begrenzt sein auf die Planperiode des jeweiligen Landeskrankenhausplans. Gewähren die Kommunen Krankenhäusern Ausgleichsleistungen über

²⁸² EuGH, NVwZ 2001, 310 (312 f.); EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-622/16 P bis C-624/16 P, BeckRS 2018, 27420, Rn. 78 ff. (Scuola Elementare Maria Montessori/Kommission) mit weiteren Nachweisen; Ziff. 2.4.1.4. Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen (2019/C 247/01), ABl. C 247/1 v. 23.7.2019.

²⁸³ EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-622/16 P bis C-624/16 P, BeckRS 2018, 27420, Rn. 79 (Scuola Elementare Maria Montessori/Kommission); Ziff. 2.4.1.4. Rn. 47 Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen (2019/C 247/01), ABl. C 247/1 v. 23.7.2019.

²⁸⁴ Ziff. 2.4.1.4. Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen (2019/C 247/01), ABl. C 247/1 v. 23.7.2019.

die Dauer des Krankenhausplans hinaus, verstoßen sie gegen § 8 Abs. 2 KHG.²⁸⁵

Bei der Geltendmachung eines derivativen Anspruchs auf Gleichbehandlung bei der Gewährung von Defizitausgleich einer Kommune können freigemeinnützige und private Krankenhäuser Darlegungspflichten treffen. Sie können gehalten sein darzutun, dass sie die Voraussetzungen der betreffenden Ausgleichsmaßnahme ebenso erfüllen wie das geförderte kommunale Krankenhaus. Erhält ein kommunales Krankenhaus hingegen einen Ausgleich, ohne dass besondere Bedingungen gelten, steht privaten und freigemeinnützigen Krankenhäusern ein Ausgleichsanspruch ebenfalls ohne Weiteres zu. Die Einzelheiten der Darlegungslast für freigemeinnützige und private Krankenhäuser sind anhand der jeweiligen Ausgleichsmaßnahme und ihrer Auszahlungsbedingungen für kommunale Häuser zu klären.²⁸⁶

3. Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt?

Ebenso wie bei den Ländern dürfte auch bei den Kommunen ein Defizitausgleich nicht deshalb rechtswidrig sein, weil er gegen den verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt verstößt. Wie gezeigt, ist dem Gesetzesvorbehalt entsprochen, wenn in einem als Gesetz ergehenden Haushaltsplan der Defizitausgleich konkret geregelt ist, d.h., wenn das Haushaltsgesetz bestimmt, welches

²⁸⁵ Vgl. bei Fn. 241.

²⁸⁶ Vgl. näher oben S. 146 ff.

Unternehmen in welchem Umfang staatliche Mittel erhält.²⁸⁷ Solche bestimmten Mittelregelungen finden sich auch in Haushaltsplänen der Kommunen.²⁸⁸

Anders als die Haushaltspläne der Länder ergehen die Haushaltspläne der Kommunen jedoch nicht als Gesetz, sondern werden als Satzung erlassen.²⁸⁹ Das ist allerdings unschädlich, weil auch kommunale Satzungen dem Gesetzesvorbehalt entsprechen. Die Ermächtigung, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft „zu regeln“, folgt bereits verfassungsunmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Sie ist überdies auch in den Landesverfassungen²⁹⁰ und Gemeindeordnungen²⁹¹ verankert. Wegen dieser Kommunalverfassungsgarantie reicht die Haushaltssatzung der Kommune bei hinreichend bestimmter Regelung der Mittelvergabe für den Gesetzesvorbehalt grundsätzlich aus.²⁹² Im Übrigen gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass auch Satzungsregelungen Berufsausübungsregelungen i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG sein können.²⁹³ Lediglich Eingriffe

²⁸⁷ S. 142 ff.

²⁸⁸ S. etwa den Landkreis Calw, Haushaltsplan 2023, Kernhaushalt, Produktgruppe 4110 auf S. 38 und 239 ff.: Verlustausgleich an den Eigenbetrieb Immobilien der Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold, Verlustausgleich an die Kreiskliniken Calw gGmbH sowie Verlustabdeckung der Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold. Zu der nach hier vertretenen Auffassung unschädlichen Nichtregelung des Fördertatbestands im Haushaltsplan vgl. oben S. 142 ff.

²⁸⁹ S. nur § 78 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW).

²⁹⁰ S. etwa Art. 71 Abs. 1 Verfassung des Landes Baden-Württemberg (LV).

²⁹¹ S. nur § 2 Abs. 1 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO).

²⁹² Vgl. Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 101. EL Mai 2023, Art. 12 Rn. 329.

²⁹³ Vgl. BVerfGE 94, 372 (390); BVerfG, NJW 2000, 347; st. Rspr.; näher Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 101. EL Mai 2023, Art. 12 Rn. 326 ff. mit weiteren Nachweisen.

in die Freiheit der Berufswahl bedürfen regelmäßig einer gesetzlichen Grundlage in Gestalt eines formellen Gesetzes, also eines Parlamentsgesetzes.²⁹⁴ Ein kommunaler Defizitausgleich betrifft regelmäßig die Art und Weise der beruflichen Betätigung und ist deshalb eine Berufsausübungsregelung, die auch durch Satzung der Kommune ergehen kann. Dementsprechend dürfte es genügen, wenn Kommunen einen Defizitausgleich in ihrer Haushaltssatzung konkret normieren.

III. Unvereinbarkeit eines selektiven Defizitausgleichs von Ländern und Kommunen für staatliche Krankenhäuser mit EU-Beihilferecht (Art. 107 Abs. 1 AEUV)

Gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.²⁹⁵

Der selektive Defizitausgleich von Ländern und Kommunen für staatliche Krankenhäuser verstößt gegen das EU-Beihilferecht. Es liegt eine unzulässige Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vor. Das gilt grundsätzlich ungeachtet der konkreten Ausgleichsleistung (z.B. Ausgleich von Jahresfehlbeträgen, Investitions- und

²⁹⁴ BVerfGE 33, 125 (160); st. Rspr.; *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Werkstand: 101. EL Mai 2023, Art. 12 Rn. 327 mit weiteren Nachweisen.

²⁹⁵ Zu den Rechtsfolgen unzulässiger Beihilfen *Arhold*, EWS 2011, 209 (209 ff.); *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 165 ff.; *Bulla*, KommJur 2015, 245 (247 f.); *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (188 f.); *Heidenhain*, EuZW 2005, 135 (135 ff.); *Koenig/Hellstern*, EWS 2011, 216 (217 ff.).

Betriebskostenzuschüsse, Kapitaleinlagen, Liquiditätshilfen, Kostenübernahme für Entlastungstarifverträge), sofern sie selektiv ausschließlich staatlichen Krankenhäusern zugutekommt.

Ein Defizitausgleich für alle in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommenen (Plan-)Krankenhäuser ist dagegen beihilferechtlich zulässig.²⁹⁶ Plankrankenhäuser müssen unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten (Art. 107 Abs. 1 AEUV) bei staatlichen Ausgleichsleistungen für die Versorgung der Bevölkerung mit stationärer Krankenhausbehandlung gleichbehandelt werden. Wenn Länder oder Kommunen staatlichen Plankrankenhäusern einen Ausgleich für die Erbringung von Krankenhausbehandlung zahlen, müssen sie freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäusern einen entsprechenden Ausgleich zahlen. Das EU-Beihilferecht verlangt allerdings die Erstreckung des Defizitausgleichs auf freigemeinnützige und private Plankrankenhäuser nicht, sondern akzeptiert auch die Unterlassung bzw. Aufhebung und Rückabwicklung selektiver staatlicher Ausgleichsleistungen für staatliche Häuser. Das EU-Beihilferecht erhebt aber gegen eine nach nationalem Recht zulässige (Kommunen) oder gebotene (Länder) gleiche Förderung aller Plankrankenhäuser keine Einwände.

²⁹⁶ Zur Vereinbarkeit der trägerneutralen Investitionskostenförderung nach § 9 f. KHG mit dem EU-Beihilferecht *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 237 ff.; *Dettling*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 122 ff.; *Cremer*, ZIAS 2008, 198 (210 ff.).

1. Gewährung staatlicher Mittel

Der selektive Defizitausgleich stellt die Gewährung staatlicher Mittel i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, weil er aus dem Haushalt der Länder bzw. Kommunen finanziert wird (Steuermittel).

2. Unternehmen

Der Begriff des Unternehmens i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, der übereinstimmt mit dem Unternehmensbegriff der Art. 101, Art. 102 und Art. 106 AEUV,²⁹⁷ ist funktional zu verstehen.²⁹⁸ Erfasst ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform, einer Gewinnerzielungsabsicht und der Art ihrer Finanzierung.²⁹⁹ Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.³⁰⁰

²⁹⁷ Vgl. nur *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV, Art. 106 Rn. 1 m.w.N.; *Emmerich/Hoffmann*, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. II. Rn. 83 m.w.N.

²⁹⁸ *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Einl. Rn. 35; *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 48.

²⁹⁹ EuGH, Slg. 1998 I-3851 (3852 Rn. 2) (Kommission/Italienische Republik); EuGH, Slg. 2000, I-6451 (6529 Rn. 110) (Pavel Pavlov u. a.); *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. C 8/4 v. 11.1.2012, Rn. 9; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV, Art. 106 Rn. 1 m.w.N.; *Emmerich/Hoffmann*, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. II. Rn. 83 m.w.N.

³⁰⁰ EuGH, Slg. 1998 I-3851 (3852 Rn. 2) (Kommission/Italienische Republik); EuGH, Slg. 2002 I-1577 (1676 Rn. 47) (J. C. J. Wouters u. a.); EuGH, Urt. v. 16.11.1995 – C-244/94, BeckRS 2004, 75393 Rn. 21 (FFSA u.a.); st. Rspr.

Unter Bezugnahme auf die FENIN-Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union (EuG),³⁰¹ die der Europäische Gerichtshof bestätigt hat,³⁰² differenziert die Kommission im Hinblick auf die Unternehmenseigenschaft von staatlichen Krankenhäusern zwischen zwei Konstellationen. In einigen Mitgliedstaaten seien öffentliche Krankenhäuser ein zentraler Bestandteil des nationalen Gesundheitssystems, basierten fast vollständig auf dem Solidaritätsprinzip, würden direkt über die Sozialversicherungsbeiträge und aus staatlichen Mitteln finanziert und erbrächten ihre Dienste für Versicherte unentgeltlich nach dem Prinzip der allgemeinen Gesundheitsversorgung. Bei einer solchen Struktur handeln die öffentlichen Krankenhäuser nach Ansicht der Kommission nicht als Unternehmen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV.³⁰³ Hier von zu unterscheiden sei die Situation in anderen Mitgliedstaaten, in denen Krankenhäuser ihre Dienstleistungen gegen Entgelt anböten, das direkt von den Patientinnen und Patienten oder deren Versicherungen gezahlt werde. In derartigen Systemen herrsche zwischen den Krankenhäusern ein gewisser Wettbewerb um die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, so dass die Erbringung der Gesundheitsdienstleistungen durch öffentliche Krankenhäuser als wirtschaftliche Tätigkeit eingestuft werden könne.³⁰⁴

³⁰¹ EuG, EuZW 2003, 283.

³⁰² EuGH, EuZW 2006, 600.

³⁰³ *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. C 8/4 v. 11.1.2012, Rn. 22.

³⁰⁴ *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. C 8/4 v. 11.1.2012, Rn. 24.

Unter Zugrundlegung dieser Maßstäbe sind von Ländern oder Kommunen betriebene Plankrankenhäuser, die Defizitausgleich erhalten, Unternehmen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV. Zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung zugelassene staatliche Plankrankenhäuser (s. § 108 Nr. 2 AEUV) gleich welcher Rechtsform bieten ihre Gesundheitsdienstleistungen im Leistungs- und Qualitätswettbewerb mit freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern wirtschaftlich auf dem Krankenhausmarkt an, sodass der funktionale Unternehmensbegriff erfüllt ist. Dies gilt auch unter Zugrundelegung der Kriterien der Kommission, weil in Deutschland – anders als in anderen EU-Mitgliedstaaten – das Gesundheitssystem nicht ausschließlich aus öffentlichen Krankenhäusern besteht, die rein staatlich finanziert und keinem Wettbewerb ausgesetzt sind. Vielmehr beruht das Gesundheitssystem hierzulande auf dem Grundsatz der Vielfalt der Krankenhausträger (s. nur § 1 Abs. 2 S. 1 und 2, § 8 Abs. 2 S. 2 KHG) mit Wettbewerb zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Krankenhäusern um die Erbringung ihrer Dienstleistungen für Patientinnen und Patienten.³⁰⁵ Das Entgelt für die Krankenhausdienstleistungen wird zum wesentlichen Teil aus dem Beitragsaufkommen der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung zur Abgeltung der Betriebskosten gezahlt (vgl. § 4 Nr. 2 KHG).³⁰⁶ Dass die Entgelte für die Krankenhäuser

³⁰⁵ EuG, EuZW 2007, 505 (508) (Asklepios Kliniken GmbH/Kommission und Deutschland u.a.); OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 106; *Becker*, NZS 2007, 169 (174); *Bulla*, KommJur 2015, 245 (246); *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Kap. 1 Art. 107 AEUV Rn. 744; *Soltész/Puffer-Mariette*, EWS 2006, 438 (439).

³⁰⁶ Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 106; *Bulla*, KommJur 2015, 245 (246); *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (192).

gesetzlich stark reguliert sind,³⁰⁷ steht der Annahme von Wettbewerb und einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht entgegen.³⁰⁸ Die Erbringung von Krankenhausbehandlung durch öffentliche Krankenhäuser in Deutschland ist deshalb als wirtschaftliche, d.h. unternehmerische Tätigkeit einzustufen.³⁰⁹

Hiervon geht auch die Kommission in ihrem DAWI-Freistellungsbeschluss³¹⁰ aus, weil er gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b) auch für Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch Krankenhäuser, die medizinische Versorgung leisten, gilt.

³⁰⁷ Näher bei Fn. 74.

³⁰⁸ OLG Stuttgart, Urte. v. 20.11.2014 – 2 U 11/14, Rn. 106 (juris); *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Kap. 1 Art. 107 AEUV Rn. 744.

³⁰⁹ Im Ergebnis ebenso EuG, EuZW 2007, 505 (508) (Asklepios Kliniken GmbH/Kommission und Deutschland u.a.); OLG Stuttgart, Urte. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 106; *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 52 ff., 295; *Bauckhage-Hoffer*, GesR 2009, 393 (395); *Bulla*, KommJur 2015, 245 (246); *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (191 f.); *Heinbuch/Käppel/Wittig*, KommJur 2014, 205 (206); *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Kap. 1 Art. 107 AEUV Rn. 745; *Kaeding*, in: Säcker/Karpenstein/Ludwigs, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, R. Gesundheit Rn. 1421; *Kaufmann/Bertels*, WPg 2015, 824 (825); *Knütel/Schweda/Giersch*, EWS 2008, 497 (498); *Koenig/Paul*, EuZW 2008, 359 (360); *Kroll*, Verlustausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser, in: Rühr, Staatsfinanzen, Aktuelle und grundlegende Fragen in Rechts- und Verwaltungswissenschaft, Liber discipulorum Maximilian Wallerath, 2007, S. 51 (54); *Simon*, Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse? Eine Untersuchung am Beispiel des deutschen Krankenhaus- und Flughafenmarkts, 2020, S. 138 ff.; *Soltész/Puffer-Mariette*, EWS 2006, 438 (438 f.); *Ternick*, GesR 2014, 529 (530); *Wollenschläger/Baier*, NZS 2020, 370 (371).

³¹⁰ Beschluss der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21/EU), ABl. L 7/3 v. 11.1.2012.

3. Selektive Begünstigung

a) Wirtschaftlicher Vorteil

Eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfordert die Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.³¹¹ Dies ist der Fall, wenn das Unternehmen keine markt-konforme Gegenleistung erbringt.³¹² Ob dem vom Staat gewährten Vorteil eine marktgerechte Gegenleistung gegenübersteht, beurteilt sich danach, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Investor von vergleichbarer Größe wie die staatliche Einrichtung, die die Vergünstigung gewährt, unter den gleichen Umständen bereit gewesen wäre, die finanzielle Unterstützung zu geben (Private Investor-Test).³¹³

Durch einen Defizitausgleich wenden Länder und Kommunen staatlichen Krankenhäusern selektiv wirtschaftliche Vorteile zu. Das gilt nicht nur für die Übernahme von Betriebsverlusten, In-

³¹¹ EuGH, NVwZ 2003, 1101 (1105); EuGH, Slg. 1996 I-3547 (3596 Rn. 60) (SFEI u.a.).

³¹² Statt aller EuG, Slg. 1999 II-139 Rn. 71 (BAI/Kommission); *Becker*, NZS 2007, 169 (171); *Bulla*, KommJur 2015, 245 (246); *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (192); *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 28; *Prütting*, GesR 2017, 415 (416).

³¹³ Statt vieler EuGH, Slg. 1990, I-959 (1012 Rn. 29) (Belgien/Kommission); EuGH, Slg. 1991, I-1603 (1640 Rn. 19 ff.) (Alfa Romeo); EuGH, Urt. v. 28.1.2003 – C-334/99, BeckRS 2004, 76521 Rn. 12; OLG Stuttgart, Urt. v. 20.11.2014 – 2 U 11/14, Rn. 111 (juris); *Bulla*, KommJur 2015, 245 (246); *Heinbuch/Käppel/Wittig*, KommJur 2014, 205 (208); *Koenig/Hellstern*, in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2021, § 14 Rn. 20 f.; *Koenig/Paul*, EuZW 2008, 359 (360); *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 33; *Wollenschläger/Baier*, NZS 2020, 370 (371 f.).

vestitions- und Betriebskostenzuschüssen sowie Kapitaleinlagen, sondern auch für zinsvergünstigte Darlehen, kostenfreie Bürgschaften und sonstige geldwerte Maßnahmen.³¹⁴

Ob diese Vorteilsgewährung normalen Marktbedingungen entspricht, lässt sich nur im Einzelfall beurteilen, erscheint aber prinzipiell zweifelhaft.³¹⁵ Zwar stellt die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung (s. § 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 2 SGB V) eine Gegenleistung der staatlichen Krankenhäuser dar. Ihre Marktgerechtigkeit ist aber fraglich, weil jedenfalls die dauerhafte Übernahme von Verlusten der Krankenhäuser durch ihre Träger (Land/Kommune) unter gewöhnlichen Marktbedingungen nicht erfolgen würde. Ein marktwirtschaftlich handelnder privater Investor wäre kaum bereit, dauerhaft defizitäre Betriebe finanziell zu stützen;³¹⁶ er würde weder Betriebsverluste auf eigene Kosten noch eine Haftung für deren Verbindlichkeiten übernehmen (Private Investor-Test). Ein Defizitausgleich lässt sich nur dann als marktkonformes Verhalten qualifizieren, wenn er mittel- oder langfristig

³¹⁴ Näher *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 337 f.

³¹⁵ Eine marktgerechte Gegenleistung verneinen *Bauckhage-Hoffer*, *GesR* 2009, 393 (395); *Koenig/Paul*, *EuZW* 2008, 359 (360); *Koenig/Vorbeck*, *GesR* 2007, 347 (348); *Kroll*, Verlustausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser, in: *Rühr*, Staatsfinanzen, Aktuelle und grundlegende Fragen in Rechts- und Verwaltungswissenschaft, Liber discipulorum Maximilian Wallerath, 2007, S. 51 (57). Die Frage wurde offen gelassen von OLG Stuttgart, Urt. v. 20.11.2014 – 2 U 11/14, Rn. 114 (juris).

³¹⁶ Ebenso *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 296 f.; *Bulla*, *KommJur* 2015, 245 (246); *Heinbuch/Käppel/Wittig*, *KommJur* 2014, 205 (208); *Soltész/Puffer-Mariette*, *EWS* 2006, 438 (443).

Rentabilität verspricht.³¹⁷ Wiederholte oder fortlaufende finanzielle Ausgleichsmaßnahmen ohne Rentabilitätsaussicht sind kein marktgerechtes Verhalten.³¹⁸

Beurteilt man dies anders und sähe in der Erfüllung des gesetzlichen Versorgungsauftrags (s. § 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 2 SGB V) durch die staatlichen Krankenhäuser eine marktgerechte Gegenleistung für den Defizitausgleich, wäre ein selektiver Defizitausgleich beihilferechtlich gleichwohl unzulässig. Die Länder bzw. Kommunen müssten auch in diesem Fall staatliche und nicht-staatliche Plankrankenhäuser gleichbehandeln, weil nicht-staatliche Plankrankenhäuser den gleichen gesetzlichen Auftrag zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen (s. § 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 2 SGB V) haben und ihn ebenso erfüllen wie staatliche Plankrankenhäuser.³¹⁹

b) Ausgleich für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes entfällt der Tatbestand der Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV auch dann, wenn und soweit die staatlichen Mittel die Gegenleistung für Leistungen bilden, die von den Unternehmen, denen die Mittel zukommen, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i.S.d. Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV, sog. DAWI) erbracht werden.³²⁰ In diesem Fall stellt sich die staatliche Maßnahme für die Unternehmen nicht als finanzieller Vorteil dar und

³¹⁷ Vgl. *Bulla*, KommJur 2015, 245 (246); *Heinbuch/Käppel/Wittig*, KommJur 2014, 205 (208).

³¹⁸ *Bulla*, KommJur 2015, 245 (246).

³¹⁹ S. 191 ff.

³²⁰ EuGH, NVwZ 2003, 1101 (1105).

bewirkt nicht, dass das Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangt.³²¹ Es fehlt an einer Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, sodass tatbestandlich keine Beihilfe vorliegt.³²²

Nach der sog. Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes müssen vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit eine staatliche Ausgleichsleistung keine Begünstigungswirkung hat und keine Beihilfe vorliegt.³²³ Eine Maßnahme, die eine oder mehrere dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, stellt eine staatliche Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.³²⁴ Nach der Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes gilt:³²⁵

- *Erstens* muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – DAWI) betraut sein und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein (sog. Betrauungsakt, s. Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV).
- *Zweitens* sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen. Dadurch soll verhindert werden, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen,

³²¹ EuGH, NVwZ 2003, 1101 (1105).

³²² Vgl. EuGH, NVwZ 2003, 1101 (1105).

³²³ EuGH, NVwZ 2003, 1101 (1105).

³²⁴ EuGH, NVwZ 2003, 1101 (1105); *Kommission*, Beschl. v. 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21/EU), ABl. L 7/3 v. 11.1.2012, Erwägungsgrund 5.

³²⁵ Zum Folgenden grundlegend EuGH, NVwZ 2003, 1101 (1105); s. auch EuG, Urt. v. 7.11.2012 – T-137/10, Rn. 80 (juris).

dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt (sog. Transparenzgebot).

- *Drittens* darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken (sog. Verbot der Überkompensation).
- *Viertens*: Wenn die Höhe des erforderlichen Ausgleichs für das Unternehmen, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der die Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, muss die Ausgleichshöhe auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind (sog. Benchmark-Kriterium).

Das vierte Altmark Trans-Kriterium steht nicht beziehungslos neben den anderen Altmark Trans-Kriterien. Vielmehr dient das vierte Kriterium der Einhaltung des dritten Kriteriums, d.h. der Ermittlung der zur Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung (DAWI) erforderlichen Kosten, die allein ausgleichsfähig sind.

Diese Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hat die Kommission in ihrem Beschluss vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21/EU)³²⁶ (im Folgenden: DAWI-Freistellungsbeschluss), aufgegriffen und konkretisiert. Der Beschluss legt die Voraussetzungen fest, unter denen staatliche Beihilfen für mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) betraute Unternehmen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden und deshalb von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit sind (Art. 1). Für Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch Krankenhäuser, die medizinische Versorgung leisten, ggf. einschließlich Notdiensten, gilt der DAWI-Freistellungsbeschluss schwellenwertunabhängig (Art. 2 Abs. 1 lit. b)).

Die Kommission geht wohl letztlich anders als der Europäische Gerichtshof davon aus, dass in Fällen, in denen die Voraussetzungen der Altmark Trans-Rechtsprechung des Gerichtshofes erfüllt sind, nicht bereits der Tatbestand der Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV entfällt, sondern die Bereichsausnahme des Art. 106 Abs. 2 AEUV einschlägig und die (tatbestandliche) Beihilfe daher gerechtfertigt ist. Die Kommission wendet zwar im Grundsatz die Altmark Trans-Kriterien des Europäischen Ge-

³²⁶ ABI. L 7/3 v. 11.1.2012.

richtshofes an, bejaht bei ihrem Vorliegen aber die Rechtfertigung einer Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV gem. Art. 106 Abs. 1 AEUV.³²⁷

Im Schrifttum wird der DAWI-Freistellungsbeschluss überwiegend so gedeutet, dass die Kommission für eine Ausnahme vom Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV nach Art. 106 Abs. 1 AEUV das Vorliegen der ersten drei Altmark Trans-Kriterien genügen lässt.³²⁸ Im Unterschied zum Europäischen Gerichtshof akzeptiere die Kommission die vollen einem Unternehmen entstandenen Kosten (Ist-Kosten) als zur Durchführung der ihm auferlegten Verpflichtung notwendig und erforderlich i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV.³²⁹ Während nach dem vierten Altmark Trans-Kriterium nur die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen durch die Erfüllung der Gemeinwohlaufgabe entstehenden Kosten ausgeglichen werden dürfen, erlaube Art. 5 DAWI-Freistellungsbeschluss eine Kompensation aller tatsächlichen Kosten, die durch die Erbringung der fraglichen Dienstleistung bei dem in Rede stehenden Unternehmen tatsächlich entstehen.³³⁰

³²⁷ *Kommission*, Beschl. v. 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21/EU), ABl. L 7/3 v. 11.1.2012, s. etwa Erwägungsgründe 7, 8, 13 und 14.

³²⁸ So *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 149, 160; *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (207); *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 106 AEUV Rn. 65; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 131; *Wernsmann/Loscher*, NVwZ 2014, 976 (981).

³²⁹ S. nur *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (207); *Wernsmann/Loscher*, NVwZ 2014, 976 (981).

³³⁰ Vgl. *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 131.

Der Grund für diese Deutung im Schrifttum ist wohl, dass das vierte Altmark Trans-Kriterium in dem Beschluss der Kommission nicht ausdrücklich aufgegriffen wird. Außerdem heißt es in Art. 5 Abs. 3 lit. a) DAWI-Freistellungsbeschluss, dass für den staatlichen Ausgleich „alle Kosten des Unternehmens“ herangezogen werden können, wenn sich die Tätigkeiten des betreffenden Unternehmens auf die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beschränken. In der Konsequenz wird zum Teil angenommen, dass der DAWI-Freistellungsbeschluss der Kommission wegen Abweichung von der Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes unionsrechtswidrig und somit unwirksam sei.³³¹ Ob diese im Schrifttum vertretene Deutung des DAWI-Freistellungsbeschlusses zutrifft, erscheint allerdings zweifelhaft. Der Umstand, dass die Kommission das vierte Altmark Trans-Kriterium nicht ausdrücklich aufgreift, spricht nicht zwingend dafür, dass sie auf die Erfüllung dieses Kriteriums für die Annahme des Art. 106 Abs. 1 AEUV verzichtet. Und Art. 5 Abs. 3 lit. a) lässt sich in Abgrenzung zu Art. 5 Abs. 3 lit. b) DAWI-Freistellungsbeschluss auch so deuten, dass bei Unternehmen, deren Tätigkeiten sich auf die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beschränken, anders als bei Unternehmen, die auch andere Tätigkeiten ausüben (dann nur Berücksichtigung der der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zurechenbaren Kosten), für die Ermittlung der Soll-Kosten alle Kosten des Unternehmens berücksichtigt werden. Hierfür spricht auch, dass Art. 5 DAWI-Freistellungsbeschluss für die Bestimmung eines angemessenen Gewinns Effizienzaspekte aufgreift.

³³¹ So *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (208 f.); ähnlich *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilfenrecht, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle, Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 205 (213 f.).

In Art. 5 Abs. 5 DAWI-Freistellungsbeschluss ist von der Kapitalrendite eines durchschnittlichen Unternehmens die Rede. Und in Art. 5 Abs. 6 DAWI-Freistellungsbeschluss heißt es, dass die Mitgliedstaaten bei der Ermittlung der Höhe eines angemessenen Gewinns Anreizkriterien zugrunde legen können, „die sich insbesondere auf (...) Effizienzgewinne bei der Produktion beziehen.“ Es wäre schon verwunderlich, wenn die Kommission den Effizienzgedanken bei der Bestimmung einer angemessenen Rendite berücksichtigt, aber bei der Ermittlung der für die Erbringung von DAWI-Leistungen erforderlichen Kosten außer Acht ließe.

Auf dieses Problem, ob und inwieweit nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss der Kommission das vierte Altmark Trans-Kriterium entbehrlich ist, kommt es im gegebenen Zusammenhang nicht an. Denn nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und dem Haushaltsrecht der Länder dürfen die Länder nur die notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser „unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze“ ausgleichen. Entsprechendes gilt für Ausgleichsleistungen von Kommunen für von ihnen betriebene Krankenhäuser nach dem für sie geltenden Haushaltsrecht. Das bedeutet, dass nur die Kosten eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ übernommen werden dürfen, was dem 4. Altmark Trans-Kriterium entspricht.³³²

³³² Näher unten nach Fn. 392.

aa) Unzulässigkeit eines selektiven Ausgleichs für
staatliche Krankenhäuser wegen Versorgungspflicht

(1) Erstes Altmark Trans-Kriterium ist
bei allen Plankrankenhäusern erfüllt

Nach dem ersten Altmark Trans-Kriterium des Europäischen Gerichtshofes muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein, wobei diese Verpflichtungen klar definiert sein müssen. Es muss eine Betrauung eines Unternehmens mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) vorliegen (sog. Betrauungsakt). Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss buchstabiert die Anforderungen an die Betrauung näher aus.

Als Betrauungsakt genügt grundsätzlich jeder Rechtsakt, dessen Form von den Mitgliedstaaten bestimmt werden kann (Art. 4 S. 1 DAWI-Freistellungsbeschluss). In Betracht kommen insbesondere Gesetze, Verwaltungsakte und Verträge.³³³ Art. 7 DAWI-Freistellungsbeschluss verpflichtet zur Transparenz und Veröffentlichung von Betrauungsakten, allerdings beschränkt auf Ausgleichsleistungen von mehr als 15 Mio. EUR und bestimmte Unternehmen. Eine wirksame Durchsetzung des EU-Beihilferechts und effektiver Rechtsschutz für nicht begünstigte Unternehmen erfordert allerdings vollständige Transparenz und eine entsprechende Veröffentlichung aller staatlichen Betrauungsakte. Bei der Definition der Aufgaben, die als Dienstleistungen von allge-

³³³ Vgl. *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. C 8/4 v. 11.1.2012, Rn. 52; s. auch EuG, Urt. v. 7.11.2012 – T-137/10, Rn. 102 ff. (juris).

meinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) erbracht werden sollen, steht den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum zu.³³⁴ Eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) erfordert eine im Gemeinwohl, d.h. im Wohle der Bürgerinnen und Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes liegende Aufgabe (Universalitätskriterium).³³⁵ Die Aufgabe muss Pflichtcharakter haben, d.h. dem Unternehmen obligatorisch übertragen sein.³³⁶

Eine „besondere“ Gemeinwohlaufgabe wird übertragen, wenn die Aufgabe nicht von allen Unternehmen erfüllt wird, sondern es sich um eine Sonderverpflichtung handelt.³³⁷ Hieran fehlt es, wenn die Aufgabe nicht nur einem oder einzelnen Unternehmen, sondern allen (vergleichbaren) Unternehmen obliegt.³³⁸ Für den Krankenhausbereich hat allerdings das Gericht der Europäischen Union (EuG) angemerkt, dass eine ausgleichsfähige Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

³³⁴ EuG, Slg. 2005, II-2031 Rn. 216 (Fred Olsen); EuG, Slg. 2008, II-81 Rn. 166 ff. (BUPA); *Benne*, ZKF 2016, 270 (272, 273); *Bulla*, KommJur 2015, 245 (248); *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (193); *Heise*, EuZW 2013, 769 (773); *Wernsmann/Loscher*, NVwZ 2014, 976 (978 f.).

³³⁵ Vgl. EuGH, Slg. 1991 I-5889 (5931 Rn. 27) (*Merci convenzionali porti di Genova*); EuGH, Slg. 1997 I-4449 (4469 Rn. 53) (*GT-Link*); EuG, Slg. 2008, II-81 Rn. 172 (BUPA/EK); *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. C 8/4 v. 11.1.2012, Rn. 50; *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 79.

³³⁶ *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 80.

³³⁷ Vgl. EuG, Urt. v. 7.11.2012 – T-137/10, Rn. 119 ff., 161 ff. (*juris*); BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 41.

³³⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 41.

(DAWI) nicht zwingend eine Zusatzaufgabe sein müsse.³³⁹ Der Ausgleich von Defiziten öffentlicher Krankenhäuser könne sich auch „aus Gründen des Gesundheits- und Sozialwesens als notwendig erweisen, um den Fortbestand und die Lebensfähigkeit des Krankenhaussystems sicherzustellen.“³⁴⁰ Wie diese – eher beiläufige – Aussage des Gerichts der Europäischen Union zu verstehen ist, ist unklar. Gemeint sein könnte, dass eine ausgleichsfähige Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) nicht unbedingt eine besondere Versorgungsleistung, d.h. nicht notwendig eine materielle Sonderaufgabe sein muss.³⁴¹ Vielmehr könnte auch die Übertragung einer (anderen) besonderen Verpflichtung wie einer Betriebspflicht für Unternehmen genügen, die zur Sicherstellung des Fortbestands und der Lebensfähigkeit, d.h. der Funktionsfähigkeit des Krankenhaussystems erforderlich ist. Ungeachtet dessen taugt die Sicherung des Fortbestands und der Lebensfähigkeit des Krankenhaussystems, wie noch gezeigt wird, jedenfalls in Deutschland nicht zur Legitimierung eines selektiven Defizitausgleichs nur für

³³⁹ Vgl. EuG, Urt. v. 7.11.2012 – T-137/10, Rn. 119 ff., 162 (juris); anderer Ansicht *Simon*, Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse? Eine Untersuchung am Beispiel des deutschen Krankenhaus- und Flughafenmarkts, 2020, S. 165 f., der in der Bemerkung des EuG keine Abkehr von dem Erfordernis einer Gemeinwohlsonderaufgabe sieht.

³⁴⁰ EuG, Urt. v. 7.11.2012 – T-137/10, Rn. 119 ff., 162 (juris); BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 41; vgl. auch *Kommission*, Beschl. v. 21.10.2016 – SA.36798, ABl. C 110/2 v. 7.4.2017 (Deutschland/Klinikum Osnabrück GmbH).

³⁴¹ Andere Deutung dagegen bei *Bulla*, KommJur 2015, 245 (252), der darin eine Legitimation zur staatlich subventionierten Aufrechterhaltung des öffentlichen Krankenhauswesens sieht, was allerdings unvertretbar erscheint, dazu näher S. 184 ff.; wiederum andere Deutung bei *Simon*, Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse? Eine Untersuchung am Beispiel des deutschen Krankenhaus- und Flughafenmarkts, 2020, S. 165.

staatliche Krankenhäuser. Denn eine Bestandsgarantie für staatliche Krankenhäuser ist mit dem Krankenhausfinanzierungsgesetz unvereinbar.³⁴²

Eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) stellt die gesetzliche Verpflichtung der Plankrankenhäuser zur Versorgung der Bevölkerung mit stationärer Krankenhausbehandlung dar.³⁴³ Mit der Aufnahme in den Krankenhausplan eines Landes (§ 8 Abs. 2 KHG) geht die Verpflichtung der (Plan-)Krankenhäuser zur Versorgung der Bevölkerung einher. Plankrankenhäuser sind im Rahmen ihres Versorgungsauftrags zur Krankenhausbehandlung (§ 39 SGB V) der Versicherten verpflichtet (§ 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 2 SGB V). Diese Versorgungspflicht ist eine im Gemeinwohl liegende obligatorische Aufgabe. Der Staat erfüllt hierdurch seinen Sicherstellungsauftrag aus § 1 Abs. 1 KHG und Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und gewährleistet eine bedarfsgerechte (und zugleich existenzsichernde) Versorgung der Bevölkerung mit stationärer Krankenhausbehandlung.³⁴⁴ Da eine solche Versorgungspflicht nur Plankrankenhäusern und nicht auch anderen Krankenhäusern obliegt, die nicht zur Versorgung zugelassen sind, ist die Besonderheit der Aufgabe zu bejahen.³⁴⁵ Die gesetzliche Verpflichtung der

³⁴² S. noch unten S. 184 ff.

³⁴³ Statt vieler *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 242.

³⁴⁴ Vgl. *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 242; *Koenig/Vorbeck*, GesR 2007, 347 (348).

³⁴⁵ Vgl. *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3 Rn. 61, 62 bezogen auf die trägerneutrale Investitionsförderung.

Plankrankenhäuser zur Erbringung von Krankenhausbehandlung für die Bevölkerung ist mithin eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI).

Demgegenüber geht der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 24. März 2016 in der Rechtssache Kreiskliniken Calw davon aus, dass die Aufnahme in den Krankenhausplan noch keine besondere Gemeinwohlaufgabe darstellt.³⁴⁶ Erst die hierüber hinausgehende Auferlegung einer Betriebspflicht für (staatliche) Krankenhäuser soll die Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) sein.³⁴⁷ Ungeachtet dessen, dass eine Betriebspflicht für staatliche Krankenhäuser einen selektiven Defizitausgleich nicht legitimiert,³⁴⁸ übersieht der Bundesgerichtshof, dass bereits die Aufnahme in den Krankenhausplan eine Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) begründet. Das folgt, wie gezeigt, aus der mit der Aufnahme in den Krankenhausplan verbundenen gesetzlichen Versorgungspflicht der Plankrankenhäuser. Dies rechtfertigt prinzipiell einen Defizitausgleich für alle Plankrankenhäuser.³⁴⁹

Die besondere Gemeinwohlaufgabe, die Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung zu versorgen, ist sämtlichen Plankrankenhäusern gesetzlich übertragen (s. § 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 2 SGB V). Die Aufnahme in den Krankenhausplan hat zur Folge, dass das Krankenhaus zur Behandlung der Versicherten verpflichtet ist (§ 108 Nr. 2, § 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 2 SGB V)

³⁴⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 40 f.

³⁴⁷ BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 43 ff.

³⁴⁸ S. dazu noch S. 184 ff.

³⁴⁹ S. sogleich.

und sein Versorgungsauftrag festgelegt wird.³⁵⁰ Der Versorgungsauftrag eines Plankrankenhauses ergibt sich gem. § 8 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 KHEntgG aus den Festlegungen des Krankenhausplans in Verbindung mit den Bescheiden zu seiner Durchführung nach § 6 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 3 KHG sowie ergänzenden Vereinbarungen nach § 109 Abs. 1 S. 4 SGB V. Die Krankenhauspläne der Länder differenzieren hinsichtlich des Versorgungsauftrags, d.h. der zu erbringenden Krankenhausleistungen (z.B. Notfallversorgung, Palliativversorgung, Geburtsmedizin), nicht trägerbezogen zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Krankenhäusern, sondern diese Aufgaben werden von allen Plankrankenhäusern erbracht oder sind einzelnen Plankrankenhäusern ungeachtet ihrer Trägerschaft zugewiesen.³⁵¹

Nicht nur die in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommenen staatlichen Krankenhäuser, sondern auch sämtliche freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäuser sind mithin kraft Gesetzes zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung verpflichtet. Alle Plankrankenhäuser nehmen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) wahr. Die Betrauung mit dieser besonderen Gemeinwohlaufgabe erfolgt durch die Aufnahme in den Krankenhausplan des jeweiligen Landes (s. § 8 Abs. 2 KHG) in Verbindung

³⁵⁰ *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 44.

³⁵¹ *Manssen*, Pflege- und Krankenhausrecht 2014, 64 (65); *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilfenrecht, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle, Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 205 (210 f.); s. auch *Erdbrügger*, MwStR 2022, 88 (92); vgl. auch exemplarisch den Überblick bei *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Bestandsaufnahme zur Krankenhausplanung und Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, 2022, S. 75 ff. und S. 125 ff. zu den in den Krankenhausplänen enthaltenen Vorgaben zur Notfallversorgung.

mit § 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 2 SGB V. Auch in anderen Bereichen ist anerkannt, dass nicht nur staatliche, sondern auch nicht-staatliche Unternehmen mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) betraut werden können.³⁵²

An dieser gleichen besonderen Gemeinwohlaufgabe aller Plankrankenhäuser ändern die gesonderten Betrauungsakte³⁵³ der Länder und Kommunen für staatliche Krankenhäuser nichts. Die Akte wiederholen lediglich die bereits aus dem Gesetz folgende Verpflichtung der staatlichen Plankrankenhäuser zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung. Die gleiche gesetzliche Versorgungspflicht der freigemeinnützigen und privaten Krankenhäuser wird durch die Betrauungsakte nicht berührt, weil das Bundesrecht (§ 8 Abs. 2 KHG, § 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 2 SGB V) nicht zur Disposition der Länder und Kommunen steht.

(2) Konsequenz: Beihilferechtliches Verbot eines selektiven Ausgleichs nur für staatliche Plankrankenhäuser

Aus der gleichen (besonderen) Gemeinwohlaufgabe aller Plankrankenhäuser ungeachtet ihrer Trägerschaft folgt die Unzulässigkeit eines selektiven Defizitausgleichs allein für staatliche

³⁵² S. nur EuG, Urt. v. 7.11.2012 – T-137/10, Rn. 94 (juris). Ein Beispiel für die Betrauung privater Unternehmen mit DAWI-Aufgaben ist § 30 Abs. 2a GWB, wonach (private) Vereinigungen von Presseverlagen und (private) Vereinigungen von Presse-Grossisten zur Sicherstellung eines flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertriebs von Zeitungen und Zeitschriften im stationären Einzelhandel mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind. Zur Vereinbarkeit des § 30 Abs. 2a GWB mit Art. 107 Abs. 1 AEUV s. BGH, GRUR 2016, 304 (305 ff.). Dies verkennt *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (197 f.), der meint, dass der Staat zum Ausgleich der Defizite privater Krankenhäuser nicht verpflichtet werden könne.

³⁵³ S. oben S. 124 ff.

Krankenhäuser.³⁵⁴ Ist die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) sämtlichen Plankrankenhäusern gesetzlich übertragen (s. § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V), dürfen hierfür vom Staat gewährte Ausgleichsleistungen nicht selektiv gewährt, d.h. nicht auf einzelne Plankrankenhäuser wie solche in staatlicher Trägerschaft beschränkt werden. Gewährt der Staat einen Ausgleich nur einem Teil der Unternehmen, die gesetzlich mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) betraut sind, werden diese Unternehmen gegenüber den anderen DAWI-Unternehmen wirtschaftlich bevorteilt und ist deshalb eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV gegeben, sodass der Tatbestand der Beihilfe erfüllt ist.³⁵⁵

³⁵⁴ Das verkennt *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilfenrecht, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle, Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 205 (210 ff.), der zwar sieht, dass öffentliche und nicht-öffentliche Krankenhäuser gleiche Gemeinwohlaufgaben erbringen, einen selektiven Defizitausgleich für öffentliche Krankenhäuser aber gleichwohl für zulässig hält.

³⁵⁵ Im Ergebnis für die Einordnung des selektiven Defizitausgleichs für staatliche Krankenhäuser als unzulässige Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV auch *Bauckhage-Hoffer*, GesR 2009, 393 (397); *Koenig/Vorbeck*, GesR 2007, 347 (354); *Koenig/Paul*, EuZW 2008, 359 (363); *Kroll*, Verlustausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser, in: Rühr, Staatsfinanzen, Aktuelle und grundlegende Fragen in Rechts- und Verwaltungswissenschaft, Liber discipulorum Maximilian Wallerath, 2007, S. 51 (66); *Leupold*, Krankenhausmärkte in Europa. Aus der Perspektive des europäischen Beihilfenrechts, 2009, S. 379; *Rixen*, Die Bedeutung des EU-Wirtschaftsrechts für die Erbringung von Sozialleistungen, in: SDSRV 59 (2010), Sozialrecht in Europa, S. 53 (69 f.); *Simon*, Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse? Eine Untersuchung am Beispiel des deutschen Krankenhaus- und Flughafenmarkts, 2020, S. 121 ff.; *Soltész/Puffer-Mariette*, EWS 2006, 438 (444); für beihilferechtlich problematisch hält den selektiven Defizitausgleich *Schreiber*, Soziales EU-Verfassungsrecht, in: Ruland/Becker/Axer, Sozialrechtshandbuch (SRH), 7. Aufl. 2022, § 34 Rn. 85. Für die Vereinbarkeit des selektiven Defizitausgleichs für staatliche Krankenhäuser mit EU-Beihilferecht dagegen BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 43 ff.; *Bulla*, KommJur 2015, 245 (253); *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (201 f.); *Dettling*, in: Dettling/Gerlach, BeckOK KHR, 5. Edition Stand: 1.9.2023, § 1 KHG Rn. 125.

Weil allen Plankrankenhäusern die Aufgabe der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung gesetzlich übertragen ist, liegt zwar eine Gemeinwohlaufgabe vor. Diese Gemeinwohlaufgabe ist im Verhältnis zu anderen, nicht zur Versorgung zugelassenen Krankenhäusern auch „besonders“. Staatliche und nicht-staatliche Plankrankenhäuser erfüllen die Gemeinwohlaufgabe aber gleichermaßen. Staatliche Plankrankenhäuser nehmen daher verglichen mit freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäusern keine „besondere“, sondern die gleiche Gemeinwohlaufgabe vor.³⁵⁶ Es fehlt daher insoweit bereits an dem ersten Altmark Trans-Kriterium, sodass es auf das Vorliegen der übrigen drei Altmark Trans-Kriterien nicht mehr ankommt.

Dementsprechend hat das Gericht der Europäischen Union (EuG) eine Entscheidung der Kommission zur Beihilfekonformität von Subventionen belgischer Behörden zugunsten nur der öffentlichen Krankenhäuser aufgehoben, weil die im Gemeinwohl liegenden Krankenhaus- und Sozialaufgaben, für die die Subventionen gewährt wurden, nicht nur öffentlichen, sondern auch privaten Krankenhäusern oblagen.³⁵⁷ Das Gericht der Europäischen Union stellte fest, dass öffentliche und private Einrichtungen, die mit der gleichen Gemeinwohldienstleistung betraut sind,

³⁵⁶ Im Ergebnis ebenso *Bauckhage-Hoffer*, GesR 2009, 393 (394, 395); *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (194 ff.); *Kingreen*, GesR 2006, 193 (197); *Kroll*, Verlustausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser, in: Rühr, Staatsfinanzen, Aktuelle und grundlegende Fragen in Rechts- und Verwaltungswissenschaft, Liber discipulorum Maximilian Wallerath, 2007, S. 51 (56); *Simon*, Weiterentwicklung des EU-Beihilfenrechts für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse? Eine Untersuchung am Beispiel des deutschen Krankenhaus- und Flughafenmarkts, 2020, S. 172 ff.; *Soltész/Puffer-Mariette*, EWS 2006, 438 (443); *Ternick*, GesR 2014, 529 (531); vgl. auch *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 120.

³⁵⁷ Vgl. EuG, Urt. v. 7.11.2012 – T-137/10 (juris).

nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung ungleiche Ausgleichsleistungen nur erhalten dürfen, wenn aus ihren jeweiligen Aufträgen klar hervorgeht, dass an sie verschiedene Anforderungen gestellt werden.³⁵⁸ Denn: „Eine staatliche Beihilfe, die wegen bestimmter Modalitäten gegen allgemeine Grundsätze des Unionsrechts wie den Grundsatz der Gleichbehandlung verstößt, kann (...) nicht für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden“.³⁵⁹

Diesen Aspekt hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 24. März 2016 in der Rechtssache Kreiskliniken Calw verkannt. Der Bundesgerichtshof sieht zwar, dass der Auftrag zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung allen (staatlichen und nicht-staatlichen) Plankrankenhäusern obliegt.³⁶⁰ Er zieht hieraus aber nicht die Konsequenz, dass es dem im Verfahren beklagten Landkreis Calw unter dem Gesichtspunkt des Art. 107 Abs. 1 AEUV untersagt war, nur einen Teil der Plankrankenhäuser – nämlich die vom Landkreis betriebenen Kreiskliniken Calw – zu fördern. Der Bundesgerichtshof wird damit dem EU-Beihilferecht nicht gerecht.

Und auch die weitere Feststellung des Bundesgerichtshofes, dass der Aufnahme der Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold in den Krankenhausplan die Beurteilung des planerstellenden Ministeriums zugrunde gelegen habe, in ihrem Einzugsbereich bestehe ein Bedarf der Bevölkerung an den im Krankenhausplan ausgewiesenen Krankenhausleistungen“,³⁶¹ greift zu kurz. Es

³⁵⁸ Vgl. EuG, Urte. v. 7.11.2012 – T-137/10, Rn. 95 (juris); ebenso *Heinbuch/Käppel/Wittig*, KommJur 2014, 205 (209).

³⁵⁹ Vgl. EuG, Urte. v. 7.11.2012 – T-137/10, Rn. 95 (juris).

³⁶⁰ BGH, Urte. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 40.

³⁶¹ BGH, Urte. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 50.

trifft zwar zu, dass mit der Krankenhausaufnahme der Kreiskrankenhäuser ihre Bedarfsgerechtigkeit und -notwendigkeit (vgl. § 1 Abs. 1 KHG) festgestellt wurde. Nur gilt das selbstverständlich auch für die anderen in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhäuser einschließlich solcher in freigemeinnütziger und privater Trägerschaft. Wenn der Bundesgerichtshof resümiert, dass wegen der Krankenhausplanaufnahme „ein Bedarf für die Versorgung der Bevölkerung gerade durch die Krankenhäuser Calw und Nagold bestehe“,³⁶² muss ergänzt werden, dass ein entsprechender Bedarf für die Versorgung der Bevölkerung auch durch die anderen in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhäuser besteht. Sämtliche in einen Landeskrankenhausplan aufgenommenen Häuser sind bedarfsnotwendig und deshalb gesetzlich zur Versorgung der Bevölkerung verpflichtet (§ 109 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 2 SGB V), weshalb selektive Ausgleichsleistungen von Ländern und Kommunen nur für einen Teil der Plankrankenhäuser beihilferechtlich unzulässig sind. Sind sämtliche Plankrankenhäuser gesetzlich mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) betraut, muss sie der Staat bei der Gewährung von Ausgleichsleistungen gleichbehandeln.

bb) Unzulässigkeit eines selektiven Ausgleichs
für staatliche Krankenhäuser wegen Betriebspflicht

Zu klären bleibt, ob ein selektiver Defizitausgleich nur für staatliche Krankenhäuser zulässig ist, wenn Länder oder Kommunen von ihnen betriebenen Krankenhäusern durch Gesetz (s. z.B. § 3 Abs. 1 Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg (LKHG)) oder sonstigen Hoheitsakt eine Betriebspflicht auferlegen, so-

³⁶² BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 50.

dass diese den Krankenhausbetrieb auch aufrechterhalten müssen, wenn er sich als defizitär erweist. Eine solche Betriebspflicht ist denkbar für die Dauer des jeweiligen Landeskrankenhausplans oder könnte zeitlich darüber hinausreichen und sogar unbegrenzt sein. Eine Betriebspflicht könnte dazu dienen, Versorgungslücken zu verhindern und insofern die Funktionsfähigkeit des Krankenhaussystems sicherzustellen.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 24. März 2016 in der Rechtssache Kreiskliniken Calw in der gesetzlichen Betriebspflicht für Kreiskrankenhäuser nach § 3 Abs. 1 Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg (LKHG) eine ausgleichsfähige Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) gesehen.³⁶³ Begründet hat der Bundesgerichtshof dies mit dem Zweck der Betriebspflicht, die Entstehung von Versorgungslücken im Bereich der Krankenhausversorgung zu verhindern.³⁶⁴ Die zur Verhinderung von Versorgungslücken erforderlichen Kapazitäten könnten nicht erst bei deren Eintritt geschaffen werden, sondern müssten permanent vorgehalten werden.³⁶⁵ Der Eintritt des Sicherungsfalles müsse nicht abgewartet werden.³⁶⁶ Konkretisiere sich der Sicherstellungsauftrag, seien die mit einer Betriebspflicht belegten staatlichen Krankenhäuser anders als freigemeinnützige und private Krankenhäuser zum Betrieb verpflichtet, auch wenn sich der Betrieb als defizitär darstelle.³⁶⁷ Hieraus schlussfolgert der Bundesgerichtshof: „Diese allein die öffentliche Hand treffende Pflicht zur Aufrechterhaltung

³⁶³ BGH, Urte. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 43 ff.

³⁶⁴ BGH, Urte. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 44.

³⁶⁵ BGH, Urte. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 44.

³⁶⁶ BGH, Urte. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 44.

³⁶⁷ BGH, Urte. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 44.

eines Krankenhausbetriebs auch im Fall seiner Unwirtschaftlichkeit rechtfertigt es, die medizinische Versorgung durch ein öffentliches Krankenhaus als dem staatlichen Defizit ausgleich zugängliche Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anzusehen“.³⁶⁸

Dem Bundesgerichtshof ist in seinem Grundanliegen beizupflichten, dass die Verhinderung von Versorgungslücken eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) ist. Auch verdient es uneingeschränkt Zustimmung, dass der Sicherstellungsauftrag zur Krankenhausversorgung der Bevölkerung nicht erst bei Eintritt des Sicherungsfalles, d.h. beim Auftreten der Versorgungslücke gilt.³⁶⁹ Der Sozialstaat darf Vorsorge dafür treffen, dass Versorgungslücken gar nicht erst entstehen, um seinem Sicherstellungsauftrag (§ 1 Abs. 1 KHG) wirksam nachzukommen. Er muss nicht „sehenden Auges“ die Entstehung einer Unterversorgung abwarten, um tätig werden zu dürfen.

Kritik muss sich der Bundesgerichtshof aber deshalb gefallen lassen, weil er es unterlässt zu untersuchen, ob die Gefahr von Versorgungslücken überhaupt existiert. Bei Lichte betrachtet hat

³⁶⁸ BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 44; ebenso OLG Stuttgart, Urt. v. 20.11.2014 – 2 U 11/14, Rn. 144 (juris); *Kommission*, Beschl. v. 21.10.2016 – SA.36798, ABI. C 110/2 v. 7.4.2017 (Deutschland/Klinikum Osnabrück GmbH); *Kommission*, Generaldirektion Wettbewerb, Schreiben vom 25.8.2010, Betrifft: CP 6/2003 – Deutschland. Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts, Rn. 81; *Prütting*, GesR 2017, 415 (417).

³⁶⁹ Ebenso *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 320, 322; anderer Ansicht wohl *Heise*, EuZW 2013, 769 (772 f.), demzufolge die lediglich theoretische Möglichkeit eines Versorgungsausfalls oder einer Bedarfsunterdeckung nicht genügt; ebenso wohl *Manssen*, Pflege- und Krankenhausrecht 2014, 64 (66).

der Gesetzgeber wirksame Vorkehrungen getroffen, damit Lücken bei der Krankenhausversorgung gar nicht erst entstehen. Der Gefahr von Versorgungslücken wirkt bereits die Krankenhausplanung der Länder und die gesetzlich verpflichtende funktionsgerechte Finanzierung der Plankrankenhäuser entgegen.³⁷⁰ Die Krankenhausplanung dient gem. § 6 Abs. 1 KHG der Verwirklichung der Ziele des § 1 KHG, d.h. der Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen, patienten- und bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern. In den Krankenhausplan werden nur Krankenhäuser aufgenommen, die die Ziele des § 1 Abs. 1 KHG erfüllen.³⁷¹ Krankenhäuser müssen die personellen, fachlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen dafür erfüllen, dass sie der mit der Aufnahme in den Krankenhausplan verbundenen Versorgungspflicht während der gesamten Planperiode nachkommen können. Krankenhäuser, die in den Plan aufgenommen sind, haben Anspruch auf funktionsgerechte Finanzierung (§ 8 Abs. 1 S. 1 KHG), d.h. auf Übernahme aller mit dem Krankenhausbetrieb verbundenen notwendigen Kosten durch die Länder (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG). Die Aufstellung von Krankenhausplänen durch die Länder Hand in Hand mit dem Anspruch der Plankrankenhäuser auf funktionsgerechte Finanzierung stellen wirksame Vorkehrungen dafür da, dass Versorgungslücken gar nicht erst auftreten. Zur Verhinderung von Versorgungslücken, die bei einem geringen Versorgungsbedarf (geringe Einwohnerdichte) entstehen können, weil in diesem Fall die zur Versorgung der Bevölkerung notwendige Vorhaltung von Krankenhausleistungen mit den auf Bundesebene vereinbarten Fallpauschalen und Zusatzentgelten

³⁷⁰ Ebenso *Heinbuch/Käppel/Wittig*, *KommJur* 2014, 205 (210).

³⁷¹ *Stollmann*, *NZS* 2004, 350 (351).

nicht kostendeckend finanzierbar ist, dient das Instrument der Sicherstellungszuschläge der Sozialleistungsträger gem. § 5 Abs. 2 KHEntgG i.V.m. § 17b Abs. 1 Nr. 6 KHG.³⁷²

Angesichts des Anspruchs der Plankrankenhäuser auf funktionsgerechte Finanzierung können wirtschaftliche Probleme bei den Krankenhäusern, die zu einer Betriebsaufgabe führen können, im Grunde genommen nur entstehen, wenn der Staat seine (gesetzliche und verfassungsrechtliche) Finanzierungspflicht nicht erfüllt.³⁷³ Wie gezeigt, kommen sowohl die Länder als auch die Sozialleistungsträger ihrer Verpflichtung zur Übernahme der Investitionskosten der Plankrankenhäuser und zur Betriebskostenfinanzierung nicht oder nur unzureichend nach. Würde die öffentliche Hand ihre Finanzierungspflicht erfüllen, gerieten Plankrankenhäuser nicht in wirtschaftliche Probleme, die ihre Versorgungspflicht gefährden. Die Gefahr, dass Plankrankenhäuser ihren Versorgungsauftrag „zurückgeben“ und hierdurch Versorgungslücken entstehen, wäre entsprechend gering.

Auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen Krankenhausplanung und -finanzierung können Versorgungslücken daher regelmäßig nur auftreten, wenn nach Abschluss der Krankenhausplanung während der Planperiode ein zusätzlicher Versorgungsbedarf entsteht oder sich eine Versorgungslücke durch Wegfall oder Herausnahme eines in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhauses ergibt.³⁷⁴ In beiden Fällen, d.h. sowohl bei Entstehung eines zusätzlichen Versorgungsbedarfs als auch bei

³⁷² Vgl. auch *Ternick*, GesR 2014, 529 (533).

³⁷³ Dies übersieht die *Kommission*, Generaldirektion Wettbewerb, Schreiben vom 25.8.2010, Betrifft: CP 6/2003 – Deutschland. Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts, Rn. 81.

³⁷⁴ BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 51.

Wegfall eines Plankrankenhauses, ist aber eine gesetzliche Betriebspflicht für staatliche Plankrankenhäuser nicht per se geeignet, entstehende Versorgungslücken zu schließen. Versorgungslücken können durch den Ausfall jedes Plankrankenhauses entstehen, weil sämtliche in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommenen Häuser bedarfsnotwendig (vgl. § 1 Abs. 1 KHG) und deshalb gesetzlich zur Versorgung der Bevölkerung verpflichtet (§ 109 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 2 SGB V) sind. Durch den Ausfall eines Plankrankenhauses entstehende Versorgungslücken können nur durch Krankenhäuser geschlossen werden, die in dem betreffenden Versorgungsgebiet ansässig sind (örtliche Eignung), die erforderlichen fachlichen Voraussetzungen aufweisen und nach ihrer personellen und sächlichen Ausstattung zur Übernahme des entstandenen Versorgungsbedarfs in der Lage sind. Ob diese Voraussetzungen ein staatliches Krankenhaus erfüllt, hängt vom Einzelfall ab. Bereits aus diesem Grund erscheint eine Betriebspflicht mit Defizitenausgleich (nur) für staatliche Plankrankenhäuser nicht geeignet, um die Schließung auftretender Versorgungslücken sicherzustellen.

Eine Betriebspflicht für staatliche Krankenhäuser lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass dadurch der Betrieb der Krankenhäuser über die Dauer eines Krankenhausplans hinaus für mehrere Planperioden (z.B. für 10 Jahre oder zeitlich unbegrenzt) sichergestellt wird. Eine solche langjährige Betriebspflicht ist mit dem Krankenhausfinanzierungsgesetz nicht vereinbar. Die Entscheidung über die in den Krankenhausplan und über die damit einhergehenden Versorgungspflichten erfolgt, wie dargelegt, in einem wettbewerblichen Verfahren, bei dem das Gebot der Gleichbehandlung aller zur Auswahl stehenden Krankenhäuser gilt (§ 8 Abs. 2 KHG). Mit einer Betriebspflicht für staatliche Krankenhäuser wird gleichsam eine Bestandsgarantie begründet, die

staatlichen Häuser erhalten faktisch Bestandsschutz. Sofern sie dadurch bei der Aufnahme in den Krankenhausplan Vorrang gegenüber ebenso geeigneten freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern genießen,³⁷⁵ wäre dies mit dem aus dem Prinzip der Trägervielfalt folgenden Gebot der Gleichbehandlung, das auch und gerade bei der Planaufnahme gilt (§ 8 Abs. 2 KHG), unvereinbar.³⁷⁶

Und selbst wenn man von einem gewissen „Restrisiko“ für die Versorgungssicherheit ausgehen wollte, legitimierte es nicht eine selektive Betrauung staatlicher Plankrankenhäuser mit einer Betriebspflicht. Wie wiederholt dargelegt, beruht das Krankenhausfinanzierungsgesetz auf dem Prinzip des Wettbewerbs um den Markt für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI). Das für die Aufnahme in den Krankenhausplan geltende Prinzip des chancengleichen Zugangs aller Krankenhäuser ungeachtet ihrer Trägerschaft (§ 8 Abs. 2 KHG) müsste auch für die Entscheidung über die Betrauung von Krankenhäusern mit einer Betriebspflicht gelten. Auch diese Entscheidung müsste in einem diskriminierungsfreien, auf dem Prinzip der Chancengleichheit beruhenden Verfahren erfolgen.³⁷⁷ Es müsste einen „Wettbewerb um den DAWI-Markt“ geben.

³⁷⁵ Nach *Kuchinke/Schubert*, WuW 2002, 710 (713 in Fn. 29) dokumentiert sich der Bestandsschutz für öffentliche Krankenhäuser in der Tat dadurch, „dass alle öffentlichen Krankenhäuser immer in den jeweiligen Krankenhausbedarfsplan aufgenommen werden.“

³⁷⁶ Vgl. auch *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 120.

³⁷⁷ Vgl. *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 120; *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in

Im Ergebnis steht damit fest, dass ein selektiver Defizitausgleich nur für staatliche Krankenhäuser nicht durch eine den staatlichen Krankenhäusern durch Gesetz oder sonstigen Hoheitsakt (Betrauungsakt) auferlegte Betriebspflicht legitimiert werden kann.³⁷⁸

cc) Zulässigkeit eines Defizitausgleichs für alle Plankrankenhäuser wegen Versorgungspflicht

(1) Beihilferechtliches Gleichbehandlungsgebot beim Defizitausgleich für Plankrankenhäuser

Da die Verpflichtung zur Versorgung der Bevölkerung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) nach dem Gesetz sämtlichen Plankrankenhäusern obliegt (§ 109 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 2 SGB VI), müssen sie bei der Gewährung staatlicher Mittel für die Erbringung der Gemeinwohlaufgabe gleichbehandelt werden.³⁷⁹ Da sämtliche Plankrankenhäuser Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) erbringen (Pflicht zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung), müssen die Länder und Kommunen sie unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten bei staatlichen Ausgleichsleistungen für die Leistungserbringung gleichbehandeln.

Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 324 f., 327 f., 329 f. Unzutreffend dagegen *Kommission*, Beschl. v. 21.10.2016 – SA.36798, ABl. C 110/2 v. 7.4.2017 (Deutschland/Klinikum Osnabrück GmbH).

³⁷⁸ Im Ergebnis ebenso *Ternick*, GesR 2014, 529 (532).

³⁷⁹ BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 40; zumindest für Zulässigkeit einer Gleichbehandlung *Shaverdov/Reuther*, das Krankenhaus 2023, 1032 (1034 f.).

Art. 107 Abs. 1 AEUV ist Rechnung getragen, wenn entweder ein selektiver Defizitausgleich für alle Plankrankenhäuser unterlassen bzw. aufgehoben und rückabgewickelt wird oder wenn Ausgleichleistungen nicht nur staatlichen, sondern auch freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäusern gewährt werden. Das materielle EU-Beihilferecht zwingt zwar nicht dazu, Ausgleichleistungen an freigemeinnützige und private Plankrankenhäuser zu zahlen. Art. 107 Abs. 1 AEUV untersagt den Ländern und Kommunen aber einen selektiven Ausgleich nur für staatliche Plankrankenhäuser. Beihilferechtlich geboten ist die Gleichbehandlung aller DAWI-Plankrankenhäuser bei Ausgleichszahlungen. Dem materiellen EU-Beihilferecht ist daher sowohl entsprochen, wenn der Staat einen selektiven Defizitausgleich für eigene Krankenhäuser unterlässt bzw. aufhebt und rückabwickelt, als auch, wenn er allen – staatlichen, freigemeinnützigen und privaten – Plankrankenhäusern gleiche Ausgleichleistungen zahlt.

Diese beiden beihilferechtlichen Optionen – Unterlassung bzw. Rückabwicklung eines selektiven Ausgleich für staatliche Plankrankenhäuser oder Gewährung gleicher Ausgleichleistungen für alle Plankrankenhäuser – dürften auch in Fällen bestehen, in denen ein Staat die Beihilfe unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 1 und 3 AEUV eingeführt und durchgeführt hat. Neben dem materiellen EU-Beihilferecht des Art. 107 Abs. 1 AEUV muss auch das formelle EU-Beihilferecht eingehalten werden. Nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV muss die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet werden, dass sie sich dazu äußern kann (Notifizierungspflicht). Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Art. 107 AEUV mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, leitet sie unverzüglich das in Art. 108 Abs. 2 AEUV vorgesehene Verfahren ein (Art. 108 Abs. 3 S. 2 AEUV). Nach Art. 108

Abs. 3 S. 3 AEUV darf der betreffende Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat (Durchführungsverbot).

Allein ein Verstoß gegen das formelle EU-Beihilferecht (Art. 108 Abs. 3 S. 1 und 3 AEUV) berechtigt die Kommission allerdings nicht zu einer verbindlichen Rückforderungsanordnung. Vielmehr darf eine solche Rückforderungsentscheidung nur ergehen, wenn die Beihilfe auch materiell rechtswidrig ist, d.h. gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstößt. Die Kommission muss die Unvereinbarkeit der rechtswidrigen Beihilfe mit dem Binnenmarkt feststellen, bevor sie deren Rückforderung anordnet.³⁸⁰ Zwar ist nicht explizit geregelt, ob ein Verstoß gegen das formelle Notifizierungserfordernis und Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 1 und 3 AEUV eine Aufhebung der Beihilfe und Rückabwicklungsanordnung der Kommission rechtfertigt.³⁸¹ Dass dies ausgeschlossen ist, ergibt sich jedoch implizit aus Art. 108 Abs. 2 AEUV. Nach Art. 108 Abs. 2 S. 1 AEUV darf die Kommission nur im Fall der Unvereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit Art. 107 AEUV beschließen, dass der betreffende Staat die Beihilfe aufzuheben oder umzugestalten hat. Demgegenüber nimmt Art. 108 Abs. 2 AEUV nicht Bezug auf Art. 108 Abs. 3 AEUV. Daraus ergibt sich implizit, dass allein eine Verletzung der Notifizierungspflicht (Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV) und/oder des Durchführungsverbots (Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV) die Kommission nicht

³⁸⁰ EuGH, Urt. v. 14.2.1990 – C 301/87, BeckRS 2004, 73079, Rn. 9 ff. (Boussac); EuGH, Urt. v. 21.3.1990 – C 142/87, BeckRS 2004, 71650 Rn. 15 ff. (Tubemeuse); EuGH, Urt. v. 11.7.1996 – C-39/94, BeckRS 2004, 76964 Rn. 43 (SFEI u.a.); s. auch *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 108 AEUV Rn. 13.

³⁸¹ Vgl. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 108 AEUV Rn. 35.

zur Aufhebung und Rückforderung gewährter Beihilfen berechtigt. Art. 108 Abs. 2 AEUV stellt sich damit als Konkretisierung des Grundsatzes der Erforderlichkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV dar, wonach die Organe der Union bei Maßnahmen gegenüber den Mitgliedstaaten an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden sind. Es erscheint nicht erforderlich und somit unverhältnismäßig, wenn die Kommission einen Mitgliedstaat (allein) wegen Verstoßes gegen die formalen (Anmelde- und Durchführungsverbots-)Erfordernisse des Art. 108 Abs. 3 S. 1 und 3 AEUV zur Aufhebung und Rückabwicklung einer Beihilfe auch in Fällen verpflichten könnte, in denen der Mitgliedstaat durch Umgestaltung der Beihilfe eine Wettbewerbsverfälschung beseitigt und somit dem Art. 107 AEUV Rechnung trägt.

Dementsprechend sieht die Verordnung (EU) 2015/1589³⁸² für den Fall einer ordnungsgemäßen Anmeldung der Beihilfe nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV die Möglichkeit vor, dass die Kommission die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt beschließt (Positivbeschluss), wenn der betreffende Mitgliedstaat, ggf. nach Änderung der angemeldeten Maßnahme, die Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt ausgeräumt hat (Art. 9 Abs. 3 VO (EU) 2015/1589). Einen solchen Positivbeschluss kann die Kommission mit Bedingungen und Auflagen verbinden, die ihr ermöglichen, die Beihilfe für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären (Art. 9 Abs. 4 VO (EU) 2015/1589). Der Mitgliedstaat hat deshalb die Möglichkeit, eine materiell rechtswidrige Beihilfe durch Umgestaltung so zu ändern, dass sie mit dem materiellen Beihilferecht des Art. 107 Abs. 1 AEUV vereinbar ist.

³⁸² Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates v. 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 AEUV, ABI. L 248/9 v. 24.9.2015.

Für den Fall einer unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV nicht ordnungsgemäß angemeldeten Beihilfe gelten Art. 12 bis 16 VO (EU) 2015/1589.³⁸³ Danach kann die Kommission bei nicht notifizierten Beihilfen letztlich die gleichen Beschlüsse herbeiführen wie bei einer erfolgten Notifizierung. Gem. Art. 15 Abs. 1 S. 2 VO (EU) 2015/1589 kann die Kommission insbesondere einen Beschluss nach Art. 9 VO (EU) 2015/1589 treffen. Dies beinhaltet die Möglichkeit der Feststellung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt (Positivbeschluss), wenn der betreffende Mitgliedstaat, ggf. nach Änderung der angemeldeten Maßnahme, die Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt ausgeräumt hat (Art. 9 Abs. 3 VO (EU) 2015/1589). (Nur) Im Fall eines Negativbeschlusses der Kommission über die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt (Art. 9 Abs. 5 VO (EU) 2015/1589) gibt die Kommission dem Mitgliedstaat auf, die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern, wenn dies nicht gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstößt (Art 16 Abs. 1 VO (EU) 2015/1589).³⁸⁴

Dem materiellen EU-Beihilferecht des Art. 107 Abs. 1 AEUV kann also – auch bei formell rechtswidrigen Beihilfen – dadurch entsprochen werden, dass eine staatliche Beihilfe unterlassen bzw. aufgehoben und rückabgewickelt wird oder dass sie inhaltlich so umgestaltet wird, dass sie mit Art. 107 Abs. 1 AEUV vereinbar ist. Dementsprechend können die Länder und Kommunen dem materiellen EU-Beihilferecht dadurch entsprechen, dass sie

³⁸³ S. auch die Erwägungsgründe Nr. 22 und 23 VO (EU) 2015/1589.

³⁸⁴ S. auch Ziff. 2 Rn. 13 Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen (2019/C 247/01), ABl. C 247/1 v. 23.7.2019.

einen selektiven Defizitausgleich für von ihnen betriebene Krankenhäuser unterlassen bzw. aufheben und rückabwickeln. Alternativ ist dem materiellen EU-Beihilferecht Genüge getan, wenn die Länder und Kommunen freigemeinnützige und private Plankrankenhäuser in gleichem Maße fördern wie staatliche Plankrankenhäuser, also den Defizitausgleich auf freigemeinnützige und private Häuser erstrecken.

(a) Selektiver Defizitausgleich der Länder

Diese nach dem materiellen EU-Beihilferecht bestehende Wahlmöglichkeit kann den Ländern nach nationalem Recht verschlossen sein. Wie bereits gezeigt, können zusätzliche Ausgleichsleistungen der Länder neben der Investitions- und Betriebskostenfinanzierung durch die Länder und Sozialleistungsträger nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz erforderlich sein, um der gesetzlichen Verpflichtung aus § 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG nachzukommen und alle notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser zu decken. Die Investitionskostenförderung der Länder nach §§ 9 f. KHG ist unzureichend, sodass die Länder mit Zusatzmitteln für Investitionskosten staatlicher Krankenhäuser eine Art Restkostenfinanzierung vornehmen, die notwendig ist, um ihrer gesetzlichen Finanzierungspflicht nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz nachzukommen. Der Defizitausgleich ist dann ein Element der Krankenhausförderung der Länder, der dazu dient, die unzureichende trägerneutrale Investitionskostenförderung nach §§ 9 f. KHG zu ergänzen. Die Länder sind in diesem Fall nach dem nationalen Recht zur Gewährung des Ausgleichs verpflichtet. Dass dies nur gilt, wenn und soweit die Länder bei der Förderung betriebswirtschaftliche Grundsätze beachten (§ 9 Abs. 5 KHG) und nicht Kosten aus-

gleichen, die auf einer ineffizienten, gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßenden Unternehmensführung staatlicher Häuser beruhen, wurde dargelegt.³⁸⁵

Eine solche Förderpflicht nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz gilt aber nicht nur gegenüber (wirtschaftlich geführten) staatlichen, sondern auch gegenüber (wirtschaftlich geführten) freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäusern. Auch für sie sind Ausgleichsleistungen der Länder wegen der unzureichenden Investitionskostenförderung nach §§ 9 f. KHG prinzipiell erforderlich, damit sämtliche notwendigen Investitionskosten gedeckt werden. Freigemeinnützige und private Krankenhäuser haben Anspruch auf Investitionskostenförderung bereits wegen des gesetzlichen Gebots funktionsgerechter Finanzierung (§ 8 Abs. 1 S. 1 KHG) und aus ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Ihnen steht dieser Anspruch aber auch wegen des gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Gebots der Gleichbehandlung zu. Ist ein Defizit ausgleich zur Investitionkostendeckung für staatliche Häuser nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz geboten, verlangt das Gebot der Gleichbehandlung eine entsprechende Finanzierung freigemeinnütziger und privater Häuser. Gewähren die Länder staatlichen Plankrankenhäusern Ausgleichsleistungen, um auf diese Weise ihrer Verpflichtung zur Übernahme der notwendigen Investitionskosten nachzukommen (§ 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG), müssen sie unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäusern einen entsprechenden Ausgleich zahlen (§ 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG, Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG). Grundlage für den

³⁸⁵ S. 141 f.

verfassungsrechtlichen Ausgleichsanspruch sind nicht die europäischen Grundrechte (s. Art. 15 f. und Art. 20 f. GRC), sondern Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, weil die Länder den Defizitausgleich nicht in Vollzug von (primärem oder sekundärem) Unionsrecht, sondern zur Erfüllung ihrer Verpflichtung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz gewähren.

Dementsprechend ist die nach dem EU-Beihilferecht eröffnete Möglichkeit, auf einen Defizitausgleich zur Investitionskostendeckung zu verzichten und bereits gewährte Ausgleichsleistungen für staatliche Plankrankenhäuser aufzuheben und zurückzufordern, nach nationalem Recht für die Länder nicht gegeben. Nach nationalem Recht müssen die Länder einen Investitionskostenausgleich für (wirtschaftlich geführte) staatliche Häuser auf freigemeinnützige und private Häuser erstrecken. Der nach dem nationalen Recht gebotenen, gleichen Förderung aller Plankrankenhäuser durch die Länder steht das EU-Beihilferecht nicht entgegen. Das EU-Beihilferecht verlangt zwar keinen Defizitausgleich für alle Plankrankenhäuser, untersagt ihn aber auch nicht. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist entsprochen, wenn entweder keinem Plankrankenhaus oder allen (staatlichen, freigemeinnützigen und privaten) Plankrankenhäusern Ausgleichszahlungen für die Erbringung von DAWI-Leistungen gewährt werden.

(b) Selektiver Defizitausgleich der Kommunen

Die Kommunen sind im Gegensatz zu den Ländern (über die Krankenhausumlage hinaus) nach nationalem Recht nicht zur Krankenhausfinanzierung verpflichtet. Vielmehr entscheiden die Kommunen im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. nach Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht (Gemeindeverbände)

eigenverantwortlich, ob und in welchem Umfang sie Plankrankenhäuser finanziell unterstützen. Dass ein solches Förderrecht der Kommunen nur bei Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots besteht, sodass keine Kosten ausgeglichen werden dürfen, die auf einer ineffizienten Unternehmensführung beruhen, wurde dargelegt.³⁸⁶

Dementsprechend engt das nationale Recht die nach dem EU-Beihilferecht bestehenden Wahlmöglichkeiten für die Kommunen nicht ein, entweder selektive Ausgleichsleistungen für kommunale Krankenhäuser zu unterlassen bzw. aufzuheben und rückabzuwickeln oder freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäusern gleiche Leistungen zu gewähren.

Eine Rückzahlung von bereits gewährten Ausgleichsleistungen der Kommunen an eigene Krankenhäuser kann allerdings in der Praxis wegen tatsächlicher Unmöglichkeit ausscheiden. Der Europäische Gerichtshof und die Kommission erkennen an, dass in Fällen absoluter Unmöglichkeit der Umsetzung eines Rückforderungsbeschlusses eine Rückabwicklung von unionsrechtsrechtswidrigen Beihilfen ausscheidet.³⁸⁷ In diesen Fällen tatsächlicher Unmöglichkeit einer Rückabwicklung der unionsrechtsrechtswidrigen Beihilfe wird dem EU-Beihilferecht nur entsprochen, wenn freigemeinnützige und private Plankrankenhäuser ebenso gefördert werden wie kommunale Plankrankenhäuser. Die Kommunen müssen daher bei tatsächlicher Unmöglichkeit der Rückabwicklung eines selektiven Ausgleichs für kommunale Krankenhäuser freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern einen entsprechenden Ausgleich gewähren.

³⁸⁶ S. 152 f.

³⁸⁷ Näher mit Nachweisen bei Fn. 282.

Für die Erstreckung des Ausgleich auf freigemeinnützige und private Krankenhäuser könnte allerdings der Erlass formaler Betrauungsakte der Länder bzw. Kommunen erforderlich sein, die dem ersten Kriterium der Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sowie Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss entsprechen. Das Bundesrecht (§ 8 Abs. 2 KHG, § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V) bleibt hinter den formalen Anforderungen an einen Betrauungsakt nach Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss teilweise zurück; insbesondere erfolgt kein Verweis auf Art. 106 Abs. 2 AEUV bzw. auf den DAWI-Freistellungsbeschluss (s. aber dessen Art. 4 S. 2 lit. f)). Nach dem Krankenhausfinanzierungsrecht des Bundes werden nicht ausdrücklich Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAWI) auf die Plankrankenhäuser übertragen. Allerdings bezeichnen die Landeskrankenhausgesetze die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen teils ausdrücklich als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.³⁸⁸ Zum Teil wird auch in der Aufnahme eines Krankenhauses in den Landeskrankenhausplan in Verbindung mit dem entsprechenden Feststellungsbescheid nach § 8 Abs. 2 KHG ein ausreichender Betrauungsakt gesehen.³⁸⁹ Im Übrigen genügte für einen Betrauungsakt – ebenso wie für die Fördermaßnahmen nach §§ 9 f. KHG – auch der Erlass eines Fördermittelbescheides, der die Betrauung und den Ausgleich für die freigemeinnützigen/privaten Krankenhäuser entsprechend den Altmark Trans-Kriterien regelt. Zum Erlass geeigneter Betrauungsakte zugunsten freigemeinnütziger und

³⁸⁸ S. etwa § 1 Abs. 1 S. 3 Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg (LKHG); § 1 Abs. 2 S. 2 Krankenhausgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern (Landeskrankenhausgesetz LKHG M-V); § 1 Abs. 1 S. 4 Niedersächsisches Krankenhausgesetz (NKHG).

³⁸⁹ So *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3 Rn. 55; ebenso *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 249 ff.

privater Plankrankenhäuser sind die Länder bzw. Kommunen wegen des Gebots der Gleichbehandlung aller DAWI-Unternehmen verpflichtet.

*(c) Kritik an dem Urteil des Bundesgerichtshofes
in der Rs. Kreiskliniken Calw*

Diesen Aspekt der beihilferechtlich gebotenen Gleichbehandlung aller DAWI-Plankrankenhäuser bei der Gewährung von Defizitgleich hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 24. März 2016 in der Rechtssache Kreiskliniken Calw außer Acht gelassen. Der Bundesgerichtshof sieht zwar, wie gesagt, dass der Auftrag zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung allen Plankrankenhäusern obliegt.³⁹⁰ Er zieht hieraus aber nicht die Konsequenz, dass unter dem Gesichtspunkt des Art. 107 Abs. 1 AEUV dann entweder alle Plankrankenhäuser einen Defizitgleich erhalten müssen oder kein Plankrankenhaus einen Ausgleich bekommen darf.

(2) Weitere Altmark Trans-Kriterien

Gewähren Länder oder Kommunen sämtlichen Plankrankenhäusern für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung Defizitgleich, liegt keine Begünstigung und damit bereits tatbestandlich keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vor, wenn auch die weiteren drei Altmark Trans-Kriterien des Europäischen Gerichtshofes erfüllt sind. Die Anforderungen an den staatlichen Ausgleich und an die Verhinderung von Überkompensation sind in Art. 5 bis Art. 7 DAWI-Freistellungsbeschluss konkretisiert.

³⁹⁰ BGH, Ur. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 40.

Wie gezeigt, ist ein Defizitenausgleich von Ländern ein Element der Krankenhausfinanzierung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz. Das Ob und der Umfang (funktionsgerechte Finanzierung durch vollständige Übernahme der notwendigen Investitionskosten bei betriebswirtschaftlicher Führung, § 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG) sowie das System (duale Finanzierung, § 4 KHG) der Finanzierung sind gesetzlich festgelegt. Die Parameter, anhand deren der Finanzierungsausgleich für Plankrankenhäuser berechnet wird, sind damit objektiv und transparent bestimmt (sog. Transparenzgebot, zweites Altmark Trans-Kriterium).³⁹¹ Die Länder genießen nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz lediglich bei der Entscheidung über die Art und Weise der Förderung (v.a. Förderart) einen Gestaltungsspielraum.

Auch ist sichergestellt, dass nur die für die Erfüllung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) erforderlichen Kosten ausgeglichen werden (sog. Überkompensationsverbot). § 9 Abs. 5 KHG stellt sicher, dass nur die notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser von den Ländern gedeckt werden. Im Übrigen ist dies auch durch den landesrechtlichen Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und

³⁹¹ Anderer Ansicht *Bauckhage-Hoffer*, GesR 2009, 393 (395), der annimmt, dass bei einem Defizitenausgleich die erforderliche Transparenz stets fehlt, weil die Verlustausgleichszahlungen nicht im Voraus festgelegt werden; ebenso *Kroll*, Verlustausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser, in: Rühr, Staatsfinanzen, Aktuelle und grundlegende Fragen in Rechts- und Verwaltungswissenschaft, Liber discipulorum Maximilian Wallerath, 2007, S. 51 (56 f.); *Vollmöller*, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilfenrecht, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle, Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 205 (211).

Sparsamkeit³⁹² gewährleistet. Damit ist dem Verbot der Überkompensation (3. Altmark Trans-Kriterium) Rechnung getragen.

Auch die vierte Altmark Trans-Voraussetzung ist gegeben. Der Europäische Gerichtshof verlangt in Fällen, in denen die Höhe des erforderlichen Ausgleichs für das Unternehmen, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ermittelt wird, die Ausgleichshöhe auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen hätte. Ausgeglichen werden dürfen nicht die tatsächlichen Ist-Kosten, sondern nur die effizienten Soll-Kosten („durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“) des mit der Gemeinwohlaufgabe betrauten Unternehmens. Dieser Vorgabe ist entsprochen, weil nach § 9 Abs. 5 KHG Investitionskosten der Krankenhäuser von den Ländern nur „unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze“ übernommen werden dürfen. Dass der DAWI-Freistellungsbeschluss der Kommission das vierte Kriterium der Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht ausdrücklich aufgreift, ist deshalb im gegebenen Zusammenhang unerheblich.³⁹³

Da sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen nach der Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes staatliche Ausgleichsleistungen für Unternehmen keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen, ist die Gewährung eines Defizitausgleichs der Länder für sämtliche Plankrankenhäuser beihilferechtlich zulässig. Diese Voraussetzungen sind von den

³⁹² S. bereits bei und in Fn. 245.

³⁹³ S. auch oben bei Fn. 332.

Ländern in einer dem DAWI-Freistellungsbeschluss entsprechenden Form zu regeln (s. Art. 4 bis 7 DAWI-Freistellungsbeschluss), ggf. durch Erlass formaler Betrauungsakte zugunsten der freigemeinnützigen und privaten Krankenhäuser. Ggf. sind die Ausgleichsparameter und die Maßnahmen zur Verhinderung von Überkompensation von den Ländern in Betrauungsakten entsprechend der Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sowie Art. 5 bis Art. 7 DAWI-Freistellungsbeschluss zu konkretisieren. Das Gleiche gilt für die Kommunen.

Der damit verbundene finanzielle Vorteil der Plankrankenhäuser gegenüber Krankenhäusern, die nicht zur Versorgung der Bevölkerung zugelassen sind, findet seine Rechtfertigung darin, dass Plankrankenhäuser eine gesetzliche Versorgungspflicht gegenüber der Bevölkerung haben, also mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) betraut sind. Überdies wird über die Aufnahme in den Krankenhausplan eines Landes in einem wettbewerblichen Verfahren entschieden (§ 8 Abs. 2 KHG), sodass sämtliche Krankenhäuser die gleiche Chance auf Zugang zum Markt der Krankenhausbehandlung und damit zur Betrauung mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) haben.

4. (Drohende) Wettbewerbsverfälschung

Eine (drohende) Verfälschung des Wettbewerbs i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist gegeben, wenn die selektive, aus staatlichen Mitteln stammende Zuwendung die Stellung des begünstigten Unternehmens auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt

gegenüber ihren (aktuellen oder potenziellen) Konkurrenten verbessert.³⁹⁴ Erfasst ist jede durch die Beihilfe bewirkte Beeinträchtigung der Chancengleichheit von Unternehmen im Leistungswettbewerb.³⁹⁵ Der Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsverzerrung ist nicht erforderlich; es genügt die Eignung der Beihilfe zur Verfälschung des Wettbewerbs.³⁹⁶

Nach der Verordnung (EU) 360/2012³⁹⁷ gelten Beihilfen an ein Unternehmen für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI), deren Gesamtbetrag in drei Steuerjahren 500.000 EUR nicht übersteigt (Art. 2 Abs. 2 S. 1 VO (EU) 360/2012), als Maßnahmen, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen (Art. 1 Abs. 1 VO (EU) 360/2012).³⁹⁸ Bei solchen De-minimis-Beihilfen droht letztlich keine wettbewerbsverfälschende Wirkung.³⁹⁹ Diese De-minimis-Beihilfeschwelle wird durch die Ausgleichsleistungen

³⁹⁴ S. nur EuGH, Slg. 1980, 2671 (2688 f. Rn. 11) (Philip Morris); EuGH, Slg. 2006, I-289 (365 f. Rn. 141) (Ministero dell' Economia e delle Finanze); EuGH, Slg. 2009, I-3639 (3674 Rn. 52) (Wam); *Bulla*, KommJur 2015, 245 (247); *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV Rn. 35; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 307.

³⁹⁵ *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 307.

³⁹⁶ EuGH, Slg. 2005 I-11137 (11186 Rn. 54) (Unicredito Italiano) mit weiterem Nachweis.

³⁹⁷ Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission v. 25.4.2012 über die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. L 114/8 v. 26.4.2012.

³⁹⁸ Gem. Art. 2 Abs. 3 S. 1 VO (EU) 360/2012 bezieht sich der Höchstbetrag von 500.000 EUR auf den Fall eines Barzuschusses. Für in anderer Weise gewährte Beihilfen, z.B. in Form von Darlehen oder Kapitalzuführungen, gilt insbesondere Art. 2 Abs. 3 S. 3 und Abs. 4 Art. VO (EU) 360/2012.

³⁹⁹ Vgl. *Wollenschläger/Baier*, NZS 2020, 370 (373).

der Länder bzw. Kommunen regelmäßig überschritten. Ausgleichsleistungen für staatliche Krankenhäuser bewegen sich regelmäßig in zwei- oder gar dreistelliger Millionenhöhe.⁴⁰⁰

Ausgleichsleistungen in zwei- oder dreistelliger Millionenhöhe für Krankenhäuser der Länder oder Kommunen ist eine wettbewerbsverfälschende Wirkung immanent.⁴⁰¹ Der sachlich relevante Markt besteht aus den staatlichen und nicht-staatlichen Plankrankenhäusern, da aus Sicht der Patientinnen und Patienten als Nachfragern im Fall von Krankheit die stationären Krankenhausdienstleistungen nicht durch andere Unternehmen als Krankenhäuser ersetzt werden können. Die Definition des räumlich relevanten Marktes ist abhängig vom Versorgungsgebiet und Einzugsbereich der Krankenhäuser, wobei die Art der behandelnden Erkrankung eine Rolle spielt. Auf diesem Markt führt ein selektiver Defizitausgleich zu einer Wettbewerbsverfälschung. Durch ihn wird die Insolvenzgefahr für staatliche Krankenhäuser deutlich vermindert; sie erhalten eine Art „Bestandsschutz“.⁴⁰² Der Ausgleich ermöglicht staatlichen Häusern eine bessere

⁴⁰⁰ Näher oben S. 124 ff.

⁴⁰¹ Im Ergebnis ebenso *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (202 f.); *Kaufmann/Bertels*, WPg 2015, 824 (827 f.); *Kingreen*, GesR 2006, 193 (197 f.); *Koenig/Paul*, EuZW 2008, 359 (361); *Knütel/Schweda/Giersch*, EWS 2008, 497 (498); *Kroll*, Verlustausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser, in: Rühr, Staatsfinanzen, Aktuelle und grundlegende Fragen in Rechts- und Verwaltungswissenschaft, Liber discipulorum Maximilian Wallerath, 2007, S. 51 (57 f.); *Kuchinke/Schubert*, WuW 2002, 710 (714); *Soltész/Puffer-Mariette*, EWS 2006, 438 (443 f.); *Bataille/Meier/Wambach*, Gesundheitswesen aktuell 2022, 60 (71); vgl. auch *Monopolkommission*, Krankenhausversorgung nach Corona: Wettbewerb, Planung und Finanzierung neu organisieren, Sondergutachten 83, Gutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 2022, S. 122; in der Tendenz auch *Bulla*, KommJur 2015, 245 (247); Zweifel dagegen bei *Bauckhage-Hoffer*, GesR 2009, 393 (395 f.).

⁴⁰² Vgl. *Heinbuch/Käppel/Wittig*, KommJur 2014, 205 (207); *Kuchinke/Schubert*, WuW 2002, 710 (713); *Koenig/Paul*, EuZW 2008, 359 (361).

sächliche Ausstattung. Sie sind dadurch gegenüber nicht-staatlichen Krankenhäusern, die keinen Defizitenausgleich erhalten, bei der Erhaltung, Sanierung und Modernisierung ihrer Kliniken im Vorteil. Dies wirkt sich wettbewerbsverzerrend auf die Erbringung stationärer Krankenhausleistungen aus, weil die Ausstattung der Krankenhäuser Einfluss auf die Auswahl des Behandlungsortes durch die Patientinnen und Patienten hat.

Die – nicht nur drohende, sondern konkret fassbare – Wettbewerbsverfälschung zeigt sich auch daran, dass die von Ländern bzw. Kommunen betriebenen Krankenhäuser durch einen selektiven Defizitenausgleich Vorteile haben bei der Personalgewinnung. Angesichts des aktuell erheblichen und in den nächsten Jahren noch fortschreitenden Arbeits- und Fachkräftemangels haben wir in Deutschland auch im Gesundheitssektor seit längerem einen Arbeitnehmermarkt.⁴⁰³ Es herrscht starker Wettbewerb um Ärztinnen und Ärzte sowie Pflegekräfte. In diesem Wettbewerb sind staatliche Krankenhäuser wegen der finanziellen Ausgleichsleistungen von Ländern/Kommunen spürbar im Vorteil. Weil die Länder bzw. Kommunen Defizite staatlicher Krankenhäuser ausgleichen, können diese höhere Tarifverträge abschließen, Entlastungstarifverträge eingehen⁴⁰⁴ und mehr Personal beschäftigen als mit ihnen konkurrierende freigemeinnützige und private Krankenhäuser.

Die Wettbewerbsverzerrung am Arbeitsmarkt zeigt sich aktuell ganz konkret daran, dass staatliche Krankenhäuser mittels hoher

⁴⁰³ Vgl. statt aller *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Vor wichtigen wirtschaftspolitischen Weichenstellungen, Jahresgutachten 18/19, S. 422 ff.

⁴⁰⁴ S. oben bei Fn. 221.

Gehaltsangebote und Antrittsprämien Personal aus benachbarten freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern abwerben. Zum Teil werden ganze Fachabteilungen aufgekauft. So hat das Städtische Klinikum Solingen offenbar fast alle 90 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachabteilungen Neurologie und Schlaganfallversorgung von der ebenfalls in Solingen ansässigen St. Lukas-Klinik in katholischer Trägerschaft (Kplus-Gruppe) abgeworben.⁴⁰⁵ Infolgedessen muss die bislang hochprofitable Stroke-Unit der St. Lukas-Klinik schließen.⁴⁰⁶ Ein solcher Fall von „Personalplündererei“ ist sicher nicht alltäglich, zeigt aber den harten Personalwettbewerb und die erheblich wettbewerbsverzerrende Wirkung von selektiven Ausgleichszahlungen an staatliche Krankenhäuser, ohne die sie Fachabteilungen anderer, nicht-staatlicher Häuser nicht aufkaufen könnten. Sie sind hierzu nur deshalb in der Lage, weil die durch den teuren Personalabkauf entstehenden Kosten im Wege eines Defizitausgleichs durch die Länder bzw. Kommunen aufgefangen werden. Wie dargelegt, dient der Defizitausgleich der Länder/Kommunen zum Teil explizit dem Ausgleich von Betriebskosten und damit auch von Personalkosten.⁴⁰⁷

Ein anderes Beispiel für die erheblich wettbewerbsverzerrende Wirkung des selektiven Defizitausgleichs ist die Einführung einer 4-Tage-Woche an staatlichen Krankenhäusern bei vollem Lohnausgleich. So wirbt die zu 100 % vom Hochtaunuskreis getragene Hochtaunus-Kliniken gmbH damit, dass sie für alle Berufsgruppen (Ärztinnen/Ärzte, Pflegekräfte, Verwaltung, Technik

⁴⁰⁵ <https://www1.wdr.de/nachrichten/rheinland/klinikstreit-solingen-100.html> (letzter Abruf am 12.10.2023).

⁴⁰⁶ <https://www1.wdr.de/nachrichten/rheinland/klinikstreit-solingen-100.html> (letzter Abruf am 12.10.2023).

⁴⁰⁷ S. 124 ff.

usw.) und Standorte (Krankenhaus Bad Homburg, Krankenhaus Usingen, St. Josef Krankenhaus Königstein) eine 4-Tage-Woche bei voller Tarifvertragsvergütung einführt.⁴⁰⁸ Diesen Schritt geht die Hochtaunus-Kliniken gGmbH wohlwissend, dass der dadurch entstehende Personalmehrbedarf vom Staat finanziert wird. Ohne Verlustausgleich wäre eine 4-Tage-Woche finanziell nicht stemmbar. Sie ist weder durch die Investitionskostenförderung nach §§ 9 f. KHG (§ 4 Nr. 1 KHG) noch durch die Betriebskostenvergütung aus Pflegesatzerlösen (§ 4 Nr. 2 KHG) finanzierbar.

Dass sich staatliche Krankenhäuser mittels solcher attraktiven Arbeitsbedingungen erhebliche Wettbewerbsvorteile gegenüber freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern auf dem umkämpften Arbeitsmarkt verschaffen und mit einem besseren Personalschlüssel sowie zufriedenerem und erholtem Personal auch beim Wettbewerb um Patientinnen und Patienten im Vorteil sind, liegt auf der Hand. Auch insoweit wird die wettbewerbliche Position der nicht-staatlichen Krankenhäuser durch selektive Defizit- ausgleiche erheblich geschwächt.

Der Wettbewerb zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Krankenhäusern auf dem Markt der stationären Krankenhausbehandlung wird mithin durch selektive Ausgleichsleistungen merklich verfälscht. Staatliche Krankenhäuser sind wegen solcher Leistungen sowohl bei der Erhaltung, Sanierung und Modernisierung als auch auf dem Arbeitsmarkt deutlich im Vorteil gegenüber freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäusern, die

⁴⁰⁸ <https://www.hochtaunus-kliniken.de/hochtaunus-kliniken-etablieren-als-erstes-krankenhaus-bundesweit-vier-tage-woche-32723> (letzter Abruf am 12.10.2023).

keine Ausgleichsleistungen erhalten und deren wettbewerbliche Stellung hierdurch deutlich verschlechtert wird.

5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind Beihilfen nur, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen (Art. 107 Abs. 1 AEUV). Der Nachweis einer tatsächlichen Auswirkung der Beihilfe auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten ist nicht erforderlich; es genügt die Eignung der Beihilfe zur Handelsbeeinträchtigung.⁴⁰⁹ Die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten muss aber dargelegt werden und darf nicht nur hypothetischer Natur sein.⁴¹⁰

Staatliche Beihilfen beeinträchtigen den Handel zwischen Mitgliedstaaten, wenn sie das grenzüberschreitende Angebot von Dienstleistungen beeinflussen können.⁴¹¹ Wegen des Erfordernisses einer Beeinträchtigung des Handels „zwischen Mitgliedstaaten“ darf die Beihilfe nicht lediglich Auswirkungen auf den rein innerstaatlichen Handel haben.⁴¹² Über den innerstaatlichen

⁴⁰⁹ EuGH, Slg. 2005 I-11137 (11186 Rn. 54) (Unicredito Italiano); EuGH, Slg. 2010 I-13355 (13387 Rn. 102) (AceaElectrabel Produzione); EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 u. C-203/11, Rn. 76 (Libert) (juris); EuGH, Urt. v. 14.1.2015, Rs. C-518/13, Rn. 65 (Eventech) (juris); EuGH, Urt. v. 11.12.2019, Rs. C-332/18 P, Rn. 82 ff. (Mytilinaios Anonymos Etairia) (juris) – st. Rspr.; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 299, 316.

⁴¹⁰ EuGH, NJW 2003, 2515 (2517); BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 98; OLG Nürnberg, Urt. v. 21.11.2017 – 3 U 134/17, BeckRS 2017, 134725 Rn. 37; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 296.

⁴¹¹ *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 316 mit weiteren Nachweisen.

⁴¹² *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV Rn. 42.

Bereich hinausgehende Auswirkungen sind gegeben, wenn das begünstigte Unternehmen Dienstleistungen auch in anderen Mitgliedstaaten erbringt.⁴¹³ Das Gleiche gilt, wenn das begünstigte Unternehmen zwar nur im Inland tätig ist, aber mit Dienstleistungsanbietern aus anderen Mitgliedstaaten konkurriert, insbesondere Nachfrage nach seiner Dienstleistung aus anderen Mitgliedstaaten besteht.⁴¹⁴ Für Binnenmarktrelevanz spricht auch, wenn Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten in den betroffenen Dienstleistungsmarkt investieren oder zumindest ein potenzielles Investitionsinteresse solcher Unternehmen besteht.⁴¹⁵ Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels kann aber auch von einer Beihilfe für ein Unternehmen ausgehen, das ausschließlich örtliche oder regionale Dienste in seinem Mitgliedstaat leistet.⁴¹⁶ Denn der örtliche oder regionale Charakter der durch das begünstigte Unternehmen erbrachten Dienstleistung bzw. die geringe Größe seines Tätigkeitsgebiets schließt nicht aus, dass sich durch die Beihilfe die Chancen von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen verringern, ihre

⁴¹³ EuGH, Slg. 1991, I-1433 (1477 Rn. 27) (Italien/Kommission); EuGH, Slg. 1994, I-4103 (4158 Rn. 40) (Spanien/Kommission); EuGH, Slg. 1999, I-3671 (3700 f. Rn. 47) (Belgien/Kommission); *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV Rn. 42; *Herrmann*, KommJur 2016, 201 (204); *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 316 mit weiteren Nachweisen.

⁴¹⁴ Vgl. EuGH, Slg. 1991, I-1433 (1477 Rn. 27) (Italien/Kommission); EuGH, Slg. 1994, I-4103 (4158 Rn. 40) (Spanien/Kommission); EuGH, Slg. 1999, I-3671 (3700 f. Rn. 47) (Belgien/Kommission); *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV Rn. 42.

⁴¹⁵ Vgl. nur *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 317; *Shaverdov/Reuther*, das Krankenhaus 2023, 1032.

⁴¹⁶ EuGH, NJW 2003, 2515 (2517); s. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 72; *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 109 f.; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 317.

Dienste auf dem Markt des die Beihilfe gewährenden Mitgliedstaates zu erbringen.⁴¹⁷ Auch schließen weder ein verhältnismäßig geringer Umfang einer Beihilfe noch eine verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels aus.⁴¹⁸ Lediglich bei Beihilfen mit ausschließlich lokalen, regionalen oder nationalen Auswirkungen fehlt es im Einzelfall am Merkmal der Zwischenstaatlichkeit.⁴¹⁹

In Anwendung dieser Grundsätze hat die Kommission in verschiedenen Beschlüssen angenommen, dass die Tätigkeit eines durch eine Beihilfe begünstigten Unternehmens, das Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet eines Mitgliedstaates anbietet, das wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht und dessen Begünstigung allenfalls marginale Auswirkungen auf die Bedingungen für grenzüberschreitende Investitionen oder die grenzüberschreitende Niederlassung haben wird, wegen ihrer rein lokalen Auswirkung

⁴¹⁷ EuGH, NJW 2003, 2515 (2517) mit weiteren Nachweisen; vgl. auch *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. C 8/4 v. 11.1.2012, Rn. 38; BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 98; OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 72; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 317.

⁴¹⁸ EuGH, NJW 2003, 2515 (2518); s. auch *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. C 8/4 v. 11.1.2012, Rn. 39; OLG Nürnberg, Urt. v. 21.11.2017 – 3 U 134/17, BeckRS 2017, 134725 Rn. 37; OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 72, 74; vgl. *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 318.

⁴¹⁹ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV Rn. 42 mit weiteren Nachweisen.

nicht den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.⁴²⁰ Die öffentliche Förderung von Krankenhäusern wirkt sich nach Ansicht der Kommission dementsprechend nicht auf den innergemeinschaftlichen Handel aus, wenn sie der Finanzierung der üblichen medizinischen Versorgung der im Einzugsgebiet des Krankenhauses lebenden örtlichen Bevölkerung dient und keinerlei Hinweise auf grenzüberschreitende Investitionen in Krankenhäuser oder auf die Niederlassung von Gesundheitsdienstleistern aus anderen Mitgliedstaaten in der Region vorliegen.⁴²¹ Für den Fall staatlicher Mittel für ein Medizinisches Versorgungszentrum (MVZ) hat die Kommission Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel verneint, weil nur Standardgesundheitsleistungen für ein relativ kleines geografisches Gebiet und die örtliche Bevölkerung angeboten wurden. Der Wett-

⁴²⁰ *Kommission*, Beschl. v. 29.4.2015 – SA.33149, ABl. C 188/1 v. 5.6.2015 (Deutschland/Städtische Projektgesellschaft „Wirtschaftsbüro Gaarden“ – Kiel); *Kommission*, Beschl. v. 29.4.2015 – SA.37904, ABl. C 188/3 v. 5.6.2015 (Deutschland/Medizinisches Versorgungszentrum Durmersheim); *Kommission*, Beschl. v. 29.4.2015 – SA.38035, ABl. C 188/3 v. 5.6.2015 (Deutschland/Landgrafen-Klinik); s. auch BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 99; OLG Nürnberg, Urt. v. 21.11.2017 – 3 U 134/17, BeckRS 2017, 134725 Rn. 38; s. auch *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 113 ff.; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 319 f.

⁴²¹ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV (2016/C 262/01), ABl. C 262/1 v. 19.7.2016, Rn. 197 mit weiteren Nachweisen; *Kommission*, Beschl. v. 29.4.2015 – SA.37432, ABl. C 203/2 v. 19.6.2015 (Tschechische Republik/Öffentliche Krankenhäuser in Hradec Králové); s. auch BGH, Urt. v. 24.3.2016 – I ZR 263/14, BeckRS 2016, 12493 Rn. 99; vgl. auch *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. C 8/4 v. 11.1.2012, Rn. 40.

bewerb zwischen solchen Dienstleistungen erfolge nur auf lokaler Ebene.⁴²² Entsprechend hat die Kommission einem aus staatlichen Mitteln gewährten Verlustausgleich für eine Rehaklinik die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten abgesprochen, weil die von der Klinik erbrachten üblichen Gesundheitsdienstleistungen rein lokal verfügbar waren, keiner der im fraglichen Jahr behandelten 3080 Patienten aus einem anderen Mitgliedstaat kam und durch die staatliche Finanzierung der Klinik keine Hindernisse für die Niederlassung von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten entstanden waren.⁴²³ Von den Gerichten wird zum Teil auch darauf abgehoben, ob die aus staatlichen Mitteln geförderten Krankenhäuser gezielt auf die Akquisition ausländischer Patienten ausgerichtet sind, worauf der Internetauftritt und besondere Fremdsprachenkenntnisse des Ärzte- und Pflegepersonals hindeuten könnten.⁴²⁴

Nach Maßgabe dieser Grundsätze muss bezogen auf die jeweilige Beihilfe für das einzelne staatliche Krankenhaus geprüft werden, ob die Beihilfe rein lokale Auswirkungen hat oder geeignet

⁴²² *Kommission*, Beschl. v. 29.4.2015 – SA.37904, ABI. C 188/3 v. 5.6.2015 (Deutschland/Medizinisches Versorgungszentrum Durmersheim); s. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 64.

⁴²³ *Kommission*, Beschl. v. 29.4.2015 – SA.38035, ABI. C 188/3 v. 5.6.2015 (Deutschland/Landgrafen-Klinik); s. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 63.

⁴²⁴ So OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 79.

ist, den innergemeinschaftlichen Handel mit Gesundheitsdienstleistungen zu beeinträchtigen.⁴²⁵ Es gilt ein Gebot der Einzelfallbetrachtung.⁴²⁶ Hierfür wird es vor allem auf die geografische Lage (z.B. Grenznähe), die verkehrstechnische Erreichbarkeit, das Angebot an Gesundheitsdienstleistungen (Standardleistungen?) des Krankenhauses, die von ihm behandelten Patientinnen und Patienten (Nachfrage aus dem EU-Ausland?) und eine etwaige Konkurrenz mit Dienstleistungsanbietern aus anderen Mitgliedstaaten sowie auf die Attraktivität des Krankenhausdienstleistungsmarktes für grenzüberschreitende Investitionen oder Niederlassungen ankommen.⁴²⁷

⁴²⁵ Das OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 75 ff. hat zwischenstaatliche Auswirkungen des Defizitenausgleichs durch den Landkreis Calw an seine Kreiskliniken verneint, weil die Kliniken medizinische Standardleistungen anböten und das Angebot keine grenzüberschreitende Nachfrage erzeuge; *Bulla*, KommJur 2015, 245 (247) sieht bei Krankenhäusern der höchsten Versorgungsstufe, die insbesondere im Bereich der Spitzenmedizin auch überregional mit anderen Krankenhäusern konkurrieren, Zuwendungen an Krankenhäuser grundsätzlich als geeignet an, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen; im Grundsatz für eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels durch einen selektiven Defizitenausgleich für öffentliche Krankenhäuser *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (203 ff.); *Koenig/Paul*, EuZW 2008, 359 (361); *Kroll*, Verlustausgleichszahlungen an öffentliche Krankenhäuser, in: Rühr, Staatsfinanzen, Aktuelle und grundlegende Fragen in Rechts- und Verwaltungswissenschaft, Liber discipulorum Maximilian Wallerath, 2007, S. 51 (58 f.); *Soltész/Puffer-Mariette*, EWS 2006, 438 (444); vgl. auch *Kingreen*, GesR 2006, 193 (198); *Knüttel/Schweda/Giersch*, EWS 2008, 497 (498); vgl. auch *Heinbuch/Käppel/Wittig*, KommJur 2014, 205 (207); generell skeptisch gegenüber einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels durch einen selektiven Defizitenausgleich für öffentliche Krankenhäuser *Bauckhage-Hoffer*, GesR 2009, 393 (396).

⁴²⁶ Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 23.3.2017 – 2 U 11/14, BeckRS 2017, 106255 Rn. 73; *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 116, 145; *Cremer*, ZWeR 2018, 185 (203 f.); *Wollenschläger/Baier*, NZS 2020, 370 (373).

⁴²⁷ Vgl. *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 145.

IV. Fazit und Ausblick

1. Ein selektiver Defizitausgleich von Ländern nur für staatliche Krankenhäuser verstößt gegen das aus dem gesetzlichen (§ 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG) und verfassungsrechtlichen (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG) Prinzip der Trägervielfalt resultierende Gebot der Gleichbehandlung der Plankrankenhäuser. Er ist deshalb rechts- und verfassungswidrig.
2. Selektive Ausgleichszahlungen von Kommunen nur für kommunale Krankenhäuser verstoßen gegen das landesgesetzliche Prinzip der Trägervielfalt und das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG.
3. Fördert der Staat ausschließlich eigene Krankenhäuser, ist dies außerdem unvereinbar mit europäischem Beihilferecht (Art. 107 Abs. 1 AEUV). Das gilt sowohl, wenn staatliche Krankenhäuser einen Ausgleich wegen ihrer gesetzlichen Pflicht zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausbehandlung (s. § 109 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 2 SGB V) erhalten, als auch, wenn der Ausgleich „Gegenleistung“ für eine hoheitlich auferlegte Betriebspflicht staatlicher Häuser ist. Eine wirksame Durchsetzung des EU-Beihilferechts und effektiver Rechtsschutz für nicht begünstigte freigemeinnützige und private Krankenhäuser erfordert Transparenz und eine entsprechende Veröffentlichung der Betrauungsakte der Länder und Kommunen.
4. Ein Defizitausgleich für alle in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommenen Krankenhäuser ist dagegen beihilferechtlich zulässig. Da sämtliche Plankrankenhäuser Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) erbringen (gesetzliche Pflicht zur Versorgung der Bevölkerung

mit Krankenhausbehandlung), müssen sie unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten bei staatlichen Ausgleichsleistungen für die Erfüllung der Versorgungspflicht gleichbehandelt werden. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist entsprochen, wenn entweder ein selektiver Defizitausgleich für staatliche Plankrankenhäuser unterbleibt bzw. aufgehoben und rückabgewickelt wird oder alle – staatlichen, freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäuser – in gleichem Maße gefördert werden.

5. Diese nach materiellem EU-Beihilferecht bestehende Wahlmöglichkeit kann den Ländern nach nationalem Recht verschlossen sein. Ein Defizitausgleich der Länder für Investitionskosten ist prinzipiell erforderlich, um der gesetzlichen Verpflichtung aus § 1 Abs. 1, § 4 Nr. 1, § 9 Abs. 5 KHG nachzukommen und sämtliche notwendigen Investitionskosten der Plankrankenhäuser unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze zu decken. Freigemeinnützige und private Krankenhäuser haben Anspruch auf Ausgleichsleistungen zur Investitionskostendeckung bereits wegen des gesetzlichen Gebots funktionsgerechter Finanzierung (§ 8 Abs. 1 S. 1 KHG) und aus ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Ihnen steht dieser Anspruch aber auch wegen des gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Gebots der Gleichbehandlung zu. Soweit Ausgleichsleistungen für staatliche Häuser bei wirtschaftlicher Betriebsführung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz geboten sind, verlangt das Gebot der Gleichbehandlung eine entsprechende Finanzierung freigemeinnütziger und privater Häuser. Gewähren die Länder staatlichen Plankrankenhäusern unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots einen Ausgleich, um auf diese Weise ihrer Verpflichtung zur Übernahme der notwendigen Investitionskosten nachzukommen, müssen sie freigemeinnützigen

und privaten Plankrankenhäusern unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung einen entsprechenden Ausgleich zahlen (§ 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG, Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG). Der nach nationalem Recht gebotenen, gleichen Förderung aller Plankrankenhäuser durch die Länder steht das EU-Beihilferecht nicht entgegen.

6. Die Kommunen sind nach nationalem Recht hingegen nicht zur Krankenhausfinanzierung verpflichtet. Sie entscheiden gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Gemeinden) bzw. gem. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Landeskrankenhausrecht (Gemeindeverbände) eigenverantwortlich, ob und in welchem Umfang sie Plankrankenhäuser unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots finanziell unterstützen. Dementsprechend engt das nationale Recht die nach dem EU-Beihilferecht bestehende Wahlmöglichkeit für die Kommunen nicht ein, entweder einen selektiven Defizitausgleich für kommunale Krankenhäuser zu unterlassen bzw. aufzuheben und rückabzuwickeln oder den Defizitausgleich so umzugestalten, dass er auch freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäuser zugutekommt. Scheidet allerdings eine Rückzahlung der kommunalen Krankenhäusern gewährten Ausgleichsleistungen wegen tatsächlicher Unmöglichkeit aus, wird dem EU-Beihilferecht nur entsprochen, wenn die Kommunen freigemeinnützigen und privaten Plankrankenhäuser gleiche Ausgleichsleistungen zahlen.
7. Ob und inwieweit Ansprüche freigemeinnütziger und privater Plankrankenhäuser gegen Länder und Kommunen auf Defizitausgleich ausgeschlossen sind, muss im Einzelfall geprüft werden. Insbesondere ist die Verjährung von Ansprüchen in den Blick zu nehmen, wobei auch insoweit dem Vorrang des

Unionsrechts Rechnung zu tragen ist. Im Ergebnis muss sichergestellt sein, dass dem EU-Beihilferecht entsprochen ist.⁴²⁸ Bei der Prüfung von Ausschlussgründen wird zu berücksichtigen sein:

- a) Eine generelle Begrenzung eines Defizitausgleichsanspruchs aus § 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG gegen ein Land auf das laufende, noch nicht abgeschlossene Haushaltsjahr lässt sich dem Krankenhausfinanzierungsgesetz nicht entnehmen. Eine solche zeitliche Begrenzung könnte allenfalls aus dem Gesetzesvorbehalt für die Länder (s. § 1 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 4, § 9 Abs. 5, § 11 S. 1 KHG) in Verbindung mit Landeskrankenhausrecht folgen. Nach den Landeskrankenhausgesetzen erfolgt die Investitionskostenförderung in der Regel auf der Grundlage jährlicher Investitionsprogramme (s. § 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KHG), durch Jahrespauschalen (s. § 9 Abs. 3 KHG) oder durch jährliche Investitionspauschalen (s. § 10 KHG). Dementsprechend werden die Mittel für die Krankenhausförderung im Rahmen der jährlichen Haushaltspläne zur Verfügung gestellt⁴²⁹ und die Förderung jährlich bewilligt und ausgezahlt⁴³⁰. Entsprechend diesem Grundsatz der Jährlichkeit für die Förderung könnten

⁴²⁸ Zur Unbeachtlichkeit der Vertrauensschutzgrundsätze des § 48 Abs. 2 VwVfG und der Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 VwVfG bei entgegenstehendem Unionsrecht und zur unionsrechtlichen Determinierung des Rücknahmeremessen nach § 48 VwVfG s. nur *Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Werkstand: 3. EL August 2022, § 48 Rn. 13, 145 ff., 233 ff. und 309 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁴²⁹ Vgl. § 3 Abs. 5 S. 1 Bremisches Krankenhausgesetz (BremKrhG).

⁴³⁰ S. etwa § 15 Abs. 5 Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg (LKHG).

auch Ansprüche freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser auf einen Defizitausgleich auf das laufende Haushaltsjahr begrenzt sein.

Dagegen spricht aber, dass sowohl das Krankenhausfinanzierungsgesetz des Bundes als auch die Krankenhausgesetze der Länder nur die Investitionskostenförderung i.S.d. §§ 9 f. KHG regeln. Weitere Förderarten sind gesetzlich nicht normiert. Der in den Landeskrankenhausgesetzen zum Ausdruck kommende Jährlichkeitsgrundsatz gilt daher für den Defizitausgleich nicht. Das Verfahren für die Gewährung von Defizitausgleich ist in den Ländern rechtlich in der Regel gar nicht ausgeformt. Form- oder Fristenfordernisse für den Antrag auf Defizitausgleich fehlen.

Nach den Betrauungsakten der Länder und Kommunen werden die Ausgleichsleistungen für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) an die staatlichen Krankenhäuser zum Teil ebenfalls jährlich erbracht, insbesondere im Fall des Jahresfehlbetragsausgleichs.⁴³¹ Dem Grunde nach wird der Ausgleich aber für die gesamte Dauer des Betrauungszeitraums zugesagt, was gegen eine Begrenzung auf das jeweilige Haushaltsjahr sprechen könnte. Im Übrigen gelten die Betrauungsakte nur für die betrauten staatlichen Krankenhäuser.

Für Ausgleichsansprüche aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG dürfte ein etwaiger Jährlichkeitsgrundsatz des Krankenhausrechts wohl nicht gelten.

⁴³¹ S. etwa § 3 Betrauungsakt des Landes Berlin gegenüber der Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH v. 8.7.2019, ABI. Nr. 6 v. 7.2.2020, S. 676.

- b) Eine zeitliche Begrenzung von Ansprüchen auf Defizitausgleich könnte aber nach § 8 Abs. 1 und 2 KHG in Verbindung mit dem Landeskrankenhausrecht aus der Geltungsdauer des Landeskrankenhausplans folgen. Gem. § 8 Abs. 1 KHG haben Krankenhäuser Anspruch auf Förderung, soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind. Die Förderansprüche könnten deshalb auf den Zeitraum begrenzt sein, für den der jeweilige Landeskrankenhausplan gilt.

Hiergegen spricht aber, dass ein Defizitausgleich für staatliche Krankenhäuser nach den Betrauungsakten der Länder und Kommunen oftmals für einen (Betrauungs-)Zeitraum gewährt wird, der mit der Laufzeit des Landeskrankenhausplans nicht übereinstimmt.⁴³² Ist ein Defizitausgleich für staatliche Krankenhäuser nicht auf die Geltungsdauer des Landeskrankenhausplans bezogen und begrenzt, kann für freigemeinnützige und private Krankenhäuser nichts anderes gelten.

- c) Ob die Bestandskraft von Fördermittelbescheiden eines Landes für freigemeinnützige und private Krankenhäuser Ansprüchen gegen das Land auf Defizitausgleich entgegensteht, lässt sich nur anhand des Einzelfalls beurteilen. In Betracht kommt ein solcher Ausschluss wohl eher für Ansprüche aus § 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG als für Ansprüche aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.

Soweit Gegenstand der Fördermittelbescheide Fördermaßnahmen nach § 9 oder § 10 KHG sind, spricht dies gegen einen Ausschluss von Defizitausgleichsansprüchen. Haben die

⁴³² S. nur § 2 Abs. 4 Betrauungsakt des Landes Berlin gegenüber der Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH v. 8.7.2019, ABl. Nr. 6 v. 7.2.2020, S. 676: Betrauungszeitraum von 10 Jahren, während der Krankenhausplan 2020 des Landes Berlin bis zum Jahr 2025 gilt.

Fördermittelbescheide tatbestandlich nicht die Förderung durch Defizitausgleich zum Gegenstand, schließen sie ihn auch nicht aus. Die Bestandskraft der Bescheide ist dann bezogen und begrenzt auf die beschiedenen Fördermaßnahmen i.S.d. §§ 9 f. KHG. Anders kann der Fall liegen, wenn ein Fördermittelbescheid die gesamte Investitionskostenförderung eines Jahres für ein Unternehmen abschließend bestandskräftig regelt.

Selbst in diesem Fall ist aber zu beachten, dass staatliche Krankenhäuser Defizitausgleich vom Land zusätzlich zu der Investitionskostenförderung nach §§ 9 f. KHG erhalten. Wird ein Defizitausgleich staatlichen Häusern trotz Fördermittelbescheiden über Maßnahmen nach §§ 9 f. KHG gewährt, zeigt dies, dass die Fördermittelbescheide die Investitionskostenförderung nicht abschließend regeln und selbst bei Bestandskraft einem Anspruch auf Defizitausgleich nicht entgegenstehen dürften.

- d) Die Bestandskraft der Betrauungsakte der Länder und Kommunen, die nicht selten als „Bescheid“ ergehen und eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten⁴³³ dürfte gesetzlichen (und erst recht verfassungsrechtlichen) Ansprüchen freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser ebenfalls nichts entgegenzusetzen. Die Verpflichtung der Plankrankenhäuser zur medizinischen Versorgung der Bevölkerung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) erfolgt durch Gesetz (s. § 109 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 2 KHG). Daran

⁴³³ Zum Beispiel: Betrauungsakt des Landes Berlin gegenüber der Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH v. 8.7.2019, ABl. Nr. 6 v. 7.2.2020, S. 676 mit einer Rechtsbehelfsbelehrung über die Möglichkeit der Klage gegen den „Bescheid“ vor dem Verwaltungsgericht Berlin innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Bescheides.

ändern gesonderte Betrauungsakte der Länder und Kommunen nichts; sie stellen für die staatlichen Krankenhäuser die gesetzliche Versorgungspflicht lediglich nochmals deklaratorisch fest.⁴³⁴ Die Ansprüche freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser auf Ausgleichszahlungen der Länder folgen ebenfalls aus dem Gesetz, nämlich aus § 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG und aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Auch hieran ändern die staatlichen Betrauungsakte nichts. Sie regeln den Ausgleich nur für staatliche Häuser, die allerdings nach den Betrauungsakten regelmäßig keinen Rechtsanspruch auf Defizitausgleich haben.⁴³⁵ Ansprüche der freigemeinnützigen und privaten Häuser auf Defizitausgleich werden deshalb durch die Betrauungsakte nicht berührt.

Um dem EU-Beihilferecht (Art. 107 Abs. 1 AEUV) zu entsprechen, müssen Länder und Kommunen ggf. gesonderte Betrauungsakte für freigemeinnützige und private Krankenhäuser erlassen, in denen sie die Betrauung und den staatlichen Defizitausgleich in Übereinstimmung mit der Altmark Trans-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und dem DAWI-Freistellungsbeschluss der Kommission regeln. Bestandkräftige Betrauungsakte zugunsten staatlicher Krankenhäuser dürften dem kaum entgegenstehen, weil sie allein die Betrauung der staatlichen Häuser zum Gegenstand haben und deshalb eine (weitere) Betrauung freigemeinnütziger und

⁴³⁴ Vgl. bei Fn. 353.

⁴³⁵ S. oben bei Fn. 229.

privater Häuser nicht ausschließen. Die Bestandskraft der Betrauungsakte erscheint bezogen und begrenzt auf den Ausgleich für die betrauten staatlichen Krankenhäuser.

8. Freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern können Schadensersatzansprüche gegen den Staat zustehen, weil Länder und Kommunen mit einem selektiven Defizitausgleich für eigene Krankenhäuser gegen EU-Beihilferecht (Art. 107 Abs. 1 AEUV) verstoßen haben. In Betracht kommen insbesondere Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG und aus § 823 Abs. 2 BGB wegen Verletzung des Durchführungsverbots des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV.⁴³⁶ Ob und inwieweit solche Ansprüche bestehen und in welchem Verhältnis sie zu Ansprüchen freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser auf Unterlassung bzw. Aufhebung und Rückabwicklung selektiver Ausgleichszahlungen für staatliche Häuser oder auf Einbeziehung in den Defizitausgleich stehen, wird zu klären sein.

⁴³⁶ Zu Schadensersatzansprüchen wegen unionsrechtswidriger Beihilfen *Arhold*, EWS 2011, 209 (214 f.); *Baier*, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland. Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, 2021, S. 218 ff.; *Koenig/Hellstern*, EWS 2011, 216 (218 ff.); *Sasserath*, Schadensersatzansprüche von Konkurrenten zur Effektivierung der Beihilfenkontrolle?, 2001, S. 64 ff.; *Soltész*, EuZW 2001, 202 (205 ff.).