



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Gemeinnützige Krankenhäuser im europäischen Binnenmarkt“

Dissertation vorgelegt von Luisa Margitta Braun

Erstgutachter: Prof. Dr. Stefan J. Geibel

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

I. Problemaufriss und Ziel der Untersuchung

Das allgemeine Steuerrecht verlangt Abgaben vom Bürger,¹ doch das Gemeinnützigkeitsrecht gewährt Befreiung und Minderung von steuerlichen Lasten. Beide Mechanismen sollen der Allgemeinheit dienen. So können mit Steuergeldern die Infrastruktur finanziert oder soziale Einrichtungen gebaut werden und gleichzeitig kann der Verzicht auf Steuern zu gemeinnützigem Engagement motivieren. Die Resultate beider Mechanismen kommen der Allgemeinheit zugute, dienen dem Gemeinwohl. Juristisch betrachtet ist das Gemeinnützigkeitsrecht ein spezieller Bereich des Steuerrechts.² Es spricht ein Privileg zugunsten derjenigen aus, die im Dienste der Allgemeinheit handeln, selbstlos und ohne die Absicht, damit Gewinne zu erzielen. Die gesetzgeberische Idee hinter dem Gemeinnützigkeitsrecht ist es, solche Einrichtungen zu fördern, die unabhängig von Marktschwankungen dem Gemeinwohl zu dienen bestimmt sind.³ Anders als das Gemeinwohl, welches als Grundgedanke einem demokratischen Rechtsstaat zugrunde liegt, ist das Gemeinnützigkeitsrecht ein Steuerungsinstrument, das von dem Grundgedanken des Gemeinwohls als (zu konkretisierendes) Ziel oder Leitmotiv getragen wird.⁴ Es ist diese grundsätzliche Marktferne, die das Gemeinnützigkeitsrecht auszeichnet und welche auf den ersten Blick einen Kontrast zum Binnenmarktprinzip des Europarechts zu bilden scheint. Gemeinnützige Tätigkeiten haben sich dort entwickelt, wo einerseits privatautonomes Handeln mangels Gewinnaussichten zu wenig Engagement hervorriefe, andererseits die Strukturen nicht staatlich monopolisiert waren. Diese Konstellation findet sich vor allem in den Bereichen Kultur, Bildung, Erziehung und Wohlfahrtspflege wieder.⁵

Das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht bewegt sich zwischen zwei Antipoden. Auf der einen Seite steht die Möglichkeit staatlicher Monopolisierung, als Maximum staatlicher Regulierung und mit dem „Vorzug“, selbst im Falle eines Marktversagens gemeinnützige Einrichtungen aufrechterhalten zu können. Auf der anderen Seite ist ein rein marktwirtschaftliches System denkbar – in einem klassisch-liberalen Verständnis⁶ – in welchem Staatsaufgaben und staatliche Finanzmacht zurückgedrängt werden. In diesem System reguliert sich der Preis über Angebot und Nachfrage und das Angebot bemisst sich nach der Rentabilität.⁷ Im Fall eines Staatsversagens – wie es in Griechenland zu beobachten war⁸ – böte es ein immerhin funktionierendes System gemeinnütziger Einrichtungen.⁹ Die Realität bewegt sich zwischen diesen

¹ Bei Verwendung des generischen Maskulinum ist die weibliche Form stets mit gemeint.

² Hüttemann (2018). *Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht*, Kap. 1, Rn. 1.1. Das ausführliche Literaturverzeichnis findet sich im Anhang zur Dissertation.

³ Jachmann-Michel, M., Winheller, S., Geibel, S. (2017). *Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht*, Einleitung (Droege) Rn. 1, 10.

⁴ Geibel (2013). *Gemeinnützigkeitsrecht als Gemeinwohlförderung*, S. 429 (429); Brugger (2002) Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, S. 17 (20).

⁵ Schauhoff (2010). *Handbuch der Gemeinnützigkeit*, § 6, Rn. 20; Seer (2003) DStJG Band 26, S. 11 (13).

⁶ Wildmann (2014) Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Mikroökonomie und Wettbewerbspolitik, S. 52.

⁷ Fischer (2009) FR 2009, S. 929 (929); bisweilen ein Erwerbsstreben ins „Maßstablose und Maßlose“: Kirchhof (2003) DStJG Band 26, S. 1 (2).

⁸ ARD (2012) Tot gespart – Gesundheit nur gegen Barzahlung. Tagesschau v. 09.09.2012; DIE ZEIT (2012) Griechen streichen Gesundheitsausgaben zusammen v. 01.03.2012.

⁹ A.A. Schick (2014) Machtwirtschaft, nein danke, S. 112: „Ja, der Markt versagt. Aber der Staat versagt auch. Denn wo Märkte versagen, handelt es sich immer auch um ein Versagen der staatlichen Ordnungsmacht. Der

beiden Polen und jeder Mitgliedstaat der Europäischen Union (EU) pflockt „sein“ Gemeinnützigkeitsrecht zwischen diesen Polen ein. Das Modell zeigt aber einerseits, dass die Regeln der Marktwirtschaft allein das Gemeinwohl nicht absichern können. Das Risiko eines Marktversagens besteht jederzeit. In diesem Fall würden die angebotenen Leistungen unbezahlbar werden. Daher ist es eine staatliche Pflicht, Einrichtungen zugunsten des Allgemeinwohls und dies zu moderaten Preisen vorzuhalten.¹⁰ Das gilt insbesondere für Einrichtungen des Gesundheitswesens, denn die Gesundheit eines Menschen ist das kostbarste Rechtsgut. Das Modell zeigt andererseits, dass auch die Variante vollkommener Verstaatlichung kein Allheilmittel ist: Auch Staaten können versagen und selbst unterhalb der Schwelle eines solchen Extrem Szenarios kann staatliche Regulierung nicht immer dieselben oder ebenso konsequent positiven Effekte generieren, wie es unverfälschter Wettbewerb im Sinne eines Entdeckungsverfahrens vermag.¹¹ Wo befindet sich also der beste Ort zwischen den Polen von staatlicher Regulierung und freier Marktwirtschaft, um ein Gesundheitssystem zu verankern – oder noch spezieller – ein funktionierendes und bezahlbares Krankenhaussystem?

Die §§ 65 ff. Abgabenordnung (AO) lassen im Einzelnen erkennen, wie der deutsche Gesetzgeber einen Mittelweg zwischen den beschriebenen Polen gewählt hat: Das Gemeinnützigkeitsrecht setzt mit Steuererleichterungen Anreize, um in einem System sozialer Marktwirtschaft gemeinnützige Einrichtungen zu unterstützen.¹² Dem liegt der Gedanke eines Staates zugrunde, der in ausgleichender (*iustitia commutativa*) und austeilender Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*) waltet. Die zuerst genannte Form der Gerechtigkeit meint das Fair-Play unter Vertragspartnern, Gerechtigkeit also innerhalb eines Synallagmas: Pacta sunt servanda und Schadensausgleich sind zwei beispielhafte Konzepte dafür. Distributive Gerechtigkeit bedeutet, Güter zu verteilen – Aristoteles zufolge in Abhängigkeit vom „Moment der Würdigkeit“ einer Person.¹³ Übertragen auf das Gemeinnützigkeitsrecht „teilt“ der Staat Steuererleichterungen „aus“ – je nach dem, wer als gemeinnützig anerkannt wird, wer also dieses Status würdig ist. Fraglich bleibt, ob dieser Verteilungsmodus dem Gleichbehandlungsgrundsatz entspricht. Denn Kern des Steuerrechtes ist der Anspruch der Lastengleichheit.¹⁴ Zweckbetriebe eines Krankenhauses werden gemäß § 67 AO ausdrücklich steuerlich privilegiert. Dieses Privileg bedeutet gleichzeitig, dass anderen Einrichtungen ein solcher Vorzug nicht zuteil wird. Steuervergünstigungen zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen müssen sich deshalb rechtfertigen, da sie das Prinzip der an sich gegebenen Steuerpflicht durchbrechen.¹⁵ Da Steuern aber der Gemeinwohlfinanzierung dienen und sich allein durch diese Gemeinwohlbindung rechtfertigen lassen, liegt es umgekehrt nahe, gemeinnützige Leistungen steuerlich zu hono-

staatliche Regelrahmen hat nicht dafür gesorgt, dass der Preismechanismus funktioniert und die Risiken richtig bepreist wurden. Marktversagen und Staatsversagen lassen sich nicht trennen.“

¹⁰ Droege, M. (2017) Grundprinzipien und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Gemeinnützigkeitsrechts, Rn. 9, Fischer (2009). FR 2009, S. 929 (929).

¹¹ Fritsch/Wein/Ewers (2006) Marktversagen und Marktpolitik, S. 15, 16.

¹² Jachmann-Michel, M., Winheller, S., Geibel, S. (2017). *Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht*, Einleitung (Droege) Rn. 1, 10.

¹³ Schweidler (2004) Der gute Staat, S. 57 in Bezugnahme auf *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, V. 6 1131 a, 23-29.

¹⁴ Koenig (2014) *Koenig*, § 3 AO, Rn. 60 ff.

¹⁵ Isensee (1990) Festschrift Dürig, S. 33 (42).

rieren.¹⁶ Als Eingriff in die Wettbewerbsneutralität müssen diese freilich grundrechtskonform ausgestaltet sein, das heißt durch eine verhältnismäßige Konkretisierung gewichtiger Allgemeinwohlbelange.¹⁷ Eine solche Abwägung findet ihren Niederschlag in § 65 AO, bemerkenswerter Weise aber nicht in den speziellen Zweckbetriebsvorschriften, wie § 67 AO für Krankenhäuser.

Um diese gewichtigen Allgemeinwohlbelange zu konkretisieren, wird vielfach auf den Gedanken der Staatsentlastung zurückgegriffen: Den Staat substituierend, erfüllen gemeinnützige Einrichtungen dessen Aufgaben und erhalten im Gegenzug Steuerprivilegien. Letztere würden in etwa den Steuermitteln entsprechen, die der Staat hätte verwenden müssen, hätte er die Gemeinwohlaufgabe selbst wahrgenommen.¹⁸ Allerdings ist der Begriff des Gemeinwohls eine Zielvorgabe, die dem Verfassungsrecht prinzipiell zugrunde liegt und das Gemeinnützigkeitsrecht eine Wegmarke dessen. Gemeinnützige Aufgaben können in manchen Bereichen auch vom Staat erfüllt werden, im Krankenhaussektor beispielsweise durch Kreiskliniken. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die meisten gemeinnützigen Aufgaben so vielfältige kulturelle, religiöse und gesellschaftliche Ausschnitte der Gesellschaft abdecken, dass sie vom Staat gar nicht ersetzt werden könnten, er mithin auch nicht entlastet werden könnte.¹⁹ Als ein weitergehender Legitimationsgedanke für die steuerliche Entlastung gemeinnütziger Einrichtungen kann deshalb die Förderung bürgerschaftlichen Engagements herangezogen werden.²⁰ Für diesen Zweck ist das Steuerrecht das regulierende Instrument und regt dazu an, ursprünglich staatlich verwaltete Bereiche der Privatinitiative anheim zu stellen.²¹ Gleichzeitig wird damit „die Überforderung des Wohlfahrtsstaates“ oder der Rückzug des Staates positiv in einen aktivierenden „bottom-up“ – Prozess umgedeutet.²² Auch im Krankenhaussektor lässt sich dieser Privatisierungsprozess beobachten, wobei sich die Frage stellt, inwiefern sich der Staat dadurch seiner Aufgabenerfüllung entledigt und inwieweit er dann noch in einem ausreichend gerechten Maß die Krankenhausversorgung sicherstellt.

Das Gemeinnützigkeitsrecht besteht im Krankenhauswesen aus einem eng geschnürten Korsett staatlicher Regulierung. Dessen Vorgaben können den Gewinn als einen Parameter des Wettbewerbs (teilweise) abfangen. Die Behandlung eines Patienten kann damit vor dem Druck eines Preiswettbewerbs geschützt werden. Hinsichtlich anderer Wettbewerbsparameter aber – wie Qualität, Service, Innovation – gibt es keine Mindeststandards oder Pflichten in der Abgabenordnung. Das könnte gemeinnützige Einrichtungen dazu verleiten, solche Wettbewerbsparameter unberücksichtigt zu lassen. Zugespitzt formuliert, könnte der Gemeinnützig-

¹⁶ Droege, M. (2017) Grundprinzipien und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Gemeinnützigkeitsrechts, Rn. 2.

¹⁷ Ibid. Rn. 23.

¹⁸ Jachmann (2001) DStZ 2001, S. 225, (226); Helios (2005) Steuerliche Gemeinnützigkeit und EG-Beihilfenrecht, S. 9 f., Musil (2009) DStR 2009, S. 2453 (2454), Seer (2003) DStJG Band 26, S. 11 (23); Kirchhof (2003), DStJG Band 26, S. 1 (4); Bundesministerium der Finanzen (1988) Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts. BMF Schriftenreihe, Heft 40, 1988, S. 93.

¹⁹ Isensee/ Knobbe-Keuk (1988) *Sondervotum*. Schriftenreihe BMF, S. 331 (347 f.).

²⁰ Jachmann-Michel, M., Winheller, S., Geibel, S. (2017). *Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht*, Einleitung (Droege) Rn. 10.

²¹ Droege, M. (2017) Grundprinzipien und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Gemeinnützigkeitsrechts, Rn. 11.

²² Ibid.

keitsstatus dadurch die genannten Vorzüge des Wettbewerbs verhindern. Es zeichnet sich ein Spannungsverhältnis ab, das im Krankenhaussektor sogar überdeutlich zutage tritt. Fraglich ist deshalb, ob die Daseinsvorsorge mehr Wettbewerb verlangt oder ob staatliche Anreizsetzungen mit Steuervorteilen der Schlüssel zur Wohlfahrt sind.

II. Gang der Untersuchung

In einem europarechtlichen Kontext ist das Steuerrecht zwar weiterhin eine nationale hoheitliche Materie, die sich dem Integrationsprozess der EU weitgehend entzieht. Das Gemeinnützigkeitsrecht muss dem Europarecht jedoch insofern Stand halten können, als das Europarecht dem Gemeinnützigkeitsrecht vorgeht.²³ Zudem bestimmt das dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) beigefügte Protokoll 27²⁴, dass der Binnenmarkt ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Insofern werden auch mitgliedstaatliche stark souveräne Materien wie das Gemeinnützigkeitsrecht vom Europarecht erfasst, sofern die mitgliedstaatlichen Regelungen den Wettbewerb verfälschen könnten. Gemeinnützigkeitsrechtliche Steuerprivilegien durchbrechen das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.²⁵ Prima facie stellen sie daher eine Ungleichbehandlung dar, die den Wettbewerb verfälschen kann. Anknüpfungspunkt für diese Fragestellung wird das europäische Beihilfenrecht sein. Anhand der Prüfung des Art. 107 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 AEUV kristallisiert sich der oben angesprochene Konflikt zwischen den zwei Wohlfahrtsaxiomen Wettbewerb und Gemeinnützigkeit an diversen Prüfungspunkten heraus. Einerseits verschreibt sich die EU dem in den Art. 3 Abs. 3 Satz 1 des EU-Vertrages (EUV) und Art. 26 AEUV verankerten Ziel einen Binnenmarkt zu errichten. Diese Zielvorgabe basiert auf der Annahme, dass ein Binnenmarkt, in dem unverfälschter Wettbewerb herrscht, das Gemeinwohl fördert (Wettbewerbsaxiom²⁶). Dahingehend können gemeinnützigkeitsrechtliche Steuerprivilegien eine den Wettbewerb störende Wirkung entfalten. Andererseits postuliert Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV das Hinwirken auf eine soziale Marktwirtschaft. Vor diesem Hintergrund und ordoliberal verstanden muss das Gemeinnützigkeitsrecht mit dem Binnenmarktziel in Ausgleich gebracht werden.

Des Weiteren können Ausgleichleistungen der öffentlichen Hand in Form von Ausgleichsleistungen, Ausfallbürgschaften oder Investitionszuschüssen zugunsten öffentlicher Krankenhäuser eine verbotene Beihilfe darstellen. Diese gesetzlich nicht geregelten Ausgleichsleistungen sind Usus im Gesundheitswesen, aber privaten Plankrankenhäusern ein Dorn im Auge. Das jüngste Urteil des BGH vom 24. März 2016 („Kreiskliniken Calw“)²⁷ liefert hier wertvolle Auslegungshinweise vor allem im Hinblick auf „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV.

²³ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil v. 15.07.1964, Rs. C-6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1253 (1270, 1271) Rn. 20-23.

²⁴ Das Protokoll ist gemäß Art. 51 EUV Bestandteil der Verträge und damit Primärrecht.

²⁵ Droege, M. (2017) Grundprinzipien und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Gemeinnützigkeitsrechts, Rn. 20.

²⁶ *Ibid.*, Rn. 9.

²⁷ BGH, Urteil vom 24.03.2016, Az. I ZR 263/14 (*Kreiskliniken Calw*).

Schließlich hat das Fallpauschalensystem zumindest ein wettbewerbliches Element eingeführt, welches stark kritisiert wird. Die gesetzlichen Regelungen scheinen den Gedanken der Gemeinnützigkeit zu missachten. Nicht das Wohl des Patienten und das Wohl der Allgemeinheit stehen im Vordergrund sondern die Effizienz und Wirtschaftlichkeit des Unternehmens Krankenhaus. Sind die nationalen Regelungen zur Krankenhausfinanzierung selbst nicht mit dem deutschen Gemeinnützigkeitsrecht vereinbar, müssen daraus Rückschlüsse für die EU-Ebene gezogen werden – und umgekehrt. Denn ein nationales Gemeinnützigkeitssystem, das seine Zielsetzung und Aufgabe (das Gemeinwohl) verfehlt, wäre ungerecht – nicht zuletzt im Hinblick auf nichtprivilegierte Mitbewerber.

Neben dem Beihilfenverbot wird der Binnenmarkt durch verschiedene andere Mechanismen des Europarechts geschützt. Dazu gehören zunächst die Wettbewerbsvorschriften, die sich an private Marktakteure richten. Dazu zählen das Verbot, eine marktbeherrschende Stellung in wettbewerbsschädlicher Weise auszunutzen sowie das Verbot von Kartellabsprachen. Beide spielen jedoch im Krankenhauswesen nur eine untergeordnete Rolle. Insbesondere der Gefahr der Monopolstellung eines Krankenhauskonzerns wird mit der Fusionskontrollverordnung entgegengewirkt.²⁸ Für die vorliegende Arbeit interessant sind die Passagen in den Beschlüssen zur Fusionskontrolle, welche Aussagen zum Wettbewerb und zur Marktabgrenzung bei Krankenhäusern treffen. Da diese Fragen ebenso im Rahmen der Beihilfenprüfung auftauchen, werden sie als Argumente in der Beihilfenprüfung verarbeitet,²⁹ aber nicht gesondert aufgeführt. Auch die Grundfreiheiten erhalten in dieser Arbeit kein eigenes Kapitel, obwohl sie Grundpfeiler des Binnenmarktes sind. Selbstverständlich spielen sie im Gesundheitswesen eine große Rolle – beispielsweise bei der Frage, ob Embryonen von der Warenverkehrsfreiheit erfasst sind.³⁰ Im Hinblick auf das Gemeinnützigkeitsrecht (und im Speziellen im Hinblick auf den Zweckbetrieb Krankenhaus) vermögen die Grundfreiheiten jedoch keine Fragen aufzuwerfen, die sich nicht schon im Rahmen der Beihilfenprüfung stellen würden. Darüber hinaus stellt Art. 106 Abs. 2 AEUV mit den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DawI) einen spezifischen Bezug zum Gemeinnützigkeitsrecht her. Ebenso wie bei den Argumenten aus den Beschlüssen zur Fusionskontrolle werden wichtige Argumente, die sich im Rahmen der Grundfreiheiten (und auch der relevanten Grundrechte) ergeben, inzidenter eingeflochten. Denn die übergeordnete Frage ist: Ist Gemeinnützigkeit mit dem Wettbewerbsaxiom der EU zu vereinbaren?

Vor diesem Hintergrund fokussiert diese Arbeit die Frage, inwiefern sich das weitgehend marktferne Gemeinnützigkeitsrecht in die Konzeption des Europarechts einfügen kann, wenn letzteres auf einer anderen Annahme, nämlich auf der des unverfälschten Wettbewerbs beruht. Im ersten Teil dieser Arbeit werden dafür die Grundlagen gelegt. Insbesondere wird der gesetzliche Mechanismus der Steuererleichterungen zugunsten von gemeinnützigen Krankenhäusern anhand eines fiktiven Beispielskrankenhauses erläutert. Sodann werden vier nationale Problemkreise dazu gesondert herausgegriffen und diskutiert: Zu diesen gehören die Hilfspersonenregelung, das Gebot der zeitnahen Mittelverwendung, die Privatisierung des Krankenhausesektors und das noch relativ junge Fallpauschalensystem. Diese im ersten Teil der Arbeit

²⁸ Vgl. Spickhoff (2018) *Fritzsche*, Medizinrecht, § 43 a GWB, Rn. 4.

²⁹ Vgl. *Ibid.* Rn. 8 ff.

³⁰ Streitdarstellung bei Spickhoff (2018) *Müller-Terpitz*, Medizinrecht, Art. 35 GRC, Rn. 71.

diskutierten Problemkreise vermögen Aufschluss darüber zu geben, inwiefern das nationale Gemeinnützigkeitsrecht das Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und Daseinsvorsorge auflöst. Dieser Zielkonflikt setzt sich auf europarechtlicher Ebene fort. Die Privilegien zugunsten gemeinnütziger Krankenhäuser werden anhand der Art. 107 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 AEUV im zweiten Teil der Arbeit überprüft. Zunächst werden die Steuererleichterungen zugunsten gemeinnütziger Krankenhäuser auf ihre Vereinbarkeit mit den Beihilfavorschriften überprüft und im Anschluss daran das duale Finanzierungssystem und Ausgleichsleistungen.

III. Übersicht zu zentralen Ergebnissen

Zwischen den Polen von Wettbewerb und Daseinsvorsorge befindet sich das gemeinnützige Krankenhaus: Auf der einen Seite verwirklicht es den Auftrag gemäß § 1 Abs. 1 KHG für eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung zu sozial tragbaren Pflegesätzen zu sorgen. Gleichzeitig sollen die Krankenhäuser dabei leistungsfähig sein. Im Falle öffentlich-rechtlicher Krankenhäuser kommt der Staat damit seiner Daseinsvorsorgeverpflichtung gemäß Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 GG nach, soweit nicht freigemeinnützige Krankenhäuser diese Aufgabe schon erledigen.³¹ Dies entspricht zum einem dem Subsidiaritätsgedanken, wobei fraglich bleibt, ob sich der Staat dennoch zu weit seiner Verantwortung beginnt zu entziehen – trotz seiner lediglich unterstützenden Rolle. Zum anderen kann die steuerliche Entlastung zugunsten gemeinnütziger Einrichtungen als „Honorar“ für die Erfüllung von Aufgaben angesehen werden, die eigentlich dem Staat anheim gestellt sind. Überzeugender noch ist die Sichtweise aber, dass die Steuerprivilegien einen Anreiz zur Privatinitiative setzen.³² Auf der anderen Seite haben Krankenhäuser mit einem erheblichen Kostendruck zu kämpfen: Die Behandlungskosten steigen, die Fördermittelquote sinkt.³³ Dieser Kostenanstieg soll durch eine Abrechnung nach Fallpauschalen und Bettenabbau gebremst werden.³⁴ Das soll die Wirtschaftlichkeit fördern und zu mehr Wettbewerb führen, so die Vorstellung des damaligen Gesetzgebers.³⁵ Dass es in einem stark regulierten Markt, wie dem Krankenhausmarkt, überhaupt Luft für Wettbewerb gibt, mag zunächst verwundern, doch gerade die Gesundheitsreform von 2002 hat versucht, für mehr Wettbewerb im Krankenhausmarkt zu sorgen.³⁶ Die Kosten des Gesundheitswesens konnten seitdem aber nicht reduziert werden und es wird schnell klar: Der Gesetzgeber befindet sich in einem Dilemma. Dahinter steht die Frage, ob Wettbewerb tatsächlich der alleinige Wohlfahrtsgenerator ist, ob man im Gesundheitssystem

³¹ Es ist im Rahmen der Gesetze den Gemeinden überlassen, den Begriff der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ auszufüllen. Das BVerfG definiert sie als diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben. Dazu zählt auch die gemeindliche Daseinsvorsorge, siehe BVerfG, Beschluss v. 23.11.1988, BVerGE 79, 127 (151). Der Staat muss subsidiär die Einrichtungen der Daseinsvorsorge vorhalten.

³² Jachmann-Michel, M., Winheller, S., Geibel, S. (2017). *Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht*, Einleitung (*Droge*) Rn. 10.

³³ Siehe dazu Kapitel 3.3.1.2.1 der Arbeit zum Thema Investitionskosten.

³⁴ Bruckenberger/Klaue/Schwintowsky (2006) *Krankenhausmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb*, S. 21.

³⁵ Gesetzesentwurf zur Einführung des Fallpauschalensystems, BT-Drucks. 14/6893 v. 11.09.2001, S. 26.

³⁶ BGBl. 2002, Teil I, Nr. 27, S. 1412 – Gesetz vom 23.04.2002 zur Einführung des diagnoseorientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (*Fallpauschalengesetz*).

ganz auf ihn verzichten sollte oder ob eine Balance zwischen Wettbewerb und Daseinsvorsorge hergestellt werden kann. Bisher wird es mit einem Ausbalancieren versucht, also mit Wettbewerbselementen in einem ansonsten stark regulierten Markt.³⁷ Dieser Konflikt wird von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf EU-Ebene und von § 65 AO auf nationaler Ebene gelöst.

Zusammengefasst stellt die Arbeit folgende Thesen auf:

These 1: Das Viersphärenmodell ist um eine fünfte Sphäre zu erweitern.

These 2: Der Einsatz einer Hilfsperson setzt keine Weisungsgebundenheit voraus. Hilfspersonen können sowohl einer Körperschaft die Gemeinnützigkeit vermitteln, als auch selbst steuerbegünstigte Zwecke verfolgen.

These 3: Werden Funktionsbereiche eines Krankenhauses auf eine nicht-gemeinnützige Tochterkapitalgesellschaft ausgegliedert, liegt de lege lata ein Verstoß gegen das Verbot der zeitnahen Mittelverwendung vor. Dieser lässt sich nicht durch Auslegung beheben, sondern erfordert die Schaffung eines neuen Ausnahmetatbestandes.

These 4: Gemeinnützige Krankenhäuser sind Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts. Die Rechtsprechung zu solidarisch organisierten Einrichtungen, die vom Wettbewerbsrecht auszunehmen sind, lässt sich nicht auf Krankenhäuser übertragen.

These 5: Gemeinnützige und nicht gemeinnützige Krankenhäuser stehen im Wettbewerb zueinander. Marktgegenseite ist der Patient.

These 6: Steuerbefreiungen und Steuervergünstigungen stellen beihilfenrechtliche selektive Vorteile dar.

These 7: Die Altmark-Trans-Rechtsprechung lässt sich nicht auf gemeinnützige Krankenhäuser anwenden.

These 8: Steuervergünstigungen zugunsten gemeinnütziger Krankenhäuser sind gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigte Beihilfen.

These 9: Das duale Finanzierungssystem des Krankenhauswesens stellt bereits tatbestandlich keine Beihilfe dar, Ausgleichsleistungen zugunsten gemeinnütziger Krankenhäuser sind über Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigte Beihilfen.

Die Arbeit ist 2021 in der Schriftenreihe Schriften zum Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht im Springer Wissenschaftsverlag (Springer Nature) erschienen.

³⁷ Keine Wettbewerbselemente zuzulassen, führte sehr wahrscheinlich zu ökonomischer Ineffizienz, Bovis (2014) *PPP in the European Union*, S. 3.