

# OLG Stuttgart Urteil vom 20.11.2014, 2 U 11/14

Wettbewerbsrecht: Freistellung von der Notifizierungspflicht bei Übernahme von Jahresfehlbeträgen und Bürgschaften durch den Landkreis zugunsten von Kreiskliniken

## Leitsätze

Ausgleichszahlungen für Defizite, Investitionszuschüsse und die Gewährung von Bürgschaften, die ein Landkreis für seine in den Krankenhausplan nach § 4 des Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg aufgenommenen Kreiskliniken erbringt, sind gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. der Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG) von der Notifizierungspflicht freigestellt.

## Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Tübingen vom 23. Dezember 2013, Az.: 5 O 72/13, wird

**zurückgewiesen.**

2. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Auch das angefochtene Urteil des Landgerichts ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 120% des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird festgesetzt auf bis zu 4.002.000,00 Euro.

## Gründe

### A.

### I.

- 1 Der Kläger macht gegen den Beklagten einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend. Er sieht im Ausgleich der handelsrechtlichen Verluste (Jahresfehlbeträge) der Kreiskliniken C. gGmbH (im Folgenden: Kreiskliniken) aus den Jahren 2012 sowie 2013 bis 2016 durch den Beklagten, sowie in der Übernahme von Bürgschaften und in der Gewährung von Investitionszuschüssen zugunsten der Kreiskliniken eine Verletzung des europäischen Beihilferechts.
- 2 Beim Kläger handelt es sich um einen eingetragenen Verein nach deutschem Recht. Mitglieder des Klägers sind insgesamt zwölf Landesverbände, in denen zusammen die privaten Träger von mehr als 1.000 Krankenhäusern und Reha-Kliniken mitgliederschaftlich organisiert sind. Der überwiegende Teil der Mitglieder des Klägers betreibt Plankrankenhäuser i.S.d. § 108 SGB V. Ausweislich § 2 Abs. 1 a) seiner Satzung (Anlage K 1) zählen zu den Aufgaben des Klägers u.a. die allgemeine ideelle Wahrnehmung der beruflichen und wirtschaftlichen Interessen von Kliniken und Einrichtungen der Akutversorgung, Prävention, Rehabilitation und Pflege sowie von angegliederten Versorgungseinrichtungen im stationären, teilstationären und ambulanten Bereich. Der Kläger verfügt über einen zwölfköpfigen Vorstand und Mitarbeiter sowie über eigene Geschäftsräume in seiner Bundesgeschäftsstelle mit eingerichteten Büros und entsprechende Materialien. Mitgliedskliniken des Klägers sind u.a. die Klinikum P. GmbH, die S. Klinikum K.-L. GmbH und die Klinik für Herzchirurgie K. GmbH.
- 3 Der Beklagte ist Mitgesellschafter der Kreiskliniken C. gGmbH, die die beiden Kreiskrankenhäuser in C. und N. i.V.m. der Klinikverbund S. GmbH betreibt. Nach einem bestehenden Konsortialvertrag hat er die Defizite dieser beiden Krankenhäuser abzudecken und die erforderlichen Investitionen sicherzustellen.
- 4 Am 21. April 2008 betraute der Beklagte im Rahmen der Kreistagssitzung die Kreiskliniken mit Aufgaben, aus deren Erfüllung ausgleichsfähige Kosten erwachsen (Betrauungsakt). Dieser Betrauungsakt wurde am 22. April 2008 vom Landrat des Beklagten unterzeichnet und ausgefertigt. Unter Bezugnahme auf die Freistellungsentscheidung der Kommission wird danach den Kreiskliniken ein öffentlicher Auftrag erteilt (Anlagen K 20a, K 20b und B 17). Bei dem Betrauungsakt orientierte sich der Beklagte an einem Muster des Landkreistages Baden-Württemberg. Außerdem sind die beiden Krankenhäuser der Kreiskliniken im aktuellen Krankenhausplan 2010 des Landes Baden-Württemberg (Anlage K 3) mit 426 Planbetten für insgesamt sieben Abteilungen aufgeführt. Überwiegend werden dort Patienten aus dem räumlichen Gebiet des Beklagten behandelt, daneben aber auch Patienten aus benachbarten und anderen Land- und Stadtkreisen.

- 5 In den vergangenen Jahren seit 2010 wiesen die Jahresabschlüsse der Kreiskliniken jeweils Fehlbeträge aus. Im Einzelnen betragen diese Fehlbeträge im Jahr 2010: 562.869,00 Euro (Anlage K 16), im Jahr 2011: 3.347.154,00 Euro (Anlagen K 5, K 7 und K 17) und im Jahr 2012: ca. 6,2 Mio. Euro (Anlagen K 8, K 9 und K 10). Für das Jahr 2013 wird das Defizit voraussichtlich 4,6 Mio. Euro betragen (vgl. Berufungserwiderung vom 28. Juli 2014, dort Seite 36). Auch in Zukunft sind Jahresfehlbeträge in erheblicher Höhe zu erwarten.
- 6 Am 17. Dezember 2012 fasste der Kreistag des Beklagten den Beschluss, sowohl den handelsrechtlichen Verlust (Jahresfehlbetrag) für das Jahr 2012 als auch die zu erwartenden künftigen Verluste ab dem Geschäftsjahr 2013 bis zunächst 2016 auszugleichen (Anlage K 12).
- 7 Zusätzlich hat der Beklagte am 26. Juli 2010 für die Kreiskliniken Ausfallbürgschaften i.H.v. 3.225.000,00 Euro und i.H.v. 3.587.000,00 Euro für Investitionen in den Jahren 2009/2010 übernommen (Anlage K 13). Weitere Ausfallbürgschaften gewährte der Beklagte den Kreiskliniken am 18. Juli 2011 bis zu einer Obergrenze von 18.261.000,00 Euro (Anlage K 14) und am 16. Juli 2012 bis zur einer Obergrenze von 14.896.000,00 Euro (Anlage K 15). Insofern bezahlten die Kreiskliniken an den Beklagten keine Avalprovision.
- 8 Im Jahr 2011 gewährte der Beklagte den Kreisklinken weitere Investitionszuschüsse i.H.v. 72.400,00 Euro (Anlage K 18); im Jahr 2012 beliefen sich diese Investitionszuschüsse auf einen Betrag i.H.v. 66.500,00 Euro (Anlage K 18). Diese Zuschüsse waren für die Bezahlung der Zinsen für Kredite der Kreiskliniken bestimmt.
- 9 Der Kläger hat vorgetragen,
- er sei für die Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche im Wege einer Verbandsklage in eigenem Namen prozessführungsbefugt. Insbesondere gehörten ihm Mitgliedsunternehmen an, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt wie die Kreiskliniken vertreiben. Auch sei er zur Wahrnehmung seiner satzungsmäßigen Aufgaben nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung in der Lage.
- 10 In der Sache stellten sowohl die Defizitfinanzierung des Beklagten als auch die Stellung von Ausfallbürgschaften und die Investitionszuschüsse geschäftliche Handlungen des Beklagten im Sinne des UWG dar, die als unlauterer Rechtsbruch i.S.d. des § 4 Nr. 11 UWG zu qualifizieren seien. Die Leistungen des Beklagten stellten nämlich Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, die mangels Notifizierung bei der Europäischen Kommission und Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt formell und materiell rechtswidrig seien, weshalb der Beklagte gegen das Durchführungsgebot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV verstoße.
- 11 Die Kreiskliniken seien als Unternehmen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen. Durch die Kapitaleinlagen, die Ausfallbürgschaften und die Investitionszuschüsse des Beklagten würden sie begünstigt, weil ein privater Investor unter den gleichen Umständen nicht hätte veranlasst werden können, ihnen entsprechende Mittel zu gewähren. Die Leistungen des Beklagten seien aus staatlichen Mitteln erbracht und es profitierten ausschließlich die Kreiskliniken von dieser Finanzierung. Krankenhäusern in privater oder kirchlicher Trägerschaft stünden keine vergleichbaren Begünstigungen zur Verfügung (Kriterium der Selektivität). Schließlich drohten die gewährten Begünstigungen den Wettbewerb zu verfälschen und den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen, weil sie die Wettbewerbssituation der Kreiskliniken auf dem Markt für Krankenhausleistungen verbesserten.
- 12 Eine rechtzeitige Unterrichtung der Kommission von den Beihilfen (Notifizierung) gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV wäre zwar erforderlich gewesen, sei aber nicht erfolgt.
- 13 Die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Notifizierungspflicht lägen nicht vor. Insbesondere scheide eine Befreiung gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. der Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG) bzw. dem Freistellungsbeschluss der Kommission (2012/21/EU) aus. Es fehle bereits an einer ordnungsgemäßen Betrauung der Kreiskliniken mit Aufgaben, aus deren Erfüllung ausgleichsfähige Kosten erwachsen. Unabhängig von der formellen Rechtmäßigkeit des Betrauungsaktes vom 21. April 2008 sei dieser jedenfalls materiell fehlerhaft und könne folglich keine Befreiung vom Durchführungsverbot begründen. Zum Ausgleich dafür, dass ein Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (im Folgenden: Dawl) erbringt, dürften nämlich nur Zahlungen geleistet werden, die für die Erbringung der Dawl erforderlich seien. Die Kreiskliniken würden jedoch im Vergleich mit allen anderen Plankrankenhäusern in Deutschland keine besonderen Dawl erbringen, deren Ausgleich erforderlich sei.

14 Auch der Sicherstellungsauftrag gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW rechtfertige die Zurverfügungstellung zusätzlicher kommunaler Mittel zur Krankenhausfinanzierung nicht. Erforderlich könnten Ausgleichszahlungen allenfalls für einzelne besondere Krankenhausleistungen sein, die als Dawl in Form von Krankenhaussonderaufgaben ausnahmsweise nicht von dem vorgenannten System einschließlich des Sicherstellungszuschlages erfasst seien. Diese Auffassung werde auch durch das Urteil des Europäischen Gerichts vom 7. November 2012 (Az.: T-137/10) bestätigt. Diesem Urteil komme auch im hiesigen Verfahren Bedeutung zu, da die Systeme der Krankenhausfinanzierung in Deutschland und in Belgien vergleichbar seien. Jeweils sei eine ergänzende Finanzierung durch den Krankenhausträger nicht vorgesehen und verzerre deshalb die Wettbewerbsbedingungen zwischen den verschiedenen Krankenhausträgern.

15 Im Zusammenhang mit der ausgebrachten Abmahnung vom 22. April 2013 (Anlage K 19) seien dem Kläger außergerichtliche Kosten i.H.v. 24.381,91 Euro entstanden.

16 Der Kläger hat beantragt:

17 1. Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen,

18 a) zugunsten der Kreiskliniken C. gGmbH die handelsrechtlichen Verluste (Jahresfehlbeträge) der Kreiskliniken C. gGmbH aus den Jahren 2012 sowie 2013 bis 2016 auszugleichen;

19 b) zugunsten der Kreiskliniken C. gGmbH Bürgschaften zu übernehmen, die mehr als 80% der damit besicherten Darlehensverbindlichkeiten abdecken und/oder nicht bzw. nicht marktüblich verzinst werden (Avalzins) und

20 c) der Kreiskliniken C. gGmbH Investitionszuschüsse zu gewähren,

21 ohne dass

22 - diese Leistungen zuvor bei der Europäischen Kommission angemeldet wurden (Notifizierung) und

- die Europäische Kommission diese genehmigt hat,

23 es sei denn,

24 - die Europäische Kommission hat zwei Monate nach vollständiger Anmeldung (Notifizierung) noch keinen abschließenden Beschluss im Vorprüfverfahren erlassen und

- der Beklagte hat daraufhin der Europäischen Kommission die Durchführung der beabsichtigten Leistungen angezeigt und

- die Europäische Kommission hat innerhalb von weiteren 15 Arbeitstagen nach Erhalt dieser Anzeige noch immer keine Entscheidung getroffen.

25 2. Dem Beklagten wird angedroht, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 Euro gegen ihn festgesetzt wird.

26 3. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 24.381,91 Euro nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

27 4. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Beklagte zu tragen.

28 5. Das Urteil ist – notfalls gegen Sicherheitsleistung – vorläufig vollstreckbar.

29 Der Beklagte hat beantragt,

30 die Klage abzuweisen.

31 Er hat vorgetragen,

die Klage sei unzulässig, da es an einer Prozessführungsbefugnis des Klägers fehle. Dieser betätige sich nämlich nicht ausreichend auf dem Gebiet der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Zudem fehle es an der Mitbewerbereigenschaft im Verhältnis zu den Kreiskliniken. Die Mitgliedskrankenhäuser des Klägers seien weder auf demselben sachlich noch räumlich relevanten Markt wie die Kreiskliniken tätig.

- 32 Zudem sei die Klage unbegründet. Die Leistungen des Beklagten in Form des Defizitenausgleichs, der Bürgschaftsübernahmen und der Investitionszuschüsse stellten keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Bereits aus diesem Grund habe keine Verpflichtung zur Notifizierung und Genehmigung durch die Europäische Kommission bestanden. Der Annahme einer Beihilfe stehe das Fehlen einer Begünstigung entgegen: Wendete man nämlich den vom Kläger geforderten Maßstab des Handelns eines marktwirtschaftlich handelnden, langfristig agierenden, privaten Kapitalgebers auf das Verhalten des Beklagten an, so werde deutlich, dass dieser sämtliche aus dem Vergleichsmaßstab resultierenden Anforderungen erfüllt habe und künftig weiterhin erfüllen werde. Die Leistungen des Beklagten würden also dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden, langfristig agierenden, privaten Kapitalgebers Rechnung tragen.
- 33 Selbst wenn man vom Vorliegen einer Beihilfe ausginge, griffe das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht ein, weil die Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. der Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG) vorlägen und damit gerechtfertigt seien. Eine Freistellung folge bereits aus dem Umstand, dass § 3 Abs. 1 LKHG BW eine Betreibensverpflichtung für im Krankenhausplan aufgeführte Krankenhäuser normiere, die ausschließlich die Stadt- und Landkreise treffe. Den gewährten Zuwendungen läge ein den rechtlichen Anforderungen genügender Betrauungsakt zu Grunde. Der Betrauungsakt vom 21. April 2008 (Anlagen K 20a, K 20b, B 17) entspreche dem vom Landkreistag ausgearbeiteten und bundesweit empfohlenen Muster; er genüge den Anforderungen der Freistellungsentscheidung.
- 34 Entgegen der Auffassung des Klägers dürften Defizite im Zusammenhang mit der Erbringung von Dawl nicht nur dann ausgeglichen werden, wenn dieser Ausgleich für die Erbringung der Leistungen erforderlich sei. Die Kriterien der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit als Voraussetzungen für die ausnahmsweise Zulässigkeit von Ausgleichszahlungen im Bereich der Daseinsvorsorge und die Anforderungen an den Gemeinwohlbezug solcher Leistungen seien nämlich insgesamt und insbesondere für den Krankenhausbereich durch die Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission konkretisiert worden (2005/842/EG). Auf einen allgemeinen Grundsatz der Erforderlichkeit könne mithin nicht rekurriert werden. Vielmehr würden allgemeine Grundsätze durch diese Freistellungsentscheidung überlagert und von ihr verdrängt.
- 35 Außerdem ergebe sich aus dem Sicherstellungsauftrag gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW eine beihilferechtliche Rechtfertigung der Ausgleichszahlungen des Beklagten an die Kreiskliniken. Die gesetzliche Verpflichtung gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW zum Betrieb der Kreiskliniken stelle eine Dawl dar, die den Beklagten auch dann treffe, wenn diese Krankenhäuser keinen wirtschaftlichen Erfolg hätten. Dem Beklagten sei das Recht zum Marktaustritt genommen, das den Mitgliedskrankenhäusern des Klägers zustehe. Das System der dualen Krankenhausfinanzierung gem. § 4 KHG und der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit des Erhalts von Sicherstellungszuschlägen lasse keinen Rückschluss dahin zu, dass diese Finanzierungsmöglichkeiten abschließend seien. Eine zusätzliche Co-Finanzierung des Trägers sei daneben möglich.
- 36 Kein anderes Ergebnis folge aus der Entscheidung des Europäischen Gerichts vom 7. November 2012 (Az.: T-137/10), weil diese auf das deutsche Krankenhauswesen nicht übertragbar sei.
- 37 Wegen des weiteren Vortrags der Parteien im erstinstanzlichen Verfahren wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

## II.

- 38 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.
- 39 Zur Begründung hat es ausgeführt, dass zwar eine Klagebefugnis des Klägers aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zu bejahen sei. Die Klage sei aber unbegründet. Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV sei zu verneinen. Die vom Beklagten an die Kreiskliniken erbrachten streitgegenständlichen Leistungen fielen nicht unter die unionsrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen. Durch die Freistellungsentscheidung (2005/842/EG) habe die Kommission die Vorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV konkretisiert und insbesondere staatliche Beihilfen für Krankenhäuser als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar erklärt und deshalb von der Notifizierungspflicht freigestellt. Angesichts der Regelungen der §§ 1 Abs. 1 Satz 3, 3 Abs. 1 LKHG BW greife diese Freistellung vorliegend zugunsten des Beklagten ein. Auf die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Betrauungsaktes des Beklagten vom 21. April 2008 komme es nicht an. Selbst wenn man eine Rechtswidrigkeit unterstellte, fehlte es jedenfalls an einer Nichtigkeit dieser Betrauung gemäß § 44 LVwVfG. Unabhängig davon seien allerdings bereits die gesetzlichen Vorschriften des LKHG BW nämlich in Zusammenschau mit der Aufnahme der Kreiskliniken in den Krankenhausplan 2010 des Landes Baden-

Württemberg (Anlage K 3) als Betrauungsakt anzusehen.

- 40 Auf die Frage, ob und in welchem Umfang eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung des Landkreises C. auch durch andere Krankenhäuser sichergestellt werden könne, komme es nicht an, weil diese Frage ausschließlich die nach § 4 Abs. 3 LKHG BW zuständige Landesregierung bei Aufstellung und Fortschreibung des Krankenhausplanes zu entscheiden habe. Dieser Krankenhausplan bilde mit seinen darin enthaltenen Festlegungen Grundlage und Grenze des zulässigen Handelns des Beklagten.
- 41 Zu berücksichtigen sei ferner, dass die Auferlegung der Betreibspflicht eine nur die Stadt- und Landkreise betreffende Dawl darstelle. Die Mitgliedskrankenhäuser des Klägers treffe demgegenüber keine vergleichbare Pflicht zum Fortbetrieb.
- 42 Der Beklagte könne nicht mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts in eine Pflichtenkollision und in einen Streit mit der zuständigen Landesbehörde getrieben werden, was der Fall wäre, wenn man in den gewährten Leistungen notifizierungspflichtige Beihilfen sähe, weil unabhängig davon die gesetzliche Betreibspflicht gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW fortbestünde.
- 43 Außerdem habe ausschließlich die Kommission darüber zu entscheiden, ob eine staatliche Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt vereinbar sei.
- 44 Schließlich ergebe sich aus den Urteilen des Europäischen Gerichts vom 7. November 2012 (Az.: T-137/10) und des Bundesgerichtshofes vom 10. Februar 2011 (Az.: I ZR 136/09 = GRUR 2011, 444 ff.) kein anderes Ergebnis.
- 45 Das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Tübingen vom 23. Dezember 2013 wurde dem Kläger am 7. Januar 2014 zugestellt. Die Berufung ist am 30. Januar 2014 beim OLG Stuttgart eingegangen. Nachdem auf entsprechenden Antrag des Klägers die Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung mit Verfügung vom 4. März 2014 bis zum 7. April 2014 verlängert worden war, ging am 4. April 2014 die Berufungsbegründung ein.

### III.

- 46 Mit der Berufung begehrt der Kläger die Abänderung des Urteils des Landgerichts Tübingen und die Verurteilung des Beklagten gemäß den bereits in erster Instanz gestellten Anträgen.
- 47 Er ist der Auffassung,
- eine ordnungsgemäße beihilferechtliche Betrauung der subventionierten Kreiskliniken durch den Beklagten und infolgedessen eine Befreiung von der Notifizierungspflicht könne nicht angenommen werden. Die Betrauung der Kreiskliniken sei formell rechtswidrig, weil § 3 Abs. 1 LKHG BW nicht die Voraussetzungen eines Betrauungsaktes i.S.d. Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG) erfülle. Gleiches gelte für den Betrauungsakt des Beklagten vom 21. April 2008.
- 48 Auch in materieller Hinsicht sei die Betrauung rechtswidrig. Eine Betreibspflicht des Beklagten nach § 3 Abs. 1 LKHG BW bestehe nicht. Insofern bedürfe es über die bloße Aufnahme der Kreiskliniken in den Krankenhausplan 2010 Baden-Württemberg hinaus einer Versorgungslücke, die hier nicht angenommen werden könne, weil es andere, nicht-öffentliche Träger gebe, die bereit seien, die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung im Landkreis C. mit Krankenhausleistungen sicherzustellen.
- 49 Eine über die duale Krankenhausfinanzierung gemäß § 4 KHG hinausgehende staatliche Finanzierung von Krankenhäusern in Trägerschaft der öffentlichen Hand könne zudem nur dann als erforderlich und damit als freistellungsfähig i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV angesehen werden, wenn diese Krankenhäuser im Vergleich zu allen anderen Marktteilnehmern auch zusätzliche Leistungen, sog. Krankenhaussonderaufgaben, erbrächten, was im Falle der Kreiskliniken des Beklagten nicht der Fall sei. Die Pflichtträgerschaft für sich allein könne nicht als besondere Aufgabe angesehen werden. Damit gelte das duale Finanzierungssystem auch für den Beklagten als Pflichtträger und eine kommunale Zusatzfinanzierung könne nicht gewährt werden. Etwaige Mehrbelastungen seien nach den gesetzlichen Regelungen ausschließlich über den Sicherstellungszuschlag gemäß § 5 Abs. 2 KHEntG oder ggf. über gesonderte Zuschüsse des Landes als Aufgabenträger auszugleichen.
- 50 Der Kläger beantragt:
- 51 1. Das Urteil des Landgerichts Tübingen vom 23. Dezember 2013, Az.: 5 O 72/13, wird aufgehoben.

52 2. Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen,

53 a) zugunsten der Kreiskliniken C. gGmbH die handelsrechtlichen Verluste (Jahresfehlbeträge) der Kreiskliniken  
C. gGmbH aus den Jahren 2012 sowie 2013 bis 2016 auszugleichen;

54 b) zugunsten der Kreiskliniken C. gGmbH Bürgschaften zu übernehmen, die mehr als 80% der damit  
besicherten Darlehensverbindlichkeiten abdecken und/oder nicht bzw. nicht marktüblich verzinst werden  
(Avalzins) und

55 c) der Kreiskliniken C. gGmbH Investitionszuschüsse zu gewähren,

56 ohne dass

57 - diese Leistungen zuvor bei der Europäischen Kommission angemeldet wurden (Notifizierung) und

- die Europäische Kommission diese genehmigt hat,

58 es sei denn,

59 - die Europäische Kommission hat zwei Monate nach vollständiger Anmeldung (Notifizierung) noch keinen  
abschließenden Beschluss im Vorprüfverfahren erlassen und

- der Beklagte hat daraufhin der Europäischen Kommission die Durchführung der beabsichtigten Leistungen  
angezeigt und

- die Europäische Kommission hat innerhalb von weiteren 15 Arbeitstagen nach Erhalt dieser Anzeige noch  
immer keine Entscheidung getroffen.

60 3. Dem Beklagten wird angedroht, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von  
250.000,00 Euro gegen ihn festgesetzt wird.

61 4. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 24.381,91 Euro nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten p.a. über  
dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

62 5. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Beklagte zu tragen.

63 6. Das Urteil ist – notfalls gegen Sicherheitsleistung – vorläufig vollstreckbar.

64 Der Beklagte beantragt,

65 die Berufung zurückzuweisen.

66 Er verteidigt unter Vertiefung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Vortrages das angefochtene Urteil. Er ist  
der Auffassung, dass die Klage bereits unzulässig sei, weil es an einer Prozessführungsbefugnis des Klägers  
fehle. Lediglich ein einziges Mitgliedsunternehmen des Klägers sei im selben Markt wie die Kreiskliniken tätig.

67 Unabhängig davon sei die Klage aber auch unbegründet: Die angegriffenen Maßnahmen des Beklagten  
zugunsten der Kreiskliniken in Form des Verlustausgleichs, der Bürgschaftsübernahmen und der Leistung von  
Investitionskostenzuschüssen erfüllten nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale einer staatlichen Beihilfe i.S.d. Art.  
107 Abs. 1 AEUV. Eine Verpflichtung zur Notifizierung und vorherigen Genehmigung durch die Europäische  
Kommission habe mithin nicht bestanden. Der Beklagte habe nämlich wie ein marktwirtschaftlich denkender,  
langfristig agierender Kapitalgeber gehandelt, so dass es an einer Begünstigung der Kreiskliniken fehle.

68 Überdies sei er von der Notifizierungspflicht freigestellt. Jedenfalls seien die sich aus Art. 106 Abs. 2 AEUV  
ergebenden Anforderungen an eine Freistellung erfüllt, so dass es auf die Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen  
der Freistellungsentscheidung der Kommission 2005/842/EG nicht ankomme. Anders als im Wettbewerb  
stehende Krankenhäuser anderer Träger treffe die Kreiskliniken nämlich eine Betreibspflicht gemäß § 3 Abs.1  
LKHG BW. Die Betrauungsakte des Beklagten vom 22. April 2008 und vom 19. Dezember 2013 seien formell und  
materiell rechtmäßig. Sie beruhten auf dem Muster-Betrauungsakt des Landkreistages Baden-Württemberg, den  
die Europäische Kommission bereits im Rahmen des A.-Verfahrens untersucht und nicht beanstandet habe. Die  
materielle Rechtmäßigkeit der Betrauung der Kreiskliniken folge allerdings unabhängig davon bereits aus § 1 Abs.  
1 Satz 3 LKHG, weil nach dieser Vorschrift das Erbringen von Krankenhausleistungen durch ein Krankenhaus,  
das in den Landeskrankenhausplan aufgenommen worden sei, das Vorliegen einer Dawl impliziere. Außerdem

folge die materielle Rechtmäßigkeit der Betrauung aus § 3 Abs. 1 LKHG BW. Gegenstand dieses Sicherstellungsauftrages seien nicht nur Krankenhaussonderaufgaben, sondern die umfängliche Verpflichtung des Beklagten zum Betrieb der nach dem Krankenhausplan als bedarfsnotwendig festgestellten Krankenhäuser.

- 69 Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 2011 (Az.: I ZR 136/09) sei auf den hiesigen Fall nicht übertragbar, weil weder die dortigen Parteien noch die verschiedenen, dort mit der Sache befassten Gerichte den Betrieb eines Verkehrsflughafens als Dawl eingeordnet hätten. Außerdem sei zwischen der Reichweite der Freistellung des Betriebs eines Verkehrsflughafens und eines Krankenhauses vom Beihilfenverbot auf der Grundlage der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG zu differenzieren.
- 70 Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die von ihnen vorgelegten Schriftsätze mit Anlagen und auf das Sitzungsprotokoll vom 06. November 2014 verwiesen.

## **B.**

- 71 Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber unbegründet.
- 72 Zwar ist der Kläger gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt (dazu I.). Es besteht aber kein Unterlassungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten. Ein solcher ergibt sich insbesondere nicht aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV (dazu II.). Ob überhaupt eine vom Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vorausgesetzte staatliche Beihilfe vorliegt, kann nicht abschließend beurteilt werden. Insofern wäre eine Beweisaufnahme durchzuführen (dazu II. 3.). Einer solchen bedarf es jedoch nicht, weil der Beklagte selbst bei unterstellter Annahme einer staatlichen Beihilfe von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. der Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG) freigestellt ist (dazu II. 4.).

## **I.**

- 73 Die Klage ist zulässig, insbesondere ist der Kläger klagebefugt.

### **1.**

- 74 Nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG stehen die Ansprüche gemäß § 8 Abs. 1 UWG neben Mitbewerbern auch rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen zu, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung im Stande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt.

- 75 Diese Voraussetzungen sind hier für den Kläger zu bejahen:

### **a)**

- 76 Zunächst muss es sich bei der klagenden Institution um einen Verband handeln, was bedeutet, dass eine körperschaftliche Struktur vorliegen muss (vgl. *Seichter*, in: jurisPK-UWG, 3. Aufl. 2013, § 8 Rz. 160). Klagebefugt sind allein juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, nicht aber Personengesellschaften wie die KG, OHG oder GbR (vgl. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 8 Rz. 3.31 ff.). Hier handelt es sich beim Kläger um einen eingetragenen Verein.

### **b)**

- 77 Der Verband muss die Förderung gewerblicher und selbstständiger Interessen bezwecken. Ob dies der Fall ist, ist anhand seiner Satzung zu überprüfen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Februar 1965, Az.: I ZR 45/63 = MDR 1965, 550). Der Satzungszweck muss tatsächlich verfolgt werden (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2000, Az.: I ZR 287/97 = NJW-RR 2001, 36 ff.), wofür eine tatsächliche Vermutung spricht (vgl. BGH, Urteil vom 26. Mai 1994, Az.: I ZR 85/92 = NJW 1994, 2548 f.).

- 78 Die Verfolgung von Wettbewerbsinteressen darf also nicht lediglich Vorwand sein, um dem Verband, seinen Mitgliedern oder den beteiligten Rechtsanwälten systematisch zu Einnahmen zu verhelfen. Für einen Missbrauch kann die Geltendmachung überhöhter Abmahnpauschalen, das systematische Verlangen nach dem Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs oder der häufige Versuch sprechen, gerichtliche Titel durch

strafbewehrte Unterlassungserklärungen zu ersetzen (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 1993, Az.: I ZR 75/91 = NJW-RR 1993, 1063 ff.).

- 79 Hier nennt die Satzung des Klägers (Anlage K 1) zwar nicht ausdrücklich die Bekämpfung von Wettbewerbsverstößen als Aufgabe; eine solche ausdrückliche Erwähnung ist jedoch – wie der Kläger zu Recht hervorhebt – nicht erforderlich (vgl. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 32. Aufl. 2014, § 8 Rz. 3.34). Es ist nicht zu verkennen, dass der Kläger seit Jahren die Interessen seiner Mitglieder verfolgt und auf diese Weise seine satzungsmäßigen Aufgaben tatsächlich wahrnimmt. Insbesondere hat er sich bereits im Jahr 2007 (GA 342) an einem Beihilfebeschwerdeverfahren bei der Europäischen Kommission beteiligt (vgl. in diesem Zusammenhang die Entscheidung der EU-Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, vom 25. August 2010, Az.: CP 6/2003).

**c)**

- 80 Dem Verband muss weiter eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehören, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben; die Anzahl seiner sonstigen Mitglieder auf anderen Märkten ist dagegen unerheblich (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1999, Az.: I ZR 189/97 = NJW 2000, 1792 ff.).

**aa)**

- 81 Im Hinblick auf den sachlichen Markt ist der Begriff der Waren gleicher oder verwandter Art weit auszulegen (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2007, Az.: I ZR 51/04 = NJW-RR 2007, 1338 ff.): Die beiderseitigen Waren müssen sich ihrer Art nach nur so gleichen oder nahestehen, dass der Absatz des einen durch irgendein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann. Es reicht aus, dass eine nicht gänzlich unbedeutende potentielle Beeinträchtigung mit einer gewissen, wenn auch nur geringen Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden kann (vgl. *Seichter*, in: *jurisPK-UWG*, 3. Aufl. 2013, § 8 Rz. 164). Dabei wird ein entsprechendes Wettbewerbsverhältnis wesentlich durch die gemeinsame Zugehörigkeit zur selben Branche oder zu zumindest angrenzenden Branchen begründet (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2006, Az.: I ZR 218/03 = MDR 2007, 1031 f., BGH, Urteil vom 16. März 2006, Az.: I ZR 103/03 = MDR 2006, 1421).

**bb)**

- 82 Der maßgebliche räumliche Markt richtet sich nach der Reichweite der Geschäftstätigkeit des in Anspruch Genommenen. Soweit der vermeintliche Verletzer bundesweit tätig ist, gehören sämtliche branchenzugehörige Unternehmen in Deutschland zum räumlich relevanten Markt (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2007, Az.: I ZR 51/04 = NJW-RR 2007, 1338 ff.). Im Fall einer räumlich beschränkten Tätigkeit ist nur dieses Gebiet maßgeblich. Die Grenzziehung ist häufig schwierig. Es ist darauf abzustellen, in welchem Umkreis Kunden angesprochen werden. Dies richtet sich vor allem nach der Attraktivität des Angebots und der Art des Vertriebs.

**cc)**

- 83 Schließlich ist die Zahl der Mitglieder eines Verbands auf dem einschlägigen Markt dann erheblich, wenn diese Mitglieder als Unternehmer, bezogen auf den maßgeblichen Markt, in der Weise repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Verhalten des Verbands ausgeschlossen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2007, Az.: I ZR 51/04 = NJW-RR 2007, 1338 ff.; ferner *Seichter*, in: *jurisPK-UWG*, 3. Aufl. 2013, § 8 Rz. 167). Darauf, ob diese Verbandsmitglieder nach ihrer Zahl und ihrem wirtschaftlichen Gewicht im Verhältnis zu allen anderen auf dem Markt tätigen Unternehmen repräsentativ sind, kommt es nicht an. Daher kann eine erhebliche Zahl auch schon bei wenigen auf dem betreffenden Markt tätigen Mitgliedern anzunehmen sein (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2007, Az.: I ZR 51/04 = NJW-RR 2007, 1338 ff.).

**dd)**

- 84 Gemessen an diesen Voraussetzungen gehört hier dem Kläger eine erhebliche Zahl von Unternehmen an, die Produkte auf demselben räumlich und sachlich relevanten Markt vertreiben.
- 85 Mit Recht hat das Landgericht insofern auf die grundsätzliche Wahlfreiheit des Patienten abgestellt und hervorgehoben, dass nicht nur Patienten aus dem Landkreis C., sondern insbesondere auch aus den angrenzenden Landkreisen B., T. und F. Dienstleistungen der Kreiskliniken des Beklagten in Anspruch nehmen. Insbesondere sind daher die Mitgliedskliniken des Klägers Klinikum P. GmbH, S. Klinikum K.-L. GmbH und Klinik für Herzchirurgie K. GmbH als Unternehmen anzusehen, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben sachlichen Markt vertreiben. Auch kann im Einzelnen dahingestellt bleiben, ob und inwieweit Überschneidungen zwischen den Tätigkeitsbereichen dieser Kliniken und der Kreiskliniken und

Wanderbewegungen von Patienten zu unterschiedlichen Krankenhäusern bestehen. Es genügt, dass es sich um zumindest angrenzende Branchen handelt. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist nämlich für das erforderliche abstrakte Wettbewerbsverhältnis nicht ausschließlich auf einen bestimmten Bereich der Heilbehandlung abzustellen. Vielmehr ist als potentieller Wettbewerber jeder Anbieter von Waren/Dienstleistungen in den Blick zu nehmen, der aus Sicht eines Patienten möglicherweise als Alternative zu den von den Kreiskliniken des Beklagten angebotenen Behandlungen in Betracht kommt (so auch OLG Braunschweig, Urteil vom 7. März 2012, Az.: 2 U 90/11 = GRUR-RR 2012, 431 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 21. Dezember 2012, Az.: 6 U 103/12 = GuP 2013, 197 f.; OLG Frankfurt, Urteil vom 27. Mai 2010, Az.: 6 U 254/07 = GRUR-Prax 2011, 225; LG Frankfurt, Urteil vom 18. August 2010, Az.: 2/6 O 103/10).

- 86 Auch in räumlicher Hinsicht liegt eine ausreichende Überschneidung der Märkte vor, auf denen die Mitglieder des Klägers und der Beklagte tätig sind. Dabei kommt dem Umstand Bedeutung zu, dass der Markt für stationäre Krankenhausleistungen zwar naturgemäß gewisse räumliche Beschränkungen aufweisen mag, dass aber angesprochene Verbraucher aufgrund der vermeintlichen Attraktivität eines Angebots bereit sind, auch mittelgroße und größere Entfernungen zu überwinden, um entsprechende Leistungen in Anspruch nehmen zu können. Gerade im medizinischen Bereich ist eine große Zahl von Verbrauchern angesichts der hohen Bedeutung des Rechtsguts Gesundheit bereit, auch weite Anreisewege in Kauf zu nehmen, wenn sie die Leistungen eines bestimmten Anbieters in Anspruch nehmen wollen.

#### **d)**

- 87 Schließlich muss der Verband personell, sachlich und finanziell in der Lage sein, die satzungsmäßigen Aufgaben der Interessenverfolgung tatsächlich wahrzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 17. August 2011, Az.: I ZR 148/10 = MDR 2012, 483 f.). Der Satzungszweck darf nicht nur auf dem Papier stehen. Vielmehr müssen eigene Mitarbeiter vorhanden sein, die in der Lage sind, einfache Abmahnschreiben auch ohne Einschaltung eines Rechtsanwalts zu fertigen (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1989, Az.: I ZR 56/89 = NJW-RR 1990, 102 ff.).
- 88 An die personelle Ausstattung sind indes keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Zur sachlichen Ausstattung gehört grundsätzlich eine eigene Geschäftsstelle mit den entsprechenden sachlichen Mitteln (eigene Büroräume, Telefon, Fax). Zudem muss der Verband finanziell in der Lage sein, die Kosten der satzungsmäßigen Tätigkeit aus eigener Kraft aufzubringen (vgl. *Seichter*, in: jurisPK-UWG, 3. Aufl. 2013, § 8 Rz. 170 ff.).
- 89 Dass der Kläger hier über die entsprechenden Voraussetzungen verfügt, hat der Beklagte nicht substantiiert bestritten. Unter Zugrundelegung des klägerischen Vortrags (GA 30 f.) ist daher von einer entsprechenden Fähigkeit zur Wahrnehmung der satzungsmäßigen Aufgaben auszugehen.
- 90 Die Klagebefugnis des Klägers ist mithin zu bejahen.

#### **II.**

- 91 Ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten ergibt sich nicht aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV.
- 92 Zwar liegt eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vor (dazu 1.) und Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV stellt eine Marktverhaltensregel i.S.d. UWG dar (dazu 2.). Ob die streitgegenständliche Defizitfinanzierung des Beklagten, die Gewährung der Bürgschaften und die Leistung der Investitionszuschüsse als staatliche Beihilfen in diesem Sinne anzusehen sind, kann offenbleiben (dazu 3.). Jedenfalls ist der Beklagte gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. der Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG) von der Notifizierungspflicht freigestellt (dazu 4.). Einer Beweisaufnahme, insbesondere der Einholung eines Sachverständigengutachtens, bedarf es daher nicht.

#### **1.**

- 93 Die Fallgruppe der unlauteren Wettbewerbshandlung durch Rechtsbruch setzt zunächst eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG voraus.
- 94 Nach dieser Legaldefinition erfasst der Begriff der geschäftlichen Handlung jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

- 95 Hier greift der Kläger den seitens des Beklagten gewährten Ausgleich des handelsrechtlichen Verlustes (Jahresfehlbetrag) der Kreiskliniken für das Jahr 2012 und den Ausgleich der zu erwartenden künftigen Verluste ab dem Geschäftsjahr 2013 bis zunächst 2016 an, sowie die Gewährung von Ausfallbürgschaften und Investitionszuschüssen des Beklagten zugunsten der Kreiskliniken C. gGmbH.
- 96 Bei diesen handelt es sich um in privater Rechtsform betriebene, auf eine gewisse Dauer angelegte Einrichtungen, die sich selbstständig wirtschaftlich betätigen und darauf gerichtet sind, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2008, Az.: I ZR 3/06 = MDR 2009, 993 f.), mithin um Unternehmen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG [vgl. dazu auch sogleich unter 3. a) aa)]. Nicht verneinen lassen sich geschäftliche Handlungen mit dem Argument des Beklagten (vgl. zuletzt Berufungserwiderung vom 28. Juli 2014, dort Seite 45), dem Betrieb der Kreiskliniken liege keine freiwillige Grundentscheidung, sondern eine gesetzliche Verpflichtung gem. § 3 Abs.1 LKJHG BW zu Grunde. Obwohl dies der Fall ist, liegt hier kein rein hoheitliches Handeln vor, weil sich der Beklagte – zumindest auch – erwerbswirtschaftlich betätigt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2006, Az.: I ZR 83/03 = NJW 2006, 1804 ff.). Schließlich weisen die angegriffenen Handlungen des Beklagten Außenwirkung und damit einen Marktbezug auf. Sie sind nicht auf rein unternehmensinterne Vorgänge beschränkt. Vielmehr wird dadurch auf andere Marktteilnehmer eingewirkt und auf diese Weise das Marktgeschehen beeinflusst (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 1970, Az.: I ZR 49/69 = NJW 1971, 378).
- 97 Eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist damit anzunehmen.

## 2.

- 98 Zudem setzt der Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG den Verstoß eines Mitbewerbers gegen eine Marktverhaltensregelung voraus. Erfasst sind insofern ausschließlich Rechtsnormen außerhalb des Wettbewerbsrechts, aus deren Verstoß ein wettbewerbswidriges, nunmehr unlauteres Verhalten abgeleitet werden soll (vgl. *Link*, in: *jurisPK-UWG*, 3. Aufl. 2013, § 4 Nr. 11 Rz. 2). Eine Legaldefinition dieses Begriffs enthält das UWG nicht. Aus dem Schutzzweck des Gesetzes kann jedoch gefolgert werden, dass nur solche Normverstöße erfasst werden, die sich auf den Wettbewerb und somit den Markt beziehen, also den Schutz des Leistungswettbewerbs und einen unverfälschten Wettbewerb gefährden (vgl. *Link*, in: *jurisPK-UWG*, 3. Aufl. 2013, § 4 Nr. 11 Rz. 70 ff.).
- 99 Orientiert an diesen Vorgaben sehen Rechtsprechung und Literatur im beihilferechtlichen Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2011, Az.: I ZR 209/09 = GRUR-RR 2012, 157 ff.; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011, Az.: I ZR 136/09 = GRUR 2011, 444 ff.; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm, UWG*, 32. Aufl. 2014, § 4 UWG, Rz. 11.180a; *Link*, in: *jurisPK-UWG*, 3. Aufl. 2013, § 4 Nr. 11 Rz. 227). Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV hat nämlich jedenfalls auch die Funktion, gleiche Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen. Dem Durchführungsverbot ist ferner eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion eigen, weil es die im Binnenmarkt tätigen Unternehmen gerade vor Wettbewerbsverfälschungen schützen soll (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011, Az.: I ZR 136/09 = GRUR 2011, 444 ff.).

## 3.

- 100 Ob ein Verstoß des Beklagten gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vorliegt, kann ohne Durchführung einer Beweisaufnahme nicht abschließend beurteilt werden, da zwischen den Parteien streitig ist, ob die streitgegenständlichen Handlungen des Beklagten zu einer Begünstigung der Kreiskliniken im beihilferechtlichen Sinne geführt haben. Für die Entscheidung dieses Rechtsstreits kann diese Frage allerdings offen bleiben.

### a)

- 101 Nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV darf eine von einem Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht gewährt werden, wenn diese mangels Notifizierung bei der Europäischen Kommission und aufgrund fehlender Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt rechtswidrig ist. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV setzt also zunächst das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV voraus.
- 102 Nach allgemeinem Verständnis sind Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dem Staat zurechenbare Maßnahmen, die durch den Transfer staatlicher Mittel bestimmten Unternehmen wirtschaftliche Vorteile verschaffen, die den Wettbewerb in spürbarer Weise verändern und zugleich zumindest potentielle Auswirkungen auf den Handel

zwischen Mitgliedsstaaten entfalten (vgl. von *Carnap-Bornheim*, in: JuS 2013, 215 ff.; *Bungenberg*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 11). Hieraus lassen sich als Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen entnehmen das Vorliegen einer Maßnahme zugunsten eines Unternehmens oder Produktionszweigs [dazu aa)], ein dem Staat zurechenbarer Transfer staatlicher Mittel [dazu bb)]; das Vorliegen einer Begünstigung [dazu cc)], die Selektivität dieser Begünstigung [dazu dd)] und schließlich deren Spürbarkeit im Sinne einer Wettbewerbsbeeinträchtigung [dazu ee)].

#### **aa)**

- 103 Zunächst werden von Art. 107 Abs. 1 AEUV nur solche Begünstigungen erfasst, die bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen gewährt werden.
- 104 Der beihilferechtliche Unternehmensbegriff ist ein vom Recht der Mitgliedsstaaten unabhängiger, autonomer Begriff des Unionsrechts, der dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff entspricht (vgl. *Bungenberg*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, Rz. 24 ff.). Zur Vermeidung unerwünschter Schutzlücken ist dieser Unternehmensbegriff wie in § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB weit auszulegen, d.h. ein Unternehmen ist stets anzunehmen, sobald eine aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben durch Betätigung in der Erzeugung oder im Geschäftsverkehr vorliegt. Nur die hoheitliche Tätigkeit und das Handeln privater Verbraucher zur Deckung persönlicher Bedürfnisse sind ausgenommen (vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rz. 27 ff.; *Bechtold*, in: Bechtold, GWB, 7. Aufl. 2013, § 1 Rz. 7).
- 105 Hier lassen sich weder der seitens des Beklagten beschlossene Defizitausgleich noch die Gewährung der Ausfallbürgschaften oder Leistung der Investitionszuschüssen als hoheitliche Tätigkeit ansehen, da diese Handlungen trotz der vorgelagerten Entscheidungen im Kreistag des Beklagten zivilrechtlicher Natur sind.
- 106 Für die Qualifikation einer Tätigkeit als wirtschaftlich kommt es zudem weder auf die Rechtsform noch auf die Art der Finanzierung oder die Absicht einer Gewinnerzielung an (vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 1991, Az.: C-41/90 = NJW 1991, 2891 ff.). Ausnahmen können allenfalls bestehen, soweit sich eine Tätigkeit als eine rein soziale Tätigkeit erweist. Da allerdings in Deutschland private und gesetzliche Krankenversicherungen für die medizinische Versorgung ihrer Versicherungsnehmer Entgelte an die behandelnden Krankenhäuser entrichten, ist eine solche, rein soziale Tätigkeit zu verneinen und eine wirtschaftliche Tätigkeit anzunehmen (so auch *Koenig/Paul*, in: EuZW, 2008, 359 ff.). In aller Regel stehen Krankenhäuser nämlich in einem Wettbewerb um Patienten und deren von Krankenversicherungen bezahlten medizinischen Leistungen, mit denen sich erhebliche Umsätze erzielen lassen. Die Qualität der Leistungen soll Patienten anziehen, um mit einer möglichst hohen Auslastung die Betriebskosten des Krankenhauses durch die Zahlungen der privaten und gesetzlichen Krankenversicherungen der Patienten zu refinanzieren. Dass es sich in diesem Bereich um einen z.B. hinsichtlich der Preise weitgehend regulierten Markt handelt, steht der Annahme von Wettbewerb und einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht entgegen. Im Ergebnis besteht also kein Zweifel, dass Krankenhäuser und also auch die Kreiskliniken Unternehmen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV sind (so auch die Entscheidung der EU-Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, vom 25. August 2010, Az.: CP 6/2003; *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 744 f.).
- 107 Der Beklagte unterstützt also eine wirtschaftliche Tätigkeit der Krankenhäuser als Unternehmen (vgl. insofern auch oben unter II. 1.), weshalb die hier streitgegenständliche staatliche Finanzierung der stationären Krankenversorgung beihilferechtliche Relevanz erlangt. Auch die EU-Kommission und die europäischen Gerichte sehen in der Erbringung medizinischer Dienstleistungen einschließlich der stationären Krankenversorgung eine wirtschaftliche Tätigkeit und wenden folglich das Beihilferecht auf die Erbringer dieser medizinischen Dienstleistungen an (vgl. EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Az.: T-167/04 = EuZW 2007, 505 ff.; ferner *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 741 ff.).

#### **bb)**

- 108 Die neben dem System der dualen Krankenhausfinanzierung gem. § 4 KHG (vgl. dazu *Quaas*, in: Haftung des Fachanwaltes Medizinrecht, 3. Aufl. 2013, Kap 14 Rz. 44 ff.; *Koenig/Paul*, in: EuZW 2008, 359 ff.; *Koenig/Paul*, in: EuZW 2009, 844 ff.) praktizierte Defizitfinanzierung, die Gewährung von Bürgschaften und die Investitionszuschüsse des Beklagten zugunsten der Kreiskliniken stellen Leistungen aus staatlichen Mittel i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, da hierunter auch Mittel öffentlicher Gebietskörperschaften eines EU-Mitgliedsstaates zu fassen sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Oktober 1987, Az.: C-248/84 = NJW 1989, 1430; *Pache/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 66; *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht

der EU, 2. Aufl. 2009, Rz. 197).

**cc)**

- 109 Ohne Durchführung einer Beweisaufnahme, namentlich ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens, kann nicht abschließend beurteilt werden, ob die seitens des Klägers angegriffenen Handlungen des Beklagten zu einer Begünstigung der Kreiskliniken im beihilferechtlichen Sinne geführt haben.
- 110 Eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist gegeben, wenn ein Unternehmen eine aus staatlichen Mitteln bewirkte Leistung erlangt, ohne hierfür eine angemessene marktübliche Gegenleistung erbracht zu haben. In ständiger Rechtsprechung setzt der EuGH eine wirkungsorientierte Sichtweise, also eine wirtschaftliche Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals voraus (vgl. EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2002, Az.: C-5/01; ferner EuG, Urteil vom 15. Dezember 2009, Az.: T-156/04; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 71; *Kleine/Sühnel*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 89 ff.). Abzustellen ist auf eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung von staatlicher Leistung und Gegenleistung unter normalen Marktbedingungen. Dabei ist die objektive Wirkung einer staatlichen Maßnahme entscheidend. Die Form, die Gründe, die intendierten Ziele oder die Motivation des staatlichen Handelns sind hingegen für das Vorliegen einer Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV irrelevant.

**(1)**

- 111 In der Praxis werden die privatwirtschaftliche Betätigung des Staates und die eines hypothetischen privaten Investors mit Hilfe des sog. Private Investor Test verglichen. Im Rahmen dieses Testes lässt sich ermitteln, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Marktteilnehmer ebenso wie die staatliche Stelle gehandelt hätte. Ist dies der Fall, ist der Private Investor Test erfüllt und es liegt keine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vor (vgl. EuGH, Urteil vom 28. Januar 2003, Az.: C-334/99; EuGH, Urteil vom 21. März 1991, Az.: C-303/88). Dahinter steckt die Überlegung, dass ein marktübliches Verhalten niemanden begünstigt (vgl. *von Carnap-Bornheim*, in: JuS 2013, 215 ff.). Gerade das Kriterium des Verhaltens eines privaten Investors stellt zudem eine Ausprägung des Grundsatzes der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen dar, weshalb der Private Investor Test auch für die finanziellen Beziehungen des Staates zu seinen direkten öffentlichen Beteiligungsunternehmen einschlägig bzw. gleichermaßen auf alle öffentlichen und privaten Unternehmen anwendbar ist, also insbesondere auch hier auf die Kreiskliniken als staatlich beherrschte Unternehmen (vgl. EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008, Az.: C-341/06 und C-342/06; EuGH, Urteil vom 21. März 1991, Az.: C-303/88).

**(2)**

- 112 Hier hat der Kläger behauptet, der seitens des Beklagten gewährte Defizitausgleich, die Bürgschaften und die Investitionszuschüsse erfüllten die Anforderungen des Private Investor Tests nicht, weil aus der Sicht eines marktwirtschaftlich handelnden, langfristig agierenden, privaten Kapitalgebers zum Zeitpunkt der jeweiligen Investitionsentscheidungen nicht mit einer angemessenen Kapitalrendite zu rechnen gewesen sei (GA 38 ff.).
- 113 Diesen Vortrag hat der Beklagte substantiiert bestritten (GA 374 ff.): Er hat vorgebracht, dass er sich angesichts der schwierigen wirtschaftlichen Lage und der negativen Jahresergebnisse der Kreiskliniken in den vergangenen Jahren gerade nicht auf einen reinen Verlustausgleich beschränkt, sondern wie ein marktwirtschaftlich handelnder, langfristig agierender Kapitalgeber agiert und einen umfassenden Prozess der Neuausrichtung und Umstrukturierung eingeleitet habe. Kernbestandteile dieses Umstrukturierungsprozesses seien insbesondere die Einholung einer Betriebswirtschafts- und Organisationsanalyse durch das Beratungsunternehmen G. C. GmbH (GA 375), die Erarbeitung eines 20-Punkte-Planes zur Sanierung der Kreiskliniken (GA 375), die Einleitung eines umfassenden Prozesses der Bürgerbeteiligung zur Zukunft der Kreiskliniken (Anlagen B 10 bis B 14), die Beauftragung der Firma K. C. AG mit der Erstellung eines Gutachtens zur Zukunft der Krankenhäuser C. und N. (Anlage B 15), die Beauftragung des auf den Krankenhausbereich spezialisierten Unternehmens T. mit einer Ist-Analyse, die Professionalisierung der Kreiskliniken durch Besetzung des Managements mit einer Geschäftsführerin, die über Vorerfahrungen bei privaten Krankenhausbetreibern verfügt, die Beantragung eines Sicherheitszuschlages nach § 5 Abs. 2 KHEntG (Anlagen B 25, BB 3, BB 4, BB 5, BB 6) sowie Vorbereitungen zur Umsetzung des im Gutachten der Firma K. C. AG vom 8. Oktober 2013 sog. „Szenario 3 plus“ (Anlage BB 9). Der solchermaßen bereits vielseitig angestoßene Umstrukturierungsprozess der Kreiskliniken lasse sich nicht schneller umsetzen. In einer solchen Umbruchphase würde auch ein marktwirtschaftlich handelnder, langfristig agierender privater Kapitalgeber nicht kurzfristig eine von ihm getragene Krankenhausgesellschaft liquidieren oder zumindest einzelne Fachbereiche schließen, um möglicherweise in zeitnahe Zukunft wieder gezwungen zu sein, die Krankenversorgung insgesamt oder zumindest einzelne Fachbereiche neu aufzubauen. Insofern hat sich der

Beklagte zum Beweis auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens bezogen (GA 381).

- 114 Hinge der Ausgang des Rechtsstreits von der Frage ab, ob die angegriffenen Handlungen des Beklagten als staatliche Beihilfen gem. Art 107 Abs. 1 AEUV anzusehen sind, so wäre diesem Beweisangebot nachzugehen und es wäre also ein Sachverständigengutachten einzuholen. Aufgrund des wechselseitigen Vortrags der Parteien kann nämlich ohne Durchführung einer Beweisaufnahme nicht abschließend entschieden werden, ob die angegriffenen Handlungen des Beklagten bei Durchführung eines Private Investor Tests als Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen wären.

**(3)**

- 115 Ohne Durchführung einer Beweisaufnahme kann das Vorliegen einer Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV auch nicht unter Heranziehung der „Altmark-Trans-Kriterien“ des EuGH bejaht oder verneint werden. Im Jahr 2003, also vor dem Inkrafttreten der Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG), hat der EuGH in dem Rechtsfragen des ÖPNV betreffenden Urteil „Altmark-Trans“ Voraussetzungen festgelegt, unter denen die mitgliedstaatliche Finanzierung einer Dienstleistung mangels Begünstigung keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt (vgl. im Einzelnen EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Az.: C-280/00 = NJW 2003, 2515 ff.): Danach muss der Empfänger der staatlichen Mittel mit der Erbringung einer klar definierten Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut worden sei (Betrauungsakt), die Parameter der staatlichen Mittelfinanzierung müssen vorab transparent und objektiv festgelegt worden sein (Transparenzkriterium), ferner muss der Ausgleich auf die zur Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erforderlichen Kosten beschränkt werden (Erforderlichkeit) und schließlich darf nur ein Ausgleich von Kosten erfolgen, der nicht über die Kosten hinausgeht, die einem durchschnittlich effizienten Unternehmen bei der Leistungserbringung entstehen würden, falls keine Ausschreibung der Leistungserbringung erforderlich ist (Effizienzkriterium).
- 116 Unabhängig von den weiteren Voraussetzungen kann ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens insbesondere nicht abschließend beurteilt werden, ob hier dieses Effizienzkriterium erfüllt oder zu verneinen ist. Zwar kommt generell dem Ausschluss einer Begünstigung von Krankenhäusern nach den „Altmark-Trans-Grundsätzen“ in der Praxis nur eine geringe Bedeutung zu (so auch *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 753), weil einer Übernahme aller Kosten eines öffentlichen Krankenhauses durch den Staat häufig entgegensteht, dass einzelne bestimmte Leistungen auch durch ein effizientes privates oder ein anderes öffentliches Krankenhaus erbracht werden können. Ob das aber auch hier im Fall der Kreiskliniken so ist, ist zwischen den Parteien streitig und ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht zu entscheiden.

**dd)**

- 117 Unterstellte man eine Begünstigung der Kreiskliniken im beihilferechtlichen Sinne durch die angegriffenen Handlungen des Beklagten, so wäre diese Begünstigung als selektiv einzuordnen.
- 118 Mit dem Kriterium der Selektivität werden Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV von allgemeinen wirtschafts- und sozialpolitischen Maßnahmen der Mitgliedsstaaten abgegrenzt, die alle Unternehmen eines Mitgliedsstaats gleichermaßen begünstigen oder unterschiedslos der gesamten Wirtschaft zukommen, wie etwa allgemeine Infrastruktur- oder Fördermaßnahmen (vgl. *Pache/Pieper*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 205). Derartige Maßnahmen verändern zwar die Rahmenbedingungen für Unternehmen im Systemwettbewerb der Mitgliedsstaaten, begünstigen aber nicht bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige und bewirken insoweit keine Wettbewerbsverfälschung oder Beeinträchtigung des innerunionalen Handels (vgl. *Lübbig/Martin-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, 2. Aufl. 2009, Rz. 232).
- 119 Hier wäre – bei Unterstellung des Vorliegens einer Begünstigung – von der Selektivität der seitens des Beklagten gewährten Maßnahmen auszugehen, weil es auf dem relevanten Markt auch Unternehmen gibt, die ohne die entsprechenden staatlichen Unterstützungen die gleichen oder vergleichbare Leistungen erbringen. Der Beklagte gewährt nämlich den Defizitausgleich, die Bürgschaften und die Investitionszuschüsse nur den Kreiskliniken als Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft, nicht aber anderen Krankenhäusern, insbesondere nicht den Mitgliedskrankenhäusern des Klägers.

**ee)**

- 120 Schließlich kann nur dann von einer mitgliedstaatlichen Beihilfe zugunsten von Unternehmen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgegangen werden, wenn die Leistung geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen und den zwischenstaatlichen Handel im Binnenmarkt zu beeinträchtigen.
- 121 Die Frage nach der Relevanz mitgliedstaatlicher Krankenhausfinanzierung für eine Wettbewerbsverfälschung und für eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels weist einen Bezug zu den Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, auf (vgl. *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg /Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 755). So werden die grenzüberschreitende Erbringung und Inanspruchnahme von ambulanten und stationären Gesundheitsleistungen durch die Grundfreiheiten geschützt (vgl. *Kingreen*, in: NJW 2001, 3382 f.), auch wenn bis heute aus einer Mehrzahl von Gründen noch kein erhebliches Maß an grenzüberschreitenden Inanspruchnahmen medizinischer Leistungen feststellbar sein mag (vgl. hierzu *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 755). Obgleich das Erfordernis einer notwendigen medizinischen Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat nicht allzu häufig vorkommen dürfte und aus Patientensicht zumeist eine qualitativ hochwertige, möglichst wohnortnahe Behandlung vorzugswürdig erscheint, spricht viel dafür, dass sich insbesondere Krankenhäuser in grenznahen Regionen in einem grenzüberschreitenden Wettbewerb mit Krankenhäusern aus anderen Mitgliedsstaaten befinden (vgl. *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 756). Zugleich ist davon auszugehen, dass eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels möglich ist, wenn die mitgliedstaatlichen Märkte durch europäisches oder nationales Recht im Wettbewerb geöffnet wurden (vgl. *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 757).
- 122 Unterstellte man also im hiesigen Fall das Vorliegen einer Begünstigung [vgl. dazu eben unter cc)], so spräche manches dafür, auch eine Eignung zur Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels im Binnenmarkt zu bejahen.
- 4.**
- 123 Einer Beweisaufnahme bedarf es jedoch nicht: Unabhängig vom Vorliegen einer staatlichen Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt jedenfalls kein Verstoß des Beklagten i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG gegen die Marktverhaltensregel des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vor, weil der Beklagte gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. der Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG) von der Notifizierungspflicht freigestellt ist.
- a)**
- 124 Art. 106 Abs. 2 AEUV soll das Interesse der Mitgliedsstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrumente der Wirtschafts- oder Sozialpolitik einerseits mit dem Interesse der Union an der Erhaltung der Wettbewerbsregeln und an der Wahrung der Einheit des Binnenmarkts andererseits in Einklang bringen (vgl. EuGH, Urteil vom 23. Oktober 1997, Az.: C-159/94). Deshalb stellt die Vorschrift Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Dawl) betraut sind, von den Wettbewerbsregeln unter bestimmten Voraussetzungen frei.
- 125 Konkretisierend hat die Europäische Kommission am 20. Dezember 2011 gestützt auf Art. 106 Abs. 3, 288 AEUV als Teil des sog. Alumnia-Pakets einen Freistellungsbeschluss erlassen über die Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dawl betraut sind (2012/21/EU, Anlage B 5). Dieser hat die frühere Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG, Anlage B 4), ein Teil des sog. Monti-Pakets (vgl. *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg /Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 758), abgelöst.
- 126 Nach der Übergangsregelung des Art. 10 a) des Freistellungsbeschlusses 2012/21/EU sind allerdings Beihilferegelungen, die vor dem Inkrafttreten dieses Beschlusses wirksam wurden, mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldungspflicht nach der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG befreit waren, für einen weiteren Zeitraum von zwei Jahren von der Anmeldepflicht befreit. Da die neue Regelung zum 31. Januar 2012 in Kraft getreten ist, endete dieser Zeitraum am 31. Januar 2014 (vgl. *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg /Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 768).
- 127 Aus diesem Grund kommt im hiesigen Fall der früheren Freistellungsentscheidung 2005/842/EG weiter Bedeutung zu. Die streitgegenständlichen Handlungen des Beklagten wurden vor dem 31. Januar 2014 vorgenommen.

**b)**

- 128 Bereits der Erwägungsgrund (16) der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG weist darauf hin, dass Krankenhäuser, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, Besonderheiten aufweisen, die es zu berücksichtigen gilt, weshalb Krankenhäuser, die medizinische Versorgungsleistungen, Notfalldienste und unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundene Nebendienstleistungen – vor allem auf dem Gebiet der Forschung – erbringen, von der Notifizierungspflicht freigestellt werden, selbst wenn die Höhe des Ausgleichs, den sie erhalten, die in der Freistellungsentscheidung genannten Obergrenzen überschreitet, vorausgesetzt, die erbrachten Leistungen werden von dem betreffenden Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft.
- 129 Art. 2 b) der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG erstreckt deren Geltungsbereich ausdrücklich auf Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser, die Tätigkeiten ausführen, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft wurden.
- 130 Gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 1 und 3 der Freistellungsentscheidung sind staatliche Beihilfen, die in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dawl gewährt werden und gleichzeitig die Voraussetzungen der Art. 4 und Art. 5 der Freistellungsentscheidung erfüllen, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Notifizierungspflicht freigestellt, sofern in den sektorspezifischen gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften in Bezug auf die Gemeinwohlverpflichtungen nichts anderes bestimmt ist.
- 131 Um im Einzelfall in den Genuss der Freistellung zu gelangen, muss ein Krankenhaus zunächst mit der Erbringung einer Dawl [dazu aa)] explizit betraut worden sein [dazu bb)], d.h. es muss eine tatsächliche Verpflichtung des Krankenhauses zur Erbringung der ihm übertragenen Dawl begründet werden. Weiter muss die Ausgleichszahlung strikt auf den Betrag begrenzt sein, der für die Erbringung der Dawl unter Berücksichtigung der durch sie erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite erforderlich ist [dazu cc)]. Außerdem dürfen nur die Kosten herangezogen werden, die der Dawl zugerechnet werden können [dazu dd)]. Schließlich darf das Krankenhaus die Ausgleichszahlung ausschließlich für die Dawl-Finanzierung einsetzen [dazu ee)].
- 132 Diese Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. der Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG) liegen hier vor:
- aa)**
- 133 Zunächst handelt es sich bei der Krankenhausversorgung durch die Kreiskliniken des Beklagten um eine Dawl.
- (1)**
- 134 Obwohl Einigkeit besteht, dass dieser Begriff der Dawl nicht umfänglich deckungsgleich mit dem der kommunalen Daseinsvorsorge und unionsrechtlich auszulegen ist, hält das Unionsrecht keine klare gesetzliche Definition bereit (vgl. Richtschnur zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung vom 28. November 2005, 2005/842/EG des Bundesgesundheitsministeriums = Anlage 1 zum Rundschreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 28. Mai 2009; ferner *Storr*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 2392), was angesichts der Art. 106 Abs. 2 AEUV immanenten Spannungslage zwischen den Befugnissen von Mitgliedstaaten einerseits und Union andererseits in besonderer Weise brisant erscheint.
- 135 Angesichts der Tatsache, dass auch die Freistellungsentscheidung 2005/842/EG keine engen Vorgaben, sondern nur eine allgemeine Beschreibung enthält, was unter einer Dawl durch Krankenhäuser zu verstehen ist und so den Mitgliedsstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt, obliegt diesen die eigentliche Definition der Krankenhaus-Dawl. Zwangsläufig liegt damit auch die Kompetenz zur Organisation von Dawl in den Händen der Mitgliedstaaten (vgl. *Storr*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 2392; *Heise*, in: EuZW 2013, 769 ff.). Auch die Bundesregierung betont in diesem Bereich „ganz deutlich“ die Definitions- und Gestaltungshoheit der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit staatlichen Ausgleichszahlungen und verweist insofern auf eine lediglich beschränkte Prüfungskompetenz der Gemeinschaftsorgane (vgl. Seite 11 des Berichts der Bundesrepublik Deutschland zum „Altmark-Paket“ der Europäischen Kommission, Anlage B 29).
- (2)**
- 136 Insofern folgt die Pflicht zur Bereitstellung einer leistungsfähigen Krankenversorgung aus dem in Art. 2 Abs. 2 GG verbürgten Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit i.V.m. dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Sozialstaatsprinzip (vgl. *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 777). Hieraus leitet sich der Sicherstellungsauftrag für eine bedarfsgerechte und leistungsfähige

Krankenhausversorgung ab (vgl. § 1 KHG). Dabei hat der Bund von der ihm nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG zustehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser nur einschränkend Gebrauch gemacht und die Regelung der Krankenhausfinanzierung zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung weitgehend den Ländern überlassen.

- 137 Entsprechend umschreibt § 1 Abs. 1 Satz 1 LKHG BW den Zweck des Landesgesetzes mit der Gewährleistung einer bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, wirtschaftlich gesicherten und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern sowie einer medizinisch zweckmäßigen und ausreichenden Versorgung des Patienten im Krankenhaus. Ausdrücklich schreibt § 1 Abs. 1 Satz 3 LKHG BW fest, dass es sich bei der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen um eine Dawl handelt (vgl. zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund der Vorschrift *Bold*, in: *Bold/Sieper*, LKHG BW, 1. Aufl. 2012, § 1 Rz. 20). Auch der Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum „Altmark-Paket“ der Europäischen Kommission (Anlage B 29, dort Seite 11) hebt ausdrücklich hervor, dass die Sicherung der flächendeckenden, qualitativ hochwertigen stationären Versorgung für die damit betrauten Krankenhäuser eine Dawl darstellt. Außerdem zählt die Versorgung mit Krankenhausleistungen zu den Aufgaben der kommunalen sozialen Daseinsvorsorge (vgl. Art. 28 Abs. 2 GG). Gemeinden, Städte und Landkreise haben also die Befugnis, sich innerhalb des geltenden Rechts der Sicherstellung einer ausreichenden Krankenhausversorgung der Bevölkerung anzunehmen.
- 138 Zudem enthält § 3 Abs. 1 LKHG BW die Verpflichtung der Land- und Stadtkreise, die nach dem Krankenhausplan notwendigen Krankenhäuser und Krankenseinrichtungen zu betreiben, wenn die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern nicht durch andere Träger sichergestellt wird.
- 139 Zwar ist nicht zu verkennen, dass der Grundsatz des § 1 LKHG BW in gleicher Weise für die Kreiskliniken und für die Mitgliedskrankenhäuser des Klägers gilt. Auch erklärt § 1 Abs. 1 Satz 3 LKHG BW die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen von Krankenhäusern sowohl des Klägers als auch des Beklagten zur Dawl. Die Verpflichtung zum Betrieb der nach dem Krankenhausplan notwendigen Krankenhäuser und Krankenseinrichtungen gem. § 3 Abs. 1 LKHG BW trifft indes nur den Beklagten für seine Kreiskliniken. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zwischen den Mitgliedskrankenhäusern des Klägers und den Kreiskliniken des Beklagten.
- 140 Hinzu kommt, dass dem Beklagten die Überprüfung der Notwendigkeit eines oder mehrerer Krankenhäuser i.S.d. § 3 Abs. 1 LKHG BW entzogen ist. Aus diesem Grund kann die Richtigkeit der im Berufungsverfahren vertieften Behauptung des Klägers dahingestellt bleiben, dass für eine bedarfsgerechte Versorgung der Einwohner des Landkreises C. die Krankenhäuser der Kreiskliniken verzichtbar seien, weil es andere Träger gäbe, die zur Erbringung der bedarfsgerechten Krankenhausleistungen im Landkreis C. bereit seien. Auch kann nicht – wie der Kläger meint – von einer Darlegungs- und Beweislast des Beklagten für das Bestehen einer solchen Versorgungslücke ausgegangen werden. Ebenso wenig kann schließlich im Sinne des Klägers (GA 866) die Zusatzfinanzierung eines Krankenhauses in Trägerschaft der öffentlichen Hand nur dann als erforderlich und damit als i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV freigestellt angesehen werden, wenn dieses Krankenhaus im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern zusätzliche Leistungen, sog. Krankenhaussonderaufgaben, erbringt:
- 141 Zwar will § 3 LKHG BW sicherstellen, dass die zur bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung erforderlichen Krankenhäuser bereit stehen und eine entsprechende Betreibensverpflichtung der Stadt- und Landkreise entsteht erst, wenn die Versorgung nicht durch andere Träger sichergestellt ist. Ob aber im Einzelfall eine solche Versorgungslücke besteht, muss und kann sich nur aus dem Krankenhausplan ergeben (vgl. *Krauskopf*, in: Dietz, Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg, Stand Januar 2012, § 3 Ziff. 1.2). Nur dieser Plan stellt nach § 5 Abs. 1 Satz 1 LKHG BW die für eine leistungsfähige und wirtschaftliche Versorgung in Baden-Württemberg erforderlichen Krankenhäuser dar und nur aus ihm bzw. aus einer bedarfsplanerischen Einzelfallentscheidung nach § 7 Abs. 4 LKHG BW lassen sich ein gedeckter und ein nicht gedeckter Bedarf ableiten. Folglich setzt auch eine Anordnung i.S.d. § 40 LKHG BW voraus, dass ein Krankenhaus zwingend zu betreiben ist, wenn es im Krankenhausplan aufgeführt und damit notwendig ist, ohne dass diese Bedarfsnotwendigkeit neuerlich zu prüfen wäre (vgl. *Krauskopf*, in: Dietz, Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg, Stand Januar 2012, § 3 Ziff. 1.2). Nur aus dem Krankenhausplan (oder der planerischen Einzelentscheidung nach § 7 Abs. 4 LKHG BW) geht also ein bestimmter konkreter Bedarf hervor, der sich nicht rein quantitativ auf eine bestimmte Bettenzahl beschränkt, sondern diesen entsprechend § 6 Abs. 1 Satz 5 und 6 LKHG BW fachlich qualifiziert. Dieser planerisch festgelegte Bedarf bildet die Grundlage der Betreibensverpflichtung gem. § 3 Abs. 1 LKHG BW (vgl. *Krauskopf*, in: Dietz, Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg, Stand Januar 2012, § 3 Ziff. 1.2) und gilt so lange als festgeschrieben, wie das jeweilige Krankenhaus im Krankenhausplan aufgenommen ist, der gem. § 4 Abs. 1

Sätze 1 und 4 LKHG BW regelmäßig aktualisiert, laufend angepasst und bei Bedarf auch insgesamt fortgeschrieben wird (vgl. dazu *Bold*, in: *Bold/Sieper*, LKHG BW, 1. Aufl. 2012, § 4 Rz. 4 ff.).

- 142 Insofern hat bereits das Landgericht mit Recht darauf hingewiesen, dass vor einer Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan die nach pflichtgemäßem Ermessen durchzuführende Abwägung zwischen mehreren Krankenhäusern gemäß § 5 Abs. 3 Satz 2 LKHG BW steht, welches im Einzelnen den Zwecken des § 1 LKHG BW sowie den Zielen und Grundsätzen der §§ 1 und 6 LKHG BW sowie des § 8 Abs. 2 KHG am besten gerecht wird. Dabei ist gemäß § 5 Abs. 3 Satz 3 LKHG BW auch zu berücksichtigen, dass öffentlich geförderte Investitionen gemeinwohlverträglich und wirtschaftlich genutzt werden.
- 143 Nachdem vorliegend die Kreiskliniken des Beklagten auf dieser Grundlage in den Krankenhausplan 2010 Baden-Württemberg (Anlage K 3) aufgenommen worden sind, ist die von diesem nicht mehr überwindbare Verpflichtung des Beklagten zum Betrieb dieser Krankenhäuser gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW entstanden, die mangels Änderung des Krankenhausplanes bis heute fortbesteht.
- 144 Im Gegensatz dazu trifft die privaten Krankenhäuser, namentlich die Mitgliedskrankenhäuser des Klägers, keine vergleichbare Verpflichtung zum Betrieb bzw. zum Fortbetrieb (vgl. *Krauskopf*, in: *Dietz*, Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg, Stand Januar 2012, § 3 Ziff. 1.2). Diesen stehen vielmehr jederzeit die Möglichkeiten der (auch grundlegenden) Umstrukturierung und Neuausrichtung auf andere Tätigkeitsbereiche sowie des Marktaustritts zu. Während sich also die nicht der Betriebspflicht des § 3 Abs. 1 LKHG BW unterliegenden Krankenhäuser auf lukrative Behandlungsformen konzentrieren und entsprechend spezialisieren können, haben die Kreiskliniken des Beklagten als Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft auf Grund ihres Sicherstellungsauftrages überall, also gerade auch – wie hier – in ländlich geprägten Regionen, eine wohnortnahe Versorgung aller Patienten, also der elektiven wie der Notfallpatienten, für alle medizinisch erforderlichen Bereiche abzudecken (so auch *Friedrich*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, 1. Auflage 2010, § 16A Rz. 14). Entsprechend halten die Kreiskliniken des Beklagten hier auch tatsächlich und unstreitig eine umfassende Grund- und Regelversorgung einschließlich Notfallversorgung und damit auch entsprechendes Personal für sämtliche medizinischen Abteilungen vor. So verfügen die Kreiskliniken über die Fachgebiete Innere Medizin mit Schwerpunkt Gastroenterologie, Innere Medizin mit Schwerpunkt Kardiologie sowie Herz- und Kreislauferkrankungen, Neurologie, Chirurgie mit Schwerpunkt Allgemein- und Viszeralchirurgie, Chirurgie mit Schwerpunkt Unfallchirurgie und Orthopädie, Anästhesie und Intensivmedizin, Urologie, Radiologie und Nuklearmedizin sowie Frauenheilkunde und Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde, was die Bedeutung der Kreiskliniken als Grundversorger mit Krankenhausleistung im Gebiet des Landkreises C. unterstreicht. Nahezu zwangsläufig ist damit im Falle der Kreiskliniken der Anteil der (unwirtschaftlicheren) Notfallpatienten im Vergleich zu den elektiven Patienten mit 47% signifikant höher. Bei dieser Sachlage läge es für ein Mitgliedskrankenhaus des Klägers nahe, ein Marktausscheiden und/oder eine Umstrukturierung in Betracht zu ziehen, was den Kreisklinken vor dem Hintergrund des § 3 Abs. 1 LKHG BW verwehrt ist.
- 145 Zu Recht hat der Beklagte ferner in diesem Zusammenhang hervorgehoben, dass die Handlungsmöglichkeiten der privaten Krankenhäuser mit den Mitteln der Landeskrankenhausplanung nicht beschränkt werden können, weil der Krankenhausplan gem. § 4 LKHG BW nach § 6 Abs. 1 Sätze 1 und 2 LKHG BW lediglich ein Rahmenplan ist, der allgemeine Zielsetzungen sowie Kriterien zur Investitionsförderung enthält und die bedarfsgerechten Krankenhäuser mit ihren Betriebsstätten nach gegenwärtiger und zukünftiger Aufgabenstellung ausweist, also keine verbindlichen Regeln z.B. zur Bildung von Fachabteilungen enthält oder Vorgaben, welcher medizinische Fall in welcher Abteilung eines Krankenhauses zu behandeln ist. Damit lassen sich den Mitgliedskrankenhäusern des Klägers (wie allen privaten oder frei- gemeinnützigen Krankenhäusern) krankenhaushausplanrechtlich die dargestellten Möglichkeiten zum Marktaustritt und/oder zur Umstrukturierung nicht entziehen.
- 146 Schließlich sind Gegenstand des Sicherstellungsauftrages gem. § 3 Abs. 1 LKHG BW i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 3 LKHG BW nicht nur eine oder mehrere sog. Krankenhaussonderaufgaben i.S.d. der Entscheidung des EuG vom 7. November 2012 (Az.: T-137/10, dazu *Heise*, in: *EuZW* 2013, 769 ff.), sondern die einschränkungslose Verpflichtung des Beklagten, die nach dem Krankenhausplan 2010 Baden-Württemberg (Anlage K 3) als bedarfsnotwendig festgestellten Krankenhäuser zu betreiben. Bereits aus diesem Grund kann die genannte Entscheidung des EuG auf den hiesigen Fall nicht übertragen werden. Kein anderes Ergebnis folgt ferner aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 10. Februar 2011 (Az.: I ZR 136/09 = *GRUR* 2011, 444 ff.). Insofern kann auf die Ausführungen des Beklagten in der Berufungserwiderung und auf das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts verwiesen werden.

147 Beihilferechtlich kann es nach alledem nicht beanstandet werden, wenn die öffentliche Hand ihre Krankenhäuser nicht nur mit Teilleistungen, wie etwa der stationären Notfallversorgung, sondern umfassend mit der stationären Krankenversorgung betraut und die hierfür erforderlichen Kosten übernimmt (so auch *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 77; *Struß*, in: Medizinrecht 2014, 406 f.). Hierfür streiten nicht zuletzt auch übergeordnete Gründe des Gesundheits- und Sozialwesens, die die Sicherstellung des Fortbestandes und der Lebensfähigkeit des deutschen Krankenhaussystems erfordern (vgl. zu diesem Gesichtspunkt *Heise*, in: EuZW 2013, 769 ff.).

**bb)**

- 148 Aus dem Betrauungsakt müssen nach Art. 4 der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG das betraute Krankenhaus, die Art und Dauer der Dawl, der geografische Geltungsbereich, die Berechnungsgrundlagen für die Ausgleichszahlung und die gegen eine Überkompensation getroffenen Vorkehrungen ersichtlich sein (vgl. näher hierzu die Richtschnur zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung vom 28. November 2005, 2005/842/EG des Bundesgesundheitsministeriums = Anlage 1 zum Rundschreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 28. Mai 2009). Nicht notwendig ist hingegen, dass im Betrauungsakt einzelne Dawl-Tätigkeiten ausgewiesen werden. Insoweit bietet sich eine Orientierung an der allgemeinen Beschreibung medizinischer Dienstleistungen an, wie sie in der Freistellungsentscheidung vorgenommen wurde [vgl. Erwägungsgrund (16) der Freistellungsentscheidung]. Zur Klarstellung und Abgrenzung können zudem Bereiche aufgeführt werden, die keine Dawl darstellen, wie etwa gewerbliche Dienstleistungen (z.B. Wäscherei, Catering, Cafeteria) oder Krankenhausleistungen außerhalb der beauftragten Dawl, wie z.B. Schönheitsoperationen, die nicht im Leistungskatalog der Krankenkassen enthalten sind (vgl. Richtschnur zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung vom 28. November 2005, 2005/842/EG des Bundesgesundheitsministeriums = Anlage 1 zum Rundschreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 28. Mai 2009).
- 149 Eine bestimmte Rechtsform ist für den Betrauungsakt nicht vorgeschrieben (vgl. nunmehr Art. 4 Satz 1 a.E. des Freistellungsbeschlusses 2012/21/EU; ferner vgl. Richtschnur zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung vom 28. November 2005, 2005/842/EG des Bundesgesundheitsministeriums = Anlage 1 zum Rundschreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 28. Mai 2009); dieser kann jedenfalls durch Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt oder durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen (vgl. *Storr*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1 Rz. 2416 ff.).
- 150 Auf dieser Grundlage hat der Beklagte am 22. April 2008 (Anlagen K 20a, K 20b, B 17) und am 19. Dezember 2013 für den Zeitraum ab dem Jahr 2014 (Anlage BB 13; ferner Anlagen BB 12 und BB 14) zwei Betrauungsakte für die Kreiskliniken erlassen, die auf dem vom Landkreistag Baden-Württemberg bzw. dem Deutschen Landkreistag erstellten Musterbetrauungsakt beruhen und nach dem die Kreiskliniken des Beklagten in Anlehnung an § 3 Abs. 1 LKHG BW mit der Erbringung der Dawl betraut werden (vgl. Anlagen K 20a, K 20b und B 17; Anlage BB 13). Ob diese Betrauungsakte des Beklagten – wie der Kläger meint – formell und/oder materiell rechtswidrig sind, kann letztlich offen bleiben, wenngleich gewichtige Gesichtspunkte für die Rechtmäßigkeit dieser Betrauungsakte sprechen (vgl. insofern auch *Struß*, in: Medizinrecht 2014, 406), nachdem sie auf dem Muster-Betrauungsakt des Landkreistages Baden-Württemberg (vgl. insofern auch die entsprechenden Erläuterungen zum Muster eines öffentlichen Auftrages des Landkreistages Baden-Württemberg, Anlage B 18) beruhen, den die Europäische Kommission bereits zu einem früheren Zeitpunkt im Rahmen des A.-Verfahrens untersucht (vgl. Anlage B 32) und dort akzeptiert hat (vgl. in diesem Zusammenhang die Entscheidung der EU-Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, vom 25. August 2010, Az.: CP 6/2003). Unabhängig davon sind jedenfalls die Vorschrift des § 3 LKHG BW i.V.m. der Aufnahme der Kreiskliniken in den Krankenhausplan 2010 Baden-Württemberg (Anlage K 3) gemäß § 4 LKHG BW in ergänzender Zusammenschau mit den Regelungen in §§ 2 Abs. 2 und 4 des Betrauungsaktes des Beklagten vom 22. April 2008 (Anlagen K 20a, K 20b, B 17) und in § 1 Abs. 2 des Betrauungsaktes vom 19. Dezember 2013 (Anlage BB 13) als ein den Anforderungen der Art. 4 und 5 der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG genügender Betrauungsakt anzusehen.
- 151 Außerdem hat das Landgericht zu Recht hervorgehoben, dass selbst bei unterstellter formeller und/oder materieller Rechtswidrigkeit des Betrauungsaktes des Beklagten vom 22. April 2008 unabhängig von dessen rechtlicher Qualifizierung der Kläger selbst keine Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit dieser Betrauung nach § 44 LVwVfG BW vorgebracht hat und dass insofern jedenfalls keine offenkundigen, also für jeden verständigen Betrachter klar erkennbaren Gründe für eine Nichtigkeit dieses Verwaltungsaktes zu erkennen sind.

**cc)**

- 152 Art. 4 und 5 Abs. 1 der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG begrenzen die Höhe der zulässigen Ausgleichszahlungen. Insoweit mag es empfehlenswert erscheinen, vorab festzulegen, für welche Dawl ein Kostenausgleich anhand welcher Parameter erfolgen soll und die Dawl-Leistungsbereiche möglichst konkret zu benennen, in denen Defizite erwartet werden. Die Vorschrift steht aber einer Erstattung auch der gesamten anfallenden Dawl-Kosten nicht entgegen. Eine Effizienzprüfung i.S.d. vierten Altmark-Trans-Kriteriums [vgl. dazu oben unter a) cc) 3.] findet nicht statt (vgl. Entscheidung der EU-Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, vom 25. August 2010, Az.: CP 6/2003).
- 153 Welche Rechtsfolgen sich aus einem Verstoß gegen diese Vorschriften ergäben, kann offen bleiben. Allerdings bleibt nach Auffassung der Kommission eine gewährte Beihilfe auch dann zulässig, wenn im Einzelfall die entsprechende Betrauung nicht allen Transparenzfordernissen der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG entspricht (vgl. Entscheidung der EU-Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, vom 25. August 2010, Az.: CP 6/2003 Rz. 98; ferner *Struß*, in: *Medizinrecht* 2014, 406), was es nahelegt im Sinne des Beklagten (vgl. zuletzt Seite 50 ff. der Berufungserwiderung vom 28. Juli 2014) die Betrauung eines Unternehmens an Hand der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG allein auf eine materielle Beihilfenrechtskonformität zu prüfen und eine etwaige Nicht-Einhaltung formaler beihilfenrechtlicher Anforderung nicht mit dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu sanktionieren. Unabhängig davon und unabhängig von den klägerseits vorgebrachten Wirksamkeitsbedenken genügt hier die Betrauung gem. § 3 Abs. 1 LKHG BW i.V.m. dem Krankenhausplan 2010 Baden-Württemberg (Anlage K 3) jedenfalls in ergänzender Zusammenschau mit den Regelungen in §§ 2 Abs. 2 und 4 des Betrauungsaktes des Beklagten vom 22. April 2008 (Anlagen K 20a, K 20b, B 17) und in § 1 Abs. 2 des Betrauungsaktes vom 19. Dezember 2013 (Anlage BB 13) den genannten Anforderungen der Art 4 und 5 der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG.

**dd)**

- 154 Aus Art. 4 und 5 Abs. 2 b) und Abs. 5 der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG ergibt sich die Pflicht zur kostenmäßigen Trennung von Dawl- und Nicht-Dawl-Bereichen, sofern die Dawl nur einen Teil der Tätigkeiten eines Unternehmens ausmachen. In diesem Fall sind eine getrennte Kostenrechnung und ein konkreter Mechanismus erforderlich, nach dem Ausgaben und Einnahmen den jeweiligen Bereichen zugeordnet werden können, z.B. anhand des Flächeninhalts der genutzten Räume. Dieser Mechanismus zur Kostenaufteilung sollte im Betrauungsakt abgebildet werden (vgl. *Heinrich*, in: *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, *Europäisches Beihilfenrecht*, Kap. 1 Rz. 762).
- 155 Auch insofern erfüllt die Betrauung gem. § 3 Abs. 1 LKHG BW i.V.m. dem Krankenhausplan 2010 Baden-Württemberg (Anlage K 3) in ergänzender Zusammenschau mit dem Betrauungsakt des Beklagten vom 22. April 2008 (Anlagen K 20a, K 20b, B 17) und mit dem die Zeit ab 2014 betreffenden Betrauungsakt vom 19. Dezember 2013 (Anlage BB 13) die Voraussetzungen der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG. Soweit es in diesem Zusammenhang auf die Durchführung einer Trennungsrechnung ankommt, ist auf den seitens des Beklagten vorgelegten Auszug aus der Gewinn- und Verlustrechnung (Anlage B 28) zu verweisen.

**ee)**

- 156 Schließlich darf das Krankenhaus gem. Art. 5 Abs. 1 der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG die Ausgleichszahlung ausschließlich für die Dawl-Finanzierung einsetzen. Eine Quersubventionierung von Nicht-Dawl-Bereichen ist also zu vermeiden. Das Vorhandensein einer solchen im Falle der Kreiskliniken hat jedoch der insoweit darlegungsbelastete Kläger bereits nicht ausreichend substantiiert vorgetragen [vgl. insofern auch oben unter dd)].
- 157 Der Beklagte hat demgegenüber detailliert und nachvollziehbar ausgeführt (vgl. zuletzt Berufungserwiderung vom 28. Juli 2014, dort Seite 31 ff.), dass die in der Rechtsform der gGmbH betriebenen Kreiskliniken spezielle Steuerbegünstigungen genießen, weil sie gemeinnützige Zwecke i.S.d. §§ 51 ff. AO verfolgen (vgl. generell zur gemeinnützigen GmbH: *Roth*, in: *Roth/Altmeppen*, *GmbHG*, 7. Aufl. 2012, § 1 Rz. 11 ff.). Bereits aus dieser Gemeinnützigkeit folgt eine Verpflichtung zur steuerlichen Trennung der Sphären Zweckbetriebe einerseits und wirtschaftliche Geschäftsbetriebe und Vermögensbetriebe andererseits. Entsprechend erfassen die Kreiskliniken die Dawl im steuerlichen Zweckbetrieb und sämtliche Tätigkeiten, die nicht als Dawl qualifiziert werden können, im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe und im Bereich der Vermögensverwaltung (Vermietung und Verpachtung). Zu den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben der Beklagten rechnen nach ihrer eigenen, unbestritten gebliebenen Darstellung die Bereiche Parkplatzvermietung, Telefon/TV, Rezepte (Apotheke, einschließlich Zyto-Apotheke), Radiologie, Blutentnahme, Sponsoring, Betriebsarzt, Materialverkauf, Wahlleistung

Begleitperson, Nutzungsentgelte Ärzte, Recycling, Kurse, Energielieferungen, BHKW-Einspeisung und sonstige Leistungen. Für jeden dieser wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe gibt es eine zugehörige Einnahmen-Ausgaben-Rechnung, in der die Einnahmen beispielsweise mit Personalkosten, Wirtschafts-/Verwaltungsbedarf, Materialeinsatz, Instandhaltung, Energiekosten, Laborkosten, sonstige Kosten, Abschreibungen etc. gegengerechnet werden. Dasselbe gilt für den Bereich der Vermögensverwaltung (Vermietung und Verpachtung).

- 158 Auf diese Weise stellen der Beklagte und die Kreiskliniken die Einhaltung der Anforderungen des Art. 5 der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG sicher.

## 5.

- 159 Bei dieser Sachlage kann kein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch des Klägers angenommen werden, der einen Rechtsbruch im Sinne eines Verstoßes gegen eine Marktverhaltensregel gemäß § 4 Nr. 11 UWG voraussetzt, wenn der Beklagte – wie hier – eine ihm durch Gesetz, hier durch § 3 Abs. 1 LKHG BW auferlegte Pflicht erfüllt. Die an Recht und Gesetz gebundene (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) und sich hieran haltende öffentliche Hand darf nicht in eine Pflichtenkollision gedrängt werden, die zwingend aus der klägerischen Auffassung folgte: Der Beklagte könnte nämlich nicht zugleich die gesetzlich eindeutig festgeschriebene Betreibungsverpflichtung gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW, die § 40 LKHG BW zusätzlich absichert, erfüllen, ohne gegen das Durchführungsverbot des Art 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu verstoßen.
- 160 Außerdem hat das Landgericht mit Recht hervorgehoben, dass es nach der Rechtsprechung der europäischen Gerichte allein Aufgabe der Kommission ist, gemäß Art. 108 Abs. 2 AEUV die Unvereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 107 AEUV festzustellen (vgl. EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Az.: D-167/04; EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2003, Az.: C-261/01 = EuZW 2004, 87; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011, Az.: I ZR 136/09 = GRUR 2011, 444 ff.). Den nationalen Gerichten obliegt lediglich im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot, die Auslegung des Begriffs der Beihilfe, solange die Kommission keine verfahrensabschließende Entscheidung nach Art. 108 Abs. 2 AEUV getroffen hat (vgl. EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1992, Az.: C-240/90 = NJW 1993, 49; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011, Az.: I ZR 136/09 = GRUR 2011, 444 ff.; *Struß*, in: *Medizinrecht* 2014, 406). Auch dieser Gesichtspunkt spricht dafür, vorliegend die Voraussetzung eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs des Klägers gegen den Beklagten als nicht gegeben anzusehen.

## C.

- 161 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO; diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 162 Wegen der Rechtsfragen, ob vorliegend eine vom Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vorausgesetzte staatliche Beihilfe vorliegt und ob der Beklagte bei unterstellter Annahme einer staatlichen Beihilfe von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. der Freistellungsentscheidung der Kommission (2005/842/EG) freigestellt ist, wird gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO die Revision zugelassen. Insofern wirft die hiesige Rechtssache klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfragen auf, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen können und die überdies für die Betroffenen tatsächlich und wirtschaftlich ein erhebliches Gewicht erreichen. Der Ausgang dieses Verfahrens entfaltet Rechtswirkungen für die Allgemeinheit und weist daher Leitbildcharakter auf.
- 163 Der Streitwert für das Berufungsverfahren war wie in erster Instanz auf bis zu 4.002.000,00 Euro festzusetzen. Im Berufungsverfahren wurden gegen diesen Streitwert keine Einwände mehr vorgebracht.