

Nach der Rahmenmitteilung gelten staatliche Beihilfen gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV als mit dem AEUV vereinbar, wenn sie für das **Funktionieren der Dienstleistungen** von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unabdingbar sind und die **Entwicklung des Handelsverkehrs** nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.¹⁹⁹⁹ 850

4. Ausblick. Die Reform u.a. der mit dem „Monti-Paket“ eingeführten Regeln hat, wie zuvor 851 dargestellt, einige tiefgreifende Neuerungen gebracht. Sie scheinen durchaus geeignet zu sein, das erklärte Ziel, mehr **Klarheit** zu schaffen und einen **diversifizierten und verhältnismäßigen Ansatz** zu ermöglichen,²⁰⁰⁰ zu erreichen. Auch deren praktische Anwendung durch die nationalen, regionalen und lokalen Behörden in den nun einigen Jahren seit Inkrafttreten zeigt, dass die **Einhaltung der Beihilfenvorschriften** tatsächlich erleichtert und somit eine **effiziente Erbringung** von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gefördert wird.

VII. Krankenhausfinanzierung

Sekundär- und Tertiärrecht: Kommission 28.11.2005 – 2005/842 EG (Entscheidung über die Anwendung von Art. 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (zit.: **DAWI-Freistellungsentscheidung 2005**), ABl. 2005 L 312, 67; Kommission 20.12.2011 – 2012/21/EU (Beschluss über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind), ABl. 2012 L 7, 3 (zit.: **DAWI-Freistellungsbeschluss**); Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. 2012 C 8, 4 (zit.: **DAWI-Mitteilung**); **VO (EU) Nr. 360/2012** über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, ABl. 2012 L 114, 8; Mitteilung der Kommission, Rahmen der europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011) (zit.: **DAWI-Rahmen**), ABl. 2012 C 8, 15; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (zit. **Bekanntmachung zum Beihilfebegriff**), ABl. 2016 C 262, 1.

Nationales Recht: Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (zit.: **KHG**), BGBl. 1991 I 886, zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.5.2023, BGBl. 2023 I 123; Bayerisches Krankenhausgesetz (zit.: **BayKrG**), BayGVBl. 2007 288, zuletzt geändert durch § 2 des Gesetzes vom 5.7.2022 (BayGVBl. 2022 306); Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (zit.: **KH-GG NRW**), GV. NRW 2007 702, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.4.2022 (GV NRW 2022 506, 877); Thüringer Krankenhausgesetz (zit.: **ThürKHG**), ThürGVBl. 2003 262, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2.7.2019 (ThürGVBl. 2019 209); Sächsisches Krankenhausgesetz (zit.: **SächsKHG**), SächsGVBl. 2022 34 752; Hessisches Krankenhausgesetz 2011 (zit.: **HKHG 2011**), HessGVBl. I 2010 587, zuletzt geändert durch Gesetz vom 9.12.2022 (HessGVBl. 2022 752, 757); Sozialgesetzbuch V: Gesetzliche Krankenversicherung (zit.: **SGB V**), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2022, BGBl. 2022 I 2793.

Bundesministerium für Gesundheit (BMG), Auslegungs- und Anwendungshilfe vom 28.5.2009 zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 28.11.2005 (2005/842/EG) im Krankenhaussektor (zit.: **BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2009**); Bundesministerium für Gesundheit (BMG), Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung des neuen Freistellungsbeschlusses der Europäischen Kommission vom 20.12.2011 [ABl. L 7 vom 11.1.2012, S. 3] im Gesundheitswesen, insbesondere im Krankenhaussektor und im Bereich der Langzeitpflege (Stand 25.02.2013) (zit.: **BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2013**).

Literaturübersicht: Baier, Die Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland – Eine EU-beihilfenrechtliche Untersuchung, Berlin 2021; Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum „Altmark-Paket“ der Europäischen Kommission (zit.: **BReg, Altmark-Bericht**); Bauckhage-Hoffer, Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung in der EG und Europäisches Beihilfenrecht, GesR 2009, 393; Becker, Zur Konkretisierung des

1999 Rahmenmitt., Rn. 11.

2000 DAWI-Reformmitteilung, S. 8.

Versorgungsauftrages – eine Betrachtung aus leistungsrechtlicher Sicht, in: Krankenhäuser im Spannungsfeld zwischen Versorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeit, Düsseldorfer Krankenhausrechtstag 2006, Stuttgart 2007, S. 49; Bulla, Der Defizitausgleich bei Krankenhäusern der öffentlichen Hand bleibt beihilfekonform – Zu den Voraussetzungen und Grenzen der Krankenhausversorgung als DAWI, KommJur 2015, 245; Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Krankenhäuser – Wettbewerb im Krankenhaussektor in Deutschland und Schutz durch die Fusionskontrolle: Darstellung und Analyse der Strukturen auf den Märkten der Akutkrankenhäuser in Deutschland, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB – September 2021 (zit.: **BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser**); Bundesverband deutscher Privatkliniken e.V. (BDPK), Beihilfen helfen nicht – Über den Sinn und die Grenzen staatlicher Subventionen für Krankenhäuser, Positionspapier 2007; Cremer, Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext – Zum Verbot von Verlustausgleichszahlungen zugunsten öffentlicher Krankenhäuser, GesR 2005, 337; Cremer, Europäisches Beihilferecht und seine Auswirkungen auf das deutsche Krankenhauswesen, ZIAS 2008, 198; Cremer, EU-Beihilfenrecht und sog. Defizitausgleiche zugunsten öffentlicher Krankenhäuser – Zugleich zur (partiellen) Aufgabe der Altmark-Rechtsprechung zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch EuG und BGH, ZWeR 2018, 185; Cygan, Public Healthcare in the European Union: Still a service of General Interest?, ICLQ 2008, 529; Depenheuer, Glanz und Elend der Krankenhausfinanzierung – Überlegungen zu einem angekündigten Paradigmenwechsel, in: Krankenhausrecht: Planung – Finanzierung – Stationäre und ambulante Versorgung, Düsseldorfer Krankenhausrechtstag 2008, Stuttgart 2009, S. 15; Deutscher Landkreistag, Hinweise für die Kreiskrankenhäuser zur Anwendung des Monti-Pakets vom 24.10.2007 (mit Muster des Landkreistags Baden-Württemberg); Geradin, Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2031564> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024); Hatzopolous, Financing National Health Care in a Transnational Environment: The Impact of the European Community Internal Market, Wisconsin International Law Journal 26, 761; Hancher/Sauter, This won't hurt a bit: the Commission's approach to services of general economic interest and state aid to hospitals, TILEC Discussion Paper, DP 2012–012, ISSN 1572–4042, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2026871> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024); Heise, Defizitfinanzierung zu Gunsten öffentlicher Krankenhäuser auf dem beihilferechtlichen Prüfstand, EuZW 2013, 769; Heise, Krankenhausfinanzierung und Beihilferecht – das Krankenhauswesen zwischen Gemeinwohlverpflichtung und Wettbewerb, EuZW 2015, 749; Huster/Kaltenborn (Hrsg.), Krankenhausrecht – Praxishandbuch zum Recht des Krankenhauswesens, 2. Aufl., München 2017; Jansen, Anmerkung zu BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14 (Kreiskliniken Calw), NJW 2016, 3176; Kaltenborn, Das „Krankenhaus“ – Überlegungen zu einem vielschichtigen Rechtsbegriff, in: Krankenhäuser im Spannungsfeld zwischen Versorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeit, Düsseldorfer Krankenhausrechtstag 2006, Stuttgart 2007, S. 15; Kingreen, Zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt, NJW 2001, 3382; Kingreen, Das Gesundheitsrecht im Fokus von Grundfreiheiten, Kartell- und Beihilferecht, GesR 2006, 193; Kleis/Nicolaidis, The Concept of Undertaking in Education and Public Health Systems, EStAL 2006, 505; Koenig/Paul, Die Krankenhausfinanzierung im Kreuzfeuer der EG-Beihilfenkontrolle, EuZW 2008, 359; Koenig/Paul, Ist die Krankenhausfinanzierung ein pathologischer Fall für EG-beihilfenrechtliche Transparenz – oder sogar für Entflechtungsmaßnahmen?, EuZW 2009, 844; Koenig/Paul, State Aid Screening of Hospital Funding – Exemplified by the German Case, EStAL 2010, 755; Latz, Europäisches Beihilferecht – Das Monti-Paket und kommunale Leistungen der Daseinsvorsorge, 2007, abrufbar unter: <https://www.bkpv.de/veroeffentlichungen/> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024); Lehmann, Krankenhaus und EG-Beihilfenrecht, Frankfurt a.M. 2008; ÖPP Deutschland AG (Partnerschaften Deutschland) unter Mitwirkung von Raabe/Soltész, Finanzierungs- und Sicherheitenkonzept für ÖPP im Gesundheitswesen, 2013; Leupold, Krankenhausmärkte in Europa, Baden-Baden 2009; Prütting, Staatlicher Defizitausgleich bei öffentlich-rechtlich geführten Krankenhäusern, GesR 2017, 415; Sauter, The Commission's new SGEI package: the rules for State aid and the compensation of services of general economic interest, TILEC Discussion Paper, DP 2012–018 abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044680 (zuletzt abgerufen am 3.9.2024); Sauter/van de Gronden, Taking the temperature: a survey of the EU law on competition and state aid in the healthcare sector, TILEC Discussion Paper, DP 2010–038 abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1702832 (zuletzt abgerufen am 3.9.2024); Schillhorn, Ambulante Leistungen im Krankenhaus – neue Versorgungsformen, aktuelle Rechtsfragen, in: Krankenhausrecht: Planung – Finanzierung – Stationäre und ambulante Versorgung, Düsseldorfer Krankenhausrechtstag 2008, Stuttgart 2009, S. 87; Soltész/Puffer-Mariette, Krankenhäuser im Fokus des Europäischen Wettbewerbsrechts, EWS 2006, 438; Soltész/Pflock, Die „Wiederentdeckung“ der beihilferechtlichen Zwischenstaatlichkeitsklausel – vom Schattendasein ins Scheinwerferlicht?, EuZW 2017, 207; Soltész/Buchner, Lauterbach auf Konfrontationskurs zu Brüssel, EuZW 2024, 685; van de Gronden, Financing Health Care in EU Law: Do the European State Aid Rules Write Out an Effective Prescription for Integrating Competition Law with Health Care?, CompLRev 6 (2009), 5; Vollmöller, Krankenhausrecht als Teil des öffentlichen Wirtschaftsrechts, KSzW 2012, 187; Vollmöller, Krankenhausfinanzierung und EG-Beihilfenrecht, in: Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München

2006, S. 205; Wenner, Einbeziehung von Krankenhäusern in die ambulante Versorgung – Auswirkungen des Vertragsrechtsänderungsgesetzes (VÄndG) und des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes (GKV-WStG), in: Das Krankenhaus im Gesundheitsgewährleistungsstaat, Düsseldorf/er Krankenhausrechtstag 2007, Stuttgart 2008, S. 69; Wigge/Ossege, Organisationsrechtliche Fragen ambulanter Leistungserbringung und Kooperationsmöglichkeiten mit niedergelassenen Ärzten im Krankenhaus, in: Krankenhausrecht: Schnittstelle zwischen den Rechtsbereichen, Düsseldorf/er Krankenhausrechtstag 2009, Stuttgart 2009, S. 75; Wollenschläger/Baier, Der Krankenhausstrukturfonds im Fokus des EU-Beihilfenrechts: Anforderungen an eine beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung der Umwandlungsförderung, NZS 2020, 370.

Rechtsprechung und Beschlüsse/Entscheidungen der Kommission: EuGH 24.7.2003 – Rs. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 – Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH; EuGH 27.4.2023 – Rs. C-492/21, ECLI:EU:C:2023:354 – Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo; EuG 11.7.2007 – Rs. T-167/04, ECLI:EU:T:2007:215 – Asklepios-Kliniken GmbH/Kommission; EuG 12.2.2008 – Rs. T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 – BUPA/Kommission; EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 – CIB – Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé; EuG 2.6.2021 – Rs. T-442/03, ECLI:EU:T:2021:315 – Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo; EuG 19.10.2022 – Rs. T-582/20, ECLI:EU:T:2022:648 – Interessengemeinschaft der Hoteliers und Gastronomen Region 10 e. V. – Ighoga Region 10.

Kommission 27.2.2002 – N 543/2001, ABl. 2002 C 154, 4 – Ireland – Capital Allowances for Hospitals; Kommission 28.9.2010 – NN 54/2009, ABl. 2010 C 74, 1 – Belgique – Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale; Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstößes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts – nv; Kommission 7.11.2012 – SA.34576, ABl. 2013 C 73, 1 – Portugal – Jean Piaget / Northeast Medium and Long-Term Continuing Care Unit; Kommission 29.4.2015 – SA.37904, ABl. 2015 C 188, 1 – Deutschland – Ärztehau in Durmersheim; Kommission 29.4.2015 – SA.37432, ABl. 2015 C 203, 1 – Czech Republic – Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region; Kommission 5.7.2016 – SA.19864, ABl. 2016 L 351, 68 – Belgique – Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale; Kommission 2.6.2017 – SA.34655, ABl. 2017 C 219, 1 – Deutschland – Investitionsbeihilfe für Pflegeheim und angegliederte Einrichtungen in der Stadt Dahn, Rheinland-Pfalz; Kommission 4.12.2017 – SA.39913, ABl. 2018 C 102, 1 – Italy – Alleged compensation of public hospitals in Lazio; Kommission 12.11.2020 – SA.39324, ABl. 2020 C 421, 1 – Estonia – Alleged aid to public hospitals listed in the Estonian Hospital Network Development Plan.

LG Tübingen 23.12.2013 – 5 O 72/13 – Kreiskliniken Calw; VG Regensburg 8.10.2014 – RN 3 K 14.559; OLG Stuttgart 20.11.2014 – 2 U 11/14 – Kreiskliniken Calw; BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14 – Kreiskliniken Calw; OLG Stuttgart 23.3.2017 – 2 U 11/14 – Kreiskliniken Calw; LG Bonn 14.12.2022 – 1 O 425/19 – Eltern-Kind-Zentrum.

1. Überblick	852	b) Staatliche Investitionsförderung	907
2. Krankenhausfinanzierung als Gegenstand des Beihilfenrechts	864	aa) Allgemeine Investitionsförderung im Bereich der stationären Krankenversorgung	907
a) Krankenversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit	866	bb) Investitionsförderung mit Fondsmitteln (KHSF I und II, KHZF)	913
b) Begünstigung, insbesondere Ausschluss nach DAWI-Grundsätzen (Altmark Trans)	871	c) Ambulante Leistungserbringung und mögliche Quersubventionierungen	918
aa) Vorbemerkungen	871	aa) Überblick	918
bb) Überblick zu Altmark	872	bb) Ausweitung des Zugangs von Krankenhäusern zu ambulanten Leistungen	922
cc) Krankenhausversorgung als DAWI ..	874	cc) Außerdem: Beteiligung an MVZ durch Krankenhäuser	928
dd) Aber: Geringe Bedeutung von Altmark in der Praxis	878	d) (Kommunaler) Defizitausgleich	930
c) Selektivität	879	aa) Notwendigkeit eines gesonderten Betrauungsaktes für einen Defizitausgleich	933
d) Staatliche Mittel	880	bb) Vom Betrauungsakt erfasste Bereiche	935
e) Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ...	882	cc) Anforderungen an eine beihilfenrechtskonforme Umsetzung	938
aa) Wettbewerbsverfälschung	882	4. Ausblick	940
bb) Zwischenstaatlichkeit	885		
f) Genehmigung und Freistellung von der Notifizierungspflicht nach DAWI-Grundsätzen	890		
3. Praxis der Krankenhausfinanzierung in Deutschland	899		
a) Überblick	899		

- 852 **1. Überblick.** Die grundsätzliche Anwendung der Querschnittsnormen des EU-Wettbewerbs- und Beihilferechts (Art. 101, 102 und 107 AEUV) auf die staatliche **Krankenhausfinanzierung** steht heute außer Frage. Sie ist in Deutschland ob des wirtschaftlichen Charakters zumindest eines Großteils medizinischer (Dienst-)Leistungen auch nicht sonderlich überraschend. Gleichwohl steht sie in einem gewissen **Spannungsverhältnis** zu den mitgliedstaatlichen Kompetenzen in diesem Bereich (vgl. insbesondere Art. 168 Abs. 7 AEUV). Letztere dürfen der effektiven Durchsetzung des EU-Beihilferechts nicht im Wege stehen und sind daher unter Berücksichtigung dieses Prinzips auszuüben. Dies führt zu einer – aus mitgliedstaatlicher Sicht zumeist kritisch gesehenen – unionsrechtlichen Beschränkung mitgliedstaatlicher Ausgestaltungsspielräume im Gesundheitsbereich. Denn die Mitgliedstaaten sind als Adressaten des Beihilfeverbots zu einer beihilferechtskonformen Gestaltung der (öffentlichen) Krankenversorgung verpflichtet.²⁰⁰¹
- 853 Die staatliche Krankenhausfinanzierung ist dabei **erstmalig vor ca. 20 Jahren** in den Mittelpunkt des beihilferechtlichen Interesses gerückt. Während die beihilferechtliche Zulässigkeit der dualen Krankenhausfinanzierung in Deutschland mit ihrer allgemeinen staatlichen Investitionsfinanzierung für sich genommen außer Frage steht (→ Rn. 907 ff.), ist die Praxis der darüberhinausgehenden Verlustausgleiche zugunsten öffentlicher Krankenhäuser seit Jahren Gegenstand intensiver Debatten (→ Rn. 930 ff.). Während **private Krankenhäuser** Wettbewerbsverzerrungen beklagen, ist von staatlicher, insbesondere kommunaler Seite zu vernehmen, dass ohne diese Defizitausgleiche die Versorgungssicherheit gefährdet sei. Darüber hinaus klagen **niedergelassene Ärzte** über eine zunehmende Ausdehnung des Tätigkeitsbereichs der Krankenhäuser in den ambulanten Bereich. Hier können **Quersubventionierungen** aus der staatlichen Krankenhausfinanzierung zu Wettbewerbsverzerrungen führen.
- 854 Auslöser der Diskussion war die im Jahr 2003 erhobene Beschwerde der **Asklepios-Kliniken GmbH**, einer privaten Krankenhausbetreiberin, bei der Kommission. Die Beschwerde richtete sich gegen den **Ausgleich der Verluste** öffentlicher Krankenhäuser sowie die Übernahme entsprechender Haftungsgarantien (in Form der sog. Gewährträgerhaftung bzw. Anstaltslast) durch deren deutsche staatliche Träger (zumeist Kreise und Kommunen). Sie mündete zunächst in eine Untätigkeitsklage, die vom EuG aber wegen des zwischenzeitlich erlassenen „Monti-Pakets“ (mit dem Vorgänger zum heutigen DAWI-Freistellungsbeschluss) und der damit einhergehenden Komplexität des Falles abgewiesen wurde.²⁰⁰² In der Folge entwickelte sich in Deutschland eine rege Diskussion insbesondere um die beihilferechtskonforme staatliche Krankenhausfinanzierung.²⁰⁰³ 2007/2008 schloss sich der Bundesverband Deutscher Privatkliniken eV, Berlin (**BDPK**) der Beschwerde der Asklepios-Kliniken an.²⁰⁰⁴
- 855 Kurz nach der Beschwerde der Asklepios-Kliniken hatte bereits der MEDI-Verband, ein als eV organisierter Verbund von Ärztenetzen, im Jahr 2005 eine weitere Beschwerde bei der Kommission eingereicht. Diese legte einen besonderen Fokus auf eine mögliche Quersubventionierung infolge der Beteiligung von Krankenhäusern an **Medizinischen Versorgungszentren (MVZ)**, die im Wettbewerb mit niedergelassenen Ärzten in der ambulanten medizinischen Versorgung stehen.²⁰⁰⁵ Presseberichten zufolge soll die Kommission im Jahr 2007 den Standpunkt des MEDI-Verbands bestätigt haben, wonach die Tätigkeit von Krankenhäusern im Bereich der ambulanten Behand-

2001 Vgl. auch Cygan ICLQ 2008, 529 (534).

2002 EuG II.7.2007 – Rs. T-167/04, ECLI:EU:T:2007:215 – Asklepios-Kliniken GmbH/Kommission; s. hierzu Bauckhage-Hoffer GesR 2009, 393.

2003 S. zB Cremer ZIAS 2008, 198; Koenig/Paul EuZW 2008, 359; Soltész/Puffer-Mariette EWS 2006, 438; van de Gronden ComplRev 6 (2009), 5; Vollmöller FS Schmidt, 2006, 205.

2004 Vgl. BDPK, Beihilfen helfen nicht – Über den Sinn und die Grenzen staatlicher Subventionen für Krankenhäuser, Positionspapier 2007.

2005 S. hierzu Bauckhage-Hoffer GesR 2009, 393.

lung, insbesondere im Rahmen von MVZ, nicht unzulässig durch die staatliche Krankenhausfinanzierung **quersubventioniert** werden dürfe.²⁰⁰⁶

Die Beschwerde der Asklepios-Kliniken und des BDPK hat die **Kommission** hingegen mit **Schreiben vom 25.8.2010** zurückgewiesen. In diesem Schreiben teilte die Kommission den Beschwerdeführern ihre vorläufige Einschätzung mit, dass die Verlustausgleiche und staatlichen Garantien zugunsten öffentlicher Krankenhäuser mit dem Binnenmarkt vereinbar sind, weil sie die Voraussetzungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses (bzw. seiner damaligen Vorgängerregelung) erfüllen.²⁰⁰⁷ Zugleich hat die Kommission in diesem Schreiben zumindest auch implizit die **Beihilferechtskonformität** der deutschen Krankenhausfinanzierung (duales System mit staatlicher Förderung der Investitionskosten) grundsätzlich anerkannt (→ Rn. 911).

Neben Deutschland wurde auch in **anderen Mitgliedstaaten** über Beschwerden im Zusammenhang mit der staatlichen Krankenhausfinanzierung berichtet.²⁰⁰⁸ In **Frankreich** hatte ein privater Krankenhausverbund 2003 eine Untätigkeitsklage zum EuGH eingereicht, nachdem seine Beschwerde aus dem Jahr 2000 gegen die Finanzierung der öffentlichen Krankenhäuser durch den französischen Staat von der Kommission unbeantwortet geblieben war. Die Untätigkeitsklage wurde aber offenbar zurückgenommen und die Beschwerde nicht weiterverfolgt.²⁰⁰⁹

Im Jahr 2009 hat die Kommission über eine im Jahr 2005 eingereichte Beschwerde privater belgischer Krankenhäuser entschieden. Sie betraf die Finanzierung (insb. Verlustausgleiche), die öffentlichen Krankenhäusern der Region Brüssel-Hauptstadt durch die **belgischen Behörden** zum Ausgleich für die Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (**DAWI**) im Krankenhausbereich und außerhalb des Krankenhausbereichs gewährt wurde. Die Kommission kam in dem vorläufigen Prüfverfahren zu dem Ergebnis, dass die Finanzierungen mit dem Binnenmarkt vereinbar sind.²⁰¹⁰ Das EuG hat den Beschluss 2012 wegen verschiedener handwerklicher Fehler aufgehoben.²⁰¹¹ Daraufhin hat die Kommission 2014 ein **förmliches Prüfverfahren** eröffnet und die Maßnahmen 2016 erneut genehmigt.²⁰¹² Es handelt sich hierbei um den ersten (und bis heute: einzigen) Kommissionsbeschluss, mit dem eine eingehende beihilferechtliche Untersuchung im Krankensektor abgeschlossen wurde.

In den vergangenen zehn Jahren musste die Kommission sich mit einer **Reihe weiterer Beschwerden** zur Krankenhausfinanzierung befassen. Die veröffentlichten Fälle betrafen insbesondere Krankenhäuser in Deutschland, Tschechien, Italien und Estland.²⁰¹³ In sämtlichen dieser Verfahren kam die Kommission im vorläufigen Prüfverfahren zu dem Ergebnis, dass entweder bereits keine Beihilfen vorliegen oder aber etwaige Beihilfen jedenfalls mit dem Binnenmarkt vereinbar wären.

2006 pts – Presseinformation (D), EU schiebt unzulässigen Beihilfen an Kliniken und MVZ einen Riegel vor Erfolg für MEDI: Bisherige Praxis unzulässig, Artikel vom 15.11.2007, abrufbar unter <https://www.pressestext.com/news/eu-schiebt-unzulassigen-beihilfen-an-kliniken-und-mvz-einen-riegel-vor.html> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024).

2007 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts.

2008 Vgl. hierzu auch den Überblick von Koenig/Paul EStAL 2010, 755 und zuvor Koenig/Paul EuZW 2009, 844 (845).

2009 EuG 18.11.2005 – Rs. T-397/03, ABl. 2006 C 22, 25 – Fédération de l'Hospitalisation Privée/Kommission.

2010 Kommission 28.9.2010 – NN 54/2009, ABl. 2010 C 74, 1 – Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale.

2011 EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 – CIB – Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé.

2012 Kommission 5.7.2016 – SA.19864, ABl. 2016 L 351, 68 – Belgique – Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale.

2013 Kommission 12.11.2020 – SA.39324, ABl. 2020 C 421, 1 – Estonia – Alleged aid to public hospitals listed in the Estonian Hospital Network Development Plan; Kommission 4.12.2017 – SA.39913, ABl. 2018 C 102, 1 – Italy – Alleged compensation of public hospitals in Lazio; Kommission 2.6.2017 – SA.34655, ABl. 2017 C 219, 1 – Deutschland Investitionsbeihilfe für Pflegeheim und angegliederte Einrichtungen in der Stadt Dahn, Rheinland-Pfalz; Kommission 29.4.2015 – SA.37904, ABl. 2015 C 188, 1 – Deutschland – Ärztehaus in Durmersheim; Kommission 29.4.2015 – SA.37432, ABl. 2015 C 203, 1 – Czech Republic – Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region.

Der Beschluss der Kommission zu dem italienischen Fall wurde in der Folge sowohl vom EuG als auch vom EuGH bestätigt.²⁰¹⁴

- 860 Wie die zum Teil etwas zögerliche Behandlung und im Ergebnis durch die Bank abschlägige Beantwortung der Beschwerden durch die Kommission zeigt, scheint diese an der Krankenhausfinanzierung in den Mitgliedstaaten nur ein vergleichsweise verhaltenes beihilferechtliches Interesse zu haben.²⁰¹⁵ Dies mag seinen Grund auch in der politischen Rücksichtnahme auf die zuvor angesprochene Kompetenzlage haben.²⁰¹⁶ Darüber hinaus steht außer Frage, dass es im Bereich der Krankenhausversorgung ein **Marktversagen** gibt, sodass eine staatliche Krankenhausförderung unabdingbar ist. Deshalb gehört die staatliche Krankenhausfinanzierung zu jenen Bereichen, für die der DAWI-Freistellungsbeschluss eine **besondere Privilegierung** in Form einer der Höhe nach **unbegrenzten Ausgleichszahlung** ermöglicht.²⁰¹⁷ Die Europäischen Gerichte haben ebenfalls bestätigt, dass bei der Anwendung der DAWI-Grundsätze den besonderen Umständen des jeweiligen Sektors Rechnung zu tragen ist und dass diese im Krankenhaussektor großzügiger angewandt werden können.²⁰¹⁸
- 861 Der **DAWI-Freistellungsbeschluss** (und seine Vorgängerin aus dem Jahr 2005) war lange Zeit das in der Praxis maßgebliche Instrument für die beihilferechtliche Beurteilung der Krankenhausfinanzierung (→ Rn. 890 ff., 932 ff.). Seit 2015 bemüht sich die Kommission jedoch um eine restriktivere Auslegung des **Zwischenstaatlichkeitsmerkmals**, die auch und gerade für Krankenhausfälle relevant ist. Danach scheidet die Anwendung des Beihilfeverbots bei rein lokalen Fördermaßnahmen ohne Auswirkungen auf den Handel innerhalb der Union von vornherein aus (→ Rn. 886 ff.). Die **neue Kommissionspraxis** hat zur Folge, dass viele Fälle künftig nicht mehr über den DAWI-Freistellungsbeschluss gelöst werden müssen, sondern bereits aus dem Beihilfetatbestand herausfallen.²⁰¹⁹
- 862 Diese Entwicklung haben inzwischen auch die **deutschen Gerichte** aufgegriffen. Die Lösung über das Zwischenstaatlichkeitsmerkmal wurde unlängst in dem vom BDPK angestrebten **Pilotverfahren Kreiskliniken Calw** vom BGH sowie vom OLG Stuttgart ausdrücklich bestätigt.²⁰²⁰ In dieses Gesamtbild reiht es sich ein, dass das LG Bonn vor Kurzem die Klage einer Asklepios-Klinik gegen das Land Nordrhein-Westfalen und das Universitätsklinikum Bonn abgewiesen hat. Gegenstand der Klage war eine Schadensersatzforderung wegen der angeblich (u.a. beihilfe-)rechtswidrigen Finanzierung eines Eltern-Kind-Zentrums in Höhe von 350 Millionen EUR.²⁰²¹ Die Verlagerung der Auseinandersetzung weg von der Kommission hin zu den **nationalen Gerichten**²⁰²² hat also für die privaten Klinikbetreiber zumindest bislang nicht den erhofften Erfolg mit sich gebracht.

2014 EuGH 27.4.2023 – Rs. C-492/21, ECLI:EU:C:2023:354 – Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo; EuG 2.6.2021 – Rs. T-442/03, ECLI:EU:T:2021:315 – Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo.

2015 Hancher/Sauter TILEC Discussion Paper, DP 2012–012 S. 1 (6); Heise EuZW 2015, 739 (740).

2016 In diesem Sinne explizit EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 Rn. 92 – CIB – Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé.

2017 Siehe Art. 2 lit. b DAWI-Freistellungsentscheidung 2005 sowie Art. 2 lit. b DAWI-Freistellungsbeschluss.

2018 EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 Rn. 85 ff. – CIB – Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé.

2019 Kommission 29.4.2015 – SA.37432, ABl. 2015 C 203, 1 – Czech Republic – Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region.

2020 BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14, juris Rn. 97 ff. – Kreiskliniken Calw; OLG Stuttgart 23.3.2017 – 2 U 11/14 – Kreiskliniken Calw.

2021 LG Bonn 14.12.2022 – 1 O 425/19 – Eltern-Kind-Zentrum. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Ein auf Rückzahlung der angeblich (u.a. beihilfe-)rechtswidrigen Finanzierung gerichtetes Parallelverfahren ist am Verwaltungsgericht Köln anhängig. Siehe auch den JUVE-Bericht vom 20.12.2022, abrufbar unter: <https://www.juve.de/verfahren/uniklinik-bonn-wehrt-mit-cms-millionenklage-von-asklepios-ab/> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024).

2022 Heise EuZW 2013, 769 (773); Heise EuZW 2015, 739 (740).

Die **Corona-Pandemie** hat die Systemrelevanz der Krankenhäuser und die Notwendigkeit eines funktionierenden Krankenhaussystems noch einmal eindrucksvoll vor Augen geführt und stärker in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt. Weder die Kommission noch die Gerichte können daher ein großes Interesse daran haben, die Krankenhausfinanzierung durch eine strengere Handhabung des Beihilfeverbots grundsätzlich in Frage zu stellen. Es ist daher nicht damit zu rechnen, dass sich deren vergleichsweise **wohlwollende Linie** in absehbarer Zeit ändert. 863

2. Krankenhausfinanzierung als Gegenstand des Beihilferechts. In den meisten Mitgliedstaaten spielt der Staat zumindest in der stationären Krankenversorgung der Bevölkerung eine erhebliche Rolle, zB über eine staatliche (Teil-)Finanzierung und/oder den Betrieb von öffentlichen Krankenhäusern.²⁰²³ Bei der **staatlichen Krankenhausfinanzierung** sind die Anforderungen des EU-Beihilferechts zu beachten. 864

Kommt die Krankenhausfinanzierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zugute (→ Rn. 866 ff.) und ist sie mit einer selektiven Begünstigung (→ Rn. 871, 879) aus staatlichen Mitteln (→ Rn. 880 f.) verbunden, dann liegt darin eine **tatbestandliche Beihilfe** im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV, sofern die Förderung nicht einen rein lokalen Sachverhalt ohne zwischenstaatliche Relevanz betrifft (→ Rn. 885 ff.). Soweit der Beihilfetatbestand erfüllt ist, wird es häufig darauf ankommen, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung von der Anmelde- und Genehmigungspflicht erfüllt sind, insbesondere nach dem **DAWI-Freistellungsbeschluss** (→ Rn. 890 ff.). 865

a) Krankenversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit. Die staatliche Finanzierung insbesondere der stationären Krankenversorgung ist beihilferechtlich nur relevant, wenn hiermit eine **wirtschaftliche Tätigkeit** der Krankenhäuser unterstützt wird. Die Kommission und die europäischen Gerichte haben das Beihilferecht bereits mehrfach auf die Erbringer medizinischer Dienstleistungen angewandt.²⁰²⁴ Damit haben sie bestätigt, dass die Erbringung medizinischer Dienstleistungen einschließlich der stationären Krankenversorgung durch Krankenhäuser grundsätzlich als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen ist. Dies steht im Einklang mit der Praxis der Kartellbehörden, Zusammenschlüsse von deutschen Krankenhäusern der Fusionskontrolle zu unterwerfen – auch dies setzt eine Einstufung der Krankenhäuser als (wirtschaftlich tätige) „**Unternehmen**“ im Sinne des Kartellrechts voraus.²⁰²⁵ Der Unternehmensbegriff im Beihilferecht stimmt mit dem des Kartell- bzw. Fusionskontrollrechts überein (vgl. → Kap. 1 Rn. 26). 866

Nach st. Rspr. kommt es für die Qualifikation einer Tätigkeit als wirtschaftlich weder auf die Rechtsform noch auf die Art der Finanzierung oder die Absicht einer Gewinnerzielung an.²⁰²⁶ Auch Regiebetriebe und Eigenbetriebe sind erfasst.²⁰²⁷ Ausnahmen bestehen nur, soweit sich die Tätigkeit als eine **rein soziale Tätigkeit** erweist, die in den bislang entschiedenen Fällen zumeist auf dem Grundgedanken einer solidarischen Leistungserbringung basiert.²⁰²⁸ Entscheidend ist insofern, ob die Tätigkeit in einem Angebot von Produkten oder Leistungen auf einem Markt besteht, wobei der EuGH – nicht unumstritten – davon ausgeht, dass in der **Nachfrage** selbst keine wirtschaftliche Tätigkeit liegt, wenn die nachgefragten Produkte oder Leistungen ihrerseits 867

2023 Cygan ICLQ 2008, 529 (531).

2024 EuG 11.7.2007 – Rs. T-167/04, ECLI:EU:T:2007:215 – Asklepios-Kliniken GmbH/Kommission; Hancher/Sauter TILEC Discussion Paper, DP 2012–012, S. 1 (10); Kommission 5.7.2016 – SA.19864, ABl. 2016 L 351, 68 Rn. 109 ff. – Belgique – Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale.

2025 Kommission 8.12.2005 – COMP/M.4010 (Fresenius/Helios) und BKartA 8.1.2009 – B 3 – 74/08 – Universitätsklinikum Freiburg/Herzzentrum Bad Krozingen; Sauter/van de Gronden TILEC Discussion Paper, DP 2010–038 S. 1 (4). Zum Wettbewerb im deutschen Krankenhausesektor und den fusionskontrollrechtlichen Aspekten siehe auch BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser, S. 99 ff., 253 ff.

2026 EuGH 16.11.1995 – Rs. C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392 Rn. 14 – FFSA; EuGH 23.4.1991 – Rs. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 Rn. 21 – Höfner und Elser (zu Art. 81, 82 EG); EuGH 17.3.1991 – verb. Rs. C-159 u. C-160/91, Slg. 1993, I-637, Rn. 17 – Poucet und Pistre; vgl. auch Sauter TILEC Discussion Paper, DP 2012–018 S. 1 (6).

2027 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts – nv, Rn. 58 ff.; Prütting GesR 2017, 415 (416).

2028 Koenig/Paul EstAL 2010, 755 (758).

nicht zum Gegenstand eines Angebots auf einem Markt gemacht werden.²⁰²⁹ Von diesen Überlegungen ausgehend, wird eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen, wenn Produkte oder Leistungen zu Bedingungen angeboten werden, die zumindest die Kosten des Angebots decken oder einen Gewinn erwarten lassen. Anderenfalls wird es keinen **Markt** für derartige Leistungen geben.²⁰³⁰

- 868 Da sich die Gesundheitssysteme in der Union von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat mitunter erheblich unterscheiden, hängt die wirtschaftliche Natur der Tätigkeit von Krankenhäusern auch von den **nationalen Besonderheiten** ab. Beruht das nationale Gesundheitssystem auf dem Solidaritätsprinzip und erbringen die öffentlichen Krankenhäuser ihre Dienste unentgeltlich nach dem **Prinzip der universellen Gesundheitsversorgung**, weil sie direkt über die Sozialversicherungsbeiträge sowie aus staatlichen Mitteln finanziert werden, so sind die Tätigkeiten der Krankenhäuser als nicht-wirtschaftlich einzustufen. Ihre Finanzierung unterfällt daher nicht dem Beihilferecht.²⁰³¹ Nicht ausreichend für den Ausschluss der Unternehmenseigenschaft ist es hingegen, dass die Leistungen grundsätzlich von jedem in Anspruch genommen werden können und das Leistungsangebot auf „Non-Profit-Basis“ erfolgt.²⁰³² Es kommt vielmehr stets auf die – in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallende – **konkrete Ausgestaltung der Krankenhausversorgung** an.²⁰³³ Das nationale Gesundheitssystem in Spanien ist nach Ansicht der Kommission und des EuGH ein einschlägiges Beispiel für einen Mitgliedstaat, in dem die Krankenhäuser nach dem Solidaritätsprinzip organisiert sind.²⁰³⁴ Entsprechendes gilt auch für das estnische²⁰³⁵ und das italienische Gesundheitssystem,²⁰³⁶ wobei die Unionsgerichte im Hinblick auf das italienische Krankenhauswesen unlängst auch Gelegenheit hatten klarzustellen, dass die Einführung gewisser wettbewerblicher Elemente der fortbestehenden Nicht-Wirtschaftlichkeit nicht im Wege steht.²⁰³⁷
- 869 Von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist hingegen auszugehen, wenn – wie in **Deutschland** – private und gesetzliche **Krankenversicherungen** für die medizinische Versorgung ihrer Versicherungsnehmer Entgelte an das behandelnde Krankenhaus entrichten.²⁰³⁸ Die Krankenhäuser stehen dann in aller Regel in einem Wettbewerb um Patienten und die von deren Krankenversicherungen bezahlten **Entgelte für medizinische Leistungen**, mit denen sich erhebliche Umsätze generieren lassen.²⁰³⁹ Die Qualität der Leistungen soll Patienten anziehen. Mit einer möglichst hohen Auslastung sollen die Betriebskosten des Krankenhauses durch die Zahlungen der privaten und gesetzlichen Krankenversicherungen der Patienten refinanziert werden.²⁰⁴⁰ Dass es sich im Übrigen um einen zB hinsichtlich der Preise weitgehend regulierten Markt handelt, steht der Annahme von **Wettbewerb** und einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht entgegen.
- 870 Im Ergebnis besteht daher kein ernstlicher Zweifel, dass Krankenhäuser zumindest in Deutschland grundsätzlich **Unternehmen** iSv Art. 107 Abs. 1 AEUV sind.²⁰⁴¹ Etwas anderes mag aber

2029 EuGH 11.7.2006 – Rs. C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453 – FENIN/Kommission; hierzu Cygan ICLQ 2008, 529 (536–539); DAWI-Mitteilung, Rn. 23.

2030 Kleis/Nicolaides EStAL 2006, 505.

2031 Bekanntmachung zum Beihilfegriff, Rn. 23 ff.

2032 Vgl. aber Kleis/Nicolaides EStAL 2006, 505 (508).

2033 Für einen Überblick s. zB van de Gronden ComplRev 6 (2009), 5 (6).

2034 DAWI-Mitteilung, Rn. 22, Fn. 39; EuG 4.3.2003 – Rs. T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50 – FENIN/Kommission.

2035 Kommission 12.11.2020 – SA.39324, ABl. 2020 C 421, 1 – Estonia – Alleged aid to public hospitals listed in the Estonian Hospital Network Development Plan.

2036 Kommission 4.12.2017 – SA.39913, ABl. 2018 C 102, 1 – Italy – Alleged compensation of public hospitals in Lazio.

2037 EuGH 27.4.2023 – Rs. C-492/21, ECLI:EU:C:2023:354 – Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo; EuG 2.6.2021 – Rs. T-442/03, ECLI:EU:T:2021:315 – Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo.

2038 Hancher/Sauter TILEC Discussion Paper, DP 2012–012 S. 1 (10); Koenig/Paul EuZW 2008, 359 (360); van de Gronden ComplRev 6 (2009), 5 (10); Bekanntmachung zum Beihilfegriff, Rn. 26.

2039 Auf diesen Aspekt weisen Koenig/Paul EStAL 2010, 755 (757) hin. Zum Wettbewerb im deutschen Krankenhaussektor siehe BKartA, Sektoruntersuchung Krankenhäuser, S. 99 ff.

2040 Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Friedrich § 16 A Rn. 1.

2041 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003 Rn. 59 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts; Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Cremer § 3 Rn. 50; Bauckhage-

(ausnahmsweise) dort gelten, wo der Staat außerhalb des Systems der (öffentlichen) Krankenhausversorgung zB medizinische Leistungen in Militärkrankenhäusern oder in Spezialkliniken zur Unterbringung psychisch kranker Straftäter erbringt (vgl. auch § 3 KHG). Hier wird sich die Krankenversorgung als (untrennbar verbundener) Annex zur hoheitlichen Aufgabenwahrnehmung der Landesverteidigung bzw. der Strafverfolgung qualifizieren lassen, auf die das Beihilferecht keine Anwendung findet.²⁰⁴²

b) Begünstigung, insbesondere Ausschluss nach DAWI-Grundsätzen (Altmark Trans). 871

aa) Vorbemerkungen. Zunächst einmal richtet sich das Vorliegen einer Begünstigung nach **allgemeinen Grundsätzen**. Ein beihilferechtlich relevanter Vorteil ist danach jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter **normalen Marktbedingungen**, dh ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte. Handelt der Staat hingegen wie ein privater Wirtschaftsbeteiligter, dann scheidet die Annahme einer Begünstigung aus.²⁰⁴³ Nach diesen Grundsätzen hat das VG Regensburg die Klage eines Tagesklinikbetreibers gegen die Gewährung eines städtischen Kredits an ein Krankenhaus zum Aufbau eines MVZ abgewiesen, weil das Darlehen zu marktüblichen Konditionen gewährt wurde.²⁰⁴⁴ Soweit Krankenhäuser **DAWI** erbringen, kommt zudem ein Ausschluss der Begünstigung nach der **sog. Altmark-Rechtsprechung** in Betracht.

bb) Überblick zu Altmark. 2003 hat der EuGH in dem Urteil **Altmark Trans** die Voraussetzungen benannt, unter denen die mitgliedstaatliche Finanzierung einer DAWI bereits mangels Begünstigung keine Beihilfe iSv Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Danach muss der Empfänger der staatlichen Mittel mit der Erbringung einer „klar definierten“ DAWI betraut worden sein (**Betrauungsakt**), die Parameter der staatlichen Mittelzuführung müssen vorab transparent und objektiv festgelegt worden sein (**Transparenzkriterium**), ferner muss der Ausgleich auf die zur Erbringung der DAWI 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 erfolgt ist (**Effizienzkriterium**).²⁰⁴⁵ 872

Das Kriterium der **Erforderlichkeit** setzt dabei voraus, dass die durch die Erbringung der DAWI verursachten Kosten genau bestimmt werden können; anderenfalls kann ein Ausgleich dieser Kosten nicht als erforderlich angesehen werden. Hierfür kann es nach dem EuG ausreichen, dass ein Ausgleich von Kosten anhand objektiver, konkreter und klar bestimmbarer Kriterien erfolgt, auch wenn damit ein Ausgleich individueller Kostennachteile im Vergleich zu einer Durchschnittsbeurteilung angestrebt wird.²⁰⁴⁶ Eine grundsätzliche Lockerung der Altmark Trans-Kriterien ist hiermit nicht verbunden.²⁰⁴⁷ 873

cc) Krankenhausversorgung als DAWI. Die Mitgliedstaaten genießen bei der Frage, welche Tätigkeiten als DAWI anzusehen sind, einen weiten **Ermessensspielraum**.²⁰⁴⁸ Wie das EuG festgestellt hat, beschränkt sich die Kontrolle durch Kommission und europäische Gerichte darauf, 874

Hoffer GesR 2009, 393 (395); Cremer ZIAS 2008, 198 (211); Soltész/Puffer-Mariette EWS 2006, 438 (439); Cremer GesR 2005, 337 (340).

2042 Siehe auch Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, Rn. 18; EuGH 7.11.2019 – Rs. C-687/17 P, ECLI:EU:C:2019:932 – Aanbestedingskalender BV/Kommission – TenderNed; EuGH 12.7.2012 – Rs. C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 Rn. 38 – Compass-Datenbank GmbH.

2043 Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, Rn. 66 ff. mwN.

2044 VG Regensburg 8.10.2014 – RN 3 K 14.559.

2045 EuGH 24.7.2003 – Rs. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 – Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.

2046 EuG 12.2.2008 – Rs. T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 Rn. 237–238 – BUPA/Kommission.

2047 Vgl. auch Sauter TILEC Discussion Paper, DP 2012–018 S. 1 (3).

2048 Erwgr. 8 des DAWI-Freistellungsbeschlusses; aus mitgliedstaatlicher Perspektive s. BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2013, S. 7; BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14, juris Rn. 37 – Kreiskliniken Calw.

ob den Mitgliedstaaten insoweit **offensichtliche Beurteilungsfehler** unterlaufen sind.²⁰⁴⁹ Unabhängig von dem weiten Ermessensspielraum hält es die Kommission allerdings für unzulässig, Unternehmen mit DAWI-Aufgaben zu betrauen, wenn die betreffenden Leistungen bereits in ausreichendem Umfang zu Marktbedingungen erbracht werden²⁰⁵⁰ oder sich nicht durch spezifische Merkmale von anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens unterscheiden.²⁰⁵¹ Dies folgt letztlich aus der allgemeinen Erwägung, dass sich eine DAWI gerade dadurch auszeichnet, dass sie ohne eine staatliche Kompensationszahlung nicht in ausreichendem Umfang bzw. zu den vom Staat gewünschten Konditionen erbracht würde (sog. **Marktversagen**).²⁰⁵² Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch staatlich finanzierte Überkapazitäten sollen vermieden werden.

- 875 Im Bereich der Krankenversorgung verfügt die **EU über keine wesentlichen Kompetenzen**. Dementsprechend ist die Union gemäß Art. 168 Abs. 7 AEUV verpflichtet, „die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens“ zu wahren.²⁰⁵³ Diese Verantwortung wird dabei zumeist als eine **Gewährleistungsverantwortung** der Mitgliedstaaten verstanden, in der die Pflicht zum Ausdruck kommt, zB entsprechende staatliche Mittel für eine leistungsfähige Krankenversorgung bereit zu stellen.²⁰⁵⁴
- 876 Wie das EuG zu Recht betont, steht es den **Mitgliedstaaten** dementsprechend **weitgehend frei**, welche Tätigkeiten im Bereich der Krankenversorgung sie als DAWI definieren wollen.²⁰⁵⁵ Sie bleiben aber bei der Ausgestaltung an die allgemeinen europarechtlichen Vorgaben wie die Grundfreiheiten sowie das Kartell- und Beihilferecht gebunden²⁰⁵⁶ und müssen unter Umständen zudem den Grundsatz der Gleichbehandlung beachten.²⁰⁵⁷ Der Anwendungsbereich des Unionsrechts und die Kompetenzen der Union sind insofern nicht kongruent; ersterer ist weiter als letztere.²⁰⁵⁸ Genau hieraus resultiert das Spannungsfeld einer beihilferechtskonformen mitgliedstaatlichen Ausgestaltung der Krankenhausfinanzierung.
- 877 Die Kommission geht in Art. 2 Abs. 1 lit. b des DAWI-Freistellungsbeschlusses davon aus, dass **Krankenhäuser** DAWI erbringen können bzw. mit der Erbringung solcher Dienstleistungen betraut werden können.²⁰⁵⁹ Diese Beurteilung wird von der Bundesregierung²⁰⁶⁰ und der Literatur geteilt.²⁰⁶¹ Von Art. 2 Abs. 1 lit. c DAWI-Freistellungsbeschluss („Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf Gesundheitsdienste“) dürften mangels gegenteiliger Anhaltspunkte nicht-stationäre Gesundheitsleistungen erfasst sein, soweit diese im Einzelfall als DAWI anzusehen sind (wie zB die Sicherstellung der ambulanten medizinischen und pflegerischen Versorgung).²⁰⁶² Soweit in Deutschland Krankenhäuser unter bestimmten Voraussetzungen auch **ambulante Leistungen**

2049 EuG 12.2.2008 – Rs. T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 Rn. 166 – BUPA/Kommission; Erwgr. (8) des (Freistellungs-)Beschlusses 2012/21/EU, ABl. 2012 L 7, 3; vgl. auch Geradin Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework S. 1 (3).

2050 DAWI-Rahmen, Rn. 13; Geradin Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework S. 1 (3).

2051 EuG 16.7.2014 – Rs. T-309/12, ECLI:EU:T:2014:676 Rn. 122 – Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Kommission.

2052 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 78 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts.

2053 EuG 12.2.2008 – Rs. T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 Rn. 167 – BUPA/Kommission.

2054 Kleis/Nicolaides EStAL 2006, 505 (508); Hatzopolous Wisconsin International Law Journal 26, 761 (764).

2055 EuG 12.2.2008 – Rs. T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 Rn. 167 – BUPA/Kommission.

2056 EuGH 12.7.2001 – Rs. C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 Rn. 46 – Smits-Geraets/Stichting Ziekenfonds VGZ und Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen; Koenig/Paul EStAL 2010, 755 (762).

2057 In diesem Sinne EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 Rn. 95 – CIB – Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé. Zu Recht zweifelnd: Kommission 5.7.2016 – SA.19864, ABl. 2016 L 351, 68 Rn. 159 ff., 265 – Belgique – Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale.

2058 Cygan ICLQ 2008, 529 (531); Kingreen NJW 2001, 3382; Vollmöller FS Schmidt, 2006, 205 (207).

2059 S. auch Kommission 27.2.2002 – N 543/2001, ABl. 2002 C 154, 4 – Ireland – Capital Allowances for Hospitals.

2060 BReg, Altmark-Bericht, S. 11; BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2013, S. 8; Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 49 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts.

2061 Vgl. zB Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Cremer § 3 Rn. 53; Lehmann Krankenhaus und EG-Beihilfenrecht S. 132.

2062 MüKoWettbR/Käding Teil 9. R. Gesundheit Rn. 1426.

erbringen, ist das Marktversagen, das für eine Erstreckung der DAWI-Betrachtung auf die nicht-stationären Gesundheitsleistungen erforderlich wäre, besonders sorgfältig zu prüfen.

dd) Aber: Geringe Bedeutung von Altmark in der Praxis. In der mitgliedstaatlichen Praxis bereiten sowohl eine wirksame Betrachtung als auch die Erfüllung des Effizienzkriteriums die größten Schwierigkeiten.²⁰⁶³ Hinsichtlich der an eine **Betrachtung** zu stellenden Anforderungen besteht aber weitgehend Einigkeit, dass die Form der Betrachtung nicht entscheidend ist, sofern das Unternehmen nur nach mitgliedstaatlichem Recht wirksam verpflichtet ist, die DAWI zu erbringen.²⁰⁶⁴ In Bezug auf das **Effizienzkriterium** stellt sich das Problem, dass nicht alle Kosten eines öffentlichen Krankenhauses durch den Mitgliedstaat übernommen werden dürfen, wenn die entsprechenden Leistungen auch durch ein effizienteres privates oder öffentliches Krankenhaus erbracht werden können. Während sich die Anforderungen an den Betrachtungsakt an sich ohne Weiteres erfüllen lassen, ist das **vierte Altmark-Kriterium de facto kaum erfüllbar**, sofern kein Auswahlverfahren im Wege einer öffentlichen Ausschreibung stattgefunden hat. Insofern kommt dem Ausschluss einer Begünstigung von Krankenhäusern auf der Grundlage der Altmark Trans-Kriterien nur eine geringe Bedeutung in der Praxis zu.²⁰⁶⁵ 878

c) Selektivität. Wird die Begünstigung nur bestimmten Krankenhäusern gewährt, wie etwa ein Defizitenausgleich, der nur Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft (nicht jedoch Privatkrankeenhäusern) zugutekommt, so ist die **Selektivität** der staatlichen Finanzierung offensichtlich.²⁰⁶⁶ Selbst wenn in Bezug auf die betreffende Dienstleistung allen Leistungserbringern bzw. Krankenhäusern grundsätzlich die gleiche staatliche Unterstützung zuteilwird, wäre nach dem herkömmlichen Ansatz der Kommission von der Selektivität der staatlichen Finanzierung auszugehen, weil nach Art. 107 Abs. 1 AEUV auch die selektive Begünstigung eines ganzen Produktionszweiges ausreicht.²⁰⁶⁷ Die Rechtsprechung hat allerdings inzwischen klargestellt, dass der Nachweis der Selektivität bei abstrakt-generell Regelungen voraussetzt, dass bestimmte Unternehmen gegenüber anderen begünstigt werden, die sich im Hinblick auf das mit dieser Regelung verfolgte Ziel in einer **vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation** befinden (→ Rn. 912).²⁰⁶⁸ 879

d) Staatliche Mittel. Das Vorliegen einer Beihilfe setzt voraus, dass die Förderung dem Staat zurechenbar ist und unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wird. Staatliche Mittel umfassen sämtliche Mittel des öffentlichen Sektors. Auch **kommunale Mittel** und Mittel von **öffentlichen Unternehmen** sind erfasst.²⁰⁶⁹ Öffentliche Krankenhäuser kommen also nicht nur als Beihilfeempfänger in Betracht, sondern können je nach Fallgestaltung auch selbst als Beihilfegeber anzusehen sein (sofern die jeweilige Maßnahme dem Staat zurechenbar ist).²⁰⁷⁰ 880

Nach Auffassung der Kommission sollen selbst Übertragungen innerhalb eines staatlichen Konzerns beihilferechtlich relevant sein, zum Beispiel wenn Mittel von der Muttergesellschaft an ihre Tochtergesellschaft übertragen werden (auch wenn sie aus wirtschaftlicher Sicht ein einziges 881

2063 Sauter TILEC Discussion Paper, DP 2012–018 S. 1 (4).

2064 Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Cremer § 3 Rn. 55.

2065 Siehe zB auch Bulla KommJur 2015, 245 (247). Cremer ZWeR 2018, 185 (199 f.) hingegen verbindet die Feststellung der Nichterfüllbarkeit des vierten Altmark-Kriteriums im Krankenhausektor mit der Forderung, auf dieses Kriterium zu verzichten und geht somit vom Fehlen einer Begünstigung aus.

2066 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 66 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts.

2067 Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, Rn. 118.

2068 EuGH 14.12.2023 – Rs. C-693/21 P u.a., ECLI:EU:C:2023:989 Rn. 71 – EDP España/Naturgy Energy Group und Kommission. In diesem Sinne auch EuGH 21.12.2016 – Rs. C-524/14 P, EU:C:2016:971 Rn. 58 – Kommission/Hansestadt Lübeck sowie EuGH 20.12.2017 – Rs. C-70/16 P, EU:C:2017:1002, Rn. 61 Comunidad Autónoma de Galicia und Retegal/Kommission.

2069 Prütting GesR 2017, 415 (416).

2070 Für die Prüfung der Zurechenbarkeit gelten die allgemeinen Indikatoren nach der sog. Stardust Marine-Rechtsprechung, EuGH 16.5.2002 – Rs. C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294 Rn. 55 f. – Frankreich/Kommission.

Unternehmen darstellen).²⁰⁷¹ Vor diesem Hintergrund könnten auch **Quersubventionierungen innerhalb eines öffentlichen Krankenhauses** (zB durch die Verwendung der staatlichen Investitionsförderung für die Finanzierung von Tätigkeiten im ambulanten Bereich) vom Beihilfetatbestand erfasst sein (→ Rn. 919 f.).

- 882 e) **Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.**
aa) **Wettbewerbsverfälschung.** Die Frage nach der Relevanz mitgliedstaatlicher Krankenhausfinanzierung für eine Wettbewerbsverfälschung wie auch für eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels weist einen Bezug zu den **Grundfreiheiten**, insbesondere der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit auf. So werden die grenzüberschreitende Erbringung und Inanspruchnahme von ambulanten und stationären Gesundheitsleistungen durch die Grundfreiheiten geschützt,²⁰⁷² auch wenn kein erhebliches Maß an einer grenzüberschreitenden Inanspruchnahme medizinischer Leistungen feststellbar ist.²⁰⁷³
- 883 Der EuGH erkennt dabei nur hinsichtlich stationärer Leistungen die **Notwendigkeit mitgliedstaatlicher Genehmigungsvorbehalte** an; danach darf eine Genehmigung für die Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat nicht verweigert werden, wenn die Behandlung nicht ebenso gut in einer zugelassenen Einrichtung im Inland durchgeführt werden kann.²⁰⁷⁴ Ferner kann die Genehmigung nicht versagt werden, wenn der Patient die Krankenhausbehandlung im Inland nicht rechtzeitig erhalten kann (zB weil es dort an grundlegendem medizinischem Material fehlt).²⁰⁷⁵
- 884 Damit ist grundsätzlich der **Binnenmarkt** für die grenzüberschreitende Inanspruchnahme bzw. Erbringung von (stationären) medizinischen Leistungen **eröffnet**.²⁰⁷⁶ Zwar dürfte das Erfordernis einer „notwendigen“ medizinischen Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat nicht allzu häufig vorkommen, da aus Patientensicht eine qualitativ hochwertige, möglichst wohnortnahe Behandlung vorzugswürdig erscheint. Dennoch können sich insbesondere Krankenhäuser in grenznahen Regionen in einem grenzüberschreitenden **Wettbewerb** mit Krankenhäusern aus anderen Mitgliedstaaten befinden.²⁰⁷⁷ Eine Einschränkung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs ist im Rahmen von Art. 107 Abs. 1 AEUV allerdings gar nicht erforderlich. Für die danach erforderliche Wettbewerbsverzerrung reicht es bereits aus, wenn der Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt.²⁰⁷⁸
- 885 **bb) Zwischenstaatlichkeit.** Wenn die mitgliedstaatlichen Märkte durch europäisches oder nationales Recht dem Wettbewerb geöffnet wurden, ist eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels jedenfalls denkbar.²⁰⁷⁹ Im Hinblick auf die **Integrationsfunktion** der Zwischenstaatlichkeitsklausel genügt es dabei nach dem EuGH für eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, dass die mitgliedstaatliche Maßnahme im Inland ansässige Unternehmen finanziell stärkt und auf diese Weise eine Ansiedlung ausländischer Unternehmen potenziell

2071 Bekanntmachung zum Beihilfegriff, Rn. 49 mit Verweis auf EuGH 11.7.1996 – Rs. C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 Rn. 62 – SFEI u.a.

2072 Kingreen NJW 2001, 3382 (3383); van de Gronden CompLRev 6 (2009), 5 (21).

2073 Hatzopolous Wisconsin International Law Journal 26, 761 (775).

2074 EuGH 12.7.2001 – Rs. C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 Rn. 108 – Smits-Geraets/Stichting Ziekenfonds VGZ und Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen; Kingreen GesR 2006, 193 (194).

2075 EuGH 9.10.2014 – Rs. C-268/13, ECLI:EU:C:2014:2271 – Petru.

2076 Van de Gronden CompLRev 6 (2009), 5 (21).

2077 Vgl. auch Lehmann Krankenhaus und EG-Beihilfenrecht S. 124 ff.; Leupold Krankenhausmärkte in Europa S. 330 ff.

2078 Die De-minimis-Verordnungen haben aufgrund der niedrigen Schwellenwerte (200.000 EUR in drei Jahren auf Konzernebene; 500.000 EUR bei DAWI) im Krankenhausbereich (anders als bei Arztpraxen) keine Bedeutung.

2079 EuGH 14.1.2015 – Rs. C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 Rn. 67 – Eventech/The Parking Adjudicator; EuGH 24.7.2003 – Rs. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 Rn. 78 – Altmark Trans. Vgl. auch Sauter TILEC Discussion Paper, DP 2012–018 S. 1 (7).

erschwert wird (vgl. → Rn. 290 ff.).²⁰⁸⁰ Es ist also nicht einmal unbedingt erforderlich, dass das geförderte Unternehmen selbst am grenzübergreifenden Handel teilnimmt. Die Auswirkungen dürfen jedoch **nicht bloß hypothetischer Natur** sein oder vermutet werden, sondern müssen tatsächlich festgestellt werden.²⁰⁸¹

Das Zwischenstaatlichkeitsmerkmal wurde von der Kommission herkömmlich sehr weit ausgelegt 886 und spielte daher in der Praxis lange Zeit keine große Rolle.²⁰⁸² In zwei Serien von Beschlüssen aus den Jahren 2015²⁰⁸³ und 2016²⁰⁸⁴ hat die Kommission aber zu erkennen gegeben, dass sie eine **restriktivere (und damit realitätsnähere) Auslegung** dieses Merkmals anstrebt.²⁰⁸⁵ Danach fehlt es an der Zwischenstaatlichkeit, wenn die Maßnahme unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände **rein lokale Auswirkungen** hat, weil das geförderte Unternehmen seine Waren oder Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem Mitgliedstaat anbietet und es unwahrscheinlich ist, dass es Kunden aus anderen Mitgliedstaaten gewinnt und im Übrigen auch nicht davon auszugehen ist, dass sie mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten hat. Auch wenn sich nach Ansicht der Kommission keine allgemeinen Kategorien von Maßnahmen festlegen lassen, die diese Voraussetzungen in der Regel erfüllen, werden **„Krankenhäuser und andere Gesundheitseinrichtungen, die die üblichen medizinischen Leistungen für die örtliche Bevölkerung erbringen und kaum für Kunden oder Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein dürften“** von der Kommission **explizit als Beispiel** genannt für Bereiche, bei denen die Zwischenstaatlichkeit möglicherweise fehlt.²⁰⁸⁶

Zwar gibt es im **Gesundheitssektor** auch aus der älteren Entscheidungspraxis vereinzelt Beispiele, 887 in denen die Zwischenstaatlichkeit – wegen offensichtlich fehlender zwischenstaatlicher Relevanz – verneint wurde.²⁰⁸⁷ Die neueren Entscheidungen der Kommission gehen in ihrer Tragweite jedoch weit darüber hinaus und haben dazu geführt, dass dem Merkmal nun bei lokalen Sachverhalten eine **echte Filterfunktion** zukommt.

Diese wichtige Entwicklung spiegelt sich in einer **Reihe neuerer Entscheidungen** speziell zum 888 Krankenhaus- und Gesundheitssektor wider. So hat die Kommission beispielsweise entschieden, dass Defizitausgleiche den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen, wenn im maßgeblichen Zeitraum kein einziger der behandelten Patienten aus einem anderen Mitgliedstaat stammte und die Klinik nur lokal verfügbare Standardleistungen der Gesundheitsfürsorge anbie-

2080 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 71 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts; Hancher/Sauter TILEC Discussion Paper, DP 2012–012 S. 1 (10).

2081 Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, Rn. 91, 95.

2082 Instrukтив ÖPP Deutschland AG (Partnerschaften Deutschland) unter Mitwirkung von Raabe/Soltész, Finanzierungs- und Sicherheitenkonzept für ÖPP im Gesundheitswesen, 2013, S. 38 ff.

2083 Vgl. Kommission, Pressemitteilung vom 29.4.2015, IP/15/4889.

2084 Vgl. Kommission, Pressemitteilung vom 21.9.2016, IP/16/3141.

2085 Kommission 29.4.2015 – SA.37432, ABl. 2015 C 203, 1 – Czech Republic – Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region; Kommission 29.4.2015 – SA.38035, ABl. 2015 C 188, 1 – Deutschland – Mutmaßliche Beihilfe für eine Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie; Kommission 29.4.2015 – SA.37904, ABl. 2015 C 188, 1 – Deutschland – Ärztehaus in Durmersheim. Auch in jüngeren Entscheidungen hat die Kommission auf diese Beschlüsse Bezug genommen: vgl. zB Kommission 5.7.2016 – SA.19864, ABl. 2016 L 351, 68 – Belgique – Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale. Weiterführend zur „Wiederentdeckung“ der Zwischenstaatlichkeitsklausel Soltész/Pflock EuZW 2017, 207.

2086 Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff, Rn. 196 ff.

2087 Kommission 7.II.2012 – SA.34576, ABl. 2013 C 73, 1 – Portugal – Jean Piaget / Northeast Medium and Long-Term Continuing Care Unit; Kommission 27.2.2002 – N 543/2001, ABl. 2002 C 154, 4 – Ireland – Capital Allowances for Hospitals.

tet.²⁰⁸⁸ Die Kommission nimmt hier an, dass eine bloße Eignung nicht ausreicht²⁰⁸⁹ und betont, dass die Beeinträchtigungsmöglichkeit nicht nur hypothetischer Natur sein und nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegen darf.²⁰⁹⁰ Anders verhält es sich, wenn die geförderten Krankenhäuser hochspezialisierte medizinische Leistungen erbringen, die ihnen einen internationalen Ruf verleihen oder wenn diese Krankenhäuser in Grenzregionen mit häufiger Patientenmobilität zwischen den Mitgliedstaaten liegen.²⁰⁹¹

889 Die neue Kommissionslinie wurde zwischenzeitlich von den **Unionsgerichten** bestätigt²⁰⁹² und von den **deutschen Gerichten** im Fall Kreiskliniken Calw – auf Fingerzeig des BGH hin – auch auf den Krankenhausbereich angewandt.²⁰⁹³ Im Schrifttum wird daher zu Recht betont, dass das Zwischenstaatlichkeitsmerkmal im Bereich von Gesundheit und Pflege eine besondere Rolle spielt, weil die Leistungen häufig naturgemäß auf einen bestimmten geographischen Radius beschränkt sind.²⁰⁹⁴ Die Annahme, dass mit diesem Merkmal nur kleine örtliche Krankenhäuser, die ausschließlich der Nahversorgung der lokalen Bevölkerung dienen, vom Beihilfetatbestand ausgenommen werden,²⁰⁹⁵ erscheint daher überholt.²⁰⁹⁶

890 f) **Genehmigung und Freistellung von der Notifizierungspflicht nach DAWI-Grundsätzen.** 2005 hat die Kommission das sog. **Monti-Paket** verabschiedet, das u.a. aus der DAWI-Freistellungsentscheidung 2005 bestand.²⁰⁹⁷ Mit der DAWI-Freistellungsentscheidung 2005 wurden erstmals bestimmte DAWI von der Notifizierungspflicht freigestellt.²⁰⁹⁸ Im Unterschied zu den Altmarkt-Trans-Kriterien entfällt hier also nicht bereits die Begünstigung und damit der Beihilfetatbestand (vgl. zuvor → Rn. 871). Im Dezember 2011 hat die Kommission nach umfangreichen öffentlichen Konsultationen das sog. **Almunia-Paket** beschlossen. Der zum 31.1.2012 in Kraft getretene DAWI-Freistellungsbeschluss hat die DAWI-Freistellungsentscheidung 2005 abgelöst.²⁰⁹⁹ Er ist ebenso wie die DAWI-Freistellungsentscheidung 2005 auf Art. 106 Abs. 3 AEUV bzw. vormals Art. 86 Abs. 3 EGV gestützt.²¹⁰⁰ Der **DAWI-Freistellungsbeschluss** gilt bis heute und legt die Voraussetzungen

2088 Kommission 29.4.2015 – SA.38035, ABl. 2015 C 188, 1 – Deutschland – Mutmaßliche Beihilfe für eine Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie. Ähnlich Kommission 29.4.2015 – SA.37904, ABl. 2015 C 188, 1 – Deutschland – Ärztehaus in Dürmersheim. Siehe auch Kommission 29.4.2015 – SA.37432, ABl. 2015 C 203, 1 – Czech Republic – Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region, sowie Kommission 2.6.2017 – SA.34655, ABl. 2017 C 219, 1 – Deutschland – Investitionsbeihilfe für Pflegeheim und angegliederte Einrichtungen in der Stadt Dahn, Rheinland-Pfalz.

2089 Anders noch die ältere Unionsrechtsprechung, zB EuG 15.6.2000 – verb. Rs. T-298/97, T-312/97 u.a., ECLI:EU:T:2000:151 Rn. 76 ff. – Alzetta Mauro/Kommission; EuG 4.4.2001 – Rs. T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115 Rn. 47 ff. – Friuli Venezia Giulia/Kommission.

2090 Vgl. BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14, juris Rn. 98 – Kreiskliniken Calw; OLG Stuttgart 23.3.2017 – 2 U 11/14, juris Rn. 65 – Kreiskliniken Calw.

2091 Kommission 1.10.2014 – SA.19864, ABl. 2016 L 351, 68 Rn. 67 – Belgique – Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale.

2092 EuG 19.10.2022 – Rs. T-582/20, ECLI:EU:T:2022:648 Rn. 144 f., 169 ff. – Ighoga Region 10/Kommission; EuG 14.5.2019 – Rs. T-728/17, ECLI:EU:T:2019:325 – Marininvest and Porting/Kommission.

2093 BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14, juris Rn. 98 – Kreiskliniken Calw; OLG Stuttgart 23.3.2017 – 2 U 11/14, juris Rn. 64 ff. – Kreiskliniken Calw.

2094 MüKoWettbR/Käding Teil 9. R. Gesundheit Rn. 1446.

2095 In diesem Sinne noch Bulla KommJur 2015, 245 (247).

2096 AA Cremer ZWeR 2018, 185 (205), der die Position von BGH und OLG Stuttgart ablehnt und der Ansicht ist, dass Zwischenstaatlichkeit „regelmäßig, wenn nicht stets“ vorliege. Unklar Prütting GesR 2017, 415 (416), die hier von „zulässigen Beihilfen“ spricht, dem Zwischenstaatlichkeitserfordernis aber offenbar weiterhin keine große Bedeutung beimisst.

2097 Siehe dazu BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2009 sowie Latz, Latz Europäisches Beihilferecht – Das Monti-Paket und kommunale Leistungen der Daseinsvorsorge, passim.

2098 Zur Freistellung von Investitionsbeihilfen für lokale Infrastrukturen gemäß Art. 56 AGVO siehe Wollenschläger/Baier NZS 2020, 370 (377), die davon ausgehen, dass diese Bestimmung relevant werden kann, wenn durch die Förderung die Schaffung einer nicht akutstationären Versorgungseinrichtung zur anschließenden Veräußerung oder Verpachtung an Dritte gefördert werden soll.

2099 Siehe dazu BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2013.

2100 Krit. zu dieser Rechtsgrundlage: Cremer ZIAS 2008, 198 (238); Kingreen GesR 2006, 193 (199); Cremer GesR 2005, 337 (344).

fest, unter denen die Mitgliedstaaten – wie schon zuvor – von der Pflicht zur Vorabnotifizierung freigestellt werden.

Nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss sind **Ausgleichsleistungen für Krankenhäuser** von der Notifizierungspflicht freigestellt (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b, Art. 3 DAWI-Freistellungsbeschluss), wenn sie die Voraussetzungen dieses Beschlusses erfüllen. Im Einzelnen:

- **Betrauungsakt:** Das Krankenhaus muss mit der Erbringung einer DAWI betraut worden sein, dh es muss eine tatsächliche **Verpflichtung** des Krankenhauses zur Erbringung der ihm übertragenen DAWI begründet werden.²¹⁰¹ Aus dem Betrauungsakt müssen insbesondere Gegenstand und Dauer der DAWI-Verpflichtungen, das betraute Krankenhaus, der Ausgleichsmechanismus und die Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen sowie die gegen eine Überkompensation getroffenen Vorkehrungen ersichtlich sein; außerdem muss der Betrauungsakt – zwingend²¹⁰² – einen Verweis auf den DAWI-Freistellungsbeschluss enthalten (Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss). Der Auftrag, mit dem die Gemeinwohlaufgabe übertragen wird, kann in mehreren unterschiedlichen Akten definiert werden, wobei neben Gesetzen und Verträgen auch „Strategiepläne“ als relevante hoheitliche Akte in Betracht kommen.²¹⁰³ **Nicht notwendig** ist, dass im Betrauungsakt einzelne DAWI-Tätigkeiten im Detail ausgewiesen werden²¹⁰⁴ – insoweit bietet sich eine Orientierung an der allgemeinen Beschreibung medizinischer Dienstleistungen im DAWI-Freistellungsbeschluss an. Zur Klarstellung und Abgrenzung sollten indes jene Bereiche aufgeführt werden, die **keine DAWI** darstellen, wie etwa gewerbliche Dienstleistungen (zB Wäscherei, Catering, Cafeteria) oder Krankenhausleistungen außerhalb der beauftragten DAWI (zB Schönheitsoperationen, die nicht im Leistungskatalog der Krankenkassen enthalten sind).²¹⁰⁵ Werden öffentliche und private Krankenhäuser mit der gleichen Gemeinwohldienstleistung betraut und soll den öffentlichen Krankenhäusern wegen der von ihnen übernommenen zusätzlichen Gemeinwohlverpflichtung eine im Vergleich zu den privaten Krankenhäusern weitergehende Förderung (zB in Form von Defizitausgleichen) gewährt werden, dann müssen diese **zusätzlichen Gemeinwohlaufgaben** (zB die Pflicht, sämtliche Patienten ungeachtet der Umstände – also nicht nur in Notfällen – und ihrer Zahlungsfähigkeit zu versorgen) im Betrauungsakt hinreichend klar definiert werden.²¹⁰⁶ In zeitlicher Hinsicht sieht Art. 2 Abs. 2 DAWI-Freistellungsbeschluss vor, dass die Betrauung höchstens für zehn Jahre erfolgen darf. Diese zeitliche Beschränkung gilt auch für Krankenhäuser, steht aber einer Verlängerung nicht entgegen.
- **Höhe des Ausgleichs und Ex-ante Ausgleichsparameter:** Die Mitgliedstaaten verfügen nicht nur bei der DAWI-Definition über einen weiten Wertungsspielraum, sondern auch bei der Bestimmung des Ausgleichs der mit der DAWI verbundenen Kosten.²¹⁰⁷ Nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss können die gesamten angefallenen DAWI-Kosten erstattet werden – eine Effizienzprüfung im Sinne des vierten Altmark Trans-Kriteriums findet nicht statt, die Wirtschaftlichkeit des begünstigten Unternehmens ist somit für die Vereinbarkeit der Beihilfe irre-

2101 Vgl. Commission staff working document, SEK(2010) 1545 endgültig, Ziffer 3.4.2.; BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2013, S. 9.

2102 Vgl. EuGH 21.7.2016 – Rs. C-493/14, ECLI:EU:C:2016:577 – Dilly’s Wellnesshotel, wo der EuGH (sehr formalistisch) entschieden hat, dass das Fehlen des seinerzeit in der AGVO vorgesehenen, ausdrücklichen Verweises auf diese Verordnung zum Entfallen der Freistellungswirkung führt.

2103 EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 Rn. 105 ff. – CIB – Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé.

2104 Commission staff working document, SEK(2010) 1545 endgültig, Ziff. 3.4.8 und Ziff. 3.4.9.

2105 Vgl. BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2013, S. 12 („Negativliste“).

2106 EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 Rn. 163 ff. – CIB – Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé; Kommission 5.7.2016 – SA.19864, ABl. 2016 L 351, 68 Rn. 215 – Belgique – Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale.

2107 EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 Rn. 191 – CIB – Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé.

levant.²¹⁰⁸ Zu den **ausgleichsfähigen Kosten** zählen sämtliche DAWI-Kosten (inklusive eines angemessenen Gewinns), sowie auch Investitionskosten, soweit diese für die DAWI erforderlich sind (Art. 5 Abs. 1, 3, 5–8). Die Ausgleichszahlung muss aber strikt auf den Betrag begrenzt sein, der für die Erbringung der DAWI erforderlich ist – unter Berücksichtigung der durch die DAWI erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite (Art. 5 DAWI-Freistellungsbeschluss). Zu diesem Zweck ist vorab festzulegen, für welche DAWI ein Kostenausgleich anhand welcher Parameter erfolgen soll – insoweit ist es empfehlenswert, die DAWI-Leistungsbereiche **möglichst konkret** zu nennen, in denen Defizite erwartet werden.²¹⁰⁹ Die betreffenden Parameter müssen so genau gefasst sein, dass Missbräuche ausgeschlossen sind. Sieht der Betrauungsakt mehrere, potentiell nebeneinander anwendbare Ausgleichsmechanismen vor, bei denen es sich jeweils um gesonderte Beihilfemaßnahmen handeln kann, so müssen die Anforderungen an die Ex-Ante-Ausgleichsparameter in Bezug auf jeden der beiden Mechanismen erfüllt sein.²¹¹⁰

■ **Vorkehrungen zur Vermeidung einer Überkompensation:** Es müssen Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen getroffen werden (Art. 6 DAWI-Freistellungsbeschluss) und die Höhe der Ausgleichsleistungen darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die DAWI-Kosten abzudecken (Art. 5 Abs. 1 DAWI-Freistellungsbeschluss). Für die Berechnung des Ausgleichs dürfen also nur die Kosten herangezogen werden, die der DAWI zugerechnet werden können. Zudem darf das Krankenhaus die Ausgleichszahlung ausschließlich für die DAWI-Finanzierung einsetzen (**keine Quersubventionierung** von Nicht-DAWI-Bereichen). Hieraus ergibt sich die Pflicht zur kostenmäßigen Trennung von DAWI- und Nicht-DAWI-Bereichen (Art. 5 Abs. 3 lit. b und Art. 5 Abs. 2 DAWI-Freistellungsbeschluss). Erforderlich sind eine **getrennte Kostenrechnung** und ein konkreter Mechanismus, nach dem Ausgaben und Einnahmen den jeweiligen Bereichen zugeordnet werden können, zB anhand des Flächenanteils der genutzten Räume. Der Mechanismus zur **Kostenaufteilung** sollte im Betrauungsakt abgebildet werden.²¹¹¹ Im Übrigen muss der Betrauungsakt eine hinreichend klare Verpflichtung zur Rückzahlung von Überkompensationszahlungen enthalten.

892 Wie zuvor bereits unter der DAWI-Freistellungsentscheidung 2005 werden Krankenhäuser nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss insofern privilegiert, als hier **keine betragsmäßige Obergrenze** für die Ausgleichszahlung vorgesehen ist (Art. 2 Abs. 1 lit. b DAWI-Freistellungsbeschluss). Sofern die zuvor genannten Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllt werden, sind Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser daher der Höhe nach nicht begrenzt (siehe auch Erwgr. 11 DAWI-Freistellungsbeschluss). Der Anwendungsbereich der **Privilegierung für Krankenhäuser** ist in Art. 2 Abs. 1 lit. b DAWI-Freistellungsbeschluss genauer definiert als zuvor. Erfasst sind danach „Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI durch Krankenhäuser, die medizinische Versorgung leisten, gegebenenfalls einschließlich Notdiensten; die Erbringung von Nebendienstleistungen, die unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbunden sind, insbesondere in der Forschung, steht der Anwendung dieses Absatzes jedoch nicht entgegen“.

893 Eine **weitere Privilegierung** sieht Art. 2 Abs. 1 lit. c für DAWI zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf **Gesundheitsdienste und Langzeitpflege** vor. Auch hier ist eine der Höhe nach unbegrenzte Förderung möglich. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte dürften von dieser Privilegierung auch **nicht-stationäre Gesundheitsleistungen** erfasst sein, soweit diese als DAWI anzusehen sind.²¹¹² Soweit in Deutschland Krankenhäuser unter bestimmten Voraussetzungen auch ambulante Leistungen erbringen dürfen, dürfte das Marktversagen, das für eine Erstreckung

2108 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 17 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts; EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 Rn. 292 ff. – CIB – Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé.

2109 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 85 f. – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts.

2110 EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 Rn. 209 ff. – CIB – Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé.

2111 Latz Europäisches Beihilferecht – Das Monti-Paket und kommunale Leistungen der Daseinsvorsorge S. 6.

2112 MüKoWettbR/Käding Teil 9. R. Gesundheit Rn. 1426.

der DAWI-Betrachtung auf die nicht-stationären Gesundheitsleistungen erforderlich wäre, jedoch häufig fraglich sein.

Die Annahme, dass die Nicht-Einhaltung der **formalen Anforderungen** an den Betraltungsakt nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit der Beihilfe führe,²¹¹³ dürfte gerade im Lichte der neueren Rechtsprechung zum Krankensektor falsch bzw. jedenfalls überholt sein.²¹¹⁴ Der EuGH hat im Übrigen mehrfach klargestellt, dass Rechtsakte, welche eine Freistellung von der Anmeldepflicht vorsehen, als Ausnahmen von der Regel eng auszulegen sind.²¹¹⁵ Es empfiehlt sich daher dringend, auch die formalen Anforderungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses **penibel einzuhalten**.

Dem **weiten Ermessensspielraum** der Mitgliedstaaten bezüglich der Definition von DAWI entsprechend, enthält der DAWI-Freistellungsbeschluss weiterhin keine engen Vorgaben, sondern nur eine allgemeine Beschreibung, was unter einer DAWI durch Krankenhäuser zu verstehen ist: Erfasst wird die **medizinische Versorgung durch Krankenhäuser** – einschließlich von Notdiensten und der Erbringung von Nebendienstleistungen, die unmittelbar mit der Haupttätigkeit verbunden sind, insbesondere in der Forschung (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b des DAWI-Freistellungsbeschlusses). Die eigentliche Definition der Krankenhaus-DAWI obliegt den Mitgliedstaaten.

Beihilferechtlich nicht zu beanstanden ist es daher, wenn Mitgliedstaaten Krankenhäuser nicht mit Teilleistungen wie etwa der stationären Notfallversorgung, sondern umfassend mit der **stationären Krankenversorgung** betrauen und die hierfür erforderlichen Kosten übernehmen. Die Kommission weist dabei zu Recht darauf hin, dass die Mitgliedstaaten die besonderen Merkmale der betrauten und daher ausgleichsfähigen DAWI möglichst eindeutig beschreiben sollten.²¹¹⁶ Allerdings ist dieser Hinweis nicht so zu verstehen, als dürfe es kein Nebeneinander von mit der Erbringung der gleichen DAWI betrauten bzw. nicht-betrauten Unternehmen bzw. Krankenhäuser geben. Sicherzustellen ist „lediglich“, dass mit der öffentlichen Krankenhausversorgung betraute Krankenhäuser **keine Sondervorteile** in der Finanzierung gegenüber nicht-betrauten Krankenhäusern erhalten.

Werden öffentliche und private Krankenhäuser mit der gleichen Gemeinwohldienstleistung betraut und soll den **öffentlichen Krankenhäusern ein Sondervorteil** (zB weitergehender Verlustausgleich) gewährt werden, dann müssen diese zusätzlichen Gemeinwohlaufgaben im Betraltungsakt hinreichend klar definiert werden.²¹¹⁷ Diese formale Anforderung ändert aber nichts daran, dass es in der Sache im **Ermessensspielraum** der Mitgliedstaaten liegt, einzelne Krankenhäuser (zB öffentliche Krankenhäuser) zur Erbringung zusätzlicher Leistungen zu verpflichten, die mit weitergehenden finanziellen Ausgleichsmaßnahmen einhergehen, um die Sicherstellung der Versorgung im gewünschten Ausmaß zu gewährleisten.²¹¹⁸ Diese spezifische Gemeinwohlverpflichtung muss dann über die alle Krankenhäuser treffende Gemeinwohlaufgabe der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen hinausgehen. Dies setzt aber keine konkrete Krankenhaussonderaufgabe etwa in der Form voraus, dass sich die Versorgungsleistungen von denjenigen anderer Krankenhäuser unterscheiden müssen. Vielmehr reicht auch die **Sicherstellung des Fortbestands und der Lebensfähigkeit des Krankenhaussystems**, zB durch die

2113 In diesem Sinne OLG Stuttgart 20.11.2014 – 2 U 11/14 – Kreiskliniken Calw mit Verweis auf Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts – nv.

2114 Insbesondere EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 – CIB – Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé, sowie BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14 – Kreiskliniken Calw; so auch bereits Heise EuZW 2015, 739 (744); offenlassend hingegen noch Bulla KommJur 2015, 245 (253).

2115 EuGH 5.3.2019 – Rs. C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172 Rn. 60 – Eesti Pagar; EuGH 21.7.2016 – Rs. C-493/14, ECLI:EU:C:2016:577 Rn. 37 f. – Dilly’s Wellnesshotel.

2116 Commission staff working document, SEK(2010) 1545 endgültig, Ziff. 3.4.10.

2117 EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 Rn. 95, 209 ff. – CIB – Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé; siehe dazu Heise EuZW 2013, 769.

2118 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 83 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts – nv; siehe auch BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14, juris Rn. 41 ff. – Kreiskliniken Calw.

Pflicht zur Aufrechterhaltung eines Krankenhausbetriebs selbst im Falle seiner Unwirtschaftlichkeit.²¹¹⁹

- 898 Ferner spielt es grundsätzlich **keine Rolle**, ob die Leistungsempfänger **gesetzlich oder privat krankenversichert** sind – sofern für beide Versichertengruppen dieselben medizinischen Leistungen durch das Krankenhaus erbracht werden und daher das allgemeine DAWI-Kriterium, dass die Leistungen der **Allgemeinheit zur Verfügung** stehen müssen, erfüllt wird.
- 899 **3. Praxis der Krankenhausfinanzierung in Deutschland. a) Überblick.** Für Deutschland folgt die Pflicht zur Bereitstellung einer leistungsfähigen Krankenversorgung aus dem in Art. 2 Abs. 2 GG verbürgten Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Verbindung mit dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Sozialstaatsprinzip. Hieraus leitet sich der staatliche **Sicherstellungsauftrag** für eine bedarfsgerechte und leistungsfähige Krankenhausversorgung ab (vgl. § 1 KHG).²¹²⁰
- 900 Der Bund hat dabei von der ihm nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG zustehenden konkurrierenden **Gesetzgebungskompetenz** zur Krankenhausfinanzierung nur eingeschränkt Gebrauch gemacht und die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung weitgehend den Ländern überlassen. In den jeweiligen Krankenhausgesetzen der Länder ist daher geregelt, dass die Krankenhausversorgung eine öffentliche Aufgabe darstellt – vgl. zB § 2 Thüringer Krankenhausgesetz: „Die Gewährleistung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung durch leistungsfähige Krankenhäuser ist eine öffentliche Aufgabe des Landes, der Landkreise und der kreisfreien Städte“ oder § 1 Abs. 1 Hessisches Krankenhausgesetz: „Ziel des Gesetzes ist es, in Hessen eine qualitativ hochwertige patienten- und bedarfsgerechte stationäre Versorgung der Bevölkerung durch ein flächendeckendes gegliedertes System qualitativ leistungsfähiger und eigenverantwortlich wirtschaftender Krankenhäuser sicherzustellen“.
- 901 Die Versorgung mit Krankenhausleistungen zählt außerdem bis heute zu den Aufgaben der kommunalen sozialen **Daseinsvorsorge** (Art. 28 Abs. 2 GG).²¹²¹ Gemeinden und Städte haben daher die Befugnis, sich innerhalb des geltenden Rechts der Sicherstellung einer ausreichenden Krankenhausversorgung der Gemeindebevölkerung anzunehmen.²¹²²
- 902 Im deutschen Gesundheitssystem stellen die Krankenhäuser die **stationäre Versorgung** von Patienten sicher, während die ambulante ärztliche Versorgung grundsätzlich niedergelassenen Ärzten vorbehalten ist. Dies gilt insbesondere für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung, in dem in Deutschland ca. 90 % der Bevölkerung versichert sind. Dort unterscheidet das sogenannte Leistungserbringerrecht des **5. Buches des Sozialgesetzbuchs** zwischen der Krankenhausbehandlung durch zugelassene Krankenhäuser iSd § 108 ff. SGB V und der ambulanten Versorgung durch zugelassene Vertragsärzte (§ 95 SGB V). Die beiden Versorgungsformen sind grundsätzlich getrennt geregelt. Neben der Leistungserbringung unterliegen auch die Vergütung und Finanzierung der Leistungen eigenständigen Vorgaben.
- 903 Im Jahr 2022 gab es in Deutschland 1.893 Krankenhäuser (2021: 1.887) mit insgesamt 480.362 Betten (2021: 483.606).²¹²³ Beim Großteil der Krankenhäuser handelt es sich um **allgemeine Krankenhäuser**. Ihre Anzahl belief sich im Jahr 2021 auf 1.534, darunter 1.274 Plankrankenhäuser, 36 Hochschulkliniken/Universitätskliniken, 65 Krankenhäuser mit sowie 159 Krankenhäuser ohne

2119 EuG 7.11.2012 – Rs. T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584 Rn. 161 f. – CIB – Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé; BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14, juris Rn. 41 ff. – Kreiskliniken Calw.

2120 Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Kaltenborn § 5 Rn. 5; Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Stollmann § 4 Rn. 5.

2121 S. hierzu Bauckhage-Hoffer GesR 2009, 393 (394) und Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Friedrich § 16 A Rn. 11.

2122 Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Friedrich § 16 A Rn. 9–10.

2123 Quelle: Destatis: Krankenhäuser – Einrichtungen, Betten und Patientenbewegung 2021, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Krankenhaeuser/Tabellen/eckzahlen-krankenhaeuser.htm> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024).

Versorgungsvertrag.²¹²⁴ Somit sind ca. 90% der allgemeinen Krankenhäuser (2021: 1.375 von 1.534) nach § 108 SGB V zur Versorgung gesetzlich Krankenversicherter berechtigt. Die mit Abstand größte Gruppe darunter bilden die **Plankrankenhäuser**, deren Aufnahme in den Krankenhausplan gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 SGB V das Bestehen eines Versorgungsvertrags mit den gesetzlichen Krankenkassen fingiert.

Als Teil einer „Regulierungsverwaltung“ soll die Krankenhausplanung eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhäusern sicherstellen, indem Wettbewerbsstrukturen wie etwa der Grundsatz der Trägervielfalt mit Gemeinwohlbelangen wie einer staatlichen Förderung kombiniert werden²¹²⁵ – auch wenn letztere mangels entsprechender Mittel häufig nur mehr auf dem Papier als tatsächlich eine ausreichende Selbstkostendeckung vermittelt.²¹²⁶ Zur Finanzierung der Kosten der Plankrankenhäuser sieht das deutsche KHG seit 1972 ein **duales System** vor (siehe § 4 Abs. 1 KHG). Die in den jeweiligen Krankenhaus- und Investitionsplan eines Bundeslandes aufgenommenen (Plan-)Krankenhäuser haben unabhängig davon, ob sie sich in öffentlicher, privater oder freigemeinnütziger Trägerschaft befinden, „Anspruch“ auf eine staatliche Finanzierung der **Investitionskosten**, die u.a. die Kosten für den Erwerb und die Erschließung von Grundstücken sowie die Wiederbeschaffungskosten von Anlagegütern umfasst (§ 9 KHG). Die **Betriebskosten** werden von den gesetzlichen und privaten Krankenversicherungen über Krankenhauspflegesätze (DRG-Fallpauschalen) getragen.²¹²⁷

Soweit Krankenhäusern im Zusammenhang mit der **COVID-19-Pandemie** Ausgleichsleistungen für pandemiebedingte Maßnahmen (zB die Freihaltung von Betten, das Verschieben bestimmter Eingriffe, die Erweiterung der Intensivbettenkapazitäten) gewährt wurden, geschah dies ebenfalls primär im Rahmen der dualen Krankenhausfinanzierung, etwa durch eine entsprechende Anpassung der Berechnungsmodalitäten für die Pflegesätze oder im Wege einer höheren Investitionskostenfinanzierung durch die Länder. Beihilferechtlich sind diese Ausgleichsleistungen grundsätzlich genauso zu bewerten wie das System der dualen Krankenhausfinanzierung (zur beihilferechtlichen Einordnung der staatlichen Investitionskostenförderung → Rn. 909 ff.).²¹²⁸

Bei der staatlichen Investitionskostenfinanzierung stellt sich (neben der grundsätzlichen beihilferechtlichen Einordnung) insbesondere die Frage, wie mögliche **Quersubventionierungen** von ambulanten Tätigkeiten beihilferechtlich zu beurteilen sind (→ Rn. 918 ff.). Daneben steht vor allem der sog. **Defizitausgleich** durch öffentliche Träger von Krankenhäusern im beihilferechtlichen Fokus (→ Rn. 930 ff.).²¹²⁹

b) Staatliche Investitionsförderung. aa) Allgemeine Investitionsförderung im Bereich der stationären Krankenversorgung. Die Grundsätze der Investitionsförderung von Krankenhäusern sind in § 8 ff. KHG geregelt.²¹³⁰ **Plankrankenhäuser** haben gemäß § 8 Abs. 1 KHG einen **Anspruch** auf eine Investitionsförderung. Ein durchsetzbarer Rechtsanspruch besteht freilich erst mit Erlass eines entsprechenden Bewilligungsbescheides. Denn sowohl Krankenhausplan als auch Investitionsprogramm werden als ein keine Außenwirkung vermittelndes Verwaltungsinternum angesehen.²¹³¹ Vor der Bewilligung ist daher von vornherein kein Raum für die Annahme einer etwaigen potenziell beihilferelevanten Begünstigung aus staatlichen Mitteln.

2124 Quelle: Destatis, Grunddaten der Krankenhäuser Fachserie 12 Reihe 6.1.1.

2125 Vollmöller KSzW 2012, 187 (189).

2126 Deppenheuer, in: Krankenhausrecht S. 15 (18 f.).

2127 Koenig/Paul EuZW 2009, 844.

2128 MüKoWettbR/Käding Teil 9. R. Gesundheit Rn. 1438 mit Verweis auf Schlegel/Mießing/Bockholdt Gesundheit und Soziales Corona § 9; Entwurf eines Gesetzes zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Krankenhäuser und weiterer Gesundheitseinrichtungen (COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz), BTDRs. 19/18112, S. 21.

2129 Kingreen GesR 2006, 193 (197); Koenig/Paul EStAL 2010, 755.

2130 Hochschulkliniken werden hingegen nach den landesrechtlichen Vorschriften für den Hochschulbau gefördert.

2131 OVG Münster 17.6.2010 (13 A 2749/08) – KRS III 10.042.

- 908 Finanziert werden mit der staatlichen Investitionskostenförderung unter anderem Errichtungsinvestitionen einschließlich der Erstausrüstung mit den erforderlichen Anlagegütern – sofern das Plankrankenhaus zusätzlich in das Investitionsprogramm des Landes aufgenommen ist – und die Kosten für die Wiederbeschaffung von längerfristig nutzbaren Anlagegütern (§ 9 Abs. 1 KHG). Weitere **Fördertatbestände** befinden sich in § 9 Abs. 2 KHG. Die Fördermittel müssen so bemessen sein, dass sie die förderungsfähigen und notwendigen Investitionskosten decken (§ 9 Abs. 5 KHG). Die weiteren Einzelheiten werden durch das Landesrecht bestimmt (§ 11 KHG). Die Höhe der Investitionen variiert von Bundesland zu Bundesland. Im Jahr 2020 betragen die Fördermittel bundesweit rund 3,3 Milliarden EUR.²¹³²
- 909 Nach Auffassung der Bundesregierung ist die zweckgebundene Investitionskostenförderung lediglich Teil des den Krankenhäusern zustehenden Leistungsentgelts für die stationäre und teilstationäre²¹³³ Krankenversorgung und beihilferechtlich damit **ohne Relevanz**.²¹³⁴ Andere Autoren gehen davon aus, dass die Investitionskostenförderung entweder keine **Begünstigung** enthalte²¹³⁵ oder aber keine **Selektivität** gegeben sei, weil alle Plankrankenhäuser grundsätzlich „Anspruch“ auf die staatliche Investitionskostenförderung haben.²¹³⁶
- 910 Teilweise wurde auch die Auffassung vertreten, dass der Feststellungsbescheid über die Aufnahme in den Krankenhausplan in Verbindung mit § 8 KHG über die Grundsätze der Investitionskostenfinanzierung den Anforderungen eines Betrauungsaktes nach dem **DAWI-Freistellungsbeschluss** genüge.²¹³⁷ Durch den Feststellungsbescheid über die Aufnahme in den Krankenhausplan werde – in Verbindung mit den Festlegungen des Krankenhausplanes – der Versorgungsauftrag des Krankenhauses konkretisiert.²¹³⁸ Der **Aufnahme in den Krankenhausplan** entspreche die Pflicht des Krankenhauses, in dem entsprechenden Umfang auch tätig zu werden (§ 109 Abs. 4 Satz 2 SGB V).²¹³⁹ Der BGH hat allerdings inzwischen klargestellt, dass die Aufnahme in den Krankenhausplan allein nicht genügt, sondern ein **spezieller Betrauungsakt erforderlich** ist.²¹⁴⁰ Das Urteil betrifft zwar nicht die Investitionsförderung nach KHG, sondern die beihilferechtliche Zulässigkeit von Defizitausgleichen. Es ist aber nicht ersichtlich, warum im Hinblick auf die Investitionsförderung etwas anderes gelten sollte, zumal ausgesprochen fraglich ist, ob die Aufnahme in den Krankenhausplan den inhaltlichen Anforderungen nach Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss genügen würde.
- 911 Letztlich hat die Frage der exakten beihilferechtlichen Einordnung der allgemeinen Investitionskostenförderung wohl in vielen Fällen eher theoretische Bedeutung. Denn im Ergebnis ist die Beihilferechtskonformität der herkömmlichen dualen Krankenhausfinanzierung in Deutschland weitgehend anerkannt. Sie wurde als solche von den eingangs erwähnten Beihilfebeschwerden auch nicht in Frage gestellt (sofern mit ihr nicht andere Tätigkeiten quersubventioniert werden; → Rn. 918 ff.). Das leuchtet insofern ein, als auch die nicht speziell betrauten, nichtöffentli-

2132 Quelle: GKV-Spitzenverband, https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv_spitzenverband/presse/fokus/krankenhaushausfinanzierung/thema_krankenhausfinanzierung.jsp (zuletzt abgerufen am 3.9.2024).

2133 Auch die teilstationäre Behandlung ist eine stationäre Behandlung, die allerdings nicht alle Merkmale einer stationären Behandlung erfüllt, vgl. Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Degener-Hencke § 5 Rn. 38.

2134 BReg, Altmark-Bericht, S. II; BMG, Auslegung- und Anwendungshilfe, S. 3 f.; ebenso Vollmöller KSzW 2012, 187 (191); Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Degener-Hencke § 5 Rn. 91; aA Leupold Krankenhausmärkte in Europa S. 247 und Lehmann Krankenhaus und EG-Beihilfenrecht S. 162.

2135 Cremer ZIAS 2008, 198 (223); Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Cremer § 3 Rn. 51 ff.

2136 Koenig/Paul EuZW 2008, 359 (360).

2137 BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2009, S. 4; ebenso Koenig/Paul EuZW 2008, 359 (361); Cremer ZIAS 2008, 198 (216 f.); Soltész/Puffer-Mariette EWS 2006, 438 (443).

2138 Becker, in: Krankenhäuser im Spannungsfeld zwischen Versorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeit S. 49 (51); Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Stollmann § 4 Rn. 22.

2139 Vollmöller FS Schmidt, 2006, 205 (210); Lehmann Krankenhaus und EG-Beihilfenrecht S. 141 ff.; s. auch: Commission staff working document, SEK(2010) 1545 endgültig, unter Ziff. 3.4.2., wonach eine Erlaubnis ohne Pflicht zur Leistungserbringung nicht ausreicht.

2140 BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14, juris Rn. 51 und 69 – Kreiskliniken Calw; aA dagegen die beiden Vorinstanzen, siehe OLG Stuttgart 20.11.2014 – 2 U 11/14, juris Rn. 13 und 16 – Kreiskliniken Calw.

chen (Plan-)Krankenhäuser von der Investitionsfinanzierung profitieren und auf sie angewiesen sind. Der Umstand, dass die Kommission die herkömmliche duale Krankenhausfinanzierung in Deutschland implizit gebilligt hat, könnte für die Annahme einer „**beihilfefreien**“ Lösung sprechen.²¹⁴¹ Im Schrifttum ist die Frage allerdings umstritten.²¹⁴²

Am ehesten dürfte sich der ggf. fehlende Beihilfecharakter wohl mit dem **Selektivitätsmerkmal** begründen lassen. Zwar soll es für die Bejahung der Selektivität nach herkömmlicher Auffassung der Kommission bereits ausreichen, wenn ein bestimmter Wirtschaftszweig (hier: Krankenhaussektor) von einer Maßnahme profitiert.²¹⁴³ Die Begründung der Kommission zur Selektivität der Defizitausgleiche deutet aber gleichwohl darauf hin, dass sie die herkömmliche duale Krankenhausfinanzierung in Deutschland möglicherweise als nicht-selektiv einstuft.²¹⁴⁴ Für die ggf. fehlende Selektivität sprechen auch einige neuere EuGH-Urteile, die das Selektivitätskriterium bei rechtlichen Regelungen, die mehreren Unternehmen oder gar einem ganzen (Teil-)Sektor zugutekommen, nun – richtigerweise – deutlich enger auslegen.²¹⁴⁵ Danach reicht es für die Bejahung der Selektivität gerade nicht aus, dass eine Maßnahme bestimmten Unternehmen/Sektoren zugutekommt, anderen nicht. Die Kommission muss bei abstrakt-generell Regelungen vielmehr nachweisen, dass bestimmte Unternehmen gegenüber anderen begünstigt werden, die sich im Hinblick auf das mit dieser Regelung verfolgte Ziel in einer **vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation** befinden. Letzteres dürfte sich bei Plankrankenhäusern und Nicht-Plankrankenhäusern hinsichtlich der Ziele des KHG meist unschwer widerlegen lassen. Damit wäre die allgemeine Investitionsförderung zugunsten der Plankrankenhäuser insoweit wohl als nicht-selektiv einzustufen. Anders dürfte der Fall aber liegen, wenn Plankrankenhäuser über den stationären Bereich hinaus auch in der ambulanten Versorgung tätig werden, und dabei auch auf die Mittel der allgemeinen Investitionsförderung zugreifen. Denn insoweit befinden sich die Plankrankenhäuser in einer vergleichbaren Situation wie die Vertragsärzte. Da letzteren die Krankenhausfinanzierung nicht offensteht, wäre unter diesem Gesichtspunkt durchaus eine selektive Begünstigung anzunehmen.²¹⁴⁶ Unabhängig von der Frage der Selektivität dürfte es nach der neueren Kommissionspraxis in vielen Fällen (auch) an der erforderlichen **Zwischenstaatlichkeit** fehlen (→ Rn. 886 ff.), so dass der **Beihilfetatbestand** unter Umständen schon deshalb ausscheidet.

912

bb) Investitionsförderung mit Fonds-Mitteln (KHSF I und II, KHZF). Besonderheiten gelten für die **Krankenhaushfonds**, die zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen mit dem Krankenhausstrukturgesetz²¹⁴⁷ aus dem Jahr 2015 (als **KHSF I**; § 12 KHG) eingeführt und 2018 durch das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz²¹⁴⁸ (als **KHSF II**; § 12a KHG) fortgesetzt und erweitert wurden. Das Krankenhauszukunftsgesetz²¹⁴⁹ aus 2020 hat den KHSF II verlängert und ihm einen Krankenhauszukunftsfonds (**KHZF**; § 14a KHG) an die Seite gestellt.

913

Der **Strukturfonds** ist seit 2016 beim Bundesamt für Soziale Sicherung errichtet. Er war zunächst mit Mitteln in Höhe von 500 Millionen EUR ausgestattet (KHSF I), die später um weitere 2 Mil-

914

2141 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 18 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts – nv.

2142 Für eine „beihilfefreie Lösung“ z.B. MüKoWettbR/Käding Teil 9. R. Gesundheit Rn. 1436 mwN; aA Baier Finanzierung von (öffentlichen) Krankenhäusern in Deutschland S. 237 ff., 265 (mit ausführlicher Darstellung zum Meinungsstand).

2143 Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 117 f.; Bulla KommJur 2015, 245 (247).

2144 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 66 und Rn. 18 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts – nv.

2145 EuGH 14.12.2023 – Rs. C-693/21 P u.a., ECLI:EU:C:2023:989 Rn. 71 – EDP España/Naturgy Energy Group und Kommission. In diesem Sinne auch EuGH 21.12.2016 – Rs. C-524/14 P, EU:C:2016:971 Rn. 58 – Kommission/Hansestadt Lübeck sowie EuGH 20.12.2017 – Rs. C-70/16 P, EU:C:2017:1002, Rn. 61 Comunidad Autónoma de Galicia und Retegal/Kommission.

2146 So auch Soltész/Buchner EuZW 2024, 685 (689).

2147 Krankenhausstrukturgesetz (KHSG) vom 10.12.2015, BGBl. I 2029.

2148 Pflegepersonal-Stärkungsgesetz (PpSG) vom 11.12.2018, BGBl. I 2394.

2149 Krankenhauszukunftsgesetz (KHZG) vom 23.10.2020, BGBl. I 2208.

liarden EUR aus Mitteln der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds aufgestockt wurden. Die Förderung aus den Strukturfonds diene zunächst vor allem dem Abbau von Überkapazitäten, der Konzentration von stationären Versorgungsangeboten und Standorten sowie der Umwandlung von Krankenhäusern in nicht akutstationäre örtliche Versorgungseinrichtungen (vgl. § 12 Abs. 1 KHG). Mit dem Krankenhauszukunftsgesetz ist die Förderung auf die IT-Sicherheit, die Vernetzung, die Zentrenbildung, die (integrierte) Notfallversorgung und die Ausbildung in der pflegerischen Versorgung erweitert worden (vgl. § 12a Abs. 1 KHG).

- 915 Der **KHZF** liegt ebenfalls beim Bundesamt für Soziale Sicherung und hat Mittel in Höhe von insgesamt 3 Milliarden EUR aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds. Sein Zweck ist die Förderung notwendiger Investitionen in Krankenhäusern in die technische und insbesondere die IT-Ausstattung der Notaufnahmen, die digitale Infrastruktur, die Informationssicherheit und die gezielte Entwicklung und Stärkung regionaler Versorgungsstrukturen (§ 14a Abs. 2 KHG).
- 916 Die Entscheidung darüber, welche Vorhaben gefördert werden, treffen die Länder, wobei **kein Anspruch auf die Förderung** besteht (§§ 13 Satz 3, 14a Abs. 4 Satz 4 KHG). Das Bundesamt für Soziale Sicherung prüft die von den Ländern gestellten Förderanträge, entscheidet über die Bewilligung und zahlt die Mittel an die Länder aus.
- 917 Soweit die Länder mit den Fonds-Mitteln Maßnahmen fördern, die nicht unter die allgemeine Krankenhausfinanzierung (Fördertatbestände nach § 9 KHG) fallen, dürfte sich die Argumentation zur Beihilfefreiheit letzterer wohl nicht ohne Weiteres auf die Förderung übertragen lassen. Auch wenn die Finanzierung aus Fonds-Mitteln nach der Gesetzessystematik des KHG im selben Abschnitt wie die allgemeine Investitionsförderung geregelt ist und somit im weiteren Sinne Teil des dualen Systems ist, gelten hier eine **Reihe von Besonderheiten**. So lässt sich etwa die fehlende Selektivität bei der Umwandlungsförderung (dh der Förderung der Umwandlung von Krankenhäusern in nicht akutstationäre örtliche Versorgungseinrichtungen) nur schwer begründen, denn im Gegensatz zu (Plan-)Krankenhäusern haben andere Anbieter von nicht akutstationären Versorgungsleistungen keinen Zugang zum Strukturfonds.²¹⁵⁰ Im Schrifttum wird in diesen Fällen überwiegend von einer selektiven Begünstigung ausgegangen. Sofern der Sachverhalt zwischenstaatliche Relevanz hat (→ Rn. 886 ff.), würde demnach eine Beihilfe vorliegen, sodass es für die Beihilfekonformität darauf ankäme, ob die Voraussetzungen des **DAWI-Freistellungsbeschlusses** erfüllt werden (→ Rn. 890 ff.).²¹⁵¹
- 918 **c) Ambulante Leistungserbringung und mögliche Quersubventionierungen. aa) Überblick.** Im deutschen Gesundheitssystem ist die ambulante ärztliche Versorgung von Patienten **grundsätzlich niedergelassenen Ärzten vorbehalten**, während Krankenhäuser die stationäre Versorgung sicherstellen. Unter bestimmten Voraussetzungen können Krankenhäuser im Bereich der vor- und nachstationären Behandlung aber auch ambulante medizinische Dienstleistungen erbringen und ambulante Operationen durchführen. Insbesondere können sich Krankenhäuser auch an medizinischen Versorgungszentren (MVZ) beteiligen oder diese betreiben. Zudem wird aktuell unter dem Stichwort der sektorübergreifenden Versorgung über den Ausbau der Möglichkeiten zur Erbringung ambulanter Leistungen durch Krankenhäuser diskutiert.
- 919 Beihilferechtliche Relevanz besitzt die Öffnung der ambulanten Versorgung für Krankenhäuser vor allem deshalb, weil es im Rahmen der dualen Finanzierung nur für die stationäre Krankenversorgung eine **staatliche Investitionskostenförderung** gibt. Die Finanzierung der niedergelassenen Ärzte erfolgt im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung hingegen anhand eines einheitlichen Bewertungsmaßstabs ermittelter Honorare, die auch Praxis- und Investitionskosten enthalten. Ungeachtet der Möglichkeit, nach § 105 Abs. 1a Satz 3 Nr. 1 SGB V in bestimmten, eng umrissenen Fällen Zuschüsse zu den Investitionskosten zu bekommen, gibt es im vertragsärztli-

2150 Wollenschläger/Baier NZS 2020, 370 (373).

2151 MüKoWettbR/Käding Teil 9. R. Gesundheit Rn. 1429, 1452 ff., insb. Rn. 1453, 1455, 1461 sowie Wollenschläger/Baier NZS 2020, 370 (374 ff.).

chen Bereich keine staatliche Investitionskostenförderung wie für Plankrankenhäuser. Erbringen Krankenhäuser ambulante medizinische Leistungen, so droht eine Überkompensation und eine Wettbewerbsverzerrung zulasten der niedergelassenen Ärzte. Die Krankenhäuser könnten hier also in beihilferechtlich relevanter Weise begünstigt sein, wenn es keine kostenmäßige Trennung der stationären und ambulanten Versorgungsbereiche gibt (**Gefahr der Quersubventionierung**).

Dies gilt in besonderem Maße für **öffentliche Krankenhäuser**. Denn die Kommission ist der Auffassung, dass eine Begünstigung via Quersubventionierung selbst innerhalb ein- und desselben öffentlichen Unternehmens in Betracht kommen soll (→ Rn. 881).²¹⁵² Bei öffentlichen Unternehmen soll es daher auch keine Rolle spielen, ob die Mittel, aus denen die unternehmensinterne Quersubventionierung erfolgt, aus Beihilfen herrühren (zB freigestellten DAWI-Ausgleichsleistungen), oder ob sie zB von dem öffentlichen Unternehmen selbst erwirtschaftet oder in anderer Weise beihilfefrei erlangt wurden (wofür im Hinblick auf die allgemeine Krankenhausinvestitionsfinanzierung zumindest dann vieles spricht, wenn sichergestellt ist, dass die Mittel nur für die stationäre Versorgung verwendet werden → Rn. 909).²¹⁵³ Bei Krankenhäusern, die sich nicht in staatlicher Trägerschaft befinden, dürfte sich eine beihilferelevante Quersubventionierung zwar auf den ersten Blick nur schwer begründen lassen, soweit die staatliche Investitionsfinanzierung nicht als DAWI-Ausgleichsmaßnahme (für die nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss ein Quersubventionierungsverbot gilt) gewährt wurde. Soweit aber Mittel aus der allgemeinen Krankenhausinvestitionsfinanzierung auch der nicht-stationären Versorgung zugutekommen, wäre die Finanzierung ihrerseits aber wohl in jedem Fall als selektive Begünstigung einzuordnen (→ Rn. 912).

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2020 betreffend den estnischen Krankenhaussektor musste sich die **Kommission** auch mit Fragen der **Quersubventionierung** befassen.²¹⁵⁴ In Estland besteht die Besonderheit, dass das Krankenhauswesen nach dem Solidaritätsprinzip organisiert ist, so dass die herkömmlichen Tätigkeiten der öffentlichen Krankenhäuser als nicht-wirtschaftlich einzustufen sind (→ Rn. 868). Der Beschwerdeführer in dem Verfahren hatte geltend gemacht, dass die öffentlichen Krankenhäuser auch zusätzlichen (wirtschaftlichen) Tätigkeiten nachgehen, die durch die staatliche Förderung der eigentlichen Krankenhaustätigkeiten quersubventioniert würden. Die Kommission hat die Beschwerde mit dem Argument zurückgewiesen, dass es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass die Preise, die die Krankenhäuser für die zusätzlichen Tätigkeiten in Rechnung stellen, marktunüblich niedrig sind. Zudem gebe es auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die öffentliche Vergütung der herkömmlichen Tätigkeiten der Krankenhäuser zu einer Überkompensation führe, welche die estnischen Krankenhäuser überhaupt erst in die Lage versetzen würden, die zusätzlichen (wirtschaftlichen) Tätigkeiten quer zu subventionieren. Insgesamt bestätigt die Entscheidung die krankenhaushausfreundliche Linie der Kommission. Auf die Finanzierung der deutschen Krankenhäuser lässt sie sich aber nicht ohne Weiteres übertragen.

bb) Ausweitung des Zugangs von Krankenhäusern zu ambulanten Leistungen. Das Sozialrecht eröffnet den Krankenhäusern seit einiger Zeit unter bestimmten Voraussetzungen den Zugang zu ambulanten Leistungen (§§ 115a ff. SGB V). (Plan-)Krankenhäuser dürfen seit 2004 in bestimmten Bereichen wie hochspezialisierten Leistungen oder seltenen Erkrankungen ambulante Leistungen erbringen (vgl. § 116b SGB V).²¹⁵⁵ Auf diesem Weg soll das Leistungsangebot bzw. die Versorgung der Patienten mit diesen Leistungen verbessert werden.²¹⁵⁶ In der Literatur wird deshalb befürchtet, dass Krankenhäuser eine Art „Rosinenpicken“ betreiben könnten, indem „sich die Krankenhäuser baldmöglichst auf bestimmte, als lukrativ geltende ambulante Leistun-

2152 Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, Rn. 49 mit Verweis auf EuGH 11.7.1996 – Rs. C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 Rn. 62 – SFEI u.a.

2153 Vgl. Kommission 31.1.2022 – SA.50952, ABl. 2022 C 316, 20 – Deutschland – Mutmaßliche staatliche Beihilfen für DB Cargo.

2154 Kommission 12.11.2020 – SA.39324, ABl. 2020 C 421, 1 Rn. 61 ff. – Estonia – Alleged aid to public hospitals listed in the Estonian Hospital Network Development Plan.

2155 Koenig/Paul EuZW 2009, 844 (846); Schillhorn, in: Krankenhausrecht S. 87 (97).

2156 Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Stollmann § 4 Rn. 104.

gen beschränken werden und die „Restversorgung“ den niedergelassenen Haus- und Fachärzten überlassen“.²¹⁵⁷

- 923 Ohnehin dürfen Krankenhäuser bereits seit 1993 **vor- und nachstationäre Leistungen** erbringen (§ 115a SGB V), die sich jedoch als Annex zur stationären Behandlung verstehen lassen, soweit sie tatsächlich im Krankenhaus erbracht werden und dem Versorgungsauftrag des Krankenhauses zuzurechnen sind (vgl. § 115a Abs. 2 Satz 5 SGB V).²¹⁵⁸ Ferner sind Krankenhäuser nach § 115b SGB V zur **Durchführung ambulanter Operationen** („AOP“) zugelassen, wobei Krankenhäuser und Vertragsärzte hierfür eine einheitliche Vergütung erhalten, die als ambulante Leistung auch Investitionskostenbestandteile enthält.²¹⁵⁹ Schließlich wird die Konstellation angesprochen, dass zum Zweck der Reduzierung von Fixkosten und der optimalen Ausnutzung teurer medizinischer Geräte Vertragsarztpraxen für die ambulante medizinische Versorgung im Krankenhaus eingerichtet werden.²¹⁶⁰
- 924 In den letzten Jahren hat unter dem Schlagwort der **sektorenübergreifenden Versorgung** eine Ausweitung der Bereiche stattgefunden, in denen die nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäuser zur Erbringung ambulanter Leistungen berechtigt sind.²¹⁶¹ Diese Entwicklung wird durch das im Juli 2023 in Kraft getretene **Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetz (PUEG)**²¹⁶² vom 26.5.2023 weiter forciert. Denn die Neufassung von § 120 Abs. 3b Satz 4 SGB V soll eine ambulante Leistungserbringungsberechtigung der Krankenhäuser künftig offenbar auch für Nicht-Notfälle bzw. bei „subjektiven“ Notfällen bei geschlossener Notdienstpraxis vorsehen, wenn sich die Versicherten als Hilfesuchende ins Krankenhaus begeben.²¹⁶³
- 925 Aktuell wird eine **weitere Öffnung der ambulanten Versorgung** für die Krankenhäuser diskutiert. Das Bund/Länder-Eckpunktepapier zur Krankenhausreform vom 10.7.2023 sah die Einführung von „sektorenübergreifenden Versorgern“, sog. Level II-Krankenhäusern vor. Dabei handelt es sich um Plankrankenhäuser, die die stationären Leistungen der interdisziplinären Grundversorgung wohnortnah mit ambulanten fachärztlichen und medizinisch-pflegerischen Leistungen verbinden sollen. Die aktuell von Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach vorangetriebenen Reformpläne gehen darüber noch hinaus. Dadurch verschärft sich die beihilferechtliche Problematik weiter.²¹⁶⁴ Die Pläne sind dementsprechend umstritten und sind auch bereits Gegenstand einer Beihilfebeschwerde der Kassenärztlichen Bundesvereinigung bei der Kommission.²¹⁶⁵
- 926 Solange es eine unterschiedliche Finanzierung stationärer und ambulanter medizinischer Leistungen gibt, stellt sich insbesondere für öffentliche (sowie DAWI-geförderte) Krankenhäuser die Frage, ob und ggf. wie sich eine aus beihilferechtlicher Sicht bedenkliche **Quersubventionierung** ambulanter Leistungsbereiche **vermeiden** lässt. Insoweit sollte zumindest sichergestellt werden, dass Mittel aus der staatlichen Investitionsfinanzierung nicht auch für Leistungen außerhalb der

2157 Koenig/Paul EuZW 2009, 844 (847); s. auch Wenner, in: Das Krankenhaus im Gesundheitsgewährleistungsstaat S. 69 (82 f.).

2158 Schillhorn, in: Krankenhausrecht S. 87 (94).

2159 Schillhorn, in: Krankenhausrecht S. 87 (95).

2160 Wigge/Ossege, in: Krankenhausrecht: Schnittstelle zwischen den Rechtsbereichen S. 75.

2161 Siehe zB § 119c SGB V (Möglichkeit zur Ermächtigung medizinischer Behandlungszentren zur ambulanten Behandlung von Erwachsenen mit geistiger Behinderung oder schweren Mehrfachbehinderungen bei bestehendem Bedarf), eingefügt durch Gesetz vom 16.7.2015 (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG, BGBl. I 1211); § 115f SGB V (Spezielle sektorengleiche Vergütung, „Hybrid-DRGs“), eingefügt durch Gesetz vom 20.12.2022 (Krankenhauspflegeentlastungsgesetz – KHPfLEG, BGBl. I 2793).

2162 Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetz (PUEG) vom 26.5.2023, BGBl. I 155.

2163 So auch das Verständnis des Gesundheitsausschusses des Bundesrates, der die Änderung in seiner Empfehlung vom 1.6.2023 (BR-Drs. 220/1/23, S. 2) kritisiert hatte.

2164 Soltész/Buchner, Lauterbach auf Konfrontationskurs zu Brüssel, EuZW 2024, 685 mit weiteren Einzelheiten zum letzten Stand der Reformpläne, unter Berücksichtigung der am 14.5.2024 vom Regierungskabinett gebilligten Gesetzesentwürfs des Bundesgesundheitsministers.

2165 Quelle: Ärzteblatt, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/152035/Kassenaerztliche-Bundesvereinigung-uebermittelt-Beihilfe-Beschwerde-an-EU-Kommission> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024).

stationären Versorgung verwendet werden.²¹⁶⁶ Denkbar ist zB eine Kürzung der Investitionskostenförderung oder die Erhebung eines Erstattungsbetrages, soweit die geförderte Krankenhausinfrastruktur auch der Leistungserbringung durch Dritte zugute kommt (zB infolge des Outsourcings bestimmter Tätigkeitsbereiche oder der Mitnutzung durch ambulante Leistungserbringer). Voraussetzung hierfür ist eine **transparente Kostenaufteilung** der in stationären und in ambulanten Versorgungsbereichen anfallenden Kosten, indem nach Kostenarten, Kostenstellen und Kostenträgern unterschieden wird.²¹⁶⁷ Entsprechendes gilt erst recht, wenn es sich um ein öffentliches Krankenhaus handelt, das neben der allgemeinen Investitionsförderung auch von staatlichen **Verlustausgleichen** nach DAWI-Grundsätzen (→ Rn. 891, 939) profitiert. Da eine Erstreckung der DAWI-Betrachtung von Krankenhäusern auf nicht-stationäre Gesundheitsleistungen häufig mangels Marktversagens ausscheiden dürfte, ist also auch insoweit das Verbot der Quersubventionierung von ambulanten Leistungen zu beachten.

Einige Bundesländer wie zB Bayern haben bereits Regelungen in die jeweiligen Landeskrankenhausesetze aufgenommen, die sich dieser Thematik annehmen (vgl. Art. 21 Abs. 1 Satz 3 BayKrG). Soweit diese eine Erstattungsregelung vorsehen, lässt sich eine Begünstigung des Krankenhauses vermeiden. Ähnliches gilt für den Fall, dass die Förderung zwar in voller Höhe bestehen bleibt bzw. an den Outsourcingnehmer übertragen werden darf, wenn dieser im Gegenzug die vom Krankenhaus zu entrichtenden Entgelte entsprechend ermäßigt. 927

cc) Außerdem: Beteiligung an MVZ durch Krankenhäuser. Entsprechende Fragen stellten sich auch im Zusammenhang mit der **Beteiligung an MVZ** durch Krankenhäuser. Seit dem Jahr 2004 sind die Errichtung und der Betrieb von MVZ für Krankenhäuser trägerunabhängig zugelassen (§ 95 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1a SGB V).²¹⁶⁸ Viele Krankenhäuser haben diese Möglichkeit genutzt, um Vorteile aus einer engen **Verknüpfung der ambulanten mit der stationären Versorgung** zu erreichen.²¹⁶⁹ MVZ sind nach der staatlichen Investitionskostenförderung grundsätzlich nicht förderfähig, weil sie keine Leistungen der stationären Krankenversorgung erbringen. In der Praxis geht es deshalb häufig um die Situation, dass ein Krankenhaus eine Förderung für stationäre Bereiche wie zB OP-Säle oder Labore erhält, die zugleich auch durch ein angeschlossenes MVZ (mit-)genutzt werden sollen.²¹⁷⁰ 928

Auch hier gilt, dass sowohl die durch die Bundesländer gewährte Investitionskostenförderung wie auch ein etwaiger DAWI-Defizitausgleich für die stationäre Versorgung beihilferechtlich bedenklich sein kann, wenn die Mittel auch Verwendung für die ambulanten Leistungsbereiche finden.²¹⁷¹ Insoweit stellt sich wiederum die Frage, wie sich eine beihilferechtlich relevante **Quersubventionierung** des MVZ vermeiden lässt. Eine Möglichkeit besteht darin, die Investitionskostenförderung um den Anteil zu kürzen, den das MVZ an der späteren Nutzung der Krankenhaus-Infrastruktur haben wird. Voraussetzung hierfür ist eine transparente Kostenaufschlüsselung der im stationären Bereich und in ambulanten Versorgungsbereichen anfallenden Kosten, indem nach Kostenartenrechnung, Kostenstellenrechnung und Kostenträgerrechnung unterschieden wird.²¹⁷² Eine andere Möglichkeit besteht darin, dem MVZ für die spätere Mitnutzung ein marktübliches Entgelt in Rechnung zu stellen.²¹⁷³ 929

d) (Kommunaler) Defizitausgleich. Unter dem Stichwort „Defizitausgleich“ werden Zahlungen der öffentlich-rechtlichen Träger von Krankenhäusern zum Ausgleich von Betriebsverlusten 930

2166 MüKoWettbR/Käding Teil 9. R. Gesundheit Rn. 1439, 1470.

2167 Koenig/Paul EuZW 2008, 359 (363); Koenig/Paul EuZW 2009, 844 (845 f.).

2168 Koenig/Paul EuZW 2008, 359; Koenig/Paul EuZW 2009, 844 (845); Bauckhage-Hoffer GesR 2009, 393 (396).

2169 Schillhorn, in: Krankenhausrecht S. 87 (89).

2170 Koenig/Paul EuZW 2009, 844 (845 f.).

2171 Koenig/Paul EuZW 2009, 844 (845); Prütting GesR 2017, 415 (420).

2172 Koenig/Paul EuZW 2008, 359 (363); Koenig/Paul EuZW 2009, 844 (846).

2173 Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Degener-Hencke § 5 Rn. 80.

der von ihnen betriebenen Krankenhäuser verstanden.²¹⁷⁴ Derartige Zahlungen sind kein regulärer Bestandteil der zuvor erörterten dualen Krankenhausfinanzierung. Die gesetzlich vorgesehene duale Finanzierung ist aber keine abschließende Regelung, die staatliche Ausgleichsleistungen zur Aufrechterhaltung des Betriebs eines öffentlichen Krankenhauses ausschließt.²¹⁷⁵

- 931 Aus EU-beihilferechtlicher Sicht handelt es sich bei Vorliegen der erforderlichen zwischenstaatlichen Relevanz (→ Rn. 885 ff.) um **Betriebsbeihilfen** zur Finanzierung eines – häufig dauerhaft – defizitären Unternehmens, das eine DAWI erbringt. In einer solchen Situation ist davon auszugehen, dass ein **marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber** anstelle des Staates nicht zu einer vergleichbaren – jedenfalls nicht dauerhaften – Unterstützung bereit wäre. In den vergangenen Jahren hat es solche Ausgleichszahlungen zB an Krankenhäuser im Freistaat Bayern, Baden-Württemberg, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen gegeben.²¹⁷⁶
- 932 In der älteren Literatur wurde zT vorgebracht, dass ein derartiger Defizitausgleich weder den Altmark Trans-Kriterien genüge noch die Voraussetzungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses (bzw. seines Vorgängers) erfülle.²¹⁷⁷ Während es zutrifft, dass die Altmark Trans-Kriterien in der Regel nicht erfüllt werden, ist die Möglichkeit eines Defizitausgleichs auf der Grundlage des **DAWI-Freistellungsbeschlusses** inzwischen **allgemein anerkannt**. Maßgeblich ist insoweit, ob der öffentliche Träger einen Betrauungsakt erlassen hat, der den Anforderungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses genügt und der auf dieser Grundlage eine weitergehende Finanzierung öffentlicher Krankenhäuser auch in Form eines Defizitausgleichs zu rechtfertigen vermag.²¹⁷⁸ Aus beihilferechtlicher Sicht ist es in diesem Fall nicht zu beanstanden, wenn mit einem entsprechenden Betrauungsakt eine öffentliche Finanzierung unterschiedlich effizienter Krankenhäuser erfolgt.
- 933 **aa) Notwendigkeit eines gesonderten Betrauungsaktes für einen Defizitausgleich.** Im Rahmen der allgemeinen, dual organisierten Finanzierung von Krankenhäusern wird ein spezifischer Betrauungsakt durch den jeweiligen Krankenhausträger überwiegend nicht für erforderlich gehalten: Während die von den Krankenkassen entrichteten Behandlungsentgelte keine staatlichen Mittel darstellen, wird – wie zuvor dargestellt – der staatlichen Investitionskostenförderung eine selektiv-begünstigende Wirkung abgesprochen. Allerdings ist in der dualen Finanzierung ein Defizitausgleich als weiteres Finanzierungselement nicht vorgesehen und lässt sich daher dem KHG iVm dem Feststellungsbescheid über die Aufnahme in den Krankenhausplan auch nicht entnehmen.²¹⁷⁹ All dies hindert einen öffentlichen Träger eines Krankenhauses jedoch nicht, einen entsprechenden **Betrauungsakt als Rechtsgrundlage** für einen Defizitausgleich zu erlassen.²¹⁸⁰
- 934 Zwar geht der BGH davon aus, dass die Voraussetzungen für die Betriebspflicht *des Landkreises* (als möglichem Beihilfegeber) gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW ohne Weiteres erfüllt sind, soweit ein öffentliches Krankenhaus in den Krankenhausplan aufgenommen worden ist. Gleichwohl ist der BGH der Auffassung, dass die Bestimmung des § 3 Abs. 1 LKHG BW und die Aufnahme in den Krankenhausplan für sich allein nicht den Anforderungen an einen Betrauungsakt genügen, weil sie *das Krankenhaus* (als möglichen Beihilfempfänger) nicht zum Betrieb verpflichten.²¹⁸¹

2174 Cremer ZIAS 2008, 198 (208 f.); Lehmann Krankenhaus und EG-Beihilfenrecht S. 34 mit einigen Beispielen.

2175 BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14, juris Rn. 61 – Kreiskliniken Calw, mit Verweis auf Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 18 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts – nv und BReg, Altmark-Bericht, S. 10 f.

2176 BReg, Altmark-Bericht, S. 11; vgl. auch Hancher/Sauter TILEC Discussion Paper, DP 2012–012 S. 2.

2177 Koenig/Paul EStAL 2010, 755 (764); Bauckhage-Hoffer GesR 2009, 393 (395); Cremer ZIAS 2008, 198 (232); Soltész/Puffer-Mariette EWS 2006, 438 (443).

2178 Vgl. auch bereits Cremer ZIAS 2008, 198 (200); Huster/Kaltenborn KrankenhausR-HdB/Cremer § 3 Rn. 79.

2179 Kingreen GesR 2006, 193 (199).

2180 BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2009, S. 3: „Wenn Kommunen und Länder Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser leisten, so sollten sie einen Betrauungsakt erlassen, der die diesen Ausgleichszahlungen zu Grunde liegenden DAWI zum Gegenstand hat“; Vollmöller FS Schmidt, 2006, 211.

2181 So auch Heise EuZW 2015, 739 (744).

Dafür bedarf es somit eines speziellen Betrauungsaktes, der die inhaltlichen Vorgaben des DAWI-Freistellungsbeschlusses erfüllen muss.²¹⁸² Dass für die Verlustausgleiche zugunsten öffentlicher Krankenhäuser in Deutschland „**individuelle Betrauungsakte**“ erforderlich sind, hatte zuvor auch bereits die Kommission festgestellt.²¹⁸³ Auch die Literatur geht ganz überwiegend davon aus, dass es für Verlustausgleiche zugunsten der öffentlichen Krankenhäuser in Deutschland eines gesonderten Betrauungsaktes bedarf.²¹⁸⁴

bb) Vom Betrauungsakt erfasste Bereiche. Wie bereits ausgeführt (→ Rn. 896), ist es nicht erforderlich, dass das Krankenhaus mit zusätzlichen medizinischen Leistungen etwa im Rahmen der Notfallversorgung betraut wird. Ausreichend ist, wenn das Krankenhaus ausdrücklich mit der **stationären medizinischen Versorgung** einschließlich von Notdiensten und erforderlichen Nebenleistungen (soweit einschlägig) beauftragt wird. Insofern bietet sich für den kommunalen Träger eine Orientierung an den im Feststellungsbescheid über die Aufnahme in den Krankenhausplan getroffenen Festlegungen zu Fachbereichen und ggf. der hierfür vorzuhaltenden Planbettenanzahl an. 935

Bei der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen handelt es sich um eine DAWI, die in Deutschland nicht allein von öffentlichen, sondern gleichermaßen durch freigemeinnützige und private Krankenhausträger erfüllt wird. Sollen öffentliche Krankenhäuser weitergehende Fördermaßnahmen erhalten, dann setzt dies voraus, dass sie zur Erbringung zusätzlicher Leistungen verpflichtet werden. Diese **spezifische Gemeinwohlverpflichtung** muss über die alle Krankenhäuser treffende Gemeinwohlaufgabe hinausgehen. Ausreichend ist insoweit die Sicherstellung des Fortbestands und der Lebensfähigkeit des Krankenhaussystems, zB durch die **Pflicht zur Aufrechterhaltung eines Krankenhausbetriebs** auch im Fall seiner Unwirtschaftlichkeit. Einer konkreten Krankenhaussonderaufgabe in der Form, dass sich die Versorgungsleistungen von denjenigen anderer Krankenhäuser unterscheiden müssen, bedarf es also nicht. Dabei können die zur Verhinderung einer Versorgungslücke erforderlichen Kapazitäten nicht erst bei deren Eintritt geschaffen werden, sondern müssen permanent vorgehalten werden. Der Sicherstellungsauftrag ermöglicht daher einen Verlustausgleich nicht erst bei Eintritt des Sicherungsfalls.²¹⁸⁵ 936

Auf die formale und inhaltliche Gestaltung muss besondere Sorgfalt gelegt werden, damit der Betrauungsakt nicht seinen Zweck verfehlt.²¹⁸⁶ In der Praxis empfiehlt es sich, mit den **Muster-Betrauungsakten** zu arbeiten.²¹⁸⁷ 937

cc) Anforderungen an eine beihilferechtskonforme Umsetzung. Falls das Krankenhaus auch **Nicht-DAWI-Leistungen** erbringt, ist bei der Buchführung im Krankenhaus streng zwischen DAWI-Ausgleichszahlungen und sonstigen medizinischen Leistungen zu **unterscheiden**.²¹⁸⁸ Da der Sicherstellungsauftrag der Bundesländer „nur“ eine leistungsfähige Krankenhausversorgung umfasst, werden hiervon **ambulante medizinische Dienstleistungen** nicht erfasst. 938

2182 BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14, juris Rn. 51 und 69 – Kreiskliniken Calw; aA dagegen die beiden Vorinstanzen, siehe OLG Stuttgart 20.11.2014 – 2 U 11/14, juris Rn. 13, 16 – Kreiskliniken Calw.

2183 Kommission 25.8.2010 – CP 6/2003, Rn. 90 – Deutschland – Beschwerde wegen angeblichen Verstoßes gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts – nv.

2184 Prütting GesR 2017, 415 (416); MüKoWettbR/Käding Teil 9. R. Gesundheit Rn. 1467.

2185 BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14, juris Rn. 41 ff. – Kreiskliniken Calw; aA wohl Heise EuZW 2013, 769 (772); Heise EuZW 2015, 739 (742 f.); Prütting GesR 2017, 415 (418) ist der Ansicht, dass der BGH eine weitergehende Auslegung der DAWI als das EuG (in Sachen CBI) vorgenommen habe; in diesem Sinne auch Cremer ZWeR 2018, 185 (196 ff.), der darin sogar eine Aufgabe des ersten Altmark-Kriteriums sehen will.

2186 Jansen NJW 2016, 3176 (3184) (Anm. zu BGH 24.3.2016 – I ZR 263/14 (Kreiskliniken Calw)).

2187 Siehe zB Deutscher Landkreistag, Hinweise für die Kreiskrankenhäuser zur Anwendung des Monti-Pakets vom 24.10.2007 mit Muster des Landkreistags Baden-Württemberg, das teilweise auch als süddeutsches Modell bezeichnet wird und von der Kommission und dem BGH absegnet wurde, siehe Bulla KommJur 2015, 245 (251 f.).

2188 Koenig/Paul EuZW 2009, 844 (845).

- 939 Ohne die zuvor erwähnte **Trennung stationärer und ambulanter Leistungsbereiche** kann daher eine beihilferechtskonforme Umsetzung des DAWI-Freistellungsbeschlusses häufig nicht gewährleistet werden. So ist die kostenmäßige Trennung ambulanter und stationärer Versorgungsbereiche regelmäßig Voraussetzung für eine entsprechende Definition der betrauungsaktsfähigen Leistungsbereiche und einer Beschränkung des Ausgleichs auf die in diesen Bereichen angefallenen Kosten. Bei der Umsetzung bietet es sich an, nach Kostenartenrechnung, Kostenstellenrechnung und Kostenträgerrechnung zu unterscheiden²¹⁸⁹ und die Kosten- bzw. Leistungsdaten in einer gesonderten „Akte“ zum Nachweis der Notwendigkeit einer Ausgleichszahlung zu führen.²¹⁹⁰
- 940 **4. Ausblick.** Die Krankenhausfinanzierung in und außerhalb von Deutschland war in den vergangenen Jahren Gegenstand einer ganzen Reihe von Wettbewerberbeschwerden, wurde von der Kommission aber **vergleichsweise großzügig** behandelt. Die neuere Kommissionspraxis zum Zwischenstaatlichkeitsmerkmal führt dazu, dass wohl viele Fälle von vornherein aus dem Beihilfetatbestand und damit dem Anwendungsbereich des Beihilferechts herausfallen. Diese Entwicklung haben inzwischen auch die deutschen Gerichte aufgegriffen. Die Erwartung, dass das „private enforcement“ bzw. die damit verbundene Verlagerung der Auseinandersetzung weg von der Kommission hin zu den nationalen Gerichten zu neuen Impulsen führt, hat sich somit aus Sicht der Beschwerdeführer bislang nicht bestätigt. Auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen aus der Corona-Pandemie ist derzeit eher nicht damit zu rechnen, dass sich diese relativ wohlwollende Linie in absehbarer Zeit ändert.

VIII. Banken und Sparkassen*

Sekundärrecht/Tertiärrecht: Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. 2014 L 225, 1 (zit.: **SRMR**); Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2014 L 173, 190 (zit.: **BRRD**); Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Einlagensicherungssysteme, ABl. 2014 L 173, 49; Richtlinie 2006/111/EG der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. 2006 L 318, 17 (zit.: **Transparenz-Richtlinie**); Mitteilung der Kommission zur Änderung der Geltungsdauer der Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. 2023 C 2023/1212; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (zit.: **Bekanntmachung Beihilfenbegriff**), ABl. 2016 C 262, 1; Leitlinien der Kommission für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. C 2014 249, 1 (zit.: **R&U Leitlinien 2014**); Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen ab dem 1. August 2013 auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise, ABl. 2013 C 216, 1 (zit.: **Bankenmitteilung 2013**); Mitteilung der Kommission über die Verlängerung der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. C 2012 296, 3; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise ab dem 1. Januar 2012, ABl. 2011 C 356, 7 (zit.: **Zweite Verlängerungsmitteilung**); Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der Finanzkrise ab dem 1. Januar 2011, ABl. 2010 C 329, 7 (zit.: **Erste Verlängerungsmitteilung**); Mitteilung der Kommission über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der derzeitigen Krise gemäß den Beihilfenvorschriften, ABl. 2009 C 195, 9 (zit.: **Umstrukturierungsmitteilung**); Mitteilung

²¹⁸⁹ Koenig/Paul EuZW 2009, 844 (847).

²¹⁹⁰ BMG, Auslegungs- und Anwendungshilfe 2013, S. 16 f.

* Bei dem Beitrag handelt es sich größtenteils um eine Neubearbeitung des Beitrags aus der Voraufgabe.