BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 263/14

Verkündet am:
24. März 2016
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Kreiskliniken Calw

AEUV Art. 106 Abs. 2, Art. 108 Abs. 3; LKHG BW § 3 Abs. 1

a) Die allein die öffentliche Hand treffende Pflicht zur Aufrechterhaltung eines Krankenhausbetriebs auch im Fall seiner Unwirtschaftlichkeit rechtfertigt es, die medizinische Versorgung durch ein öffentliches Krankenhaus als dem staatlichen Defizitausgleich zugängliche Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV anzusehen.

b) Die Voraussetzungen für die Betriebspflicht gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW sind ohne weiteres erfüllt, soweit ein öffentliches Krankenhaus in den Krankenhausplan aufgenommen worden ist.

c) Die Transparenzkriterien des Art. 4 der Entscheidung 2005/842/EG und des Beschlusses 2012/21/EU sind keine rein formalen Regelungen, deren Nichteinhaltung ohne Rechtsfolgen bleibt; vielmehr sind staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung nur dann freigestellt, wenn sie die jeweils in den Artikeln 4 der Entscheidung und des Beschlusses genannten Voraussetzungen erfüllen.

BGH, Urteil vom 24. März 2016 - I ZR 263/14 - OLG Stuttgart
LG Tübingen

ECLI:DE:BGH:2016:240316UIZR263.14.0

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 20. November 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung des Klägers gegen die Abweisung des Antrags auf Unterlassung, zugunsten der Kreiskliniken Calw gGmbH die handelsrechtlichen Verluste (Jahresfehlbeträge) aus den Jahren 2012 und 2013 auszugleichen (Antrag aus der Klageschrift zu 1 a), sowie des Antrags auf Ersatz von Abmahnkosten (Antrag aus der Klageschrift zu 3) im Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Tübingen vom 23. Dezember 2013 zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist der Bundesverband Deutscher Privatkliniken. Ihm gehören zwölf Landesverbände an, deren Mitglieder die privaten Träger von mehr als 1.000 Krankenhäusern und Rehabilitationskliniken sind. Die überwiegende Anzahl der Mitglieder betreibt Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan eines Bundeslandes aufgenommen sind (Plankrankenhäuser). Zu den satzungsmäßigen Aufgaben des Klägers gehört die allgemeine ideelle Wahrnehmung der beruflichen und wirtschaftlichen Interessen von Kliniken und Einrichtungen der Akutversorgung, Prävention, Rehabilitation und Pflege sowie von angegliederten Versorgungseinrichtungen im stationären, teilstationären und ambulanten Bereich.

2 Der Beklagte, der Landkreis Calw, ist neben der Klinikverbund Südwest GmbH Gesellschafter der Kreiskliniken Calw gGmbH (nachfolgend: Kreiskliniken Calw), die Krankenhäuser in Calw und Nagold betreiben. Diese Krankenhäuser sind seit dem Jahr 1999 in den Krankenhausplan des Landes Baden-Württemberg aufgenommen. Im Krankenhausplan 2010 sind sie mit 426 Planbetten für sieben Fachgebiete der Grund- und Regelversorgung ausgewiesen. Der Beklagte hat aufgrund eines Konsortialvertrags, den er mit der Klinikverbund Südwest GmbH und anderen Betreibern öffentlicher Krankenhäuser abgeschlossen hat, Verluste der Krankenhäuser Calw und Nagold auszugleichen und die erforderlichen Investitionen sicherzustellen.

3 In seiner Sitzung vom 21. April 2008 betraute der Kreistag des Beklagten die Krankenhäuser Calw und Nagold der Kreiskliniken Calw mit der Erbringung näher bezeichneter medizinischer Versorgungsleistungen und Notfalldienste als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Der Betrauungs-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

akt wurde vom Landrat des Beklagten am 22. April 2008 unterzeichnet und ausgefertigt. Am 16. Dezember 2013 verabschiedete der Kreistag des Beklagten einen weiteren vom Landrat am 19. Dezember 2013 unterzeichneten Betrauungsakt, in dem er die Krankenhäuser Calw und Nagold der Kreiskliniken Calw für bestimmte Fachgebiete mit der Erbringung näher beschriebener Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute und der den Betrauungsakt vom 21. April 2008 mit Wirkung zum 1. Januar 2014 ersetzte.

4 Die Jahresabschlüsse der Kreiskliniken Calw wiesen Fehlbeträge von 562.869 € im Jahr 2010, 3.347.154 € im Jahr 2011 und etwa 6.200.000 € im Jahr 2012 aus. Der Kreistag des Beklagten fasste am 17. Dezember 2012 den Beschluss, die handelsrechtlichen Verluste (Jahresfehlbeträge) der Kreiskliniken Calw für das Jahr 2012 sowie ihre für die Folgejahre erwarteten erheblichen Verluste bis zunächst 2016 jährlich auszugleichen, soweit dafür kein Eigenkapital zur Verfügung stehen würde.

5 Ab dem Jahr 2010 übernahm der Beklagte Ausfallbürgschaften zur Absicherung von Darlehen, die die Kreiskliniken Calw zur Finanzierung von Investitionsmaßnahmen aufgenommen hatten oder aufzunehmen beabsichtigten. Am 26. Juli 2010 beschloss der Kreistag des Beklagten, Ausfallbürgschaften in Höhe von 3.225.000 € und 3.587.000 € zu übernehmen. Am 18. Juli 2011 und 16. Juli 2012 beschloss er die Übernahme weiterer Ausfallbürgschaften bis zu Beträgen von 18.261.000 € und 14.896.000 €. Die Kreiskliniken Calw zahlten für die Übernahme der Ausfallbürgschaften keine Avalzinsen an den Beklagten. In welcher Höhe die Kreiskliniken Calw die Bürgschaften abgerufen haben, ist zwischen den Parteien streitig.

6 Außerdem gewährte der Beklagte den Kreiskliniken Calw in den Jahren 2011 und 2012 Investitionszuschüsse über 72.400 € und 66.500 €, die für Zinszahlungen aus von ihnen aufgenommenen Investitionskrediten bestimmt waren.

7 Der Kläger sieht in dem Verlustausgleich durch den Beklagten, seinen Ausfallbürgschaften und seinen Investitionszuschüssen staatliche Beihilfen zugunsten der Kreiskliniken Calw, die mangels Notifizierung bei der Europäischen Kommission gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV verstießen.

8 Der Kläger hat beantragt,

1. den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,
   a) zugunsten der Kreiskliniken Calw gGmbH die handelsrechtlichen Verluste (Jahresfehlbeträge) der Kreiskliniken Calw gGmbH aus den Jahren 2012 sowie 2013 bis 2016 auszugleichen,
   b) zugunsten der Kreiskliniken Calw gGmbH Bürgschaften zu übernehmen, die mehr als 80% der damit besicherten Darlehensverbindlichkeiten abdecken und/oder nicht bzw. nicht marktüblich verzinst werden (Avalzins), und
   c) der Kreiskliniken Calw gGmbH Investitionszuschüsse zu gewähren,

   ohne dass
   - diese Leistungen zuvor bei der Europäischen Kommission angemeldet wurden (Notifizierung) und
   - die Kommission diese genehmigt hat,

   es sei denn,
   - die Kommission hat zwei Monate nach vollständiger Anmeldung (Notifizierung) noch keinen abschließenden Beschluss im Vorprüfverfahren erlassen und
   - der Beklagte hat daraufhin der Europäischen Kommission die Durchführung der beabsichtigten Leistungen angezeigt und
   - die Kommission hat innerhalb von weiteren 15 Arbeitstagen nach Erhalt dieser Anzeige noch immer keine Entscheidung getroffen.

9 Ferner hat der Kläger den Beklagten auf Ersatz von Abmahnkosten in Höhe von 24.381,91 € nebst Zinsen in Anspruch genommen.

10 Der Beklagte hat geltend gemacht, seine Zuwendungen an die Kreiskliniken Calw stellten keine staatlichen Beihilfen dar. Jedenfalls seien sie von der Pflicht zur Anmeldung bei der Europäischen Kommission befreit, weil sie dem Ausgleich von Kosten für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dienten, mit denen er die Kreiskliniken Calw betraut habe.

11 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Tübingen, MedR 2014, 401). Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben (OLG Stuttgart, WuW/E DE-R 4817). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

12 A. Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Kläger stünden die geltend gemachten Ansprüche nicht zu, weil die Zuwendungen des Beklagten an die Kreiskliniken Calw nicht notifizierungspflichtig gewesen seien. Dazu hat es ausgeführt:

13 Die in Rede stehenden Leistungen stellten geschäftliche Handlungen des Beklagten dar, auch wenn dieser kraft hoheitlichen Auftrags den Betrieb der Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold zur bedarfsgerechten Krankenhausversorgung der Bevölkerung sicherzustellen habe. Die Zuwendungen verstießen nicht gegen die Marktverhaltensregelung des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, keine staatlichen Beihilfen ohne vorherige Anmeldung bei der Kommission zu ge-

währen. Dabei könne offenbleiben, ob es sich bei den in Rede stehenden Leistungen um staatliche Beihilfen handele, die die Kreiskrankenhäuser im beihilferechtlichen Sinne begünstigten und geeignet seien, den Wettbewerb zu verfälschen sowie den zwischenstaatlichen Handel im Binnenmarkt zu beeinträchtigen. Jedenfalls sei der Beklagte nach der Entscheidung 2005/842/EG der Kommission vom 28. November 2005 (ABl. 2005 Nr. L 312/67) von der Notifizierungspflicht freigestellt.

14 Die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen sei eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Aufgrund der Aufnahme der Kreiskliniken Calw in den Krankenhausplan stehe unwiderlegbar fest, dass diese Krankenhäuser für eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen notwendig seien und diese Leistungen nicht von anderen Trägern erbracht werden könnten. Aufgrund seines Auftrags zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten und leistungsfähigen Krankenhausversorgung (§ 3 Abs. 1 LKHG BW) müsse der Beklagte - anders als private Krankenhausträger - seine Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold betreiben.

15 Der Beklagte habe die ihm obliegende Aufgabe der stationären Krankenhausversorgung wirksam auf die Kreiskliniken Calw übertragen. Der gesetzliche Sicherstellungsauftrag in Verbindung mit der Aufnahme der Kreiskliniken Calw in den Krankenhausplan sei in ergänzender Zusammenschau mit den Regelungen in den Betrauungsakten des Beklagten als eine Betrauung anzusehen, die den Anforderungen der Entscheidung 2005/842/EG genüge.

16 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat teilweise Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit es die Klageanträge hinsichtlich des

Verlustausgleichs bei den Kreiskliniken Calw für die Jahre 2012 und 2013 sowie auf Ersatz von Abmahnkosten für unbegründet gehalten hat. Dagegen bleibt die Revision erfolglos, soweit das Berufungsgericht den Unterlassungsantrag hinsichtlich des Ausgleichs der Jahresfehlbeträge der Kreiskliniken Calw für die Jahre 2014 bis 2016, der Übernahme von Bürgschaften und der Gewährung von Investitionszuschüssen abgewiesen hat.

17 I. Nach den vom Kläger beanstandeten Handlungen des Beklagten in den Jahren 2010 bis 2012 ist das im Streitfall maßgebliche Recht durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb mit Wirkung ab 10. Dezember 2015 neu gefasst worden (BGBl. I, S. 2158). Die Vorschrift des § 4 Nr. 11 UWG aF ist nunmehr inhaltsgleich in § 3a UWG enthalten, wobei eine § 3 Abs. 1 UWG aF entsprechende Spürbarkeitsklausel angefügt worden ist. Dadurch ist der Tatbestand des Rechtsbruchs sachlich nicht geändert worden, so dass im Folgenden allein auf das geltende Recht Bezug genommen wird.

18 Gemäß § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, wenn der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Der Tatbestand setzt eine geschäftliche Handlung voraus.

19 II. Das Berufungsgericht hat den Kläger als gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klage- und anspruchsbefugt angesehen. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revisionserwiderung nicht in Zweifel gezogen.

20 III. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, die in Rede stehenden Zuwendungen stellten geschäftliche Handlungen des Beklagten dar, die der Förderung des Absatzes von Dienstleistungen der Kreiskliniken Calw dienen.

21 1. Eine "geschäftliche Handlung" ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

22 Sofern die öffentliche Hand nicht selbst erwerbswirtschaftlich tätig wird, kann allerdings nicht vermutet werden, dass eine Handlung der Förderung des Wettbewerbs und nicht der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Vielmehr muss anhand einer umfassenden Würdigung besonders festgestellt werden, dass das Verhalten neben der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe - vorliegend der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Krankenhausversorgung der Bevölkerung - auch der Förderung fremden Wettbewerbs dient (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2012 - I ZR 54/11, GRUR 2013, 301 Rn. 20 f. = WRP 2013, 491 - Solarinitiative). Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die öffentliche Hand in den Wettbewerb zugunsten eines fremden Unternehmens eingreift, weil sie von seinem wirtschaftlichen Erfolg aufgrund vertraglicher oder sonstiger Beziehungen profitiert (vgl. BGH, Urteil vom 21. September 1989 - I ZR 27/88, GRUR 1990, 463, 464 = WRP 1990, 254 - Firmenrufnummer; Urteil vom 18. Oktober 2001 - I ZR 193/99, GRUR 2002, 550, 554 = WRP 2002, 527 - Elternbriefe). Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 1993 - I ZR 174/91, GRUR 1993, 917, 919 = WRP 1993, 741 - Abrechnungs-Software für Zahnärzte, mwN).

23 2. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen sind die Zuwendungen des Beklagten auf die Förderung des Absatzes von Krankenhausleistungen der Kreiskliniken Calw gerichtet. Sie sollen diesen ermöglichen, im Wettbewerb mit anderen Krankenhäusern um die entgeltliche Behandlung von Patienten zu bestehen. Als Gesellschafter hat der Beklagte ein wirtschaftliches Interesse daran, dass die Kreiskliniken Calw mithilfe der in Rede stehenden Leistungen die Krankenhäuser Calw und Nagold kostendeckend, jedenfalls aber mit möglichst geringen Verlusten betreiben.

24 IV. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass das Verbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, Beihilfemaßnahmen ohne vorherige Anmeldung bei der Europäischen Kommission durchzuführen (Durchführungsverbot), eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG ist.

25 Nach Art. 108 Abs. 3 AEUV wird die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann (Satz 1). Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Art. 107 AEUV mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene förmliche Prüfverfahren ein (Satz 2). Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat (Satz 3).

26 Dieses Durchführungsverbot hat auch die Funktion, die Interessen der im Binnenmarkt tätigen Wettbewerber vor Wettbewerbsverfälschungen zu schützen, die durch die Gewährung der - schon allein mangels vorheriger Notifizierung - rechtswidrigen Beihilfe hervorgerufen werden (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 136/09, BGHZ 188, 326 Rn. 53 - Flughafen Frankfurt-

Hahn; Urteil vom 21. Juli 2011 - I ZR 209/09, GRUR-RR 2012, 157 Rn. 35 - Flughafen Berlin-Schönefeld).

27 V. Das Berufungsgericht hat einen Verstoß des Beklagten gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV durch Gewährung der in Rede stehenden Zuwendungen an die Kreiskliniken Calw verneint. Diese Beurteilung hält auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen rechtlicher Nachprüfung nicht stand, soweit sie sich auf Leistungen des Beklagten bis zum Jahr 2013 bezieht. Hinsichtlich der Zuwendungen ab dem Jahr 2014 hat das Berufungsgericht dagegen zu Recht angenommen, dass sie nicht vorab der Kommission notifiziert werden mussten.

28 1. Das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV gilt allein für staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Juli 2004 - C-345/02, Slg. 2004, I-7139 = EuZW 2004, 571 Rn. 31 - Pearle; Urteil vom 21. November 2013 - C-284/12, EuZW 2014, 65 Rn. 35 - Deutsche Lufthansa). Bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot haben die Gerichte der Mitgliedstaaten zu entscheiden, ob die in Rede stehende Maßnahme eine staatliche Beihilfe darstellt (vgl. EuGH, EuZW 2004, 571 Rn. 31 - Pearle; EuZW 2014, 65 Rn. 34 f. - Deutsche Lufthansa; BGHZ 188, 326 Rn. 25 - Flughafen Frankfurt-Hahn). Das gilt jedenfalls, solange die Kommission - wie vorliegend - kein förmliches Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV eröffnet hat (vgl. EuGH, EuZW 2014, 65 Rn. 41 f. - Deutsche Lufthansa).

29 a) Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV sind, soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen dro-

hen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Jedoch stellt eine staatliche Maßnahme unter bestimmten Voraussetzungen keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, soweit sie als Ausgleich für Leistungen anzusehen ist, die von Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und durch die genannte Maßnahme gegenüber ihren Wettbewerbern keine günstigere Wettbewerbsstellung erlangen (vgl. EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - C-280/00, Slg. 2003, I-7747 = NJW 2003, 2515 Rn. 87 ff. - Altmark Trans).

30 b) Das Berufungsgericht hat nicht abschließend beurteilt, ob die Zuwendungen des Beklagten an die Kreiskliniken Calw einen Vorteil im beihilferechtlichen Sinn darstellen, weil sie ihr eine Begünstigung verschaffen, die sie unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte (vgl. EuGH, NJW 2003, 2515 Rn. 84 - Altmark Trans; EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013 - C-197/11 und C-203/11, EuZW 2013, 507 Rn. 83 - Libert). Ebenso hat es offen gelassen, ob die Leistungen des Beklagten geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen und den zwischenstaatlichen Handel im Binnenmarkt zu beeinträchtigen. Im Hinblick darauf ist in der Revisionsinstanz zugunsten des Klägers davon auszugehen, dass die in Rede stehenden Zuwendungen staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV sind.

31 2. Für den Fall, dass es sich bei den Zuwendungen des Beklagten an die Kreiskliniken Calw um staatliche Beihilfen handele, hat das Berufungsgericht angenommen, diese seien gemäß Art. 106 Abs. 2 und 3 AEUV in Verbindung mit der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG der Europäischen Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag (jetzt Art. 106 Abs. 2 AEUV) auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse be-

trauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, von der Notifizierungspflicht freigestellt.

32 a) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass es bei der Beurteilung, ob ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV vorliegt, zu prüfen hatte, ob die als Beihilfen beanstandeten Maßnahmen nach Art. 106 Abs. 2 und 3 AEUV von der Notifizierungspflicht befreit sind (vgl. EuGH, EuZW 2013, 507 Rn. 102 - Libert; Struß, MedR 2014, 405, 406).

33 b) Gemäß Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Danach können Beihilfen zugunsten eines Unternehmens, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, von den beihilferechtlichen Regeln und insbesondere von der Pflicht zur Notifizierung freigestellt sein (vgl. Storr in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Kap. 1 Rn. 2443 und 2491; Streinz/Koenig/Paul, EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 106 AEUV Rn. 41).

34 Nach Art. 106 Abs. 3 AEUV achtet die Kommission auf die Anwendung der Absätze 1 und 2 dieser Bestimmung und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Beschlüsse an die Mitgliedstaaten. Danach ist sie befugt, die Ausnahmeregelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV zu konkretisieren und die sich aus Art. 106 AEUV ergebenden Verpflichtungen der Mitgliedstaaten durchzusetzen (vgl. EuGH, Urteil vom 17. November 1992 - Rs 271, 281 und 289/90, Slg. 1992, I-5833 Rn. 12 - Telekommunikationsdienste; Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Art. 106 Abs. 3 AEUV

Rn. 1; Jung in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., Art. 106 AEUV Rn. 58, 60). Von dieser Befugnis hat die Kommission mit der Entscheidung 2005/842/EG Gebrauch gemacht. Diese Entscheidung ist mit Wirkung zum 31. Januar 2012 durch den Beschluss der Kommission 2012/21/EU vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ersetzt worden (ABl. vom 11. Januar 2012 L 7/3).

35 Gemäß Art. 3 der Entscheidung 2005/842/EG sind staatliche Beihilfen, die als Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden und gleichzeitig die in dieser Entscheidung genannten Voraussetzungen erfüllen, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt, sofern in sektorspezifischen Rechtsvorschriften der Union in Bezug auf die Gemeinwohlverpflichtungen nichts anderes bestimmt ist. Als Ausgleichszahlungen gelten nach Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 der Entscheidung 2005/842/EG alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln jedweder Art gewährten Vorteile. Gemäß Art. 3 des Beschlusses 2012/21/EU sind staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, die die Voraussetzungen nach diesem Beschluss erfüllen, mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV befreit, wenn sie auch die Voraussetzungen aufgrund des AEUV oder sektorspezifischer Rechtsvorschriften der Union erfüllen.

36 3. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass es sich bei den medizinischen Versorgungsleistungen der Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV handelt.

37 a) Bei der Beurteilung der Frage, welche Arten von Leistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen sind, verfügen die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum, soweit keine sektorspezifischen unionsrechtlichen Vorschriften bestehen (vgl. Erwägungsgrund 7 Satz 2 der Entscheidung 2005/842/EG und Erwägungsgrund 8 Satz 2 des Beschlusses 2012/21/EU). Das gilt insbesondere für die Organisation des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel, die nach Art. 168 Abs. 7 Satz 1 und 2 AEUV in der Verantwortung der Mitgliedstaaten liegen.

38 Gemäß Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Entscheidung 2005/842/EG und des Beschlusses 2012/21/EU zählen zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV Tätigkeiten von Krankenhäusern, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft wurden. Nach Erwägungsgrund 16 Satz 3 der Entscheidung 2005/842/EG und Erwägungsgrund 11 Satz 5 des Beschlusses 2012/21/EU sollen Krankenhäuser, die medizinische Versorgungsleistungen, Notfalldienste und unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundene Nebendienstleistungen erbringen, im Rahmen der Entscheidung und des Beschlusses von der Notifizierungspflicht befreit sein.

39 b) Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 LKHG BW sind die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, wirtschaftlich gesicherten und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern sowie eine medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten im Krankenhaus zu gewährleisten. Bei der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen, wie sie die Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold erbringen, handelt es sich gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 LKHG BW um eine Dienst-

leistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Sie ist unverzichtbarer Teil der Gesundheitsversorgung, die ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut darstellt (vgl. BVerfGE 82, 209, 230) und zu den Pflichtaufgaben der öffentlichen Hand im Rahmen der Daseinsvorsorge gehört (vgl. Friedrich in Huster/ Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2010, § 16 A Rn. 23).

40 Allerdings wird nach § 1 Abs. 2 Satz 1 LKHG BW die Aufgabe der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen nicht allein von öffentlichen, sondern gleichermaßen durch freigemeinnützige und private Krankenhausträger erfüllt. Die Finanzierung dieser Aufgabe erfolgt im Wege der dualen Krankenhausfinanzierung. Dabei werden die Investitionskosten im Wege der öffentlichen Förderung und die laufenden Betriebskosten durch die von den Krankenkassen zu zahlenden Pflegesätze finanziert (vgl. Friedrich in Huster/Kaltenborn aaO § 16 A Rn. 26).

41 Sollen aber darüber hinaus - wie im Streitfall - öffentliche Mittel selektiv nur bestimmten, insbesondere öffentlichen Krankenhäusern zugewendet werden, kann die für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bestehende Ausnahme von der Notifzierungspflicht nur in Anspruch genommen werden, wenn diesen Krankenhäusern eine über die Tätigkeit der anderen Krankenhäuser hinausgehende besondere Aufgabe übertragen worden ist, die ohne die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs nicht erfüllt würde (vgl. Kommission, Mitteilung vom 25. August 2010 - CP 6/2003 Rn. 78 - Deutschland [nachfolgend: Mitteilung CP 6/2003 der Kommission]). Diese besondere Aufgabe, deren Übertragung schon der Wortlaut des Art. 106 Abs. 2 AEUV voraussetzt, muss sich von der Tätigkeit der ohne diese Unterstützung am Markt tätigen Unternehmen unterscheiden (vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftli-

chem Interesse, ABl. vom 11. Januar 2012 C 8/4 Rn. 47 [nachfolgend: DAWI-Mitteilung]). Auch im Hinblick auf den in Art. 21 EU-Grundrechtecharta und Art. 3 Abs. 1 GG verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung kann eine ausgleichsfähige Dienstleistung der öffentlichen Krankenhäuser von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur angenommen werden, wenn ihnen im Verhältnis zu den anderen Krankenhäusern eine spezifische Gemeinwohlverpflichtung auferlegt wird, die über die alle Krankenhäuser treffende Gemeinwohlaufgabe der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen hinausgeht (vgl. EuG, Urteil vom 7. November 2012 - T-137/10 Rn. 94 f. und 121 f. - CBI, juris).

42 c) Anders als die Revision meint, setzt eine ausgleichsfähige Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse indes keine konkrete Krankenhaussonderaufgabe eines öffentlichen Krankenhauses in der Form voraus, dass sich die von diesem erbrachten Versorgungsleistungen von denjenigen anderer Krankenhäuser unterscheiden müssen. Bei öffentlichen Krankenhäusern kann sich ein Defizitausgleich nicht nur aus der Übertragung von Sonderaufgaben, sondern auch aus anderen Gründen als notwendig erweisen, wie insbesondere der Sicherstellung des Fortbestands und der Lebensfähigkeit des Krankenhaussystems (vgl. EuG, Urteil vom 7. November 2012 - T-137/10 Rn. 161 f. - CBI, juris). Eine Übereinstimmung der den öffentlichen Krankenhäusern übertragenen "Gemeinwohlsonderaufgaben" mit den ihnen übertragenen "allgemeinen" Krankenhausaufgaben schließt mithin das Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht ohne weiteres aus.

43 d) Eine beihilferechtlich ausgleichsfähige besondere Pflicht hat das Berufungsgericht zu Recht darin gesehen, dass der Beklagte nach § 3 Abs. 1 LKHG BW im Fall einer Versorgungslücke zum Betrieb der durch Bescheid gemäß § 7

Abs. 1 LKHG BW in den Krankenhausplan aufgenommenen Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold verpflichtet ist.

44 aa) Wenn die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern nicht durch andere Träger sichergestellt wird, sind die Landkreise und Stadtkreise gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW verpflichtet, die nach dem Krankenhausplan notwendigen Krankenhäuser und Krankenhauseinrichtungen zu betreiben. Konkretisiert sich der gesetzliche Sicherstellungsauftrag, sind sie - anders als die freigemeinnützigen und privaten Krankenhausträger - auch zum Betrieb eines defizitär arbeitenden Krankenhauses verpflichtet, ohne es vollständig oder teilweise schließen zu dürfen. Diese allein die öffentliche Hand treffende Pflicht zur Aufrechterhaltung eines Krankenhausbetriebs auch im Fall seiner Unwirtschaftlichkeit rechtfertigt es, die medizinische Versorgung durch ein öffentliches Krankenhaus als dem staatlichen Defizitausgleich zugängliche Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen (vgl. Mitteilung CP 6/2003 der Kommission Rn. 81 und 83; Auslegungs- und Anwendungshilfe des Bundesministeriums für Gesundheit zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG im Krankenhaussektor [im Folgenden: Auslegungshilfe des Bundesgesundheitsministeriums], S. 3 f.; Bulla, KommJur 2015, 245, 248). 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 (aA wohl Heise, EuZW 2013, 769, 772).

45 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, aus dem Umstand, dass die Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold in den Krankenhausplan aufgenommen seien, ergebe sich, dass ihr Betrieb zur bedarfsgerechten Versorgung der Be-

völkerung nach § 3 Abs. 1 LKHG BW notwendig sei. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

46 (1) Die nach § 3 Abs. 1 LKHG BW bestehende Pflicht der Land- und Stadtkreise, die nach dem Krankenhausplan notwendigen Krankenhäuser zu betreiben, bezieht sich sowohl auf die Errichtung neuer Krankenhäuser als auch auf den weiteren Betrieb bestehender Krankenhäuser (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des Landeskrankenhausgesetzes Baden-Württemberg, LT-Drucks. 9/3399, S. 37 und 52). Die Verpflichtung zum Betrieb eines eigenen Krankenhauses obliegt den Land- und Stadtkreisen nach § 3 Abs. 1 LKHG BW allerdings nur subsidiär für den Fall, dass die bedarfsgerechte Krankenhausversorgung nicht durch den Betrieb von Krankenhäusern in freigemeinnütziger oder privater Trägerschaft gedeckt wird (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des Landeskrankenhausgesetzes Baden-Württemberg aaO S. 38; Lambrecht/Vollmöller in Huster/Kaltenborn aaO § 14 Rn. 12; Dietz/Krauskopf, LKHG BW, § 3 Anm. 1.1 [Stand: September 2008]).

47 (2) Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann sich eine Versorgungslücke allein aus dem Krankenhausplan ergeben. Da die Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold in den Krankenhausplan als bedarfsnotwendig aufgenommen worden seien, sei die zwingende Pflicht des Beklagten zum Betrieb der Kreiskrankenhäuser entstanden. Ihm sei es daher verwehrt zu prüfen, ob auch ohne die Kreiskrankenhäuser die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen sichergestellt werden könnte. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Die nach § 7 Abs. 1 LKHG BW in den Krankenhausplan aufgenommenen Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold sind zur Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen im Sinne von § 3 Abs. 1 LKHG BW erforderlich.

48 Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 und 4, Abs. 3 Satz 1 LKHG BW stellt die Landesregierung zur Verwirklichung des in § 1 dieses Gesetzes genannten Ziels der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern einen Krankenhausplan auf, der regelmäßig aktualisiert, durch Einzelfallentscheidungen nach § 7 Abs. 1 LKHG BW laufend angepasst und bei Bedarf insgesamt fortgeschrieben wird. Der Krankenhausplan stellt nach § 5 Abs. 1 Satz 1 LKHG BW die für eine leistungsfähige und wirtschaftliche Versorgung in Baden-Württemberg erforderlichen Krankenhäuser dar (bedarfsgerechte Krankenhäuser), die in dem Plan mit ihren Betriebsstätten nach gegenwärtiger und zukünftiger Aufgabenstellung ausgewiesen sind (§ 6 Abs. 1 Satz 2 LKHG BW). Wird eine Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern notwendig, ist gemäß § 5 Abs. 3 Satz 2 LKHG BW nach pflichtgemäßem Ermessen abzuwägen, welches der Krankenhäuser den Zwecken des § 1 LKHG BW sowie den Zielen und Grundsätzen der §§ 1 und 6 sowie des § 8 Abs. 2 KHG am besten gerecht wird.

49 Ein zur bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung geeignetes und leistungsfähiges Krankenhaus wird danach in den Krankenhausplan aufgenommen, wenn sich nach der Bedarfsanalyse des planerstellenden Ministeriums für seinen Einzugsbereich ohne die angebotenen Planbetten ein Fehlbestand bei der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung ergäbe oder wenn es nach der anzustellenden Krankenhausanalyse unter mehreren zur Bedarfsdeckung geeigneten, leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhäusern die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung am besten befriedigen kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Juli 1985 - 3 C 25/84, BVerwGE 72, 38, 51; Urteil vom 25. September 2008 - 3 C 35/07, BVerwGE 132, 64 Rn. 18; Urteil vom 14. April 2011 - 3 C 17/10, BVerwGE 139, 309 Rn. 15).

50 Der Aufnahme der Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold in den Krankenhausplan liegt damit die - durch Feststellungsbescheide des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 22. Dezember 2008 und 28. Januar 2011 nach § 7 Abs. 1 Satz 1 LKHG BW umgesetzte - Beurteilung des planerstellenden Ministeriums zugrunde, in ihrem Einzugsbereich bestehe ein Bedarf der Bevölkerung an den im Krankenhausplan ausgewiesenen Krankenhausleistungen, dessen Deckung andere Krankenhausträger nicht gleichermaßen sicherstellen könnten oder wollten, weshalb ein Bedarf für die Versorgung der Bevölkerung gerade durch die Krankenhäuser Calw und Nagold bestehe (vgl. Bold in Bold/Sieper, LKHG BW, 2012, § 3 Rn. 5; Dietz/Krauskopf aaO § 3 Anm. 1.2; einschränkend Heise, EuZW 2015, 739, 743).

51 (3) Da es sich dabei um dieselben Umstände handelt, die nach § 3 Abs. 1 LKHG BW die Pflicht des Beklagten zum Betrieb der Kreiskrankenhäuser begründen, sind die Voraussetzungen für die Betriebspflicht gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW ohne weiteres erfüllt, soweit ein öffentliches Krankenhaus in den Krankenhausplan aufgenommen worden ist. Dem steht nicht entgegen, dass nach dem Wortlaut dieser Vorschrift eine Pflicht des Landkreises zum Betrieb eines Krankenhauses nicht bereits aufgrund seiner Aufnahme in den Krankenhausplan, sondern erst dann besteht, wenn andernfalls eine durch andere Krankenhausträger nicht zu schließende Versorgungslücke vorliegt. Diese zweite Voraussetzung gewinnt eigenständige Bedeutung etwa in Fällen, in denen der Krankenhausplan einen künftigen voraussichtlichen Versorgungsbedarf ausweist, ein im (aktualisierten) Krankenhausplan ausgewiesener zusätzlicher Versorgungsbedarf entsteht oder sich eine Versorgungslücke durch den Wegfall oder die Herausnahme eines in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhauses ergibt.

52 (4) Entgegen der Ansicht der Revision spricht die Systematik des Gesetzes nicht gegen eine Konkretisierung des Sicherstellungsauftrags des Beklagten nach § 3 Abs. 1 LKHG BW durch Aufnahme der Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold in den Krankenhausplan.

53 Aus den in § 21 Abs. 1 LKHG BW vorgesehenen Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser, die aufgrund einer Entscheidung nach § 7 Abs. 1 oder 4 LKHG BW oder mit Zustimmung des Regierungspräsidiums ihren Betrieb ganz oder teilweise schließen, folgt nicht, dass ein Stadt- oder Landkreis ein in den Krankenhausplan aufgenommenes öffentliches Krankenhaus schließen darf. Die Regelung in § 21 Abs. 1 LKHG BW bezieht sich auf Betriebseinstellungen, die mit der - in einem Feststellungsbescheid nach § 7 Abs. 1 oder 4 LKHG BW umgesetzten - Krankenhausplanung übereinstimmen (vgl. Dietz/Kalbfell, LKHG BW, § 21 Anm. 2 und 3 [Stand: September 2008]). Danach kommt die Schließung eines öffentlichen Krankenhauses in Betracht, wenn es aus dem aktualisierten, angepassten oder fortgeschriebenen Krankenhausplan herausgenommen wird, weil für seinen Betrieb kein Bedarf der Bevölkerung mehr besteht. In diesem Fall gebietet der gesetzliche Sicherstellungsauftrag des Landkreises nicht den weiteren Betrieb des Krankenhauses.

54 Die in § 40 LKHG BW geregelte Befugnis des Regierungspräsidiums, gegenüber einem Stadt- oder Landkreis die erforderlichen Anordnungen zur Erfüllung der Pflichtträgerschaft nach § 3 dieses Gesetzes zu treffen, wenn dort die bedarfsgerechte Krankenhausversorgung der Bevölkerung nicht gewährleistet ist, schließt nicht aus, dass der Betrieb eines in den Krankenhausplan aufgenommenen öffentlichen Krankenhauses zur Sicherstellung der bedarfsgerechten Krankenhausversorgung der Bevölkerung geboten ist.

55 Entgegen der Ansicht der Revision begründet eine entsprechende Anordnung des Regierungspräsidiums keine Pflicht des Landkreises zum Betrieb eines Krankenhauses, sondern setzt eine solche Pflicht voraus. § 40 LKHG BW ist Rechtsgrundlage für das Regierungspräsidium, die sich aus § 3 LKHG BW ergebende Verpflichtung der Land- und Stadtkreise zum Betrieb eines Krankenhauses durchzusetzen, wenn diese sich ihrer Verpflichtung entziehen (vgl. Dietz/Krauskopf aaO § 40 Anm. 1 und 2; Sieper in Bold/Sieper aaO § 40 Rn. 2).

56 Eine die Pflichtträgerschaft des Landkreises konkretisierende Anordnung des Regierungspräsidiums kommt in Betracht, wenn sich aus dem Krankenhausplan oder einer bedarfsplanerischen Einzelfallentscheidung ergibt, dass eine noch nicht oder nicht mehr von einem Krankenhaus gedeckte Versorgungslücke besteht, zu deren Schließung kein anderes Krankenhaus bereit und in der Lage ist (vgl. Dietz/Krauskopf aaO § 3 Anm. 1.2). Ist der Betrieb eines öffentlichen Krankenhauses aufgrund seiner Aufnahme in den Krankenhausplan zur Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung geboten, kann das Regierungspräsidium gemäß § 40 LKHG BW gegenüber dem verpflichteten Stadt- oder Landkreis die Aufrechterhaltung des Krankenhausbetriebs in dem im Krankenhausplan ausgewiesenen Umfang anordnen, wenn dieser die vollständige oder teilweise Schließung des Krankenhauses beabsichtigt (vgl. Dietz/Krauskopf aaO § 40 Anm. 2).

57 Ob eine solche Anordnung ergeht, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. So hat das Regierungspräsidium Karlsruhe keine Anordnung gemäß § 40 LKHG BW getroffen, als der Beklagte im November 2013 die Belegabteilung für Geburtshilfe des Krankenhauses Nagold wegen einer nicht ausreichenden Anzahl von Belegärzten geschlossen hat. Daraus lässt sich entgegen der Ansicht der Revision jedoch nicht ableiten, der Beklagte habe den Betrieb der in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhäuser Calw und

Nagold auch im Übrigen nicht nach § 3 Abs. 1 LKHG BW aufrechtzuerhalten. Aus der Schließung einer Fachabteilung folgt nicht, dass an den anderen Versorgungsleistungen der Krankenhäuser Calw und Nagold kein Bedarf der Bevölkerung mehr besteht. Ebenso wenig kommt es auf den ohnehin nach § 559 Abs. 1 ZPO in der Revisionsinstanz ausgeschlossenen neuen Vortrag des Klägers an, andere Stadt- und Landkreise hätten sich zur Schließung bestimmter in den Krankenhausplan aufgenommener Krankenhauseinrichtungen berechtigt gesehen.

58 e) Anders als die Revision meint, steht der Pflicht der öffentlichen Hand zum Betrieb eines nicht kostendeckend arbeitenden und - wie vorliegend - in der Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH betriebenen Krankenhauses nicht entgegen, dass bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen zu eröffnen ist (§ 11 Abs. 1, §§ 16, 17, 19 InsO). Die finanziellen Zuwendungen der öffentlichen Hand sollen die Insolvenz gerade verhindern.

59 f) Die Revision wendet vergeblich ein, die Subventionierung eines von der öffentlichen Hand betriebenen Krankenhauses aus kommunalen Haushaltsmitteln widerspreche dem gesetzlichen System der Krankenhausfinanzierung und sei deshalb keine im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV erforderliche Ausgleichszahlung.

60 Das System der dualen Krankenhausfinanzierung gemäß § 4 KHG enthält keine Regelungen zum Ausgleich von allgemeinen Defiziten des operativen Geschäfts (vgl. Heinbuch/Käppel/Wittig, KommJur 2014, 205, 210). Soweit Krankenhaus- und Sozialleistungsträger nach § 5 Abs. 2, § 11 Abs. 1 KHEntG, § 18 Abs. 2 KHG Zuschläge für die Vorhaltung von Leistungen eines Krankenhauses vereinbaren, die zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung

notwendig und aufgrund des geringen Versorgungsbedarfs mit den Fallpauschalen nicht kostendeckend finanzierbar sind, soll allein die Kostenunterdeckung in bestimmten Leistungsbereichen ausgeglichen werden (vgl. Gamperl in Dietz/Bofinger, Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegesatzverordnung und Folgerecht, § 5 KHEntG Anm. III 3 [Stand: November 2014]).

61 Die Revision macht nicht geltend, dass schon diese gesetzlichen Bestimmungen eine auskömmliche finanzielle Ausstattung der Krankenhäuser sicherstellen. Der Sicherstellungsauftrag der öffentlichen Hand gebietet zudem die Durchführung auch nicht kostendeckender Behandlungen und die medizinische Versorgung der Bevölkerung in unwirtschaftlichen Bereichen (vgl. Bulla, KommJur 2015, 245, 248). Die gesetzlich vorgesehene duale Finanzierung ist daher keine abschließende Regelung, die staatliche Ausgleichsleistungen zur Aufrechterhaltung des Betriebs eines öffentlichen Krankenhauses ausschließt (vgl. Mitteilung CP 6/2003 der Kommission Rn. 18 f.; Bericht der Bundesregierung zum "Altmark-Paket" der Europäischen Union [nachfolgend: Bericht der Bundesregierung], S. 10 f.).

62 Anderes ergibt sich entgegen der Ansicht der Revision auch nicht aus Art. 71 Abs. 3 Satz 2 und 3 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg. Die darin festgelegte Verpflichtung des Landes, gegenüber den Gemeinden oder Gemeindeverbänden einen finanziellen Ausgleich für die mit der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe einhergehenden Kosten zu schaffen, schließt nicht das Recht eines Landkreises aus, einem zur Erfüllung des Sicherstellungsauftrags betriebenen öffentlichen Krankenhaus Zuwendungen aus dem kommunalen Haushalt zukommen zu lassen.

63 g) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler den Einwand des Klägers zurückgewiesen, die medizinische Grundversorgung der Bevölkerung des

Landkreises Calw werde tatsächlich durch andere Krankenhäuser als die Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold gewährleistet.

64 aa) Der Kläger hat behauptet, 70% der Patienten im Landkreis Calw wählten für die stationäre Behandlung andere Krankenhäuser als die Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold. Die medizinische Grundversorgung der verbleibenden 30% der Patienten könne von den 17 im Umkreis von 30 km gelegenen kommunalen, privaten und freigemeinnützigen Krankenhäusern sichergestellt werden. Daraus ergibt sich nicht, dass eine wohnortnahe Versorgung der Bevölkerung des Landkreises Calw auf diese Weise dauerhaft möglich ist.

65 bb) Davon abgesehen genügt zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen nicht eine bloße Bereitschaft von Krankenhausträgern, die den Krankenhäusern Calw und Nagold übertragenen Leistungen zu erbringen. Ohne Aufnahme in den Krankenhausplan besteht keine Verpflichtung, einen entsprechenden Bettenbestand in der Grund- und Regelversorgung vorzuhalten und die darauf entfallenden Patienten tatsächlich zu behandeln. Erst eine Ausweisung im Krankenhausplan verpflichtet die Plankrankenhäuser im Rahmen ihres Versorgungsauftrags zur Krankenhausbehandlung der gesetzlich Versicherten (§ 108 Nr. 2, § 109 Abs. 4 Satz 2 SGB V, § 8 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 KHEntG), die den weitaus größten Teil der Gesamtbevölkerung ausmachen.

66 Sollten sich andere Krankenhausträger zur Erbringung der Krankenhausleistungen für besser geeignet als die Kreiskrankenhäuser Calw und Nagold halten, könnten sie durch eine Verpflichtungsklage oder durch eine Anfechtungsklage gegen die an die Kreiskliniken Calw gerichteten Feststellungsbescheide auf ihre Aufnahme in den Krankenhausplan hinwirken (§ 7 Abs. 1 LKHG BW). Im Hinblick auf die regelmäßige Aktualisierung des Krankenhaus-

plans, seine Anpassung durch Einzelfallentscheidungen und seine Fortschreibung bei Bedarf könnten andere Krankenhausträger auch später beantragen, mit dem den Kreiskrankenhäusern Calw und Nagold zugeteilten Bettenkontingent in den Krankenhausplan aufgenommen zu werden (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2002, 507, 508). Der grundrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG) und dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) wird dadurch entsprochen, dass die anderen Krankenhäuser eine Chance auf Aufnahme in den Krankenhausplan haben und im Fall der Bedarfsdeckung die Rechtsstellung eines Plankrankenhauses bei Aufnahme eines Neubewerbers wieder zur Disposition steht (vgl. BVerfG, NJW 2004, 1648, 1649; NVwZ 2009, 977, 978).

67 4. Gemäß Art. 4 Satz 1 und 2 der Entscheidung 2005/842/EG und Art. 4 Satz 1 des Beschlusses 2012/21/EU wird die Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dem Unternehmen im Wege eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte übertragen, deren Form von den Mitgliedstaaten frei gewählt werden kann. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass im Streitfall die formalen Anforderungen des Art. 4 der Entscheidung 2005/842/EG an einen Betrauungsakt erfüllt sind.

68 a) Die Betrauung setzt einen oder mehrere Hoheitsakte voraus, durch den oder die dem betreffenden Unternehmen die Aufgabe einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbindlich übertragen wird (vgl. EuGH, Urteil vom 11. April 1989 - Rs. 66/86, Slg. 1989, 803 = NJW 1989, 2192 Rn. 55 - Ahmed Saeed Flugreisen; EuG, Urteil vom 12. Februar 2008 - T-289/03, Slg. 2008, II-81 Rn. 181 - BUPA; Urteil vom 7. November 2012 - T-137/10 Rn. 101, 108 f. - CBI, juris; BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015 - KZR 17/14, GRUR 2016, 304 Rn. 29 = WuW 2016, 133 - Zentrales Verhandlungsmandat). Der Auftrag muss das betraute Unternehmen zur Erbringung der

Dienstleistung grundsätzlich verpflichten (vgl. EuG, Slg. 2008, II-81 Rn. 188 - BUPA; BGH, GRUR 2016, 304 Rn. 32 - Zentrales Verhandlungsmandat).

69 b) Danach hat der Beklagte die Kreiskliniken Calw damit betraut, die Erbringung medizinischer Versorgungsleistungen in den Krankenhäusern Calw und Nagold sicherzustellen. Die Bestimmung des § 3 Abs. 1 LKHG BW und die Aufnahme der Kreiskliniken Calw in den Krankenhausplan genügen zwar für sich allein nicht den Anforderungen an einen Betrauungsakt, weil sie die Kreiskliniken Calw nicht zum Betrieb der Kreiskrankenhäuser verpflichten. Eine solche Verpflichtung folgt aber aus den Betrauungsakten vom 21. April 2008 und 16. Dezember 2013.

70 In den Paragraphen 1 und 2 des als "Öffentlicher Auftrag (Betrauungsakt)" bezeichneten Kreistagsbeschlusses vom 21. April 2008 hat der Beklagte auf der Grundlage der Entscheidung 2005/842/EG sowie unter Verweis auf seinen gesetzlichen Sicherstellungsauftrag und die Feststellungsbescheide über die Aufnahme in den Krankenhausplan die Krankenhäuser der Kreiskliniken Calw mit der Erbringung näher bestimmter medizinischer Versorgungsleistungen, Notfalldienste und unmittelbar damit verbundener Nebenleistungen beauftragt. Eine entsprechende Betrauung findet sich in Absatz 1 der Vorbemerkung und § 1 Abs. 1 des Betrauungsakts vom 16. Dezember 2013. Die Betrauungsakte bringen damit unmissverständlich zum Ausdruck, dass das betraute Unternehmen in die Pflicht genommen werden soll (vgl. BGH, GRUR 2016, 304 Rn. 36 - Zentrales Verhandlungsmandat).

71 Bei den Betrauungsakten des Beklagten handelt es sich unabhängig von ihrer äußeren Form um Verwaltungsakte im Sinne des § 35 VwVfG BW (vgl. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 35 Rn. 71 f.). Sie regeln die Erbringung von Krankenhausleistungen in den Krankenhäusern Calw und

Nagold durch die Kreiskliniken Calw. Gründe für eine Nichtigkeit dieser Verwaltungsakte nach § 44 VwVfG hat das Berufungsgericht nicht gesehen und werden von der Revision nicht geltend gemacht. Soweit die Revision auf den Vortrag des Klägers zu einer formellen Rechtswidrigkeit der Verwaltungsakte verweist, legt sie nicht dar, dass die gerügten Mängel zur Nichtigkeit der Betrauungsakte führten.

72 5. Die Freistellung von der Notifizierungspflicht nach der Entscheidung 2005/842/EG und dem Beschluss 2012/21/EU setzt ferner voraus, dass der Betrauungsakt bestimmte inhaltliche Anforderungen erfüllt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist das allein bei dem Betrauungsakt vom 16. Dezember 2013 der Fall, nicht jedoch bei dem Betrauungsakt vom 21. April 2008, der für den Ausgleich der Jahresfehlbeträge der Kreiskliniken Calw aus den Jahren 2012 und 2013 maßgeblich ist.

73 a) Aus dem Betrauungsakt hervorgehen müssen nach Art. 4 Satz 3 der Entscheidung 2005/842/EG Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen (Buchst. a), das beauftragte Unternehmen und der geographische Geltungsbereich (Buchst. b), Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte (Buchst. c), die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen (Buchst. d) sowie die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht und mögliche überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden (Buchst. e). Inhaltsgleiche Regelungen finden sich in Art. 4 Satz 2 des Beschlusses 2012/21/EU, der lediglich zusätzlich in Buchst. f einen Verweis auf diesen Beschluss verlangt.

74 b) In § 2 Abs. 1 des Betrauungsakts vom 21. April 2008 und § 1 Abs. 1 des Betrauungsakts vom 16. Dezember 2013 sind die Krankenhäuser der

Kreiskliniken Calw in Calw und Nagold als beauftragte Unternehmen ausgewiesen.

75 c) Die von den Kreiskliniken zu erbringenden Gemeinwohlaufgaben sind in den Betrauungsakten hinreichend klar definiert worden.

76 Der Betrauungsakt muss nicht jede einzelne Tätigkeit - etwa jede Art von medizinischer Versorgung - festlegen, die mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einhergeht. Eine weite Definition der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe reicht aus, solange ihr Umfang feststeht und auf dieser Grundlage eine korrekte Verteilung der Kosten zwischen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und anderen Tätigkeiten des betrauten Unternehmens möglich ist (vgl. Leitfaden der Europäischen Kommission zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen vom 7. Dezember 2010 [im Folgenden: Leitfaden der Kommission 2010] Rn. 3.4.8; Leitfaden der Europäischen Kommission zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 29. April 2013 [im Folgenden: Leitfaden der Kommission 2013] Rn. 55 f.).

77 In § 2 Abs. 1 des Betrauungsakts vom 21. April 2008 und § 1 Abs. 1 des Betrauungsakts vom 16. Dezember 2013 sind näher bezeichnete medizinische Versorgungsleistungen der Grund- und Regelversorgung, Notfalldienste und unmittelbar damit verbundene Nebenleistungen als von den Krankenhäusern Calw und Nagold zu erbringende Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaft-

lichem Interesse aufgeführt. In Abgrenzung dazu sind in § 2 Abs. 2 bzw. § 1 Abs. 2 der Betrauungsakte von den Kreiskrankenhäusern erbrachte Dienstleistungen genannt, die nicht von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind. Eine weitergehende Festlegung der Leistungsbereiche ist nicht erforderlich (vgl. Heinbuch/Käppel/Wittig, KommJur 2014, 245, 246; Heinrich in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich aaO Kap. 1 Rn. 762).

78 d) Die Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistungen sind im Betrauungsakt vom 21. April 2008 unzureichend ausgewiesen. Demgegenüber finden sich im Betrauungsakt vom 16. Dezember 2013 ausreichende Vorgaben für die Berechnung der Zuwendungen.

79 aa) Die Ausweisung der Parameter soll eine nachvollziehbare und überprüfbare Berechnung der Zuwendungen ermöglichen, um zu vermeiden, dass die Erbringer der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse überhöhte Zahlungen erhalten, und auf diese Weise eine Überkompensation verhindern (vgl. Mitteilung CP 6/2003 der Kommission Rn. 84; Leitfaden der Kommission 2013 Rn. 122). Weil die Bestimmung des Ausgleichs der mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbundenen Kosten von einer Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Tatsachen abhängt, verfügen die Mitgliedstaaten dabei zwar über einen weiten Wertungsspielraum. Die Parameter für die Ausgleichszahlungen müssen aber so objektiv und transparent gefasst sein, dass dem begünstigten Unternehmen aus dem Ausgleich kein wirtschaftlicher Vorteil erwächst, der es gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt, und jeder missbräuchliche Rückgriff des Mitgliedstaats auf den Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausgeschlossen ist (vgl. EuG, Slg. 2008, II-81 Rn. 214 - BUPA; Urteil vom 7. November 2012 - T-137/10 Rn. 189 und 191 - CBI, juris; EuG, NZBau 2015, 234 Rn. 148 - Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz; DAWI-Mittei-

lung Rn. 54). Entscheidet die Behörde, dem Dienstleistungserbringer Ausgleichsleistungen für alle Kostenpositionen zu gewähren, muss sie vorab festlegen, wie diese Kosten bestimmt und kalkuliert werden (vgl. DAWI-Mitteilung Rn. 56).

80 Da es häufig unmöglich ist, zu Beginn der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse alle kostenrelevanten Faktoren zu kennen, ist keine detaillierte Berechnung des aus öffentlichen Mitteln auszugleichenden Betrags erforderlich. Es reicht aus, dass der Betrauungsakt die Grundlagen für die zukünftige Berechnung der bei der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anfallenden Kosten und damit der Ausgleichsleistung enthält, damit deutlich wird, auf welcher Basis der Ausgleich erfolgt und wie er bestimmt wird (vgl. DAWI-Mitteilung Rn. 55; Leitfaden der Kommission 2010 Rn. 3.5.1; Leitfaden der Kommission 2013 Rn. 116). Im Fall der öffentlichen Krankenhausträgerschaft genügt ein Verweis auf den vom zuständigen Krankenhausgremium jährlich aufzustellenden Wirtschafts- oder Haushaltsplan, in dem vorab die aus der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse folgenden Erträge und Aufwendungen und ein sich daraus ergebendes mögliches Defizit ausgewiesen werden (vgl. Auslegungshilfe des Bundesgesundheitsministeriums, S. 6 [insoweit ausdrücklich gebilligt in Mitteilung CP 6/2003 der Kommission Rn. 87 f.]; Bericht der Bundesregierung, S. 13; Cremer, ZIAS 2008, 198, 236 f.; Bulla, KommJur 2015, 245, 250; Heinbuch/Käppel/Wittig, KommJur 2014, 245, 246; vgl. auch EuG, Urteil vom 7. November 2012 - T-137/10 Rn. 195 und 200 - CBI, juris).

81 bb) Der Betrauungsakt vom 21. April 2008 genügt diesen Anforderungen nicht. Nach dessen § 3 Absatz 1 und 3 leistet der Beklagte zum Ausgleich des Jahresfehlbetrags der Kreiskliniken Calw eine Ausgleichszahlung, deren Höhe sich aus seinem Haushaltsplan ergibt und die nicht über das hinausgehen darf,

was zur Abdeckung der durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten erforderlich ist. Es fehlen aber Angaben dazu, wie die Einnahmen und Ausgaben ermittelt werden, die voraussichtlich auf die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entfallen und aus denen sich der erforderliche Ausgleichsbetrag ergibt. Der Betrauungsakt vom 21. April 2008 nimmt dafür auch nicht auf den Jahreswirtschaftsplan der Kreiskliniken Calw Bezug.

82 cc) Mangels ausreichender Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen kann der Betrauungsakt vom 21. April 2008 nicht Grundlage für eine Freistellung des vom Beklagten für die Jahre 2012 und 2013 beschlossenen Verlustausgleichs für die Kreiskliniken Calw von der - für das Revisionsverfahren zu unterstellenden - Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV sein. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts handelt es sich bei den Transparenzkriterien des Art. 4 der Entscheidung 2005/842/EG und des Beschlusses 2012/21/EU nicht um rein formale Regelungen, deren Nichteinhaltung ohne Rechtsfolgen bleibt. Nach dem jeweiligen Artikel 3 der Entscheidung und des Beschlusses sind staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung nur dann freigestellt, wenn sie die jeweils in den Artikeln 4 der Entscheidung und des Beschlusses genannten Voraussetzungen erfüllen (vgl. EuGH, EuZW 2013, 507 Rn. 99 - Libert). Andernfalls fehlt es an einer Betrauung im Sinne der Entscheidung 2005/842/EG und des Beschlusses 2012/21/EU, die vom Erfordernis der Notifizierung befreit (vgl. Leitfaden der Kommission 2010 Rn. 3.4.4 und 3.4.5; Struß, MedR 2014, 405, 406; Hübner, npoR 2015, 1, 3; Heise, EuZW 2015, 739, 744).

83 dd) Dagegen bildet der ab 1. Januar 2014 wirksame Betrauungsakt vom 16. Dezember 2013 eine hinreichende Grundlage zum Ausgleich der Jahresfehlbeträge der Kreisklinken Calw für die Jahre 2014 bis 2016. Dieser Betrau-

ungsakt ist ferner maßgeblich, soweit der Kläger mit den Anträgen zu 1 b und 1 c Unterlassungsansprüche gegen die künftige Übernahme von Bürgschaften und die Gewährung von Investitionszuschüssen ohne vorherige Notifizierung bei der Kommission geltend macht. Ein auf eine Verletzungshandlung gestützter Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten nicht nur im Zeitpunkt seiner Vornahme - der Kläger bezieht sich auf in den Jahren 2010 bis 2012 gewährte Ausfallbürgschaften und Investitionszuschüsse - unzulässig war, sondern es auch noch im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ist (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2013, 301 Rn. 17 - Solarinitiative; BGH, Urteil vom 8. Oktober 2015 - I ZR 225/13, GRUR 2016, 513 Rn. 13 = WRP 2016, 586 - Eizellspende, jeweils mwN).

84 In § 7 des Betrauungsakts vom 16. Dezember 2013 ist ausreichend transparent festgelegt, nach welchen Parametern die Ausgleichsleistungen für die Erbringung der als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse qualifizierten Krankenhausleistungen berechnet werden. Nach § 7 Abs. 2 Satz 1 des Betrauungsakts ergibt sich die Höhe möglicher Verlustübernahmen und eines auszugleichenden Jahresfehlbetrags aus den künftigen, nach den dort vorgesehenen Parametern erstellten und beschlossenen jeweiligen Jahreswirtschaftsplänen der Kreiskliniken Calw. Andere Ausgleichsleistungen nach § 7 Abs. 1 des Betrauungsakts (insbesondere die Übernahme von Bürgschaften zur Absicherung von Investitionsdarlehen und die Gewährung von Trägerzuschüssen für Investitionen) sind nach dessen § 7 Abs. 2 Satz 2 und 3 im Jahreswirtschaftsplan oder anderweitig gesondert auszuweisen. Das gilt auch für den im jeweiligen Wirtschaftsjahr höchstens notwendigen Kreditaufnahmebedarf und die Höhe der maximal zu übernehmenden Bürgschaften. Die Grundlage für die Berechnung der Ausgleichsleistungen ist damit aus dem Betrauungsakt vom 16. Dezember 2013 ausreichend klar ersichtlich.

85 e) Der Betrauungsakt vom 16. Dezember 2013 erfüllt die weitere Voraussetzung des Art. 4 Buchst. e des Beschlusses der Kommission 2012/21/EU, Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Zahlungen zu treffen, die zu einer Überkompensation führen.

86 aa) Die Maßnahmen zur Verhinderung von Überkompensationen dürfen sich nicht im Ausspruch eines solchen Verbots erschöpfen, sondern müssen konkrete Vorkehrungen dagegen vorsehen, dass die Höhe der Ausgleichsleistungen die zur Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verursachten Kosten übersteigt (vgl. EuG, Urteil vom 7. November 2012 - T-137/10 Rn. 251 und 255 - CBI, juris). Eine solche Vorkehrung stellt die Verpflichtung zur getrennten Buchführung gemäß Art. 5 Abs. 9 des Beschlusses 2012/21/EU dar. Danach müssen in der Buchführung eines Unternehmens, das - wie im Streitfall die Kreiskliniken Calw - auch Tätigkeiten ausübt, bei denen es sich nicht um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, die Kosten und Einnahmen in Verbindung mit der Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse von allen anderen Tätigkeiten getrennt ausgewiesen werden. Außerdem ist anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Kosten und Einnahmen erfolgt. Die getrennte Buchführung dient dem erleichterten Nachweis, dass die Ausgleichszahlungen an das Unternehmen nicht die Nettokosten der erbrachten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse übersteigen und daher keine Überkompensation vorliegt (vgl. Leitfaden der Kommission 2010 Rn. 3.5.11).

87 § 7 Abs. 5 des Betrauungsakts vom 16. Dezember 2013 enthält hinreichende Vorgaben zur Ein- und Durchführung der getrennten Buchführung. Danach sind in der Buchführung die Kosten und Einnahmen, die sich aus der Erbringung der einzelnen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem In-

teresse ergeben, getrennt von allen sonstigen Tätigkeiten auszuweisen, wobei hierüber eine Trennungsrechnung zu erstellen ist.

88 bb) Ob die Kreiskliniken Calw sich an diese Vorgabe halten, ist für die Freistellung der für sie bestimmten Ausgleichsleistungen von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV ohne Bedeutung.

89 (1) Art. 4 des Beschlusses 2012/21/EU stellt allein auf den Inhalt des Betrauungsakts ab. Nach Art. 6 Abs. 1 dieses Beschlusses haben die Mitgliedstaaten durch Kontrollen zu gewährleisten, dass Ausgleichsleistungen die in dem Beschluss festgelegten Voraussetzungen erfüllen und zu keiner Überkompensation führen. Hat ein betrautes Unternehmen einen zu hohen Ausgleich erhalten, so fordert es der Mitgliedstaat zur Rückzahlung der Überkompensation auf (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 des Beschlusses). Es muss eine Rechtspflicht des betrauten Unternehmens zur Erstattung überhöhter Ausgleichsleistungen bestehen (vgl. EuG, Urteil vom 7. November 2012 - T-137/10 Rn. 259 und 262 f. - CBI, juris; MünchKomm.BeihVgR/Wolf, Art. 107 Rn. 876). Dieser Mechanismus gewährleistet, dass dem Unternehmen nur der erforderliche Ausgleichsbetrag verbleibt, der ohne Notifizierung bei der Kommission gewährt werden darf. Tatsächliche Mängel bei der getrennten Buchführung führen infolgedessen nicht dazu, dass alle ohne Notifizierung gewährten Ausgleichszahlungen gegen das Durchführungsverbot verstoßen, sondern allein dazu, dass die ordnungsgemäße Trennung der Buchführung durch den Mitgliedstaat künftig sicherzustellen und eine etwaige Überkompensation des betrauten Unternehmens infolge mangelhafter buchhalterischer Trennung abzuschöpfen ist.

90 (2) Nach § 9 Abs. 1 des Betrauungsakts vom 16. Dezember 2013 bestehen Kontrollmechanismen, um überhöhte Ausgleichsleistungen aufzudecken. Danach führen die Kreiskliniken Calw zur Vermeidung von Überkompensatio-

nen in ihrem jeweiligen Jahresabschluss den Nachweis über die Verwendung der Mittel, während der Beklagte die Schlussrechnung über die durch Investitionszuschüsse geförderten Maßnahmen prüft und jährlich eine Übersicht der übernommenen Bürgschaften aufstellt. Nach § 9 Abs. 2 des Betrauungsakts sind die Kreiskliniken Calw zur Rückzahlung der Überkompensation nach Aufforderung durch den Beklagten verpflichtet. Diesem steht danach bei zweckwidriger Verwendung der Ausgleichsleistungen für andere Tätigkeiten als der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch zu (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. März 1985 - 7 C 48/82, BVerwGE 71, 85, 88; OVG Rheinland-Pfalz, MedR 2010, 728, 729).

91 (3) Es bedarf daher im Streitfall keiner Entscheidung, ob sich die von der Kreiskliniken Calw erbrachten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit den Tätigkeiten ihres Zweckbetriebs decken, für den sie gemäß § 63 Abs. 3, § 67 Abs. 1 AO gesonderte Aufzeichnungen über die Einnahmen und Ausgaben führen. Ebenso kann offenbleiben, ob die Kreiskliniken Calw die Einnahmen und Ausgaben für ihren Zweckbetrieb steuerrechtlich ordnungsgemäß erfasst haben.

92 f) Schließlich verweist der Betrauungsakt vom 16. Dezember 2013 auf seinem Deckblatt ausdrücklich auf den Beschluss 2012/21/EU der Kommission, so dass die in Art. 4 Buchst. f des Beschlusses enthaltene Voraussetzung ebenfalls erfüllt ist.

93 6. Damit lag für diejenigen von der Klägerin beanstandeten Zuwendungen, die auf Grundlage des Betrauungsakts vom 16. Dezember 2013 gewährt worden sind, eine wirksame Freistellung von der Notifizierungspflicht gemäß dem Beschluss 2012/21/EU der Kommission vor.

94 C. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst, weil keine vernünftigen Zweifel an der Auslegung der vorliegend entscheidungserheblichen Bestimmungen der Art. 106 und 108 AEUV sowie der Entscheidung 2005/842/EG und des Beschlusses 2012/21/EU der Europäischen Kommission bestehen (st. Rspr.; vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257, 1258 - C.I.L.F.I.T.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - AIFA / Doc Generici, mwN).

95 D. Danach ist die Revision zurückzuweisen, soweit sich der Kläger gegen den Verlustausgleich bei den Kreiskliniken Calw für die Jahre 2014 bis 2016, die Übernahme von Bürgschaften und die Gewährung von Investitionszuschüssen ohne vorherige Notifizierung bei der Kommission wendet. Soweit der Kläger den Ausgleich von Jahresfehlbeträgen der Kreiskliniken Calw für die Jahre 2012 und 2013 beanstandet sowie den Ersatz von Abmahnkosten begehrt, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache mangels Entscheidungsreife an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen kann nicht abschließend beurteilt werden, ob es sich bei dem Ausgleich der handelsrechtlichen Verluste der Kreiskliniken Calw für die Jahre 2012 und 2013 um nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV anmeldepflichtige staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt.

96 E. Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

97 I. Bei der Beurteilung der Frage, ob der vom Beklagten am 17. Dezember 2012 beschlossene Ausgleich der Jahresfehlbeträge der Kreiskliniken Calw für die Jahre 2012 und 2013 eine staatliche Beihilfe darstellt, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob - wie die Revisionserwiderung geltend macht - eine rein lokale Fördermaßnahme ohne Auswirkungen auf den Handel innerhalb der Union vorliegt.

98 1. Eine staatliche Unterstützung kann auch dann Auswirkungen auf den Handel innerhalb der Union haben, wenn das begünstigte Unternehmen nicht unmittelbar am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt. Der örtliche oder regionale Charakter der durch das begünstigte Unternehmen erbrachten Dienstleistung oder die geringe Größe seines Tätigkeitsgebiets schließt nicht von vornherein die Möglichkeit aus, dass es in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen durch die Maßnahme erschwert wird, ihre Dienste auf dem Markt dieses Staats zu erbringen (vgl. EuGH, NJW 2003, 2515 Rn. 77 f. und 82 - Altmark Trans; EuGH, Urteil vom 29. April 2004 - C-372/97, Slg. 2004, I-3679 Rn. 60 - Italien/Kommission; Urteil vom 3. März 2005 - C-172/03, Slg. 2005, I-1627 = EWS 2005, 222 Rn. 32 f. - Heiser). Die Möglichkeit, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, darf allerdings nicht nur hypothetischer Natur sein und nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegen (vgl. EuGH, NJW 2003, 2515 Rn. 79 - Altmark Trans; von Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 107 AEUV Rn. 69 [Stand: Oktober 2011]; Kliemann/Mederer in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Art. 107 AEUV Rn. 58).

99 2. In Anwendung dieser Grundsätze hat die Kommission angenommen, dass die Tätigkeit eines Beihilfeempfängers, der Güter oder Dienstleistungen nur in einem geographisch begrenzten Gebiet eines einzigen Mitgliedstaats anbietet und wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht und dessen Begünstigung allenfalls marginale Auswirkungen auf die Bedingungen für grenzüberschreitende Investitionen oder die grenzübergreifende Niederlassung haben wird, wegen ihrer rein lokalen Auswirkung nicht den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt (vgl. Kommission, Beschlüsse vom 29. April 2015 - SA.33149 Rn. 19, SA.37904 Rn. 15 und SA.38035 Rn. 12, jeweils mwN). Nach Ansicht der Kommission fehlt es an einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei Zuwendungen an örtliche Krankenhäuser, die ausschließlich für die örtliche Bevölkerung bestimmt sind (vgl. DAWI-Mitteilung Rn. 40). Im Fall einer Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie im niedersächsischen Bad Nenndorf, deren Patienten ausschließlich aus dem Inland und zu über 90% aus Niedersachsen stammen und die Standardleistungen der Gesundheitsfürsorge anbietet, bei deren Auswahl sich der Patient stark durch die verwendete Sprache des Leistungsanbieters und die Merkmale des nationalen Gesundheits- und Erstattungssystems beeinflussen lässt, hat die Kommission einen grenzüberschreitenden Wettbewerb um Patienten verneint. Da trotz der seit über 200 Jahren bestehenden, teilweise von der öffentlichen Hand finanzierten Gesundheits- und Rehabilitationseinrichtung im Umkreis von 100 Kilometern mehr als 20 Rehabilitationskliniken für Orthopädie betrieben werden, hat es die Kommission als naheliegend erachtet, dass die öffentlichen Zuwendungen einen Markteintritt oder ein Bestehen am Markt von Unternehmen mit vergleichbarem Angebot nicht erschweren (vgl. Kommission, Beschluss vom 29. April 2015 - SA.38035 Rn. 13 ff.; für ein Ärztehaus in Durmersheim vgl. Kommission, Beschluss vom 29. April 2015 - SA.37904 Rn. 16 ff.).

100 3. Auf dieser Grundlage wird das Berufungsgericht anhand der von den Krankenhäusern Calw und Nagold erbrachten Gesundheitsleistungen und behandelten Patienten, der Ansiedelung und des Leistungsangebots anderer in der Umgebung gelegener Krankenhäuser sowie unter Einbeziehung der geographischen Lage und der Verkehrsverbindungen der Kreiskrankenhäuser zu prüfen haben, ob die Zuwendungen des Beklagten an die Kreiskliniken Calw allein lokale Auswirkungen haben, die nicht geeignet sind, den Handel mit anderen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

101 II. Sollte es sich bei dem Verlustausgleich für die Kreiskliniken Calw um eine staatliche Beihilfe des Beklagten handeln, steht der Annahme eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht entgegen, dass der Ausgleich der Verluste für die Jahre 2012 und 2013 tatsächlich ausschließlich auf die Erbringung der im Betrauungsakt vom 21. April 2008 angeführten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurückzuführen ist. Unabhängig vom Ergebnis der materiellen Prüfung hinsichtlich der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt, die allein der Kommission vorbehalten ist (vgl. EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2003 - C-261/01 und C-262/01, Slg. 2003, I-12249 = EuZW 2004, 87 Rn. 75 - van Calster u.a.;

EuGH, EuZW 2014, 65 Rn. 28 - Deutsche Lufthansa, mwN; BGHZ 188, 326 Rn. 25 - Flughafen Frankfurt-Hahn), gelten für den Beklagten in diesem Fall Anmeldepflicht und Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV.

Büscher Schaffert Kirchhoff

Schwonke Feddersen

Vorinstanzen:
LG Tübingen, Entscheidung vom 23.12.2013 - 5 O 72/13 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 20.11.2014 - 2 U 11/14 -