



---

**Ausarbeitung**

---

**EU-beihilferechtlicher Rahmen für Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an Gesundheitskonzernen**

## **EU-beihilferechtlicher Rahmen für Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an Gesundheitskonzernen**

Aktenzeichen: EU 6 - 3000 - 034/23  
Abschluss der Arbeit: 4. August 2023 (zugleich letzter Zugriff auf Online-Quellen)  
Fachbereich: EU 6: Fachbereich Europa

---

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Fragestellung und Gegenstand der Begutachtung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Überblick über den einschlägigen EU-beihilferechtlichen Rahmen</b>	<b>4</b>
2.1.	Überblick über das materielle EU-Beihilferecht	4
2.2.	Besonderheiten bei Ausgleichsleistungen für DAWI	5
2.3.	Überblick über das prozedurale EU-Beihilferecht	8
<b>3.</b>	<b>Bewertung von Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an einem Gesundheitskonzern anhand des materiellen Beihilferechts</b>	<b>11</b>
3.1.	Gesundheitskonzerne in öffentlicher Trägerschaft als Unternehmen	11
3.2.	Finanzierung aus staatlichen Mitteln	13
3.3.	Selektivität	14
3.4.	Drohende Wettbewerbsverfälschung und De-minimis-Verordnung	14
3.5.	Auswirkungen auf den zwischenmitgliedstaatlichen Handel	15
3.6.	Begünstigungswirkung von Beteiligungsaktivitäten und DAWI-Regime	18
3.6.1.	Begünstigung	18
3.6.2.	Eingreifen des DAWI-Regimes?	18
3.6.3.	Entfallen der Begünstigungswirkung nach den Grundsätzen des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten	22
3.6.3.1.	Anwendbarkeit	23
3.6.3.2.	Allgemeine Methoden zur Ermittlung der Marktkonformität	24
3.6.3.3.	Einzelne Bewertungsmaßstäbe für die Beteiligungsaktivitäten	26
3.6.3.3.1.	Unternehmensgründung und sonstige Kapitalbereitstellungen	27
3.6.3.3.2.	Verzinsung des Beteiligungskapitals als Bewertungsmaßstab für Kapitalzuführungen	29
3.6.3.3.3.	Gewinnthesaurierung	30
3.6.3.3.4.	Nachschusspflicht bei Verlusten	30
3.6.3.3.5.	Zwischenergebnis zum MEOT	30
3.6.4.	Zwischenergebnis zu den Beihilfemerkmale und dem DAWI-Regime	31
3.7.	Sonstige Vorschriften: AGVO-Freistellung und Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV	31
<b>4.</b>	<b>Bewertung von Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an einem Gesundheitskonzern anhand des prozeduralen Beihilferechts</b>	<b>33</b>
<b>5.</b>	<b>Ergebnis</b>	<b>35</b>

## 1. Fragestellung und Gegenstand der Begutachtung

Der Fachbereich Europa wurde beauftragt, die EU-beihilferechtlichen Maßgaben für Beteiligungen bzw. Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an Gesundheitskonzernen in öffentlicher Trägerschaft darzustellen. Hierbei geht es etwa um das wirtschaftliche Engagement von Renten- und Krankenversicherungsträgern in diesem Bereich.

Als „**Gesundheitskonzerne**“ werden im Rahmen dieser Begutachtung als gemeinnützige Gesellschaften organisierte Konzerne verstanden, die zum einen Träger verschiedener Gesundheitseinrichtungen (bspw. Krankenhäuser, Rehabilitationseinrichtungen (Reha-Einrichtungen), Medizinische Versorgungszentren (MVZ), ambulante Dienste, Pflegeeinrichtungen etc.) und zum anderen Muttergesellschaft diverser (gewerblicher) Tochtergesellschaften sind. Mit dem Begriff der „**Beteiligungsaktivitäten**“ werden im Folgenden wirtschaftliche Aktivitäten öffentlicher Stellen in Form der Gründung von Gesundheitskonzernen, etwaiger Anteils- und Kapitalerhöhungen sowie Entscheidungen über die Verzinsung des Beteiligungskapitals, der Gewinnthesaurierung und Nachschusspflichten bei Verlusten jeweils mit Bezug zum Gesamtkonzern bezeichnet.

Unter Ziff. 2 wird zunächst ein allgemeiner Überblick über das materielle EU-Beihilferecht und Verfahrensfragen gegeben. Unter den Ziff. 3 und Ziff. 4 werden diese materiellen bzw. verfahrensrechtlichen Vorgaben dann mit Blick auf die Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an Gesundheitskonzernen dargestellt.

## 2. Überblick über den einschlägigen EU-beihilferechtlichen Rahmen

Nachfolgend wird in Ziff. 2.1. zunächst ein allgemeiner Überblick über das materielle EU-Beihilferecht gegeben. Ziff. 2.2. erläutert den auch für Gesundheitsleistungen grundsätzlich relevanten Rechtsrahmen bezüglich staatlicher Ausgleichleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI). Ziff. 2.3. stellt die einschlägigen Verfahrensvorschriften dar.

### 2.1. Überblick über das materielle EU-Beihilferecht

Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) erlegt den Mitgliedstaaten ein **grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen** auf. Nach dieser Bestimmung sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den zwischenmitgliedstaatlichen Handel beeinträchtigen.

Diesem Normtext werden mehrere Merkmale entnommen: Neben der **Begünstigung** von **Unternehmen** aus **staatlichen Mitteln** gehören hierzu die **Selektivität** sowie die **Wettbewerbsverfälschung** und **Beeinträchtigung des zwischenmitgliedstaatlichen Handels**. Fehlt es nur an einem

dieser allgemeinen Beihilfemerkmale, liegt keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV vor und das EU-Beihilferecht findet keine Anwendung.<sup>1</sup>

Sind die Merkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV hingegen erfüllt, ist dies nicht gleichbedeutend mit der Unionsrechtswidrigkeit einer betreffenden nationalen Maßnahme. Denn das in dieser Vertragsvorschrift geregelte Beihilfeverbot gilt nicht absolut, sondern nur insoweit, als in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist. Zu diesen „anderen Bestimmungen“ zählen insbesondere die **Ausnahmevorschriften** in Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV (siehe hierzu noch Ziff. 3.7.). Besonderheiten ergeben sich zudem bei staatlichen Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI (siehe nachfolgend Ziff. 2.2.).

Der **Vollzug des EU-Beihilferechts** obliegt auf der Grundlage von Art. 108 AEUV vor allem der Europäischen Kommission (Kommission).<sup>2</sup> Diese hat überwiegend nicht verbindliche Maßgaben formuliert, nach denen sie das Vorliegen des Beihilfetatbestands und der Ausnahmetatbestände prüft.<sup>3</sup> Dieses „Soft Law“ begründet zumindest eine Selbstbindung der Kommission<sup>4</sup> und erhöht damit die Rechtssicherheit (Vorhersehbarkeit) und Transparenz ihres Entscheidungsprozesses.<sup>5</sup> Hinsichtlich der Beihilfemerkmale aus Art. 107 Abs. 1 AEUV ist insbesondere die sog. Beihilfemitteilung der Kommission relevant.<sup>6</sup> Letztlich maßgeblich ist aber immer die Auslegung durch die Unionsgerichte.<sup>7</sup>

## 2.2. Besonderheiten bei Ausgleichsleistungen für DAWI

Mit dem „DAWI-Regime“ werden im Rahmen dieser Begutachtung die in der unionsgerichtlichen Rechtsprechung und im Sekundärrecht aufgestellten Voraussetzungen bezeichnet, unter denen mangels Begünstigung schon **keine Beihilfe** i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt oder – ohne

---

1 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 74; Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Rn. 74, m.w.N. aus der Rechtsprechung.

2 Zu den wenigen, zum Teil auf Ausnahmesituationen beschränkten Kompetenzen des Rates im EU-Beihilferecht nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. e, Art. 108 Abs. 2 UAbs. 3 sowie Art. 109 AEUV, vgl. allgemein, *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 1224 ff.

3 Vgl. den Gesamtüberblick der verschiedenen Rechtsakte auf den [Seiten der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission](#) (Stand vom 15. April 2014).

4 Vgl. EuGH, Urteil vom 7. März 2002, Rs. C-310/99, Italien/Kommission, Rn. 52; Urteil vom 5. Oktober 2000, Rs. C-288/96, Deutschland/Kommission, Rn. 62; vgl. zum Zusammenwirken von Recht und Soft Law auch: *Knauff*, Die mitgliedstaatliche Finanzierung der Daseinsvorsorge im Dickicht des europäischen Regelungsgeflechts, ZG 2013, S. 139 (153).

5 *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 4.

6 Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, [ABl. 2016 C 262. 19. Juli 2016. S. 1](#).

7 So auch die [Beihilfemitteilung](#), Rn. 3.

bzw. nach vorheriger Einzelfallprüfung der Kommission – eine **Rechtfertigung** in Betracht kommt.

Die Kommission versteht unter DAWI

„wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden“.<sup>8</sup>

Ausweislich Art. 2 Abs. 1 Buchst. b des sog. DAWI-Freistellungsbeschlusses<sup>9</sup> zählen hierzu insbesondere auch

„Dienstleistungen 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“.<sup>10</sup>

Eine **Begünstigung** i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt nach der Rechtsprechung dann **nicht vor**, wenn eine staatliche Maßnahme lediglich als Ausgleich für die Erbringung von DAWI gewährt wird, sodass die jeweiligen Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten.<sup>11</sup> Ein derartiger Ausgleich ist indes nur dann nicht als Beihilfe einzustufen, wenn im jeweiligen Einzelfall die folgenden weiteren Voraussetzungen erfüllt sind (sog. **Altmark Trans-Kriterien**):<sup>12</sup>

- tatsächliche Betrauung mit einer klar definierten DAWI;
- objektive und transparente vorherige Festlegung der Ausgleichsparameter;

---

8 Vgl. Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden 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 Interesse vom 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2, S. 20, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/overview/new\\_guide\\_eu\\_rules\\_procurement\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf); (im Folgenden: Leitfaden der Kommission vom 29. April 2013 (Fn. 8)); vgl. auch Kommission, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, [Abl. C 8, 11. Januar 2012, S. 4](#), Rn. 47 ff. (im Folgenden: DAWI-Mitteilung).

9 Kommission, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 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. L 7, 11. Januar 2012, S. 3](#).

10 Vgl. auch zur besonderen Stellung von Krankenhäusern und mit sozialen Dienstleistungen beauftragten Unternehmen auch Erwägungsgrund (ErwG) 11 DAWI-Freistellungsbeschluss.

11 EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 72 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

12 EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Rn. 89-93.

- keine Überkompensation durch die Ausgleichsleistung;
- Auswahl des Leistungserbringers in einem Vergabeverfahren oder Festlegung des Ausgleichs durch hypothetischen Vergleich mit den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens (sog. Effizienzkriterium).<sup>13</sup>

Neben dem Tatbestandsausschluss nach den Altmark Trans-Voraussetzungen kann die Beihilfequalität auch entfallen, wenn der in der sog. **DAWI-De-minimis-Verordnung**<sup>14</sup> normierte Schwellenwert nicht überschritten wird. Nach Art. 2 Abs. 2 DAWI-De-minimis-Verordnung sind staatliche Ausgleichszahlungen für DAWI dann keine Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn sie pro Unternehmen 500 000 EUR in einem Zeitraum von drei aufeinanderfolgenden Steuerjahren nicht überschreiten.<sup>15</sup>

Sind die vorgenannten Kriterien nicht erfüllt und liegen die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art. 107 Abs. 1 AEUV vor, kommt eine **Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV** in Betracht.<sup>16</sup> Nach dieser Bestimmung gilt für Unternehmen eine Ausnahme vom Verbot staatlicher Beihilfen, wenn andernfalls die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert würde.<sup>17</sup>

Der von der Kommission erlassene DAWI-Freistellungsbeschluss bestimmt die Voraussetzungen, unter denen staatliche Ausgleichsleistungen für DAWI als mit Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbar gelten und daher vor ihrer Einführung nicht durch die Kommission geprüft werden müssen, also freigestellt sind (siehe zu diesen Verfahrensfragen noch Ziff. 2.3.).<sup>18</sup> Die Voraussetzungen des

---

13 Vgl. EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Rn. 87 sowie im Anschluss etwa: EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 84 und EuG, Urteil vom 15. November 2018, verb. Rs. T-202/10 RENV II und T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie u.a., Rn. 72. Ausführlich hierzu etwa: *Bauer*, Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilfeverbot des EG-Vertrages, 2008, S. 48 ff.; *Boysen/Neukirchen*, Europäisches Beihilferecht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, S. 145 ff.

14 Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. L 114, 26. April 2012, S. 8 ([konso-lidierte Fassung](#)). Vgl. deren ErwG 6 dazu, dass auch in ihrem Anwendungsbereich eine konkret definierte DAWI in einem hinreichenden Betrauungsakt übertragen werden muss.

15 Bleiben Ausgleichsleistungen unter dem Schwellenwert geht die Kommission davon aus, keine Beeinträchtigung des zwischenmitgliedstaatlichen Handel und Wettbewerbs eintritt, vgl. [DAWI-Rahmen](#), Rn. 4. Vgl. dazu: *Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 35, Rn. 483.

16 *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1423.

17 Vgl. näher: Mitteilung der Kommission – Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), [ABL C 8, 11. Januar 2012, S. 25](#), Rn. 5; *Storr*, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, DÖV 2002, S. 357 (359).

18 Vgl. ErwG 7 Satz 2 DAWI-Freistellungsbeschluss.

**DAWI-Freistellungsbeschlusses** entsprechen im Wesentlichen den Altmark Trans-Voraussetzungen. Allerdings gilt das Effizienzkriterium bzw. die Pflicht zur öffentlichen Auftragsvergabe nicht. Art. 5 DAWI-Freistellungsbeschluss schreibt vielmehr lediglich eine Deckelung der Ausgleichsleistung auf die für die Leistungserbringung entstandenen Nettokosten einschließlich eines angemessenen Gewinns vor.<sup>19</sup>

Liegen auch die Voraussetzungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses nicht vor, kommt eine Genehmigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. dem sog. **DAWI-Rahmen** in Betracht.<sup>20</sup> Die Vereinbarkeitsvoraussetzungen nach dem DAWI-Rahmen gleichen den Altmark Trans-Kriterien und den Voraussetzungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses, wobei der DAWI-Freistellungsbeschluss hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs und des maximalen Förderzeitraums grundsätzlich restriktiver ist.<sup>21</sup>

### 2.3. Überblick über das prozedurale EU-Beihilferecht

Wie oben unter Ziff. 2.1. bereits dargestellt, obliegt der Vollzug des EU-Beihilferechts in erster Linie der Kommission. Das von ihr anzuwendende Verfahrensrecht ergibt sich aus Art. 108 AEUV insbesondere i.V.m. der sog. Beihilfenverfahrens-VO.<sup>22</sup> Hinsichtlich des jeweils einschlägigen Verfahrensregimes ist in einem ersten Schritt danach zu unterscheiden, ob es sich um „neue“ oder „bestehende“ **Beihilfen** handelt.

Für neue Beihilfen gilt ein **Präventivkontrollverfahren**: Sie müssen grundsätzlich vor ihrer Einführung bei der Kommission angemeldet werden und dürfen nicht durchgeführt werden, bevor das Verfahren zu einer abschließenden Entscheidung geführt hat (sog. **Notifizierungspflicht** und **Durchführungsverbot**, Art. 108 Abs. 1 S. 1, 3 AEUV).<sup>23</sup> Mit dem Binnenmarkt unvereinbare

- 
- 19 Vgl. [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 62 ff.; Leitfaden der Kommission vom 29. April 2013 (Fn. 8), S. 68; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 26; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 157 ff.
- 20 Vgl. Mitteilung der Kommission — Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), [ABl. C 8, 11. Januar 2012, S. 25](#), Rn. 7; *Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 35, Rn. 487.
- 21 Vgl. zu den Voraussetzungen des DAWI-Rahmens und den Unterschieden zu den Altmark Trans- und DAWI-Freistellungsbeschlusskriterien: [DAWI-Rahmen](#), Rn. 12 ff., 17, 19, 21 ff., 39 ff., 47 ff., 51; Leitfaden der Kommission vom 29. April 2013 (Fn. 8), S. 82 ff.; *Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 35, Rn. 487 ff.
- 22 Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (kodifizierter Text), [ABl. L 248, 24. September 2015, S. 9](#). Neben dieser für Beihilfen in allen Sektoren geltenden Verordnung gibt es sektorspezifische Verfahrensregeln. Zudem hat die Kommission beispielsweise einen Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfverfahren, [ABl. C 253, 19. Juli 2018, S. 14](#), erarbeitet, der den Mitgliedstaaten, Beihilfeempfängern und anderen Beteiligten Orientierungshilfen hinsichtlich des praktischen Ablaufs von Beihilfverfahren an die Hand geben soll.
- 23 Vgl. EuGH, Urteil vom 26. Oktober 2016, Rs. C-590/14 P, DEI, Rn. 45 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

rechtswidrig gewährte neue Beihilfen unterliegen zudem grundsätzlich der Rückforderung.<sup>24</sup> Daneben besteht aber auch die Möglichkeit, Beihilfen ohne vorherige Anmeldung und Kommissionsüberprüfung zu gewähren, soweit bestimmte vorab bekannte materielle und formale Anforderungen („**Freistellungstatbestände**“) eingehalten werden.<sup>25</sup> Dies ist etwa bei den im DAWI-Freistellungsbeschluss normierten Tatbeständen der Fall (siehe Ziff. 2.2.). Aber auch die sog. Allgemeine Freistellungsverordnung (AGVO) enthält Tatbestände, bei deren Eingreifen die Vorab-Kontrolle entfällt (siehe noch Ziff. 3.7.).<sup>26</sup>

Für bestehende Beihilfen gilt demgegenüber ein sog. **repressives Kontrollverfahren**, das darauf gerichtet ist, eine unionsrechtswidrige Beihilfegewährung für die Zukunft abzustellen.<sup>27</sup> Insoweit ist indes wiederum zwischen sog. Einzelbeihilfen und Beihilferegulungen zu unterscheiden: **Bestehende Einzelbeihilfen** genießen **Bestandsschutz**. Das bedeutet, dass sie ungeachtet ihrer etwaigen Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nicht mehr kontrolliert werden und eine Rückforderung ausgeschlossen ist.<sup>28</sup> Für **bestehende Beihilferegulungen** ist nach Art. 108 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 21 ff. Beihilfenverfahrens-VO demgegenüber das **fortlaufende** (repressive) **Prüfverfahren** vorgesehen. Die Initiative für die Verfahrenseinleitung liegt bei der Kommission.<sup>29</sup> Sollte eine Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt festgestellt werden, kommt insbesondere eine inhaltliche Änderung, die Einführung von Verfahrensvorschriften oder aber die Abschaffung der Beihilferegulung in Betracht (vgl. Art. 22 Beihilfenverfahrens-VO). Eine **Rückabwicklung** der Beihilferegulung für die Vergangenheit ist aber **nicht vorgesehen**.<sup>30</sup>

Der **Begriff der bestehenden Beihilfe** ist in Art. 1 Buchst. b Beihilfenverfahrens-VO definiert. Die Norm unterscheidet fünf Gruppen bestehender Beihilfen. Zu ihnen zählen u.a. Beihilfen, die **vor Inkrafttreten des EWG-Vertrags** (1. Januar 1958) gewährt wurden.<sup>31</sup> Zudem gelten nach Art. 1

---

24 Vgl. Art. 16 Beihilfenverfahrens-VO; *Soltész*, Das prozedurale binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht, in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 15, Rn. 70.

25 Vgl. zur Entwicklung *Soltész*, Das neue europäische Beihilferecht, NJW 2014, S. 3128 (3130).

26 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABL L 187, 26. Juni 2014, S. 1 ([konsolidierte Fassung](#)).

27 Vgl. dazu nur: *Soltész*, Das prozedurale binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht, in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 15, Rn. 11 ff.; *Eisenhut*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 108 AEUV, Rn. 3.

28 Vgl. *Unger*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Art. 1 Beihilfenverfahrens-VO, Rn. 4, 22.

29 Sie hat hierbei nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze guten Verwaltungshandelns vorzugehen, vgl. *Soltész*, Das prozedurale binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht, in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 15, Rn. 69 f.

30 Vgl. *Soltész*, Das prozedurale binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht, in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 15, Rn. 70; *Unger*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Art. 1 Beihilfenverfahrens-VO, Rn. 4.

31 *Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 1 Beihilfenverfahrens-VO, Rn. 6.

Buchst. b Ziff. ii auch (von der Kommission) genehmigte Beihilfen als bestehende Beihilfen, wobei sich in der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union (EuG) Anhaltspunkte dafür finden, dass hierunter auch von der Notifizierungspflicht freigestellte Beihilfen fallen.<sup>32</sup> Nach Art. 1 Buchst. b Ziff. iv i.V.m. Art. 17 gelten Beihilfen zudem als bestehend, wenn für sie die **zehnjährige Rückforderungsfrist abgelaufen** ist. Nach Art. 1 Buchst. b Ziff. v Satz 1 ist von einer bestehenden Beihilfe auszugehen, wenn nachgewiesen werden kann, dass eine Förderung zum Einführungszeitpunkt keine Beihilfe darstellte und erst später aufgrund der Entwicklung des Binnenmarktes hierzu wurde.<sup>33</sup>

**Neue Beihilfen** sind gemäß Art. 1 Buchst. c Beihilfenverfahrens-VO demgegenüber alle Beihilfen, die keine bestehenden Beihilfen sind, einschließlich der Änderungen bestehender Beihilfen.

Als **Beihilferegungen**, die – wenn es sich um bestehende Beihilfen handelt – dem repressiven Kontrollverfahren unterliegen, definiert Art. 1 Buchst. d Beihilfenverfahrens-VO zum einen Regelungen, auf deren Grundlage abstrakt definierten Unternehmen ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt werden können (im Folgenden: **vorhabenbezogene Beihilferegungen**). Zum anderen fallen hierunter Regelungen, nach denen bestimmten Unternehmen nicht an ein konkretes Vorhaben gebundene Beihilfen für unbestimmte Zeit und/oder in unbestimmter Höhe gewährt werden können (im Folgenden: **unternehmensbezogene Beihilfen**). Demgegenüber sind **Einzelbeihilfen** i.S.v. Art. 1 Buchst. e Beihilfenverfahrens-VO Beihilfen, die nicht aufgrund einer Beihilferegung gewährt werden sowie einzelne anmeldepflichtige Zuwendungen aufgrund einer Beihilferegung.

In der Literatur wird auf die **Schwierigkeiten bei der Abgrenzung** zwischen bestehenden und neuen Beihilfen sowie die diversen hierzu ergangenen unionsgerichtlichen Urteile hingewiesen.<sup>34</sup> Diese Schwierigkeiten resultieren aus der in Art. 1 Buchst. c enthaltenen „Wandlungsklausel“, nach der unter „neue Beihilfen“ auch Änderungen bestehender Beihilfen fallen. Aus der Rechtsprechung der Unionsgerichte ergibt sich insoweit, dass sich bestehende Beihilfen nur dann in neue Beihilfen wandeln, wenn die Änderung ihren Kern betrifft. Andernfalls kann allenfalls die Änderung selbst als neue Beihilfe eingestuft werden.<sup>35</sup> Wann im Einzelnen eine wesentliche Änderung (im Gegensatz zu einer rein formalen Änderung) vorliegt, lässt sich nicht abschließend abstrakt darstellen.<sup>36</sup> In der rechtswissenschaftlichen Rezeption der unionsgerichtlichen Rechtsprechung dürfte aber insoweit Einigkeit bestehen, als dass jedenfalls Modifikationen

---

32 Vgl.: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 1 VO 2015/1589, Rn. 7 f. unter Bezugnahme auf EuG, Urteil vom 11. Juli 2018, Rs. T-185/15, *Buonotourist/Kommission*, Rn. 120 (bezogen auf die Verkehrs-VO (EWG) Nr. 1191/69).

33 Siehe dazu näher: *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 108 AEUV, Rn. 3.

34 Vgl. etwa *Rusche*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 108 AEUV, Rn. 13.

35 EuG, verb. Rs. T-254/00, T-270/00 und T-277/00, *Hotel Cipriani u.a./Kommission*, Rn. 358.

36 Vgl. zu diesen Fragen *Rusche*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 108 AEUV, Rn. 14 f. Vgl. auch *Soltész*, Das prozedurale binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht, in: *Müller-Graff*, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 15, Rn. 73, dazu, dass die Kommission in der Vergangenheit einen recht großzügigen Ansatz verfolgt habe.

des **Anwendungszeitraums** oder der **bereitgestellten Haushaltsmittel** sowie den staatlichen Stellen zurechenbare Erweiterungen des (sachlichen und räumlichen) **Tätigkeitsbereichs des begünstigten Unternehmens** wesentliche Änderungen darstellen, sofern sich diese in den jeweiligen Beihilferegelungen selbst niederschlagen.<sup>37</sup> In der Durchführungsverordnung 794/2004 zur Beihilfenverfahrens-VO definiert die Kommission, was sie als (un-)wesentliche Änderung erachtet.<sup>38</sup> Nach Art. 4 Abs. 1 VO 794/2004 liegt eine Änderung i.S.v. Art. 1 Buchst. c Beihilfenverfahrens-VO bei jeder Änderung vor, es sei denn, es handelt sich um eine rein formale oder verwaltungstechnische Modifikation, die keinen Einfluss auf die Würdigung der Vereinbarkeit der Beihilfemaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt haben kann. Darüber hinaus werde – im Sinne einer Fiktion – eine Erhöhung der Ausgangsmittel für eine bestehende Beihilfe bis zu 20 % nicht als Änderung einer bestehenden Beihilfe angesehen.<sup>39</sup>

### 3. Bewertung von Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an einem Gesundheitskonzern anhand des materiellen Beihilferechts

Nachfolgend wird unter Ziff. 3.1. bis 3.6. beleuchtet, unter welchen Voraussetzungen Beteiligungsaktivitäten an Gesundheitskonzernen die materiellen Beihilfemerkmale erfüllen.

Die unter Ziff. 3.6. adressierte Frage der Begünstigungswirkung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Freistellungs- bzw. Rechtfertigungsmöglichkeiten für DAWI-Ausgleichsleistungen (siehe dazu allg. Ziff. 2.2.). Aus diesem Grund werden die Maßgaben des DAWI-Regimes gebündelt unter Ziff. 3.6.2. dargestellt.

#### 3.1. Gesundheitskonzerne in öffentlicher Trägerschaft als Unternehmen

Die Beihilfenvorschriften gelten ausschließlich für **Unternehmen**. Dies sind nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) alle Einheiten, die wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, ungeachtet ihrer Rechtsform bzw. Eingliederung in die öffentliche Verwaltung und der Art ihrer Finanzierung.<sup>40</sup> Art. 106 Abs. 1 AEUV stellt insoweit klar, dass die EU-Beihilfenvorschriften auch für **öffentliche Unternehmen** gelten.<sup>41</sup> Hierunter sind Unternehmen

---

37 Vgl. *Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 108 AEUV, Rn. 13; *Soltész*, Das prozedurale binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht, in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl. 2021, § 15, Rn. 72 unter Verweis u.a. auf GA Lenz, Schlussanträge vom 22. Juni 1994 zu EuGH, Rs. C-44/93, *Namur-Les Assurances/OND*, Rn. 77 ff.

38 Verordnung (EG) Nr 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl L 140, 30. April 2004, S. 1 ([konsolidierte Fassung](#)).

39 Näher dazu *Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 108 AEUV, Rn. 15 f., der erläutert, dass eine 20% übersteigende Steigerung auch dann eine neue Beihilfe begründet, wenn die Beihilferegelung als solche nicht geändert wird.

40 Vgl. die Nachweise in der [Beihilfemitteilung](#), Rn. 6-8.

41 Vgl. zur ratio dieser Vorschrift nur: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 85.

zu verstehen, auf die öffentliche Hoheitsträger aufgrund ihres Eigentums, ihrer Beteiligungsverhältnisse, gemäß Satzung oder sonstiger Bestimmungen unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss nehmen können.<sup>42</sup> Zudem gelten die EU-Beihilfenvorschriften auch im Bereich des Gesundheitswesens; die in Art. 168 Abs. 7 AEUV abgesicherte ausschließlich Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Gesundheitssysteme ändert daran nichts.<sup>43</sup>

Damit kommt es für die Frage, ob Gesundheitskonzerne in öffentlicher Trägerschaft als Unternehmen einzustufen sind, ausschließlich darauf an, ob sie **wirtschaftliche Tätigkeiten** ausüben. Wirtschaftlich ist jede Tätigkeit, die darin besteht, auf einem bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen anzubieten.<sup>44</sup> Dass eine Tätigkeit als „sozial“ eingestuft werden kann oder dass diese ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird, steht der Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit nicht generell entgegen.<sup>45</sup> Folglich können insbesondere auch Tätigkeiten gemeinnütziger Einrichtungen als wirtschaftliche Tätigkeiten angesehen werden.<sup>46</sup> Als **nicht wirtschaftlich** gelten demgegenüber etwa Tätigkeiten zur Erfüllung wesentlicher Staatsaufgaben (bspw. Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit).<sup>47</sup> Darüber hinaus ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH auch eine Einschränkung des Unternehmensbegriffs für Systeme sozialer Sicherheit, die nach dem Grundsatz der Solidarität funktionieren.<sup>48</sup> Bei Krankenhäusern bzw. deren Trägern lehnen die Unionsorgane eine wirtschaftliche Betätigung auf dieser Grundlage zwar ab, wenn sie ausschließlich im Sinne eines Solidaritätsprinzips direkt über Sozialversicherungsbeiträge und staatliche Mittel finanziert werden, sodass den Versicherten keine Kosten entstehen.<sup>49</sup> Tätigkeiten von Krankenhäusern, die miteinander im Wettbewerb stehen und von Patienten oder deren Versicherungen bezahlt werden, werden aber als wirtschaftlich eingestuft.<sup>50</sup> Vor diesem Hintergrund geht die rechtswissenschaftliche Literatur davon aus, dass **Gesundheitseinrichtungen in Deutschland**

---

42 Vgl. *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 106 AEUV, Rn. 13; *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 55.

43 *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1418.

44 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 12 ff. unter Verweis auf die st. Rspr. des EuGH; *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 106 AEUV, Rn. 11.

45 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 9 ff. sowie etwa: EuGH, Urteil vom 12. September 2000, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98, Pavlov, Rn. 118 und Leitfaden der Kommission vom 29. April 2013 (Fn. 8), S. 36 Frage 31.

46 Vgl. EuGH, Urteil vom 10. Januar 2006, Rs. C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze, Rn. 101 ff.

47 Vgl. die Nachweise bei *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 57.

48 St. Rspr. seit EuGH, Urteil vom 17. Februar 1993, Rs. C-159/91, Poucet und Pistre, Rn. 18 f.; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 106 AEUV, Rn. 23.

49 Vgl. EuG, Urteil vom 7. November 2012, Rs. T-137/10, CBI, Rn. 90; Urteil vom 4 März 2003, Rs. T-319/99, FE-NIN/Kommission, Rn 39 f.; [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 22.

50 *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 50 m.N. aus der Rechtsprechung; *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1421.

(Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen einschließlich Einrichtungen für ambulante Gesundheits- und Pflegeleistungen) generell und unabhängig von ihrer Trägerschaft den **Unternehmensbegriff erfüllen**.<sup>51</sup>

Dieser Ausarbeitung liegt als zu prüfende Fallkonstellation das Tätigkeitsspektrum eines (gemeinnützigen) Gesundheitskonzerns in öffentlicher Trägerschaft zugrunde, welches – neben der Eigentümerstellung bezüglich (gewerblicher) Tochtergesellschaften – die Trägerschaft von Krankenhäusern, Reha-Einrichtungen, MVZ, Pflegeeinrichtungen und ambulanten Gesundheitsdiensten einschließt (vgl. Ziff. 1.). Nach dem Vorstehenden dürfte daher die Tätigkeit eines solchen Gesundheitskonzerns jedenfalls *auch* wirtschaftliches Handeln einschließen.<sup>52</sup> Insoweit gilt, dass die Einstufung einer Einheit als Unternehmen immer in Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit erfolgt.<sup>53</sup> Der Gesundheitskonzern ist also insoweit als Unternehmen anzusehen, als er wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt.

### 3.2. Finanzierung aus staatlichen Mitteln

Das Kriterium der Staatlichkeit der Finanzierung ist erfüllt, wenn die jeweilige Beihilfe unmittelbar von Trägern der öffentlichen Hand gewährt wird.<sup>54</sup>

Nach der Beihilfemitteilung umfassen staatliche Mittel sämtliche Mittel des öffentlichen Sektors, einschließlich der Mittel innerstaatlicher (dezentralisierter, föderierter, regionaler oder sonstiger) Stellen.<sup>55</sup> Zu diesen Stellen zählt die rechtswissenschaftliche Literatur alle mitgliedstaatlichen Hoheitsträger einschließlich öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten.<sup>56</sup>

Hinsichtlich der hier begutachteten Fallkonstellation kann auf § 29 Abs. 1 SGB IV verwiesen werden, wonach es sich bei den Trägern der Sozialversicherung um Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung handelt. Sind also beispielsweise Beteiligungsaktivitäten vor-

---

51 *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1421; 1434 m.w.N.; *Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 5, Rn. 45.

52 Die Kommission und das EuG gehen offenbar davon aus, dass öffentliche Krankenhäuser auch einen Anteil nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten ausüben könnten, vgl. EuG, Urteil vom 7. November 2012, Rs. T-137/10, CBI, Rn. 91. Sofern sich staatliche Vorteilsgewährungen aber nicht auf diese nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten beschränken, ist – bei Vorliegen der weiteren Beihilfemerkmale – hinsichtlich der wirtschaftlichen Tätigkeiten gleichwohl eine Beihilfe gegeben.

53 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 10.

54 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 38 ff., wonach die neben der Verwendung staatlicher Mittel erforderliche Zurechenbarkeit einer Maßnahme zum Staat unproblematisch ist, sofern eine Behörde handelt.

55 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 48 m.N. aus der Rechtsprechung.

56 *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 249 m.N. aus der Rechtsprechung.

nehmende Renten- oder Krankenversicherungsträger) nach ihrer Satzung als derartige Körperschaften organisiert, dürften von diesen Stellen gewährte Vorteile grundsätzlich als staatliche Mittel i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV in Betracht kommen.

### 3.3. Selektivität

Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet Beihilfen zur „Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“, d. h. **selektive Beihilfen**. Eine Maßnahme von rein allgemeinem Charakter, die nicht bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt, fällt folglich nicht unter Art. 107 Abs. 1 AEUV.<sup>57</sup>

Beziehen sich die Beteiligungsaktivitäten also ausschließlich auf einen bestimmten Gesundheitskonzern, ist die Selektivität zu bejahen.

### 3.4. Drohende Wettbewerbsverfälschung und De-minimis-Verordnung

Von einer (drohenden) Wettbewerbsverfälschung ist auszugehen, wenn die jeweilige staatliche Maßnahme geeignet ist, die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern. Eine Wettbewerbsverfälschung wird daher in der Kommissions- und Gerichtspraxis im Allgemeinen angenommen, wenn der Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt.<sup>58</sup>

Eine solche Wettbewerbsverfälschung wird von der Kommission und in der Literatur mit Blick auf Vorteilsgewährungen zugunsten (bestimmter) öffentlicher Krankenhäuser bejaht. Die Zuführung finanzieller Mittel verbessere die Wettbewerbsstellung gegenüber (öffentlichen und privaten) Konkurrenten.<sup>59</sup> Insofern wird darauf verwiesen, dass es zwar ggf. keinen nennenswerten Wettbewerb um im Krankenhaus zu behandelnde Patienten gebe. Dies sei aber irrelevant, da die Unionsgerichte keine „spürbare“ Wettbewerbsverfälschung verlangten.<sup>60</sup>

Die vorstehenden Erwägungen dürften auf die Gewährung staatlicher Vorteile für Gesundheitskonzerne übertragbar sein. Somit liegt eine Wettbewerbsverfälschung durch die Beteiligungsaktivitäten nahe, sofern sie dem Gesundheitskonzern einen finanziellen Vorteil bringen (vgl. zur Begünstigungswirkung noch Ziff. 3.6.).

---

57 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 117 f.

58 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 187.

59 Kommission, Mitteilung vom 25. August 2010, CP 6/2003 – Deutschland, Rn. 68; *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 62.

60 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 189; *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 62.

Etwas anderes könnte sich aus der (allgemeinen) De-minimis-Verordnung<sup>61</sup> ergeben (siehe bereits Ziff. 2.2. und noch Ziff. 3.6.2. zur DAWI-De-minimis-Verordnung). Deren Art. 3 fingiert das Nichtvorliegen einer Wettbewerbsverfälschung, wenn die Zuwendungen an ein Unternehmen in drei Jahren weniger als 200.000 EUR betragen.<sup>62</sup>

### 3.5. Auswirkungen auf den zwischenmitgliedstaatlichen Handel

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind Beihilfen nur insoweit mit dem Binnenmarkt unvereinbar, als sie den „Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

Nach der Beihilfemitteilung der Kommission hängt die Bejahung dieses Beihilfemerkmals zwar nicht davon ab, dass tatsächliche Auswirkungen auf den zwischenmitgliedstaatlichen Handel festgestellt werden.<sup>63</sup> Es müssen aber, über reine Hypothesen oder Vermutungen hinaus, Feststellungen auf der Grundlage der vorhersehbaren Auswirkungen einer Maßnahme getroffen werden.<sup>64</sup>

Eine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung ist nicht bereits dann auszuschließen, wenn der in Rede stehende Vorteil oder das in Rede stehende Unternehmen vergleichsweise klein sind. Zudem lassen sich zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigungen auch nicht von vornherein ausschließen, wenn der Empfänger selbst nicht am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt, sondern stattdessen etwa ausschließlich regionale oder örtliche Dienste erbringt. Denn eine Förderung derartiger innermitgliedstaatlicher Dienste könne sich gleichwohl als eine im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit relevante Marktzugangsschranke für EU-ausländische Unternehmen erweisen oder sich negativ auf die Wettbewerbsstellung bereits niedergelassener EU-ausländischer Unternehmen auswirken.<sup>65</sup>

Allerdings hat die Kommission in bestimmten Fallkonstellationen die Ansicht vertreten, dass die in Rede stehende Maßnahme **rein lokale Auswirkungen** habe, sodass **zwischenmitgliedstaatliche Handelsbeeinträchtigungen ausschieden**. Grundsätzlich ist hierfür erforderlich, dass

---

61 Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. L 352, 24. Dezember 2013, S. 1 ([konsolidierte Fassung](#)).

62 Vgl. *Dohms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 35, Rn. 483, dazu, dass der höhere Schwellenwert nach der DAWI-De-minimis-Verordnung gerechtfertigt sei, weil dem Unternehmen Kosten entstünden, die unmittelbar mit der ihm vom Staat auferlegten DAWI verbunden seien, sodass der Wert der staatlichen Vorteilsgewährung deutlich niedriger sei als der ausgezahlte Betrag.

63 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 190 sowie Rn. 194, wonach insbesondere keine Marktabgrenzung und konkrete Prüfung der Auswirkungen der Beihilfemaßnahme auf die Wettbewerbsfähigkeit des Beihilfeempfängers und seiner Wettbewerber erfolgen müsse.

64 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 195.

65 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 191 f.

- die geförderten Dienstleistungen in einem geographisch begrenzten Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaats angeboten werden,
- es unwahrscheinlich ist, dass dieses Angebot von Kunden aus anderen Mitgliedstaaten in Anspruch genommen wird,
- und nicht davon auszugehen ist, dass sich die in Rede stehende Maßnahme mehr als nur marginal auf grenzüberschreitende Investitionen oder Unternehmensniederlassungen auswirken würde.<sup>66</sup>

Solche rein lokalen Auswirkungen hat die Kommission insbesondere auch im Zusammenhang mit **Gesundheitseinrichtungen**, d.h. Krankenhäusern, Reha-Einrichtungen, ambulanten Gesundheits- und Pflegediensten sowie Pflegeeinrichtungen angenommen.<sup>67</sup> Diesen Entscheidungen lag zwar jeweils eine Einzelfallbeurteilung zugrunde. Gleichwohl lässt die Kommissionspraxis allgemeine Bewertungskriterien erkennen. Für rein lokale Auswirkungen spricht es danach, wenn die jeweilige Gesundheitseinrichtung **medizinische Standardleistungen** anbietet und auch die zur Verfügung stehenden **Kapazitäten beschränkt** sind. In diesem Fall sei grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass die Leistungen von EU-ausländischen Patienten in Anspruch genommen würden. Auch angesichts der Sprachbarriere und Besonderheiten des einzelstaatlichen Gesundheits- oder Erstattungssystems hält die Kommission einen grenzüberschreitenden Wettbewerb bei Standardgesundheits- und Standardarztleistungen für unwahrscheinlich.<sup>68</sup> Bei Förderungen derartiger medizinischer Standardleistungen für die örtliche Bevölkerung dürfte nach Einschätzung der Kommission kaum ein Interesse von Investoren aus anderen Mitgliedstaaten bestehen.<sup>69</sup>

Etwas anderes kann sich nach Ansicht der Kommission aber insbesondere ergeben, wenn Gesundheitseinrichtungen mit **internationaler Reputation** hoch **spezialisierte Gesundheitsleistungen** anbieten und zudem in **Grenzregionen** mit **hoher Patientenmobilität** (bedingt durch gute

---

66 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 196; Kommission, Staatliche Beihilfen: Kommission gibt Orientierungshilfe zur Zulässigkeit der Gewährung lokaler staatlicher Fördermaßnahmen ohne vorherige Genehmigung der Kommission, [Pressemitteilung vom 29. April 2015](#). Diesen Ansatz hat das EuG im Tourismusbereich bestätigt, vgl. EuG, Urteil vom 14. Mai 2019, Rs. T-728/17, Marininvest, Rn. 95.

67 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 197 Buchst. c i.V.m. Fn. 288. Übernommen etwa in: BGH, Urteil vom 24. März 2016, I ZR 263/14, Rn. 99 f.; vgl. auch: *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1446 ff.

68 Vgl. Kommission, Beschluss vom 29. April 2015, SA.37904 (2014/NN) – Deutschland, Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim, C(2015) 2800 endgültig, Rn. 17, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/255736/255736\\_1654239\\_58\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/255736/255736_1654239_58_2.pdf). Vgl. darüber hinaus die Auswertung der Kommissionsentscheidungen bei: *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1446 ff.; *Wollenschläger/Baier*, Der Krankenhausstrukturfonds im Fokus des EU-Beihilferechts: Anforderungen an eine Beihilferechtskonforme Ausgestaltung der Umwandlungsförderung, NZS 2020, S. 370 (374) m.w.N., die als zusätzliches Hindernis bspw. die Nähe zur Familie nennen.

69 Vgl. Kommission, Beschluss vom 29. April 2015, SA.37904 (2014/NN) – Deutschland, Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim, C(2015) 2800 endgültig, Rn. 17; [Beihilfemitteilung](#), Rn. 197; *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1446 ff.

Verkehrsanbindungen und Mehrsprachigkeit des örtlichen Gesundheitspersonals) liegen.<sup>70</sup> Insofern ist zu beachten, dass nach der Entscheidungspraxis der Kommission allein die Grenznähe bzw. der Umstand, dass in einer Gesundheitseinrichtung auch einige EU-ausländische Patienten behandelt werden, den rein lokalen Einzugs- und Wirkungsbereich einer Gesundheitseinrichtung nicht generell ausschließt. Vielmehr legt die Kommission ihrer Bewertung offenbar eine **empirische Betrachtung** des Anteils ausländischer Patienten zugrunde<sup>71</sup> und lehnte die Binnenmarktrelevanz hinsichtlich eines auf die regionale Erbringung von Standardleistungen gerichteten Krankenhauses mit der Begründung ab, dass die Anzahl EU-ausländischer Patienten verschwindend gering sei.<sup>72</sup> Zudem verneinte die Kommission beispielsweise hinsichtlich einer deutschen Gesundheitseinrichtung in unmittelbarer Nähe zur französischen Grenze eine Beeinträchtigung des zwischenmitgliedstaatlichen Handels unter Verweis auf die dort erbrachten Standardmedizinleistungen.<sup>73</sup>

Vor diesem Hintergrund könnte es für die Feststellung rein lokaler Auswirkungen darauf ankommen, ob hinsichtlich der jeweiligen Gesundheitseinrichtungen in Trägerschaft des geförderten Gesundheitskonzerns angesichts der erbrachten Gesundheitsleistungen, der Kapazitäten und der tatsächlichen EU-ausländischen Patientenzahlen sowie der Frage, ob bereits EU-ausländische Konkurrenzunternehmen niedergelassen sind, von einem rein lokalen Einzugs- und Wirkungsbereich auszugehen wäre.<sup>74</sup>

Insofern dürfte aber Folgendes zu bedenken sein: Zum einen wird in der Literatur betont, dass es jenseits eindeutig gelagerter Fälle angesichts des einzelfallbezogenen Ansatzes der Kommission

---

70 Vgl. Kommission, Beschluss vom 5. Juli 2016, SA.19864 -2014/C (2009/NN54) – Belgium, Public financing of Brussels public IRIS hospitals, C(2016) 4051 final, Rn. 140, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/254584/254584\\_1779214\\_235\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254584/254584_1779214_235_2.pdf); Kaeding, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1447 f.

71 Vgl. nur: Kommission, Beschluss vom 29. April 2015, SA.38035 (2015/NN) – Deutschland, Mutmaßliche Beihilfe für eine Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie, C(2015) 2797 final, Rn. 13, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/257187/257187\\_1653216\\_84\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/257187/257187_1653216_84_2.pdf). Kritisch *Wollenschläger/Baier*, Der Krankenhausstrukturfonds im Fokus des EU-Beihilferechts: Anforderungen an eine Beihilferechtskonforme Ausgestaltung der Umwandlungsförderung, NZS 2020, S. 370 (374), da etwaige Beeinflussungen der Patientenströme aus dem Inland in das EU-Ausland nicht beleuchtet würden.

72 Kommission, Beschluss vom 29. April 2015, SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic, Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region, C(2015) 2796 final, Rn. 21, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/257188/257188\\_1653409\\_55\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/257188/257188_1653409_55_2.pdf); Drei Patienten aus dem EU-Ausland im Verhältnis zu mehr als 267 000 Patienten insgesamt.

73 Kommission, Beschluss vom 29. April 2015, SA.37904 (2014/NN) – Deutschland, Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim, C(2015) 2800 endgültig, Rn. 17.

74 Vgl. zu diesem Prüfmaßstab in einer Konstellation, in der es um die Feststellung von Beihilfen zugunsten eines Trägers zweier Krankenhäuser ging: BGH, Urteil vom 24. März 2016, I ZR 263/14, Rn. 100.

und mangels klarer Vorgaben für die zu erbringenden Nachweise **risikobehaftet** sei, auf nationaler Ebene **von vornherein rein lokale Auswirkungen** anzunehmen.<sup>75</sup> Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die hier in den Blick genommenen Gesundheitskonzerne nicht nur Träger einer begrenzten Zahl (ggf. rein lokal agierender) Gesundheitseinrichtung sind,<sup>76</sup> sondern darüber hinaus auch diverse (gewerbliche) Tochtergesellschaften haben. Bereits eine solche ausgedehnte **Konzernstruktur** lässt es fraglich erscheinen, ob einem derartigen Gesundheitsunternehmen rein lokale Auswirkungen zugeschrieben werden können.

### 3.6. Begünstigungswirkung von Beteiligungsaktivitäten und DAWI-Regime

Nachfolgend wird unter Ziff. 3.6.1. zunächst allgemein dargestellt, unter welchen Voraussetzungen von einer Unternehmensbegünstigung auszugehen ist. Unter Ziff. 3.6.2. und Ziff. 3.6.3. wird dann erläutert, ob und unter welchen Voraussetzungen (begünstigende) Beteiligungsaktivitäten gleichwohl binnenmarktkonform sein können, weil sie entweder als **Ausgleichsleistungen für DAWI** zu qualifizieren oder als **marktübliches Verhalten eines vernünftig agierenden Wirtschaftsbeteiligten** einzustufen sind.

#### 3.6.1. Begünstigung

Unter den Begriff der Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV fallen sämtliche Formen wirtschaftlicher Vergünstigungen, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d.h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte.<sup>77</sup>

Soweit die Beteiligungsaktivitäten daher dem Gesundheitskonzern einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen, kommen sie grundsätzlich als Begünstigungen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV in Betracht. Etwas anderes kann aber gelten, wenn und soweit es sich bei ihnen um Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI (Ziff. 3.6.2.) oder um wirtschaftliche Vorteile handelt, die der Gesundheitskonzern ebenso unter normalen Marktbedingungen hätte erhalten können (Ziff. 3.6.3.).<sup>78</sup>

#### 3.6.2. Eingreifen des DAWI-Regimes?

Wie oben unter Ziff. 2.2. dargestellt, gelten im DAWI-Regime verschiedene Voraussetzungen, bei deren Vorliegen staatliche Ausgleichsleistungen entweder schon keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen oder nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt sein können.

---

75 Wollenschläger/Baier, Der Krankenhausstrukturfonds im Fokus des EU-Beihilferechts: Anforderungen an eine Beihilferechtskonforme Ausgestaltung der Umwandlungsförderung, NZS 2020, S. 370 (374).

76 So war die dem Urteil des BGH vom 24. März 2016, I ZR 263/14 zugrunde liegende Konstellation.

77 Vgl. nur: EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, verb. Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u.a., Rn. 83; [Beihilfemitteilung](#), Rn. 66.

78 EuGH, Urteil vom 5. Juni 2012, Rs. C-124/10 P, Kommission/EDF, Rn. 78.

Alle diese Anwendungsfälle des DAWI-Regimes setzen übereinstimmend voraus, dass **hinreichende Betrauungsakte** das jeweilige Unternehmen zur Erbringung **konkret definierter DAWI** verpflichten und dass **Mechanismen gegen Überkompensation** bestehen müssen.<sup>79</sup> Nach Art. 2 Buchst. d der Transparenzrichtlinie (vgl. zudem Art. 5 Abs. 9 DAWI-Freistellungsbeschluss; Ziff. 2.5 DAWI-Rahmen)<sup>80</sup> sind Unternehmen, die neben DAWI auch andere Tätigkeiten ausüben, zudem grundsätzlich zu einer **getrennten Buchführung** bezüglich der beiden Bereiche verpflichtet.<sup>81</sup>

Hinsichtlich der hier begutachteten Beteiligungsaktivitäten dürften – **vorbehaltlich einer Prüfung der Rechtslage im konkreten Einzelfall** – die **besseren Gründe gegen die Anwendbarkeit** des DAWI-Regimes sprechen.

Zwar hat das EuG mit Blick auf Gesundheitsleistungen im Krankenhaussektor entschieden, dass die Voraussetzungen des DAWI-Regimes dort nicht mit der gleichen Strenge anzuwenden seien wie bei vollständig wettbewerblich oder kommerziell geprägten Tätigkeiten.<sup>82</sup> Zudem verfügen die **Mitgliedstaaten** sowohl bei der Definition von DAWI als auch bei der Festlegung der Ausgleichsparameter<sup>83</sup> über einen **weiten Spielraum**, was im Bereich der nationalen Gesundheitssysteme noch durch die Kompetenzsicherungsklausel aus Art. 168 Abs. 7 AEUV verstärkt wird.<sup>84</sup> Insofern gehen Stimmen in der Literatur etwa davon aus, dass Art. 2 Abs. 1 Buchst. b DAWI-Freistellungsbeschluss neben den dort explizit aufgeführten Krankenhausedienstleistungen (und unmittelbar verbundenen Nebenleistungen, siehe oben Ziff. 2.2.) beispielsweise auch Pflegeleistungen in Pflegeeinrichtungen sowie nicht-stationäre Gesundheitsleistungen (die Sicherstellung der ambulanten medizinischen Versorgung) umfasse.<sup>85</sup>

Auf dieser Grundlage lehnt das Schrifttum beispielsweise die Beihilfequalität der durch die Bundesländer gewährten **Investitionskostenförderung** für Krankenhausleistungen ab. Als Teil des

---

79 Vgl. Art. 6 DAWI-Freistellungsbeschluss; [DAWI-Mitteilung](#), Rn. 60 f.; näher: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 153 ff.

80 Und zudem: [DAWI-Rahmen](#), Rn. 31, 44 ff.

81 Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (kodifizierte Fassung), ABl. L 318, 17. November 2006, S. 17. Vgl. zu Ausnahmemöglichkeiten: Art. 5 Abs. 2 Buchst. c Transparenz-RL. Die Richtlinie soll Transparenz in finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und öffentlichen Unternehmen herstellen und so fairen Wettbewerb und die Nichtbenachteiligung privater Unternehmen sicherstellen, vgl. etwa die auf der [EUR-Lex-Seite](#) abrufbare Zusammenfassung des Rechtsaktes.

82 EuG, Urteil vom 7. November 2012, Rs. T-137/10, CBI, Rn. 89.

83 Vgl. zur gewissen Lockerung der Konnexitätsanforderung zwischen Zuwendung und DAWI etwa: *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 56 f. Vgl. auch: *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1422.

84 EuG, Urteil vom 7. November 2012, Rs. T-137/10, CBI, Rn. 92.

85 Vgl. *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1426, 1442.

(aktuell geltenden) dualen Systems der Krankenhausfinanzierung sind die Bundesländer zu dieser Förderung landesrechtlich verpflichtet, um eine bedarfsgerechte Versorgung mit Krankenhausleistungen sicherzustellen. Ebenso wie die zweite Säule – die Finanzierung des Krankenhausbetriebs durch die von den Krankenkassen zu zahlenden Pflegesätze – findet die Investitionskostenförderung unabhängig davon Anwendung, ob das Krankenhaus in öffentlicher, privater oder gemeinnütziger Trägerschaft steht.<sup>86</sup> Nach Einschätzungen der Literatur erhalten die geförderten sog. Plankrankenhäuser einen (angemessenen) Ausgleich dafür, dass sie die akutstationäre Versorgung im Auftrag der Länder sicherstellen.<sup>87</sup> Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof (BGH) auch bestimmte **Defizitausgleichszahlungen** und weitere Zuwendungen eines Landkreises an öffentliche Kliniken i.E. als EU-Beihilferechtskonform eingestuft.<sup>88</sup> Hier ging es um Zahlungen, die zwar außerhalb des in den Krankenhausgesetzen der Länder normierten dualen Finanzierungssystems, aber auf der Grundlage des sog. Sicherstellungsauftrags der kommunalen Gebietskörperschaften für den Krankenhausbetrieb erfolgen. Der BGH stützte sein Urteil auf die CBI-Entscheidung des EuG, wonach ein Defizitausgleich für öffentliche Krankenhäuser bereits deshalb als notwendig zu qualifizieren sein könne, weil nur so der Fortbestand und die Lebensfähigkeit des Krankenhaussystems sicherzustellen sei. Dieser Defizitausgleich sei auch dann EU-beihilfernechtlich nicht zu beanstanden, wenn den öffentlichen Krankenhäusern im Vergleich zu den nicht geförderten Krankenhäusern keine weiteren Sonderaufgaben auferlegt würden, deren Ausgleich die staatlichen Zuwendungen dienten.<sup>89</sup> Hierauf aufbauend argumentierte der BGH mit dem Sicherstellungsauftrag des fördernden Landkreises: Dieser sei gesetzlich zur Aufrechterhaltung auch eines unwirtschaftlichen Krankenhausbetriebs verpflichtet. Der Sicherstellungsauftrag rechtfertige es, die medizinische Versorgung durch ein öffentliches Krankenhaus als dem staatlichen Defizitausgleich zugängliche DAWI einzustufen.<sup>90</sup>

Die **vorstehenden Erwägungen** dürften sich indes **nicht ohne Weiteres auf Vorteilsgewährungen** eines Rentenversicherungsträgers (oder Krankenversicherungsträgers) an Gesundheitseinrichtun-

---

86 Vgl. zum Finanzierungssystem nur: *Kaeding*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1428 und etwa BGH, Urteil vom 24. März 2016, I ZR 263/14, Rn. 40; Kommission, Mitteilung vom 25. August 2010, CP 6/2003 – Deutschland, Rn. 18.

87 Vgl. *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 58, 60, 69; *Kaeding*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1436 m.w.N. Dies gilt indes nur, soweit die Zahlungen der stationären Versorgung zukommen. Soweit ambulante Leistungen (bspw. von MVZ) außerhalb des gesetzlichen Versorgungsauftrags profitieren, handelt es sich insoweit – vorbehaltlich der De-minimis-Schwelle – um Beihilfen, vgl. *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 49 ff., 80 f.

88 BGH, Urteil vom 24. März 2016, I ZR 263/14. Zur Diskussion in der Literatur vgl. nur: *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 71.

89 EuG, Urteil vom 7. November 2012, Rs. T-137/10, CBI, Rn. 161 f.

90 BGH, Urteil vom 24. März 2016, I ZR 263/14, Rn. 68 ff. Vgl. auch: *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 69a ff.; *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1452 ff. Vgl. so auch: Bundesgesundheitsministerium, Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 28. 11. 2005 (2005/842/EG) im Krankenhaussektor, Anlage zum Rundschreiben vom 28. Mai 2009, Az. Z33-4071-20/4-4A. S. 4: „Die Gemeinwohlverpflichtung ihrer Tätigkeit ergibt sich insoweit aus dem Sicherstellungsauftrag der Länder für eine ordnungsgemäße und bedarfsgerechte stationäre Krankenhausversorgung der Bevölkerung.“

gen **übertragen lassen**, soweit die Aufrechterhaltung des Betriebs dieser Gesundheitseinrichtungen außerhalb der gesetzlichen Aufgabe des jeweiligen Trägers liegt, wie dies nach dem zugrunde liegenden Auftrag hier unterstellt werden soll (z.B. allgemeine Krankenhausleistungen einer Einrichtung in Trägerschaft eines Rentenversicherungsträgers). Dies dürfte schon daraus folgen, dass der **Betrauungsakt**, mit dem der jeweiligen Einrichtung die Erbringung von (finanziell auszugleichenden) Gemeinwohlverpflichtungen übertragen wird, **bindend** sein muss. Das EuG hat insofern entschieden, dass der jeweilige Auftrag zwar auch einem rechtsgeschäftlichen Akt entsprechen könne, aber hoheitlichen Ursprungs und verbindlich sein müsse.<sup>91</sup> Die Fähigkeit, solche hoheitlichen Akte zu erlassen, dürfte nun wiederum damit zusammenhängen, ob die jeweilige öffentliche Stelle insoweit im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabe handelt.<sup>92</sup> In Anwendung dieser Grundsätze wird beispielsweise ein Gesellschaftsvertrag (bzw. eine GmbH-Satzung) allein nicht als tauglicher Betrauungsakt angesehen. Denn hiermit werde dem jeweiligen Unternehmen lediglich die Möglichkeit, nicht aber die Pflicht zur Erbringung von DAWI gegeben.<sup>93</sup> Tauglich könnten aber ein Gesellschaftsvertrag i.V.m. einem verbindlichen Beschluss der jeweiligen öffentlichen Stelle sein.<sup>94</sup> Soweit aber die jeweilige öffentliche Stelle – mangels gesetzlicher Aufgaben- bzw. Befugniszuweisung – keine Kompetenz hat, verbindliche Betrauungsakte zu erlassen, wäre ein solches Vorgehen jedenfalls nicht rechtmäßig möglich. Soweit es an einem verbindlichen, rechtswirksamen Betrauungsakt fehlt (und bspw. nur ein Gesellschaftsvertrag vorliegt), mangelt es aus Sicht des Unionsrechts an einer hinreichenden Betrauung.

Darüber hinaus wäre zu bedenken, dass das Aufgabenspektrum eines Gesundheitskonzerns breit gefächert ist und damit in der Regel Tätigkeiten einschließen dürfte, die nicht als DAWI ausgleichsfähig sind. Im jeweiligen Betrauungsakt müssten die **gemeinwirtschaftlichen Aufgaben und Ausgleichsparameter** so **konkret festgelegt** sein, dass der Tätigkeitsumfang feststeht und eine korrekte Verteilung der Kosten zwischen DAWI und anderen Tätigkeiten möglich ist, um Überkompensationen zu vermeiden.<sup>95</sup> Das Bundesgesundheitsministerium hielt es in seinen Auslegungshinweisen aus dem Jahr 2009 für geboten, neben der Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung konkret in einer „Negativliste“ darzustellen, welche Dienstleistungen nicht von der jeweiligen Ausgleichszahlung begünstigt werden dürfen. Dazu zählte es neben allgemeinen Dienstleistungen, die keine DAWI darstellen (etwa gewerbliche Dienstleistungen an krankenhausexterne Dritte wie Catering, Wäscherei, Betrieb einer Cafeteria, Medienangebote etc.) auch

---

91 EuG, Urteil vom 7. November 2012, Rs. T-137/10, CBI, Rn. 109.

92 Vgl. EuG, Urteil vom 7. November 2012, Rs. T-137/10, CBI, Rn. 110 ff.

93 Vgl. zum notwendigen obligatorischen Charakter des Betrauungsaktes auch: *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 55; *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1467.

94 Bundesgesundheitsministerium, Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 28. 11. 2005 (2005/842/EG) im Krankenhaussektor, Anlage zum Rundschreiben vom 28. Mai 2009, Az. Z33-4071-20/4-4A, S. 2 sowie Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen, Leitfaden EG-Beihilferechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge, 2008, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/public\\_services/2006\\_2008/de\\_2\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/public_services/2006_2008/de_2_de.pdf), Rn. 33.

95 Vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2016, I ZR 263/14, Rn. 76 unter Bezugnahme auf diverse Kommissionsdokumente; Kommission, Mitteilung vom 25. August 2010, CP 6/2003 – Deutschland, Rn. 84, 86.

Krankenhausdienstleistungen, die keine DAWI darstellen (Angebot von Spitzenmedizin an Drittstaatsangehörige; Schönheitsoperationen, die nicht im Leistungskatalog der Krankenkassen enthalten sind etc.) und DAWI, die im Rahmen anderer DAWI-Aufträge erbracht werden (etwa MVZ) sowie Dienstleistungen, soweit sie auf anderen gesetzlichen Grundlagen beruhen.<sup>96</sup> Die Abgrenzung im Betrauungsakt wäre durch eine **getrennte Buchführung** praktisch fortzusetzen, um sicherzustellen, dass die staatlichen Ausgleichsleistungen ausschließlich die Kosten für die Erbringung der DAWI abdecken und keine Quersubventionierung auftritt.<sup>97</sup>

Die hier begutachteten **Beteiligungsaktivitäten** dürften die vorgenannten Voraussetzungen – vorbehaltlich einer Prüfung des jeweiligen Einzelfalls – **in der Regel nicht erfüllen**. Denn bei der Gründung eines öffentlichen Unternehmens, aber auch bei etwaigen späteren Kapitalzuführungen, Fragen der Verzinsung des Beteiligungskapitals sowie der Gewinnthesaurierung dürfte es sich der Art nach regelmäßig um allgemeine wirtschaftliche Aktivitäten zugunsten des Gesamtkonzerns, nicht aber um die aufgrund vordefinierter Ausgleichsparameter erfolgende Vergütung für bestimmte DAWI handeln. Nichts anderes gilt für Nachschusspflichten, wenn und soweit diese – im Gegensatz zu vorfestgelegten Verlustausgleichen für bestimmte DAWI – als nachträgliche Reaktion auf eine allgemeine, konzernbezogene Gewinneinbuße o.Ä. erfolgen.

### 3.6.3. Entfallen der Begünstigungswirkung nach den Grundsätzen des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten

Nach ständiger Rechtsprechung der Unionsgerichte fehlt es auch dann an der Begünstigungswirkung und damit am Beihilfetatbestand, wenn das Empfängerunternehmen den ihm aus Staatsmitteln gewährten Vorteil auch unter **normalen Marktbedingungen** hätte erhalten können. Denn in diesem Fall befindet sich das von staatlichen Mitteln profitierende öffentliche Unternehmen nicht in einer günstigeren finanziellen Lage als seine Mitbewerber.<sup>98</sup> Wenn staatliche Stellen demgegenüber in einer Weise in Unternehmen investieren, die nicht normalen Marktbedingungen entspricht, stellt dies einen Verzicht auf staatliche Mittel und damit die Gewährung einer Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar.<sup>99</sup>

Die Beurteilung, ob staatliches Handeln normalen Marktbedingungen entspricht, also marktkonform ist, erfolgt durch Anwendung des **Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten** (auch: Market Economy Operator Test, MEOT<sup>100</sup>). Nach dem MEOT kommt es

---

96 Bundesgesundheitsministerium, Auslegungs- und Anwendungshilfe zur Umsetzung der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 28. 11. 2005 (2005/842/EG) im Krankenhaussektor, Anlage zum Rundschreiben vom 28. Mai 2009, Az. Z33-4071-20/4-4A. S. 5 f.

97 Vgl. EuG, Urteil vom 7. November 2012, Rs. T-137/10, CBI, Rn. 39. Vgl. auch: *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1442, 1470 f.

98 EuGH, Urteil vom 5. Juni 2012, Rs. C-124/10 P, Kommission/EDF, Rn. 90.

99 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 52 sowie [Beihilfemitteilung](#), Rn. 67 und *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 6.

100 Vgl. zu dieser Terminologie: *Arhold*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Art. 107, Rn. 199.

darauf an, ob die öffentliche Stelle sich so verhalten hat, wie es ein vergleichbarer, marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter<sup>101</sup> unter normalen Marktbedingungen getan hätte.<sup>102</sup> Bei der Bewertung nach dem MEOT haben Vorteile und Verpflichtungen außer Betracht zu bleiben, die an die Trägerschaft öffentlicher Gewalt knüpfen (insbesondere die Erreichung von Gemeinwohlzielen, sonstige soziale Erwägungen).<sup>103</sup>

Nachfolgend wird zunächst erläutert, unter welcher Voraussetzung der MEOT anwendbar ist (Ziff. 3.6.3.1.). Unter Ziff. 3.6.3.2. und Ziff. 3.6.3.3. wird dann ein Überblick über die etablierten Methoden zur Ermittlung der Marktkonformität sowie über einzelne Bewertungsmaßstäbe für die Beteiligungsaktivitäten gegeben.

### 3.6.3.1. Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten hängt davon ab, dass der Staat tatsächlich als Wirtschaftsbeteiligter und nicht als Träger öffentlicher Gewalt gehandelt hat. Nach der Rechtsprechung kommt es dabei nicht auf die Form der Vorteilsgewährung an, sodass grundsätzlich selbst hoheitliche Handlungsformen (bspw. steuerliche Vergünstigungen) als wirtschaftliche Tätigkeiten in Betracht kommen.<sup>104</sup>

Zudem muss die Kommission die Anwendbarkeit des MEOT nicht in jedem Fall ausdrücklich prüfen. Dies ist nur der Fall, wenn berechtigte Zweifel hinsichtlich der Rolle in der der Staat in gehandelt hat, bestehen. Bei entsprechenden Zweifeln, muss der jeweilige Mitgliedstaat – auf Ersuchen der Kommission – alle beurteilungsrelevanten Informationen vorlegen.<sup>105</sup> Dabei kommt es insbesondere auf den Nachweis an, dass *vor* dem Ergreifen der jeweiligen Maßnahme wirtschaft-

---

101 Zur Bestimmung des vergleichbaren Referenzinvestors siehe etwa: *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 22a ff.

102 Vgl. nur: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 60.

103 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 74 ff.

104 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 5. Juni 2012, Rs. C-124/10 P, Kommission/EDF, Rn. 81; 87 ff.; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 5 f.; ausführlich: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 64 ff.; *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 21.

105 Vgl. EuGH, Urteil vom 5. Juni 2012, Rs. C-124/10 P, Kommission/EDF, Rn. 82, 103 f.; ausführlich: *Arhold*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 204 ff.; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 63. Vgl. aber EuG, Urteil vom 18. September 2018, Rs. T-93/17, Dufero, Rn. 41 und *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 6, der m.w.N. aus der Rechtsprechung darauf verweist, dass die Kommission nicht in jedem Fall ausdrücklich die Anwendbarkeit des MEOT prüfen müsse. Dies gelte nur, wenn berechtigte Zweifel hinsichtlich der Rolle in der der Staat in Bezug auf die zu untersuchende Maßnahme gehandelt habe, bestünden.

liche Bewertungen erfolgten, die denen eines rationalen privaten Wirtschaftsteilnehmers entsprechen.<sup>106</sup> Ist der Mitgliedstaat seiner Darlegungslast gerecht geworden, hat die Kommission eine Gesamtwürdigung vorzunehmen, in die von Amts wegen alle im betreffenden Fall erheblichen Anhaltspunkte für das Handeln als Wirtschaftsakteur zu berücksichtigen sind. Hierbei können insbesondere Natur und Gegenstand der Maßnahme, ihr Kontext, das verfolgte Ziel sowie die für die Maßnahme einschlägigen Regeln von Bedeutung sein.<sup>107</sup>

Von einem Handeln als Träger öffentlicher Gewalt – und damit der Nichtanwendbarkeit des MEOT – ist nach der Rechtsprechung des EuG beispielsweise bei Ausgleichsleistungen für DAWI auszugehen.<sup>108</sup> Wie vorstehend unter Ziff. 3.6.2. dargestellt, sprechen jedenfalls bei einer abstrakten Analyse der (auf den Gesamtkonzern bezogenen) Beteiligungsaktivitäten die besseren Gründe gegen die Anwendbarkeit des DAWI-Regimes. Für die Anwendbarkeit des MEOT dürfte etwa sprechen, dass Rentenversicherungsträger (und Krankenversicherungsträger) gesetzlich nicht zu wirtschaftlichen Aktivitäten verpflichtet bzw. befugt sind, die sich auf die Aufrechterhaltung des gesamten Tätigkeitsspektrums des Gesundheitskonzerns beziehen. Dies dürfte dagegen sprechen, gesamtkonzernbezogene Beteiligungsaktivitäten dem Handeln als Träger öffentlicher Gewalt zuzurechnen.<sup>109</sup>

### 3.6.3.2. Allgemeine Methoden zur Ermittlung der Marktkonformität

Allgemein gilt, dass die Beurteilung der Marktkonformität staatlicher Maßnahmen auf Grundlage der zum Entscheidungszeitpunkt verfügbaren Informationen geprüft werden muss (Ex-ante-Betrachtung).<sup>110</sup> Denn eine solche Ex-ante-Bewertung entspricht dem Verhalten eines umsichtigen marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten.<sup>111</sup> Erforderlich ist dabei eine umfassende Bewertung der Wirkung der Transaktion auf das betreffende Unternehmen, die alle maßgeblichen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt.<sup>112</sup>

---

106 EuGH, Urteil vom 5. Juni 2012, Rs. C-124/10 P, Kommission/EDF, Rn. 83-85, wonach insbesondere rückblickende Feststellungen nicht ausreichend sind.

107 Ebenda, Rn. 87.

108 EuG, Urteil vom 6. April 2017, Rs. T-219/14, Sardegna, Rn. 226; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 7.

109 Vgl. in diese Richtung EuG, Urteil vom 6. April 2017, Rs. T-219/14, Sardegna, Rn. 236.

110 Vgl. *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 47 ff.

111 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 78.

112 Vgl. im Einzelnen: [Beihilfemitteilung](#), Rn. 80.

Die Kommission beschreibt in ihrer Beihilfemitteilung verschiedene **Methoden zur Feststellung der Marktkonformität** von wirtschaftlichen Transaktionen öffentlicher Stellen.<sup>113</sup> Diese Methoden müssten zur Prüfung des jeweiligen Einzelfalls angewendet werden und sollen im Folgenden lediglich überblicksartig dargestellt werden.

Die Kommission nennt in der Beihilfemitteilung zunächst Methoden zur **direkten Feststellung** der Marktkonformität anhand transaktionsspezifischer Marktdaten.<sup>114</sup> Dies ist zum einen bei Transaktionen möglich, die von öffentlichen Stellen und vergleichbaren privaten Wirtschaftsbeteiligten zur gleichen Zeit und zu gleichen Bedingungen durchgeführt werden („*pari passu*“).<sup>115</sup> Dabei kommt es u.a. auch darauf an, ob die Maßnahmen des privaten Wirtschaftsbeteiligten von realer wirtschaftlicher und nicht nur von symbolischer oder marginaler Bedeutung sind.<sup>116</sup> Die Anwendbarkeit der Grundsätze der *Pari-passu*-Transaktionen dürfte daher bei Beteiligungsaktivitäten hinsichtlich eines Gesundheitskonzerns fraglich sein, der ganz überwiegend von öffentlichen Stellen getragen wird. Eine weitere Konstellation, in der die Marktkonformität direkt festgestellt werden kann, liegt nach der Beihilfemitteilung vor, wenn der Kauf von Vermögenswerten in einem wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren erfolgte.<sup>117</sup> Vorbehaltlich einer genaueren Prüfung der tatsächlich erfolgten Beteiligungsaktivitäten dürfte auch diese Bewertungsmethode nicht einschlägig sein.

Sind die vorgenannten Methoden zur direkten Feststellung der Marktkonformität nicht anwendbar, nennt die Beihilfemitteilung das sog. „**Benchmarking**“, um festzustellen, ob eine Transaktion die Marktbedingungen erfüllt. Hierbei wird eine Spanne marktkonformer Transaktionsbedingungen dadurch bestimmt, dass Konditionen ermittelt werden, zu denen vergleichbare Transaktionen von vergleichbaren privaten Wirtschaftsbeteiligten in einer vergleichbaren Lage vorgenommen wurden.<sup>118</sup> Als weitere sog. **Standardbewertungsmethoden** nennt die Beihilfemitteilung insbesondere die Ermittlung der jährlichen Kapitalrendite durch die Berechnung des internen Zinsfußes (Internal Rate of Return – IRR) und die Bewertung einer Investitionsentscheidung anhand ihres Barwerts (NET Present Value – NPV). Diese Standardbewertungsmethoden sind letztlich darauf gerichtet, die aus der jeweils zur Prüfung stehenden staatlichen Investition resultierende Kapitalrendite mit der normalen erwarteten marktüblichen Rendite zu vergleichen: Kann diese normale Rendite mit der jeweiligen staatlichen Investitionsentscheidung nicht erreicht werden,

---

113 Siehe ausführlich dazu: *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 67 ff.

114 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 83.

115 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 84 ff.

116 Vgl. Kommission, Entscheidung vom 23. Mai 2011, N429/2010, Griechenland – Agricultural Bank of Greece (ATE), [C\(2011\) 3589 final](#), Rn. 47 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung, *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 38.

117 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 84, 89 ff.

118 Vgl. im Einzelnen: [Beihilfemitteilung](#), Rn. 98 ff.

würde die Investition höchstwahrscheinlich zu Marktbedingungen nicht getätigt werden (siehe insbesondere noch Ziff. 3.6.3.3.2 zur Verzinsung des Beteiligungskapitals).<sup>119</sup>

### 3.6.3.3. Einzelne Bewertungsmaßstäbe für die Beteiligungsaktivitäten

Die Beihilfemitteilung enthält keine spezifischen Ausführungen zu einzelnen der hier als „Beteiligungsaktivitäten“ zusammengefassten wirtschaftlichen Aktivitäten öffentlicher Stellen.<sup>120</sup>

Für die hier in Rede stehende Bewertung verschiedener (aufeinanderfolgender) wirtschaftlicher Engagements öffentlicher Stellen zugunsten eines Unternehmens folgt aus der Beihilfemitteilung aber, dass die Beihilfequalität jeweils separat zu bewerten ist.<sup>121</sup> Nur weil also etwa die erstmalige Investition durch Anteilskäufe eines Unternehmens Beihilfecharakter hat, ist eine spätere Entscheidung als Anteilseigner nicht automatisch auch als Beihilfe zu qualifizieren.<sup>122</sup> Demgegenüber ist ein früheres wirtschaftliches Engagement bei der Beurteilung einer Folgetransaktion zu berücksichtigen, wenn auch ein vergleichbarer Wirtschaftsbeteiligter ein solches früheres Engagement aufweisen könnte (also bspw. als Anteilseigner, nicht aber als Beihilfegewährender).<sup>123</sup>

Aussagen zu einzelnen Beteiligungsaktivitäten finden sich demgegenüber in einem bereits im Jahr 1984 veröffentlichten Standpunkt der Kommission zu Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen (im Folgenden: Kommissionsstandpunkt).<sup>124</sup> Diesen Standpunkt ergänzte die Kommission im Jahr 1993 um eine Mitteilung über die Anwendung des Beihilfe-

---

119 [Beihilfemitteilung](#), Rn. 101 ff.

120 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 108 ff., wo lediglich besondere Erwägungen zu Fremd- nicht aber Eigenkapitalgewährungen aufgeführt sind.

121 Vgl. aber [Beihilfemitteilung](#), Rn. 81, zu Konstellationen, in denen mehrere aufeinanderfolgende Maßnahmen des Staates für die Zwecke des Artikels 107 Abs. 1 AEUV als eine Maßnahme angesehen werden können.

122 *Stöbener de Mora*, Überall Beihilfen? – Die Kommissionsbekanntmachung zum Beihilfebegriff, EuZW 2016, 685 (688 f.) weist darauf hin, dass der ursprüngliche Entwurf der Beihilfemitteilung dies noch anders vorsah. Dass eine entsprechende Beschränkung nicht Teil der finalen Version ist, erklärt *Stöbener de Mora* mit der Rechtsprechung der Unionsgerichte (ebenda, S. 689): „Aus der Rechtsprechung lässt sich also gerade nicht der Grundsatz ‚einmal Beihilfe, immer Beihilfe‘ herleiten.“

123 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 106, Fn. 164; *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 22.

124 Kommission, Standpunkt, Staatliche Kapitalzuführungen, Anwendung der Art. 92 und 93 EG-Vertrag auf staatliche Holdinggesellschaften, Bulletin EG 9-1984, Ziff. 3.1., abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/compilation/i\\_27\\_10\\_09\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/i_27_10_09_de.pdf).

rechts auf öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie (im Folgenden: PIT-Mitteilung).<sup>125</sup> Die Beihilfemitteilung hat die PIT-Mitteilung und wohl auch den Kommissionsstandpunkt ersetzt.<sup>126</sup> Da Kommissionsstandpunkt und PIT-Mitteilung bezüglich des Kriteriums des unter normalen Marktbedingungen handelnden Kapitalgebers (sog. Private Investor Test (PIT)/ market economy investor principle<sup>127</sup> als Unterkategorie des MEOT<sup>128</sup>) aber detaillierter sind, greift insbesondere auch die Kommentarliteratur weiterhin auf diese Soft Law-Dokumente zurück.<sup>129</sup> Die für die Beteiligungsaktivitäten relevanten Inhalte sollen daher auch hier nachfolgend dargestellt werden. Auftragsgemäß werden dabei auch Fragen der Verzinsung des Beteiligungskapitals, der Gewinnthesaurierung und einer Nachschusspflicht bei Verlusten berücksichtigt.

### 3.6.3.3.1. Unternehmensgründung und sonstige Kapitalbereitstellungen

Nach dem Kommissionsstandpunkt stellt der reine Erwerb von Gesellschaftsanteilen an einem bestehenden Unternehmen keine Beihilfe dar. **Beihilferelevant** und damit nach dem PIT zu beurteilen, seien vielmehr **Kapitalbereitstellungen** zugunsten dieser Unternehmen.<sup>130</sup>

Für Kapitalbereitstellungen bei der **Gründung neuer Unternehmen** stellt der Kommissionsstandpunkt allgemein dar, dass es sich nicht um eine Beihilfe handele, sofern die öffentliche Hand die Kriterien eines Kapitalgebers unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen anwende.<sup>131</sup>

Auch für die **Bereitstellung neuen Kapitals** zugunsten bestehender Unternehmen kommt es nach dem Kommissionsstandpunkt darauf an, ob sie auf wirtschaftlichen Erwägungen beruht, die ein

---

125 Kommission, Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten, Anwendung der Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, [ABl. C 307, 13. November 1993, S. 3 ff.](#)

126 Siehe zum Ganzen näher: *Arhold*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 256.

127 Ausführlich: *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 4 ff.; *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 85.

128 Vgl. [Beihilfemitteilung](#), Rn. 74 sowie *Arhold*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 201 und *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 61, zu den verschiedenen Ausprägungen des MEOT.

129 Vgl. nur: *Arhold*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 256; *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 4.

130 Siehe auch die ausführliche Erläuterung hierzu bei: *Arhold*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 256; *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 256 ff.

131 Kommissionsstandpunkt, Ziff. 3.2., 1. SpStr. Nach Ziff. 3.3. ist daher von einer staatlichen Beihilfe auszugehen, wenn eine öffentliche Beteiligung die Wiederaufnahme oder die weitere gänzliche oder teilweise Betreibung der unrentablen Tätigkeit eines sich in Schwierigkeiten befindlichen Unternehmens ermöglicht. Demgegenüber soll keine Beihilfe vorliegen, wenn lediglich Gesellschaftsanteile eines bestehenden Unternehmens ohne Kapitalbereitstellung erworben werden, vgl. ebenda, Ziff. 3.1.

vernünftiger privater Kapitalgeber vor einer solchen Investition angestellt hätte.<sup>132</sup> Der Kommissionsstandpunkt listet hier – nicht abschließend<sup>133</sup> – verschiedene Konstellationen auf, in denen vom Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer staatlichen Beihilfe auszugehen sei. Insofern ist zu bedenken, dass es sich hierbei lediglich um wertungsrelevante Aspekte handelt, die nicht von einer umfassenden und konkreten Einzelfallprüfung entbinden.<sup>134</sup>

Grundsätzlich sei danach die Beihilfequalität abzulehnen, wenn die Kapitalbereitstellung dem Bedarf an und den Kosten für Neuinvestitionen entspreche, sofern in dem Sektor, in dem das Unternehmen tätig ist, im Gemeinsamen Markt keine strukturellen Überkapazitäten bestünden und es sich um ein finanziell gesundes Unternehmen handele.<sup>135</sup>

Bei einer **Erhöhung der Beteiligung** der öffentlichen Hand an einem Unternehmen, die mit der Bereitstellung neuen Kapitals einhergeht, soll keine Beihilfe vorliegen, sofern die Kapitalbereitstellung der Zahl der erworbenen Anteile entspricht und gleichzeitig eine Kapitalbereitstellung wirtschaftlicher Bedeutung durch einen privaten Anteilseigner erfolgt (vgl. i.d.S. auch die Ausführungen zur *Pari-passu*-Transaktion in der Beihilfemitteilung).<sup>136</sup>

Bei einer (von der Erhöhung der Gesellschaftsanteile unabhängigen) **Bereitstellung neuen Kapitals** soll die Beihilfequalität ausscheiden, wenn die Beteiligung mit Rücksicht auf den strategischen Charakter der Investition bzw. die Entwicklungsmöglichkeiten des begünstigten Unternehmens dem normalen Verhalten eines Kapitalgebers entspricht.<sup>137</sup> Sofern die Beteiligung kleine und mittlere Unternehmen (KMU) betrifft, die wegen ihrer geringen Größe keine hinreichenden Garantien für den privaten Kapitalmarkt bieten, soll eine staatliche Beihilfe auch dann nicht vorliegen, wenn die neue staatliche Beteiligung im Vergleich zum privaten Anteilseigner erheblich höher und dieser Umstand wesentlich den schlechten Rentabilitätsaussichten des Unternehmens zuzuschreiben ist oder wenn die Beteiligung den realen Wert der Nettoaktiva übersteigt. Voraussetzung ist in diesen Fällen aber, dass die Aussichten für das jeweilige KMU solche Maßnahmen rechtfertigen.<sup>138</sup>

Kapitalerhöhungen können nach der **Rechtsprechung des EuG** beispielsweise zudem auch dann sinnvoll sein, wenn durch die Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens bei

---

132 EuG, Urteil vom 6. April 2017, Rs. T-219/14, Sardegna, Rn. 241 sowie PIT-Mitteilung, Rn. 35.

133 Kommissionsstandpunkt, Ziff. 3.4.

134 So: *Arhold*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 262.

135 Kommissionsstandpunkt, Ziff. 3.2.

136 Vgl. Kommissionsstandpunkt, Ziff. 3.2, 2. SpStr. Vgl. auch *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 59, wonach anteilmäßige Kapitalerhöhungen durch den Staat als Gesellschafter regelmäßig keine Beihilfen darstellen.

137 Kommissionsstandpunkt, Ziff. 3.2., 3. und 4. SpStr.

138 Kommissionsstandpunkt, Ziff. 3.2., 2. SpStr., Ziff. 3.3., 5. und 6. SpStr.

einem künftigen Verkauf ein besserer Preis erzielt werden soll.<sup>139</sup> An wirtschaftlichen Erwägungen, die ein vernünftiger privater Kapitalgeber angestellt hätte, fehlt es aber nach Ansicht des EuG, wenn beispielsweise der Unternehmensplan bei wirtschaftlichen Veränderungen im Unternehmen nicht angepasst wird oder wenn vor der Durchführung der Kapitalerhöhung nicht die Profitabilitätsaussichten sowie keine anderen Optionen als die Kapitalerhöhung geprüft werden.<sup>140</sup>

### 3.6.3.3.2. Verzinsung des Beteiligungskapitals als Bewertungsmaßstab für Kapitalzuführungen

Ein **wichtiger Maßstab** für die **EU-beihilferechtliche Bewertung** von Kapitalzuführungen i.S.d. vorstehenden Ziffer ist die **Verzinsung des Beteiligungskapitals**.

Denn das Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Investors richtet sich entscheidend an Rentabilitätskriterien aus. Ist daher innerhalb einer angemessenen Frist eine – gemessen am Risiko der Investition und unter Zugrundelegung der Erwartungen eines vergleichbaren Privatinvestors – normale Rendite in Form von Dividenden oder eines Kapital- bzw. Wertzuwachses zu erwarten, scheidet eine Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV aus.<sup>141</sup> In diesem Sinne heißt es schon in der PIT-Mitteilung, dass die Beihilfequalität einer Kapitalzuführung ausscheide, wenn eine ausreichende Kapitalrendite zu erwarten sei. Der Staat müsse – ebenso wie andere marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber – eine von einem vergleichbaren privaten Unternehmen zu erwartende normale Verzinsung seiner Kapitalinvestitionen durch Dividenden oder Kapitalwertsteigerungen zugrunde legen.<sup>142</sup> Dies sei der Fall, wenn die aktuell erwarteten künftigen Dividendenzahlungen und/oder Kapitalzuwächse unter Berücksichtigung etwaiger Risikoprämien den Investitionsbetrag übersteigen.<sup>143</sup>

Demgegenüber liegt nach dem Kommissionsstandpunkt eine staatliche Beihilfe vor, wenn es unter Berücksichtigung der Finanzlage des Unternehmens nicht gerechtfertigt erscheint, innerhalb einer angemessenen Frist eine normale Rendite (in Form von Dividenden oder Wertzuwachs) der angelegten Kapitalmittel zu erwarten.<sup>144</sup> Sofern also eine marktübliche Verzinsung des Beteiligungskapitals mittelfristig oder langfristig nicht erreichbar sein sollte und von dem öffentlichen Unternehmen keine Abhilfe geschaffen wird, ist nach der PIT-Mitteilung von einer indirekten

---

139 EuG, Urteil vom 6. April 2017, Rs. T-219/14, Sardegna, Rn. 235.

140 EuG, Urteil vom 6. April 2017, Rs. T-219/14, Sardegna, Rn. 242.

141 Vgl. im Einzelnen *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 5, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 87 ff., die erläutern, dass diese Frage durch Anwendung der allgemeinen Bewertungsmethoden (Ziff. 3.6.3.2.) zu beantworten sei und dass neben Rentabilitätsbewertungen bspw. auch die Imagepflege ein anerkanntes Handlungsmotiv eines Investors sein könne.

142 Vgl. PIT-Mitteilung, Rn. 43.

143 PIT-Mitteilung, Rn. 35; *Witting*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 7, Rn. 5, 29 ff.

144 Kommissionsstandpunkt, Ziff. 3.3., 1. SpStr. sowie auch PIT-Mitteilung, Rn. 35 sowie im Einzelnen zur Bewertung Rn. 37.

---

Förderung des Unternehmens auszugehen, da der Staat auf Erträge verzichte, die ein kaufmännischer Geldgeber von einer vergleichbaren Investition erwarten würde.<sup>145</sup>

#### 3.6.3.3.3. Gewinnthesaurierung

Hinsichtlich einer etwaigen Gewinnthesaurierung, bei der die Unternehmensgewinne nicht (beispielsweise durch die Dividendenausschüttung) an die Anteilseigner verteilt, sondern einbehalten werden, um das Eigenkapital des Unternehmens zu erhöhen, heißt es in der PIT-Mitteilung, dass dann von einer staatlichen Beihilfe auszugehen sei, wenn der Staat auf Dividendeneinnahmen verzichtet hat und mit den einbehaltenen Gewinnen des öffentlichen Unternehmens keine marktübliche Verzinsung erzielt werden kann.<sup>146</sup>

Es sei denkbar, dass ein Staat es aus nichtwirtschaftlichen Gründen vorziehe, auf Dividenden zu verzichten oder geringere Dividenden einzunehmen, als einem Unternehmen regelmäßig Kapital zuführen zu müssen. Hierbei handele es sich in der Sache aber um eine regelmäßige Form der Bereitstellung staatlicher Mittel, die nach den Grundsätzen der Zuführung neuen Kapitals (siehe oben Ziff. 3.6.3.3.1. und Ziff. 3.6.3.3.2.) zu bewerten sei.<sup>147</sup>

#### 3.6.3.3.4. Nachschusspflicht bei Verlusten

Hinsichtlich etwaiger Nach- oder Zuschüsse bei Unternehmensverlusten kommt aufgrund der deutschen Rechtslage etwa in Betracht, dass diese durch entsprechende Verpflichtungen im Gesellschaftsvertrag zwingend erfolgen müssen oder dass es sich um grundsätzlich freiwillige Zuschüsse handelt, die aber aus wirtschaftlichen Gründen geboten sein können.<sup>148</sup>

Die PIT-Mitteilung trifft nur eine Aussage zu gesetzlichen Nachschusspflichten für den Fall, dass das Kapital des Beteiligungsunternehmens infolge andauernder Verluste unter eine bestimmte Schwelle gesunken ist. In diesem Fall könne ein Beihilfeelement jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden, da ein kaufmännisch handelnder Investor insoweit auch die Beendigung oder Reduzierung seines Investments in Betracht ziehen müsse.<sup>149</sup>

#### 3.6.3.3.5. Zwischenergebnis zum MEOT

Es sprechen gute Gründe dafür, dass der MEOT auf Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an einem Gesundheitskonzern anwendbar ist.

---

145 Ebenda.

146 PIT-Mitteilung, Rn. 44.

147 Ebenda.

148 Vgl. etwa *Schütz*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 26, Rn. 38 ff.

149 PIT-Mitteilung, Rn. 36.

Die vorstehenden Ausführungen zu den allgemeinen Bewertungsmethoden und handlungsbezogenen Bewertungsmaßstäben zeigen, dass eine abschließende Bewertung der Begünstigungswirkung von Beteiligungsaktivitäten nicht abstrakt möglich ist, sondern eine Prüfung des konkreten Einzelfalls erfordert.

#### 3.6.4. Zwischenergebnis zu den Beihilfemerkmale und dem DAWI-Regime

Mit Blick auf Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an Gesundheitskonzernen sprechen – vorbehaltlich einer Prüfung des jeweiligen Einzelfalls – gute Gründe dafür, dass die Beihilfemerkmale der staatlichen Finanzierung eines Unternehmens, die zu einer potentiellen Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenmitgliedstaatlichen Handels führt, zu bejahen sind (Ziff. 3.1. bis Ziff. 3.5.).

Für die Frage der materiellen EU-Beihilferechtskonformität kommt es damit zunächst entscheidend darauf an, ob das jeweilige wirtschaftliche Engagement der öffentlichen Stelle für den Gesundheitskonzern **Begünstigungswirkung** entfaltet bzw. ob eine derartige Besserstellung gewisser Unternehmen als Ausgleichsleistung für die Erbringung von DAWI gerechtfertigt werden kann. Nach hier vertretener Einschätzung sprechen – vorbehaltlich einer Einzelfallprüfung – die besseren Gründe gegen die Anwendbarkeit des DAWI-Regimes: Dessen Eingreifen setzt DAWI-spezifische, im Vorfeld festgelegte Ausgleichszahlungen für dem jeweiligen Unternehmen verbindlich auferlegte Gemeinwohlverpflichtungen voraus. Diese Voraussetzungen dürften mit Blick auf die dieser Arbeit zugrunde gelegten Beteiligungsaktivitäten in der Regel nicht vorliegen (siehe Ziff. 3.6.2.). Folgt man dieser Einschätzung würde die Begünstigungswirkung – und damit die Beihilfequalität – gleichwohl auch entfallen, soweit die jeweilige öffentliche Stelle nicht als Träger öffentlicher Gewalt gehandelt hat und die jeweilige Beteiligungsaktivität dem **Verhalten eines vergleichbaren marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten entspricht** (vgl. im Einzelnen Ziff. 3.6.3). Dies wäre in jedem Einzelfall zu prüfen. Sollte dies nicht der Fall sein, könnte sich die EU-Beihilferechtskonformität noch aus den Ausnahmetatbeständen in Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV (i.V.m. der AGVO ergeben (siehe nachfolgende Ziff. 3.7.)).

#### 3.7. Sonstige Vorschriften: AGVO-Freistellung und Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV

Sollte im Rahmen einer Einzelfallprüfung der Beteiligungsaktivitäten nicht schon die Beihilfequalität ausscheiden oder eine materielle EU-Beihilferechtskonformität aufgrund des DAWI-Regimes vorliegen, stellt sich die Frage nach weiteren Rechtfertigungsmöglichkeiten. Im Zusammenhang mit der staatlichen Förderung von Gesundheitseinrichtungen wird insofern das Eingreifen von Freistellungtatbeständen nach der AGVO (siehe dazu schon oben Ziff. 2.3) sowie sonstiger Ausnahmetatbestände gemäß Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV diskutiert.<sup>150</sup>

Nach Art. 3 AGVO sind Beihilfen, die die Voraussetzungen der AGVO erfüllen, i.S.v. Art. 107 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und (daher) von der Notifizierungs-

---

150 Vgl. nur: *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 66; *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1441; *Wollenschläger/Baier*, Der Krankenhausstrukturfonds im Fokus des EU-Beihilferechts: Anforderungen an eine Beihilferechtskonforme Ausgestaltung der Umwandlungsförderung, NZS 2020, S. 370 (377 ff.)

pflicht freigestellt. Für die Frage, ob öffentliche Beteiligungsaktivitäten an einem Gesundheitskonzern unter die seit 2014 geltende AGVO fallen können, ist neben dem Zeitpunkt ihrer Einführung, u.a. Folgendes zu beachten:

Die AGVO gilt **nur für bestimmte Beihilfegruppen**, vgl. Art. 1 AGVO. Dies sind neben Regionalbeihilfen beispielsweise bestimmte Beihilfen für KMU, Umweltschutzbeihilfen und Beihilfen für lokale Infrastrukturen. Im Rahmen der Umweltschutzbeihilfen kommen beispielsweise Energieeffizienzmaßnahmen für Gebäude zur Erbringung sozialer Dienstleistungen in Betracht, zu denen gemäß Art. 2 Nr. 103b auch (genau definierte) Gesundheitsdienste zählen. Zu den lokalen Infrastrukturen zählt die Literatur auch „soziale Infrastrukturen“ einschließlich Gesundheitseinrichtungen.<sup>151</sup> Derartige Beihilfen sind nach Art. 56 Abs. 1 AGVO aber auf den Bau oder die Modernisierung der jeweiligen Infrastruktur beschränkt und müssen die weiteren in dieser Bestimmung aufgestellten Voraussetzungen erfüllen.<sup>152</sup>

Darüber hinaus findet die AGVO nur auf sog. **transparente Beihilfen** Anwendung, deren Höhe sich **im Voraus** berechnen lässt (vgl. im Einzelnen Art. 5, Art. 2 Nr. 22 AGVO) und nur dann, wenn die Förderung i.S.v. Art. 6 einen **Anreizeffekt** hat. Das heißt, die Förderung darf nicht gewährt werden, wenn die Arbeiten für ein bestimmtes Vorhaben oder eine bestimmte Tätigkeit bereits begonnen haben. Bei großen Unternehmen (nicht KMU) müssen die Beihilfen eine Verhaltensänderung bewirken. Dies kann eine signifikante Erweiterung des Gegenstands des Vorhabens oder der Tätigkeit aufgrund der Beihilfe, eine signifikante Zunahme der Gesamtausgaben für das Vorhaben oder die Tätigkeit aufgrund der Beihilfe oder ein signifikant beschleunigter Abschluss des betreffenden Vorhabens oder der betreffenden Tätigkeit sein. Darüber hinaus sind auch nach der AGVO Schwellenwerte zu beachten (Art. 4 AGVO) und es gelten bestimmte Informations- und Monitoringpflichten (Art. 9, 11 AGVO).

Vor diesem Hintergrund erscheint es zwar möglich, dass einzelne Beteiligungsaktivitäten die Voraussetzungen der AGVO erfüllen könnten. Dies wäre im Einzelnen zu prüfen. Eine allgemeine EU-beihilferechtliche Unbedenklichkeit für Beteiligungsaktivitäten lässt sich – insbesondere, wenn es um die allgemeine wirtschaftliche Unterstützung eines Gesundheitskonzerns und zudem um nachträgliche Verlustausgleiche geht – aber nicht auf die AGVO stützen.

Nichts anderes dürfte hinsichtlich der primärrechtlichen Ausnahmen aus Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV gelten. Insofern dürfte die Anwendbarkeit des auf Verbraucherbeihilfen, Beihilfen zur Bewältigung von Naturkatastrophen und der wirtschaftlichen Nachteile der deutschen Teilung bezogenen Art. 107 Abs. 2 AEUV bereits von vornherein ausscheiden. Im Rahmen von

---

151 Vgl. *Wollenschläger/Baier*, Der Krankenhausstrukturfonds im Fokus des EU-Beihilferechts: Anforderungen an eine Beihilferechtskonforme Ausgestaltung der Umwandlungsförderung, NZS 2020, S. 370 (377 f.)

152 Zu beachten ist u.a. die Deckelung des Beihilfebetrags gemäß Art. 56 Abs. 6 und die Maßgabe, dass „gewidmete Infrastrukturen“, d.h. Infrastrukturen, die für im Voraus ermittelbare Unternehmen und deren Bedarf zugeschnitten sind, nicht von der Anmeldepflicht freigestellt sind, vgl. Art. 56 Abs. 7, Art. 2 Nr. 33 AGVO. *Wollenschläger/Baier*, Der Krankenhausstrukturfonds im Fokus des EU-Beihilferechts: Anforderungen an eine Beihilferechtskonforme Ausgestaltung der Umwandlungsförderung, NZS 2020, S. 370 (378) schreiben der Norm daher insbesondere in Fällen Relevanz zu, in denen die Schaffung einer nicht akutstationären Versorgungseinrichtung zur anschließenden Veräußerung oder Verpachtung an Dritte gefördert werden soll.

Art. 107 Abs. 3 AEUV, bei dem die EU-Beihilferechtskonformität von einer Kommissionsgenehmigung abhängt, wird im Zusammenhang mit staatlichen Förderungen für Gesundheitseinrichtungen darauf verwiesen, dass diese im Einzelfall als regionale Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 3 Buchst. a oder c AEUV genehmigungsfähig sein könnten.<sup>153</sup> Hier kommt es wiederum auf die Prüfung des Einzelfalls bzw. der einzelnen Beteiligungsaktivität an.

#### 4. Bewertung von Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an einem Gesundheitskonzern anhand des prozeduralen Beihilferechts

Wie oben unter Ziff. 2.3. dargestellt, hängen die Kontrollkompetenzen der Kommission wesentlich davon ab, ob es sich um neue oder bestehende Beihilfen handelt. Während neue Beihilfen (Beihilferegelungen und Einzelbeihilfen) der Notifizierungspflicht und der Rückforderung unterliegen, gilt dies für bestehende Beihilfen i.S.v. Art. 1 Buchst. d Beihilfenverfahrens-VO nicht: **Bestehende Einzelbeihilfen** sind nicht anmeldepflichtig und unterliegen nicht der Rückforderung. Sie genießen **Bestandsschutz**. Für bestehende Beihilferegelungen gilt das zukunftsgerichtete Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 21 ff. Beihilfenverfahrens-VO.

Die **praktischen Konsequenzen** eines etwaigen Verstoßes gegen das materielle EU-Beihilferecht (Ziff. 3) hängen damit wesentlich von der Einstufung der Beteiligungsaktivitäten als bestehende oder neue Beihilferegelung bzw. Einzelbeihilfe ab.

Als (bestehende) **Beihilferegelung** für bestimmte Beteiligungsaktivitäten könnte ggf. der Gesellschaftsvertrag (bzw. die GmbH-Satzung) des jeweiligen Gesundheitskonzerns in Betracht kommen. Denn es ist anerkannt, dass zu den unternehmensbezogenen Beihilferegelungen i.S.v. Art. 1 Buchst. d Alt. 2 Beihilfenverfahrens-VO auch **Verträge** zwischen öffentlichen Stellen und Unternehmen fallen, die letzteren einen Vorteil (bspw. in Form von Vorzugstarifen) gewähren.<sup>154</sup> Ob und inwieweit der Gesellschaftsvertrag eines Gesundheitskonzerns i.S.v. Art. 1 Buchst. d Alt. 2 Beihilfenverfahrens-VO Beihilferegelungen enthält, aufgrund derer dem jeweiligen Unternehmen Beihilfen gewährt werden können, lässt sich nur anhand einer **konkreten Analyse des jeweiligen Vertragswerks** beantworten. Insofern sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass es – anders als bei der vorhabenspezifischen Beihilferegelung aus Art. 1 Buchst. d Alt. 1 Beihilfenverfahrens-VO – nicht zu den Voraussetzungen der unternehmensbezogenen Beihilferegelung gehört, dass Einzelbeihilfen „ohne nähere Durchführungsmaßnahmen“ gewährt werden können. Vor diesem Hintergrund dürfte es der Einstufung als Beihilferegelung nicht schon entgegenstehen, wenn hinsichtlich der Gewährung der jeweiligen Einzelbeihilfe Ermessen besteht.<sup>155</sup> Dies könnte dafür

---

153 *Cremer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 3, Rn. 66; *Kaeding*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Rn. 1441.

154 Vgl. EuG, Urteil vom 8. Oktober 2014, Rs. T-542/11, 34 f., 68. Der EuGH hob diese Entscheidung zwar auf, weil er die in Streit stehende Änderung des Vertragsregimes als neue Beihilfe einstufte. Damit zog er die Einstufung des Vertrags als Beihilferegelung aber nicht in Zweifel (vgl. EuGH, Urteil vom 26. Oktober 2016, Rs. C-590/14 P, DEI, Rn. 80 f.). Vgl. zudem *Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 1 Beihilfenverfahrens-VO, Rn. 8, der als Beispiele Ausgleichszahlungen für DAWI sowie Beihilfezahlungen an einen Hersteller erneuerbarer Energien anführt, wenn zwar der Preis je Kilowattstunde Strom festgelegt ist, nicht aber die absolute Strommenge und/oder die Differenz zum Marktpreis für Strom.

155 So aber bei vorhabenspezifischen Beihilferegelungen, vgl. nur: *Unger*, in: Säcker, MüKo Wettbewerbsrecht, Band 5, 4. Aufl. 2022, Art. 1 Beihilfenverfahrens-VO, Rn. 23.

sprechen, dass beispielsweise auch Vertragsbestimmungen, nach denen eine konkrete Beihilfegewährung von einem Gesellschafterbeschluss abhängt, als Beihilferegulation einzustufen wären. Grundsätzlich käme in Betracht, dass Vertragsbestimmungen über Nachschusspflichten und Gewinnthesaurierungen sowie ggf. zur Verzinsung des Beteiligungskapitals existieren, die – je nach konkreter Ausgestaltung im Einzelfall – als Beihilferegulationen zu qualifizieren wären. Demgegenüber dürfte die Entscheidung, überhaupt einen Gesundheitskonzern (mit) zu gründen oder die Beteiligung hieran zu erhöhen, eher eine eigenständige – von einer vertraglichen Beihilferegulation unabhängige – Maßnahme sein.

Sollte eine Einzelfallanalyse ergeben, dass der jeweilige Gesellschaftsvertrag des Gesundheitskonzerns als Beihilferegulation einzustufen ist, stellt sich die Frage, ob es sich um eine **bestehende Beihilferegulation** i.S.v. Art. 1 Buchst. b handelt. Dies wäre **im Einzelfall** zu prüfen. In Betracht käme, dass die jeweilige Beihilferegulation **vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags** eingeführt wurde. Darüber hinaus ist eine Beihilferegulation nach Art. 1 Buchst. b Ziff. iv i.V.m. Art. 17 Abs. 3 auch dann als bestehende Beihilferegulation anzusehen, wenn für sie die in Art. 17 Abs. 1, Abs. 2 Beihilfenverfahrens-VO normierte **zehnjährige Rückforderungsfrist abgelaufen** ist. Ggf. wäre etwa auch zu prüfen, ob der Tatbestand des Art. 1 Buchst. b Ziff. iv 1. Alt. Beihilfenverfahrens-VO einschlägig ist, wonach von einer bestehenden Beihilfe auszugehen ist, wenn sie im Einführungszeitpunkt keine Beihilfe darstellte und erst später aufgrund der Binnenmarktentwicklung zu einer solchen wurde. Grundsätzlich käme zudem etwa in Betracht, dass der Tatbestand der genehmigten Beihilfe i.S.v. Art. 1 Buchst. b Ziff. ii erfüllt ist. Sollte keine Anmeldung und Genehmigung der jeweiligen Regelung erfolgt sein, wäre dieser Tatbestand aber nur erfüllt, wenn er auch für freigestellte Beihilfen gelten würde<sup>156</sup> und im jeweiligen Einzelfall die Freistellungs voraussetzungen erfüllt wären (etwa nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss (vgl. Ziff. 2.2., 3.6.2) oder AGVO (vgl. Ziff. 3.7.)).

Liegt einer der in Art. 1 Buchst. b Beihilfenverfahrens-VO normierten Tatbestände vor, ist eine Überprüfung durch die Kommission grundsätzlich auf das **zukunftsgerichtete Verfahren** aus Art. 21 ff. Beihilfenverfahrens-VO beschränkt.

Insofern sind aber zwei Punkte zu bedenken: Zum einen geht aus der EuG-Rechtsprechung hervor, dass gleichwohl **alle rechtswidrigen, unzulässigen Einzelbeihilfen**, die auf Grundlage einer solchen Beihilferegulation gewährt wurden, und die selbst **nicht als bestehende Beihilfen** einzustufen sind, der Wiedereinziehung unterliegen.<sup>157</sup> Zum anderen kann eine **Umwandlung** einer bestehenden in eine **neue Beihilferegulationen** eintreten, wenn sie wesentlich geändert wird. Dies dürfte etwa der Fall sein, wenn sich der (satzungsmäßige) Unternehmensgegenstand oder aber die Summe der zur Verfügung gestellten Mittel signifikant änderten (siehe oben Ziff. 2.3.). Auch insofern käme es auf eine Prüfung des jeweiligen Einzelfalls an. Bei einer Wandlung in eine neue

---

156 Vgl. dazu schon Ziff. 2.3. und *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 1 VO 2015/1589, Rn. 8.

157 EuG, verb. Rs. T-254/00, T-270/00 und T-277/00, *Hotel Cipriani u.a./Kommission*, Rn. 364. Vgl. auch: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 17 VO 2015/1589, Rn. 1.

Beihilferegelung wäre wiederum das **Präventivkontrollverfahren** mit Anmeldepflicht und Rückforderbarkeit anwendbar.<sup>158</sup>

Soweit die Beteiligungsaktivitäten als (von einer Beihilferegelung unabhängige) **Einzelbeihilfen** einzustufen sind, gilt für sie hinsichtlich der Einstufung als neue oder bestehende Beihilfe sowie der Umwandlung in eine neue Beihilfe das vorstehend zur Beihilferegelung Ausgeführte entsprechend. Sofern es sich bei bestimmten Beteiligungsaktivitäten um bestehende Einzelbeihilfen handelt, genießen diese Bestandsschutz, sodass sie der Kontrolle durch die Kommission entzogen sind. Sind bestimmte Einzelbeihilfen demgegenüber als neue Beihilfen einzustufen, greift – vorbehaltlich etwaiger Freistellungstatbestände – das Präventivkontrollverfahren und unterliegen unionsrechtswidrige Vorteilsgewährungen der Rückforderung.

Abschließend sei noch auf die Bestimmung des Zeitpunkts hingewiesen, in dem eine Beihilfe i.S.v. Art. 1 Buchst. b Ziff. i Beihilfenverfahrens-VO als „eingeführt“ anzusehen ist. Insofern war man offensichtlich ursprünglich davon ausgegangen, dass es (allein) auf die Entstehung des Rechtsanspruchs auf Erhalt des Vorteils ankomme. Inzwischen ergibt sich aus der Rechtsprechung der Unionsgerichte aber wohl, dass auf die effektive Auszahlung einer Einzelbeihilfe bzw. bestimmter im Rahmen einer Beihilferegelung gewährter Beihilfen abzustellen ist.<sup>159</sup> Hinsichtlich der Rückforderungsverjährung aus Art. 17 Beihilfenverfahrens-VO kommt es hingegen auf die „Gewährung“ an. Hiermit ist der Zeitpunkt gemeint, in dem nach nationalem Recht ein Rechtsanspruch erworben wird. Dieser Zeitpunkt kann folglich vor der Auszahlung liegen.<sup>160</sup>

## 5. Ergebnis

Die Begutachtung zeigt, dass eine abschließende Beurteilung der EU-beihilferechtlichen Zulässigkeit von Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an Gesundheitskonzernen nur anhand des jeweiligen Einzelfalls möglich ist.

Insofern ist darauf hinzuweisen, dass die **praktischen Konsequenzen** einer etwaigen materiellen EU-Beihilferechtswidrigkeit von Beteiligungsaktivitäten wesentlich vom **einschlägigen Verfahrensrecht** und damit davon abhängen, ob Beteiligungsaktivitäten als bestehende oder neue Beihilfen einzustufen sind. Denn nur neue Beihilfen i.S.v. Art. 1 Buchst. c Beihilfenverfahrens-VO sind – vorbehaltlich etwaiger Freistellungstatbestände – anmeldepflichtig und unterliegen der Rückforderung. Demgegenüber genießen bestehende Einzelbeihilfen i.S.v. Art. 1 Buchst. b, e Beihilfenverfahrens-VO Bestandsschutz. Bestehende Beihilferegelungen i.S.v. Art. 1 Buchst. b, d

---

158 Vgl. etwa *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 1 VO 2015/1589, Rn. 4, dazu, dass die Kommission in diesem Fall zunächst allein die Merkmale der Beihilferegelung, nicht die hierauf aufbauenden Einzelbeihilfen prüft.

159 Vgl. EuGH, Beschluss vom 7. Dezember 2017, Rs. C-369/16 P, Irland/Kommission, Rn. 29; Beschluss vom 7. Dezember 2017, Rs. C-373/16 P, Aufhinish Alumina Ltd/Kommission, Rn. 29 sowie: *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 1 VO 2015/1589, Rn. 3; kritisch: *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 108 AEUV, Rn. 3.

160 Vgl. *Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 1 Beihilfenverfahrens-VO, Rn. 3.

Beihilfenverfahrens-VO unterliegen einem zukunftsgerichteten Prüfverfahren, dessen Einleitung im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission liegt (vgl. zum Ganzen Ziff. 2.3. und Ziff. 4.).

Was das **materielle EU-Beihilferecht** anbelangt, sprechen – vorbehaltlich einer Prüfung des jeweiligen Einzelfalls – gute Gründe dafür, dass die Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an einem Gesundheitskonzern die Beihilfemerkmale der Bereitstellung staatlicher Mittel für ein Unternehmen mit der Folge potentieller Wettbewerbsverfälschungen und Beeinträchtigungen des zwischenmitgliedstaatlichen Handels verwirklichen (vgl. Ziff. 3.1. bis 3.5.). Insbesondere die Frage der zwischenmitgliedstaatlichen Handelsbeeinträchtigung wäre aber anhand des jeweiligen Einzelfalls zu untersuchen (vgl. Ziff. 3.5.). Darüber hinaus dürften die besseren Gründe gegen das Eingreifen des DAWI-Regimes sprechen (vgl. Ziff. 3.6.2. und allgemein Ziff. 2.2.). Vor diesem Hintergrund dürfte die Einstufung der Beteiligungsaktivitäten öffentlicher Stellen an Gesundheitskonzernen wesentlich davon abhängen, ob diese **marktkonform** sind, also dem Verhalten eines vergleichbaren, marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten entsprechen. In diesem Fall würde die **Begünstigungswirkung** und damit die Beihilfequalität i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV entfallen. Das EU-Beihilferecht wäre in diesem Fall nicht anwendbar. Ob Beteiligungsaktivitäten dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten entsprechen, kann nur anhand des **jeweiligen Einzelfalls** unter Berücksichtigung der hierzu von der Kommission und den Unionsgerichten entwickelten Grundsätze beurteilt werden (vgl. im Einzelnen Ziff. 3.6.3.).

Sollten die Beteiligungsaktivitäten allerdings sämtliche Beihilfemerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen und zudem keine Rechtfertigung nach dem DAWI-Regime in Betracht kommen, könnten – je nach Lage des konkreten Einzelfalls – ggf. noch die Ausnahmetatbestände des Art. 107 Abs. 3 AEUV (i.V.m. der AGVO) greifen (Ziff. 3.7.).