



Landeshauptstadt  
München  
**Sozialreferat**

MAX-PLANCK-INSTITUT  
FÜR AUSLÄNDISCHES UND  
INTERNATIONALES SOZIALRECHT



# **EU-Beihilfenrecht und die Finanzierung sozialer Dienstleistungen auf kommunaler Ebene**

Gemeinsame Tagung  
der Landeshauptstadt München  
und des Max-Planck-Instituts  
für ausländisches und internationales Sozialrecht

Dienstag, 22. Juni 2010  
DGB-Haus, Schwanthalerstraße 64, 80336 München

## **Dokumentation**

## Impressum:

Herausgeberin:  
Landeshauptstadt München  
Sozialreferat – Zentrale  
Orleansplatz 11  
81667 München  
E-Mail: [zentrale.soz@muenchen.de](mailto:zentrale.soz@muenchen.de)

Redaktion:  
OVR Antje Herbst

Druck: Sozialreferat, S-Z-B/D

September 2010

## Vorwort

Wir freuen uns, hiermit die Dokumentation zum Fachtag „EU-Beihilfenrecht und die Finanzierung sozialer Dienstleistungen auf kommunaler Ebene“ vorlegen zu können, der am 22. Juni 2010 in München stattfand.

Ein großer Dank gilt den Referenten und den Kommentatoren, die mit ihren Beiträgen vor Ort und sowie mit ihrer Mitarbeit an der Dokumentation wesentlich zum Gelingen dieser Tagung beigetragen haben.

Diese Gelegenheit nutzen wir aber auch gerne, um uns noch einmal bei den Teilnehmerinnen und Teilnehmer für Ihr großes Interesse an dieser Veranstaltung und die interessanten Diskussionsbeiträge zu bedanken.

Wir hoffen, dass der Fachtag und diese Dokumentation einen nützlichen Beitrag in der aktuellen Diskussion zur künftigen Entwicklung des EU-Beihilfenrechts und seinen Auswirkungen auf die öffentliche und freie Wohlfahrtspflege in Deutschland leisten kann.

Brigitte Meier  
Landeshauptstadt München  
Sozialreferentin

Prof. Dr. Ulrich Becker  
Max-Planck-Institut für ausländisches und  
internationales Sozialrecht

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort	4
Programm	5
Begrüßung und Einführung <i>Friedrich Graffe, Sozialreferent der Landeshauptstadt München</i>	7
Allgemeine beihilfenrechtliche Vorgaben für die Erbringung sozialer Dienstleistungen in der Kommune <i>Beitrag von Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI)</i>	9
Kommunale Finanzierungsverantwortung für soziale Dienstleistungen und Beihilfenverbote – Sozial-, Kinder- und Jugendhilfe und sonstige soziale Dienstleistungen unter dem Vorbehalt des Wirtschaftsrechts? <i>Beitrag von Prof. Dr. Stephan Rixen</i>	28
Kommentare:	
<i>Anja Schwarz</i> <i>Deutscher Städtetag</i>	36
<i>Michael Müller, LL.M. Eur.</i> Deutscher Caritasverband – Brüssel	45
MR Dr. Klaus-Hannes Schäch Bay. Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie	47
<i>Christian Holzleitner</i> <i>Europäische Kommission – Generaldirektion Wettbewerb</i>	54
Zusammenfassung der Diskussionen <i>Antje Herbst</i>	63
Referenten- und Autorenverzeichnis	68
Anhang	69
Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005	
Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden	

---



Gemeinsame Tagung  
der Landeshauptstadt München  
und des Max-Planck-Instituts  
für ausländisches und internationales Sozialrecht

## **EU-Beihilfenrecht und die Finanzierung sozialer Dienstleistungen auf kommunaler Ebene**

Dienstag, 22. Juni 2010

DGB-Haus, Schwanthalerstraße 64, 80336 München  
Rückgebäude/EG, Ludwig-Koch-Saal

- 
- 8.30 – 8.45 **Begrüßung und Einführung**  
*Friedrich Graffe*  
Sozialreferent der Landeshauptstadt München
- 8.45 – 9.15 **Allgemeine beihilfenrechtliche Vorgaben für die Erbringung sozialer Dienstleistungen in der Kommune**  
*Prof. Dr. Ulrich Becker*  
MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht, München
- 9.15 – 9.45 **Kommunale Finanzierungsverantwortung für soziale Dienstleistungen und Beihilfenverbote – Sozial-, Kinder- und Jugendhilfe und sonstige soziale Dienstleistungen unter dem Vorbehalt des Wirtschaftsrechts?**  
*Prof. Dr. Stephan Rixen*  
Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Öffentliches Recht I
- 9.45 – 10.45 **Verständnisfragen & Diskussion**  
Moderation: *Markus Schön*  
MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht, München
- 10.45 – 11.15 Imbiss
- 11.15 – 12.30 **Kommentare: Hat das EU-Beihilfenrecht Auswirkungen auf die Finanzierung sozialer Dienstleistungen durch die Kommune?**  
Moderation: *Markus Schön*  
  
*Anja Schwarz*  
Deutscher Städtetag, Dezernat IV Arbeit, Jugend und Soziales, Köln  
  
*Michael Müller*  
EU-Vertretung des Deutschen Caritasverbandes, Brüssel

**EU-Beihilfenrecht und die Finanzierung  
sozialer Dienstleistungen auf kommunaler Ebene**

*Ministerialrat Dr. Klaus-Hannes Schäch*  
Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur,  
Verkehr und Technologie

*Christian Holzleitner*  
Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, Staatsbeihilfen  
bei Gesundheits- und Sozialdienstleistungen

- 12.30 – 13.30 **Abschlussdiskussion**  
Moderation: *Prof. Dr. Ulrich Becker*
- ca. 13.30 Ende der Veranstaltung

**Begrüßung und Einführung durch den Sozialreferenten der Landeshauptstadt München,  
Herrn Friedrich Graffe**

(es gilt das gesprochene Wort)

Ich freue mich sehr, Sie so zahlreich zu dieser gemeinsamen Fachtagung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht und der Landeshauptstadt München zu dem Thema „EU-Beihilfenrecht und die Finanzierung sozialer Dienstleistungen auf kommunaler Ebene“ hier im DGB-Haus begrüßen zu dürfen.

Das Konzept für diese Tagung entstand nach intensiven Diskussionen, die im Sommer und Herbst letzten Jahres mit der freien Wohlfahrtspflege und im Münchner Stadtrat geführt wurden. Deutlich wurde hierbei:

Wie fern die beihilferechtlichen Vorgaben der EU von der kommunalen Finanzierungspraxis sozialer Dienstleistungen sind. Wie anders die Sichtweise der Europäischen Union ist: Die Beihilfen gewährende Stelle wird als kontrollierendes, prüfendes Organ gesehen und ist mit entsprechenden Kontrollfunktionen ausgestaltet. Im Gegensatz hierzu hat sich in München eine langjährige Zusammenarbeit und partnerschaftliche Kooperation der Stadtverwaltung mit der freien Wohlfahrtspflege etabliert. Dies führt heute u.a. zu flexibleren Formen der Finanzierung und der Steuerung. Diese beiden divergierenden Ansätze in Deckung zu bringen, fällt schwer.

Und immer wieder wurde die Frage gestellt: Wie machen das denn andere Kommunen? Haben die Wohlfahrtsverbände und freien Träger in anderen Städten und Landkreisen keine Probleme mit dem Europäischen Beihilfenrecht? Es entstand in diesem Diskussionsprozess bei vielen der Eindruck, nur München befasse sich im Bereich sozialer Dienstleistungen mit dem Einfluss des Europäischen Beihilfenrechts. Aber die hohe Resonanz auf diese Veranstaltung heute zeigt es: Die Auswirkungen des Europäischen Beihilferechts auf die kommunale Finanzierung sozialer Dienstleistungen werden zunehmend von den beteiligten Akteuren erkannt.

Die maßgeblichen, rechtlichen Vorgaben der Europäischen Kommission hierfür stammen aus dem Jahr 2005. Sie werden derzeit von der Europäischen Kommission überarbeitet. Auch eine fraktionsübergreifende Arbeitsgruppe des Europäischen Parlaments beschäftigt sich derzeit mit dem Änderungsbedarf des europäischen Beihilferechts. Darüber hinaus findet im Oktober 2010 das Dritte Forum für soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Brüssel statt. Es wird organisiert von der (dann) belgischen Ratspräsidentschaft und der Europäischen Kommission und nimmt ebenfalls das Beihilfenrecht in den Fokus.

Der Zeitpunkt für diesen Fachtag ist daher gut geeignet für eine Diskussion darüber, wie sich europäisches Beihilfenrecht aus der Sicht der Kommunen und aus der Sicht der freien Wohlfahrtspflege in Deutschland weiter entwickeln sollte. Denn nur wenn die europäischen

Vorgaben mit der Finanzierungspraxis in der Kommune in Einklang gebracht werden können, ist eine sinnvolle Gestaltung der Finanzierung sozialer Dienstleistungen durch die Kommunen weiterhin möglich. Dieser Fachtag möchte aber auch den Blick schärfen für die Relevanz der EU-Regelungen für die Kommunen und für die freie Wohlfahrtspflege in Deutschland und auf die Probleme hinweisen, die sich hieraus für die Besonderheiten der sozialen Landschaft in Deutschland ergeben. Diese Themen auch in Zukunft nicht aus den Augen zu verlieren und in den Europäischen Konsultationsprozess einzubringen, ist Aufgabe von uns allen.

Die notwendige Einführung in das Thema erhalten wir jetzt von Herrn Prof. Becker, der sich mit den allgemeinen beihilferechtlichen Vorgaben für die Erbringung sozialer Dienstleistungen in der Kommune befasst.

Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI),

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

## **Allgemeine beihilferechtliche Vorgaben für die Erbringung sozialer Dienstleistungen in der Kommune**

### I. Einführung

### II. Grundfragen

1. Warum sind Beihilfen im Binnenmarkt problematisch?
2. Woraus folgt das grundsätzliche Verbot von Beihilfen?
3. Sind alle Beihilfen verboten?
  - a) Zulässige Beihilfen (Legislativausnahmen)
  - b) Für vereinbar erklärte Beihilfen (Ermessensausnahmen)
  - c) Rechtfertigung
4. Gelten Ausnahmen für soziale Dienstleistungen?
5. Zusammenfassung: Die Prüfungssystematik

### III. Voraussetzungen einer Beihilfe

1. Wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmens
2. Gewährung eines Vorteils
3. Einsatz staatlicher Mittel
4. Für bestimmte Unternehmen (Selektivität)
5. Tatsächliche oder drohende Wettbewerbsverfälschung und potentielle Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

### IV. Begünstigungen ohne Beihilfecharakter und erlaubte Beihilfen

1. Gar keine Beihilfe: Gegenleistung im Sinne der Altmark Trans-Rechtsprechung
2. Vorliegen von Rechtfertigungsgründen
3. Durch die Kommission geregelte Ausnahmen

Anhang

Wichtige Rechtsprechung

Literatur (Auswahl)

*Art. 107 AEUV (ex-Art. 87 EGV)*

(1) Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, 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 Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

(2) Mit dem Binnenmarkt vereinbar sind:

- a) Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden;
- b) Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind;
- c) Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind. Der Rat kann fünf Jahre nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auf Vorschlag der Kommission einen Beschluss erlassen, mit dem dieser Buchstabe aufgehoben wird.

(3) Als mit dem Binnenmarkt vereinbar können angesehen werden:

- a) Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht, sowie der in Artikel 349 genannten Gebiete unter Berücksichtigung ihrer strukturellen, wirtschaftlichen und sozialen Lage;
- b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;
- c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
- d) Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
- e) sonstige Arten von Beihilfen, die der Rat durch einen Beschluss auf Vorschlag der Kommission bestimmt.

*Art. 108 AEUV (ex-Art. 88 EGV)*

enthält die *Kompetenz der Kommission* zur

(1) Überprüfung bestehender Beihilferegulungen und zur

(2) Beanstandung unzulässiger oder mißbräuchlich angewandter Beihilfen;

außerdem die *Pflicht der Mitgliedstaaten* zur (3) Notifizierung von Beihilfen.

Die Notifizierungspflicht und das Verfahren sowie Ausnahmen vom Beihilfeverbot werden nach *Art. 109 AEUV (ex-Art. 89 EGV)* durch vom Rat erlassene *Durchführungsverordnungen* näher geregelt; für von der Notifizierung ausgenommene Beihilfen kann wiederum die Kommission Verordnungen nach Art. 108 Abs. 4 AEUV erlassen.

## I. Einführung

1. Feststellbar ist eine zunehmende Bedeutung des EU-Rechts auch für das nationale Sozialrecht: Nicht nur, weil die EU durch die Vertragsänderungen in den letzten Jahren neue bzw. weiter gefasste Kompetenzen erhalten hat. Sondern vor allem, weil das Primärrecht, also das in den Verträgen selbst und in allgemeinen Rechtsgrundsätzen enthaltene Recht, immer mehr Bereiche erfasst: etwa den Sport, soziale Tätigkeiten einschließlich der Sozialversicherung, die Arbeitsbeziehungen.

Das hat naturgemäß auch Bedeutung für das Handeln der Kommunen. Selbst dort, wo sie soziale Dienstleistungen anbieten oder veranlassen, müssen sie das EU-Recht in den Blick nehmen und darauf abklopfen, ob es für sie relevante Vorgaben enthält.

2. Gemäß der Konzeption der Tagung enthalten die nachfolgenden Ausführungen in geraffter Form einen allgemeinen Überblick über die europarechtlichen Vorgaben, soweit es das Verbot der Gewährung von Beihilfen betrifft.

Sie beginnen mit einigen Grundfragen (II.), und zwar ganz im wörtlichen Sinn. Anschließend werden die Voraussetzungen einer Beihilfe im Sinne der vertraglichen Bestimmungen zusammengefaßt (III.). In einem dritten und letzten Schritt wird auf dieser Grundlage noch einmal klargestellt, in welchen Fällen trotz Vorteilsgewährung gar keine oder aber eine erlaubte Beihilfe vorliegt (IV.).

## II. Grundfragen

### 1. Warum sind Beihilfen im Binnenmarkt problematisch?

Mit dem Verbot von Beihilfen soll, wie es der EuGH formuliert hat, verhindert werden, daß „der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch von staatlichen Stellen gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt wird, die in verschiedenartiger Weise durch die Bevorzugung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.“<sup>1</sup>

Das Verbot ist Teil der Wettbewerbsregeln, die insgesamt dafür sorgen sollen, ein System unverfälschten Wettbewerbs zu errichten. So hieß es früher in Art. 3 lit. g EGV. In der Sache gilt dieses Ziel fort, weil es unauflösbar mit dem Binnenmarkt verbunden ist. Um Wettbewerbsverfälschungen auszuschließen, werden zum einen bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verboten (Art. 101 f. AEUV = ex-Art. 81 f. EGV). Zum anderen wird den Mitgliedstaaten untersagt, in den Wettbewerb von außen durch die Gewährung von Vergünstigungen einzugreifen.

### 2. Woraus folgt das grundsätzliche Verbot von Beihilfen?

Rechtsgrundlage des genannten Verbots ist Art. 107 AEUV (= ex-Art. 87 EGV).

---

<sup>1</sup> So schon EuGH v. 2.7.1974, Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, S. 709, Rdnr. 26.

Abs. 1 dieser Vorschrift lautet: „Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, 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 Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

### 3. Sind alle Beihilfen verboten?

Nein, das genannte Verbot gilt nur im Grundsatz. Manche sprechen auch von einem Verbot unter Erlaubnisvorbehalt. Die weiteren Absätze des Art. 107 AEUV zeigen dies klar:

#### a) Zulässige Beihilfen (Legislativausnahmen)

Nach **Abs. 2** sind bestimmte Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar und damit EU-rechtlich zulässig. Es handelt sich um drei Arten von Beihilfen:

- Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden (lit. a);
- Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind (Katastrophenbeihilfen, lit. b);
- Beihilfen zur Überwindung der durch die deutsche Teilung verursachten Nachteile und damit zur Erleichterung der wirtschaftlichen Einheit Deutschlands (lit. c).

Obwohl diese Beihilfen schon nach dem Vertrag zulässig sind (also Legalausnahmen vom Beihilfeverbot darstellen), müssen sie der Kommission gemeldet (notifiziert) werden. Die Kommission muß aber bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eine Genehmigung aussprechen. Sie hat keinen Ermessensspielraum. Auf Tatbestandsseite soll ihr allerdings ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Vorliegens bestimmter Voraussetzungen zukommen.<sup>2</sup>

Praktisch spielen in dem hier interessierenden Zusammenhang die Legalausnahmen keine Rolle. Insbesondere die Beihilfen nach lit. a) müssen nicht nur diskriminierungsfrei gewährt werden, sondern auch an Endverbraucher gerichtet sein. Die Ausnahmevorschrift entfaltet deshalb im Leistungserbringungsrecht keine Bedeutung.

#### b) Für vereinbar erklärte Beihilfen (Ermessensausnahmen)

Nach **Abs. 3** kann die Kommission weitere Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar ansehen. Hier hat sie Beurteilungs- und Ermessensspielräume (deshalb: Ermessensausnahmen).<sup>3</sup> Darunter fallen:

- Regionalbeihilfen für Fördergebiete (lit. a);
- Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats (lit. b);

<sup>2</sup> *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 87 EGV, Rdnr. 53; EuG v. 15.12.1999, verb. Rs. T-132/96 und T-143/96 (Sachsen u. VW/Kommission), Slg. 1999, S. II-3663, Rdn. 148.

<sup>3</sup> *Bär-Bouyssière*, a.a.O., Art. 87 EG, Rdnr. 54.

- Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete (lit. c) mit der Unterscheidung von regionalen und sektoralen Beihilfen;
- Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes (lit. d);
- sonstige, vom Rat bestimmte Beihilfen (lit. e), die bisher nur die Sektoren Schiffbau und Steinkohle betreffen.

In der Praxis spielen v.a. Abs. 3 lit. a) und c) eine wichtige Rolle. Hervorhebung verdienen die Gruppenfreistellungsverordnungen, die die Kommission auf der Grundlage einer ErmächtigungsVO (994/98) erläßt (sog. *horizontale Beihilfen*, etwa in den Bereichen: Umweltschutz, Kleine und mittlere Unternehmen (KMU), Forschung und Entwicklung (FuE), Ausbildung und Beschäftigung, Risikokapitalbeihilfen, Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen etc.). Eine wichtige andere Regelung betrifft die *De-minimis-Beihilfen* (VO 1998/2006), nach der Beihilfen unter einer bestimmten Summe (200.000 €, im Güterkraftverkehr 100.000 €) keine verbotenen Beihilfen darstellen (allerdings sind sektorielle Ausnahmen vorgesehen). In diesen Fällen entfällt auch die Notifizierungspflicht, die mit einem Durchführungsverbot verbunden ist (Art. 108 AEUV = ex-Art. 88 EGV).

Zur Überprüfung durch die Kommission: Ein Spielraum der Kommission besteht nicht bei der Frage, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt, aber vor allem bei der Auslegung weiterer Tatbestandsmerkmale und der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt, weil dabei komplexe wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge zu berücksichtigen sind. Die Kommission prüft im Rahmen des Abs. 3 grundsätzlich drei Punkte: (1) Dient die Beihilfe der Verwirklichung eines in Abs. 3 genannten Ziels? (2) Ist sie dafür auch notwendig? (Anreizkriterium – würde das gewünschte Verhalten eines Unternehmens sonst nicht stattfinden?) (3) Ist die Beihilfe verhältnismäßig, also v.a. erforderlich?<sup>4</sup>

Insofern kommt der Kommission eine Schlüsselstellung zu. Sie ist die Hüterin des Wettbewerbs, und wenn auch ihre Entscheidungen durch den EuGH kontrolliert werden können,<sup>5</sup> so hat sie doch in vielerlei Hinsicht Entscheidungskompetenzen und verfügt zumindest zum Teil über Einschätzungsspielräume. Erleichtert wird ihre Aufsichtsfunktion durch das Erfordernis, die beabsichtigte Einführung und Umgestaltung von Beihilfen rechtzeitig mitzuteilen, also die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Notifizierung.<sup>6</sup>

### c) Rechtfertigung

Schließlich ist nach der Systematik des Vertrags noch eine Rechtfertigung über die allgemeine Bestimmung in Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 EGV) möglich. Dies hat zwei Gründe: Zum einen besteht ein Vorbehalt besonderer Bestimmungen in Art. 107 AEUV; zum anderen hat sich Art. 106 Abs. 2 AEUV zu einer allgemeinen Schutzklausel für den *Service public* entwickelt.<sup>7</sup>

Art. 106 Abs. 2 AEUV lautet: „Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser

<sup>4</sup> *Bär-Bouyssière*, a.a.O., Art. 87 EG, Rdnr. 54 f.

<sup>5</sup> Dazu und zu der Kontrolldichte EuGH v. 16.5.2000, Rs. C-83/98 P (Ladbroke racing), Slg. 2000, S. I-3271, Rdnr. 25; EuG v. 12.12.2000, Rs. T-296/97 (Alitalia), Slg. 2000, S. II-3871, Rdnr. 105.

<sup>6</sup> Art. 108 Abs. 3 AEUV (= ex-Art. 88 Abs. 3 EGV) i.V.m. der Verfahrensverordnung (EG) Nr. 659/1999 (ABl. L 83/1).

<sup>7</sup> *Voet van Vormizeele*, in: Schwarze u.a., EU-Kommentar (Fußn. 2), Art. 86 EGV, Rdnr. 53.

Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.“

#### 4. Gelten Ausnahmen für soziale Dienstleistungen?

Hinsichtlich möglicher Ausnahmen für soziale Dienstleistungen ist zunächst Art. 106 Abs. 2 AEUV zu beachten. Dieser steht im Zusammenhang mit Art. 14 AEUV (ex-Art. 16 EGV):

„Unbeschadet des Artikels 4 des Vertrags über die Europäische Union und der Artikel 93, 106 und 107 dieses Vertrags und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Diese Grundsätze und Bedingungen werden vom Europäischen Parlament und vom Rat durch Verordnungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festgelegt, unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.“

Die Bedeutung dieser Vorschrift ist umstritten. Aus ihr folgt zwar eine Bekräftigung des Schutzes der Funktionsfähigkeit öffentlicher Unternehmen bzw. des *Service public*, aber keine Bereichsausnahme. Art. 14 AEUV in der neuen Fassung (gegenüber ex-Art 16 EGV) enthält vor allem Kompetenzen für eine europäische Gesetzgebung, bringt jedoch nach allerdings nicht unbestrittener Ansicht keine inhaltliche Verschiebung im Verhältnis zwischen Gemeinwohl und Markt.

Zusammengefasst: Die Systematik des Vertrags sieht also zugunsten von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zusätzliche Rechtfertigungsmöglichkeiten vor. Fraglich kann nur sein, ob „soziale Dienstleistungen“ überhaupt wirtschaftlicher Natur sind und damit in den Anwendungsbereich der vertraglichen Wettbewerbsregeln fallen – darauf wird gleich zurückzukommen sein (unten, III.1.).

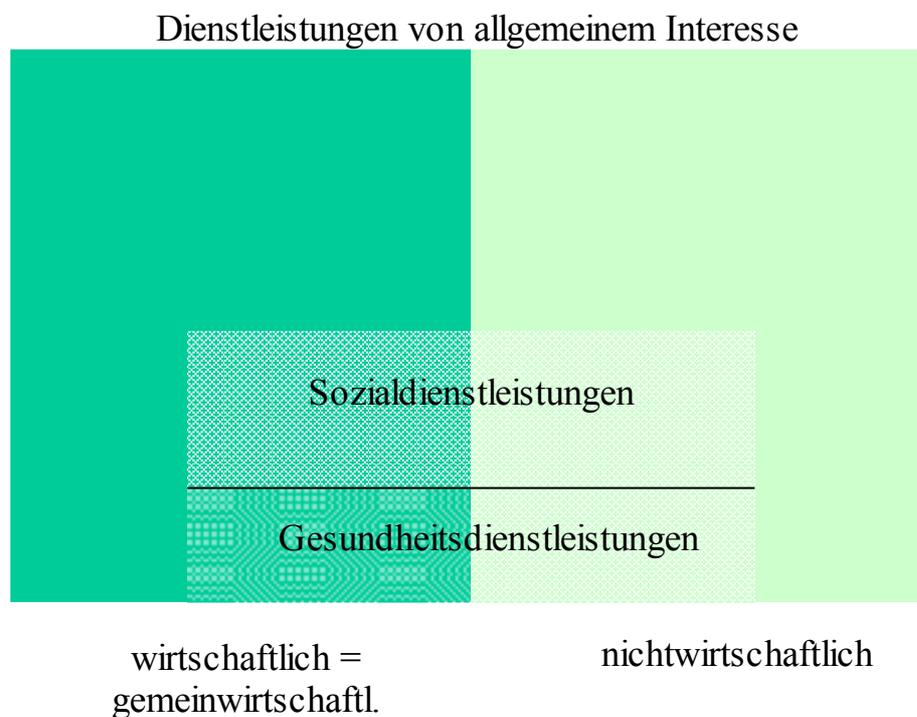
Begrifflich besteht allerdings im Unionsrecht wegen der vielen veröffentlichten Papiere und verschiedener Gesetzgebungsakte eine gewisse Verwirrung. Zu unterscheiden sind:

- *Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse* (Art. 106 Abs. 2 AEUV);
- Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123): diese findet keine Anwendung (Art. 2) auf *nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse; Gesundheitsdienstleistungen; soziale Dienstleistungen* (im Zusammenhang mit Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen, die vom Staat, durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden).

Im Handbuch der Kommission zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie heißt es zu den „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen“: „Die Begriffe „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen“

beziehen sich auf Dienstleistungen, die nicht für eine wirtschaftliche Gegenleistung erbracht werden.“<sup>8</sup>

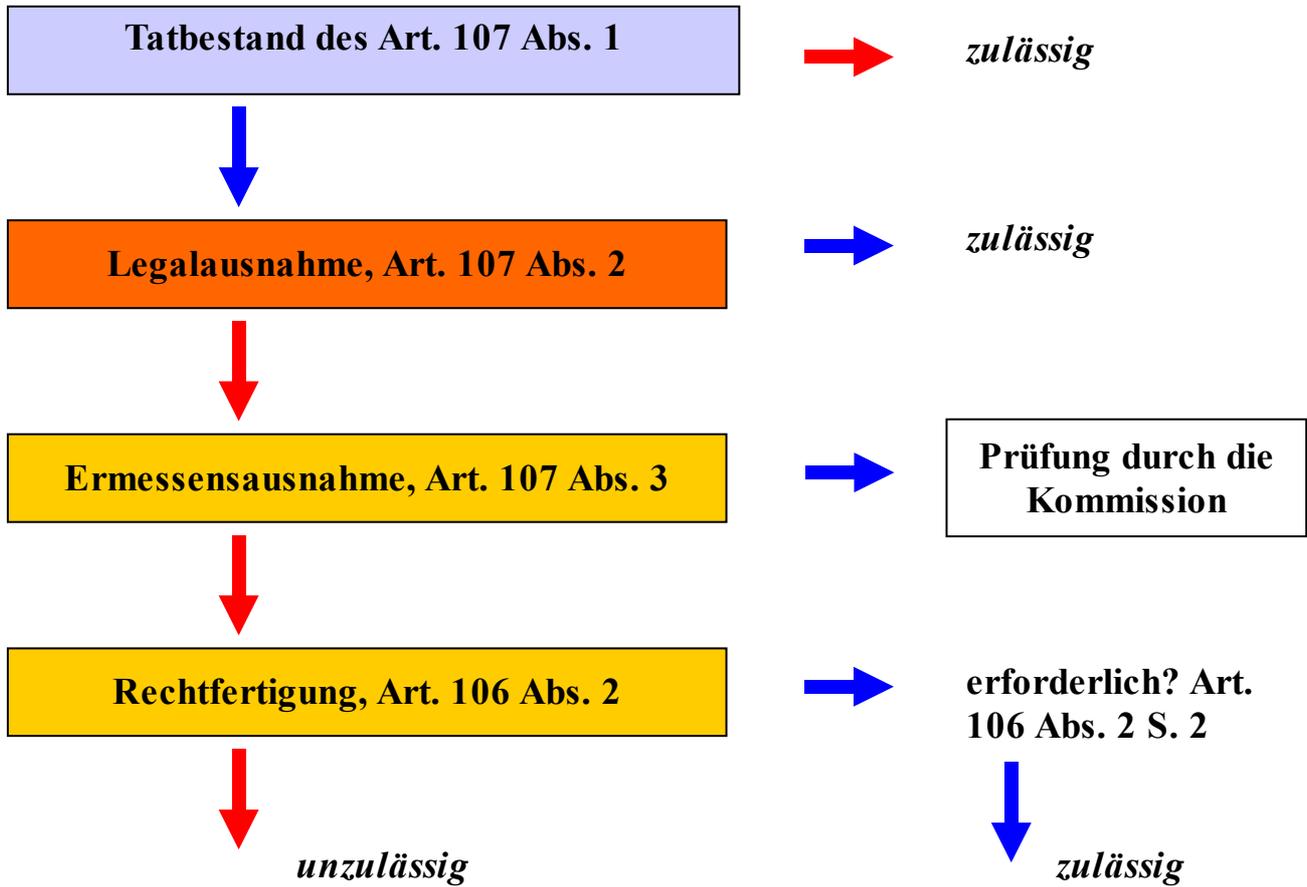
Allgemein wird der Begriff „soziale Dienstleistungen“ durch die Kommission wie folgt definiert: Gemeint sein sollen danach gesetzliche und ergänzende Systeme der sozialen Sicherung sowie persönliche Dienstleistungen mit bestimmten Funktionen.<sup>9</sup>



<sup>8</sup> EU-Kommission, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2007, S. 11.

<sup>9</sup> KOM (2006) 177 endg., I. 1.1.

5. Zusammenfassung: Die Prüfungssystematik



### III. Voraussetzungen einer Beihilfe

Vorbemerkung: Der EuGH prüft etwas anders, als unten (s. Kasten) angegeben: „Nach ständiger Rechtsprechung verlangt die Einstufung als staatliche Beihilfe, dass die folgenden Voraussetzungen sämtlich erfüllt sind.

1. Erstens muss es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln.
2. Zweitens muss diese Maßnahme geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.
3. Drittens muss dem Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden.
4. Viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.<sup>10</sup>

#### **Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV**

- wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmens
- Gewährung eines Vorteils
- vom Staat oder aus staatlichen Mitteln (Zurechenbarkeit)
- für ein bestimmtes Unternehmen (Selektivität)
- Verursachung einer Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

#### 1. Wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmens

Alle Unternehmen unterliegen dem europäischen Wettbewerbsrecht, ganz unabhängig davon, in welcher rechtlichen Form sie organisiert sind.<sup>11</sup> Es gibt also keine Bereichsausnahmen für öffentlich-rechtliche Einrichtungen als solche.

<sup>10</sup> Etwa aus jüngster Zeit EuGH v. 10.6.2010, Rs. C-140/09 (Fallimento Traghetti del Mediterraneo), n.v., Rdn. 31.

<sup>11</sup> Umfaßt ist „jede wirtschaftlich tätig werdende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder ihrer Finanzierung“, so die ständige Rspr. zu Art. 81, 82 EGV: EuGH v. 16.3.2004, verb. Rs. C-264/01 u.a. (AOK Bundesverband), Slg. 2004, S. I-2493, Rdnr. 46; v. 19.1.1994, Rs. C-364/92 (SAT/Eurocontrol), Slg. 1994, S. I-43, Rdnr. 18; v. 17.2.1993, verb. Rs. C-159/91 u. C-160/91 (Poucet u. Pistre), Slg. 1993, S. I-637, Rdnr. 17; v. 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner u. Elser), Slg. 1991, S. I-1979, Rdnr. 21.

Erforderlich ist aber eine wirtschaftliche Tätigkeit, s.o. Diese wird durch ein „allgemeines Interesse“ an der Tätigkeit nicht ausgeschlossen.

Der EuGH umschreibt Unternehmen wie folgt: „Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.“<sup>12</sup> Und weiter: „Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.“<sup>13</sup>

Ausgeschlossen ist das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit bei hoheitlichen Tätigkeiten. Liegen solche nicht vor, ist weiter zu prüfen, ob ein Markt vorhanden ist und Entgeltlichkeit gegeben ist; Gewinnerzielungsabsicht kann ein positives Indiz sein, ist aber nicht entscheidend, weshalb ihr Fehlen allein nicht die Unternehmenseigenschaft ausschließt.<sup>14</sup> Entscheidend muß vielmehr sein, ob im konkreten Fall Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Erbringern sozialer Dienstleistungen bestehen oder ob umgekehrt die Leistungserbringer in die Erfüllung einer durch Gesetz bestimmten sozialen Tätigkeit derart eng einbezogen sind, daß sie (im Sinne der Festbetragsentscheidung des EuGH) nicht wirtschaftlich handeln.

Zu beachten ist weiter, daß es in Deutschland im Sozialleistungsrecht grundsätzlich keine staatlichen Monopole gibt. Das gilt für die meisten Gesundheits- und sonstigen Sozialleistungen: im Kranken- und Pflegeversicherungsrecht durchgehend,<sup>15</sup> insbesondere auch im Krankenhaussektor; ebenso im Sozial- und Jugendhilferecht, wo der Gesetzgeber ausdrücklich auf einen Wettbewerb zwischen eigenen, gemeinnützigen und gewerblichen Leistungserbringern setzt.<sup>16</sup> In allen Sektoren dürfen Private Dienstleistungen erbringen. Der deutsche Staat beschränkt sich schon seit langem auf Regulierung. Damit entstehen Tauschbeziehungen zwischen Hoheitsträgern und privaten Dienstleistern, wenn auch möglicherweise in beschränkter Form. Und es entstehen zugleich Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Privaten, die entsprechende Dienstleistungen anbieten.

## 2. Gewährung eines Vorteils

Es ist hervorzuheben, daß der Begriff der Beihilfe, dem Schutzzweck der Vorschrift entsprechend, weit ausgelegt wird („gleich welcher Art“). Er umfaßt neben Zuschüssen auch Steuerbefreiungen<sup>17</sup> und Befreiungen von anderen allgemeinen Lasten wie etwa Sozialversicherungsbeiträgen<sup>18</sup>, ebenso Leistungen zu Vorzugsbedingungen und die Übernahme von

12 EuGH v. 10.1.2006, Rs. C-222/04 (Cassa di Risparmio di Firenze u.a.), Slg. 2006, S. I-289, Rdnr. 107; v. 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner u. Elser), Slg. 1991, S. I-1979, Rdnr. 21; v. 16.3.2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband u.a.), Slg. 2004, S. I-2493, Rdnr. 46.

13 EuGH v. 10.1.2006, Rs. C-222/04 (Cassa di Risparmio di Firenze u.a.), Slg. 2006, S. I-289, Rdnr. 108; v. 18.6.1998, Rs. C-35/96 (Kommission/Italien), Slg. 1998, S. I-3851, Rdnr. 36; v. 12.12.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov u.a.), Slg. 2000, S. I-6451, Rdnr. 75.

14 Sehr ausführlich und zusammenfassend *Raptis*, ZÖR 2009, S. 53 ff.

15 Vgl. aber etwa § 15 Abs. 2 SGB VI („von dem Träger der Rentenversicherung selbst betrieben werden“) im Rentenversicherungsrecht.

16 Der Vorrang freier Träger wurde im Sozialhilferecht schon durch das G zur Reform des Sozialhilferechts v. 23.7.1996 (BGBl. I, S. 1088) beseitigt; vgl. auch BR-Drucks. 452/95, S. 30: „Mehr Wirtschaftlichkeit in den Einrichtungen und ein sparsamerer Umgang mit den nur begrenzt zur Verfügung stehenden öffentlichen Mitteln wird aber nur erreicht, wenn ein Wettbewerb der Einrichtungen in Gang gesetzt wird, der allerdings mit ihrer fürsorgerechtlichen Aufgabenstellung vereinbar sein muß.“

17 EuGH v. 19.5.1999, Rs. C-6/97 (Italien/Kommission), Slg. 1999, S. I-2981, Rdnr. 16 f.

18 EuGH v. 17.6.1999, Rs. C- 75/97 (Belgien/Kommission), Slg. 1999, S. I-3671, 3695 ff. Rdnr. 24 bis 31.

Verlusten<sup>19</sup>, auch die Stundung oder Nichtdurchsetzung von Verpflichtungen.<sup>20</sup> Maßstab für die Beurteilung von Vergünstigungen ist die Frage, ob diese noch als „marktgerecht oder marktüblich“ anzusehen sind, wobei zum Vergleich das hypothetische Handeln eines „privaten Investors“ oder „privaten Schuldners“ genommen wird (was nicht immer ganz einfach ist, weil zumindest alle wirtschaftlichen Erwägungen, auch die jenseits schneller Renditeoptimierungen, zu berücksichtigen sind).

Die Kommission hat die Beurteilungskriterien für bestimmte Verhaltensweisen (etwa staatliche Garantien, Grundstücksveräußerungen) durch einzelne Mitteilungen zusammengefaßt.

Die Zuwendung eines Vorteils ist nur dann eine Beihilfe, wenn sie ohne (ausreichende = marktgerechte) Gegenleistung erbracht wird. Dieses negative Tatbestandsmerkmal spielt gerade bei der Tätigkeit zu sozialen Zwecken eine wichtige Rolle und soll deshalb gesondert behandelt werden (unten, V.1.).

### 3. Einsatz staatlicher Mittel

Gewährt werden müssen (1) mindestens mittelbar staatliche Mittel, die (2) dem Staat zurechenbar sind.

Staat in diesem Sinne schließt natürlich alle staatlichen Stellen und damit die Kommunen mit ein; diese Voraussetzung bezweckt nur eine Abgrenzung zu privaten Akteuren (wie etwa Verbänden). Eingeschlossen sind auch staatliche beherrschte Unternehmen, weil diese dem Staat zurechenbar sind (die tatsächlichen Grundlagen der Zuordnung sind allerdings im Einzelfall zu prüfen).

Immer aber muß es sich um eine Übertragung von Mitteln handeln, weshalb z.B. Abnahmeverpflichtungen keine Beihilfen darstellen.<sup>21</sup>

### 4. Für bestimmte Unternehmen (Selektivität)

Beihilfen müssen bestimmten Unternehmen (einzelnen oder einer nach bestimmten Kriterien umschriebenen Gruppe) gewährt werden. An dieser sog. Selektivität der staatlichen Maßnahme fehlt es insbesondere bei allgemeinen Maßnahmen der Konjunktur-, Wirtschafts- und Sozialpolitik.<sup>22</sup>

19 Vgl. hierzu bspw. die Kommissionsentscheidung 2003/372/EG Art. 3 (Olympic Airways); dazu auch EuGH v. 12.5.2005, Rs. C-415/03 (Kommission/Griechenland), Slg. 2005, S. I-3875.

20 *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze u.a., EU-Kommentar (Fußn. 2), Art. 87 EG, Rdnr. 30; EuGH v. 29.6.1999, Rs. C-256/97 (DM Transport), Slg. 1999, S. I-3913, Rdnr. 19.

21 EuGH v. 13.3.2001, Rs. C-379/98 (Preussen-Elektra), Slg. 2001, S. I-2099, Rdnr. 58 ff.

22 Verboten sind jedoch Entscheidungen, durch die die Mitgliedstaaten ihre eigenen wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele verfolgen, indem sie Unternehmen einseitig aus eigenem Recht Vorteile einräumen, die der Verwirklichung dieser wirtschafts- oder sozialpolitischen Ziele dienen sollen. EuGH v. 27.3.1980, Rs. 61-79 (Denkavit Italiana), Slg. 1980, S. 1205, Rdnr. 31.

## 5. Tatsächliche oder drohende Wettbewerbsverfälschung und potentielle Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

- Wettbewerbsverfälschung: diese Voraussetzung ist in der Regel erfüllt, ein besonderer Nachweis ist nicht erforderlich.
- Beeinträchtigung des Handels: diese liegt vor, wenn die Stellung des Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern gestärkt wird.  
Eine Ausnahme bildet dabei jedoch die bereits erwähnte *De-minimis-Regel* (vgl. oben, I.3.b).
- Wirkung auf zwischenstaatlichen Handel: dieses Kriterium setzt voraus, daß die Ein- oder Ausfuhr von Gütern durch die Beihilfen erleichtert oder erschwert werden. Das Vorliegen dieses Merkmals hängt weder von der Höhe der Beihilfe noch davon ab, daß eine erbrachte Dienstleistung lokalen Charakter hat.

## IV. Begünstigungen ohne Beihilfecharakter und erlaubte Beihilfen

### 1. Gar keine Beihilfe: Gegenleistung im Sinne der *Altmark Trans-Rechtsprechung*

Die Marktgerechtigkeit einer Gegenleistung wurde bereits oben unter III.2. dargestellt (Beispiel: Zahlungen für die Beseitigung von Altöl<sup>23</sup>). Gerade im Umweltschutzrecht hat sich aber in den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts die Frage gestellt, inwieweit auch die Erfüllung von Gemeinwohlzwecken eine Gegenleistung darstellen kann.<sup>24</sup> Sie betrifft zugleich die Bestimmung von Regeln und Ausnahmen, die im Verlaufe der Jahre von der Rechtsprechung unterschiedlich getroffen worden war.<sup>25</sup>

Mit seinen Entscheidungen in den Rs. *Ferring*<sup>26</sup> und *Altmark Trans*<sup>27</sup> hat der EuGH sich (erneut) für ein weiteres Verständnis der Gegenleistung und die sog. Tatbestandslösung entschieden. Danach sind Vorteile zum Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen keine Beihilfen. Nach der etwas umständlichen Formulierung des Gerichtshofs fällt „eine staatliche Maßnahme nicht unter (das Beihilfeverbot) ..., soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.“<sup>28</sup> Allerdings gilt dies nur unter bestimmten und engen Voraussetzungen.

23 EuGH v. 7.2.1985, Rs. 240/83 (ADBHU), Slg. 1985, S. 531, Rdnr. 18.

24 Vgl. *Becker*, Der Gestaltungsspielraum der EG-Mitgliedstaaten im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr, 1991, S. 66 f.

25 Vgl. zum Ganzen nur *Bultman*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004, S. 29 ff.

26 EuGH v. 22.11.2001, Rs. C-53/00 (*Ferring*), Slg. 2001, S. I-9067.

27 EuGH v. 24.7.2003, Rs. C-280/00 (*Altmark Trans*), Slg. 2003, S. I-7747.

28 EuGH v. 24.7.2003, Rs. C-280/00 (*Altmark Trans*), Slg. 2003, S. I-7747, Rdnr. 87.

Der EuGH hat die Ausnahme auf Tatbestandsebene an das Vorliegen der folgenden vier Voraussetzungen geknüpft.<sup>29</sup>

- Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben betraut und müssen seine Verpflichtungen klar definiert worden sein.
- Zweitens müssen die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sein.
- Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.
- Viertens muß die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf bestimmten Wegen ermittelt werden, nämlich entweder im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge oder auf der Grundlage einer Analyse der Kosten, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.

Das erste Kriterium erfordert einen Betrauungsakt. Dafür genügt neben der gesetzlichen Übertragung auch eine vertragliche Betrauung, sofern sich aus dieser die Gemeinwohlpflichten ausreichend klar ergeben. Bei allgemeinen Zuschüssen wird aber zumeist das zweite Altmark-Kriterium nicht erfüllt sein. Denn der EuGH hat es ausdrücklich nicht für ausreichend gehalten, dass durch finanzielle Zuwendungen Verluste ausgeglichen werden, wenn nicht zuvor die Parameter für die Berechnung des Gemeinwohlausgleichs festgelegt worden sind.<sup>30</sup>

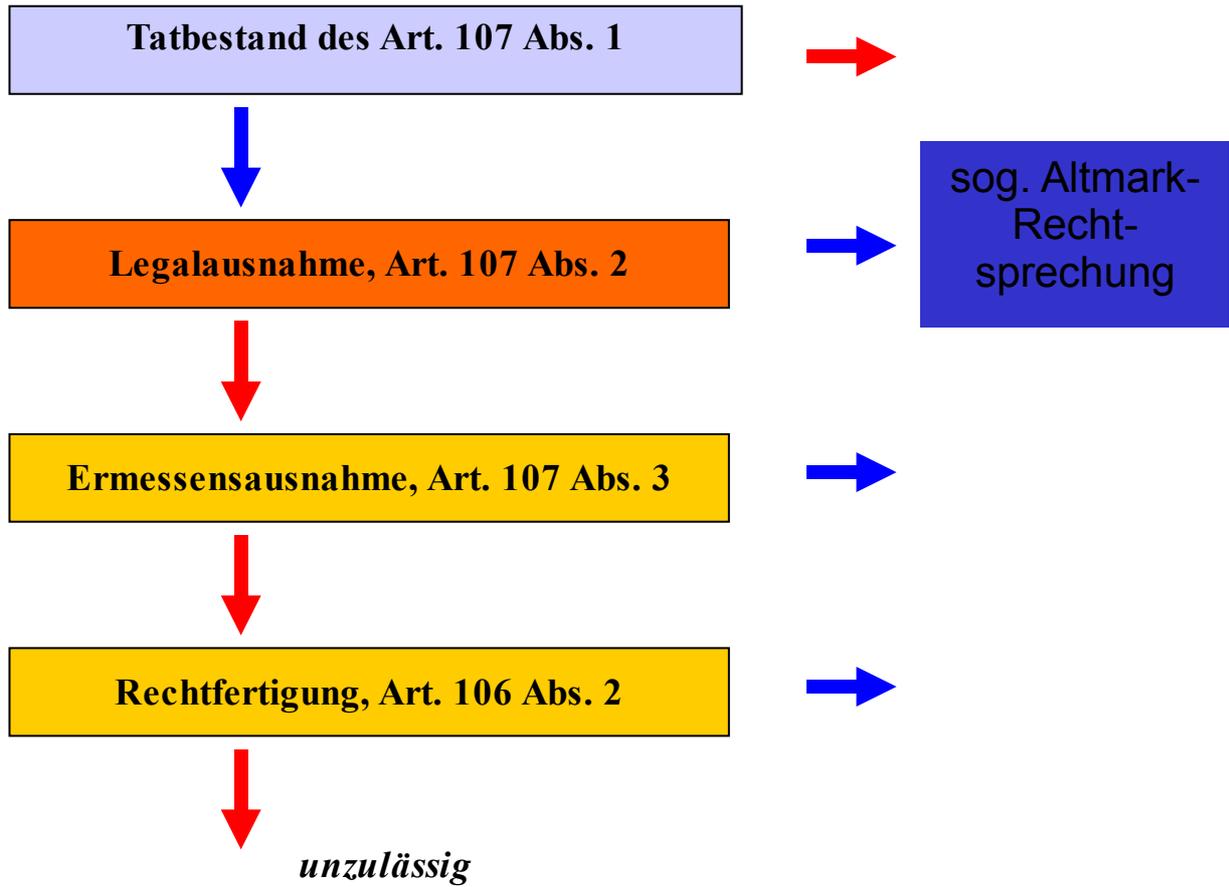
Eine Weiterentwicklung insbesondere des 4. Kriteriums erfolgte durch das EuG in der Rs. BUPA (zum Risikoausgleich in der irischen privaten Krankenversicherung).<sup>31</sup>

- das EuG geht sehr ausführlich auf alle 4 Altmark-Kriterien ein (Rdnr. 161 ff.), die zusammen mit ex-Art. 86 Abs. 2 EGV geprüft werden (s.u.); im Rahmen des ersten Kriteriums wird die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten zur Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betont, die Kontrolle durch Gemeinschaftsorgane dargestellt, das tatsächliche Vorliegen einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe und von Dienstleistungen mit universalem und obligatorischem Charakter geprüft sowie darauf verwiesen, daß ein zulässig beschränkter räumlicher und sachlicher Bereich und ein „gewisser Spielraum der Wirtschaftsteilnehmer“ nicht ausgeschlossen ist (Rdnr. 161 – 208); zum zweiten Kriterium stellt das EuG fest, daß ein Beurteilungsspielraum der Behörden nicht ausgeschlossen ist (Rdnr. 209 – 219); zum dritten Kriterium geht das Gericht auf die schon wegen des Ermessens der Mitgliedstaaten zur Definition der Aufgabe beschränkte Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung ein (Rdnr. 220 – 244);
- viertes Kriterium: Vergleich mit einem effizienten Wirtschaftsteilnehmer (Rdnr. 245 ff.): Sofern Vorteile nicht in direktem Zusammenhang mit Leistungen stehen, ist zu prüfen, ob es keine Anreize für ineffizientes Verhalten gibt.

29 EuGH v. 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, S. I-7747, LS 2.

30 EuGH v. 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, S. I-7747, Rdnr. 91.

31 EuG v. 12.2.2008, Rs. T-289/03 (BUPA), Slg. 2008, S. II-81.



## 2. Vorliegen von Rechtfertigungsgründen

Grundsatz: Die Aufgabenverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten funktioniert damit im wesentlichen folgendermaßen: Es ist an den Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welche Gemeinwohlgründe in welchem Umfang Ausnahmen vom Wettbewerbsrecht begründen sollen, aber an der Kommission und dem EuGH, die Erforderlichkeit dieser Ausnahmen im Einzelfall zu überprüfen. Damit besteht ein Erfordernis, aner kennenswerte Gemeinwohlbelange konkret zu benennen. Daraus folgt: die Kontrolle durch die Gemeinschaftsorgane ist nur eingeschränkt.

Verhältnismäßigkeit: Ausnahmen müssen erforderlich sein. Allerdings ist dabei nach der Rspr. des EuGH kein sehr strenger Maßstab anzulegen. Es wird insofern auch von einer wenig konturierten „Konkordanzprüfung“ statt einer Verhältnismäßigkeitsprüfung i.e.S. gesprochen.<sup>32</sup>

Im Urteil des EuG in der Rs. BUPA<sup>33</sup> wird trotz des o.g. Ansatzes die Verhältnismäßigkeit noch eigenständig geprüft:

Rdnr. 266: „Daraus folgt, dass gemäß dem oben in den Randnrn. 220 und 221 in Erinnerung gebrachten Umfang der administrativen und gerichtlichen Kontrolle die Kontrolle, die die Kommission insoweit auf der Grundlage von Art. 87 EG in Verbindung mit Art. 86 Abs. 2 und 3 EG auszuüben hat, und insbesondere die Kontrolle der Erforderlichkeit des notifizierten Systems notwendigerweise auf die Überprüfung der Frage beschränkt ist, ob das genannte System zum einen auf offenkundig unzutreffenden wirtschaftlichen und tatsächlichen Prämissen beruht und ob es zum anderen zur Erreichung der verfolgten Ziele offenkundig ungeeignet ist. In diesem Zusammenhang muss das Gericht insbesondere prüfen, ob die von der Kommission vorgenommene Beurteilung der Kommission hinlänglich plausibel ist, um die Erforderlichkeit des fraglichen Systems zu belegen.“

## 3. Durch die Kommission geregelte Ausnahmen

Sog. Monti-Paket (bzw. Altmark-Paket oder DAWI-Paket). Die Kommission hat versucht, für die Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV Leitlinien vorzugeben: Zum einen durch einen Gemeinschaftsrahmen<sup>34</sup>, der über ermessenslenkende Wirkung verfügt.<sup>35</sup> Zum anderen durch eine Entscheidung<sup>36</sup>, die nach außen rechtsverbindlich die Anwendung der Rechtfertigungsnorm für Ausgleichsleistungen steuern soll.

32 Vgl. dazu v. Danwitz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der europäischen Wirtschaftsordnung, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 103 ff.

33 EuG v. 12.2.2008, Rs. T-289/03 (BUPA), Slg. 2008, S. II-81.

34 Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. C 2005/297, S. 4.

35 Zu der Wirkung *Uerpmann*, Kooperatives Verwaltungshandeln im Gemeinschaftsrecht: die Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, EuZW 1997, S. 331.

36 Entscheidung der Kommission vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. L 2005/312, S. 67.

Diese Entscheidung wurde auf ex-Art. 86 Abs. 3 EGV gestützt. Die Rechtsgrundlage und Handlungsform war dabei strittig, soll aber hier nicht näher behandelt werden. Die Entscheidung führt dazu, daß in ihrem Anwendungsbereich gar keine Notifizierung mehr erforderlich ist; der Gemeinschaftsrahmen steuert nur inhaltlich die Kontrolle.

- die Entscheidung erfaßt u.a.: sog. kleinere Beihilfen (Unternehmen mit Jahresumsatz von weniger als 100 Mio. Euro, Ausgleichszahlungen von weniger als 30 Mio. Euro jährlich) sowie Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen;
- Freistellung von der Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV;
- Voraussetzung: die ersten drei Altmark-Kriterien einschließlich des Verbots der Überkompensation müssen erfüllt sein; gleichzeitig besteht eine Pflicht zur Kontrolle dieser Kriterien.

Voraussetzungen einer Rechtfertigung. Der Gemeinschaftsrahmen und die Entscheidung der Kommission fassen diese fast gleichlautend. Sie entsprechen zudem weitgehend den Altmark-Kriterien. So müssen in dem Betrauungsakt nicht nur Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, deren räumlicher Geltungsbereich sowie Art und Dauer der besonderen Rechte klargestellt werden, sondern auch „die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen“.<sup>37</sup> Unterschiede ergeben sich lediglich in Bezug auf das vierte Kriterium. Hier verzichtet der Gemeinschaftsrahmen auf die Durchführung eines transparenten Verfahrens zur Ermittlung der Höhe des erforderlichen Ausgleichs,<sup>38</sup> was zum Teil kritisch gesehen wird, weil damit die Anforderungen an den Nachweis der Effizienz von Anbietern abgesenkt werden.<sup>39</sup> Jedoch bleibt eine Notifizierung erforderlich, auch gibt es ein Verbot der Überkompensation mit Kontrollpflicht (s.o.).

---

37 Art. 4 der Entscheidung (Fußn. 36).

38 Vgl. im einzelnen Nr. 2 des Gemeinschaftsrahmens (Fußn. 34).

39 So *Bauer*, Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistung? – Zum Verhältnis zwischen Art. 87 I EG und Art. 86 II EG nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, EuZW 2006, S. 7, 10 f.

## Anhang

### Wichtige Rechtsprechung

- EuGH v. 7.2.1985, Rs. 240/83 (ADBHU), Slg. 1985, 531
- EuGH v. 22.11.2001, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067
- EuGH v. 24.7.2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, I-7747
- EuG v. 12.2.2008, Rs. T-289/03 (BUPA), Slg. 2008, II-81

### Literatur (Auswahl)

- Becker*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Leistungserbringung im Bereich der Sozial-, Kinder- und Jugendhilfe, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 3/2005, S. 20 ff.
- Becker*, Der Sozialstaat in der Europäischen Union, Der Städtetag 59 (2006), S. 12 ff.
- Becker*, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, S. 169 ff.
- Bieback*, Die Stellung der Sozialleistungserbringer im Marktrecht der EG, RsDE 49 (2001), S. 1 ff.
- Blanck-Plutz*, Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse im Lichte der Dienstleistungsrichtlinie, in: Eilmannsberger/Herzig (Hrsg.), Soziales Europa. Beiträge zum 8. Österreichischen Europarechtstag, 2009, S. 219 ff.
- von Boetticher*, Europäisches Wettbewerbsrecht und Dienstleistungsproduktion in der Kinder- und Jugendhilfe, in: Hensen (Hrsg.), Markt und Wettbewerb in der Jugendhilfe, 2006, S. 137 ff.
- von Danwitz*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 103 ff.
- Duschner/Lang-Hefferle/Scharpf*, Das Modell der Landeshauptstadt München für die Umsetzung der Freistellungsentscheidung der EU-Kommission für Beihilfen, BayVBl. 2010, S. 364 ff.
- Emmerich*, Monopole, Binnenmarkt, Daseinsvorsorge oder was sonst? – Bemerkungen zu Art. 86 Abs. 2 EGV, in: Manssen/Jachmann/ Gröpl (Hrsg.), Nach geltendem Verfassungsrecht. Festschrift für Udo Steiner, Stuttgart 2009, S. 172 ff.
- Fischer*, „Unverfälschter Wettbewerb“ versus Sozialmodell. Die Erbringung von Sozialdienstleistungen durch steuerbegünstigte gemeinnützige Rechtsträger und das EU-Beihilfenrecht, TuP 5/2009, S.388 ff.
- Giesen*, Wettbewerbsrecht, Vergaberecht und soziale Dienste, in: Linzbach/Lübking/ Scholz/Schulte (Hrsg.), Die Zukunft der sozialen Dienste vor der Europäischen Herausforderung, Baden-Baden 2005, S. 424 ff.
- Hense*, Freie Wohlfahrtspflege im Konflikt mit europäischem Beihilferecht, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 1075 ff.
- Jaeger*, Daseinsvorsorge und Beihilfen für sozial- und umweltpolitische Ziele, in: ders. (Hrsg.), Beihilferecht Jahrbuch 2008, Wien 2008, S. 89 ff.
- Jennert/Pauka*, Eu-Beihilfenrechtliche Risiken in der kommunalen Praxis – Einführung und Darstellung typischer Sachverhalte im kommunalen Alltag mit Bezug zum Europäischen Beihilferecht, KommJur 2009, S. 321 ff. und S. 367 ff.
- Lehr*, Europäisches Wettbewerbsrecht und kommunale Daseinsvorsorge, DÖV 2005, S. 542 ff.
- Luthe*, Privilegien der Freien Wohlfahrtspflege aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht (Teil 1 und 2), SGb 2000, S. 505 ff. und 585 ff.

*Raptis*, Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung, ZÖR 64 (2009), S. 53 ff.

*Rixen*, Die Bedeutung des EU-Wirtschaftsrechts für die Erbringung von Sozialleistungen, SDSRV 59 (2010), S. 53 ff.

*Rock*, Europäisches Wettbewerbsrecht und soziale Dienste, Soziale Sicherheit 2008, S. 188 ff.

*Schulte*, Soziale Daseinsvorsorge und das Europäische Wettbewerbsrecht, in: Krefz/Mielenz/Trauernicht/Jordan (Hrsg.), Fortschritt durch Recht. Festschrift für Johannes Münder, 2004, S. 414 ff.

*Schwarze*, Die europäische Beihilfenkontrolle (Art. 87 ff. EG) in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise, DVBl. 2009, S. 1401 ff.

*Schwarze u.a.* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009.

Prof. Dr. Stephan Rixen\*

---

\* Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht (Lehrstuhl für Öffentliches Recht I), Universität Bayreuth, E-Mail: oer1@uni-bayreuth.de. – Schriftliche, um ausgewählte Fußnoten ergänzte Fassung meines Beitrags auf der Veranstaltung von Landeshauptstadt München und MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht am 22.6.2010. Die Vortragsform wurde beibehalten.

**Prof. Dr. Rixen**

## **Kommunale Finanzierungsverantwortung für soziale Dienstleistungen und Beihilfenverbote: Vertiefung einzelner Probleme**

### **1. Einleitung**

Die folgenden Ausführungen verstehen sich als punktuelle Ergänzung bzw. Vertiefung der allgemeinen Einführung in das für soziale Dienstleistungen relevante EU-Beihilfenrecht, die *Ulrich Becker* gegeben hat.<sup>40</sup> Mir ist der Hinweis wichtig, dass es heute um die Frage geht, wie die Praxis unter den gegebenen Bedingungen das EU-Beihilfenrecht in den Griff bekommen kann. Wir alle können uns EU-Rechtsvorschriften vorstellen, die den Besonderheiten sozialer Dienstleistungen besser gerecht werden, als das heute geltende EU-Recht dazu in der Lage ist. Aber die *heutige* Praxis muss mit den *heute* existierenden Rechtsnormen und der *heutigen* Anwendungspraxis insbesondere der EU-Kommission (im Folgenden: Kommission) fertig werden.

Gleiches gilt für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH).<sup>41</sup> Es dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass es dem EuGH bislang nicht gelungen ist, grundlegende Begriffe des EU-(Wirtschafts-)Rechts so trennscharf zu definieren, dass immer zweifelsfrei klar würde, was eine „Dienstleistung“ ist, wann eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (häufig mit dem Kürzel „DAWI“ abgekürzt) oder was gar eine nicht-wirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse ist.<sup>42</sup> Auch insoweit ließe sich aus rechtswissenschaftlicher Sicht einiges dazu sagen, wie künftig konsistentere Begriffe formuliert werden müssen. Aber dies ist aus Sicht der Praxis einstweilen irrelevant, denn sie muss bis auf Weiteres mit der diffusen Rechtsprechung des EuGH klarkommen.

Es erscheint mir daher nicht sinnvoll, heute das geltende EU-Beihilfenrecht (wie auch die EuGH-Rechtsprechung) zu kritisieren und Reformvorschläge für eine Zeit formulieren, die vielleicht einmal kommen wird und ein Wunschrecht Wirklichkeit werden lässt, das wir zurzeit noch nicht haben. Mir ist klar, dass die Kritik am geltenden Zustand die Herzen mehr erwärmt als der Versuch, auf der Basis der gegenwärtigen Rechtslage und -praxis praktikable Lösungen zu finden, die den Besonderheiten sozialer Dienstleistungen Rechnung tragen. Aber auch das ist – wie wir sehen – möglich, denn auch der geltende Rechtszustand ist durchaus nicht immun für soziale Anliegen.

<sup>40</sup> Dazu auch *Ulrich Becker*, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, in: *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)* 2007, S. 169 – 176.

<sup>41</sup> *Thomas Eilmansberger/Günter Herzig*, Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, 2008 ([http://www.bmsk.gv.at/cms/site/attachments/5/4/1/CH0184/CMS1229091777409/ssgistudie-summary-endg\\_mit\\_logo\\_bmsk.pdf](http://www.bmsk.gv.at/cms/site/attachments/5/4/1/CH0184/CMS1229091777409/ssgistudie-summary-endg_mit_logo_bmsk.pdf)).

<sup>42</sup> Hierzu *Stephan Rixen*, Bildung – (k)ein Thema der Dienstleistungsrichtlinie?, in: Kerstin Odendahl (Hrsg.), *Europäische (Bildungs-)Union?*, 2010 (im Erscheinen); s. auch *Stephan Rixen*, Die Dienstleistungsrichtlinie – ein trojanisches Pferd zur „Deregulierung“ sozialer Dienstleistungen?, in: *Zeitschrift für Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (ZESAR)* 2010, S. 5 ff.

## 2. Soziale Dienstleistungen sind ein Wirtschaftsgut, aber sie müssen nicht grenzenlos „ökonomisiert“ werden

Zunächst scheint mir die Einsicht unabdingbar, dass das geltende EU-Recht es nicht zulässt, für soziale Dienstleistungen gleichsam eine Sonderwirtschaftszone zu installieren, die soziale Dienstleistungen ganz vom EU-Wirtschaftsrecht und der ihm eigenen Logik der Kommerzialisierbarkeit ausnimmt. Man mag sich sozialpolitisch eine andere Welt wünschen, aber die tatsächlichen rechtlichen Verhältnisse sind davon verschieden. Wer dies betont, findet sich schnell in der Rolle des Überbringers einer „bösen“ Botschaft wieder und wird dann vorschnell zum Zielpunkt für Kritik, die eigentlich der Botschaft gebührt. Aber bekanntlich kann der Überbringer der Botschaft nichts für die Botschaft. Es gehört zum Realitätssinn aller Akteure – derjenigen, die bei Kostenträgern Verantwortung tragen, aber auch derjenigen, die bei den Trägern und Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege tätig sind –, diese rechtliche Realität anzuerkennen, denn zu dieser gibt es einstweilen keine Alternative: Das EU-Recht unterwirft dem Grunde nach auch soziale Dienste dem Regime des Wirtschafts- bzw. Beihilfenrechts.

Das EU-Recht kennt also im Ansatz – und dies ist zu betonen: nur im Ansatz – die ungeteilte Welt des Wirtschaftens, also des Umgangs mit Knappheit, die mittels Konkurrenz, also Wettbewerb, bewältigt wird. Fremd ist dem EU-Recht ein Begriff wie „dritter Sektor“, der eine neben diesem „normalen“ Wirtschaftsleben, das dem schnöden Mammon und damit dem Profit verpflichtet ist, stehende Gegenwelt bloß kostendeckender und profitferner antiökonomischer Wohlfahrt installiert. Es ist erstaunlich, mit welchem Ausmaß an Wunschdenken manche sozialpolitischen Akteure für diese mit dem geltenden EU-Recht unvereinbare Position werben.<sup>43</sup> Die EU-rechtliche Lage wahr- und ernstzunehmen, heißt ja nicht, sie kritiklos anzuerkennen, aber der Ausgangspunkt jeder Kritik ist Klarsicht auf die bestehenden (rechtlichen) Verhältnisse. Nur dann wird ja auch klar, wo Reform nötig ist.

Aber – das ist zu betonen –: Dass das EU-Recht von einer ungeteilten Welt des wettbewerblichen Wirtschaftens ausgeht, ist nur die halbe Wahrheit. Es mag zwar richtig sein, dass aus Sicht des EU-Rechts soziale Anliegen auf einem „(Wettbewerbs-)Markt“ zu realisieren sind. Aber das EU-Recht, namentlich das EU-Beihilfenrecht kennt vielfältige „Ventile“, durch die in die scheinbar kalte Welt des EU-Wirtschaftsrechts soziale Anliegen einfließen können (*Ulrich Becker* hat das bereits angesprochen). Einzelne Bestimmungen des Vertrages über die Arbeitsweise der Union (AEUV; früher: EG-Vertrag), einschlägige EU-Verordnungen, die Beihilfen auch für den sozialen Bereich

---

<sup>43</sup> Ein besonders verstörendes Dokument der Realitätsverweigerung, in dem der juristische Ist-Zustand mit großem Aufwand an sozialpolitischem Vor-Urteil ausgeblendet wird, ist das Papier „Gemeinnützige soziale Dienste“ im nationalen und europäischen Wettbewerbsverständnis – strategische Überlegungen zum Umgang mit dem Beihilferegime des EG-Vertrags. Ein Impulspapier des Vorstands des Diakonischen Werkes der EKD e.V.“ (Fassung vom 12.2.2008).

gestatten können,<sup>44</sup> die Kriterien der „Altmark Trans“-Entscheidung des EuGH<sup>45</sup>, und schließlich die Bestandteile des sog. DAWI-Pakets der Kommission (die sog. Freistellungsentscheidung und der Gemeinschaftsrahmen)<sup>46</sup> bilden ein nicht leicht durchschaubares normatives Gefüge an „Ventilen“, durch die – unterschiedlich stark dosiert und rechtstechnisch sehr differenziert – sozialer Geist in das EU-Beihilfenrecht einströmen kann. Dem befürchteten Trend zur „Ökonomisierung“ (im Sinne einer Zurückdrängung sozialer Anliegen) lässt sich so Einhalt gebieten.

Man denke z.B. an Art. 106 Abs. 2 AEUV<sup>47</sup> (früher: Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag), der es unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, dass Unternehmen (das können nach dem weitgefassten Unternehmensbegriff des EuGH auch kommunale Unternehmen oder Unternehmen der freien Wohlfahrtspflege sein), die mit der Erbringung von DAWI betraut sind, von den Bestimmungen des EU-Rechts, namentlich des EU-Beihilfenrechts, freigestellt werden. Ob und wann das der Fall ist, kann die EU zwar im Wege einer Verordnung konkretisieren,<sup>48</sup> letztlich entscheiden dies aber die Mitgliedstaaten, die hierbei, wie es in der Rechtsprechung heißt, einen „weiten Beurteilungsspielraum“<sup>49</sup> haben.

Mit anderen Worten: Wenn die Mitgliedstaaten es wollen, können sie gewissermaßen „Sonderwirtschaftszonen des Sozialen“ gezielt schaffen. Das EU-Wirtschaftsrecht schafft also die Möglichkeit, dass ein Mitgliedstaat eben dieses EU-Wirtschaftsrecht punktuell gleichsam „abschafft“. Die nach Brüssel gerichtete Kritik am angeblich so „unsozialen“ geltenden EU-Wirtschaftsrecht, zu dem auch das Beihilfenrecht zählt, ist also nur zum Teil berechtigt, da die Mitgliedstaaten durchaus Abhilfe schaffen könnten, wenn ihnen soziale Anliegen wirklich wichtig wären. Art. 106 Abs. 2 AEUV wird nicht ohne Grund als noch kaum genutzte „magische Formel“<sup>50</sup> bezeichnet, deren sozialpolitischer „Magie“ sich die politisch Verantwortlichen in Deutschland

44 Erinnerung sei z.B. an Art. 107 Abs. 2 Buchst. a, Abs. 3 Buchst. e, Art. 108 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 AEUV, an die „De-minimis“-Beihilfen-Verordnung v. 15.12.2006 (Amtsblatt EU 2006, L 379/5, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>) oder an die „Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung“ (sog. AGVO) v. 6.8.2008 (Amtsblatt EU 2008, L 214/3, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>); hierzu am Beispiel der Arbeitsförderung *Maximilian Fuchs/Jan Horn*, EG (Beihilfe- und Wettbewerbsrecht), in: Alexander Gagel/Karl-Jürgen Bieback (Hrsg.), SGB II/SGB III – Grundsicherung und Arbeitsförderung, 38. Ergänzungslieferung, Stand: 1.4.2010.

45 EuGH, Urt. v. 24.7.2003, Rs. C-280/00, „Altmark Trans“ (abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0280:DE:HTML>).

46 Zum DAWI-Paket sogleich im Text unter 3.

47 „Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.“

48 Art. 14 AEUV.

49 Vgl. Europäisches Gericht Erster Instanz (EuG), Urt. v. 12.02.2008, T-289/03, „BUPA“, Randnr. 214 (abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003A0289:DE:HTML>)

50 *Stephan Rixen*, Die Erbringung des EU-Wirtschaftsrechts für die Erbringung von Sozialleistungen, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes (SDSRV) Bd. 59 (2010), S. 53 – 88, hier: S. 65.

bislang noch zu entziehen wissen.

### 3. Das DAWI-Paket – Beispiel „Gewinn-Ermittlung bei gemeinnützigen Trägern“

Für die gegenwärtige Praxis spielen die Bestimmungen des sog. DAWI-Pakets (DAWI-Entscheidung bzw. Freistellungsentscheidung<sup>51</sup> sowie DAWI-Rahmen bzw. Gemeinschaftsrahmen<sup>52</sup>) eine wichtige Rolle. Freistellungsentscheidung und Gemeinschaftsrahmen werden auch in der Praxis der EU-Kommission häufig als „DAWI-Paket“ bezeichnet.<sup>53</sup>

Das DAWI-Paket kennt beispielsweise Bestimmungen zur Gewinnermittlung, die gerade bei gemeinnützigen Unternehmen immer wieder als problematisch wahrgenommen werden. Nun scheint mir, dass die einschlägigen Bestimmungen hinreichend offen sind für eine Auslegung, die den Eigenheiten des sozialen Sektors gerecht wird. Das wird insbesondere dann deutlich, wenn man nicht nur die deutsche Fassung der relevanten Bestimmungen zur Kenntnis nimmt, sondern den semantischen Bedeutungsspielraum auch mithilfe der englischen und der französischen Version zu erschließen sucht, die bei der Formulierung des DAWI-Pakets eine entscheidende Rolle gespielt haben. Zu lesen ist von der „angemessenen Rendite“<sup>54</sup>, dem „*bénéfice raisonable*“; „*bénéfice*“ deutet „Gewinn, Nutzen, Verdienst, Vorteil“, während das englische „*reasonable profit*“ mit „Ertrag, Gewinn, Nutzen, Überschuss“ zu übersetzen ist, also einen etwas deutlicheren Finanzbezug aufweist. Zur „angemessenen Rendite“ gehört ein „angemessener Kapitalertrag“<sup>55</sup>, wobei sich das Gemeinte etwas anders anhört, wenn man die englische Version hinzuzieht: „*ratio of return of own capital*“ (eine Entsprechung zu „*own*“ fehlt in der deutschen Version). Das DAWI-Paket gibt zudem vor, die „angemessene Rendite“ sei mittels sektorspezifischer qualitätsbezogener Kriterien zu konkretisieren, wobei dem deutsche „Kriterien“ das englische

---

51 Die sog. Freistellungsentscheidung heißt offiziell: Entscheidung der Kommission v. 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, Amtsblatt EU 2005, L 312/7 (abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>).

52 Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (Amtsblatt EU 2005, C 297/4 abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>). – Anders als die Beihilfen, die der Freistellungsentscheidung unterfallen, sind die Beihilfen, die nach dem Gemeinschaftsrahmen zulässig sind, nicht von der Vorabnotifizierung freigestellt, müssen also vorab der EU-Kommission gemeldet werden.

53 Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen: Häufig gestellte Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, und des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (20.11.2007), SEK (2007)1516 endgültig (abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/faq\\_sieg\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/faq_sieg_de.pdf)).

54 Art. 5 Abs. 1 S. 1 Freistellungsentscheidung; Nr. 18 Gemeinschaftsrahmen.

55 Art. 5 Abs. 4 S. 1 Freistellungsentscheidung; Nr. 18 Gemeinschaftsrahmen.

„incentive criteria“ entspricht, was genau genommen „Anreizkriterien“<sup>56</sup> meint.

Wie auch immer nun im Einzelnen der Rechtssinn der einschlägigen Bestimmungen zu ermitteln sein wird: Man sieht jedenfalls, dass der semantische Möglichkeitsraum, den das DAWI-Paket aufreißt, es erlaubt, spezifisch auf den sozialen Sektor bezogene Kriterien der Gewinnermittlung zu entwickeln, die nicht nur „Profit“, sondern an den eigenen Qualitätsansprüchen sich bemessende Vorteile meint. Im Austausch von Wissenschaft und Praxis müsste dies sinnvollerweise in einer Checkliste konkretisiert werden, die den spezifisch sozialwirtschaftlichen Begriff von „angemessener Rendite“ für die Praxis operabel machen würde.

#### **4. Das DAWI-Paket – Beispiel „Dauer der Abrechnungsperiode bei Mittelübertragungen in der Zuschussfinanzierung“**

Das DAWI-Paket ist auch aussagekräftig, soweit es um die für die Praxis relevante Frage geht, ob Überschüsse einer Förderperiode in die nächste übertragen werden können (Mittelübertragungen) und was dies für die Dauer der Abrechnungsperiode bedeutet. Zunächst ist es wichtig, dass das DAWI-Paket zwischen der „Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen“<sup>57</sup> („duration of the public service obligations“) und der „*jährlichen* Ausgleichssumme“<sup>58</sup> unterscheidet. Damit („jährlich“) ist allerdings nur gesagt, dass die Ausgleichssumme immer bezogen auf einen Jahreszeitraum ausgezahlt wird, ohne dass damit festgelegt wäre, dass die Gemeinwohlverpflichtung als solche nur ein Jahr andauern darf. Außerdem werden im DAWI-Paket Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen festgelegt, außerdem gibt es Bestimmungen zur Kontrolle, ggf. auch zur Parameteränderung, zur Rückzahlung und/oder zur Mittelübertragung (zu dieser noch sogleich).<sup>59</sup>

Dem DAWI-Paket lässt sich keine Fixierung auf Fehlbedarfsfinanzierung entnehmen, vielmehr muss die gewählte Finanzierungsart nur eine zulässige *kostenadäquate* Ausgleichzahlung sein. „Als Ausgleichzahlung gelten alle (...) gewährten Vorteile“<sup>60</sup>, und das sind die, die „erforderlich“ sind, „um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten (...) abzudecken“<sup>61</sup>. Das Erforderliche ist im Hinblick auf das „Funktionieren der (...) Dienstleistung“<sup>62</sup> („operation of the service“) zu bestimmen. Hierbei sind „gemeinhin akzeptierte

56 Art. 5 Abs. 4 S. 5 Freistellungsentscheidung; Nr. 18 Gemeinschaftsrahmen.

57 Art. 4 S. 3 Buchstabe a Freistellungsentscheidung; Nr. 12 Buchstabe a Gemeinschaftsrahmen.

58 Art. 6 Abs. 2 S. 2 Freistellungsentscheidung; Nr. 21 Gemeinschaftsrahmen (Hervorhebung hinzugefügt).

59 Art. 4 S. 3 Buchstabe d, Art. 6 Abs. 2 Freistellungsentscheidung; Nr. 12, 20 ff. Gemeinschaftsrahmen.

60 Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 Freistellungsentscheidung; Nr. 14 Gemeinschaftsrahmen.

61 Art. 5 Abs. 1 S. 1 Freistellungsentscheidung; Nr. 14 Gemeinschaftsrahmen.

62 Art. 5 Abs. 1 S. 1 Freistellungsentscheidung; Nr. 15 Gemeinschaftsrahmen.

Rechnungslegungsgrundsätze<sup>63</sup> (generally accepted cost accounting principles) zugrundelegen. Wichtig ist, dass „auch bei der Bestimmung des Ausgleichs der Kosten, der von einer Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Fakten abhängt“, ein Beurteilungsspielraum anerkannt ist.<sup>64</sup>

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die Mittelübertragung grundsätzlich möglich ist. Spezifisch sozialwirtschaftliche – und administrierbare – Modelle der Mittelübertragung und der impliziten Kostenberechnung sollten im Austausch von Wissenschaft und Praxis – auch unter Hinzuziehung von Sachverstand aus dem Bereich der betriebswirtschaftlichen Rechnungslegung – entwickelt werden („Mustermodell“).

Allerdings ist zu bedenken, dass der Umfang der Mittelübertragung begrenzt möglich ist. Die Freistellungsentscheidung beschränkt die Höhe der übertragbaren Summe auf 10% der jährlichen Ausgleichssumme.<sup>65</sup> Diese 10%-Grenze kennt der Gemeinschaftsrahmen ebenfalls.<sup>66</sup> Allerdings gestattet er unter bestimmten Voraussetzungen auch Übertragungen von mehr als 10%: „Die Umstände, die eine Überkompensierung von mehr als 10 % erfordern, sind der Kommission in der Anmeldung darzulegen. Allerdings muss in einem solchen Fall in regelmäßigen Abständen, die anhand der jeweiligen Situation in dem betroffenen Wirtschaftssektor festzulegen sind, aber vier Jahre nicht übersteigen sollten, Bilanz gezogen werden. Alle bei dieser Gelegenheit ermittelten zu viel gezahlten Beträge sind zurückzuzahlen.“<sup>67</sup>

Danach ist die Mittelübertragung über mehrere Jahre möglich, wobei jedenfalls laut Gemeinschaftsrahmen in der Regel („sollte“) eine nach vier Jahren abschließend Bilanz gezogen werden muss. Es muss deutlich werden, wieso diese Bilanz mit Blick auf die Eigenart der in Rede stehenden DAWI erst nach vier Jahren erfolgen kann. Der Vier-Jahres-Zeitraum darf also nicht ohne Weiteres beansprucht werden. Nötig sind, mit anderen Worten, Dokumentationen, aus denen sich die Gründe ergeben, warum mit Blick auf die konkret in Rede stehende Gemeinwohlverpflichtung (deren fachliches Profil und die Sicherung ihrer Qualität) die mehrjährige – ggf. sogar länger als vier Jahre andauernde – Mittelübertragung geboten erscheint.

Die Vier-Jahres-Regel wird ausdrücklich nur im Gemeinschaftsrahmen, nicht aber in der Freistellungsentscheidung genannt. Zudem bezieht sie sich im Gemeinschaftsrahmen nur auf die Situation einer mehr als 10%tigen Mittelübertragung. Nimmt man den Wortlaut der

---

63 Art. 5 Abs. 2 Freistellungsentscheidung; Nr. 16 Gemeinschaftsrahmen.

64 Europäisches Gericht Erster Instanz (EuG), Urt. v. 12.02.2008, T-289/03, „BUPA“, Randnr. 214 (abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003A0289:DE:HTML>).

65 Art. 6 Abs. 2 Freistellungsentscheidung.

66 Nr. 21 Gemeinschaftsrahmen, u.a. mit Verweis darauf, dass je nach in Rede stehender DAWI „erhebliche jährliche Kostenschwankungen“ möglich sind.

67 Nr. 21 Gemeinschaftsrahmen.

Freistellungsentscheidung ernst, kommt demnach nur eine (bezogen auf die jährliche Ausgleichssumme) höchstens 10%tige Mittelübertragung in Betracht, die nur für „die nächstfolgende Ausgleichsperiode“<sup>68</sup>, also das Folgejahr zulässig ist. Eine bis zu 20%tige Mittelübertragung auf die nächste Ausgleichsperiode ist laut Freistellungsentscheidung nur zulässig bei Unternehmen, die im Bereich des sozialen Wohnungsbaus mit DAWI betraut sind.<sup>69</sup> Soweit es also im Übrigen um eine Übertragung von mehr als 10% der jährlichen Ausgleichssumme geht, enthält die Freistellungsentscheidung keine Regelung. Anzuwenden ist deshalb eigentlich der Gemeinschaftsrahmen, so dass insoweit auch eine Vorabnotifizierung geboten wäre.

Allerdings scheint die EU-Kommission dazu zu neigen, die Regelung des Gemeinschaftsrahmen (Nr. 21 des Gemeinschaftsrahmens), also auch die Vier-Jahres-Regel, sinngemäß auf die Freistellungsentscheidung zu übertragen,<sup>70</sup> so dass eine Vorabnotifizierung vermieden wird. Mit dem Wortlaut der Freistellungsentscheidung ist dies zwar nicht vereinbar, es kommt den Interessen der Stellen, die die Beihilfen empfangen, freilich sehr entgegen.

---

68 Art. 6 Abs. 2 Freistellungsentscheidung.

69 Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 S. 2 Freistellungsentscheidung ist zwar nicht ganz zweifelsfrei; er könnte sich, insoliert betrachtet, auf alle DAWI beziehen. Dagegen spricht aber der systematische Zusammenhang zwischen S. 1 und S. 2 von Art. 6 Abs. 3, außerdem Erwägungsgrund (13) der Freistellungsentscheidung, der die Möglichkeit der bis zu 20%tigen Mittelübertragung nur die im Bereich des sozialen Wohnungsbaus mit DAWI betrauten Unternehmen für zulässig erachtet.

70 So war jedenfalls der für Staatsbeihilfen bei Gesundheits- und Sozialdienstleistungen zuständige Vertreter der EU-Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) *Christian Holzleitner* in einem Diskussionsbeitrag auf der Veranstaltung am 22.6.2010 zu verstehen.

## Kommentare

1. Anja Schwarz, Dt. Städtetag

Hat das EU-Beihilferecht Auswirkungen auf die Finanzierung sozialer Dienstleistungen durch die Kommune

2. Michael Müller, Dt. Caritasverband e.V.

Kommentar aus Sicht eines Wohlfahrtsverbandes

3. Dr. Klaus-Hannes Schäch (BayStMWIVT)  
Statement

**Anja Schwarz**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Dezernat 57.00.03 D  
für Arbeit, Jugend und Soziales des Deutschen Städtetages

**Kommentar zum Thema:**

**„Hat das EU-Beihilferecht Auswirkungen auf die Finanzierung sozialer Dienstleistungen durch die Kommune?“**

Sehr geehrter Herr Graffe,  
sehr geehrte Damen und Herren,

zunächst möchte ich mich ganz herzlich für die Einladung bedanken und für die Möglichkeit, zum Thema der heutigen Veranstaltung aus Sicht des Deutschen Städtetags Stellung zu nehmen.

Die Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit dem europäischen Beihilferecht beschränkt sich längst nicht mehr auf die klassischen kommunalen Infrastrukturleistungen wie die Ver- und Entsorgung oder den ÖPNV und somit auf die wirtschaftlichen Betätigungen der Kommunen, sondern ist in den letzten Jahren zunehmend auch in der Sozial- und Jugendhilfe zu einem Thema geworden.

Begriffe wie beihilfenrechtskonforme Finanzierung, Dienstleistungsrichtlinie, Betrauungsakt oder Freistellungsentscheidung sind auch im Bereich der kommunalen Sozialdienstleistungen längst keine Fremdworte mehr.

Mit ihrer Mitteilung aus dem Jahr 2006 hat die Kommission die Sozialdienstleistungen erstmals als eigenen Sektor definiert und versucht seitdem, vor dem Hintergrund der Stärkung der „sozialen Dimension“ Europas, vermehrt Einfluss auf diesen Bereich zu nehmen. In der Praxis ist jedoch häufig noch unklar, wann insbesondere europäisches Beihilferecht bei den Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse zur Anwendung kommt und wann nicht.

Die Leistungen der sozialen Daseinsvorsorge bilden neben den Infrastrukturleistungen der Ver- und Entsorgung einen Schwerpunkt kommunaler Aufgabenwahrnehmung und betreffen insbesondere Dienstleistungen in den Bereichen der sozialen Fürsorge, Teilen der Arbeitsmarktpolitik, der Gesundheit, der Behindertenhilfe und Pflege sowie der Bildung und Erziehung.

Die Frage, inwieweit die Regelungen des europäischen Beihilferechts jedoch auf diese öffentlichen Sozialdienstleistungen anzuwenden sind, führt in der kommunalen Praxis z. T. zu erheblicher Rechts- und Planungsunsicherheit.

## **I. Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Dienstleistungen / Binnenmarktrelevanz**

Diese Unsicherheit bezieht sich in erster Linie auf die Frage, ob es sich bei der jeweiligen Dienstleistung um eine wirtschaftliche oder eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit handelt und wann eine Betroffenheit des Binnenmarktes vorliegt. Denn diese Unterscheidungen sind in der Praxis von nicht unerheblicher Relevanz.

Der Vertrag von Lissabon erkennt nicht nur das Recht auf kommunale Selbstverwaltung an, sondern enthält zudem ein Protokoll über „Dienste von allgemeinem Interesse“, welches die bedeutende Rolle und den weiten Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden bei der Definition, Organisation und Finanzierung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hervorhebt.

Das Protokoll stellt erstmals ausdrücklich klar, **dass die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten fallen.**

Soweit so gut!

Das Problem wäre entschärft, wenn es von Seiten der EU-Kommission konkrete Kriterien gäbe, welche eine Unterscheidung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen sowie lokalen und grenzüberschreitenden binnenmarktrelevanten Tätigkeiten erlauben würden. Solche Kriterien, wie sie der Deutsche Städtetag in der Vergangenheit bereits mehrfach eingefordert hat, existieren jedoch bis heute nicht. Stattdessen trifft die Kommission ihre Entscheidungen anhand des konkreten Einzelfalls.

Erschwerend kommt dabei hinzu, dass bestimmte Tätigkeiten national als nichtwirtschaftlich angesehen werden, die EU-rechtlich als wirtschaftliche Tätigkeiten gelten. So können beispielsweise auch Museen, Volkshochschulen, kommunale soziale Einrichtungen oder Wohlfahrtsverbände Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV; vormals Art. 87 Abs. 1 EGV) sein.

In ihrer **Mitteilung vom 20.11.2007** führt die Kommission zu den sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus, *„dass weder der Sektor noch die rechtliche Stellung eines Dienstleisters (öffentliches oder privatwirtschaftliches Unternehmen, Unternehmensvereinigung oder Teil der öffentlichen Verwaltung) noch der Finanzierungsmodus darüber entscheiden, ob dessen Tätigkeiten wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Natur sind.*

*Maßgebend ist vielmehr die Art der eigentlichen Tätigkeit.“*

Des Weiteren wird ausgeführt, dass *„die überwiegende Mehrheit der Dienstleistungen als wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne der Binnenmarktvorschriften des EG-Vertrags (Art. 43 und 49) zu betrachten sind“.*

Durch die immer weiter gefasste Definition des Begriffs des Wirtschaftlichen scheint die Kommission ihre Zuständigkeit für den europäischen Binnenmarkt dafür zu nutzen, dessen Anwendungsbereich zunehmend auch auf soziale Dienstleistungen auszuweiten und diese so dem europäischen Wettbewerbs- und Beihilferecht zu unterwerfen.

Die bisherige Praxis der Kommission, von Fall zu Fall alleine durch Marktbeobachtung zu entscheiden, ob eine wirtschaftliche und marktbezogene Leistung oder aber eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, kann in keiner Weise befriedigen, da daraus eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die Kommunen resultiert.

Darüber hinaus wird diese Praxis nicht den auch im Binnenmarkt bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen gerecht, allein und eigenverantwortlich zu entscheiden, was eine öffentliche Aufgabe ist und was nicht.

Dies kann insbesondere im Sozial- und Gesundheitsbereich nicht im Interesse der Hilfesuchenden sein.

### **Mögliche Abgrenzungskriterien**

Eine Vielzahl der Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge liegt in den Bereichen Bildung und Kultur, Erziehung, Sport, Sozial- und Gesundheitswesen sowie Umweltschutz und somit in vorwiegend nicht marktbezogenen Bereichen.

Organisation und Strukturierung der Aufgabenerfüllung in diesen Bereichen sind auf die spezifischen öffentlichen Ziele (Bildungsauftrag, soziale Sicherheit, effektiver Gesundheitsschutz etc.) und Erfordernisse der Aufgabenbereiche sowie damit einhergehend auf die spezielle öffentlich-rechtliche Bindung an die Kommune ausgerichtet. Eine strukturelle Ausrichtung der Aufgabenerfüllung auf marktliche bzw. wettbewerbliche Belange erfolgt dagegen regelmäßig nicht, da der öffentliche Sicherstellungsauftrag im Vordergrund steht.

Aus diesem Grund sollten aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände die von den Kommunen verantworteten Dienstleistungen dann nicht binnenmarktrelevant sein, wenn sie ganz überwiegend für die eigene örtliche Bevölkerung erbracht werden und somit **lokale** Dienstleistungen sind, bei deren Erbringung die Kommune bzw. das kommunale Unternehmen sowie von der Kommune beauftragte Dritte nicht den örtlichen Wirkungskreis verlassen und sich somit nicht als Wettbewerber außerhalb des eigenen Kommunalgebietes betätigen. Auch wenn es sich dabei um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt, wird der europäische Binnenmarkt durch diese Dienstleistungen grundsätzlich nicht berührt.

In Bezug auf eine Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Leistungen reicht es natürlich nicht aus, dass ein Mitgliedstaat einfach eine Aufgabe als „hoheitlich“ deklariert, um in den Bereich der nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten zu gelangen.

Ein Kriterium könnte aber beispielsweise die fehlende Gewinnerzielungsabsicht und die überwiegende Finanzierung aus öffentlichen Mitteln sein. Darüber hinaus sollte die Tätigkeit einem über eine bloße Marktkorrektur hinaus gehenden öffentlichen Auftrag entsprechen.

Neben den sog. klassischen Hoheitstätigkeiten, die bereits jetzt als nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten gelten, sollten entsprechend Leistungen auf dem sozialen, kulturellen bzw. bildungspolitischen Sektor aus diesen Gründen als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit gelten.

Durch eine solche Abgrenzung könnte künftig einerseits der Binnenmarkt hergestellt und andererseits der größtmögliche Einfluss der Kommunen auf die Grundversorgungsdienstleistungen ermöglicht werden.

## **II. Zuwendungen**

Neben der Frage nach Wirtschaftlichkeit und Binnenmarktrelevanz von sozialen Dienstleistungen, ist ebenfalls häufig unklar, welche Hilfen der Kommunen eine potentielle Begünstigung im Sinne des EG-Vertrages darstellen, denn auch hier wird die Definition dessen, was als Zuwendung anzusehen ist, recht weit ausgelegt.

Nach europäischem Wettbewerbsrecht sind staatliche Zuwendungen oder Subventionen geeignet, Wettbewerbsverzerrungen herbeizuführen, indem sie einzelne Marktteilnehmer begünstigen. Deshalb unterliegen grundsätzlich alle staatlichen Subventionen, egal ob sie vom Bund, den Ländern oder den Kommunen geleistet werden, dem europäischen Beihilfeverbot.

Somit sind Geldleistungen oder geldwerte Vorteile, die Einrichtungen von öffentlichen Behörden gewährt werden, um die Kosten für die Verpflichtung zur Erbringung öffentlicher Dienstleistungen auszugleichen, grundsätzlich Beihilfen i.S.d. EG-Vertrags – und zwar unabhängig davon, ob es sich bei den Einrichtungen um private oder öffentliche Einrichtungen handelt.

Es ist also davon auszugehen, dass auch die Aufträge der Kommunen an Träger der Freien Wohlfahrtspflege grundsätzlich als Beihilfen bei der Kommission gelten können, so dass das europäische Beihilfe- und Vergaberecht anwendbar ist. Wann dies der Fall ist, muss im Einzelnen geprüft werden.

In den letzten Jahren hat es im Bereich des europäischen Beihilferechts wichtige Klarstellungen durch den EuGH und die Kommission gegeben, so dass sich die Situation derzeit wie folgt darstellt:

Zunächst fallen staatliche Zuwendungen nicht unter das allgemeine Beihilfeverbot, wenn sie unterhalb des in der sog. De-minimis-Verordnung festgelegten Schwellenwertes von derzeit

500.000 € (vorerst bis Ende 2010, sonst 200.000 €) innerhalb von drei Jahren liegen. In diesem Fall sind die europäischen Beihilferegungen nicht weiter zu beachten.

Alle anderen Subventionen für soziale Dienste, die oberhalb des De-minimis-Schwellenwertes liegen, sind grundsätzlich entweder verboten oder müssen in einem aufwändigen und zeitraubenden Verfahren bei der Europäischen Kommission angemeldet bzw. notifiziert werden.

### **2.1 Die Altmark-Kriterien**

Mit dem Altmark-Trans-Urteil stellte der EuGH im Jahr 2003 jedoch vier Voraussetzungen auf, unter denen eine Zuwendung nicht als Beihilfe anzusehen ist und somit auch nicht notifiziert werden muss. Eine Zuwendung für den Bereich der sozialen Dienstleistungen wäre demnach zulässig, wenn es einen gesetzlichen oder behördlichen Auftrag aus dem Aufgabenkreis der Daseinsvorsorge gibt und der jeweilige Auftrag in seiner Art und Dauer im Rahmen eines Verwaltungsaktes ausreichend klar beschrieben ist. Außerdem darf der gewährte Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten zur Erfüllung der übertragenen Aufgabe zu decken.

### **2.2 Das Monti-Paket**

Auf der Grundlage des Altmark-Trans-Urteils hat die Europäische Kommission dann im Jahr 2005 im Rahmen des sog. Monti-Pakets die „**Freistellungsentscheidung**“ über die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag erlassen, die öffentliche Zuwendungen für „kleine Dienstleistungen“ der Daseinsvorsorge von der Notifizierungspflicht befreit.

Die Entscheidung sieht vor, dass Ausgleichsleistungen, die die Grenze von 30 Mio. € nicht überschreiten, dann nicht notifiziert werden müssen, wenn sie an Unternehmen geleistet werden, deren Jahresumsatz nicht über 100 Mio. € liegt. Des Weiteren sind Beihilfezahlungen an Krankenhäuser und Einrichtungen des sozialen Wohnungsbaus unabhängig von ihrer Höhe nicht notifizierungspflichtig. Beihilfen, deren Höhe 30 Mio. € überschreiten müssen bei der Kommission notifiziert und auf Vereinbarkeit mit dem Markt überprüft werden.

### **2.3 Bewertung des Monti-Pakets und Bedeutung für die Kommunen**

Indem die Kommission erstmals feststellt, dass kleinere Ausgleichszahlungen an umsatzschwache Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, den Handel und den Wettbewerb nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwider läuft, greift sie die Argumentation der kommunalen Spitzenverbände auf, die gegenüber der Kommission immer wieder gefordert hatten, lokale Dienstleistungen aufgrund der geringen Binnenmarktrelevanz von den Wettbewerbsvorschriften auszunehmen. Dies ist aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände ein durchaus begrüßenswerter Schritt.

Es dürfte wahrscheinlich sein, dass die Freistellungsentscheidung geeignet ist, einen Großteil der von den Städten erbrachten lokalen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

von der Notifizierungspflicht zu befreien.

Die in der Entscheidung formulierten Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um von einer Notifizierungspflicht der Zuschüsse abzusehen, stellen aber auch neue Anforderungen an die Städte. Diese müssen mit dem sog. **Betrauungsakt** (Rechts- oder Verwaltungsakt) zwischen der Stadt und der jeweiligen Einrichtung die Gemeinwohlverpflichtungen und die Parameter der Ausgleichszahlungen genau festlegen. Darüber hinaus müssen Vorkehrungen getroffen werden, um eine Überkompensation zu vermeiden.

Das Monti-Kroes-Paket und die damit verbundenen notwendig gewordenen Betrauungsakte werden nicht zuletzt aufgrund des nicht unerheblichen zusätzlichen Verwaltungsaufwands vielfach kritisiert und auch die ex-ante zu erfolgende Festlegung der Kostenparameter stellt die Kommunen vor große Probleme.

Hier besteht sicherlich noch Nachbesserungsbedarf.

Dennoch sollte nicht vergessen werden, dass die Betrauungsakte letztlich auch dem Schutz der Kommunen im Falle einer Überprüfung durch die EU-Kommission bzw. Klageerhebung beim EuGH dienen. Sollte sich dabei herausstellen, dass ein Verstoß gegen EU-Recht vorliegt, ist mit Bußgeldern zu rechnen, die zudem seit der Föderalismusreform vom Bund auf die Länder abgewälzt werden können.

## **2.4 Ausblick und aktuelle Entwicklung**

Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit die derzeitige Evaluation des Monti-Pakets zu Änderungen bei der Freistellungsentscheidung führt. Aus Sicht des DST wären insbesondere die folgenden Änderungen sinnvoll und wünschenswert:

Damit zukünftig klarer ist, welche öffentlichen Dienstleistungen unter das europäische Beihilferecht fallen, ist eine Unterscheidung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen sowie die Unterscheidung von lokalen und grenzüberschreitenden binnenmarktrelevanten Dienstleistungen aufgrund allgemeiner abstrakter Kriterien erforderlich.

Im Hinblick auf die Höhe der Schwellenwerte wäre es darüber hinaus sinnvoll, diese an die wirtschaftliche Entwicklung anzupassen und entsprechend in regelmäßigen Abständen zu erhöhen. Lässt man die bereits in verschiedenen Sektoren gemeinschaftsweit geregelten Dienstleistungen außen vor, sind die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i.d.R. auf die lokale Ebene beschränkt. Insofern würde sich für diese Dienstleistungen ein eigener De-minimis-Schwellenwert eignen.

### III. Fazit

Für die Stadtpolitik muss gelten, dass auch in Zukunft qualitativ hochwertige Dienstleistungen angeboten werden, wobei die Kommunen neben einer allgemeinen Rechts- und Planungssicherheit weiterhin die Möglichkeit haben müssen, von ihrer Wahlfreiheit bei der Erbringung von Dienstleistungen Gebrauch zu machen. Sie müssen die Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auch künftig entweder selbst, d.h. durch ihre eigene Verwaltung, durch eigene Unternehmen oder durch die Beauftragung Dritter erfüllen können. Sie müssen entscheiden können, was Daseinsvorsorge beinhaltet und wie sie die Leistungen anbieten wollen und dabei regionale Besonderheiten berücksichtigen können. Die Mitgliedstaaten müssen die alleinige Ausgestaltungsfreiheit bezüglich der Definition, der Organisation und der Finanzierung der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse behalten.

Deutschland hat ein gut funktionierendes System bei der Erbringung kommunaler sozialer Dienstleistungen, gerade und auch im Zusammenwirken mit der freien Wohlfahrtspflege. Dennoch beeindrucken traditionell gute und bewährte Strukturen die Wettbewerbshüter in Brüssel nicht. Auch im Bereich der sozialen Dienstleistungen werden wir uns zunehmend zu rechtfertigen haben, dass bei Fördermaßnahmen entweder keine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, oder bei Vorliegen einer solchen, die Wettbewerbsregeln, die Beihilfavorschriften oder die Ausnahmen des Monti-Kroes-Paketes eingehalten werden.

Und nicht zuletzt wird in Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen kommunalen Trägern und Dritten, insbesondere den Trägern der Freien Wohlfahrtspflege, eine Anpassung bzw. Neuorientierung unter Berücksichtigung der für den Betrauungsakt geforderten Parameter nötig sein.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit

Michael Müller, LL.M. Eur.  
Juristischer Referent  
Hauptvertretung Brüssel  
Deutscher Caritasverband e.V.

## **EU-Beihilfenrecht und Finanzierung sozialer Dienstleistungen auf kommunaler Ebene**

### **Kommentar aus Sicht eines Wohlfahrtsverbandes:**

**I. Gemeinsame Stellungnahme** der drei kommunalen Spitzenverbände und der BAGFW (Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege) zur Evaluation des „Monti-Kroes-Pakets“ – diese wurde am 21. Juni 2010 vor der Intergroup SGI/SSGI des Europäischen Parlaments in Anwesenheit von EU-Wettbewerbskommissar Almunia vorgestellt

### **II. Allgemeine Bewertung des EU-Beihilfenrechts:**

- c) Große Auswirkungen auf die Dienstleistungserbringung durch Freie Wohlfahrtspflege
- d) FW selbst hat diesbezüglich einen Entwicklungsprozess durchlaufen; inzwischen ist die grundsätzliche Gültigkeit der Wettbewerbsregeln im Bereich der Erbringung wirtschaftlicher Dienstleistungen anerkannt

### **V. Position des DCV:**

- f) FW stellt sich selbstbewusst dem Wettbewerb auf dem Markt sozialer Dienste
- g) Aber: Wettbewerb muss die Besonderheiten bei der Erbringung sozialer Dienste (auch durch frei gemeinnützige Träger) achten

### **VIII. EU-Beihilfenrecht:**

- i) De-minimis VO, Monti-Freistellungsentscheidung und AGVO sind hilfreiche Instrumente
- j) Aber: in der Anwendung besteht teilweise immer noch zu hoher bürokratischer Aufwand und aufgrund zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe eine große Rechtsunsicherheit
- k) Interaktiver Informationsdienst der Kommission ist ein gutes Instrument, aber noch verbesserungsfähig; Veröffentlichung aller Fragen und Antworten (in anonymisierter Form) wäre ebenso wünschenswert wie die Angabe eines unmittelbaren Ansprechpartners für etwaige Nachfrage oder Anmerkungen

I) In die laufende politische Diskussion zur **Evaluation des Monti-Pakets** bringen wir folgende Forderungen/Anregungen ein:

- xiii. Einführung einer eigenständigen De-minimis VO für den DAWI-Bereich mit erhöhtem Schwellenwerten (500.000€) oder falls dies aus rechtsdogmatischen Gründen nicht möglich sein sollte eine generelle Anhebung des allgemeinen De-minimis Schwellenwertes auf 500.000€ um insbesondere kleinere lokal tätige Dienste und Einrichtungen zu entlasten
- xiv. Auflösung der bestehenden Rechtsunsicherheit bzgl. des Anwendungsbereichs des Beihilfenrechts; klarere Kriterien zur Abgrenzung von „wirtschaftlichen“ und „nicht wirtschaftlichen“ Dienstleistungen; Frage der Binnenmarktrelevanz – gibt es rein lokale Dienste ohne Bezug zum gemeinsamen Markt?; Unternehmensbegriff bzgl. Einrichtungen und Dienste der FW – Abstellen auf die bilanzrechtliche Selbstständigkeit der jeweiligen Einrichtung – keine Konzernstrukturen in der FW;
- xv. Monti-Freistellungsentscheidung: Begrifflichkeiten stammen aus dem Altmark-Trans Urteil des EuGH (ÖPNV-Sachverhalt) oder aus der französischen Rechtstradition (Betrauungsakt) und sind auf die Situation der FW nicht immer passgenau anwendbar
- xvi. Vorabprüfung/Schwellenwerte: Ausnahme für Sozialdienstleistungen wie für Krankenhäuser und sozialem Wohnungsbau wünschenswert; Sozial- und Gesundheitsdienste sind in der Praxis oft nur schwer voneinander abzugrenzen
- xvii. Geforderte Nachweispflichten können v. a. kleinere Dienste und Einrichtungen überfordern; Zum Nachweis der fehlenden Überkompensation muss die Kombination aus Zuwendungsbescheid und Verwendungsnachweis ausreichen; die Entwicklung zusätzlicher Kriterienkataloge wie etwa bei den Familienferienstätten führt zu übermäßiger Bürokratie
- xviii. Kollision von EU-Beihilfenrecht und nationalem Steuerecht; keine Einbeziehung der Steuervorteile aus dem Gemeinnützigkeitsstatus in die Ausgleichsberechnung nach Monti, da auch die zahlreichen mit diesem Status verbundenen Nachteile nicht einbezogen werden;
- xix. Der der Freistellungsentscheidung zu Grunde liegende Ausgleichsgedanke ist aus Sicht der FW problematisch; in Deutschland Förderung nicht nur durch konkrete Ausgleichszahlungen für die Dienstleistungserbringung, sondern etwa auch durch Steuererleichterungen damit Dienste entwickelt werden können, die nicht zuallererst wirtschaftlich erfolgreich sein müssen;
- xx. Kein zusätzlicher Nachweis eines „sozialen Mehrwertes“ wie bei den Familienferienstätten erforderlich

## **Statement**

**des Leiters des EU-Referats im Bayerischen Staatsministerium  
für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie  
Ministerialrat Dr. Klaus-Hannes Schäch**

**anlässlich  
der gemeinsamen Tagung der Landeshauptstadt München und  
des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht**

**„EU-Beihilfenrecht und die Finanzierung  
sozialer Dienstleistungen auf kommunaler Ebene“**

**am 22. Juni 2010**

**in München**

### **I. Begrüßung und Dank**

Ich danke den Veranstaltern für die Gelegenheit, auf dieser Tagung sprechen zu dürfen. Meine Teilnahme verdanke ich nicht fundamentaler Kenntnisse im Sozialrecht sondern wohl dem Umstand, dass das von mir geleitete Referat im Wirtschaftsministerium eine Anlauf- und Vermittlungsfunktion auf Landesebene bei Fragen des Beihilfenrechts hat.

Im Rahmen meiner Tätigkeit hatte ich oftmals den Eindruck, dass Fragen des Beihilferechts als eine „neue“ Themenstellung aufgefasst wird. Weit gefehlt! Das Beihilferecht ist mit dem Kartellrecht ein wesentlicher Pfeiler des europäischen Wettbewerbsrechts.

Es existiert seit der Unterzeichnung der Römischen Verträge. Es weist eine Besonderheit auf. So ist die Kommission ermächtigt, die sekundäre Normsetzung in diesem Bereich weitgehend selbstständig ohne Einschaltung von Rat und Parlament vorzunehmen. Zentrale Vorschrift des Primärrechts ist Art. 107 AEUV.

Spielen soziale Aspekte überhaupt keine Rolle mehr? Doch, dann wenn es sich um Daseinsvorsorge bzw. eine Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt. In diesen Fällen gibt es eine Lockerung vom strengen Beihilfeverbot. Sie ist in Art. 106 AEUV niedergelegt. Diese Vorschrift bot Anlass für unterschiedliche Interpretationen Hier wurde von der Kommission mit dem sog. „Montipaket“ für viele Fälle Abhilfe geschaffen.

## **II. Grundzüge des Beihilferechts**

### **a. Grundlage Art. 107 AEUV**

Im Rahmen meiner Tätigkeit hatte ich oftmals den Eindruck, dass Fragen des Beihilferechts als eine „neue“ Themenstellung aufgefasst wird. Weit gefehlt! Das Beihilferecht ist mit dem Kartellrecht ein wesentlicher Pfeiler des europäischen Wettbewerbsrechts. Es existiert seit der Unterzeichnung der Römischen Verträge. Es weist eine Besonderheit auf. So ist die Kommission ermächtigt, die sekundäre Normsetzung in diesem Bereich weitgehend selbstständig ohne Einschaltung von Rat und Parlament vorzunehmen. Zentrale Vorschrift des Primärrechts ist Art. 107 AEUV.

Nach der Definition in Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn sie vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährt werden, den Wettbewerb verfälschen und zu verfälschen drohen, indem sie bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produktionszweige begünstigen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Die Form, in der die Beihilfe gewährt wird (Zinsrabatt, Steuerermäßigung, Bürgschaft, Bereitstellung von Waren bzw. Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen, Kapitalzuführung zu Bedingungen, die für einen privaten Kapitalgeber nicht annehmbar wären usw.) ist unerheblich.

Wichtiger Anknüpfungspunkt in unserer Betrachtung ist der Begriff des Unternehmens.

### **b. Unternehmensbegriff und wirtschaftliche Tätigkeit**

Nach der Rechtsprechung des EuGH stellt sich ein Unternehmen als eine einheitliche, einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren dar, mit welcher auf Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Entscheidend ist somit die Rechtssubjektivität, die auf Dauer angelegte wirtschaftliche Tätigkeit, die auf Erzielung von Einnahmen ausgerichtet ist und die sich nicht nur im Endverbrauch erschöpfen darf. Eine Gewinnerorientierung ist nicht unbedingt erforderlich. Es ist ausreichend, wenn eine Tätigkeit ausgeübt wird, für die es einen Markt gibt, in der mehrere Teilnehmer zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Die Rechtsform als solche ist unbeachtlich. Unerheblich ist auch, ob es sich um private oder öffentliche Unternehmen handelt. Auch Regie- und Eigenbetriebe können Unternehmen im Sinn dieser Definition sein.

Da das Beihilferecht von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgeht, ist für die Frage der

Anwendung die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen wenig hilfreich. Entscheidend für die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts ist vielmehr der Aspekt der wirtschaftlichen Tätigkeit. Darunter wird jede Tätigkeit verstanden, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Dieses weite Verständnis führt u.a. dazu, dass grds. die dem Bereich der Daseinsvorsorge zuzurechnenden Dienstleistungen, wie z.B. der Betrieb eines Krankenhauses oder Altersheimes, als wirtschaftliche Tätigkeiten erfasst werden können. Keine wirtschaftliche Tätigkeit liegt demgegenüber in rein hoheitlichem Handeln wie beispielsweise der Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit oder Justizverwaltung oder der Kontrolle und Überwachung des Luftraums.

Dies gilt ebenso für die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist hier, dass diese Maßnahmen nicht in gleicher Weise von Privaten erbracht werden können. Weiterhin können kulturelle oder soziale Tätigkeiten nicht unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeiten fallen. Dies gilt etwa für Dienstleistungen im Rahmen nationaler Bildungssysteme oder sozialer Leistungen von Einrichtungen, die mit der Verwaltung von gesetzlich vorgeschriebenen Sozialversicherungssystemen wie der Pflichtkrankenversicherung betraut sind. Hier begünstigen diese Leistungen kein Unternehmen, weil es an einem Marktbezug fehlt. Im Übrigen müssen sich die sozialen Leistungen im Bereich der Daseinsvorsorge den Anforderungen des Beihilferechts stellen.

### **c) Notifizierungen und die Rolle des StMWIVT**

Das Beihilfeverbot in Art. 107 Abs. 1 ist aber kein unverrückbares Dogma. Es bestehen zahlreiche Ausnahmen. Hierzu hat die Kommission Rahmen, Leitlinien und Interpretationshilfen erlassen. In der Regel hat die Kommission das Entscheidungsmonopol über die Frage der Zulässigkeit einer Beihilfe. Um eine Entscheidung der Kommission zu erhalten, ist das Vorhaben zu notifizieren. Auch wenn der gute Wille aller Beteiligten vorausgesetzt wird, können Verfahren Ausdauer und Geduld erfordern. Dies ist bei der Planung von Maßnahmen zu berücksichtigen.

Kurz: Die Ausreichung finanzieller Mittel durch die öffentliche Hand an Unternehmen ist grundsätzlich verboten. Das Wort „grundsätzlich“ lässt den Juristen aufhorchen. Es bleibt noch viel zu tun und der Teufel steckt im Detail!

Auf Seiten der Kommission gehört Herr Holzleitner zu denjenigen, die Entscheidungen der Kommission im Bereich der DG Wettbewerb vorbereiten. Auf Seiten des Mitgliedstaates Deutschland ist Ansprechpartner das Bundeswirtschaftsministerium. Auf Grund unseres föderalen Systems ist das StMWIVT für Beihilfefragen auf Landesebene zuständig. Notifizierungen, die nur über das elektronische System SANI möglich sind, können nur in meinem Referat eingereicht werden. Sie finden über das BMWi den Weg zur Kommission. Rückfragen gehen ebenfalls diesen

Weg – in umgekehrter Weise. Dabei kommt dem StMWIVT nicht nur eine Postkasten- und Briefträgerfunktion zu. Potentielle Beihilfengeber erhalten auch Informationen, Hinweise und Beratung.

### III. Art 106 AEUV und das Montipaket

Spielen soziale Aspekte überhaupt keine Rolle mehr? Doch, dann wenn es sich um Daseinsvorsorge bzw. eine Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt. In diesen Fällen gibt es eine Lockerung vom strengen Beihilfeverbot. Sie ist in Art. 106 AEUV niedergelegt. Diese Vorschrift bot Anlass für unterschiedliche Interpretationen Hier wurde von der Kommission mit dem sog. „Montipaket“ für viele Fälle Abhilfe geschaffen.

Das sog. „Montipaket“ stellt einen Meilenstein bei der beihilfekonformen Beurteilung von Leistungen in der Daseinsvorsorge dar. Mit der Verabschiedung im Sommer 2005 beabsichtigte die Europäische Kommission im Bereich der Ausgleichszahlungen in der Daseinsvorsorge ein Mehr an Rechtssicherheit zu geben.

Zu diesem Paket gehört:

#### a) Freistellungsentscheidung der Kommission

Diese stellt klar, unter welchen Voraussetzungen Zahlungen an Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen mit dem EG-Beihilferecht vereinbar sind (klar umrissener öffentlicher Versorgungsauftrag, keine Überkompensierung) und nicht notifiziert werden müssen. Die Entscheidung gilt für Ausgleichszahlungen unter 30 Mio. € pro Jahr an Unternehmen mit einem Jahresumsatz von weniger als 100 Mio.€. **Ungeachtet ihrer Höhe werden Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser und an im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen freigestellt. Dabei empfiehlt es sich den Erwägungsgrund 16 genauer zu betrachten.** Nach Ansicht der Kommission weisen Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) betraut sind, Besonderheiten auf, die es zu berücksichtigen gilt. Daher sollten Krankenhäuser, die **medizinische Versorgungsleistungen, Notfalldienste und unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundene Nebendienstleistungen** erbringen, sowie Unternehmen die im Bereich des sozialen Wohnungsbaus betraut sind und Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwache Bevölkerungsgruppen bereitstellen, die nicht die Mittel haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen, im Rahmen dieser Entscheidung von der Notifizierungspflicht freigestellt werden, selbst wenn die Höhe des Ausgleichs, den sie erhalten, die in dieser Entscheidung genannten Obergrenzen überschreitet.

Durch diese Freistellung werden sonst langwierige Notifizierungsverfahren vermieden. Bedauerlicherweise ist die Kommission bei den freigestellten Bereichen auf dem halben Weg

stehen geblieben. Pflegeeinrichtungen, Rehabilitationseinrichtungen, Einrichtungen der Behinderten-, Kinder-, Jugend- und Familienhilfen hätten ebenfalls eine so weitreichende Freistellung verdient.

### **b) Gemeinschaftsrahmen**

Sollte eine geplante Maßnahme über den in der Entscheidung gewährten Grenzwerten liegen kommt der „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden“, zum Tragen.

Der Gemeinschaftsrahmen der Kommission stellt klar, unter welchen Voraussetzungen von der Entscheidung nicht erfasste Ausgleichszahlungen mit dem Beihilferecht vereinbar sind. Da hier die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung größer ist, besteht eine Notifizierungspflicht. Die Anforderungen für die Vereinbarkeit entsprechen weitgehend der Freistellungsentscheidung. In allen Fällen sind Ausgleichszahlungen, welche die Kosten für die Erbringung der öffentlichen Dienstleistung übersteigen oder die von den Unternehmen dazu verwendet werden, um auf anderen, dem Wettbewerb ausgesetzten Märkten tätig zu werden, sind ungerechtfertigt und daher mit den beihilferechtlichen Vorschriften des EG-Vertrags unvereinbar.

### **c) Spezifische Anforderungen**

Um in den Genuss der Vorteile des Montipakets zu kommen, sind jedoch wichtige Voraussetzungen einzuhalten. Hilfreich hierfür ist die Handreichung des Staatsministeriums des Innern. Die Handreichung ist im **AIIMBI. vom 28.8. 2006, S. 285** veröffentlicht.

Die Freistellungsregelung gilt nur unter der Voraussetzung, dass die Dienstleistungen von den Mitgliedstaaten als DAWI eingestuft werden. Auch wenn der öffentlichen Hand dabei ein großer Ermessensspielraum zusteht, so ist dieser nicht grenzenlos. Die Kommission wird darüber wachen, dass die Definition der DAWI ohne offenkundige Fehler erfolgt. Anhaltspunkte für eine Einstufung als DAWI können Art. 83 BV oder Art. 57 BayGO bieten.

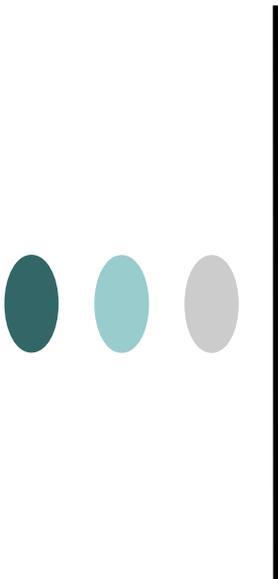
Weiterhin ist ein **Betrauungsakt** notwendig, der die genaue Art, Umfang und Dauer der auferlegten Gemeinwohlverpflichtung, der Name des beauftragten Unternehmens und die von ihm zu tragenden Kosten enthält. Speziell für den Krankenhausbereich haben kommunale Spitzenverbände Muster für einen Betrauungsakt herausgegeben. Das Bundesgesundheitsministerium hat sich zur Umsetzung der Anforderung an den Betrauungsakt gegenüber den kommunalen Spitzenverbänden geäußert.

Auch darf der Ausgleich nicht über das Maß hinausgehen, das erforderlich ist, um die Kosten der

Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken (Verbot der Überkompensation).

Was kommt eigentlich als Ausgleichsleistung in Frage? Nach Art. 5 Abs. 1 S. 3 der Freistellungsentscheidung gelten alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln jedweder Art gewährten Vorteile als Ausgleichleistungen. Damit kommen auch Bürgschaften, der öffentlichen Hand liebstes Kind, als Ausgleichleistung in Frage. Und dann natürlich als 100%-Verbürgung. Nach der Bürgschaftsmitteilung ist dies im Fall von Leistungen der Daseinsvorsorge möglich. Hier bestehen aber noch Interpretationsfragen. So ist zum Beispiel nicht eindeutig, inwieweit sich Bürgschaften als „Ausgleichleistungen“ darstellen lassen und wie hier eine Überkompensation vermeiden werden kann. Auch fehlt es an einem eindeutigen Fall, bei dem sich die Kommission sich zu 100%-Bürgschaften und damit zum Verhältnis von Bürgschaftsmitteilung und Daseinsvorsorge geäußert hatte. Für 2010 zu erwartende Notifizierungen werden hier hoffentlich mehr Klarheit und Rechtssicherheit bringen.

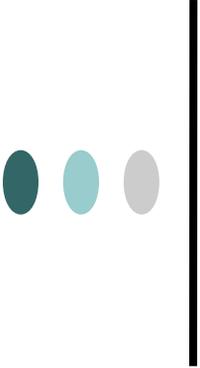
Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.



# Staatsbeihilfen bei Gesundheits- und Sozialdienstleistungen

München – 22. Juni 2010

Christian Holzleitner



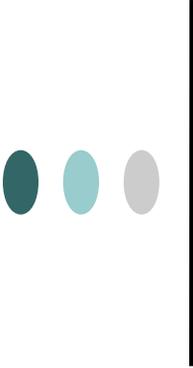
# Inhalt

- Überblick EU-Beihilfenrecht
- Kommissionsentscheidung vom 28. November 2005 über die Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
- Fallbeispiele
- Zusammenfassung

# EU-Beihilfenrecht

Beschwerden von privaten Anbietern

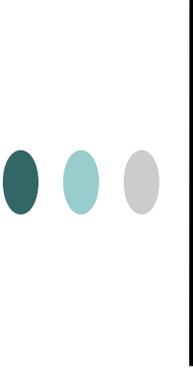




# EU-Beihilfenrecht

§ 106(2) VAEU

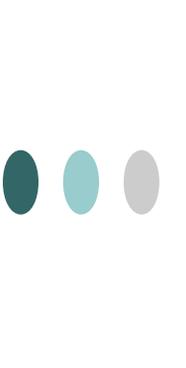
- Staatliche Beihilfen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind mit dem gemeinsamen Markt vereinbar
- Kriterien der Kommissionsentscheidung („Monti-Paket“) vom 28. November 2005 müssen aber erfüllt sein



# Kommissions- entscheidung

Kriterien für Vereinbarkeit unter § 106(2) VAEU

- Öffentlicher Auftrag
  - Art und Dauer
  - Parameter für Berechnung der Ausgleichszahlung
  - Regelungen zur Vermeidung von Überkompensierung
- Proportionale Ausgleichszahlung
  - Kompensation notwendiger Kosten und „angemessener“ Gewinn
  - Notwendige Kosten = Ist-Kosten



# Familienferien- stätten

Beschwerde über Subventionierung von  
gemeinnützigen Einrichtungen

## Be- schwerde

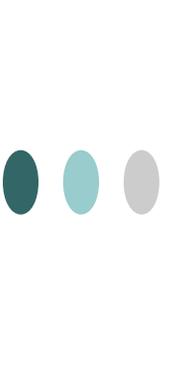
Familienferien-  
stätten

- bieten dieselben Leistungen wie gewerbliche Hotels
- erhalten aber zusätzliche Subventionen

## Lösung

### **Öffentlicher Auftrag**

Beschreibung  
der  
Leistungen,  
die zusätzlich  
erbracht  
werden.



# Öffentliche Krankenhäuser

Beschwerde über  
Verlustausgleiche

## Be- schwerde

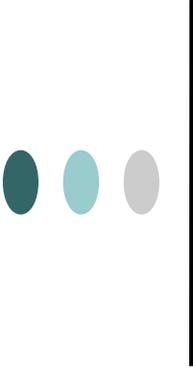
- Öffentliche Krankenhäuser erhalten zusätzlich Verlustausgleich

## Lösung

### **Öffentlicher Auftrag**

Darstellung  
der  
zusätzlichen  
Leistungen  
und Kosten

*DKG-Rund-  
schreiben 177/09*



# MVZ

## Quersubventionierung durch Krankenhaus

### Be- schwerde

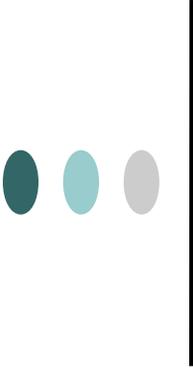
- MVZ können subventionierte Einrichtungen des Krankenhauses gratis mitnutzen

### Lösung

#### **Transfer- preise**

MVZ zahlt Transferpreise in Höhe der anteiligen Vollkosten oder Marktpreise

*DKG-Rund-  
schreiben  
164/07*



# Zusammenfassung

## Transparenz - Implementierungserfordernisse

- Klar definierter öffentlicher Auftrag
  - Welche Dienstleistungen werden erbracht?
  - Wie werden die Kosten berechnet und finanziert?
  - Wie wird Überkompensierung kontrolliert?
- Getrennte Buchführung
  - Dokumentation der Kosten für die einzelnen Dienstleistungen
- Kontrollen zur Vermeidung von Überkompensierung
  - Dokumentation über branchenüblichen Gewinn
  - Mechanismus für Rückzahlung von Überkompensation

## Zusammenfassung der Diskussionen

von Frau Herbst (Landeshauptstadt München, Sozialreferat – Europabeauftragte (Recht))

Im Rahmen der Tagung erfolgten zwei getrennte Diskussionsblöcke. Einzelne Themen wurden hierbei mehrfach bzw. vertieft behandelt, so dass sich eine gemeinsame, nachträgliche Betrachtung anbietet.

**Thema:** Zuständigkeit für die Ausgestaltung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Verkürzt dargestellt tragen gem. Art. 14 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) die Europäische Union und die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse so gestaltet sind, dass die Dienste ihren Aufgaben nachkommen können. Dies gilt insbesondere für die Bedingungen wirtschaftlicher und finanzieller Art. Es stellt sich die Frage, wie diese neue Regelung in Einklang zu bringen ist mit Art. 1 des dem EUV und dem AEUV beigefügten Protokolls Nr. 26 (der u.a. den lokalen Behörden einen weiten Ermessensspielraum beim Zurverfügungstellen, der Beauftragung und der Organisation der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zubilligt) und mit Art. 106 Abs. 2 AEUV. Nach Auffassung von *Hr. Prof. Becker* könnten auf der Basis des Art. 14 AEUV auf der Ebene der EU inhaltlich ungünstige Regelungen getroffen werden, die Mitgliedstaaten müssten die Entwicklungen daher aufmerksam verfolgen.

**Thema:** Wann erfüllt die Finanzierung sozialer Dienstleistungen auf kommunaler Ebene die Voraussetzungen für eine Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV?

Als erstes stellt sich hier die Frage, wie kann die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen gelingen? Festzustellen ist, dass unter Zugrundelegung der relevanten EU-Vorgaben eine klare Abgrenzung zwischen nichtwirtschaftlichen und wirtschaftlichen Diensten derzeit nicht möglich ist. In der Diskussion wurde daher die Frage aufgeworfen, wer für eine klarere Abgrenzung sorgen kann. Nach Auffassung von *Herrn Holzleitner* sei es eine Aufgabe der Mitgliedstaaten, die Organisation für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (=DAWIS) in ihrem Land zu gestalten. Gestalte der Mitgliedstaat daher den Rechtsrahmen derart, dass auch privatwirtschaftliche

Unternehmen im jeweiligen Tätigkeitsfeld agieren können, hat sich der Mitgliedstaat damit für eine liberale Ausformung entschieden. Wählt der Mitgliedstaat die Öffnung des Marktes, sind die entsprechenden EU-Regelungen einzuhalten. Eine allgemeine Abgrenzung zwischen nichtwirtschaftlich und wirtschaftlich auf Ebene der EU sei daher nur schwer möglich, stattdessen müsse immer die konkrete Dienstleistung in ihrer nationalen bzw. lokalen Ausgestaltung in den Blick genommen werden.

Anschließend an diese Abgrenzungsfrage ist zu beurteilen, ob für die einzelne Sozialdienstleistung die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung mit Binnenmarktrelevanz besteht. Nach Auffassung von *Herrn Holzleitner* wären die beteiligten Stellen gut beraten, in der Regel eine Wettbewerbsverzerrung anzunehmen. Nach den Ausführungen von *Herrn Ministerialrat Dr. Schäch* indiziere der EuGH die Binnenmarktrelevanz regelmäßig.

Oft wird unter Bezugnahme auf die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 16.6.2001 im Fall „Dorsten“ (N 258/2000, ABI. EU Nr. C 172, S. 16) betont, die Ausreichung einer Zuwendung hätte ebenfalls lediglich lokalen Bezug. Hierzu führt *Herr Ministerialrat Dr. Schäch* aus, dass es selten Fallkonstellationen gäbe, die mit dem im Fall „Dorsten“ zu Grunde liegenden Sachverhalt vergleichbar wären. Denn im dort entschiedenen Fall sei im Vorfeld ein europaweiter Wettbewerb durchgeführt worden. Die Ablehnung der Voraussetzungen einer Beihilfe mit der Begründung, eine finanzielle Zuwendung hätte lediglich lokalen Bezug, sei daher oftmals problematisch.

Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Freihandelszone (EFTA) vom 21.2.2008 (Rechtssache E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund) zu norwegischen Gemeindekindergärten wird teilweise argumentiert, dass es sich im sozialen Bereich um nichtwirtschaftliche Dienstleistungen handelt. *Herr Ministerialrat Dr. Schäch* betont aber, in dieser Entscheidung sei der Begriff des „Unternehmens“ deswegen abgelehnt worden, weil die Gemeinde selbst den Kindergarten betreibe. Hieraus könne aber nicht der allgemeine Grundsatz abgeleitet werden, öffentlich finanzierte soziale Dienstleistungen seien dem nichtwirtschaftlichem Bereich zuzuordnen.

**Thema:** Soziale Dienstleistungen – ein dritter Weg möglich?

Während früher sowohl auf Seiten der Kommunen als auch auf Seiten der freien Wohlfahrtspflege im Allgemeinen eine Abwehrhaltung eingenommen wurde, wenn es um die Anwendbarkeit EU-rechtlicher Wettbewerbs- bzw. Beihilferegulungen auf soziale Dienstleistungen im kommunalen Raum geht, hat sich diese Sichtweise bis heute zunehmend relativiert. Es wurde aber die Frage nach Sonderregelungen für den sozialen Bereich aufgeworfen.

Klarzustellen sei nach den Ausführungen von *Herrn Prof. Becker* folgendes: Ausgangspunkt der

EU-Regelungen zum Beihilferecht sei das Wirtschaftsrecht. In den jeweiligen Verträgen sei eine „Sonderwirtschaftszone für das Soziale“ nicht vorgesehen (so *Herr Prof. Rixen*). Das bedeutet, alle Sozialdienstleistungen sind den Bereichen nichtwirtschaftlich oder wirtschaftlich zuzuordnen. Nach Auffassung von *Herrn Holzleitner* sei für den Regelfall der sozialen Dienstleistung in Deutschland das Merkmal der Wirtschaftlichkeit zu bejahen. Hintergrund hierfür sei, dass Deutschland seinen Gestaltungsspielraum genutzt und den Markt in diesem Bereich im Gegensatz zu anderen Mitgliedstaaten weit geöffnet habe.

**Thema:** Welche Anforderungen müssen erfüllt werden, damit eine soziale Dienstleistung eine DAWI darstellt?

Wie dargelegt, gibt es von der eu-rechtlichen Seite keine allgemeinen Sonderregelungen für Sozialdienstleistungen im Bereich des Beihilfenrechts. Erleichterungen für die öffentliche Hand als finanzierende Stelle bestehen jedoch für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Voraussetzung ist demnach, dass ein allgemeines Interesse an der betreffenden Dienstleistung gegeben ist. Hierfür ist nach den Ausführungen von *Herrn Holzleitner* von entscheidender Bedeutung, dass das Alleinstellungsmerkmal definiert werden kann. Darzustellen wäre hierbei, was im Rahmen (hier) des Beihilfenrechts finanziert wird, was im Wettbewerb sonst nicht bzw. nicht in dieser Form betrieben worden wäre. Entscheidend sei, dass keine Quersubventionierung für andere Bereiche im Wettbewerb erfolge. *Herr Ministerialrat Dr. Schäch* ergänzt, dass jede Gebietskörperschaft „ihre“ DAWI in eigener Zuständigkeit und unter Berücksichtigung der geltenden Regelungen (z.B. Art. 57 BayGO, Art. 87 BV) definiere. Betont wird, dass der bestehende große Spielraum (siehe auch des dem EUV und dem AEUV beigefügte Protokoll Nr. 26 Art. 1) genutzt werden sollte.

**Thema:** Welche Anforderungen stellt das Monti-Kroes-Paket, und insbesondere die Freistellungsentscheidung vom 28.11.2005 (2005/842/EG, ABI. EU Nr. L 312, S. 67) an die kommunalen Träger?

Die Voraussetzungen der Freistellungsentscheidung sind nur dann erfüllt, wenn ein Betrauungsakt mit demjenigen Unternehmen, das die Beihilfe erhält, abgeschlossen wird. *Herr Holzleitner* führt aus, dass die Erfüllung der Transparenzerfordernisse der Freistellungsentscheidung allein keine Mehrwertsteuerpflicht begründe. Er verweist auf ein entsprechendes Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen.

*Herr Holzleitner* rät, die Gewährung von Beihilfen durch die Kommune vorsorglich anhand der

Vorgaben der Freistellungsentscheidung auszurichten. Auf diesem Wege könne ein hohes Maß an Transparenz gewährleistet und Rechtssicherheit für alle Beteiligten hergestellt werden. Im Ergebnis läge es aber in der Verantwortung der jeweiligen öffentlichen Stelle, das Risiko einer Beschwerde eines Konkurrenten einzuschätzen und entsprechend zu verfahren.

Im Rahmen der Freistellungsentscheidung ist die Ausgleichszahlung offen zu legen. Nach den Ausführungen von *Herrn Holzleitner* können als notwendige Kosten die jeweiligen entstehenden Istkosten angesetzt werden, ein Vergleich mit anderen Unternehmen (zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit) ist im Rahmen der Freistellungsentscheidung dagegen nicht erforderlich.

Falls die Regelungen der Freistellungsentscheidung erfüllt sind, entfällt die Notifizierungspflicht bei der EU-Kommission in Brüssel für die gewährte DAWI-Finanzierung in den Bereichen des sozialen Wohnungsbaus, der Krankenhäuser und bei DAWI, die von Unternehmen mit weniger als 100 Millionen Jahresumsatz erbracht werden.

Ergänzend hierzu wird in dem Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen (SEK (2007) 1516 endgültig) vom 20.11.2007 z.B. der Bereich staatlicher Ausbildung als nichtwirtschaftlicher Bereich aufgeführt, Unterkünfte für Frauen in Not werden dagegen unter dem Blickpunkt der Freistellungsentscheidung beurteilt. Anhand dieser Beispiele wird angemerkt, dass diese Kategorisierungen durch die Europäische Kommission für die beteiligten Stellen in den Mitgliedstaaten nicht schlüssig nachvollzogen werden können.

**Thema:** Vereinbarkeit der Zuwendungspraxis des Münchener Sozialreferates mit dem Europäischen Beihilferecht

Auf die Frage, welche Finanzierungsarten im Bereich des Zuschusswesens im Einklang stünden mit dem Europäischen Beihilferecht, führt *Herr Prof. Rixen* folgendes aus: Die Freistellungsentscheidung fordere die vorherige Festlegung von Regeln, wie im nachhinein Fehlkalkulationen ausgeglichen werden können. Sofern diese Vorgaben eingehalten werden würden, sei auch eine Zuschussfinanzierung mittels eines Festbetrages mit den Vorgaben der Freistellungsentscheidung vereinbar.

Das Sozialreferat der Landeshauptstadt München finanziert Zuwendungen teilweise mittels dreijähriger Finanzierungsvereinbarungen. Erst nach Ablauf dieses Zeitraums ist über die Verwendung der nicht verwendeten Mittel zu entscheiden. Dagegen stellt die Freistellungsentscheidung auf eine alljährliche Betrachtungsweise ab, und sieht den Ausgleich von Überkompensationen jeweils am Jahresende vor. *Herr Holzleitner* weist in diesem Zusammenhang

auf den Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen (2005/C 297/04, ABI. EU vom 29.11.2005 C 297, S. 4) hin, der die Möglichkeit einer bis zu vierjährigen Finanzierungsvereinbarung eröffnet. Sichergestellt werden müsse jedoch in jedem Fall, dass eine zweckfremde Verwendung der Mittel ausgeschlossen sei.

**Thema:** Einrichtung einer Clearingstelle in Bayern sinnvoll?

Auf die Frage, ob die Einrichtung einer Clearingstelle, z.B. im Bay. Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie zur Vorabprüfung, ob Europäisches Beihilferecht betroffen sein könnte, sinnvoll wäre, führt *Herr Ministerialrat Dr. Schäch* aus: Die Entscheidungshoheit hierüber liege allein bei der Europäischen Kommission, eine Vorprüfung auf Landesebene sei daher nicht möglich. Zur Unterstützung könnten jedoch die Handreichung zum Monti-Paket des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 2.8.2006 (veröffentlicht im Bay. Allg. Ministerialblatt 2006, S. 302) herangezogen werden. Auch könnten über die kommunalen Spitzenverbände Musterbescheide für die Konzeption eines Betrauungsaktes bezogen werden. Das von ihm geleitete EU-Referat sei aber auf jeden Fall von allen Behörden in Bayern einzubeziehen, wenn eine Notifizierung bei der EU-Kommission erforderlich sei. *Herr Holzleitner* ergänzt, dass transparent gestaltete Betrauungsakte die Dauer des Prüfverfahrens durch die Europäische Kommission erheblich verkürzen können bzw. durch einen transparenten Betrauungsakt Beschwerden von privaten Wettbewerbern schon im Ansatz vermieden werden können.

**Referenten- und Autorenverzeichnis**  
(in alphabetischer Reihenfolge)

Prof. Dr. Ulrich **Becker**, LL.M. (EHI)  
Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

Friedrich **Graffe**  
(ehemaliger) Sozialreferent der Landeshauptstadt München

Oberverwaltungsrätin Antje **Herbst**  
Landeshauptstadt München, Sozialreferat – Zentrale, Europabeauftragte (Recht)

Christian **Holzleitner**  
Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb

Michael **Müller, LL.M. Eur.**  
Deutscher Caritasverband, Hauptvertretung Brüssel, Juristischer Referent

Prof. Dr. Stephan **Rixen**  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht, Universität Bayreuth

Ministerialrat Dr. Klaus-Hannes **Schäch**  
Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, Leiter des EU-Referates

Anja **Schwarz**  
Deutscher Städtetag, Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Dezernat für Arbeit, Jugend und Soziales

## **Anlagen**

1. ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden
2. Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden

## ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 28. November 2005

**über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden**

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2005) 2673)

(2005/842/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 86 Absatz 3,

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (1) In Artikel 16 EG-Vertrag wird die Gemeinschaft aufgefordert, im Rahmen ihrer Befugnisse und unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 EG-Vertrag dafür Sorge zu tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse so gestaltet sind, dass sie ihre Aufgabe erfüllen.
- (2) Damit die Bedingungen für die Erbringung bestimmter Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse so sind, dass diese ihren Zweck erfüllen können, kann es notwendig werden, dass der Staat für die besonderen Kosten einer Gemeinwohlverpflichtung ganz oder teilweise aufkommt. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften zu Artikel 295 EG-Vertrag ist es dabei aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht unerheblich, ob diese Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse von öffentlichen oder privaten Unternehmen erbracht werden.
- (3) Gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften des EG-Vertrags und insbesondere die Wettbewerbsregeln. Allerdings sieht Artikel 86 Absatz 2 eine Ausnahme von dieser Regel für den Fall vor, dass eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt ist. So muss erstens der Staat ein Unternehmen mit der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe offiziell betrauen. Zweitens muss sich der Auftrag auf eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beziehen. Drittens muss die Ausnahme für die Erfüllung der übertragenen Aufgabe erforderlich und dem Zweck angemessen sein („Erforderlichkeitskrite-

rium“). Schließlich darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

- (4) In seinem Urteil in der Rechtssache Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH<sup>(1)</sup> stellte der Gerichtshof fest, dass der für die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 EG-Vertrag darstellt, wenn die nachstehenden vier Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent festzulegen. Drittens darf der Ausgleich nicht über das Maß hinausgehen, das erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. Viertens schließlich ist für den konkreten Fall, dass das Unternehmen, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt wird, mit der sich derjenige Bewerber ermitteln ließe, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen mit Transportmitteln ausgestattetes Unternehmen hätte.
- (5) Sind diese vier Voraussetzungen erfüllt, stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe dar, sodass die Artikel 87 und 88 EG-Vertrag nicht anwendbar sind. Sind diese Voraussetzungen hingegen nicht gegeben und ist der Tatbestand des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt, dann stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich jedoch eine staatliche Beihilfe dar, auf die die Artikel 73, 86, 87 und 88 EG-Vertrag Anwendung finden. Die vorliegende Entscheidung gilt daher nur für den vom Staat als Gegenleistung für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährten Ausgleich, soweit er eine staatliche Beihilfe darstellt.

<sup>(1)</sup> Slg. 2003, I-7747.

- (6) Gemäß Artikel 86 Absatz 3 EG-Vertrag ist die Kommission befugt, Inhalt und Umfang der Ausnahmeregelung nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag zu bestimmen und gegebenenfalls Vorschriften zu erlassen, mit denen sich wirksam überprüfen lässt, ob die in Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Konkret müsste daher erläutert werden, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Ausgleichssysteme mit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag vereinbar sind und nicht gemäß Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag im Voraus notifiziert werden müssen.
- (7) Beihilfen dieser Art können nur dann für mit dem EG-Vertrag vereinbar erklärt werden, wenn sie die Erbringung von Leistungen sichern, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag sind. Nach ständiger Rechtsprechung verfügen die Mitgliedstaaten in der Frage, welche Arten von Leistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen sind, über einen großen Ermessensspielraum, es sei denn, es handelt sich um Sektoren, für die es spezielle Gemeinschaftsvorschriften gibt. Außer in den Sektoren, für die es eine Gemeinschaftsregelung gibt, ist es daher Aufgabe der Kommission, darüber zu wachen, dass die Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ohne offenkundige Fehler erfolgt.
- (8) Damit Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag anwendbar ist, muss das begünstigte Unternehmen vom Staat mit der Erbringung einer besonderen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden sein. Nach der Rechtsprechung zu Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag müssen in dem Verwaltungs- oder Rechtsakt, durch den die besondere Aufgabe übertragen wird, die genaue Art, der Umfang und die Dauer der auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen sowie der Name des beauftragten Unternehmens niedergelegt sein.
- (9) Um sicherzustellen, dass die Voraussetzungen des Artikels 86 Absatz 2 EG-Vertrag erfüllt sind, müssen die Kriterien präzisiert werden, die bei der Betrauung eines Unternehmens mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu berücksichtigen sind. Die Berechnung und Überprüfung der Höhe der Ausgleichszahlungen lässt sich nämlich nur dann ordentlich vornehmen, wenn die Gemeinwohlverpflichtungen, die auf den Unternehmen lasten, und die etwaigen vom Staat zu übernehmenden Verpflichtungen in einem formalen Akt der zuständigen staatlichen Stellen des jeweiligen Mitgliedstaats genau festgelegt sind. Die Art des Verwaltungs- oder Rechtsakts kann von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren, doch müssen daraus zumindest die genaue Art, Umfang und Dauer der auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen, der Name des beauftragten Unternehmens und die von ihm zu tragenden Kosten zu entnehmen sein.
- (10) Bei der Definition der Gemeinwohlverpflichtungen und der Prüfung der Frage, ob die Verpflichtungen von diesen Unternehmen erfüllt werden, sollten sich die Mitgliedstaaten auf ein möglichst breit gestreutes Meinungsspektrum unter besonderer Berücksichtigung der Nutzer dieser Dienstleistungen stützen.
- (11) Um ungerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, bestimmt Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag ferner, dass der Ausgleich nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, um die dem Unternehmen durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen entstandenen Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen sowie einer angemessenen Rendite abzudecken. Gemeint sind damit somit die dem betreffenden Unternehmen tatsächlich entstandenen Kosten.
- (12) Ein Ausgleich, der mehr als nur die dem Unternehmen entstandenen Kosten abdeckt, ist für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht erforderlich und stellt daher eine unvereinbare staatliche Beihilfe dar, die zurückgezahlt werden muss. Ein Ausgleich, der für die Bereitstellung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt wird, von dem Unternehmen aber dazu verwendet wird, um sich auf einem anderen Markt zu betätigen, ist ebenfalls für das Funktionieren einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht erforderlich und stellt daher eine unvereinbare und somit rückzahlbare staatliche Beihilfe dar.
- (13) Um sicherzustellen, dass das in Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag verlangte Erforderlichkeitskriterium erfüllt ist, muss geregelt werden, wie der Ausgleichsbetrag berechnet und überprüft werden soll. Die Mitgliedstaaten sollten in regelmäßigen Abständen überprüfen, ob der gewährte Ausgleich nicht zu einer Überkompensierung führt. Damit den Unternehmen und Mitgliedstaaten jedoch ein Mindestmaß an Flexibilität bleibt, sollte es möglich sein, eine überhöhte Ausgleichszahlung in Höhe von maximal 10 % des Jahresbedarfs auf den nächstfolgenden Zahlungszeitraum anzurechnen. Unternehmen, die im Bereich des sozialen Wohnungsbaus mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, müssen wegen der Gefahr von Mietausfällen wegen Zahlungsunfähigkeit der Mieter unter Umständen starke Einnahmenschwankungen hinnehmen. Wer in diesem Bereich ausschließlich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt, soll daher den in einem Zahlungszeitraum fälligen Ausgleichsbetrag um bis zu 20 % überschreiten und sich den Betrag auf den nächstfolgenden Zeitraum anrechnen lassen dürfen.

- (14) Solange die Ausgleichszahlungen an Unternehmen gewährt werden, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ihre Höhe die Kosten der Gemeinwohlverpflichtung nicht überschreitet und die in dieser Entscheidung genannten Obergrenzen eingehalten werden, geht die Kommission davon aus, dass die Entwicklung des Handelsverkehrs dadurch nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. In diesem Fall ist die Kommission der Ansicht, dass der Ausgleich als staatliche Beihilfe anzusehen ist, die gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.
- (15) Kleinere Ausgleichszahlungen an umsatzschwache Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, beeinträchtigen den Handel und den Wettbewerb nicht in einem Ausmaß, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Wenn alle in dieser Entscheidung genannten Voraussetzungen erfüllt sind, kann daher auf eine vorherige Anmeldung verzichtet werden. Als Kriterium für die Freistellung von der Notifizierungspflicht sollten daher der Umsatz der Unternehmen, die einen Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erhalten, und die Höhe der Ausgleichszahlungen herangezogen werden.
- (16) Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, weisen Besonderheiten auf, die es zu berücksichtigen gilt. So ist insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass im jetzigen Entwicklungsstadium des Binnenmarkts die Wettbewerbsverfälschung in diesen Sektoren nicht zwangsläufig in einem direkten Verhältnis zum Umsatz und zur Höhe der Ausgleichszahlungen steht. Daher sollten Krankenhäuser, die medizinische Versorgungsleistungen, Notfalldienste und unmittelbar mit den Haupttätigkeiten verbundene Nebendienstleistungen — vor allem auf dem Gebiet der Forschung — erbringen, sowie Unternehmen, die mit Leistungen im Bereich des sozialen Wohnungsbaus betraut sind und Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwache Bevölkerungsgruppen bereitstellen, die nicht die Mittel haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen, im Rahmen dieser Entscheidung von der Notifizierungspflicht freigestellt werden, selbst wenn die Höhe des Ausgleichs, den sie erhalten, die in dieser Entscheidung genannten Obergrenzen überschreitet, vorausgesetzt, die erbrachten Leistungen werden von dem betreffenden Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft.
- (17) Artikel 73 EG-Vertrag ist eine *Lex specialis* zu Artikel 86 Absatz 2. Der Artikel regelt den Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Verkehrssektor. Näheres bestimmt die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs<sup>(1)</sup>, die die allgemeinen Bedingungen festlegt, nach denen Gemeinwohlverpflichtungen in diesem Bereich zu erbringen sind, und die Berechnungsmethoden für die Ausgleichszahlungen vorschreibt. Die Verordnung befreit alle Ausgleichszahlungen für die Beförderung zu Land, welche diese Bedingungen erfüllen, von der Notifizierungspflicht gemäß Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag. Laut dieser Verordnung dürfen die Mitgliedstaaten von den dort genannten Bestimmungen jedoch abweichen, wenn es sich um Unternehmen handelt, die ausschließlich Beförderungsdienste im Stadt-, Nah- oder Regionalverkehr erbringen. In diesem Fall richtet sich die Ausgleichszahlung, sofern sie eine staatliche Beihilfe darstellt, nach der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 des Rates vom 4. Juni 1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr<sup>(2)</sup>. Nach dem „Altmark“-Urteil können Ausgleichszahlungen, die im Widerspruch zu Artikel 73 EG-Vertrag stehen, weder auf Grundlage des Artikels 86 Absatz 2 noch einer sonstigen Bestimmung für mit dem EG-Vertrag vereinbar erklärt werden. Folglich sollten diese Ausgleichszahlungen nicht in den Anwendungsbereich dieser Entscheidung fallen.
- (18) Auf den Bereich des Luft- und Seeverkehrs ist anders als bei der Beförderung zu Land Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag anwendbar. Einige für Ausgleichszahlungen in diesen Bereichen geltende Vorschriften finden sich in der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs<sup>(3)</sup> bzw. der Verordnung (EWG) Nr. 3577/92 vom 7. Dezember 1992 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten (Seekabotage)<sup>(4)</sup>. Im Gegensatz zu der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 findet sich in diesen beiden Verordnungen weder ein Hinweis auf die Vereinbarkeit möglicher staatlicher Beihilfelemente mit dem Gemeinsamen Markt noch auf eine mögliche Freistellung von der Notifizierungspflicht gemäß Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, die vorliegende Entscheidung auch auf Ausgleichszahlungen im Luft- und Seeverkehr anzuwenden, sofern dabei, zusätzlich zu der Erfüllung der in dieser Entscheidung genannten Voraussetzungen, auch die sektorspezifischen Bestimmungen der Verordnungen (EWG) Nr. 2408/92 bzw. (EWG) Nr. 3577/92 eingehalten werden.
- (19) Für Ausgleichszahlungen im Luft- und Seeverkehr sollten im Regelfall dieselben Obergrenzen gelten wie sonst auch. Im konkreten Fall der Ausgleichszahlungen für Flug- oder Schiffsverbindungen zu Inseln sowie für Flughäfen und Seeverkehrshäfen ist es jedoch angebracht, soweit es sich um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86

(1) ABl. L 156 vom 28.6.1969, S. 1. Verordnung zuletzt geändert durch die Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 (AbL. L 169 vom 29.6.1991, S. 1).

(2) ABl. L 130 vom 15.6.1970, S. 1. Verordnung zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 543/97 (AbL. L 84 vom 26.3.1997, S. 6).

(3) ABl. L 240 vom 24.8.1992, S. 8. Verordnung zuletzt geändert durch die Beitrittsakte von 2003.

(4) ABl. L 364 vom 12.12.1992, S. 7.

Absatz 2 EG-Vertrag handelt, auch das durchschnittliche Fahrgastaufkommen als alternativen Grenzwert heranzuziehen, da dies unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten realistischer scheint.

- (20) Die vorliegende Entscheidung spezifiziert größtenteils Inhalt und Umfang der Ausnahmeregelung nach Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz sowie in der Anwendung durch die Kommission. Da sie nicht in diesbezügliches materielles Recht eingreift, ist sie eigentlich sofort anwendbar. Die Entscheidung enthält jedoch auch einige zusätzliche Anforderungen, die eine wirksame Überwachung der Erfüllung der Kriterien gemäß Artikel 86 Absatz 2 ermöglichen sollen, und geht insofern über den Status quo hinaus. Um den Mitgliedstaaten Gelegenheit zu geben, sich hierauf einzustellen, ist es daher angebracht, eine Frist von einem Jahr bis zum Inkrafttreten dieser Bestimmungen einzuräumen.
- (21) Die Freistellung bestimmter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse von der Pflicht zur Vorabnotifizierung hindert die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran, ein spezifisches Beihilfevorhaben zu notifizieren. Das notifizierte Vorhaben wird dann gemäß den Grundsätzen des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, geprüft <sup>(1)</sup>.
- (22) Die vorliegende Entscheidung lässt die Vorschriften der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen <sup>(2)</sup> unberührt.
- (23) Die vorliegende Entscheidung gilt ferner unbeschadet der für das öffentliche Auftragswesen geltenden Gemeinschaftsvorschriften und der EG-Wettbewerbsregeln, insbesondere der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag.
- (24) Diese Entscheidung lässt bestehende strengere sektorspezifische EG-Rechtsvorschriften in Bezug auf die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen unberührt —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

#### Artikel 1

##### Gegenstand

Die vorliegende Entscheidung bestimmt, unter welchen Voraussetzungen staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen und demzufolge von der in Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag verankerten Notifizierungspflicht freigestellt werden können.

#### Artikel 2

##### Geltungsbereich

- (1) Die vorliegende Entscheidung gilt für staatliche Beihilfen, die Unternehmen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gewährt werden, die in eine der folgenden Kategorien fallen:
- a) Ausgleichszahlungen an Unternehmen, deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio. EUR betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. EUR für die erbrachte Dienstleistung erhalten;
  - b) Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die Tätigkeiten ausführen, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft wurden;
  - c) Ausgleichszahlungen für Flug- oder Schiffsverbindungen zu Inseln, bei denen das jährliche Fahrgastaufkommen in den zwei Rechnungsjahren vor Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Schnitt 300 000 Fahrgäste nicht überstieg;
  - d) Ausgleichszahlungen für Flug- und Seeverkehrshäfen, bei denen das jährliche Fahrgastaufkommen in den zwei Rechnungsjahren vor Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Schnitt die Zahl von 1 000 000 für Flughäfen bzw. 300 000 für Seeverkehrshäfen nicht überstieg.

<sup>(1)</sup> ABl. C 297 vom 29.11.2005.

<sup>(2)</sup> ABl. L 195 vom 29.7.1980, S. 35. Richtlinie zuletzt geändert durch die Richtlinie. 2000/52/EG (AbL. L 193 vom 29.7.2000, S. 75).

Für die Ermittlung der in Unterabsatz 1 Buchstabe a genannten Obergrenze von 30 Mio. EUR kann der Jahresdurchschnitt der während der Laufzeit des Vertrags oder ersatzweise während eines Zeitraums von fünf Jahren gewährten Ausgleichszahlungen herangezogen werden. Bei Kreditanstalten entspricht dem Schwellenwert von 100 Mio. EUR eine Bilanzsumme von 800 Mio. EUR.

(2) Im Bereich des Luft- und Seeverkehrs gilt die vorliegende Entscheidung lediglich für staatliche Beihilfen, die in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag gewährt werden, die den Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 sowie der Verordnung (EWG) Nr. 3577/92 entsprechen, wenn diese anwendbar sind.

Die Entscheidung gilt nicht für staatliche Beihilfen, die in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen an Beförderungsdienste auf dem Landweg gewährt werden.

### Artikel 3

#### **Vereinbarkeit und Freistellung von der Notifizierungspflicht**

Staatliche Beihilfen, die in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden und gleichzeitig die in dieser Entscheidung genannten Voraussetzungen erfüllen, sind mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Notifizierungspflicht gemäß Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag freigestellt, sofern in den sektorspezifischen gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften in Bezug auf die Gemeinwohlverpflichtungen nichts anderes bestimmt ist.

### Artikel 4

#### **Öffentlicher Auftrag**

Die vorliegende Entscheidung gilt ausschließlich für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, deren Erbringung dem jeweiligen Unternehmen im Wege eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte übertragen wurde. Die Form des Rechts- oder Verwaltungsaktes kann von den Mitgliedstaaten frei gewählt werden. Aus ihm (ihnen) muss unter anderem Folgendes hervorgehen:

- a) Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen;
- b) das beauftragte Unternehmen und der geografische Geltungsbereich;
- c) Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte;
- d) die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen;

- e) die Vorkehrungen, die getroffen wurden, damit keine Überkompensierung entsteht bzw. etwaige überhöhte Ausgleichszahlungen zurückgezahlt werden.

### Artikel 5

#### **Ausgleichszahlung**

(1) Die Ausgleichszahlung darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus dem für die Erfüllung dieser Verpflichtungen eingesetzten Eigenkapital abzudecken. Der Ausgleich muss ausschließlich für das Funktionieren der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verwendet werden, ohne dem Unternehmen die Möglichkeit der Verwendung seiner angemessenen Rendite zu entziehen.

Als Ausgleichszahlung gelten alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln jedweder Art gewährten Vorteile. Die angemessene Rendite kann ganz oder teilweise die Produktivitätsgewinne mit einschließen, die die betreffenden Unternehmen über einen ganz bestimmten, zuvor festgelegten Zeitraum ohne Reduzierung der vom Staat vorgegebenen Qualität der Dienstleistung erzielt haben.

(2) Die zu berücksichtigenden Kosten umfassen sämtliche mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbundenen Ausgaben. Ihre Berechnung muss anhand gemeinhin akzeptierter Rechnungslegungsgrundsätze erfolgen. Dabei ist Folgendes zu berücksichtigen:

- a) Beschränkt sich die Tätigkeit des Unternehmens auf die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, können dessen Gesamtkosten herangezogen werden.
- b) Betätigt sich das Unternehmen daneben noch auf anderen Gebieten, dürfen nur die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbaren Kosten berücksichtigt werden.
- c) Die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbaren Kosten umfassen sämtliche durch die Erbringung der fraglichen Dienstleistung verursachten variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag zu den sowohl dienstleistungsbezogenen als auch im Rahmen sonstiger Tätigkeiten anfallenden Fixkosten und eine angemessene Rendite.
- d) Die Kosten für etwaige Investitionen, vor allem in die Infrastruktur, können berücksichtigt werden, wenn sie für das Funktionieren der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlich sind.

(3) Auf der Einnahmenseite sind mindestens sämtliche mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erwirtschafteten Erträge zu berücksichtigen. Wurden dem betreffenden Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, die mit einer anderen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zusammenhängen, und wirft dieser Bereich Gewinne ab, die über der angemessenen Rendite liegen, oder wurden dem Unternehmen vom Staat andere Vergünstigungen gewährt, müssen diese unabhängig von ihrer Bewertung nach Maßgabe von Artikel 87 EG-Vertrag mit berücksichtigt und zu den Einnahmen hinzugerechnet werden. Die Mitgliedstaaten können auch beschließen, dass die Gewinne aus Tätigkeiten, für die kein öffentlicher Auftrag erteilt wurde, ganz oder teilweise zur Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse herangezogen werden müssen.

(4) Zum Zwecke dieser Entscheidung ist unter „angemessener Rendite“ ein angemessener Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos bzw. unter Berücksichtigung des fehlenden Risikos zu verstehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Staat ausschließliche oder besondere Rechte gewährt. In der Regel darf die Rendite die in dem betreffenden Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite nicht übersteigen. In Sektoren, in denen es an Unternehmen fehlt, die als Vergleichsmaßstab für das mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen dienen könnten, können Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten oder gegebenenfalls auch aus anderen Wirtschaftszweigen zu Vergleichszwecken herangezogen werden. Bei der Bestimmung der angemessenen Rendite können die Mitgliedstaaten auch Kriterien zugrunde legen, die insbesondere an die Qualität der zu erbringenden Dienstleistung und an Produktivitätsgewinne anknüpfen.

(5) Wenn Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur einen Teil der Tätigkeiten eines Unternehmens ausmachen, müssen die Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit der Erbringung der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und der Ausführung von anderweitigen Leistungen in den Büchern getrennt ausgewiesen werden. Außerdem ist anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Einnahmen und Ausgaben erfolgt.

Die mit anderen Tätigkeiten als den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbundenen Kosten müssen alle variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag zu den gemeinsamen Fixkosten und eine angemessene Kapitalrendite abdecken. Für diese Ausgaben darf kein Ausgleich gewährt werden.

#### Artikel 6

##### **Vermeidung von Überkompensierung durch Kontrolle**

Die Mitgliedstaaten führen in regelmäßigen Abständen Kontrollen durch oder veranlassen regelmäßige Kontrollen, um sicher-

zustellen, dass die Unternehmen keine Ausgleichszahlungen erhalten, die über die in Artikel 5 bestimmte Höhe hinausgehen.

Sie fordern das betreffende Unternehmen gegebenenfalls zur Rückzahlung überhöhter Ausgleichszahlungen auf und aktualisieren die Parameter für die künftige Berechnung der Ausgleichszahlungen. Beträgt die Überkompensierung maximal 10 % der jährlichen Ausgleichssumme, darf dieser Betrag auf die nächstfolgende Ausgleichsperiode angerechnet werden.

Im Bereich des sozialen Wohnungsbaus werden alle betreffenden Unternehmen in regelmäßigen Abständen von den Mitgliedstaaten oder auf deren Veranlassung hin kontrolliert, um sicherzustellen, dass sie keine Ausgleichszahlungen über die in Artikel 5 bestimmte Höhe hinaus erhalten. Überhöhte Ausgleichszahlungen können in Höhe von bis zu 20 % der jährlichen Ausgleichssumme auf die nächste Ausgleichsperiode angerechnet werden, sofern das Unternehmen nur Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt.

#### Artikel 7

##### **Vorhalten von Unterlagen**

Die Mitgliedstaaten halten sämtliche Unterlagen, anhand deren sich feststellen lässt, ob die Ausgleichszahlungen mit den Bestimmungen dieser Entscheidung vereinbar sind, mindestens für einen Zeitraum von zehn Jahren vor.

Sie übermitteln der Kommission auf deren schriftliches Verlangen hin sämtliche Informationen, die diese für erforderlich erachtet, um festzustellen, ob die geltenden Ausgleichssysteme mit dieser Entscheidung im Einklang stehen.

#### Artikel 8

##### **Berichte**

Alle drei Jahre legen die Mitgliedstaaten der Kommission einen Bericht über die Umsetzung dieser Entscheidung vor mit einer ausführlichen Schilderung der Anwendungsweise dieser Entscheidung in allen Sektoren und insbesondere im Bereich des sozialen Wohnungsbaus und des Krankenhauswesens.

Der erste Bericht dieser Art ist bis zum 19. Dezember 2008 vorzulegen.

#### Artikel 9

##### **Folgenabschätzung**

Spätestens nach dem 19. Dezember 2009 nimmt die Kommission anhand von Fakten und den Ergebnissen umfangreicher Anhörungen, die sie auf der Grundlage vor allem der von den Mitgliedstaaten gemäß Artikel 8 bereitgestellten Informationen durchführt, eine Folgenabschätzung vor.

Die Erkenntnisse werden dem Europäischen Parlament, dem Ausschuss der Regionen, dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Mitgliedstaaten zur Kenntnis gebracht.

*Artikel 10*

**Inkrafttreten**

Diese Entscheidung tritt am 19. Dezember 2005 in Kraft.

Artikel 4 Buchstaben c, d und e sowie Artikel 6 gelten erst ab dem 29. November 2006.

*Artikel 11*

**Adressaten**

Diese Entscheidung ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Brüssel, den 28. November 2005

*Für die Kommission*

Neelie KROES

*Mitglied der Kommission*

## Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden

(2005/C 297/04)

### 1. ZWECK UND ANWENDUNGSBEREICH

1. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften <sup>(1)</sup> geht hervor, dass Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben und ist der Tatbestand des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt, dann stellt der für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährte Ausgleich hingegen eine staatliche Beihilfe dar.
2. Die Entscheidung 2005/842/EG der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden <sup>(2)</sup>, gibt Aufschluss darüber, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Ausgleichszahlungen mit Artikel 86 Absatz 2 EG Vertrag vereinbare Beihilfen sind, und stellt Ausgleichszahlungen, die diese Voraussetzungen erfüllen, von der Pflicht zur Vorabnotifizierung frei. Ausgleichszahlungen, die staatliche Beihilfen darstellen und nicht in den Anwendungsbereich der Entscheidung 2005/842/EG über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden fallen, müssen hingegen weiterhin vorab notifiziert werden. Der vorliegende Gemeinschaftsrahmen soll klarstellen, unter welchen Voraussetzungen diese staatlichen Beihilfen gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gelten können.
3. Der Gemeinschaftsrahmen gilt für Ausgleichszahlungen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, soweit diese den Bestimmungen des EG-Vertrags unterliegen, außer im Verkehrssektor und im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Sinne der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk <sup>(3)</sup>.
4. Die Bestimmungen des Gemeinschaftsrahmens lassen bestehende strengere sektorspezifische EG-Rechtsvorschriften in Bezug auf die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen unberührt.
5. Die für das öffentliche Auftragswesen und den Wettbewerb (vor allem Artikel 81 und 82 EG-Vertrag) geltenden Gemeinschaftsvorschriften werden von dem vorliegenden Gemeinschaftsrahmen nicht berührt.

<sup>(1)</sup> Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache C-280/00, *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* („Altmark“), Slg. 2003, S. I-7747, sowie Urteil vom 27. November 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-34/01 bis C-38/01, *Enirisorse SpA gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 2003, S. I-14243.

<sup>(2)</sup> ABl. L 312 vom 29.11.2005, S. 67.

<sup>(3)</sup> ABl. C 320 vom 15.11.2001, S. 5.

### 2. KRITERIEN FÜR DIE VEREINBARKEIT VON AUSGLEICHSZAHlungen, DIE STAATLICHE BEIHILFEN DARSTELLEN

#### 2.1. Allgemeines

6. In seinem Altmark-Urteil führte der Gerichtshof aus, unter welchen Voraussetzungen zum Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse geleistete Zahlungen keine staatliche Beihilfe darstellen:

„[...] Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. [...]

[...] Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. Gleich daher ein Mitgliedstaat, ohne dass zuvor die Parameter dafür aufgestellt worden sind, die Verluste eines Unternehmens aus, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, so stellt dies ein finanzielles Eingreifen dar, das unter den Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag fällt.

[...] Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken [...]

[...] Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, dass die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.“

7. Sind diese vier Voraussetzungen erfüllt, stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe dar, so dass die Artikel 87 und 88 EG-Vertrag nicht anwendbar sind. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben und ist der Tatbestand des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllt, dann stellt der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich jedoch eine staatliche Beihilfe dar.

8. Die Kommission ist der Auffassung, dass beim aktuellen Entwicklungsstand des Gemeinsamen Marktes derartige staatlichen Beihilfen gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag als mit dem EG-Vertrag vereinbar gelten können, wenn sie für das Funktionieren der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unabdingbar sind und die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Dazu müssen sie jedoch die nachstehenden Voraussetzungen erfüllen.

## 2.2. Echte Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag

9. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs verfügen die Mitgliedstaaten in der Frage, welche Arten von Leistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen sind, über einen großen Ermessensspielraum, es sei denn, es handelt sich um Sektoren, für die es diesbezüglich spezielle Gemeinschaftsvorschriften gibt. Es ist daher Aufgabe der Kommission, darüber zu wachen, dass dieser Ermessensspielraum in Bezug auf die Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ohne offenkundige Fehler erfolgt.

10. Artikel 86 Absatz 2 besagt, dass die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen Unternehmen<sup>(1)</sup> sind, denen eine „besondere Aufgabe“ übertragen wurde. Bei der Bestimmung der Gemeinwohlverpflichtungen und der Prüfung der Frage, ob diese Verpflichtungen von den betreffenden Unternehmen erfüllt werden, sollten sich die Mitgliedstaaten auf ein möglichst breit gestreutes Meinungsspektrum unter besonderer Berücksichtigung der Nutzer der Dienstleistungen stützen.

## 2.3. Rechtsverbindliche Niederlegung der Gemeinwohlverpflichtungen und der Art der Berechnung der Ausgleichszahlungen

11. Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag impliziert, dass die betreffenden Unternehmen vom Staat mit der Erfüllung einer besonderen Aufgabe betraut wurden<sup>(2)</sup>. Abgesehen von den Sektoren, die diesbezüglich besonderen Gemeinschaftsvorschriften unterliegen, werden die Krite-

rien und Voraussetzungen für die Erbringung solcher Leistungen unabhängig von der Rechtsstellung des Dienstleistungserbringers und unabhängig davon, ob die Leistungen unter Wettbewerbsbedingungen erbracht werden oder nicht, vom Staat festgelegt. Zur Bestimmung der wechselseitigen Verpflichtungen der betreffenden Unternehmen und des Staates bedarf es somit eines öffentlichen Auftrages. Unter dem Begriff 'Staat' sind in diesem Zusammenhang der Zentralstaat, die regionalen und die lokalen Gebietskörperschaften zu verstehen.

12. Der öffentliche Auftrag für die Erbringung der Dienstleistung im öffentlichen Interesse muss im Wege eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte erteilt werden, dessen Form von den einzelnen Mitgliedstaaten bestimmt werden kann. Aus ihnen muss unter anderem Folgendes hervorgehen:

- die genaue Art und die Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen,
- die beauftragten Unternehmen und der geografische Geltungsbereich,
- Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte,
- die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen,
- die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen.

13. Bei der Definition der Gemeinwohlverpflichtungen und der Prüfung der Frage, ob die Verpflichtungen von diesen Unternehmen erfüllt werden, sollten sich die Mitgliedstaaten auf ein möglichst breit gestreutes Meinungsspektrum unter besonderer Berücksichtigung der Nutzer dieser Dienstleistungen stützen.

## 2.4. Höhe des Ausgleichs

14. Die **Höhe des Ausgleichs** darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen abzudecken. Darin enthalten sind sämtliche vom Staat oder aus staatlichen Mitteln in jedweder Form gewährten Vorteile. Die angemessene Rendite kann ganz oder teilweise die Produktivitätsgewinne mit einschließen, die von den betreffenden Unternehmen über einen ganz bestimmten, zuvor festgelegten Zeitraum ohne Reduzierung der vom Staat vorgegebenen Qualität erzielt wurden.

15. In jedem Fall darf der Ausgleich nur für das Funktionieren der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verwendet werden. Der für das Funktionieren einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich, der dazu verwendet wird, um auf anderen Märkten tätig zu werden, ist nicht gerechtfertigt und stellt daher eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe dar. Die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erwirtschaftete angemessene Rendite darf von den Unternehmen, die hierfür Ausgleichszahlungen erhalten, jedoch verwendet werden.

<sup>(1)</sup> Als Unternehmen gilt jedes Gebilde, das unabhängig von seiner Rechtsstellung und der Art seiner Finanzierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht. Als öffentliches Unternehmen gilt jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (ABl. L 195 vom 29.7.1980, S. 35, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2000/52/EG, ABl. L 193 vom 29.7.2000, S. 75).

<sup>(2)</sup> Siehe hierzu insbesondere das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache C-127/73, *BRT gegen SABAM*, Slg. 1974, S. 313.

16. Die **zu berücksichtigenden Kosten** umfassen sämtliche für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlichen Ausgaben. Beschränkt sich die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens auf die Erbringung dieser Dienstleistung, können dessen Gesamtkosten herangezogen werden. Betätigt sich das Unternehmen jedoch daneben noch auf anderen Gebieten, dürfen nur die der betreffenden Dienstleistung zurechenbaren Kosten berücksichtigt werden. Hierzu gehören sämtliche durch die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verursachten variablen Kosten, ein angemessener Beitrag zu den sowohl dienstleistungsbezogenen als auch anderweitig anfallenden Fixkosten und eine der jeweiligen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbare angemessene Rendite auf das Eigenkapital<sup>(1)</sup>. Etwaige Investitionen vor allem in die Infrastruktur können berücksichtigt werden, wenn sie für das Funktionieren der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlich sind. Die mit anderen Tätigkeiten als den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verbundenen Kosten müssen alle variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag zu den gemeinsamen Fixkosten und eine angemessene Kapitalrendite abdecken. Diese Kosten dürfen auf keinen Fall der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zugerechnet werden. Die Berechnung der Kosten muss nach zuvor festgelegten Kriterien und anhand gemeinhin akzeptierter Rechnungslegungsgrundsätze erfolgen, die der Kommission bei der Anmeldung nach Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag zur Kenntnis zu bringen sind.
17. Auf der **Einnahmenseite** sind zumindest sämtliche mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erwirtschafteten Erträge zu berücksichtigen. Verfügt das betreffende Unternehmen über ausschließliche oder besondere Rechte bei der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und werden damit Gewinne erwirtschaftet, die über der angemessenen Rendite liegen, oder wurden dem Unternehmen vom Staat andere Vergünstigungen gewährt, müssen diese unabhängig von ihrer Bewertung nach Maßgabe von Artikel 87 EG-Vertrag mit berücksichtigt und zu den Einnahmen hinzugerechnet werden. Die Mitgliedstaaten können auch beschließen, dass die Gewinne aus Tätigkeiten, für die kein Versorgungsauftrag erteilt wurde, ganz oder teilweise zur Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse herangezogen müssen.
18. Unter **angemessener Rendite** ist ein angemessener Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos, sofern überhaupt vorhanden, zu verstehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Staat ausschließliche oder besondere Rechte gewährt. In der Regel darf die Rendite die in dem betreffenden Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite nicht übersteigen. In Sektoren, in denen es an Unternehmen fehlt, die als Vergleichsmaßstab für das mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen dienen könnten, können Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten oder gegebenenfalls auch aus anderen Wirtschaftszweigen zu Vergleichszwecken herangezogen werden unter der Voraussetzung, dass die besonderen Charakteristika des jeweiligen Sektors berücksichtigt werden. Bei der Festlegung der angemessenen Rendite können die Mitglied-

staaten auch Kriterien zugrunde legen, von denen Anreize für die Qualität der zu erbringenden Dienstleistung und Produktivitätsgewinne ausgehen.

19. Wenn Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nur einen Teil der Tätigkeiten eines Unternehmens ausmachen, müssen die Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit der Erbringung der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und der Ausführung von anderweitigen Leistungen in den Büchern getrennt ausgewiesen werden. Außerdem ist anzugeben, nach welchen Parametern die Zuordnung der Einnahmen und Ausgaben erfolgt. Außerdem sind die Parameter für die Zuordnung der Einnahmen und Ausgaben anzugeben. Ist ein Unternehmen mit der Erbringung verschiedener DAWI betraut, sei es, weil die Vergabebehörde jeweils eine andere ist, sei es, weil die Dienstleistungen ihrer Art nach verschieden sind, muss sich anhand der unternehmensinternen Rechnungslegung für jede Dienstleistung gesondert nachweisen lassen, dass keine Überkompensierung vorliegt. Diese Grundsätze lassen die Vorschriften der Richtlinie 80/723/EG dort, wo sie Anwendung findet, unberührt.

### 3. ÜBERKOMPENSIERUNG

20. Der Staat muss in regelmäßigen Abständen kontrollieren oder kontrollieren lassen, ob eine Überkompensierung vorliegt. Da eine Überkompensierung für das Funktionieren einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht erforderlich ist, stellt sie eine mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbare staatliche Beihilfe dar, die an den Staat zurückgezahlt werden muss. In diesem Fall muss eine Aktualisierung der Berechnungsparameter vorgenommen werden.
21. Beläuft sich die Überkompensierung auf höchstens 10 % der jährlichen Ausgleichssumme, kann dieser Betrag auf das nächstfolgende Jahr angerechnet werden. Bestimmte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse können erhebliche jährliche Kostenschwankungen aufweisen, vor allem wenn spezifische Investitionen nötig sind. In diesem Fall kann für das Funktionieren der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in bestimmten Jahren ausnahmsweise eine Überkompensierung von über 10 % erforderlich sein. Die Umstände, die eine Überkompensierung von mehr als 10 % erfordern, sind der Kommission in der Anmeldung darzulegen. Allerdings muss in einem solchen Fall in regelmäßigen Abständen, die anhand der jeweiligen Situation in dem betroffenen Wirtschaftssektor festzulegen sind, aber vier Jahre nicht übersteigen sollten, Bilanz gezogen werden. Alle bei dieser Gelegenheit ermittelten zu viel gezahlten Beträge sind zurückzuzahlen.
22. Eine Überkompensierung kann zur Finanzierung einer anderen von demselben Unternehmen erbrachten Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verwendet werden, doch muss die Mittelübertragung in den Büchern des betreffenden Unternehmens ausgewiesen und im Einklang mit den Bestimmungen und Grundsätzen dieses Gemeinschaftsrahmens, vor allem in Bezug auf die Vorabmeldung, vorgenommen werden. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass derartige Mittelübertragungen einer ordentlichen Kontrolle unterzogen werden. Es gelten die Bestimmungen der Richtlinie 80/723/EWG.

<sup>(1)</sup> Siehe Urteil des Gerichtshofs vom 3. Juni 2003, *Chronopost SA*, verbundene Rechtssachen C-83/01 P und C-94/01 P, Slg. 2003, S. I-6993.

23. Eine überhöhte Ausgleichszahlung kann einem Unternehmen nicht mit der Begründung überlassen werden, dass es sich hierbei um eine Beihilfe handelt, die mit dem EG-Vertrag vereinbar ist (z.B. Umweltbeihilfe, Beschäftigungsbeihilfe, Beihilfe an kleine und mittlere Unternehmen usw.). Beabsichtigt der Mitgliedstaat die Gewährung einer solchen Beihilfe, muss das in Artikel 88 Absatz 3 EG-Vertrag vorgesehene Verfahren der Vorabmeldung (Notifizierung) eingehalten werden. Die Beihilfe darf erst nach Genehmigung durch die Kommission ausgezahlt werden. Fällt die Beihilfe unter eine Gruppenfreistellungsverordnung, sind die dort genannten Freistellungskriterien einzuhalten.

#### 4. AN KOMMISSIONSENTSCHEIDUNGEN GEKNÜPFTE BEDINGUNGEN UND AUFLAGEN

24. Gemäß Artikel 7 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags<sup>(1)</sup> kann die Kommission eine Positiventscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, die ihr ermöglichen, die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären bzw. die Befolgung ihrer Entscheidung zu überwachen. Im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse können solche Bedingungen und Auflagen nötig sein, um sicherzustellen, dass der den betreffenden Unternehmen gewährte Ausgleich nicht zu einer Überkompensierung führt. Je nach Lage der Dinge können daher im Einzelfall regelmäßige Berichte verlangt oder sonstige Auflagen gemacht werden.

#### 5. ANWENDUNG DES GEMEINSCHAFTSRAHMENS

25. Der vorliegende Gemeinschaftsrahmen gilt für einen Zeitraum von sechs Jahren ab dem Datum seiner Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union*. Die Kommission kann nach Absprache mit den Mitgliedstaaten den Gemeinschaftsrahmen aus wichtigen Gründen, die mit der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zusammenhängen, vor seinem Außerkrafttreten ändern. Vier Jahre nach dem

Datum der Veröffentlichung dieses Gemeinschaftsrahmens, nimmt die Kommission anhand von Fakten und den Ergebnissen umfangreicher Anhörungen, die sie auf der Grundlage vor allem der von den Mitgliedstaaten bereit gestellten Informationen durchführt, eine Folgenabschätzung vor. Die Erkenntnisse werden dem Europäischen Parlament, dem Ausschuss der Regionen, dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Mitgliedstaaten zur Kenntnis gebracht.

26. Die Kommission wendet die Bestimmungen des Gemeinschaftsrahmens auf alle ihr gemeldeten Beihilfevorhaben an, über die sie nach Veröffentlichung des Gemeinschaftsrahmens im *Amtsblatt* entschieden wird, selbst wenn die Notifizierung vor der Veröffentlichung erfolgte. Bei nicht notifizierten Beihilfen kommen folgende Bestimmungen zur Anwendung:

- a) die Bestimmungen des vorliegenden Gemeinschaftsrahmens, wenn die Beihilfe nach dessen Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* gewährt wurde,
- b) in allen anderen Fällen die zum Zeitpunkt der Gewährung der Beihilfe geltenden Bestimmungen.

#### 6. ZWECKDIENLICHE MASSNAHMEN

27. Die Kommission schlägt als zweckdienliche Maßnahme für die Zwecke von Artikel 88 Absatz 1 EG-Vertrag vor, dass die Mitgliedstaaten ihre jeweiligen Regelungen hinsichtlich des Ausgleichs für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit dem vorliegenden Gemeinschaftsrahmen innerhalb von achtzehn Monaten nach dessen Veröffentlichung im *Amtsblatt* in Einklang bringen. Die Mitgliedstaaten werden aufgefordert, binnen eines Monats nach der Veröffentlichung des Rahmens im *Amtsblatt* zu bestätigen, dass sie mit der vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahme einverstanden sind. Das Ausbleiben einer Antwort des betreffenden Mitgliedstaats wird von der Kommission als Ablehnung gewertet.

<sup>(1)</sup> ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1. Geändert durch die Beitrittsakte von 2003.