



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Brüssel, 7.12.2010
SEC(2010) 1545 endg.

Leitfaden

**zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen,
öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem
wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen**

Im Zusammenhang mit dem durch die Mitteilung der Kommission über Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI) vom April 2006¹ eingeleiteten Konsultationsprozess erhielt die Kommission eine Reihe von Fragen zur Anwendung des EU-Rechts in den Bereichen staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI). Dieses Papier enthält zum einen Antworten auf die Fragen zur Anwendung der Beihilfenvorschriften auf SDAI und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Es wird aber auch auf die Fragen zur Anwendung der Regeln für öffentliche Aufträge auf die SDAI eingegangen, damit deutlicher wird, welche Pflichten Behörden beachten müssen, wenn sie die Erbringung von Sozialdienstleistungen auf dem Markt nachfragen. Schließlich soll beantwortet werden, wie die Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit (nachstehend „Binnenmarktregeln“) sowie die Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie² auf SDAI anzuwenden sind.

Soweit möglich, wird in den Antworten auf die Rechtsprechung oder auf einschlägige Bestimmungen der anwendbaren Texte verwiesen, damit sich interessierte Leser eingehender informieren können. Dabei stellt dieses Dokument die erste Aktualisierung der 2007 veröffentlichten Arbeitspapiere dar. Es bezweckt in erster Linie die Berücksichtigung der neuen, der Kommission über den im Januar 2008 eingerichteten interaktiven Informationsdienst zugegangenen oder in Gesprächen der Kommissionsdienststellen mit Behörden und anderen Interessenten aufgeworfenen Fragen. In diesem Leitfaden sind aber auch die neuesten Entwicklungen der Rechtsprechung, etwaige Änderungen an Basisrechtsakten sowie die Arbeiten des Ausschusses für Sozialschutz eingeflossen³.

Bei diesem Leitfaden handelt es sich um ein Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen. Es dient der Klärung technischer Fragen mittels einer knappen, manchmal vereinfachenden Zusammenfassung der Rechtsvorschriften und der Rechtsprechung über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt sowie - im Beihilfenbereich - von Entscheidungen der Kommission über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und insbesondere SDAI. Der Leitfaden ist für die Europäische Kommission als Organ der Europäischen Union nicht bindend.

¹ Mitteilung der Kommission – Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union, KOM (2006) 177 endg., SEK (2006) 516.

² Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36).

³ Siehe den „Report of the Social Protection Committee on the application of Community rules to Social Services of General Interest“ vom November 2008, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=758&langId=de>

1.	Einleitung	14
2.	Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	17
2.1.	Was ist eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse?	17
2.2.	Was ist eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)? Müssen die Mitgliedstaaten diesen Begriff in ihre innerstaatliche Rechtsordnung übernehmen?	17
2.3.	Was ist eine Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse (SDAI)?	18
2.4.	Verfügen die Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI über einen Ermessensspielraum?	19
2.5.	Kann die Kommission eine Liste von Kriterien vorlegen, anhand derer Behörden bestimmen können, was unter der Begrifflichkeit "Allgemeininteresse" einer Dienstleistung zu verstehen ist?	19
2.6.	Wird das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI durch das Unionsrecht eingegrenzt?	19
2.7.	Gibt es Beispiele für offenkundige Beurteilungsfehler der Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI?	20
2.8.	Können bestimmte Finanzdienstleistungen als DAWI eingestuft werden?	21
2.9.	Kann die Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen in einem Unternehmen mit dem Ziel eines Ausbaus seiner Forschungs- und Entwicklungstätigkeit (z.B. in Bereichen wie Biopharma) als DAWI betrachtet werden?	21
3.	Fragen zur Anwendung des Beihilferechts auf DAWI und SDAI	22
3.1.	Anwendbarkeit der beihilferechtlichen Vorschriften auf DAWI	22
3.1.1.	Wann unterliegen die Ausgestaltung und Finanzierung von DAWI den beihilferechtlichen Vorschriften des AEUV?	22
3.1.2.	Wann ist eine Tätigkeit als "wirtschaftlich" im Sinne der Wettbewerbsregeln zu bezeichnen?	22
3.1.3.	Sind Angehörige eines freien Berufs „Unternehmen“ im Sinne des Wettbewerbsrechts?	23
3.1.4.	Wann gilt eine Tätigkeit als nichtwirtschaftlich im Sinne des Wettbewerbsrechts?	24
3.1.5.	Übt eine Behörde, die in ihrem Sachgebiet Bürger informiert und berät, eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts aus?	25
3.1.6.	Sind die beihilferechtlichen Bestimmungen des AEUV auch auf Dienstleistungsbetriebe ohne Erwerbszweck anwendbar?	25
3.1.7.	Unterliegen soziale Einrichtungen, die SDAI erbringen (z.B. Dienstleistungen für ältere oder behinderte Menschen), den Vorschriften über staatliche Beihilfen?	26

3.1.8.	Handelt es sich um eine staatliche Beihilfe, wenn eine Kommune Gutscheine zum Erwerb bestimmter DAWI an bestimmte Kategorien von Verbrauchern ausgibt?	26
3.1.9.	Handelt es sich bei Leistungen der Sozialfürsorge für bestimmte Begünstigte wie etwa einkommensschwache Familien (gemessen an ihren effektiven Ausgaben für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und anderen Kriterien, die die jeweilige persönliche Situation betreffen) um eine staatliche Beihilfe, wenn die Hilfe direkt an den Dienstleistungserbringer ausgezahlt wird?	27
3.1.10.	Bestimmte DAWI werden vorwiegend auf lokaler Ebene erbracht. Beeinträchtigen sie wirklich den Handel zwischen Mitgliedstaaten?	27
3.1.11.	Wird der Handel auch dann beeinträchtigt, wenn in einer Region eine bestimmte DAWI nur von einem einzigen Betreiber angeboten wird?	28
3.1.12.	Gibt es Beispiele für lokale DAWI, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten praktisch nicht beeinträchtigen dürften?	28
3.1.13.	Was passiert, wenn eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur ist und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt?	30
3.1.14.	Müssen die Mitgliedstaaten, wann immer die Wettbewerbsregeln anwendbar sind, Organisation und Funktionsweise ihrer DAWI ändern?	30
3.1.15.	Wie verhält es sich, wenn eine Behörde als Gegenleistung für die Erbringung einer als wirtschaftlich eingestuften Dienstleistung von allgemeinem Interesse einen finanziellen Ausgleich gewährt?	30
3.1.16.	Wie kann der Staat eine DAWI finanzieren?	30
3.1.17.	Verlangt das Beihilferecht vom Staat, dass dieser die DAWI auf eine ganz bestimmte Weise organisiert?	31
3.1.18.	Sind finanzielle Zuwendungen, die Gebietskörperschaften aufgrund der Übertragung von Zuständigkeiten im Rahmen der Dezentralisierung erlangten, als staatliche Beihilfen zu klassifizieren?	31
3.1.19.	Ist die Anwendung des Beihilferechts ausgeschlossen, wenn es um die Finanzierung einer gemeinwirtschaftliche Leistungen erbringenden „In-house-Einrichtung“ im Sinne des Vergaberechts geht?	31
3.2.	Altmark-Urteil und DAWI-Regelungsrahmen	32
3.2.1.	Wie äußert sich der Gerichtshof im Altmark-Urteil?	32
3.2.2.	Kann sich ein Mitgliedstaat im Zusammenhang mit der Anwendung des Kriteriums der Kosten eines durchschnittlichen Unternehmens auf einen Referenzwert stützen?	34
3.2.3.	Was sind die Folgen der Erfüllung/Nichterfüllung der Altmark-Kriterien?	35
3.2.4.	Was geschieht, wenn eine Ausgleichszahlung für eine DAWI eine staatliche Beihilfe darstellt?	35

3.2.5.	Welche Ziele werden mit der Entscheidung bzw. dem Gemeinschaftsrahmen verfolgt? Worin unterscheiden sich diese beiden Texte?	35
3.2.6.	In welchen Fällen ist die Entscheidung anwendbar?	36
3.2.7.	Teilweise erhalten Betriebe Ausgleichszahlungen, die Teil einer Unternehmensgruppe sind oder speziell zum Zweck der Erbringung einer DAWI gegründet wurden. Bezieht sich in diesem Fall die Höchstgrenze von 100 Mio. EUR Jahresumsatz auf den einzelnen, rechtlich selbstständigen Betrieb oder auf die gesamte Unternehmensgruppe?.....	36
3.2.8.	Müssen beide in Artikel 2 Buchstabe a festgesetzten Obergrenzen für Ausgleichszahlungen von jährlich 30 Mio. EUR und 100 Mio. EUR Jahresumsatz eingehalten werden? Was bedeutet das konkret?	37
3.2.9.	Welche Vereinbarkeitskriterien sehen die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen vor?.....	37
3.2.10.	Fallen Flughäfen mit Passagierzahlen über 1 Million in den Anwendungsbereich der Entscheidung, wenn die Ausgleichszahlungen 30 Millionen EUR nicht überschreiten, und der Jahresumsatz des den Flughafen leitenden Unternehmens unter 100 Millionen EUR liegt?	38
3.2.11.	Wie verhalten sich die Entscheidung und die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zueinander?.....	38
3.2.12.	Worin besteht der Unterschied zwischen dem Gemeinschaftsrahmen und den Sonderregelungen im Verkehrssektor?.....	39
3.2.13.	Worin besteht der Unterschied zwischen den Altmark-Kriterien und den in der Entscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen festgelegten Bedingungen?.....	39
3.2.14.	Seit wann sind die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen anwendbar? Gelten sie rückwirkend?	40
3.2.15.	Begründet der DAWI-Regelungsrahmen einen Anspruch der Dienstleister auf Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen?.....	40
3.3.	Notifizierung von Beihilfen, die die Schwellenwerte der Entscheidung überschreiten	41
3.3.1.	Ist es notwendig, Beihilfen bei der Kommission zu notifizieren, die die Schwellenwerte in Artikel 2 Buchstabe a der Entscheidung überschreiten?	41
3.3.2.	Muss die Kommission auch dann informiert werden , wenn eine in Form einer Ausgleichszahlung gewährte Beihilfe aufgrund der Entscheidung von der Notifizierungspflicht ausgenommen ist??	41
3.3.3.	Weigert sich ein Staat gegenüber der Region oder anderen kleineren Gebietskörperschaften, eine Ausgleichszahlung zu notifizieren, können die Gebietskörperschaften dann selbst aktiv werden? Kann die Kommission Maßnahmen gegen diesen Mitgliedstaat ergreifen?	41
3.4.	Der Begriff des „öffentlichen Auftrags“ im Sinne der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens	42

3.4.1.	Worin besteht der Zweck eines „öffentlichen Auftrags“ im Sinne der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens?	42
3.4.2.	Wie muss eine solche Betrauung aussehen, um den Anforderungen der Entscheidung zu genügen?	42
3.4.3.	Braucht es auch bei einer SDAI einen Betrauungsakt?	44
3.4.4.	Ist der Begriff der Betrauung im Sinne von Artikel 106 Absatz 2 AEUV bzw. des „öffentlichen Auftrags“ im Sinne der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens gleichbedeutend mit dem Begriff des „beauftragten Dienstleistungserbringers“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j)?.....	44
3.4.5.	Stellt der Beschluss einer regionalen Behörde, einer oder mehreren Berufsbildungseinrichtungen die Erbringung einer genau definierten, im Allgemeininteresse stehenden sozialen Dienstleistung auf dem Gebiet der Berufsbildung zu übertragen, eine Betrauung, bzw. einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne der Entscheidung und der Dienstleistungsrichtlinie dar? ...	45
3.4.6.	Wird eine DAWI von mehreren staatlichen Stellen gemeinsam finanziert, muss dann jede beteiligte Stelle einen eigenen Betrauungsakt erlassen oder kann sie bei der Bewilligung der Ausgleichszahlung auf den Betrauungsakt der „federführenden“ Stelle Bezug nehmen?.....	46
3.4.7.	Wenn eine staatliche Stelle einen oder mehrere Dienstleister mit mehreren DAWI betrauen möchte, muss sie dann für jede DAWI einen gesonderten Betrauungsakt erlassen?.....	46
3.4.8.	Sollten im Betrauungsakt eine zu erfüllende „Aufgabe“ oder „einzelne Tätigkeiten“ festgelegt werden?.....	46
3.4.9.	Wie entwirft man einen Betrauungsakt für spezifische Dienstleistungen wie SDAI, die einerseits Teil eines Gesamtkonzepts und andererseits auf die spezifischen Bedürfnisse einzelner Nutzer zugeschnitten sein müssen? Muss der Betrauungsakt jede zu erbringende Leistung spezifizieren?	47
3.4.10.	Werden auf dem freien Markt Dienstleistungen angeboten, die in etwa dieselben sind wie diejenigen, die Gegenstand einer Gemeinwohlverpflichtung sind, kann der Staat diese Verpflichtungen dann so definieren, dass sie sich von den auf dem freien Markt angebotenen Dienstleistungen unterscheiden?.....	48
3.4.11.	Wie entwirft man einen Betrauungsakt für Dienstleistungen, die während der Verrichtung an neue Gegebenheiten angepasst werden müssen, wie zum Beispiel schwankende Nutzerzahlen und nun zeitaufwändigere Prozesse und die deshalb angepasst werden müssen?.....	48
3.4.12.	Schränkt das Erfordernis eines Betrauungsaktes die Unternehmerfreiheit von DAWI-Anbietern ein, die in verschiedenen Mitgliedstaaten verfassungsrechtlich oder gesetzlich garantiert ist?	49
3.4.13.	Schränkt das Erfordernis eines Betrauungsaktes die Gestaltungsfreiheit der lokalen Zweigstellen eines auf nationaler Ebene rechtmäßig beauftragten DAWI-Erbringers bei der Festsetzung der Prioritäten ein?.....	50

3.5.	Ausgleichszahlung	50
3.5.1.	Die Entscheidung verlangt, dass die Kostenparameter im Betrauungsakt festgelegt werden. Inwiefern ist dies möglich, da doch die Dienstleistung noch gar nicht erbracht wurde?.....	50
3.5.2.	Selbst für erfahrene Unternehmen, die DAWI anbieten, sind die Kosten nicht immer vorhersehbar, so dass die Gefahr eines nachträglichen Defizits besteht: So können sich unvorhersehbare Änderungen bei der Pflegeintensität, dem Profil und der Zahl der Leistungsempfänger sowie der Höhe der Einnahmen ergeben (fehlende Beitragszahlungen, Schwankungen der Zahl der Leistungsempfänger, Ausbleiben von Beiträgen anderer Behörden). Was kann die öffentliche Hand in dieser Situation tun?	51
3.5.3.	Wie bestimmt man die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlung (Artikel 4 Buchstabe d der Entscheidung), wenn eine DAWI durch zwei oder mehr Behörden finanziert wird?	52
3.5.4.	Wie wird die Ausgleichszahlung berechnet, wenn die öffentliche Hand nur einen Teil der jährlichen Kosten eines mit einer DAWI betrauten Dienstleisters finanzieren möchte?	52
3.5.5.	Ist für bestimmte Kosten eine bestimmte Ausgleichszahlung vorzusehen?	52
3.5.6.	Wird eine DAWI teilweise vom Staat und teilweise von den Leistungsempfängern finanziert, darf der Staat dann sämtliche Kosten übernehmen, wenn die DAWI defizitär ist?	52
3.5.7.	Ist es möglich, für die Berechnung der Ausgleichszahlung sowohl staatliche Subventionen als auch sonstige staatliche Leistungen heranzuziehen, die einer Einrichtung bei der Erfüllung ihrer Gemeinwohlverpflichtungen zugute kommen?	53
3.5.8.	Wie wird die Höhe der Ausgleichszahlung berechnet für den Fall, dass der Erbringer einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bei mehreren der von ihm ausgeführten Gemeinwohlaufgaben besondere oder ausschließliche Rechte genießt?	53
3.5.9.	Kann die öffentliche Hand in dem Betrauungsakt vorsehen, dass sie für die in einem bestimmten Zeitraum angefallenen betrieblichen Verluste aufkommt, ohne zusätzliche Parameter für die Berechnung des Ausgleichs festzusetzen? .	53
3.5.10.	Wenn sich mehrere Gebietskörperschaften, darunter eine Kommune, und privatrechtliche Organisationen zu einer juristischen Person zusammenschließen, um gemeinsam eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu erbringen, wie schlägt sich dann die Tatsache, dass ein Teil der Mitglieder keine Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, bei der Berechnung des Ausgleichs nieder?.....	54
3.5.11.	Muss ein Unternehmen, das DAWI erbringt und gleichzeitig anderen gewerblichen Tätigkeiten nachgeht, eine getrennte Buchhaltung führen?	54
3.5.12.	Ist es erforderlich, eine getrennte Buchhaltung für ein Unternehmen zu führen, das DAWI erbringt und gleichzeitig auch nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgeht?	55

3.5.13.	Wie steht es mit den Ausgleichszahlungen, wenn ein Unternehmen die gleiche Infrastruktur benutzt, um sowohl DAWI zu erbringen als auch wirtschaftlichen Tätigkeiten nachzugehen, die keine DAWI sind?	55
3.5.14.	Sind Steuervorteile, die sich aus der Gemeinnützigkeit einer Organisation ergeben, als Einnahmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 der Entscheidung zu verbuchen?	55
3.5.15.	Sind Zahlungen, die im Rahmen eines Gewinnabführungs- und Verlustübernahmevertrags innerhalb einer Holding mit staatlicher Beteiligung geleistet wurden, Einnahmen im Sinne des Artikels 5 Absatz 3 der Entscheidung?	55
3.5.16.	Was bedeutet „angemessene Rendite“ bei der Berechnung der Ausgleichszahlung?	56
3.5.17.	Zum Zwecke der Berechnung einer angemessenen Rendite ist sowohl in der Entscheidung als auch im Gemeinschaftsrahmen von einem „angemessenen Kapitalertrag“ die Rede. Gibt es verschiedene Methoden der Berechnung einer angemessenen Rendite?	56
3.5.18.	Sollte bei der Definition der Parameter für die Ausgleichszahlung für ein bestimmtes Unternehmen ein Vergleich mit anderen Unternehmen vorgenommen werden? Sollte auch die Effizienz beurteilt werden? Wie kann der Wert von geistlichem oder spirituellem Beistand oder von sonstigem zusätzlichem Zeitaufwand bemessen werden?	57
3.5.19.	Verlangt die Entscheidung die Auswahl des günstigsten Unternehmens für die Erbringung der DAWI?	57
3.5.20.	Die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen erlauben Ausgleichszahlungen, untersagen aber eine Überkompensation. Was bedeutet der Begriff der „Überkompensation“?	58
3.6.	Vermeidung von Überkompensation durch Kontrolle	58
3.6.1.	Welche Folgen hätte die Einführung eines Mechanismus zur Verhinderung jeglicher Überkompensation für die Pflicht der Vergabebehörde eine etwaige Überkompensation zu verhindern?	58
3.6.2.	Wie muss eine solche Kontrolle vonstatten gehen, wenn eine DAWI von zwei oder mehr Behörden kofinanziert wird (z.B. Zentralstaat und/oder Region und/oder Bezirk und/oder Kommune)?	58
3.6.3.	Wie sind im Überschuss gezahlte Ausgleichsbeträge zu erstatten, wenn diese Überkompensation auf eine Kofinanzierung durch mehrere Verwaltungsebenen zurückzuführen ist?	59
3.7.	Unterkompensation	59
3.7.1.	Steht das Beihilferecht einer Unterkompensation des Erbringers von SDAI/DAWI entgegen, d.h. einer unter den tatsächlichen Kosten liegenden Ausgleichszahlung? Würde eine Unterkompensation nicht dem Konkurrenten des Dienstleistungserbringers, der eine solche mit der Unterkompensation	

	verbundene finanzielle Last nicht zu tragen hat, einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen?	59
3.7.2.	Kann ein Unternehmen, das für eine DAWI keinen hinreichenden Ausgleich erhält, eine Überkompensation anrechnen, die es möglicherweise im gleichen Zeitraum für eine andere DAWI erhalten hat?	59
3.7.3.	Kann ein mit einer DAWI betrautes Unternehmen, das keinen ausreichenden Ausgleich erhält, vor Ablauf des Haushaltsjahres einen Vorabausgleich erhalten, selbst wenn es nach Ablauf des Jahres die für die Erfüllung seines Auftrags erforderliche Kompensierung erhält?	60
3.7.4.	Kann ein Ausgleich zur Deckung der Kosten für die Wartung von Ausrüstungsgütern, die für den DAWI-Auftrag erforderlich sind, auch für die Betriebskosten der gleichen DAWI verwendet werden, wenn diese nicht anderwertig ausreichend ausgeglichen werden?	60
3.7.5.	Schreibt das Beihilferecht einen einheitlichen Ausgleichsbetrag für sämtliche Marktbeteiligten vor, wenn alle mit der gleichen DAWI betraut wurden?	60
3.8.	„De-Minimis“-Verordnung und Gruppenfreistellung.....	61
3.8.1.	Ein Dienstleistungsanbieter möchte einen Beratungsdienst für junge Arbeitslose einrichten und braucht einen Zuschuss von 150 000 EUR. Sind die Beihilfebestimmungen auf derartige Beihilfen von Behörden anwendbar?.....	61
3.8.2.	Kann eine Behörde ein Pilotprojekt finanzieren, um den Inhalt von DAWI-Aufträgen festzulegen?	61
3.8.3.	Bezieht sich die Obergrenze von 200 000 EUR im Falle einer DAWI-Finanzierung auf der Grundlage der De-Minimis-Verordnung auf die Dienstleistung oder das mit dieser betraute Unternehmen und sind andere Tätigkeiten zu berücksichtigen, für die das Unternehmen staatliche Mittel erhält?.....	61
3.8.4.	Kann die De-Minimis-Regel auf jede DAWI einzeln angewandt werden, wenn ein mit mehreren DAWI betrautes Unternehmen über jede einzelne Dienstleistung getrennt Buch führt?	61
3.8.5.	Ist der für die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen gewährte Ausgleich bei Anwendung der De-Minimis-Verordnung abzuziehen, wenn eine mit einer DAWI betraute Einrichtung auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten verfolgt? ..	62
3.8.6.	Die Mittel für die mit einer DAWI zusammenhängenden Investitionen können auf einen Zeitraum zwischen einem und mehreren Jahren aufgeteilt werden. Ist in einem solchen Fall die De-Minimis-Verordnung anwendbar?	62
3.8.7.	Fallen DAWI zur sozialen und beruflichen Eingliederung von Arbeitslosen oder zur beruflichen Bildung unter die Entscheidung vom 28. November 2005 oder unter die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 800/2008?.....	62
3.9.	DAWI-Regelungsrahmen und Bestimmungen über den ESF und den EFRE.....	63
3.9.1.	Stellt die Finanzierung von DAWI aus dem ESF oder dem EFRE eine staatliche Beihilfe dar? Sind dafür die Mitgliedstaaten oder die Kommission zuständig? ..	63

3.9.2.	Muss die finanzielle Förderung von DAWI aus dem ESF oder dem EFRE mit dem DAWI-Regelungsrahmen vereinbar sein? Sind dafür die Mitgliedstaaten oder die Kommission zuständig?	63
3.9.3.	Sind Beihilfenkontrolle und Kontrolle der ESF-Mittel miteinander vereinbar?	63
3.9.4.	Gemäß den ESF-Bestimmungen sind nur Aufwendungen und Einnahmen förderfähig, die eindeutig dem kofinanzierten Projekt zuzuordnen sind. Darin wäre ein angemessener Gewinn nicht enthalten. Kann im Falle einer Kofinanzierung einer SDAI aus dem ESF ein angemessener Gewinn einbezogen werden, wie in der Entscheidung vorgesehen?	63
3.9.5.	Welches Verhältnis besteht zwischen dem Kontrollverfahren für aus dem ESF kofinanzierte Projekte und der für DAWI vorgeschriebenen Kontrolle einer Überkompensation?	64
3.10.	Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und Bestimmungen über elektronische Kommunikation	64
3.10.1.	Kann der Ausgleich auch dann im Lichte der Beihilferegeln geprüft werden, wenn ein Mitgliedstaat einem Unternehmen einen Vorteil gewährt, das mit elektronischen Kommunikationsdienstleistungen betraut wurde, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterworfen sind, aber nicht unter die Richtlinie 2002/22/EG fallen?	64
4.	Fragen zur Anwendung des Vergaberechts auf SDAI	65
4.1.	Von der öffentlichen Hand selbst erbrachte SDAI	65
4.1.1.	Inwieweit kann die öffentliche Hand entscheiden, ob sie eine bestimmte soziale Dienstleistung von allgemeinem Interesse selbst erbringt? Anders gesagt: Über welchen Spielraum verfügt die öffentliche Hand bei ihrer Entscheidung, ob eine Dienstleistung von ihr selbst zu erbringen ist oder einem Dritten übertragen werden muss? Ist sie in ihrem Ermessen völlig frei?	65
4.1.2.	Die EU-Vorschriften über die Auswahl des Dienstleisters gelten in der Regel nicht, wenn die öffentliche Hand die Dienstleistung selbst oder über einen eigenen Dienstleister, d. h. in-house, erbringt. Wie weit darf die In-house-Vergabe gehen?	65
4.2.	Fremdvergabe der SDAI gegen Entgelt	66
4.2.1.	Welches Recht gilt, wenn die öffentliche Hand die Fremdvergabe einer SDAI gegen Entgelt beschließt?	66
4.2.2.	Was ist unter „grenzüberschreitendem Interesse“ zu verstehen?	68
4.2.3.	Welche Pflichten ergeben sich aus dem Transparenzgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot?	69
4.2.4.	Wie sollte die Leistungsbeschreibung für Dienstleistungsaufträge abgefasst sein, damit i) die unterschiedlichen Bedürfnisse der Nutzer umfassend berücksichtigt werden können und ii) die Dienstleistung den sich verändernden Gegebenheiten	

	in Bezug auf die Nutzungsintensität, die Anzahl der Nutzer usw. angepasst werden kann?	71
4.2.5.	Welche anderen Qualitätsanforderungen können bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für SDAI gestellt werden?	71
4.2.6.	Kann ein Vertrag während seiner Laufzeit angepasst werden?	72
4.2.7.	Wie kann verhindert werden, dass kleinere Dienstleister, die die Besonderheiten einer eindeutig räumlich begrenzten SDAI häufig am besten einschätzen können, durch das Vergabeverfahren zu stark belastet werden?	73
4.2.8.	Wie sind Vergabeverfahren, bei denen die Zahl der ausgewählten Dienstleister beschränkt ist, mit der Erhaltung einer ausreichenden Wahlfreiheit für die Nutzer einer SDAI zu vereinbaren?	73
4.2.9.	Ist es möglich, als Auswahlkriterium die Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten festzulegen, da hiervon häufig der Erfolg einer SDAI abhängt?	73
4.2.10.	Ist es möglich, die Ausschreibung auf Dienstleister ohne Gewinnerzielungsabsicht zu beschränken?	74
4.2.11.	Hat der öffentliche Auftraggeber in der Auswahlphase noch die Möglichkeit, mit den Dienstleistern zu verhandeln? Dies ist bei SDAI insofern wichtig, als der öffentliche Auftraggeber nicht immer in der Lage ist, den Bedarf zu Beginn des Verfahrens eindeutig zu bestimmen. Hierzu ist mitunter ein Gespräch mit den potenziellen Dienstleistern erforderlich.	75
4.2.12.	Inwieweit finden die Vergabevorschriften auf die interkommunale Zusammenarbeit Anwendung? Diese Zusammenarbeit kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Beispiele: Eine Gemeinde bezieht von einer anderen Gemeinde eine Dienstleistung gegen Entgelt, zwei Gemeinden schreiben gemeinsam einen Auftrag aus oder gründen ein Unternehmen für Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse.	76
4.2.13.	Inwieweit finden die Vergabevorschriften auf öffentlich-private Partnerschaften Anwendung?	77
4.2.14.	Inwieweit ist es möglich, im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für eine soziale Dienstleistung von allgemeinem Interesse die Einhaltung bestimmter die Unternehmensverfassung betreffender Vorschriften zu verlangen (beispielsweise, dass das Unternehmen zu gleichen Teilen von Vertretern der Arbeitgeber und Arbeitnehmer kontrolliert wird oder dass die Nutzer in der Unternehmensleitung vertreten sind)?	78
4.2.15.	Wie lassen sich die Vergabevorschriften und das Anliegen der öffentlichen Hand, innovative Lösungen für die komplexen Bedürfnisse der SDAI-Nutzer zu fördern, miteinander vereinbaren?	79
4.2.16.	Welchen Bekanntmachungspflichten unterliegen SDAI-Konzessionen? Ist eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EU möglich?	80
4.2.17.	Ist es möglich, SDAI anders als in Form öffentlicher Aufträge und Konzessionen zu vergeben und dabei gleichzeitig eine große Auswahl von	

	Anbietern und die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots sicherzustellen?	81
5.	GLEICHZEITIGE ANWENDUNG DER BEIHILFEVORSCHRIFTEN UND DER VERGABEVORSCHRIFTEN FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE UND DIENSTLEISTUNGSKONZESSIONEN AUF DAWI	81
5.1.	Schreibt das Unionsrecht für DAWI eine besondere Form der Erbringung vor?	81
5.2.	Muss ein öffentlicher Auftraggeber, wenn er den Anbieter einer DAWI im Einklang mit den Beihilfevorschriften vergütet, auch die EU-Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge bzw. Dienstleistungskonzessionen anwenden?	82
5.3.	Kann einem DAWI-Konzessionsnehmer eine staatliche Beihilfe als Ausgleich für die Kosten gewährt werden, die ihm durch die Erfüllung der ihm übertragenen Gemeinwohlverpflichtung konkret entstanden sind?	83
5.4.	Erstreckt sich der Ausschluss von der Anwendung der Vergabevorschriften bei der In-house-Vergabe auch auf die Anwendung der Beihilfevorschriften?	83
5.5.	Anhand welcher objektiven Kriterien lässt sich feststellen, dass das Nutzungsrisiko durch die Ausgleichszahlung neutralisiert wird?	84
6.	ALLGEMEINE FRAGEN ZUR ANWENDBARKEIT DER BINNENMARKTREGELN DES AEUV AUF DAWI UND SDAI (NIEDERLASSUNGS- UND DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT)	84
6.1.	Wann finden die Binnenmarktregeln des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) auf SDAI Anwendung?	84
6.2.	Wann ist eine Tätigkeit als „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Binnenmarktregeln des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) und der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?	85
6.3.	Wann ist eine Tätigkeit als „nichtwirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Binnenmarktregeln des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) und der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?	86
6.4.	Gelten die Binnenmarktregeln für Sozialdienstleistungen, auch wenn diese nicht unter die Dienstleistungsrichtlinie fallen?	86
6.5.	Können sozialpolitische Ziele gesetzliche Vorgaben für Sozialdienstleistungen rechtfertigen?	87
6.6.	Können die Mitgliedstaaten bestimmte Sozialdienstleistungen Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht vorbehalten?	88
7.	FRAGEN ZUR ANWENDBARKEIT DER DIENSTLEISTUNGSRICHTLINIE AUF DAWI UND INSBESONDERE AUF SDAI	88
7.1.	Welche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse fallen unter die Dienstleistungsrichtlinie?	88
7.2.	Welche Sozialdienstleistungen sind von der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen und welche nicht?	89

7.3.	Können die Mitgliedstaaten, wenn sie die Dienstleistungsrichtlinie in innerstaatliches Recht umsetzen, Genehmigungsregelungen für Sozialdienstleistungen beibehalten?	90
7.4.	Fällt eine Genehmigungsregelung unter die Dienstleistungsrichtlinie, wenn diese Regelung sowohl für Dienstleistungen gilt, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind, als auch für solche, die von der Richtlinie erfasst sind? Wenn ja, müssen gesonderte Genehmigungsregelungen für die jeweiligen Dienstleistungen eingeführt werden?.....	90
7.5.	Findet Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie auf Sozialdienstleistungen in Form der Kinderbetreuung in Krippen und Horten Anwendung, die durch vom Staat oder von den Gebietskörperschaften beauftragten Dienstleistern oder jede andere hiermit beauftragte Einrichtung erbracht werden? ..	91
7.6.	Was ist unter dem Begriff „Staat“ im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen, dem zufolge die betreffenden Sozialdienstleistungen „vom Staat“ oder „durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer“ zu erbringen sind?	91
7.7.	Was ist unter einem „vom Staat beauftragten Dienstleistungserbringer“ im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?.....	92
7.8.	Ist der Begriff des „beauftragten Dienstleistungserbringers“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j) gleichbedeutend mit dem Begriff der Betrauung im Sinne von Artikel 106 Absatz 2 AEUV bzw. des „öffentlichen Auftrags“ im Sinne der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens?	92
7.9.	Stellt der Beschluss einer regionalen Behörde, die Erbringung einer genau definierten, im Allgemeininteresse stehenden sozialen Dienstleistung auf dem Gebiet der Berufsbildung einem oder mehreren Berufsbildungseinrichtungen in Form einer Dienstleistungskonzession mit entsprechender Ausgleichszahlung zu übertragen, einen „Auftrag“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie dar?.....	92
7.10.	Was ist unter „vom Staat als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen“ im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?.....	93

1. EINLEITUNG

Im Zusammenhang mit der **Anwendung beihilfenrechtlicher Bestimmungen auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse** ist eine Reihe von Fragen aufgeworfen worden. Diese Fragen betreffen in erster Linie die genauen Bedingungen, unter denen eine Ausgleichszahlung für die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung eine staatliche Beihilfe darstellt. Des Weiteren betreffen sie die Bedingungen, unter denen staatliche Beihilfen als mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vereinbar erachtet werden können, die Anwendung dieser Bedingungen in der Praxis, sowie die Klarstellung wann Entscheidungen über die Gewährung einer Beihilfe bei der Kommission angemeldet werden müssen.

Der Gerichtshof der Europäischen Union („Gerichtshof“) stellt in seinem Urteil in der Rechtssache Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH⁴ fest, dass Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 EG-Vertrag darstellen, sofern vier kumulative Voraussetzungen erfüllt sind⁵.

Sofern jene vier Kriterien erfüllt werden, sind Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen keine staatlichen Beihilfen, und die Artikel 107 und 108 AEUV kommen nicht zur Anwendung. Wenn die Mitgliedstaaten jene Kriterien nicht respektieren, und wenn die allgemeinen Kriterien für die Anwendbarkeit von Artikel 107 Absatz 1 AEUV erfüllt sind, gelten Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen als staatliche Beihilfen.

Artikel 106 AEUV und Artikel 93 AEUV für den Bereich des Landverkehrs ermächtigen die Kommission in den dort genannten Fällen, Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als mit dem Binnenmarkt für vereinbar zu erklären. Die Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 (2) EG (jetzt Art. 106 Abs. 2 AEUV) auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden⁶ (nachfolgend "die Entscheidung"), und für den Landverkehr die Verordnung des Rates 1370/2007/EG des Parlaments und des Rates⁷ (nachfolgend „Verordnung 1370“) legen die Bedingungen fest, unter denen bestimmte Kompensationsregelungen mit den Artikeln 106 Absatz 2 bzw. 93 vereinbar und somit von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV ausgenommen sind. Davon nicht erfasste Ausgleichszahlungen für öffentliche

⁴ Urteil vom 24. Juli 2003, in der Rechtssache Altmark, C-280/00, Slg. 2003, S. I-7747.

⁵ Für weitere Einzelheiten siehe die Antwort in Absatz 3.1.

⁶ 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, Amtsblatt Nr. L 312 vom 29.11.2005, S.67.

⁷ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007).

Dienstleistungen müssen bei der Kommission angemeldet werden, die dann deren Rechtmäßigkeit unter Heranziehung des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden⁸ (nachfolgend der „Gemeinschaftsrahmen“), bzw. für Landtransporte der Verordnung 1370, überprüft.

Das Altmark Urteil, die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen trugen wesentlich zur Klärung und Vereinfachung der anwendbaren Vorschriften bei. Nichtsdestotrotz haben Behörden und Interessenvertretungen zahlreiche Fragen bezüglich der konkreten Rechtsanwendung gestellt.

Die folgenden Fragen und Antworten beziehen sich hauptsächlich auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sowie auf den Verkehrssektor, sind aber generell auch auf andere DAWI übertragbar.

Weitere Fragen betreffen die **Anwendung der europäischen Regeln für öffentliche Aufträge auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI)**.

Dabei geht es insbesondere um die Voraussetzungen, unter denen diese Regeln auf die SDAI Anwendung finden, die Tragweite der betreffenden Regeln sowie die Berücksichtigung der Besonderheiten der SDAI in diesem Regelwerk.

Zum ersten Punkt ist anzumerken, dass die europäischen Regeln über öffentliche Aufträge die Behörden nicht verpflichten, Aufträge für SDAI zu vergeben. Es steht ihnen frei, diese Dienstleistungen selbst unmittelbar oder über eine andere öffentliche Stelle („In-house-Vergabe“) zu erbringen oder hierfür mit anderen Behörden, unter den von der Rechtsprechung dargelegten Voraussetzungen, zusammen zu arbeiten.

Die Vergabevorschriften greifen nur dann, wenn die öffentliche Hand beschließt, einen Dritten gegen Entgelt mit einer Dienstleistung zu betrauen.

Wenn eine Behörde beschließt, einen Dienstleistungsauftrag auszuschreiben, fällt dieser nur dann unter die Richtlinie 2004/18/EG, wenn die dort vorgesehenen Schwellenwerte erreicht werden⁹. Allerdings unterliegen Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen nicht sämtlichen Vorschriften der Richtlinie 2004/18/EG¹⁰, sondern nur einer sehr beschränkten Anzahl von Bestimmungen dieser Richtlinie¹¹ sowie den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts; hier gilt insbesondere der Grundsatz, dass alle Wirtschaftsbeteiligten gleich zu behandeln sind.

⁸ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. C 297 vom 29.11.2005, S. 4.

⁹ Artikel 7 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁰ Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen sind in Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG aufgeführt. Die Richtlinie ist auf die Vergabe von Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen nur eingeschränkt anwendbar (zur Unterscheidung zwischen den Dienstleistungen im Anhang II Teile A und B vgl. die Artikel 20 und 21 der Richtlinie 2004/18/EG). Anhang II B verweist ebenfalls ausdrücklich auf Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen. Näheres zu den dort angegebenen Referenznummern ist der Website der GD Markt zu entnehmen.

¹¹ Insbesondere müssen die technischen Spezifikationen zu Beginn des Vergabeverfahrens festgelegt und die Ergebnisse der Ausschreibung bekanntgemacht werden, wie es sich aus Art. 23 der Richtlinie 2004/18/EG und aus Art. 23 in Verbindung mit Artikel 35 Absatz 4 der Richtlinie 2004/18/EG ergibt.

Die unterhalb der Schwellenwerte der Richtlinien über öffentliche Aufträge liegenden Dienstleistungsaufträge¹² und Dienstleistungskonzessionen fallen nicht unter diese Richtlinien, sondern lediglich unter die allgemeinen Rechtsgrundsätze des AEUV (wie Nichtdiskriminierung, Transparenz usw.), sofern ein grenzüberschreitendes Element vorliegt. Liegt selbiges nicht vor, werden die Aufträge auch nicht vom AEUV erfasst.

Die nachstehenden Fragen und Antworten sollen Klarheit darüber schaffen, unter welchen Voraussetzungen und Modalitäten die Vorschriften über öffentliche Aufträge auf SDAI anwendbar sind, beispielsweise in Fällen einer In-house-Vergabe, einer Kooperation öffentlicher Einrichtungen, bei öffentlich-privater Partnerschaften oder im Rahmen von Dienstleistungskonzessionen. Außerdem wird untersucht, inwieweit die Grundsätze des AEUV gelten.

Ferner werden die vielfältigen Möglichkeiten der Behörden erläutert, bei der Auftragsvergabe den Besonderheiten der SDAI und insbesondere den Qualitätsanforderungen angesichts der komplexen Bedürfnisse der Nutzer Rechnung zu tragen. Wir hoffen, dass diese Erläuterungen Antworten auf die von den verschiedenen Beteiligten aufgeworfenen Fragen geben und die Behörden darin bestärken, sich aktiv um qualitativ hochwertige Sozialdienstleistungen für die Bürger zu bemühen.

Dem gleichen Konzept folgt die Beantwortung der Fragen zur Anwendung der Binnenmarktregeln auf die DAWI und auf die SDAI im Besonderen. Dabei spielen vor allem die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 und 56 AEUV), als auch die der Dienstleistungsrichtlinie eine zentrale Rolle.

Die SDAI fallen unter die Binnenmarktvorschriften des AEUV, wenn es sich bei ihnen um eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs handelt. Einige von ihnen können auch in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie fallen.

Die Antworten im nachfolgenden Abschnitt sollen insbesondere klarstellen, welche rechtlichen Rahmenvorgaben die Mitgliedstaaten für diese Dienstleistungen machen oder aufrechterhalten können, um ihre Zugänglichkeit und Qualität zu gewährleisten und damit den Besonderheiten der DAWI und insbesondere der SDAI bei der Anwendung dieser Regeln gerecht zu werden. Sozialpolitische Ziele können insbesondere Maßnahmen zur Regulierung des Sozialdienstleistungssektors rechtfertigen. Außerdem wird näher erläutert, dass es in der Dienstleistungsrichtlinie eine ganze Reihe von Bestimmungen gibt, mit denen die Besonderheiten der Sozialdienstleistungen, die nicht vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden konnten, anerkannt und berücksichtigt werden.

¹² Ungeachtet der Art der Dienstleistungen.

2. BEGRIFF DER DIENSTLEISTUNG VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEM INTERESSE

2.1. Was ist eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse?

Das Protokoll Nr. 26 des AEUV ist Diensten von allgemeinem Interesse gewidmet, ohne jedoch diesen Begriff zu definieren. Generell werden unter Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Praxis wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Dienstleistungen verstanden, denen die Mitgliedstaaten ein allgemeines Interesse beimessen und die von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. Dieser Begriff umfasst sowohl Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI), die unter den AEUV fallen, als auch nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die nicht unter den AEUV fallen.

2.2. Was ist eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)? Müssen die Mitgliedstaaten diesen Begriff in ihre innerstaatliche Rechtsordnung übernehmen?

Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird im AEUV in Art. 14 und Art. 106 Abs. 2 sowie im Protokoll Nr. 26 erwähnt, jedoch weder dort noch im abgeleiteten Unionsrecht definiert. In der Praxis bezieht sich dieser Begriff in der Regel auf wirtschaftliche Dienstleistungen, die die nationalen, regionalen oder kommunalen Behörden der Mitgliedstaaten – je nach Zuständigkeit gemäß innerstaatlichen Rechtsnormen – mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbinden, durch Betrauung bestimmter Einrichtungen mit diesen Dienstleistungen (zum Begriff der Betrauung siehe Antworten 3.4.1 und 3.4.13), um ein allgemeines Interesse durchzusetzen und zu gewährleisten, dass diese Dienstleistungen zu Konditionen erbracht werden, die nicht unbedingt den Marktbedingungen entsprechen.

Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs handelt es sich bei den DAWI um Dienstleistungen, an denen ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet¹³.

Dieser Begriff wird in der Realität in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgefüllt und verwendet, und das Europarecht begründet keinerlei Verpflichtung, einen Auftrag oder eine Leistung förmlich als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einzuordnen. Wenn der Gegenstand einer DAWI – d.h. Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen – eindeutig feststeht, ist es nicht erforderlich, die betreffende Dienstleistung als DAWI zu kategorisieren. Das gleiche gilt für Sozialdienstleistungen, die wirtschaftlicher Natur sind.

¹³ EuGH, Urteile vom 10. Dezember 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, Rs. C-179/90, Slg. 1991, S. I-5889, Rdnr. 27, vom 17. Juli 1997, *GT-Link A/S*, Rs. C-242/95, Rdnr. 53, und vom 18. Juni 1998, Rs. C-266/96, *Corsica Ferries France SA*, Slg. 1998, S. I-XXX, Rdnr. 45.

2.3. Was ist eine Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse (SDAI)?

Der Begriff der SDAI wird weder im AEUV noch im Sekundärrecht definiert. In der Mitteilung der Kommission über die „Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon - Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union“¹⁴ wurden neben den Gesundheitsdienstleistungen im eigentlichen Sinne zwei große Kategorien von SDAI herausgearbeitet:

- die gesetzlichen Regelungen und ergänzenden Systeme der sozialen Sicherung (betriebliche Systeme oder solche auf Gegenseitigkeit) zur Absicherung elementarer Lebensrisiken in Bezug auf Gesundheit, Alter, Arbeitsunfälle, Arbeitslosigkeit, Ruhestand, Behinderungen;
- persönliche Dienstleistungen. Diese Dienstleistungen spielen eine wichtige Rolle bei Prävention einerseits und Sicherstellung des sozialen Zusammenhalts andererseits, und sie leisten individuelle Hilfe für Einzelpersonen zur Erleichterung ihrer Integration in die Gesellschaft und der Wahrnehmung ihrer Grundrechte. Dazu gehört in erster Linie, Menschen dabei zu helfen, entscheidende Momente im Leben und selbst Krisen (Überschuldung, Arbeitslosigkeit, Drogenabhängigkeit, Auseinanderfallen der Familie) zu bewältigen. Zum Zweiten geht es um Maßnahmen, die Menschen in der persönlichen Entwicklung helfen und damit ihre soziale Eingliederung erleichtern (Rehabilitierung, Sprachkurse für Zuwanderer), und insbesondere Maßnahmen auf dem Arbeitsmarkt (Berufsbildung, berufliche Wiedereingliederung). Diese Dienstleistungen ergänzen und unterstützen die Rolle der Familie in der Fürsorge für die jüngsten und die ältesten Mitbürger. Das dritte Element bilden die Maßnahmen, die die Eingliederung von Personen mit langfristigen Bedürfnissen aufgrund einer Behinderung oder eines Gesundheitsproblems gewährleisten sollen. Als Viertes kommen Sozialwohnungen dazu, die Wohnraum für benachteiligte Personen oder soziale Gruppen bieten. Einzelne Dienstleistungen können selbstverständlich einzelne oder alle vier genannten Elemente enthalten.

Darüber hinaus hat die Mitteilung über „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“¹⁵ die Ziele und Organisationsprinzipien hervorgehoben, die für die SDAI charakteristisch sind.

Wie in beiden Mitteilungen dargelegt, können Sozialdienstleistungen je nach Art der betreffenden Tätigkeit wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Natur sein. Die Einordnung einer Tätigkeit als „sozial“ reicht für sich genommen nicht aus, um eine Einstufung der betreffenden Tätigkeit als „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs auszuschließen¹⁶. Wirtschaftliche SDAI zählen zu den DAWI (siehe Antwort auf die Frage 2.2)

¹⁴ KOM(2006) 177 endg. vom 26. April 2006.

¹⁵ KOM(2007) 725 endg. vom 20. November 2007.

¹⁶ EuGH, Verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98, Pavlov, Rdnr. 118 sowie Urteile vom 22. Januar 2002 in der Rs. C-218/00, INAIL, Slg. 2002, I-691, Rdnr. 37, sowie vom 22. Mai 2003 in der Rs. C-355/00, Freskot, Slg. 2000, I-5263.

2.4. Verfügen die Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI über einen Ermessensspielraum?

Die nationalen, regionalen oder kommunalen Behörden der Mitgliedstaaten – je nach Zuständigkeit gemäß den innerstaatlichen Rechtsordnungen – verfügen bei der Festlegung dessen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansehen, über einen weiten Ermessensspielraum¹⁷ (zur Definition der DAWI siehe Antwort auf die Frage 2.2). Dieses wird lediglich durch das Unionsrecht (siehe Antwort auf Frage 2.6) und offenkundige Beurteilungsfehler eingegrenzt (siehe Antwort auf Frage 2.7).

2.5. Kann die Kommission eine Liste von Kriterien vorlegen, anhand derer Behörden bestimmen können, was unter der Begrifflichkeit "Allgemeininteresse" einer Dienstleistung zu verstehen ist?

Umfang und Aufbau der DAWI unterscheiden sich erheblich von einem Mitgliedstaat zum anderen, da das Ausmaß staatlicher Tätigkeit historisch und kulturell bedingt unterschiedlich ausgeprägt ist. Die DAWI sind folglich ausgesprochen vielfältig, und bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer kann es infolge der jeweiligen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten ebenfalls Unterschiede geben. Dies bedeutet, dass in erster Linie der Staat auf nationaler, regionaler oder kommunaler Ebene über Wesen und Umfang einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse zu entscheiden hat.

Die EU wird im Rahmen der ihr vom AEUV zugewiesenen Befugnisse in dem Maße tätig, wie dies notwendig ist. Dies gebieten das Subsidiaritätsprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie respektiert die Situationsvielfalt in den Mitgliedstaaten und die jeweilige Rolle der Zentralregierungen, Regionen und Kommunen, die für das Wohlergehen ihrer Bürger sorgen, den sozialen Zusammenhalt fördern und zugleich demokratische Entscheidungen über beispielsweise die Qualität der Dienstleistungen garantieren müssen.

Deswegen ist es nicht die Aufgabe der Kommission, Kriterien zur Begrifflichkeit "Allgemeininteresse" in Bezug auf einzelne Dienstleistungen vorzugeben. Die Behörden der Mitgliedstaaten bestimmen, inwieweit eine Dienstleistung im allgemeinen Interesse ist.

2.6. Wird das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI durch das Unionsrecht eingegrenzt?

In den Wirtschaftszweigen, die unionsweit harmonisiert¹⁸ oder in denen die Ziele von allgemeinem Interesse berücksichtigt wurden¹⁹, können die Mitgliedstaaten ihr Ermessen nicht entgegen diesen Harmonisierungsvorschriften ausüben.

¹⁷ Urteile des EuGH vom 15. Juni 2005, Fred Olsen, Rs. T-17/02, Slg. 2005, II-2031, Rdnr. 216, vom 12. Februar 2008, BUPA u.a./Kommission, Rs. T-289/03, Slg. 2008, II-81, Rdnrn. 166-169, und vom 22. Oktober 2008, TV2, Rs. T-309/04, Slg. 2008, II-2935, Rdnrn. 113 ff.

¹⁸ Beispielsweise wurden das Telekommunikations-, das Post- und das Energiewesen unionsweit harmonisiert. Siehe Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 51 geändert durch Richtlinie 2009/136/EG, ABl. L 337 vom 18.12.2009, S. 11), Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des

In der EU harmonisierte Wirtschaftszweige:

- Wenn sich die Harmonisierungsvorschriften der Union lediglich auf bestimmte, spezifische Dienstleistungen erstrecken, verfügen die Mitgliedstaaten bei der Einstufung zusätzlicher Dienstleistungen als DAWI über ein weites Ermessen. Im Sektor der elektronischen Kommunikation beispielsweise sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die in der Richtlinie vorgesehenen Universaldienstverpflichtungen einzuführen, können aber bei der Einstufung von elektronischen Kommunikationsdienstleistungen als DAWI über die Anforderungen der betreffenden Richtlinie hinausgehen.

2.7. Gibt es Beispiele für offenkundige Beurteilungsfehler der Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI?

Das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI kann von der Kommission und den Unionsgerichten auf offenkundige Beurteilungsfehler geprüft werden²⁰.

Die Kommission greift lediglich ein, um Beurteilungsfehlern vorzubeugen, die gegen die Regeln des AEUV verstoßen könnten.

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs und der Beschlusspraxis der Kommission lassen sich einige Beispiele für offenkundige Beurteilungsfehler anführen.

Beispiele:

- An Hafendienstleistungen, d.h. der Be-, Ent- und Umladung, der Lagerung sowie allgemein dem Umschlag von Waren oder anderen Gütern im Hafen, besteht nicht unbedingt ein allgemeines wirtschaftliches Interesse, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet²¹.
- Andere Beispiele sind Werbung, elektronischer Handel, die Verwendung von Mehrwert-Telefonnummern für Gewinnspiele, das Sponsoring oder das Merchandising. Ihre Einbeziehung in den öffentlich-rechtlichen Auftrag von

Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. L 15 vom 21.1.1998, S. 14 (geändert durch die Richtlinien 2002/39/EG, ABl. L 176 vom 5.7.2002, S. 21, und 2008/06/EG, ABl. L 52 vom 27.2.2008, S. 3), sowie Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 55.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 18.5.2000, Rs. C-206/98, Kommission / Belgien, Slg. 2000, I-I3509, Rdnr. 45.

²⁰ EuGeI, Urteile vom 15. Juni 2005, Fred Olsen, Rs. T-17/02, Slg. II-2031, Rdnr. 216, vom 12. Februar 2008, Rs. T-289/03, Rdnrn. 165 ff. Außerdem können die Mitgliedstaaten ihr Ermessen nicht entgegen den einschlägigen Harmonisierungsvorschriften ausüben – siehe Antwort auf die Frage 2.6.

²¹ EuGH, Urteile vom 10. Dezember 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, Rs. C-179/90, Slg. 1991, S. I-5889, Rdnr. 27, vom 17. Juli 1997, *GT-Link A/S*, Rs. C-242/95, Rdnr. 53, und vom 27. November 2003, Rs. C-34/01, *Enirisorse*, Slg. 2003, I-14243, Rdnrn. 33f.

²² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. C 257 vom 27.10.2009, S. 1.

Rundfunkanstalten stellt einen offenkundigen Beurteilungsfehler dar²².

•

2.8. Können bestimmte Finanzdienstleistungen als DAWI eingestuft werden?

Tatsächlich können bestimmte Finanzdienstleistungen wie der Universalbankdienst als DAWI eingestuft werden. Die Kommission hat bereits mehrfach entsprechende Entscheidungen der Mitgliedstaaten anerkannt²³.

2.9. Kann die Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen in einem Unternehmen mit dem Ziel eines Ausbaus seiner Forschungs- und Entwicklungstätigkeit (z.B. in Bereichen wie Biopharma) als DAWI betrachtet werden?

Es erscheint nicht möglich, die Schaffung oder Sicherung von Arbeitsplätzen in einem bestimmten Unternehmen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu betrachten. DAWI sind im Interesse des Gemeinwohls erbrachte Dienstleistungen, was auf diesen Fall nicht zutrifft, so dass sich die betreffende Maßnahme nicht auf der Grundlage von Artikel 106 Absatz 2 EG-Vertrag rechtfertigen lässt.

Der Staat kann es dennoch für wünschenswert ansehen, eine solche Tätigkeit zu finanzieren. Dann würde er aber staatliche Beihilfen zugunsten des betreffenden Unternehmens, in diesem Beispiel aus dem Biopharmazie-Sektor, gewähren. Eine solche Maßnahme mag durchaus mit dem Unionsrecht vereinbar sein, beispielsweise auf der Grundlage des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation²⁴ oder der allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung für Beschäftigungs-, Ausbildungs- und KMU-Beihilfen²⁵, je nachdem welches Ziel der staatliche Eingriff verfolgt (Unterstützung von Forschung, Beschäftigung, Ausbildung oder KMU usw.).

Diese Rechtsakte enthalten die jeweils anzuwendenden Bestimmungen über die vorherige Anmeldung, die beihilfefähigen Kosten, die Förderwürdigkeit usw. und sollen gewährleisten, dass die betreffende Maßnahme gemäß Artikel 107 Absatz 3 AEU-Vertrag mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

²³ Entscheidungen der Kommission zu staatlichen Beihilfen in den Sachen N 514/2001 – VK – Modernisierung des britischen Leistungsauszahlungssystems und Gewährleistung eines Zugangs zu Universalbankdienstleistungen über Postämter, ABl. C/186/2003, S. 17, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n514-01.pdf, N 244/2003 – VK – Credit Union – Zugang zu Basisdienstleistungen, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n244-03.pdf, C 49/2006 – Italien – Poste Italiane – Vertrieb von Postspar-Finanzprodukten, ABl. L/189/2009, S. 3, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:189:0003:0037:FR:PDF>, N 642/2005 – Schweden – Posten AB, ABl. C/291/2007, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/doc/N-642-2005-WLWL-en-22.11.2006.pdf, N 650/2001 – Irland – An Post, ABl. C/43/2007, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n650-01.pdf.

²⁴ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation (ABl. C 323 vom 30.12.2006, S. 1).

²⁵ Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (Art. 107 und 108 AEUV), (ABl. L 214 vom 09.08.2008, S. 3.).

3. FRAGEN ZUR ANWENDUNG DES BEIHILFERECHTS AUF DAWI UND SDAI

3.1. Anwendbarkeit der beihilferechtlichen Vorschriften auf DAWI

3.1.1. Wann unterliegen die Ausgestaltung und Finanzierung von DAWI den beihilferechtlichen Vorschriften des AEUV?

Die Wettbewerbsregeln gelten ausschließlich für "Unternehmen". Dieser Begriff umfasst jede Einheit die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, ungeachtet seiner Rechtsform und der Art und Weise, wie sie finanziert wird²⁶.

3.1.2. Wann ist eine Tätigkeit als "wirtschaftlich" im Sinne der Wettbewerbsregeln zu bezeichnen?

Jede Tätigkeit, die darin besteht, auf einem bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen anzubieten, ist eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln²⁷. Dass die betreffende Tätigkeit als „sozial“ eingestuft werden kann oder von einem Akteur ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird (siehe hierzu die Antwort auf Frage 3.1.6), genügt als solches nicht, um ihre Qualifizierung als wirtschaftliche Tätigkeit auszuschließen²⁸.

Beispiele für Tätigkeiten, die in jüngeren Entscheidungen der Kommission und des Gerichtshofs als "wirtschaftlich" eingestuft wurden:

- die Arbeitsvermittlungstätigkeiten von öffentlich-rechtlichen Arbeitsagenturen²⁹
- nach dem Kapitalisierungsprinzip funktionierende freiwillige Versicherungen, selbst wenn die Leistungen von Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden³⁰; Kapitalisierungsprinzip bedeutet, dass sich die Versicherungsleistungen ausschließlich nach der Höhe der Beitragszahlungen und den Erträgen aus der Anlagetätigkeit richten
- Rettungs- und Patiententransporte³¹
- Dienstleistungen von Zollspediteuren wie die Erfüllung der Zollformalitäten bei der Ein-, Aus- und Durchfuhr von Waren und sonstige ergänzende Dienstleistungen, etwa auf dem Gebiet der Devisen, Warenkunde und Steuern, bei denen sie die damit verbundenen finanziellen Risiken übernehmen³²

²⁶ EuGH, Urteil Pavlov u.a. vom 12. September 2000, verbundene Rs. C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451.

²⁷ EuGH, Urteile vom 16. Juni 1987 in der Rechtssache C-118/85, Kommission gegen Italien, Slg. 1987, S. 2599 Rdnr. 7, vom 18. Juni 1998 in der Rechtssache C-35/96, Kommission gegen Italien, Slg. 1998, I-3851, Rdnr. 36, und in der Rechtssache Pavlov.

²⁸ EuGH, Urteil Pavlov, Rdnr. 118 sowie Urteile vom 22. Januar 2002 in der Rs. C-218/00, INAIL, Slg. 2002, I-691, Rdnr. 37, sowie vom 22. Mai 2003 in der Rs. C-355/00, Freskot, Slg. 2000, I-5263.

²⁹ EuGH, Urteil vom 23. April 1991, Rs. C-41/90, Höffner und Elser, Slg. 1991, I-197, Rdnr. 21.

³⁰ EuGH, Urteile vom 16. November 1995, Rs. C-244/94, FFSA, Slg. 1995, I-4013, Rdnrn. 17-22, und vom 21. September 1999, Rs. C-67/96, Albany, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 80-87.

³¹ EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 in der Rs. C-475/99, Glöckner, Slg. 2001, I-8089, Rdnr. 20.

³² EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998 in der Rs. C-35/96, Kommission gegen Italien, Slg. 1998, I-3851, Rdnr. 37.

- Unterstützung von Arbeitnehmern und Arbeitgebern bei der Steuererklärung oder ähnlichen Verpflichtungen durch Rechtssubjekte, die von Arbeitgebern oder Gewerkschaften eingerichtet und vom Staat dazu ermächtigt wurden³³
- Betrieb einer Verkehrsinfrastruktureinrichtung³⁴
- in einem Krankenhaus oder außerhalb erbrachte medizinische Dienstleistungen³⁵
- Bereitstellung von Mitteln für Kommunen und gemeinnützige Einrichtungen, die Sozialwohnungen zur Verfügung stellen; Gewährung von Hypothekendarlehen; Regelungen, die preiswertes Wohnen ermöglichen; Regelungen für die Gewährung von Mietzuschüssen und Zuschüssen für ältere und behinderte Personen sowie sozial benachteiligte Haushalte³⁶, Bereitstellung von Infrastruktureinrichtungen in räumlicher Nähe zu Sozialwohnungen, wie zum Beispiel Straßen, Geschäfte, Spielplätze und sonstige Freizeiteinrichtungen, Parks, Freiflächen, Orte zur Religionsausübung, Versorgungswerke, Schulen, Büros sowie sonstige Gebäude, Flächen, Anlagen und Dienstleistungen, die ein gutes Umfeld für Sozialwohnungen gewährleisten.³⁷

Zum Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Binnenmarktvorschriften des AEUV siehe Antwort auf Frage 6.2.

3.1.3. Sind Angehörige eines freien Berufs „Unternehmen“ im Sinne des Wettbewerbsrechts?

Ja, Angehörige eines freien Berufs können ein „Unternehmen“ sein. Der Gerichtshof war der Ansicht, dass Fachärzte in ihrer Eigenschaft als selbständige Wirtschaftsteilnehmer Dienstleistungen auf einem Markt erbringen, nämlich auf dem Markt der fachärztlichen Dienstleistungen, und somit Unternehmen darstellen können. Dass sie komplexe fachliche Dienstleistungen erbringen und dass die Ausübung ihres Berufs reguliert ist, steht dem nicht entgegen³⁸.

³³ EuGH, Urteil vom 30. März 2006, Rs. C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Slg. 2006, I-2941, Rdnr. 63.

³⁴ EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2002, Rs. C-82/01 P, Aéroport de Paris, 2002, Slg.2002, I-9297.

³⁵ EuGH, Urteile vom 12. Juli 2001, Rs. C-157/99, Smits; Slg. 2001, I-5473, Rdnr. 53, vom 31. Januar 1984, verbundene Rs. 286/82 und 26/83, Luisi und Carbone Slg.1984, S. 377, Rdnr. 16, vom 4. Oktober 1991, Rs. C-159/90, Society for the Protection of unborn children (IVG), Slg. 1999, I-4685, Rdnr. 18, vom 12. Juli 2001, Rs. C-368/98, Abdou Vanbraekel, Slg. 2001, I-5363, Rdnr. 43, EuGel (jetzt Gericht), Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-167/04, Asklepios Kliniken, Slg. 2007, Rdnrn. 49-55.

³⁶ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 89/2004 - Irland - Bürgschaft für von der Housing Finance Agency (HFA) finanzierte soziale Wohnungsbauprojekte, ABl. C 131 vom 28.5.2005, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n089-04.pdf.

³⁷ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache N 395/05 – "Bürgschaft für von der Housing Finance Agency (HFA) finanzierte soziale Infrastrukturprojekte", ABl. C 77 vom 5.4.2007, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n395-05.pdf.

³⁸ EuGH, Urteil Pavlov u.a. vom 12. September 2000, verbundene Rs. C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451.

3.1.4. Wann gilt eine Tätigkeit als nichtwirtschaftlich im Sinne des Wettbewerbsrechts?

Zu den Tätigkeiten, die als nichtwirtschaftlich eingestuft wurden, zählen:

- Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse

Tätigkeiten, die mit der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse durch den Staat selbst oder durch im Rahmen ihrer Zuständigkeiten handelnde Behörden verbunden sind, sind keine wirtschaftlichen Tätigkeiten im Sinne des Wettbewerbsrechts. Dabei ist es irrelevant, ob der Staat unmittelbar durch eine Stelle handelt, die zur staatlichen Verwaltung gehört, oder durch eine Einrichtung, der besondere oder ausschließliche Rechte übertragen wurden³⁹.

Beispiele für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten, die mit der Ausübung von hoheitlichen Befugnissen verbunden sind:

- Tätigkeiten der Armee oder Polizei
- Aufrechterhaltung und Verbesserung der Flugsicherheit⁴⁰, der Sicherheit⁴¹, der Überwachung des Luft- und Seeverkehrs und der Seeverkehrssicherheit⁴²
- Überwachung zur Bekämpfung von Umweltverschmutzung; sie stellt einen im Allgemeininteresse stehenden Auftrag dar, der zu den wesentlichen Aufgaben des Staates im Hinblick auf den Umweltschutz in Meeren gehört⁴³
- Organisation, Finanzierung und Durchsetzung von Maßnahmen des Strafvollzugs⁴⁴
- Finanzierung und Überwachung des Ausbaus der Bahninfrastruktur⁴⁵
- Bereitstellung von Finanzmitteln für die Umgestaltung und Überwachung von stillgelegten Bergwerken sowie für Rückbaumaßnahmen⁴⁶.

³⁹ EuGH, Urteil vom 16. Juni 1987, Rs. 118/85, Kommission/Italienische Republik, Slg. 1987, S. 2599, Rdnrn. 7 und 8.

⁴⁰ EuGH, Urteile vom 19. Januar 1994, Rs. C-364/92, SAT/Eurocontrol, Slg. 1994, I-43, Rdnr. 27, und vom 26. März 2009, Rs. C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati / Kommission, Slg. 2009, I-2207, Rdnr. 71.

⁴¹ Kommissionsentscheidungen vom 19. März 2003 in der Beihilfesache N 309/2002, Luftsicherheit - Ausgleich der Betriebsverluste nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001, ABl. C 148 vom 25.6.2003, und vom 16. Oktober 2002 in der Beihilfesache N 438/2002, Subventionen zugunsten der Hafenverwaltungen für die Durchführung hoheitlicher Aufgaben; ABl. Nr. C 284 vom 21.11.2002, .

⁴² Kommissionsentscheidung vom 16. Oktober 2002 in der Beihilfesache N 438/02, Subventionen zugunsten der Hafenverwaltungen für die Durchführung hoheitlicher Aufgaben, ABl. C 284 vom 21.11.2002, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf.

⁴³ EuGH, Urteil vom 18. März 1997, Rs. C-343/95, Cali & Figli, Slg. 1997, I-1547, Rdnr. 22.

⁴⁴ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache N140/2006 – Litauen – Subventionen für Strafvollzugsanstalten, ABl. C 244 vom 11.10.2006, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/N-140-2006-WLWL-en-19.07.2006.pdf.

⁴⁵ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache N 478/2004 – Irland – Staatliche Kreditbürgschaften für Coràs Iompair Eirann (CIÉ) für Infrastrukturmaßnahmen“, ABl. C 207 vom 31.8.2006, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2004/n478-04.pdf.

- Einige Tätigkeiten ausschließlich sozialer Natur

Die Rechtsprechung hat bestimmte Kriterien für die Einstufung bestimmter Tätigkeiten rein sozialer Natur als nichtwirtschaftlich erarbeitet.

Beispiele für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten rein sozialer Natur:

- Gesetzliche Krankenkassen, die ein ausschließlich soziales Ziel verfolgen, auf dem Solidaritätsprinzip basieren und Versicherungsleistungen unabhängig von der Beitragshöhe anbieten⁴⁷
- das öffentliche Unterrichtswesen, das normalerweise aus dem Staatshaushalt finanziert wird und einen sozialen, kulturellen und bildungspolitischen Auftrag gegenüber der Bevölkerung erfüllt⁴⁸.

3.1.5. *Übt eine Behörde, die in ihrem Sachgebiet Bürger informiert und berät, eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts aus?*

Wenn Behörden (gleich, ob auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene) darüber Auskunft geben, wie ihre Dienststellen die sie betreffenden Vorschriften anwenden, ist diese Tätigkeit untrennbar mit der Ausübung der ihr zugewiesenen Staatsgewalt verbunden. Diese Tätigkeit ist nicht als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln zu werten.

3.1.6. *Sind die beihilferechtlichen Bestimmungen des AEUV auch auf Dienstleistungsbetriebe ohne Erwerbszweck anwendbar?*

Ja, die Beihilfavorschriften sind auch in diesem Fall prinzipiell anwendbar. Die schlichte Tatsache, dass eine Einrichtung keinen Erwerbszweck verfolgt, bedeutet nicht automatisch, dass die Tätigkeiten, die sie ausüben, nichtwirtschaftlicher Natur sind⁴⁹. Die Rechtsform der Einrichtung, die SDAI erbringt, hat keinen Einfluss auf

⁴⁶ Kommissionsentscheidungen in den Beihilfesachen CZ 45/2004 und CZ 110/2004 – Tschechien – Staatliche Beihilfen zugunsten der tschechischen Kohleindustrie, 2003-2007, ABl. C 87 vom 1.4.2006, http://ec.europa.eu/dgs/energy_transport/state_aid/doc/decisions/2004/2004_0045_cz_cz.pdf.

⁴⁷ EuGH, Urteile vom 17. Februar 1993, Rs. C-159/91, Poucet und Pistre, Slg. 1993, I-637, vom 22. Januar 2002, Rs.C-218/00, INAIL, Slg. 2002, I-691, Rdnrn. 43-48, vom 16. März 2004, verbundene Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493, Rdnrn. 51-55 und Schlussanträge des Generalanwalts vom 22. März 2003.

⁴⁸ EuGH, Urteile vom 27. September 1988, Rs. 263/86, Humbel, Slg. 1988, S. 5365, vom 11. September 2007, Rs. C-318/05 Kommission/Deutschland, Rdnrn. 74f., noch nicht veröffentlicht, sowie Kommissionsentscheidungen in den Beihilfesachen N 118/00 – Staatliche Subventionen für professionelle Sportklubs, ABl. Nr. C 333, S. 6 vom 28.11.2001, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-54-2006-WLWL-EN-08.11.2006.pdf, und NN 54/2006 – Logistikhochschule Prerov, ABl. Nr. C 291/18 vom 30.11.2006, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-54-2006-WLWL-EN-08.11.2006.pdf, Entscheidung der EFTA-Überwachungsbehörde in der Beihilfesache 39/07/COL zur staatlichen Finanzierung von städtischen Kinderkrippen in Norwegen, <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/11305/data.pdf>.

⁴⁹ EuGH, Urteile vom 29. Oktober 1980, verbundene Rs. 209/78 215/78 und 218/79, Van Landewyck, Slg. 1980, S. 3125, und vom 16. November 1995, Rs. C-244/94, FFSA und andere, Slg. 1995, I-4013, Rdnr. 21.

das Wesen der betreffenden Tätigkeit. Das entscheidende Kriterium ist, ob die jeweilige Einrichtung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht.

Beispielsweise sind ein gemeinnütziger Verein oder eine karitative Einrichtung, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, als „Unternehmen“ zu qualifizieren, aber nur für jenen Teil ihrer Tätigkeit, die wirtschaftlich ist. Auf den nichtwirtschaftlichen Teil ihrer Tätigkeit sind die Wettbewerbsregeln daher nicht anwendbar.

Beispiel:

Die Durchführung von Rettungs- und Patiententransportdiensten durch Einrichtungen ohne Erwerbszweck kann eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen. Die aus der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse resultierenden Verpflichtungen können die von einer solchen Einrichtung erbrachten Dienstleistungen weniger konkurrenzfähig machen als vergleichbare Dienstleistungen, die von anderen Betreibern erbracht werden, die nicht solchen Verpflichtungen unterliegen, aber diese Tatsache ändert nichts an ihrer Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit⁵⁰.

3.1.7. *Unterliegen soziale Einrichtungen, die SDAI erbringen (z.B. Dienstleistungen für ältere oder behinderte Menschen), den Vorschriften über staatliche Beihilfen?*

Die Frage, ob kommunale soziale Einrichtungen dem Wettbewerbsrecht bzw. speziell dem Beihilferecht unterliegen, lässt sich nicht generell beantworten, sondern hängt von der Art der Tätigkeit ab.

Liefert z.B. eine solche Einrichtung Essen auf Rädern oder leistet sie häusliche Pflegedienste und werden diese Leistungen auch von anderen öffentlichen oder privaten Dienstleistern erbracht, bedient sie einen bestimmten Markt und übt damit eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts aus (siehe Antwort auf Frage 3.1.2).

Das bedeutet jedoch nicht, dass sämtliche Leistungen einer solcher Einrichtung zwangsläufig wirtschaftlichen Charakter haben; es wäre durchaus vorstellbar, dass sie auch reine Leistungen der Sozialfürsorge erbringt, wie etwa die Verteilung staatlicher Zuwendungen an die Berechtigten, was an sich keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt.

3.1.8. *Handelt es sich um eine staatliche Beihilfe, wenn eine Kommune Gutscheine zum Erwerb bestimmter DAWI an bestimmte Kategorien von Verbrauchern ausgibt?*

Der Staat und damit auch die Kommunen können eine derartige Unterstützung einzelnen Verbrauchern zukommen lassen, solange die Voraussetzungen des Artikels 107 Absatz 2 Buchstabe a AEUV erfüllt sind. Darin heißt es, dass die Unterstützung sozialer Art sein und ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden muss.

⁵⁰ EuGH-Urteil vom 25. Oktober 2001, Rs. C-475/99 Glöckner, Rdnr. 21.

3.1.9. *Handelt es sich bei Leistungen der Sozialfürsorge für bestimmte Begünstigte wie etwa einkommensschwache Familien (gemessen an ihren effektiven Ausgaben für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und anderen Kriterien, die die jeweilige persönliche Situation betreffen) um eine staatliche Beihilfe, wenn die Hilfe direkt an den Dienstleistungserbringer ausgezahlt wird?*

Es ist vorstellbar, dass eine Einrichtung der Sozialfürsorge beschließt, die Hilfe ganz oder teilweise direkt an den Dienstleister zu überweisen, wenn sie beispielsweise befürchten muss, dass die Leistung ansonsten ihren sozialen Zweck verfehlt (z.B. an den Vermieter der von der Familie bewohnten Sozialwohnung oder die von den Kindern besuchte Schulkantine usw.).

Eine solche Zahlung stellt keine staatliche Beihilfe zugunsten des Dienstleistungserbringers dar, wenn sich die indirekt gewährte Hilfe und die Art ihrer Berechnung eindeutig feststellen lassen und mit der letztlich begünstigten natürlichen Person eng verknüpft bleiben. Dies setzt voraus, dass der Leistungstransfer keine weiteren Vorteile für den Dienstleistungserbringer mit sich bringt. So muss beispielsweise die vom Vermieter verlangte Gesamtmiete schon vorab frei festgesetzt worden sein, damit die vom Begünstigten zu zahlende Restmiete tatsächlich um den Betrag gemindert ist, den der Dienstleister vom Fürsorgeamt erhalten hat.

3.1.10. *Bestimmte DAWI werden vorwiegend auf lokaler Ebene erbracht. Beeinträchtigen sie wirklich den Handel zwischen Mitgliedstaaten?*

Im Beihilferecht bestimmt sich die Auswirkung auf den Handel weder nach dem lokalen oder regionalen Charakter der erbrachten Leistung noch nach dem Umfang der betreffenden Tätigkeit. Die Geringfügigkeit der Beihilfe oder die Tatsache, dass die begünstigte Einrichtung verhältnismäßig klein ist, schließen a priori nicht aus, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann⁵¹. Selbst eine geringfügige Beihilfe kann das Dienstleistungsangebot eines bestimmten Anbieters verbessern und die Erbringung derselben Leistungen auf dem lokalen Markt für andere europäische Unternehmen erschweren.

Die Kommission hat aber aufgrund der bisher gewonnenen Erfahrungen Schwellenwerte festgesetzt, unterhalb derer Beihilfen als unbedenklich für den Handel oder Wettbewerb gelten. Demzufolge gilt beispielsweise, dass „Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von 200 000 EUR innerhalb von drei Jahren nicht übersteigen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen und/oder den Wettbewerb nicht verfälschen oder zu verfälschen drohen. Sie fallen daher nicht unter Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag. Für Unternehmen, die im Straßentransportsektor tätig sind, sollte diese Höchstgrenze auf 100 000 EUR festgesetzt werden“⁵².

⁵¹ Urteil des Gerichts vom 30. April 1998, Rs. T-214/95, Vlaams Gewest/Kommission, Slg. 1998, II-717, Rdnrn. 48 bis 50, EuGH-Urteile vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark trans und Regierungspräsidium Magdeburg, Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 81-82 und vom 3. März 2005, Rs. C-172/03, Heiser, Slg. 2005, I-1627, Rdnrn. 32-33.

⁵² Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf "De-minimis"-Beihilfen, Erwägungsgrund 8.

Allgemeines Beispiel einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten:

Subventionen an niederländische Tankstellen nahe der deutschen Grenze, die als Ausgleich für die Benzinpreissteigerungen infolge der Erhöhung der niederländischen Verbrauchsteuer gewährt wurden, wurden als Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten angesehen, da ihr Zweck darin bestand, den Unterschied zwischen der in den Niederlanden zu entrichtenden Verbrauchsteuer und der auf leichte Öle in Deutschland erhobenen Verbrauchsteuer zu verringern⁵³.

Beispiel einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten im Fall einer DAWI:

Staatliche Zuschüsse für den Betrieb eines Liniendienstes mit Omnibussen im Landkreis Stendal, Deutschland an ein Unternehmen, das ausschließlich örtliche oder regionale Verkehrsdienste und keine Verkehrsdienste außerhalb seines Heimatstaates leistet, können gleichwohl Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben⁵⁴.

3.1.11. Wird der Handel auch dann beeinträchtigt, wenn in einer Region eine bestimmte DAWI nur von einem einzigen Betreiber angeboten wird?

Auch wenn eine bestimmte DAWI (z.B. bestimmte ärztliche oder ambulante Dienstleistungen) mangels anderer Betreiber in der Region/Kommune von nur einem Dienstleister angeboten wird, lässt sich nicht ausschließen, dass nicht auch Betreiber anderer Mitgliedstaaten an der Erbringung dieser DAWI interessiert sein könnten. Folglich können Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

3.1.12. Gibt es Beispiele für lokale DAWI, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten praktisch nicht beeinträchtigen dürften?

Es gibt einige Beihilfeentscheidungen der Kommission, in denen diese zu dem Schluss kam, dass die betreffenden staatlichen Maßnahmen zur Finanzierung von örtlichen Dienstleistungen (unabhängig davon, ob es sich um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, eine ihrem Wesen nach wirtschaftliche Sozialdienstleistung oder um eine rein kommerzielle Dienstleistung handelt) den innergemeinschaftlichen Handel nicht beeinträchtigen:

Beispiele für Maßnahmen, von denen angenommen wird, dass sie keine

⁵³ Entscheidung 1999/705/EG der Kommission vom 20. Juli 1999 (ABl. Nr. L 280/87 vom 30.10.1999), die durch das EuGH-Urteil vom 13. Juni 2002 in der Rs. C-382/99, Niederlande gegen Kommission, Slg. 2002,I-5163, bestätigt wurde,

⁵⁴ EuGH-Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rs. C-280/00, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, Slg. 2003, S. I-7747, Rdnr. 77.

Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben:

- Im Fall des Schwimmbads Dorsten⁵⁵ vertrat die Kommission die Auffassung, dass ein jährlicher Zuschuss für die Errichtung und den Betrieb eines öffentlichen Schwimmbads für die Dorstener Bevölkerung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen würde.
- Im Fall irischer Krankenhäuser⁵⁶ war sie der Ansicht, dass eine bestimmte Art der Kapitalzufuhr für die Modernisierung öffentlicher, relativ kleiner Krankenhäuser, die einem klar unterversorgten lokalen Krankenhausmarkt zugute kommt, weder Investitionen noch Patienten aus anderen Mitgliedstaaten anlocken und daher den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen kann.
- Die Zuschüsse an lokale Straßengüterverkehrsverbände⁵⁷ auf Teneriffa für den Bau von Raststätten, die von ihren Mitgliedern genutzt werden, können nach Ansicht der Kommission wegen ihrer ausschließlich Verwendung vor Ort den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen.
- Die zeitlich begrenzte Finanzierung kleinerer Projekte von örtlichen Museen auf Sardinien⁵⁸ hat nach Ansicht der Kommission keine negative Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, da Besucher aus anderen Mitgliedstaaten nicht hauptsächlich wegen dieser Museen nach Sardinien reisen; letzteres ist nur bei einigen wenigen Museen von internationalem Rang der Fall.
- Im Fall baskischer Theaterproduktionen⁵⁹ befand die Kommission, dass die Finanzierung dieser Produktionen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten insofern nicht beeinträchtigt, als es sich dabei um kleinformatische Produktionen von Klein(st)bühnen mit einem sehr begrenzten geographischen und sprachlichen Einzugsgebiet handelt, die kein Publikum über Landesgrenzen hinweg anziehen.

⁵⁵ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache N 258/2000 – Deutschland – Freizeitbad Dorsten, IP/001509 vom 21.12.2000, ABl. Nr. C 172 vom 16.6.2001, S. 16, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2000/n258-00.pdf.

⁵⁶ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache N 543/2001 – Irland – Steuerliche Abschreibung für Krankenhäuser, ABl. Nr. C 154 vom 28.6.2002, S. 4, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n543-01.pdf.

⁵⁷ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache NN 29/02 – Spanien – Raststätten auf Teneriffa, ABl. Nr. C 110 vom 8.5.2003, S. 13., http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2002/nn029-02.pdf.

⁵⁸ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache N 630/2003 – Italien – Örtliche Museen auf Sardinien, ABl. Nr. C 275 vom 8.12.2005, S. 3, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n630-03.pdf.

⁵⁹ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache N 257/2007 – Spanien – Zuschüsse für Theaterproduktionen im Baskenland, ABl. Nr. C 173 vom 26.7.2007, S. 2, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2007/n257-07.pdf.

3.1.13. Was passiert, wenn eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur ist und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt?

Sobald eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur ist und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, fällt sie unter das Wettbewerbsrecht.

3.1.14. Müssen die Mitgliedstaaten, wann immer die Wettbewerbsregeln anwendbar sind, Organisation und Funktionsweise ihrer DAWI ändern?

Die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln bedeutet nicht, dass die Behörden sicherstellen müssen, dass eine Vielzahl von Dienstleistern am Markt präsent ist. Es bedeutet auch nicht, dass die Behörden verpflichtet sind, besondere bzw. ausschließliche Rechte abzuschaffen, die den bisherigen Dienstleistern eingeräumt wurden, soweit sie für die Erbringung der betreffenden DAWI notwendig und verhältnismäßig sind. Die Behörden können diese Rechte verleihen, solange diese nicht über das hinausgehen, was nötig ist, um die Erfüllung der Gemeinwohlaufgabe zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu gewährleisten⁶⁰. Der Staat muss auch keine Privatisierung der Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, vornehmen.

3.1.15. Wie verhält es sich, wenn eine Behörde als Gegenleistung für die Erbringung einer als wirtschaftlich eingestuften Dienstleistung von allgemeinem Interesse einen finanziellen Ausgleich gewährt?

Der einem Dienstleistungsbetrieb im Gegenzug für die Erbringung einer Gemeinwohlaufgabe vom Staat gezahlte Ausgleich kann eine staatliche Beihilfe darstellen, wenn nicht die Kriterien, die der Europäische Gerichtshof in seiner Altmark-Entscheidung entwickelt hat, allesamt erfüllt sind (siehe Ziffer 3.2.1) und wenn auch die übrigen Tatbestandsmerkmale einer staatlichen Beihilfe⁶¹ gegeben sind. Aber auch wenn der vom Staat bewilligte Ausgleich eine staatliche Beihilfe darstellt, heißt das nicht per se, dass sie unzulässig ist, da die Beihilfe mit dem AEUV vereinbar sein kann (vgl. Antworten auf Fragen 3.2.4 und 3.2.4).

3.1.16. Wie kann der Staat eine DAWI finanzieren?

Die Mitgliedstaaten haben einen beträchtlichen Ermessensspielraum in der Organisation und Finanzierung ihrer DAWI. Der Staat kann nicht nur einen Zuschuss oder eine steuerliche Vergünstigung gewähren, sondern darüber hinaus dem Dienstleister ein ausschließliches oder besonderes Recht einräumen, um die Erbringung der DAWI sicherzustellen, so lange dieses Recht nicht über das hinaus geht, was notwendig ist, um die Erfüllung der Gemeinwohlaufgabe zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen⁶².

⁶⁰ EuGH, Urteile vom 19. Mai 1993, Rs. C-320/91, Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Rdnrn. 14-16, und vom 21. September 1999, Albany, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 107.

⁶¹ 1) Übertragung staatlicher Mittel und staatliche Zurechenbarkeit, 2) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und Wettbewerbsverfälschung, 3) wirtschaftlicher Vorteil sowie 4) Selektivität der Maßnahme.

⁶² EuGH, Urteil Corbeau vom 19. Mai 1993, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Rdnrn. 14-16, und Albany vom 21. September 1999, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 107.

3.1.17. *Verlangt das Beihilferecht vom Staat, dass dieser die DAWI auf eine ganz bestimmte Weise organisiert?*

Der Staat kann relativ frei entscheiden, wie er sein Angebot an gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen organisiert. Das Beihilferecht (Artikel 106 Absatz 2 AEUV) ermöglicht es dem Staat, seine DAWI nach eigenem Gutdünken zu organisieren und zu finanzieren, solange der von ihm gewährte Ausgleich nicht über das hinausgeht, was nötig ist, um die Gemeinwohlaufgabe zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen (zu den Bedingungen siehe Ziffer 3.2.9).

3.1.18. *Sind finanzielle Zuwendungen, die Gebietskörperschaften aufgrund der Übertragung von Zuständigkeiten im Rahmen der Dezentralisierung erlangten, als staatliche Beihilfen zu klassifizieren?*

Für die Definition des Begriffs der staatlichen Beihilfe spielt es keine Rolle, auf welcher staatlichen Ebene (Zentralstaat, Region, Kommune) die Beihilfe gewährt wird. Eine staatliche Beihilfe ist nur dann gegeben, wenn einem oder mehreren Unternehmen oder Wirtschaftssektoren staatliche Mittel nach Maßgabe von Artikel 107 Absatz 1 AEUV übertragen werden.

Wenn dagegen allein aufgrund der Verteilung der staatlichen Zuständigkeiten Mittel innerhalb der Gebietskörperschaften (vom Bund an die Länder, von den Ländern an die Kommunen) übertragen werden, ohne dass damit eine wirtschaftliche Tätigkeit verbunden wäre, liegt keine zu einer Begünstigung eines Unternehmens führende Mittelübertragung vor.

3.1.19. *Ist die Anwendung des Beihilferechts ausgeschlossen, wenn es um die Finanzierung einer gemeinwirtschaftlichen Leistungen erbringenden „In-house-Einrichtung“ im Sinne des Vergaberechts geht?*

Der Begriff „in-house“ ist ein Begriff aus dem Vergaberecht, während die beihilferechtlichen Vorschriften Teil des Wettbewerbsrechts sind. Ausschlaggebend für die Anwendung des Wettbewerbsrechts und vor allem der beihilferechtlichen Vorschriften ist nicht die Rechtsform der Einrichtung, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringt, sondern der „wirtschaftliche“ Charakter der Tätigkeit, die die Einrichtung ausübt. Nach der ständigen Rechtsprechung ist jede Tätigkeit, die darin besteht, auf einem bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen anzubieten, eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln (Beispiele für wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne der Wettbewerbsregeln sind unter Ziffer 3.1.2. zu finden). Wenn folglich eine „In-house“-Einrichtung im Sinne des Vergaberechts eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und dafür von der öffentlichen Hand staatliche Mittel erhält und diese Finanzierung die Voraussetzungen des Artikels 107 Absatz 1 AEUV⁶³ erfüllt, nicht aber allen im Altmark-Urteil entwickelten Kriterien genügt (siehe hierzu Ziffer 3.2.1), finden die Vorschriften über staatliche Beihilfen Anwendung.

Wie bereits ausgeführt, liegt keine Mittelübertragung zugunsten eines Unternehmens und damit keine staatliche Beihilfe vor, solange Mittel innerhalb der staatlichen

⁶³ 1) Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils 2) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und Verfälschung des Wettbewerbs sowie 3) Selektivität der Maßnahme.

Gebietskörperschaften (vom Bund an die Länder, von den Ländern an die Kommunen), unabhängig von jeglicher wirtschaftlicher Tätigkeit, übertragen werden, allein weil die Verteilung der staatlichen Zuständigkeiten dies gebietet.

3.2. Altmark-Urteil und DAWI-Regelungsrahmen

3.2.1. *Wie äußert sich der Gerichtshof im Altmark-Urteil?*

In seinem Altmark-Urteil vertrat der Gerichtshof die Ansicht, dass der für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährte Ausgleich **keine staatliche Beihilfe** im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellt, wenn die folgenden vier Kriterien ausnahmslos 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 aufzustellen.
- 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.
- Das vierte Kriterium gilt für den Fall, dass die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bieters ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann; in diesem Fall ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes, angemessen ausgestattetes Unternehmen zu tragen hat.

Beispiele für Fälle, in denen die Kommission der Ansicht war, dass die Altmark-Kriterien erfüllt wurden und die Ausgleichszahlung deshalb keine staatliche Beihilfe darstellte:

- Die Finanzierung einer Regelung zur Förderung von Investitionen, mit denen die Stromversorgung in Irland sichergestellt werden sollte, wurde nicht als staatliche Beihilfe gewertet:
 - (a) Die Bereitstellung neuer Reservestromerzeugungskapazitäten, die den Strombedarf das ganze Jahr hindurch und auch zu Spitzenzeiten sicherstellen

sollen, wurde als DAWI eingestuft.

- (b) Den übrigen drei Kriterien des Altmark-Urteils wurde durch das offene, transparente und nicht diskriminierende Vergabeverfahren Genüge getan⁶⁴.
- Die Subventionierung des Ausbaus der Breitbandinfrastruktur in Frankreich wurde ebenfalls nicht als Beihilfe gewertet:
- (a) Die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit einem Anschluss an das Breitband- bzw. Hochgeschwindigkeitsnetz ist eine DAWI.
- (b) Die Höhe des Ausgleichs wurde im Konzessionsvertrag anhand bestimmter Parameter im Voraus festgelegt.
- (c) Die Gefahr einer Überkompensation bestand nicht, weil die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs in den Geschäftsplänen der Betreiber, die auf bestimmten, von den Behörden zur Verfügung gestellten Daten basierten, genau festgelegt waren. Der Ausschluss jedweder Überkompensation war auch dadurch gewährleistet, dass die öffentliche Hand von den künftigen Betreibern die Gründung eines Ad-hoc-Unternehmens verlangte, um die Neutralität des Erbringers der fraglichen Dienstleistungen sicherzustellen, sowie die Aufnahme von Erstattungsklauseln in den Vertrag für den Fall, dass die Gewinne eine bestimmte Schwelle überschreiten.
- (d) Es fand eine gründliche und ausführliche Prüfung der Projektanforderungen und der Angebote der Bieter statt. Außerdem ermöglichte das gewählte Verfahren die Auswahl des Bieters mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis in Bezug auf die zu erbringende Dienstleistung⁶⁵.

Im Fall Dorsal vertrat die Kommission die Auffassung, dass das vierte Altmark-Kriterium erfüllt sei, da die genaue Gegenüberstellung der spezifischen Anforderungen des Projekts und der Angebote der Bieter sowie das eigentliche, auf Wettbewerb setzende Auswahlverfahren es ermöglichte, die Ausgleichszahlung auf der Basis eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens, das angemessen ausgestattet ist, zu schätzen⁶⁶.

- Die Kommission entschied, dass die Entgelte, die von der "Casa Depositi e Prestiti" - einer staatlich kontrollierten fiskalischen Einrichtung – an "Poste Italiane" gezahlt wurden, keine staatliche Beihilfe darstellen:

⁶⁴ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache N 475/2003 – Irland – Gemeinwirtschaftliche Verpflichtung zum Aufbau neuer Stromerzeugungskapazitäten zur Sicherung der Stromversorgung, ABl. Nr. C 34 vom 7.2.2004, S. 8, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n475-03.pdf.

⁶⁵ Kommissionsentscheidung N 381/2004 – Frankreich – Hochleistungstelekommunikationsnetz in den westlichen Pyrenäen, ABl. Nr. C 162 vom 2.7.2005, S. 5, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n381-04.pdf, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n381-04.pdf sowie in der Sache N 331/2008 – Frankreich – Hochleistungstelekommunikationsnetz im Departement Hauts-de-Seine, noch nicht veröffentlicht http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2008/n331-08.pdf.

⁶⁶ Beihilfeentscheidung N 382/2004 der Kommission – Frankreich – Verlegung eines Breitbandnetzes im Limousin (Dorsal), ABl. Nr. C 230 vom 20.9.2005, S. 6. 2005, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n382-04.pdf.

- (a) Der Vertrieb von Postsparbüchern wurde als DAWI angesehen.
- (b) Die Vergütung ergab sich aus einer angemessenen Schätzung der Kosten, die einem durchschnittlichen, gut geführten, angemessen ausgestatteten Unternehmen im selben Sektor entstünden, wobei die Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu berücksichtigen sind. Somit war das vierte Altmark-Kriterium erfüllt⁶⁷.

3.2.2. *Kann sich ein Mitgliedstaat im Zusammenhang mit der Anwendung des Kriteriums der Kosten eines durchschnittlichen Unternehmens auf einen Referenzwert stützen?*

Bei der Anwendung der zweiten Alternative des vierten Altmark-Kriteriums haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, einen Referenzwert zugrunde zu legen, solange sich dieser begründen lässt. Wenn dieser Wert aus einer zuverlässigen Quelle stammt, auf soliden Zahlen beruht und den marktüblichen Kosten entspricht, kann er als „Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten, angemessen ausgestatteten Unternehmens“ im Sinne des vierten Altmark-Kriteriums Geltung beanspruchen.

Beispiele für die Entscheidungspraxis der Kommission in Bezug auf die Verwendung von Referenzkosten:

- Die für den Vertrieb der Postsparbücher an Poste Italiane gezahlte Vergütung lag unterhalb des Referenzwertes für ähnliche am Markt gehandelte Finanzprodukte; die Kommission sah daher in Bezug auf die eigentliche Ausgleichszahlung das Kriterium eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmens als erfüllt an und kam zu dem Schluss, dass keine staatliche Beihilfe vorlag, da auch die übrigen Kriterien des Altmark-Urteils erfüllt waren⁶⁸.

Umgekehrt befand sie, dass

- der Rückgriff der tschechischen Behörden auf statistisch ermittelte Kosten für die Berechnung des Ausgleichs nicht automatisch den Rückschluss zulassen, dass diese repräsentativ für ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen sind⁶⁹.

⁶⁷ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache C 49/06 – Poste Italiane – Banco Posta – Vergütungszahlungen für den Vertrieb von Postspar-Finanzprodukten., ABl. Nr. C 31 vom 13.2.2007.

⁶⁸ Siehe Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache C 49/06, op.cit, Rdnrn. 85 bis 93.

⁶⁹ Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache C 3/2008 (ex NN 102/2005) – Tschechische Republik – Ausgleich für Busunternehmen in Südmähren für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, ABl. L 97 vom 16.4.2009, Rdnrn. 82f.

3.2.3. *Was sind die Folgen der Erfüllung/Nichterfüllung der Altmark-Kriterien?*

Wenn alle Altmark-Kriterien erfüllt sind, stellt der Ausgleich, den der Staat im Gegenzug für die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung gewährt, keine staatliche Beihilfe dar.

Wenn jedoch nur ein Altmark-Kriterium nicht erfüllt ist und auch die sonstigen Voraussetzungen einer staatlichen Beihilfe vorliegen⁷⁰, ist der für die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung gewährte Ausgleich als staatliche Beihilfe zu qualifizieren.

3.2.4. *Was geschieht, wenn eine Ausgleichszahlung für eine DAWI eine staatliche Beihilfe darstellt?*

Die Tatsache, dass der für die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung gewährte Ausgleich eine staatliche Beihilfe darstellt, **bedeutet nicht automatisch, dass dieser unzulässig wäre**. Der Ausgleich ist mit dem AEUV vereinbar, wenn die in der einschlägigen Kommissionsentscheidung⁷¹ oder im Gemeinschaftsrahmen⁷² aufgeführten Bedingungen erfüllt sind⁷³.

3.2.5. *Welche Ziele werden mit der Entscheidung bzw. dem Gemeinschaftsrahmen verfolgt? Worin unterscheiden sich diese beiden Texte?*

Beide Texte erläutern, unter welchen Bedingungen Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, die staatliche Beihilfen darstellen, mit dem AEUV vereinbar sind.

Der **Hauptunterschied** besteht darin, dass Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, die von der Entscheidung erfasst werden, **nicht** bei der Kommission **angemeldet werden müssen**. Sind die in der Entscheidung genannten Voraussetzungen erfüllt, kann der betreffende Mitgliedstaat den Ausgleich ohne weiteres gewähren. Ist dies nicht der Fall (beispielsweise wegen der Höhe der Ausgleichszahlung), muss die Maßnahme vorher bei der Kommission angemeldet werden, damit diese prüfen kann, ob die staatliche Beihilfe mit dem AEUV vereinbar ist.

Der Gemeinschaftsrahmen soll Auskunft darüber geben, unter welchen Bedingungen bei der Kommission angemeldete Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, gemäß Artikel 106 Absatz 2 AEUV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden können.

⁷⁰ 1) Übertragung von staatlichen Mitteln und staatliche Zurechenbarkeit, 2) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und Wettbewerbsverfälschung sowie 3) Selektivität der Maßnahme.

⁷¹ 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, Abl. Nr. L 312 vom 29.11.2005, S.67.

⁷² Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. C 297 vom 29.11.2005, S. 4.

⁷³ Bei Beförderungsdienstleistungen auf der Straße bestimmt sich die Vereinbarkeit nach der Verordnung 1370/2007. Im Luft- und Seeverkehr sind in diesem Zusammenhang die Gemeinschaftlichen Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen von 2005 bzw. die Gemeinschaftlichen Leitlinien für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABl. C 13 vom 17.1.2004, maßgebend.

3.2.6. *In welchen Fällen ist die Entscheidung anwendbar?*

Die Entscheidung gilt für:

- 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;
- Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser, die Tätigkeiten ausführen, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft wurden, ungeachtet ihrer jeweiligen Höhe;
- Ausgleichszahlungen an im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die Tätigkeiten ausführen, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft wurden, ungeachtet ihrer jeweiligen Höhe;
- im Verkehrsbereich gilt die Entscheidung nur für Ausgleichszahlungen für in Übereinstimmung mit den sektorspezifischen Vorschriften eingerichteten Schiffsverbindungen zu Inseln, bei denen das jährliche Fahrgastaufkommen 300 000 Fahrgäste nicht übersteigt; sie gilt überdies für Ausgleichszahlungen für Flug- und Seeverkehrshäfen, bei denen das jährliche Fahrgastaufkommen in den 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.

3.2.7. *Teilweise erhalten Betriebe Ausgleichszahlungen, die Teil einer Unternehmensgruppe sind oder speziell zum Zweck der Erbringung einer DAWI gegründet wurden. Bezieht sich in diesem Fall die Höchstgrenze von 100 Mio. EUR Jahresumsatz auf den einzelnen, rechtlich selbstständigen Betrieb oder auf die gesamte Unternehmensgruppe?*

Der Hauptzweck der Entscheidung besteht darin, Unternehmen mit geringem Umsatz, die geringfügige Ausgleichszahlungen erhalten, von der Notifizierungspflicht auszunehmen. In diesem Fall ist nämlich davon auszugehen, dass der Wettbewerb nur unmerklich beeinträchtigt wird. Die Kommission und der Gerichtshof stehen jedoch generell auf den Standpunkt, dass bei der Gewährung staatlicher Beihilfen auch die wirtschaftliche Bedeutung der Gruppe, der das begünstigte Unternehmen angehört, berücksichtigt werden muss.

Folglich gilt als Jahresumsatz im Sinne von Artikel 2 der Entscheidung der Umsatz der gesamten Gruppe, zu der ein Tochterunternehmen gehört, bzw. im Falle einer speziell zum Zweck der Erbringung einer DAWI gegründeten Gesellschaft der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen.

3.2.8. **Müssen beide in Artikel 2 Buchstabe a festgesetzten Obergrenzen für Ausgleichszahlungen von jährlich 30 Mio. EUR und 100 Mio. EUR Jahresumsatz eingehalten werden? Was bedeutet das konkret?**

Ja, die in Artikel 2 Buchstabe a festgesetzten Obergrenzen für Ausgleichszahlungen in Höhe von 30 Mio. EUR jährlich und 100 Mio. EUR Jahresumsatz, den das begünstigte Unternehmen in den beiden der Gewährung der Beihilfe vorausgegangenen Rechnungsjahren nicht überschritten haben darf, müssen eingehalten werden.

Praktisch bedeutet dies, dass die öffentliche Hand in den Mitgliedstaaten in den von der Entscheidung vorgegebenen Grenzen Beihilfen gewähren darf, ohne sie vorher bei der Kommission angemeldet haben zu müssen, wenn die Höhe der Beihilfe 30 Mio. EUR jährlich nicht überschreitet und die begünstigten Unternehmen einen Umsatz erwirtschaftet haben, der in den beiden der Gewährung der Beihilfe vorausgegangenen Rechnungsjahren 100 Mio. EUR nicht übersteigt. Wenn der jährliche Ausgleich zwar nicht mehr als 30 Mio. EUR beträgt, aber der Beihilfeempfänger einen Umsatz von mehr als 100 Mio. EUR hat oder umgekehrt, muss die Beihilfe der Kommission gemeldet werden, die sie anschließend auf der Grundlage des Gemeinschaftsrahmens prüft.

3.2.9. **Welche Vereinbarkeitskriterien sehen die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen vor?**

Die in der Entscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen genannten Kriterien sind ähnlich:

Sowohl laut Entscheidung als auch laut Gemeinschaftsrahmen müssen im Wesentlichen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Es muss ein Auftrag erteilt worden sein, in dem insbesondere Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, das mit der Erfüllung betraute Unternehmen und der geografische Geltungsbereich, Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte, die Parameter für die Berechnung, Kontrolle und etwaige Anpassung der Ausgleichszahlungen sowie die Modalitäten der Rückerstattung etwaiger zu viel gezahlter Beträge und die Vorkehrungen zur Vermeidung einer Überkompensation festgelegt werden.
- Die Ausgleichszahlung darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten abzudecken. Dafür ist eine Berechnung notwendig, die alle Kosten sowie Einnahmen jeglicher Art berücksichtigt.
- Der Staat muss darüber wachen, dass keine Überkompensation vorliegt.

3.2.10. *Fallen Flughäfen mit Passagierzahlen über 1 Million in den Anwendungsbereich der Entscheidung, wenn die Ausgleichszahlungen 30 Millionen EUR nicht überschreiten, und der Jahresumsatz des den Flughafen leitenden Unternehmens unter 100 Millionen EUR liegt?*

Ja, in diesem Fall gelten die Obergrenzen, die für den Betreiber am vorteilhaftesten sind⁷⁴.

Hierzu ist anzumerken, dass für staatliche Beihilfen im Luftverkehrssektor die Gemeinschaftlichen Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen (hiernach "Leitlinien von 2005") sowie die Mitteilung 94/C 350/07 der Kommission zur Anwendung der Artikel 92 und 93 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen im Luftverkehrssektor gilt. Die Leitlinien sehen vor, dass manche von den Flughäfen ausgeführten ökonomischen Aktivitäten von den Behörden als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrachtet werden können. In Ausnahmefällen kann sogar der Betrieb eines Flughafens als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrachtet werden, wenn dieser sich auf die Kerntätigkeit beschränkt.

Beispiel:

Einem Flughafen in einer abgelegenen Region werden durch eine Behörde Gemeinwohlverpflichtungen auferlegt, auf Grund derer die Behörde beschließt, hierfür einen Ausgleich zu zahlen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Betrieb eines Flughafens als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse keine Aktivitäten umfassen darf, die keinen direkten Bezug zu den Kernaufgaben des Flughafens haben (d.h. kommerzielle Aktivitäten wie Bau, Finanzierung, Nutzung und Vermietung von Flächen und Gebäuden, nicht nur für Büros und Lagerräume, sondern auch für Hotels und gewerbliche Unternehmen auf dem Flughafengelände, sowie für Geschäfte, Restaurants und Parkplätze).

3.2.11. *Wie verhalten sich die Entscheidung und die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zueinander?*

Die Entscheidung gilt nicht für gemeinwirtschaftliche Ausgleichszahlungen im Bereich der Personenbeförderung zu Land⁷⁵. Ausgleichszahlungen für Gemeinwohlverpflichtungen im Bereich der Personenbeförderung auf der Schiene oder Straße unterliegen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007. Danach sind Ausgleichszahlungen in diesem Bereich von der Notifizierungspflicht befreit.

⁷⁴ Siehe Erwägungsgrund 19 der Entscheidung.

⁷⁵ Siehe Erwägungsgrund 17 der Entscheidung.

3.2.12. *Worin besteht der Unterschied zwischen dem Gemeinschaftsrahmen und den Sonderregelungen im Verkehrssektor?*

Der Gemeinschaftsrahmen findet auf den Verkehrssektor keine Anwendung⁷⁶. Für diesen Sektor sehen die Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft⁷⁷ und die Leitlinien der Gemeinschaft von 2004 für staatliche Beihilfen im Seeverkehr⁷⁸ Sonderregelungen vor.

3.2.13. *Worin besteht der Unterschied zwischen den Altmark-Kriterien und den in der Entscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen festgelegten Bedingungen?*

Das Altmark-Urteil bestimmt, wann eine Maßnahme unter den Begriff der staatlichen Beihilfe fällt, während die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen regeln, unter welchen Bedingungen eine als staatliche Beihilfe eingestufte Ausgleichszahlung zulässig ist. Der wichtigste substanzielle Unterschied zwischen dem Urteil und dem DAWI-Regelungsrahmen betrifft die Höhe/Berechnung der Ausgleichszahlung.

Gemäß dem vierten Kriterium des **Altmark-Urteils** muss die Höhe der Ausgleichszahlung, um keine staatlichen Beihilfe darzustellen⁷⁹:

- durch ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes öffentliches Ausschreibungsverfahren ermittelt werden, mit der sich derjenige Bewerber ermitteln lässt, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, oder
- durch die Behörden mittels einer Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmens bestimmt werden.

Der **Entscheidung** zufolge muss die Höhe der Ausgleichszahlung nicht zwangsläufig durch ein öffentliches Ausschreibungsverfahren oder mittels eines Vergleichs mit den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens ermittelt werden.

Solange die Behörde nachweisen kann, dass die Ausgleichszahlung den anhand der Parameter im Betrauungsakt geschätzten Nettokosten entspricht und keine Überkompensation^{Überkompensation} stattfindet, wird der betreffende Ausgleich als eine mit dem AEUV zu vereinbarende staatliche Beihilfe betrachtet⁸⁰.

Beispiel:

Eine Behörde beschließt, einen Dienstleister mit der Erbringung einer DAWI zu betrauen

⁷⁶ Siehe Ziffer 3 des Gemeinschaftsrahmens.

⁷⁷ ABl. L 293 vom 31.10.2008, S. 3.

⁷⁸ Mitteilung K(2004) 43 der Kommission — Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABl. C 13 vom 17.1.2004, S. 3.

⁷⁹ Vorausgesetzt, die übrigen drei Kriterien des Altmark-Urteils (siehe Punkt 3.1) sind erfüllt. .

⁸⁰ Vorausgesetzt, die übrigen in der Entscheidung festgelegten Bedingungen sind erfüllt (siehe Punkt 3.5).

und ihn hierfür finanziell zu entschädigen. Hierbei sind drei Szenarien denkbar:

- Die betreffende DAWI wird von einem Dienstleister, der im Wege einer Ausschreibung ausgewählt wurde, zu einem Preis von 90 erbracht. Gemäß den Altmark-Kriterien würde ein Ausgleich in Höhe von 90 keine staatliche Beihilfe darstellen.
- Die DAWI wird von einem Dienstleister zu Nettokosten von 90 erbracht. Gemäß den Altmark-Kriterien stellt ein Ausgleich in Höhe von 90 keine staatliche Beihilfe dar, wenn diese Nettokosten den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten, angemessen ausgestatteten Unternehmens entsprechen.
- Der Entscheidung zufolge würde eine Ausgleichszahlung von über 90 (z.B. 100) dann als kompatible staatliche Beihilfen eingestuft werden, wenn dieser Ausgleich den vom Dienstleister tatsächlich aufgewendeten Nettogesamtkosten entspräche.

3.2.14. Seit wann sind die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen anwendbar? Gelten sie rückwirkend?

Die Entscheidung gilt seit dem 19. Dezember 2005, dem Tag ihres Inkrafttretens.

Anhand des Gemeinschaftsrahmens prüft die Kommission sämtliche Fälle von DAWI seit dem 29. November 2005, dem Tag, an dem dieser im Amtsblatt veröffentlicht wurde und in Kraft trat. Dies gilt auch für Ausgleichsleistungen, die vor diesem Datum notifiziert wurden, aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht gewährt worden waren. In allen anderen Fällen, d.h. bei Ausgleichszahlungen, die nicht vor dem 29. November notifiziert, aber vor dessen Veröffentlichung gewährt wurden, gelten die zum Zeitpunkt ihrer Gewährung geltenden Bestimmungen⁸¹.

Zu beachten ist, dass beide Texte der Rechtsprechung des Gerichtshofs und der Entscheidungspraxis der Kommission in Bezug auf Artikel 106 Absatz 2 AEUV Rechnung tragen.

3.2.15. Begründet der DAWI-Regelungsrahmen einen Anspruch der Dienstleister auf Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen?

Artikel 107 Absatz 1 AEUV besagt, dass staatliche Beihilfen, abgesehen von den im Vertrag vorgesehenen Ausnahmen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind. Deshalb gilt der Grundsatz, dass staatliche Beihilfen unzulässig sind und nur ausnahmsweise in den in Artikel 107 Absätze 2 und 3 sowie Artikel 106 Absatz 2 AEUV genannten Fällen und unter den dort genannten Voraussetzungen gewährt werden dürfen. Folglich haben Unternehmen keinerlei Anspruch auf staatliche Beihilfen.

Der DAWI-Regelungsrahmen begründet kein Recht der Unternehmen auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen, sondern legt die Vereinbarkeitskriterien für derartige Beihilfen für den Fall fest, dass die Mitgliedstaaten beschließen, die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch die Gewährung einer staatlichen Beihilfe zu sichern.

⁸¹ Siehe Ziffer 26 des Gemeinschaftsrahmens.

3.3. Notifizierung von Beihilfen, die die Schwellenwerte der Entscheidung überschreiten

3.3.1. *Ist es notwendig, Beihilfen bei der Kommission zu notifizieren, die die Schwellenwerte in Artikel 2 Buchstabe a der Entscheidung überschreiten?*

Die Entscheidung gilt für Ausgleichszahlungen von jährlich weniger als 30 Mio. EUR 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. Für Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen gibt es keine Obergrenzen, bis zu der Beihilfen von der Meldepflicht ausgenommen sind.

Die Schwellenwerte sind bereits hoch angesetzt und sollten somit die überwiegende Mehrheit lokaler sozialer Dienstleistungen erfassen.

Wenn die Ausgleichszahlung diese Schwellenwerte überschreitet, ist eine vorherige Notifizierung erforderlich. Diese wird dann gemäß den Bestimmungen des Gemeinschaftsrahmens geprüft, welche sich inhaltlich mit den Kriterien der Entscheidung decken. Eine Notifizierungspflicht bedeutet keineswegs, dass die Ausgleichszahlung zwangsläufig mit dem Vertrag unvereinbar ist; die Beihilfe muss lediglich aufgrund ihrer Höhe und des höheren Risikos einer Wettbewerbsverzerrung von der Kommission geprüft werden, um sicherzustellen, dass tatsächlich alle Bedingungen für die Vereinbarkeit erfüllt sind.

3.3.2. *Muss die Kommission auch dann informiert werden, wenn eine in Form einer Ausgleichszahlung gewährte Beihilfe aufgrund der Entscheidung von der Notifizierungspflicht ausgenommen ist??*

Ist die Entscheidung anwendbar, brauchen die Behörden der Kommission keine Mitteilung machen. Einzig verlangt die Entscheidung von den Mitgliedstaaten, dass diese sämtliche Unterlagen, anhand deren sich feststellen lässt, ob die Ausgleichszahlungen mit den Bestimmungen der Entscheidung vereinbar sind, für einen Zeitraum von mindestens zehn Jahren vorhalten⁸² und alle drei Jahre der Kommission einen Bericht über die Umsetzung dieser Entscheidung vorlegen⁸³.

3.3.3. *Weigert sich ein Staat gegenüber der Region oder anderen kleineren Gebietskörperschaften, eine Ausgleichszahlung zu notifizieren, können die Gebietskörperschaften dann selbst aktiv werden? Kann die Kommission Maßnahmen gegen diesen Mitgliedstaat ergreifen?*

Das Notifizierungsverfahren wird von dem betreffenden Mitgliedstaat eingeleitet⁸⁴. Es handelt sich dabei um ein Verfahren zwischen der Kommission und den Behörden des betreffenden Mitgliedstaats. Nach den beihilferechtlichen Vorschriften der Union obliegt es folglich dem Mitgliedstaat und nicht den regionalen oder lokalen

⁸² Vgl. Artikel 7 der Entscheidung.

⁸³ Vgl. Artikel 8 der Entscheidung.

⁸⁴ Vgl. Artikel 108 AEUV sowie Artikel 2 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1).

Gebietskörperschaften zu entscheiden, ob eine Beihilferegulierung oder eine Einzelbeihilfe angemeldet werden muss⁸⁵.

Wird eine Beihilfe, die nach den geltenden Vorschriften der Kommission eigentlich gemeldet werden müsste, durchgeführt, ohne vorab notifiziert zu werden, handelt es sich um eine unrechtmäßige Beihilfe. Dies bedeutet, dass beispielsweise die Wettbewerber des Beihilfeempfängers vor den Gerichten des betreffenden Mitgliedstaats Klage erheben könnten. In diesem Fall wäre das mitgliedstaatliche Gericht gezwungen, die Unrechtmäßigkeit der Beihilfe festzustellen und die Rückforderung der Beihilfe anzuordnen, unabhängig von einer möglichen Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt, deren Prüfung allein Sache der Kommission ist. Die Kommission könnte die betreffende Maßnahme gleichzeitig von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde prüfen. Am Ende der Prüfung stünde dann eine Entscheidung, die im Falle der Unvereinbarkeit der Beihilfe deren Rückerstattung angeordnet würde.

3.4. Der Begriff des „öffentlichen Auftrags“ im Sinne der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens

3.4.1. *Worin besteht der Zweck eines „öffentlichen Auftrags“ im Sinne der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens?*

Ein öffentlicher Auftrag ist notwendig, um die Eckpunkte einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe festzulegen. Dabei handelt es sich um einen offiziellen Akt, der das Unternehmen mit der DAWI betraut, die ihm auferlegte Gemeinwohlaufgabe erläutert und den Anwendungsbereich und die allgemeinen Bedingungen für das Funktionieren der DAWI bestimmt. Eine solche Betrauung ist erforderlich, um die jeweiligen Verpflichtungen des Unternehmens und des Staates festzuschreiben. In Ermangelung eines solchen offiziellen Aktes wäre die dem Unternehmen übertragene Aufgabe ungewiss und mithin wäre auch die Ermittlung eines angemessenen Ausgleichs nicht möglich.

3.4.2. *Wie muss eine solche Betrauung aussehen, um den Anforderungen der Entscheidung zu genügen?*

Die Entscheidung erfordert lediglich die Erteilung eines öffentlichen Auftrags im Wege eines oder mehrerer verbindlicher Verwaltungs- oder Rechtsakte, deren genaue Form von den Mitgliedstaaten entsprechend ihrer politischen Struktur bzw. Verwaltungsorganisation frei gewählt werden kann.

Es gehört zu den Grundprinzipien des Verwaltungsrechts, dass eine staatliche, regionale oder kommunale Behörde eine DAWI nicht ohne Rechtsgrundlage festlegen und finanzieren kann. Dem Erfordernis der Erteilung eines öffentlichen Auftrags kann daher mit der Wahl einer Rechtsgrundlage durch die betreffende Behörde für jeden Einzelfall weitgehend Genüge getan werden. Es ist nicht erforderlich, dass die Rechtsgrundlage genau dieselbe Bezeichnung trägt wie der öffentliche Auftrag. Ebenso wenig wird verlangt, dass die Mitgliedstaaten einen besonderen Regelungsrahmen für die Annahme von Rechts- oder Verwaltungsakten zur Erteilung von Aufträgen im Allgemeininteresse schaffen.

⁸⁵ Vgl. Artikel 108 AEUV.

Es gibt somit keinen „Standard“-Betrauungsakt, sondern es kommt dabei auf die jeweilige den Auftrag vergebende öffentliche Einrichtung und auf die jeweilige Tätigkeit an.

Bleibt anzumerken, dass sich die Anforderungen an Betrauungsakte im Beihilferecht auf das Wesentliche beschränken, d.h. den Behörden der Mitgliedstaaten steht es frei, weitere Einzelheiten, etwa Qualitätsanforderungen, in die Betrauungsakte aufzunehmen.

Eine Vereinbarung zwischen Behörde und Dienstleister oder eine Genehmigung durch eine Behörde, die das Unternehmen zur Bereitstellung bestimmter Dienstleistungen ermächtigt, stellt keinen Betrauungsakt dar, denn dadurch wird das Unternehmen nicht zur Erbringung der betreffenden Dienstleistungen verpflichtet, sondern es wird ihm lediglich gestattet, eine wirtschaftliche Aktivität auszuüben, indem es Dienstleistungen anbietet. Als Beispiel hierfür könnte die Genehmigung zur Eröffnung einer Kinderbetreuungseinrichtung oder einer Senioreneinrichtung genannt werden, die von der Einhaltung bestimmter Gesundheits-, Sicherheits- oder Qualitätsstandards durch den Betreiber abhängig ist. .

Beispiele für einen Betrauungsakt:

- Konzessionsvertrag und Leistungsbeschreibung⁸⁶
- „Contratti di Programma“ (Vereinbarungen zwischen der staatlichen Verwaltung und Unternehmen über die Durchführung von Vorhaben in spezifischen Bereichen)⁸⁷
- ministerielle Anweisungen⁸⁸
- Gesetze⁸⁹ und Verordnungen⁹⁰;
- jährliche oder mehrjährige Leistungsverträge⁹¹
- Rechtsverordnungen⁹² und jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verfügung oder Entscheidung.

86 Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 562/2005 – Italien – Verlängerung der Konzessionen für die Betreiber des Montblanc-Tunnels (ATMB) und des Tunnels Maurice Lemaire, ABl. Nr. C 90 vom 25.4.2007, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2005/n562-05.pdf.

87 Kommissionsentscheidung in der Beihilfesache NN 51/2006 der Kommission – Italien – Ausgleich für den Universalpostdienst 2000-2005, ABl. Nr. C 291 vom 30.11.2006, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2006/nn051-06.pdf.

88 Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 166/2005 – Vereinigtes Königreich – Staatliche Beihilfe für das Post Office Limited zur Finanzierung des ländlichen Postnetzes (2006-2008), ABl. Nr. C141 vom 16.6.2006, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n166-05.pdf.

89 EuGeI, Urteil vom 12. Februar 2008 in der Rs. T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), Slg. 2008, S. II-741, Rdnrn. 182 und 183.

Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache NN 8/2007 – Spanien – Maßnahmen zum Arbeitsplatzabbau bei RTVE, ABl. Nr. C 109 vom 15.5.2007, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-8-2007-WLWL-07.03.2007.pdf.

90 Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache – N 395/05 - Irland – Kreditbürgschaften für soziale Infrastrukturprogramme der Housing Finance Agency", ABl. Nr. C 77 vom 5.4.2007, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n395-05.pdf.

3.4.3. Braucht es auch bei einer SDAI einen Betrauungsakt?

Die Wettbewerbsregeln gelten für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die wirtschaftlicher Natur sind (zum Begriff der Wirtschaftstätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln siehe Ziffer 3.1.2). Allerdings ist der Umstand, dass die betreffende Tätigkeit als „sozial“ eingestuft werden kann, an sich noch kein Grund, um von der Klassifizierung als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln ausgenommen zu werden (siehe Antwort auf Frage 3.1.2). Da der Betrauungsakt zu den Voraussetzungen für die Vereinbarkeit der Ausgleichszahlung mit dem Vertrag zählt, ist er auch für Unternehmen, die Sozialdienstleistungen mit wirtschaftlichem Charakter erbringen, verpflichtend.

3.4.4. Ist der Begriff der Betrauung im Sinne von Artikel 106 Absatz 2 AEUV bzw. des „öffentlichen Auftrags“ im Sinne der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens gleichbedeutend mit dem Begriff des „beauftragten Dienstleistungserbringers“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j)?

Der Begriff der Betrauung im Sinne von Artikel 106 Absatz 2 AEUV bzw. des „öffentlichen Auftrags“ im Sinne der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens und der Begriff des „beauftragten Dienstleistungserbringers“ im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie decken sich insofern, als sie eine Pflicht zur Erbringung der Dienstleistung beinhalten. In beiden Fällen stellt die Pflicht zur Erbringung der Dienstleistung ein zentrales Merkmal dar.

Die Zielrichtung beider Begriffe ist hingegen verschieden. Während der erste Begriff eine der Voraussetzungen bezeichnet, die erfüllt sein müssen, damit Ausgleichszahlungen als mit den Kriterien des Altmark-Urteils im Einklang stehend und mit Artikel 106 Absatz 2 AEUV vereinbar angesehen werden können und somit unter Umständen nicht notifiziert werden müssen (sofern sie in den Anwendungsbereich der Entscheidung fallen), wird mit dem zweiten Begriff der Ausschluss bestimmter Sozialdienstleistungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie eingegrenzt.

Im Rahmen der Anwendung des DAWI-Regelungsrahmens, der bestimmt, unter welchen Voraussetzungen bestimmte staatliche Beihilfen mit Artikel 106 Absatz 2 AEUV vereinbar sind, entspricht der „öffentliche Auftrag“ bzw. der Betrauungsakt somit dem Rechts- oder Verwaltungsakt, mit dem einem Unternehmen die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse übertragen wird. Der Betrauungsakt oder Auftrag begründet nicht nur die Pflicht zur Erbringung der Dienstleistung, sondern in ihm müssen auch Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtung, die mit dieser Verpflichtung betrauten Unternehmen, die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlung sowie die zur Vermeidung einer Überkompensation getroffenen Vorkehrungen genannt werden.

In Bezug auf die „Dienstleistungsrichtlinie“ vertritt die Kommission die Auffassung, dass ein Dienstleistungserbringer, damit er als "vom Staat beauftragter

⁹¹ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache C 24/2005 – Frankreich – Laboratoire National d'Essai, ABl. Nr. L 95 vom 5.4.2007, S. 25.

⁹² EuGH, Urteil vom 30. März 2006 in der Rs. C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Slg. 2006, I-2941.

Dienstleistungserbringer" im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Richtlinie gelten kann, die Pflicht zur Erbringung der ihm vom Staat übertragenen Dienstleistung haben muss. Ein Dienstleister, dem beispielsweise im Wege einer Ausschreibung oder einer Dienstleistungskonzession eine Verpflichtung zur Erbringung einer Dienstleistung auferlegt wurde, kann damit als „vom Staat beauftragter“ Dienstleistungserbringer im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie angesehen werden. Dies gilt ebenfalls für jede andere staatliche Maßnahme, mit der der Dienstleister zur Erbringung einer Dienstleistung verpflichtet wird.

Folglich ist ein Dienstleister, der mit einem „öffentlichen Auftrag“ im Sinne des DAWI-Regelungsrahmens betraut wurde, gleichzeitig auch ein „beauftragter“ Dienstleistungserbringer im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie. Nach dem Beihilferecht gehören zum Auftrag oder Betrauungsakt selbstverständlich noch weitere Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, vor allem Vorkehrungen, mit denen sichergestellt wird, dass die Beihilfen, die der Dienstleister erhalten hat, die ihm durch die Dienstleistung entstehenden Kosten nicht übersteigen (siehe Abschnitte 3.5 und 3.6).

3.4.5. *Stellt der Beschluss einer regionalen Behörde, einer oder mehreren Berufsbildungseinrichtungen die Erbringung einer genau definierten, im Allgemeininteresse stehenden sozialen Dienstleistung auf dem Gebiet der Berufsbildung zu übertragen, eine Betrauung, bzw. einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne der Entscheidung und der Dienstleistungsrichtlinie dar?*

Ein nach innerstaatlichem Recht rechtsverbindlicher Beschluss einer Behörde, in dem a) Art und Dauer einer Gemeinwohlverpflichtung, b) das oder die mit der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung beauftragten Unternehmen und der räumliche Geltungsbereich des Auftrags, c) die Art der dem oder den Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte, d) die Parameter für die Berechnung, Kontrolle und etwaige Anpassung der Ausgleichszahlungen sowie e) die Modalitäten der Rückerstattung etwaiger zu viel gezahlter Beträge sowie die Vorkehrungen zur Vermeidung einer Überkompensation (in Übereinstimmung mit Artikel 4 der Entscheidung) genau angegeben sind, kann ein öffentlicher Auftrag bzw. ein Betrauungsakt im Sinne der Entscheidung sein.

Ein solcher Beschluss, der ein Betrauungsakt im Sinne der Entscheidung ist, stellt gleichzeitig auch einen Auftrag im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie dar, da er für das oder die Unternehmen, die die Dienstleistung erbringen sollen, eine Verpflichtung begründet.

Erfüllt der Beschluss, der eine Verpflichtung zur Erbringung einer Dienstleistung begründet, hingegen nicht die in Artikel 4 der Entscheidung genannten Voraussetzungen, stellt er zwar einen „Auftrag“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie, nicht aber im Sinne des DAWI-Regelungsrahmens dar.

Zur Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie siehe Ziffer 7.9.

3.4.6. Wird eine DAWI von mehreren staatlichen Stellen gemeinsam finanziert, muss dann jede beteiligte Stelle einen eigenen Betrauungsakt erlassen oder kann sie bei der Bewilligung der Ausgleichszahlung auf den Betrauungsakt der „federführenden“ Stelle Bezug nehmen?

Das Beihilferecht kennt keinen Standard-Betauungsakt; dieser muss nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats erlassen werden und für den ausgewählten Dienstleister eine Verpflichtung zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung begründen. Deshalb ist die Antwort auf die Frage, ob ein von einer federführenden staatlichen Stelle, z.B. einer Regionalverwaltung, erlassener Betrauungsakt im Sinne des DAWI-Regelungsrahmens auch für andere Gebietskörperschaften (z.B. eine Gemeinde oder eine andere Region) gilt, weitgehend im innerstaatlichen Recht zu finden.

Beispiele für Betrauungsakte, die im Falle einer Kofinanzierung einer DAWI/SDAI durch mehrere staatliche Träger einem „öffentlichen Auftrag“ im Sinne des DAWI-Regelungsrahmens entsprechen könnten:

- ein von einer Regionalverwaltung erstellter Rechts- oder Verwaltungsakt und ein auf dieser Grundlage gefasster Beschluss des Gemeinderates; in diesem Fall kann auch der Gemeinderatsbeschluss als Auftrag der betreffenden Gemeinde gelten;
- ein gemeinsam von einer Region, einem Departement und einer Kommune oder zwei Kommunen und zwei Regionen erstellter und beschlossener Rechts- oder Verwaltungsakt, mit dem ein oder mehrere Dienstleister mit der Erbringung einer bestimmten DAWI betraut werden.

Generell lässt sich daher sagen, dass die Form des gewählten Rechtsaktes sowie die Zahl der beteiligten Behörden keinen Einfluss auf dessen Klassifizierung als „Auftrag“ im Sinne des DAWI-Regelungsrahmens haben.

3.4.7. Wenn eine staatliche Stelle einen oder mehrere Dienstleister mit mehreren DAWI betrauen möchte, muss sie dann für jede DAWI einen gesonderten Betrauungsakt erlassen?

Es muss nicht für jede DAWI und jeden Dienstleister ein gesonderter Betrauungsakt erlassen werden. In dem Akt müssen jedoch für jede, einem Dienstleistungserbringer von der staatlichen Stelle auferlegte Gemeinwohlverpflichtung, deren Art und Dauer sowie alle sonstigen obligatorischen Angaben aufgeführt sein. Entbehrlich ist hingegen die Definition jeder einzelnen Leistung, solange Inhalt und Ausmaß jeder einzelnen DAWI hinreichend genau gefasst sind.

3.4.8. Sollten im Betrauungsakt eine zu erfüllende „Aufgabe“ oder „einzelne Tätigkeiten“ festgelegt werden?

Der Betrauungsakt muss nicht jede Tätigkeit definieren, die mit der Erbringung der entsprechenden DAWI einhergeht.

Solange der Umfang der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe genau definiert ist, kann sie weit gefasst werden, wenn es nicht möglich ist, die entsprechenden

Dienstleistungen näher zu umschreiben. Je genauer ein Betrauungsakt die gemeinwirtschaftliche Aufgabe beschreibt, desto geringer ist jedoch die Gefahr von beihilferechtlichen Beschwerden (z.B. von Wettbewerbern) gegen die Ausgleichszahlungen.

Es steht den Behörden nicht nur frei, sondern ist auch in deren Interesse, die Anforderungen an die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben näher auszuführen, etwa durch Festlegung von Qualitätsstandards oder im Wege öffentlicher Konsultationen zum Zwecke der Festlegung der Aufgaben. Dies steigert nicht nur die Qualität einer DAWI, sondern erhöht auch die Transparenz gegenüber Bürgern und Steuerzahlern.

3.4.9. *Wie entwirft man einen Betrauungsakt für spezifische Dienstleistungen wie SDAI, die einerseits Teil eines Gesamtkonzepts und andererseits auf die spezifischen Bedürfnisse einzelner Nutzer zugeschnitten sein müssen? Muss der Betrauungsakt jede zu erbringende Leistung spezifizieren?*

Der Betrauungsakt muss Angaben enthalten zu Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, den mit der Erbringung der Leistungen betrauten Unternehmen, den Parametern für die Berechnung der Ausgleichszahlung (nicht die genaue Höhe der geplanten Ausgleichszahlung) sowie den Sicherheitsvorkehrungen zur Vermeidung einer Überkompensation.

Es ist nicht immer notwendig, im Betrauungsakt alle Arten von Leistungen aufzuzählen, die erbracht werden müssen. So ist es beispielsweise nicht erforderlich, jede Art von erforderlicher medizinischer Versorgung anzuführen; die Angabe "häusliche Pflege von älteren Menschen in Stadt X" dürfte ausreichen. Hingegen muss eine korrekte Verteilung der Kosten zwischen DAWI und Nicht-DAWI Tätigkeiten, die der Dienstleister anbietet, möglich sein.

Bestimmte Arten von DAWI, wie die Unterstützung benachteiligter oder älterer Menschen, umfassen mitunter ein breites Spektrum von Dienstleistungen und sind Teil einer flächendeckenden Gemeinwohlaufgabe. Der Zweck des Betrauungsaktes besteht nicht darin, in die Organisation der DAWI einzugreifen, sondern darin, einen klaren Rahmen vorzugeben, in dem die Leistungen zu erbringen sind, und den Anwendungsbereich der betreffenden Leistungen festzulegen.

Die Elemente, die aus beihilferechtlicher Sicht in den Betrauungsakt aufgenommen werden müssen, hindern den Staat nicht daran, ihre DAWI nach eigenem Gutdünken auszugestalten und zu organisieren. Mitgliedstaaten und öffentliche Einrichtungen haben einen großen Ermessensspielraum bei der Bestimmung der Aufgaben, die sie als Gemeinwohlaufgaben betrachten, wobei die spezifischen Dienstleistungen, die Teil dieser Aufgaben sind, nicht zwangsläufig in aller Ausführlichkeit zu erläutern sind⁹³.

Der Staat kann jedoch über die grundlegenden Anforderungen an einen Betrauungsakt hinausgehen und beispielsweise Kriterien entwickeln, die dazu dienen, die Leistung der mit DAWI betrauten Unternehmen zu verbessern. Die

93 Es sei angemerkt, dass der große Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Bestimmung ihrer Gemeinwohlaufgaben stets der Kontrolle durch die Kommission und den EuGH im Hinblick auf etwaige offenkundige Fehler unterliegt.

Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen erfordern lediglich die Definition der Gemeinwohlaufgabe, in deren Rahmen neue oder verbesserte DAWI erbracht werden.

Beispiele:

- Möchte eine Behörde ein Altenzentrum oder einen Sozialdienst für ältere Menschen einrichten, würde es ausreichen, wenn im Betrauungsakt der Erbringer der SDAI mit der Aufgabe betraut wird, ein Zentrum zu schaffen, das älteren Menschen die nötige Hilfe zuteil werden lässt, wobei deren unterschiedlichen Bedürfnissen vor allem in medizinischer, psychologischer und sozialer Hinsicht Rechnung zu tragen ist, oder - im Falle des Sozialdienstes – Dienstleistungen wie häusliche Pflege, Essen auf Rädern, Reinigungsdienste usw. bereitzustellen.
- Soll ein Betreuungszentrum für arbeitslose Jugendliche errichtet werden, würde es ausreichen, den Dienstleister mit der Schaffung eines Zentrums für arbeitslose Jugendliche zu beauftragen, das den Jugendlichen die erforderlichen Weiterbildungsmaßnahmen sowie andere wirksame Wiedereingliederungsmaßnahmen anbietet.

3.4.10. *Werden auf dem freien Markt Dienstleistungen angeboten, die in etwa dieselben sind wie diejenigen, die Gegenstand einer Gemeinwohlverpflichtung sind, kann der Staat diese Verpflichtungen dann so definieren, dass sie sich von den auf dem freien Markt angebotenen Dienstleistungen unterscheiden?*

Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Definition der DAWI über einen beträchtlichen Ermessensspielraum (siehe Ziffer 2.4).

Um die Entscheidung und den Gemeinschaftsrahmen richtig anzuwenden, muss die öffentliche Hand die Gemeinwohlverpflichtungen, die sie einem Erbringer einer DAWI auferlegt (siehe Antwort auf Frage 3.4.8), sowie die Parameter für die Kosten, anhand derer der Ausgleich berechnet wird (siehe hierzu die Antworten auf die Fragen im Abschnitt 3.5), möglichst genau bestimmen. Dies gilt unabhängig davon, ob es noch andere Anbieter auf dem Markt gibt, die mit der DAWI betraut werden könnten. Wenn jedoch andere Dienstleister, die nicht mit einer DAWI betraut wurden, bereits ähnliche Dienstleistungen auf dem Markt anbieten, dann ist es besonders wichtig, dass der Mitgliedstaat die besonderen Merkmale der betreffenden Dienstleistung klar hervorhebt, vor allem die Bedingungen, unter denen sie erbracht werden sollen, und die Zielgruppe, an die sie sich richten.

3.4.11. *Wie entwirft man einen Betrauungsakt für Dienstleistungen, die während der Verrichtung an neue Gegebenheiten angepasst werden müssen, wie zum Beispiel schwankende Nutzerzahlen und nun zeitaufwändigere Prozesse und die deshalb angepasst werden müssen?*

Behörden und Dienstleister sind meist erfahren in der Erbringung personalisierter Dienstleistungen und wissen, dass während der Erbringung von DAWI spezielle Bedürfnisse entstehen und sich die Bedingungen ändern können. Sie können daher

anhand ihrer Erfahrung eine verlässliche Schätzung des möglichen zusätzlichen Bedarfs vornehmen und diese in die Parameter, die im Rahmen des Betrauungsakts berücksichtigt werden sollen, mit einbeziehen.

Zwei Möglichkeiten sind denkbar:

- Die öffentliche Hand kann in dem Betrauungsakt einen Korrekturmechanismus vorsehen, der im Nachhinein eine regelmäßige Anpassung des Auftrags ermöglicht⁹⁴.
- Die öffentliche Hand kann den Betrauungsakt aktualisieren, wenn sich zeigt, dass eine bestimmte Dienstleistung nicht vorgesehen war, aber durch den gleichen Dienstleister erbracht werden könnte.

Beispiel:

Eine Kommune möchte umfassende Dienstleistungen anbieten, die die verschiedenen Bedürfnisse älterer Menschen befriedigen (häusliche Pflege, Essen auf Rädern, Reinigungsdienste usw.). Wie stellt man sicher, dass die Kommune den Dienstleistungsanbieter für die Bereitstellung zusätzlicher Dienste entschädigen kann, die Bedürfnisse befriedigen, die anfangs nicht vorgesehen waren?

Es ist immer möglich, den Betrauungsakt nachträglich zu ändern, wenn man erkennt, dass eine bestimmte Dienstleistung nicht vorgesehen war, aber vom gleichen Erbringer zur Verfügung gestellt werden kann. Wie oben erläutert, könnte die Kommune auch anhand ihrer bisherigen Erfahrungen auf diesem Gebiet eine Schätzung des zusätzlichen Bedarfs an Dienstleistungen vornehmen oder nachträgliche Berichtigungsmechanismen vorsehen.

3.4.12. *Schränkt das Erfordernis eines Betrauungsaktes die Unternehmerfreiheit von DAWI-Anbietern ein, die in verschiedenen Mitgliedstaaten verfassungsrechtlich oder gesetzlich garantiert ist?*

Das Erfordernis eines Betrauungsaktes beschränkt keineswegs die Unternehmerfreiheit von Einrichtungen, die soziale Dienstleistungen erbringen. Solchen Einrichtungen steht es vollkommen frei, die Weiterentwicklung, Verbesserung oder Innovation solcher Dienste zu betreiben und der öffentlichen Hand entsprechende Vorschläge zu unterbreiten.

Der Begriff des Betrauungsakts ist so weit dehnbar, dass er sich auch auf den Beschluss einer Behörde übertragen lässt, mit welchem Vorschläge gebilligt und finanziert werden. Wenn eine Behörde daher dem Vorschlag eines Dienstleisters zustimmt, so müssen gemäß der Entscheidung die vom Dienstleister vorgeschlagene Definition der DAWI sowie die Parameter für die Berechnung der

94 Siehe hierzu die Entscheidung der Kommission in den Beihilfefällen N 541/2004 und N 542/2004 – Niederlande – "Risikoausgleichssystem und Bildung von Rücklagen", ABl. C 324 vom 21.12.2005, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n541-542-04.pdf.

Ausgleichszahlung und die zur Vermeidung einer Überkompensation getroffenen Vorkehrungen in den Inhalt eines solchen Beschlusses bzw. in den Vertrag zwischen Behörde und Einrichtung aufgenommen werden.

3.4.13. *Schränkt das Erfordernis eines Betrauungsaktes die Gestaltungsfreiheit der lokalen Zweigstellen eines auf nationaler Ebene rechtmäßig beauftragten DAWI-Erbringers bei der Festsetzung der Prioritäten ein?*

Solange ein Dienstleister auf nationaler Ebene mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Wege eines Rechts- oder Verwaltungsakts betraut wurde, in dem Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlung sowie die zur Vermeidung einer Überkompensation getroffenen Vorkehrungen angegeben sind, können die örtlichen Zweigstellen des Dienstleisters ihre Prioritäten selbst festlegen, soweit dabei die im Betrauungsakt enthaltenen Vorgaben eingehalten werden.

3.5. Ausgleichszahlung

3.5.1. *Die Entscheidung verlangt, dass die Kostenparameter im Betrauungsakt festgelegt werden. Inwiefern ist dies möglich, da doch die Dienstleistung noch gar nicht erbracht wurde?*

Es ist häufig unmöglich bereits am Anfang, wenn ein Unternehmen mit der Erbringung einer DAWI beginnt, alle kostenrelevanten Faktoren zu kennen. Deshalb verlangt die Entscheidung im Vorhinein auch keine detaillierte Berechnung des Betrages, beispielsweise des Preises pro Tag, pro Mahlzeit oder pro Pflegeeinheit, der aus öffentlichen Mitteln zurückerstattet werden soll, wenn dies nicht möglich ist. Es bleibt natürlich den Behörden überlassen, solche Parameter bereits zu bestimmen, wenn sie dies möchten.

Die Entscheidung erfordert lediglich, dass der Betrauungsakt die Grundlagen für die zukünftige Berechnung der Ausgleichszahlung enthält, zum Beispiel, dass der Ausgleich auf der Basis des Preises pro Tag, pro Mahlzeit, pro Pflegeeinheit etc. auf der Grundlage einer geschätzten Zahl von Leistungsempfängern bestimmt wird.

Entscheidend ist, dass klar ist, auf welcher Grundlage die finanzierende Stelle (Staat, Kommunalbehörde) den Dienstleister entschädigen wird. Auch gegenüber dem Steuerzahler ist es von Vorteil, wenn die Berechnungsgrundlage transparent ist.

Beispiele:

- Wenn die öffentliche Hand ein Altenzentrum errichten möchte, könnten für die Berechnung des Ausgleichs folgende Parameter herangezogen werden:
 - die Anzahl der Senioren, die im Verlauf eines Jahres im Zentrum betreut worden sind

- die Anzahl der Tage, die sie dort im Verlauf eines Jahres verbracht haben.
- Im Falle der Einrichtung eines Betreuungszentrums für arbeitslose Jugendliche wären folgende Parameter denkbar:
 - die Anzahl der arbeitslosen Jugendlichen, die im Verlauf eines Jahres eine Fortbildungsmaßnahme durchlaufen haben
 - das verwendete Lehrmaterial und die Vergütung der Lehrkräfte auf Jahresbasis.

3.5.2. *Selbst für erfahrene Unternehmen, die DAWI anbieten, sind die Kosten nicht immer vorhersehbar, so dass die Gefahr eines nachträglichen Defizits besteht: So können sich unvorhersehbare Änderungen bei der Pflegeintensität, dem Profil und der Zahl der Leistungsempfänger sowie der Höhe der Einnahmen ergeben (fehlende Beitragszahlungen, Schwankungen der Zahl der Leistungsempfänger, Ausbleiben von Beiträgen anderer Behörden). Was kann die öffentliche Hand in dieser Situation tun?*

Ein mit einer DAWI betrautes Unternehmen wird sich, insbesondere wenn es neu auf dem Markt oder ein eher kleines Unternehmen ist, oft nicht auf ein festgesetztes Budget oder einen Fixpreis pro Einheit einlassen können. Mit steigender Zahl der Leistungsempfänger steigen zweifelsohne auch die Kosten; wenn einige unter ihnen nicht den vorab festgelegten Beitrag zahlen können, fallen die Einnahmen geringer aus usw.

Jedoch ändert dies nichts an der Höhe der anfallenden Kosten (Gehälter, Miete...) oder der Art ihrer Berechnung (pro Pflegeeinheit...). Dies bedeutet wiederum, dass der Anbieter höhere Kosten zu tragen hat und die öffentliche Einrichtung daher höhere Ausgleichszahlungen leisten muss.

Die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen ermöglichen es, diesen Umständen gebührend Rechnung zu tragen. Enthält der Betrauungsakt keine Schätzungen zu etwaigen Änderungen oder Unwägbarkeiten, die während der Erbringung von DAWI auftreten können, ließe sich das Problem beispielsweise durch Einführung eines Korrekturmechanismus lösen, bei dem die geschätzten Kosten nachträglich anhand der tatsächlichen Kosten berichtigt werden.

Solange die Gesamthöhe des jährlichen Ausgleichs unter dem in der Entscheidung festgesetzten Schwellenwert liegt, sind zwei Möglichkeiten denkbar:

- Die öffentliche Hand kann in dem Betrauungsakt einen Korrekturmechanismus vorsehen, der im Nachhinein eine regelmäßige Anpassung der Kostenparameter ermöglicht.
- Die öffentliche Hand kann den Betrauungsakt aktualisieren, wenn sie der Ansicht ist, dass ein Kostenparameter modifiziert werden muss.

3.5.3. *Wie bestimmt man die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlung (Artikel 4 Buchstabe d der Entscheidung), wenn eine DAWI durch zwei oder mehr Behörden finanziert wird?*

Gesetzt den Fall, zwei oder mehrere Gebietskörperschaften (z.B. Stadt und Region) möchten ein Zentrum für benachteiligte Personen teilfinanzieren, dann kann jede Gebietskörperschaft – gegebenenfalls nach Absprache mit dem Dienstleister - die Parameter der Ausgleichszahlung entsprechend der betreffenden Dienstleistung festlegen.

Ihren individuellen Beitrag zur Ausgleichszahlung können sie nach Belieben bestimmen, solange der Gesamtbetrag sämtlicher Ausgleichszahlungen die vom DAWI-Dienstleister tatsächlich aufgewendeten Nettokosten nicht übersteigt.

3.5.4. *Wie wird die Ausgleichszahlung berechnet, wenn die öffentliche Hand nur einen Teil der jährlichen Kosten eines mit einer DAWI betrauten Dienstleisters finanzieren möchte?*

Für die Berechnung der Ausgleichszahlung werden die mit der Erbringung der DAWI verbundenen Kosten zugrunde gelegt. Zu berücksichtigen sind diejenigen Kosten, die bei der Erbringung der Dienstleistung tatsächlich anfallen. Zu beachten ist, dass die Ausgleichszahlung nicht über das hinausgehen darf, 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 abzudecken⁹⁵. Möchte die öffentliche Hand beispielsweise 60 % der gesamten, mit der Erbringung der Dienstleistung verbundenen Kosten finanzieren, muss sie all diese Kosten für die Berechnung der Ausgleichszahlung heranziehen.

3.5.5. *Ist für bestimmte Kosten eine bestimmte Ausgleichszahlung vorzusehen?*

Das Beihilferecht geht nicht auf die Art der Kosten einer DAWI ein (z.B. Gehälter, Gebäudeinstandhaltung, besondere Beschaffungsmaßnahmen usw.), sondern auf ihre Zweckbestimmung, d.h. darauf, ob diese Kosten im Zuge der Erbringung der DAWI angefallen sind oder nicht. Es ist somit nicht nötig, für einzelne Dienste, die Teil des Gemeinwohlauftrags sind, spezifische Ausgleichszahlungen festzulegen.

3.5.6. *Wird eine DAWI teilweise vom Staat und teilweise von den Leistungsempfängern finanziert, darf der Staat dann sämtliche Kosten übernehmen, wenn die DAWI defizitär ist?*

Wird eine DAWI sowohl aus staatlichen Mitteln als auch durch die Leistungsempfänger finanziert und übersteigen die Kosten die Einnahmen beispielsweise wegen zu geringer Beteiligung der Leistungsempfänger, kann das Defizit vom Staat gedeckt werden, solange keine Überkompensation entsteht und die von der betreffende Behörde festgesetzten Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlung dies erlauben. Liegt keine Überkompensation vor, bestimmt sich der Anteil der staatlichen Mittel nach der nationalen Gesetzgebung; das Beihilferecht spielt hierbei keine Rolle.

⁹⁵ Vgl. Artikel 5 der Entscheidung vom 28. November 2005.

3.5.7. *Ist es möglich, für die Berechnung der Ausgleichszahlung sowohl staatliche Subventionen als auch sonstige staatliche Leistungen heranzuziehen, die einer Einrichtung bei der Erfüllung ihrer Gemeinwohlverpflichtungen zugute kommen?*

Gemäß Artikel 5 der Entscheidung gelten als Ausgleichszahlung alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährten Vorteile jedweder Art. Es ist unerheblich, ob der vom Staat gewährte Vorteil finanzieller Natur ist oder aus Sachleistungen besteht.

3.5.8. *Wie wird die Höhe der Ausgleichszahlung berechnet für den Fall, dass der Erbringer einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bei mehreren der von ihm ausgeführten Gemeinwohlaufgaben besondere oder ausschließliche Rechte genießt?*

Gemäß Artikel 5 Absatz 3 der Entscheidung müssen aus besonderen oder ausschließlichen Rechten gewonnene Erträge sowie alle sonstigen dem betreffenden Unternehmen gewährte Vergünstigungen zu den Einnahmen hinzugerechnet werden. Das Gleiche kann auch für Erträge aus sonstigen Tätigkeiten gelten, wenn der Staat dies beschließt.

Beihilferechtlich gesehen heißt dies, dass, wenn eine DAWI defizitär ist, dafür aber eine andere DAWI aufgrund bestehender ausschließlicher oder besonderer Rechte Gewinne abwirft, die über dem liegen, was laut Entscheidung als Ausgleich erforderlich ist, der zu zahlende Nettoausgleich um eben diesen Vorteil zu verringern ist.

3.5.9. *Kann die öffentliche Hand in dem Betrauungsakt vorsehen, dass sie für die in einem bestimmten Zeitraum angefallenen betrieblichen Verluste aufkommt, ohne zusätzliche Parameter für die Berechnung des Ausgleichs festzusetzen?*

Die Mitgliedstaaten müssen, um nicht im Widerspruch zu der Entscheidung und zum Gemeinschaftsrahmen zu handeln, in dem Betrauungsakt die Parameter festlegen, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, damit die EU-Organe sie überprüfen können.

Dennoch haben die Mitgliedstaaten bei der Definition der Parameter einen gewissen Spielraum, der ihnen ihre Finanzplanung erleichtern soll, vorausgesetzt, die gewählte Methode ermöglicht eine nachvollziehbare und überprüfbare Berechnung des Ausgleichs. Worauf es aus Sicht des Beihilferechts letztlich ankommt, ist, dass die Erbringer einer DAWI keine überhöhten Ausgleichszahlungen erhalten. Die Mitgliedstaaten können über die Art der Erbringung und die Höhe der Finanzierung ihrer DAWI frei entscheiden, solange sie dabei das einschlägige EU-Recht einhalten. Sie können daher grundsätzlich auch die Parameter des Ausgleichs selbst festlegen und dabei die Deckung der betrieblichen Verluste vorsehen, solange sich aus den Parametern ablesen lässt, dass keine Überkompensation stattfindet.

3.5.10. Wenn sich mehrere Gebietskörperschaften, darunter eine Kommune, und privatrechtliche Organisationen zu einer juristischen Person zusammenschließen, um gemeinsam eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu erbringen, wie schlägt sich dann die Tatsache, dass ein Teil der Mitglieder keine Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, bei der Berechnung des Ausgleichs nieder?

Angenommen, der Betreiber der DAWI erhält von den Mitgliedern, die keine Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, finanzielle Zuwendungen oder sonstige Vergünstigungen, dann stellt sich die Frage, ob diese Zuwendungen als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV zu werten sind. Die Zuwendung einer privatrechtlichen Organisation kann nämlich eine staatliche Beihilfe darstellen, wenn sie „aus staatlichen Mitteln“ gewährt wurde. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die betreffende privatrechtliche Organisation ein öffentliches Unternehmen im Sinne der Transparenz-Richtlinie⁹⁶ und die Entscheidung über die Gewährung der Beihilfe außerdem dem Staat zuzurechnen ist⁹⁷. Wenn die betreffende Zuwendung als staatliche Beihilfe gewertet wird, muss sie zu den übrigen staatlichen Beihilfen hinzugerechnet werden, wobei darauf zu achten ist, dass die Gesamtbeihilfe nicht über das hinausgeht, 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.

Außerdem muss die Zuwendung, wenn sie eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellt, den Erfordernissen der Entscheidung bzw. des Gemeinschaftsrahmens genügen, vor allem dem Erfordernis, dass ein öffentlicher Auftrag vorliegen muss. Auf der Grundlage dieses Auftrags kann das neu geschaffene Rechtssubjekt (unter Bezugnahme auf die vom Staat geschaffenen Gemeinwohlverpflichtungen) die DAWI finanzieren.

Wird die Zuwendung zur Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen nicht als staatliche Beihilfe gemäß Artikel 107 Absatz 1 AEUV gewertet, geht sie nicht mit in die Berechnung der Gesamtbeihilfe ein; stattdessen wird sie zu den Einnahmen aus der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen hinzugerechnet, wodurch sich die Nettokosten der DAWI und damit die Berechnungsgrundlage für die Ausgleichszahlung verringern. Die Kriterien der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens müssen in diesem Fall nicht beachtet werden.

3.5.11. Muss ein Unternehmen, das DAWI erbringt und gleichzeitig anderen gewerblichen Tätigkeiten nachgeht, eine getrennte Buchhaltung führen?

Tatsächlich sind Unternehmen, die DAWI erbringen und gleichzeitig noch anderen gewerblichen Tätigkeiten nachgehen, verpflichtet, für jedes Tätigkeitsfeld eine getrennte Buchhaltung zu führen. Auf diese Weise können sie am einfachsten nachweisen, dass die ihnen zugewiesenen Ausgleichszahlungen nicht die Nettokosten der erbrachten DAWI übersteigen und daher keine Überkompensation

⁹⁶ Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (ABl. L 318 vom 17.11.2006, S. 17).

⁹⁷ EuGH, Urteil vom 13. März 2001 in der Rs. C-379/98, Preussen Elektra AG, Slg. 2001, I-2009, Rdnr. 58.

vorliegt. Bei einer getrennten Buchführung für die DAWI- und die sonstigen Tätigkeiten kann die Kommission leichter nachprüfen, ob die Kriterien der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens eingehalten wurden⁹⁸.

3.5.12. *Ist es erforderlich, eine getrennte Buchhaltung für ein Unternehmen zu führen, das DAWI erbringt und gleichzeitig auch nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgeht?*

In diesem Fall besteht keine gesetzliche Verpflichtung zu einer getrennten Buchführung. Dennoch sollte aus der internen Buchführung ersichtlich sein, welche Kosten sich aus der Erbringung einer DAWI ergeben, da ansonsten die Höhe der Ausgleichszahlung nicht festgelegt werden kann. Außerdem sollte ein für eine DAWI zuständiges Unternehmen in der Lage sein, im Falle einer Beschwerde die Abwesenheit einer Überkompensation nachzuweisen.

3.5.13. *Wie steht es mit den Ausgleichszahlungen, wenn ein Unternehmen die gleiche Infrastruktur benutzt, um sowohl DAWI zu erbringen als auch wirtschaftlichen Tätigkeiten nachzugehen, die keine DAWI sind?*

Das Unternehmen muss beiden Tätigkeitsfeldern Kosten zuweisen. Dabei umfassen die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbaren Kosten sämtliche durch die Erbringung der fraglichen Dienstleistung verursachten variablen Kosten, einen angemessenen Anteil an den gemeinsamen Fixkosten sowie eine angemessene Rendite.

3.5.14. *Sind Steuervorteile, die sich aus der Gemeinnützigkeit einer Organisation ergeben, als Einnahmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 der Entscheidung zu verbuchen?*

Die Ausgleichszahlung darf die Differenz zwischen den Kosten, die sich tatsächlich aus der Erbringung der DAWI ergeben, und den aus dieser Tätigkeit erzielten Einnahmen abdecken. Ein Steuervorteil kann sich in Form von Einnahmen oder in Form einer Kostensenkung äußern. Ungeachtet seiner Natur muss dieser bei der Festsetzung der Höhe der Ausgleichszahlung berücksichtigt werden.

Wenn der Steuervorteil in einer Senkung der Kosten besteht, bedeutet das, dass für den Betrag, um den die Kosten gesenkt wurden, keine Ausgleichszahlung gewährt werden darf. Besteht der Steuervorteil in einer zusätzlichen Einnahme für den Dienstleister, dann ist diese von der zu gewährenden Ausgleichszahlung abzuziehen.

3.5.15. *Sind Zahlungen, die im Rahmen eines Gewinnabführungs- und Verlustübernahmevertrags innerhalb einer Holding mit staatlicher Beteiligung geleistet wurden, Einnahmen im Sinne des Artikels 5 Absatz 3 der Entscheidung?*

In zahlreichen Mitgliedstaaten haben Holdings mit staatlicher Beteiligung Gewinnabführungs- und Verlustübernahmeverträge, wonach ein profitables Tochterunternehmen seine Gewinne an die Holdinggesellschaft abzuführen hat, die dann diese Gewinne dazu verwendet, die Verluste einer anderen, DAWI erbringenden Tochtergesellschaft auszugleichen.

⁹⁸

Siehe Artikel 5 Absatz 5 der Entscheidung sowie Ziffer 19 des Gemeinschaftsrahmens.

Solche Transferzahlungen müssen zu den Einnahmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 der Entscheidung gezählt werden und reduzieren dementsprechend die Nettokosten für die Berechnung der Ausgleichszahlung.

3.5.16. Was bedeutet „angemessene Rendite“ bei der Berechnung der Ausgleichszahlung?

Gemäß Artikel 5 Absatz 4 der 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 verstehen⁹⁹.

In der Regel darf die Rendite, die in dem betreffenden Sektor in den Jahren davor erzielte durchschnittliche Rendite, nicht übersteigen¹⁰⁰.

3.5.17. Zum Zwecke der Berechnung einer angemessenen Rendite ist sowohl in der Entscheidung als auch im Gemeinschaftsrahmen von einem „angemessenen Kapitalertrag“ die Rede. Gibt es verschiedene Methoden der Berechnung einer angemessenen Rendite?

In erster Linie soll mit den betreffenden Bestimmungen der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens zum Ausdruck gebracht werden, dass auch ein angemessener Eigenkapitalertrag aus der Erbringung der betreffenden DAWI zum Ausgleich gehören kann. Dieser Ertrag darf jedoch nicht höher sein als der auf dem Markt gängige Durchschnittsertrag unter Berücksichtigung der Risikoposition des DAWI-Erbringers.

Neben dem Eigenkapitalertrag gibt es in der Praxis tatsächlich verschiedene Methoden zur Berechnung einer angemessenen Rendite.

Diese Methoden unterscheiden sich sowohl hinsichtlich der Definition des Begriffs „Rendite“ als auch hinsichtlich der Art ihrer Berechnung:

- Weit verbreitet, wenn es darum geht, Gewinne innerhalb eines Sektors und sektorenübergreifend zu vergleichen, ist die Definition „Gewinn vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (EBITA - Earnings before interests, taxes and amortisation). EBITA ermöglicht eine zuverlässige Messung der Gewinne eines Unternehmens und den Vergleich mit anderen Unternehmen.

⁹⁹ Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße definiert den Begriff „angemessener Gewinn“ als die in dem betreffenden Sektor in einem bestimmten Mitgliedstaat übliche angemessene Kapitalrendite, wobei das aufgrund des Eingreifens der Behörde vom Betreiber eines öffentlichen Dienstes eingegangene Risiko oder für ihn entfallende Risiko zu berücksichtigen ist.

¹⁰⁰ Siehe Artikel 5 Absatz 4 der Entscheidung: "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."

- Die EBITA-Kennzahl kann auf unterschiedliche Weise ausgedrückt werden (z.B. in % des Absatzes, der Aktiva, des gebundenen Kapitals oder des Eigenkapitals). Der Umsatzerlös wird häufig herangezogen, wenn Vergleiche innerhalb des Sektors angestellt werden sollen. Für Vergleiche zwischen den Sektoren wird auf die Gesamtkapitalrentabilität (ROA oder ROCE) Bezug genommen.

Auch wenn die Entscheidung oder der Gemeinschaftsrahmen die angemessene Rendite anhand des Eigenkapitalertrags bemisst, kann es im konkreten Fall passieren, dass die entsprechenden Zahlen nicht vorliegen oder unpassend sind, wohingegen andere Zahlen, z.B. der Umsatzerlös, vorhanden und geeignet sind.

In solchen Fällen ist es immer möglich, andere Kennzahlen zu verwenden, die solide und zuverlässige Messgrößen für die Berechnung der angemessenen Rendite liefern, beispielsweise die oben genannten. Diese Kennzahlen sind jedoch der Kommission mitzuteilen, zusammen mit einer Erläuterung, warum der Eigenkapitalertrag keine zweckmäßige Größe darstellt und sich in dem speziellen Fall eine alternative Berechnungsmethode anbietet.

3.5.18. *Sollte bei der Definition der Parameter für die Ausgleichszahlung für ein bestimmtes Unternehmen ein Vergleich mit anderen Unternehmen vorgenommen werden? Sollte auch die Effizienz beurteilt werden? Wie kann der Wert von geistlichem oder spirituellem Beistand oder von sonstigem zusätzlichem Zeitaufwand bemessen werden?*

Es bleibt der Behörde überlassen, den Umfang der jeweiligen Gemeinwohlaufgabe zu definieren und zu bestimmen, ob nicht-messbare Aufgaben (etwa für Senioren oder Behinderte) Mehrkosten verursachen, etwa durch einen Mehraufwand an Zeit für die die Dienstleistung erbringenden Personen. Diese Kosten können natürlich berücksichtigt und entschädigt werden. Die Entscheidung verlangt keine Beurteilung der Effizienz. Die Beurteilung der Qualität einer Dienstleistung bleibt ebenfalls den zuständigen Behörden überlassen.

Wenn zum Beispiel zwei Einrichtungen DAWI erbringen, für die im Betrauungsakt ein unterschiedliches Qualitätsniveau vorgesehen ist, dann erhält jeder der Dienstleister einen Ausgleich für die ihm entstandenen Kosten, die entsprechend dem verlangten Qualitätsniveau unterschiedlich ausfallen.

3.5.19. *Verlangt die Entscheidung die Auswahl des günstigsten Unternehmens für die Erbringung der DAWI?*

Nein, die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen erfordern dies nicht. Die Mitgliedstaaten sind verantwortlich für die Definition der von ihnen gewünschten DAWI und besonders für die Festlegung von deren Qualität. Je höher die Qualität, desto höher können die Erbringungskosten sein, wobei die Ausgleichszahlung alle Kosten decken kann, die dem Unternehmen tatsächlich entstanden sind.

3.5.20. Die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen erlauben Ausgleichszahlungen, untersagen aber eine Überkompensation. Was bedeutet der Begriff der „Überkompensation“?

Die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen erlauben Ausgleichszahlungen in Höhe von 100 % der tatsächlich angefallenen Nettokosten für das mit der Erbringung der DAWI betraute Unternehmen sowie ggf. eine angemessene Rendite, wenn die Behörden dies für richtig halten. Überkompensation ist daher eine Ausgleichszahlung, die die dem Unternehmen tatsächlich entstandenen Kosten übersteigt. Eine Überkompensation hat nichts zu tun mit der Effizienz des betreffenden Unternehmens.

3.6. Vermeidung von Überkompensation durch Kontrolle

3.6.1. Welche Folgen hätte die Einführung eines Mechanismus zur Verhinderung jeglicher Überkompensation für die Pflicht der Vergabebehörde eine etwaige Überkompensation zu verhindern?

Da unbedingt darauf zu achten ist, dass der Ausgleich für die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung nicht über das zur Deckung der mit ihr verbundenen Kosten erforderliche Ausmaß – unter Berücksichtigung der einschlägigen Einnahmen und eines angemessenen Gewinns – hinausgeht, kann sich ein Mechanismus zur Vermeidung einer Überkompensation als hilfreich erweisen. Allerdings entbindet er die Mitgliedstaaten nicht von der Verpflichtung nach Artikel 6 der Entscheidung und Nummer 20 des Gemeinschaftsrahmens, sich zu vergewissern, dass Unternehmen tatsächlich keine Überkompensation erhalten.

3.6.2. Wie muss eine solche Kontrolle vonstatten gehen, wenn eine DAWI von zwei oder mehr Behörden kofinanziert wird (z.B. Zentralstaat und/oder Region und/oder Bezirk und/oder Kommune)?

Wenn eine DAWI von zwei oder mehr Behörden kofinanziert wird, muss der für die Kontrolle zur Vermeidung einer Überkompensation berücksichtigte finanzielle Ausgleich die Summe aller Ausgleichszahlungen der beteiligten Behörden umfassen.

Ansonsten gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Finanzierung durch eine einzige Behörde. Eine Kontrolle auf Überkompensation kann erst im Nachhinein anhand der tatsächlich für die Erbringung der DAWI angefallenen Kosten vorgenommen werden. Nur mittels einer vollständigen Aufstellung sämtlicher Kostenbelege kann eine etwaige Über- oder Unterkompensation festgestellt und nachgewiesen werden. Artikel 6 der Entscheidung sieht entsprechende Modalitäten für die Kontrolle durch die Mitgliedstaaten vor. Außerdem wird festgelegt, in welcher Höhe bereits ausgezahlte Überkompensation auf das Folgejahr angerechnet werden darf. Dieser Wert beträgt generell 10 % der jährlichen Ausgleichssumme, und im Bereich des sozialen Wohnungsbaus bis zu 20 %, sofern das Unternehmen nur Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt. Dabei spielt es keine Rolle, ob eine DAWI von mehreren öffentlichen Einrichtungen kofinanziert wird.

3.6.3. *Wie sind im Überschuss gezahlte Ausgleichsbeträge zu erstatten, wenn diese Überkompensation auf eine Kofinanzierung durch mehrere Verwaltungsebenen zurückzuführen ist?*

Die Aufteilung der zurückzuzahlenden Beträge auf die verschiedenen öffentlichen Einrichtungen fällt nicht in die Zuständigkeit der Union, sondern in die des betreffenden Mitgliedstaates. Aus beihilferechtlicher Sicht ist nur bedeutsam, dass die Überkompensation und der mit ihr verbundene ungerechtfertigte Vorteil zurückgenommen werden.

3.7. *Unterkompensation*

3.7.1. *Steht das Beihilferecht einer Unterkompensation des Erbringers von SDAI/DAWI entgegen, d.h. einer unter den tatsächlichen Kosten liegenden Ausgleichszahlung? Würde eine Unterkompensation nicht dem Konkurrenten des Dienstleistungserbringers, der eine solche mit der Unterkompensation verbundene finanzielle Last nicht zu tragen hat, einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen?*

Die Beihilferegeln verbieten lediglich eine Überkompensation, d.h. einen über das für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderliche Ausmaß hinausgehenden Ausgleich. Es ist nicht untersagt, den Erbringern einer DAWI einen geringeren oder überhaupt keinen Ausgleich zu gewähren. Die Mitgliedstaaten befinden über Art und Höhe der Finanzierung der von ihnen eingeführten DAWI, wobei die Regeln des Gemeinschaftsrechts zu beachten sind.

3.7.2. *Kann ein Unternehmen, das für eine DAWI keinen hinreichenden Ausgleich erhält, eine Überkompensation anrechnen, die es möglicherweise im gleichen Zeitraum für eine andere DAWI erhalten hat?*

Die Mitgliedstaaten können die von ihnen eingerichteten DAWI mittels eines Ausgleichs aber auch über jede andere Form finanzieren, die nicht zu einer Überkompensation führt. Die einzige beihilferechtliche Grenze für die Finanzierung einer DAWI ist das Verbot der Überkompensation.

Wenn ein Unternehmen für die Erbringung einer DAWI während eines bestimmten Zeitraums keinen hinreichenden Ausgleich erhält, ist die Übertragung einer etwaigen, im gleichen Zeitraum angefallenen Überkompensation für eine andere, vom gleichen Unternehmen erbrachte DAWI auf der Grundlage von Artikel 3 des Gemeinschaftsrahmens zulässig¹⁰¹. Demnach muss die Mittelübertragung in den Büchern des betreffenden Unternehmens ausgewiesen und im Einklang mit den Bestimmungen und Grundsätzen des Gemeinschaftsrahmens, vor allem in Bezug auf die Vorabanmeldung, vorgenommen werden. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass derartige Mittelübertragungen einer ordentlichen Kontrolle unterzogen werden. Eine überhöhte Ausgleichszahlung kann übrigens einem Unternehmen nicht mit der Begründung überlassen werden, dass es sich hierbei um eine Beihilfe handelt, die mit dem EG-Vertrag vereinbar ist. Eine solche Beihilfe muss bei der Kommission angemeldet und von dieser genehmigt werden oder die einschlägigen Freistellungskriterien erfüllen.

¹⁰¹ Siehe Ziffern 22 und 23 des Gemeinschaftsrahmens.

3.7.3. *Kann ein mit einer DAWI betrautes Unternehmen, das keinen ausreichenden Ausgleich erhält, vor Ablauf des Haushaltsjahres einen Vorabausgleich erhalten, selbst wenn es nach Ablauf des Jahres die für die Erfüllung seines Auftrags erforderliche Kompensierung erhält?*

Lediglich eine Überkompensation würde gegen die Beihilferegeln verstoßen. Liegt eine Unterkompensation vor, können die Mitgliedstaaten frei entscheiden, auf welche Weise der Ausgleich korrigiert wird, solange dies nicht zu einer Überkompensation führt. Zu den Möglichkeiten, Auftrag und Berechnungsparameter für den Ausgleich anzupassen, vergleiche Fragen 3.4.11 und 3.5.2.

3.7.4. *Kann ein Ausgleich zur Deckung der Kosten für die Wartung von Ausrüstungsgütern, die für den DAWI-Auftrag erforderlich sind, auch für die Betriebskosten der gleichen DAWI verwendet werden, wenn diese nicht anderwertig ausreichend ausgeglichen werden?*

Wenn ein Ausgleich sowohl für die Betriebskosten im eigentlichen Sinne als auch für die Wartung und Abschreibung der für die DAWI erworbenen Ausrüstungsgüter vorgesehen ist, kommt es aus beihilferechtlicher Sicht darauf an, dass sämtliche einschlägigen Kosten in der Gewinn- und Verlustrechnung des Unternehmens tatsächlich ausgewiesen werden und der Beleg erbracht wird, dass der Gesamtbetrag des Ausgleichs nicht zu einer Überkompensation führt. Zudem ist nachzuweisen, dass dieses Vorgehen mit dem Einzelfallbeschluss, mit dem die Kommission den betreffenden Ausgleich genehmigt hat, oder – im Falle einer Befreiung von der Anmeldepflicht gemäß der Entscheidung – mit dem einschlägigen, von der Behörde erteilten öffentlichen Auftrag vereinbar ist.

Dabei können die Mitgliedstaaten strengere Regeln festlegen. Ein Mitgliedstaat kann beispielsweise vorschreiben, dass der Mehrbetrag, wenn der Ausgleich über den tatsächlichen Wartungskosten liegt, zurückgezahlt und nicht vom Unternehmen zur Deckung anderer Betriebskosten für die betreffende DAWI einbehalten wird.

3.7.5. *Schreibt das Beihilferecht einen einheitlichen Ausgleichsbetrag für sämtliche Marktbeteiligten vor, wenn alle mit der gleichen DAWI betraut wurden?*

Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Organisation und Finanzierung jener Leistungen, die sie als DAWI einstufen, über ein sehr breites Ermessen. Die Beihilferegeln erlauben es den Mitgliedstaaten, den Erbringern bis zu 100 % der Nettokosten für die Erfüllung des Auftrags zu erstatten, verpflichten sie aber nicht dazu. Deswegen dürfen die Mitgliedstaaten einen für alle Anbieter gleichen Pauschalbetrag zahlen, sofern dies nicht zu einer Überkompensation eines Anbieters führt. Sie können die Kosten auch teilweise oder überhaupt nicht erstatten. Solange ein Ausgleich für die DAWI anhand der tatsächlichen Kosten für diese Leistung und den Einnahmen aus dieser berechnet wird und den für die Erbringung der einschlägigen Leistung erforderlichen Betrag nicht überschreitet, ist er mit den Beihilferegeln vereinbar.

3.8. „De-Minimis“-Verordnung und Gruppenfreistellung

3.8.1. *Ein Dienstleistungsanbieter möchte einen Beratungsdienst für junge Arbeitslose einrichten und braucht einen Zuschuss von 150 000 EUR. Sind die Beihilfebestimmungen auf derartige Beihilfen von Behörden anwendbar?*

Eine solche Finanzierung kann von der Anwendung der in der Entscheidung genannten Kriterien ausgenommen sein, wenn die gewährte Beihilfe in einem Zeitraum von 3 Jahren weniger als 200 000 EUR ausmacht. Soweit die Voraussetzungen der De-Minimis-Verordnung¹⁰² der Kommission erfüllt sind, gelten derartige Maßnahmen nicht als staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV und bedürfen dementsprechend auch keiner Anmeldung.

Aus diesem Grund kann eine Behörde eine derartige begrenzte Beihilfe ohne weitere Bedenken hinsichtlich der Anwendbarkeit von Beihilfevorschriften gewähren, und zwar auch dann, wenn die zu finanzierende Tätigkeit als wirtschaftlich zu erachten ist.

Ansonsten muss die Maßnahme, um mit EU-Recht vereinbar zu sein, die Bedingungen der Entscheidung erfüllen.

3.8.2. *Kann eine Behörde ein Pilotprojekt finanzieren, um den Inhalt von DAWI-Aufträgen festzulegen?*

Ja, eine Behörde kann ein Pilotprojekt starten, um die DAWI-Aufträge zu definieren, die sie implementieren will. Um solche Pilotprojekte zu finanzieren, können sich Behörden auf die durch die De-Minimis-Verordnung angebotenen Möglichkeiten berufen, wonach Art. 107 Abs. 1 auf eine Beihilfe bis zu 200 000 EUR in einem Zeitraum von 3 Jahren nicht anwendbar ist.

3.8.3. *Bezieht sich die Obergrenze von 200 000 EUR im Falle einer DAWI-Finanzierung auf der Grundlage der De-Minimis-Verordnung auf die Dienstleistung oder das mit dieser betraute Unternehmen und sind andere Tätigkeiten zu berücksichtigen, für die das Unternehmen staatliche Mittel erhält?*

Gemäß Artikel 2 Absatz 2 der De-Minimis-Verordnung¹⁰³ darf die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten De-Minimis-Beihilfen in einem Zeitraum von drei Steuerjahren den Betrag von 200 000 EUR nicht übersteigen. Diese Obergrenze gilt für das Unternehmen insgesamt und nicht für jede einzelne staatlich geförderte Tätigkeit dieses Unternehmens. Es kommt also darauf an, dass ein und dasselbe Unternehmen binnen drei Steuerjahren nicht mehr als 200 000 EUR erhält.

3.8.4. *Kann die De-Minimis-Regel auf jede DAWI einzeln angewandt werden, wenn ein mit mehreren DAWI betrautes Unternehmen über jede einzelne Dienstleistung getrennt Buch führt?*

Die Obergrenze von 200 000 EUR bezieht sich auf sämtliche staatlichen Mittel, die einem Unternehmen gewährt werden, ungeachtet der Zielsetzung. Wenn ein

¹⁰² Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl. Nr. L 379/5 vom 28.12.2006.

¹⁰³ Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl. Nr. L 379/5 vom 28.12.2006.

Unternehmen mit mehreren wirtschaftlichen DAWI betraut ist, darf der Gesamtbetrag der Beihilfe gemäß der De-Minimis-Verordnung über drei Jahre hinweg nicht über 200 000 EUR liegen. Die Tatsache der getrennten Buchführung ist für die Anwendung der De-Minimis-Regel nicht von Belang.

3.8.5. *Ist der für die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen gewährte Ausgleich bei Anwendung der De-Minimis-Verordnung abzuziehen, wenn eine mit einer DAWI betraute Einrichtung auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten verfolgt?*

Die Finanzierung nichtwirtschaftlicher Dienstleistungen von allgemeinem Interesse fällt nicht unter das Beihilferecht, das lediglich für wirtschaftliche Tätigkeiten gilt. Die Finanzierung nichtwirtschaftlicher Gemeinwohlverpflichtungen gilt demgemäß nicht als eine Finanzierung im Sinne der De-Minimis-Verordnung und ist daher bei der Berechnung der Obergrenze im Sinne dieser Verordnung nicht zu berücksichtigen.

3.8.6. *Die Mittel für die mit einer DAWI zusammenhängenden Investitionen können auf einen Zeitraum zwischen einem und mehreren Jahren aufgeteilt werden. Ist in einem solchen Fall die De-Minimis-Verordnung anwendbar?*

Die Investitionen in eine DAWI können gemäß der De-Minimis-Verordnung finanziert werden, sofern die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten De-Minimis-Beihilfen in einem Zeitraum von drei aufeinanderfolgenden Steuerjahren 200 000 EUR nicht übersteigt, wie in der Verordnung vorgesehen. Das gilt unabhängig davon, welche drei aufeinanderfolgenden Jahre zugrunde gelegt werden.

Sollten die staatlichen Mittel binnen drei Jahren 200 000 EUR überschreiten, kann die Beihilfe unter die Entscheidung oder den Gemeinschaftsrahmen fallen, falls die dortigen Vereinbarkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (dazu siehe Frage 3.2.9).

3.8.7. *Fallen DAWI zur sozialen und beruflichen Eingliederung von Arbeitslosen oder zur beruflichen Bildung unter die Entscheidung vom 28. November 2005 oder unter die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 800/2008¹⁰⁴?*

Eine DAWI zur sozialen und beruflichen Eingliederung von Arbeitslosen oder zur beruflichen Bildung, die von einem Mitgliedstaat als solche definiert und einem Unternehmen anvertraut wurde, kann unter diese Entscheidung fallen, wenn die dort aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Die Ausgleichszahlungen an ein mit einem öffentlichen Auftrag zur Eingliederung oder beruflichen Bildung betrautes Unternehmen können von der Anmeldepflicht ausgenommen werden, sofern das Unternehmen tatsächlich mit diesem öffentlichen Auftrag betraut wurde. Das setzt einen Rechts- oder Verwaltungsakt voraus, in dem dieser Auftrag und die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen eindeutig bestimmt werden, um jegliche Überkompensation auszuschließen (siehe insbesondere Artikel 2 und 4 bis 6 der Entscheidung sowie die Fragen und Antworten in den Kapiteln 3.4, 3.5 und 3.6).

Beihilfen an Unternehmen, die benachteiligte Arbeitnehmer im Sinne von Artikel 2 Nummer 18 der Verordnung Nr. 800/2008 einstellen, fallen hingegen nicht unter die Anmeldepflicht, wenn die im ersten Kapitel sowie in Artikel 40 der Verordnung aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind.

¹⁰⁴

ABl. L 214 vom 9.8.2008, S. 3.

Beihilfen an Unternehmen, die in die Ausbildung von Arbeitnehmern im Sinne von Artikel 38 der Verordnung Nr. 800/2008 investieren, fallen ebenso nicht unter die Anmeldepflicht, wenn die im ersten Kapitel sowie in Artikel 39 der Verordnung aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind.

3.9. DAWI-Regelungsrahmen und Bestimmungen über den ESF und den EFRE

3.9.1. *Stellt die Finanzierung von DAWI aus dem ESF oder dem EFRE eine staatliche Beihilfe dar? Sind dafür die Mitgliedstaaten oder die Kommission zuständig?*

Im beihilferechtlichen Sinne ist die Finanzierung aus ESF- und EFRE-Mitteln durch die Mitgliedstaaten als eine Verwendung staatlicher Mittel zu betrachten. Auf eine finanzielle Unterstützung aus diesen Mitteln ist das Beihilferecht daher genauso anzuwenden wie auf eine Finanzierung, die die Mitgliedstaaten aus eigenen Haushaltsmitteln gewähren.

3.9.2. *Muss die finanzielle Förderung von DAWI aus dem ESF oder dem EFRE mit dem DAWI-Regelungsrahmen vereinbar sein? Sind dafür die Mitgliedstaaten oder die Kommission zuständig?*

Die von den Mitgliedstaaten aus Mitteln des ESF oder des EFRE bewilligten Finanzhilfen fließen wie jede andere Finanzierung aus öffentlichen Mitteln, die die Erbringung von DAWI durch ein Unternehmen ermöglichen sollen, in die Berechnung des Ausgleichs für die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen ein und müssen im Einklang mit den für DAWI geltenden Bestimmungen gewährt werden. Für die Definition der Parameter zur Berechnung, Kontrolle und Anpassung der Ausgleichszahlungen im Betrauungsakt ist unabhängig von der Herkunft der für die Finanzierung verwendeten Mittel die nationale, regionale oder kommunale Behörde zuständig, die die betreffende DAWI einrichtet. Die Tatsache, dass die Finanzierung der Dienstleistungen aus den Mitteln des ESF oder des EFRE geschieht, ändert daher nichts an der Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten für das Einrichten der DAWI.

3.9.3. *Sind Beihilfenkontrolle und Kontrolle der ESF-Mittel miteinander vereinbar?*

Die Beihilfenkontrolle und die Kontrolle der ESF-Mittel verfolgen unterschiedliche Zwecke. Erstere will vermeiden, dass Mitgliedstaaten wettbewerbsverzerrende Beihilfen gewähren, letztere will dahingegen gewährleisten, dass bestimmten Projekten zugewiesenen Unionsmittel entsprechend den Vergabekriterien verwendet werden.

Es kann vorkommen, dass eine Projektfinanzierung unter beiden Gesichtspunkten zu prüfen ist. Immerhin ist eines der Grundprinzipien des ESF die Kofinanzierung. Das heißt: die finanzielle Unterstützung durch die Union geht immer mit einer Finanzierung aus öffentlichen oder privaten Mitteln auf nationaler Ebene einher. Das Ausmaß des finanziellen Einsatzes der EU hängt von der jeweiligen Situation ab. Abhängig von sozialen und wirtschaftlichen Kriterien kann die Kofinanzierung zwischen 50 und 80 % der Gesamtkosten decken.

3.9.4. *Gemäß den ESF-Bestimmungen sind nur Aufwendungen und Einnahmen förderfähig, die eindeutig dem kofinanzierten Projekt zuzuordnen sind. Darin wäre ein angemessener Gewinn nicht enthalten. Kann im Falle einer Kofinanzierung*

einer SDAI aus dem ESF ein angemessener Gewinn einbezogen werden, wie in der Entscheidung vorgesehen?

In der Tat gestatten es die Beihilferegeln der Behörde, die ein Projekt finanziert, 100 % der Kosten des Dienstleistungsanbieters sowie zusätzlich einen „angemessenen Gewinn“ zu erstatten. Der angemessene Gewinn zählt dabei jedoch nicht zu den förderfähigen Aufwendungen des ESF. In der Praxis verursacht das Zusammentreffen der beiden Regelwerke keine wirklichen Probleme, da die Behörde auf der Grundlage des DAWI-Regelungsrahmens den angemessenen Gewinn stets noch aus eigenen Mitteln finanzieren kann.

3.9.5. *Welches Verhältnis besteht zwischen dem Kontrollverfahren für aus dem ESF kofinanzierte Projekte und der für DAWI vorgeschriebenen Kontrolle einer Überkompensation?*

Die aus dem ESF finanzierten Projekte werden systematisch von den für die Verwaltung der operationellen ESF-Programme zuständigen Behörden kontrolliert. Die Kontrolle wird dabei in der Regel anhand der vorzulegenden Wirtschaftsprüfungsberichte durchgeführt. Auf dieser Grundlage werden den Verwaltungsbehörden die vorfinanzierten Kosten aus dem ESF erstattet.

Der DAWI-Regelungsrahmen macht einen Kontrollmechanismus erforderlich, überlässt jedoch den Mitgliedstaaten die Aufgabe seiner Ausgestaltung. Mittels dieses Kontrollmechanismus soll geprüft werden, ob es nicht zu einer Überkompensation gekommen ist, was aus den im Rahmen der ESF-Zuschüsse durchgeführten Prüfungen nicht unbedingt hervorgeht, da sie sich lediglich auf die durch den ESF förderfähigen Kosten fokussieren (wobei die Frage des angemessenen Gewinns beispielsweise nicht geprüft wird). Die beiden Kontrollmechanismen können sich zwar in bestimmten Punkten überschneiden und gegebenenfalls zusammengefasst werden, folgen aber jeweils ihrer eigenen Logik, die es zu respektieren gilt.

3.10. *Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und Bestimmungen über elektronische Kommunikation*

3.10.1. *Kann der Ausgleich auch dann im Lichte der Beihilferegeln geprüft werden, wenn ein Mitgliedstaat einem Unternehmen einen Vorteil gewährt, das mit elektronischen Kommunikationsdienstleistungen betraut wurde, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterworfen sind, aber nicht unter die Richtlinie 2002/22/EG¹⁰⁵ fallen?*

Die Richtlinie 2002/22/EG stellt es den Mitgliedsstaaten frei, in ihrem Hoheitsgebiet zusätzliche Maßnahmen außerhalb der in der Richtlinie vorgesehenen Universaldienstverpflichtungen aufzuerlegen und sie unter Beachtung des Unionsrechts zu finanzieren (Artikel 32 und Erwägungsgründe 25 und 46 der Richtlinie).

Wenn daher ein Mitgliedstaat einer Einrichtung, die mit nicht unter die Universaldienstverpflichtungen gemäß Kapitel II der Richtlinie fallenden öffentlich

¹⁰⁵ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 51.

zugänglichen Telefondienstleistungen betraut ist, einen Vorteil gewährt, muss er dementsprechend prüfen, ob die Altmark-Bedingungen und die anderen beihilferechtlichen Umstände (Übertragung staatlicher Mittel, Zurechnung zum Staat, Beeinträchtigung des Wettbewerbs und des zwischenstaatlichen Handels sowie Selektivität der Maßnahme) vorliegen, um auf das Vorhandensein einer staatlichen Beihilfe schließen zu können.

4. FRAGEN ZUR ANWENDUNG DES VERGABERECHTS AUF SDAI

4.1. Von der öffentlichen Hand selbst erbrachte SDAI

4.1.1. *Inwieweit kann die öffentliche Hand entscheiden, ob sie eine bestimmte soziale Dienstleistung von allgemeinem Interesse selbst erbringt? Anders gesagt: Über welchen Spielraum verfügt die öffentliche Hand bei ihrer Entscheidung, ob eine Dienstleistung von ihr selbst zu erbringen ist oder einem Dritten übertragen werden muss? Ist sie in ihrem Ermessen völlig frei?*

Die öffentliche Hand ist in ihrer Entscheidung, ob sie eine Dienstleistung selbst erbringt oder einen Dritten damit betraut (Fremdvergabe), völlig frei. Die Vergabevorschriften greifen nur dann, wenn die öffentliche Hand beschließt, einen Dritten gegen Entgelt mit einer Dienstleistung zu betrauen.

4.1.2. *Die EU-Vorschriften über die Auswahl des Dienstleisters gelten in der Regel nicht, wenn die öffentliche Hand die Dienstleistung selbst oder über einen eigenen Dienstleister, d. h. in-house, erbringt. Wie weit darf die In-house-Vergabe gehen?*

Bei der In-house-Vergabe erbringt die öffentliche Hand die Dienstleistung zwar selbst, bedient sich hierzu aber einer anderen rechtlich selbstständigen Stelle. In diesem besonderen Fall werden der betreffende öffentliche Auftraggeber sowie die Stelle, die die Dienstleistung erbringt, als Einheit angesehen. Für dieses Verhältnis gelten weder die aus dem Unionsvertrag resultierenden Rechtsgrundsätze wie das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot noch die Vergaberichtlinie 2004/18/EG (nachfolgend "Richtlinie")¹⁰⁶.

Für die In-house-Vergabe gelten folgende Bedingungen:

A) Die Kontrolle, die der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen Behörden über die rechtlich selbstständige Stelle ausübt, muss der Kontrolle entsprechen, die der öffentliche Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen ausübt.

Die Frage, ob ein öffentlicher Auftraggeber über eine Stelle, die sich rechtlich von ihm unterscheidet, eine „Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen“ ausübt, lässt sich nur für jeden Einzelfall aufgrund der anwendbaren rechtlichen Vorschriften und des spezifischen Sachverhalts (gesetzliche Regelung, Rechtsform des Dienstleisters, Aktionärsvereinbarung usw.) beantworten. Der betreffende öffentliche Auftraggeber muss jedenfalls über den Dienstleister eine Kontrolle ausüben, die ihm einen bestimmenden

¹⁰⁶ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114.

Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen des Auftragnehmers ermöglicht.

Eine – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, schließt, wie der Gerichtshof unmissverständlich erklärt hat, aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen¹⁰⁷.

B) Die rechtlich vom Auftraggeber verschiedene Person verrichtet ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die ihre Anteile innehaben¹⁰⁸.

Zum ersten Kriterium (Kontrolle wie über die eigenen Dienststellen) hat der Gerichtshof festgestellt, dass diese Kontrolle nicht unbedingt individuell ausgeübt werden muss, sondern von mehreren öffentlichen Stellen gemeinsam ausgeübt werden kann¹⁰⁹. Er hat überdies bestätigt, dass in den Fällen, in denen die Anteile an einem rechtlich selbstständigen Unternehmen von mehreren Körperschaften gehalten werden, das zweite Kriterium (wesentliche Ausrichtung der Tätigkeit) ebenfalls erfüllt sein kann, wenn dieses Unternehmen seine Tätigkeit für diese Körperschaften insgesamt verrichtet¹¹⁰. Wenn demnach mehrere öffentliche Körperschaften in einer von ihnen rechtlich verschiedenen öffentlichen Einrichtung zusammenarbeiten, die von ihnen als den Anteilseignern gemeinsam kontrolliert wird und die im Wesentlichen für sie tätig ist, brauchen die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge nicht angewandt zu werden. Weitere Hinweise zu der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Körperschaften sind der Antwort auf Frage 4.2.12 zu entnehmen.

Wie es sich mit den Vorschriften für staatliche Beihilfen im Falle einer In-house-Vergabe verhält, wird unter Frage 5.4 behandelt.

4.2. Fremdvergabe der SDAI gegen Entgelt

4.2.1. Welches Recht gilt, wenn die öffentliche Hand die Fremdvergabe einer SDAI gegen Entgelt beschließt?

Wenn die öffentliche Hand beschließt, eine Dienstleistung gegen Entgelt fremdzuvergeben, muss sie die EU-Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und Dienstleistungskonzessionen beachten.

Hier ist zwischen zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

A) Die öffentliche Hand vergibt einen Dienstleistungsauftrag. Der Dienstleister erhält für die Erfüllung des Auftrags eine bestimmte Vergütung. Hier ist wiederum zwischen zwei Situationen zu unterscheiden:

¹⁰⁷ EuGH, Urteil Stadt Halle, Rs. C-26/2005, Slg. 2005, I-00001, Rdnr. 49 f.

¹⁰⁸ EuGH, Urteil Teckal, Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Rdnr. 50.

¹⁰⁹ EuGH, Urteil Coditel Brabant, Rs. C-324/07, Slg. 2008, I-08457, und Urteil Sea, Rs. C-573/07.

¹¹⁰ EuGH, Urteil Carbotermo, Rs. C-340/04, Slg. 2006, I-4137, Rdnr. 70, und Urteil Asemfo, Rs. C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Rdnr. 62.

a) Der Wert des Auftrags liegt über den Schwellenwerten für die Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG.

Sind die Schwellenwerte erreicht¹¹¹, unterliegt der Dienstleistungsauftrag den Bestimmungen der Richtlinie. Die Vergabe von Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen unterliegt allerdings nicht der Detailregelung der Richtlinie¹¹², sondern, wie Artikel 21 der Richtlinie zu entnehmen ist, nur wenigen Artikeln. Diesen Bestimmungen zufolge müssen die technischen Spezifikationen¹¹³ (d. h. die Leistungsbeschreibung) zu Beginn des Vergabeverfahrens festgelegt werden (vgl. die Antwort auf Frage 4.2.4), und das Ergebnis des Verfahrens ist bekannt zu machen¹¹⁴. Außerdem muss der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Sozial- und Gesundheitsbereich die wesentlichen Grundsätze des AEUV, namentlich das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot, beachten, wenn an diesen Aufträgen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht¹¹⁵. Zum Begriff des grenzüberschreitenden Interesses siehe auch die Antwort auf Frage 4.2.2.

Diesen Grundsätzen wird Genüge getan, wenn die allgemeinen Vorgaben der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eingehalten werden. Es wird nicht verlangt, dass sämtliche Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG strikt befolgt werden. Wenn die öffentliche Hand demnach Sozialdienstleistungen als öffentlichen Dienstleistungsauftrag fremd vergibt, verfügt sie bereits über einen größeren Handlungsspielraum als bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen in anderen Bereichen.

Es sei darauf hingewiesen, dass die Richtlinie auch bei gemischten Aufträgen, die aus einer Sozialdienstleistung und einer anderen gänzlich von der Richtlinie erfassten Dienstleistung (z. B. Verkehrs-, Forschungs-, Beratungs- oder Wartungsdienstleistung)¹¹⁶ bestehen, nur teilweise zur Anwendung gelangt, wenn der Wert der Sozialdienstleistung¹¹⁷ höher ist als der Wert der anderen Dienstleistung.

Notfalldienstleistungen zum Beispiel enthalten sowohl Beförderungs- als auch Sanitätsdienstleistungen. Wenn der Wert der Beförderungsleistung den Wert der Gesundheitsdienstleistung übersteigt, findet die Richtlinie in vollem Umfang Anwendung. Ist der Wert der medizinischen Leistung höher, gilt die Richtlinie, wie vorstehend ausgeführt, nur zum Teil¹¹⁸.

¹¹¹ Artikel 7 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹¹² Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen sind in Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG aufgeführt. Die Richtlinie ist auf die Vergabe von Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen nur eingeschränkt anwendbar (zur Unterscheidung zwischen den Dienstleistungen im Anhang II Teile A und B vgl. die Artikel 20 und 21 der Richtlinie 2004/18/EG). Näheres zu den dort angegebenen Referenznummern ist der Website der GD Binnenmarkt zu entnehmen: www.simap.europa.eu.

¹¹³ Artikel 21 in Verbindung mit Artikel 23 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹¹⁴ Artikel 21 in Verbindung mit Artikel 35 Absatz 4 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹¹⁵ D. h., wenn der Auftrag für Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums von Interesse ist. Vgl. EuGH, Urteil vom 13. November 2007, Kommission/Irland, Rs. C-507/03, Rdnrn. 29 ff.

¹¹⁶ Dienstleistungen im Sinne von Anhang II Teil A der Richtlinie 2004/18/EG.

¹¹⁷ Artikel 22 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹¹⁸ Vgl. EUGH, Urteil Tögel, Rs. C-76/97, Slg. 1998, I-5357, Rdnrn. 29-40.

b) Der Wert des Auftrags liegt unter den Schwellenwerten für die Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG.

Auch wenn der Auftragswert unter der Anwendungsschwelle der Richtlinie liegt, muss der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe die wesentlichen Grundsätze des AEUV wie das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot beachten, wenn an diesem Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse besteht¹¹⁹. Weitere Ausführungen zum genauen Inhalt dieser Grundsätze finden sich unter Frage 4.2.3.

B) Die öffentliche Hand vergibt eine Dienstleistungskonzession. In diesem Fall besteht die Vergütung hauptsächlich aus dem Recht auf wirtschaftliche Nutzung der Dienstleistung¹²⁰. Der Konzessionsnehmer trägt das mit der Nutzung der betreffenden Dienstleistung verbundene Betriebsrisiko¹²¹. In jedem Fall muss die öffentliche Hand, wenn sie eine Dienstleistungskonzession vergibt, die wesentlichen Regeln und Grundsätze des Unionsrechts beachten, insbesondere das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot¹²². Was diese Grundsätze genau beinhalten, wird unter Frage 4.2.3 erläutert.

4.2.2. Was ist unter „grenzüberschreitendem Interesse“ zu verstehen?

Ein grenzüberschreitendes Interesse ist bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen oder Konzessionsverträgen dann gegeben, wenn sie für Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums von Interesse sind¹²³.

Es ist Sache der öffentlichen Hand, im Einzelfall das potenzielle Interesse an einem Auftrag aus der Sicht von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmern zu beurteilen, sofern das innerstaatliche Recht nicht bereits eindeutige Vorgaben enthält.

Besteht an einem öffentlichen Auftrag oder an einer öffentlichen Konzession ein grenzüberschreitendes Interesse, müssen bei der Vergabe die Grundsätze des AEUV (Diskriminierungsverbot, Transparenz usw.)¹²⁴ beachtet werden. Ist kein grenzüberschreitendes Interesse gegeben, brauchen die Grundsätze des AEUV nicht befolgt zu werden.

¹¹⁹ Zum Begriff des grenzüberschreitenden Interesses siehe auch die Antwort auf Frage 4.2.2.

¹²⁰ Vgl. Artikel 1 Absatz 4 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹²¹ Vgl. Artikel 17 der Richtlinie 2004/18/EG sowie die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in der Rechtssache C-451/08, Helmut Müller, Slg. 2010.

¹²² Vgl. EuGH, Telaustria, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 62, Coname, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Rdnrn. 16-19, und Parking Brixen, Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Rdnr. 49.

¹²³ Vgl. EuGH, Urteil vom 13. November 2007 in der Rs. C-507/03, Kommission/Irland, Rdnrn. 29 ff.

¹²⁴ EuGH, Bent Moustens Vestergaard, Rs. C-59/00, Slg. 2001, I-9505, Rdnr. 20, Kommission/Frankreich, Rs. C-264/03, Slg. 2005, I-8831, Rdnrn. 32 f., Medipac-Kazantzidis, Rs. C-6/05, Slg. 2007, I-4557, Rdnr. 3.

¹²⁵ Das Wertkriterium reicht allein nicht aus, um ein grenzüberschreitendes Interesse zu verneinen. Der Gerichtshof hat sich hierzu in den verbundenen Rechtssachen C-147/2006 und C-148/2006 (Secap) unter Rdnr. 31 wie folgt geäußert: „Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Grenzen manchmal durch Ballungsräume verlaufen, die sich über das Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten erstrecken, so dass unter solchen Umständen selbst an Aufträgen mit einem niedrigen Auftragswert ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehen kann.“

Kleine, räumlich beschränkte Dienstleistungsaufträge können demnach unter bestimmten Voraussetzungen ohne Berücksichtigung der vorgenannten Prinzipien vergeben werden, wenn die betreffenden Dienstleistungen für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse sind und sich somit nicht auf den Binnenmarkt auswirken. Ein potenzielles Interesse ausländischer Wirtschaftsteilnehmer ist unter anderem dann zu verneinen, wenn der Auftragswert sehr niedrig ist¹²⁵ (weit unter der Anwendungsschwelle der Richtlinie, die derzeit bei 193 000 EUR liegt¹²⁶) und die Merkmale der betreffenden Sozialdienstleistung und des betreffenden Marktsegments gegen ein solches Interesse sprechen¹²⁷.

So ist die Kommission beispielsweise bei der Vergabe von Aufträgen für Rechtsdienstleistungen im Wert von durchschnittlich 5 000 EUR¹²⁸ und Planungsleistungen im Wert zwischen 6 000 und 26 500 EUR¹²⁹ zu der Auffassung gelangt, dass diese Aufträge aufgrund ihres geringen Werts (bis kaum mehr als 10 % des Schwellenwerts für die Anwendung der Richtlinie) und den Umständen des Einzelfalls für den Binnenmarkt nicht relevant waren.

Auch eine Beschwerde im Zusammenhang mit einem Auftrag reicht für den Nachweis eines grenzüberschreitenden Interesses nicht aus¹³⁰.

Zur Beurteilung der Relevanz einer Dienstleistung für den Binnenmarkt wird auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Unionsrecht verwiesen, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen¹³¹. In dieser Mitteilung wird erläutert, welche Dienstleistungsaufträge nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Hierzu gehören unter anderem Aufträge für Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen¹³². Soweit die Mitteilung eine allgemeine Auslegung des Begriffs der Binnenmarktrelevanz nach Maßgabe des AEUV enthält, kann sie auch für Konzessionsverträge herangezogen werden.

4.2.3. Welche Pflichten ergeben sich aus dem Transparenzgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot?

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union folgt aus den Grundsätzen der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung die Pflicht für den öffentlichen Auftraggeber, seine Absicht zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession in angemessener Weise bekannt zu machen. Die Bekanntmachung kann sich auf eine Kurzbeschreibung der wesentlichen Punkte des zu erteilenden Auftrags und des Vergabeverfahrens beschränken, die eine Aufforderung zur Kontaktierung des Auftraggebers enthält. Wichtig ist, dass alle eventuell interessierten Dienstleister die Möglichkeit haben, ihr Interesse an dem Auftrag zu bekunden.

¹²⁶ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 der Kommission vom 30. November 2009 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren.

¹²⁷ Zu Dienstleistungskonzessionen vgl. das Urteil Coname, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Rdnr. 20.

¹²⁸ Vgl. Pressemitteilung IP/07/357 vom 21. März 2007.

¹²⁹ Vgl. Pressemitteilung IP/06/1786 vom 13. Dezember 2006.

¹³⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 13. November 2007, Kommission/Irland, Rs. C-507/03, Rdnr. 34.

¹³¹ ABl. C 179 vom 1.8.2006, S. 2.

¹³² Vgl. Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG.

Der Auftraggeber kann dann in nichtdiskriminierender, unparteiischer Weise die Teilnehmer auswählen, die zur Abgabe eines Angebots oder gegebenenfalls zu Verhandlungen über die Bedingungen des Auftrags oder der Konzession aufgefordert werden. Während des Vergabeverfahrens ist dafür zu sorgen, dass alle Wirtschaftsteilnehmer gleichbehandelt werden und dieselben Informationen erhalten.

Nach der Rechtsprechung des EuGH zum effektiven gerichtlichen Rechtsschutz¹³³ müssen zumindest Beschlüsse, die für eine Person, die ein Interesse an einem Auftrag hat oder hatte, nachteilig sind, wie der Beschluss, einen Bieter auszuschließen, auf einen eventuellen Verstoß gegen Grundnormen des Primärrechts der Union nachgeprüft werden können.

Zur Anwendung dieser Grundsätze wird auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Unionsrecht verwiesen, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Diese Mitteilung gilt, wie bereits erwähnt, auch für Aufträge, die nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen¹³⁴ wie Aufträge für Dienstleistungen nach Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG, zu denen auch Gesundheits- und Sozialdienstleistungen gehören¹³⁵. Gemäß Artikel 21 der Richtlinie 2004/18/EG sind bei der Vergabe dieser Dienstleistungen, wie unter 2.1 erwähnt, nur ganz bestimmte Vorschriften der Richtlinie 2004/18/EG zu beachten (und zwar die Pflicht zur Aufnahme einer Leistungsbeschreibung in die Verdingungsunterlagen und zur Bekanntmachung des Ergebnisses des Vergabeverfahrens). Im Übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze des AEUV (Diskriminierungsverbot, Transparenzgebot usw.), wenn an diesen Aufträgen ein grenzüberschreitendes Interesse besteht.

Da die Mitteilung eine allgemeine Auslegung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots sowie des Diskriminierungsverbots enthält, kann sie auch für die Vergabe von Konzessionen herangezogen werden, wobei allerdings zu beachten ist, dass der Wert von Konzessionen generell weit über den Anwendungsschwellen der Vergaberichtlinien liegt und diese Verträge daher, obwohl die Vergaberichtlinien auf Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar sind, im Einklang mit den Grundsätzen des AEUV über Medien bekannt gemacht werden müssen, die eine europaweite Verbreitung gewährleisten.

¹³³ Vgl. EuGH, *Unión de Pequeños Agricultores*, Rs. C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677, Rdnr. 39, und Heylens, Rs. 222/86, Slg. 1987, 4097, Rdnr. 14.

¹³⁴ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge und Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.

¹³⁵ Vgl. Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG.

4.2.4. *Wie sollte die Leistungsbeschreibung für Dienstleistungsaufträge abgefasst sein, damit i) die unterschiedlichen Bedürfnisse der Nutzer umfassend berücksichtigt werden können und ii) die Dienstleistung den sich verändernden Gegebenheiten in Bezug auf die Nutzungsintensität, die Anzahl der Nutzer usw. angepasst werden kann?*

Die Richtlinie bietet ein breites Spektrum an Möglichkeiten, wie die Leistungsbeschreibung ausgestaltet werden kann¹³⁶. Es obliegt den öffentlichen Auftraggebern, die ihnen gebotenen Möglichkeiten voll auszuschöpfen und von den Bietern die Vorlage eines Dienstleistungskonzepts nach Maß zu fordern, das die bestmögliche Leistung in der erforderlichen Qualität bietet. So kann der öffentliche Auftraggeber beispielsweise vorgeben, dass die Bieter auf besondere Bedürfnisse bestimmter Nutzergruppen eingehen müssen oder dass die Dienstleistung auf bereits vorhandene Strukturen abgestimmt sein muss. Vorstellbar wäre auch eine Auflage, wonach die Nutzer in die Erbringung und Evaluierung der Dienstleistung einzubeziehen sind.

In jedem Fall gilt als Grundregel, dass die Leistungsbeschreibung so zu formulieren ist, dass sie keine Diskriminierung zur Folge hat und dass nicht schon zu Beginn des Verfahrens abzusehen ist, wem der Zuschlag erteilt werden wird.

4.2.5. *Welche anderen Qualitätsanforderungen können bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für SDAI gestellt werden?*

Der öffentliche Auftraggeber kann die Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für SDAI mit allen Qualitätsanforderungen verbinden, die er für erforderlich hält, um den Nutzern eine qualitativ hochwertige Leistung mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu bieten. Diese Anforderungen können entsprechend ihres jeweiligen Charakter in verschiedenen Phasen des Vergabeverfahrens gestellt werden:

In den **technischen Spezifikationen**¹³⁷, d. h. in der Leistungsbeschreibung, kann der öffentliche Auftraggeber alle Anforderungen an die Dienstleistung stellen, die ihm für eine qualitativ hochwertige Leistung zweckmäßig erscheinen (z. B. Anforderungen im Hinblick auf die Kontinuität der Leistungserbringung, die besonderen Bedürfnisse der unterschiedlichen Nutzergruppen und den Zugang für Personen mit eingeschränkter Mobilität sowie ganz allgemein Anforderungen in Bezug auf die Qualität der Infrastruktur). Die Leistungsbeschreibung kann entweder unter Bezugnahme auf sehr detaillierte Vorgaben formuliert werden (was in manchen Fällen zu einer übermäßigen Ausrichtung der Dienstleistung auf eine bestimmte Norm führen kann) oder unter Bezugnahme auf Leistungs- oder Funktionsanforderungen. Die letztere Vorgehensweise lässt den Bietern in der Regel mehr Spielraum, da sie ihnen die Möglichkeit gibt, innovativere Lösungen/Arbeitsmethoden vorzuschlagen, mit denen die Qualitätsziele ebenfalls erreicht werden können.

Für die Qualität der zu erbringenden Leistung sind auch Erfahrung und Eignung der Mitarbeiter des Dienstleisters entscheidend. Als **Auswahlkriterien**¹³⁸ kann der öffentliche Auftraggeber Anforderungen an die berufliche Leistungsfähigkeit festlegen

¹³⁶ Vgl. Artikel 23 der Richtlinie 2004/18/EG, der auch für die in Anhang II Teil B dieser Richtlinie aufgeführten Dienstleistungen – z. B. Sozialdienstleistungen – gilt.

¹³⁷ Vgl. Artikel 23 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹³⁸ Vgl. Artikel 44 und 48 der Richtlinie 2004/18/EG.

(z. B. Berufserfahrung, Qualifikation des Personals, verfügbare technische Infrastruktur), um sicherzustellen, dass der ausgewählte Auftragnehmer in der Lage ist, die Dienstleistung entsprechend den im Auftrag festgelegten Qualitätsanforderungen zu erbringen.

Die Qualitätsanforderungen können auch in die **Zuschlagskriterien** einfließen¹³⁹. Die öffentliche Hand ist nicht verpflichtet, den Zuschlag auf der Grundlage des niedrigsten Preisangebots zu erteilen. Sie kann im Gegenteil das wirtschaftlich günstigste Angebot auswählen, was ihr die Möglichkeit gibt, alle ihr wichtig erscheinenden Qualitätskriterien bei der Zuschlagserteilung zu berücksichtigen. Es ist ihr ebenso möglich, bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien die Bedeutung zum Ausdruck zu bringen, die sie den einzelnen Qualitätskriterien beimisst.

Eine weitere Möglichkeit, stärker auf die Qualität der Dienstleistung abzustellen, bieten die **Bedingungen für die Auftragsausführung**¹⁴⁰. Der öffentliche Auftraggeber kann, solange die anderen einschlägigen EU-Bestimmungen eingehalten werden, zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung¹⁴¹ vorschreiben wie beispielsweise die Auflage, dass der Auftragnehmer eine angemessene Qualifikation und Vergütung seines an der Auftragsausführung beteiligten Personals garantieren muss. Mit solchen Klauseln lässt sich verhindern, dass der Auftragnehmer versucht, die Personalkosten zu drücken, was sich negativ auf die Motivation seiner Mitarbeiter auswirken und deren Fluktuation erhöhen würde mit der Folge, dass letztlich auch die Qualität der Dienstleistung darunter leiden würde.

Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für SDAI kann der öffentliche Auftraggeber komplexe Dienstleistungen in eine Hand vergeben, d. h. die Dienstleistungen brauchen nicht in mehrere Verträge aufgesplittet zu werden, sondern können als ein Los vergeben werden, damit sich der Nutzer, wenn er dies wünscht, nur an einen einzigen Dienstleister wenden muss, der sich um die diversen Einzelleistungen kümmert. Der Auftraggeber kann die Laufzeit des Vertrags frei bestimmen, um die Zuverlässigkeit und Kontinuität der betreffenden Dienstleistung(en) zu gewährleisten.

4.2.6. Kann ein Vertrag während seiner Laufzeit angepasst werden?

Anpassungen sind während der gesamten Vertragslaufzeit möglich, soweit die ursprünglichen Vergabebedingungen dadurch nicht wesentlich geändert werden¹⁴². Diese Anpassungen dürfen insbesondere nicht so erheblich sein, dass das Vergabeverfahren einen anderen Ausgang genommen hätte, wenn diese Anpassungen von Anfang an bekannt gewesen wären. Das Problem stellt sich dann, wenn potenzielle Bieter, die kein Angebot abgegeben haben, an der Ausschreibung eventuell teilgenommen hätten, wenn sie gewusst hätten, dass die Vergabebedingungen noch geändert werden.

¹³⁹ Vgl. Artikel 53 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁴⁰ Vgl. Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁴¹ Um dem Transparenzgebot zu genügen, müssen die Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorab in den Verdingungsunterlagen veröffentlicht werden. Ob diese Bedingungen eingehalten werden, lässt sich nicht zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe, sondern erst während der Auftragsausführung feststellen. Der Auftraggeber kann als Gewähr für die Einhaltung der Bedingungen abschreckende Vertragsstrafen vorsehen.

¹⁴² EuGH, Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA, Rs. C-496/99, Slg. 2004, I-3801, Rdnr. 116.

4.2.7. *Wie kann verhindert werden, dass kleinere Dienstleister, die die Besonderheiten einer eindeutig räumlich begrenzten SDAI häufig am besten einschätzen können, durch das Vergabeverfahren zu stark belastet werden?*

Es ist Sache des öffentlichen Auftraggebers, die Ausschreibung so zu gestalten, dass auch kleinere Wirtschaftsteilnehmer eine Chance haben, sich an der Ausschreibung zu beteiligen und den Zuschlag zu erhalten. Je umfangreicher die ausgeschriebene Dienstleistung ist und je höher demzufolge die Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bieter sind, desto schwieriger ist es für kleinere Dienstleister, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Bei Großaufträgen (z. B. für eine breite Palette unterschiedlicher Dienstleistungen oder für Dienstleistungen, die in mehreren geografischen Einzugsbereichen zu erbringen sind) kann der Auftraggeber den Auftrag in Lose unterteilen, die für KMU leichter zugänglich sind. Allgemein wird den öffentlichen Auftraggebern empfohlen, bei der Abfassung von Leistungsbeschreibungen die KMU nicht zu vergessen und die formalen Voraussetzungen auf das strikte Minimum zu begrenzen.

4.2.8. *Wie sind Vergabeverfahren, bei denen die Zahl der ausgewählten Dienstleister beschränkt ist, mit der Erhaltung einer ausreichenden Wahlfreiheit für die Nutzer einer SDAI zu vereinbaren?*

Vergabeverfahren zielen nicht darauf ab, die Zahl der ausgewählten Dienstleister zu beschränken. Den öffentlichen Auftraggebern steht es völlig frei, für ihre Zwecke einen oder mehrere Anbieter auszuwählen. Sie können beispielsweise, wenn dies praktisch machbar ist, mehreren Betreibern dieselbe Dienstleistungskonzession erteilen, um den Nutzern dieser Leistung eine größere Auswahl zu bieten.

4.2.9. *Ist es möglich, als Auswahlkriterium die Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten festzulegen, da hiervon häufig der Erfolg einer SDAI abhängt?*

Die Vergabevorschriften der Europäischen Union sollen einen lautereren Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern in ganz Europa gewährleisten, um der öffentlichen Hand ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis zu garantieren. Wenn Ortskenntnisse verlangt werden, könnten ausländische Dienstleister dadurch diskriminiert werden. Auch würde sich die Auswahl für den öffentlichen Auftraggeber auf eine kleine Zahl lokaler Anbieter beschränken und damit die positive Wirkung einer Ausschreibung auf europäischer Ebene schmälern.

Dessen ungeachtet sind gewisse an die örtlichen Gegebenheiten geknüpfte Anforderungen akzeptabel, wenn sie mit den Besonderheiten der zu erbringenden Dienstleistung (Art der Dienstleistung und/oder Art der Nutzer) gerechtfertigt werden können und strikt auf die Ausführung des Auftrags beschränkt sind.

Beispiele:

- Der öffentliche Auftraggeber kann eine Erfüllungsklausel vorsehen, nach der der erfolgreiche Bieter vor Ort vertreten sein muss (z. B. mit einem Büro oder einer Werkstatt) oder dort für die Erbringung der Dienstleistung notwendige Anlagen errichten muss.

- Eine Kommune, die für Frauen in Not und insbesondere für Frauen einer bestimmten kulturellen Minderheit ein Frauenhaus einrichten will, kann in der Ausschreibung angeben, dass der Dienstleister Erfahrung mit Dienstleistungen dieser Art in einem Milieu mit ähnlichen sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen haben muss und dass die Mitarbeiter, an die sich diese Frauen wenden können und/oder die diese Frauen betreuen werden, mit dem kulturellen und sprachlichen Hintergrund dieser Personen hinreichend vertraut sein müssen.
- Ein öffentlicher Auftraggeber, der für arbeitslose junge Erwachsene aus strukturschwachen Regionen einen Arbeitsvermittlungsdienst anbieten will, der gleichzeitig Hilfestellung bei anderen Problemen gibt (z. B. Probleme psychischer Art, Drogensucht, Alkoholmissbrauch, Unterkunft, Überschuldung), könnte angeben, dass der Dienstleister Erfahrung mit solchen Dienstleistungen für die betreffende Zielgruppe nachweisen muss. Der öffentliche Auftraggeber kann auch vorschreiben, dass der Dienstleister von Anfang an darauf achten muss, dass die Mitarbeiter, die sich um die Nutzer kümmern, die vorhandenen sozialen Netzwerke kennen, mit denen sie zusammenarbeiten müssen, um umfassend auf die Bedürfnisse junger Arbeitsloser eingehen zu können.

Eine derartige Einschränkung darf jedoch keinesfalls über das hinausgehen, was zur Gewährleistung eines angemessenen Dienstes erforderlich ist. So hat der EuGH im Zusammenhang mit der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags für häusliche Atemtherapien entschieden, dass ein öffentlicher Auftraggeber von einem Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht verlangen darf, dass dieser in der Hauptstadt der Provinz, in der die Leistung zu erbringen ist, über Geschäftsräume verfügt¹⁴³.

Der öffentliche Auftraggeber muss sich vergewissern, dass solche Auflagen objektiv gerechtfertigt sind und nicht dazu führen, dass bestimmte Bieter, insbesondere Unternehmen vor Ort oder bereits tätige Dienstleister, ungerechtfertigt bevorzugt werden.

Auf die Vergabe von Aufträgen von geringem Wert an kleinere Dienstleister vor Ort wurde bereits unter 4.2.7 eingegangen.

4.2.10. *Ist es möglich, die Ausschreibung auf Dienstleister ohne Gewinnerzielungsabsicht zu beschränken?*

Hier ist zwischen zwei Situationen zu unterscheiden:

- Die Vergabebehörden dürfen die Teilnahme an einem Vergabeverfahren nicht von sich aus auf Dienstleister ohne Gewinnerzielungsabsicht beschränken. Die Vergaberichtlinie beruht auf dem Grundsatz, dass alle Wirtschaftsteilnehmer gleichzubehandeln sind und nicht diskriminiert werden dürfen¹⁴⁴. Es ist somit nicht

¹⁴³ EuGH, Contse, Rs. C-234/03, Slg. 2005, I-9315, Rdnr. 79.

¹⁴⁴ Artikel 2 der Richtlinie 2004/18/EG.

möglich, auf der Grundlage der Richtlinie bestimmten Arten von Unternehmen¹⁴⁵ wie gemeinnützigen Einrichtungen Aufträge – sei es für Dienstleistungen des Anhangs II Teil A oder Teil B (z. B. Sozialdienstleistungen)¹⁴⁶ – vorzubehalten.

- Soweit das innerstaatliche Recht¹⁴⁷ jedoch eine bestimmte Tätigkeit regelt, könnte in Ausnahmefällen in den einschlägigen Vorschriften der Zugang zu bestimmten Dienstleistungsaufträgen zugunsten von Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht beschränkt werden. In diesem Fall wäre der öffentliche Auftraggeber berechtigt, die Teilnahme am Vergabeverfahren Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht vorzubehalten, sofern das innerstaatliche Recht nicht gegen Unionsrecht verstößt. Allerdings ist darin eine Einschränkung der Artikel 49 und 56 AEUV über die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit zu sehen, die im Einzelfall zu begründen wäre. Der Rechtsprechung des Gerichtshofs zufolge lässt sich eine solche Einschränkung, insbesondere wenn sie notwendig und verhältnismäßig ist, mit sozialen Zielen rechtfertigen, die das nationale System der sozialen Sicherung verfolgt¹⁴⁸.

4.2.11. *Hat der öffentliche Auftraggeber in der Auswahlphase noch die Möglichkeit, mit den Dienstleistern zu verhandeln? Dies ist bei SDAI insofern wichtig, als der öffentliche Auftraggeber nicht immer in der Lage ist, den Bedarf zu Beginn des Verfahrens eindeutig zu bestimmen. Hierzu ist mitunter ein Gespräch mit den potenziellen Dienstleistern erforderlich.*

Wie bereits in der Antwort auf Frage 4.2.3 erwähnt, kann der Auftraggeber für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen oder -konzessionen in den Bereichen Gesundheit oder Soziales auf das Verhandlungsverfahren zurückgreifen. Der öffentliche Auftraggeber unterliegt in diesem Fall nicht den besonderen Vorschriften für das Verhandlungsverfahren nach der Richtlinie 2004/18/EG, da diese Richtlinie nicht für Dienstleistungskonzessionen gilt und nur sehr wenige Bestimmungen für die Dienstleistungen des Anhangs II Teil B (z. B. SDAI) enthält¹⁴⁹. Den Vergabebehörden steht es deshalb bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für SDAI frei, sich ad hoc für ein Verhandlungsverfahren zu

¹⁴⁵ Deshalb musste in die Richtlinie eine Ausnahmeregelung aufgenommen werden, um Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu geben, Aufträge einer bestimmten Kategorie von Unternehmen vorzubehalten, z. B. geschützten Werkstätten, die größtenteils Behinderte beschäftigen; vgl. Artikel 19 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁴⁶ Die Unterscheidung zwischen Dienstleistungen des Anhangs II Teil A oder Teil B ist nur für die Bestimmungen ab Artikel 20 der Richtlinie relevant.

¹⁴⁷ Der Ausdruck „innerstaatliches Recht“ bezieht sich hier auf eine nationale abstrakt-generelle Regelung im Unterschied zu der Entscheidung einer Vergabebehörde im Rahmen einer konkreten Auftragsvergabe. Nicht erheblich hingegen ist die Regelungsebene (national oder regional). Entscheidend ist vielmehr der allgemeine, abstrakte Charakter der Regelung.

¹⁴⁸ EuGH, Sodemare, Rs. C-70/95, Slg. 1997, I-3395.

¹⁴⁹ Wie unter Antwort 2.2 ausgeführt, sind bei der Vergabe dieser Dienstleistungen gemäß Artikel 21 der Richtlinie 2004/18/EG nur ganz bestimmte Vorschriften der Richtlinie 2004/18/EG zu beachten (und zwar die Pflicht zur Aufnahme einer Leistungsbeschreibung in die Verdingungsunterlagen und zur Bekanntmachung des Ergebnisses des Vergabeverfahrens). Im Übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze des AEUV (Diskriminierungsverbot, Transparenzgebot usw.).

entscheiden, wenn im innerstaatlichen Recht keine besondere Regelung vorgesehen ist. In jedem Fall finden der allgemeine Transparenzgrundsatz und das Diskriminierungsverbot des AEUV Anwendung, wonach alle Wirtschaftsteilnehmer, die zu einem Verhandlungsverfahren für grenzüberschreitende Dienstleistungen eingeladen wurden, gleichzubehandeln sind.

4.2.12. Inwieweit finden die Vergabevorschriften auf die interkommunale Zusammenarbeit Anwendung? Diese Zusammenarbeit kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Beispiele: Eine Gemeinde bezieht von einer anderen Gemeinde eine Dienstleistung gegen Entgelt, zwei Gemeinden schreiben gemeinsam einen Auftrag aus oder gründen ein Unternehmen für Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse.

Die Vergabevorschriften sind anwendbar, sobald die öffentliche Hand beschließt, einen Dritten¹⁵⁰ gegen Entgelt mit einer Dienstleistung zu betrauen. Ob es sich um einen privaten Unternehmer oder eine Behörde handelt, ist dabei unerheblich.

Wie die folgenden Beispiele zeigen, gibt es allerdings Situationen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber einen anderen öffentlichen Auftraggeber mit wirtschaftlichen Tätigkeiten betraut oder diese Tätigkeiten gemeinsam mit einem anderen öffentlichen Auftragnehmer ausübt, ohne an die Vergabevorschriften der EU gebunden zu sein.

- So hat der Gerichtshof unlängst für Recht erkannt, dass ein öffentlicher Auftraggeber die ihm obliegenden Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse selbst mit eigenen Mitteln in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Auftraggebern erbringen kann, ohne dass hierfür eine besondere Organisationsform oder die Anwendung des europäischen Vergaberechts auf die Organisationsmodalitäten erforderlich wäre.
 - i) Die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern kann im Rahmen einer rechtlich selbstständigen öffentlichen Stelle erfolgen, die die Kriterien für die In-house-Vergabe erfüllt¹⁵¹. Siehe hierzu Frage 4.1.2.
 - ii) Die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern setzt aber dem Gerichtshof zufolge¹⁵² nicht zwangsläufig die Gründung einer neuen Einrichtung voraus, die ihrer gemeinsamen Kontrolle untersteht. Die Zusammenarbeit kann auch nur darin bestehen, dass die betreffenden Auftraggeber ihnen obliegende Aufgaben im öffentlichen Interesse gemeinsam wahrnehmen. Dies bedeutet nicht unbedingt, dass die Aufgaben von jedem öffentlichen Auftraggeber zu gleichen Teilen wahrgenommen werden. Die Zusammenarbeit kann auf Arbeitsteilung und Spezialisierung gegründet sein. Es muss sich allerdings um eine echte Zusammenarbeit im Unterschied zu einer Auftragsvergabe handeln, bei der die eine Partei die Aufgabe gegen Entgelt ausführt. Außer der Kostenerstattung darf

¹⁵⁰ Vgl. die Urteile Teckal, Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Rdnr. 51, ARGE, Rs. C-94/99, Slg. 2000, I-11037, Rdnr. 40, Auroux, Rs. C-220/05, Slg. 2007, I-389, Rdnr. 62.

¹⁵¹ EuGH, Urteil Coditel Brabant, Rs. C-324/07, Slg. 2008, I-8457.

¹⁵² EuGH, Urteil Kommission/Deutschland, Rs. C-480/06.

keine Mittelübertragung zwischen den öffentlichen Auftraggebern stattfinden. Der Zusammenarbeit müssen mit der Verfolgung von Gemeinwohlzielen verbundene Erwägungen und Anforderungen zugrunde liegen, was jedes Streben nach Gewinn und jede Beteiligung an privaten oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ausschließt.

- Öffentliche Auftraggeber wie Kommunen können selbstverständlich einen Auftrag gemeinsam ausschreiben. Ein öffentlicher Auftraggeber kann also ein Vergabeverfahren sowohl für eigene Belange als auch für die Belange eines anderen öffentlichen Auftraggebers einleiten¹⁵³, muss dies aber zu Beginn des Verfahrens mitteilen. Die Vergabevorschriften gelten somit für das Verfahren, das dieser Auftraggeber für seine eigenen Belange sowie für einen oder mehrere andere öffentliche Auftraggeber eingeleitet hat, nicht aber für die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern.
- Mehrere öffentliche Auftraggeber können zudem gemeinsam eine neue Einrichtung gründen und ihr eine bestimmte Aufgabe vollständig übertragen. In diesem Fall üben die öffentlichen Auftraggeber keinerlei Kontrolle über die Leistungen aus, die von dieser neuen Einrichtung unabhängig und völlig eigenständig erbracht werden. Unter diesen Umständen liegt keine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung vor, so dass weder der AEUV noch die Vergaberichtlinien Anwendung finden¹⁵⁴.
- Schaffen die Vergabebehörden Strukturen für unentgeltliche Amtshilfe und Zusammenarbeit, liegt keine Dienstleistung im Sinne des AEUV vor, so dass das Unionsrecht nicht anwendbar ist.

4.2.13. Inwieweit finden die Vergabevorschriften auf öffentlich-private Partnerschaften Anwendung?

Allgemein gilt, dass die Gründung einer öffentlich-privaten Partnerschaft der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession gleichgestellt ist. In diesem Fall finden die Vergabevorschriften je nach Art und Wert des betreffenden Vertrags in vollem Umfang Anwendung.

Bei institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaften (in Gestalt eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens) ist der Hinweis wichtig, dass, wie unter 4.1.2 ausgeführt, zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer öffentlich-privaten Einrichtung, an der der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit privaten Wirtschaftsteilnehmern beteiligt ist, kein In-house-Verhältnis besteht. Hieraus folgt, dass bei der Leistungsvergabe an eine öffentlich-private Einrichtung die Vergabevorschriften des AEUV und die Vergaberichtlinien zu beachten sind. Hieraus folgt gleichfalls, dass die Beteiligung eines privaten Wirtschaftsteilnehmers am

¹⁵³ Siehe Artikel 11 der Richtlinie 2004/18/EG zu zentralen Beschaffungsstellen.

¹⁵⁴ Siehe die Pressemitteilung der Kommission IP/07/357 vom 21.3.2007, wonach die vollständige Übertragung einer öffentlichen Aufgabe von einer öffentlichen Einrichtung auf eine andere, die diese Aufgabe völlig unabhängig und eigenverantwortlich wahrnimmt, nicht mit einer vergüteten Dienstleistung gemäß Artikel 49 EG-Vertrag gleichzusetzen ist. Bei einer solchen Übertragung handelt es sich vielmehr um eine Maßnahme zur internen Organisation der öffentlichen Verwaltung des betreffenden Mitgliedstaats. Daher gelten hierfür nicht die EU-Rechtsvorschriften und die darin enthaltenen Freiheitsrechte.

Kapital eines Unternehmens, das öffentliche Aufgaben wahrnimmt, die ihm im Rahmen eines In-house-Verhältnisses übertragen werden, diesem In-house-Verhältnis¹⁵⁵ ein Ende setzt und die Ausschreibung des betreffenden Auftrags oder der betreffenden Konzession erforderlich macht, es sei denn, der private Wirtschaftsteilnehmer wurde im Einklang mit den Vergabevorschriften ausgewählt.

Führt ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren nach Maßgabe des europäischen Vergaberechts durch, um einen privatwirtschaftlichen Partner auszuwählen, der den Dienstleistungsauftrag oder die Dienstleistungskonzession im Rahmen eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens zusammen mit einem öffentlichen Auftraggeber wahrnehmen soll, braucht für die betreffende Leistung kein zweites Vergabeverfahren mehr durchgeführt zu werden. Sollten sich jedoch wesentliche Änderungen in Bezug auf die Leistungserbringung ergeben, die in den ursprünglichen Vergabebedingungen nicht vorgesehen waren, müsste ein neues Verfahren eingeleitet werden. Eingehendere Informationen sind der Mitteilung der Kommission über institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften¹⁵⁶ zu entnehmen, in der ausführlich erläutert wird, wie ein solches Verfahren auszugestalten ist.

4.2.14. Inwieweit ist es möglich, im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für eine soziale Dienstleistung von allgemeinem Interesse die Einhaltung bestimmter die Unternehmensverfassung betreffender Vorschriften zu verlangen (beispielsweise, dass das Unternehmen zu gleichen Teilen von Vertretern der Arbeitgeber und Arbeitnehmer kontrolliert wird oder dass die Nutzer in der Unternehmensleitung vertreten sind)?

Die Vergaberichtlinien ermöglichen es den öffentlichen Auftraggebern, im Laufe des Vergabeverfahrens besondere Anforderungen (die auch sozialer Art sein können) zu stellen, solange diese mit dem Unionsrecht (insbesondere mit seinen Grundsätzen wie Transparenzgebot und Diskriminierungsverbot) vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen erscheinen. Den Vergaberichtlinien zufolge müssen die in der Leistungsbeschreibung genannten Auflagen sowie die Auswahl- und Zuschlagskriterien zudem mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen (d. h. zur näheren Bestimmung der fraglichen Produkte/Leistungen geeignet sein). Auflagen, die Teil der Erfüllungsklauseln sind, brauchen demgegenüber nicht unbedingt mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang zu stehen, sondern nur mit der Ausführung des Auftrags (d. h. mit den Aufgaben, die zur Herstellung der betreffenden Waren bzw. zur Erbringung der Leistungen erforderlich sind).

Unterliegt der betreffende Vertrag nicht den Vergaberichtlinien, wie dies beispielsweise bei Dienstleistungskonzessionen oder bei öffentlichen Aufträgen mit einem Auftragswert unterhalb der Anwendungsschwellen dieser Richtlinien der Fall ist, bleiben die Grundregeln des AEUV, wie sie vom EuGH ausgelegt worden sind, anwendbar, wenn an diesem Vertrag ein grenzüberschreitendes Interesse besteht¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Im Deutschen wird für „In-house-Vergabe“ auch der Ausdruck „interne Vergabe“ verwendet.

¹⁵⁶ Mitteilung der Kommission K(2007) 6661 zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften (IÖPP).

¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Telaustria, Rs. C-324/98.

Die Pflicht zur Einhaltung dieser Grundregeln, insbesondere des Diskriminierungsverbots, steht auch Auflagen entgegen, die der öffentliche Auftraggeber in Vergabeverfahren außerhalb der Vergaberichtlinien vorschreibt und die nicht mit dem Vertragsgegenstand oder der Vertragserfüllung in Zusammenhang stehen.

So kann deshalb bei Pflichten, die mit der Unternehmensverfassung, insbesondere mit der Aufsicht des Unternehmens oder der Beteiligung bestimmter Personengruppen in der Leitung des Dienstleistungsunternehmens, zusammenhängen und die die Organisation des Unternehmens insgesamt betreffen, nicht angenommen werden, dass sie mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen (weil sie nicht geeignet sind, die Leistungen im Hinblick auf ihre Merkmale oder im Hinblick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis näher zu bestimmen). Gleiches gilt in Bezug auf die Auftragsausführung, da keine Verbindung zwischen diesen Pflichten und den Aufgaben besteht, die für die Erbringung der betreffenden Leistungen notwendig sind.

Hingegen könnte der öffentliche Auftraggeber, wie aus der Antwort auf Frage 4.2.4 hervorgeht, durchaus vorschreiben, dass eine bestimmte Dienstleistung in einer Art und Weise zu erbringen und zu bewerten ist, die eine Beteiligung der Nutzer einschließt, sofern dies keine Ungleichbehandlung zur Folge hat oder den Ausgang des Vergabeverfahrens vorwegnimmt.

Es gibt mehrere Möglichkeiten für eine Beteiligung der Nutzer, wobei graduelle Unterschiede bestehen können (Durchführung von Umfragen, Lob-, Ideen- und Meckerkasten usw.) Der öffentliche Auftraggeber hat möglicherweise konkrete Vorstellungen, wie weit die Beteiligung der Nutzer gehen sollte. Er könnte beispielsweise verlangen, dass der Dienstleister, der den Zuschlag erhält, eine Stelle oder ein Verfahren vorsieht, das es den Vertretern der Nutzer erlaubt, in der Phase der Vertragserfüllung in die Entscheidungen einbezogen zu werden, soweit diese Entscheidungen keine inhaltliche Änderung der Ausschreibung bewirken und keine Ungleichbehandlung zur Folge haben. Hat der öffentliche Auftraggeber diesbezüglich keine klare Vorstellung, kann er die Bieter auffordern, Vorschläge für eine Beteiligung der Nutzer zu unterbreiten.

4.2.15. *Wie lassen sich die Vergabevorschriften und das Anliegen der öffentlichen Hand, innovative Lösungen für die komplexen Bedürfnisse der SDAI-Nutzer zu fördern, miteinander vereinbaren?*

Die Vergabevorschriften geben den öffentlichen Auftraggebern zahlreiche Instrumente für die Innovationsförderung an die Hand.

So kann die Leistungsbeschreibung¹⁵⁸ entweder unter Bezugnahme auf sehr detaillierte Vorgaben formuliert werden oder unter Bezugnahme auf Leistungs- oder Funktionsanforderungen¹⁵⁹. Im letzteren Fall kann der öffentliche Auftraggeber die Ziele vorgeben, ohne im Einzelnen vorzuschreiben, mit welchen Mitteln die Ziele zu erreichen sind. Auf diese Weise wird die Kreativität der Bieter angesprochen, die

¹⁵⁸ Artikel 23 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁵⁹ Artikel 23 Absatz 3 der Richtlinie 2004/18/EG bestimmt bei einer Leistungsbeschreibung in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen Folgendes: „Die Anforderungen sind jedoch so genau zu fassen, dass sie den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem öffentlichen Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen“.

innovative Lösungen entwickeln und vorschlagen können, die den komplexen Bedürfnissen der Nutzer entsprechen.

Varianten¹⁶⁰ sind eine andere Möglichkeit, wie Innovation gefördert werden kann. Vergabebehörden, die Varianten zulassen, können so die Vor- und Nachteile einer innovativeren Alternative mit der Standardlösung vergleichen.

Da nur wenige Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG für SDAI verbindlich sind, können die Vergabebehörden das Verfahren wählen, das nach ihrem Dafürhalten den Besonderheiten der betreffenden Dienstleistung am besten entspricht, soweit dieses Verfahren die Grundregeln des AEUV (Transparenz, Nichtdiskriminierung) beachtet. Bei komplexen SDAI beispielsweise, bei denen der öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage ist, vorab zu bestimmen, in welcher Weise den besonderen Bedürfnissen der Nutzer am besten Rechnung getragen werden kann, kann er auf ein Verfahren zurückgreifen, das dem wettbewerblichen Dialog¹⁶¹ vergleichbar ist.

4.2.16. *Welchen Bekanntmachungspflichten unterliegen SDAI-Konzessionen? Ist eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EU möglich?*

Dienstleistungskonzessionen unterliegen anders als Baukonzessionen und öffentliche Aufträge nicht der Richtlinie 2004/18/EG, so dass sie nicht im Amtsblatt der EU bekannt gemacht werden müssen. Deshalb gibt es für die Bekanntmachung von Dienstleistungskonzessionen im EU-Amtsblatt auch kein eigenes Formular. Dienstleistungskonzessionen unterliegen allerdings den Grundregeln des AEUV wie dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot. Im Einklang mit diesen Grundregeln und der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C-324/98, *Telaustria*, muss der Auftraggeber (oder der Konzessionsgeber) zugunsten potenzieller Bieter einen „angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden“, und somit eine geeignete Bekanntmachung veröffentlichen, aus der unter anderem der Gegenstand und der wirtschaftliche Wert der Konzession hervorgehen.

- Hieraus folgt, dass es den Mitgliedstaaten/öffentlichen Auftraggebern in den Grenzen der EuGH-Rechtsprechung frei steht, geeignete Bekanntmachungsvorschriften festzulegen, um die Transparenz der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen sicherzustellen. Die öffentlichen Auftraggeber haben selbstverständlich die Möglichkeit, Vergabeverfahren für Dienstleistungskonzessionen im Amtsblatt der EU bekannt zu machen, auch wenn das EU-Recht dies nicht vorschreibt.

¹⁶⁰ Vgl. Artikel 24 der Richtlinie 2004/18/EG. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse sind nur wenigen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG unterworfen, aber die Vergabebehörden können selbstverständlich auf fakultative Bestimmungen zurückgreifen, wenn ihnen dies nützlich erscheint.

¹⁶¹ Vgl. Artikel 29 der Richtlinie 2004/18/EG; dieses Verfahren gilt für Aufträge, die zur Gänze der Richtlinie unterliegen.

4.2.17. Ist es möglich, SDAI anders als in Form öffentlicher Aufträge und Konzessionen zu vergeben und dabei gleichzeitig eine große Auswahl von Anbietern und die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots sicherzustellen?

Ja. Die Vergabebehörde kann beispielsweise im Voraus die Auflagen festlegen, die bei der Erbringung einer Sozialdienstleistung zu beachten sind, und nach einer ausreichenden Bekanntmachung unter Wahrung des Transparenz- und Nichtdiskriminierungsgrundsatzes (siehe Antwort auf Frage 4.2.3) allen Dienstleistern, die diese Auflagen erfüllen, Lizenzen oder Genehmigungen erteilen. Die Anzahl der Dienstleister unterliegt in diesem Fall weder Beschränkungen noch Quoten: Jeder, der die Bedingungen erfüllt, kann die Leistung anbieten.

Die Dienstleister, die eine Lizenz oder Genehmigung erhalten haben, müssen die Leistung auf Nachfrage des Nutzers, der zwischen mehreren Anbietern wählen kann, zu einem vorher vom öffentlichen Auftraggeber festgesetzten Preis erbringen.

5. GLEICHZEITIGE ANWENDUNG DER BEIHILFEVORSCHRIFTEN UND DER VERGABEVORSCHRIFTEN FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE UND DIENSTLEISTUNGSKONZESSIONEN AUF DAWI

5.1. Schreibt das Unionsrecht für DAWI eine besondere Form der Erbringung vor?

Nach ständiger Rechtsprechung verfügen die Mitgliedstaaten über ein weites Ermessen, wenn es darum geht zu bestimmen, was unter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verstehen ist und in welcher Form diese Dienstleistungen zu erbringen sind. Die öffentliche Hand kann somit frei entscheiden, wie sie das Angebot an gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen organisiert.

Das Beihilferecht (Artikel 106 Absatz 2 AEUV) ermöglicht es der öffentlichen Hand, ihre DAWI nach eigenem Gutdünken zu organisieren und zu finanzieren, solange der von ihr gewährte Ausgleich nicht über das hinausgeht, was nötig ist, um den Gemeinwohlauftrag zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen.

Wenn eine DAWI als öffentlicher Auftrag oder Konzession ausgeschrieben wird (wenn es sich also um die Erbringung einer Dienstleistung gegen Entgelt handelt, d. h. gegen Zahlung eines bestimmten Betrags oder gegen Übertragung eines Nutzungsrechts an der Dienstleistung in der Form, dass von den Nutzern eine Gebühr erhoben wird), müssen die Vergabebehörden nicht nur das Beihilferecht beachten, sondern auch die Vergabevorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen. Näheres ist den Antworten auf die Fragen 3.1.14 und 4.2.1 zu entnehmen.

Erfolgt die Auswahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens, das die Auswahl desjenigen Bieters ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, und sind die anderen Bedingungen des Altmark-Urteils erfüllt (siehe hierzu die Antwort auf Frage 3.2.1), stellt der gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe im Sinne dieses Urteils dar.

5.2. Muss ein öffentlicher Auftraggeber, wenn er den Anbieter einer DAWI im Einklang mit den Beihilfavorschriften vergütet, auch die EU-Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge bzw. Dienstleistungskonzessionen anwenden?

Die Vorschriften für staatliche Beihilfen und die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge oder -konzessionen unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Zielsetzung und ihres Anwendungsbereichs. Die Beihilfavorschriften regeln die Finanzierungsvoraussetzungen für DAWI und damit auch für ihrem Wesen nach wirtschaftliche SDAI und zielen darauf ab, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, die durch vom Staat und seinen Organen gewährte finanzielle Mittel oder vergleichbare Vorteile verursacht werden, während die Vergabevorschriften in erster Linie darauf ausgerichtet sind, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, die sich aus dem Umgang der öffentlichen Hand mit öffentlichen Geldern bei der Vergabe solcher Dienstleistungsaufträge ergeben, und gleichzeitig den Wettbewerb in Europa in größtmöglichem Umfang zu gewährleisten sowie das bestmögliche Preis-Leistungs-Verhältnis auch zugunsten der Nutzer zu erzielen.

Vergabebehörden, die eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bereitstellen wollen, müssen deshalb nicht nur das Beihilferecht, sondern auch die Vergabevorschriften beachten.

Das Vergaberecht ist anwendbar, sobald eine Pflicht zur Bereitstellung einer bestimmten Dienstleistung gegen Entgelt besteht, und zwar unabhängig davon, ob mit der Dienstleistung ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird. Handelt es sich hingegen lediglich um einen Finanzierungsvorgang, der in der Regel mit einer Erstattungspflicht verbunden ist, wenn die erhobenen Beträge nicht zweckentsprechend verwendet werden, ist das Vergaberecht normalerweise nicht anwendbar.

Die rechtliche Einordnung eines Vertrags als öffentlicher Auftrag nach EU-Recht muss anhand der Begriffsbestimmung des öffentlichen Auftrags in den einschlägigen Richtlinien (insbesondere der Richtlinie 2004/18/EG) erfolgen, unabhängig davon, wie der Vertrag nach innerstaatlichem Recht eingestuft wird.

Ein Vertrag kann in folgenden Fällen unter die Begriffsbestimmung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder der Dienstleistungskonzession fallen:

- a) Ziel des Vertrags ist es, einem Bedarf zu entsprechen, der zuvor vom öffentlichen Auftraggeber im Rahmen seiner Zuständigkeiten festgestellt wurde.
- b) Die Merkmale der Dienstleistung und die Art und Weise, wie die Dienstleistung zu erbringen ist, werden vom öffentlichen Auftraggeber im Detail festgelegt.
- c) Der Vertrag sieht eine Vergütung für die Dienstleistung vor (durch Zahlung eines Preises an den Anbieter oder durch Einräumung eines Nutzungsrechts in der Form, dass der Anbieter von den Nutzern seiner Dienstleistung Gebühren verlangen darf).
- d) Der öffentliche Auftraggeber sucht aktiv nach einem Unternehmen, um es mit der Dienstleistung zu betrauen.

- e) Der Vertrag enthält Sanktionen (z. B. Straf- oder Entschädigungszahlungen) für den Fall, dass die Vertragspflichten nicht erfüllt werden, um auf diese Weise zu gewährleisten, dass die einem Dritten übertragene Dienstleistung ordnungsgemäß im Einklang mit den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers erbracht wird.

Anhand der vorstehenden Kriterien lässt sich bestimmen, ob der Vertragsgegenstand tatsächlich in der Erbringung einer entgeltlichen Leistung besteht.

5.3. Kann einem DAWI-Konzessionsnehmer eine staatliche Beihilfe als Ausgleich für die Kosten gewährt werden, die ihm durch die Erfüllung der ihm übertragenen Gemeinwohlverpflichtung konkret entstanden sind?

Im Hinblick auf die Anwendung der Artikel 106, 107 und 108 AEUV ist es Sache der Mitgliedstaaten, ihre DAWI im Einklang mit den Vorgaben der Kommissionsentscheidung 2005/842/EG zu definieren. Beschließt ein Mitgliedstaat, ein Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu betrauen, kann diesem Unternehmen eine Ausgleichszahlung für diese Dienstleistung gewährt werden, wenn die Einnahmen aus ihrer Erbringung nicht kostendeckend sind. Diese Ausgleichszahlung darf die tatsächlich entstandenen Nettokosten unter Berücksichtigung einer angemessenen Rendite nicht übersteigen.

Im Hinblick auf die Vergabevorschriften steht der Begriff der Dienstleistungskonzession der Gewährung einer staatlichen Beihilfe nicht entgegen, solange der Konzessionsnehmer einen Großteil des mit der Nutzung der betreffenden Dienstleistung verbundenen Risikos trägt. Wird mit der Beihilfe hingegen das mit der Nutzung der Dienstleistung verbundene Risiko auf ein Minimum beschränkt oder ganz beseitigt, könnte der Vertrag als öffentlicher Dienstleistungsauftrag eingestuft werden. In diesem Fall wäre die Vergaberichtlinie im Prinzip voll anwendbar.

Handelt es sich jedoch um Dienstleistungen, die in Anhang II Teil B der Richtlinie aufgeführt sind (z. B. Sozialdienstleistungen), wären nur einige wenige Bestimmungen der Richtlinie anwendbar (siehe Antwort auf die Fragen 4.2.1 und 4.2.3). Bei Sozialdienstleistungen, an denen ein grenzübergreifendes Interesse besteht, fällt es somit kaum ins Gewicht, ob es sich um eine Dienstleistungskonzession oder einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt.

5.4. Erstreckt sich der Ausschluss von der Anwendung der Vergabevorschriften bei der In-house-Vergabe auch auf die Anwendung der Beihilfenvorschriften?

Wird eine bestimmte Fallkonstellation vom europäischen Vergaberecht nicht erfasst, bedeutet dies nicht automatisch, dass auch das europäische Beihilferecht keine Anwendung findet.

Zum europäischen Beihilferecht siehe die Antwort auf die Frage 3.1.19

Zum europäischen Vergaberecht wird auf die Antwort auf die Frage 4.1.2 verwiesen.

5.5. Anhand welcher objektiven Kriterien lässt sich feststellen, dass das Nutzungsrisiko durch die Ausgleichszahlung neutralisiert wird?

Der Begriff des Risikos ist ein wesentlicher Bestandteil des Konzessionsbegriffs. Nach den Definitionen in Artikel 1 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 2004/18/EG ist eine Konzession ein Vertrag, der von einem öffentlichen Auftrag nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Bau- bzw. Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks bzw. der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Das Kriterium der Nutzung und damit auch das Vorliegen eines gewissen Risikos ist somit für die Feststellung, ob es sich bei einem Vertrag um eine Konzession handelt oder nicht, ausschlaggebend. Der Rechtsprechung des Gerichtshofs zufolge (vgl. u. a. Rs. C-300/07, *Oymanns*, und Rs. C-206/08, *Eurawasser*) liegt eine Konzession nur dann vor, wenn der Wirtschaftsteilnehmer einem beträchtlichen, mit der Nutzung seiner Leistungen verbundenen Risiko ausgesetzt ist.

Ob ein beträchtliches Risiko gegeben ist, lässt sich nur im Einzelfall feststellen. Zu berücksichtigen ist das mit der Erbringung der Dienstleistung bzw. mit der Bereitstellung und Nutzung des Bauwerks verbundene Risiko, insbesondere im Hinblick auf die Nachfrage. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Wirtschaftsteilnehmer immer dann einen Großteil des Risikos trägt, wenn seine Rendite ungewiss ist.

Ist aufgrund der Höhe der Ausgleichszahlung kein beträchtliches Risiko gegeben, muss der Vertrag, der als Dienstleistungskonzession eingestuft war, in einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag umgewandelt werden mit allen rechtlichen Folgen, die sich hieraus ergeben (z. B. mit der Möglichkeit, bei einem Verstoß gegen das Vergaberecht den Vertrag zu kündigen).

6. ALLGEMEINE FRAGEN ZUR ANWENDBARKEIT DER BINNENMARKTREGELN DES AEUV AUF DAWI UND SDAI (NIEDERLASSUNGS- UND DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT)

Mit den „Binnenmarktregeln des AEUV“ sind hier die Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in den Bereichen Niederlassungsfreiheit (Artikel 49 AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Artikel 56 AEUV) gemeint. Zu den Vergabevorschriften wird auf Kapitel 4 dieses Leitfadens verwiesen.

6.1. Wann finden die Binnenmarktregeln des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) auf SDAI Anwendung?

Die SDAI fallen unter die Binnenmarktregeln des AEUV, wenn es sich bei diesen Dienstleistungen um eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs handelt. Einige von ihnen können auch unter die Dienstleistungsrichtlinie fallen. Für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten hingegen gelten die Binnenmarktvorschriften nicht. Zum Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Binnenmarktvorschriften des AEUV siehe Antwort auf Frage 6.3.

Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ist ein Begriff des EU-Rechts, der vom Gerichtshof auf der Grundlage der Artikel 49 und 56 AEUV entwickelt worden ist. Soweit dieser Begriff der Abgrenzung des Anwendungsbereichs zweier Grundfreiheiten des AEUV dient, darf er nicht restriktiv ausgelegt werden¹⁶². Zum Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Binnenmarktvorschriften des AEUV siehe Antwort auf Frage 6.2.6.2.

6.2. Wann ist eine Tätigkeit als „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Binnenmarktregeln des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) und der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?

Nur Dienstleistungen, die als „wirtschaftliche Tätigkeiten“ anzusehen sind, fallen unter die Binnenmarktregeln des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) und die Dienstleistungsrichtlinie.

Danach gilt jede gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung als wirtschaftliche Tätigkeit. Dem EuGH zufolge muss die Dienstleistung nicht unbedingt von denjenigen bezahlt werden, denen sie zugute kommt¹⁶³, doch muss der Erbringung dieser Leistung eine wirtschaftliche Gegenleistung gegenüberstehen.

Des Weiteren hat der Gerichtshof präzisiert, dass der wirtschaftliche Charakter einer Tätigkeit weder von der Rechtsform des Wirtschaftsteilnehmers abhängt (bei dem es sich um eine gemeinnützige Einrichtung oder Vereinigung ohne Erwerbszweck handeln kann¹⁶⁴) noch von der Art der Dienstleistung (der Umstand, dass eine Leistung dem Sozialversicherungsbereich oder dem Gesundheitswesen zuzurechnen ist, hat nicht automatisch zur Folge, dass die Bestimmungen des AEUV nicht anzuwenden sind¹⁶⁵). Auch die Betätigung der Mitglieder einer Religionsgemeinschaft oder eines Amateursportvereins kann demnach als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden¹⁶⁶. Für den wirtschaftlichen Charakter einer Tätigkeit kommt es auch nicht darauf an, wie diese Tätigkeit nach innerstaatlichem Recht eingestuft wird. Eine Dienstleistung, die nach innerstaatlichem Recht als „nicht wirtschaftlich“ angesehen wird, kann nach Maßgabe der vorgenannten Vertragsbestimmungen durchaus als wirtschaftliche Tätigkeit eingestuft werden. Dass mit einer Tätigkeit ein Ziel des Allgemeininteresses verfolgt wird, ändert nicht unbedingt etwas am wirtschaftlichen Charakter dieser Tätigkeit.

Um zu entscheiden, ob eine Dienstleistung als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen ist, die unter die Binnenmarktvorschriften des AEUV und gegebenenfalls unter die Dienstleistungsrichtlinie fällt, ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, bei der allen Merkmalen der betreffenden Tätigkeit, insbesondere der Art und Weise, wie sie in

¹⁶² Verb. Rs. C-51/96 und C-191/97, Deliège, Rdnr. 52.

¹⁶³ So können nach Auffassung des EuGH beispielsweise Krankenhausdienstleistungen, die im Rahmen der geltenden Krankenversicherung kostenlos als Sachleistungen erbracht werden, durchaus eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des AEUV darstellen.

¹⁶⁴ Rs. C-172/98, Kommission/Belgien. In der Rs. C-157/99, Smits und Peerbooms, (Rdnr. 50) wies der Gerichtshof das Argument zurück, wonach das Streben des Erbringers einer Dienstleistung nach Gewinn eine zusätzliche Voraussetzung dafür darstellt, dass eine Leistung eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne von Artikel 60 des Vertrags sein kann.

¹⁶⁵ Urteil Smits und Peerbooms.

¹⁶⁶ Rs. C-196/87, Steymann, und verb. Rs. C-51/96 und C-191/97, Deliège.

dem Mitgliedstaat tatsächlich erbracht, organisiert und finanziert wird, Rechnung zu tragen ist.

Die Dienstleistungsrichtlinie gilt für alle Dienstleistungen, die nicht ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich ausgeschlossen sind. Ausgeschlossen sind beispielsweise bestimmte Sozialdienstleistungen (zur Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie auf Sozialdienstleistungen vgl. die Antwort auf Frage 7.2). Unter den Dienstleistungsbegriff der Richtlinie fallen nur wirtschaftliche Tätigkeiten im oben definierten Sinn.

Was die Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Binnenmarktvorschriften des AEUV für Sozialdienstleistungen bedeutet, wird in den Antworten auf die Fragen 6.5 und 6.6 näher ausgeführt.

6.3. Wann ist eine Tätigkeit als „nichtwirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Binnenmarktregeln des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) und der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?

Tätigkeiten, die beispielsweise im Rahmen der sozialen Daseinsvorsorge vom Staat oder für Rechnung des Staates ohne wirtschaftliche Gegenleistung erbracht werden, stellen keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Binnenmarktvorschriften und der Dienstleistungsrichtlinie dar¹⁶⁷.

Beispiele

- Leistungen, die auf der Grundlage einer Pflichtversicherung erbracht werden (z. B. Schadenersatzzahlungen bei naturbedingten Schadensfällen)¹⁶⁸
- Allgemeinbildender Unterricht, der im Rahmen des nationalen Bildungswesens erteilt wird,¹⁶⁹ oder Unterricht an einer Hochschule, die im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert wird¹⁷⁰

6.4. Gelten die Binnenmarktvorschriften für Sozialdienstleistungen, auch wenn diese nicht unter die Dienstleistungsrichtlinie fallen?

Von der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Richtlinie) sind soziale Dienstleistungen im Zusammenhang mit Sozialwohnungen,

¹⁶⁷ Rs. C-109/92, Wirth.

¹⁶⁸ In seinem Urteil in der Rechtssache C-355/00, Freskot, befand der Gerichtshof, dass die Zahlung einer Abgabe an die Pflichtversicherung insoweit keine wirtschaftliche Gegenleistung darstellt, als diese Abgabe im Wesentlichen den Charakter einer vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Belastung hat und die Merkmale dieser Belastung einschließlich ihrer Höhe ebenfalls durch den Gesetzgeber bestimmt werden.

¹⁶⁹ In seinem Urteil in der Rs. C-263/86, Humbel, führte der Gerichtshof aus, dass der Staat zum einen durch die Errichtung und Erhaltung eines nationalen Bildungssystems keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen will, sondern auf diese Weise seine Aufgabe gegenüber seinen Bürgern auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet erfüllt, und dass dieses Bildungssystem zum anderen in der Regel aus dem Staatshaushalt und nicht von den Schülern oder ihren Eltern finanziert wird. An der Natur dieser Tätigkeit, so der Gerichtshof weiter, ändere sich im Übrigen nichts dadurch, dass die Schüler oder ihre Eltern manchmal Gebühren oder ein Schulgeld zahlen müssen, um in gewissem Umfang zu den Kosten für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Systems beizutragen.

¹⁷⁰ Im Urteil Wirth stellte der Gerichtshof fest, dass seine Ausführungen im Urteil Humbel auch für den Unterricht an einer Hochschule gelten, die im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert wird.

der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen, die vom Staat selbst (auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene), durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden.

Für Dienstleistungen, die von der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen sind, aber als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen sind, bleiben die Bestimmungen des AEUV, insbesondere die Artikel 49 und 56 über die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit, anwendbar. Einzelstaatliche Vorschriften für diese Dienstleistungen können daher von den Gerichten der Mitgliedstaaten oder vom EuGH auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Artikeln 49 und 56 AEUV, geprüft werden. Eine Regelung des Sozialdienstleistungssektors kann mit sozialpolitischen Zielen gerechtfertigt werden, solange diese Regelung in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht. Siehe auch die Antworten auf die Fragen 6.5 und 6.6.

6.5. Können sozialpolitische Ziele gesetzliche Vorgaben für Sozialdienstleistungen rechtfertigen?

Dem Gerichtshof zufolge steht es den Mitgliedstaaten frei, sozialpolitische Ziele vorzugeben und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen. Allerdings müssen die Vorgaben den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit genügen. Eine Einschränkung der Grundfreiheiten des Binnenmarkts muss im Hinblick auf die Ziele geprüft werden, die die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats verfolgen, sowie im Hinblick auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau.

Die Rechtsprechung hat eine Reihe von „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ entwickelt, mit denen die Mitgliedstaaten eine Einschränkung der Binnenmarktfreiheiten rechtfertigen können (z. B. sozialpolitische Ziele, Schutz der Dienstleistungsempfänger, Verbraucherschutz). Der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zufolge lässt sich eine Einschränkung der Grundfreiheiten mit sozialpolitischen Erwägungen rechtfertigen: So könnte es beispielsweise als inakzeptabel angesehen werden, wenn private Anbieter aus der Schwäche der Dienstleistungsempfänger Profit schlagen¹⁷¹. Jede Einschränkung muss jedoch geeignet sein, die von den Mitgliedstaaten geltend gemachten Ziele zu erreichen, und darf nicht über das hierfür notwendige Maß hinaus gehen.

So kann z. B. nach dem AEUV und der Dienstleistungsrichtlinie (für die erfassten Dienstleistungen) eine Genehmigungspflicht für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten beibehalten werden, sofern sie keine Diskriminierung bewirkt, ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt, zur Erreichung dieses Ziels geeignet ist und das Ziel nicht mit weniger einschneidenden Maßnahmen erreicht werden kann. Laut Rechtsprechung des Gerichtshofs stellen sozialpolitische Ziele „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ dar, die eine Genehmigungspflicht oder andere Maßnahmen zur Regulierung der Märkte rechtfertigen können, solange diese Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen stehen.

¹⁷¹ Vgl. in diesem Sinn das Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-447/08 und C-448/08 zu Online-Glücksspielen.

6.6. Können die Mitgliedstaaten bestimmte Sozialdienstleistungen Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht vorbehalten?

Laut Rechtsprechung des Gerichtshofs steht es einem Mitgliedstaat nach der jedem Mitgliedstaat eigenen Wertordnung und im Hinblick auf den Ermessensspielraum, über den die Mitgliedstaaten verfügen, frei, bestimmte Tätigkeiten öffentlichen oder karitativen Einrichtungen anzuvertrauen¹⁷². Solche Maßnahmen müssen jedoch geeignet sein, die von dem betreffenden Mitgliedstaat geltend gemachten Ziele zu erreichen, und dürfen nicht über das hierfür notwendige Maß hinaus gehen. Eine einzelstaatliche Regelung ist nämlich nur dann geeignet, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Auf jeden Fall müssen die Beschränkungen so angewandt werden, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt ist.

7. FRAGEN ZUR ANWENDBARKEIT DER DIENSTLEISTUNGSRICHTLINIE AUF DAWI UND INSBESONDERE AUF SDAI

7.1. Welche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse fallen unter die Dienstleistungsrichtlinie?

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) fallen unter die Dienstleistungsrichtlinie, soweit sie nicht ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich ausgeschlossen sind (wie u. a. Verkehrsdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen, bestimmte Sozialdienstleistungen, Dienstleistungen und Netze der elektronischen Kommunikation und audiovisuelle Dienste). Für Sozialdienstleistungen gilt die Richtlinie nur, wenn sie von privaten Anbietern erbracht werden, die nicht vom Staat hierzu beauftragt wurden. Nicht unter die Richtlinie fallen hingegen Sozialdienstleistungen, die vom Staat selbst, durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden.

Für alle anderen DAWI, die unter die Richtlinie fallen, sind diverse „Schutzklauseln“ vorgesehen, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen sollen, ihren Besonderheiten bei der Umsetzung der Richtlinie in vollem Umfang Rechnung zu tragen. Die Mitgliedstaaten müssen beispielsweise ihre eigenen Vorschriften für diese Dienstleistungen beibehalten können, wenn damit eine hohe Qualität dieser Leistungen garantiert werden kann.

So erlauben es die Richtlinienbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit den Mitgliedstaaten, Besonderheiten der DAWI zu berücksichtigen. Insbesondere darf die von den Mitgliedstaaten nach Maßgabe der Richtlinie vorgenommene Prüfung und Bewertung bestimmter Anforderungen des nationalen Rechts die Erfüllung der den DAWI anvertrauten besonderen Aufgaben nicht verhindern (Artikel 15 Absatz 4). Die Mitgliedstaaten können überdies gemäß den Artikeln 9 bis 13 Genehmigungsregelungen beibehalten, die die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit (einschließlich DAWI) regeln, sofern diese Genehmigungen nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, durch einen zwingenden Grund

¹⁷² Vgl. Urteil in den verb. Rs. C-447/08 und 448/08, Rdnr. 43. Siehe auch Rs. C-70/95, Sodemare, Slg. 1997, I-3395.

des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen.

Des Weiteren bestimmt die Richtlinie, dass die in Artikel 16 enthaltenen Bestimmungen in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit nicht für DAWI gelten (aufgrund einer ausdrücklichen Ausnahmeregelung in Artikel 17).

Die Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten lässt generell erkennen, dass die Richtlinie einen Beitrag zur Modernisierung unserer Volkswirtschaften leistet und Dienstleistern wie Verbrauchern zugute kommt. Der Kommission ist nicht bekannt, dass die Anwendung der Richtlinie auf DAWI bei der Umsetzung besondere Probleme bereitet hätte.

Informationen über die Umsetzungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten mit Links auf die betreffenden Gesetzestexte sind unter folgender Internetadresse erhältlich: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/news_de.htm.

7.2. Welche Sozialdienstleistungen sind von der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen und welche nicht?

Bestimmte Sozialdienstleistungen sind vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen. Sie sind in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Richtlinie ausdrücklich genannt: soziale Dienstleistungen im Zusammenhang mit Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen, die vom Staat selbst (auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene), durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden. Da es sich um eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel handelt, muss diese Ausnahme nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs eng ausgelegt werden.

Sozialdienstleistungen hingegen, die nicht in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j aufgeführt sind (wie Kinderbetreuungsleistungen, die nicht von einem der zuvor genannten Anbieter erbracht werden), unterliegen den allgemeinen Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass es in der Dienstleistungsrichtlinie eine ganze Reihe von Bestimmungen gibt, die dem besonderen Charakter der Sozialdienstleistungen, die nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sind, Rechnung tragen. Beispielsweise stellt die Richtlinie nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten in Frage, die Aufnahme und Ausübung der betreffenden Tätigkeiten zu regeln, um ihre Qualität zu garantieren. Die Mitgliedstaaten können gemäß den Artikeln 9 bis 13 Genehmigungsregelungen beibehalten, die die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit regeln, sofern diese Regelungen nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, gerechtfertigt sind und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Auch gilt die in Artikel 16 enthaltene Klausel betreffend die Dienstleistungsfreiheit nicht für von der Richtlinie erfasste Sozialdienstleistungen, bei denen es sich um DAWI handelt (aufgrund einer ausdrücklichen Ausnahmeregelung in Artikel 17). Ferner sei daran erinnert, dass die Richtlinie keine Bestimmungen über die Finanzierung von Sozialdienstleistungen enthält. Staatliche Beihilfen der Mitgliedstaaten, die unter das Wettbewerbsrecht fallen (siehe den Teil über staatliche Beihilfen) werden demnach

von der Richtlinie nicht erfasst. Insbesondere betrifft sie weder die Anforderungen für den Zugang bestimmter Dienstleistungsanbieter zu öffentlichen Mitteln noch die Qualitätsanforderungen, deren Einhaltung eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel ist (vgl. Erwägungsgründe 10, 17 und 28 der Richtlinie).

7.3. Können die Mitgliedstaaten, wenn sie die Dienstleistungsrichtlinie in innerstaatliches Recht umsetzen, Genehmigungsregelungen für Sozialdienstleistungen beibehalten?

Nach Artikel 9 der Dienstleistungsrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten die in ihrer Rechtsordnung vorgesehenen Genehmigungsregelungen für die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit überprüfen. Ist für die Ausübung einer Tätigkeit, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, eine behördliche Entscheidung gesetzlich vorgeschrieben, handelt es sich um eine Genehmigungsregelung, deren Vereinbarkeit mit der Richtlinie überprüft werden muss. Die Mitgliedstaaten müssen während der Umsetzungsfrist jede Genehmigungsregelung (und ihre Verfahren) auf ihre Vereinbarkeit mit den Artikeln 9 bis 13 der Richtlinie überprüfen. Alle Genehmigungsregelungen für die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit, die in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie fällt, müssen demnach bei der Umsetzung dieser Richtlinie auf ihre Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot, auf das Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses und gegebenenfalls im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip geprüft werden.

Genehmigungsregelungen, die nicht mit Artikel 9 der Richtlinie vereinbar sind, müssen aufgehoben und gegebenenfalls durch weniger einschneidende Maßnahmen, die nicht gegen die Richtlinie verstoßen, ersetzt werden.

Es sei darauf hingewiesen, dass Genehmigungsregelungen, die von der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen sind, weiterhin unter die Bestimmungen des AEUV, insbesondere unter die Artikel 49 und 56 über die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit, fallen. Sie können daher von den Gerichten der Mitgliedstaaten oder vom EuGH auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Artikeln 49 und 56 AEUV, geprüft werden. Siehe auch die Antwort auf die Fragen 6.5 und 7.4.

7.4. Fällt eine Genehmigungsregelung unter die Dienstleistungsrichtlinie, wenn diese Regelung sowohl für Dienstleistungen gilt, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind, als auch für solche, die von der Richtlinie erfasst sind? Wenn ja, müssen gesonderte Genehmigungsregelungen für die jeweiligen Dienstleistungen eingeführt werden?

Ja, sofern eine Genehmigungsregelung sowohl für Dienstleistungen, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind, als auch für solche, die von der Richtlinie erfasst sind, gilt, fällt diese Regelung unter die Dienstleistungsrichtlinie.

Die Richtlinie schreibt den Mitgliedstaaten nicht vor, unterschiedliche Genehmigungsregelungen für Dienstleistungen innerhalb und außerhalb ihres Anwendungsbereichs einzuführen, verbietet eine solche Unterscheidung aber auch

nicht. Aus Sicht der Richtlinie kommt es darauf an, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Genehmigungsregelungen für Dienstleistungen, die unter die Richtlinie fallen, mit der Richtlinie vereinbar sind (siehe hierzu im Einzelnen die Antwort auf Frage 7.3).

7.5. Findet Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie auf Sozialdienstleistungen in Form der Kinderbetreuung in Krippen und Horten Anwendung, die durch vom Staat oder von den Gebietskörperschaften beauftragten Dienstleistern oder jede andere hiermit beauftragte Einrichtung erbracht werden?

Sozialdienstleistungen im Zusammenhang mit der Kinderbetreuung in Krippen und Horten sind nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie von deren Anwendungsbereich ausgenommen, soweit sie vom Staat selbst (auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene), von einem staatlich beauftragten Dienstleister oder von als gemeinnützig anerkannten Einrichtungen erbracht werden.

Solche Betreuungsleistungen sind jedoch nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen, wenn sie von Wirtschaftsteilnehmern ohne staatlichen Auftrag erbracht werden. Siehe auch die Antwort auf Frage 7.2.

7.6. Was ist unter dem Begriff „Staat“ im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen, dem zufolge die betreffenden Sozialdienstleistungen „vom Staat“ oder „durch von ihm beauftragte Dienstleistungserbringer“ zu erbringen sind?

Zunächst sei daran erinnert, dass Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie die Ausnahmeregelung für bestimmte Sozialdienstleistungen präzisieren soll. Da es sich somit um eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel handelt, muss diese Ausnahme nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs eng ausgelegt werden.

Nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j sind bestimmte Sozialdienstleistungen, die vom Staat oder von staatlich beauftragten Dienstleistern erbracht werden, vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen. Der Begriff des Staates im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j umfasst, wie aus Erwägungsgrund 27 der Richtlinie hervorgeht, nicht nur die Zentralverwaltung des Staates, sondern auch die Staatsverwaltung auf regionaler und lokaler Ebene. Wenn somit der Staat im vorstehenden Sinn beschließt, eine natürliche oder juristische Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts mit einer bestimmten Dienstleistung zu betrauen, statt diese Dienstleistung selbst zu erbringen, handelt es sich bei der betreffenden Person um einen durch den Staat beauftragten Dienstleistungserbringer im Sinne der Richtlinie. Um die Ausnahmeregelung der Richtlinie in Anspruch nehmen zu können, kommt es somit nicht darauf an, ob die Sozialdienstleistung vom Staat oder einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung erbracht wird, die vom Staat ausdrücklich – z. B. durch ein Gesetz – mit der Erbringung dieser Leistung für Rechnung des Staates beauftragt wurde.

7.7. Was ist unter einem „vom Staat beauftragten Dienstleistungserbringer“ im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?

Damit ein Wirtschaftsteilnehmer als vom Staat beauftragter Dienstleistungserbringer im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j gelten kann, muss er nach Auffassung der Kommission zur Erbringung der ihm vom Staat übertragenen Dienstleistung verpflichtet sein. Ein Dienstleister, dem beispielsweise im Wege eines öffentlichen Auftrags oder einer Dienstleistungskonzession eine Verpflichtung zur Erbringung einer Dienstleistung auferlegt wurde, kann als „vom Staat beauftragter“ Dienstleistungserbringer im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie angesehen werden. Dies gilt ebenfalls für jede andere staatliche Maßnahme, mit der der Dienstleister zur Erbringung einer Dienstleistung verpflichtet wird. Siehe auch die Antwort auf Frage 3.4.4.

7.8. Ist der Begriff des „beauftragten Dienstleistungserbringers“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j) gleichbedeutend mit dem Begriff der Betrauung im Sinne von Artikel 106 Absatz 2 AEUV bzw. des „öffentlichen Auftrags“ im Sinne der Entscheidung und des Gemeinschaftsrahmens?

Es wird auf die Antwort auf Frage 3.4.4 verwiesen.

7.9. Stellt der Beschluss einer regionalen Behörde, die Erbringung einer genau definierten, im Allgemeininteresse stehenden sozialen Dienstleistung auf dem Gebiet der Berufsbildung einem oder mehreren Berufsbildungseinrichtungen in Form einer Dienstleistungskonzession mit entsprechender Ausgleichszahlung zu übertragen, einen „Auftrag“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie dar?

Eine Berufsbildungseinrichtung, der durch Beschluss einer regionalen Behörde die Erbringung einer im Allgemeininteresse stehenden sozialen Dienstleistung auf dem Gebiet der Berufsbildung in Form einer Dienstleistungskonzession übertragen wurde, kann nur so weit als „vom Staat beauftragter Dienstleistungserbringer“ im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j angesehen werden, als diese Einrichtung zur Erbringung dieser Leistung verpflichtet ist. Dies lässt sich nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls feststellen.

Gemäß Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Richtlinie in Verbindung mit Erwägungsgrund 27 kann eine Berufsbildungsdienstleistung, die von einem staatlich beauftragten Dienstleister erbracht wird, nur dann als vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen betrachtet werden, wenn diese Dienstleistung die in Erwägungsgrund 27 genannten Voraussetzungen erfüllt, d. h. wenn sie sich an Personen richtet, „die aufgrund ihres unzureichenden Familieneinkommens oder des völligen oder teilweisen Verlustes ihrer Selbstständigkeit dauerhaft oder vorübergehend besonders hilfsbedürftig sind oder Gefahr laufen, marginalisiert zu werden“ (z. B. Arbeitslose).

Es sei darauf hingewiesen, dass Dienstleistungen, die von der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen sind, in jedem Fall weiterhin unter die Bestimmungen des AEUV, insbesondere unter die Artikel 49 und 56 über die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit, fallen. Siehe auch die Antwort auf

Frage 6.4. Zur Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf solche Maßnahmen siehe die Antwort auf Frage 3.4.5.

7.10. Was ist unter „vom Staat als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen“ im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?

Es handelt sich hier um einen der Dienstleistungsrichtlinie eigenen Begriff, dessen Auslegung somit nicht unmittelbar von den Rechtsbegriffen der Mitgliedstaaten oder anderen EU-Vorschriften abhängt. Dieser Begriff dient lediglich dazu, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer zu identifizieren, deren Dienstleistungen gemäß Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen werden können, und zwar geht es um soziale Dienstleistungen im Zusammenhang mit Sozialwohnungen, der Kinderbetreuung und der Unterstützung von Familien und dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Personen, die durch vom Staat als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden.

Im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie impliziert der Begriff „vom Staat als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen“ nicht nur den fehlenden Erwerbszweck des Dienstleisters, sondern schließt auch den Umstand ein, dass es sich um gemeinnützige Leistungen (die von der öffentlichen Hand ausdrücklich als solche anerkannt wurden) zugunsten bedürftiger Dritter (d. h. zugunsten von Personen außerhalb der betreffenden Einrichtung) handelt. Hieraus folgt u. a., dass die Anerkennung des fehlenden Erwerbszwecks bestimmter Einrichtungen (z. B. zu Steuerzwecken) oder die Anerkennung des Gemeinwohlinteresses der erbrachten Dienstleistungen allein nicht ausreicht, um die Einrichtung als „vom Staat als gemeinnützig anerkannte Einrichtung“ zu qualifizieren. Ebenso kann eine einfache staatliche Genehmigung nicht als solche als ausreichendes Kriterium betrachtet werden, um eine Einrichtung als gemeinnützig einzustufen (mit der Folge, dass ihre Tätigkeit vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen ist).

In ihrem Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie¹⁷³ hat die Kommission als Beispiel für gemeinnützige Einrichtungen im Sinne der Richtlinie „Kirchen und kirchliche Organisationen, die wohltätigen und gemeinnützigen Zwecken dienen“ genannt. Für die Anwendung der Ausnahmeregelung auf Sozialdienstleistungen kommt es allerdings nicht auf den religiösen oder säkularen Charakter der Einrichtung an. Demnach sind Dienstleistungen, die von einer Einrichtung erbracht werden, deren Gemeinnützigkeit staatlich anerkannt ist, gemäß Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen unabhängig davon, ob es sich um eine religiöse oder säkulare Einrichtung handelt.

¹⁷³

Das Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie ist unter folgender Internetadresse abrufbar: http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_de.pdf