



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Brüssel, den 29.4.2013
SWD(2013) 53 final/2

ARBEITSUNTERLAGE DER KOMMISSIONSDIENSTSTELLEN

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

INHALTSVERZEICHNIS

1	Einleitung	16
2	Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.....	20
3	Das neue DAWI-Paket.....	28
3.1	Überblick über das neue DAWI-Paket	28
3.2	DAWI-Mitteilung.....	31
3.2.1	In welchen Fällen finden die Beihilfenvorschriften Anwendung und mit welchen Folgen?.....	31
3.2.2	Betrauungsakt.....	43
3.2.3	Beihilfefreie Ausgleichsleistungen nach dem Altmark-Urteil.....	50
3.3	Beihilfefreie Ausgleichsleistungen nach den De-minimis-Verordnungen	56
3.4	Ausgleich nach dem DAWI-Beschluss.....	61
3.4.1	Geltungsbereich	61
3.4.2	Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt.....	67
3.4.3	Transparenz und Berichterstattung	80
3.4.4	Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen.....	81
3.5	Ausgleich nach dem DAWI-Rahmen	82
3.5.1	Geltungsbereich	82
3.5.2	Voraussetzungen für die Vereinbarkeit (Hinweis: Die Antworten auf die Fragen 117, 119, 124 bis 138 und 140 bis 147 zum Beschluss gelten gleichermaßen auch für den Rahmen.).....	83
3.5.3	Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen.....	92
3.6	Das DAWI-Paket und andere Vorschriften	93
4	Fragen zur Anwendung der Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe auf SDAI.....	97
4.1	Von der öffentlichen Hand selbst erbrachte SDAI	97
4.2	Fremdvergabe der SDAI gegen Entgelt.....	98
5	Gleichzeitige Anwendung der Beihilfenvorschriften und der Vergabevorschriften für Öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen auf DAWI	112
6	Allgemeine Fragen zur Anwendbarkeit der Binnenmarktvorschriften des AEUV auf DAWI und SDAI (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit)	114

7	Fragen zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf DAWI und insbesondere auf SDAI	118
---	---	-----

INHALTSVERZEICHNIS – FRAGEN

1	Einleitung	16
2	Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.....	20
1.	<i>Was ist eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse?</i>	20
2.	<i>Was ist eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)? Müssen die Mitgliedstaaten diesen Begriff in ihr innerstaatliches Recht übernehmen?</i>	20
3.	<i>Was ist eine Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse (SDAI)?</i>	20
4.	<i>Verfügen die Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI über einen Ermessensspielraum?</i>	22
5.	<i>Kann die Kommission eine Liste von Kriterien vorlegen, anhand derer Behörden bestimmen können, ob eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse ist?</i>	22
6.	<i>Wird das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI durch das EU-Recht eingegrenzt?</i>	23
7.	<i>Gibt es Beispiele für offenkundige Beurteilungsfehler der Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI?</i>	23
8.	<i>Können bestimmte Finanzdienstleistungen als DAWI eingestuft werden?</i>	24
9.	<i>Kann der Bau einer Infrastruktur als solcher als DAWI eingestuft werden?</i>	25
10.	<i>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?</i>	25
11.	<i>Kann eine Behörde eine Dienstleistung als DAWI definieren, wenn eine ähnliche Dienstleistung bereits von anderen Dienstleistern auf dem Markt erbracht wird, die nicht mit einer DAWI betraut wurden?</i>	26
12.	<i>Kann eine Dienstleistung als DAWI definiert werden, wenn der Markt in der Lage wäre, sie in der nahen Zukunft zu erbringen?</i>	26
13.	<i>Kann der Mitgliedstaat einen zu marktüblichen Bedingungen arbeitenden und nicht mit der Erbringung einer DAWI betrauten Anbieter von Kinderbetreuungsangeboten, der in Schwierigkeiten gerät und vom Konkurs bedroht ist, mit einer DAWI betrauen, um die Kontinuität der Dienstleistung zu gewährleisten (angenommen, es gibt in dem entsprechenden Gebiet nicht genug andere Anbieter von Kinderbetreuungsangeboten, die diese Dienstleistung erbringen könnten)?</i>	27
3	Das neue DAWI-Paket.....	28
3.1	Überblick über das neue DAWI-Paket	28
14.	<i>Welche Instrumente umfasst das neue DAWI-Paket?</i>	28
15.	<i>Was ist der Zweck der DAWI-Mitteilung?</i>	28
16.	<i>Worum geht es in der De-minimis-Verordnung für DAWI?</i>	28
17.	<i>Was beinhaltet der DAWI-Beschluss?</i>	28
18.	<i>Was beinhaltet der DAWI-Rahmen?</i>	29
19.	<i>Welche Ziele werden mit dem DAWI-Beschluss und dem DAWI-Rahmen verfolgt? Wo liegen die Unterschiede?</i>	29
20.	<i>Was sind die logischen Schritte bei der Analyse von Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen?</i>	30
21.	<i>Wie kann den Erbringern von DAWI Rechtssicherheit gewährleistet werden? Was geschieht, wenn sie nicht wissen, ob die Ausgleichsleistung unter den DAWI-Beschluss, den DAWI-Rahmen oder die De-minimis-Verordnung für DAWI fällt?</i>	30

22.	<i>Gibt es rechtliche Verpflichtungen für DAWI-Erbringer?</i>	31
23.	<i>Begründet das DAWI-Paket einen Anspruch der Unternehmen auf Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen?</i>	31
3.2	DAWI-Mitteilung	31
3.2.1	In welchen Fällen finden die Beihilfavorschriften Anwendung und mit welchen Folgen?	31
24.	<i>Wann unterliegen die Organisation und Finanzierung von DAWI den beihilferechtlichen Vorschriften des AEUV?</i>	31
25.	<i>Wann ist eine Tätigkeit als „wirtschaftlich“ im Sinne der Wettbewerbsregeln zu bezeichnen?</i>	31
26.	<i>Sind Angehörige eines freien Berufs „Unternehmen“ im Sinne des Wettbewerbsrechts?</i>	33
27.	<i>Wann gilt eine Tätigkeit als nichtwirtschaftlich im Sinne des Wettbewerbsrechts?</i>	34
28.	<i>Übt eine Behörde, die in ihrem Ressort Bürger informiert und berät, eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts aus?</i>	35
29.	<i>Die DAWI-Mitteilung enthält spezifische Ausführungen zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten in vier Bereichen. Sind alle anderen Tätigkeiten, die nicht zu diesen vier Bereichen zählen, grundsätzlich als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen?</i>	36
30.	<i>Kann sich die Einstufung als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit mit der Zeit ändern?</i>	36
31.	<i>Sind die beihilferechtlichen Bestimmungen des AEUV auch auf Dienstleistungsbetriebe ohne Erwerbzweck anwendbar?</i>	36
32.	<i>Ist es möglich, dass eine staatliche Stelle bestimmte Arten von Organisationen (z. B. öffentliche Einrichtungen, Organisationen mit oder ohne Erwerbzweck) als Erbringer einer DAWI bevorzugt?</i>	37
33.	<i>Unterliegen soziale Einrichtungen, die SDAI erbringen (z. B. Dienstleistungen für ältere oder behinderte Menschen), den Beihilfavorschriften?</i>	37
34.	<i>Handelt es sich um eine staatliche Beihilfe, wenn eine Kommune Gutscheine für den Erwerb bestimmter DAWI an bestimmte Kategorien von Verbrauchern ausgibt?</i>	37
35.	<i>Handelt es sich bei Leistungen der Sozialfürsorge für bestimmte Begünstigte wie etwa einkommensschwache Familien (gemessen an ihren tatsächlichen Ausgaben für DAWI und/oder anderen objektiven Kriterien, die die jeweilige persönliche Situation betreffen) um eine staatliche Beihilfe, wenn die Hilfe direkt an den Dienstleister ausgezahlt wird?</i>	38
36.	<i>DAWI werden häufig auf lokaler Ebene erbracht. Beeinträchtigen sie wirklich den Handel zwischen Mitgliedstaaten?</i>	38
37.	<i>Wird der Handel auch dann beeinträchtigt, wenn in einer Region eine bestimmte DAWI nur von einem einzigen Betreiber angeboten wird?</i>	39
38.	<i>Gibt es Beispiele für lokale DAWI, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten praktisch nicht zu beeinträchtigen scheinen?</i>	39
39.	<i>Was passiert, wenn eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur ist und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt?</i>	41
40.	<i>Müssen die Mitgliedstaaten, wann immer das Wettbewerbsrecht anwendbar ist, Organisation und Funktionsweise ihrer DAWI ändern?</i>	41
41.	<i>Was geschieht, wenn eine Behörde als Gegenleistung für die Erbringung einer als wirtschaftlich eingestuften Dienstleistung von allgemeinem Interesse einen finanziellen Ausgleich gewährt?</i>	42
42.	<i>Verlangt das Beihilferecht von den Behörden, dass sie die DAWI auf eine ganz bestimmte Weise organisieren?</i>	42
43.	<i>Gelten finanzielle Zuwendungen, die aufgrund der Übertragung von Zuständigkeiten zwischen Gebietskörperschaften im Rahmen der Dezentralisierung gewährt wurden, als staatliche Beihilfen?</i>	42

44.	<i>Ist die Anwendung des Beihilferechts ausgeschlossen, wenn es um die Finanzierung einer DAWI geht, die im Sinne des Vergaberechts intern erbracht wird (In-house-Vergabe)?</i>	42
45.	<i>Was geschieht, wenn eine Ausgleichsleistung für eine DAWI tatsächlich eine staatliche Beihilfe darstellt?</i>	43
3.2.2	Betrauungsakt.....	43
46.	<i>Was ist der Zweck eines Betrauungsaktes?</i>	43
47.	<i>Wie muss ein solcher Betrauungsakt aussehen, um als angemessen betrachtet zu werden?</i>	43
48.	<i>Ist bei SDAI ein Betrauungsakt erforderlich?</i>	45
49.	<i>Welche Behörden dürfen ein Unternehmen mit einer DAWI betrauen? Sind Kommunen dazu befugt?</i>	45
50.	<i>Darf der Erbringer der DAWI, der oftmals über einschlägige Kenntnisse verfügt, den Inhalt des Betrauungsaktes bestimmen?</i>	45
51.	<i>Ist der Begriff der Betrauung im Sinne des Artikels 106 Absatz 2 AEUV und des DAWI-Pakets gleichbedeutend mit dem Begriff des „vom Staat beauftragten Dienstleistungserbringers“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j)?</i>	45
52.	<i>Stellt der Beschluss einer regionalen Behörde, einer oder mehreren Berufsbildungseinrichtungen die Erbringung einer im allgemeinen Interesse stehenden sozialen Dienstleistung auf dem Gebiet der Berufsbildung zu übertragen, eine Betrauung im Sinne der Beihilfavorschriften und der Dienstleistungsrichtlinie dar?</i>	46
53.	<i>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 Ausgleichsleistung auf den Betrauungsakt der „federführenden“ Stelle Bezug nehmen?</i>	47
54.	<i>Wenn eine staatliche Stelle einen oder mehrere Dienstleister mit mehreren DAWI betrauen möchte, muss sie dann für jede einzelne DAWI einen gesonderten Betrauungsakt erlassen?</i>	47
55.	<i>Sollten im Betrauungsakt eine zu erfüllende „Aufgabe“ oder „einzelne Tätigkeiten“ festgelegt werden?</i>	48
56.	<i>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 nennen?</i>	48
57.	<i>Kann am Ende eines Betrauungszeitraums dasselbe Unternehmen erneut mit derselben DAWI betraut werden?</i>	49
58.	<i>Wie entwirft man einen Betrauungsakt für Dienstleistungen, die während ihrer Erbringung an neue Gegebenheiten, wie zum Beispiel eine Veränderung der Pflegeintensität oder der Nutzerprofile oder schwankende Nutzerzahlen, angepasst werden müssen?</i>	49
59.	<i>Schränkt das Erfordernis eines Betrauungsaktes die Handlungsfreiheit und Eigeninitiative der Dienstleister ein?</i>	50
60.	<i>Schränkt das Erfordernis eines Betrauungsaktes die Prioritätensetzung der lokalen Zweigstellen eines auf nationaler Ebene rechtmäßig beauftragten DAWI- Erbringers ein?</i>	50
3.2.3	Beihilfefreie Ausgleichsleistungen nach dem Altmark-Urteil.....	50
61.	<i>Wie äußert sich der Gerichtshof im Altmark-Urteil?</i>	50
62.	<i>Kann eine Behörde die Anwendung des Beihilferechts verhindern, indem sie eine Ausschreibung durchführt, ohne zu überprüfen, ob alle Kriterien des Altmark-Urteils erfüllt sind?</i>	52
63.	<i>Warum sollten sich die Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI nach dem Kriterium der „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ richten? Würde dies nicht zu Dienstleistungen geringer Qualität führen?</i>	52
64.	<i>Können Sie ein Beispiel dafür geben, unter welchen Umständen ein Rückforderungsmechanismus (vgl. Randnummer 67 der DAWI-Mitteilung) angemessen wäre?</i>	53
65.	<i>Was ist ein „offenes Verfahren“ im Sinne der Randnummer 66 der DAWI-Mitteilung?</i>	53
66.	<i>Was ist ein „nichtoffenes Verfahren“ im Sinne von Randnummer 66 der DAWI-Mitteilung?</i>	53

67.	Warum erfüllt das Verhandlungsverfahren das vierte Altmark-Kriterium nur in Ausnahmefällen? ⁵⁴	
68.	Wird in Fällen, in denen nur ein einziges Angebot abgegeben wird, grundsätzlich davon ausgegangen, dass das Angebot nicht ausreicht, um sicherzustellen, dass die Dienstleistung zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbracht wird? Oder sind auch Fälle denkbar, in denen das Angebot dennoch ausreicht?	55
69.	Wie muss man sich das Zusammenspiel zwischen den einzelstaatlichen Vergabevorschriften und dem EU-Beihilferecht vorstellen? Kann das EU-Beihilferecht die Mitgliedstaaten dazu verpflichten, grundsätzlich die Vergabevorschriften anzuwenden, wenn ein Dienstleister mit einer DAWI betraut wird?	55
70.	Was würde geschehen, wenn der Anwendungsbereich der öffentlichen Vergabeverfahren, die einen Verhandlungsaspekt beinhalten, im Rahmen der aktuellen Reform der EU-Vergabevorschriften geändert würde?	55
71.	Was genau bedeutet „allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung“? Reicht ein Gutachten eines einzigen Sachverständigen als Nachweis aus?	55
72.	Kann sich ein Mitgliedstaat im Zusammenhang mit der Anwendung des Kriteriums der Kosten eines durchschnittlichen gut geführten Unternehmens auf einen Referenzwert stützen?	56
73.	Was sind die Folgen der Erfüllung/Nichterfüllung der Altmark-Kriterien?	56
3.3	Beihilfefreie Ausgleichleistungen nach den De-minimis-Verordnungen	56
74.	Was ist der Unterschied zwischen der De-minimis-Verordnung für DAWI und der allgemeinen De-minimis-Verordnung?	56
75.	Wie kann sichergestellt werden, dass der Höchstbetrag von 500 000 EUR nicht überschritten wird? Wird die Einhaltung dieser Bestimmung überprüft?	57
76.	Ist nach der De-minimis-Verordnung für DAWI auch ein Betrauungsakt im Sinne des DAWI-Beschlusses bzw. des DAWI-Rahmens nötig?	57
77.	Worin besteht der Vorteil der De-minimis-Verordnung für DAWI im Vergleich zum DAWI-Beschluss?	58
78.	Welche Kumulierungsregeln gelten für Beihilfen, die nach beiden De-minimis-Verordnungen gewährt wurden? Kann ein Unternehmen, dem in den vergangenen Jahren eine allgemeine De-minimis-Beihilfe gewährt wurde, zusätzlich noch eine De-minimis-Beihilfe für DAWI erhalten? ..	58
79.	Welche Kumulierungsregeln gelten für Ausgleichleistungen, die nach der De-minimis-Verordnung für DAWI gewährt werden, und solche, die im Einklang mit den Altmark-Kriterien gewährt werden?	58
80.	Kann ein Unternehmen für eine DAWI eine Ausgleichleistung nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen und für eine andere DAWI De-minimis-Beihilfen nach der De-minimis-Verordnung für DAWI erhalten?	58
81.	Kann ein Dienstleister, der für einen bestimmten Zeitraum eine Ausgleichleistung nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen erhalten hat, für einen neuen Zeitraum eine Beihilfe nach der De-minimis-Verordnung für DAWI erhalten, wenn es sich um dieselbe Dienstleistung handelt?	59
82.	Ein Dienstleister möchte einen Beratungsdienst für junge Arbeitslose einrichten und braucht dafür einen Zuschuss von 150 000 EUR. Sind die Beihilfevorschriften auf derartige Beihilfen von Behörden anwendbar?	59
83.	Kann eine Behörde ein Pilotprojekt finanzieren, um den Inhalt von DAWI-Aufträgen festzulegen? ⁵⁹	
84.	Bezieht sich die Obergrenze von 200 000 EUR bzw. 500 000 EUR im Falle einer DAWI-Finanzierung auf der Grundlage der allgemeinen De-minimis-Verordnung bzw. der De-minimis-Verordnung für DAWI auf die Dienstleistung oder das mit dieser Dienstleistung betraute Unternehmen, und sind andere Tätigkeiten zu berücksichtigen, für die das Unternehmen staatliche Mittel erhält?	60
85.	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?	60

86.	<i>Ist, wenn eine mit einer DAWI betraute Einrichtung auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten verfolgt, der für die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen gewährte Ausgleich abzuziehen, damit die De-minimis-Verordnungen zur Anwendung kommen können?</i>	60
87.	<i>Die Mittel für die mit einer SDAI zusammenhängenden Investitionen können auf einen Zeitraum zwischen einem und mehreren Jahren aufgeteilt werden. Sind in einem solchen Fall die De-minimis-Verordnungen anwendbar?</i>	60
88.	<i>Gelten die De-minimis-Verordnung für DAWI und die allgemeine De-minimis-Verordnung auch für Erbringer von DAWI, die sich in Schwierigkeiten befinden?</i>	61
3.4	Ausgleich nach dem DAWI-Beschluss	61
3.4.1	Geltungsbereich	61
89.	<i>Wann gilt der Beschluss?</i>	61
90.	<i>Handelt es sich bei dem Höchstbetrag von 15 Mio. EUR um einen Netto- oder einen Bruttowert?</i>	61
91.	<i>Gilt der Höchstbetrag je übertragene DAWI oder je Unternehmen? Was ist, wenn mehrere Unternehmen gemeinsam eine DAWI erbringen?</i>	61
92.	<i>Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b zu Krankenhäusern enthält eine Bestimmung zu Nebendienstleistungen, Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c über Sozialdienstleistungen jedoch nicht. Heißt das, dass die Bestimmungen für Sozialdienstleistungen ungünstiger sind?</i>	62
93.	<i>Wer kann festlegen, was der Begriff „Sozialdienstleistungen“ umfasst?</i>	62
94.	<i>Weshalb ist die Aufzählung der von der Anmeldepflicht befreiten Sozialdienstleistungen in dem Beschluss erschöpfend? Was geschieht, wenn ein Mitgliedstaat einen Dienstleister mit einer Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse betrauen möchte, die von der Aufzählung nicht abgedeckt wird?</i>	62
95.	<i>In welchem Verhältnis steht die Aufzählung von Sozialdienstleistungen im Beschluss zur Aufzählung von Dienstleistungen in Anhang II B der Vergaberichtlinie über das öffentliche Auftragswesen (Richtlinie 2004/18/EG)?</i>	63
96.	<i>Was deckt der Begriff „Kinderbetreuung“ in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c ab?</i>	63
97.	<i>Wird die Art der Sozialdienstleistungen, die als DAWI angesehen werden können, durch die Formulierung „zur Deckung des sozialen Bedarfs“ eingeschränkt, z. B. im Fall der Kinderbetreuung auf Familien mit finanziellen Schwierigkeiten?</i>	63
98.	<i>Was deckt die Formulierung „soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen“ in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c ab?</i>	64
99.	<i>Was deckt die Formulierung „Zugang zum und [...] Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt“ in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c ab? Gehört die berufliche Bildung dazu?</i>	64
100.	<i>Fallen Beihilfen für Unternehmen, die die soziale Eingliederung und die Eingliederung in den Arbeitsmarkt fördern, unter den Beschluss?</i>	64
101.	<i>Kann der Betrauungszeitraum nur dann länger sein als 10 Jahre, wenn eine erhebliche Investition über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss, oder sind auch andere Gründe zulässig? Was bedeutet „erhebliche Investition“?</i>	65
102.	<i>Ist es angesichts des grundsätzlich auf 10 Jahre begrenzten Betrauungszeitraums nicht mehr möglich, einen Dienstleister auf unbegrenzte Zeit mit einer DAWI zu betrauen?</i>	65
103.	<i>Worin unterscheiden sich Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d und Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe e des Beschlusses?</i>	65
104.	<i>Worauf bezieht sich die Obergrenze von 300 000 Passagieren im Flug- oder Schiffsverkehr zu Inseln nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d des Beschlusses genau? Ist der Beschluss auch auf Flug- oder Schiffsverbindungen anwendbar, die keine Verbindung zu einer Insel darstellen?</i>	65
105.	<i>Fallen Flughäfen mit einem Verkehrsaufkommen von mehr als 200 000 Passagieren oder Seeverkehrshäfen mit einem Verkehrsaufkommen von mehr als 300 000 Passagieren in den Geltungsbereich des Beschlusses, wenn die Ausgleichsleistung 15 Mio. EUR nicht übersteigt?</i>	66

106.	<i>Wie verhalten sich der Beschluss und die Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 (insbesondere Artikel 16) zueinander? Könnten Sie Beispiele nennen für die Art von Dienstleistungen, die nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe e des Beschlusses als DAWI für Flughäfen definierbar wären?</i>	66
107.	<i>Wie verhalten sich der Beschluss und die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zueinander?</i>	67
108.	<i>Gilt der Beschluss auch für Unternehmen in Schwierigkeiten?</i>	67
3.4.2	<i>Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt</i>	67
109.	<i>Welche Voraussetzungen müssen nach dem Beschluss erfüllt sein, damit die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gewährleistet ist?</i>	67
110.	<i>Worin besteht der Unterschied zwischen den Kriterien des Altmark-Urteils und den im Beschluss und im Rahmen festgelegten Voraussetzungen?</i>	68
111.	<i>Worin liegen die Hauptunterschiede zwischen der Entscheidung von 2005 und dem Beschluss von 2011 in Bezug auf die Vereinbarkeitskriterien?</i>	69
112.	<i>Wenn alle Marktteilnehmer mit derselben DAWI betraut sind, sollten sie dann für die Erbringung der DAWI auch Ausgleichsleistungen in derselben Höhe erhalten?</i>	69
113.	<i>Muss dem Beschluss zufolge das billigste Unternehmen für die Betrauung mit DAWI ausgewählt werden?</i>	70
114.	<i>Stimmt es, dass die EU-Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen nicht mehr eingehalten werden müssen, wenn eine Behörde eine Leistung als DAWI eingestuft hat und die Bestimmungen des Beschlusses beachtet?</i>	70
115.	<i>Weshalb enthält der Beschluss die neue Vorschrift, dass in den Betrauungsakt ein Verweis auf den Beschluss aufzunehmen ist? (Artikel 4 Buchstabe f)</i>	70
116.	<i>Dem Beschluss zufolge müssen im Betrauungsakt Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistungen festgelegt sein. Wie ist das möglich, noch bevor die Dienstleistung erbracht wird?</i>	70
117.	<i>Selbst für erfahrene DAWI-Anbieter sind die Kosten nicht immer vorhersehbar, so dass die Gefahr eines nachträglichen Defizits besteht. So können sich unvorhersehbare Änderungen bei der Betreuungsintensität, dem Profil und der Zahl der Leistungsempfänger sowie der Höhe der Einnahmen ergeben (nicht erfolgte Beitragszahlungen, Schwankungen der Zahl der Leistungsempfänger, Ausbleiben von Beiträgen anderer Behörden). Was können öffentliche Stellen in dieser Situation tun?</i>	71
118.	<i>Sollte bei der Definition der Parameter für die Ausgleichsleistung für eine bestimmte Einrichtung ein Vergleich mit anderen Unternehmen vorgenommen werden? Sollte auch die Effizienz beurteilt werden? Wie kann der Wert von geistlichem oder spirituellem Beistand oder von zusätzlichem Zeitaufwand bemessen werden?</i>	71
119.	<i>Wie sind die Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistung zu bestimmen, wenn eine DAWI durch zwei oder mehr Behörden finanziert wird?</i>	72
120.	<i>Wie wird die Ausgleichsleistung berechnet, wenn eine Behörde nur einen Teil der jährlichen Kosten eines mit einer DAWI betrauten Dienstleisters finanzieren möchte?</i>	72
121.	<i>Wenn eine DAWI teilweise vom Staat und teilweise von den Leistungsempfängern finanziert wird, darf der Staat dann sämtliche Kosten übernehmen, wenn die DAWI defizitär ist?</i>	72
122.	<i>Kann eine Behörde im Betrauungsakt vorsehen, dass sie für die im jeweiligen Zeitraum angefallenen Betriebsverluste aufkommt, ohne auch andere Parameter für die Berechnung des Ausgleichs festzusetzen?</i>	72
123.	<i>Welches Verfahren sollte dem Beschluss zufolge zur Berechnung der Nettokosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen angewendet werden?</i>	73
124.	<i>Können Sie Beispiele dafür anführen, welche Art von Investition als Teil einer DAWI förderfähig wäre? Können z. B. die Kosten für einen Schiffsmotor als Kosten der DAWI angesehen werden, wenn die Behörde den Schiffseigentümer mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zur Personenbeförderung betraut hat?</i>	73
125.	<i>Ist für bestimmte Kosten eine bestimmte Ausgleichsleistung vorzusehen?</i>	74

126.	<i>Ist es möglich, für die Berechnung der Ausgleichsleistung sowohl staatliche Zuschüsse als auch sonstige staatliche Leistungen heranzuziehen, die einer Einrichtung bei der Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zugute kommen?</i>	74
127.	<i>Wie wird die Höhe der Ausgleichsleistung für eine DAWI berechnet, wenn die DAWI-Erbringer bei erfüllten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen besondere oder ausschließliche Rechte genießen?</i>	74
128.	<i>Wenn sich mehrere Gebietskörperschaften, darunter eine Kommune, und privatrechtliche Organisationen zu einer juristischen Person zusammenschließen, um gemeinsam eine DAWI zu erbringen, was bedeutet dann die Tatsache, dass ein Teil der Mitglieder keine staatlichen Behörden sind, für die Berechnung des Ausgleichs?</i>	74
129.	<i>Sind Steuervorteile, die sich aus der jeweiligen Unternehmensform einer Organisation ergeben, als Einnahmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 des Beschlusses zu verbuchen?</i>	75
130.	<i>Sind Zahlungen, die im Rahmen eines Gewinnabführungs- und Verlustübernahmevertrags innerhalb einer Holding mit staatlicher Beteiligung geleistet wurden, Einnahmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 des Beschlusses?</i>	75
131.	<i>Was bedeutet „angemessener Gewinn“ im Zusammenhang mit der Berechnung der Ausgleichsleistung?</i>	76
132.	<i>Wie ist „Risiko“ zu definieren? Woraus könnte ein Risiko für den Dienstleister bestehen?</i>	76
133.	<i>Im Zusammenhang mit der Berechnung eines angemessenen Gewinns ist im Beschluss von einer Kapitalrendite die Rede. Dürfen auch andere Methoden zur Berechnung des angemessenen Gewinns herangezogen werden?</i>	76
134.	<i>Die Safe-Harbour-Bestimmung für den Gewinn gilt nur für die Kapitalrendite. Gibt es eine vergleichbare Bestimmung, wenn aus nachweisbarem Grund andere Gewinnindikatoren verwendet werden?</i>	77
135.	<i>Wo kann der relevante Swap-Satz in Erfahrung gebracht werden?</i>	77
136.	<i>Dürfen zu den Kosten 20 % Gemeinkosten hinzugerechnet und als angemessener Gewinn betrachtet werden?</i>	77
137.	<i>Muss ein Unternehmen, das DAWI erbringt und gleichzeitig anderen gewerblichen Tätigkeiten nachgeht, getrennte Bücher führen?</i>	77
138.	<i>Muss ein Unternehmen, das mit einer DAWI betraut wurde und gleichzeitig nichtgewerblichen Tätigkeiten nachgeht, getrennte Bücher führen?</i>	78
139.	<i>Für welche Kosten wird eine Ausgleichsleistung gewährt, wenn ein Unternehmen ein und dieselbe Infrastruktur sowohl für DAWI als auch für andere gewerbliche Tätigkeiten nutzt?</i>	78
140.	<i>Der Beschluss erlaubt Ausgleichsleistungen, untersagt jedoch Überkompensation. Was bedeutet „Überkompensation“?</i>	78
141.	<i>Alle drei Jahre sollten Kontrollen durchgeführt werden. Kann Überkompensation, die 10 % übersteigt, auf den nächsten Zeitraum übertragen werden, solange über den gesamten Betrauungszeitraum hinweg keine Überkompensation vorliegt? Oder ist eine Rückzahlung erforderlich?</i>	78
142.	<i>Welche Folgen hätte die Einführung eines Mechanismus zur Verhinderung jeglicher Überkompensation in Bezug auf die Pflicht der Vergabebehörde, Kontrollen zur Vermeidung von Überkompensation durchzuführen?</i>	79
143.	<i>Wie muss die Kontrolle in Bezug auf Überkompensation durchgeführt werden, wenn eine DAWI von zwei oder mehr Behörden gemeinsam finanziert wird (z. B. Zentralstaat und/oder Region und/oder Bezirk und/oder Kommune)?</i>	79
144.	<i>Wie sollte die Rückzahlung einer Überkompensation zwischen den verschiedenen Verwaltungsebenen geregelt werden, wenn die Überkompensation auf eine Kofinanzierung durch mehrere Verwaltungsebenen zurückzuführen ist?</i>	79
145.	<i>Untersagt das Beihilferecht eine Unterkompensation des Erbringers von SDAI/DAWI, d. h. eine unter den tatsächlichen Kosten liegende Ausgleichsleistung? Würde aufgrund einer Unterkompensation den Konkurrenten, die eine solche finanzielle Last nicht zu tragen haben, nicht ein ungerechtfertigter Vorteil verschafft werden?</i>	79

146.	<i>Kann ein mit einer DAWI betrautes Unternehmen im Fall einer Unterkompensation vor Ablauf des Haushaltsjahres einen vorläufigen Ausgleich erhalten, wenn es nach diesem Jahr einen für die Erfüllung seiner Aufgabe erforderlichen Ausgleich erhalten würde?</i>	80
3.4.3	Transparenz und Berichterstattung	80
147.	<i>Gilt die zusätzliche Transparenzbestimmung in Artikel 7 des Beschlusses nur, wenn der Ausgleich für ein und dieselbe DAWI 15 Mio. EUR übersteigt, oder auch, wenn der Ausgleich für alle einem Unternehmen übertragenen DAWI insgesamt 15 Mio. EUR übersteigt?</i>	80
148.	<i>Muss die in Artikel 7 des Beschlusses für Ausgleichsleistungen von mehr als 15 Mio. EUR vorgeschriebene Veröffentlichung jährlich erfolgen oder genügt die Veröffentlichung der Jahresbeträge am Ende des Betrauungszeitraums?</i>	80
149.	<i>Wenn eine Beihilfe in Form einer Ausgleichsleistung nach dem Beschluss von der Anmeldepflicht ausgenommen ist, muss dann die Kommission trotzdem informiert werden?</i>	80
150.	<i>Wer sollte die Berichte über die Umsetzung des Beschlusses vorlegen – die Mitgliedstaaten oder die regionalen/lokalen Behörden?</i>	81
3.4.4	Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen	81
151.	<i>Seit wann wird der Beschluss angewendet? Gilt er rückwirkend?</i>	81
152.	<i>Sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, bestehende Einzelbeihilfen, die nach der Entscheidung von 2005 gewährt wurden, mit dem Beschluss in Einklang zu bringen?</i>	81
153.	<i>Können Mitgliedstaaten, in denen DAWI-Regelungen bestehen, die nach der Entscheidung von 2005 eingeführt wurden, während des Übergangszeitraums von zwei Jahren weitere Betrauungen nach der Entscheidung von 2005 vornehmen?</i>	81
3.5	Ausgleich nach dem DAWI-Rahmen	82
3.5.1	Geltungsbereich	82
154.	<i>Gilt der Rahmen für Ausgleichsleistungen für die Erbringung einer DAWI im Verkehrssektor?</i>	82
155.	<i>Gilt der Rahmen auch für Ausgleichsleistungen im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks?</i>	82
156.	<i>Welche Vorschriften gelten für die Anwendung des Rahmens auf Unternehmen in Schwierigkeiten?</i>	82
157.	<i>Müssen Beihilfen, die die Obergrenzen nach Artikel 2 Buchstabe a des Beschlusses überschreiten, bei der Kommission angemeldet werden?</i>	82
158.	<i>Wenn ein Mitgliedstaat den Antrag einer Region oder anderen nachgeordneten Gebietskörperschaft auf Anmeldung einer Beihilfe in Form einer Ausgleichsleistung ablehnt, kann die betreffende Gebietskörperschaft dann selbst aktiv werden? Kann die Kommission Maßnahmen gegen diesen Mitgliedstaat ergreifen?</i>	83
3.5.2	Voraussetzungen für die Vereinbarkeit (Hinweis: Die Antworten auf die Fragen 117, 119, 124 bis 138 und 140 bis 147 zum Beschluss gelten gleichermaßen auch für den Rahmen.)	83
159.	<i>Worin bestehen die größten Unterschiede zum Rahmen von 2005 in Bezug auf die Vereinbarkeitskriterien?</i>	83
160.	<i>Welchen Zweck hat die in Randnummer 14 genannte Voraussetzung einer öffentlichen Konsultation vor der Betrauung mit einer DAWI?</i>	84
161.	<i>Was sollte die öffentliche Konsultation nach Randnummer 14 zum Gegenstand haben? Kann die Konsultation auch in Form einer öffentlichen Anhörung stattfinden?</i>	84
162.	<i>Kann eine Behörde im Betrauungsakt vorsehen, dass sie für die in jedem festgelegten Zeitraum anfallenden Betriebsverluste aufkommt, ohne auch andere Parameter für die Berechnung des Ausgleichs festzusetzen?</i>	84
163.	<i>Was ist nicht übertragbares festes Sachanlagevermögen nach Randnummer 17? Könnten Sie Beispiele nennen?</i>	84
164.	<i>Was sind die in Randnummer 17 genannten Vermögenswerte, die „am wichtigsten sind“?</i>	85

165.	<i>Wäre ein Betrauungszeitraum von 10 Jahren nach dem Rahmen immer zulässig? Oder muss selbst ein kürzerer Zeitraum von beispielsweise 8 Jahren wegen der Amortisierung wichtiger Vermögenswerte gerechtfertigt werden?</i>	85
166.	<i>Worin besteht der Unterschied zwischen dem Beschluss und dem Rahmen in Bezug auf die Kriterien für den Betrauungszeitraum? Gelten nach dem Beschluss strengere Kriterien als nach dem Rahmen, und wenn ja, inwiefern?</i>	85
167.	<i>Weshalb hat die Kommission in Randnummer 18 eine neue Bestimmung zur Einhaltung der Transparenz-Richtlinie aufgenommen?</i>	85
168.	<i>Schreibt Randnummer 19 des Rahmens vor, den Dienstleister nach öffentlichen Vergabeverfahren auszuwählen?</i>	86
169.	<i>Welcher Zusammenhang besteht zwischen dem vierten Altmark-Kriterium und Randnummer 19 des Rahmens?</i>	86
170.	<i>Weshalb hat die Kommission in Randnummer 20 eine Bestimmung zur Nichtdiskriminierung eingeführt? Wieso wurde dieselbe Bestimmung nicht auch in den Beschluss aufgenommen?</i>	86
171.	<i>Weshalb wurde in Randnummer 24 eine neue Methode zur Berechnung der Ausgleichsleistung eingeführt (Net-avoided-cost-Methode)?</i>	87
172.	<i>Weshalb sind die Mitgliedstaaten nach den neuen Vorschriften angehalten, in ihren Ausgleichsmechanismen Effizienzanreize vorzusehen?</i>	87
173.	<i>Könnten Sie Beispiele anführen für Ausgleichsmechanismen, die Effizienzanreize enthalten?</i>	88
174.	<i>Gilt das Kriterium der Effizienzanreize für die Kommission als erfüllt, wenn die Ausgleichshöhe über ein Verhandlungsverfahren festgelegt wurde?</i>	89
175.	<i>Wie kann im Falle einer Vorauszahlung verhindert werden, dass der Dienstleister zu hohe Kosten oder zu niedrige Einnahmen angibt?</i>	90
176.	<i>Der Rahmen erlaubt Ausgleichsleistungen, untersagt jedoch eine Überkompensation. Was bedeutet der Begriff der „Überkompensation“?</i>	90
177.	<i>Weshalb sollten alle zwei oder drei Jahre Kontrollen durchgeführt werden, wenn der Ausgleich vorab als Pauschale festgelegt wurde (und folglich nicht von den tatsächlich entstandenen Kosten und Einnahmen abhängt)?</i>	90
178.	<i>Sollten sich die regelmäßigen Kontrollen auf die Überkompensation beschränken oder auch der Frage nachgehen, ob eine DAWI weiterhin gerechtfertigt ist bzw. ob die Leistung inzwischen vom Markt erbracht werden könnte?</i>	91
179.	<i>Kann eine Überkompensation auf den nächsten Zeitraum übertragen werden, solange über den gesamten Betrauungszeitraum gesehen keine Überkompensation vorliegt? Oder sollte eine Rückzahlung erfolgen?</i>	91
180.	<i>Darf für die Zwecke des Rahmens ein Unternehmen, das für eine DAWI keinen hinreichenden Ausgleich erhält, eine Überkompensation, die es möglicherweise im gleichen Zeitraum für eine andere DAWI erhalten hat, auf erstere DAWI übertragen?</i>	91
181.	<i>Weshalb hat die Kommission in Abschnitt 2.9 zusätzliche Voraussetzungen für besonders schwere Wettbewerbsverfälschungen eingeführt? Welche sind das?</i>	91
182.	<i>In Randnummer 55 des Rahmens wird eine unnötige Bündelung als Beispiel für eine schwere Wettbewerbsverfälschung angeführt. Gibt es auch den Fall der unnötigen Entbündelung, d. h. den Fall, dass eine Bündelung aus Wettbewerbsicht vorteilhaft wäre (z. B. die Bündelung gewinnbringender und defizitärer Leistungen)?</i>	92
183.	<i>Nach Randnummer 61 des Rahmens gelten bestimmte Vereinbarkeitskriterien nicht für Leistungen, die in den Geltungsbereich des Beschlusses fallen würden, die Vereinbarkeitskriterien des Beschlusses jedoch nicht erfüllen. Könnten Sie erläutern, weshalb das so ist, und ein Beispiel nennen?</i>	92
3.5.3	Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen	92
184.	<i>Seit wann wird der Rahmen angewendet? Gilt er rückwirkend?</i>	92

185.	<i>Wenn eine Einzelbeihilfe rechtmäßig auf der Grundlage des DAWI-Rahmens von 2005 gewährt wurde, muss dann gewährleistet werden, dass sie nun im Einklang mit dem neuen Rahmen steht? Ist eine erneute Anmeldung erforderlich?</i>	93
186.	<i>Welche Vorschriften gelten für die bestehenden Regelungen?</i>	93
3.6	Das DAWI-Paket und andere Vorschriften	93
187.	<i>Fallen DAWI zur sozialen und beruflichen Eingliederung von Arbeitslosen oder zur beruflichen Bildung unter den Beschluss oder unter die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 800/2008?</i>	93
188.	<i>Können bei Einhaltung der Vorschriften des DAWI-Pakets die Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen außer Acht gelassen werden?</i>	94
189.	<i>Stellt die Finanzierung von DAWI aus dem ESF oder dem EFRE eine staatliche Beihilfe dar? Sind dafür die Mitgliedstaaten oder die Kommission zuständig?</i>	94
190.	<i>Muss die finanzielle Förderung von DAWI aus dem ESF oder dem EFRE mit dem DAWI-Paket vereinbar sein? Sind dafür die Mitgliedstaaten oder die Kommission zuständig?</i>	94
191.	<i>Stellt die Finanzierung von DAWI aus dem Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) eine staatliche Beihilfe dar?</i>	94
192.	<i>Muss eine DAWI-Fördermaßnahme aus ELER-Mitteln für Erzeugnisse, die nicht unter Anhang I fallen, nach dem DAWI-Paket gewährt werden?</i>	94
193.	<i>In welchem Verhältnis stehen die Vorschriften über die Beihilfeintensität von Regionalbeihilfen zu den DAWI-Vorschriften?</i>	95
194.	<i>Sind die Beihilfenkontrolle und die Kontrolle der ESF-Mittel miteinander vereinbar?</i>	95
195.	<i>Nach 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 der ESF-Kofinanzierung einer SDAI ein angemessener Gewinn einbezogen werden, wie im Beschluss vorgesehen?</i>	95
196.	<i>Welcher Zusammenhang besteht zwischen dem Kontrollmechanismus für aus dem ESF kofinanzierte Projekte und der für DAWI vorgeschriebenen Kontrolle auf Überkompensation?</i>	96
197.	<i>Kann der Ausgleich auch dann nach den Beihilfevorschriften 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 in ihrer durch die Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung fallen?</i>	96
4	Fragen zur Anwendung der Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe auf SDAI	97
4.1	Von der öffentlichen Hand selbst erbrachte SDAI	97
198.	<i>Inwieweit kann die öffentliche Hand entscheiden, ob sie eine bestimmte Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse selbst erbringt? Über welchen Spielraum verfügt die öffentliche Hand bei ihrer Entscheidung, ob eine Dienstleistung von ihr selbst erbracht oder einem Dritten übertragen wird? Kann die Behörde frei darüber entscheiden?</i>	97
199.	<i>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. intern („in-house“), erbringt. Welche Vorschriften gelten für intern erbrachte Leistungen?</i>	97
4.2	Fremdvergabe der SDAI gegen Entgelt	98
200.	<i>Welcher Rechtsrahmen gilt, wenn die öffentliche Hand die Fremdvergabe einer SDAI gegen Entgelt beschließt?</i>	98
201.	<i>Was ist unter „grenzüberschreitendem Interesse“ zu verstehen?</i>	100
202.	<i>Welche Pflichten erwachsen aus dem Transparenzgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot?</i> 101	101

203.	<i>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 Nutzungsintensität, Anzahl der Nutzer usw. angepasst werden kann?</i>	102
204.	<i>Welche anderen Qualitätsanforderungen können bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für SDAI gestellt werden?</i>	102
205.	<i>Kann ein Vertrag während seiner Laufzeit angepasst werden?</i>	104
206.	<i>Wie kann verhindert werden, dass kleinere Dienstleister, die die Besonderheiten einer stark räumlich begrenzten SDAI häufig am besten einschätzen können, durch das Vergabeverfahren zu stark belastet werden?</i>	104
207.	<i>Wie sind öffentliche Vergabeverfahren, die die Zahl der ausgewählten Dienstleister beschränken, mit dem Gebot ausreichender Wahlfreiheit für die SDAI-Nutzer zu vereinbaren?</i>	105
208.	<i>Ist es zulässig, die Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten als Auswahlkriterium zu verwenden, da der Erfolg einer SDAI häufig davon abhängt?</i>	105
209.	<i>Ist es möglich, die Ausschreibung auf Dienstleister ohne Gewinnerzielungsabsicht zu beschränken?</i>	106
210.	<i>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.</i>	107
211.	<i>Inwieweit finden die Vergabevorschriften auf die interkommunale Zusammenarbeit Anwendung? Zwei Beispiele: Eine Gemeinde bezieht von einer anderen Gemeinde eine Dienstleistung gegen Entgelt; zwei Gemeinden schreiben gemeinsam einen Auftrag aus oder gründen ein Unternehmen für SDAI.</i>	107
212.	<i>Inwieweit finden die Vergabevorschriften auf öffentlich-private Partnerschaften Anwendung?</i> ...108	
213.	<i>Inwieweit ist es möglich, bei einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für eine soziale Dienstleistung von allgemeinem Interesse die Einhaltung bestimmter Corporate-Governance-Regeln 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)?</i>	109
214.	<i>Wie lassen sich die Vergabevorschriften und das Anliegen der öffentlichen Hand, innovative Lösungen für die komplexen Bedürfnisse der SDAI-Nutzer zu fördern, miteinander vereinbaren?</i> 110	
215.	<i>Welchen Bekanntmachungspflichten unterliegen SDAI-Konzessionen? Ist eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EU möglich?</i>	111
216.	<i>Bestehen neben der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen auch andere Möglichkeiten für die Vergabe von SDAI, die ebenfalls eine große Auswahl von Anbietern und die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots sicherstellen?</i>	111
5	Gleichzeitige Anwendung der Beihilfavorschriften und der Vergabevorschriften für Öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen auf DAWI	112
217.	<i>Schreibt das Unionsrecht für DAWI eine besondere Form der Bereitstellung vor?</i>	112
218.	<i>Muss ein öffentlicher Auftraggeber, wenn er den Anbieter einer DAWI im Einklang mit den Beihilfavorschriften vergütet, auch die EU-Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge bzw. Dienstleistungskonzessionen anwenden?</i>	112
219.	<i>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?</i>	113
220.	<i>Bedeutet die Ausnahmeregelung, nach der die Vergabevorschriften nicht für die In-house-Vergabe gelten, auch, dass die Beihilfavorschriften keine Anwendung finden?</i>	114

221.	<i>Anhand welcher objektiven Kriterien lässt sich feststellen, dass das mit der Erbringung der betreffenden Dienstleistung verbundene Risiko (Betriebsrisiko) durch die Ausgleichsleistung neutralisiert wird?</i>	114
6	Allgemeine Fragen zur Anwendbarkeit der Binnenmarktvorschriften des AEUV auf DAWI und SDAI (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit)	114
222.	<i>Wann finden die Binnenmarktvorschriften des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) auf SDAI Anwendung?</i>	115
223.	<i>Wann ist eine Tätigkeit als „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Binnenmarktregeln des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) und der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?</i>	115
224.	<i>Wann gilt eine Tätigkeit als „nichtwirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Binnenmarktvorschriften des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) und der Dienstleistungsrichtlinie?</i>	116
225.	<i>Gelten die Binnenmarktvorschriften für Sozialdienstleistungen, auch wenn diese nicht unter die Dienstleistungsrichtlinie fallen?</i>	116
226.	<i>Können sozialpolitische Ziele als Begründung für gesetzliche Vorgaben für Sozialdienstleistungen gelten?</i>	117
227.	<i>Dürfen die Mitgliedstaaten die Erbringung bestimmter Sozialdienstleistungen Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht vorbehalten?</i>	117
7	Fragen zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf DAWI und insbesondere auf SDAI	118
228.	<i>Welche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse fallen unter die Dienstleistungsrichtlinie?</i>	118
229.	<i>Welche Sozialdienstleistungen sind von der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen und welche nicht?</i>	119
230.	<i>Können die Mitgliedstaaten, wenn sie die Dienstleistungsrichtlinie in innerstaatliches Recht umsetzen, Genehmigungsregelungen für Sozialdienstleistungen beibehalten?</i>	119
231.	<i>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 unter die Richtlinie fallen? Wenn ja, müssen gesonderte Genehmigungsregelungen für die jeweiligen Dienstleistungen eingeführt werden?</i>	120
232.	<i>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 beauftragte Dienstleister oder jede andere hiermit beauftragte Einrichtung erbracht werden?</i>	120
233.	<i>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?</i>	120
234.	<i>Was ist unter einem „vom Staat beauftragten Dienstleistungserbringer“ im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?</i>	121
235.	<i>Ist der Begriff des „vom Staat beauftragten Dienstleistungserbringers“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j) gleichbedeutend mit dem Begriff der Betrauung im Sinne des Artikels 106 Absatz 2 AEUV und des DAWI-Pakets?</i>	121
236.	<i>Stellt der Beschluss einer regionalen Behörde, die Erbringung einer genau definierten, im allgemeinen Interesse stehenden Sozialdienstleistung auf dem Gebiet der Berufsbildung einer oder mehreren Berufsbildungseinrichtungen in Form einer Dienstleistungskonzession mit entsprechendem Ausgleich zu übertragen, einen „Auftrag“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie dar?</i>	121
237.	<i>Was ist unter „vom Staat als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen“ im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen?</i>	122

Bei diesem Dokument 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 – der Entscheidungen und Beschlüsse der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) und insbesondere Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI). Das Dokument ist für die Europäische Kommission als Organ der Europäischen Union nicht bindend.

1 EINLEITUNG

Behörden in den Mitgliedstaaten, Bürger, Organisationen der Zivilgesellschaft und andere Interessenträger haben eine Reihe von Fragen zur **Anwendung der EU-Vorschriften, insbesondere jener in den Bereichen staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und Binnenmarkt, auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse** und vor allem auf **Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI)** an die Kommission gerichtet. Bei den Fragen ging es vor allem um die Auswirkungen dieser Vorschriften auf die Art und Weise, wie diese Dienstleistungen von den Behörden in den Mitgliedstaaten organisiert und finanziert werden, um die Auswahl der Dienstleister, falls die Dienstleistung extern vergeben wird, sowie ganz allgemein um den Rechtsrahmen u. a. im Hinblick auf die Arten von Dienstleistern oder den Zugang zu den Dienstleistungen und deren Qualität¹.

Die Fragen zu den **Beihilfevorschriften** betreffen zum einen die genauen Bedingungen, unter denen eine Ausgleichsleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen eine staatliche Beihilfe darstellt und zum anderen die Bedingungen, unter denen staatliche Beihilfen als mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vereinbar erachtet werden können. Des Weiteren wurde um Klarstellung bezüglich der Anmeldepflicht für solche Beihilfen gebeten.

Der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden „Gerichtshof“) stellt in seinem Urteil in der Rechtssache *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*² (im Folgenden „Altmark-Urteil“) fest, dass Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Artikels 107 AEUV darstellen, sofern vier kumulative Voraussetzungen erfüllt sind³.

Sofern jene vier Kriterien erfüllt sind, werden Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nicht als staatliche Beihilfen betrachtet, und Artikel 107 und 108 AEUV kommen nicht zur Anwendung. Respektieren die Mitgliedstaaten diese Kriterien nicht und sind gleichzeitig die allgemeinen Kriterien für die Anwendbarkeit von Artikel 107 Absatz 1 AEUV erfüllt, so gelten Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen hingegen als staatliche Beihilfen.

¹ Für eine Analyse dieser Fragen im Hinblick auf Sozialdienstleistungen siehe den ersten und zweiten zweijährlichen Bericht über Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SEC(2008) 2179 vom 2. Juli 2008 und SEC(2010) 1284 vom 22. Oktober 2010).

² Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, C-280/00, Slg. 2003, I-7747.

³ Für weitere Einzelheiten siehe Frage 61.

In der Verordnung der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen⁴ (im Folgenden „De-minimis-Verordnung für DAWI“) sind die Voraussetzungen festgelegt, unter denen Beihilfen an Unternehmen für die Erbringung von DAWI als Maßnahmen gelten, die nicht alle Tatbestandsmerkmale von Artikel 107 Absatz 1 AEUV erfüllen. Daher sind Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, die unter die De-minimis-Verordnung für DAWI fallen, nicht als staatliche Beihilfen anzusehen.

Wenn die Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen jedoch staatliche Beihilfen darstellen, ist die Kommission nach Artikel 106 AEUV und für den Bereich des Landverkehrs nach Artikel 93 AEUV ermächtigt, Ausgleichsleistungen für DAWI als mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären. Der Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind⁵ (im Folgenden „DAWI-Beschluss“) und für den Landverkehr die Verordnung des Rates Nr. 1370/2007/EG des Europäischen Parlaments und des Rates⁶ (nachfolgend „Verordnung 1370/2007“) legen die Bedingungen fest, unter denen bestimmte Ausgleichsregelungen mit Artikel 106 Absatz 2 bzw. Artikel 93 vereinbar und somit von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV ausgenommen sind. Davon nicht erfasste Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen müssen bei der Kommission angemeldet werden, die dann deren Rechtmäßigkeit unter Heranziehung des Rahmens der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011)⁷ (im Folgenden „DAWI-Rahmen“) bzw. für den Landverkehr nach der Verordnung 1370/2007 überprüft.

Das Altmark-Urteil, der DAWI-Beschluss und der DAWI-Rahmen haben wesentlich zur Klärung und Vereinfachung der anwendbaren Vorschriften beigetragen. Nichtsdestotrotz haben Regierungen und Interessenträger zahlreiche Fragen zur konkreten Anwendung des Rechtsrahmens auf spezifische Fälle gestellt. Während der Überprüfung des DAWI-Beschlusses und des DAWI-Rahmens im Jahr 2011 hat die Kommission daher eine erklärende Mitteilung⁸ (im Folgenden „DAWI-Mitteilung“) verabschiedet, die die Schlüsselbegriffe aus dem Bereich staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit DAWI

⁴ Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen (ABl. L 114 vom 26.4.2012, S. 8).

⁵ Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (ABl. L 7 vom 11.1.2012, S. 3).

⁶ 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, S. 1).

⁷ Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011) (ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 15).

⁸ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 4).

klarstellt. Zur weiteren Vereinfachung ergänzte die Kommission das DAWI-Paket um die De-minimis-Verordnung für DAWI.

Dieser Leitfaden soll zur Klärung bestimmter Fragen dienen, die Behörden in den Mitgliedstaaten, Nutzer und Anbieter von DAWI sowie andere Interessenträger an die Kommission gerichtet haben. Nach der Verabschiedung des neuen DAWI-Pakets ist der Abschnitt über staatliche Beihilfen im Leitfaden von 2010⁹ überarbeitet worden. Die folgenden Fragen und Antworten beziehen sich hauptsächlich auf SDAI sowie auf den Verkehrssektor, sind aber generell auch auf andere DAWI übertragbar.

Die Fragen zur **Anwendung der EU-Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe konzentrieren sich vor allem auf SDAI**, 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.

Zunächst einmal ist anzumerken, dass die EU-Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe die Behörden nicht verpflichten, Aufträge für SDAI zu vergeben. Es steht ihnen frei, diese Dienstleistungen selbst unmittelbar oder intern über eine andere öffentliche Stelle („In-house-Vergabe“) zu erbringen oder hierfür mit anderen Behörden unter den von der Rechtsprechung dargelegten Voraussetzungen zusammenzuarbeiten.

Die Vorschriften über die Auftrags-/Konzessionsvergabe greifen nur dann, wenn die öffentliche Hand beschließt, einen Dritten gegen Entgelt mit einer Dienstleistung zu betrauen.

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber oder eine Vergabestelle beschließt, eine öffentliche Dienstleistung oder einen Dienstleistungsauftrag auszuschreiben, fällt der entsprechende Vertrag nur dann unter die Richtlinie 2004/18/EG oder die Richtlinie 2004/17/EG, wenn die dort vorgesehenen Schwellenwerte erreicht sind¹⁰. Allerdings unterliegen Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen nicht sämtlichen Vorschriften der Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG¹¹, sondern nur einer sehr beschränkten Zahl von ihnen¹² sowie den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts; hier gelten insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung aller Wirtschaftsbeteiligten sowie der Grundsatz der Transparenz.

Die unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien liegenden Dienstleistungsaufträge und Dienstleistungskonzessionen¹³ fallen nicht unter diese Richtlinien, sondern lediglich unter die allgemeinen Rechtsgrundsätze des AEUV (wie Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz), sofern sie grenzüberschreitend von Interesse sind. Liegt kein grenzüberschreitendes Interesse vor, werden diese Aufträge auch nicht vom AEUV erfasst¹⁴.

⁹ Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen SEK(2010) 1545 endg. vom 7. Dezember 2010.

¹⁰ Artikel 7 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹¹ 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 Binnenmarkt zu entnehmen: www.simap.europa.eu.

¹² So müssen die technischen Spezifikationen zu Beginn des Vergabeverfahrens festgelegt und die Ergebnisse der Ausschreibung laut Artikel 21 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 23 in Verbindung mit Artikel 35 Absatz 4 der Richtlinie 2004/18/EG bekanntgemacht werden.

¹³ Ungeachtet der Art der Dienstleistungen.

¹⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABl. C 179 vom 1.8.2006, S. 2).

Dieser Leitfaden soll Klarheit darüber schaffen, unter welchen Voraussetzungen und Modalitäten die Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe auf SDAI anwendbar sind. Dabei soll auf die am häufigsten gestellten Fragen eingegangen werden wie z. B. auf die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen einer In-house-Vergabe, einer Kooperation öffentlicher Einrichtungen, einer öffentlich-privaten Partnerschaft oder im Rahmen von Dienstleistungskonzessionen sowie auf den Geltungsbereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze des AEUV.

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 hochwertige Sozialdienstleistungen für die Bürger zu bemühen.

Die Kommission hat ihren Vorschlag für die neuen Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe am 20.12.2011 angenommen¹⁵. Sobald die neuen Vergabevorschriften verabschiedet worden sind, ist geplant, das Kapitel dieses Leitfadens zum Thema Vergaberecht zu aktualisieren, um es mit den neuen Bestimmungen in Einklang zu bringen.

Die Fragen zur **Anwendung der Binnenmarktregeln**¹⁶ konzentrieren sich vorwiegend auf SDAI: Diese Dienstleistungen fallen unter die Binnenmarktvorschriften des AEUV, wenn es sich bei ihnen um eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs handelt. Einige SDAI können aber auch in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie fallen.

Die Antworten zu diesem Thema sollen insbesondere klarstellen, welche Optionen den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen, um zu bestimmen, wie diese Dienstleistungen erbracht werden müssen, damit ihre Zugänglichkeit und Qualität gewährleistet und den Besonderheiten der DAWI und insbesondere der SDAI bei der Anwendung dieser Regeln Rechnung getragen wird. Außerdem wird in diesem Dokument näher erläutert, dass es in der Dienstleistungsrichtlinie Bestimmungen gibt, mit denen die Besonderheiten der Sozialdienstleistungen, die nicht vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen wurden, anerkannt und berücksichtigt werden.

Die Anwendung der EU-Vorschriften auf DAWI und insbesondere auf SDAI sowie ganz allgemein die Debatte über die DAWI waren bereits Gegenstand mehrerer Initiativen der Kommission¹⁷; so wurde darauf zuletzt in der Mitteilung „Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa“¹⁸ (im Folgenden „Qualitätsrahmen der Kommission“) eingegangen, der am selben Tag verabschiedet

¹⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe (KOM(2011) 896 endg.); Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (KOM/2011/0895 endg.); Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe (KOM(2011) 896 endg.).

¹⁶ Unter die Binnenmarktvorschriften fallen sowohl die Bestimmungen des AEUV zur Niederlassungs- und zur Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 und 56 AEUV) als auch die der Dienstleistungsrichtlinie.

¹⁷ Vgl. u. a. das Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (KOM(2004) 374 endg. vom 12.5.2004), die Mitteilung der Kommission – Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union (KOM(2006) 177 vom 26.4.2006) und die Mitteilung der Kommission „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“ – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement (KOM(2007) 725 endg. vom 20.11.2007).

¹⁸ KOM(2011) 900 endg. vom 20.12.2011.

wurde wie das neue Beihilfenpaket und die Vorschläge der Kommission zur öffentlichen Auftrags- und Konzessionsvergabe.

2 DER BEGRIFF DER DIENSTLEISTUNG VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEM INTERESSE

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. Die Kommission beschreibt diesen Begriff in ihrem Qualitätsrahmen (S. 3) als Dienstleistung, die von den Behörden der Mitgliedstaaten auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene als im allgemeinen Interesse liegend eingestuft wird und daher spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen unterliegt. Der Begriff deckt sowohl wirtschaftliche Tätigkeiten (vgl. nachstehende Definition von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) als auch nichtwirtschaftliche Leistungen ab. Letztere unterliegen weder spezifischen EU-Vorschriften noch den Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des Vertrags. Andere allgemeine Vorschriften des Vertrags wie etwa das Diskriminierungsverbot können hinsichtlich bestimmter Aspekte der Organisation dieser Dienstleistungen jedoch durchaus greifen.

2. Was ist eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)? Müssen die Mitgliedstaaten diesen Begriff in ihr innerstaatliches Recht übernehmen?

Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird im AEUV in Artikel 14 und Artikel 106 Absatz 2 sowie im Protokoll Nr. 26 erwähnt, jedoch weder dort noch im Sekundärrecht definiert. Die Kommission definiert die DAWI in ihrem Qualitätsrahmen als wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden. Die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung wird dem Leistungserbringer im Wege eines Auftrags auferlegt, der eine Gemeinwohlkomponente enthält, so dass sichergestellt ist, dass die Dienstleistung unter Bedingungen erbracht wird, die es dem Leistungserbringer ermöglichen, seinen Auftrag zu erfüllen.

Der Gerichtshof stellte fest, dass DAWI im Vergleich zu anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besondere Merkmale aufweisen¹⁹.

In der Praxis wird dieser Begriff in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgefüllt und verwendet, und das EU-Recht begründet keinerlei Verpflichtung, einen Auftrag oder eine Leistung förmlich als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einzuordnen, es sei denn diese Verpflichtung ist im Unionsrecht verankert (z. B. Universaldienste im Post- und Telekommunikationssektor). Wenn der Gegenstand einer DAWI – d. h. die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung – eindeutig feststeht, ist es nicht erforderlich, die betreffende Dienstleistung als DAWI zu kategorisieren. Das gleiche gilt für Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, die wirtschaftlicher Natur sind.

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

¹⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 10. Dezember 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 27; Urteil des Gerichtshofs vom 17. Juli 1997, *GT-Link A/S/De Danske Statsbaner (DSB)*, Slg. 1997, I-4449, Randnr. 53; Urteil des Gerichtshofs vom 18. Juni 1998, *Corsica Ferries France SA/Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl, Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, Slg. 1998, I-3949, Randnr. 45.

Der Begriff der SDAI ist 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*²⁰ wurden neben den Gesundheitsdienstleistungen zwei große Kategorien von SDAI abgesteckt:

- 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 und Behinderungen;
- andere grundlegende 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 erstens, Menschen dabei zu helfen, entscheidende Momente im Leben und selbst Krisen (Überschuldung, Arbeitslosigkeit, Drogenabhängigkeit, Auseinanderbrechen der Familie usw.) zu bewältigen. Zum Zweiten geht es um Maßnahmen, die Menschen dabei helfen, sich wieder in die Gesellschaft zu integrieren (Rehabilitierung, Sprachkurse für Zuwanderer usw.), und ihnen den Wiedereinstieg ins Berufsleben erleichtern sollen (berufliche Aus- und Weiterbildung, 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 sozial benachteiligte Personen oder Gruppen bieten. Bestimmte Dienstleistungen können selbstverständlich alle vier genannten Elemente enthalten.

Im Qualitätsrahmen der Kommission (S. 3 und 4) wird diese Beschreibung ebenfalls aufgegriffen.

Darüber hinaus hat die Mitteilung der Kommission über *Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement*²¹ die Ziele und Organisationsprinzipien hervorgehoben, die für SDAI charakteristisch sind.

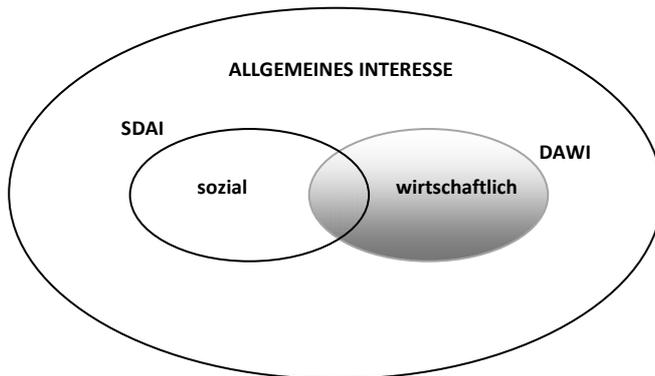
Wie in beiden Mitteilungen dargelegt, können SDAI je nach Art der betreffenden Tätigkeit wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Natur sein. Die Einordnung einer Tätigkeit als „sozial“ reicht für sich genommen nicht aus²², um eine Einstufung der betreffenden Tätigkeit als „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs auszuschließen. Wirtschaftliche SDAI zählen zu den DAWI (vgl. Frage 2).

²⁰ KOM(2006) 177 endg. vom 26. April 2006.

²¹ KOM(2007) 725 endg. vom 20. November 2007.

²² Urteil des Gerichtshofs vom 12. September 2000, Pavel Pavlov u. a./Stichting Pensioenfonds Medische Spezialisten, verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451, Randnr. 118; Urteil des Gerichtshofs vom 22. Januar 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas/Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, C-218/00, Slg. 2002, I-691, Randnr. 37; Urteil des Gerichtshofs vom 22. Mai 2003, *Freskot AE/Elliniko Dimosio*, C-355/00, Slg. 2003, I-5263.

Dienstleistungen von allgemeinem
Interesse



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

Ja. Wie in der DAWI-Mitteilung erwähnt²³, verfügen die nationalen, regionalen und lokalen Behörden der Mitgliedstaaten – je nach Zuständigkeitsverteilung nach innerstaatlichem Recht – bei der Festlegung dessen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansehen, über einen weiten Ermessensspielraum²⁴ (zur Definition der DAWI siehe Frage 2). Dieser wird lediglich durch das EU-Recht (vgl. Frage 6) und offenkundige Beurteilungsfehler eingegrenzt (vgl. Frage 7).

5. Kann die Kommission eine Liste von Kriterien vorlegen, anhand derer Behörden bestimmen können, ob eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse ist?

Umfang und Organisation der DAWI unterscheiden sich erheblich von einem Mitgliedstaat zum anderen, denn das Ausmaß staatlicher Tätigkeit ist historisch und kulturell bedingt unterschiedlich ausgeprägt. 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 lokaler 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 erforderlich ist. Dies gebieten das Subsidiaritätsprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie respektiert die unterschiedlichen Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten und die jeweilige Rolle der nationalen, regionalen und lokalen Behörden, die für das Wohlergehen ihrer Bürger sorgen, den sozialen Zusammenhalt fördern und zugleich demokratische Entscheidungen beispielsweise über die Qualität der Dienstleistungen garantieren müssen.

Deswegen ist es nicht die Aufgabe der Kommission, Kriterien zur Begrifflichkeit „allgemeines Interesse“ in Bezug auf einzelne Dienstleistungen vorzugeben. Die

²³ Vgl. Randnummer 46 der Mitteilung.

²⁴ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 15. Juni 2005, Fred Olsen SA/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, T-17/02, Slg. 2005, II-2031, Randnr. 216; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 12. Februar 2008, BUPA u. a./Kommission der Europäischen Gemeinschaften, T-289/03, Slg. 2008, II-81, Randnrn. 166-169; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 22. Oktober 2008, TV 2/Danmark A/S u. a./Kommission der Europäischen Gemeinschaften, T-309/04, Slg. 2008, II-2935, Randnr. 113 ff.

Behörden der Mitgliedstaaten bestimmen, inwieweit eine Dienstleistung im allgemeinen Interesse ist.

6. Wird das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI durch das EU-Recht eingegrenzt?

Ja. In den Wirtschaftszweigen, die unionsweit harmonisiert²⁵ oder in denen die Ziele von allgemeinem Interesse berücksichtigt wurden²⁶, können die Mitgliedstaaten ihr Ermessen nicht entgegen diesen Harmonisierungsvorschriften ausüben. Ferner unterliegt der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten stets der Kontrolle auf offenkundige Fehler.

In der EU harmonisierte Wirtschaftszweige:

- Wenn sich die Harmonisierungsvorschriften der EU lediglich auf bestimmte spezifische Dienstleistungen erstrecken, verfügen die Mitgliedstaaten bei der Einstufung zusätzlicher Dienstleistungen als DAWI über einen weiten Ermessensspielraum. Im Sektor der elektronischen Kommunikation beispielsweise sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die in der Richtlinie vorgesehenen Universaldienstverpflichtungen zugrunde zu legen, können aber bei der Einstufung von elektronischen Kommunikationsdienstleistungen als DAWI über die Anforderungen der betreffenden Richtlinie hinausgehen.

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

Wie in Randnummer 46 der DAWI-Mitteilung dargelegt wird, unterliegt der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Definition der DAWI einer Prüfung durch die Kommission und die Unionsgerichte auf offenkundige Beurteilungsfehler²⁷.

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 in nationalen Häfen, besteht nicht unbedingt ein allgemeines wirtschaftliches Interesse, das sich von

²⁵ So wurden das Telekommunikations-, das Post- und das Energiewesen unionsweit harmonisiert. Vgl. 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 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); 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).

²⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 18. Mai 2000, Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Königreich Belgien, C-206/98, Slg. 2000, I-3509, Randnr. 45.

²⁷ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 15. Juni 2005, Fred Olsen SA/Kommission, T-17/02, Slg. 2005, II-2031, Randnr. 216; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 12. Februar 2008, BUPA u. a./Kommission, T-289/03, Slg. 2008, ECR II-81, Randnr. 165 ff. Außerdem können die Mitgliedstaaten ihr Ermessen nicht entgegen den einschlägigen Harmonisierungsvorschriften ausüben – vgl. Frage 6.

dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet²⁸.

- 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 Rundfunkanstalten stellt einen offenkundigen Beurteilungsfehler dar²⁹.
- Die Tierkörperbeseitigung ist nur im Interesse der Wirtschaftsteilnehmer, die davon profitieren. Diese Betreiber sollten die Kosten für die Beseitigung der von ihnen verursachten Abfälle selbst tragen („Verursacherprinzip“)³⁰.
- Herstellung und Vermarktung der in Anhang I des AEUV genannten Erzeugnisse³¹.
- Breitbandzugang, der sich ausschließlich auf Wirtschaftsparks beschränkt und somit nicht der breiten Bevölkerung zugute kommt³².

8. Können bestimmte Finanzdienstleistungen als DAWI eingestuft werden?

Ja. Tatsächlich können bestimmte Finanzdienstleistungen wie der Universalbankdienst als DAWI eingestuft werden. Die Kommission hat bereits mehrfach entsprechende Entscheidungen der Mitgliedstaaten anerkannt³³ und eine Empfehlung für den Zugang

²⁸ Urteil des Gerichtshofs vom 10. Dezember 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 27; Urteil des Gerichtshofs vom 17. Juli 1997, *GT-Link A/S/De Danske Statsbaner (DSB)*, C-242/95, Slg. 1997, I-4449, Randnr. 53; Urteil des Gerichtshofs vom 27. November 2003, *Enirisorse SpA/Ministero delle Finanze*, verbundene Rechtssachen C-34/01 bis C-38/01, Slg. 2003, I-14243, Randnrn. 33-34.

²⁹ 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).

³⁰ Beschluss der Kommission über die staatliche Beihilfe SA.25051, die Deutschland zugunsten des Zweckverbands Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg gewährt hat (ABl. L 236 vom 1.9.2012): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:236:0001:0034:DE:PDF>. Siehe auch das Urteil des Gerichtshofs vom 20. November 2003, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie/GEMO SA*, C-126/01, Slg. 2003, I-13769.

³¹ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache C 28/1998 – Italien – Centrale del Latte di Roma (ABl. L 265 vom 19.10.2000): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:265:0015:0028:DE:PDF>.

³² Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 890/2006 – Frankreich – SICOVAL: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/218142/218142_723454_30_2.pdf; Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 284/2005 – Irland – Metropolitan Area Networks: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/199656/199656_581678_68_2.pdf

³³ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 514/2001 – Vereinigtes Königreich – Modernisierung des britischen Leistungsauszahlungssystems und Gewährleistung eines Zugangs zu Universalbankdienstleistungen über Postämter (ABl. C 186 vom 6.8.2003): http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_n514_01; Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 244/2003 – Vereinigtes Königreich – Bereitstellung des Zugangs zu grundlegenden Finanzdienstleistungen durch Kreditgenossenschaften (ABl. C 223 vom 10.9.2005): http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N244_2003; Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache C 49/2006 – Italien – Poste Italiane – Vertrieb von „buoni fruttiferi postali“ (ABl. L 189 vom 21.7.2009): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:189:0003:0037:DE:PDF>; Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 642/2005 – Schweden – Posten AB (ABl. C 291 vom 5.12.2007): http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/doc/N-642-2005-WLWL-en-22.11.2006.pdf; Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 650/2001 – Irland – An Post (ABl. C 43 vom 27.2.2007): http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N650_2001.

zu Basisbankdienstleistungen abgegeben³⁴ (vgl. Qualitätsrahmen der Kommission, S. 12).

9. Kann der Bau einer Infrastruktur als solcher als DAWI eingestuft werden?

Kosten für einen Bau einer Infrastruktur, die mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in Verbindung steht und somit zu deren Erfüllung erforderlich ist, können als für die Erbringung einer DAWI erforderliche Kosten eingestuft werden (vgl. Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe d des DAWI-Beschlusses).

Zum Beispiel kann, wie in Randnummer 49 der DAWI-Mitteilung dargelegt wird, die Einrichtung einer Breitbandinfrastruktur in bestimmten Gebieten, in denen die Infrastruktur unzureichend ist und Investoren nicht in der Lage sind, eine angemessene Breitbandversorgung anzubieten, als DAWI betrachtet werden. Dies ist normalerweise in ländlichen Gegenden der Fall; im Gegensatz dazu werden städtische Ballungsgebiete in der Regel bereits ausreichend vom Markt bedient. Entsprechende Ausgleichsleistungen können gewährt werden, wenn die Voraussetzungen der Breitbandleitlinien erfüllt sind³⁵.

Ein anderes Beispiel betrifft die Postdienste. Im Fall der griechischen Post ELTA³⁶ hat Griechenland die DAWI als eine Reihe verschiedener Dienstleistungen definiert, zu denen auch der Postuniversaldienst zählt. Die Kommission prüfte, ob die Behörden der griechischen Post für die Nettokosten der Erbringung der DAWI einschließlich der Abschreibungskosten für eine neue, modernisierte Infrastruktur keinen zu hohen Ausgleich gezahlt hatten. Somit war die griechische Post in der Lage, ihre Infrastruktur zu modernisieren und die Qualität ihrer öffentlichen Dienstleistungen zu verbessern, so dass die Voraussetzungen der Richtlinie 2002/39/EG³⁷ erfüllt waren.

10. 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 DAWI zu betrachten. DAWI sind Dienstleistungen, die zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht werden, was in diesem Fall nicht zutrifft, so dass sich die betreffende Maßnahme nicht auf der Grundlage von Artikel 106 Absatz 2 AEUV 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 gewähren. Eine solche Maßnahme mag durchaus mit dem EU-Recht vereinbar sein, beispielsweise auf der Grundlage des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation³⁸ oder der allgemeinen

³⁴ Empfehlung der Kommission zum Zugang zu einem Konto mit grundlegenden Zahlungsfunktionen (K(2011) 4977).

³⁵ Mitteilung der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (ABl. C 235 vom 30.9.2009, S. 7).

³⁶ Beschluss der Kommission in der Beihilfesache SA.32562 – Griechenland – Beihilfe zugunsten der griechischen Post (ABl. C 99 vom 3.4.2012): http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2011/sa32562-2011n.pdf.

³⁷ Richtlinie 2002/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juni 2002 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft (ABl. L 176 vom 5.7.2002, S. 21).

³⁸ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation (ABl. C 323 vom 30.12.2006, S. 1).

Gruppenfreistellungsverordnung³⁹ für Beschäftigungs-, Ausbildungs- und KMU-Beihilfen, je nachdem welches Ziel der staatliche Eingriff verfolgt (Unterstützung von Forschung, Beschäftigung, Ausbildung oder KMU usw.).

Die Bestimmungen über die vorherige Anmeldung, die beihilfefähigen Kosten, die Förderwürdigkeit usw. der geplanten Beihilfe müssen anhand der jeweils anzuwendenden Rechtstexte geprüft werden, was dazu beitragen wird, sicherzustellen, dass die betreffende Maßnahme nach Artikel 107 Absatz 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

11. Kann eine Behörde eine Dienstleistung als DAWI definieren, wenn eine ähnliche Dienstleistung bereits von anderen Dienstleistern auf dem Markt erbracht wird, die nicht mit einer DAWI betraut wurden?

Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Definition der DAWI über einen weiten Ermessensspielraum (vgl. Frage 4).

Die Kommission ist der Auffassung, dass es nicht zweckmäßig wäre, eine bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtung an eine Dienstleistung zu knüpfen, die bereits von marktwirtschaftlich handelnden, nicht mit einer DAWI betrauten Unternehmen zu Bedingungen, die sich z. B. im Hinblick auf den Preis, objektive Qualitätsmerkmale, Kontinuität und den Zugang zu der Dienstleistung mit dem vom Staat definierten öffentlichen Interesse decken, zufriedenstellend erbracht wird oder erbracht werden kann⁴⁰. Daher ist es umso wichtiger, dass die Mitgliedstaaten die besonderen Merkmale der betreffenden Dienstleistung klar hervorheben, vor allem die Bedingungen, unter denen sie erbracht werden soll, und die Zielgruppe, an die sie sich richtet. Wenn eine Dienstleistung bereits auf dem Markt erbracht wird, allerdings zu Bedingungen, die von dem betreffenden Mitgliedstaat als unzureichend betrachtet werden, z. B. weil der Markt die Dienstleistung nicht zu der Qualität oder zu dem Preis anbieten kann, die nach Ansicht der Behörden im öffentlichen Interesse liegen (z. B. weil die Fahrpreise für Familien mit geringem Einkommen zu hoch sind), dann kann diese Dienstleistung als DAWI eingestuft werden. Diese Dienstleistung muss unter diskriminierungsfreien Bedingungen angeboten werden.

Wird die Dienstleistung noch nicht auf dem Markt angeboten, so ist es Aufgabe des Mitgliedstaats zu entscheiden, ob sie vom Markt erbracht werden kann, während die Kommission lediglich prüft, ob ein offenkundiger Fehler vorliegt.

12. Kann eine Dienstleistung als DAWI definiert werden, wenn der Markt in der Lage wäre, sie in der nahen Zukunft zu erbringen?

Wenn die Einstufung einer Dienstleistung als DAWI ansonsten gerechtfertigt ist, würde die reine Tatsache, dass der Markt in der Lage sein könnte, diese Dienstleistung in der Zukunft zu erbringen, den betreffenden Mitgliedstaat im Prinzip nicht davon abhalten, diese Dienstleistung zum aktuellen Zeitpunkt als DAWI zu definieren. Allerdings sollten die Behörden in Fällen, in denen absehbar ist, dass der Markt die Dienstleistung innerhalb kürzester Zeit und zu den vom Mitgliedstaat gewünschten Bedingungen (einschließlich Preis, Qualität, Kontinuität und Zugang zu der Dienstleistung) erbringen kann, den Betrauungszeitraum entsprechend verringern und die Entwicklung des Marktes beobachten, um dann entscheiden zu können, ob nach Ablauf des vorherigen

³⁹ 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 9.8.2008, S. 3.).

⁴⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 20. Februar 2001, Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) u. a./Administración General del Estado, C-205/99, Slg. 2001, I-1271, Randnr. 71. Vgl. auch Randnummer 48 der DAWI-Mitteilung.

Betrauungszeitraums eine neue Betrauung nötig ist. Wenn der Markt noch immer nicht in der Lage sein sollte, die Dienstleistung zu erbringen und der Mitgliedstaat der Ansicht ist, dass die Dienstleistung nach wie vor als DAWI anzusehen ist, ist eine erneute Betrauung nach Artikel 106 AEUV möglich.

Im Hinblick auf die Frage, ob klar ist, dass der Markt in der näheren Zukunft in der Lage sein wird, eine bestimmte Dienstleistung zu erbringen, beschränkt sich die Aufgabe der Kommission darauf, die Beurteilung des Mitgliedstaats auf offenkundige Fehler zu prüfen.

13. Kann der Mitgliedstaat einen zu marktüblichen Bedingungen arbeitenden und nicht mit der Erbringung einer DAWI betrauten Anbieter von Kinderbetreuungsangeboten, der in Schwierigkeiten gerät und vom Konkurs bedroht ist, mit einer DAWI betrauen, um die Kontinuität der Dienstleistung zu gewährleisten (angenommen, es gibt in dem entsprechenden Gebiet nicht genug andere Anbieter von Kinderbetreuungsangeboten, die diese Dienstleistung erbringen könnten)?

Im Hinblick auf die Kinderbetreuung sollte zunächst angemerkt werden, dass die Erbringung dieser Dienstleistung unter bestimmten Bedingungen als nichtwirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden kann⁴¹. Wenn Kinderbetreuungsdienste jedoch eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen, werden sie oftmals als DAWI definiert. Ein Mitgliedstaat kann einen Anbieter von Kinderbetreuungsangeboten mit der Erbringung einer DAWI betrauen, wenn die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung klar definiert ist und die Betrauung mit den Beihilfevorschriften im Einklang steht. Während Anbieter von Kinderbetreuungsangeboten häufig mit einer DAWI betraut werden, um Kinderbetreuungsdienste zu Preisen erbringen zu können, die unter den Marktpreisen liegen, ist es aber auch möglich, dass andere Anbieter ihre Betreuungsdienste zu Marktpreisen anbieten. Wenn ein zu marktüblichen Bedingungen tätiger Anbieter von Kinderbetreuungsangeboten vom Konkurs bedroht ist und nicht genug alternative Anbieter vorhanden sind, kann der Mitgliedstaat diesen Anbieter nach dem DAWI-Beschluss⁴² mit einer DAWI betrauen, um die Kontinuität der Dienstleistung zu gewährleisten (d. h. eine ausreichende Anzahl von Plätzen in Kinderbetreuungseinrichtungen). In solch einer besonderen Situation, in der es zu Kapazitätsproblemen kommt, sollten die Behörden jedoch in Betracht ziehen, den Betrauungszeitraum auf die Zeit zu begrenzen, die nötig ist, um anderen potenziellen Marktteilnehmern zu ermöglichen, die Erbringung dieser Dienstleistung zu Marktbedingungen zu übernehmen.

Da der Anbieter von Kinderbetreuungsangeboten zuvor mit keiner gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut wurde, kann die Ausgleichleistung für die DAWI im Prinzip nur künftige, mit der Erbringung verbundene Kosten abdecken und muss anhand der im Betrauungsakt festgelegten Parameter im Einklang mit dem DAWI-Beschluss berechnet werden.

Falls der Dienstleister keine private Finanzierungslösung finden kann, können Verluste aus der Vergangenheit durch Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen ausgeglichen werden, sofern die Voraussetzungen der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien⁴³ erfüllt sind.

⁴¹ Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 21. Februar 2008, Private Barnehagers Landsforbund/EFTA-Überwachungsbehörde, E-5/07.

⁴² Da Altersheime unabhängig von der Höhe der Ausgleichsleistungen in den Anwendungsbereich des Beschlusses fallen (Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c), gilt der DAWI-Rahmen in diesem Fall nicht.

⁴³ Mitteilung der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten (ABl. C 244 vom 1.10.2004, S. 2).

3 DAS NEUE DAWI-PAKET

3.1 Überblick über das neue DAWI-Paket

14. Welche Instrumente umfasst das neue DAWI-Paket?

Das DAWI-Paket umfasst vier Instrumente, die für alle Behörden (auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene) gelten, die Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI gewähren.

- In der **DAWI-Mitteilung** werden für DAWI relevante beihilferechtliche Schlüsselbegriffe wie staatliche Beihilfe, Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und wirtschaftliche Tätigkeit sowie der Zusammenhang zwischen den Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen und den Beihilfenvorschriften erläutert.
- Nach der **De-minimis-Verordnung für DAWI** unterliegen Ausgleichsleistungen für DAWI, die über einen Zeitraum von drei Steuerjahren insgesamt 500 000 EUR nicht übersteigen, nicht der beihilferechtlichen Kontrolle.
- Nach dem überarbeiteten **DAWI-Beschluss** sind die Mitgliedstaaten von der Pflicht befreit, Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen bei der Kommission anzumelden, wenn die im DAWI-Beschluss festgelegten Voraussetzungen für die Vereinbarkeit erfüllt sind.
- Der **DAWI-Rahmen** enthält die Regeln für die Prüfung von Ausgleichsleistungen für DAWI, die staatliche Beihilfen darstellen und nicht nach dem DAWI-Beschluss von der Anmeldepflicht befreit sind. Diese Beihilfen müssen bei der Kommission angemeldet werden und können für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden, wenn sie die im DAWI-Rahmen festgelegten Voraussetzungen erfüllen.

15. Was ist der Zweck der DAWI-Mitteilung?

Diese Mitteilung gibt in einem einzigen Dokument einen umfassenden und praktischen Überblick über die für DAWI relevanten Begriffe und erläutert deren wichtigste Aspekte. Sie fasst die einschlägige Rechtsprechung der EU-Gerichte und die Beschlusspraxis der Kommission in diesem Bereich zusammen. Sie soll den nationalen, regionalen und lokalen Behörden sowie den Erbringern öffentlicher Dienstleistungen die Anwendung der Beihilfenvorschriften erleichtern. Die Kommission hat sich darum bemüht, Schlüsselbegriffe wie wirtschaftliche Tätigkeit, Beeinträchtigung des Handels und DAWI sowie den Zusammenhang zwischen den Beihilfenvorschriften und den Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen so klar wie möglich zu erläutern.

16. Worum geht es in der De-minimis-Verordnung für DAWI?

Nach der De-minimis-Verordnung für DAWI gelten öffentliche Ausgleichsleistungen für DAWI, die über einen Zeitraum von drei Steuerjahren insgesamt 500 000 EUR nicht übersteigen, nicht als staatliche Beihilfen, da dieser Betrag so gering ist, dass er keinen nennenswerten Einfluss auf den grenzüberschreitenden Handel oder den Wettbewerb hat. Da diese Maßnahmen nicht als staatliche Beihilfen betrachtet werden, sind die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet, sie **vorab bei der Kommission anzumelden**.

17. Was beinhaltet der DAWI-Beschluss?

Im DAWI-Beschluss sind die Voraussetzungen festgelegt, unter denen Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen mit den

EU-Beihilfavorschriften vereinbar sind und nicht vorab bei der Kommission angemeldet werden müssen.

18. Was beinhaltet der DAWI-Rahmen?

Im DAWI-Rahmen sind die Voraussetzungen festgelegt, unter denen Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, die nicht unter den DAWI-Beschluss fallen, mit den EU-Beihilfavorschriften vereinbar sind. Solche Ausgleichsleistungen müssen bei der Kommission angemeldet werden, da ein höheres Risiko einer Verfälschung des Wettbewerbs besteht. Auf diese Weise kann die Kommission die Maßnahme eingehend prüfen und entscheiden, ob sie mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

19. Welche Ziele werden mit dem DAWI-Beschluss und dem DAWI-Rahmen verfolgt? Wo liegen die Unterschiede?

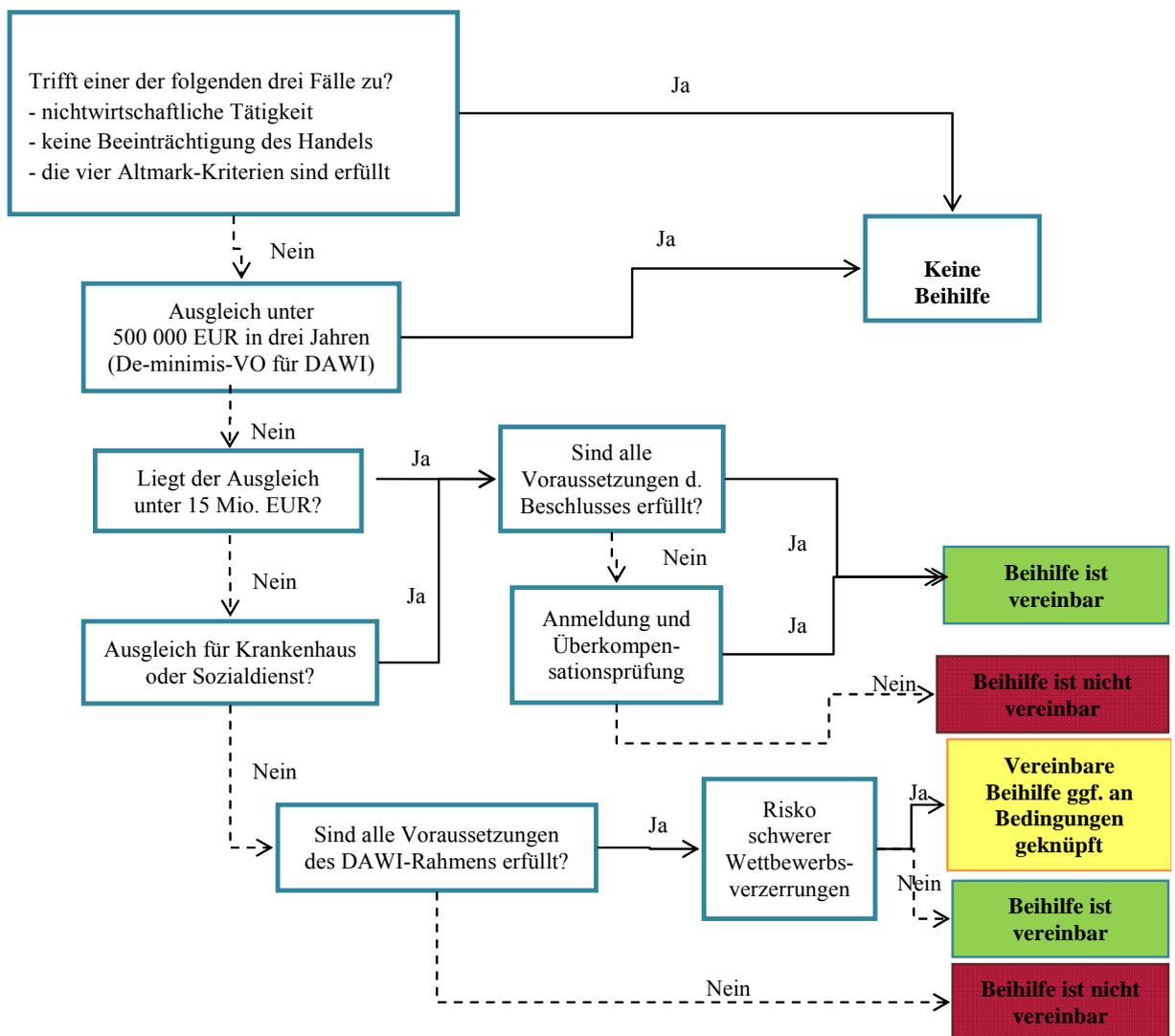
Beide Texte erläutern, unter welchen Bedingungen Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, die staatliche Beihilfen darstellen, mit dem AEUV vereinbar sind.

Der **wichtigste Unterschied** besteht darin, dass Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, die von dem DAWI-Beschluss erfasst werden, **nicht bei der Kommission angemeldet** werden müssen. Sind die im DAWI-Beschluss genannten Voraussetzungen erfüllt, kann der betreffende Mitgliedstaat den Ausgleich unverzüglich gewähren. Ist dies nicht der Fall, fällt die Ausgleichsleistung in den Anwendungsbereich des DAWI-Rahmens. Das bedeutet, dass die Maßnahme vorher bei der Kommission angemeldet werden muss, damit diese prüfen kann, ob die staatliche Beihilfe mit dem AEUV vereinbar ist.

Da es sich bei Maßnahmen, die unter den DAWI-Rahmen fallen, meist um größere Maßnahmen handelt, die potenziell in der Lage wären, den Wettbewerb stärker zu verfälschen, gelten im Allgemeinen strengere Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt als nach dem DAWI-Beschluss. Für weitere Einzelheiten zu den Voraussetzungen für die Vereinbarkeit siehe Abschnitt 3.5.2.

20. Was sind die logischen Schritte bei der Analyse von Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen?

In nachstehendem Schaubild sind die wichtigsten Schritte dargestellt, anhand deren festgestellt werden kann, welches Instrument des DAWI-Paket für die betreffende Ausgleichsleistung gilt.



21. Wie kann den Erbringern von DAWI Rechtssicherheit gewährleistet werden? Was geschieht, wenn sie nicht wissen, ob die Ausgleichsleistung unter den DAWI-Beschluss, den DAWI-Rahmen oder die De-minimis-Verordnung für DAWI fällt?

Das DAWI-Paket und die Beschlüsse der Kommission, in denen der DAWI-Rahmen Anwendung findet, werden im *Amtsblatt der Europäischen Union* und im Internet veröffentlicht. Die Verantwortung dafür, sicherzustellen, dass die Ausgleichsleistung für eine DAWI mit den Beihilfavorschriften im Einklang steht, liegt bei den einzelstaatlichen Behörden, die ein Unternehmen mit der Erbringung der betreffenden

DAWI betrauen. Wenn eine Beihilfe nach dem DAWI-Beschluss gewährt wird, muss in dem Betrauungsakt auf den Beschluss Bezug genommen werden, so dass der Erbringer der DAWI über die rechtliche Grundlage informiert ist und die Einhaltung der Bestimmungen des DAWI-Beschlusses überprüfen kann. Wenn in dem Betrauungsakt nicht auf den DAWI-Beschluss Bezug genommen wird, kann der Erbringer der DAWI den öffentlichen Auftraggeber darum bitten, die Rechtsgrundlage zu nennen, nach der die Beihilfe gewährt wird, und in Fällen, in denen die Beihilfe unter den DAWI-Rahmen fällt, überprüfen, ob die Beihilfe im Wege eines Beschlusses von der Kommission genehmigt wurde.

22. Gibt es rechtliche Verpflichtungen für DAWI-Erbringer?

Das DAWI-Paket erlegt den Erbringern von DAWI keine besonderen Verpflichtungen auf. Die Behörde, die den Erbringer mit der DAWI betraut, muss sicherstellen, dass die Beihilfavorschriften eingehalten werden. Allerdings sollte der Betrauungsakt auf die Voraussetzungen Bezug nehmen, die erfüllt sein müssen, um zu gewährleisten, dass die gewährte Ausgleichsleistung mit den Beihilfavorschriften im Einklang steht, damit der Erbringer voll und ganz informiert ist. Letzten Endes trägt der Dienstleister das Risiko, dass die Ausgleichsleistung zurückgezahlt werden muss, wenn sie unter Verstoß gegen die Beihilfavorschriften gewährt wurde.

23. Begründet das DAWI-Paket einen Anspruch der Unternehmen auf Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen?

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.

Das DAWI-Paket begründet keinen Anspruch der Unternehmen auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen, sondern legt die Vereinbarkeitskriterien für derartige Beihilfen für den Fall fest, dass die Mitgliedstaaten beschließen, die Organisation und Finanzierung von DAWI durch die Gewährung einer staatlichen Beihilfe zu sichern.

3.2 DAWI-Mitteilung

3.2.1 In welchen Fällen finden die Beihilfavorschriften Anwendung und mit welchen Folgen?

24. Wann unterliegen die Organisation und Finanzierung von DAWI den beihilferechtlichen Vorschriften des AEUV?

Die Beihilfavorschriften 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 wird⁴⁴. Es ist nicht relevant, ob die Einheit zur Erzielung von Gewinnen gegründet wurde (vgl. Randnummer 9 der DAWI-Mitteilung).

25. 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

⁴⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 12. September 2000, Pavel Pavlov u. a./Stichting Pensioenfonds Medische Spezialisten, verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451.

Wettbewerbsregeln⁴⁵ (vgl. Randnummer 11 der DAWI-Mitteilung). Dass die betreffende Tätigkeit als „sozial“ eingestuft werden kann oder von einem Anbieter ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird, genügt als solches nicht⁴⁶, um ihre Qualifizierung als wirtschaftliche Tätigkeit auszuschließen.

Die DAWI-Mitteilung enthält allgemeine Hinweise zum Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit in Anlehnung an die Rechtsprechung der EU-Gerichte (Randnummer 9 ff.) sowie spezifischere Ausführungen zur Ausübung öffentlicher Befugnisse (Randnummer 16 ff.), zur sozialen Sicherheit (Randnummer 17 ff.), zur Gesundheitsfürsorge (Randnummer 21 ff.) und zum Bildungswesen (Randnummer 26 ff.).

Ob für eine bestimmte Dienstleistung ein Markt existiert, hängt davon ab, wie diese Dienstleistung in dem betreffenden Mitgliedstaat organisiert wird. Dies kann von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sein und sich auch mit der Zeit ändern (vgl. Randnummer 12). Die sektorspezifischen Erläuterungen für vier Wirtschaftszweige (vgl. vorheriger Abschnitt) dienen nicht dazu, eine Liste mit wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen zu erstellen, sondern sollen Beispiele für die Elemente liefern, die bei der Bestimmung, ob eine bestimmte Dienstleistung als wirtschaftlich angesehen werden kann, eine Rolle spielen.

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

- Arbeitsvermittlungstätigkeiten von öffentlich-rechtlichen Arbeitsagenturen⁴⁷
- nach dem Kapitalisierungsprinzip funktionierende freiwillige Versicherungen, selbst wenn die Leistungen von Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden⁴⁸; Kapitalisierungsprinzip bedeutet, dass sich die Versicherungsleistungen ausschließlich nach der Höhe der Beitragszahlungen und den Erträgen aus der Anlagetätigkeit richten
- Rettungs- und Patiententransporte⁴⁹
- Dienstleistungen von Zollspediteuren wie die Erfüllung der Zollformalitäten bei der Ein-, Aus- und Durchfuhr von Waren und sonstige ergänzende

⁴⁵ Urteil des Gerichtshofes vom 16. Juni 1987, Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik, 118/85, Slg. 1987, 2599, Randnr. 7; Urteil des Gerichtshofes vom 18. Juni 1998, Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik, C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Randnr. 36; Urteil des Gerichtshofes, Pavel Pavlov u. a./Stichting Pensioenfonds Medische Spezialisten, a. a. O.

⁴⁶ Urteil des Gerichtshofes, Pavel Pavlov u. a./Stichting Pensioenfonds Medische Spezialisten, a. a. O., Randnr. 118; Urteil des Gerichtshofes, Cicaldi Battistello Venanzio & C. Sas/INAIL, a. a. O., Randnr. 37; Urteil des Gerichtshofes vom 22. Mai 2003, Feskot AE/Elliniko Dimosio, C-355/00, Slg. 2003, I-5263.

⁴⁷ Urteil des Gerichtshofes vom 23. April 1991, Klaus Höfner und Fritz Eiser/Macrotron GmbH, C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21.

⁴⁸ Urteil des Gerichtshofes vom 16. November 1995, Fédération française des sociétés d'assurance u. a./Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, C-244/94, Slg. 1995, I-4013, Randnrn. 17-22; Urteil des Gerichtshofes vom 21. September 1999, Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioensfonds Textielindustrie, C-67/96, Slg. 1999, I-5751, Randnrn. 80-87.

⁴⁹ Urteil des Gerichtshofes vom 25. Oktober 2001, Firma Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz, C-475/99, Slg. 2001, I-8089, Randnr. 20.

Dienstleistungen, etwa auf dem Gebiet der Devisen, Warenkunde und Steuern, bei denen sie die damit verbundenen finanziellen Risiken übernehmen⁵⁰

- Unterstützung von Arbeitnehmern und Arbeitgebern bei der Steuererklärung oder ähnlichen Verpflichtungen durch Rechtssubjekte, die von Arbeitgebern oder Gewerkschaften eingerichtet und vom Staat dazu ermächtigt wurden⁵¹
- Betrieb einer Verkehrsinfrastruktureinrichtung⁵²
- in einem Krankenhaus oder außerhalb erbrachte medizinische Dienstleistungen⁵³, wobei öffentliche Krankenhäuser auch durchaus eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit ausüben können (vgl. Randnummer 22 der DAWI-Mitteilung)
- Bereitstellung von Sozialwohnungen; siehe die Beschlusspraxis im Zusammenhang mit der Gewährung von Hypothekendarlehen, Regelungen, die preiswertes Wohnen ermöglichen, Regelungen für die Gewährung von Mietzuschüssen und Zuschüssen für ältere und behinderte Personen sowie für sozial benachteiligte Haushalte⁵⁴
- 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 gewährleisten⁵⁵

Zum Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Binnenmarktvorschriften des AEUV siehe Frage 223.

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

Ja. Der Gerichtshof vertritt die Ansicht, dass Fachärzte in ihrer Eigenschaft als selbständige Wirtschaftsbeteiligte Dienstleistungen auf einem Markt erbringen, nämlich auf dem Markt der fachärztlichen Dienstleistungen, und somit Unternehmen darstellen

⁵⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 18. Juni 1998, Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik, C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Randnr. 37.

⁵¹ Urteil des Gerichtshofs vom 30. März 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl/Giuseppe Calafiori, C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Randnr. 63.

⁵² Urteil des Gerichtshofs vom 24. Oktober 2002, Aéroports de Paris/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, C-82/01 P, Slg. 2002, I-9297.

⁵³ Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juli 2001, B.S.M. Smits, verheiratete Geraets/Stichting Ziekenfonds VGZ und H.T.M. Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, C-157/99, Slg. 2001, I-5473, Randnr. 53; Urteil des Gerichtshofs vom 31. Januar 1984, Graziana Luisi und Giuseppe Carbone/Ministero del Tesoro, verbundene Rechtssachen 286/82 und 26/83, Slg. 1984, 377, Randnr. 16; Urteil des Gerichtshofs vom 4. Oktober 1991, The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd/Stephen Grogan u. a., C-159/90, Slg. 1999, I-4685, Randnr. 18; Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juli 2001, Abdon Vanbraekel u. a./Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC), C-368/98, Slg. 2001, I-5363, Randnr. 43; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 11. Juli 2007, Asklepios Kliniken GmbH/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, T-167/02, Slg. 2007, II-2379, Randnrn. 49-55.

⁵⁴ 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/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N89_2004

⁵⁵ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 395/05 – Irland – Bürgschaft für von der Housing Finance Agency (HFA) finanzierte soziale Infrastrukturprojekte (ABl. C 77 vom 5.4.2007): http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N395_2005

können. Dass sie komplexe fachliche Dienstleistungen erbringen und dass die Ausübung ihres Berufs reguliert ist, steht dem nicht entgegen⁵⁶.

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

Zwei Kategorien von Tätigkeiten gelten als nichtwirtschaftlich:

- 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, stellen keine wirtschaftlichen Tätigkeiten im Sinne des Wettbewerbsrechts dar. Diese Ausnahme beschränkt sich auf Tätigkeiten, die untrennbarer Teil der Vorrechte einer Behörde sind und vom Staat ausgeübt werden, d. h. für die der betreffende Mitgliedstaat nicht beschlossen hat, Marktmechanismen einzuführen (vgl. Randnummer 16 der DAWI-Mitteilung). Dabei ist es nicht relevant, ob der Staat unmittelbar durch eine Stelle handelt, die zur staatlichen Verwaltung gehört, oder durch eine separate Einrichtung, der besondere oder ausschließliche Rechte übertragen wurden⁵⁷.

Beispiele für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sind:

- Tätigkeiten der Armee oder Polizei
- Aufrechterhaltung und Verbesserung der Flugsicherheit⁵⁸, der Sicherheit⁵⁹, der Überwachung des Luft- und Seeverkehrs und der Seeverkehrssicherheit⁶⁰
- Überwachung zur Bekämpfung von Umweltverschmutzung⁶¹; sie stellt einen im Allgemeininteresse stehenden Auftrag dar, der zu den wesentlichen Aufgaben des Staates im Hinblick auf den Umweltschutz in Meeren gehört
- Organisation, Finanzierung und Durchsetzung von Maßnahmen des Strafvollzugs⁶²

- Einige Tätigkeiten ausschließlich sozialer Natur

⁵⁶ Urteil des Gerichtshofs, Pavel Pavlov u. a./Stichting Pensioenfonds Medische Spezialisten, a. a. O.

⁵⁷ Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juni 1987, Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik, 118/85, Slg. 1987, 2599, Randnrn. 7 und 8.

⁵⁸ Urteil des Gerichtshofs vom 19. Januar 1994, SAT Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol, C-364/92, I-43, Randnr. 27; Urteil des Gerichtshofs vom 26. März 2009, Selex Sistemi Integrati SpA/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Europäische Organisation für Flugsicherung (Eurocontrol), C-113/07 P, Slg. 2009, I-2207, Randnr. 71.

⁵⁹ Entscheidungen der Kommission 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. C 284 vom 21.11.2002):

http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N438_2002

⁶⁰ Entscheidung der Kommission vom 16. Oktober 2002 in der Beihilfesache N 438/02 – Belgien – Subventionen zugunsten der Hafenverwaltungen für die Durchführung hoheitlicher Aufgaben (ABl. C 284 vom 21.11.2002):

http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N438_2002

⁶¹ Urteil des Gerichtshofs vom 18. März 1997, Diego Cali & Figli Srl/Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), C-343/95, Slg. 1997, I-1547, Randnr. 22.

⁶² Entscheidung in der Beihilfesache N 140/2006 – 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-19.7.2006.pdf.

Die Rechtsprechung hat einen Kriterienkatalog für die Einstufung bestimmter Tätigkeiten rein sozialer Natur als nichtwirtschaftlich erarbeitet.

Beispiele für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten rein sozialer Natur:

- Die Verwaltung gesetzlicher Systeme der sozialen Sicherheit unter staatlicher Kontrolle, die ein ausschließlich soziales Ziel verfolgen, auf dem Solidaritätsprinzip basieren und Versicherungsleistungen unabhängig von der Beitragshöhe und dem Einkommen der versicherten Person anbieten⁶³. Vgl. Randnummern 17 ff. der DAWI-Mitteilung, in denen die Kriterien zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Systemen der sozialen Sicherheit genannt werden.
- Die Kinderbetreuung und das öffentliche Unterrichtswesen, die normalerweise aus dem Staatshaushalt finanziert werden und einen sozialen, kulturellen und bildungspolitischen Auftrag gegenüber der Bevölkerung erfüllen⁶⁴. Vgl. Randnummern 26 ff. der DAWI-Mitteilung, in denen die Kriterien zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten im Bildungswesen genannt werden.
- Die Organisation öffentlicher Krankenhäuser, die ein zentraler Bestandteil des nationalen Gesundheitssystems sind, basiert fast vollständig auf dem Solidaritätsprinzip, weil die Krankenhäuser direkt über die Sozialversicherungsbeiträge sowie aus staatlichen Mitteln finanziert werden und ihre Dienste für Versicherte unentgeltlich nach dem Prinzip der allgemeinen Gesundheitsversorgung erbringen⁶⁵. Vgl. Randnummern 21 ff. der DAWI-Mitteilung, in denen die Kriterien zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen im Bereich der Gesundheitsfürsorge genannt werden.

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

Wenn Behörden (auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene) darüber Auskunft geben, wie ihre Dienststellen die in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Vorschriften anwenden, ist diese Tätigkeit untrennbar mit der Ausübung der ihnen zugewiesenen

⁶³ Urteil des Gerichtshofs vom 17. Februar 1993, Christian Poucet/Assurances générales de France und Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, C-159/91, Slg. 1993, I-637; Urteil des Gerichtshofs vom 22. Januar 2002, Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas/Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), C-218/00, Slg. 2002, I-691, Randnr. 43-48; Urteil des Gerichtshofs vom 16. März 2004, AOK Bundesverband u. a./Ichthyol-Gesellschaft Cordes u. a., verbundene Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Slg. 2004, I-2493, Randnrn. 51-55.

⁶⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 27. September 1988, Belgischer Staat/Rene Humbel und Marie-Therese Edel, 263/86, Slg. 1988, 5365, Randnr. 18; Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2007, Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Bundesrepublik Deutschland, C-318/05, Slg. 2007, I-06957, Randnrn. 74-75; Entscheidungen der Kommission in den Beihilfesachen N 118/00 – Staatliche Subventionen für professionelle Sportklubs (ABl. C 333 vom 28.11.2001, S. 6): http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N118_2000 und NN 54/2006 – Logistikhochschule Prerov (ABl. C 291 vom 30.11.2006, S. 18): http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-54-2006-WLWL-EN-8.11.2006.pdf; Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 21. Februar 2008, Private Barnehagers Landsforbund/EFTA-Überwachungsbehörde, E-5/07.

⁶⁵ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 4. März 2003, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN)/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, T-319/99, Slg. 2003, II-357.

Staatsgewalt verbunden. Diese Tätigkeit ist nicht als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts zu werten.

29. Die DAWI-Mitteilung enthält spezifische Ausführungen zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten in vier Bereichen. Sind alle anderen Tätigkeiten, die nicht zu diesen vier Bereichen zählen, grundsätzlich als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen?

Nein. In der DAWI-Mitteilung wird unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung der EU-Gerichte erläutert, wann eine Tätigkeit als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich anzusehen ist. Zusätzlich zu den allgemeinen Grundsätzen (Randnummern 9 ff.) enthält die DAWI-Mitteilung konkrete Erläuterungen zu bestimmten Bereichen wie Gesundheitsfürsorge und Bildungswesen sowie die einschlägigen Kriterien, anhand deren festgestellt werden kann, ob es sich bei einer bestimmten Tätigkeit um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt.

Weder bei den in den spezifischen Abschnitten genannten Beispielen (wie z. B. den unter Randnummer 16 genannten Bereichen, die untrennbar mit der Ausübung öffentlicher Befugnisse verbunden sind), noch den ausgewählten Bereichen, für die ausführlichere Hinweise gegeben werden, handelt es sich um erschöpfende Beispiele. Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut der DAWI-Mitteilung; dort heißt es unter Randnummer 14, dass es nicht möglich ist, eine erschöpfende Liste aufzustellen. Dies ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass sich der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit mit der Zeit ändern kann (vgl. Frage 30). Bei nicht im Einzelnen genannten Tätigkeiten bieten die allgemeinen Grundsätze unter Randnummern 9 ff. Anhaltspunkte dafür, ob es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt oder nicht.

30. Kann sich die Einstufung als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit mit der Zeit ändern?

Ja. Die Einstufung einer Tätigkeit kann davon abhängen, wie die Tätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat organisiert wird, und kann sich mit der Zeit aufgrund politischer Entscheidungen über die Organisation dieser Tätigkeit oder aufgrund von Marktentwicklungen ändern (vgl. Randnummer 12 der DAWI-Mitteilung).

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

Ja. Die schlichte Tatsache, dass eine Einrichtung keinen Erwerbszweck verfolgt, bedeutet nicht automatisch, dass die Tätigkeiten, die sie ausübt, nichtwirtschaftlicher Natur sind⁶⁶. Die Rechtsform einer Einrichtung, die SDAI erbringt, hat keinen Einfluss auf das Wesen der betreffenden Tätigkeit. Das entscheidende Kriterium ist, ob die jeweilige Einrichtung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht (vgl. Randnummer 9 der DAWI-Mitteilung).

So gelten ein gemeinnütziger Verein oder eine karitative Einrichtung, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, als „Unternehmen“, allerdings nur was diese bestimmte Tätigkeit angeht (vgl. Randnummer 9, letzter Unterabsatz der DAWI-Mitteilung). Auf den nichtwirtschaftlichen Teil ihrer Tätigkeit sind die Wettbewerbsregeln daher nicht anwendbar.

⁶⁶ Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 30. Oktober 1978, Heintz van Landewyck SARL u. a./Kommission der Europäischen Gemeinschaften, verbundene Rechtssachen 209/78 R bis 215/78 R und 218/78 R, Slg. 1980, 3125; Urteil des Gerichtshofs vom 16. November 1995, Fédération française des sociétés d'assurance u. a./Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, C-244/94, Slg. 1995, I-4013, Randnr. 21.

Beispiel:

Die Durchführung von Rettungs- und Patiententransportdiensten durch Einrichtungen ohne Erwerbszweck kann eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen. Auch wenn die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen die von einer solchen Einrichtung erbrachten Dienstleistungen weniger konkurrenzfähig machen können als vergleichbare Dienstleistungen anderer Betreiber, die solchen Verpflichtungen nicht unterliegen, ändert diese Tatsache nichts an ihrer Einstufung als wirtschaftliche Tätigkeit⁶⁷.

32. Ist es möglich, dass eine staatliche Stelle bestimmte Arten von Organisationen (z. B. öffentliche Einrichtungen, Organisationen mit oder ohne Erwerbszweck) als Erbringer einer DAWI bevorzugt?

Die Beihilfavorschriften schreiben keine besonderen Kriterien für die Auswahl des Dienstleisters vor, aber sie gelten gleichermaßen für öffentliche und private Unternehmen. Somit können die Beihilfavorschriften im Prinzip nicht verhindern, dass die Mitgliedstaaten einer bestimmten Art von Dienstleistern Vorrang einräumen. Allerdings müssen sich die staatlichen Stellen unter Umständen an andere Bereiche des EU-Rechts halten, insbesondere die Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe, die Binnenmarktvorschriften oder sektorspezifische Vorschriften (z. B. für den Verkehrssektor). Gelten die Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe, ist die Einhaltung der besonderen Bestimmungen dieser Vorschriften in Fällen, die unter den DAWI-Rahmen fallen, ebenfalls eine Voraussetzung für die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt (vgl. Randnummer 19 des DAWI-Rahmens). Zu den Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe und zu den Binnenmarktvorschriften siehe Abschnitte 4 und 6 und insbesondere die Fragen 209 und 227.

33. Unterliegen soziale Einrichtungen, die SDAI erbringen (z. B. Dienstleistungen für ältere oder behinderte Menschen), den Beihilfavorschriften?

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

Liefert eine solche Einrichtung z. B. 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 (vgl. Frage 25).

Dies bedeutet jedoch nicht, dass sämtliche Leistungen einer solchen 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.

34. Handelt es sich um eine staatliche Beihilfe, wenn eine Kommune Gutscheine für den Erwerb bestimmter DAWI an bestimmte Kategorien von Verbrauchern ausgibt?

Die Mitgliedstaaten und damit auch die Kommunen können einzelnen Verbrauchern eine derartige Unterstützung zukommen lassen, solange die Voraussetzungen des Artikels 107 Absatz 2 Buchstabe a AEUV erfüllt sind. Darin heißt es, dass die

⁶⁷ Urteil des Gerichtshofs vom 25. Oktober 2001, Firma Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz, C-475/99, Slg. 2001, I-8089, Randnr. 21.

Unterstützung sozialer Art sein und ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden muss.

35. ***Handelt es sich bei Leistungen der Sozialfürsorge für bestimmte Begünstigte wie etwa einkommensschwache Familien (gemessen an ihren tatsächlichen Ausgaben für DAWI und/oder anderen objektiven Kriterien, die die jeweilige persönliche Situation betreffen) um eine staatliche Beihilfe, wenn die Hilfe direkt an den Dienstleister ausgezahlt wird?***

Eine Einrichtung der Sozialfürsorge kann beschließen, die Hilfe ganz oder teilweise direkt an den Dienstleister (z. B. den Vermieter der von der Familie bewohnten Sozialwohnung oder die von den Kindern besuchte Schulkantine usw.) zu überweisen, wenn sie beispielsweise befürchten muss, dass die Leistung bei direkter Zahlung an den Begünstigten ihren sozialen Zweck verfehlt.

Eine solche Zahlung stellt keine staatliche Beihilfe zugunsten des Dienstleisters dar, wenn sich die indirekt gewährte Hilfe und die Art ihrer Berechnung eindeutig feststellen lassen und mit der letztlich begünstigten natürlichen Person eng verknüpft sind. Dies setzt voraus, dass der Leistungstransfer keine weiteren Vorteile für den Dienstleister 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 von der betreffenden Sozialfürsorgeeinrichtung erhalten hat.

36. ***DAWI werden häufig 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. Weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens schließen von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten aus⁶⁸. 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 allerdings aufgrund der bisher gewonnenen Erfahrungen Schwellenwerte festgesetzt, bis zu denen Beihilfen als unbedenklich für den Handel oder Wettbewerb gelten. Demzufolge wird nach der De-minimis-Verordnung für DAWI davon ausgegangen, dass Beihilfen zugunsten von Unternehmen, die DAWI erbringen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen und/oder den Wettbewerb nicht verfälschen oder zu verfälschen drohen, wenn über einen Zeitraum von drei Jahren der Beihilfebetrags insgesamt 500 000 EUR nicht übersteigt. Diese Beihilfen fallen daher nicht unter Artikel 107 Absatz 1 AEUV. Nach der allgemeinen De-minimis-Verordnung (Verordnung 1998/2006⁶⁹) wird davon ausgegangen, dass Beihilfen, die einen Gesamtbetrag von 200 000 EUR nicht übersteigen (100 000 EUR bei Unternehmen, die

⁶⁸ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 30. April 1998, *Het Vlaamse Gewest (Flämische Region)/Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, T-214/95, Slg. 1998, II-717, Randnrn. 48-50; Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Randnrn. 81-82; Urteil des Gerichtshofs vom 3. März 2005, *Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck*, C-172/03, Slg. 2005, I-1627, Randnrn. 32-33.

⁶⁹ 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.

im Straßentransport tätig sind), den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen.

Darüber hinaus wird der Handel in bestimmten Fällen aufgrund des lokalen Charakters der Dienstleistung tatsächlich nicht beeinträchtigt. Die DAWI-Mitteilung führt Beispiele für Entscheidungen und Beschlüsse der Kommission an (Randnummer 40), z. B. in Bezug auf Schwimmbäder, die überwiegend von den ortsansässigen Einwohnern genutzt werden⁷⁰, und örtliche Museen, die wahrscheinlich keine grenzüberschreitenden Besucher anziehen⁷¹ (für weitere Einzelheiten siehe Frage 38).

Allgemeines Beispiel für eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

Die Zuschüsse, die niederländische Tankstellen nahe der deutschen Grenze als Ausgleich für die Benzinpreissteigerungen infolge der Erhöhung der niederländischen Verbrauchsteuer erhielten, 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 verringern⁷².

Beispiel für eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten im Fall einer DAWI

Staatliche Zuschüsse für den Betrieb eines Liniendienstes mit Omnibussen im Landkreis Stendal, Deutschland, für ein Unternehmen, das ausschließlich örtliche oder regionale Verkehrsdienste und keine Verkehrsdienste außerhalb seines Heimatstaats leistet, können sich gleichwohl auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken⁷³.

37. 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 Mitgliedstaaten nicht von vornherein ausgeschlossen werden⁷⁴. Außerdem könnte es sein, dass der regionale Dienstleister auch in anderen Regionen tätig ist oder eine Ausweitung seiner Tätigkeiten auf andere Regionen plant.

38. Gibt es Beispiele für lokale DAWI, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten praktisch nicht zu beeinträchtigen scheinen?

Ja. Die Kommission hat eine Reihe von Beihilfebeschlüssen erlassen, in denen sie zu dem Schluss kam, dass die betreffenden Maßnahmen zur Finanzierung von lokalen

⁷⁰ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 258/00 (ABl. C 172 vom 16.6.2001, S. 16).

⁷¹ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 630/00 (ABl. C 275 vom 8.12.2005, S. 3).

⁷² Entscheidung 1999/705/EG der Kommission vom 20. Juli 1999 (ABl. L 280/87 vom 30.10.1999, S. 87), die durch das Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juni 2002, Königreich der Niederlande/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, C-382/99, Slg. 2002, I-5163, bestätigt wurde.

⁷³ Urteil des Gerichtshofs, Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, a. a. O., Randnr. 77.

⁷⁴ Altmark-Urteil (siehe Fußnote 73), Randnrn. 78 ff.

Dienstleistungen (unabhängig davon, ob es sich um eine DAWI, eine wirtschaftliche SDAI oder um eine rein kommerzielle Dienstleistung handelt) den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen (vgl. auch Randnummer 40 der DAWI-Mitteilung).

Beispiele für Maßnahmen, von denen angenommen wird, dass sie keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben:

- Beim Schwimmbad Dorsten⁷⁵ 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 Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen würde.
- Im Falle der irischen Krankenhäuser⁷⁶ war die Kommission 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 Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen würde.
- Die Zuschüsse an lokale Straßengüterverkehrsverbände auf Teneriffa⁷⁷ 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 Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen.
- Die begrenzte Finanzierung kleinerer Projekte von örtlichen Museen auf Sardinien⁷⁸ hat nach Ansicht der Kommission keine negative Auswirkungen auf den Handel zwischen 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 Theaterproduktionen⁷⁹ befand die Kommission, dass die Finanzierung dieser Produktionen den Handel zwischen Mitgliedstaaten insofern nicht beeinträchtigt, als es sich dabei um kleinformatige Produktionen von Klein(st)bühnen mit einem sehr begrenzten geografischen und sprachlichen Einzugsgebiet handelt, die kein Publikum über Landesgrenzen hinweg anziehen.
- Im Fall der Finanzierung eines Zentrums in Nicosia (Zypern) zur Förderung der zyprischen Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes Zyperns⁸⁰ kam die Kommission zu dem Schluss, dass aufgrund des lokalen Charakters und der geografischen Lage des Zentrums sowie der Art seiner Tätigkeit ausgeschlossen

⁷⁵ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 258/2000 – Deutschland – Freizeitbad Dorsten, IP/001509 vom 21.12.2000 (ABl. C 172 vom 16.6.2001, S. 16): http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N258_2000.

⁷⁶ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 543/2001 – Irland – Steuerliche Abschreibung für Krankenhäuser (ABl. C 154 vom 28.6.2002, S. 4): http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N543_2001.

⁷⁷ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache NN 29/02 – Spanien – Raststätten auf Teneriffa (ABl. C 110 vom 8.5.2003, S. 13): http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_NN29_2002.

⁷⁸ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 630/2003 – Italien – Unterstützung für örtliche Museen in Sardinien (ABl. C 275 vom 8.12.2005, S. 3): http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N630_2003.

⁷⁹ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 257/2007 – Spanien – Zuschüsse für Theaterproduktionen im Baskenland (ABl. C 173 vom 26.7.2007, S. 2).

⁸⁰ Beschluss der Kommission vom 7.11.2012 in der Beihilfesache SA.34466 – Zypern – Zentrum für bildende Kunst und Forschung (noch nicht veröffentlicht).

ist, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.

- Die Kommission vertrat die Ansicht, dass die Unterstützung für den Bau einer Einrichtung für mittel- bis langfristige psychiatrische Betreuung im Nordosten Portugals⁸¹ den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt, da die Einrichtung nur über eine sehr begrenzte Kapazität verfügt (50 Betten), fast ausschließlich für die Erbringung von Dienstleistungen für die Einwohner aus der Gegend verwendet werden wird und andere Einrichtungen in dieser Region nicht daran interessiert sind, vergleichbare Dienstleistungen anzubieten.
- Auch im Falle der finanziellen Unterstützung zugunsten eines Zeitungsverlags, der eine Tageszeitung in Madeira herausgibt⁸², kam die Kommission zu dem Schluss, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt wird. Es gibt nur zwei Tageszeitungen auf Madeira, von denen keine von einem Verlag aus einem anderen Mitgliedstaat veröffentlicht wird. Keiner der beiden Verlage ist auf einem anderen Markt tätig, auf dem es zu Wettbewerb mit Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten kommt.
- Die Kommission gelangte zu dem Ergebnis, dass der Verkauf eines Grundstücks einer niederländischen Gemeinde an eine Reitschule⁸³ aufgrund des eindeutig lokalen Charakters der Reitschule keine Auswirkungen auf den Handel gehabt haben kann, selbst wenn das Grundstück unterhalb des Marktpreises verkauft wurde.

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

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

40. Müssen die Mitgliedstaaten, wann immer das Wettbewerbsrecht anwendbar ist, Organisation und Funktionsweise ihrer DAWI ändern?

Nein. Die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln bedeutet nicht, dass die Behörden sicherstellen müssen, dass eine Vielzahl von Dienstleistern auf dem Markt präsent ist. Es bedeutet auch nicht, dass die Behörden verpflichtet sind, besondere oder ausschließliche Rechte abzuschaffen, die den bisherigen Dienstleistern eingeräumt wurden, soweit sie für die Erbringung der betreffenden DAWI erforderlich und verhältnismäßig sind. Die Behörden können diese Rechte verleihen, solange diese nicht über das hinausgehen, was nötig ist, um die Erfüllung der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu gewährleisten⁸⁴. Der Staat muss auch keine Privatisierung der Unternehmen, die DAWI erbringen, vornehmen (vgl. Randnr. 37 der DAWI-Mitteilung).

⁸¹ Beschluss der Kommission vom 7.11.2012 in der Beihilfesache SA.34576 – Portugal – Jean Piaget/Einrichtung für mittel- bis langfristige psychiatrische Betreuung im Nordosten Portugals (noch nicht veröffentlicht).

⁸² Beschluss der Kommission vom 7.11.2012 in der Beihilfesache SA.33243 – Portugal – Jornal da Madeira (noch nicht veröffentlicht).

⁸³ Beschluss der Kommission vom 7.11.2012 in der Beihilfesache SA.34404 – Niederlande – Erwerb eines Grundstücks zur Umsiedlung einer Reitschule (ABl. C 370 vom 30.11.2012, S. 2).

⁸⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 19. Mai 1993, Strafverfahren gegen Paul Corbeau, C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Randnrn. 14-16 und Urteil des Gerichtshofs vom 21. September 1999, Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioensfonds Textielindustrie, C-67/96, Slg. 1999, I-5751, Randnr. 107.

41. Was geschieht, wenn eine Behörde als Gegenleistung für die Erbringung einer als wirtschaftlich eingestuften Dienstleistung von allgemeinem Interesse einen finanziellen Ausgleich gewährt?

Der Ausgleich, der einem Dienstleistungsbetrieb im Gegenzug für die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung vom Staat gezahlt wird, kann eine staatliche Beihilfe darstellen, wenn nicht alle der Kriterien, die der Europäische Gerichtshof in seinem Altmark-Urteil entwickelt hat, erfüllt sind (siehe Fragen in Abschnitt 3.2.3) und wenn die übrigen Tatbestandsmerkmale einer staatlichen Beihilfe⁸⁵ gegeben sind. Aber auch wenn die Ausgleichsleistung eine staatliche Beihilfe darstellt, heißt das nicht automatisch, dass sie unzulässig ist, da die Beihilfe durchaus mit dem AEUV vereinbar sein kann.

42. Verlangt das Beihilferecht von den Behörden, dass sie die DAWI auf eine ganz bestimmte Weise organisieren?

Nein. Die Behörden können relativ frei entscheiden, wie sie ihr Angebot an DAWI organisieren. Das Beihilferecht (Artikel 106 Absatz 2 AEUV) ermöglicht dem Staat, seine DAWI nach eigenem Ermessen zu organisieren und zu finanzieren, solange der von ihm gewährte Ausgleich nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Gemeinwohlaufgabe zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen.

43. Gelten finanzielle Zuwendungen, die aufgrund der Übertragung von Zuständigkeiten zwischen Gebietskörperschaften im Rahmen der Dezentralisierung gewährt wurden, als staatliche Beihilfen?

Nein. Für die Definition des Begriffs der staatlichen Beihilfe spielt es keine Rolle, auf welcher staatlichen Ebene (national, regional, lokal usw.) die Beihilfe gewährt wird. Eine staatliche Beihilfe ist nur dann gegeben, wenn einem oder mehreren Unternehmen staatliche Mittel nach Maßgabe des Artikels 107 Absatz 1 AEUV übertragen werden.

Wenn dagegen allein aufgrund der Verteilung der staatlichen Zuständigkeiten Mittel innerhalb der Gebietskörperschaften (z. B. 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.

44. Ist die Anwendung des Beihilferechts ausgeschlossen, wenn es um die Finanzierung einer DAWI geht, die im Sinne des Vergaberechts intern erbracht wird (In-house-Vergabe)?

Nein. 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 oder die Art der Einrichtung, die DAWI erbringt, sondern der „wirtschaftliche“ Charakter der Tätigkeit, die die Einrichtung ausübt (vgl. Randnummer 9 der DAWI-Mitteilung). 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 (für Beispiele für wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne der Wettbewerbsregeln siehe Frage 25). Wenn folglich eine interne Stelle im Sinne des Vergaberechts eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und dafür von der öffentlichen Hand staatliche Mittel erhält und diese Finanzierung die Voraussetzungen des Artikels

⁸⁵

1) Übertragung staatlicher Mittel und staatliche Zurechenbarkeit, 2) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und Verfälschung des Wettbewerbs sowie 3) Selektivität der Maßnahme.

107 Absatz 1 AEUV⁸⁶, nicht aber alle im Altmark-Urteil entwickelten Kriterien erfüllt (vgl. Frage 61), finden die Beihilfevorschriften Anwendung (vgl. Randnummern 13 und 37 der DAWI-Mitteilung).

In diesem Zusammenhang sollte daran erinnert werden, dass keine Mittelübertragung zugunsten eines Unternehmens und damit keine staatliche Beihilfe vorliegt, solange allein aufgrund der Verteilung der staatlichen Zuständigkeiten Mittel unabhängig von jeglicher wirtschaftlicher Tätigkeit innerhalb der staatlichen Gebietskörperschaften (z. B. vom Bund an die Länder, von den Ländern an die Kommunen) übertragen werden (vgl. Frage 43).

45. Was geschieht, wenn eine Ausgleichsleistung für eine DAWI tatsächlich eine staatliche Beihilfe darstellt?

Die Tatsache, dass der für die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung gewährte Ausgleich eine staatliche Beihilfe darstellt, **bedeutet nicht automatisch, dass dieser unzulässig wäre**. Der Ausgleich ist mit dem AEUV vereinbar, wenn die im DAWI-Beschluss⁸⁷ oder im DAWI-Rahmen⁸⁸ aufgeführten Bedingungen erfüllt sind⁸⁹.

3.2.2 Betrauungsakt

46. Was ist der Zweck eines Betrauungsaktes?

Bei einem Betrauungsakt (vgl. Randnummer 51 ff. der DAWI-Mitteilung) handelt es sich um eine Rechtshandlung, in deren Rahmen das Unternehmen mit der DAWI betraut und die ihm auferlegte Gemeinwohlaufgabe erläutert wird sowie der Anwendungsbereich und die allgemeinen Bedingungen für das Funktionieren der DAWI bestimmt werden. Eine solche Betrauung ist erforderlich, um die jeweiligen Verpflichtungen des Unternehmens und des Staates festzuschreiben. Ohne eine solche Betrauung wäre die dem Unternehmen übertragene Aufgabe nicht genau abgesteckt, und mithin wäre auch die Ermittlung eines angemessenen Ausgleichs nicht möglich.

47. Wie muss ein solcher Betrauungsakt aussehen, um als angemessen betrachtet zu werden?

Eine Betrauung im Sinne des Artikels 106 Absatz 2 AEUV und im Sinne des Altmark-Urteils erfordert lediglich die Erteilung eines öffentlichen Auftrags im Wege eines oder mehrerer verbindlicher Verwaltungs- oder Rechtshandlungen, deren genaue Form von den Mitgliedstaaten entsprechend ihrer politischen Struktur bzw. Verwaltungsorganisation frei gewählt werden kann.

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

⁸⁷ Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind.

⁸⁸ Mitteilung der Kommission: Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2001) (ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 15).

⁸⁹ Im Hinblick auf den Landverkehr 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 (ABl. C 312 vom 9.12.2005, S. 1), die Mitteilung der Kommission 94/C 350/07 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des EG-Vertrags sowie des Artikels 61 des EWR-Abkommens auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr (ABl. C 350 vom 10.12.1994, S. 5) sowie die Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr (ABl. C 13 vom 17.1.2004) maßgebend. Der DAWI-Beschluss und der DAWI-Rahmen gelten auch für den Luft- und Seeverkehr.

Es gehört zu den Grundprinzipien des Verwaltungsrechts, dass eine staatliche, regionale oder lokale Behörde eine DAWI nicht ohne Rechtsgrundlage festlegen und finanzieren kann. Somit kann der Betrauungsakt im Großen und Ganzen der Rechtsgrundlage entsprechen, die die betreffende Behörde in jedem Einzelfall nach eigenem Ermessen wählt. Es ist nicht erforderlich, dass das entsprechende Dokument den Titel „Betrauungsakt“ trägt. Ebenso wenig wird verlangt, dass die Mitgliedstaaten einen besonderen Regelungsrahmen für die Annahme von Betrauungsakten schaffen.

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

Die Anforderungen an Betrauungsakte im Beihilferecht beschränken sich auf das Wesentliche. Den Behörden der Mitgliedstaaten steht es frei, weitere Einzelheiten, etwa Qualitätsanforderungen, in den Betrauungsakt aufzunehmen. Allerdings müssen im Betrauungsakt bestimmte Aspekte festgelegt sein, z. B. der Gegenstand und die Dauer der Verpflichtung, die Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen sowie die Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung einer etwaigen Überkompensation (vgl. Randnummer 52 der DAWI-Mitteilung). Für Beihilfen, die nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen gewährt werden sollen, ist in Artikel 4 des DAWI-Beschlusses und Randnummer 16 des DAWI-Rahmens explizit und mit weiteren Einzelheiten festgelegt, welche Aspekte in einem Betrauungsakt angegeben sein müssen (z. B. das Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet, die Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher Rechte, eine Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und ein Verweis auf den DAWI-Beschluss).

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 auf einem bestimmten Markt anbietet. Als Beispiel hierfür könnte die Genehmigung zur Eröffnung einer Kinderbetreuungs- oder Senioreneinrichtung genannt werden, die von der Einhaltung bestimmter Gesundheits-, Sicherheits- oder Qualitätsstandards durch den Betreiber abhängig ist.

Beispiele für Betrauungsakte:

- Konzessionsverträge⁹⁰ und öffentliche Dienstleistungsaufträge
- Vereinbarungen zwischen der staatlichen Verwaltung und Unternehmen über die Durchführung von Vorhaben in spezifischen Bereichen⁹¹
- ministerielle Anweisungen⁹²

⁹⁰ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 562/2005 – Italien – Verlängerung der Konzessionen für die Betreiber des Montblanc-Tunnels (SITMB) (ABl. C 90 vom 25.4.2007).

⁹¹ Z. B. „Contratti di Programma“, vgl. die Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache NN 51/2006 – Italien – Poste Italiane SpA: Gegenleistung des Staates für die Verpflichtungen des postalischen Universaldienstes 2000-2005 (ABl. C 291 vom 30.11.2006): http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_NN51_2006.

⁹² Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 166/05 – Vereinigtes Königreich – Staatliche Beihilfe zur Finanzierung des ländlichen Postnetzes von Post Office Limited (ABl. C 141 vom 16.6.2006): http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N166_2005.

- Gesetze⁹³ und Verordnungen⁹⁴
- jährliche oder mehrjährige Leistungsverträge⁹⁵
- Rechtsverordnungen⁹⁶ und jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verfügung oder Entscheidung.

48. Ist bei SDAI ein Betrauungsakt erforderlich?

Die Wettbewerbsregeln gelten für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die wirtschaftlicher Natur sind (zum Begriff der Wirtschaftstätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln, siehe Frage 25). 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. Da der Betrauungsakt zu den Voraussetzungen für die Vereinbarkeit der Ausgleichsleistung mit dem AEUV zählt, ist er für Unternehmen, die DAWI (einschließlich SDAI mit wirtschaftlichem Charakter) erbringen, verpflichtend.

49. Welche Behörden dürfen ein Unternehmen mit einer DAWI betrauen? Sind Kommunen dazu befugt?

Es hängt vom einzelstaatlichen Recht ab, welche Behörden ein Unternehmen mit einer DAWI betrauen dürfen. Das EU-Recht schreibt in dieser Hinsicht nichts vor. In der Regel darf jede Behörde, die dazu befugt ist, eine DAWI festzulegen und zu finanzieren, auch ein Unternehmen mit der Erbringung dieser DAWI betrauen.

50. Darf der Erbringer der DAWI, der oftmals über einschlägige Kenntnisse verfügt, den Inhalt des Betrauungsaktes bestimmen?

In einigen Mitgliedstaaten ist es durchaus üblich, dass Dienstleister Dienstleistungen entwickeln und vorschlagen, über die dann mit den Behörden beraten wird, die diese Dienstleistungen anschließend finanzieren. Der Begriff des Betrauungsaktes nach Artikel 106 Absatz 2 AEUV und dem EU-Beihilferecht im Allgemeinen enthält keinerlei Beschränkung im Hinblick auf die Beteiligung des Dienstleisters an der Abfassung des Betrauungsaktes. Allerdings liegt die endgültige Entscheidung, das Unternehmen mit der Dienstleistung zu betrauen, bei der Behörde. Diese Voraussetzung kann z. B. erfüllt werden, indem die Behörde den Vorschlag des Dienstleisters genehmigt (vgl. Randnummer 53 der DAWI-Mitteilung sowie Frage 59).

51. Ist der Begriff der Betrauung im Sinne des Artikels 106 Absatz 2 AEUV und des DAWI-Pakets gleichbedeutend mit dem Begriff des „vom Staat beauftragten Dienstleistungserbringers“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j)?

Nein. Der Begriff der Betrauung im Sinne des Artikels 106 Absatz 2 AEUV und des DAWI-Pakets und der Begriff des „vom Staat beauftragten Dienstleistungserbringers“

⁹³ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 12. Februar 2008, BUPA u. a./Kommission der Europäischen Gemeinschaften, T-289/03, Slg. 2008, II-741, Randnrn. 182 und 183; Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache NN 8/07 – Spanien – Maßnahmen zum Arbeitsplatzabbau bei RTVE (ABl. C 109 vom 15.5.2007): http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-8-2007-WLWL-7.3.2007.pdf.

⁹⁴ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 395/05 – Irland – Kreditbürgschaften für soziale Infrastrukturprogramme der Housing Finance Agency (ABl. C 77 vom 5.4.2007): http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N395_2005.

⁹⁵ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache C 24/2005 – Frankreich – Laboratoire national de métrologie et d’essais (ABl. L 95 vom 5.4.2007, S. 25).

⁹⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 30. März 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl/Giuseppe Calafiori, C-451/03, Slg. 2006, I-2941.

im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j der Dienstleistungsrichtlinie decken sich nur insofern, als sie eine Pflicht für den Dienstleister zur Erbringung der DAWI beinhalten. In beiden Fällen stellt die Pflicht zur Erbringung der Dienstleistung ein zentrales Merkmal dar.

Die beiden Begriffe haben jedoch unterschiedliche Funktionen. Während der erste Begriff eine der Voraussetzungen bezeichnet, die erfüllt sein müssen, damit Ausgleichsleistungen 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 angemeldet werden müssen (sofern sie in den Anwendungsbereich des DAWI-Beschlusses fallen), werden mit dem zweiten Begriff bestimmte Sozialdienstleistungen vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen.

Nach dem DAWI-Paket entspricht der Betrauungsakt der Rechtshandlung, mit der einem Unternehmen die Erbringung einer DAWI übertragen wird. Der Betrauungsakt begründet nicht nur, wie oben erwähnt, die Pflicht zur Erbringung der Dienstleistung, sondern in ihm müssen unter anderem auch die Art und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die mit der Erbringung dieser Dienstleistungen betrauten Unternehmen, die Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistungen sowie die zur Vermeidung einer Überkompensation getroffenen Vorkehrungen genannt werden (vgl. Fragen 46 und 47).

In Bezug auf die Dienstleistungsrichtlinie vertritt die Kommission die Auffassung, dass ein Dienstleister die Pflicht zur Erbringung der ihm vom Staat übertragenen Dienstleistung haben muss, bevor er als „vom Staat beauftragter Dienstleistungserbringer“ im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Buchstabe j der Richtlinie gelten kann. Ein Dienstleister, dem beispielsweise im Wege einer Ausschreibung 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.

Folglich ist ein Dienstleister, der mit einem öffentlichen Auftrag im Sinne des DAWI-Pakets betraut wurde, gleichzeitig auch ein „beauftragter“ Dienstleistungserbringer im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie. Nach dem Beihilferecht gehören zum Betrauungsakt selbstverständlich noch weitere Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, vor allem bedarf es Vorkehrungen, mit denen sichergestellt wird, dass die Beihilfen, die der Dienstleister erhalten hat, nicht höher sind als die Kosten, die ihm durch die Erbringung der Dienstleistung entstanden sind.

52. *Stellt der Beschluss einer regionalen Behörde, einer oder mehreren Berufsbildungseinrichtungen die Erbringung einer im allgemeinen Interesse stehenden sozialen Dienstleistung auf dem Gebiet der Berufsbildung zu übertragen, eine Betrauung im Sinne der Beihilfenvorschriften und der Dienstleistungsrichtlinie dar?*

Ein nach innerstaatlichem Recht erlassener rechtsverbindlicher Beschluss einer regionalen Behörde kann ein Betrauungsakt im Sinne des DAWI-Beschlusses sein, wenn darin folgende Aspekte festgelegt sind: a) Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, b) das oder die mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung beauftragte(n) Unternehmen und das betreffende Gebiet, c) die Art etwaiger ausschließlicher oder besonderer Rechte, die dem oder den Unternehmen gewährt wurden, d) die Parameter für die Berechnung, Überwachung und

Änderung der Ausgleichsleistungen sowie e) die Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung einer etwaigen Überkompensation (vgl. Frage 47).

Ein solcher Beschluss, der ein Betrauungsakt im Sinne der Beihilfavorschriften ist, stellt gleichzeitig auch einen Auftrag im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie dar, da er für das oder die Unternehmen, das/die die Dienstleistung erbringen soll(en), eine Verpflichtung begründet.

Erfüllt der Beschluss, der eine Verpflichtung zur Erbringung einer Dienstleistung begründet, hingegen nicht die obengenannten Voraussetzungen, stellt er zwar einen „Auftrag“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie, nicht aber einen Betrauungsakt im Sinne des DAWI-Pakets dar.

Zur Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie siehe Abschnitt 7.

53. 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 Ausgleichsleistung 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 Frage, ob ein Betrauungsakt im Sinne des DAWI-Pakets, der von einer federführenden staatlichen Stelle wie einer Regionalverwaltung erlassen wurde, auch für andere Gebietskörperschaften (z. B. eine Kommune oder eine andere Region) gilt, nach innerstaatlichem Recht zu beantworten.

Beispiele für Rechts- oder Verwaltungsakte, die im Falle einer Kofinanzierung einer DAWI/SDAI durch mehrere staatliche Träger einen Betrauungsakt im Sinne des DAWI- Pakets darstellen könnten:

- ein von einer Regionalverwaltung erstellter Rechts- oder Verwaltungsakt, der anschließend durch einen Gemeinderatsbeschluss genehmigt wurde; in diesem Fall kann auch der Gemeinderatsbeschluss als Betrauungsakt der betreffenden Gemeinde gelten;
- ein gemeinsam von einer Regionalverwaltung, einem Landkreis und einer Kommune oder zwei Kommunen und zwei Regionalverwaltungen 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 und die Zahl der beteiligten Behörden keinen Einfluss auf dessen Klassifizierung als „Betauungsakt“ im Sinne des DAWI-Pakets haben, solange die in Randnummer 52 der DAWI-Mitteilung genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

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

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

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

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

Wenn es nicht möglich ist, die betreffenden Dienstleistungen genauer zu beschreiben, kann eine weite Definition der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe ausreichend sein, solange der Umfang dieser Aufgabe genau definiert ist. Je genauer ein Betrauungsakt die gemeinwirtschaftliche Aufgabe beschreibt, desto geringer ist die Gefahr beihilferechtlicher Beschwerden (z. B. von Wettbewerbern) gegen die Ausgleichsleistungen.

Es steht den Behörden nicht nur frei, sondern ist auch in deren Interesse, möglichst klar auszuführen, wie die DAWI erbracht werden sollen (z. B. durch Festlegung von Qualitätsstandards).

56. 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 nennen?

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

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 im Rahmen des Betrauungsaktes eine korrekte Verteilung der Kosten zwischen DAWI und Nicht-DAWI-Tätigkeiten des Dienstleisters möglich sein.

Bestimmte Arten von DAWI, z. B. die Unterstützung älterer oder benachteiligter 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 Umfang der betreffenden Leistungen festzulegen.

Die Elemente, die aus beihilferechtlicher Sicht in den Betrauungsakt aufgenommen werden müssen, hindern die Behörden nicht daran, ihre DAWI nach eigenem Ermessen auszugestalten und zu organisieren. Mitgliedstaaten und öffentliche Einrichtungen haben einen großen Ermessensspielraum bei der Bestimmung der von ihnen geplanten Gemeinwohlaufgaben, wobei die spezifischen Dienstleistungen, die Teil dieser Aufgaben sind, nicht zwangsläufig in aller Ausführlichkeit zu erläutern sind⁹⁷.

Die Behörden können jedoch über die grundlegenden Anforderungen an einen Betrauungsakt hinausgehen und beispielsweise Kriterien aufstellen, die dazu dienen, die Leistung der mit DAWI betrauten Unternehmen zu verbessern.

⁹⁷ Es sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass der große Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Bestimmung ihrer Gemeinwohlaufgaben stets der Kontrolle durch die Kommission und den Gerichtshof im Hinblick auf etwaige offenkundige Fehler unterliegt (vgl. Fragen 6 und 7).

Beispiele:

- Möchte eine Behörde ein Altenzentrum oder einen Sozialdienst für ältere Menschen einrichten, würde es ausreichen, wenn der Erbringer der SDAI im Betrauungsakt mit der Aufgabe betraut wird, ein Zentrum zu schaffen, das die nötige Hilfe bereitstellt, wobei den 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 sind.
- 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.

57. Kann am Ende eines Betrauungszeitraums dasselbe Unternehmen erneut mit derselben DAWI betraut werden?

Ja. Derselbe Dienstleister kann erneut mit derselben DAWI betraut werden. Dies ist auch der Fall, wenn der DAWI-Beschluss oder der DAWI-Rahmen Anwendung finden, in denen eine Maximaldauer für die Betrauung festgelegt ist.

Erfolgt die Betrauung in Form eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession und gelten die EU-Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe, muss die Behörde im Prinzip eine neue Ausschreibung durchführen, an der selbstverständlich auch der bisherige Dienstleister teilnehmen darf.

58. Wie entwirft man einen Betrauungsakt für Dienstleistungen, die während ihrer Erbringung an neue Gegebenheiten, wie zum Beispiel eine Veränderung der Pflegeintensität oder der Nutzerprofile oder schwankende Nutzerzahlen, angepasst werden müssen?

Behörden und Dienstleister haben Erfahrung mit der Erbringung personalisierter Dienstleistungen und wissen, dass während der Erbringung von DAWI spezielle Bedürfnisse entstehen und sich die Bedingungen ändern können. Sie können daher eine verlässliche Schätzung des möglichen zusätzlichen Bedarfs vornehmen und diese Schätzung in den Betrauungsakt mit einbeziehen.

Zwei Möglichkeiten sind denkbar:

- Die Behörde kann in dem Betrauungsakt einen Berichtigungsmechanismus vorsehen, der eine regelmäßige Anpassung des Auftrags ermöglicht⁹⁸.
- Die Behörde kann den Betrauungsakt aktualisieren, wenn sich zeigt, dass eine bestimmte Dienstleistung nicht vorgesehen war, aber durch denselben Dienstleister erbracht werden könnte.

Ein Beispiel:

Eine Kommune möchte umfassende Dienstleistungen für ältere Menschen anbieten (häusliche Pflege, Essen auf Rädern, Reinigungsdienste usw.). Wie stellt man sicher,

⁹⁸ Siehe hierzu die Entscheidung der Kommission in den Beihilfesachen N 541/2004 und N 542/2004 – Niederlande – Risikoausgleichssystem und Bildung von Rücklagen (ABl. C 324 vom 21.12.2005):
http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N541_2004
http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N542_2004

dass die Kommune den Dienstleister für die Bereitstellung zusätzlicher Dienste, die anfangs nicht vorgesehen waren, entschädigen kann?

Wie oben erläutert, könnte die Kommune anhand ihrer bisherigen Erfahrungen auf diesem Gebiet eine Schätzung des zusätzlichen Bedarfs an Dienstleistungen vornehmen oder nachträgliche Berichtigungsmechanismen vorsehen. Zum Beispiel bei einer ursprünglichen Betrauung in Form eines öffentlichen Auftrags erfolgt die Schätzung des zusätzlichen Bedarfs an Dienstleistungen im Allgemeinen über eine Option für mögliche zusätzliche Dienstleistungen, die in der ursprünglichen Ausschreibung enthalten ist.

Die Kommune könnte den Betrauungsakt im Prinzip auch aktualisieren, wenn sich zeigt, dass eine bestimmte Dienstleistung nicht vorgesehen war, aber durch denselben Dienstleister erbracht werden könnte. Wenn die ursprüngliche Betrauung jedoch in Form eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession erfolgte und keine Option für mögliche zusätzliche Dienstleistungen vorsah, wäre der öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage, den öffentlichen Auftrag oder die Konzession während der Laufzeit zu ändern (siehe in diesem Zusammenhang Frage 205), sondern müsste im Prinzip eine neue Ausschreibung durchführen, die selbstverständlich auch dem Erbringer der ursprünglichen Dienstleistungen offensteht.

59. *Schränkt das Erfordernis eines Betrauungsaktes die Handlungsfreiheit und Eigeninitiative der Dienstleister ein?*

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

Der Begriff des Betrauungsaktes ist weit genug gefasst, so dass er sich auch auf den Beschluss einer Behörde übertragen lässt, mit dem solche Vorschläge gebilligt und finanziert werden. Wenn eine Behörde daher dem Vorschlag eines Dienstleisters zustimmt, so müssen nach dem DAWI-Beschluss die Definition der DAWI und die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlung sowie die zur Vermeidung einer Überkompensation getroffenen Vorkehrungen in den Inhalt eines solchen Beschlusses/einer solchen Vereinbarung bzw. in den Vertrag zwischen Behörde und Dienstleister aufgenommen werden.

60. *Schränkt das Erfordernis eines Betrauungsaktes die Prioritätensetzung der lokalen Zweigstellen eines auf nationaler Ebene rechtmäßig beauftragten DAWI- Erbringers ein?*

Solange ein Dienstleister auf nationaler Ebene im Wege eines Betrauungsaktes mit der Erbringung einer DAWI betraut wurde, der die unter Randnummer 52 der DAWI-Mitteilung genannten Voraussetzungen erfüllt, können die örtlichen Zweigstellen des Dienstleisters ihre Prioritäten selbst festlegen, solange dabei die im Betrauungsakt enthaltenen Vorgaben eingehalten werden.

3.2.3 *Beihilfefreie Ausgleichsleistungen nach dem Altmark-Urteil*

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

Im Altmark-Urteil stellt der Gerichtshof fest, dass der für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährte Ausgleich **keine staatliche Beihilfe**

im Sinne des Artikels 107 AEUV darstellt, wenn die folgenden vier Kriterien insgesamt 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 derer 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 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 erfolgte, das die Auswahl desjenigen Bieters ermöglicht hätte, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbracht hätte; 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 in diesem Fall zu tragen hätte.

Beispiele für Fälle, in denen die Kommission der Ansicht war, dass die Altmark-Kriterien erfüllt waren und die Ausgleichsleistung 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:
 - Die Bereitstellung neuer Reservestromerzeugungskapazitäten, die den Strombedarf das ganze Jahr hindurch und auch zu Spitzenzeiten sicherstellen sollen, wurde als DAWI eingestuft.
 - Den übrigen drei Kriterien des Altmark-Urteils wurde durch das offene, transparente und diskriminierungsfreie Vergabeverfahren Genüge getan⁹⁹.
- Die Förderung des Ausbaus der Breitbandinfrastruktur in Frankreich wurde ebenfalls nicht als Beihilfe gewertet:
 - Die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit einem Anschluss an das Breitband- bzw. Hochgeschwindigkeitsnetz wurde als DAWI angesehen.
 - Die Höhe des Ausgleichs wurde im Konzessionsvertrag anhand bestimmter Parameter im Voraus festgelegt.
 - 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 ferner dadurch gewährleistet, dass die öffentliche Hand von den künftigen Betreibern verlangte, ein Ad-hoc-Unternehmen zu gründen, um die Neutralität

⁹⁹ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 475/2003 – Irland – Gemeinwohlverpflichtung bei der Schaffung neuer Stromerzeugungskapazitäten zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit (ABl. C 34 vom 7.2.2004, S. 8).

des Erbringers der fraglichen Dienstleistungen sicherzustellen, und Erstattungsklauseln in den Vertrag aufzunehmen, für den Fall, dass die Gewinne eine bestimmte Schwelle überschreiten.

–Es fand eine gründliche und umfassende Prüfung der Projektanforderungen und der Angebote der Bieter statt. Außerdem ermöglichte das gewählte Verfahren die Auswahl des Bieters, der die Dienstleistung zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen konnte¹⁰⁰.

- Im Fall Dorsal vertrat die Kommission die Auffassung, dass das vierte Altmark-Kriterium erfüllt war, da es die genaue Gegenüberstellung der spezifischen Anforderungen des Projekts und der Angebote der Bieter sowie das eigentliche, auf Wettbewerb setzende Auswahlverfahren ermöglichten, die Ausgleichszahlung auf der Basis eines durchschnittlichen, gut geführten, angemessen ausgestatteten Unternehmens zu schätzen¹⁰¹.

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

–Der Vertrieb von Postsparbüchern wurde als DAWI angesehen.

–Die Vergütung ergab sich aus einer angemessenen Schätzung der Kosten, die einem durchschnittlichen, gut geführten, angemessen ausgestatteten Unternehmen in demselben Sektor entstünden, wobei die Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu berücksichtigen sind. Somit war das vierte Altmark-Kriterium erfüllt¹⁰².

62. Kann eine Behörde die Anwendung des Beihilferechts verhindern, indem sie eine Ausschreibung durchführt, ohne zu überprüfen, ob alle Kriterien des Altmark-Urteils erfüllt sind?

Nein. Der Gerichtshof hat in seinem Altmark-Urteil vier Voraussetzungen festgelegt, die alle erfüllt sein müssen, damit eine Ausgleichsleistung für die Erbringung einer DAWI keine staatliche Beihilfe darstellt. Der Vertrag und die Ausschreibungsunterlagen können jedoch alle nötigen Angaben enthalten, mit denen sichergestellt werden kann, dass die anderen drei Voraussetzungen erfüllt sind.

63. Warum sollten sich die Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI nach dem Kriterium der „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ richten? Würde dies nicht zu Dienstleistungen geringer Qualität führen?

Das Erfordernis eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge, das die Erbringung einer Dienstleistung zu den „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ ermöglicht, wurde vom Gerichtshof in seinem Altmark-Urteil festgelegt. In der DAWI-Mitteilung wird erläutert, dass der Begriff der „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ weiter gefasst

¹⁰⁰ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 381/2004 – Frankreich – Errichtung eines Hochleistungstelekommunikationsnetzes in den westlichen Pyrenäen (ABl. C 162 vom 2.7.2005, S. 5): http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N381_2004; Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 331/2008 – Frankreich – Hochleistungstelekommunikationsnetz im Departement Hauts-de-Seine (ABl. C 256 vom 23.9.2010, S. 1): http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2008/n331-08.pdf.

¹⁰¹ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 382/2004 – Frankreich – Aufbau einer Breitbandinfrastruktur in der Region Limousin (Dorsal) (ABl. C 230 vom 20.9.2005, S. 6): http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/164637/164637_509484_51_2.pdf.

¹⁰² Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache C 49/2006 – Italien – Poste Italiane – BancoPosta – Vergütungszahlungen für den Vertrieb von Postspar-Finanzprodukten (ABl. C 31 vom 13.2.2007).

ist als der des „niedrigsten Preises“ und eine öffentliche Ausschreibung nicht unbedingt dazu führen muss, dass der niedrigste Preis als Vergabekriterium angesetzt wird, damit die erste Alternative des vierten Altmark-Kriteriums erfüllt ist. Unter Randnummer 67 der DAWI-Mitteilung heißt es, dass auch das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ verwendet werden kann, sofern die Vergabekriterien eng mit dem Gegenstand der zu erbringenden Dienstleistung im Zusammenhang stehen und das wirtschaftlich günstigste Angebot dem Marktwert entspricht. Dieses Kriterium ermöglicht die Berücksichtigung einer Reihe von Elementen, z. B. qualitative Erwägungen (zusätzlich zu den in der Leistungsbeschreibung und den Vergabekriterien festgelegten) sowie soziale und ökologische Kriterien. Diese Kriterien müssen jedoch im Voraus festgelegt werden, so dass sie einen wirksamen Wettbewerb ermöglichen.

Zur Erinnerung: Ausgleichsleistungen, die das vierte Altmark-Kriterium nicht erfüllen und somit eine staatliche Beihilfe darstellen, können dennoch mit Artikel 106 Absatz 2 AEUV vereinbar und nach dem DAWI-Beschluss von der Anmeldepflicht befreit sein oder aber von der Kommission im Anschluss an ihre Anmeldung nach dem DAWI-Rahmen genehmigt werden.

64. Können Sie ein Beispiel dafür geben, unter welchen Umständen ein Rückforderungsmechanismus (vgl. Randnummer 67 der DAWI-Mitteilung) angemessen wäre?

Bei einem Rückforderungsmechanismus („Clawback“) handelt es sich um eine Bestimmung, die den Dienstleister dazu verpflichtet, die Ausgleichsleistungen unter bestimmten Umständen wieder zurückzuzahlen. Wenn die Einnahmen aus der Erbringung einer Dienstleistung schwer vorhersehbar sind, kann ein Rückforderungsmechanismus im Betrauungsakt ein geeignetes Instrument sein, um das Risiko einer Überkompensation (d. h. von Ausgleichsleistungen, die unter Berücksichtigung der jeweiligen Risiken über die Deckung der Nettokosten, einschließlich eines angemessenen Gewinns, hinausgehen) zu verringern.

In Fällen, in denen der Dienstleister ein großes Risiko auf sich nimmt (z. B. bestimmte Arten von Konzessionsverträgen), kann die Höhe der Einnahmen von negativ (Verluste) bis überdurchschnittlich hoch variieren. Dies bedeutet nicht automatisch, dass es sich im letzten Fall um eine Überkompensation handeln würde. Solange der Gewinn für das entsprechende Risikoniveau angemessen ist, liegt keine Überkompensation vor. Die Mitgliedstaaten könnten in solchen Fällen jedoch auch eine Rückforderungsklausel in den Ausgleichsmechanismus aufnehmen, um so die Gewinne, die maximal erwirtschaftet werden können, nach oben zu begrenzen.

65. Was ist ein „offenes Verfahren“ im Sinne der Randnummer 66 der DAWI-Mitteilung?

Bei dem unter Randnummer 66 der DAWI-Mitteilung genannten offenen Verfahren handelt es sich um öffentliche Ausschreibungen, in deren Rahmen alle interessierten Wirtschaftsbeteiligten ein Angebot abgeben können (vgl. Artikel 1 Absatz 11 Buchstabe a der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 1 Absatz 9 Buchstabe a der Richtlinie 2004/17/EG).

66. Was ist ein „nichtoffenes Verfahren“ im Sinne von Randnummer 66 der DAWI-Mitteilung?

Bei dem unter Randnummer 66 der DAWI-Mitteilung genannten nichtoffenen Verfahren handelt es sich um öffentliche Ausschreibungen, bei denen sich alle Wirtschaftsbeteiligten um die Teilnahme bewerben können, aber nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Wirtschaftsbeteiligten ein Angebot abgeben

dürfen (vgl. Artikel 1 Absatz 11 Buchstabe b der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 1 Absatz 9 Buchstabe b der Richtlinie 2004/17/EG).

In nichtoffenen Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die unter die Richtlinie 2004/18/EG fallen, können die öffentlichen Auftraggeber die Zahl der Bewerber, die sie zur Abgabe von Angeboten auffordern, begrenzen, sofern ausreichend geeignete Bewerber zur Verfügung stehen. Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Bekanntmachung die von ihnen vorgesehenen objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien oder Vorschriften, die vorgesehene Mindestzahl (die mindestens bei fünf Bewerbern liegen muss) und gegebenenfalls auch die Höchstzahl an einzuladenden Bewerbern an. In jedem Fall muss die Zahl der eingeladenen Bewerber ausreichend hoch sein, damit ein echter Wettbewerb gewährleistet ist. Die öffentlichen Auftraggeber laden eine Anzahl von Bewerbern ein, die zumindest der im Voraus bestimmten Mindestzahl an Bewerbern entspricht. Sofern die Zahl von Bewerbern, die die Eignungskriterien und Mindestanforderungen erfüllen, unter der Mindestzahl liegt, kann der öffentliche Auftraggeber das Verfahren fortführen, indem er den oder die Bewerber einlädt, die über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen. Der öffentliche Auftraggeber kann andere Wirtschaftsteilnehmer, die sich nicht um die Teilnahme beworben haben, oder Bewerber, die nicht über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen, nicht zu demselben Verfahren zulassen (vgl. Artikel 44 Absatz 3 der Richtlinie 2004/18/EG).

Ähnliche Bestimmungen gelten für nichtoffene Verfahren für die Vergabe von Verträgen im Bereich der Daseinsvorsorge, die unter die Richtlinie 2004/17/EG fallen (vgl. Artikel 54 der Richtlinie 2004/17/EG).

67. Warum erfüllt das Verhandlungsverfahren das vierte Altmark-Kriterium nur in Ausnahmefällen?

Beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Veröffentlichung einer Bekanntmachung (vgl. Artikel 30 der Richtlinie 2004/18/EG) wird mit den potenziellen Erbringern der DAWI verhandelt. Auf diese Weise wird der Bewilligungsbehörde ein zu großer Ermessensspielraum gewährt, und die Teilnahme interessierter Dienstleister kann unter Umständen eingeschränkt werden. Aus diesem Grund kann dieses Verfahren nur in Ausnahmefällen als ausreichend betrachtet werden, die erste Alternative des vierten Altmark-Kriteriums zu erfüllen¹⁰³.

Beim Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung (vgl. Artikel 31 der Richtlinie 2004/18/EG) wird keine vorherige Bekanntmachung veröffentlicht. Aus diesem Grund erfüllt dieses Verfahren nicht die Anforderungen im Hinblick auf Bekanntgabe und Transparenz und reicht nicht aus, um alle potenziell interessierten Dienstleister anzusprechen. Das Verfahren kann daher nicht sicherstellen, dass der Bieter ausgewählt wird, der die Dienstleistung zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann (vgl. Randnummer 66 der DAWI-Mitteilung).

Ausgleichsleistungen, die das vierte Altmark-Kriterium nicht erfüllen und somit eine staatliche Beihilfe darstellen, können dennoch mit Artikel 106 Absatz 2 AEUV vereinbar und nach dem DAWI-Beschluss von der Anmeldepflicht befreit sein oder aber von der Kommission im Anschluss an ihre Anmeldung nach dem DAWI-Rahmen genehmigt werden.

¹⁰³ Entscheidung der Kommission N 381/04 – Frankreich – Errichtung eines Hochleistungstelekommunikationsnetzes in den westlichen Pyrenäen; Entscheidung der Kommission in der Beihilfeschache N 382/04 – Frankreich – Aufbau einer Breitbandinfrastruktur in der Region Limousin (Dorsal).

- 68. Wird in Fällen, in denen nur ein einziges Angebot abgegeben wird, grundsätzlich davon ausgegangen, dass das Angebot nicht ausreicht, um sicherzustellen, dass die Dienstleistung zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbracht wird? Oder sind auch Fälle denkbar, in denen das Angebot dennoch ausreicht?**

In der DAWI-Mitteilung (vgl. Randnummer 68) ist der allgemeine Grundsatz niedergelegt, dass ein Verfahren, bei dem nur ein einziges Angebot abgegeben wird, im Prinzip nicht sicherstellen kann, dass die erste Alternative des vierten Altmark-Kriteriums erfüllt ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es keine Fälle geben kann, in denen aufgrund besonders strenger Vorkehrungen bei der Ausgestaltung des Verfahrens auch ein Verfahren, in dessen Rahmen nur ein einziges Angebot eingereicht wird, ausreichend sein kann, um die Erbringung der Dienstleistung zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit zu gewährleisten. In diesen Fällen wird den Mitgliedstaaten jedoch geraten, die Maßnahme bei der Kommission anzumelden, es sei denn, sie ist nach dem DAWI-Beschluss von der Anmeldepflicht befreit.

- 69. Wie muss man sich das Zusammenspiel zwischen den einzelstaatlichen Vergabevorschriften und dem EU-Beihilferecht vorstellen? Kann das EU-Beihilferecht die Mitgliedstaaten dazu verpflichten, grundsätzlich die Vergabevorschriften anzuwenden, wenn ein Dienstleister mit einer DAWI betraut wird?**

Außerhalb des Geltungsbereichs des EU-Vergaberechts liegt es im Ermessen der Mitgliedstaaten zu bestimmen, unter welchen Bedingungen die einzelstaatlichen Vergabevorschriften Anwendung finden sollen. Die Mitgliedstaaten können den Anwendungsbereich ihres nationalen Vergaberechts so festlegen, dass diese Bestimmungen in der Praxis auch immer gelten, wenn ein Dienstleister mit einer DAWI betraut wird. Wenn ein Mitgliedstaat das EU-Beihilferecht mit dem Vergaberecht verknüpft, ist dies jedoch auf eine eigenständige Entscheidung des betreffenden Mitgliedstaats und nicht auf die Anwendung des EU-Rechts zurückzuführen.

- 70. Was würde geschehen, wenn der Anwendungsbereich der öffentlichen Vergabeverfahren, die einen Verhandlungsaspekt beinhalten, im Rahmen der aktuellen Reform der EU-Vergabevorschriften geändert würde?**

In der DAWI-Mitteilung wird explizit darauf hingewiesen, dass sich die Empfehlungen auf die Vergabeverfahren und -kriterien beziehen, wie sie in den derzeit geltenden EU-Vergaberichtlinien definiert sind. Solange das Rechtsetzungsverfahren für die künftigen Vergabevorschriften noch nicht abgeschlossen ist und die zu verabschiedenden Texte noch nicht bekannt sind, kann die DAWI-Mitteilung keine Hinweise darauf geben, ob ein Verfahren, das sich in seinem Umfang von den in den geltenden Richtlinien vorgesehenen Verfahren unterscheidet, sicherstellen kann, dass die entsprechende Dienstleistung „zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ erbracht wird.

- 71. Was genau bedeutet „allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung“? Reicht ein Gutachten eines einzigen Sachverständigen als Nachweis aus?**

In der DAWI-Mitteilung heißt es, dass eine allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung den besten Anhaltspunkt für die Höhe der Ausgleichsleistung für ein effizientes Unternehmen darstellt (zweite Alternative des vierten Altmark-Kriteriums). Eine allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung setzt voraus, dass die Dienstleistungen in jeder Hinsicht vergleichbar sind; es handelt sich somit um ein recht striktes Konzept. Die DAWI-Mitteilung enthält keine Einzelheiten darüber, wie das Vorliegen einer allgemein akzeptierten marktüblichen Vergütung nachgewiesen werden kann, da dies von den Besonderheiten des Einzelfalls abhängt, z. B. von den in dem

Gutachten des Sachverständigen verwendeten Nachweisen und der Methodik, der Qualität und dem repräsentativen Charakter des Gutachtens sowie dessen Aktualität. Es lässt sich somit nicht verallgemeinernd sagen, dass ein einziges Gutachten ausreicht, um eine allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung nachzuweisen.

72. Kann sich ein Mitgliedstaat im Zusammenhang mit der Anwendung des Kriteriums der Kosten eines durchschnittlichen gut geführten 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 dies begründen lässt. Wenn dieser Wert aus einer zuverlässigen Quelle stammt, auf soliden Zahlen beruht und den marktüblichen Kosten entspricht, kann er als entsprechender Wert für die „Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten, angemessen ausgestatteten Unternehmens“ im Sinne des vierten Altmark-Kriteriums herangezogen werden.

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

- Die für die Vermarktung 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 drei Kriterien des Altmark-Urteils erfüllt waren¹⁰⁴.
Umgekehrt befand sie, dass
- der Rückgriff der tschechischen Behörden auf statistisch ermittelte Kosten für die Berechnung des Ausgleichs nicht automatisch den Schluss zulässt, dass diese repräsentativ für ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen sind¹⁰⁵.

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

Wenn alle Altmark-Kriterien erfüllt sind, stellt die Ausgleichsleistung für die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung keine staatliche Beihilfe dar.

Wenn nur ein Altmark-Kriterium nicht erfüllt ist, die sonstigen Tatbestandsmerkmale einer staatlichen Beihilfe aber vorliegen¹⁰⁶, ist die Ausgleichsleistung als staatliche Beihilfe anzusehen. Die Beihilfe kann allerdings dennoch mit Artikel 106 AEUV vereinbar und nach dem DAWI-Beschluss von der Anmeldepflicht befreit sein oder aber von der Kommission im Anschluss an ihre Anmeldung nach dem DAWI-Rahmen genehmigt werden.

3.3 Beihilfefreie Ausgleichleistungen nach den De-minimis-Verordnungen

74. Was ist der Unterschied zwischen der De-minimis-Verordnung für DAWI und der allgemeinen De-minimis-Verordnung?

¹⁰⁴ Vgl. Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache C 49/06 (siehe oben), Erwägungsgründe 85-93.

¹⁰⁵ Entscheidung der Kommission 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, Erwägungsgründe 82-83).

¹⁰⁶ 1) Übertragung staatlicher Mitteln und staatliche Zurechenbarkeit, 2) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und Verfälschung des Wettbewerbs sowie 3) Selektivität der Maßnahme.

Nach der allgemeinen De-minimis-Verordnung (Verordnung 1998/2006) fallen Unterstützungsmaßnahmen, die innerhalb eines Zeitraums von drei Steuerjahren einen Gesamtbetrag von 200 000 EUR je Unternehmen nicht übersteigen, nicht unter den Begriff der Beihilfe (Artikel 107 Artikel 1 AEUV), da davon ausgegangen wird, dass sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen und/oder den Wettbewerb nicht verfälschen oder zu verfälschen drohen. Diese Verordnung gilt unabhängig von dem Zweck, für den die Unterstützung gewährt wird, sofern die in der Verordnung genannten Voraussetzungen erfüllt werden.

Die De-minimis-Verordnung für DAWI sieht für Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI einen höheren Plafond vor (500 000 EUR je Unternehmen über drei Steuerjahre).

Die De-minimis-Verordnung für DAWI basiert auf dem Grundsatz, dass für Maßnahmen im Zusammenhang mit der Erbringung von DAWI ein höherer Plafond gerechtfertigt ist, da zumindest ein Teil des Betrags als Ausgleich für die mit der Erbringung der DAWI verbundenen zusätzlichen Kosten gewährt wird. Der potenzielle Vorteil für einen Erbringer von DAWI ist somit geringer als der tatsächlich gewährte Beihilfebetrags, während der dem Unternehmen durch denselben Betrag entstehende Vorteil im Rahmen der allgemeinen De-minimis-Verordnung höher ausfallen würde. Aus diesem Grund ist der Höchstbetrag, bis zu dem es zu keiner Beeinträchtigung des Wettbewerbs und des Handels zwischen Mitgliedstaaten kommt, bei Ausgleichsleistungen für DAWI höher angesetzt.

75. *Wie kann sichergestellt werden, dass der Höchstbetrag von 500 000 EUR nicht überschritten wird? Wird die Einhaltung dieser Bestimmung überprüft?*

Die De-minimis-Verordnung für DAWI enthält (ebenso wie die allgemeine De-minimis-Verordnung) zwei verschiedene Methoden, mit denen sichergestellt werden kann, dass die einem Unternehmen insgesamt gewährte Ausgleichsleistung diesen Höchstbetrag nicht überschreitet. Entweder richtet der betreffende Mitgliedstaat ein Zentralregister über alle von Behörden in diesem Mitgliedstaat gewährten De-minimis-Beihilfen ein (vgl. Artikel 3 Absatz 2 der De-minimis-Verordnung für DAWI) oder das betreffende Unternehmen übermittelt der Bewilligungsbehörde eine Erklärung über sämtliche De-minimis-Beihilfen, die ihm gewährt wurden, damit der Mitgliedstaat nachprüfen kann, dass der Höchstbetrag nicht überschritten wurde (vgl. Artikel 3 Absatz 1).

Die Mitgliedstaaten müssen alle Informationen über gewährte De-minimis-Beihilfen zusammenstellen, um nachweisen zu können, dass die Bestimmungen der Verordnung eingehalten wurden. Die Kommission kann den Mitgliedstaat darum ersuchen, alle Informationen zu übermitteln, die die Kommission benötigt, um prüfen zu können, ob alle Voraussetzungen der De-minimis-Verordnung für DAWI erfüllt sind (Artikel 3 Absatz 3).

76. *Ist nach der De-minimis-Verordnung für DAWI auch ein Betrauungsakt im Sinne des DAWI-Beschlusses bzw. des DAWI-Rahmens nötig?*

Die De-minimis-Verordnung für DAWI gilt ausschließlich für Beihilfen, die für die Erbringung von DAWI gewährt werden. Aus diesem Grund muss das begünstigte Unternehmen mit einer speziellen DAWI betraut sein. Der Betrauungsakt muss nicht unbedingt alle Details enthalten, die nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen erforderlich sind. Aus Gründen der Rechtssicherheit muss das begünstigte Unternehmen allerdings schriftlich mit der Erbringung der DAWI, für die die Beihilfe bestimmt ist, betraut werden (vgl. Erwägungsgrund 6 der De-minimis-Verordnung für DAWI).

77. *Worin besteht der Vorteil der De-minimis-Verordnung für DAWI im Vergleich zum DAWI-Beschluss?*

Die De-minimis-Verordnung für DAWI enthält in zweierlei Hinsicht Vereinfachungen. Erstens sind die Anforderungen an die Betrauung und den Betrauungsakt weniger strikt (vgl. Frage 76). Zweitens erfordert die De-minimis-Verordnung für DAWI keine Überprüfung der durch die Erbringung der Dienstleistung entstehenden Kosten, und dementsprechend ist keine Überkompensationsprüfung nötig.

78. *Welche Kumulierungsregeln gelten für Beihilfen, die nach beiden De-minimis-Verordnungen gewährt wurden? Kann ein Unternehmen, dem in den vergangenen Jahren eine allgemeine De-minimis-Beihilfe gewährt wurde, zusätzlich noch eine De-minimis-Beihilfe für DAWI erhalten?*

Nach der De-minimis-Verordnung für DAWI dürfen De-minimis-Beihilfen für DAWI bis zu einem Höchstbetrag von insgesamt 500 000 EUR mit De-minimis-Beihilfen nach anderen De-minimis-Verordnungen kumuliert werden (vgl. Artikel 2 Absatz 7 der De-minimis-Verordnung für DAWI). Ein Unternehmen, dem in den vergangenen drei Steuerjahren bereits 150 000 EUR gewährt wurden, kann also noch einen Betrag von bis zu 350 000 EUR nach der De-minimis-Verordnung für DAWI erhalten.

500 000 EUR pro Unternehmen ist der absolute Höchstbetrag für alle Arten von De-minimis-Beihilfen insgesamt. Er gilt unabhängig davon, ob sich der nach der allgemeinen De-minimis-Verordnung gewährte Betrag auf eine DAWI oder aber auf eine Nicht-DAWI-Tätigkeit bezieht.

79. *Welche Kumulierungsregeln gelten für Ausgleichsleistungen, die nach der De-minimis-Verordnung für DAWI gewährt werden, und solche, die im Einklang mit den Altmark-Kriterien gewährt werden?*

Nach der De-minimis-Verordnung für DAWI (vgl. Artikel 2 Absatz 8) dürfen im Einklang mit den Altmark-Kriterien gewährte Ausgleichsleistungen für eine bestimmte DAWI nicht mit anderen, nach der De-minimis-Verordnung für DAWI gewährten Beihilfen kumuliert werden. Um nicht als staatliche Beihilfe angesehen zu werden, muss der volle Betrag der für eine DAWI gewährten Ausgleichsleistung entweder die im Altmark-Urteil genannten Voraussetzungen erfüllen oder aber den in der De-minimis-Verordnung für DAWI festgelegten Höchstbetrag nicht überschreiten.

Wird ein Dienstleister hingegen mit mehreren DAWI betraut, kann er für eine der DAWI eine Ausgleichsleistung nach der De-minimis-Verordnung für DAWI erhalten, während ihm für die anderen DAWI, wenn alle vier Altmark-Kriterien erfüllt sind, weitere Ausgleichsleistungen gewährt werden können.

80. *Kann ein Unternehmen für eine DAWI eine Ausgleichsleistung nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen und für eine andere DAWI De-minimis-Beihilfen nach der De-minimis-Verordnung für DAWI erhalten?*

Ja. Die De-minimis-Verordnung für DAWI legt einen Höchstbetrag von 500 000 EUR je Unternehmen für alle Maßnahmen fest, die nach dieser Verordnung gewährt wurden, unabhängig davon, ob sie für dieselbe oder für unterschiedliche DAWI gewährt wurden. In der Verordnung ist ferner festgelegt, dass es für einen Dienstleister nicht möglich ist, für ein und dieselbe DAWI sowohl Ausgleichsleistungen nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen als auch Ausgleichsleistungen nach der De-minimis-Verordnung für DAWI zu erhalten (vgl. Artikel 2 Absatz 8 der De-minimis-Verordnung für DAWI), da dies zu einer Überkompensation führen würde. Hingegen ist es möglich, für eine DAWI eine Ausgleichsleistung nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen und für eine andere DAWI eine De-minimis-Beihilfe zu erhalten.

- 81. Kann ein Dienstleister, der für einen bestimmten Zeitraum eine Ausgleichsleistung nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen erhalten hat, für einen neuen Zeitraum eine Beihilfe nach der De-minimis-Verordnung für DAWI erhalten, wenn es sich um dieselbe Dienstleistung handelt?**

Ja. Wenn es um verschiedene Zeiträume geht, sind die für den Erbringer der DAWI angefallenen Kosten noch nicht nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen erstattet worden, und somit kann die De-minimis-Verordnung für DAWI angewandt werden. Allerdings ist es nicht möglich, dass ein Dienstleister für ein und dieselbe Dienstleistung und denselben Zeitraum sowohl Ausgleichsleistungen nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen als auch Ausgleichsleistungen nach der De-minimis-Verordnung für DAWI erhält (vgl. Artikel 2 Absatz 8 der De-minimis-Verordnung für DAWI). Diese Bestimmung stützt sich auf die Tatsache, dass die De-minimis-Verordnung für DAWI einen höheren Plafond als die allgemeine De-minimis-Verordnung vorsieht, da für den Dienstleister Kosten anfallen, die mit Hilfe der De-minimis-Beihilfe zumindest zum Teil ausgeglichen werden. Dies wäre jedoch nicht mehr der Fall, wenn der Dienstleister für dieselben Kosten eine Ausgleichsleistung nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen erhalten würde (vgl. Erwägungsgründe 3 und 15 der De-minimis-Verordnung für DAWI). Sollte umgekehrt bereits ein Ausgleich nach dem DAWI-Beschluss oder dem DAWI-Rahmen gewährt worden sein, ist keine zusätzliche Ausgleichsleistung nach der De-minimis-Verordnung mehr nötig.

- 82. Ein Dienstleister möchte einen Beratungsdienst für junge Arbeitslose einrichten und braucht dafür einen Zuschuss von 150 000 EUR. Sind die Beihilfavorschriften auf derartige Beihilfen von Behörden anwendbar?**

Eine solche Finanzierung kann von der Anwendung der im DAWI-Beschluss genannten Kriterien ausgenommen sein, wenn die gewährte staatliche Beihilfe in einem Zeitraum von drei Jahren die in der allgemeinen De-minimis-Verordnung und der De-minimis-Verordnung für DAWI festgelegten Höchstbeträge von 200 000 EUR bzw. 500 000 EUR nicht überschreitet. Überschreitet der Beihilfebetrug, wie in diesem Beispiel, keine der beiden Höchstgrenzen, sind beide Verordnungen anwendbar (vgl. Erwägungsgrund 14 der De-minimis-Verordnung für DAWI). Soweit die Voraussetzungen einer der beiden De-minimis-Verordnungen erfüllt sind, gelten derartige Maßnahmen nicht als staatliche Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV und bedürfen somit auch keiner Anmeldung bei der Kommission.

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

In allen anderen Fällen muss die Maßnahme, um mit dem Binnenmarkt vereinbar zu sein, die Voraussetzungen des DAWI-Beschlusses erfüllen.

- 83. 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 vergeben will. Bei der Finanzierung solcher Pilotprojekte können sich Behörden auf die durch die allgemeine De-minimis-Verordnung gebotenen Möglichkeiten berufen, wonach Artikel 107 Absatz 1 nicht auf Beihilfen anwendbar ist, die über einen Zeitraum von drei Jahren 200 000 EUR nicht überschreiten. Sie können sich jedoch nicht auf die De-minimis-Verordnung für DAWI stützen, da die Beihilfe dem Dienstleister nicht für eine spezielle DAWI gewährt wird, denn die Aufträge müssen erst noch im Rahmen des Pilotprojekts definiert werden.

- 84. *Bezieht sich die Obergrenze von 200 000 EUR bzw. 500 000 EUR im Falle einer DAWI-Finanzierung auf der Grundlage der allgemeinen De-minimis-Verordnung bzw. der De-minimis-Verordnung für DAWI auf die Dienstleistung oder das mit dieser Dienstleistung betraute Unternehmen, und sind andere Tätigkeiten zu berücksichtigen, für die das Unternehmen staatliche Mittel erhält?***

Beide Obergrenzen gelten für das Unternehmen insgesamt und nicht für jede einzelne staatlich geförderte Tätigkeit dieses Unternehmens. Nach Artikel 2 Absatz 2¹⁰⁷ der allgemeinen De-minimis-Verordnung darf die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten De-minimis-Beihilfen in einem Zeitraum von drei Steuerjahren den Betrag von 200 000 EUR nicht übersteigen. Nach der De-minimis-Verordnung für DAWI darf die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten De-minimis-Beihilfen nicht über 500 000 EUR liegen. Entscheidend ist, dass ein und dasselbe Unternehmen binnen drei Steuerjahren nicht mehr als 200 000 EUR bzw. 500 000 EUR an Beihilfen erhält.

- 85. *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?***

Nein. Damit die allgemeine De-minimis-Verordnung und die De-minimis-Verordnung für DAWI zur Anwendung kommen können, darf der Gesamtbetrag aller staatlichen Mittel, die einem Unternehmen gewährt werden, ungeachtet der Zielsetzung, nicht die Obergrenze von 200 000 EUR bzw. 500 000 EUR überschreiten. Wenn ein Unternehmen mit mehreren DAWI betraut ist, darf der Gesamtbetrag der Beihilfe nach der De-minimis-Regel über drei Jahre hinweg nicht über 200 000 EUR (allgemeine De-minimis-Verordnung) bzw. 500 000 EUR (De-minimis-Verordnung für DAWI) liegen. Die Tatsache der getrennten Buchführung ist für die Anwendung der De-minimis-Regel nicht von Belang.

- 86. *Ist, wenn eine mit einer DAWI betraute Einrichtung auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten verfolgt, der für die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen gewährte Ausgleich abzuziehen, damit die De-minimis-Verordnungen zur Anwendung kommen können?***

Nein. Die Finanzierung nichtwirtschaftlicher Dienstleistungen von allgemeinem Interesse fällt nicht unter das Beihilferecht, das lediglich für wirtschaftliche Tätigkeiten gilt. Die Finanzierung nichtwirtschaftlicher Gemeinwohlaufgaben gilt dementsprechend nicht als eine Finanzierung im Sinne der De-minimis-Verordnungen und ist daher bei der Berechnung der Obergrenze im Sinne dieser Verordnungen nicht zu berücksichtigen.

- 87. *Die Mittel für die mit einer SDAI zusammenhängenden Investitionen können auf einen Zeitraum zwischen einem und mehreren Jahren aufgeteilt werden. Sind in einem solchen Fall die De-minimis-Verordnungen anwendbar?***

Die Investitionen in eine SDAI können nach den De-minimis-Verordnungen aus staatlichen Mitteln finanziert werden, sofern die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten De-minimis-Beihilfen in einem Zeitraum von drei Jahren 200 000 EUR (allgemeine De-minimis-Verordnung) bzw. 500 000 EUR (De-minimis-Verordnung für DAWI) nicht übersteigt. Dies gilt unabhängig davon, welche drei aufeinanderfolgenden Steuerjahre zugrunde gelegt werden.

Sollten die staatlichen Mittel binnen drei Steuerjahren 200 000 EUR bzw. 500 000 EUR überschreiten, kann die Beihilfe unter den DAWI-Beschluss oder den DAWI-Rahmen

¹⁰⁷ 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. L 379 vom 28.12.2006, S. 5).

fallen, falls die dortigen Vereinbarkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Abschnitte 3.4.2 und 3.5.2).

88. Gelten die De-minimis-Verordnung für DAWI und die allgemeine De-minimis-Verordnung auch für Erbringer von DAWI, die sich in Schwierigkeiten befinden?

Nein. Weder die allgemeine De-minimis-Verordnung (Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe h) noch die De-minimis-Verordnung für DAWI (Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe h) gelten für Unternehmen in Schwierigkeiten im Sinne der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten¹⁰⁸.

3.4 Ausgleich nach dem DAWI-Beschluss

3.4.1 Geltungsbereich

89. Wann gilt der Beschluss?

Der Beschluss gilt für:

- Ausgleichsleistungen von nicht mehr als 15 Mio. EUR pro Jahr für die Erbringung von DAWI mit Ausnahme der Bereiche Verkehr und Verkehrsinfrastruktur,
- Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI durch Krankenhäuser, die medizinische Versorgung leisten, gegebenenfalls einschließlich Notdiensten, ungeachtet der jeweiligen Höhe der Leistungen,
- Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf Gesundheitsdienste und Langzeitpflege, Kinderbetreuung, den Zugang zum und die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, den sozialen Wohnungsbau sowie die Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen, ungeachtet der jeweiligen Höhe der Ausgleichsleistungen,
- im Verkehrsbereich nur für Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI im Flug- oder Schiffsverkehr zu Inseln in Übereinstimmung mit den sektorspezifischen Vorschriften, wobei das jährliche Verkehrsaufkommen 300 000 Passagiere nicht übersteigen darf; ferner gilt der Beschluss für Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI für Flug- und Seeverkehrshäfen, deren durchschnittliches jährliches Verkehrsaufkommen während der beiden Finanzjahre, die dem Jahr vorausgehen, in dem die Betrauung mit der DAWI erfolgte, im Fall von Flughäfen höchstens 200 000 Passagiere und im Fall von Seehäfen höchstens 300 000 Passagiere betrug.

3.4.1.1 Der Höchstbetrag von 15 Millionen

90. Handelt es sich bei dem Höchstbetrag von 15 Mio. EUR um einen Netto- oder einen Bruttowert?

Bei dem in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a des Beschlusses festgesetzten Höchstbetrag für Ausgleichsleistungen handelt es sich um einen Bruttowert (d. h. vor Abzug von Steuern).

91. Gilt der Höchstbetrag je übertragene DAWI oder je Unternehmen? Was ist, wenn mehrere Unternehmen gemeinsam eine DAWI erbringen?

Der Höchstbetrag von 15 Mio. EUR gilt für jede einzelne DAWI, mit der ein bestimmtes Unternehmen betraut wurde.

¹⁰⁸ ABl. C 244 vom 1.10.2004, S. 2.

Wurde ein Unternehmen mit drei unterschiedlichen DAWI betraut, gilt der Höchstbetrag für jede dieser DAWI (d. h., das Unternehmen kann nach dem Beschluss insgesamt Ausgleichsleistungen von bis zu 45 Mio. EUR erhalten, sofern der Ausgleich je DAWI 15 Mio. EUR nicht übersteigt). Werden fünf Unternehmen gemeinsam mit der Erbringung einer DAWI betraut, gilt der Höchstbetrag für diese DAWI nur einmal und nicht je beteiligtes Unternehmen (d. h., der Beschluss wäre nicht anwendbar, wenn die an alle fünf Unternehmen für die DAWI insgesamt gezahlte Ausgleichsleistung 15 Mio. EUR übersteigt, auch wenn der Ausgleich je Unternehmen 15 Mio. EUR nicht erreicht).

3.4.1.2 Krankenhäuser und Sozialdienstleistungen

92. Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b zu Krankenhäusern enthält eine Bestimmung zu Nebendienstleistungen, Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c über Sozialdienstleistungen jedoch nicht. Heißt das, dass die Bestimmungen für Sozialdienstleistungen ungünstiger sind?

Nein. Der Verweis auf Nebendienstleistungen in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b des Beschlusses soll bedeuten, dass der Beschluss unabhängig von der Höhe des Ausgleichs auf Krankenhäuser anwendbar ist, auch wenn sie andere Nebendienstleistungen erbringen (z. B. Forschungsarbeit oder Kantine). Ausgleichsleistungen können jedoch ausschließlich für DAWI gezahlt werden.

Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c über Sozialdienstleistungen enthält keine Beschränkung auf Unternehmen, die ausschließlich Sozialdienstleistungen erbringen und höchstens als Nebentätigkeit eine gewerbliche Tätigkeit ausüben. Unternehmen, die Sozialdienstleistungen erbringen, dürfen andere Tätigkeiten ausüben, die über eine Nebentätigkeit hinausgehen, können jedoch ausschließlich für ihre Tätigkeit im Rahmen von DAWI einen Ausgleich erhalten. Somit sind die Bestimmungen in dem Beschluss für Sozialdienstleistungen sogar weniger streng als für Krankenhäuser.

93. Wer kann festlegen, was der Begriff „Sozialdienstleistungen“ umfasst?

Die Aufzählung der Sozialdienstleistungen in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c ist erschöpfend. Da der Beschluss in allen Mitgliedstaaten unmittelbar gilt, ist eine Umsetzung in einzelstaatliches Recht nicht erforderlich. Die Mitgliedstaaten sind nicht befugt, Rechtsvorschriften anzunehmen, die den Beschluss ändern oder erklären könnten. Solange der von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c vorgegebene Rahmen eingehalten wird, dürfen die Mitgliedstaaten jedoch selbstverständlich im Betrauungsakt genauer ausführen, welche Sozialdienstleistungen erbracht werden sollen, also z. B. die Art der Kinderbetreuung, die Voraussetzungen und die Zielgruppe. Die Definition von Sozialdienstleistungen ist sehr weit und deckt die wichtigsten Bereiche ab, in denen solche Leistungen erbracht werden. Durch die Nennung von DAWI, die der „Betreuung und soziale[n] Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen“ dienen, ist die nötige Flexibilität gegeben, um je nach Bedarf in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Arten von Dienstleistungen für die bedürftigsten Bevölkerungsgruppen abdecken zu können.

Der Gerichtshof und die einzelstaatlichen Gerichte können angerufen werden, um darüber zu befinden, ob eine Beihilfe rechtswidrig ist oder unter die Befreiung nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c des Beschlusses fällt. Inhaltlich ändern jedoch dürfen sie den Beschluss nicht.

94. Weshalb ist die Aufzählung der von der Anmeldepflicht befreiten Sozialdienstleistungen in dem Beschluss erschöpfend? Was geschieht, wenn ein

Mitgliedstaat einen Dienstleister mit einer Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse betrauen möchte, die von der Aufzählung nicht abgedeckt wird?

Da der Beschluss in den Mitgliedstaaten unmittelbar gilt, muss er im Interesse der Rechtssicherheit klare, präzise Definitionen enthalten. Die befreiten Beihilfemaßnahmen sind daher umfassend zu bestimmen. Die Definition von Sozialdienstleistungen ist jedoch sehr weit und deckt die wichtigsten Bereiche ab, in denen solche Leistungen erbracht werden. Durch die Aufnahme von DAWI, die der „Betreuung und soziale[n] Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen“ dienen, ist darüber hinaus die nötige Flexibilität gegeben, um je nach Bedarf in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Arten von Dienstleistungen für die bedürftigsten Bevölkerungsgruppen abzudecken. Sollte eine bestimmte Sozialdienstleistung von der Definition von Sozialdienstleistungen nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c nicht abgedeckt sein, kann die Ausgleichsleistung dennoch von der Pflicht zur Anmeldung nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a des Beschlusses befreit sein, sofern die Ausgleichsleistung jährlich 15 Mio. EUR nicht übersteigt.

95. *In welchem Verhältnis steht die Aufzählung von Sozialdienstleistungen im Beschluss zur Aufzählung von Dienstleistungen in Anhang II B der Vergaberichtlinie über das öffentliche Auftragswesen (Richtlinie 2004/18/EG)?*

Die Aufzählung der Sozialdienstleistungen in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c des Beschlusses ist nicht mit der Aufzählung von Dienstleistungen in Anhang II B der Richtlinie über das öffentliche Auftragswesen identisch (Richtlinie 2004/18/EG).

Im Beschluss werden die abgedeckten Sozialdienstleistungen aufgezählt, ungeachtet der Höhe der Ausgleichsleistung, die der Dienstleister erhält. Zugrunde gelegt werden weit gefasste Kategorien (z. B. „Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen“).

Die Liste in Anhang II B der Vergaberichtlinie über das öffentliche Auftragswesen beruht auf dem Gemeinsamen Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) und dient einem anderen Zweck. Sie deckt alle Kategorien von Sozialdienstleistungen ab, jedoch auch andere Kategorien von Dienstleistungen, die nicht unbedingt grenzüberschreitend für Bieter in anderen Mitgliedstaaten von Interesse sind und daher nicht allen, sondern nur manchen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG sowie den allgemeinen Grundsätzen des AEUV unterliegen. Die Richtlinie 2004/18/EG bietet somit (bezüglich der Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe) einen sehr flexiblen Ansatz für Sozialdienstleistungen und andere, von Anhang II B der Richtlinie abgedeckte Dienstleistungen (nähere Angaben hierzu finden Sie in der Antwort auf Frage 200).

96. *Was deckt der Begriff „Kinderbetreuung“ in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c ab?*

„Kinderbetreuung“ steht für ein breites Konzept, das verschiedene Arten der Kinderbetreuung und -beaufsichtigung in unterschiedlichen organisatorischen Strukturen abdeckt. Damit der Beschluss überhaupt anwendbar ist, muss der Mitgliedstaat den Dienstleister mit einer spezifischen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betrauen.

97. *Wird die Art der Sozialdienstleistungen, die als DAWI angesehen werden können, durch die Formulierung „zur Deckung des sozialen Bedarfs“ eingeschränkt, z. B. im Fall der Kinderbetreuung auf Familien mit finanziellen Schwierigkeiten?*

Die in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c verwendete Formulierung „zur Deckung des sozialen Bedarfs“ schränkt die in der Aufzählung genannten Sozialdienstleistungen nicht ein. Solange es sich um eine echte DAWI handelt, ist der Beschluss auf alle entsprechenden Dienstleistungen anwendbar. Im genannten Beispiel ist der Beschluss

auf alle Dienstleistungen der Kinderbetreuung anwendbar und nicht nur auf Betreuungsleistungen für Familien mit finanziellen Schwierigkeiten.

98. Was deckt die Formulierung „soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen“ in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c ab?

Die Formulierung „soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen“ gibt den Mitgliedstaaten die nötige Flexibilität, um je nach Bedarf unterschiedliche Arten von Dienstleistungen für die bedürftigsten Bevölkerungsgruppen abzudecken. Es handelt sich um ein breit angelegtes Konzept, das z. B. Leistungen für die soziale Integration von Menschen mit Behinderung, Fürsorgeleistungen für Migranten, Leistungen für Obdachlose, Elternberatungsdienste¹⁰⁹, Unterstützung für überschuldete Menschen oder Leistungen für Lesben, Schwule, Bisexuelle und Transgenderpersonen umfasst.

99. Was deckt die Formulierung „Zugang zum und [...] Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt“ in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c ab? Gehört die berufliche Bildung dazu?

Die Formulierung „Zugang zum und [...] Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt“ bezieht sich auf verschiedene Arten von Dienstleistungen zur Verbesserung der Vermittelbarkeit von Arbeitskräften. Die berufliche Bildung fällt nur dann unter Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c des Beschlusses, wenn sie den Zugang zum oder die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt ermöglicht oder die soziale Einbindung einer sozial schwachen Bevölkerungsgruppe fördert. Dies gilt beispielsweise für die berufliche Bildung für Langzeitarbeitslose. Berufliche Bildung für Arbeitskräfte, die bereits in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, fällt hingegen normalerweise nur dann unter Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c, wenn sie der Einbindung einer sozial schwachen Bevölkerungsgruppe dient. Es sei jedoch angemerkt, dass staatliche Beihilfen für berufliche Bildung nach den Voraussetzungen der Artikel 38 und 39 der Verordnung 800/2008/EG (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung oder AGVO) gewährt werden können.

100. Fallen Beihilfen für Unternehmen, die die soziale Eingliederung und die Eingliederung in den Arbeitsmarkt fördern, unter den Beschluss?

Unternehmen, die die soziale Eingliederung fördern, können sich stark unterscheiden. Im Allgemeinen bieten alle jedoch Beschäftigungsmöglichkeiten für verschiedene Gruppen benachteiligter Arbeitnehmer an und erleichtern so deren Zugang zum bzw. deren Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt und fördern damit die soziale Einbindung. Häufig werden diese Unternehmen staatlich gefördert, z. B. indem einzelstaatliche Rechtsvorschriften die Befreiung von Sozialabgaben oder eine Ermäßigung dieser Abgaben vorsehen.

Solche Fördermaßnahmen können unter bestimmten Voraussetzungen von der AGVO¹¹⁰ oder der allgemeinen De-minimis-Verordnung¹¹¹ abgedeckt sein.

Auch können die Behörden der Mitgliedstaaten die soziale Eingliederung und die Eingliederung in den Arbeitsmarkt als SDAI einstufen und Unternehmen, die die soziale

¹⁰⁹ Elternberatungsdienste umfassen verschiedene Arten von Leistungen (u. a. Information, Kurse, Beratung), die unmittelbar mit der Erziehung von Kindern aus benachteiligten Familien zu tun haben. Mit den Leistungen soll den Eltern bei der Kindererziehung geholfen und die körperliche, emotionale und kognitive Entwicklung von Kindern aus benachteiligten Familien gefördert werden.

¹¹⁰ 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 (Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung).

¹¹¹ Verordnung 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf De-minimis-Beihilfen (ABl. L 379 vom 28.12.2006).

Eingliederung und die Eingliederung in den Arbeitsmarkt fördern, mit einer DAWI betrauen. Dann ist der DAWI-Beschluss auch auf diese Dienstleistungen anwendbar.

3.4.1.3 Dauer der Betrauung

101. Kann der Betrauungszeitraum nur dann länger sein als 10 Jahre, wenn eine erhebliche Investition über einen längeren Zeitraum beschrieben werden muss, oder sind auch andere Gründe zulässig? Was bedeutet „erhebliche Investition“?

Der Betrauungszeitraum kann nur dann länger sein als 10 Jahre, wenn eine erhebliche Investition beschrieben wird. Ob eine Investition erheblich ist, hängt sowohl vom absoluten als auch vom relativen Wert der Investition ab, die über einen Zeitraum von mehr als 10 Jahren beschrieben werden muss, und ergibt sich aus einem Vergleich mit dem Wert anderer zur Erbringung der Dienstleistung erforderlicher Vermögenswerte. Die Unterschiede zwischen den Bestimmungen über die Länge des Betrauungszeitraums im Beschluss und im Rahmen werden unter Frage 166 näher erläutert.

102. Ist es angesichts des grundsätzlich auf 10 Jahre begrenzten Betrauungszeitraums nicht mehr möglich, einen Dienstleister auf unbegrenzte Zeit mit einer DAWI zu betrauen?

Hier muss unterschieden werden zwischen einer Genehmigung für eine bestimmte Tätigkeit ohne gemeinwirtschaftliche Verpflichtung des Dienstleisters und einem Betrauungsakt, der untrennbar mit der Übertragung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung auf den Dienstleister zur Erbringung einer ganz bestimmten Dienstleistung verbunden ist. Genehmigungen ohne gemeinwirtschaftliche Verpflichtung sind aus beihilferechtlicher Sicht nicht relevant. Folglich hindern die Beihilfavorschriften die Mitgliedstaaten nicht daran, einem Dienstleister auf unbegrenzte Zeit die Ausübung einer Tätigkeit zu gestatten. Um jedoch Ausgleichsleistungen für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erhalten zu können, muss das Unternehmen mit einer spezifischen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut werden. Die Dauer einer solchen Betrauung darf dem Beschluss zufolge grundsätzlich 10 Jahre nicht übersteigen (Artikel 2 Absatz 2). Ein längerer Betrauungszeitraum ist nach dem Beschluss nur zulässig, wenn eine erhebliche Investition erforderlich ist und über einen längeren Zeitraum als 10 Jahre beschrieben werden muss. Da die Dauer eng mit dem für die Abschreibung des Vermögenswerts erforderlichen Zeitraum zusammenhängt, ist eine unbefristete Betrauung nach dem Beschluss nicht zulässig. Nach Ablauf eines Betrauungszeitraums kann derselbe Dienstleister jedoch erneut mit der Erbringung der Dienstleistung betraut werden.

3.4.1.4 Anwendung auf den Verkehrsbereich

103. Worin unterscheiden sich Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d und Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe e des Beschlusses?

Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d des Beschlusses regelt den Geltungsbereich des Beschlusses hinsichtlich DAWI im Flug- oder Schiffsverkehr, d. h. Dienstleistungen im Luft- oder Seeverkehr. Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe e des Beschlusses hingegen betrifft die Betrauung von Flug- und Seeverkehrshäfen mit DAWI, d. h. Verkehrsinfrastrukturen.

104. Worauf bezieht sich die Obergrenze von 300 000 Passagieren im Flug- oder Schiffsverkehr zu Inseln nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d des Beschlusses genau? Ist der Beschluss auch auf Flug- oder Schiffsverbindungen anwendbar, die keine Verbindung zu einer Insel darstellen?

Die Obergrenze von 300 000 Passagieren im Flug- oder Schiffsverkehr zu Inseln bezieht sich auf jede einzelne geflogene bzw. gefahrene Strecke, d. h., es werden beispielsweise der Hin- und der Rückflug eines Passagiers separat gezählt. Die Obergrenze gilt jeweils für eine konkrete Strecke zwischen einem ganz bestimmten Flug- bzw. Seeverkehrshafen auf der Insel und einem ganz bestimmten Flug- bzw. Seeverkehrshafen auf dem Festland und nicht für alle Verkehrsverbindungen von allen Flug- bzw. Seeverkehrshäfen auf der Insel zu allen Flug- bzw. Seeverkehrshäfen auf dem Festland.

Der Beschluss gilt ausschließlich für Flug- bzw. Schiffsverbindungen zu Inseln. Er gilt nicht für Flug- bzw. Schiffsverbindungen zwischen zwei Flug- bzw. Seeverkehrshäfen, die sich beide auf dem **Festland** befinden.

105. Fallen Flughäfen mit einem Verkehrsaufkommen von mehr als 200 000 Passagieren oder Seeverkehrshäfen mit einem Verkehrsaufkommen von mehr als 300 000 Passagieren in den Geltungsbereich des Beschlusses, wenn die Ausgleichsleistung 15 Mio. EUR nicht übersteigt?

Nein. Der allgemeine Höchstbetrag von 15 Mio. EUR gilt nicht für die Bereiche Verkehr und Verkehrsinfrastruktur (Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a des Beschlusses). Bei Flughäfen mit einem Verkehrsaufkommen von mehr als 200 000 Passagieren und Seeverkehrshäfen mit einem Verkehrsaufkommen von mehr als 300 000 Passagieren fallen Beihilfen für DAWI nicht in den Geltungsbereich des Beschlusses, sondern werden von der Kommission nach Anmeldung auf der Grundlage des Rahmens geprüft. In Bezug auf die Obergrenzen für das Verkehrsaufkommen zählen sowohl abreisende als auch ankommende Passagiere (ein Passagier, der beispielsweise hin- und zurückfliegt, wird zweimal gezählt).

Es sei angemerkt, dass für staatliche Beihilfen im Luftverkehr die Gemeinschaftlichen Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen (im Folgenden „Leitlinien 2005“) sowie die Mitteilung 94/C 350/07 der Kommission zur Anwendung der Artikel 92 und 93 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen im Luftverkehrssektor gelten. Den Leitlinien zufolge können manche von den Flughäfen ausgeführten wirtschaftlichen Tätigkeiten als DAWI betrachtet werden. In Ausnahmefällen kann sogar der Betrieb eines Flughafens als DAWI betrachtet werden, wenn er sich auf die Kerntätigkeit beschränkt.

Beispiel:

Einem Flughafen in einer abgelegenen Region werden durch eine Behörde gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt, und die Behörde beschließt, hierfür einen Ausgleich zu zahlen. Zu beachten ist, dass der Betrieb eines Flughafens insgesamt als DAWI keine Aktivitäten umfassen darf, die keinen direkten Bezug zu den Kernaufgaben des Flughafens haben (z. B. gewerbliche Aktivitäten wie Bau, Finanzierung, Nutzung und Vermietung von Flächen und Gebäuden, die für Büros und Lagerräume oder Hotels und gewerbliche Unternehmen auf dem Flughafengelände, Geschäfte, Restaurants und Parkplätze bestimmt sind).

106. Wie verhalten sich der Beschluss und die Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 (insbesondere Artikel 16) zueinander? Könnten Sie Beispiele nennen für die Art von Dienstleistungen, die nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe e des Beschlusses als DAWI für Flughäfen definierbar wären?

Nach Artikel 2 Absatz 4 des Beschlusses gilt der Beschluss nur dann für den Luftverkehr, wenn neben den Anforderungen des Beschlusses auch die Voraussetzungen nach der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 erfüllt sind.

Die Randnummern 45 ff. der Mitteilung enthalten nähere Angaben zum Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Definition von DAWI und zu den Aufgaben der Kommission. Was Flughäfen angeht, geben die Randnummern 34 und 53 der Leitlinien von 2005 für die Finanzierung von Flughäfen Aufschluss darüber, welche Tätigkeiten als DAWI angesehen werden können. Es ergibt sich daraus, dass der Betrieb eines Flughafens insgesamt nur in Ausnahmefällen, z. B. in abgelegenen Regionen, als DAWI gelten kann. Keinesfalls können außerhalb der Kernfunktionen angesiedelte gewerbliche Aktivitäten als DAWI betrachtet werden (vgl. Randnummer 53 Ziffer iv der Leitlinien von 2005).

107. Wie verhalten sich der Beschluss und die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zueinander?

Der Beschluss gilt nicht für Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Bereich des Landverkehrs (Artikel 2 Absatz 5 des Beschlusses). Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Bereich öffentlicher Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße unterliegen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007. Danach sind Ausgleichsleistungen in diesem Bereich von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung befreit.

3.4.1.5 Unternehmen in Schwierigkeiten

108. Gilt der Beschluss auch für Unternehmen in Schwierigkeiten?

Ja. Der Beschluss enthält keine Bestimmung, die seiner Anwendung auf Unternehmen in Schwierigkeiten entgegenstehen würde.

3.4.2 Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt

3.4.2.1 Allgemeines

109. Welche Voraussetzungen müssen nach dem Beschluss erfüllt sein, damit die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gewährleistet ist?

Die wichtigsten Vereinbarkeitskriterien nach dem Beschluss:

- Es muss ein Auftrag erteilt worden sein (Betrauungsakt), in dem insbesondere die Art und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die betreffenden Unternehmen und das abzudeckende Gebiet, die Art etwaiger dem Unternehmen gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte, die Parameter für die Berechnung, Kontrolle und etwaige Anpassung der Ausgleichsleistungen sowie die Modalitäten der Vermeidung bzw. Rückforderung einer etwaigen Überkompensation festgelegt sind. Außerdem sollte der Betrauungsakt einen Verweis auf den Beschluss enthalten.
- Die Ausgleichsleistungen dürfen unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten abzudecken. Daher ist die Berechnung aller Kosten und Einnahmen erforderlich.
- Kontrolle auf Überkompensation durch die Behörden des Mitgliedstaats

110. Worin besteht der Unterschied zwischen den Kriterien des Altmark-Urteils und den im Beschluss und im Rahmen festgelegten Voraussetzungen?

Das Altmark-Urteil bestimmt, wann eine Maßnahme überhaupt unter den Begriff der staatlichen Beihilfe fällt, während Beschluss und Rahmen regeln, unter welchen Voraussetzungen eine als staatliche Beihilfe eingestufte Ausgleichsleistung mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Der wichtigste inhaltliche Unterschied zwischen dem Urteil und dem DAWI-Paket betrifft die Höhe/Berechnung der Ausgleichsleistung.

Nach dem vierten Kriterium des Altmark-Urteils muss die Höhe der Ausgleichsleistung, um keine staatlichen Beihilfe darzustellen¹¹²,

- im Rahmen eines offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ermittelt werden, das die Auswahl desjenigen Bieters ermöglicht, der die ausgeschriebenen Leistungen 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.

Das vierte Altmark-Kriterium ist also erfüllt, wenn die Ausgleichsleistung so festgesetzt wird, dass sie nicht den Betrag übersteigt, den ein effizientes Unternehmen (das in einer Ausschreibung den Zuschlag erhalten könnte oder über einen Leistungsvergleich ermittelt wird) benötigen würde.

Der **Beschluss** enthält keine Effizienzkriterien. Die Höhe der Ausgleichsleistung muss dem Beschluss zufolge nicht zwangsläufig durch ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge oder mittels eines Vergleichs mit den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens ermittelt werden.

Solange die Behörde nachweisen kann, dass die Ausgleichsleistung den anhand der Parameter im Betrauungsakt geschätzten Nettokosten entspricht und keine Überkompensation vorliegt, wird der betreffende Ausgleich als staatliche Beihilfe betrachtet, die mit dem AEUV vereinbar ist¹¹³.

Beispiel:

Eine Behörde beschließt, einen Dienstleister mit der Erbringung einer DAWI zu betrauen und ihm hierfür finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen. Drei Szenarien wären denkbar:

- Die betreffende DAWI wird von einem Dienstleister, der – entsprechend dem vierten Altmark-Kriterium – im Wege einer Ausschreibung ausgewählt wurde, zu einem Preis von 90 erbracht. Sind alle anderen Voraussetzungen nach dem Altmark-Urteil erfüllt, stellt ein Ausgleich in Höhe von 90 keine staatliche Beihilfe dar.
- Die DAWI wird von einem Dienstleister zu Nettokosten von 90 erbracht. Entsprechen diese Nettokosten den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmens nach dem vierten Altmark-Kriterium und sind alle anderen Voraussetzungen nach dem Altmark-Urteil erfüllt, stellt ein Ausgleich in Höhe von 90 keine staatliche Beihilfe dar.
- Die DAWI wird von einem Dienstleister erbracht, der nicht im Wege einer

¹¹² Vorausgesetzt, die übrigen drei Kriterien des Altmark-Urteils (vgl. Frage 61) sind erfüllt.

¹¹³ Vorausgesetzt, die übrigen im Beschluss festgelegten Voraussetzungen sind erfüllt.

Ausschreibung nach dem vierten Altmark-Kriterium ausgewählt wurde, und die Nettokosten übersteigen 90 (also belaufen sich z. B. auf 100). Ein Ausgleich in Höhe von 100 würde dem Beschluss zufolge eine mit dem Binnenmarkt vereinbare staatliche Beihilfe darstellen, sofern er unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgeht, was der Dienstleister tatsächlich benötigt, um die durch die Erbringung der DAWI verursachten Nettokosten abzudecken. Dies wäre der Fall, wenn die DAWI in eine der im Beschluss definierten Kategorien fällt.

111. Worin liegen die Hauptunterschiede zwischen der Entscheidung von 2005 und dem Beschluss von 2011 in Bezug auf die Vereinbarkeitskriterien?

Die Hauptunterschiede zwischen der Entscheidung von 2005 und dem Beschluss von 2011 betreffen vor allem den Geltungsbereich (so Senkung des Höchstbetrags für den Ausgleich von 30 Mio. EUR auf 15 Mio. EUR, Abschaffung des Umsatzschwellenwerts des Dienstleisters, Ausweitung der Liste förderbarer Sozialdienstleistungen ohne Beschränkung des Ausgleichs über Krankenhäuser und den sozialen Wohnungsbau hinaus, Begrenzung des Betrauungszeitraums).

Die Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt wurden nur geringfügig im Interesse einer einfacheren Anwendung und mehr Transparenz geändert.

So ist es dem Beschluss zufolge nun möglich, das Vorliegen von Überkompensation über einen längeren Zeitraum hinweg zu prüfen¹¹⁴. Ferner wird die Höhe des angemessenen Gewinns näher definiert, indem er in jedem Fall als angemessen gilt, wenn er eine bestimmte Kapitalrendite nicht übersteigt¹¹⁵ („Safe-Harbour-Bestimmung“); gleichzeitig wird der angemessene Gewinn begrenzt, wenn mit der Erbringung der DAWI kein beträchtliches Risiko verbunden ist.

Im Hinblick auf die Transparenz enthält der Beschluss nun die Vorschrift, in den Betrauungsakt einen Verweis auf den Beschluss aufzunehmen¹¹⁶ und den Betrauungsakt sowie gegebenenfalls den Beihilfebetrug, der über 15 Mio. EUR hinaus als Ausgleich gewährt wird, öffentlich bekanntzugeben¹¹⁷.

112. Wenn alle Marktteilnehmer mit derselben DAWI betraut sind, sollten sie dann für die Erbringung der DAWI auch Ausgleichsleistungen in derselben Höhe erhalten?

Die Mitgliedstaaten haben bei der Regelung und Finanzierung von Leistungen, die sie als DAWI einstufen, einen großen Ermessensspielraum. Der Beschluss gestattet es den Mitgliedstaaten, die einem Dienstleister durch die Erbringung von DAWI verursachten Nettokosten in vollem Umfang zu finanzieren, verpflichtet sie aber nicht dazu. Die Mitgliedstaaten können sich stattdessen auch für die Zahlung eines einheitlichen Pauschalbetrags an alle Dienstleister entscheiden, sofern durch diese Art der Ausgleichsleistung keine Überkompensation entsteht. Genauso dürfen sie Dienstleistern eine Ausgleichsleistung gewähren, die die Nettokosten nicht abdeckt, oder gar jeden Ausgleich ablehnen. Soweit die einem Dienstleister für die Erbringung einer DAWI gewährte Ausgleichsleistung anhand der tatsächlich verursachten Kosten und relevanten Einnahmen berechnet wird und nicht über das hinausgeht, was für die Erbringung der DAWI erforderlich ist, kann sie als nach den Beihilfavorschriften mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden.

¹¹⁴ Vgl. Artikel 6 Absatz 1 des Beschlusses.

¹¹⁵ Vgl. Artikel 5 Absatz 7 des Beschlusses.

¹¹⁶ Vgl. Artikel 4 Buchstabe f des Beschlusses.

¹¹⁷ Vgl. Artikel 7 des Beschlusses.

Wie in Abschnitt 3.5.2 dieses Leitfadens dargelegt, muss der Ausgleich, wenn die Vereinbarkeit der Beihilfe auf der Grundlage des Rahmens beurteilt wird, für alle mit derselben DAWI betrauten Unternehmen auf dieselbe Weise berechnet werden.

113. Muss dem Beschluss zufolge das billigste Unternehmen für die Betrauung mit DAWI ausgewählt werden?

Nein, das schreibt der Beschluss nicht vor. Die Mitgliedstaaten sind dafür zuständig, die von ihnen erwünschte DAWI zu definieren, und insbesondere auch festzulegen, welche Qualität sie erwarten. Bei höherer Leistungsqualität dürfen auch die Kosten der Erbringung der Leistung höher sein; der Ausgleich darf alle dem Unternehmen tatsächlich entstandenen Kosten abdecken.

114. Stimmt es, dass die EU-Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen nicht mehr eingehalten werden müssen, wenn eine Behörde eine Leistung als DAWI eingestuft hat und die Bestimmungen des Beschlusses beachtet?

Das stimmt nicht. Wie in Erwägungsgrund 29 festgelegt, gilt der Beschluss unbeschadet der EU-Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen. Die geltenden Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen müssen folglich beachtet werden. Die Einhaltung dieser Vorschriften ist jedoch keine Voraussetzung für die Anwendung des Beschlusses.

3.4.2.2 Betrauungsakt

115. Weshalb enthält der Beschluss die neue Vorschrift, dass in den Betrauungsakt ein Verweis auf den Beschluss aufzunehmen ist? (Artikel 4 Buchstabe f)

Mit der Verpflichtung, dass die Behörden einen Verweis auf den Beschluss in den Betrauungsakt aufnehmen müssen, strebt die Kommission mehr Transparenz und Regeltreue an. Die Beteiligten müssen wissen, welche Vorschriften gelten und welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Außerdem entsteht auf diese Weise größere Rechtssicherheit.

116. Dem Beschluss zufolge müssen im Betrauungsakt Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistungen festgelegt sein. Wie ist das möglich, noch bevor die Dienstleistung erbracht wird?

Häufig ist es nicht möglich, bereits zu Anfang, wenn ein Unternehmen mit der Erbringung einer DAWI beginnt, alle kostenrelevanten Faktoren zu kennen. Daher verlangt der Beschluss auch nicht, dass im Voraus eine genaue Berechnung z. B. des aus öffentlichen Mitteln auszugleichenden Preises pro Tag, pro Mahlzeit oder pro Betreuungskategorie vorgelegt wird, wenn dies gar nicht möglich ist. Es bleibt natürlich den Behörden überlassen, ob sie solche Parameter festlegen.

Der Beschluss verlangt lediglich, dass der Betrauungsakt die Grundlagen für die zukünftige Berechnung des Ausgleichs enthält, zum Beispiel, dass der Ausgleich anhand des Preises pro Tag, pro Mahlzeit, pro Betreuungskategorie usw. auf der Grundlage einer geschätzten Zahl potenzieller Leistungsempfänger bestimmt wird.

Die Ausgleichsleistung darf die Nettokosten für die Erbringung der DAWI abdecken (nachträglicher vollständiger Ausgleich), doch sollte in diesem Fall nach Artikel 5 Absatz 7 des Beschlusses der Gewinn den relevanten Swap-Satz zuzüglich 100 Basispunkte nicht übersteigen.

Entscheidend ist, dass die Grundlage feststeht, auf der die finanzierende Stelle (Staat, Kommunalbehörde) den Dienstleister entschädigen wird. Eine transparente Berechnungsgrundlage ist auch im Sinne der Steuerzahler von Vorteil.

Beispiele:

- Wenn die öffentliche Hand ein Seniorenzentrum einrichten möchte, könnten für die Berechnung des Ausgleichs folgende Parameter herangezogen werden:
 - die Anzahl der Senioren, die im Verlauf eines Jahres im Zentrum betreut werden
 - die Anzahl der Tage, die sie dort im Verlauf eines Jahres verbringen.
- 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 werden
 - das verwendete Lehrmaterial und die Vergütung der Lehrkräfte auf Jahresbasis.

117. Selbst für erfahrene DAWI-Anbieter sind die Kosten nicht immer vorhersehbar, so dass die Gefahr eines nachträglichen Defizits besteht. So können sich unvorhersehbare Änderungen bei der Betreuungsintensität, dem Profil und der Zahl der Leistungsempfänger sowie der Höhe der Einnahmen ergeben (nicht erfolgte Beitragszahlungen, Schwankungen der Zahl der Leistungsempfänger, Ausbleiben von Beiträgen anderer Behörden). Was können öffentliche Stellen 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 Leistungsempfänger nicht den vorab festgelegten Beitrag zahlen können, fallen die Einnahmen geringer aus usw.

Jedoch ändert dies nichts an der Art der Kosten (Gehälter, Miete usw.) oder der Art ihrer Berechnung (pro Betreuungseinheit usw.). Es bedeutet in erster Linie, dass der Anbieter höhere Kosten zu tragen hat und die Behörde daher höhere Ausgleichsleistungen gewähren muss.

Der Beschluss ermöglicht es, diesen Umständen gebührend Rechnung zu tragen. Enthält der Betrauungsakt keine Schätzungen zu etwaigen Änderungen oder Unwägbarkeiten, die während der Erbringung einer 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 den im Beschluss festgesetzten Schwellenwert nicht übersteigt, sind zwei Möglichkeiten denkbar:

- Die Behörde kann im Betrauungsakt einen Korrekturmechanismus vorsehen, der eine nachträgliche regelmäßige Anpassung der Kostenparameter ermöglicht.
- Die Behörde kann den Betrauungsakt aktualisieren, wenn sie der Ansicht ist, dass ein Kostenparameter geändert werden muss.

118. Sollte bei der Definition der Parameter für die Ausgleichsleistung für eine bestimmte Einrichtung ein Vergleich mit anderen Unternehmen vorgenommen werden? Sollte auch die Effizienz beurteilt werden? Wie kann der Wert von geistlichem oder spirituellem Beistand oder von zusätzlichem Zeitaufwand bemessen werden?

Es bleibt der Behörde überlassen, den Umfang der jeweiligen DAWI zu definieren und zu bestimmen, ob nicht messbare Aufgaben (etwa im Zusammenhang mit Leistungen für Senioren oder Behinderte) z. B. durch zeitlichen Mehraufwand Mehrkosten verursachen. Diese Kosten können natürlich berücksichtigt werden und Gegenstand eines Ausgleichs sein. Der Beschluss 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 jeweils anderes Qualitätsniveau vorgesehen ist, dann erhält jeder der Dienstleister einen Ausgleich für die ihm entstandenen Kosten, die je nach dem von ihm verlangten Qualitätsniveau unterschiedlich ausfallen werden.

119. Wie sind die Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistung zu bestimmen, wenn eine DAWI durch zwei oder mehr Behörden finanziert wird?

Gesetzt den Fall, zwei oder mehrere Behörden (z. B. städtische und regionale Behörde) möchten ein Zentrum für benachteiligte Personen teilfinanzieren, dann kann jede Behörde – gegebenenfalls nach Absprache mit dem Dienstleister – die Parameter für die Ausgleichsleistung entsprechend der betreffenden Dienstleistung festlegen.

Ihren individuellen Beitrag zur Ausgleichsleistung können sie nach Belieben bestimmen, solange der Gesamtbetrag sämtlicher Ausgleichsleistungen die vom DAWI-Dienstleister tatsächlich aufgewendeten Nettokosten unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht übersteigt.

120. Wie wird die Ausgleichsleistung berechnet, wenn eine Behörde nur einen Teil der jährlichen Kosten eines mit einer DAWI betrauten Dienstleisters finanzieren möchte?

Zu beachten ist, dass die Höhe der Ausgleichszahlung nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns abzudecken¹¹⁸.

So kann eine Behörde im Betrauungsakt festlegen, dass der Dienstleister einen Ausgleich in Höhe von 60 % der Nettokosten (Kosten abzüglich Einnahmen), die ihm bei der Erbringung der DAWI entstanden sind, erhält.

121. Wenn eine DAWI teilweise vom Staat und teilweise von den Leistungsempfängern finanziert wird, 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 (z. B. wegen eines Rückgangs bei der Beteiligung der Leistungsempfänger) kann das Defizit vom Staat gedeckt werden, solange keine Überkompensation entsteht und die von der betreffenden Behörde festgesetzten Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistung dies erlauben. Liegt keine Überkompensation vor, bestimmt sich der Anteil der staatlichen Mittel nach der nationalen Gesetzgebung; das Beihilferecht spielt dann keine Rolle.

122. Kann eine Behörde im Betrauungsakt vorsehen, dass sie für die im jeweiligen Zeitraum angefallenen Betriebsverluste aufkommt, ohne auch andere Parameter für die Berechnung des Ausgleichs festzusetzen?

Die Mitgliedstaaten müssen, um die Bestimmungen des Beschlusses einzuhalten, in dem Betrauungsakt die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs festlegen, damit die EU-Organe ihre Kontrollfunktion wahrnehmen können.

¹¹⁸ Vgl. Artikel 5 des Beschlusses.

Dennoch haben die Mitgliedstaaten bei der Definition der Parameter einen gewissen Spielraum, der ihnen ihre Finanzplanung erleichtern soll, solange die gewählte Methode eine nachvollziehbare und überprüfbare Berechnung des Ausgleichs ermöglicht. Letztlich kommt es aus Sicht des Beihilferechts darauf an, dass die Erbringer einer DAWI keine überhöhten Ausgleichsleistungen 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. Grundsätzlich können sie daher auch die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs in Bezug auf die Deckung der Betriebsverluste selbst festlegen, solange sich aus den Parametern für die Berechnung ablesen lässt, dass keine Überkompensation stattfindet. In diesem Fall ist der Gewinn nach Artikel 5 Absatz 7 des Beschlusses auf den relevanten Swap-Satz zuzüglich eines Aufschlags von 100 Basispunkten zu begrenzen.

3.4.2.3 Höhe der Ausgleichsleistung

123. Welches Verfahren sollte dem Beschluss zufolge zur Berechnung der Nettokosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen angewendet werden?

In Artikel 5 Absatz 2 des Beschlusses sind zwei Verfahren vorgesehen, die beide verwendet werden können, um die Nettokosten einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu berechnen:

- Wie nach der Entscheidung von 2005 können die Nettokosten auch weiterhin als Differenz zwischen Kosten und Einnahmen berechnet werden (Kostenallokationsmethode); übt das betreffende Unternehmen auch Tätigkeiten aus, die nicht zu der DAWI gehören, werden ausschließlich die in Verbindung mit der DAWI anfallenden Kosten berücksichtigt.
- Die Nettokosten können aber auch als Differenz zwischen den Nettokosten des Dienstleisters aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und den Nettokosten oder Gewinnen desselben Dienstleisters ohne eine solche Verpflichtung berechnet werden (Net-avoided-cost-Methode oder Methode der Berechnung der vermiedenen Kosten). Geeignet sein kann diese Methode z. B. im sozialen Wohnungsbau: die Nettokosten können als Summe aus den (wegen der im Vergleich zum freien Markt begrenzten Mietpreise) entgangenen Mieteinnahmen und den durch die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung entstehenden Mehrkosten (z. B. für die Prüfung, ob Mietinteressenten die Voraussetzungen erfüllen) berechnet werden; Einnahmen, die bei Vermietung auf dem freien Wohnungsmarkt nicht erzielt worden wären, sind in Abzug zu bringen.

Anders als der Rahmen schreibt der Beschluss kein bestimmtes Verfahren vor: Die Mitgliedstaaten bestimmen selbst, welche Methode im Einzelfall am besten geeignet ist.

124. Können Sie Beispiele dafür anführen, welche Art von Investition als Teil einer DAWI förderfähig wäre? Können z. B. die Kosten für einen Schiffsmotor als Kosten der DAWI angesehen werden, wenn die Behörde den Schiffseigentümer mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zur Personenbeförderung betraut hat?

Nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe d des Beschlusses können Kosten in Verbindung mit Investitionen bei der Berechnung des Ausgleichs berücksichtigt werden, wenn sie für die Erbringung der DAWI erforderlich sind. Ein erschöpfendes Verzeichnis derartiger Investitionen gibt es nicht. Abschreibungskosten für den Motor eines Schiffes, das ausschließlich zur Erbringung von DAWI eingesetzt wird, wären ein gutes Beispiel. Wird das Schiff auch zur Ausübung von Tätigkeiten genutzt, die nicht zu einer DAWI

gehören, können die Kosten nur zum Teil berücksichtigt werden (vgl. Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c).

125. Ist für bestimmte Kosten eine bestimmte Ausgleichsleistung vorzusehen?

Nein. Das Beihilferecht geht nicht auf die Art der Kosten einer DAWI ein (z. B. Gehälter, Gebäudeinstandhaltung oder besondere Beschaffungsmaßnahmen), 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 der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung sind, spezifische Ausgleichsleistungen festzulegen.

126. Ist es möglich, für die Berechnung der Ausgleichsleistung sowohl staatliche Zuschüsse als auch sonstige staatliche Leistungen heranzuziehen, die einer Einrichtung bei der Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zugute kommen?

Ja. Nach Artikel 5 Absatz 4 des Beschlusses sind alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln in jedweder Form gewährten Vorteile als Teil der Ausgleichsleistung mitzurechnen. Ob der vom Staat gewährte Vorteil finanzieller Natur ist oder aus Sachleistungen besteht (Ausgleich, Dienstleistungen usw.), ist unerheblich.

Die Behörde muss folglich sowohl Zuschüsse als auch Dienstleistungen (oder Gebäude oder Vermögenswerte), die zu einem unter dem Marktpreis liegenden Preis zur Verfügung gestellt werden, berücksichtigen, wenn sie den Ausgleich berechnet und auf Überkompensation prüft. Für Dienstleistungen (oder Gebäude oder Vermögenswerte), die günstiger als marktüblich zur Verfügung gestellt werden, ist daher ein Subventionsäquivalent zu berechnen.

127. Wie wird die Höhe der Ausgleichsleistung für eine DAWI berechnet, wenn die DAWI-Erbringer bei erfüllten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen besondere oder ausschließliche Rechte genießen?

Nach Artikel 5 Absatz 4 des Beschlusses müssen über eine angemessene Rendite hinausgehende Gewinne, die aus besonderen oder ausschließlichen Rechten stammen, sowie alle anderen Vergünstigungen, die dem die DAWI erbringenden Unternehmen gewährt werden, mit berücksichtigt und zu den Einnahmen hinzugerechnet werden, wodurch sich die Höhe der Ausgleichsleistung verringert. Das Gleiche kann auf Beschluss des Staates auch für Gewinne aus sonstigen Tätigkeiten gelten.

128. Wenn sich mehrere Gebietskörperschaften, darunter eine Kommune, und privatrechtliche Organisationen zu einer juristischen Person zusammenschließen, um gemeinsam eine DAWI zu erbringen, was bedeutet dann die Tatsache, dass ein Teil der Mitglieder keine staatlichen Behörden sind, für die Berechnung des Ausgleichs?

Erhält der Betreiber der DAWI von den nichtstaatlichen Mitgliedern finanzielle Zuwendungen oder sonstige Vergünstigungen, ist zu klären, ob diese Zuwendungen als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV zu werten sind. Die Zuwendung seitens einer privatrechtlichen Organisation kann nämlich eine staatliche Beihilfe darstellen, wenn sie „aus staatlichen Mitteln“ gewährt wird. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die betreffende privatrechtliche Organisation ein öffentliches Unternehmen im Sinne der Transparenz-Richtlinie¹¹⁹ ist und die Entscheidung über die

¹¹⁹ 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).

Gewährung der Beihilfe außerdem dem Staat zugerechnet werden muss¹²⁰. Wird die Zuwendung als staatliche Beihilfe gewertet, muss sie zu den übrigen staatlichen Beihilfen hinzugerechnet werden, wobei darauf zu achten ist, dass die insgesamt enthaltenen Beihilfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und gegebenenfalls auch eines angemessenen Gewinns abzudecken.

Außerdem muss die Zuwendung, wenn sie eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV darstellt, den Anforderungen des Beschlusses oder des Rahmens genügen, insbesondere insofern, als ein öffentlicher Betrauungsakt erforderlich ist. Auf der Grundlage dieses Betrauungsakts kann das neu geschaffene Rechtssubjekt (unter Bezugnahme auf die vom Staat festgelegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen) die DAWI finanzieren.

Wird die Zuwendung für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht als staatliche Beihilfe nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV gewertet, fließt sie nicht in die Berechnung der Gesamtbeihilfe ein; jedoch wird sie zu den Einnahmen aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen hinzugerechnet, wodurch sich die Nettokosten der DAWI und damit die Berechnungsgrundlage für die etwaige Ausgleichsleistung verringern. Die Kriterien des Beschlusses und des Rahmens müssen in diesem Fall nicht beachtet werden.

129. Sind Steuervorteile, die sich aus der jeweiligen Unternehmensform einer Organisation ergeben, als Einnahmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 des Beschlusses zu verbuchen?

Der Ausgleich darf nur die Differenz zwischen den Kosten, die tatsächlich aus der Erbringung einer DAWI entstehen, und den daraus erzielten Einnahmen abdecken. Ein Steuervorteil kann eine staatliche Beihilfe darstellen und sich sowohl in höheren Einnahmen als auch in Kostensenkungen niederschlagen. Ungeachtet seiner Form muss der Vorteil bei der Festsetzung der Höhe der für die Erbringung der DAWI erforderlichen Ausgleichsleistung berücksichtigt werden.

Besteht der Steuervorteil in einer Kostensenkung, darf für den Betrag, um den die Kosten gesenkt wurden, kein Ausgleich gewährt werden. Führt der Steuervorteil zu höheren Einnahmen für den Dienstleister, dann sind diese Einnahmen von der zu gewährenden Ausgleichsleistung abzuziehen.

130. Sind Zahlungen, die im Rahmen eines Gewinnabführungs- und Verlustübernahmevertrags innerhalb einer Holding mit staatlicher Beteiligung geleistet wurden, Einnahmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 des Beschlusses?

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 Tochtergesellschaft, die DAWI erbringt, auszugleichen.

Solche Transferzahlungen zur Deckung von Verlusten aus der Erbringung von DAWI müssen zu den Einnahmen im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 des Beschlusses hinzugerechnet werden und reduzieren dementsprechend die Nettokosten, für die ein Ausgleich gewährt werden darf.

¹²⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 13. März 2001, Preussen Elektra AG, C-379/98, Slg. 2001, I-2009, Rdnr. 58.

131. Was bedeutet „angemessener Gewinn“ im Zusammenhang mit der Berechnung der Ausgleichsleistung?

Nach Artikel 5 Absatz 5 des Beschlusses gilt als „angemessener Gewinn“ die Kapitalrendite, die ein durchschnittliches Unternehmen zugrunde legt, um unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zu entscheiden, ob es die betreffende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die gesamte Dauer der Betrauung erbringen möchte. Der Begriff „Kapitalrendite“ bezeichnet den internen Ertragssatz (Internal Rate of Return – IRR), den das Unternehmen während des Betrauungszeitraums mit seinem investierten Kapital erzielt. Die Höhe des Risikos hängt vom Wirtschaftszweig, der Art der Dienstleistung und den Merkmalen der Ausgleichsleistungen ab.

Nach Artikel 5 Absatz 8 des Beschlusses „kann der Mitgliedstaat bei der Ermittlung des angemessenen Gewinns auf andere Indikatoren wie die durchschnittliche Eigenkapitalrendite (ROE), die Rendite des eingesetzten Kapitals (ROCE), die Gesamtkapitalrendite (ROA) oder die Umsatzrendite (ROS) zurückgreifen“, wenn die Verwendung der Kapitalrendite aufgrund besonderer Umstände nicht angebracht ist.

Nach Artikel 5 Absatz 7 des Beschlusses gilt eine Kapitalrendite, die den relevanten Swap-Satz zuzüglich eines Aufschlags von 100 Basispunkten nicht übersteigt, im Allgemeinen als angemessen (sogenannter „Safe Harbour“). Der Swap-Satz zuzüglich des Aufschlags ist gleichzeitig die Obergrenze für einen angemessenen Gewinn, wenn mit der Erbringung der Dienstleistung kein beträchtliches Risiko verbunden ist.

132. Wie ist „Risiko“ zu definieren? Woraus könnte ein Risiko für den Dienstleister bestehen?

Als Risiko ist ein Faktor zu verstehen, der den erwarteten Gewinn mindern kann (indem die Einnahmen sinken und/oder die Kosten steigen).

Bestimmte Faktoren können in die Parameter für die Ausgleichsberechnung aufgenommen werden (z. B. der Treibstoffpreis oder die Fahrgastzahl bei einem Busverkehrsdienst); Faktoren, die in die Parameter eingegangen sind, stellen dann keine Risikofaktoren mehr dar.

Nach Artikel 5 Absatz 5 des Beschlusses ist das Risiko abhängig vom Wirtschaftszweig, der Art der Dienstleistung und den Merkmalen der Ausgleichsleistung.

Ein Ausgleichsmechanismus ist ein gutes Beispiel für einen risikowirksamen Faktor. Werden z. B. die Nettokosten, die bei der Erbringung einer DAWI entstehen, im Wesentlichen nachträglich erstattet, dürfte das Risiko gering und der angemessene Gewinn folglich begrenzt sein. Ein im Voraus festgelegter Pauschalbetrag für die Erbringung einer DAWI hingegen beinhaltet ein größeres Risiko für den Dienstleister.

Auch der Wirtschaftszweig ist ein Risikofaktor. Wettbewerbsbestimmte Wirtschaftszweige, in denen Nachfrage und Kosten schwanken oder Vermögenswerte teuer und kaum wiederverkäuflich sind, gelten als risikoreicher (sofern in den Ausgleichsparametern nicht bereits berücksichtigt). Damit in einem solchen Wirtschaftszweig investiert und eine DAWI erbracht wird, muss die Kapitalrendite für den Dienstleister höher sein.

133. Im Zusammenhang mit der Berechnung eines angemessenen Gewinns ist im Beschluss von einer Kapitalrendite die Rede. Dürfen auch andere Methoden zur Berechnung des angemessenen Gewinns herangezogen werden?

Ja, aber nur unter den in Artikel 5 Absatz 8 des Beschlusses näher erläuterten Umständen.

Die Kapitalrendite (d. h. der interne Ertragssatz, den das Unternehmen mit dem investierten Kapital erzielt) kann im Einzelfall unbekannt oder ungeeignet sein, während andere Indikatoren für die Gewinnhöhe, z. B. die Umsatzrendite, vorliegen und besser geeignet sind. In solchen Fällen ist es möglich, andere Gewinnindikatoren, z. B. die in Artikel 5 Absatz 8 des Beschlusses genannten, zu verwenden, die solide und zuverlässige Messgrößen für die Berechnung des angemessenen Gewinns liefern.

134. Die Safe-Harbour-Bestimmung für den Gewinn gilt nur für die Kapitalrendite. Gibt es eine vergleichbare Bestimmung, wenn aus nachweisbarem Grund andere Gewinnindikatoren verwendet werden?

Für andere Gewinnindikatoren als die Kapitalrendite war es nicht möglich, eine Safe-Harbour-Bestimmung aufzunehmen. Der Grund hierfür ist, dass bei anderen Messgrößen, wie der Gesamtkapitalrendite oder der Umsatzrendite, der jeweilige Wirtschaftszweig, in dem der Dienstleister tätig ist, berücksichtigt werden muss. So kann eine bestimmte Gesamtkapitalrendite bei gleichem Risiko im einen Wirtschaftszweig angemessen sein, im anderen hingegen nicht.

Auch wenn der Beschluss nur für die Kapitalrendite eine Safe-Harbour-Bestimmung enthält, können die Mitgliedstaaten gleichwohl anhand anderer Gewinnindikatoren als der Kapitalrendite beurteilen, wie hoch ein angemessener Gewinn sein darf, sofern sie dies rechtfertigen können.

135. Wo kann der relevante Swap-Satz in Erfahrung gebracht werden?

Die Swap-Sätze werden in Kürze auf der Website der Generaldirektion Wettbewerb veröffentlicht, und zwar für verschiedene EU-Währungen und Fälligkeiten.

136. Dürfen zu den Kosten 20 % Gemeinkosten hinzugerechnet und als angemessener Gewinn betrachtet werden?

Nein, es ist nicht zulässig, zu den Kosten 20 % Gemeinkosten hinzuzurechnen und diese als angemessenen Gewinn anzusehen. Die Gewinnberechnung würde dann nicht im Zusammenhang mit dem Risiko stehen, das mit der Erbringung der Dienstleistung eingegangen wird, und könnte folglich über den Betrag hinausgehen, der als angemessener Gewinn gelten würde.

Bei der Berechnung der mit der Erbringung einer DAWI verbundenen Nettokosten kann ein angemessener Beitrag zu den Gemeinkosten berücksichtigt werden.

Zu diesen Nettokosten kann dann ein angemessener Gewinn hinzugerechnet werden, um zur angemessenen Ausgleichsleistung zu gelangen. Zwischen dem angemessenen Gewinn und dem eingegangenen Risiko sollte ein Zusammenhang bestehen.

137. Muss ein Unternehmen, das DAWI erbringt und gleichzeitig anderen gewerblichen Tätigkeiten nachgeht, getrennte Bücher führen?

Ja, nach Artikel 5 Absatz 9 des Beschlusses müssen in der Buchführung eines Unternehmens, das neben einer DAWI auch andere Tätigkeiten ausübt, die Kosten und Einnahmen in Verbindung mit der DAWI von allen anderen Tätigkeiten getrennt ausgewiesen werden.

Auf diese Weise können sie am einfachsten nachweisen, dass die ihnen zugewiesenen Ausgleichsleistungen nicht die Nettokosten der DAWI übersteigen und daher keine Überkompensation vorliegt. Bei getrennter Buchführung für DAWI und sonstige

Tätigkeiten können die Kommission und die Mitgliedstaaten leichter nachprüfen, ob die Kriterien des Beschlusses eingehalten werden¹²¹.

138. *Muss ein Unternehmen, das mit einer DAWI betraut wurde und gleichzeitig nichtgewerblichen Tätigkeiten nachgeht, getrennte Bücher führen?*

Aus der internen Buchführung sollte ersichtlich sein, welche Kosten sich aus der Erbringung der DAWI ergeben, da ansonsten die Höhe der Ausgleichsleistung nicht bestimmt werden kann. Außerdem sollte ein für eine DAWI zuständiges Unternehmen im Falle einer Beschwerde nachweisen können, dass keine Überkompensation vorliegt. Daher ist es in der Praxis erforderlich, in solchen Fällen getrennte Bücher zu führen.

139. *Für welche Kosten wird eine Ausgleichsleistung gewährt, wenn ein Unternehmen ein und dieselbe Infrastruktur sowohl für DAWI als auch für andere gewerbliche Tätigkeiten nutzt?*

Das Unternehmen muss seine Kosten den beiden Tätigkeitsbereichen entsprechend zuweisen. Dabei umfassen die der DAWI zurechenbaren Kosten sämtliche durch die Erbringung der Leistung verursachten variablen Kosten und einen entsprechenden Anteil an den gemeinsamen Fixkosten.

3.4.2.4 Überkompensation und Rückzahlung

140. *Der Beschluss erlaubt Ausgleichsleistungen, untersagt jedoch Überkompensation. Was bedeutet „Überkompensation“?*

Überkompensation ist zu verstehen als Ausgleichsleistung, die unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken.

Artikel 5 des Beschlusses erläutert, wie die Nettokosten (einschließlich eines angemessenen Gewinns) bestimmt werden.

141. *Alle drei Jahre sollten Kontrollen durchgeführt werden. Kann Überkompensation, die 10 % übersteigt, auf den nächsten Zeitraum übertragen werden, solange über den gesamten Betrauungszeitraum hinweg keine Überkompensation vorliegt? Oder ist eine Rückzahlung erforderlich?*

Im Interesse einer flexibleren Regelung wurde im Beschluss von 2011 ein mehrjähriger Ansatz zugrunde gelegt und nicht mehr – wie noch in der Entscheidung von 2005 – auf jeweils ein Jahr abgestellt. Somit ist es zulässig, dass ein Dienstleister Ausgleichsleistungen erhält, die die in einem bestimmten Jahr aus der Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen entstandenen Nettokosten übersteigen, sofern für die gesamte Vertragslaufzeit keine Überkompensation vorliegt.

Um zu vermeiden, dass ein Begünstigter über die gesamte Vertragslaufzeit hinweg zu hohe Ausgleichsleistungen erhält, sind die Mitgliedstaaten nach Artikel 6 des Beschlusses jedoch verpflichtet, während des Betrauungszeitraums (zumindest alle drei Jahre) regelmäßige Zwischenkontrollen sowie auch am Ende des Betrauungszeitraums eine Kontrolle durchzuführen. Hat ein Unternehmen Ausgleichsleistungen erhalten, die über 10 % des durchschnittlichen jährlichen Ausgleichs hinausgehen, muss der Mitgliedstaat tätig werden und dafür sorgen, dass der Ausgleichsmechanismus mit den Bestimmungen im Betrauungsakt in Einklang steht. Der Mitgliedstaat muss gewährleisten, dass das betreffende Unternehmen die Überkompensation zurückzahlt; ferner müssen Parameter für die Berechnung des Ausgleichs für die künftige

¹²¹ Vgl. Artikel 5 Absatz 9 des Beschlusses.

Anwendung neu festgelegt werden. Übersteigt die Überkompensation den durchschnittlichen jährlichen Ausgleich nicht um mehr als 10 %, so kann sie auf den nächsten Zeitraum übertragen und dann von dem für diesen Zeitraum fälligen Ausgleich abgezogen werden.

142. Welche Folgen hätte die Einführung eines Mechanismus zur Verhinderung jeglicher Überkompensation in Bezug auf die Pflicht der Vergabebehörde, Kontrollen zur Vermeidung von Überkompensation durchzuführen?

Da unbedingt darauf zu achten ist, dass unter Berücksichtigung der relevanten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns der Ausgleich für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nicht über das hinausgeht, was zur Deckung der damit verbundenen Kosten erforderlich ist, kann sich ein Mechanismus zur Vermeidung einer Überkompensation als hilfreich erweisen. Allerdings entbindet er die Mitgliedstaaten nicht von ihrer Pflicht nach Artikel 6 des Beschlusses, sich zu vergewissern, dass Unternehmen tatsächlich keine Überkompensation erhalten.

143. Wie muss die Kontrolle in Bezug auf Überkompensation durchgeführt werden, wenn eine DAWI von zwei oder mehr Behörden gemeinsam finanziert wird (z. B. Zentralstaat und/oder Region und/oder Bezirk und/oder Kommune)?

Die jeweiligen Betrauungsakte sollten derart gestaltet sein, dass die Ausgleichsleistungen, die der Erbringer der DAWI von den verschiedenen Behörden insgesamt erhält, unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was zur Deckung der mit der DAWI verbundenen Nettokosten erforderlich ist.

Wenn eine Behörde den Ausgleich festlegt, den ein Unternehmen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erhalten soll, muss sie zu den Einnahmen des Unternehmens den Ausgleich hinzurechnen, den das Unternehmen von anderen Behörden erhalten wird. Ist der Ausgleich, den andere Behörden gewähren werden, vorab nicht bekannt, kann die Behörde diesen Betrag zu einem der Parameter für die Berechnung des Ausgleichs machen.

Für die Kontrolle auf Überkompensation gelten dieselben Grundsätze wie für die Finanzierung von DAWI durch eine einzige Behörde. Die Behörden sollten zumindest alle drei Jahre während des Betrauungszeitraums sowie am Ende dieses Zeitraums regelmäßige Kontrollen durchführen oder durchführen lassen, um sich zu vergewissern, dass der tatsächlich gewährte Ausgleich mit dem Betrauungsakt in Einklang steht und nicht zu einer Überkompensation führt. Welche Behörde diese Kontrollen durchführt, steht im Ermessen des betreffenden Mitgliedstaats.

144. Wie sollte die Rückzahlung einer Überkompensation zwischen den verschiedenen Verwaltungsebenen geregelt werden, wenn die Überkompensation auf eine Kofinanzierung durch mehrere Verwaltungsebenen zurückzuführen ist?

Die Aufteilung der Rückzahlung einer Überkompensation auf die verschiedenen Behörden fällt nicht in die Zuständigkeit der EU, sondern in die des betreffenden Mitgliedstaats. Aus beihilferechtlicher Sicht ist nur bedeutsam, dass die übermäßig gezahlten Ausgleichsleistungen und der mit ihnen verbundene ungerechtfertigte Vorteil zurückgenommen werden.

3.4.2.5 Unterkompensation

145. Untersagt das Beihilferecht eine Unterkompensation des Erbringers von SDAI/DAWI, d. h. eine unter den tatsächlichen Kosten liegende Ausgleichsleistung? Würde

aufgrund einer Unterkompensation den Konkurrenten, die eine solche finanzielle Last nicht zu tragen haben, nicht ein ungerechtfertigter Vorteil verschafft werden?

Die Beihilfenvorschriften verbieten lediglich eine Überkompensation, d. h. einen Ausgleich, der über das hinausgeht, was für die Erfüllung der übertragenen Aufgaben erforderlich ist. Es ist zulässig, den Erbringern einer SDAI/DAWI einen geringeren oder gar keinen Ausgleich zu gewähren. Die Mitgliedstaaten befinden unter Beachtung des EU-Rechts selbst über Art und Höhe der Finanzierung von SDAI/DAWI.

146. Kann ein mit einer DAWI betrautes Unternehmen im Fall einer Unterkompensation vor Ablauf des Haushaltsjahres einen vorläufigen Ausgleich erhalten, wenn es nach diesem Jahr einen für die Erfüllung seiner Aufgabe erforderlichen Ausgleich erhalten würde?

Lediglich Überkompensation würde gegen die Beihilfenvorschriften 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, Betrauungsakt und Parameter für die Ausgleichsberechnung anzupassen, sei auf die Fragen 58 und 117 verwiesen.

3.4.3 Transparenz und Berichterstattung

147. Gilt die zusätzliche Transparenzbestimmung in Artikel 7 des Beschlusses nur, wenn der Ausgleich für ein und dieselbe DAWI 15 Mio. EUR übersteigt, oder auch, wenn der Ausgleich für alle einem Unternehmen übertragenen DAWI insgesamt 15 Mio. EUR übersteigt?

Artikel 7 gilt, wenn der Ausgleich für ein und dieselbe DAWI über 15 Mio. EUR hinausgeht. Dieser Artikel ist besonders in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben b und c zu sehen und auf umfangreiche soziale Dienstleistungen ausgerichtet, die unabhängig von Obergrenzen in den Geltungsbereich des Beschlusses fallen. Für diese Fälle enthält der Beschluss in seinem Artikel 7 zusätzliche Transparenzvorschriften. Die Verwendung des Begriffs „Betrauungsakt“ in Artikel 7 Buchstabe a in der Einzahl zeigt, dass der Artikel nicht für Unternehmen gilt, die mehrere DAWI erbringen und für jede DAWI einen Ausgleich von jeweils höchstens 15 Mio. EUR erhalten.

148. Muss die in Artikel 7 des Beschlusses für Ausgleichsleistungen von mehr als 15 Mio. EUR vorgeschriebene Veröffentlichung jährlich erfolgen oder genügt die Veröffentlichung der Jahresbeträge am Ende des Betrauungszeitraums?

Zwar enthält Artikel 7 des Beschlusses keine Angaben zum Zeitpunkt der Veröffentlichung, doch soll er Transparenz gewährleisten, indem öffentliche Dienstleister darüber informiert werden, dass eine Betrauung mit einer DAWI erfolgt ist, wer damit betraut wurde, was die Betrauung beinhaltet und welche jährlichen Ausgleichsleistungen gewährt werden. Auf diese Weise können Konkurrenten oder Bürger ein Gericht oder die Kommission auf etwaige unzulässige oder nicht mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen hinweisen. Mit der Bestimmung soll folglich erreicht werden, dass die Information zum Zeitpunkt der Betrauung oder aber im Laufe des jeweiligen Jahres veröffentlicht wird. Bei Veröffentlichung am Ende des Betrauungszeitraums wäre die angestrebte Transparenz nicht mehr in vollem Umfang erreicht.

149. Wenn eine Beihilfe in Form einer Ausgleichsleistung nach dem Beschluss von der Anmeldepflicht ausgenommen ist, muss dann die Kommission trotzdem informiert werden?

Nein. Ist der Beschluss anwendbar, brauchen die Behörden der Kommission keine Mitteilung zu machen. Der Beschluss verlangt von den Mitgliedstaaten nur, sämtliche Unterlagen, aus denen sich ergibt, ob die Ausgleichsleistungen mit den Bestimmungen des Beschlusses vereinbar sind, für einen Zeitraum von mindestens zehn Jahren aufzubewahren¹²² und der Kommission alle zwei Jahre einen Bericht über die Umsetzung des Beschlusses vorzulegen¹²³.

150. Wer sollte die Berichte über die Umsetzung des Beschlusses vorlegen – die Mitgliedstaaten oder die regionalen/lokalen Behörden?

Die Berichte über die Umsetzung des Beschlusses sind der Kommission alle zwei Jahre von den Mitgliedstaaten vorzulegen¹²⁴. Die Mitgliedstaaten sollten die Berichterstattungswege und Zeitpunkte folglich frühzeitig festlegen und ausreichend Zeit für das Zusammentragen der erforderlichen Angaben von den jeweiligen regionalen und lokalen Behörden einplanen.

3.4.4 Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen

151. Seit wann wird der Beschluss angewendet? Gilt er rückwirkend?

Der Beschluss gilt seit dem 31. Januar 2012, dem Tag seines Inkrafttretens.

Er gilt auch für Beihilfen, die vor dem Inkrafttreten des Beschlusses wirksam wurden und weder mit dem Binnenmarkt vereinbar noch von der Anmeldepflicht nach der Entscheidung von 2005 befreit waren (d. h. rechtswidrige Beihilfen), jedoch die Voraussetzungen nach dem Beschluss von 2011 erfüllen (Artikel 10 Buchstabe b). Ferner gilt Artikel 10 für Beihilferegulungen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Beschlusses wirksam geworden sind; im Zusammenhang mit diesen Beihilferegulungen ist es unerheblich, ob der betreffende Dienstleister bereits vor Inkrafttreten dieses Beschlusses oder erst danach mit der DAWI betraut wurde. „Wirksam werden“ bedeutet, dass das Unternehmen rechtlichen Anspruch auf die Beihilfe hat, wobei gleichgültig ist, ob die Beihilfe bereits gezahlt wurde oder nicht.

152. Sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, bestehende Einzelbeihilfen, die nach der Entscheidung von 2005 gewährt wurden, mit dem Beschluss in Einklang zu bringen?

Nein. Den Übergangsbestimmungen in Artikel 10 des Beschlusses zufolge sind Beihilferegulungen, die mit der Entscheidung von 2005 vereinbar waren, für weitere zwei Jahre mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht befreit. Auf Einzelbeihilfen, die mit der Entscheidung von 2005 vereinbar waren, geht der Beschluss nicht ein. Für diese Einzelbeihilfen hat sich die Rechtslage durch den neuen Beschluss also nicht geändert. Die Begriffe der „Beihilferegulung“ und der „Einzelbeihilfen“ sind in Artikel 1 Buchstaben d und e der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates (sogenannte Verfahrensverordnung) bestimmt.

153. Können Mitgliedstaaten, in denen DAWI-Regelungen bestehen, die nach der Entscheidung von 2005 eingeführt wurden, während des Übergangszeitraums von zwei Jahren weitere Betrauungen nach der Entscheidung von 2005 vornehmen?

Da mit der Entscheidung von 2005 vereinbare Beihilferegulungen zwei Jahre lang mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht ausgenommen bleiben, können die Mitgliedstaaten im Rahmen solcher Regelungen neue Betrauungen vornehmen. Nach Ablauf des Übergangszeitraums jedoch sind solche Beihilferegulungen mit dem neuen Beschluss in Einklang zu bringen oder einzustellen.

¹²² Vgl. Artikel 8 des Beschlusses.

¹²³ Vgl. Artikel 9 des Beschlusses.

¹²⁴ Vgl. Artikel 9 des Beschlusses.

3.5 Ausgleich nach dem DAWI-Rahmen

3.5.1 Geltungsbereich

154. Gilt der Rahmen für Ausgleichsleistungen für die Erbringung einer DAWI im Verkehrssektor?

Der Rahmen gilt nicht für den Landverkehr¹²⁵, aber für den Luft- und Seeverkehr. Der Rahmen gilt unbeschadet zusätzlicher Voraussetzungen der

- 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 Gemeinschaft¹²⁶ und der
- Verordnung (EWG) Nr. 3577/92 des Rates vom 7. Dezember 1992 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten (Seekabotage)¹²⁷.

155. Gilt der Rahmen auch für Ausgleichsleistungen im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks?

Der Rahmen findet auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk keine Anwendung¹²⁸. Dieser Sektor wird von der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk abgedeckt¹²⁹.

156. Welche Vorschriften gelten für die Anwendung des Rahmens auf Unternehmen in Schwierigkeiten?

Beihilfen für Erbringer von DAWI, die sich in Schwierigkeiten befinden¹³⁰, sind nach den Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten¹³¹ zu prüfen.

157. Müssen Beihilfen, die die Obergrenzen nach Artikel 2 Buchstabe a des Beschlusses überschreiten, bei der Kommission angemeldet werden?

Der Beschluss gilt für Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI, die 15 Mio. EUR im Jahr nicht übersteigen. Für Krankenhäuser und bestimmte Sozialdienstleistungen gibt es keine Obergrenzen für die Befreiung von der Anmeldepflicht.

Übersteigt die Ausgleichsleistung für Dienstleistungen, bei denen es sich nicht um Leistungen von Krankenhäusern oder Sozialdienstleistungen handelt, die Obergrenze von 15 Mio. EUR im Jahr, ist eine vorherige Anmeldung bei der Kommission erforderlich. Die Ausgleichsleistung wird dann nach den Bestimmungen des Rahmens geprüft. Eine Anmeldepflicht bedeutet keineswegs, dass die Ausgleichsleistung zwangsläufig mit dem Vertrag unvereinbar ist; die Beihilfe muss lediglich aufgrund ihrer Höhe und der größeren Gefahr für den Wettbewerb von der Kommission auf Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt geprüft werden¹³².

¹²⁵ Vgl. Randnummer 8 des Rahmens.

¹²⁶ ABl. L 293 vom 31.10.2008, S. 3.

¹²⁷ ABl. L 364 vom 12.12.1992, S. 7.

¹²⁸ Vgl. Randnummer 8 des Rahmens.

¹²⁹ ABl. C 257 vom 27.10.2009, S. 1.

¹³⁰ Vgl. Randnummer 9 des Rahmens.

¹³¹ ABl. C 244 vom 1.10.2004, S. 2.

¹³² Weitere Einzelheiten zu den Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt finden sich in Abschnitt 3.5.2.

158. Wenn ein Mitgliedstaat den Antrag einer Region oder anderen nachgeordneten Gebietskörperschaft auf Anmeldung einer Beihilfe in Form einer Ausgleichsleistung ablehnt, kann die betreffende Gebietskörperschaft dann selbst aktiv werden? Kann die Kommission Maßnahmen gegen diesen Mitgliedstaat ergreifen?

Das Anmeldeverfahren wird von dem betreffenden Mitgliedstaat eingeleitet¹³³. Es handelt sich dabei in erster Linie um ein Verfahren zwischen der Kommission und den Behörden des betreffenden Mitgliedstaats. Nach den beihilferechtlichen Bestimmungen der EU obliegt es dem Mitgliedstaat und nicht den regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften zu entscheiden, ob eine Beihilferegelung oder Einzelbeihilfe angemeldet werden muss¹³⁴.

Wird eine Beihilfe, die nach den geltenden Vorschriften der Kommission eigentlich angemeldet werden müsste, ohne vorherige Anmeldung durchgeführt, so handelt es sich um eine rechtswidrige Beihilfe. Dann könnten beispielsweise Wettbewerber des Beihilfeempfängers vor den Gerichten des betreffenden Mitgliedstaats Klage erheben. In diesem Fall wäre das einzelstaatliche Gericht gezwungen, die Rechtswidrigkeit der Beihilfe festzustellen und die Rückforderung der Beihilfe anzuordnen, und zwar unabhängig von einer möglichen Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt, deren Prüfung allein Sache der Kommission ist. Gleichzeitig könnte die Kommission die betreffende Maßnahme von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde prüfen. Am Ende der Prüfung steht dann ein Beschluss, in dem im Falle der Unvereinbarkeit der Beihilfe die Rückzahlung angeordnet wird.

3.5.2 Voraussetzungen für die Vereinbarkeit (Hinweis: Die Antworten auf die Fragen 117, 119, 124 bis 138 und 140 bis 147 zum Beschluss gelten gleichermaßen auch für den Rahmen.)

159. Worin bestehen die größten Unterschiede zum Rahmen von 2005 in Bezug auf die Vereinbarkeitskriterien?

Im überarbeiteten Rahmen wird ein Verhältnismäßigkeitsansatz verfolgt, indem für hohe Beihilfen mit stärkeren grenzübergreifenden Auswirkungen strengere Prüfungen vorgesehen sind.

Die nachstehende Aufstellung fasst die wichtigsten Änderungen im Rahmen von 2011 gegenüber dem Rahmen von 2005 zusammen:

Rahmen von 2005	Rahmen von 2011
Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt: - echte DAWI - Betrauungsakt - Überkompensationsprüfung (jährlich)	Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt: - echte DAWI - Betrauungsakt - Dauer des Betrauungszeitraums - Einhaltung der Transparenz-Richtlinie - Einhaltung der EU-Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen - Grundsatz der Nichtdiskriminierung - Überkompensationsprüfung auf Grundlage eines Ex-ante-Mehrjahresansatzes, von

¹³³ 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).

¹³⁴ Vgl. Artikel 108 AEUV.

	Effizianzanreizen und der Net-avoided-cost-Methode - mehr Transparenz - zusätzliche Voraussetzungen für Beihilfen, die den Wettbewerb besonders stark verfälschen
--	---

160. Welchen Zweck hat die in Randnummer 14 genannte Voraussetzung einer öffentlichen Konsultation vor der Betrauung mit einer DAWI?

Nach dem überarbeiteten Rahmen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, vor der Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung eine öffentliche Konsultation durchzuführen oder andere angemessene Mittel einzusetzen, um den Interessen der Nutzer und Dienstleister Rechnung zu tragen. So können die Behörden leichter ermitteln, ob die betreffende Leistung vom Markt erbracht wird oder erbracht werden könnte, und für mehr Transparenz im Verfahren sorgen. Die Bedürfnisse der Nutzer können genauer festgestellt und somit auch der Betrauungsakt zielgerichteter abgefasst werden. Diese Voraussetzung gilt nicht, wenn eine weitere Konsultation gegenüber einer kürzlich durchgeführten Konsultation zum selben Thema ganz offensichtlich keinen wesentlichen Mehrwert bringen würde.

161. Was sollte die öffentliche Konsultation nach Randnummer 14 zum Gegenstand haben? Kann die Konsultation auch in Form einer öffentlichen Anhörung stattfinden?

Im Wege der öffentlichen Konsultation soll die Behörde die Bedürfnisse und Interessen der Nutzer sowie die Angebote am Markt besser kennenlernen, um dann die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen angemessen und verhältnismäßig bestimmen zu können. Inhaltlich könnte beispielsweise abgeklärt werden, welche Bedürfnisse die Nutzer in Bezug auf Zugänglichkeit, Qualität und Bezahlbarkeit haben und ob bzw. inwieweit diese Bedürfnisse am Markt ohne einen Dienstleister, der mit der Erbringung einer DAWI betraut ist, gedeckt werden. Gibt es bereits einen mit einer DAWI betrauten Dienstleister und erwägen die Behörden eine neue Betrauung dieses oder auch eines anderen Dienstleisters, könnte die Konsultation zeigen, ob die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen des Dienstleisters noch den Bedürfnissen der derzeitigen oder künftigen Nutzer entsprechen.

Eine Konsultation kann in Form einer öffentlichen Anhörung stattfinden, wenn die Nutzer ausreichend über die Anhörung informiert werden und in der Lage sind, ihre Ansichten zu den gemeinwirtschaftlichen Bedürfnissen zum Ausdruck zu bringen.

162. Kann eine Behörde im Betrauungsakt vorsehen, dass sie für die in jedem festgelegten Zeitraum anfallenden Betriebsverluste aufkommt, ohne auch andere Parameter für die Berechnung des Ausgleichs festzusetzen?

Nach Randnummer 38 des Rahmens schafft ein Ausgleichsmechanismus, der im Wesentlichen eine nachträgliche vollständige Erstattung der Nettokosten der Erbringung der DAWI vorsieht, keine Effizianzanreize für den Dienstleister. Daher wird die Anwendung eines solchen Mechanismus streng auf Fälle begrenzt, in denen der Mitgliedstaat begründen kann, dass es nicht möglich oder angemessen ist, die Produktivitätsgewinne zu berücksichtigen und einen Vertrag mit Anreizen für Effizienzgewinne zu verwenden. In diesem Fall darf der angemessene Gewinn nicht über die in Randnummer 36 des Rahmens festgelegte Höhe hinausgehen.

163. Was ist nicht übertragbares festes Sachanlagevermögen nach Randnummer 17? Könnten Sie Beispiele nennen?

Nicht übertragbares festes Sachanlagevermögen sind Vermögensgegenstände, die kaum verkauft und/oder in Barvermögen umgewandelt werden können. Ein Beispiel wären Ausrüstungsgegenstände eines Unternehmens, die nur im Produktionsprozess dieses Unternehmens eingesetzt werden können.

164. Was sind die in Randnummer 17 genannten Vermögenswerte, die „am wichtigsten sind“?

Im Zusammenhang mit Randnummer 17 handelt es sich bei den „wichtigsten“ Vermögenswerten um diejenigen, die erforderlich sind, um die DAWI zu erbringen, und deren Wert im Vergleich zum Gesamtwert der für die Erbringung der DAWI erforderlichen Vermögenswerte ausreichend hoch ist, um eine gewisse Betrauungsdauer zu rechtfertigen. So können z. B. Sortiermaschinen/Verteilzentren als für Postdienste besonders wichtige Vermögenswerte angesehen werden.

165. Wäre ein Betrauungszeitraum von 10 Jahren nach dem Rahmen immer zulässig? Oder muss selbst ein kürzerer Zeitraum von beispielsweise 8 Jahren wegen der Amortisierung wichtiger Vermögenswerte gerechtfertigt werden?

Jeder Betrauungszeitraum sollte durch Verweis auf objektive Kriterien wie etwa die Notwendigkeit einer Amortisierung nicht übertragbaren festen Sachanlagevermögens begründet werden. Folglich wäre ein Zeitraum von 10 Jahren, oder gar ein kürzerer Zeitraum, nach dem Rahmen nicht immer zulässig.

166. Worin besteht der Unterschied zwischen dem Beschluss und dem Rahmen in Bezug auf die Kriterien für den Betrauungszeitraum? Gelten nach dem Beschluss strengere Kriterien als nach dem Rahmen, und wenn ja, inwiefern?

Nach Artikel 2 Absatz 2 des Beschlusses findet der Beschluss nur Anwendung, wenn der Betrauungszeitraum nicht mehr als 10 Jahre beträgt oder eine erhebliche Investition erforderlich ist, die über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss.

Nach Randnummer 17 des Rahmens sollte die Dauer des Betrauungszeitraums durch Verweis auf objektive Kriterien wie etwa die Notwendigkeit einer Amortisierung nicht übertragbaren festen Sachanlagevermögens begründet werden. Die Dauer des Betrauungszeitraums darf jedoch den Zeitraum grundsätzlich nicht überschreiten, der für die Abschreibung der Vermögenswerte, die für die Erbringung der DAWI am wichtigsten sind, erforderlich ist.

Dem Rahmen zufolge (Randnummer 55) können ernste Wettbewerbsprobleme entstehen, wenn sich die Dauer der Betrauung nicht auf objektive Kriterien stützt (wie etwa die Notwendigkeit einer Amortisierung nicht übertragbaren festen Sachanlagevermögens). In einem derartigen Fall würde die Kommission prüfen, ob dieselbe öffentliche Dienstleistung ebenso gut in einer weniger wettbewerbsverfälschenden Weise erbracht werden könnte, zum Beispiel im Rahmen eines kürzeren Betrauungszeitraums.

Somit sind die Kriterien nach dem Rahmen strenger als nach dem Beschluss, denn er sieht vor, dass sich jeder Betrauungszeitraum – auch wenn er 10 Jahre nicht übersteigt – auf objektive Kriterien stützen muss.

Übersteigt die Dauer der Betrauung 10 Jahre, ohne dass dies durch die Notwendigkeit einer Amortisierung wichtiger Vermögenswerte gerechtfertigt wäre, ist der Beschluss nicht anwendbar, so dass die Beihilfe grundsätzlich nicht als nach dem Rahmen mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden kann.

167. Weshalb hat die Kommission in Randnummer 18 eine neue Bestimmung zur Einhaltung der Transparenz-Richtlinie aufgenommen?

Zweck der Bestimmung ist es, mehr Transparenz zu schaffen und die Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs wirksamer zu gewährleisten, insbesondere durch die Auflage, dass Unternehmen für die Dienstleistungen, für die sie einen Ausgleich erhalten, und andere Aktivitäten getrennte Bücher führen. Die Nettokosten der DAWI können auf diese Weise leichter quantifiziert werden. Es sei an dieser Stelle betont, dass Randnummer 18 den Geltungsbereich der Transparenz-Richtlinie nicht über den in der Richtlinie selbst festgelegten Bereich hinaus ausweitet und dementsprechend keine neuen Verpflichtungen für Unternehmen schafft, die mit der Erbringung von DAWI betraut sind.

168. *Schreibt Randnummer 19 des Rahmens vor, den Dienstleister nach öffentlichen Vergabeverfahren auszuwählen?*

Das neue DAWI-Paket schafft keine neuen Verpflichtungen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Immer wenn EU-Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe gelten, einschließlich der Richtlinien zum Auftragswesen und der Grundsätze des AEUV, sind sie einzuhalten, da die Beihilfe sonst nicht als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden kann. Randnummer 19 verweist daher ausdrücklich auf die geltenden Bestimmungen für das öffentliche Auftragswesen. Das Beihilferecht schafft keine Verpflichtungen in Bezug auf Vergabeverfahren, doch kann eine Ausschreibung das Einhalten der Altmark-Kriterien vereinfachen, so dass der Ausgleich dann nicht als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV angesehen wird.

169. *Welcher Zusammenhang besteht zwischen dem vierten Altmark-Kriterium und Randnummer 19 des Rahmens?*

Im Altmark-Urteil geht es um die Frage, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, beim Rahmen um die Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Binnenmarkt.

Dem Altmark-Urteil zufolge stellt die Ausgleichsleistung für eine DAWI keine staatliche Beihilfe dar, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind (Altmark-Kriterien, vgl. Frage 61).

Nach dem vierten Altmark-Kriterium müssen die gewährten Ausgleichsleistungen entweder das Ergebnis einer öffentlichen Ausschreibung sein, mit dem der Bieter ermittelt wird, der diese Dienstleistungen zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, oder das Ergebnis eines Leistungsvergleichs mit einem durchschnittlichen, gut geführten und mit den notwendigen Mitteln angemessen ausgestatteten Unternehmen.

Wurde im Einklang mit dem vierten Altmark-Kriterium ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchgeführt und sind auch die anderen Altmark-Kriterien erfüllt, liegt keine staatliche Beihilfe vor, so dass der Rahmen somit nicht zur Anwendung kommt.

Wurde hingegen kein solches Verfahren durchgeführt und kann die Maßnahme als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV eingestuft werden, kommen der Beschluss bzw. der Rahmen zur Anwendung. Auch wenn kein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge im Einklang mit dem vierten Altmark-Kriterium durchgeführt wurde, kann die Beihilfe durchaus mit Randnummer 19 des Rahmens vereinbar sein, z. B. dann, wenn ein Auswahlverfahren (wie z. B. ein Verhandlungsverfahren) durchgeführt wird, das die Anforderungen nach den geltenden EU-Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen, jedoch nicht das vierte Altmark-Kriterium erfüllt (vgl. u. a. Frage 67).

170. *Weshalb hat die Kommission in Randnummer 20 eine Bestimmung zur Nichtdiskriminierung eingeführt? Wieso wurde dieselbe Bestimmung nicht auch in den Beschluss aufgenommen?*

Diese wichtige Bestimmung erlaubt ein effizienteres Vorgehen gegen Wettbewerbsverfälschungen, die entstehen können, wenn Behörden mehrere Unternehmen mit der Erbringung ein und derselben DAWI betrauen und die Ausgleichsleistungen für jedes Unternehmen nach unterschiedlichen Methoden berechnen. Bei der Kommission sind diesbezüglich Beschwerden eingegangen. Eine solche Diskriminierung kann nicht länger akzeptiert werden, da der Rahmen Wettbewerbsaspekten nun besser Rechnung trägt.

Der Beschluss hingegen enthält keine Bestimmung über Nichtdiskriminierung. Grund hierfür ist, dass im Sinne der angestrebten Diversifizierung und Verhältnismäßigkeit insbesondere im Fall höherer Beihilfebeträge, die den Wettbewerb stärker verzerren können, also in den Fällen, die in den Geltungsbereich des Rahmens fallen, auf den Schutz des Wettbewerbs zu achten ist. Bei geringeren Beträgen und Sozialdienstleistungen dagegen kommt es in erster Linie auf unkomplizierte Verfahren an.

171. Weshalb wurde in Randnummer 24 eine neue Methode zur Berechnung der Ausgleichsleistung eingeführt (Net-avoided-cost-Methode)?

Im überarbeiteten Rahmen werden die Mitgliedstaaten angehalten, zur Berechnung der Nettokosten einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nach Möglichkeit die Net-avoided-cost-Methode (Methode zur Berechnung der vermeidbaren Nettokosten, auch „NCAM“) anzuwenden. Diese Methode ist ein wichtiger Aspekt der Reform. Die Net-avoided-cost-Methode wurde in erster Linie eingeführt, um die volkswirtschaftlichen Kosten aus einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung besser schätzen und die Ausgleichsleistung so festsetzen zu können, dass eine bestmögliche Ressourcenzuteilung gewährleistet ist.

Nach der NACM sind die Kosten einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung die Differenz zwischen den Nettokosten, die einem Unternehmen aus der Erbringung einer DAWI entstehen, und den Nettokosten desselben Unternehmens ohne gemeinwirtschaftliche Verpflichtung.

Die NACM wird im Telekommunikationsbereich und im Postwesen bereits zur Berechnung der Nettokosten der Erbringung des Universaldienstes verwendet. Anhang IV der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (geändert durch die Richtlinie 2009/136/EG¹³⁵) und Anhang I der Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarkts der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität enthalten detailliertere Erläuterungen zur Anwendung der Net-avoided-cost-Methode.

Der überarbeitete Rahmen lässt auch andere Methoden zu, wenn die NACM nicht angewendet werden kann oder ungeeignet wäre.

172. Weshalb sind die Mitgliedstaaten nach den neuen Vorschriften angehalten, in ihren Ausgleichsmechanismen Effizienzreize vorzusehen?

Die Mitgliedstaaten müssen bei der Ausarbeitung des Modells für die zu leistenden Ausgleichszahlungen Anreize schaffen, die bewirken, dass hochwertige DAWI in effizienter Weise erbracht werden, es sei denn, solche Anreize wären nicht möglich oder unangemessen. Effizienzgewinne dürfen die Qualität der erbrachten Leistung nicht

¹³⁵ ABl. L 337 vom 18.12.2009.

beeinträchtigen. Diese neue Anforderung wurde von der Kommission in den Rahmen aufgenommen, um die Erbringung höherwertiger Dienstleistungen zu geringeren Kosten für die Steuerzahler und die Nutzer zu fördern und Wettbewerbsverzerrungen zu begrenzen, die sich ansonsten aus der Subventionierung sehr ineffizienter Dienstleister ergeben könnten.

Die Aufnahme von Effizienzanreizen in den Ausgleichsmechanismus ist von der Effizienzprüfung im Rahmen des Altmark-Urteils zu unterscheiden. Anders als nach diesem Urteil stellt der Rahmen nicht die Voraussetzung auf, dass der Dienstleister so effizient arbeiten muss wie ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen; es gilt lediglich die Verpflichtung, in den Ausgleichsmechanismus Effizienzanreize aufzunehmen, damit Dienstleister – zum Vorteil sowohl der Nutzer als auch der Behörden – effizienter arbeiten.

Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Konzeption ihres Ausgleichsmechanismus und der Effizienzziele über einen großen Ermessensspielraum, doch muss der Mechanismus auf objektiven und messbaren Daten und Kriterien beruhen, die im Betrauungsakt festzulegen und einer transparenten Ex-post-Prüfung durch eine vom Erbringer der DAWI unabhängige Einheit zu unterziehen sind.

173. Könnten Sie Beispiele anführen für Ausgleichsmechanismen, die Effizienzanreize enthalten?

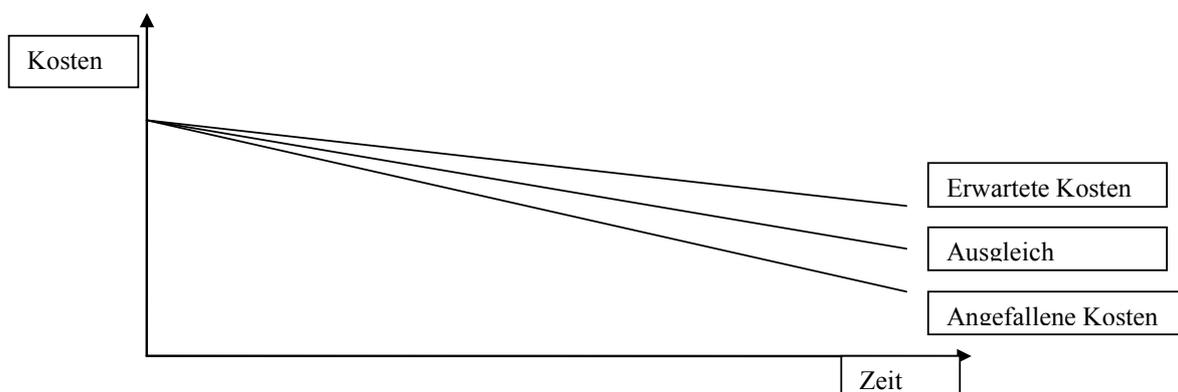
Der Rahmen enthält zwei Beispiele für solche Ausgleichsmechanismen:

- Im Vorfeld festgelegte Höhe der Ausgleichsleistung: Der Mitgliedstaat legt vorab eine pauschale Ausgleichshöhe fest, die die Effizienzgewinne, die das Unternehmen während der Laufzeit des Vertrags erzielen dürfte, antizipiert und berücksichtigt.
- Zahlungshöhe abhängig vom Erreichen der Effizienzziele: Der Mitgliedstaat legt im Betrauungsakt konkrete Ziele für Effizienzgewinne fest und macht die Ausgleichshöhe davon abhängig, inwieweit diese Ziele erreicht wurden. Werden die Ziele nicht erreicht, sollten die Ausgleichsleistungen gekürzt werden. Erzielt das Unternehmen hingegen bessere Ergebnisse als vorgegeben, sollte es höhere Ausgleichsleistungen erhalten.

Jedenfalls sollte die Ausgleichshöhe grundsätzlich nicht mehr allein von den entstandenen Kosten abhängen. Um für den Dienstleister den Anreiz für Effizienzsteigerungen zu wahren, sollte der Ausgleich auf den erwarteten Kosten (im Vorfeld festgelegte Höhe der Ausgleichsleistung) beruhen oder auf einer Kombination aus erwarteten und tatsächlich entstandenen Kosten (Zahlungshöhe abhängig davon, inwieweit die Effizienzziele erreicht wurden). Der Ausgleichsmechanismus ist im Betrauungsakt vorab festzulegen.

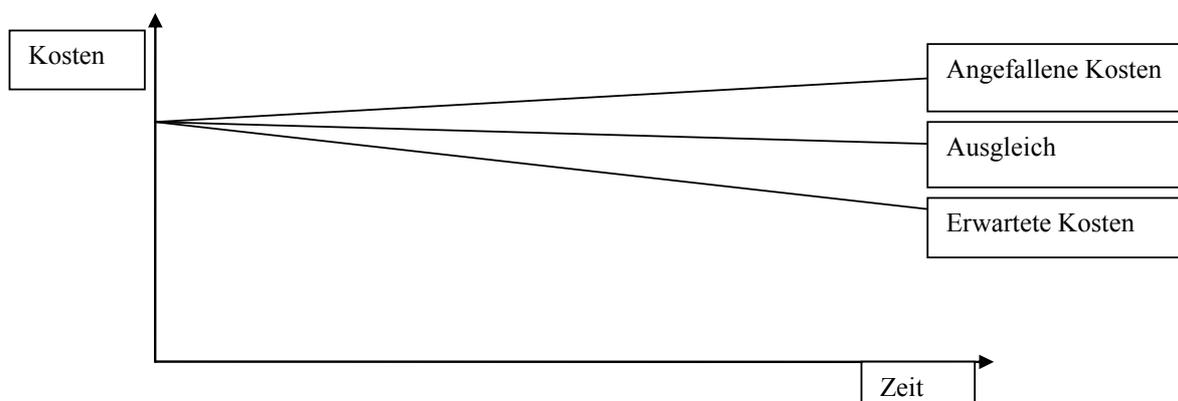
Die nachstehenden zwei Schaubilder illustrieren einen Ausgleich auf der Grundlage einer Kombination aus erwarteten und tatsächlich entstandenen Kosten:

Fall 1: Effizienzgewinne höher als erwartet, so dass die angefallenen Kosten unter den erwarteten Kosten liegen



Liegen die tatsächlich entstandenen Kosten unter den erwarteten Kosten, darf der Ausgleich die tatsächlich entstandenen Kosten übersteigen und erhöht somit die Gewinne des Unternehmens. Jedoch darf der Ausgleich keinesfalls die erwarteten Kosten (einschließlich eines angemessenen Gewinns) übersteigen.

Fall 2: Effizienzgewinne niedriger als erwartet, so dass die angefallenen Kosten über den erwarteten Kosten liegen



Liegen die tatsächlich entstandenen Kosten über den erwarteten Kosten, darf der Ausgleich die tatsächlich entstandenen Kosten nicht vollständig abdecken. Auf diese Weise muss das Unternehmen einen Teil des Verlustes, der entstanden ist, weil das Unternehmen hinter den Effizienzzielen zurückgeblieben ist, selbst tragen.

174. Gilt das Kriterium der Effizianreize für die Kommission als erfüllt, wenn die Ausgleichshöhe über ein Verhandlungsverfahren festgelegt wurde?

Im Rahmen des Verhandlungsverfahrens verfügt die Vergabebehörde über einen weiten Ermessensspielraum und könnte die Teilnahme interessierter Betreiber einschränken (vgl. Randnummer 66 der Mitteilung). Aus diesem Grund reicht ein Verhandlungsverfahren nach Auffassung der Kommission nicht unbedingt aus, um zu gewährleisten, dass die Ausgleichshöhe den geringsten Kosten für die Allgemeinheit entspricht. Aus demselben Grund gewährleistet auch die Festlegung der Ausgleichshöhe

über ein Verhandlungsverfahren nicht automatisch, dass Effizienzgewinne berücksichtigt werden. Beurteilt werden kann dies im jeweiligen Einzelfall nur durch sorgfältige Analyse aller Umstände.

Wird über ein Verhandlungsverfahren eine pauschale Ausgleichshöhe festgelegt, sollte der Mitgliedstaat folglich dafür sorgen, dass in der Pauschale erwartete Effizienzgewinne berücksichtigt werden.

Jedenfalls sollte der Mitgliedstaat die Beihilfe anmelden, um vor Vertragsabschluss mit dem Dienstleister die Genehmigung der Kommission einzuholen.

175. Wie kann im Falle einer Vorauszahlung verhindert werden, dass der Dienstleister zu hohe Kosten oder zu niedrige Einnahmen angibt?

Liegen dem Ausgleich erwartete Kosten und Einnahmen zugrunde, müssen sie nach Randnummer 23 des Rahmens auf schlüssigen und nachvollziehbaren Parametern im Hinblick auf das wirtschaftliche Umfeld, in dem die DAWI erbracht wird, beruhen. Diese müssen gegebenenfalls auf der Sachkenntnis der für den Sektor zuständigen Aufsichtsbehörden oder anderer, unternehmensunabhängiger Stellen basieren.

Fehlen schlüssige und nachvollziehbare Parameter und hat der Mitgliedstaat kaum die Möglichkeit zu prüfen, ob die Kosten- und Einnahmeerwartungen plausibel sind, kann es angemessen sein, anstelle einer Vorauszahlung einen anderen Ausgleichsmechanismus zu wählen.

So können Mitgliedstaaten einen Ausgleichsmechanismus aufstellen, der bestimmte Parameter wie die Zahl der Nutzer der Dienstleistung berücksichtigt. Die Parameter sind im Betrauungsakt festzulegen.

176. Der Rahmen erlaubt Ausgleichsleistungen, untersagt jedoch eine Überkompensation. Was bedeutet der Begriff der „Überkompensation“?

Nach Randnummer 47 des Rahmens sind unter Überkompensation Ausgleichsleistungen zu verstehen, die ein Unternehmen für die gesamte Laufzeit des Vertrags über den Betrag hinaus erhält, der zur Deckung der Nettokosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung einschließlich eines angemessenen Gewinns erforderlich ist.

Dieser Ausgleich – bzw. der Mechanismus zu seiner Berechnung – ist im Betrauungsakt festzulegen.

Ein Überschuss, der sich ergibt, weil die Effizienzgewinne höher ausfallen als erwartet, kann je nach den Bestimmungen im Betrauungsakt bei dem Unternehmen verbleiben und wird dann nicht als Überkompensation, sondern als zusätzlicher angemessener Gewinn betrachtet.

177. Weshalb sollten alle zwei oder drei Jahre Kontrollen durchgeführt werden, wenn der Ausgleich vorab als Pauschale festgelegt wurde (und folglich nicht von den tatsächlich entstandenen Kosten und Einnahmen abhängt)?

Hat der Mitgliedstaat auf Grundlage einer korrekten Zuordnung der Kosten und Einnahmen sowie vernünftiger Annahmen vorab eine pauschale Ausgleichshöhe festgelegt, die die Effizienzgewinne, die der Dienstleister während des Betrauungszeitraums erzielen dürfte, antizipiert und berücksichtigt, so beschränkt sich die Überkompensationsprüfung nach Randnummer 50 des Rahmens grundsätzlich darauf zu kontrollieren, ob die Höhe des Gewinns, den der Dienstleister nach dem Betrauungsakt erzielen darf, auch nachträglich angemessen erscheint.

Wurde die Vorauszahlung jedoch nicht auf Grundlage einer korrekten Zuordnung der Kosten und Einnahmen sowie vernünftiger Annahmen festgelegt, sollte der Ausgleichsmechanismus überarbeitet werden, sofern dies rechtlich zulässig ist. Der Mitgliedstaat sollte in einem solchen Fall gewährleisten, dass die Effizienzreize im Ausgleichsmechanismus gewahrt bleiben.

178. Sollten sich die regelmäßigen Kontrollen auf die Überkompensation beschränken oder auch der Frage nachgehen, ob eine DAWI weiterhin gerechtfertigt ist bzw. ob die Leistung inzwischen vom Markt erbracht werden könnte?

Die Frage, ob die Dienstleistung vom Markt erbracht werden könnte, sollte schon vor einer Betrauung geklärt werden (vgl. Fragen 11 und 12). Der Rahmen verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, während des Betrauungszeitraums zu prüfen, ob die DAWI noch gerechtfertigt ist. Es steht den Mitgliedstaaten frei, eine solche Prüfung durchzuführen, um zu gewährleisten, dass die DAWI weiterhin den tatsächlichen Bedürfnissen der Nutzer entspricht und nicht in anderer Weise zu geringeren Kosten für die Allgemeinheit und unter geringerer Beeinträchtigung des Wettbewerbs erbracht werden könnte.

179. Kann eine Überkompensation auf den nächsten Zeitraum übertragen werden, solange über den gesamten Betrauungszeitraum gesehen keine Überkompensation vorliegt? Oder sollte eine Rückzahlung erfolgen?

Ja, eine Übertragung ist zulässig, solange sie mit dem Betrauungsakt im Einklang steht und über den gesamten Betrauungszeitraum gesehen keine Überkompensation vorliegt.

180. Darf für die Zwecke des Rahmens ein Unternehmen, das für eine DAWI keinen hinreichenden Ausgleich erhält, eine Überkompensation, die es möglicherweise im gleichen Zeitraum für eine andere DAWI erhalten hat, auf erstere DAWI übertragen?

Nach Randnummer 46 des Rahmens kann ein Mitgliedstaat entscheiden, dass Gewinne aus Tätigkeiten, bei denen es sich nicht um die betreffende DAWI handelt (also Gewinne aus anderen DAWI oder aus sonstigen Tätigkeiten), ganz oder teilweise der Finanzierung der DAWI zugewiesen werden.

Die entsprechende Entscheidung sollte bei der Betrauung des Dienstleisters mit der DAWI fallen und im Betrauungsakt festgehalten werden.

Umfasst ein Ausgleichsmechanismus Anreize für die effiziente Erbringung von DAWI, sollten Verluste, die entstanden sind, weil das betreffende Unternehmen hinter den Effizienzzielen zurückbleibt, nicht von den Behörden gedeckt werden.

Die Übertragung von Gewinnen aus anderen Tätigkeiten als DAWI muss in den Büchern des betreffenden Unternehmens ausgewiesen und im Einklang mit den Bestimmungen und Grundsätzen des Rahmens, vor allem in Bezug auf die vorherige Anmeldung, erfolgen. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass derartige Mittelübertragungen einer ordentlichen Kontrolle unterzogen werden. Eine überhöhte Ausgleichsleistung kann einem Unternehmen nicht mit der Begründung überlassen werden, dass es sich hierbei um eine Beihilfe handelt, die mit dem AEUV vereinbar ist. Eine solche Beihilfe muss vielmehr bei der Kommission angemeldet und von dieser genehmigt werden oder aber die einschlägigen Voraussetzungen für die Freistellung von der Anmeldepflicht erfüllen.

181. Weshalb hat die Kommission in Abschnitt 2.9 zusätzliche Voraussetzungen für besonders schwere Wettbewerbsverfälschungen eingeführt? Welche sind das?

Die Kommission muss gewährleisten, dass Handelsverkehr und Wettbewerb im Binnenmarkt nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der EU

zuwiderläuft (Artikel 106 Absatz 2 AEUV). Unter besonderen Umständen kann eine DAWI-Maßnahme schwere Wettbewerbsverfälschungen verursachen, die den Handelsverkehr in einem Ausmaß beeinträchtigen könnten, das dem Interesse der EU zuwiderläuft. In solchen Fällen prüft die Kommission die Auswirkungen auf den Wettbewerb eingehend und beurteilt, ob den Wettbewerbsverfälschungen abgeholfen werden kann, indem Mitgliedstaaten bestimmte Bedingungen auferlegt oder Zusagen abverlangt werden.

182. In Randnummer 55 des Rahmens wird eine unnötige Bündelung als Beispiel für eine schwere Wettbewerbsverfälschung angeführt. Gibt es auch den Fall der unnötigen Entbündelung, d. h. den Fall, dass eine Bündelung aus Wettbewerbsicht vorteilhaft wäre (z. B. die Bündelung gewinnbringender und defizitärer Leistungen)?

Die Bündelung von Aufgaben kann dazu führen, dass Dienstleister sich nicht an einem DAWI-Vergabeverfahren beteiligen können, da sie nicht alle in der DAWI gebündelten Leistungen erbringen können. Bei einer Entbündelung würde dieses Hindernis wegfallen.

Es stimmt allerdings, dass die Bündelung gewinnbringender Leistungen und defizitärer Leistungen nach der Kostenallokationsmethode niedrigere Ausgleichsleistungen erfordern würde. Im Rahmen der Bündelung ist zu prüfen, ob es sich bei den gewinnbringenden Leistungen um echte DAWI handelt, die nicht vom Markt erbracht werden bzw. werden könnten.

183. Nach Randnummer 61 des Rahmens gelten bestimmte Vereinbarkeitskriterien nicht für Leistungen, die in den Geltungsbereich des Beschlusses fallen würden, die Vereinbarkeitskriterien des Beschlusses jedoch nicht erfüllen. Könnten Sie erläutern, weshalb das so ist, und ein Beispiel nennen?

Der Rahmen gibt Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt vor, die für Dienstleistungen von geringem Umfang und Sozialdienstleistungen als zu aufwändig oder gar ungeeignet angesehen werden könnten. Fälle, in denen Beihilfen nach Artikel 2 Absatz 1 des Beschlusses (Ausgleichsleistungen von nicht mehr als 15 Mio. EUR sowie Ausgleichleistungen für Krankenhäuser und Sozialdienstleistungen) von dem Beschluss doch nicht abgedeckt werden, weil sie nicht alle darin genannten Vereinbarkeitskriterien erfüllen, werden auf der Grundlage des Rahmens geprüft (und unterliegen folglich der Anmeldepflicht). Diese Beihilfen müssen aber bestimmte im Rahmen festgelegte Vereinbarkeitskriterien nicht erfüllen (so z. B. Durchführung einer öffentlichen Konsultation zu den Bedürfnissen der Nutzer bei der Bestimmung der DAWI, Nichtdiskriminierung von Dienstleistern, Anwendung der Net-avoided-cost-Methode und Effizienzanreize).

Fällt eine Beihilfe unter den Artikel 2 Absatz 1 des Beschlusses, erfüllt jedoch eines der Vereinbarkeitskriterien nach dem Beschluss nicht (z. B. weil der Betrauungsakt nicht alle nach Artikel 4 des Beschlusses erforderlichen Angaben enthält), würde ihre Vereinbarkeit nach dem Rahmen geprüft. Nach Randnummer 61 sind dann bestimmte Vereinbarkeitsvoraussetzungen nicht anwendbar.

3.5.3 Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen

184. Seit wann wird der Rahmen angewendet? Gilt er rückwirkend?

Der Rahmen gilt für alle angemeldeten Maßnahmen, auch wenn die Anmeldung vor dem 31. Januar 2012, dem Tag des Inkrafttretens des Rahmens, erfolgt ist¹³⁶.

¹³⁶ Vgl. Randnummer 68 des Rahmens.

Er gilt auch für rechtswidrige Beihilfen, über die die Kommission nach dem 31. Januar 2012 entscheidet bzw. entschieden hat, selbst wenn die Beihilfen vor dem genannten Datum gewährt wurden. Wurde eine Beihilfe vor dem 31. Januar 2012 gewährt, gelten bestimmte Voraussetzungen¹³⁷, die im vorherigen Rahmen nicht enthalten waren und folglich nur schwer vorhergesehen werden konnten, nicht¹³⁸.

185. Wenn eine Einzelbeihilfe rechtmäßig auf der Grundlage des DAWI-Rahmens von 2005 gewährt wurde, muss dann gewährleistet werden, dass sie nun im Einklang mit dem neuen Rahmen steht? Ist eine erneute Anmeldung erforderlich?

Nein. Vor dem Inkrafttreten des überarbeiteten Rahmens gewährte Einzelbeihilfen, die von der Kommission nach dem Rahmen von 2005 genehmigt wurden, sind von der Überarbeitung nicht betroffen und müssen nicht mit dem neuen Rahmen im Einklang stehen. Neue Betrauungen müssen mit dem neuen DAWI-Paket vereinbar sein und neu angemeldet werden (außer wenn der neue DAWI-Ausgleich alle Voraussetzungen nach dem Beschluss erfüllt).

186. Welche Vorschriften gelten für die bestehenden Regelungen?

Den im Rahmen vorgesehenen zweckdienlichen Maßnahmen zufolge¹³⁹ müssen die Mitgliedstaaten bis zum 31. Januar 2013 eine Liste der bestehenden Beihilferegulungen über Ausgleichsleistungen für DAWI veröffentlichen, die an den überarbeiteten Rahmen angepasst werden müssen. Die Veröffentlichung kann im Internet, in einem Gesetzblatt oder in anderer geeigneter Weise erfolgen. Diese Beihilferegulungen sind bis zum 31. Januar 2014 mit dem überarbeiteten Rahmen in Einklang zu bringen. Alle Mitgliedstaaten haben diesen zweckdienlichen Maßnahmen zugestimmt. Folglich ist eine Anwendung der betreffenden bestehenden Beihilferegulungen nur bis zum 31. Januar 2014 rechtmäßig.

3.6 Das DAWI-Paket und andere Vorschriften

187. Fallen DAWI zur sozialen und beruflichen Eingliederung von Arbeitslosen oder zur beruflichen Bildung unter den Beschluss oder unter die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 800/2008¹⁴⁰?

Eine DAWI zur sozialen und beruflichen Eingliederung von Arbeitslosen oder zur beruflichen Bildung, die von einem Mitgliedstaat als solche definiert und einem Unternehmen übertragen wurde, kann unter den Beschluss fallen, wenn die dort aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Die Ausgleichsleistungen für ein mit einem öffentlichen Auftrag zur Eingliederung oder beruflichen Bildung betrautes Unternehmen können von der Anmeldepflicht freigestellt sein, sofern das Unternehmen tatsächlich mit dieser gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betraut wurde (vgl. die Betrauungsvoraussetzungen für eine Betrauung in den Artikeln 2, 4 und 6 des Beschlusses sowie in Abschnitt 3.4.2 dieses Leitfadens).

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

¹³⁷ Nicht erforderlich sind eine Konsultation zur Bedarfsermittlung für die DAWI, die Einhaltung der EU-Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen und der Bestimmung über Nichtdiskriminierung, die Anwendung der Net-avoided-cost-Methode, die Aufnahme von Effizianzanreizen in den Ausgleichsmechanismus und die Veröffentlichung von Informationen wie dem Beihilfebetrug.

¹³⁸ Vgl. Randnummer 69 des Rahmens.

¹³⁹ Vgl. Randnummer 70 des Rahmens.

¹⁴⁰ 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 (EG) 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.

188. Können bei Einhaltung der Vorschriften des DAWI-Pakets die Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen außer Acht gelassen werden?

Nein. Das DAWI-Paket betrifft nur das EU-Beihilferecht. Es schränkt in keinster Weise die Anwendung der EU-Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe ein (vgl. Erwägungsgrund 29 des Beschlusses, Randnummer 10 Buchstabe b des Rahmens und Erwägungsgrund 21 der De-minimis-Verordnung für DAWI). Auch die einzelstaatlichen Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen gelten uneingeschränkt.

189. 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 finanzielle Unterstützung aus diesen Mitteln ist das Beihilferecht daher genauso anzuwenden wie auf eine Finanzierung, die die Mitgliedstaaten unmittelbar aus eigenen Haushaltsmitteln gewähren.

190. Muss die finanzielle Förderung von DAWI aus dem ESF oder dem EFRE mit dem DAWI-Paket 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 soll –, in die Berechnung des Ausgleichs für die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen ein und müssen im Einklang mit dem DAWI-Paket gewährt werden. Für die Definition der Parameter zur Berechnung, Kontrolle und Anpassung der Ausgleichsleistungen 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. Dass die Finanzierung einer Dienstleistung aus Mitteln des ESF oder des EFRE erfolgt, ändert daher nichts an der Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten für die DAWI.

191. Stellt die Finanzierung von DAWI aus dem Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) eine staatliche Beihilfe dar?

Für Finanzierungen im Rahmen der Verordnung über die Entwicklung des ländlichen Raums gelten die Beihilfavorschriften, wenn die Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum hinsichtlich der Mittelzuweisung ausüben (vgl. Artikel 88 der Verordnung (EG) Nr. 1698/2005). Für Erzeugnisse nach Anhang I gelten die Beihilfavorschriften der Verordnung zufolge jedoch weder in Bezug auf die Fördermittel der EU noch auf die Beiträge der Mitgliedstaaten.

Für die Förderung der Entwicklung des ländlichen Raums in Bezug auf Erzeugnisse, die nicht unter Anhang I fallen, gelten die Beihilfavorschriften unter der eben genannten Voraussetzung vollumfänglich für alle Zahlungen, d. h., für den Teil aus EU-Mitteln, den finanziellen Beitrag der Mitgliedstaaten (Kofinanzierung) und die Zusatzzahlungen der Mitgliedstaaten. Die DAWI-Vorschriften können daher angewendet werden, auch wenn die allgemeinen Beihilfavorschriften gelten.

192. Muss eine DAWI-Fördermaßnahme aus ELER-Mitteln für Erzeugnisse, die nicht unter Anhang I fallen, nach dem DAWI-Paket gewährt werden?

Fördermaßnahmen für die Entwicklung des ländlichen Raums müssen, wenn es um nichtlandwirtschaftliche Erzeugnisse geht, entweder von der De-minimis-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 1998/2006), einer beihilfebezogenen Gruppenfreistellungsverordnung oder einem bereits erlassenen Beihilfebeschluss abgedeckt sein. Ist eine DAWI betroffen, müssen in letzterem Fall die Voraussetzungen nach dem DAWI-Paket erfüllt sein.

Eine Förderung aus Mitteln des ELER fließt – wie jede andere Finanzierung aus öffentlichen Mitteln, die die Erbringung von DAWI durch ein Unternehmen ermöglichen soll – in die Berechnung des Ausgleichs für die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen ein. Der Gesamtbetrag der Förderung (d. h. der EU-Teil, die Kofinanzierung und die Zusatzzahlungen) müssen im Einklang mit dem DAWI-Paket gewährt werden.

Für die Definition der Parameter zur Berechnung, Kontrolle und Anpassung der Ausgleichsleistungen 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.

193. In welchem Verhältnis stehen die Vorschriften über die Beihilfeintensität von Regionalbeihilfen zu den DAWI-Vorschriften?

Erfüllt der Beitrag aus Mitteln des ELER alle Voraussetzungen nach dem Beschluss oder dem Rahmen, ist er nach Artikel 106 Absatz 2 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar. In diesem Fall finden die (auf Artikel 107 Absatz 3 Buchstaben a und c beruhenden) Bestimmungen der Regionalbeihilfeleitlinien zur Beihilfeintensität keine Anwendung.

Übt das Unternehmen neben DAWI noch andere Tätigkeiten aus, kann es dafür Regionalbeihilfen erhalten und muss dann getrennte Bücher führen, um zu gewährleisten, dass die für diese unterschiedlichen Tätigkeiten geltenden Vereinbarkeitskriterien jeweils erfüllt sind.

194. Sind die Beihilfenkontrolle und die Kontrolle der ESF-Mittel miteinander vereinbar?

Die Beihilfenkontrolle und die Kontrolle der ESF-Mittel dienen unterschiedlichen Zwecken. Die Beihilfenkontrolle soll verhindern, dass Mitgliedstaaten wettbewerbsverzerrende Beihilfen gewähren, die Kontrolle der ESF-Mittel will gewährleisten, dass bestimmten Projekten zugewiesene EU-Mittel entsprechend den Vergabekriterien verwendet werden.

Es kann vorkommen, dass eine Projektfinanzierung unter beiden Gesichtspunkten zu prüfen ist. Gegebenenfalls wird im Rahmen der ESF-Kontrollen auch die Einhaltung der Beihilfevorschriften geprüft, denn die aus dem ESF kofinanzierten Vorhaben müssen den Bestimmungen des AEUV und den aufgrund des AEUV erlassenen Rechtsakten entsprechen¹⁴¹.

195. Nach 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 der ESF-Kofinanzierung einer SDAI ein angemessener Gewinn einbezogen werden, wie im Beschluss vorgesehen?

In der Tat ist es nach den Beihilfevorschriften zulässig, dass eine Behörde, die ein Projekt finanziert, 100 % der Kosten des Dienstleistungsanbieters sowie zusätzlich einen „angemessenen Gewinn“ erstattet. Der angemessene Gewinn zählt jedoch nicht zu den im Rahmen des ESF förderfähigen Aufwendungen. In der Praxis verursacht das

¹⁴¹ Vgl. Artikel 9 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006.

Zusammenspiel der beiden Regelwerke keine wirklichen Probleme, da die Behörde den angemessenen Gewinn auf der Grundlage des DAWI-Pakets stets noch aus eigenen Mitteln finanzieren kann.

196. Welcher Zusammenhang besteht zwischen dem Kontrollmechanismus für aus dem ESF kofinanzierte Projekte und der für DAWI vorgeschriebenen Kontrolle auf Überkompensation?

Aus dem ESF finanzierte Projekte werden systematisch von den für die Verwaltung der operationellen ESF-Programme zuständigen Behörden kontrolliert. In der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 ist genau geregelt, welche Kontrollsysteme die für die Verwaltung der operationellen ESF-Programme zuständigen Behörden einführen müssen. Die ESF-Verwaltungsbehörden müssen sich vergewissern, dass die kofinanzierten Wirtschaftsgüter und Dienstleistungen geliefert bzw. erbracht und die im Zusammenhang mit Vorhaben von den Begünstigten geltend gemachten Ausgaben tatsächlich und im Einklang mit den EU-Bestimmungen und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften getätigt wurden. Bevor Ausgaben bei der Kommission geltend gemacht werden können, muss die Bescheinigungsbehörde unter anderem bescheinigen, dass die Ausgabenerklärung korrekt ist und die geltend gemachten Ausgaben mit den EU-Bestimmungen und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften im Einklang stehen.

Dem DAWI-Paket zufolge ist ein Kontrollmechanismus erforderlich, dessen Ausgestaltung jedoch den Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Der Mechanismus soll gewährleisten, dass es nicht zu Überkompensation gekommen ist, was aus den ESF-Kontrollen nicht unbedingt hervorgeht, da sie sich lediglich auf die aus dem ESF förderfähigen Kosten beziehen (wobei auf die Frage eines angemessenen Gewinns beispielsweise nicht eingegangen wird). Beide Kontrollmechanismen können sich zwar in bestimmten Bereichen überschneiden und erforderlichenfalls gar kombiniert werden, folgen aber jeweils einer eigenen Logik, die es zu respektieren gilt.

197. Kann der Ausgleich auch dann nach den Beihilfavorschriften 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/EG¹⁴² in ihrer durch die Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung 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 EU-Rechts zu finanzieren (vgl. Artikel 32 sowie Erwägungsgründe 25 und 46 der Richtlinie 2002/22/EG).

Wenn ein Mitgliedstaat einem Unternehmen einen Vorteil gewährt, das mit öffentlich zugänglichen Telefondienstleistungen betraut ist, welche nicht unter die Universaldienstverpflichtungen nach Kapitel II der Richtlinie fallen, muss er dementsprechend prüfen, ob die Altmark-Kriterien und die anderen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Beihilfe (Übertragung staatlicher Mittel, Zurechnung zum Staat, Beeinträchtigung des Wettbewerbs und des Handels zwischen Mitgliedstaaten sowie Selektivität der Maßnahme) anwendbar sind, um zu entscheiden, ob eine Beihilfe vorliegt.

¹⁴² 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).

4 FRAGEN ZUR ANWENDUNG DER VORSCHRIFTEN FÜR DIE ÖFFENTLICHE AUFTRAGSVERGABE AUF SDAI

4.1 Von der öffentlichen Hand selbst erbrachte SDAI

198. Inwieweit kann die öffentliche Hand entscheiden, ob sie eine bestimmte Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse selbst erbringt? Über welchen Spielraum verfügt die öffentliche Hand bei ihrer Entscheidung, ob eine Dienstleistung von ihr selbst erbracht oder einem Dritten übertragen wird? Kann die Behörde frei darüber entscheiden?

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

199. 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. intern („in-house“), erbringt. Welche Vorschriften gelten für intern erbrachte Leistungen?

Erbringt eine Behörde eine Dienstleistung intern („in-house“), bedient sie sich hierfür einer rechtlich selbstständigen Stelle. In diesem Fall werden die betreffende Behörde und die Stelle, die die Dienstleistung erbringt, als Einheit angesehen. Für dieses Verhältnis gelten weder die aus dem AEUV resultierenden Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung noch die Vergaberichtlinie 2004/18/EG (im Folgenden die „Vergaberichtlinie“)¹⁴³.

Für die „In-house“-Ausnahme 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 ähneln, 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 aufgrund des rechtlichen und tatsächlichen Sachverhalts (gesetzliche Regelung, Rechtsform des Dienstleisters, Aktionärsvereinbarung usw.) nur im jeweiligen Einzelfall beantworten. Der betreffende öffentliche Auftraggeber muss jedenfalls über den Dienstleister eine Kontrolle ausüben, die ihm einen bestimmenden 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 festgestellt hat, aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen¹⁴⁴.

und

¹⁴³ 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).

¹⁴⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 11. Januar 2005, Stadt Halle, C-26/2005, Slg. 2005, I-1, Randdnr. 49-50.

B) Die rechtlich vom Auftraggeber getrennte Person verrichtet ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft bzw. die öffentlichen Körperschaften, die ihre Anteile innehaben¹⁴⁵.

„In-house“-Ausnahme und ähnliche gemeinsame Kontrolle: 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 kann¹⁴⁶. 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 verrichtet¹⁴⁷. Wenn demnach mehrere öffentliche Körperschaften in einer von ihnen rechtlich getrennten 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 werden. Weitere Hinweise zu der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Körperschaften sind der Antwort auf Frage 211 zu entnehmen.

Wie es sich mit den Vorschriften für staatliche Beihilfen im Falle der „In-house“-Ausnahme verhält, wird unter Frage 220 behandelt.

4.2 Fremdvergabe der SDAI gegen Entgelt

200. Welcher Rechtsrahmen gilt, wenn die öffentliche Hand die Fremdvergabe einer SDAI gegen Entgelt beschließt?

Wenn die öffentliche Hand beschließt, Dienstleistungen gegen Entgelt an Dritte zu vergeben, muss sie die EU-Vorschriften für 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 ein bestimmtes Entgelt. Wiederum sind zwei Situationen denkbar:

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

Sind die Schwellenwerte erreicht¹⁴⁸, gelten für den Dienstleistungsauftrag die Bestimmungen dieser Richtlinie. Die Vergabe von Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen unterliegt allerdings nicht der Detailregelung der Vergaberichtlinie¹⁴⁹, sondern, wie ihrem Artikel 21 zu entnehmen, nur wenigen Artikeln. Diesen Bestimmungen zufolge müssen die technischen Spezifikationen¹⁵⁰ (d. h. die Leistungsbeschreibung) zu Beginn des Vergabeverfahrens festgelegt (vgl.

¹⁴⁵ Urteil des Gerichtshofs vom 18. November 1999, Teckal, C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 50.

¹⁴⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 13. November 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Slg. 2008, I-8457, und Urteil des Gerichtshofs vom 10. September 2009, Sea Srl, C-573/07, Slg. 2009, I-8127.

¹⁴⁷ Urteil des Gerichtshofs vom 11. Mai 2006, Carbotermo, C-340/04, Slg. 2006, I-4137, Randnr. 70, und Urteil des Gerichtshofs vom 19. April 2007, Asemfo, C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Randnr. 62.

¹⁴⁸ Artikel 7 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ Artikel 21 in Verbindung mit Artikel 23 der Richtlinie 2004/18/EG.

Frage 203) und das Ergebnis des Verfahrens¹⁵¹ veröffentlicht werden. Außerdem muss der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Sozial- und Gesundheitsbereich die wesentlichen Grundsätze des AEUV, namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot, beachten, wenn und insofern als an diesen Aufträgen ein grenzüberschreitendes Interesse besteht¹⁵². Zum Begriff des grenzüberschreitenden Interesses siehe auch Frage 201.

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

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Vergaberichtlinie bei gemischten Aufträgen, die aus einer Sozialdienstleistung und einer anderen gänzlich von der Vergaberichtlinie erfassten Dienstleistung¹⁵³ (z. B. Verkehrs-, Forschungs-, Beratungs- oder Wartungsdienstleistung) bestehen, dann nur teilweise zur Anwendung gelangt, wenn der Wert der Sozialdienstleistung¹⁵⁴ 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 Vergaberichtlinie in vollem Umfang Anwendung. Ist der Wert der Gesundheitsdienstleistung höher, gilt die Vergaberichtlinie, wie vorstehend ausgeführt, nur zum Teil¹⁵⁵.

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 Vergaberichtlinie liegt, muss der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe die wesentlichen Grundsätze des AEUV (z. B. das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot) beachten, wenn an diesem Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse besteht. Was diese Grundsätze genau beinhalten, wird unter Frage 201 erläutert.

B) Die öffentliche Hand vergibt eine Dienstleistungskonzession. In diesem Fall besteht das Entgelt hauptsächlich aus dem Recht auf wirtschaftliche Nutzung der Dienstleistung¹⁵⁶. Der Konzessionsnehmer trägt das mit der Nutzung der betreffenden Dienstleistung verbundene Betriebsrisiko¹⁵⁷. Die öffentliche Hand muss, wenn sie eine Dienstleistungskonzession vergibt, an der ein grenzüberschreitendes Interesse besteht, die wesentlichen Regeln und Grundsätze des

¹⁵¹ Artikel 21 in Verbindung mit Artikel 35 Absatz 4 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁵² D. h., wenn der Auftrag für Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums von Interesse ist. Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 13. November 2007, Kommission/Irland, C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Randnrn. 29 ff.

¹⁵³ Dienstleistungen im Sinne von Anhang II Teil A der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁵⁴ Artikel 22 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁵⁵ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 24. September 1998, Tögel, C-76/97, Slg. 1998, I-5357, Randnr. 29-40.

¹⁵⁶ Vgl. Artikel 1 Absatz 4 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁵⁷ Vgl. Artikel 17 der Richtlinie 2004/18/EG sowie die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere das Urteil des Gerichtshofs vom 25. März 2010, Helmut Müller, C-451/08, Slg. 2010, I-2673.

EU-Rechts beachten, insbesondere das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot¹⁵⁸. Was diese Grundsätze genau beinhalten, wird unter Frage 202 erläutert.

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

Ein grenzüberschreitendes Interesse ist bei öffentlichen Aufträgen oder Konzessionsverträgen dann gegeben, wenn sie für Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums von Interesse sind¹⁵⁹.

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.)¹⁶⁰ beachtet werden. Ist kein grenzüberschreitendes Interesse gegeben, brauchen die Grundsätze des AEUV nicht befolgt zu werden.

Kleine, räumlich beschränkte Dienstleistungsaufträge können demnach unter bestimmten Voraussetzungen ohne Berücksichtigung der vorgenannten Grundsätze vergeben werden, wenn die betreffenden Dienstleistungen für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse sind und sich somit nicht auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken. Ein potenzielles Interesse ausländischer Wirtschaftsteilnehmer ist unter anderem dann zu verneinen, wenn der Auftragswert sehr niedrig ist¹⁶¹ (weit unter der Anwendungsschwelle der Richtlinie 2004/18/EG, die derzeit bei 200 000 EUR liegt¹⁶²) und die Merkmale der betreffenden Sozialdienstleistung und des betreffenden Marktsegments gegen ein solches Interesse sprechen¹⁶³.

So ist die Kommission beispielsweise bei der Vergabe von Aufträgen für Rechtsdienstleistungen im Wert von durchschnittlich 5000 EUR¹⁶⁴ und Stadtplanungsleistungen im Wert von 6000 bis 26 500 EUR¹⁶⁵ zu der Auffassung

¹⁵⁸ Vgl. folgende Urteile: Urteil des Gerichtshofes vom 7. Dezember 2000, Telaustria, C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 62; Urteil des Gerichtshofes vom 21. Juli 2005, Coname, C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnrn. 16-19, Urteil des Gerichtshofes vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 49.

¹⁵⁹ Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 13. November 2007, Kommission/Irland, C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Randnrn. 29 ff.

¹⁶⁰ Beschluss des Gerichtshofes vom 3. Dezember 2001, Bent Moustens Vestergaard, C-59/00, Slg. 2001, I-9505, Randnr. 20, Urteil des Gerichtshofes vom 20. Oktober 2004, Kommission/Frankreich, C-264/03, Slg. 2005, I-8831, Randnrn. 32-33, Urteil des Gerichtshofes vom 14. Juni 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Slg. 2007, I-4557, Randnr. 3.

¹⁶¹ Das Wertkriterium allein reicht 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, Slg. 2008, I-3565) unter Randnummer 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 gewisses grenzüberschreitendes Interesse bestehen kann.“

¹⁶² Nach Indexierung gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 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.

¹⁶³ Zu Dienstleistungskonzessionen vgl. das Urteil des Gerichtshofes vom 21. Juli 2005, Coname, C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnr. 20.

¹⁶⁴ Vgl. Pressemitteilung IP/07/357 vom 21. März 2007.

¹⁶⁵ Vgl. Pressemitteilung IP/06/1786 vom 13. Dezember 2006.

gelangt, dass diese Aufträge aufgrund ihres geringen Werts (bis zu rund 10 % des Schwellenwerts für die Anwendung der Vergaberichtlinie) und den Umständen des Einzelfalls für den Binnenmarkt nicht relevant waren.

Auch eine Beschwerde im Zusammenhang mit einem Auftrag reicht als Nachweis eines grenzüberschreitenden Interesses nicht aus¹⁶⁶.

Zur Beurteilung der Relevanz einer Dienstleistung für den Binnenmarkt wird auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen¹⁶⁷ in Bezug auf das EU-Recht verwiesen, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen¹⁶⁸. In dieser Mitteilung wird erläutert, welche Dienstleistungsaufträge nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Hierzu gehören unter anderem Aufträge für Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen¹⁶⁹. Da die Mitteilung eine allgemeine Auslegung des Begriffs der Binnenmarktrelevanz nach Maßgabe des AEUV enthält, kann sie auch für Konzessionsverträge herangezogen werden.

202. Welche Pflichten erwachsen aus dem Transparenzgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot?

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs begründen die Grundsätze 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 bekanntzumachen. 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 in der EU die Möglichkeit haben, ihr Interesse an der Teilnahme am Auftragsvergabeverfahren zu bekunden.

Der öffentliche 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 von der öffentlichen Hand dieselben Informationen erhalten.

Nach der Rechtsprechung des EuGH zum effektiven gerichtlichen Rechtsschutz¹⁷⁰ müssen zumindest Beschlüsse, die für eine Person, die ein Interesse an einem Auftrag hat oder hatte, nachteilig sind, so wie der Beschluss, einen Bieter auszuschließen, auf einen eventuellen Verstoß gegen Grundnormen des Primärrechts der EU geprüft werden sollten.

Zur Anwendung dieser Grundsätze wird auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das EU-Recht verwiesen, das für die Vergabe

¹⁶⁶ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 13. November 2007, *Kommission/Irland*, C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Randnr. 34.

¹⁶⁷ Diese Mitteilung wurde im Rahmen des Urteils des Gerichts vom 20. Mai 2010 (*Deutschland/Kommission*, T-258/06, Slg. 2010, II-227) mit dem Ergebnis analysiert, dass die Mitteilung keine neuen Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge enthält, die über die Verpflichtungen hinausgehen, die sich aus dem bestehenden EU-Recht ergeben.

¹⁶⁸ ABl. C 179 vom 1.8.2006, S. 2.

¹⁶⁹ Vgl. Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁷⁰ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 21. März 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, Slg. 2002, I-6677, Randnr. 39, und Urteil des Gerichtshofs vom 15. Oktober 1987, *Heylens*, 222/86, Slg. 1987, 4097, Randnr. 14.

öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Die Mitteilung gilt, wie bereits erwähnt, auch für Aufträge, die nur teilweise unter die Vergaberichtlinien¹⁷¹ fallen, wie Aufträge für Dienstleistungen nach Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG, zu denen auch Gesundheits- und Sozialdienstleistungen gehören¹⁷². Nach Artikel 21 der Richtlinie 2004/18/EG sind bei der Vergabe dieser Dienstleistungen, wie in der Antwort auf die Frage 200 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 gewisses 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, wahrscheinlich grenzüberschreitend von Interesse sind und folglich dennoch im Einklang mit den Grundsätzen des AEUV über Medien bekanntzumachen sind, die eine europaweite Verbreitung gewährleisten.

203. *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 Nutzungsintensität, Anzahl der Nutzer usw. angepasst werden kann?*

Die Vergaberichtlinie bietet ein breites Spektrum an Möglichkeiten, wie die Leistungsbeschreibung ausgestaltet werden kann¹⁷³. 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.

204. *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 mit dem Leistungsbereich des Auftrags zusammenhängen und die er für erforderlich hält, um den

¹⁷¹ 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.

¹⁷² Vgl. Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁷³ 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.

Nutzern eine qualitativ hochwertige Leistung zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu bieten. Diese Anforderungen können entsprechend ihres jeweiligen Charakters in verschiedenen Phasen des Vergabeverfahrens zum Tragen kommen:

In den **technischen Spezifikationen**¹⁷⁴, 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 beitragen kann) oder unter Bezugnahme auf Leistungs- oder Funktionsanforderungen. 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 **Eignungskriterien**¹⁷⁵ kann der öffentliche Auftraggeber Anforderungen an die berufliche Leistungsfähigkeit festlegen (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**¹⁷⁶ einfließen. Die öffentliche Hand ist nicht verpflichtet, den Zuschlag auf der Grundlage des niedrigsten Preisangebots zu erteilen. Vielmehr kann sie das wirtschaftlich günstigste Angebot auswählen, was ihr die Möglichkeit gibt, alle ihr wichtig erscheinenden Qualitätskriterien, die mit dem Leistungsbereich des Auftrags zusammenhängen, bei der Zuschlagserteilung zu berücksichtigen. Es ist ihr ebenso möglich, in der Gewichtung der Zuschlagskriterien zum Ausdruck zu bringen, welche Bedeutung sie den einzelnen Qualitätskriterien beimisst.

Eine weitere Möglichkeit, stärker auf die Qualität der Dienstleistung abzustellen, bieten die **Bedingungen für die Auftragsausführung**¹⁷⁷. Der öffentliche Auftraggeber kann, solange die einschlägigen EU-Vorschriften eingehalten werden, zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung¹⁷⁸ vorschreiben, z. B. 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, darunter würde letztlich auch die Qualität der Dienstleistung leiden.

¹⁷⁴ Vgl. Artikel 23 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁷⁵ Vgl. Artikel 44 und 48 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁷⁶ Vgl. Artikel 53 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁷⁷ Vgl. Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁷⁸ 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.

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.

205. Kann ein Vertrag während seiner Laufzeit angepasst werden?

Anpassungen sind während der gesamten Vertragslaufzeit möglich, soweit die ursprünglichen Vergabebedingungen dadurch nicht wesentlich geändert werden¹⁷⁹.

Dem EuGH zufolge können Änderungen an einem öffentlichen Auftrag während seiner Laufzeit in folgenden Fällen als wesentlich angesehen werden,

- wenn damit Bedingungen eingeführt werden, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären;
- wenn damit der Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert wird;
- wenn damit das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers verändert wird¹⁸⁰.

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

Es ist Sache des öffentlichen Auftraggebers, das Vergabeverfahren so zu gestalten, dass auch kleinere Wirtschaftsteilnehmer eine Chance haben, sich daran 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 dem Verfahren zu beteiligen. Bei Großaufträgen (z. B. für eine breite Palette unterschiedlicher Dienstleistungen oder für Dienstleistungen, die in mehreren räumlichen Einzugsbereichen zu erbringen sind) kann der Auftraggeber den Auftrag in Lose unterteilen, die für KMU leichter zu bewältigen sind. Eine künstliche Unterteilung eines Auftrags in mehrere getrennte Aufträge mit jeweiligem Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte, die dazu führt, dass die einschlägigen Bestimmungen der Vergaberichtlinien umgangen werden, ist nach den Vergaberichtlinien jedoch nicht zulässig. 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.

¹⁷⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 29. April 2004, Kommission/CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99, Slg. 2004, I-3801, Randnr. 116 und Urteil des Gerichtshofs vom 19. Juni 2008, presstext Nachrichtenagentur GmbH, Slg. 2008, I-4401, Randnrn. 35 bis 37.

¹⁸⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 19. Juni 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, C-454/06, Slg. 2008, I-4401, Randnrn. 35 bis 37.

207. Wie sind öffentliche Vergabeverfahren, die die Zahl der ausgewählten Dienstleister beschränken, mit dem Gebot ausreichender Wahlfreiheit für die SDAI-Nutzer 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.

208. Ist es zulässig, die Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten als Auswahlkriterium zu verwenden, da der Erfolg einer SDAI häufig davon abhängt?

Die Vergabevorschriften der EU 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 rechtswidrig diskriminiert werden. Auch würde sich die Auswahl für den öffentlichen Auftraggeber auf eine kleine Zahl lokaler Anbieter beschränken und damit die positive Wirkung eines europaweiten Vergabeverfahrens 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 in den Eignungskriterien vorsehen, dass der erfolgreiche Bieter vor Ort vertreten sein muss (z. B. mit einem Büro oder einer Werkstatt) oder dort bestimmte Anlagen errichten muss, wenn dies für die Erbringung der Dienstleistung erforderlich ist.
- Eine Kommune, die ein Frauenhaus für Frauen in Not und insbesondere für Frauen einer bestimmten kulturellen Minderheit 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 die Frauen wenden können und/oder die die Frauen betreuen werden, mit dem kulturellen und sprachlichen Hintergrund dieser Personen hinreichend vertraut sein müssen.
- Ein öffentlicher Auftraggeber, der einen Arbeitsvermittlungsdienst für arbeitslose junge Erwachsene aus strukturschwachen Regionen anbieten will, der gleichzeitig aber auch Hilfestellung bei anderen Problemen geben soll (z. B. Probleme psychischer Art, Drogensucht, Alkoholmissbrauch, Unterkunft, Überschuldung), könnte angeben, dass der Dienstleister Erfahrung mit solchen Dienstleistungen für die betreffende Zielgruppe haben muss. Der öffentliche Auftraggeber kann auch vorschreiben, dass der Dienstleister von Anfang an darauf achten muss, dass die Mitarbeiter, die sich um die Zielpersonen kümmern, die vorhandenen sozialen Netzwerke kennen, mit denen sie zusammenarbeiten müssen, um umfassend auf die Bedürfnisse junger Arbeitsloser eingehen zu können.

Derartige Auflagen dürfen jedoch keinesfalls über das hinausgehen, was unbedingt erforderlich ist, um die jeweilige Dienstleistung angemessen zu erbringen. 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 verfügt¹⁸¹.

Der öffentliche Auftraggeber muss sich vergewissern, dass solche Auflagen objektiv gerechtfertigt sind und nicht zu einer Diskriminierung führen, indem bestimmte Bieter, insbesondere Unternehmen vor Ort oder etablierte Dienstleister, ungebührlich bevorzugt werden.

Auf die direkte Vergabe von Aufträgen von geringem Wert an kleinere Dienstleister vor Ort wurde bereits unter Frage 206 eingegangen.

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

Hier ist zwischen zwei Konstellationen 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 keine Diskriminierung erfolgen darf¹⁸². Es ist somit nicht möglich, auf der Grundlage der Vergaberichtlinie Aufträge – sei es für Dienstleistungen des Anhangs II Teil A oder Teil B (z. B. Sozialdienstleistungen)¹⁸³ – bestimmten Arten von Unternehmen¹⁸⁴ wie gemeinnützigen Einrichtungen vorzubehalten.
- Soweit das innerstaatliche Recht¹⁸⁵ 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 EU-Recht 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 erforderlich und verhältnismäßig ist, mit sozialen Zielen rechtfertigen, die das nationale System der sozialen Sicherung verfolgt¹⁸⁶.

¹⁸¹ Urteil des Gerichtshofs vom 27. Oktober 2004, Contse, C-234/03, Slg. 2005, I-9315, Randnr. 79.

¹⁸² Artikel 2 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁸³ Die Unterscheidung zwischen Dienstleistungen des Anhangs II Teil A oder Teil B ist nur für die Bestimmungen ab Artikel 20 der Richtlinie relevant.

¹⁸⁴ Deshalb musste in die Richtlinie eine Ausnahme 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).

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 17. Juni 1997, Sodemare SA/Region Lombardica, C-70/95, Slg. 1997, I-3395.

210. 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 die Frage 202 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) enthält¹⁸⁷. Den Vergabebehörden steht es deshalb bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für SDAI frei, sich ad hoc für ein Verhandlungsverfahren zu entscheiden, wenn im innerstaatlichen Recht keine besondere Regelung vorgesehen ist. In jedem Fall finden das allgemeine Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot des AEUV Anwendung, wonach alle Wirtschaftsteilnehmer, die zu einem Verhandlungsverfahren für Dienstleistungen von grenzüberschreitendem Interesse eingeladen wurden, gleichzubehandeln sind.

211. Inwieweit finden die Vergabevorschriften auf die interkommunale Zusammenarbeit Anwendung? Zwei Beispiele: Eine Gemeinde bezieht von einer anderen Gemeinde eine Dienstleistung gegen Entgelt; zwei Gemeinden schreiben gemeinsam einen Auftrag aus oder gründen ein Unternehmen für SDAI.

Die Vergabevorschriften sind anwendbar, sobald die öffentliche Hand beschließt, einen Dritten¹⁸⁸ 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 festgestellt, dass ein öffentlicher Auftraggeber die ihm obliegenden DAWI 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.
 - (a) Die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern kann im Rahmen einer rechtlich selbstständigen öffentlichen Stelle erfolgen, die die Kriterien für die interne („in-house“) Erbringung einer Dienstleistung erfüllt¹⁸⁹. Siehe hierzu Frage 199.

¹⁸⁷ Wie unter Frage 199 ausgeführt, sind bei der Vergabe dieser Dienstleistungen nach 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.).

¹⁸⁸ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 18. November 1998, Teckal Srl, C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 51, Urteil des Gerichtshofs vom 7. Dezember 2000, ARGE, C-94/99, Slg. 2000, I-11037, Randnr. 40, und Urteil des Gerichtshofs vom 18. Januar 2007, Auroux, C-220/05, Slg. 2007, I-385, Randnr. 62.

¹⁸⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 13. November 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Slg. 2008, I-8457.

(b) Der Gerichtshof hat ebenfalls geurteilt¹⁹⁰, dass die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht zwangsläufig die Gründung einer neuen Einrichtung voraussetzt. Vielmehr kann die Zusammenarbeit dem Gerichtshof zufolge auch nur darin bestehen, dass die betreffenden Auftraggeber die ihnen obliegenden Aufgaben im öffentlichen Interesse gemeinsam wahrnehmen. Dies bedeutet nicht unbedingt, dass die Aufgaben von jedem öffentlichen Auftraggeber zu gleichen Teilen wahrgenommen werden müssen. Die Zusammenarbeit kann auf Arbeitsteilung und Spezialisierung gegründet sein. Es muss sich allerdings im Unterschied zu einer Auftragsvergabe, bei der die eine Partei die Aufgabe gegen Entgelt ausführt, um eine echte Zusammenarbeit mit beiderseitigen Rechten und Pflichten handeln. Abgesehen von der Kostenerstattung darf keine Mittelübertragung zwischen den öffentlichen Auftraggebern stattfinden. Der Zusammenarbeit dürfen ausschließlich Erwägungen und Anforderungen zugrunde liegen, die mit Zielen im öffentlichen Interesse verbunden sind, was jedes Streben nach Gewinn und jede Beteiligung privater oder gemischtwirtschaftlicher Unternehmen ausschließt. Auch darf die Vereinbarung über die Zusammenarbeit nicht künstlich als Mittel zur Umgehung der einschlägigen Vorschriften der Vergaberichtlinien dienen.

- 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 einleiten¹⁹¹, muss dies aber zu Beginn des Verfahrens mitteilen. Die Vergabevorschriften gelten somit für ein 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 finden¹⁹².
- Schaffen die Vergabebehörden Strukturen für unentgeltliche Amtshilfe und Zusammenarbeit, liegt keine Dienstleistung im Sinne des AEUV vor, so dass das EU-Recht nicht anwendbar ist.

212. 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

¹⁹⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 9. Juni 2009, Kommission/Deutschland, C-480/06, Slg. 2009, I-4747.

¹⁹¹ Vgl. Artikel 11 der Richtlinie 2004/18/EG zu zentralen Beschaffungsstellen.

¹⁹² Vgl. 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

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 zu bedenken, dass zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer öffentlich-privaten Einrichtung, an der der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit privaten Wirtschaftsteilnehmern beteiligt ist, kein In-house-Verhältnis bestehen darf (siehe Frage 199). Hieraus folgt, dass bei der Leistungsvergabe an eine öffentlich-private Einrichtung die Vergabevorschriften des AEUV und die Vergaberichtlinien zu beachten sind. Hieraus folgt ferner, dass sobald ein privater Wirtschaftsbeteiligter eine Beteiligung an einem Unternehmen erwirbt, das öffentliche Aufgaben im Rahmen eines In-house-Verhältnisses wahrnimmt, dieses In-house-Verhältnis beendet ist und eine Ausschreibung für den betreffenden Auftrag oder die betreffende Konzession durchgeführt werden muss, 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, muss für die betreffende Leistung kein zweites Vergabeverfahren mehr durchgeführt werden. Sollten sich jedoch wesentliche Änderungen in Bezug auf die Leistungserbringung ergeben, die in den ursprünglichen Vergabebedingungen nicht vorgesehen waren, muss ein neues Verfahren eingeleitet werden. Nähere Informationen sind der Mitteilung der Kommission über institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften¹⁹³ zu entnehmen, in der ausführlich erläutert wird, wie ein solches Verfahren auszusehen hat.

213. Inwieweit ist es möglich, bei einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession für eine soziale Dienstleistung von allgemeinem Interesse die Einhaltung bestimmter Corporate-Governance-Regeln 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)?

Nach den Vergaberichtlinien ist es möglich, dass die öffentlichen Auftraggeber im Laufe des Vergabeverfahrens besondere Anforderungen (die auch sozialer Art sein können) stellen, solange diese mit dem Unionsrecht (insbesondere mit den im AEUV verankerten Grundsätzen wie Transparenzgebot und Diskriminierungsverbot) vereinbar sind und sie 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 gewünschten Produkte/Leistungen geeignet sein). Auflagen, die Teil der Erfüllungsklauseln sind, müssen demgegenüber nicht unbedingt mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang 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

¹⁹³ 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) (ABl. C 91 vom 12.4.2008, S. 4).

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 besteht.¹⁹⁴ Die Pflicht zur Einhaltung dieser Grundregeln, insbesondere des Diskriminierungsverbots, verhindert auch, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn er nicht unter die Vergaberichtlinien fallende Aufträge vergibt, Auflagen macht, die nicht mit dem Vertragsgegenstand oder der Vertragserfüllung in Zusammenhang stehen.

Auflagen in Bezug auf die Corporate Governance, insbesondere in Bezug auf die Kontrolle des Unternehmens oder die Vertretung bestimmter Personengruppen in der Leitung des Dienstleistungsunternehmens, beziehen sich aber auf die Organisation des Unternehmens insgesamt. Daher ist weder von einem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand noch mit der Auftragsausführung auszugehen, denn zum einen sind die Auflagen nicht zu einer näheren Bestimmung der Leistung hinsichtlich ihrer Merkmale oder des Preis-Leistungsverhältnisses geeignet und zum anderen stehen sie nicht mit den Aufgaben in Zusammenhang, die für die Erbringung der betreffenden Dienstleistung erfüllt werden müssen.

Hingegen könnte der öffentliche Auftraggeber durchaus vorschreiben, dass eine bestimmte Dienstleistung unter Beteiligung der Nutzer zu erbringen und zu bewerten ist, sofern dies keine Ungleichbehandlung zur Folge hat oder den Ausgang des Vergabeverfahrens vorwegnimmt (siehe hierzu Frage 203).

Es gibt mehrere Möglichkeiten für eine Beteiligung der Nutzer, wobei graduelle Unterschiede bestehen können (z. B. Durchführung von Umfragen, Lob-, Ideen- und Meckerkasten). Der öffentliche Auftraggeber hat möglicherweise bezüglich des Umfangs der Nutzerbeteiligung konkrete Vorstellungen. Er könnte beispielsweise verlangen, dass der Dienstleister, der den Zuschlag erhält, eine Struktur/ein Verfahren vorsieht, über die/das die Vertreter der Nutzer in der Phase der Vertragserfüllung in die Entscheidungen einbezogen werden können, 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.

214. 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 Leistungsbeschreibung¹⁹⁵ entweder unter Bezugnahme auf sehr detaillierte Vorgaben formuliert werden oder unter Bezugnahme auf Leistungs- oder Funktionsanforderungen¹⁹⁶. 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 innovative Lösungen entwickeln und vorschlagen können, die den komplexen Bedürfnissen der Nutzer entsprechen.

¹⁹⁴ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 7.12.2000, Telaustria, C-324/98, Slg. 2000, I-10745.

¹⁹⁵ Artikel 23 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁹⁶ 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“.

Varianten¹⁹⁷ sind eine andere Möglichkeit der Innovationsförderung. 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 mit den Grundsätzen des AEUV (Transparenz, Nichtdiskriminierung) im Einklang steht. 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 Dialog vergleichbar ist.¹⁹⁸

215. 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 bekanntgemacht 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“; zu diesem Zweck muss er 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 bekanntzumachen, auch wenn das EU-Recht dies nicht vorschreibt.

216. Bestehen neben der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen auch andere Möglichkeiten für die Vergabe von SDAI, die ebenfalls eine große Auswahl von Anbietern und die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots sicherstellen?

Ja. Die Vergabebehörde kann beispielsweise im Voraus die Auflagen festlegen, die bei der Erbringung einer Sozialdienstleistung zu beachten sind, und nach ausreichender Bekanntmachung unter Wahrung des Transparenz- und Nichtdiskriminierungsgrundsatzes (siehe Frage 202) 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 ein Angebot unterbreiten.

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ Vgl. Artikel 29 der Richtlinie 2004/18/EG; dieses Verfahren gilt für Aufträge, die vollumfänglich der Richtlinie unterliegen.

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

217. Schreibt das Unionsrecht für DAWI eine besondere Form der Bereitstellung 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 und wie diese Dienstleistungen bereitgestellt werden sollen. Die öffentliche Hand kann somit frei entscheiden, wie sie die von ihr bereitgestellten gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen organisiert.

Das Beihilferecht (Artikel 106 Absatz 2 AEUV) ermöglicht es der öffentlichen Hand, ihre DAWI nach eigenem Ermessen zu organisieren und zu finanzieren, solange der von ihr gewährte Ausgleich nicht über das hinausgeht, was nötig ist, um den Gemeinwohlaufrag 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 Vergütung handelt, d. h. gegen Zahlung eines bestimmten Betrags oder gegen Übertragung des Rechts, für die Dienstleistung eine Gebühr zu erheben), müssen die Vergabebehörden nicht nur das Beihilferecht beachten, sondern auch die Vergabevorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen. Für weitere Informationen siehe auch Frage 200.

Erfolgt die Auswahl des Unternehmens, das mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut werden soll, im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens, das die Auswahl desjenigen Bieters ermöglicht, der die Dienstleistung zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, und sind die anderen Bedingungen des Altmark-Urteils erfüllt (siehe hierzu Frage 61), stellt der gewährte Ausgleich keine staatliche Beihilfe im Sinne des Altmark-Urteils dar.

218. Muss ein öffentlicher Auftraggeber, wenn er den Anbieter einer DAWI im Einklang mit den Beihilfavorschriften vergütet, auch die EU-Vorschriften für 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. Sie zielen darauf ab, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, die durch vom Staat und seinen Organen gewährte finanzielle Mittel oder vergleichbare Vorteile verursacht werden. Die Vergabevorschriften regeln dagegen die Voraussetzungen für die Vergabe der Dienstleistungsaufträge. Sie sind in erster Linie darauf ausgerichtet, Gleichbehandlung und Transparenz zu gewährleisten und Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, die sich aus dem Umgang der öffentlichen Hand mit öffentlichen Geldern bei der Vergabe solcher Dienstleistungsaufträge ergeben. Darüber hinaus sollen sie in größtmöglichem Umfang den Wettbewerb in Europa fördern sowie das bestmögliche Preis-Leistungs-Verhältnis auch zugunsten der Nutzer sichern.

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 Vergütung 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 oder Konzession nach EU-Recht muss anhand der Definitionen des öffentlichen Auftrags bzw. der Konzession 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 Definition 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 des Rechts, für die Erbringung der Dienstleistung eine Gebühr zu erheben).
- d) Der öffentliche Auftraggeber sucht aktiv nach einem Unternehmen, das er mit der Dienstleistung betrauen kann.
- e) Der Vertrag enthält Sanktionen (z. B. Straf- oder Entschädigungszahlungen) für den Fall, dass die Vertragspflichten nicht erfüllt werden, um 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.

219. 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 ein Ausgleich für diese Dienstleistung gewährt werden, wenn die Einnahmen aus ihrer Erbringung nicht kostendeckend sind. Dieser Ausgleich darf die tatsächlich entstandenen Nettokosten unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns 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 Erbringung der betreffenden Dienstleistung verbundenen Risikos trägt. Wird mit der Beihilfe hingegen das mit der

Erbringung 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 Fragen 200 und 202).

220. Bedeutet die Ausnahmeregelung, nach der die Vergabevorschriften nicht für die In-house-Vergabe gelten, auch, dass die Beihilfavorschriften keine Anwendung finden?

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

Zum EU-Beihilferecht siehe Frage 44.

Weitere Erläuterungen zum EU-Vergaberecht befinden sich unter Frage 199.

221. Anhand welcher objektiven Kriterien lässt sich feststellen, dass das mit der Erbringung der betreffenden Dienstleistung verbundene Risiko (Betriebsrisiko) durch die Ausgleichsleistung 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 sind somit für die Feststellung, ob es sich bei einem Vertrag um eine Konzession handelt oder nicht, ausschlaggebend. Der Rechtsprechung des Gerichtshofs zufolge (insbesondere in der Rechtssache C-300/07 Oymanns und der Rechtssache C-206/08 Eurawasser) liegt eine Konzession nur dann vor, wenn das Betriebsrisiko im Wesentlichen oder zu einem erheblichen Teil auf den Erbringer der Dienstleistung übertragen wird.

Ob ein erhebliches 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 Ausgleichsleistung kein erhebliches 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 BINNENMARKTVORSCHRIFTEN DES AEUV AUF DAWI UND SDAI (NIEDERLASSUNGS- UND DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT)

Mit „Binnenmarktvorschriften des AEUV“ sind hier die Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in den Bereichen Niederlassungsfreiheit (Artikel 49 AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Artikel 56 AEUV) gemeint. Die Vergabevorschriften sind in Abschnitt 4 dieses Leitfadens erläutert.

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

Die SDAI fallen unter die Binnenmarktvorschriften des AEUV, wenn es sich bei diesen Dienstleistungen um eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs über die Auslegung dieser Artikel handelt. Einige von ihnen können auch unter die Dienstleistungsrichtlinie fallen. Für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten hingegen gelten die Binnenmarktvorschriften nicht.

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 werden.¹⁹⁹ Zum Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Binnenmarktvorschriften des AEUV siehe Frage 223.

223. 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 Binnenmarktvorschriften des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) und die Dienstleistungsrichtlinie.

Danach gilt jede gegen eine Vergütung erbrachte Dienstleistung als wirtschaftliche Tätigkeit. Dem EuGH zufolge muss die Dienstleistung nicht unbedingt von denjenigen bezahlt werden, denen sie zugutekommt²⁰⁰, 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 oder der Organisation abhängt (bei dem/der es sich um eine gemeinnützige Einrichtung oder Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln kann)²⁰¹ 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 sind)²⁰². Auch die Betätigung der Mitglieder einer Religionsgemeinschaft oder eines Amateursportvereins könnte demnach auch als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden.²⁰³ 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 betrachtet werden. Dass

¹⁹⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 11. April 2000, *Deliège*, verbundene Rechtssachen C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549, Rdnr. 52.

²⁰⁰ So können nach Auffassung des EuGH beispielsweise Krankenhausdienstleistungen, die im Rahmen der Krankenversicherung kostenlos erbracht werden, durchaus eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des AEUV darstellen.

²⁰¹ Urteil des Gerichtshofs vom 29. Juni 1999, *Kommission/Belgien*, C-172/98, Slg. 1999, I-3999. In seinem Urteil vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg. 2001, I-05473, 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 des Artikels 60 des Vertrags sein kann.

²⁰² Urteil *Smits und Peerbooms*, a.a.O.

²⁰³ Urteil des Gerichtshofs vom 5. Oktober 1988, *Steymann*, C-196/87, Slg. 1988, 6159, sowie Urteil *Deliège* (verbundene Rechtssachen C-51/96 und C-191/97).

mit einer Tätigkeit ein Ziel von allgemeinem Interesse 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 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. Frage 229). 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 unter den Fragen 226 und 227 näher ausgeführt.

224. Wann gilt eine Tätigkeit als „nichtwirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Binnenmarktvorschriften des AEUV (Artikel 49 und 56 AEUV) und der Dienstleistungsrichtlinie?

Tätigkeiten, die beispielsweise im Rahmen der sozialen Daseinsvorsorge vom Staat oder im Auftrag des Staates ohne wirtschaftliche Gegenleistung erbracht werden, stellen keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Binnenmarktvorschriften und der Dienstleistungsrichtlinie dar.²⁰⁴

Beispiele:

- Leistungen, die auf der Grundlage einer Pflichtversicherung erbracht werden (z. B. Schadenersatzzahlungen bei naturbedingten Schadensfällen).²⁰⁵
- Allgemeinbildender Unterricht, der im Rahmen des nationalen Bildungswesens erteilt wird²⁰⁶, oder Unterricht an einer Hochschule, die im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert wird.²⁰⁷

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

²⁰⁴ Urteil des Gerichtshofs vom 7. Dezember 1993, Wirth/Landeshauptstadt Hannover, C-109/92, Slg. 1993, I-6447.

²⁰⁵ In seinem Urteil in der Rechtssache C-355/00 (Urteil des Gerichtshofs vom 22. Mai 2003, Freskot/Dimosio, Slg. 2003, I-05263) 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.

²⁰⁶ In seinem Urteil in der Rechtssache C-263/86, Humbel (Urteil des Gerichtshofs vom 27. September 1988, Slg. 1988, 5365) 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.

²⁰⁷ 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.

Von der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Richtlinie) sind 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 Dienstleister 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. Maßnahmen zur Regulierung des Sozialdienstleistungssektors kann mit sozialpolitischen Zielen gerechtfertigt werden, solange diese Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen. Siehe auch die Fragen 226 und 227.

226. Können sozialpolitische Ziele als Begründung für gesetzliche Vorgaben für Sozialdienstleistungen gelten?

Dem Gerichtshof zufolge steht es den Mitgliedstaaten frei, sozialpolitische Ziele geltend zu machen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen. Allerdings müssen die Vorgaben die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit erfüllen. 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“ formuliert, mit denen die Mitgliedstaaten eine Einschränkung der Binnenmarktfreiheiten rechtfertigen können (z. B. sozialpolitische Ziele, Schutz der Dienstleistungsempfänger und 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 schlagen.²⁰⁸ Die Einschränkung muss jedoch geeignet sein, die von den Mitgliedstaaten geltend gemachten Ziele zu erreichen, und darf nicht über das hierfür notwendige Maß hinausgehen.

So kann 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.

227. Dürfen die Mitgliedstaaten die Erbringung bestimmter Sozialdienstleistungen Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht vorbehalten?

²⁰⁸ Vgl. diesbezüglich das Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-447/08 und C-448/08 zu Online-Glücksspielen (Urteil des Gerichtshofs vom 8. Juli 2010, Sjöberg/Gerdin, Slg. 2010, I-06921).

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 zu übertragen.²⁰⁹ Solche Maßnahmen müssen jedoch geeignet sein, die von dem betreffenden Mitgliedstaat geltend gemachten Ziele zu erreichen, und dürfen nicht über das hierfür erforderliche Maß hinausgehen. 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

228. 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 (z. B. Verkehrsdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen, bestimmte Sozialdienstleistungen, Dienstleistungen und Netze der elektronischen Kommunikation sowie 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 Dienstleister 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 rechtlich oder tatsächlich verhindern (Artikel 15 Absatz 4). Die Mitgliedstaaten können überdies nach den Artikeln 9 bis 13 Genehmigungsregelungen für die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit (einschließlich DAWI) beibehalten, sofern diese Genehmigungen keine Diskriminierung zur Folge haben, durch einen zwingenden Grund 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

²⁰⁹ Verbundene Rechtssachen C-447/08 und 448/08, a.a.O., Rdnr. 43. Siehe auch Rechtssache C-70/95, Sodemare, Slg. 1997, I-3395.

Dienstleistern wie Verbrauchern zugutekommt. 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/implementing_legislation_de.htm

229. 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 Dienstleister oder durch von ihm als gemeinnützig anerkannte Einrichtungen erbracht werden. Da es sich somit 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 deren Qualität zu garantieren. Die Mitgliedstaaten können nach den Artikeln 9 bis 13 Genehmigungsregelungen für die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit beibehalten, sofern diese Regelungen keine Diskriminierung zur Folge haben, 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).

230. 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 Aufnahme oder 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 restriktive 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 Fragen 225 und 230.

231. *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 unter die Richtlinie fallen? 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 Frage 230).

232. *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 beauftragte Dienstleister 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 nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen, wenn sie von Wirtschaftsteilnehmern ohne staatlichen Auftrag erbracht werden. Siehe hierzu auch Frage 229.

233. *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 staatliche Verwaltung 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 im Namen des Staates beauftragt wurde.

234. 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 ein vom Staat beauftragter Dienstleistungserbringer im Sinne des Artikels 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 einer öffentlichen Ausschreibung 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.

235. Ist der Begriff des „vom Staat beauftragten Dienstleistungserbringers“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j) gleichbedeutend mit dem Begriff der Betrauung im Sinne des Artikels 106 Absatz 2 AEUV und des DAWI-Pakets?

Siehe hierzu Frage 51.

236. Stellt der Beschluss einer regionalen Behörde, die Erbringung einer genau definierten, im allgemeinen Interesse stehenden Sozialdienstleistung auf dem Gebiet der Berufsbildung einer oder mehreren Berufsbildungseinrichtungen in Form einer Dienstleistungskonzession mit entsprechendem Ausgleich zu übertragen, einen „Auftrag“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie dar?

Eine Berufsbildungseinrichtung, der per Beschluss einer regionalen Behörde die Erbringung einer im allgemeinen Interesse stehenden sozialen Dienstleistung auf dem Gebiet der Berufsbildung in Form einer Dienstleistungskonzession übertragen wurde, kann nur insoweit 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.

Nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j der Richtlinie in Verbindung mit Erwägungsgrund 27 kann eine Dienstleistung im Bereich der beruflichen Bildung, 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 Frage 226. Zur Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf solche Maßnahmen siehe Frage 52.

237. 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 nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen werden können; hierbei 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 die fehlende Gewinnerzielungsabsicht des Dienstleisters, sondern beinhaltet auch den Umstand, 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 unter anderem, dass die Anerkennung der fehlenden Gewinnerzielungsabsicht 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 betrachten. 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 Dienstleistungsrichtlinie²¹⁰ hat die Kommission „Kirchen und kirchliche Organisationen, die wohltätigen und gemeinnützigen Zwecken dienen“ als Beispiel für gemeinnützige Einrichtungen im Sinne der Richtlinie angeführt. Für die Anwendung der Ausnahmeregelung auf Sozialdienstleistungen kommt es allerdings nicht auf den religiösen oder säkularen Charakter der Einrichtung an.

²¹⁰ Das Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie ist unter folgender Internetadresse abrufbar: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/documents_de.htm.

Demnach sind Dienstleistungen, die von einer Einrichtung erbracht werden, deren Gemeinnützigkeit staatlich anerkannt ist, nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen, unabhängig davon, ob es sich um eine religiöse oder säkulare Einrichtung handelt.