



## **Leitfaden**

EG-Beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge



## Unter Mitwirkung von

Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands, Berlin  
Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen  
Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen  
Stadt Eschweiler, Wirtschaftsförderung, Liegenschaften und Tourismus  
Stadt Essen, Beteiligungsmanagement  
Stadt Solingen, Beteiligungsmanagement  
Wirtschaftsförderungsgesellschaft Paderborn  
Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Universität Bonn

## Die Verfasser

nehmen Kritik und weiterführende Hinweise gerne entgegen

---

Ministerium für Wirtschaft,  
Mittelstand und Energie  
des Landes Nordrhein-Westfalen



### LMR Dr. Tobias Traupel

Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie  
des Landes Nordrhein-Westfalen  
Tel: 0211 – 837 4251  
eMail: tobias.traupel@mwme.nrw.de

---

## Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände NRW

**Städtetag**  
Nordrhein-Westfalen



### Barbara Leutner

Städtetag Nordrhein-Westfalen  
Tel: 0221 – 3771 272  
eMail: barbara.leutner@staedtetag.de

---



### RA Dr. Carsten Jennert, LL.M.

KPMG Rechtsanwaltskanzlei Steuerberatungsgesellschaft mbH  
Tel: 0221 - 271689 - 1689  
eMail: cjennert@kpmg-law.com

---

Dieser Leitfaden steht zum Download bereit unter: [www.wirtschaft.nrw.de/400/100/index.php](http://www.wirtschaft.nrw.de/400/100/index.php)



# **EG-Beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge**

Ein Leitfaden zur Überprüfung von Ausgleichsleistungen der Kommunen in Nordrhein-Westfalen an Betriebe und Unternehmen der Daseinsvorsorge auf Vereinbarkeit mit den EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen des sogenannten Monti-Pakets der Europäischen Kommission vom November 2005 und die Möglichkeit zur Befreiung von der Notifizierungspflicht auf der Grundlage eines Betrauungsakts

Düsseldorf/Köln, Mai 2008

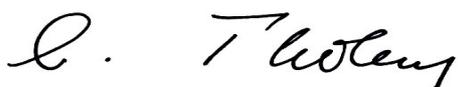
## Vorwort

Die Praxis der Finanzierung kommunaler Regie- und Eigenbetriebe sowie kommunaler Unternehmen steht seit einigen Jahren unter verschärfter wettbewerbsrechtlicher Beobachtung durch die Europäische Kommission. Der Europäische Gerichtshof hat hierfür vor allem in seinem "AltmarkTrans"-Urteil vom 24.07.2003 Maßstäbe gesetzt. Sie sind die Grundlage für eine Finanzierung, die die effiziente Wahrnehmung kommunaler Aufgaben ermöglicht und gleichzeitig Verzerrungen zu Lasten privater Wettbewerber vermeidet.

Sowohl die Kommunen, ihre Betriebe, Einrichtungen und Unternehmen als auch die privaten Wettbewerber und hier vor allem der örtlich aktive Mittelstand haben ein erhebliches Interesse daran, dass die Kriterien für das beihilferechtlich zulässige Maß kommunaler Ausgleichsleistungen klar erkennbar sind und eingehalten werden können. Hierzu bedarf es zusätzlicher Erläuterungen, die einen Weg weisen, wie die Gegebenheiten kommunalwirtschaftlicher Praxis in Nordrhein-Westfalen mit den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs sowie der Entscheidung der Kommission vom 28.11.2005 und dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, in Übereinstimmung gebracht werden können.

Diesem Ziel dient der vorliegende Leitfaden. Die dort niedergelegten Ergebnisse sind von einer Arbeitsgruppe unter Federführung des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen und der kommunalen Spitzenverbände Nordrhein-Westfalens und unter Einbeziehung des kommunalwirtschaftlichen, steuer-, vergabe- und wettbewerbsrechtlichen Sachverständs von Experten der Landes- und Kommunalverwaltung sowie der Rechtswissenschaft erarbeitet worden.

Ich bin sicher, dass er seinen Beitrag zur beihilfenrechtskonformen Finanzierung kommunaler Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen wird.



Christa Thoben  
Ministerin für Wirtschaft, Mittelstand und Energie  
des Landes Nordrhein-Westfalen

## Vorwort

Leistungen der Daseinsvorsorge und ihre Behandlung durch das europäische und nationale Recht haben für die deutschen Kommunen eine ganz grundsätzliche Bedeutung. Von diesen Leistungen werden die Bürgerinnen und Bürger in den Kommunen unmittelbar betroffen und deshalb tragen die Kommunen auf der Grundlage des Rechts der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland die Verantwortung für deren Durchführung und führen einen großen Teil dieser Leistungen selbst durch. Zu diesen Aufgaben gehören neben den klassischen Infrastrukturleistungen der Ver- und Entsorgung u. a. auch Leistungen in den Bereichen der sozialen Fürsorge, der Bildung und des Kulturangebots. Zu nennen sind exemplarisch ein leistungsstarkes ÖPNV-Angebot, eine umweltgerechte Abfall- und Abwasserbeseitigung, kulturelle Angebote vom Theater bis zur Volkshochschule sowie die vielfältigen Aufgaben im Gesundheitswesen.

Vorrangiges Ziel ist dabei, jeweils eine möglichst gleichmäßige und qualitativ hochwertige Versorgung der Bürgerinnen und Bürger sowie der lokalen und privaten Wirtschaft sicherzustellen. Die Erbringung dieser Leistungen für Bürger und Wirtschaft ist aufgrund ihres allgemeinwirtschaftlichen Charakters jedoch nicht immer kostendeckend möglich, so dass ohne öffentliche und insbesondere kommunale Zuschüsse dieses Ziel in der Praxis häufig nicht verwirklicht werden kann. Das wirft unmittelbar die Frage nach der Vereinbarkeit solcher Zuschüsse mit dem europäischen Beihilfenrecht auf.

Gerade für die Handlungsebene vor Ort, die Städte, Kreise und Gemeinden, stellt der rechtssichere Umgang mit Beihilfen für Leistungen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge eine große Herausforderung dar. Spätestens seit der „Altmark Trans“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes sind sich auch die Praktiker vor Ort, sei es in den Verwaltungen selbst oder in der kommunalen Unternehmen, die Leistungen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge erbringen, der Reichweite dieser Thematik bewusst. Die Initiative der EU-Kommission im Rahmen des Monti-Pakets, Beihilfen, die einen bestimmten Schwellenwert nicht überschreiten, unter bestimmten Bedingungen von der Genehmigungspflicht freizustellen, wird daher von den Kommunen begrüßt. Allerdings fehlt es – trotz der Hilfestellung der Innenministerkonferenz im Rahmen einer Handreichung – an konkreten Umsetzungshilfen. Genau hier will der vorliegende Leitfaden ansetzen und einen verständlichen Überblick über den Umgang mit diesem Themenfeld bieten.

Aufgrund der Vielzahl der betroffenen Dienstleistungen kann der Leitfaden nicht alle Detailfragen lösen. So ist der Leitfaden zwar auf die Leistungen im sozialen, gesundheitlichen, Bildungs- und kulturellen Bereich, die nach europäischer Auffassung ebenfalls wirtschaftlicher Natur sein können, anwendbar.

Er kann aber aufgrund der besonderen Strukturen dieser Leistungen nicht auf deren konkrete Rahmenbedingungen eingehen – wie z. B. die Funktionsfähigkeit der unterschiedlich lokal verankerten und historisch gewachsenen sozialen Sicherungssysteme. Insofern bietet dieser Leitfaden ein grundsätzliches Verständnis für die Sachzusammenhänge und stellt zugleich eine wichtige Orientierungshilfe für die Praktiker vor Ort dar.

Wir bedanken uns insbesondere bei den Vertretern des Wirtschafts- und Innenministeriums für ihre Unterstützung und Kooperationsbereitschaft.



Dr. Stephan Articus  
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied  
des Städtetages Nordrhein-Westfalen



Dr. Martin Klein  
Hauptgeschäftsführer  
des Landkreistages Nordrhein-Westfalen



Dr. Bernd Jürgen Schneider  
Hauptgeschäftsführer  
des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen

## Inhaltsverzeichnis

## Seite

A.	Einleitung .....	9
B.	Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG .....	12
1.	Unternehmen .....	12
1.1.	Selbständige Einheit .....	13
1.1.1.	Eigenbetriebe und Regiebetriebe .....	13
1.1.2.	Behandlung von Konzernen/Organschaften .....	13
1.2.	Wirtschaftliche Tätigkeit .....	14
2.	Begünstigung .....	16
2.1.	Wirtschaftlicher Vorteil .....	16
2.2.	Keine Beihilfe bei Erfüllung der vier Altmark Trans-Kriterien .....	17
2.3	Bedeutung der genauen Identifizierung sämtlicher Zuwendungen .....	19
3.	Wettbewerbsverfälschung – Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten.....	20
3.1.	Wettbewerbsverfälschung bei lokalen Tätigkeiten.....	20
3.2.	Wettbewerbsverfälschung bei monopolistisch geprägten Tätigkeiten.....	21
C.	Freistellung vom Beihilfenverbot und der Notifizierungspflicht nach der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission.....	22
1.	Anwendungsbereich .....	23
1.1.	Anwendbarkeit der Freistellungsentscheidung im „kommunalen Konzern“ .....	23
1.2.	Ausgleichszahlungen an Verkehrsunternehmen .....	25
1.3.	Maßgeblicher Berechnungszeitraum.....	26
2.	Aufgabe der Daseinsvorsorge.....	26
2.1.	Kommunale Definitionshoheit .....	26
2.2.	Indizienkatalog für Aufgaben der Daseinsvorsorge .....	27
2.3.	Beispiele aus der Entscheidungspraxis der Europäischen Institutionen .....	28
2.4.	Erfordernis einer ausgleichsfähigen Gemeinwohlverpflichtung im Bereich der Daseinsvorsorge .....	29
2.5.	Empfehlung für die Prüfungsreihenfolge bei der Beurteilung kommunaler Tätigkeiten in der Praxis.....	30
3.	Betrauungsakt.....	31
3.1.	Anforderungen an den Betrauungsakt nach der Freistellungsentscheidung.....	31
3.2.	Korrekturmechanismus .....	32
3.3.	Umsetzung der Anforderungen an den Betrauungsakt im deutschen Recht.....	32

3.3.1.	Betriebssatzung/Gesellschaftsvertrag in Kombination mit Beschluss des Rates bzw. der Gesellschaftsversammlung.....	33
3.3.2.	Zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vertrag.....	34
3.3.3.	Zuwendungsbescheid .....	35
3.3.3.1	Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen – umsatzsteuerliche Abgrenzung zwischen echtem Zuschuss und steuerbarem Leistungsaustausch .....	36
3.3.3.2	Betrautes Unternehmen und geographischer Geltungsbereich .....	39
3.3.3.3	Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte.....	39
3.3.3.4	Parameter zur Berechnung, Überwachung und etwaigen Änderung der Ausgleichszahlungen: Wirtschaftsplan und getrennte Rechnungslegung.....	39
3.3.3.5	Die Vorkehrungen zur Verhinderung bzw. Rückerstattung von Überkompensationen: Rückforderungspflichten und Verwendungsnachweis.....	42
3.3.3.6	Rechtsfolge einer ordnungsgemäßen Betrauung: Freistellung vom Beihilfenverbot und der Notifizierungspflicht.....	43
3.3.3.7	Umfang der Freistellung: Kein Gebot der Kostenoptimierung.....	44
4.	Körperschaftsteuerliche Folgewirkungen einer zukünftigen Finanzierung kommunaler Unternehmen der Daseinsvorsorge durch Zuwendungsbescheid .....	45
4.1.	Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung .....	45
4.2.	Anwendung der vGA-Grundsätze auf strukturell dauerdefizitäre BgA und kommunale Eigengesellschaften?.....	46
4.3.	Mögliche Auswirkungen der Defizitfinanzierung durch Zuwendungsbescheid auf die vGA-Problematik .....	47
4.4.	Mögliche Auswirkungen der Defizitfinanzierung durch Zuwendungsbescheid auf den steuerlichen Querverbund .....	48
4.4.1.	Wegfall der Möglichkeit zur Verlustverrechnung bei individuellem Zuwendungsbescheid .....	49
4.4.2.	Beihilfenrechtliche Zulässigkeit der Verlustausgleichspflicht im Rahmen von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen .....	49
5.	Verhältnis des Monti-Pakets zu anderen Beihilfenvorschriften .....	50

## A. Einleitung

Die Problematik der Vereinbarkeit von Mittelzuwendungen der Kommunen an ihre Eigenbetriebe und kommunalen Gesellschaften – u. a. Kapitaleinlagen, Verlustausgleichszahlungen, Darlehen und Betriebskostenerstattungen – mit den Vorgaben des Europäischen Beihilfenrechts ist seit längerem virulent. Dies gilt insbesondere für die Finanzierung von zumeist strukturell defizitären Leistungen der sogenannten Daseinsvorsorge<sup>1</sup> wie die Unterhaltung von öffentlichen Bädern oder die Organisation des öffentlichen Nahverkehrs.

Der Europäische Gerichtshof hat mit seinem Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtsache „Altmark Trans“ eine erste Klärung herbeigeführt und insbesondere die Voraussetzungen benannt, bei deren Erfüllung derlei Mittelzuwendungen bereits tatbestandlich nicht unter das grundsätzliche Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG fallen und damit auch keiner Anmeldung bei der Europäischen Kommission bedürfen. Allerdings sind die Ausführungen des Urteils nicht dazu bestimmt und geeignet, den Kommunen präzise Orientierungshilfen für eine beihilfenkonforme Ausgestaltung der Mittelzuwendungen zu ermöglichen.

Die Europäische Kommission als ausschließlich für die Anwendung des EG-Beihilfenrechts zuständige Verwaltungsbehörde hat vor diesem Hintergrund im November 2005 ein Maßnahmenpaket erlassen, welches den derzeit gültigen, abschließenden Rechtsrahmen für die Gewährung von finanziellen Zuwendungen seitens der Kommunen an ihre Eigenbetriebe und Gesellschaften zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge darstellt. Dieses sogenannte „Monti-Paket“ besteht aus drei Dokumenten: Einer vom Bundesgesetzgeber in nationales Recht umzusetzenden Richtlinie 2005/81/EG zur Änderung der bereits existierenden sogenannten „Transparenzrichtlinie“, einer unmittelbar verbindlichen Entscheidung 2005/842/EG sowie einem die Kommission in ihrer Verwaltungspraxis selbst bindenden Gemeinschaftsrahmen.

Die Transparenzrichtlinie sieht eine Pflicht zur getrennten Buchführung für alle Unternehmen vor, die einerseits über besondere oder ausschließliche Rechte verfügen und/oder Ausgleichszahlungen für Leistungen der Daseinsvorsorge erhalten und andererseits neben den Daseinsvorsorge-Tätigkeiten auch noch andere Tätigkeiten im Wettbewerb zu privaten Marktteilnehmern ausüben. In der nachfolgend so bezeichneten „Freistellungsentscheidung“ 2005/842/EG benennt die Kommission verschiedene Voraussetzungen, bei deren Erfüllung Zuwendungen an kommunale

---

<sup>1</sup> Der beihilferechtliche Begriff der Leistungen der Daseinsvorsorge ist erheblich weiter gefasst als im deutschen Recht und geht insbesondere über den Bereich der kommunalen Pflichtaufgaben hinaus. Näher hierzu Abschnitt C.2.

Unternehmen<sup>2</sup> zur Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge zwar Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG darstellen, aufgrund der gesetzlichen Freistellung durch die Entscheidung aber nicht gemäß der Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG bei der Kommission zur Prüfung und Genehmigung angemeldet werden müssen (Prinzip der Legalausnahme). Der Gemeinschaftsrahmen schließlich erläutert die Voraussetzungen für eine mögliche beihilfenrechtliche Genehmigung solcher Mittelzuwendungen, die zwar der Finanzierung der Daseinsvorsorge dienen, aber nicht alle Voraussetzungen für eine Freistellung vom Beihilfenverbot und der Notifizierungspflicht nach der Entscheidung 2005/842/EG erfüllen. Die genannten Dokumente sind diesem Leitfaden als **Anlagen 1–3** beigefügt.

Die Innenministerkonferenz der Länder und die kommunalen Spitzenverbände haben im März 2006 eine Handreichung zur Umsetzung insbesondere der Freistellungsentscheidung erarbeitet (**Anlage 4**). Diese Handreichung bietet die Grundlage für die weitergehenden Präzisierungen, denen sich der vorliegende Leitfaden widmet. Dies gilt vor allem für die rechtliche Ausgestaltung und den Konkretisierungsgrad des sogenannten Betrauungsakts, mit welchem dem jeweiligen kommunalen Unternehmen Aufgaben der Daseinsvorsorge übertragen werden. Zudem stellt sich die Frage, ob und inwieweit sich die beihilfenrechtlichen Anforderungen an den Betrauungsakt mit den Vorgaben des Vergaberechts sowie des Umsatz- und Körperschaftsteuerrechts in Einklang bringen lassen.

Ungeachtet dieser in der Praxis bestehenden Unsicherheiten prüft die Europäische Kommission das Vorliegen der Voraussetzungen für die Freistellung von der Notifizierungspflicht seit dem 29. November 2006. Verstöße gegen die Notifizierungspflicht können zur Rückforderung der Zuwendungen durch die Kommission und nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nichtigkeit der zugrunde liegenden Rechtsakte gemäß § 134 BGB führen. Diese Nichtigkeit kann von Wettbewerbern der kommunalen Unternehmen auch unmittelbar vor deutschen Gerichten geltend gemacht werden. Entsprechende Risiken sind dementsprechend auch bei der Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses eines kommunalen Unternehmens zu beachten.

Vor diesem Hintergrund hat das Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen auf Anregung des Städtetages Nordrhein-Westfalen im November 2006 eine Arbeitsgruppe einberufen, der Vertreter aus Kommunen, kommunalen Unternehmen, Ministerien des Landes, Anwaltschaft, Verbänden und Rechtswissenschaft angehören. Die Arbeitsgruppe hat in mehreren Sitzungen die verschiedenen Aspekte des Monti-Paketes beleuchtet und Lösungsansätze für eine praxismgerechte Ausgestaltung des Betrauungsakts erarbeitet. Der

---

<sup>2</sup> Soweit im Monti-Paket sowie in den nachfolgenden Ausführungen von (kommunalen) Unternehmen die Rede ist, sind damit sowohl Unternehmen als auch Einrichtungen im Sinne der Differenzierung in § 107 Abs. 1, 2 GO NRW gemeint.

vorliegende Leitfaden ist das Ergebnis dieser Arbeit. Darüber hinaus sind in ihn Erfahrungen aus einem Modell-Projekt des Beteiligungsmanagements der Stadt Essen zur Überprüfung der Transferleistungen an die städtischen Betriebe und Gesellschaften eingeflossen.

Ziel des Leitfadens ist es, den Kommunen und ihren Unternehmen eine Arbeitshilfe bei der Umsetzung des Monti-Paketes zu geben und so zu mehr Rechtssicherheit und Transparenz bei der Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge in Nordrhein-Westfalen zu führen.

Wenngleich der Leitfaden grundsätzlich für sämtliche gemeinwohlorientierten Leistungen konzipiert ist, kann er naturgemäß nicht die tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten bestimmter Bereiche wie die des ÖPNV/SPNV, des Krankenhaussektors, der sozialen Dienstleistungen und des sozialen Wohnungsbaus berücksichtigen. Ebenso wenig kann er die gegebenenfalls erforderliche rechtliche und steuerliche Beratung im konkreten Einzelfall ersetzen. Alle Informationen wurden nach bestem Wissen und mit äußerster Sorgfalt recherchiert und aufbereitet. Eine Gewähr für die Richtigkeit des Inhalts dieses Leitfadens kann gleichwohl nicht gegeben werden.

## B. Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG

Damit das grundsätzliche Beihilfenverbot des EG-Vertrages einschließlich der Notifizierungspflicht eingreift und sich infolgedessen die Frage einer Freistellung von diesen Vorgaben nach der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission überhaupt stellt, muss der Transfer von kommunalen Finanzmitteln an eine Einrichtung der Daseinsvorsorge eine Beihilfe im Sinne der entsprechenden Regeln des EG-Vertrages darstellen. Dies ist keineswegs selbstverständlich, vielmehr stellen nur solche Maßnahmen eine EG-Beihilfe dar, welche die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

1. Es muss sich um eine Maßnahme zu Gunsten eines *Unternehmens* handeln;
2. Sie muss aus *öffentlichen Mitteln* finanziert werden;
3. Sie muss *begünstigende Wirkung* für das Unternehmen haben;
4. Es muss sich um eine selektive Maßnahme handeln, d. h. sie muss ein *bestimmtes* Unternehmen begünstigen;
5. Sie muss die Gefahr einer *Verfälschung des Wettbewerbs* sowie eine *Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels* hervorrufen<sup>3</sup>.

Fehlt es bei einer Zuwendung an einer dieser nachfolgend erläuterten Voraussetzungen, dann liegt bereits tatbestandlich keine Beihilfe vor. Das grundsätzliche Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG und die Pflicht zur Anmeldung und Einholung einer Genehmigung der Europäischen Kommission greifen dann nicht, so dass es auch auf die Erfüllung der im Abschnitt C erläuterten Voraussetzungen für eine Freistellung aufgrund der Finanzierung einer Aufgabe der Daseinsvorsorge nicht mehr ankommt.

### 1. Unternehmen

Das Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG erfasst nach seinem klaren Wortlaut nur Beihilfen, die zu Gunsten von Unternehmen gewährt werden. Als Unternehmen gilt nach der ständigen Entscheidungspraxis des Europäischen Gerichtshofs und der Europäischen Kommission jede *selbständige Einheit*, die eine *wirtschaftliche Tätigkeit* ausübt.

---

<sup>3</sup> Auf die Voraussetzungen „Selektivität/Begünstigung eines *bestimmten* Unternehmens“ sowie „Gewährung der Beihilfe *aus öffentlichen Mitteln*“ wird nachfolgend nicht näher eingegangen, weil sie bei Ausgleichsleistungen an kommunale Unternehmen der Daseinsvorsorge in aller Regel erfüllt sind; gleichwohl können sie je nach Einzelfall der näheren Prüfung bedürfen.

## **1.1. Selbständige Einheit**

Der Unternehmensbegriff des Gemeinschaftsrechts setzt damit nicht voraus, dass es sich um eine juristische Person handelt. Erforderlich ist nur eine gewisse organisatorische Selbständigkeit der die wirtschaftliche Tätigkeit ausübenden Einheit.

### **1.1.1. Eigenbetriebe und Regiebetriebe**

Dementsprechend wird man zumindest Eigenbetriebe (§ 114 GO NRW) als Unternehmen einstufen müssen, da durch die selbständige Führung des Eigenbetriebes durch die Betriebsleitung (§ 2 Eigenbetriebsverordnung NRW, EigVO NRW) und die finanzwirtschaftliche Verwaltung als Sondervermögen der Gemeinde (§ 9 EigVO NRW) eine hinreichende organisatorische Selbständigkeit gegeben sein dürfte.

Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass selbst solche Stellen, die Bestandteil der staatlichen Verwaltung sind, bei entsprechender Verwaltungsorganisatorischer Selbständigkeit als Unternehmen einzustufen sind. Dies spricht dafür, auch die sogenannten Regiebetriebe – häufig etwa die Stadtentwässerung oder der städtische Bauhof – als Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts einzustufen. Soweit Regiebetriebe aber nur den Eigenbedarf der jeweiligen Kommune decken, fehlt es ihrer Tätigkeit am Marktbezug und damit am wirtschaftlichen Charakter. Im Ergebnis dürften Regiebetriebe daher in aller Regel keine Unternehmen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellen.

### **1.1.2. Behandlung von Konzernen/Organschaften**

Um die zumeist in dem Bereich der Energieversorgung anfallenden Gewinne mit Verlusten aus anderen, defizitären Tätigkeitsbereichen wie etwa dem ÖPNV/SPNV körperschaftsteuermindernd verrechnen zu können und auf Leistungen der Eigen-gesellschaften untereinander keine Umsatzsteuer entrichten zu müssen, sind kommunale Unternehmen häufig als sogenannte steuerliche Organschaften (§§ 14, 17 KStG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG) strukturiert. Neben der Möglichkeit der Saldierung von Gewinnen und Verlusten bietet diese die Möglichkeit eines nicht der Umsatzsteuer unterliegenden Leistungsaustausches zwischen den einzelnen Gesellschaften. Die körperschaftsteuerliche Organschaft setzt den Abschluss eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages (§§ 291, 301, 302 AktG) sowie die Verfügung des Organträgers über eine Mehrheit der Stimmrechte bezüglich der Organgesellschaft voraus (finanzielle Eingliederung). Für die Anerkennung einer umsatzsteuerlichen Organschaft bedarf es der finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung der Organgesellschaft in das Unternehmen des Organträgers (siehe auch unten Abschnitt C.4).

Für den Unternehmensbegriff im Sinne des EG-Beihilfenrechts ist dies insofern von Bedeutung, als es sich nach diesem bei einem Unternehmen nicht zwingend um eine einzelne Einheit oder juristische Person handeln muss. Adressat kann vielmehr auch eine Gruppe von Gesellschaften sein. Sofern sich anhand verschiedener Faktoren wie der Beteiligungsverhältnisse, einer etwaigen Personenidentität in Führungspositionen und/oder dem Grad der wirtschaftlichen Integration ergibt, dass es sich bei den verschiedenen Gesellschaften um eine „Wirtschaftseinheit“ handelt, können diese aus beihilfenrechtlicher Sicht als *ein* Unternehmen behandelt werden. Angesichts der Voraussetzungen der §§ 14, 17 KStG und des § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG kommt diese einheitliche Behandlung bei Organschaftsverhältnissen durchaus in Betracht. Entsprechende Entscheidungen der Kommission im Zusammenhang mit der Freistellungsentscheidung 2005/842/EG liegen soweit ersichtlich allerdings noch nicht vor. Ergänzend ist darüber hinaus zu beachten, dass aus beihilferechtlicher Sicht umgekehrt auch innerhalb einer einzigen juristischen Person mehrere Unternehmen gegeben sein können, wenn die jeweiligen Betriebssparten über die verlangte „organisatorische Selbständigkeit“ verfügen.

Die Behandlung als ein einziges Unternehmen hat zur Folge, dass hinsichtlich weiterer Voraussetzungen des Beihilfenverbots wie etwa der Verfälschung des Wettbewerbs oder auch hinsichtlich des Adressaten einer etwaigen Rückforderungsentscheidung auf das Gesamtunternehmen abgestellt werden muss.<sup>4</sup> Auch dürfte beispielsweise die Gewährung einer Beihilfe zu Gunsten einer reinen - umsatzsteuerrechtlich ohnehin nicht unproblematischen - Beteiligungsholding der Kommune mit der Begründung, die Holding übe selbst keine wettbewerbsrelevante Tätigkeit aus, in diesen Fällen nicht möglich sein.

## **1.2. Wirtschaftliche Tätigkeit**

Welche Tätigkeiten wirtschaftlichen Charakter haben, ist im Gemeinschaftsrecht bislang noch nicht eindeutig geklärt und muss folglich anhand verschiedener Indizien im Einzelfall entschieden werden. Bestimmte originär hoheitliche Tätigkeiten, die in der Regel mit dem Einsatz staatlichen Zwangs verbunden sind (Polizeidienst, Tätigkeiten im Justizvollzug, Betrieb von Schulen und Einrichtungen der Erstausbildung) können derzeit eindeutig als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit eingeordnet werden. Nicht-wirtschaftlichen Charakter haben Tätigkeiten nach dem Arbeitspapier der EU-Kommission vom 20. November 2007 zudem dann, wenn sie mit der Ausübung staatlicher Vorrechte durch den Staat selbst oder durch Behörden innerhalb des ihnen übertragenen Wirkungskreises einhergehen. Als Beispiele nennt die Kommission insoweit etwa die Flugverkehrssicherheit, die Überwachung der Gewässerrein-

---

<sup>4</sup> Zu beachten ist darüber hinaus, dass Beihilfen grundsätzlich auch innerhalb eines einzigen öffentlichen Unternehmens gewährt werden können. Dies kann der Fall sein, wenn eine Konzernobergesellschaft öffentliche Mittel erhält und hiermit eine im Wettbewerb stehende Tochtergesellschaft finanziert oder dieser Konzernleistungen unterhalb des Marktwertes zur Verfügung stellt mit der Folge, dass diese ihre privaten Wettbewerber unterbieten kann.

haltung, die Finanzierung und Überwachung der Errichtung von Eisenbahninfrastrukturen sowie die staatliche Ausbildung im sozialen, kulturellen und pädagogischen Bereich.

Auch dies gilt jedoch immer nur für die konkrete, unmittelbar mit der Hoheitsgewalt verbundene Tätigkeit. Im Rahmen der Abfallentsorgung etwa wird zwar die Verhängung und Durchsetzung des Anschluss-/Benutzungszwangs hoheitlichen Charakter haben, gleichwohl stuft die Europäische Kommission die Abfallentsorgung insgesamt aber als wirtschaftliche Tätigkeit ein. Dieses Beispiel verdeutlicht zugleich, dass der Katalog nicht-wirtschaftlicher Tätigkeiten in § 107 Abs. 2 GO NRW keine verbindliche Wirkung für die Einstufung einer Tätigkeit als wirtschaftlich oder nicht-wirtschaftlich im Sinne des europäischen Beihilfenrechts besitzt. Indizien für eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit können darüber hinaus eine eventuelle soziale Zwecksetzung, das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit sowie ein etwaiges, unter Solidaritätsgesichtspunkten gestaltetes Beitragssystem sein.

Entscheidende Bedeutung kommt jedoch letztlich dem Wettbewerbsbezug der Tätigkeit, d. h. dem Anbieten oder Nachfragen von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt und im potenziellen oder tatsächlichen Wettbewerb zu privaten Anbietern, zu. Ist ein solches Wettbewerbsverhältnis gegeben, hat die Tätigkeit in aller Regel auch wirtschaftlichen Charakter

**Beispiel:** Im September 1997 hatte die Europäische Kommission über Beihilfen zu Gunsten der Gemeinnützigen Abfallverwertung GmbH (GAV) aus Aachen zu entscheiden. Die GAV war ein vom Sozialwerk Aachener Christen e. V. betriebenes, nicht gewinnorientiertes Unternehmen, von dessen Beschäftigten 25 % behindert und 50 % Langzeitarbeitslose waren. Diese Beschäftigten wurden nicht von der GAV selbst, sondern vom örtlichen Sozial- und Arbeitsamt ausgewählt und erhielten befristete Arbeitsverträge. Ziel der Beschäftigung bei der GAV war es, diese Personen zu schulen und anschließend wieder in den regulären Arbeitsmarkt zu integrieren. Hierzu stellte die GAV Sozialarbeiter und Pädagogen zur Betreuung der Behinderten und der Langzeitarbeitslosen an. Die GAV war auf dem Abfallmarkt tätig, wo sie im Rahmen des Dualen Systems Deutschland (DSD) wiederverwertbaren Abfall sammelte, sortierte und als Sekundärrohstoff verkaufte. Die Europäische Kommission stuft diese Tätigkeit ungeachtet der fehlenden Gewinnorientierung und des sozialen Charakters des Unternehmens als wirtschaftliche Tätigkeit ein, weil ein Konkurrenzverhältnis zu gewinnorientierten Unternehmen der Abfallbranche gegeben war.

Mit Blick auf den generell weiten Anwendungsbereich des EG-Beihilfenrechts und den mit einer falschen Einstufung als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit gegebenenfalls

verbundenen rechtlichen Risiken muss daher bei zahlreichen auf kommunaler Ebene in Betracht kommenden Tätigkeiten davon ausgegangen werden, dass diese aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht wirtschaftlichen Charakter haben.

## **2. Begünstigung**

Als Kernelement des Beihilfetatbestandes muss die kommunale Gebietskörperschaft dem mit Aufgaben der Daseinsvorsorge betrauten Unternehmen – direkt oder indirekt - eine Begünstigung gewähren.

### **2.1. Wirtschaftlicher Vorteil**

Der beihilfenrechtliche Begriff der Begünstigung ist deutlich weiter als der aus dem deutschen Zuwendungsrecht bekannte Begriff der Subvention. Unter Begünstigung ist generell jeder wirtschaftliche Vorteil zu fassen, den das jeweilige Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Ob die Zahlung mit oder ohne (vertragliche oder gesetzliche) Rechtsgrundlage erfolgt, ist unerheblich. Neben den formal auch als „verlorener Zuschuss“, „Subvention“, „Zuwendung“ oder „Fördermittel“ bezeichneten direkten finanziellen Zuwendungen kommen insbesondere folgende Begünstigungstatbestände in Betracht:

- Verlustausgleichszahlungen;
- Kapitaleinlagen;
- Patronatserklärungen;
- Darlehen, Bürgschaften und Forfaitierungen zu Kommunalkreditkonditionen;
- Personalgestellungsverträge, Übernahme von Personalkosten;
- Geschäftsbesorgungsverträge/Dienstleistungsaufträge;
- Grundstücksverkäufe;
- Verzicht auf eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals;
- Befreiung/Reduzierung von Gebühren, Abgaben und sonstigen Betriebskosten;
- Mietverträge und Pachtverträge.

In allen diesen Konstellationen kann, muss es sich aber nicht um eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG handeln. Eine solche liegt vielmehr nur dann vor, wenn die vereinbarten Bedingungen *marktunüblich* sind. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn ein privater Dritter sich in einer vergleichbaren Situation wie die jeweilige

Kommune nicht genauso verhalten würde (sogenannter Private-Investor-Test oder Market-Economy-Test).

**Beispiel:** Ein privater Investor würde einem Unternehmen der Daseinsvorsorge ohne langfristige Renditeaussicht nicht wiederholt Verlustausgleichszahlungen/Kapitaleinlagen zuweisen, sondern das Unternehmen liquidieren oder verkaufen.

Insbesondere zur Überprüfung der Marktüblichkeit von Vertragsbedingungen genügt seitens der Kommune in der Regel die hypothetische Frage, ob sie den jeweiligen Vertrag – etwa eine Grundstücksveräußerung oder einen Pachtvertrag – zu den gleichen Konditionen auch mit einem beliebigen privaten Unternehmen abgeschlossen hätte. Wurde die Daseinsvorsorge-Leistung - beispielsweise die Abfallentsorgung oder die Bedienung einer bestimmten Buslinie - im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben oder ein Grundstück versteigert bzw. auf der Grundlage eines unabhängigen Wertgutachtens verkauft, stellt die Vergütung dagegen in aller Regel keine Beihilfe dar, weil es sich dann um einen marktüblichen Preis für die Leistung handelt.

**Praxishinweis:** Eine Ausnahme kann dort gegeben sein, wo Bonus/Malus-Regelungen im Erfolgsfall zu einem überproportionalen Gewinn des Unternehmers führen können. Die Europäische Kommission hat eine solche Regelung in ihrer Entscheidung betreffend den Busverkehr im Landkreis Wittenberg - trotz europaweiter Ausschreibung - als Überkompensation und damit als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG eingestuft. Ungeachtet der späteren Genehmigung musste der Landkreis die Regelung daher zur Prüfung anmelden und von der Kommission genehmigen lassen.

## 2.2. Keine Beihilfe bei Erfüllung der vier Altmark Trans-Kriterien

Auch Zahlungen, die zum Ausgleich der durch die Aufgaben der Daseinsvorsorge wie etwa den Betrieb eines öffentlichen Bades zu sozialverträglichen Eintrittspreisen entstehenden Defizite von der Kommune an das jeweilige Unternehmen geleistet werden, können grundsätzlich eine Begünstigung im Sinne des Beihilfentatbestandes darstellen.

Diesbezüglich wurde von verschiedener Seite in den vergangenen Jahren jedoch argumentiert, solche Defizitausgleiche bedeuteten für das Unternehmen gerade keinen wirtschaftlichen Vorteil, weil es nur erstattet bekomme, was es zur Erfüllung der defizitären Aufgabe aufwenden müsse. Der von der Europäischen Kommission angeführte private Investor würde schon die fraglichen Aufgaben nicht freiwillig

übernehmen und sei folglich im speziellen Fall der kommunalen Daseinsvorsorge kein tauglicher Vergleichsmaßstab. Vor diesem Hintergrund hat der Europäische Gerichtshof in seiner Altmark Trans-Entscheidung vom Juli 2003 zur beihilfenrechtlichen Beurteilung von Zuschüssen im ÖPNV/SPNV im Sinne eines Kompromisses vier Kriterien aufgestellt. Erfüllt eine bestimmte Ausgleichszahlung sämtliche dieser Kriterien, dann scheidet eine begünstigende Wirkung aus und die Zuwendung stellt keine anmeldungspflichtige Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG dar:

1. Das begünstigte Unternehmen ist durch einen verbindlichen Rechtsakt (z. B. Gesetz, Konzession, Verwaltungsakt oder Vertrag) mit der Erbringung gemeinwohlorientierter Leistungen betraut und diese Leistungen sind im Einzelnen klar definiert;
2. die Parameter, anhand derer die durch die Zuwendung auszugleichenden Kosten der Leistungserbringung berechnet werden, wurden *vor* der Betrauung nach transparenten und objektiven Kriterien festgelegt;
3. die Ausgleichszahlungen sind auf die Kosten für die Erfüllung der Daseinsvorsorge-Verpflichtungen einschließlich eines angemessenen Gewinns beschränkt und
4. das Unternehmen, welches die Leistungen erbringt, wurde entweder im Wege einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt oder die Ausgleichszahlungen werden auf der Kostenbasis eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens berechnet, welches angemessen mit Personal und Sachmitteln ausgestattet ist (Benchmark).

Der Kostenausgleich für Leistungen der Daseinsvorsorge auf der Grundlage der Altmark Trans-Kriterien hat in der Praxis bislang jedoch allenfalls im ÖPNV/SPNV eine Rolle gespielt. Dies liegt insbesondere an der weitgehend unklaren Vergleichsgröße des vierten Kriteriums (Beschränkung der ausgleichsfähigen Kosten auf diejenigen eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen mit Personal- und Sachmitteln ausgestatteten Unternehmens) und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit.

Die Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission dürfte den Nachweis dieses vierten Kriteriums für Ausgleichszahlungen außerhalb des ÖPNV/SPNV nunmehr weitgehend obsolet machen: Denn die in der Kommissions-Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen für eine Freistellung vom Beihilfenverbot und der Notifizierungspflicht und die Altmark Trans-Kriterien sind weitgehend identisch. Vor allem aber modifiziert die Freistellungsentscheidung das vierte Altmark Trans-Kriterium dahingehend, dass sie den Ausgleich der dem Unternehmen aus der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge *tatsächlich entstandenen* Kosten und nicht nur der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens er-

laubt. Die Freistellungsentscheidung enthält also gerade *kein Kostenoptimierungsgebot* und erfordert dementsprechend auch keine Benchmark-Untersuchung zum Vergleich der Kostenstrukturen des jeweiligen eigenen Unternehmens mit denen anderer Unternehmen. Dementsprechend soll an dieser Stelle nicht weiter auf die einzelnen Kriterien eingegangen werden.

Bedeutung dürfte der Möglichkeit zum Nachweis der nicht gegebenen Begünstigung nach Maßgabe der Altmark Trans-Kriterien allerdings dort zukommen, wo die Freistellungsentscheidung insbesondere wegen Überschreitung der Schwellenwerte nicht anwendbar ist und eine Notifizierung zur Genehmigung anhand des Gemeinschaftsrahmens – etwa aus Zeitgründen – unpraktikabel erscheint. Hier kann der – gegebenenfalls durch Einholung eines entsprechenden Kostengutachtens zu führende - Nachweis, dass die Ausgleichszahlung auf die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen mit Sachmitteln ausgestatteten Unternehmens begrenzt ist, eine sinnvolle Alternative sein. Festzuhalten bleibt zudem, dass die Altmark Trans-Entscheidung nunmehr ausdrücklich bestätigt, dass der „Kostenausgleich“ zugunsten von Unternehmen, die im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung mit Leistungen der Daseinsvorsorge betraut wurden, in aller Regel<sup>5</sup> eine marktgerechte Vergütung darstellt und folglich keine Beihilfe ist.

### **2.3 Bedeutung der genauen Identifizierung sämtlicher Zuwendungen**

Von besonderer Bedeutung bei der Überprüfung der Finanzierung kommunaler Daseinsvorsorge-Leistungen auf die Vereinbarkeit mit dem EG-Beihilfenrecht ist schließlich die genaue Identifizierung sämtlicher beihilfenrechtlich relevanter Beziehungen zwischen der jeweiligen Kommune und ihren Gesellschaften und Eigenbetrieben. Dies gilt insbesondere für wenig transparente Zuwendungen wie Zinsvorteile, Bürgschaften, marktunübliche Vergütungsregelungen in Verträgen sowie Befreiungen von Steuern, Abgaben, Gebühren und sonstigen Betriebskosten. Denn in den meisten Fällen dürfte eine Freistellung von der Notifizierungs- und Genehmigungspflicht jedenfalls insoweit in Betracht kommen, als es sich um eine ausgleichsfähige Leistung der Daseinsvorsorge handelt. Zwingende Voraussetzung ist jedoch stets, dass die Grundlage(n) für die Berechnung aller zukünftiger Ausgleichszahlungen, *vorab* im Rahmen des Betrauungsakts konkret und nachvollziehbar aufgeführt wird (werden). Ausgleichszahlungen, die sich auf die angegebenen Berechnungsgrundlagen nicht eindeutig zurückführen lassen, stellen Begünstigungen dar und können zu rechtswidrigen - weil nicht notifizierten - Beihilfen führen. Als solche können sie von der Kommission zurückgefordert werden, auch wenn sie an sich freistellungsfähig gewesen wären.

---

<sup>5</sup> Für eine Ausnahme-Konstellation siehe den bereits erwähnten Beschluss der Europäischen Kommission Nr. C(2006) 1847 vom 16.05.2006 im Verfahren „Staatliche Unterstützung für die Busbetreiber im Landkreis Wittenberg“.

### **3. Wettbewerbsverfälschung – Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten**

Gemeinschaftsrecht ist grundsätzlich nur dort relevant, wo auch ein Sachverhalt mit Gemeinschaftsbezug gegeben ist. Die identifizierten Zuwendungen der Kommunen an ihre Unternehmen müssen daher zu einer - zumindest potenziellen - Verfälschung des gemeinschaftsweiten Wettbewerbs bzw. zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Deutschland und den übrigen Mitgliedstaaten führen.

#### **3.1. Wettbewerbsverfälschung bei lokalen Tätigkeiten**

Eine „unmittelbare“ Wettbewerbsverfälschung kommt zunächst überall dort in Betracht, wo kommunale Unternehmen bezuschusst werden, die ihre Leistungen grenzüberschreitend anbieten und/oder auf einen überregionalen Einzugsbereich ausrichten. Dies ist je nach Leistungsspektrum primär bei Kommunen in Grenzregionen der Fall.

**Beispiel 1:** In der Euregio Maas-Rhein stehen den Bürgern grenzüberschreitende Verkehrsverbindungen etwa von Aachen nach Kerkrade zur Verfügung.

**Beispiel 2:** Bei kommunalen Freizeitbädern geht die Europäische Kommission je nach Größe von einem Einzugsgebiet von ca. 50 km aus, so dass der Betrieb eines Freizeitbades etwa in Gronau eine grenzüberschreitende Tätigkeit darstellen könnte. Dagegen hat die Kommission im Fall des Freizeitbades Dorsten aus dem Jahr 2000 entschieden, dass die finanziellen Zuwendungen an den im Rahmen eines europaweiten Wettbewerbes ausgewählten privaten Betreiber wegen ihrer ausschließlich lokalen Auswirkungen keine wettbewerbsverfälschende Wirkung haben.

**Beispiel 3:** Öffentliche, lokale und relativ kleine Krankenhäuser, die auf einem lokalen Krankenhausmarkt mit klarer Unterkapazität tätig sind und weder Investitionen noch Patienten aus anderen Mitgliedstaaten anziehen;

**Beispiel 4:** Kleine Regionalf Flughäfen mit weniger als einer Million Passagiere jährlich<sup>6</sup>.

Die vorrangige Ausrichtung des Kriteriums der Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Handels an der „zufälligen“ Grenznahe einer Kommune bei gleichartigen

---

<sup>6</sup> Zu den Beispielen 3 und 4 siehe Anlage 5 (Arbeitspapier der Kommission vom 20. November 2007, Seite 13/14)

Leistungsangeboten erscheint indes problematisch. Es dürfte daher vertretbar sein, den ausschließlich lokalen Bezug eines Leistungsangebotes auch für Kommunen in Grenznähe anzunehmen, soweit das Leistungsangebot ausschließlich darauf gerichtet ist, den kommunalen Bedarf abzudecken. Allerdings sollte im Hinblick auf die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission im Einzelfall sorgfältig geprüft werden, ob eine solche lokale Einrichtung den Nachfragestrom aus einem benachbarten Mitgliedstaat soweit umleitet, dass eine grundsätzlich ausreichende faktische Beeinträchtigung des gemeinsamen Handels im Binnenmarkt gegeben ist.

Zudem gilt es bei der Prüfung eines ausschließlich lokalen Bezugs der finanzierten Tätigkeiten im Sinne einer „mittelbaren“ Wettbewerbsverfälschung die den Markteintritt für private Wettbewerber erschwerende Wirkung der Zuwendungen zu beachten. Viele Unternehmen der Daseinsvorsorge werden durch die erhaltenen Beihilfen möglicherweise überhaupt erst in die Lage versetzt, die entsprechenden Leistungen zu erbringen. Dementsprechend können sie nach der Entscheidungspraxis der Kommission die Chancen von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, ebenfalls auf dem jeweiligen lokalen Markt tätig zu werden und die Daseinsvorsorge-Leistungen anzubieten, beeinträchtigen.

Vor diesem Hintergrund wird ungeachtet eines etwaigen lokalen Charakters der Daseinsvorsorge-Leistung die wettbewerbsverfälschende Wirkung entsprechender Zuschüsse häufig nicht auszuschließen sein.

### **3.2. Wettbewerbsverfälschung bei monopolistisch geprägten Tätigkeiten**

Darüber hinaus wird in der Diskussion gelegentlich die wettbewerbsverfälschende Wirkung von Beihilfen in den Fällen bezweifelt, in denen aufgrund eines bestehenden Ver- oder Entsorgungsmonopols schon kein Wettbewerb existiert.

Die Europäische Kommission hat allerdings in verschiedenen Entscheidungen und Stellungnahmen deutlich gemacht, dass sie diese Auffassung nicht teilt. Vielmehr geht sie in diesen Fällen von einem (potentiellen) Wettbewerb *um* den Markt in Form von Ausschreibungsverfahren im weitesten Sinne zur „Vergabe“ des jeweiligen Auftrags bzw. der jeweiligen Dienstleistungskonzession aus. Kämen die Unternehmen, die den jeweiligen Auftrag/Konzession zunächst innehaben, in den Genuss finanzieller Zuwendungen, könnten sie hierdurch in der Ausschreibung möglicherweise günstigere Preise anbieten und so den Wettbewerb verfälschen. Ergänzend komme hinzu, dass die entsprechenden Dienstleistungen ohnehin nur zu marktüblichen Konditionen vergütet werden dürfen und sich Marktpreise bei Dienstleistungsmonopolen wie in der Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung häufig nur im Wege des Ausschreibungswettbewerbs ermitteln lassen.

Der Kommission ist jedoch entgegen zu halten, dass keineswegs in allen Fällen ein Wettbewerb um den Markt tatsächlich vorgeschrieben ist. Überall dort, wo Kommunen in zulässiger Weise keinen „Wettbewerb um den Markt“ eröffnen, kann demnach auch keine Beeinträchtigung des gemeinsamen Handels vorliegen.

**Praxishinweis:** Sofern örtliche Monopolunternehmen Zuwendungen erhalten, sollte sorgfältig geprüft werden, ob für den jeweiligen Bereich überhaupt eine Pflicht zur Marktöffnung durch Vergabe des jeweiligen Auftrags oder der jeweiligen Dienstleistungskonzession im Wettbewerb besteht.

Letztlich dürfte sich die praktische Relevanz dieser Problematik aber in Grenzen halten. Denn bei den in Betracht kommenden Monopoltätigkeiten handelt es sich in aller Regel um öffentliche Einrichtungen wie die Trinkwasserversorgung oder die Abwasserbeseitigung, für deren Benutzung die Erhebung kostendeckender Gebühren abgabenrechtlich vorgeschrieben ist. Ein Bedürfnis für beihilfenrechtlich relevante Ausgleichszahlungen zur Defizitabdeckung besteht daher zumeist nicht.

**Praxishinweis:** Auch für Unternehmen, die keine Verlustausgleichszahlungen/Kapitaleinlagen erhalten, ist jedoch unbedingt zu überprüfen, ob andere potenzielle Beihilfen wie Bürgschaften, Kommunalkredite oder Betriebskostenerstattungen gewährt werden, die eine Betrauung im Sinne der Freistellungsentscheidung erfordern können. Soweit eine Einrichtung allerdings ausschließlich im Bereich eines erlaubten Monopols tätig ist, kann auch eine kommunale „Bürgschaft“ o. ä. zugunsten dieser Einrichtung keine Beeinträchtigung des Binnenmarkts hervorrufen. Dies kommt etwa für einen kommunalen Abwasserbetrieb in Betracht, der satzungsgemäß ausschließlich die Abwässer der eigenen Kommune und ihrer Einwohner entsorgt.

### **C. Freistellung vom Beihilfenverbot und der Notifizierungspflicht nach der Freistellungsentscheidung der Europäischen Kommission**

Abgesehen von der Unsicherheit über die Bestimmung der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen mit Sachmitteln ausgestatteten Unternehmens lässt die Altmark Trans-Entscheidung auch die Frage offen, ob solche Ausgleichszahlungen, die nicht die vier Kriterien erfüllen, gleichwohl – gegebenenfalls nach Prüfung und Genehmigung durch die Kommission – auf der Grundlage der vertraglichen Ausnahmevorschrift für die Daseinsvorsorge (Art. 86 Abs. 2 EG) mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein können.

Vor dem Hintergrund einer anhaltenden politischen Diskussion über die Vereinbarkeit von Europäischem Beihilfenrecht und der Finanzierung der örtlichen Daseinsvorsorge hat die Europäische Kommission deshalb im November 2005 u. a. die Freistellungsentscheidung erlassen. Diese stellt die nachfolgend erläuterten Bedingungen auf, bei deren Erfüllungen die finanziellen Zuwendungen an Unternehmen zum Ausgleich von Kosten, die durch Leistungen der Daseinsvorsorge entstehen, mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar und dementsprechend von der Notifizierungspflicht befreit sind.

**Praxishinweis:** Entscheidungen sind nach Art. 249 EG in ihrem gesamten Inhalt unmittelbar verbindlich, d. h. bei Erfüllung der Voraussetzungen bedürfen die Kommunen für die Finanzierung der Daseinsvorsorge keiner weiteren Bestätigung oder Genehmigung durch die Kommission.

## 1. Anwendungsbereich

Unter anderem<sup>7</sup> folgende Ausgleichszahlungen sind nach Art. 1 der Freistellungsentscheidung grundsätzlich freistellungsfähig:

- Ausgleichszahlungen an Unternehmen, deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden Rechnungsjahren vor Übernahme der ausgleichsbedürftigen Gemeinwohlverpflichtung insgesamt weniger als 100 Mio. € betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. € erhalten; für die Berechnung der Höhe der Ausgleichszahlung kann der Durchschnittswert der vergangenen fünf Jahre zugrunde gelegt werden.
- Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser und Unternehmen des sozialen Wohnungsbaus unabhängig von der Höhe der Ausgleichszahlung oder dem Umsatz des Krankenhauses bzw. des Wohnungsbauunternehmens.
- Ausgleichszahlungen für Flughäfen, deren jährliches Fluggastaufkommen in den zwei Rechnungsjahren vor Aufnahme der Daseinsvorsorge-Tätigkeit durchschnittlich 1 Mio. Passagiere nicht überstieg.

### 1.1. Anwendbarkeit der Freistellungsentscheidung im „kommunalen Konzern“

Die Freistellungsentscheidung ist demnach dann von vornherein *nicht* anwendbar, wenn eines der beiden Ausschlusskriterien - insgesamt mindestens 100 Mio. € Jahresumsatz in den beiden Rechnungsjahren vor der Übernahme der Daseinsvorsor-

---

<sup>7</sup> Für alle übrigen erfassten Ausgleichszahlungen siehe die als Anlage 1 beigefügte Freistellungsentscheidung.

ge-Aufgabe oder Erhalt von Ausgleichszahlungen von jährlich mindestens 30 Mio. € - erfüllt ist. In diesem Fall sind die Ausgleichszahlungen gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG-Vertrag bei der Europäischen Kommission zu melden und werden von dieser anhand des Gemeinschaftsrahmens auf ihre Genehmigungsfähigkeit geprüft.

Die genannten Schwellenwerte sind insbesondere für solche Kommunen von Bedeutung, die ihre Kapitalgesellschaften zur Gewinn- und Verlustsaldierung als steuerliche Organschaft unter Einbindung einer Holding-Gesellschaft strukturiert haben. Denn wie bereits erläutert (oben B.1.1.2) wird in diesen Fällen häufig von einer beihilfenrechtlichen Qualifizierung als Wirtschaftseinheit auszugehen sein. Dies kann zur Folge haben, dass die Umsätze und Ausgleichszahlungen der verschiedenen verbundenen bzw. Konzernunternehmen bei der Berechnung des Schwellenwertes addiert werden müssen und diese gegebenenfalls überschreiten.

**Praxishinweis:** Ob die Europäische Kommission den Begriff der Wirtschaftseinheit auch im Rahmen der Freistellungsentscheidung anwendet, ist noch ungeklärt, entsprechende Entscheidungen liegen bislang nicht vor. Um trotz etwaiger einheitlicher Betrachtung die Schwellenwerte von 100 Mio. € (addierter Gesamtumsatz in den beiden jüngsten Geschäftsjahren) bzw. 30 Mio. € (Ausgleichszahlung) nicht zu überschreiten, kann es daher zur Vermeidung eines Rückforderungsrisikos aus beihilferechtlicher Sicht sinnvoll sein, mehrere kommunale Holding-Gesellschaften nebeneinander zu stellen und diesen Körperschaftsteuer mindernd jeweils Gewinn- und Verlustgesellschaften (etwa Stadtwerke und Verkehrsunternehmen sowie Wohnungsbaugesellschaft und Bäderbetriebe) zuzuordnen. Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass jedenfalls eine willkürliche Aufspaltung einer sachlich sinnvollen Unternehmensstruktur das Risiko birgt, von der Kommission als Umgehungsversuch eingestuft und folglich im Hinblick auf die genannten Schwellenwerte nicht anerkannt zu werden. Zudem sollte eine solche Transaktion zuvor mit den Finanzbehörden dahingehend abgestimmt werden, ob auch die gewünschten Körperschaftssteuer mindernden Effekte durch die Kombination von Gewinn- und Verlustgesellschaft erzielt werden können.

Der zur Vermeidung einer Schwellenwertüberschreitung im Einzelfall gegebenenfalls entstehende gesellschaftsrechtliche Restrukturierungsaufwand durch Installation mehrerer Holding-Gesellschaften rechtfertigt sich durch die voraussichtlich fortbestehende Anwendbarkeit der Freistellungsentscheidung und die damit einhergehende Vermeidung eines Notifizierungs- und Genehmigungsverfahrens.

Zwar käme alternativ auch die Auflösung der steuerlichen Organschaft in Betracht. In diesem Fall würde die Beurteilung der verschiedenen Beteiligungsgesellschaften als Wirtschaftseinheit voraussichtlich entfallen. Dies hätte positiv zur Folge, dass die Umsätze und Ausgleichszahlungen bei der Schwellenwertberechnung nicht mehr addiert würden und die Freistellungsentscheidung somit anwendbar bliebe, eine Notifizierung also ebenfalls nicht erforderlich wäre. Als negative Konsequenz entfielen jedoch auch die Möglichkeit zur Gewinn- und Verlustsaldierung im Rahmen des steuerlichen Querverbundes/Organschaft. In finanzieller Hinsicht dürfte daher in der Mehrzahl der Fälle die Installierung mehrerer Holding-Gesellschaften eine Option darstellen, die zumindest eine ernsthafte Prüfung verdient.

## 1.2. Ausgleichszahlungen an Verkehrsunternehmen

Mit Blick auf den - zumeist zwischen Stadtwerken und Verkehrsunternehmen bestehenden - steuerlichen Querverbund verdient die Anwendbarkeit der Freistellungsentscheidung im Verkehrssektor besondere Aufmerksamkeit. Für den Bereich des Landverkehrs enthalten die ÖPNV-Verordnung 1191/69 und ihre Nachfolgeverordnung 1370/2007 spezielle Regelungen, die die beihilferechtliche Bereichsausnahme des Art. 73 EG umsetzen. In diesem Bereich ist die Freistellungsentscheidung 2005/842/EG daher zur Legitimation von Ausgleichszahlungen nicht geeignet.

Dies ist allerdings nur insoweit relevant, als es sich bei diesen Ausgleichszahlungen tatbestandlich überhaupt um Beihilfen handelt, was anhand der vier Altmark Trans-Kriterien zu beurteilen ist. Sofern diese Kriterien vollständig erfüllt werden – ein kommunales Unternehmen also insbesondere den Nachweis der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen mit Sachmitteln ausgestatteten Unternehmens führen kann – wird der Beihilfecharakter einer Ausgleichszahlung im Bereich des ÖPNV ausgeschlossen (siehe oben Abschnitt B.2.2).

Mit Blick auf die insoweit identischen Anforderungen der Altmark Trans-Kriterien kann der vorliegende Leitfaden daher im Bereich des ÖPNV insoweit Anwendung finden, als es um die Ausgestaltung des Betrauungsakts geht. Die auf Art. 86 Abs. 2 EG beruhende Freistellungsentscheidung des Monti-Pakets dagegen findet im ÖPNV/SPNV generell keine Anwendung. Dies entspricht der neueren Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission.

**Praxishinweis:** Angesichts der zahlreichen, im Verkehrssektor derzeit noch bestehenden Unklarheiten sollte insoweit jedoch unbedingt die weitere Entscheidungspraxis der Kommission sowie insbesondere die Entwicklung durch die neue ÖPNV/SPNV-Verordnung 1370/2007, welche die Verordnungen 1191/69 und 1107/70 ablöst, abgewartet und der jeweilige Sachverhalt umfassend

rechtlich geprüft werden. Dies gilt insbesondere bei der ganz- oder teilweisen Finanzierung des ÖPNV/SPNV im steuerlichen Querverbund mit den Stadtwerken und gegebenenfalls weiteren Gesellschaften.

### **1.3. Maßgeblicher Berechnungszeitraum**

Zur Berechnung der jeweiligen Schwellenwerte stellt die Freistellungsentscheidung auf die beiden letzten Rechnungsjahre vor Übernahme der jeweiligen Aufgabe der Daseinsvorsorge ab. Unter der „Übernahme“ bzw. „Übertragung“ im Sinne der Entscheidung wird man einen entsprechenden Betrauungsakt gemäß Art. 4 der Freistellungsentscheidung zu verstehen haben. Dieser dürfte bislang bezüglich der wenigsten kommunalen Unternehmen vorhanden sein. Folglich können bei der Umsetzung der Freistellungsentscheidung jeweils die beiden letzten Rechnungsjahre vor der nunmehr vorzunehmenden „Betrachtung“ als Maßstab herangezogen werden.

## **2. Aufgabe der Daseinsvorsorge**

Gemäß ihrem Artikel 4 gilt die Freistellungsentscheidung ausschließlich für Unternehmen, denen durch einen Rechts- oder Verwaltungsakt eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (DAWI) übertragen wurde. Bei diesem Art. 86 Abs. 2 EG entnommenen Begriff handelt es sich letztlich um ein gemeinschaftsrechtliches Synonym für die wirtschaftlichen Tätigkeiten im Bereich der Daseinsvorsorge. Daneben findet sich in der Diskussion teilweise auch noch die gleichbedeutende Bezeichnung „gemeinwohlorientierte Leistungen/Verpflichtungen“.

Die formale Betrauung mit der jeweiligen Daseinsvorsorge-Aufgabe ist neben dem Erfordernis einer präzisen Kostenrechnung und gegebenenfalls einer getrennten Buchführung das Kernstück der Freistellungsentscheidung. Die Kommission strebt durch die Vorgabe einer rechtlich eindeutigen Zuordnung bestimmter Aufgaben zum bezuschussbaren - und damit beihilfenrechtlich privilegierten - Bereich der Daseinsvorsorge die Schaffung von mehr Transparenz an. Vor allem die mögliche wettbewerbsverfälschende Quersubventionierung von subventionierten Daseinsvorsorge-Bereichen in kommerzielle, im Wettbewerb zu privaten Anbietern ausgeübte Tätigkeitsfelder soll so verhindert werden.

### **2.1. Kommunale Definitionshoheit**

Das Gemeinschaftsrecht kennt keine verbindliche Definition oder einen abschließenden Katalog von Tätigkeiten, die der Daseinsvorsorge zuzuordnen wären. Die Kompetenz zur Einstufung einer bestimmten Dienstleistung als „im allgemeinen

wirtschaftlichen Interesse“ liegend steht vielmehr als sogenannte *Definitionshoheit* den Mitgliedstaaten und damit in Deutschland vor allem den Kommunen als Träger der örtlichen Daseinsvorsorge zu. Die Europäische Kommission ist diesbezüglich auf eine bloße Missbrauchskontrolle beschränkt. Sie kann also nur überprüfen, ob es sich etwa um eine rein kommerzielle Tätigkeit handelt, die bereits von zahlreichen anderen privaten Anbietern ausgeübt wird und an deren staatlicher Gewährleistung keinerlei öffentliches Interesse besteht.

**Praxishinweis:** In der deutschen Verwaltungspraxis ist diese Definitionshoheit der Kommunen zumindest ansatzweise einem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Ermessensspielraum bzw. einer Einschätzungsprärogative vergleichbar.

Diese Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten bzw. Kommunen ist von überragender Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der örtlichen Daseinsvorsorge. Sie ermöglicht es den Kreisen, Städten und Gemeinden, bestimmte Tätigkeitsbereiche nach Maßgabe der individuellen örtlichen Gegebenheiten und in Abhängigkeit von den gesellschaftlichen und politischen Vorstellungen „vor Ort“ der Daseinsvorsorge zuzuordnen und – soweit erforderlich – zu finanzieren. Sowohl die Europäische Kommission als auch der Europäische Gerichtshof haben die diesbezüglichen Entscheidungen der Mitgliedstaaten in der Vergangenheit von wenigen Ausnahmen abgesehen stets respektiert.

## 2.2. Indizienkatalog für Aufgaben der Daseinsvorsorge

Durch die entsprechenden Entscheidungen des Gerichtshofs und die Stellungnahmen der Kommission hat sich ein Indizienkatalog zur Bestimmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge herausgebildet, der zugleich die erwähnte Missbrauchsgrenze der Definitionshoheit darstellt. Danach sind folgende, sich teilweise überschneidende Merkmale für Leistungen der Daseinsvorsorge kennzeichnend:

**Defizitärer Charakter:** Leistungen der Daseinsvorsorge sind in der Regel aufgrund besonderer Pflichten unwirtschaftlich und werden deshalb von privaten Marktteilnehmern nicht oder nicht in der gleichen Form angeboten (Marktversagen);

**Öffentliches Interesse:** Leistungen der Daseinsvorsorge sind von besonderer Bedeutung für ein funktionierendes Gemeinwesen und können vom Einzelnen nicht oder nur unter besonders schwierigen Bedingungen beschafft werden (Wasser, Strom). Dementsprechend besteht zumeist

ein öffentliches Interesse an der Bereitstellung der jeweiligen Leistung;

#### **Besondere Pflichten/**

**Grundversorgungspflicht:** Leistungen der Daseinsvorsorge sind regelmäßig mit besonderen, am Gemeinwohl orientierten Pflichten des Unternehmens verbunden, die für sich genommen unwirtschaftlich sind und häufig auch zum defizitären Charakter der gesamten Tätigkeit führen. Typisch ist etwa eine Pflicht zur diskriminierungsfreien Versorgung jedes Einwohners mit einem Mindestangebot bestimmter Leistungen zu sozialverträglichen Preisen und unabhängig von der Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs (Beispiel: Mehrmals tägliche Busverbindung zu einem abgelegenen Dorf mit wenigen Einwohnern);

#### **Öffentlicher Zweck/**

**Katalog § 107 GO NRW:** Dass nach § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nur zulässig ist, soweit ein öffentlicher Zweck dies erfordert, stellt ebenfalls ein Indiz für eine Leistung der Daseinsvorsorge im Sinne der Freistellungsentscheidung dar, reicht für sich genommen aber nicht aus. Dies gilt auch für die Tätigkeiten im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-4 GO NRW.

### **2.3. Beispiele aus der Entscheidungspraxis der Europäischen Institutionen**

Der Europäische Gerichtshof und die Europäische Kommission haben die Zuordnung folgender Tätigkeiten zur Daseinsvorsorge bereits anerkannt:

- Energiegrundversorgung;
- Wasserversorgung;
- Abwasserbeseitigung;
- Bedienung bestimmter unrentabler Flug-, Fähr-, Bus- und Schienenverkehrsverbindungen;
- Grundversorgung mit Postdiensten;
- Leistungen der Arbeitsvermittlung;
- Krankentransport- und Rettungsdienstleistungen;
- Verwaltung von gesetzlich vorgeschriebenen Pensionskassen;
- Abfallbewirtschaftung, Abfallentsorgung;

- Betrieb eines werbefreien Fernsehkanals für Kinder und für Nachrichten;
- Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten;
- Hafenarbeiten;
- Aufgaben des Umweltschutzes;
- Krankenhäuser;
- Sozialer Wohnungsbau;
- Betrieb eines öffentlichen Bades einschließlich der kostenlosen Überlassung für das Schul- und Vereinsschwimmen.<sup>8</sup>

#### 2.4. Erfordernis einer ausgleichsfähigen Gemeinwohlverpflichtung im Bereich der Daseinsvorsorge

Die Zuordnung einer Tätigkeit zum Bereich der Daseinsvorsorge erlaubt die Berechtigung zum Ausgleich der sich aus der Betätigung ergebenden Kosten, soweit eine besondere Gemeinwohlverpflichtung festgeschrieben wird, die von anderen Anbietern am Markt – sofern vorhanden – aus wirtschaftlichen Gründen so nicht wahrgenommen wird und deren spezifische Kosten deshalb ausgleichsfähig sind. Ein pauschaler Ausgleich aller sich aus der Betätigung ergebenden Kosten ist nicht zulässig.

**Beispiel:** Der Betrieb eines Freizeitbades mit Saunalandschaft und Außenrutsche ist für sich genommen noch keine ausgleichsfähige Gemeinwohlverpflichtung, weil der Markt entsprechende Angebote zur Verfügung stellt. Stellt der Betreiber jedoch gleichzeitig bestimmte Beckenzeiten für das Schul- und Vereinsschwimmen bereit und gewährt bestimmten Bevölkerungsgruppen wie Familien oder behinderten Menschen vergünstigte Eintrittspreise, so liegt hierin eine gegenüber anderen Anbietern besondere Gemeinwohlverpflichtung zur Daseinsvorsorge und die daraus entstehenden Kosten dürfen von der Kommune ausgeglichen werden.

Eine pauschale Einstufung einer Daseinsvorsorgetätigkeit insgesamt als ausgleichsfähige Gemeinwohlverpflichtung kommt allerdings dort in Betracht, wo der Markt ein entsprechendes Angebot von sich aus überhaupt nicht bereitstellen würde (Marktversagen).

**Beispiel:** Je nach Einwohnerzahl und Einzugsgebiet der betreffenden Kommune ist möglicherweise auch ohne besondere Verpflichtungen der Daseinsvorsorge wie Schul-/Vereinsschwimmen oder ermäßigten

---

<sup>8</sup> Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Aufgrund der dynamischen Interpretation des Begriffs der Daseinsvorsorge auch seitens der Europäischen Kommission und der sich ändernden Lebenswirklichkeit kann vielmehr davon ausgegangen werden, dass die europäischen Institutionen zukünftig weitere Tätigkeiten als solche der Daseinsvorsorge anerkennen werden.

Eintrittspreisen kein privater Investor zum Betrieb eines Freizeitbades bereit. Entschließt sich die Kommune in diesem Fall, der Bevölkerung von sich aus zur Daseinsvorsorge ein solches Angebot zur Verfügung zu stellen, können die Gesamtkosten des Freizeitbades der Daseinsvorsorge zuzuordnen und damit ausgleichsfähig sein.

Die seit Erlass der Freistellungsentscheidung ergangenen Einzelfallentscheidungen lassen darüber hinaus erkennen, dass die Kommission eine tendenziell breite Definition der ausgleichsfähigen Gemeinwohlverpflichtungen anerkennt und den Schwerpunkt der Prüfung auf die transparente Erfassung und Zuordnung der jeweiligen Kosten sowie das Erfordernis einer vorherigen Aufstellung der entsprechenden Parameter legt. Dies gilt insbesondere für solche Bereiche der Wirtschaft, in denen wie im Wasser-/Abwassersektor oder im öffentlich-rechtlichen Rundfunk keine speziellen, gemeinschaftsrechtlich verbindlichen Regelungen existieren.

## **2.5. Empfehlung für die Prüfungsreihenfolge bei der Beurteilung kommunaler Tätigkeiten in der Praxis**

Zur Beurteilung, ob bestimmte Leistungen als besondere Gemeinwohlverpflichtungen der Daseinsvorsorge qualifiziert werden können und folglich aus beihilfenrechtlicher Sicht ausgleichsfähig sind, empfiehlt sich zunächst die Prüfung, ob die Erbringung einer bestimmte Leistung in mehreren Jahren hintereinander zur Erwirtschaftung eines Verlustes führte. Sodann sollten die Gründe für die Erwirtschaftung dieses Verlustes identifiziert werden. In aller Regel handelt es sich dabei um besondere Pflichten im Interesse des Allgemeinwohls, die von privaten Unternehmern nicht in gleicher Form übernommen würden bzw. werden. Insoweit kommt auch die vorgeschriebene Anwendung des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst in Betracht, entsprechende Entscheidungen der Kommission liegen aber soweit ersichtlich noch nicht vor. Soweit sich einzelne Unterscheidungsmerkmale zu privaten Anbietern nicht identifizieren lassen, sollte eingehender geprüft werden, ob sich die Aufgabenerfüllung insgesamt unter dem Gesichtspunkt des Marktversagens als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse qualifizieren lässt.

**Praxishinweis:** Keinesfalls sollten aber nur defizitäre Unternehmen beihilfenrechtlich überprüft werden. Vielmehr erhalten häufig auch Gewinn erzielende Betriebe und Gesellschaften Zuwendungen in unterschiedlichster Form, etwa durch begünstigende Regelungen in Konzessionsverträgen, Bürgschaften der Kommune oder Befreiungen von Gebühren, Abgaben und sonstigen Betriebskosten. Werden diese Unternehmen nicht in rechtskonformer Weise mit Aufgaben der Daseinsvorsorge betraut, kön-

nen die entsprechenden Beträge ebenfalls von der Europäischen Kommission zurückgefordert werden.

### **3. Betrauungsakt**

Zentrale Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Kostenausgleichs ist die *vorherige* Übertragung der zu finanzierenden Daseinsvorsorge-Verpflichtung auf das jeweilige Unternehmen im Wege eines (oder mehrerer) Verwaltungs- oder Rechtsakts (e). Ziel dieser Betrauung ist die Schaffung von Transparenz im Hinblick darauf, welche Daseinsvorsorge-Dienstleistungen in welcher Höhe bezuschusst werden. Sie stellt damit das Regulativ zur fehlenden vorangehenden Kontrolle durch die Kommission infolge der Befreiung von der Notifizierungspflicht dar.

#### **3.1. Anforderungen an den Betrauungsakt nach der Freistellungsentscheidung**

Nach Art. 4 lit. a) – e) der Freistellungsentscheidung muss der Betrauungsakt mindestens folgende Angaben enthalten:

- Die Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen;
- das beauftragte Unternehmen und den geographischen Geltungsbereich;
- die Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte;
- die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen;
- die Vorkehrungen zur Verhinderung bzw. Rückerstattung von Überkompensationen.

Von besonderer Bedeutung ist, dass die Betrauung *vor* dem Ausgleich der bei den kommunalen Unternehmen entstandenen Defizite erfolgen muss. Zwar wird diese Voraussetzung an keiner Stelle der Freistellungsentscheidung explizit genannt. Sie ergibt sich jedoch aus der Vorgabe der Benennung der Parameter für die Berechnung des Kostenausgleichs (Art. 4 lit. d) ) sowie aus dem Kontext der Entscheidung, insbesondere dem Altmark Trans-Urteil des EuGH. Ein nachträglicher pauschaler Ausgleich der im Verlauf des Geschäftsjahres aufgelaufenen Verluste zum Jahresende ist damit zukünftig nicht mehr in rechtssicherer Weise möglich.

### **3.2. Korrekturmechanismus**

Probleme bei der Erfüllung dieser Anforderungen können sich generell dadurch ergeben, dass nicht alle relevanten Daten etwa hinsichtlich des Umfangs, der Empfänger und der daraus resultierenden Kosten der Leistungserbringung vorab hinreichend präzise festgelegt werden können. Nach dem Arbeitspapier der Kommission vom 20. November 2007<sup>9</sup> können deshalb bereits im Betrauungsakt selbst „Ex-post“-Korrekturmechanismen vorgesehen werden, die eine periodische Revision der festgelegten Kostenparameter ermöglichen. Alternativ kann der Betrauungsakt aktualisiert werden, wenn sich zeigt, dass ein Kostenparameter modifiziert werden muss.

### **3.3. Umsetzung der Anforderungen an den Betrauungsakt im deutschen Recht**

Die formale Form des Rechts- oder Verwaltungsakts, durch den das kommunale Unternehmen mit der Daseinsvorsorge-Aufgabe betraut wird, richtet sich nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates. Allerdings handelt es sich bei dem Begriff des „Betrauungsakts“ um einen originären Begriff des Gemeinschaftsrechts, dem in der deutschen Rechtsordnung kein eindeutiges Pendant zugeordnet werden kann. Art. 4 der Freistellungsentscheidung lässt letztlich offen, welchen rechtlichen Anforderungen im Einzelnen die Betrauung genau genügen muss. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich insoweit nur, dass es sich um einen hoheitlichen, jedenfalls aber staatlichen Akt handeln muss, wobei der Gerichtshof jedoch auch eine Betrauung beispielsweise durch Konzessionsvertrag genügen lässt. Die Europäische Kommission nennt in ihrem Arbeitspapier folgende Beispiele für einen Betrauungsakt:

- Konzessionsvertrag und Ausschreibungsunterlagen;
- Gesetze und Verordnungen;
- Ministeriale Anweisungen;
- Jährliche oder mehrjährige Leistungsverträge;
- Rechtsverordnungen und jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verordnung oder Entscheidung.

---

<sup>9</sup> Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen vom 20.11.2007 – Häufig gestellte Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005, SEK(2007)1516 endgültig. Bei diesem Dokument handelt es sich nach der begleitenden Erläuterung der Kommission um ein Arbeitspapier, welches technische Leitlinien auf der Grundlage einer verkürzten und teilweise vereinfachten Zusammenfassung jener Rechtsvorschriften, Rechtsprechung und Kommissionsentscheidungen im Bereich der staatlichen Beihilfen enthält, die mit Leistungen der Daseinsvorsorge im Zusammenhang stehen. Das Dokument ist für die Kommission als Gemeinschaftsorgan nicht bindend.

Wenngleich angesichts der noch nicht abgeschlossenen Entwicklung des Instruments des Betrauungsakts keine Möglichkeit von vornherein ausgeschlossen werden soll, bieten sich unter Berücksichtigung nicht zuletzt von Gesichtspunkten der Praktikabilität grundsätzlich folgende Handlungsformen für eine Betrauung an:

- Betriebssatzung/Gesellschaftsvertrag in Verbindung mit einem Beschluss des Gemeinderates (§ 4 EigVO NRW) bzw. der Gesellschafterversammlung;
- Zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vertrag, insbesondere ein Dienstleistungsauftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag oder Zuwendungsvertrag;
- Verwaltungsakt, insbesondere in Form eines Zuwendungsbescheids.

### **3.3.1. Betriebssatzung/Gesellschaftsvertrag in Kombination mit Beschluss des Rates bzw. der Gesellschafterversammlung**

Nach Sinn und Zweck des Betrauungsakts – insbesondere der Verhinderung einer Überkompensation durch Festschreibung der Kostenparameter – wird man davon ausgehen können, dass es sich bei der Betrauung um einen *verbindlichen* Rechtsakt wie etwa einen Verwaltungsakt oder ein Vertragsverhältnis handeln muss. Der Gemeinschaftsrahmen für die Genehmigung von Beihilfen in der Daseinsvorsorge, die nicht unter die Freistellungsentscheidung fallen (Anlage 3), spricht insoweit von der „*rechtsverbindlichen Niederlegung der Gemeinwohlverpflichtungen*“ und den „*wechselseitigen Verpflichtungen*“ der öffentlichen Hand und des betrauten Unternehmens.

Grundsätzlich und unter Berücksichtigung des Arbeitspapiers der Kommissionsdienststellen vom 20. November 2007 kommt vor diesem Hintergrund auch eine gesellschaftsvertragliche Regelung als Betrauungsakt in Betracht. Allerdings muss bei der Wahl dieses Instruments sichergestellt werden, dass – etwa durch einen korrespondierenden Ratsbeschluss - auch tatsächlich eine entsprechende Verpflichtung des Unternehmens zur Erbringung der Dienstleistung begründet wird. Eine bloße Ermächtigung zur jeweiligen Daseinsvorsorge-Tätigkeit durch die Gesellschafter im Wege einer entsprechenden Bestimmung des Gesellschaftszwecks genügt sicher nicht.

Speziell für Eigenbetriebe und eigenbetriebsähnliche Einrichtungen kommt darüber hinaus auch der Beschluss des Rates über die Feststellung des Wirtschaftsplans nach § 4 lit. b) EigVO NRW als Betrauungsakt in Betracht. Dies umso mehr, als in diesem Fall die Parameter für den Kostenausgleich im Wirtschaftsplan aufgestellt werden können (näher hierzu unten Abschnitt C.3.3.3.4).

In jedem Fall empfiehlt sich die Aufnahme eines eindeutigen Hinweises in dem jeweiligen Dokument auf die Funktion als Betrauungsakt im Sinne der Freistellungsentscheidung.

### **3.3.2. Zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vertrag**

Auch eine vertragliche Betrauung ist grundsätzlich möglich, dürfte grundsätzlich jedoch nur bedingt geeignet sein. Diese Einschätzung beruht allerdings weniger auf den beihilfenrechtlichen Vorgaben der Freistellungsentscheidung als vielmehr den berührten anderen Rechtsgebieten wie dem Vergaberecht und dem Steuerrecht.

Gemäß den vergaberechtlichen Vorgaben müssen öffentliche Aufträge ab einem bestimmten Auftragswert europaweit ausgeschrieben und in einem formalisierten Verfahren vergeben werden. Die Vergabeentscheidung können die Bewerber bzw. Bieter gerichtlich überprüfen lassen. Diese vergaberechtlichen Vorgaben gelten sowohl für zivilrechtliche wie auch für öffentlich-rechtliche Verträge.

Zwar kommt in engen Grenzen eine ausschreibungsfreie Vergabe im Rahmen sogenannter Inhouse-Konstellationen in Betracht. Allerdings darf in diesen Fällen an dem zu beauftragenden Unternehmen kein privater Partner beteiligt sein. Für den in der Praxis häufigen Fall der Beteiligung eines privaten Partners an den Stadtwerken ist insoweit noch nicht abschließend geklärt, ob hierdurch weitere städtische Gesellschaften, die mit den Stadtwerken über den gemeinsamen Anteilseigner Kommune und/oder Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge verbunden sind, vergaberechtlich „infiziert“ werden. Auch eine Inhouse-Vergabe an eine 100%ige Tochtergesellschaft ist daher in diesen Fällen derzeit mit erheblichen vergaberechtlichen Risiken behaftet.

Darüber hinaus muss das ausschreibungsfrei zu beauftragende Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für die jeweilige(n) Kommune(n) ausüben, die seine Anteile hält bzw. halten. Dabei sind nach der Rechtsprechung des EuGH alle qualitativen und quantitativen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, wobei die nationale Rechtsprechung teilweise bereits eine Tätigkeit für Dritte im Umfang von 7,5 % des Gesamtumsatzes des Unternehmens als „inhouse-schädlich“ einstuft.<sup>10</sup> Schließlich müssen der oder die kommunalen Anteilseigner über Entscheidungs- und Einflussnahmemöglichkeiten verfügen, die über ihre allgemeinen Gesellschafter- bzw. Aktionärsrechte hinausgehen. Bei kommunalen Unternehmen in der Rechtsform der AG dürfte dies grundsätzlich den Abschluss eines Beherrschungsvertrages voraussetzen.

---

<sup>10</sup> Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 14.09.2006, 13 Verg 2/06.

Soweit diese vergaberechtlichen Vorgaben für eine Inhouse-Beauftragung im Einzelfall erfüllt werden können, sind schließlich die umsatzsteuerlichen Konsequenzen zu bedenken. Vertragliche Verhältnisse sind umsatzsteuerrechtlich regelmäßig als steuerbarer Leistungsaustausch zu beurteilen mit der Folge, dass die Kommune zusätzlich zu der vertraglich vereinbarten Vergütung Umsatzsteuer bezahlen muss, die die Leistung für sie mangels Vorsteuerabzugsberechtigung häufig auch real versteuert.

Dort, wo die genannten vergabe- und umsatzsteuerlichen Hürden überwunden werden können, eignen sich vertragliche Vereinbarungen indes sehr gut für einen beihilfenrechtlichen Betrauungsakt. Denn aufgrund der Möglichkeit zur differenzierten vertraglichen Ausgestaltung der verschiedenen gemeinwohlorientierten Leistungspflichten und des jeweiligen hierfür zu gewährenden Kostenausgleichs zuzüglich Gewinnaufschlag - sprich: Vergütung - lassen sich insbesondere die Parameter für den Kostenausgleich in beihilfenrechtskonformer Weise vorab festschreiben. Gleiches gilt für die erforderlichen Regelungen zur Änderung und Überwachung der Parameter etwa durch Vereinbarung von Preisgleitklauseln und Informationsrechten einschließlich Rückzahlungsverpflichtungen im Falle der Überkompensation.

### **3.3.3. Zuwendungsbescheid**

In vielen Fällen wird eine vertragliche Betrauung aus den genannten vergabe- und steuerrechtlichen Gründen jedoch nicht möglich sein. Insoweit kommt als weitere - und vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen wohl praktikabelste - Option für eine rechtliche Grundlage der zu gewährenden Ausgleichsleistungen ein Verwaltungsakt in Form eines Zuwendungsbescheides in Betracht. Auch die Kommission hat erkennen lassen, dass sie einer Einbindung des Betrauungsakts in das allgemeingültige und weitgehend durchnormierte Zuwendungsrecht positiv gegenüber steht.

**Praxishinweis:** Zu beachten ist dabei, dass allein die Bezeichnung eines Rechtsakts als Zuwendungsbescheid noch nicht zum Ausschluss der bei vertraglichen Verhältnissen bestehenden vergaberechtlichen Risiken führt. Entscheidend für die rechtliche Einordnung als „Bescheid“ oder „Vertrag“ ist nicht die Bezeichnung, sondern die tatsächliche rechtliche Natur des Rechtsakts, bei Zuwendungsbescheiden also insbesondere der einseitig-hoheitliche Charakter im Gegensatz zum zweiseitigen, gleichberechtigten Vertrag. Vor ihrer etwaigen Umsetzung in der Praxis bedarf die Realisierbarkeit dieser Betrauungsform zudem einer sorgfältigen Prüfung anhand des konkreten Sachverhalts und unter Berücksichtigung aller steuer-, vergabe- und beihilfenrechtlichen Implikationen. Angesichts der ausschließli-

chen Zuständigkeit der Europäischen Kommission für das EG-Beihilfenrecht kann eine rechtliche Prüfung alleine jedoch keine abschließende Rechtssicherheit bieten. In Zweifelsfällen sollte daher eine Abstimmung mit den für das EG-Beihilfenrecht zuständigen Arbeitseinheiten der Länder herbeigeführt werden.

Nachfolgend werden daher die wesentlichen Vorgaben der Freistellungsentscheidung anhand ihrer Umsetzung in einem den Verwaltungsvorschriften zu den §§ 23, 44 Landeshaushaltsordnung (LHO) entsprechenden Zuwendungsbescheid einschließlich der einschlägigen Nebenbestimmungen erläutert.<sup>11</sup>

Zwar gelten diese Vorschriften auf kommunaler Ebene nicht unmittelbar. Den Kommunen ist eine entsprechende Anwendung jedoch insofern nachhaltig zu empfehlen, als damit ein abgestimmtes und praxiserprobtes Regelwerk vorhanden ist. Dies gilt insbesondere auch für die Beifügung der nachfolgend erläuterten *Allgemeinen Nebenbestimmungen zur Projektförderung (ANBest-P)* bzw. der *Allgemeinen Nebenbestimmungen zur institutionellen Förderung (ANBest-I)*. Ein Rückgriff hierauf dürfte zudem einen erheblich geringeren Arbeitsaufwand als individuelle Lösungen verursachen.

### **3.3.3.1 Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen – umsatzsteuerliche Abgrenzung zwischen echtem Zuschuss und steuerbarem Leistungsaustausch**

Die nach Art. 4 a) der Freistellungsentscheidung erforderliche Benennung der Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen entsprechen zuwendungsrechtlich dem Zuwendungszweck sowie dem Bewilligungszeitraum. Bei der Formulierung des Zuwendungszwecks muss eine den beihilfenrechtlichen Erfordernissen genügende Konkretisierung der Gemeinwohlverpflichtungen erzielt werden, wobei sich diese Anforderungen auf das Wesentliche beschränken können (vgl. Ziffer 5.2. des Arbeitspapiers der Kommissionsdienststellen). Gleichzeitig sind diese aber zur Vermeidung der Umsatzsteuerpflicht so allgemein zu halten, dass aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht ein sogenannter „echter Zuschuss“ und kein steuerbarer Leistungsaustausch vorliegt.

Zwar sind Zuwendungen aus öffentlichen Kassen, die ausschließlich auf der Grundlage des Haushaltsrechts und der dazu ergangenen ANBest-P bzw. ANBest-I vergeben werden, nach einem Schreiben des Bundesfinanzministeriums (BMF) vom 15. August 2006 grundsätzlich echte Zuschüsse, weil die in den ANBest-P bzw. ANBest-I normierten Auflagen für die Annahme eines (steuerbaren) Leistungsaustauschverhältnisses nicht ausreichen.

---

<sup>11</sup> Bei dem Vorschlag zur Ausgestaltung des Betrauungsakts in Form eines Zuwendungsbescheids handelt es sich nur um eine, aus Sicht der Verfasser praktikable Möglichkeit zur Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen. Darüber hinaus können je nach Sachverhalt und rechtlichen Rahmenbedingungen selbstverständlich auch andere Ausgestaltungen in Betracht kommen.

Zur Erfüllung der beihilfenrechtlichen Vorgaben wird jedoch regelmäßig die Aufnahme *besonderer* Nebenbestimmungen in den Zuwendungsbescheid erforderlich sein. In diesem Fall bedarf es nach dem eben erwähnten BMF-Schreiben der Prüfung im Einzelfall, ob aufgrund zusätzlicher Bedingungen oder Auflagen oder sonstiger Umstände ein steuerbarer Leistungsaustausch begründet worden ist.

Vor diesem Hintergrund gilt für die umsatzsteuerliche Abgrenzung zwischen einem echten Zuschuss und einem steuerbaren Leistungsaustausch generell Folgendes:

Ein *echter Zuschuss* liegt vor, wenn der Empfänger die Zuwendungen lediglich erhält, um ganz allgemein in die Lage versetzt zu werden, überhaupt tätig zu werden oder seine ihm nach dem Gesellschaftszweck obliegenden Aufgaben zu erfüllen. Die Zahlungen müssen daher dem bezuschussten Unternehmen vorrangig zu seiner Förderung aus strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder allgemeinpolitischen Gründen gewährt werden.

Um ein steuerbares *Entgelt für eine Leistung* handelt es sich ungeachtet der Bezeichnung als Zuwendung oder Zuschuss dagegen dann, wenn eine unmittelbare innere Verknüpfung zwischen der Gewährung eines Zuschusses und der Erbringung einer Leistung besteht, d. h. wenn der Zahlungsempfänger seine Leistung erkennbar um der Gegenleistung willen erbringt und der Zahlende einen Gegenstand oder einen anderen Vorteil im Sinne eines Kostenfaktors erhält, auf Grund dessen er als Empfänger einer Lieferung oder sonstigen Leistung angesehen werden kann.

**Beispiel:** Ein Verkehrsverein übernahm u. a. durch Gründung einer Fremdenverkehrsgesellschaft die Aufgaben des städtischen Verkehrsamtes wie Werbung für Tagungen und Kongresse, Stadtwerbung, Stadtrundfahrten sowie die Organisation eines Sommerfestes. Da der Verein defizitär arbeitete, gewährte die Stadt ihm auf der Grundlage einer Vereinbarung einen als „Entschädigung“ bezeichneten jährlichen Zuschuss entsprechend der Finanzlage von Stadt und Verein. Hierzu bat der Verein zunächst um einen Zuschuss zur Erfüllung seiner Aufgaben und zur allgemeinen Lebenserhaltung, dessen Höhe der Gemeinderat sodann auf Vorschlag der Stadtverwaltung beschloss. Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs (BFH) stellten die Zahlungen der Stadt nicht steuerbare echte Zuschüsse dar, die dem Verein ermöglichten, seinen satzungsgemäßen Aufgaben nachzugehen. Stadt und Verein hätten sich nicht auf ein festes Entgelt für die übernommenen Aufgaben geeinigt, sondern der Zuschuss werde jährlich unter Berücksichtigung der Haushaltssituation der Stadt und den Einnahmen/Ausgaben des Vereins festgesetzt. Zudem komme der Verein seiner Zweckbestimmung nicht nur im Interesse und im

Auftrag der Stadt, sondern auch im Interesse seiner Mitglieder und des verfolgten Gemeinwohls nach, was gegen die Qualifizierung der Tätigkeiten als individualisierbare Leistungen zugunsten der Stadt spreche.<sup>12</sup>

Darüber hinaus deuten nach der Entscheidungspraxis des BFH folgende Indizien auf das Vorliegen eines echten Zuschusses hin:

- Der Leistungsempfänger ist nicht bestimmbar und die Leistung kann nicht individualisiert werden;
- die Gründe für den Zuschuss eines Gesellschafters zum Ausgleich von Gesellschaftsverlusten liegen im Gesellschaftsverhältnis begründet<sup>13</sup>;
- die Zuschusszahlungen der Gesellschafter bestimmen sich nicht nach den Vorteilen, die die einzelnen Gesellschafter aus den Aktivitäten der geförderten Gesellschaft ziehen;
- die Mittel werden nicht für die Leistung, sondern für das leistende Unternehmen zur Erfüllung seines Gesellschaftszwecks gewährt;
- dem Zuwendungsgeber stehen über die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Instrumente wie etwa den Verwendungsnachweis hinaus keine weiteren Einflussnahme- und/oder Kontrollrechte hinsichtlich der Art und Weise, der Dauer oder der Qualität der Aufgabenerfüllung durch den Zuwendungsempfänger zu;
- der Zuschuss wird nicht in Abhängigkeit von der Erfüllung bestimmter Aufgaben, sondern jährlich unter Berücksichtigung der städtischen Haushaltslage und der Einnahmen und Ausgaben des bezuschussten Unternehmens festgesetzt.

**Praxishinweis:** Die Vermeidung der Einstufung des Zuwendungsverhältnisses seitens der Finanzbehörden als steuerbaren Leistungsaustausch durch angemessene Formulierung des Zuwendungsbescheides und gegebenenfalls des Gesellschaftszwecks der zu fördernden Eigengesellschaft dürfte in der Praxis eine der schwierigsten Aufgaben im Rahmen der Umsetzung des Monti-Pakets darstellen. Einheitliche Vorgaben sind aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der kommunalen Unternehmen und ihrer vielfältigen Aufgaben kaum möglich. Dementsprechend sollte vor Erlass der Zuwendungsbescheide fachlicher

---

<sup>12</sup> Nach BFH, Urteil vom 22.07.1999, Az: V R 74/98.

<sup>13</sup> In diesen Fällen kommt nach Auffassung des BFH allerdings die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung in Betracht, näher zu dieser Problematik unten Abschnitt C.4.

Rat eingeholt und der konkrete Sachverhalt mit den Finanzbehörden – gegebenenfalls im Rahmen einer verbindlichen Auskunft – abgeklärt werden.

### **3.3.3.2 Betrautes Unternehmen und geographischer Geltungsbereich**

Das betraute Unternehmen ist im Zuwendungsbescheid mit Firma, Sitz und vertretungsberechtigten Geschäftsführern bzw. Ansprechpartnern zu bezeichnen. Der geographische Geltungsbereich dürfte schon aufgrund der Vorgaben der Gemeindeordnung sowie zur Einstufung als Daseinsvorsorge – überörtliche Tätigkeiten werden regelmäßig im Wettbewerb ausgeübt – auf das Gemeindegebiet beschränkt sein und muss entsprechend angegeben werden. Eine Ausnahme kann sich gegebenenfalls für Messegesellschaften, Unternehmen der Wirtschaftsförderung sowie insbesondere bei Verkehrsunternehmen ergeben, bei denen das Verbundgebiet den geographischen Geltungsbereich darstellen kann.

### **3.3.3.3 Art und Dauer der dem Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte**

Hier kommen vor allem die Verhängung eines Anschluss- und Benutzungszwangs in der Wasserversorgung/Abwasserbeseitigung und der Fernwärmeversorgung sowie der Abschluss von Konzessionsverträgen über die Nutzung öffentlicher Straßen, Wege und Plätze zur Trinkwasserversorgung sowie zum Bau und Betrieb von Straßen- und U-Bahnen in Betracht.

### **3.3.3.4 Parameter zur Berechnung, Überwachung und etwaigen Änderung der Ausgleichszahlungen: Wirtschaftsplan und getrennte Rechnungslegung**

Die vorherige Aufstellung der Parameter für die Ausgleichszahlungen stellt das zentrale Element der Freistellungsentscheidung dar; entsprechende Sorgfalt sollte auf die Ausgestaltung im Rahmen des Zuwendungsbescheides gelegt werden. Hinter der sehr abstrakten und auch etwas sperrigen Formulierung des Art. 4 d) der Entscheidung verbirgt sich schlicht die Anforderung, bereits vorab – beim Zuwendungsbescheid mit Erlass – im Sinne einer Budgetierung festzulegen, für welche Daseinsvorsorge-Verpflichtungen ein Kostenausgleich auf der Grundlage welcher Parameter und in welcher Form (z. B. Entgelt, Zuschuss, Abgabenbefreiung, Übernahme von Betriebskosten, Personalgestellung, Überlassung von Sachmitteln) gewährt wird. Wird die Zuwendung nicht in Form von Finanzmitteln, sondern etwa durch Personalgestellung oder Überlassung von Geschäfts- und Büroräumen gewährt, so bietet sich eine Umrechnung des daraus resultierenden Vorteils zu markt-

üblichen Konditionen und die entsprechende Einstellung in den Zuwendungsbescheid an. Eine ergänzende nachträgliche Verlustabdeckung für den Fall, dass die vorab kalkulierten und zur Verfügung gestellten Fördermittel nicht ausreichen, lässt die Freistellungsentscheidung nicht zu.

Zuwendungsrechtlich empfiehlt sich zur Umsetzung dieser Vorgaben die institutionelle Förderung im Wege der Fehlbedarfsfinanzierung. Bei dieser werden Zuwendungen zur Deckung der gesamten Ausgaben oder eines nicht abgegrenzten Teils der Ausgaben des Zuwendungsempfängers gewährt. Der beihilfenrechtliche Vorteil dieser Finanzierungsart liegt in der Verpflichtung des Zuwendungsempfängers, einen etwaigen überschießenden Zuwendungsbetrag - infolge höherer Einnahmen oder geringerer Ausgaben als ursprünglich veranschlagt - zurückzuerstatten. Eine beihilfenrechtlich unzulässige Überkompensation (Art. 4 e) der Freistellungsentscheidung) ist somit rechtlich ausgeschlossen, gleichzeitig dürfte dem Erfordernis eines entsprechenden Kontrollmechanismus (Art. 6 Freistellungsentscheidung) Genüge getan werden.

Für die Bewilligung der Zuwendung bedarf es eines schriftlichen Antrags des jeweiligen kommunalen Unternehmens, dem insbesondere ein Wirtschaftsplan beizufügen ist. Der Wirtschaftsplan muss alle zu erwartenden Einnahmen und voraussichtlich zu leistenden Ausgaben sowie einen Organisations- und Stellenplan enthalten. Eine Übersicht über das Vermögen und die Schulden sowie über die voraussichtlich einzugehenden Verpflichtungen zu Lasten künftiger Jahre ist als Anlage beizufügen, soweit sich dies nicht schon aus den Bilanzen oder dem Haushalts- oder Wirtschaftsplan ergibt (Ziffer 3.4 der Verwaltungsvorschriften zu § 23 LHO).

Der Wirtschaftsplan enthält im Modell der Betrauung durch Zuwendungsbescheid die eigentlichen Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen und ist insofern auch und vor allem beihilfenrechtlich verbindlich und abschließend. Bei seiner Aufstellung sind daher neben zuwendungsrechtlichen Regelungen vor allem die Vorgaben des Art. 5 der Freistellungsentscheidung zur Berechnung des Kostenausgleichs anhand allgemein akzeptierter Rechnungslegungsgrundsätze zu beachten. Dies sollte dann keine größeren Probleme aufwerfen, wenn sich die Tätigkeit des jeweiligen Unternehmens tatsächlich auf die Erbringung von gemeinwohlorientierten Leistungen beschränkt, wie dies etwa bei Bäder-Betrieben häufig gegeben sein wird. In diesem Fall dürfen die entstehenden Gesamtkosten ausgeglichen werden, so dass es nur deren einigermaßen präziser Veranschlagung im Wirtschaftsplan und Beantragung als Zuwendungssumme bedarf. Dabei können bis maximal 10% der Zuwendungssumme im Falle der Überzahlung auf das Folgejahr angerechnet werden (Art. 6 Freistellungsentscheidung). Selbst ein geringerer als kalkuliert ausfallender Zuschussbedarf, beispielsweise infolge höherer Einnahmen bei sehr gutem Wetter im Fall der Bäder-Betriebe, sollte daher keine Schwierigkeiten

aufwerfen. Hinsichtlich möglicher Korrekturmechanismen wird im Übrigen auf die Ausführungen unter Ziffer 3.2. verwiesen.

Etwas anders verhält es sich dort, wo die jeweiligen Unternehmen neben der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge noch andere Tätigkeiten im Wettbewerb zu privaten Anbietern - etwa Reinigungs- und Gebäudedienstleistungen - ausüben. Da nur Kosten ausgeglichen werden dürfen, die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zugeordnet werden können, bedarf es für eine belastbare Zuordnung einer getrennten Buchführung und der Angabe der Parameter, nach denen die Einnahmen und Ausgaben den jeweiligen Bereichen zugewiesen werden (Art. 5 Abs. 5 Freistellungsentscheidung). Dies gilt insbesondere für die sogenannten Gemeinkosten wie etwa der Miete für ein Gebäude, in welchem beide Tätigkeitsbereiche ihre Büros haben. Da hier in besonderem Maße die Gefahr der Quersubventionierung besteht, indem Kosten aus den Wettbewerbsbereichen der Daseinsvorsorge-Tätigkeit zugeordnet werden, prüft die Kommission diese Parameter erfahrungsgemäß besonders kritisch.

**Praxishinweis:** Von besonderer Bedeutung ist zudem, dass auch Zuwendungen in Form der Querfinanzierung mit Erträgen aus Tätigkeitsbereichen, die Gewinne erwirtschaften, berücksichtigt werden können. Sofern die Gewinne aus Tätigkeiten stammen, die mit einer anderen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zusammenhängen und für die dem Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte oder andere Vergünstigungen gewährt worden sind, ist eine Berücksichtigung zwingend vorgeschrieben. Nach Art. 5 Abs. 3 der Freistellungsentscheidung muss davon ausgegangen werden, dass die Mittel in diesem Fall als „Einnahmen“ des – insoweit als funktional eigenständig zu betrachtenden – Unternehmensbereiches, der aufgrund seiner Daseinsvorsorge-Aufgaben Verluste erwirtschaftet, zu berücksichtigen sind. Dies hat zur Folge, dass die ausgleichsfähigen Nettokosten der Aufgabenerfüllung um die so erzielten „Einnahmen“ verringert werden. Die Tatsache, dass diese Mittel nur innerhalb der Gesellschaft verschoben werden, dürfte beihilfenrechtlich nichts daran ändern, dass es sich um Ausgleichszahlungen der öffentlichen Hand handelt. Denn auch Mittel öffentlicher Unternehmen sind aufgrund der Verfügungsgewalt der Kommune als Mehrheitsgesellschafter nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich „staatliche Mittel“ im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG.

### **3.3.3.5 Die Vorkehrungen zur Verhinderung bzw. Rückerstattung von Überkompensationen: Rückforderungspflichten und Verwendungsnachweis**

Die ohnehin zu beachtenden zuwendungsrechtlichen Vorgaben zum Verwendungsnachweis und zur Rückforderung der Zuwendung bei Auflagenverstößen des Empfängers sollten den Anforderungen der Freistellungsentscheidung zur Verhinderung und etwaigen Rückerstattung von Überkompensationen in der Mehrzahl der Fälle genügen, ohne dass es zusätzlicher Regelungen bedürfte.

Von zentraler Bedeutung sind insoweit die in verschiedenen Konstellationen bestehenden Rückforderungspflichten der Kommune als Bewilligungsbehörde.

Eine solche Rückforderungspflicht der Kommune entsteht zunächst dann, wenn das kommunale Unternehmen im Rahmen seiner Daseinsvorsorge-Aufgaben abweichend vom vorgelegten Wirtschaftsplan höhere Einnahmen erzielt oder geringere Ausgaben tätigt, insgesamt also einen geringeren Zuschussbedarf (Fehlbedarf) aufweist. Es handelt sich hierbei um den Eintritt einer auflösenden Bedingung im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes Nordrhein-Westfalen (VwVfG NRW). Ein Ermessen der Kommune bei der Entscheidung darüber, ob von der Rückforderungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird, besteht folglich nicht. Die Rückforderungspflicht ergibt sich bereits aus Nr. 9.2.1 der dem Zuwendungsbescheid beizufügenden ANBest-I. Zur Verdeutlichung gegenüber dem Zuwendungsempfänger empfiehlt es sich jedoch, hierauf in dem Bewilligungsbescheid nochmals gesondert – etwa im Rahmen der besonderen Nebenbestimmungen – hinzuweisen.

Darüber hinaus besteht eine Rückforderungspflicht der Kommune auch bei Verwendung der Fördermittel für einen anderen als den im Bescheid vorgesehenen (Daseinsvorsorge-)Zweck (§ 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VwVfG NRW). Insoweit ist aus beihilfenrechtlicher Sicht wiederum an die unzulässige Subventionierung wettbewerblicher Tätigkeiten zu denken. Stellt sich etwa im Rahmen der Jahresabschlussprüfung heraus, dass für die zu fördernden Aufgaben der Daseinsvorsorge weniger Zuschüsse als im Wirtschaftsplan veranschlagt benötigt und die freigewordenen Mittel in kommerziellen Geschäftsbereichen eingesetzt wurden, ist die Kommune wiederum zur Rückforderung verpflichtet. Auf die Erstattungspflicht im Falle der zweckentfremdeten Verwendung der gewährten Mittel wird das kommunale Unternehmen ebenfalls in den ANBest-I (Ziffer 9.2.3) hingewiesen.

Schließlich sollte eine Überkompensation auch durch die Verbindlichkeit des Wirtschaftsplans und das Verbot der Rücklagenbildung verhindert werden können. Zudem ist die Fehlbedarfsfinanzierung von vornherein auf einen Höchstbetrag begrenzt; ein Rechtsanspruch des Zuwendungsempfängers auf eine „Nachschlagzah-

lung“ für den Fall, dass die kalkulierten Mittel nicht ausreichen, besteht nicht. Hinsichtlich der Möglichkeit, Korrekturmechanismen im Betrauungsakt vorzusehen bzw. diesen bei Bedarf zu aktualisieren, wird im Übrigen auf Ziffer 3.2.1 verwiesen.

Die nach Artikel 6 der Freistellungsentscheidung vorgeschriebene Kontrolle der Mitgliedstaaten obliegt nach dem diesbezüglichen, diesem Leitfadens als **Anlage 6** beigefügten gemeinsamen Erlass des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie und des Innenministeriums NRW der die Ausgleichszahlung gewährenden Gemeinde als Bestandteil der örtlichen Rechnungsprüfung gemäß §§ 102ff. GO NRW. Erfolgt die Ausgleichszahlung in Form eines Zuwendungsbescheides ist dabei in erster Linie die Prüfung des vom Zuwendungsempfänger - in aller Regel ein kommunales Unternehmen oder eine kommunale Einrichtung - stets vorzulegenden Verwendungsnachweises durch die Kommune maßgeblich. Der Verwendungsnachweis besteht aus einem Sachbericht und insbesondere aus einem sogenannten zahlenmäßigen Nachweis, in dem die tatsächlich getätigten Einnahmen und Ausgaben entsprechend der Gliederung des bei Antragstellung eingereichten Wirtschaftsplans dargestellt werden. Es empfiehlt sich, die Richtigkeit der Verwendungsnachweise einschließlich der zweckentsprechenden Verwendung der Mittel für Aufgaben der Daseinsvorsorge durch Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Jahresabschlussprüfung prüfen und testieren zu lassen. Eine entsprechende Regelung sollte daher als besondere Nebenbestimmung in den Finanzierungsbescheid aufgenommen werden.

### **3.3.3.6 Rechtsfolge einer ordnungsgemäßen Betrauung: Freistellung vom Beihilfenverbot und der Notifizierungspflicht**

Wird die jeweils in Rede stehende Ausgleichszahlung nach ihrer Höhe und dem Umsatz des Unternehmens vom Anwendungsbereich der Freistellungsentscheidung erfasst und liegt eine ordnungsgemäße Betrauung vor, dann greift die in Art. 3 der Entscheidung 2005/842/EG vorgesehene Rechtsfolge: Die betreffenden Ausgleichszahlungen sind dann „qua gesetzlicher Anordnung“ mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und werden folglich nicht (mehr) vom grundsätzlichen Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG erfasst. Dementsprechend müssen sie nicht - auch dies stellt Art. 3 der Freistellungsentscheidung ausdrücklich klar - bei der Europäischen Kommission in Brüssel angemeldet und von dieser genehmigt werden; Notifizierungspflicht und „Stillhaltegebot“ des Art. 88 Abs. 3 EG finden dann keine Anwendung.

Im Ergebnis sieht die Freistellungsentscheidung damit ähnlich wie seit einiger Zeit im Kartellrecht die Verordnung (EG) 1/2003 eine Legalausnahme vom Beihilfenverbot vor: Die betroffenen Kommunen und ihre Unternehmen können anhand der Vorgaben der Europäischen Kommission, insbesondere der Freistellungsentschei-

derung, selbst prüfen, ob die beabsichtigten Ausgleichszahlungen angemeldet werden müssen oder von der Notifizierung freigestellt sind. In Zweifelsfällen können bestimmte Ausgleichszahlungen aber – etwa aus Gründen der Rechtssicherheit – unverändert bei der Europäischen Kommission angemeldet werden. Die Kommission prüft die Maßnahmen dann anhand der Freistellungsentscheidung bzw. des *Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden*, und erlässt eine abschließende rechtsverbindliche Entscheidung.

### 3.3.3.7 Umfang der Freistellung: Kein Gebot der Kostenoptimierung

Besondere Erwähnung verdient angesichts der Bedeutung in der Praxis schließlich der Umfang der Freistellung vom Beihilfenverbot nach der Entscheidung 2005/842/EG: Denn anders als im ÖPNV/SPNV-Bereich, in denen gemäß dem vierten Altmark-Kriterium nur die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen mit Sachmitteln ausgestatteten Unternehmens (Benchmark) erstattungsfähig sind, sieht die Freistellungsentscheidung gerade keine Begrenzung („Deckelung“) der ausgleichsfähigen Kosten vor.

Einzig eine Überkompensation, also eine die Kosten der Daseinsvorsorge-Aufgabe *übersteigende* Ausgleichszahlung zugunsten des kommunalen Unternehmens, ist ausgeschlossen. Im Übrigen aber enthält die Entscheidung weder ein „Kostenoptimierungsgebot“ noch eine sonstige Kostenbeschränkung. Vielmehr sind alle durch die Erfüllung der Daseinsvorsorge-Aufgabe *tatsächlich entstandenen* und nach allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen berechneten Kosten unabhängig von ihrer Höhe ausgleichsfähig

Sofern das jeweils betraute Unternehmen *ausschließlich* im Bereich der Daseinsvorsorge tätig ist – häufig wird dies beispielsweise bei Bäder-Betrieben der Fall sein –, können daher die Gesamtkosten des Unternehmens abzüglich der erwirtschafteten Umsatzerlöse und zuzüglich einer angemessenen Rendite (Kapitalertrag unter Berücksichtigung des Unternehmenswagnisses) ausgeglichen werden, Art. 5 Abs. 2 lit. a) und Abs. 3 Freistellungsentscheidung. Erbringt das kommunale Unternehmen daneben noch andere, wettbewerblich-kommerzielle Leistungen, können alle der Daseinsvorsorge-Aufgabe zurechenbaren und tatsächlich entstandenen Kosten ausgeglichen werden, wobei der Ausgleich ausdrücklich auch ganz oder teilweise aus den Erträgen der anderen Leistungen (quer-)finanziert werden darf.

**Praxishinweis:** Sofern im Zuge der Altmark Trans-Diskussion auch in Tätigkeitsbereichen außerhalb des Verkehrssektors bereits eine Anpassung auf die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens vorgenommen wurde, kann es daher sinnvoll

sein, nunmehr eine Umstellung auf den flexibleren und zudem vergleichsweise rechtssicheren Kostenrahmen der Freistellungsentscheidung zu prüfen.

#### **4. Körperschaftsteuerliche Folgewirkungen einer zukünftigen Finanzierung kommunaler Unternehmen der Daseinsvorsorge durch Zuwendungsbescheid**

Eines der im Zusammenhang mit der Besteuerung kommunaler Unternehmen seit Jahren am intensivsten diskutierten Probleme ist die Frage der verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) bei strukturell dauerdefizitären Betrieben gewerblicher Art bzw. entsprechenden Kapitalgesellschaften sowie deren Auswirkung auf den steuerlichen Querverbund.

Der vorstehend erläuterte, beihilfenrechtlich motivierte Vorschlag einer zukünftigen Defizitfinanzierung der kommunalen Unternehmen der Daseinsvorsorge im Wege des Zuwendungsbescheides hat auf diese Thematik möglicherweise nicht unerhebliche Auswirkungen, die nachfolgend zumindest skizziert werden sollen; auch insoweit bedarf es selbstredend der vertieften Prüfung anhand der im Einzelfall bestehenden Unternehmensstruktur. Darüber hinaus stehen die nachfolgenden Ausführungen unter dem Vorbehalt einer möglichen gesetzlichen Regelung des steuerlichen Querverbundes.

##### **4.1. Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung**

Das Körperschaftsteuerrecht beurteilt das Verhältnis zwischen einem Betrieb gewerblicher Art (BgA) und seiner Träger-Kommune nicht anders als das Verhältnis zwischen einer Kapitalgesellschaft – etwa einer GmbH – und deren beherrschendem Alleingesellschafter, bei dem es sich selbstverständlich auch um eine Kommune handeln kann.

Unter einer vGA (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG) ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung oder auch eine verhinderte Vermögensmehrung zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht. In der Mehrzahl der Fälle hat der BFH die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers einem Nicht-Gesellschafter nicht gewährt hätte.

Vor diesem Hintergrund kann eine vGA nach der Rechtsprechung des BFH u. a. dann vorliegen, wenn eine Kapitalgesellschaft ohne angemessenes Entgelt Ge-

schäfte tätig, die im privaten Interesse ihrer Gesellschafter liegen und bei der Gesellschaft selbst zu Verlusten führen. Denn ein – gedachter – ordentlicher und gewissenhafter Kaufmann, so die Begründung, wäre nicht bereit, eine fortdauernde Erwirtschaftung von Verlusten etwa aus bestimmten Dienstleistungen hinzunehmen, die an sich seinem Gesellschafter oblägen. Vielmehr würde ein solcher Geschäftsführer zusätzlich noch einen – zu versteuernden - angemessenen Gewinnaufschlag für die Erbringung der Leistungen in Rechnung stellen.

#### **4.2. Anwendung der vGA-Grundsätze auf strukturell dauerdefizitäre BgA und kommunale Eigengesellschaften?**

Nach einer ersten Entscheidung aus dem Jahre 2004 wandte der BFH diese ursprünglich für private „Liebhaber-Geschäfte“ – etwa die verlustträchtige Vermietung von Segelyachten – entwickelten Grundsätze zur vGA in einem richtungsweisenden Urteil vom August 2007<sup>14</sup> auch auf das Verhältnis der Kommunen zu ihren BgA/Eigengesellschaften (GmbH, AG) an.

Zur Begründung verweist der BFH u. a. darauf, dass die Regelung des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG auch auf BgA und ihre Trägerkörperschaften Anwendung finde. Da verschiedene kommunale BgA und Kapitalgesellschaften aufgrund der ihnen obliegenden Aufgaben – im Streitfall die Unterhaltung eines Bäderbetriebs – strukturell dauerdefizitär wären, könnte nur ein Verlustausgleich durch die Trägerkörperschaft etwas an der Verlustsituation ändern. Auf diesen Ausgleich würde der oben erwähnte gewissenhafte und ordentliche Geschäftsführer aber auch im Falle kommunaler Unternehmen nicht verzichten. Zudem erhalte die Kommune als Gesellschafter auch einen objektiv zurechenbaren materiellen Vorteil. Denn die Unterhaltung des Bäderbetriebs sei eine eigentlich ihr obliegende Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge, die bei Eigenerfüllung auch zu unmittelbar bei ihr selbst auftretenden, eigenen Verlusten führen würde. Wolle die Gemeinde diese Aufgabe auf Eigenbetriebe in Form selbständiger Kapitalgesellschaften auslagern, dann müssten sich diese Gesellschaften auch den allgemeinen steuerrechtlichen Regelungen unterwerfen. Für eine Ausnahme von diesen allgemeinen Regelungen – etwa zur Wahrung der positiven wirtschaftlichen Effekte der Auslagerung durch die Möglichkeit der Saldierung mit den Gewinnen aus anderen Gesellschaften – bedürfe es einer ausdrücklichen (subventions-)rechtlichen Regelung, an welcher es derzeit jedoch fehle.

Ob neben der als vGA zu qualifizierenden Übernahme der Dauerverluste zusätzlich noch ein angemessenen Gewinnaufschlag in Rechnung zu stellen sei, der sodann der Körperschaftsteuer unterläge - so seine Tendenz in früheren Urteilen -, ließ der BFH in der genannten Entscheidung vom August 2007 dahin stehen.

---

<sup>14</sup> BFH, Urteil vom 22. August 2007, Az: I R 32/06.

Das BMF hat allerdings mit Schreiben vom 07. Dezember 2007 einen Nichtanwendungserlass für die vorstehend erläuterte BFH-Entscheidung erlassen.<sup>15</sup> Darüber hinaus kommt eine gesetzliche Regelung des steuerlichen Querverbundes in Betracht.

#### **4.3. Mögliche Auswirkungen der Defizitfinanzierung durch Zuwendungsbescheid auf die vGA-Problematik**

Durch das Monti-Paket und die beihilfenrechtlich zwingende Vorgabe einer Finanzierung auf Grundlage eines Betrauungsakts hat die eben erläuterte vGA-Problematik im Falle der Finanzierung strukturell dauerdefizitärer kommunaler Unternehmen eine weitere Komponente erhalten, die es bei einer Lösung im Blick zu behalten gilt.

Im Zusammenhang mit dem oben vorgeschlagenen Modell einer Defizitfinanzierung durch Zuwendungsbescheid ließe sich diesbezüglich argumentieren, dass das kommunale Unternehmen durch den Bescheid einen Rechtsanspruch auf die Zuwendung erhält. Sofern die Mittel entgegen der bisherigen Praxis nicht mehr erfolgsneutral, sondern in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BFH und der Verordnung (EG) Nr. 1725/2003<sup>16</sup> als *sonstige betriebliche Erträge* verbucht würden, entstünde dem Unternehmen kein Defizit mehr. Der Annahme einer vGA aufgrund einer strukturell dauerdefizitären Tätigkeit könnte so möglicherweise die Grundlage entzogen werden.

Der Gewinnaufschlag wäre dann gegebenenfalls nur noch auf die ordentlichen Erträge – im Falle des Bäderbetriebs etwa Erlöse aus Eintrittsgeldern etc. – zu erheben. Bezüglich der anzusetzenden Höhe des Gewinnaufschlags ließe sich argumentieren, dass das unternehmerische Wagnis des kommunalen Unternehmens als Ausgangsbasis für die Bemessung des Gewinnaufschlags – vgl. Art. 5 Abs. 4 der Freistellungsentscheidung – vergleichsweise gering sei. Denn da der Bestand des Unternehmens infolge des Zuwendungsbescheids bereits zu Jahresanfang weitgehend gesichert ist, existiert ein „echtes“, dem privaten Unternehmer vergleichbares Wagnis im Sinne des Insolvenzzrisikos in aller Regel nicht.

---

<sup>15</sup> Schreiben vom 07.12.2007, Gz: IV B 7 – S 2706/07/0011; DOK 2007/0570512.

<sup>16</sup> Verordnung (EG) Nr. 1725/2003 der Kommission vom 29. September 2003 betreffend die Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards in Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU Nr. L 261 vom 13.10.2003, S. 1 sowie die Änderungsverordnung (EG) Nr. 2238/2004 der Kommission vom 29. Dezember 2004, ABl. EU Nr. L 394 vom 31.12.2004, S. 1.

Zudem sind die fraglichen Unternehmen zumeist vollständig im Anteilseigentum einer Kommune, die sich den ihr obliegenden und durch die Unternehmen erfüllten Aufgaben der Daseinsvorsorge jedenfalls nicht ohne weiteres entziehen kann. Dementsprechend geht das OVG Münster hinsichtlich des Unternehmenswagnisses bei der Wahrnehmung gebührenfinanzierter Aufgaben durch Gesellschaften in privater Rechtsform aufgrund der – dort durch die Gebührenfinanzierung - garantierten Kostendeckung (§ 6 Abs. 1 S. 2 KAG NRW) von einem Gewinnaufschlag von ca. 1% aus.

Vor diesem Hintergrund dürfte allenfalls ein sehr geringer Gewinnaufschlag in Betracht kommen, wobei dieser wie erläutert wohl nur auf die ordentlichen betrieblichen Erträge des kommunalen Unternehmens und nicht auch auf die Zuwendungssumme bzw. wie vom BFH erwogen auf den gesamten Verlustausgleichsbetrag zu erheben wäre. Die Anerkennung dieses Lösungsweges, bei dem hinsichtlich der Höhe des Gewinnaufschlags unter Umständen noch zwischen BgA und Kapitalgesellschaften zu differenzieren wäre, sollte im konkreten Einzelfall jedoch unbedingt mit den zuständigen Finanzbehörden abgestimmt werden.

#### **4.4. Mögliche Auswirkungen der Defizitfinanzierung durch Zuwendungsbescheid auf den steuerlichen Querverbund**

Schließlich hat eine etwaige Abdeckung der Verluste kommunaler Unternehmen im Wege des Zuwendungsbescheids möglicherweise auch Auswirkungen auf den sogenannten steuerlichen Querverbund. Bei diesem werden solche BgA bzw. kommunale Eigengesellschaften, die Gewinne erwirtschaften – beispielsweise die Stadtwerke oder Wohnungsbaugesellschaften – mit verlustträchtigen BgA/Eigengesellschaften – typischerweise die Verkehrsbetriebe oder Bädergesellschaften – im Rahmen einer Körperschaftsteuerlichen Organschaft zusammengefasst. Die Gewinne der Stadtwerke können dann mit den Verlusten der Verkehrs- und Bäderbetriebe „quer“-verrechnet werden mit der Folge, dass auf die solchermaßen geminderten Gewinne der Stadtwerke kein oder jedenfalls nur noch ein erheblich reduzierter Körperschaftsteuerbetrag zu entrichten ist. Der BFH hatte diese Zusammenfassung verschiedener Unternehmen zunächst grundsätzlich anerkannt und einen Gestaltungsmissbrauch im Sinne der Abgabenordnung verneint, sofern sich hierdurch organisatorische Vorteile/Synergieeffekte ergeben und/oder die verschiedenen Betriebe jeweils Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllen. Inwieweit derlei steuerliche Querverbund-Strukturen nach dem eben erläuterten Grundsatzurteil des BFH zur vGA-Problematik bei strukturell dauerdefizitären kommunalen Unternehmen allerdings noch Bestand haben können, ist – zumal mit Blick auf den Nichtanwendungserlass des BMF - bislang nicht absehbar.

#### **4.4.1. Wegfall der Möglichkeit zur Verlustverrechnung bei individuellem Zuwendungsbescheid**

Ob die vorgeschlagene Verlustfinanzierung kommunaler Unternehmen im Wege des Zuwendungsbescheids sich unabhängig von der eben erläuterten Rechtsprechung überhaupt für solche BgA/Eigengesellschaften eignet, die im Rahmen einer körperschaftsteuerlichen Organschaft zusammengefasst sind, bedarf der sorgfältigen Prüfung anhand des konkreten Einzelfalls. Denn bei Erlass von Zuwendungsbescheiden zugunsten der verschiedenen zusammengefassten Defizitunternehmen entfällt bei diesen der Verlust, der folglich schon aus diesem Grund nicht mehr mit den Gewinnen der Gewinngesellschaften verrechnet werden kann. Im Ergebnis müssten diese ihre Gewinne somit in voller Höhe versteuern.

Alternativ kommt zwar aus beihilfenrechtlicher Sicht eine „Gesamtbetrachtung“ der Wirtschaftseinheit (vgl. oben B.1.1.2) – in der Regel die Versorgungs-Holding – in Betracht, zumal die Freistellungsentscheidung explizit die Möglichkeit der Querfinanzierung erwähnt. Nach dem Arbeitspapier der Kommission vom 20. November 2007 muss die Verlustabdeckung durch die Gewinngesellschaften auf Seiten der Verlustgesellschaften jedoch als Einnahme gemäß Art. 5. Abs. 3 der Freistellungsentscheidung berücksichtigt werden. Dies hat naturgemäß zur Folge, dass sich die ausgleichsfähigen Nettokosten um diesen Betrag reduzieren. Der gegebenenfalls nach der Querverrechnung verbleibende Restverlust, der in der Regel auf der Ebene der Versorgungs-Holding anfällt, würde dann auf der Grundlage des Zuwendungsbescheides unmittelbar aus dem städtischen Haushalt an die Versorgungs-Holding transferiert.

#### **4.4.2. Beihilfenrechtliche Zulässigkeit der Verlustausgleichspflicht im Rahmen von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen**

Eine sorgfältige Abwägung aller rechtlichen, steuerlichen und praktischen Gesichtspunkte ist bei diesen Konstellationen umso mehr anzuraten, als die Defizitfinanzierung kommunaler Unternehmen im Wege des steuerlichen Querverbundes auch beihilfenrechtlich jedenfalls nicht unproblematisch ist. Zwar sieht Art. 5 Abs. 3 der Entscheidung 2005/842/EG wie eben erläutert die Möglichkeit der Querfinanzierung ausdrücklich vor. Allerdings setzt die Anerkennung der körperschaftsteuerlichen Organschaft den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages im Sinne von § 291 AktG voraus. Folge eines solchen Vertrages wiederum ist eine Rechtspflicht des herrschenden Unternehmens zum - nachträglichen und grundsätzlich unbegrenzten - Ausgleich der Verluste des beherrschten Unternehmens (§ 302 Abs. 1 AktG). Inwieweit sich diese gesellschaftsrechtliche Pflicht mit der beihilfenrechtlichen Vorgabe einer *vorherigen* und grundsätzlich *abschließenden* Aufstellung der Parameter – unter Berücksichtigung etwaiger vorgesehener Korrektur-

mechanismen - für den Kostenausgleich und der strikten Beschränkung der Verlustausgleichsmöglichkeit auf die spezifischen Kosten der Daseinsvorsorge-Aufgaben vereinbaren lässt, ist noch unklar. Entscheidungen der Europäischen Kommission zum steuerlichen Querverbund und speziell zur Verlustausgleichspflicht aus § 302 Abs. 1 AktG liegen bislang noch nicht vor.

Eine andere Möglichkeit für die zukünftige Strukturierung kommunaler Holdinggesellschaften könnte vor dem Hintergrund der geschilderten ertragssteuerlichen und beihilferechtlichen Unsicherheiten gegebenenfalls darin bestehen, die Gewinngesellschaft als 100%ige Tochtergesellschaft / Organgesellschaft der Verlustgesellschaft (Organträgerin) zu strukturieren und nur den dort nach Gewinnvereinnahmung anfallenden, vorkalkulierten Verlust durch Zuwendungsbescheid auszugleichen.

In jedem Fall gilt es insoweit, unbedingt die weitere BFH-Rechtsprechung und die einschlägige Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission sowie die Entwicklung auf gesetzgeberischer Ebene - insbesondere die Ergebnisse der Arbeitsgruppe der Finanzverwaltung zur Überarbeitung der Besteuerung der öffentlichen Hand - aufmerksam zu beobachten und etwaige konkrete Lösungsmodelle im Einzelfall mit den Finanzbehörden abzustimmen.

## **5. Verhältnis des Monti-Pakets zu anderen Beihilfenvorschriften**

Die Freistellungsentscheidung ebenso wie der Gemeinschaftsrahmen lassen bestehende strengere sektorspezifische Rechtsvorschriften in Bezug auf die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen, wie es sie etwa im Postsektor und in der Telekommunikation gibt, ausdrücklich unberührt.

Allerdings wird man davon ausgehen können, dass auch für die Mitgliedstaaten günstige Beihilfenvorschriften wie insbesondere die verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen, deren Anwendungsbereich sich zumindest teilweise mit der Entscheidung 2005/842/EG überschneiden dürfte, neben dieser anwendbar bleiben. Zu nennen sind hier insbesondere die Verordnungen 68/2001 und 2204/2002 betreffend Ausbildungs- bzw. Beschäftigungsbeihilfen sowie die Verordnung 1998/2006 betreffend die Gewährung sogenannter „De-Minimis“-Beihilfen. Insbesondere letztere kann, nachdem der notifizierungsfrei zu gewährende Beihilfenbetrag von bislang 100 000 € auf nunmehr max. 200 000 € innerhalb eines drei-Jahres-Zeitraumes angehoben wurde, in Einzelfällen durchaus eine Alternative zur Finanzierung mittels Zuwendungsbescheid sein, wobei für „De-Minimis“-Beihilfen jedoch erhöhte Transparenz-Anforderungen gelten.

Zu beachten gilt es schließlich, dass Beihilfen, welche die durch die Erfüllung von Daseinsvorsorge-Aufgaben entstehenden Kosten übersteigen (Überkompensation), dem Unternehmen nicht auf der Grundlage anderer Erlaubnisvorschriften überlassen werden dürfen (vgl. Rn. 23 des Gemeinschaftsrahmens). Die Kommunen müssen sich folglich vorab entscheiden, auf welcher Grundlage sie eine bestimmte Beihilfe gewähren wollen und sodann die hierfür maßgeblichen, durchaus unterschiedlichen Vorgaben beachten.



# Anlagen



## **Anlage 1**

Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005  
über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche  
Beihilfe, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von  
allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als  
Ausgleich gewährt werden



## ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 28. November 2005

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

(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2005) 2673)

(2005/842/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

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

in Erwägung nachstehender Gründe:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

#### Artikel 1

##### Gegenstand

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

#### Artikel 2

##### Geltungsbereich

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

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

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

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

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

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

### Artikel 3

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

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

### Artikel 4

#### **Öffentlicher Auftrag**

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

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

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

### Artikel 5

#### **Ausgleichszahlung**

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Artikel 6

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

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

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

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

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

#### Artikel 7

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

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

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

#### Artikel 8

##### **Berichte**

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

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

#### Artikel 9

##### **Folgenabschätzung**

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

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

*Artikel 10*

**Inkrafttreten**

Diese Entscheidung tritt am 19. Dezember 2005 in Kraft.

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

*Artikel 11*

**Adressaten**

Diese Entscheidung ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Brüssel, den 28. November 2005

*Für die Kommission*

Neelie KROES

*Mitglied der Kommission*



## **Anlage 2**

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



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

(2005/C 297/04)

### 1. ZWECK UND ANWENDUNGSBEREICH

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

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

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

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

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

#### 2.1. Allgemeines

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2.4. Höhe des Ausgleichs

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

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

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

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

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

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

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

### 3. ÜBERKOMPENSIERUNG

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

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

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

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

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

#### 5. ANWENDUNG DES GEMEINSCHAFTSRAHMENS

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

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

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

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

#### 6. ZWECKDIENLICHE MASSNAHMEN

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

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

## **Anlage 3**

Richtlinie 2005/81/EG DER KOMMISSION vom 28. November 2005 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen



## RICHTLINIE 2005/81/EG DER KOMMISSION

vom 28. November 2005

### zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen

(Text von Bedeutung für den EWR)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

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

in Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Die Richtlinie 80/723/EWG der Kommission <sup>(1)</sup>, verlangt von den Mitgliedstaaten die Gewährleistung der Transparenz in den Finanzbeziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen sowie innerhalb bestimmter Unternehmen. Unternehmen, die verpflichtet sind, getrennte Bücher zu führen, sind Inhaber besonderer oder ausschließlicher von einem Mitgliedstaat gemäß Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag verliehener Rechte. Sie sind beauftragt, eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag zu erbringen, und erhalten dafür staatliche Beihilfen. Außerdem können sie andere Tätigkeiten ausüben.

(2) Die Mitgliedstaaten können den mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen einen Ausgleich gewähren, um die damit verbundenen besonderen Kosten zu decken. Die Ausgleichszahlungen dürfen jedoch nicht den Betrag überschreiten, der für die Erbringung dieser Dienstleistungen erforderlich ist. Auch dürfen sie nicht zur Finanzierung von Tätigkeiten außerhalb der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verwendet werden.

(3) Gemäß der Richtlinie 80/723/EWG wird die Führung getrennter Bücher nur verlangt, wenn das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen staatliche Beihilfen erhält. In seinem Urteil *Altmark Trans GmbH* <sup>(2)</sup> hat der Gerichtshof jedoch befunden, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag sind.

(4) Die Kommission ist der Auffassung, dass, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieser Ausgleichszahlungen, gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag die Verpflichtung, getrennte Bücher zu führen, auch auf Unternehmen angewendet werden sollte, die Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen erhalten und die Tätigkeiten außerhalb der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausüben. Allein die getrennte Buchführung erlaubt es, die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zuzurechnenden Kosten auszuweisen und die Vergütung korrekt zu berechnen.

(5) Es ist deshalb angezeigt, die Richtlinie 80/723/EWG zu ändern —

HAT FOLGENDE RICHTLINIE ERLASSEN:

#### Artikel 1

Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 80/723/EWG erhält folgende Fassung:

„d) Unternehmen, die verpflichtet sind, getrennte Bücher zu führen: Inhaber besonderer oder ausschließlicher von einem Mitgliedstaat gemäß Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag verliehener Rechte, die mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag betraut sind, eine Vergütung in unterschiedlicher Form in Bezug auf diese Dienstleistung erhalten und die andere Tätigkeiten ausüben.“

#### Artikel 2

Die Mitgliedstaaten setzen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, um dieser Richtlinie spätestens vom 19. Dezember 2006 an nachzukommen. Sie legen der Kommission umgehend den Text dieser Vorschriften und eine Tabelle vor, die eine Korrelation zwischen diesen Vorschriften und der Richtlinie herstellt.

Die zu erlassenden Vorschriften enthalten eine Bezugnahme auf diese Richtlinie bzw. werden bei ihrer amtlichen Veröffentlichung mit dieser Bezugnahme versehen. Die Mitgliedstaaten legen fest, wie die Bezugnahme zu erfolgen hat.

<sup>(1)</sup> ABl. L 195 vom 29.7.1980, S. 35. Richtlinie zuletzt geändert durch die Richtlinie 2000/52/EG (AbL. L 193 vom 29.7.2000, S. 75).

<sup>(2)</sup> Rechtssache C-280/00, *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Slg. 2003, I-7747.

*Artikel 3*

Diese Richtlinie tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* in Kraft.

*Artikel 4*

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Brüssel, den 28. November 2005

*Für die Kommission*  
Neelie KROES  
*Mitglied der Kommission*

---

## **Anlage 4**

Handreichung der Ständigen Konferenz der Innenminister und –senatoren  
der Länder zur Freistellungsentscheidung des sog. Monti-Pakets



Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Kommission) hat am 29.11.2005 ein Maßnahmenpaket („Monti-Paket“) zum europäischen Beihilfenrecht mit folgenden Regelungen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht:

- Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (2005/842/EG)  
= **„Freistellungsentscheidung“**
- Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (2005/C 297/04)  
= **„Gemeinschaftsrahmen“**
- Richtlinie 2005/81/EG der Kommission zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen  
= **„Änderung der Transparenzrichtlinie“**.

Die Kommission zieht mit dem Monti-Paket Konsequenzen aus der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) zur Anwendung des europäischen Beihilfenrechts auf Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (insbesondere Urteil in der Rechtssache Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH vom 24.07.2003; Rs. C-280/00; = **„Altmark-Trans-Urteil“**).

**Das Monti-Paket ist für die Rechtmäßigkeit von Ausgleichszahlungen, die Kommunen ihren Unternehmen und Einrichtungen sowie Dritten für die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge leisten, von herausragender Bedeutung. Die Altmark-Rechtsprechung des EuGH und das Monti-Paket machen es erforderlich, dass die Kommunen ihre Beziehungen zu allen – auch potentiell-**

**len – Empfängern von Ausgleichszahlungen überprüfen und, soweit notwendig, rechtlich anpassen.** Dazu werden die nachstehenden Hinweise gegeben sowie die Freistellungsentscheidung und der Gemeinschaftsrahmen abgedruckt. Die Hinweise dienen der allgemeinen Erläuterung des Monti-Pakets, sie behandeln nicht besondere Konsequenzen für einzelne Aufgabengebiete (z.B. Krankenhäuser und den sozialen Wohnungsbau).

## **1. Rechtlicher Rahmen**

Materielle Vorgaben für die Gewährung von Beihilfen regelt Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag. Danach sind, vorbehaltlich abweichender Bestimmungen des Vertrags, „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

Formelle Vorgaben enthält Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag, der bestimmt, dass alle Beihilfen vor ihrer Gewährung der Kommission anzumelden (zu „notifizieren“) sind. Vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission über die Zulässigkeit der Beihilfe darf diese nicht gewährt werden (Durchführungsverbot). Eine Verletzung des Durchführungsverbots führt zur Nichtigkeit des Vertrags oder Rechtsgeschäfts insgesamt nach § 134 BGB oder zur Rechtswidrigkeit des begünstigenden Verwaltungsakts.

Von den genannten Vorschriften sind grundsätzlich auch öffentliche Unternehmen und Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt wurden, betroffen (Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag). Eine Ausnahme hiervon gilt gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, soweit die Anwendung des Vertrags, hier also des Beihilfenrechts, die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf aber dadurch nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Das Monti-Paket knüpft an den in Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag enthaltenen Vorbehalt an und konkretisiert diesen näher für den Fall kommunaler Ausgleichszahlungen an eigene Unternehmen und Dritte für die Erfüllung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

## 2. Prüfschema

Aus den Vorschriften des EG-Vertrags ergibt sich im Zusammenhang mit der EuGH-Rechtsprechung, der Freistellungsentscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen für die Kommunen folgendes Prüfschema:

(1) Liegt eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag gegenüber einem Unternehmen, das Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag) erbringt, vor (s. dazu im Einzelnen u. 3.)?

- Gewährung einer Zuwendung durch die Kommune oder aus kommunalen Mitteln
- Wirtschaftliche Begünstigung  
nicht gegeben wenn:
  - marktübliche Gegenleistung
  - Ausnahme nach Altmark-Trans-Urteil
- Unternehmen als Begünstigter
- Selektivität (keine allgemeine Maßnahme)
- Vorliegen oder Drohen einer Wettbewerbsverfälschung; Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten  
nicht gegeben wenn:
  - De-minimis-Regelung einschlägig
  - nur lokal beschränkte Auswirkungen
- Unternehmensgegenstand: Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

(2) Freistellungsentscheidung

Ergibt die Prüfung nach dem vorstehenden Schema eine Beihilfe für ein Unternehmen, das Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

se erbringt, ist festzustellen, ob der Geltungsbereich der Freistellungsentscheidung nach deren Art. 2 eröffnet ist und ob die dort in Art. 4 und 5 genannten Voraussetzungen für Ausgleichszahlungen vorliegen. Wenn das der Fall ist, ist die Ausgleichszahlung mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und muss nicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag notifiziert werden (Art. 3 der Freistellungsentscheidung).

### (3) Gemeinschaftsrahmen

Ist der Geltungsbereich der Freistellungsentscheidung nicht eröffnet, ist die beabsichtigte Beihilfe zu notifizieren. Der Gemeinschaftsrahmen ist Grundlage für die Ermessensentscheidung der Kommission über die Genehmigung der Beihilfe nach einer Notifizierung. Solange eine abschließende Kommissionsentscheidung nicht vorliegt, darf die Beihilfe nicht gewährt werden (Durchführungsverbot, s.o. 1.).

Soweit eine Beihilfe gemäß Ziffer 1 nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, stehen die Kriterien der Freistellungsentscheidung für die Praxis im Mittelpunkt der Prüfung.

## **3. Hinweise zu den Begriffen im Prüfschema**

### 3.1 Gewährung einer Zuwendung durch die Kommune oder aus kommunalen Mitteln

„Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag umfassen auch Beihilfen der Kommunen; dies gilt auch, wenn die jeweiligen Mittel aus den Europäischen Strukturfonds stammen.

„Staat“ ist insoweit als öffentliche Hand zu verstehen. Als kommunale Mittel gelten unter den nachstehend genannten Voraussetzungen aber auch solche Mittel, die durch ein kommunales Unternehmen gewährt werden. Die von ihnen gewährten Mittel sind der Kommune zurechenbar, wenn sie aufgrund ihrer tatsächlichen Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten über einen beherrschenden Einfluss verfügt. Zur Bestimmung des „beherrschenden Einflusses“ ist Art.

2 Abs. 2 der Transparenzrichtlinie<sup>1</sup> maßgeblich. Danach wird vermutet, dass dieser dann vorliegt, wenn die Kommune unmittelbar oder mittelbar

- die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt oder
- über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

### 3.2 Wirtschaftliche Begünstigung

#### 3.2.1 Allgemeines; marktübliche Gegenleistung

Zentrales Tatbestandsmerkmal ist das Vorliegen einer Begünstigung. Das im Gemeinschaftsrecht nicht definierte Merkmal ist weit auszulegen. Dem Empfänger muss im Ergebnis ein geldwerter Vorteil gewährt werden. Das kann auf vielfältige Weise geschehen, also nicht nur in Form von Geldzuführungen, sondern z.B. auch durch Grundstücksveräußerungen unter dem marktüblichen Wert oder durch Maßnahmen, die im konkreten Fall die Belastungen des Unternehmens mindern (Befreiung von Soziallasten, Sondertarife, Abgaben und Steuererleichterungen, Entschädigungsregelungen usw.). Dabei ist unerheblich, ob die Zahlung mit oder ohne vertragliche oder gesetzliche Grundlage erfolgt. Auf ihre Beihilfequalität sind daher insbesondere auch Nachschusspflichten auf das Eigenkapital, Gewinn- und Verlustübernahmeverträge, Patronatserklärungen und Bürgschaften zu Gunsten von kommunalen Unternehmen zu überprüfen.

Eine Begünstigung liegt nicht vor, soweit die staatliche Zuwendung durch eine entsprechende marktübliche Gegenleistung des Zuwendungsempfängers ausgeglichen wird. Als Vergleichsmaßstab zur Bestimmung der Marktüblichkeit und damit der Angemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung ist der „Marktinvestortest“ heranzuziehen. Danach sind Zuwendungen, die öffentliche Stellen ihren Unternehmen gewähren, dann eine Beihilfe, wenn ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber die Leistung unter Rentabilitäts Gesichtspunkten nicht oder nicht in der Art und Weise erbracht hätte. Handelt die Kommune dagegen wie ein vernünftiger und umsichtiger Kapitalgeber,

---

<sup>1</sup> Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen.

ist eine Beihilfe ausgeschlossen. In diese Bewertung dürfen jedoch andere Vorteile für die Gemeinde, die nicht direkt mit dem „Geschäft“ zusammenhängen, wie der Erhalt von Arbeitsplätzen oder Sponsoringaktivitäten, nicht einbezogen werden.

### 3.2.2 Altmark-Trans-Urteil

Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rechtssache Altmark vom 24.07.2003, Rs. C-280/00 festgestellt, dass der für die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährte Ausgleich mangels Vorliegen einer Begünstigung dann keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 EG-Vertrag darstellt, wenn die nachstehenden vier Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Erwägungsgründe 4 und 5 der Freistellungsentscheidung und Rn. 6 des Gemeinschaftsrahmens):

- (1) Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
- (2) Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent festzulegen.
- (3) Der Ausgleich darf nicht über das Maß hinausgehen, das erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken.
- (4) Für den konkreten Fall, dass das Unternehmen, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt wird, mit der sich derjenige Bewerber ermitteln ließe, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen mit Produktionsmitteln ausgestattetes Unternehmen hätte (s. u. 4.1).

Nach dieser Entscheidung muss also entweder eine Ausschreibung mit dem Ziel durchgeführt werden, das Unternehmen zu ermitteln, das den Dienst am wirtschaftlichsten erbringt oder die Höhe des erforderlichen Ausgleichs muss auf der Grundlage eines hypothetischen Vergleichs mit den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens berechnet werden. Ein Ausgleich, der ohne vorherige Ausschreibung gewährt und bei dem nicht die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens zugrunde gelegt werden, ist daher eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag.

### 3.3 Unternehmen als Begünstigter

3.3.1 Der Unternehmensbegriff ist bezogen auf die Teilnahme am Wirtschaftsleben zu verstehen. Als Unternehmen gilt daher jedes Gebilde, das unabhängig von seiner Rechtsstellung und der Art seiner Finanzierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich. Unternehmen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrages können auch Einheiten sein, die kommunalrechtlich als nichtwirtschaftliche Unternehmen/Einrichtungen angesehen werden. Die von der EU bisher entwickelte und im Einzelnen noch auslegungsbedürftige Unterscheidung zwischen „wirtschaftlichen“ und „nicht-wirtschaftlichen“ Tätigkeiten ist nicht gleichzusetzen mit dem Begriffspaar „hoheitliche“ und „nicht-hoheitliche“ Aufgaben, da nach deutschem Verfassungsverständnis Pflichtaufgaben der Selbstverwaltung wie z. B. die Abwasser- und Abfallentsorgung zu den hoheitlichen Aufgaben zählen, während diese nach den Vorstellungen der EU-Kommission zweifelsfrei eine wirtschaftliche Dienstleistung sind. Nicht in den Anwendungsbereich des Beihilferechts fällt dagegen insbesondere die Ausübung öffentlicher Gewalt, Tätigkeiten zur Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit, nationale Bildungssysteme oder Grundversorgungssysteme der sozialen Sicherheit. Systeme der sozialen Sicherheit sind vor allem dann nicht Unternehmen im Sinne des Beihilferechts, wenn das Gewinnstreben fehlt, ein ausschließlich soziales Ziel verfolgt wird, Leistungen von Gesetzes wegen und unabhängig von der Beitragshöhe erbracht werden oder wenn der Solidaritätsgrundsatz angewandt wird.

3.3.2. Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne können daher auch Einrichtungen sein, die rechtlich unselbstständiger Teil der Kommune sind und keine Rechtspersönlichkeit haben, wie z.B. der kommunale Eigenbetrieb bzw. die eigenbetriebsähnliche Einrichtung oder der Regiebetrieb. Sofern diese oder eine ausschließlich kommunale Gesellschaft allein den Eigenbedarf der Kommune decken, fehlt es aber am Marktbezug der Tätigkeit mit der Folge, dass ein Unternehmen in dem hier maßgeblichen Sinne nicht vorliegt.

#### 3.4 Selektivität (keine allgemeine Maßnahme)

Eine Beihilfe liegt nur dann vor, wenn einzelne Unternehmen oder Unternehmenszweige durch die Maßnahme im Verhältnis zur Gesamtheit aller Unternehmen in eine günstigere Position gebracht werden. Keine Beihilfe sind daher z. B. Infrastrukturmaßnahmen, die Unternehmen eine allgemeine, gleichberechtigte Nutzung ermöglichen.

#### 3.5 Vorliegen oder Drohen einer Wettbewerbsverfälschung; Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten

##### 3.5.1 De-minimis-Regelung

Eine Verfälschung des Wettbewerbs oder Beeinträchtigung des Handels zwischen den EU-Mitgliedstaaten liegt dann nicht vor, wenn der finanzielle Vorteil für das Unternehmen geringfügig ist. Nach der „De-minimis-Regelung“ (Verordnung (EG) Nr. 69/2001, Abl. Nr. L10 vom 13.01.2001, Seite 30) liegt keine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag vor, wenn die Gesamtsumme aller einem Unternehmen gewährten nicht genehmigten Zuwendungen 100.000 Euro (Subventionsäquivalent) bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren nicht übersteigt und auch die übrigen in der Verordnung genannten Voraussetzungen eingehalten sind.

##### 3.5.2 Lokal beschränkte Auswirkungen

Keine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten liegt bei Beihilfen mit nur lokal beschränkter Auswirkung vor. Bereits die bloße Eignung einer Beihilfe zur Handelsbeeinträchtigung genügt, um eine lediglich lokal beschränkte Auswirkung auszuschließen. Abzustellen ist dabei auf mögliche

Auswirkungen sowohl auf der Angebots - als auch auf der Nachfrageseite. *Anhaltspunkte dafür, ob nach Auffassung der Kommission lediglich lokal beschränkte Auswirkungen vorliegen, bietet etwa die Entscheidung Schwimmbad „Dorsten“ – KOM vom 12.01.2001, Staatl. Beihilfe N 258/00, vgl.*

[http://www.europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/register/ii](http://www.europa.eu.int/comm/competition/state_aid/register/ii)).

### 3.5.3 Sonstige Fälle

Der Wettbewerb wird auch dann nicht verfälscht, wenn es ihn gar nicht gibt. Das bedeutet, dass Zuwendungen in Bereichen, in denen es keinen Wettbewerb im oder um den Markt gibt, in aller Regel nicht dem Anwendungsbereich des Art. 87 EG-Vertrag unterfallen. Die Bewilligung von Zuwendungen zugunsten eines Unternehmens, das ausschließlich auf einem solchen nicht liberalisierten Markt tätig wird, ist deshalb in der Regel keine Beihilfe. Anders verhält es sich, wenn das begünstigte Unternehmen auch auf liberalisierten Märkten tätig ist, weil dann eine indirekte Auswirkung auf den Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden kann.

### 3.6 Unternehmensgegenstand: Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Die Zuwendung muss dazu bestimmt sein, eine Ausgleichszahlung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darzustellen. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind nach Auffassung der Kommission solche Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und dazu mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden sind, denen ein Unternehmen aus eigenem wirtschaftlichem Interesse nicht nachkommen würde. Werden Leistungen auf dem Markt angeboten, müssen sie zusätzliche spezifische Merkmale aufweisen, die sie zu einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse machen, indem sie über die Pflichten sonstiger im relevanten Markt tätiger Unternehmen hinausgehen. Solche Merkmale können z.B. der sozialverträgliche Preis oder ihre besondere Qualität oder die erhöhte Versorgungssicherheit (flächendeckende Versorgung) sein. Es obliegt den Mitgliedstaaten, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu definieren. Sie haben dabei einen großen Ermessensspielraum, der von der Kommission nur auf offensichtliche Fehler

(d.h. missbräuchliche Anwendung im Einzelfall) überprüft wird. In Deutschland regeln die Kommunen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und bestimmen im Rahmen der Gesetze insbes. des Kommunalrechts, welche Leistungen sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse definieren; dieser Begriff wird von dem der Daseinsvorsorge mit umfasst. Dass nach dem Kommunalrecht jede Tätigkeit einer Kommune und eines kommunalen Unternehmens einem öffentlichen Zweck entsprechen muss, ist ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, reicht für sich jedoch für deren Annahme nicht aus.

Als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind von der Kommission und dem EuGH z. B. der Rettungsdienst, Aufgaben der Arbeitsvermittlung und –förderung, Aufgaben eines Betriebsrentenfonds sowie solche im Verkehrs-, Telekommunikations-, Post-, Energiebereich und der Abfallentsorgung anerkannt worden.

#### **4. Ergänzende Hinweise zur Freistellungsentscheidung**

##### **4.1 Allgemeines**

In der Freistellungsentscheidung und im Gemeinschaftsrahmen finden sich die ersten drei Kriterien des Altmark-Trans-Urteils wieder. Dagegen enthalten diese das vierte Altmark-Trans-Kriterium nicht; bei ihrer Anwendung muss folglich im Fall der (nicht auf einer Ausschreibung beruhenden) Direktbeauftragung nicht der schwierige Nachweis geführt werden, dass die Ausgleichszahlung aufgrund der Kostenanalyse eines hypothetischen Referenzunternehmens berechnet wurde (hypothetischer Nettokostenansatz). Das bedeutet: Ausgleichszahlungen, für die das vierte Altmark-Trans-Kriterium nicht vorliegt, sind Beihilfen. Die ihrer Berechnung zugrunde gelegten Kosten können erheblich über den Kosten eines Referenzunternehmens liegen. Die entsprechenden Ausgleichszahlungen können aber gleichwohl, soweit die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, unter die Freistellungsentscheidung oder den Gemeinschaftsrahmen fallen.

##### **4.2 Zu Art. 4**

###### **4.2.1 Form des Betrauungsakts („öffentlicher Auftrag“)**

Der Betrauungsakt muss an ein bestimmtes Unternehmen gerichtet und rechtlich verbindlich sein. Die Erteilung einer allgemein zugänglichen Erlaubnis, bestimmte Tätigkeiten ausüben zu dürfen, reicht nicht aus. Der Betrauungsakt kann aus einem Rechtsakt bestehen, einzelne Elemente des Betrauungsakts können aber auch in verschiedenen aufeinander bezogenen Rechtsakten enthalten sein. Der Betrauungsakt muss nicht notwendigerweise durch eine Rechtsnorm oder einen Verwaltungsakt erfolgen; eine klar umschriebene Formulierung des Auftrags durch die Kommune in einer vertraglichen Regelung reicht aus.

In der Regel wird die Betrauung durch Verwaltungsakt oder privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen. In den Fällen, in denen das Unternehmen keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, wie z. B. ein Eigen- oder Regiebetrieb, erfolgt die Betrauung dagegen notwendiger Weise durch einen internen Organisationsakt der Kommune. Bei einer kommunalen Eigengesellschaft kommt für die Betrauung außer dem Vertrag oder Verwaltungsakt auch der Gesellschaftsvertrag in Frage. Falls es z. B. in Satzungen oder Gesellschaftsverträgen jedoch lediglich allgemeine Regelungen geben sollte, bedarf es insbesondere in Bezug auf die Festlegung gem. Art. 4 Buchst. d) und e) weiterer Konkretisierungen durch Einzelregelungen.

#### 4.2.2 Inhalt des Betrauungsakts

Durch den Betrauungsakt muss sichergestellt werden, dass das Unternehmen die Leistung, für die die Ausgleichszahlung gewährt wird, tatsächlich erbringt. Außerdem müssen der Rechtsakt oder die Rechtsakte die unter Art. 4 Buchst. a) bis e) genannten Regelungen enthalten.

Die Festlegungen gemäß Art. 4 Buchst. a) und b), ggf. auch Buchst. c) werden in vielen Fällen bereits vorliegen. Dabei ist zu beachten, dass der Betrauungsakt nicht ein Unternehmen als solches betrifft, sondern nur die diesem übertragenen, bestimmten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse; es ist also möglich, dass die Betrauung nur einen Teil der Unternehmenstätigkeit erfasst. Soll ein Unternehmen verschiedene Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, müssen diese ver-

schiedenen Dienstleistungen durch einen oder mehrere Betrauungsakte abgedeckt sein.

Um die Beihilfe von der Notifizierungspflicht freizustellen, müssen die in Art. 4 Buchst. a) bis e) genannten Parameter bereits durch den Betrauungsakt festgelegt worden sein, bevor die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die die Ausgleichszahlung auslöst, erbracht wird; sie können also nicht erst dann fixiert werden, wenn nach der Erbringung solcher Dienstleistungen Ausgleichszahlungen anstehen (nach Art. 10 Satz 2 gilt Art. 4 Buchst. c) bis e) allerdings erst ab 29.11.2006). **Die Kommunen haben daher zu überprüfen, inwieweit Betrauungsakte im Sinne der Freistellungsentscheidung vorliegen oder vorzunehmen oder zu ergänzen sind.**

Die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlung gemäß Art. 4 Buchst. d) sind objektiv und transparent festzulegen; um dem zu entsprechen, sind hierbei die in Art. 5 Abs. 1 bis 4 genannten Anforderungen zugrunde zu legen. Dabei ist vor allem danach zu differenzieren, ob das Unternehmen eine oder mehrere verschiedene Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder daneben auch anderweitige Leistungen erbringt (vgl. Art. 5 Abs. 2 und 3). Regelungen über den nach einem bestimmten Zeitraum durch den Träger des Unternehmens zu leistenden Defizitenausgleich genügen nicht den Anforderungen der Freistellungsentscheidung; es ist vielmehr in transparenter Weise sicherzustellen, dass der Ausgleich nicht zu einer Überkompensation führt und dass er sich nur auf Kosten bezieht, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbar sind.

Vorkehrungen gegen Überkompensierungen gemäß Art. 4 Buchst. e) sind durch die Festlegung geeigneter Kontrollmechanismen (vgl. Art. 6) zu treffen, also etwa durch die Verpflichtung des Unternehmens, in regelmäßigen Abständen anhand der Parameter des Art. 5 zu berichten. Ebenso sind Verpflichtungen zur Rückzahlung überhöhter Ausgleichszahlungen festzulegen.

Aus kommunalrechtlicher Sicht ist darauf zu achten, dass bei der Betrauung eines dritten, nicht der Kommune gehörenden Unternehmens die Parameter für die Ausgleichszahlung so festgelegt werden, dass die Risikoverteilung zwischen der Kommune und dem Unternehmen dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit entspricht. Auf das kommunalrechtliche Gebot der Haftungsbegrenzung gegenüber kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform wird hingewiesen.

#### 4.3 Zu Art. 5

Die Anforderungen des Art. 5 sind auf das zweite und dritte Altmark-Trans-Kriterium bezogen.

Für die Berechnung der Ausgleichszahlungen an Eigenunternehmen der Kommunen gilt Folgendes:

Erbringt das Unternehmen nur eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, kann sich die Ausgleichszahlung auf einen Verlustausgleich auf der Grundlage aller tatsächlich für das Funktionieren der Dienstleistung erforderlichen Kosten beschränken (vgl. Art. 5 Abs. 2 Buchst. a), Abs. 3 Satz 1). Auch für diesen Fall muss vorweg im Rahmen des Betrauungsakts gemäß Art. 4 Buchst. d) festgesetzt werden, welche Rendite für das Unternehmen als angemessen anzusehen ist (Art. 5 Abs. 4).

Bei Unternehmen, die sowohl Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse als auch andere Leistungen erbringen, gehört zu den gemäß Art. 4 Buchst. d festzulegenden Parametern für die Berechnung der Ausgleichszahlung ein Schlüssel für die Ermittlung der zurechenbaren Kosten, Einnahmen und der Rendite (Art. 5 Abs. 2 Buchst. b, c, d, Abs. 3 und 4). Solche Unternehmen sind gemäß Art. 5 Abs. 5 zur getrennten Buchführung verpflichtet.

#### 4.4 Zu Art. 6

Alle Verwaltungsebenen haben im Rahmen ihrer Zuständigkeit sicherzustellen, dass die in Art. 6 vorgesehenen Kontrollen durchgeführt werden, damit keine Ausgleichszahlungen erfolgen, die über die in Art. 5 der Freistellungsentscheidung bestimmte Höhe hinausgehen. Im kommunalen Bereich kommen für diese Kontrollen eigens mit dieser Aufgabe betraute Organisationseinheiten der Kommune sowie die Organe der örtlichen und überörtlichen Rechnungsprüfung in Betracht. Außerdem können bei Bedarf die Aufträge zur handelsrechtlichen Abschlussprüfung der Unternehmen von den kommunalen Gesellschaftern entsprechend erweitert werden. Die Aufgaben der Kommunalaufsicht bleiben davon unberührt.

#### 4.5 Zu Art. 7

Unterlagen, aus denen sich feststellen lässt, ob die beihilferechtlichen Vorgaben eingehalten sind, müssen mindestens zehn Jahre vorgehalten werden. Solche Unterlagen sind insbesondere Jahresrechnungen oder Jahresabschlüsse der Kommune, Jahresabschlüsse und Lageberichte des Unternehmens, die zu Grunde liegenden Gremiumsbeschlüsse auf kommunaler und Unternehmensseite und die entsprechenden Buchungsbelege (begründende Unterlagen). Hierbei ist anzumerken, dass diese Unterlagen bereits nach geltendem kommunalem Haushalts- und Wirtschaftsrecht, dem Handels- und dem Steuerrecht dauerhaft oder mindestens zehn Jahre aufzubewahren sind (die Belege allerdings nur sechs Jahre, sofern nicht § 147 AO eine Aufbewahrung von zehn Jahren vorschreibt). Im Handelsrecht enthält § 257 HGB nähere Vorgaben. Im Übrigen sollte die Aufbewahrungspflicht in den Betrauungsakt aufgenommen werden.

## **5. Anlagen**

### **5.1 Freistellungsentscheidung**

### **5.2 Gemeinschaftsrahmen**

## **Anlage 5**

Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen

Häufig gestellte Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, und des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden





Kommission der Europäischen Gemeinschaften

Brüssel, den 20.11.2007  
SEK (2007)1516 endgültig

### **Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen**

**Häufig gestellte Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, und des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden**

#### **Begleitdokument**

**Zu der Mitteilung über " Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement "**

**{KOM(2007) 725 endg.}**

**{SEC (2007) 1514}**

**{SEC (2007) 1515}**

## Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen

### **Häufig gestellte Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden<sup>1</sup>, und des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden<sup>2</sup>**

Im Rahmen des durch die Mitteilung der Kommission über Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI) vom April 2006<sup>3</sup> eingeleiteten Konsultationsprozesses, erhielt die Kommission eine Reihe von Fragen zur Anwendung der Bestimmungen im Bereich von staatlichen Beihilfen auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI). Das vorliegende Dokument enthält Antworten auf diese Fragen. Soweit möglich, wird in den Antworten auf die Rechtsprechung oder auf besondere Bestimmungen der anwendbaren Texte verwiesen, um es interessierten Lesern zu ermöglichen, weitere Informationen zu erhalten.

Bei diesem Dokument handelt es sich um ein Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen. Es enthält technische Leitlinien auf der Grundlage einer verkürzten und teilweise vereinfachten Zusammenfassung jener Rechtsvorschriften, Rechtsprechung und Entscheidungen der Kommission im Bereich von staatlichen Beihilfen, die mit Fragen hinsichtlich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in Zusammenhang stehen. Das Dokument ist für die Europäische Kommission als Gemeinschaftsorgan nicht bindend.

---

<sup>1</sup> Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, Amtsblatt Nr. L 312 vom 29.11.2005, S.67.

<sup>2</sup> ABl. Nr. C 297 vom 29.11.2005. S.4

<sup>3</sup> Mitteilung der Kommission - Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon - Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union, KOM(2006) 177 endgültig, SEK(2006) 516

## Inhaltsverzeichnis

1.	EINLEITUNG .....	6
2.	ANWENDBARKEIT DER VORSCHRIFTEN ÜBER STAATLICHE BEIHILFEN AUF DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEN INTERESSE.....	8
2.1.	Wann gelten die Vertragsvorschriften über staatliche Beihilfen für die Organisation und Finanzierung von DAWI/SDAI? .....	8
2.2.	Wann ist eine Tätigkeit im Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln als wirtschaftlich zu qualifizieren?.....	8
2.3.	Sind Angehörige eines freien Berufs "Unternehmen" im Sinne der Wettbewerbsvorschriften?.....	9
2.4.	Wann ist eine Tätigkeit nicht wirtschaftlich?.....	9
2.5.	Gelten die Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen für gemeinnützige Dienstleister?.....	11
2.6.	Was sind die Rechtsfolgen, wenn eine Kommune beschließt, Gutscheine für DAWI/SDAI an bestimmte Kategorien von Individualverbrauchern zu verteilen?.....	12
2.7.	Ein gemeinnütziger Dienstleister möchte eine Unterkunft für Frauen in Not schaffen, die eine finanzielle Unterstützung in der Höhe von EUR 150.000 benötigt: Sind die Beihilfenbestimmungen auf derartige Beihilfen von Behörden anwendbar? .....	12
2.8.	Kann eine Behörde ein Pilotprojekt finanzieren, um den Inhalt von DAWI/SDAI Aufträgen festzulegen?.....	12
2.9.	DAWI/SDAI werden häufig lediglich lokal angeboten. Beeinträchtigen sie wirklich den Handel zwischen den Mitgliedstaaten? .....	13
2.10.	Gibt es Beispiele von lokalen DAWIs/SDAIs, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten tatsächlich nicht zu beeinträchtigen scheinen? .....	13
2.11.	Was ist, wenn eine Tätigkeit wirtschaftlich ist und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt?.....	14
2.12.	Was ist, wenn eine Behörde eine Beihilfe für eine Leistung von allgemeinem Interesse gewährt, die als wirtschaftlich betrachtet wird?.....	14
2.13.	Wie kann eine Behörde eine DAWI/SDAI finanzieren?.....	14
3.	ALTMARK URTEIL UND DAWI PAKET.....	15
3.1.	Was bestimmte der Gerichtshof im Altmark-Urteil? .....	15
3.2.	Was sind die Folgen der Anwendung/Nichtanwendung der Altmark-Kriterien?.....	17
3.3.	Was sind die Folgen einer Ausgleichszahlung für DAWI/SDAI, die tatsächlich eine staatliche Beihilfe darstellt?.....	17

3.4.	Worin besteht der Unterschied zwischen der Entscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen?.....	17
3.5.	Fallen Flughäfen mit Passagierzahlen über 1 Million in den Anwendungsbereich der Entscheidung, wenn die Ausgleichszahlungen EUR 30 Millionen nicht überschreiten, und der Jahresumsatz des den Flughafen leitenden Unternehmens unter EUR 100 Millionen liegt?.....	19
3.6.	Was ist das Verhältnis zwischen der Entscheidung und den Verordnungen 1191, 1192 und 1107? .....	19
3.7.	Worin besteht der Unterschied zwischen dem Gemeinschaftsrahmen und den Sonderregelungen für die Vereinbarkeit im Transportsektor? .....	20
3.8.	Worin besteht der Unterschied zwischen den Altmark-Kriterien und den in der Entscheidung dem Gemeinschaftsrahmen, und Verordnungen 1191/69 und 1107/70 festgelegten Bedingungen? .....	21
4.	NOTIFIZIERUNG VON BEIHILFEN, DIE DIE SCHWELLENWERTE DER ENTSCHEIDUNG ÜBERSCHREITEN .....	22
4.1.	Ist es notwendig, Beihilfen bei der Kommission zu notifizieren, die die Schwellenwerte in Artikel 2a) der Entscheidung überschreiten?.....	22
5.	DER BEGRIFF DES "BETRAUUNGSAKTS" IM ZUSAMMENHANG MIT DER ENTSCHEIDUNG UND DEM GEMEINSCHAFTSRAHMEN.....	22
5.1.	Worin besteht der Zweck eines "Betrauungsakts"?.....	22
5.2.	Welche Arten von Betrauungsakten werden als im Sinne der Entscheidung hinreichend angesehen? .....	23
5.3.	Sollte der Betrauungsakt einen zu erfüllenden "Auftrag" oder "bestimmte Tätigkeiten" festlegen?.....	24
5.4.	Wie entwirft man einen Betrauungsakt für Dienstleistungen, die einerseits im Rahmen eines Gesamtkonzepts betrachtet werden müssen und andererseits auf die spezifischen Bedürfnissen einzelner Benutzer zugeschnitten sind? .....	24
5.5.	Wie entwirft man einen Betrauungsakt für Dienstleistungen, die bei der Erbringung an sich ändernde Umstände im Hinblick auf Sorgfaltsintensität, Benutzerprofile und die Benutzerzahl angepasst werden müssen?.....	26
5.6.	Wie kann das Erfordernis eines Betrauungsaktes für DAWI-Anbieter mit der Autonomie jener Anbieter in Einklang gebracht werden, die verschiedene Mitgliedstaaten aufgrund von verfassungsrechtlichen / gesetzlichen Bestimmungen anerkennen und respektieren? .....	27
6.	Ausgleichszahlung.....	27
6.1.	Die Entscheidung verlangt, dass Kostenparameter im Betrauungsakt festgelegt werden. Wie lässt sich das vor dem Anbieten des Dienstes bewerkstelligen? .....	27
6.2.	Sogar für erfahrene Unternehmen, die DAWI/SDAI liefern, kann ein großes Maß an Kostenunvorhersehbarkeit und ein Risiko eines nachträglichen Defizits bestehen. Wie können Behörden mit dieser Situation fertig werden? .....	28

6.3.	Wie berechnet man die Parameter für Ausgleichszahlungen und wie trifft man Vorkehrungen gegen Überkompensation, wenn eine bestehende DAWI/SDAI durch zwei oder mehreren Behörden finanziert wird?.....	29
6.4.	Ist es notwendig, eine getrennte Buchhaltung für ein Unternehmen zu führen, das DAWI erbringt, und gleichzeitig anderweitig wirtschaftlich tätig ist? .....	29
6.5.	Ist es erforderlich, eine getrennte Buchhaltung für ein Unternehmen zu führen, das DAWI erbringt, und gleichzeitig auch nicht wirtschaftlichen- Tätigkeiten nachgeht?.....	29
6.6.	Für welche Kosten kann eine Ausgleichszahlung entrichtet werden, wenn ein Unternehmen die gleiche Infrastruktur benutzt, um sowohl DAWI zu erbringen als auch wirtschaftlichen Tätigkeiten nachzugehen, die keine DAWI sind? .....	30
6.7.	Was bedeutet angemessene Rendite bei der Berechnung einer rechtmäßigen Ausgleichszahlung? .....	30
6.8.	Sollten Steuervorteile, die sich aus der Gemeinnützigkeit einer Organisation ergeben, als Einnahmen im Sinne von Artikel 5.3 der Entscheidung qualifiziert werden? .....	30
6.9.	Sollten Zahlungen, die im Rahmen eines Gewinn- und Verlustabführungsvertrags innerhalb einer öffentlichen Holding durchgeführt worden sind, zu den Erträgen im Sinne des Artikels 5.3 der Entscheidung zählen? .....	31
6.10.	Sollte ein Vergleich mit anderen Unternehmen vorgenommen werden, wenn die Parameter für Ausgleichszahlung für ein bestimmtes Unternehmen definiert werden? Sollte auch die Effizienz beurteilt werden?.....	31
6.11.	Verlangt die Entscheidung die Auswahl des günstigsten Unternehmens für die Erbringung von DAWI/SDAI? .....	31

## 1. EINLEITUNG

Im Zusammenhang mit der Anwendung beihilfenrechtlicher Bestimmungen auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind eine Reihe von Fragen aufgeworfen worden. Diese Fragen betreffen in erster Linie die genauen Bedingungen, unter denen eine Ausgleichszahlung für die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung eine staatliche Beihilfe begründet. Des Weiteren betreffen sie die Bedingungen, unter denen eine staatliche Beihilfe als mit dem Vertrag vereinbar erachtet werden können und wann Entscheidungen über die Gewährung einer Beihilfe der Kommission angemeldet werden müssen.

In seinem Urteil in der Rechtsache Altmark GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH <sup>4</sup>(Altmark) hat der Gerichtshof dieses Problem angesprochen. Der Gerichtshof vertrat die Ansicht, dass Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen keine staatlichen Beihilfen im Sinn von Artikel 87 des Vertrags darstellen, wenn vier kumulative Kriterien erfüllt werden<sup>5</sup>.

Wenn jene vier Kriterien erfüllt werden, sind Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen keine staatlichen Beihilfen, und Artikel 87 und 88 des Vertrags kommen nicht zur Anwendung. Wenn die Mitgliedstaaten jene Kriterien nicht respektieren, und wenn die allgemeinen Kriterien für die Anwendbarkeit von Artikel 87 (1) des Vertrags erfüllt werden, sind Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen als staatliche Beihilfen zu qualifizieren.

Artikel 86 und für Landtransporte Artikel 73 des Vertrags geben der Kommission in solchen Fällen die Möglichkeit, Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ("DAWI") als mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar zu erklären.

Die Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 (2) EG auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (hinfort die "Entscheidung") und für Landtransporte, die Verordnung des Rates 1191/69/EG<sup>6</sup> (hinfort "Verordnung 1191") legen die Bedingungen fest, unter denen bestimmte Kompensationsregelungen mit den Artikeln 86 (2) bzw. 73 vereinbar sind und somit von der Anmeldepflicht nach Artikel 88 (3) des Vertrags ausgenommen sind. Davon nicht erfasste Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen sollten bei der Kommission angemeldet werden, die dann deren Rechtmäßigkeit unter Heranziehung des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, (hinfort der "Gemeinschaftsrahmen") und für Landtransporte, Verordnung 1191, Verordnung

---

<sup>4</sup> (2003) ECR I-7747.

<sup>5</sup> Für weitere Einzelheiten siehe die Antwort in Absatz 3.1.

<sup>6</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr, ABl. L 156 vom 28.6.1969, S.1.

des Rates 1192/69/EG<sup>7</sup> (hinfort "Verordnung 1192") sowie Verordnung des Rates 1107/70/EG<sup>8</sup> (hinfort "Verordnung 1107") überprüft.

Das Altmark Urteil, die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen trugen wesentlich zur Klärung und Vereinfachung der anwendbaren Vorschriften bei. Nichtsdestotrotz haben Behörden und Interessenvertretungen zahlreiche Fragen bezüglich der konkreten Rechtsanwendung auf bestimmte Fälle aufgeworfen. Insbesondere nach der Veröffentlichung der Mitteilung der Kommission über Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse ("SDAI") vom April 2006<sup>9</sup>, die dem Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom Mai 2004 folgte<sup>10</sup>, haben Mitgliedstaaten und Interessensvertreter um Klärung mehrerer spezieller Angelegenheiten ersucht.

Als Antwort auf und im Einklang mit dem im Kommissionsdokument über "Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement" schriftlich niedergelegten Ansatzes, verabschiedet im November 2007, beabsichtigen die Kommissionsdienststellen den Behörden, Praktikern, der Wirtschaft und den Bürgern eine zusätzliche Anleitung bezüglich der Interpretation und Anwendung der EU Vorschriften in diesem Bereich zur Verfügung zu stellen. Der Zweck dieses Arbeitspapiers besteht darin, in einer präzisen und zugänglichen Art und Weise, Antworten auf jene praktischen Fragen zu geben, die angesichts der in den letzten beiden Jahren gemachten Erfahrungen seitens der Interessenvertreter am häufigsten gestellt worden sind.<sup>11</sup> Die Kommissionsdienststellen beabsichtigen dieses Papier regelmäßig zu aktualisieren, sobald neue Fragen auftauchen, vor allem im Wege eines interaktiven Online-Dienstes, den die Kommissionsdienststellen den Interessenvertretern für Fragen im Zusammenhang mit Wettbewerbs- und Binnenmarktvorschriften bezüglich DAWI zur Verfügung stellen werden. Die folgenden Fragen und Antworten beziehen sich hauptsächlich auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse sowie Transport, sind aber weitestgehend auch auf andere DAWI anwendbar.

---

<sup>7</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1192/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über gemeinsame Regeln für die Normalisierung der Konten der Eisenbahnunternehmen, ABl. L 156 vom 28.6.1969, S.8.

<sup>8</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 des Rates vom 4. Juni 1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr, ABl. L 130 vom 15.6.1970, S.1.

<sup>9</sup> Mitteilung der Kommission - Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon - Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union, KOM (2006) 177 endg. SEK (2006) 516.

<sup>10</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg..

<sup>11</sup> Diese Antworten geben nicht zwangsläufig die Ansichten der Kommission wieder. Sie haben keinen Einfluss auf die Auslegung dieser Bestimmungen durch den Gerichtshof und das Gericht erster Instanz oder die Entscheidungspraxis der Kommission.

## 2. ANWENDBARKEIT DER VORSCHRIFTEN ÜBER STAATLICHE BEIHILFEN AUF DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEN INTERESSE

### 2.1. Wann gelten die Vertragsvorschriften über staatliche Beihilfen für die Organisation und Finanzierung von DAWI/SDAI?

Wettbewerbsvorschriften gelten nur für "Unternehmen". Dieser Begriff umfasst jedes Gebilde, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, ungeachtet seiner rechtlichen Eigenschaften und der Art und Weise, wie es finanziert wird<sup>12</sup>.

### 2.2. Wann ist eine Tätigkeit im Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln als wirtschaftlich zu qualifizieren?

Jede Tätigkeit, die darin besteht, auf einem bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen anzubieten, ist eine wirtschaftliche Tätigkeit<sup>13</sup>. In diesem Zusammenhang ist die Tatsache dass die betreffende Tätigkeit als "sozial" qualifiziert werden kann, irrelevant<sup>14</sup>.

#### Beispiele von Tätigkeiten, die in jüngeren Entscheidungen und Urteilen als "wirtschaftlich" erachtet wurden:

- Die Tätigkeit des öffentlichen Beschäftigungsauftragswesens, die von öffentlichen Agenturen ausgeübt wird.<sup>15</sup>
- Fakultative Kranken- und/oder Unfallversicherungen, die auf dem Grundsatz des Kapitalisierungsprinzips aufgebaut sind, selbst wenn sie von gemeinnützigen Organisationen geführt werden<sup>16</sup>; Grundsatz des Kapitalisierungsprinzips bedeutet, dass die Versicherungsleistungen ausschließlich auf den vom Versicherten geleisteten Beiträgen und den damit gemachten Investitionen basieren.
- Rettungs- und Patiententransporte.<sup>17</sup>
- Die Bereitstellung von Hilfe durch juristische Personen, die von Arbeitgebern oder Gewerkschaften eingerichtet und vom Staat genehmigt wurden, hinsichtlich der Erstellung von Einkommenssteuererklärungen und ähnliche Unterstützung für Arbeitnehmer und Arbeitgeber.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, Pavlov und andere [ 2000 ] ECR I-6451.

<sup>13</sup> Rechtssachen 118/85 *Kommission gegen Italien* [ 1987 ] ECR 2599 Absatz 7, C-35/96 *Kommission gegen Italien* [ 1998 ] ECR I-3851 Absatz 36, verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, *Rec.2000, P.I-6451*.

<sup>14</sup> Verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98 *Pavlov und andere* [ 2000 ] ECR I-6451, Absatz 118 und Rechtssachen C-218/00 *Cisal* [ 2002 ] ECR I-691, Absatz 37, C-355/00, *Freskot* [ 2000 ] ECR I-5263.

<sup>15</sup> Rechtssache C-41/90, Höffner und Elser, 1991, ECR I-197, Absatz 21.

<sup>16</sup> Rechtssachen C-244/94, FFSA [ 1995 ] ECR I-4013, Absätze 17-22, c-67/96, Albany [ 1999 ] ECR I-5751, Absätze 80-87.

<sup>17</sup> Rechtssache C-475/99, Glöckner, 2001 ECR I-8089, Absatz. 20.

<sup>18</sup> Rechtssache C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, 2006, ECR I -2941, Absatz 63.

- Management von Transportinfrastruktur.<sup>19</sup>
- Medizinische Dienstleistungen, die entweder in einem Krankenhaus oder außerhalb erbracht werden<sup>20</sup>;
- Die Bereitstellung von Geldmitteln für Kommunen und gemeinnützige Organisationen, die sich um niedrigere Mietpreise bemühen; Bereitstellung allgemeiner Hypothekfonds; Regelungen, die preiswertes Wohnen ermöglichen, Regelungen für Mietsubventionen und Subventionen für ältere und behinderte Personen sowie sozial benachteiligte Haushalte<sup>21</sup>;
- Die Bereitstellung von Infrastruktur in räumlicher Nähe zu Sozialwohnungen, wie zum Beispiel Straßen, Geschäfte, Spielplätze, Erholungszentren, Parks, Schrebergärten, freie Flächen, Orte zur Religionsausübung, Fabriken, Schulen, Büros und andere Gebäude oder Flächen sowie diejenigen Anlagen und Dienste, die ein gutes Umfeld für Sozialwohnungen gewährleisten<sup>22</sup>.

### **2.3. Sind Angehörige eines freien Berufs "Unternehmen" im Sinne der Wettbewerbsvorschriften?**

Ja, Angehörige eines freien Berufs können "Unternehmen" sein. Der Gerichtshof war der Ansicht, dass Fachärzte in ihrer Eigenschaft als selbständige Wirtschaftsteilnehmer Dienstleistungen auf einem Markt erbringen, nämlich auf dem Markt der fachärztlichen Dienstleistungen, und somit Unternehmen darstellen können. Die Tatsache, dass sie komplexe und fachspezifische Dienstleistungen erbringen und die Tatsache, dass die Ausübung ihres Berufs reguliert ist, steht dieser Schlussfolgerung nicht entgegen<sup>23</sup>.

### **2.4. Wann ist eine Tätigkeit nicht wirtschaftlich?**

Zwei Kategorien von Tätigkeiten, die als nicht wirtschaftlich eingestuft wurden, sind:

- Nicht wirtschaftliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit staatlichen Vorrechten

<sup>19</sup> Rechtssache C-82/01, Aéroport de Paris, 2002, ECR I-9297.

<sup>20</sup> Rechtssachen C-157/99, Smits, 2001, ECR I-5473, Absatz 53, 286/82 und 26/83 Luisi und Carbone, 1984, ECR 377 Absatz 16; C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children - Irland, 1999, ECR I-4685, Absatz 18, c-368/98 Abdon Vanbraekel, 2001, ECR I-5363, Para 43, t-167/04, Askkepios Kliniken GmbH [ 2007 ] Absätze 49-55.

<sup>21</sup> Entscheidung der Kommission in: Bürgschaft für die Housing Finance Agency (HFA) durch die HFA finanzierter sozialer Wohnungsbau - Beihilfe N 89/2004 - Irland -, die von HFA, ABl. Nr. C 131 vom 28.05.2005, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2004/n089-04.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n089-04.pdf) finanziert werden.

<sup>22</sup> Entscheidung der Kommission in der Beihilfe N 395/05 – "Loan guarantees for social infrastructure schemes funded by the Housing Finance Agency (HFA)" ABl. Nr. C 77 vom 05.04.2007, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2005/n395-05.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n395-05.pdf).

<sup>23</sup> Verbundene Rechtssachen c-180/98 bis c-184/98, Pavlov und andere [ 2000 ] ECR I-6451.

Tätigkeiten, die mit der Ausübung von staatlichen Vorrechten durch den Staat selbst oder durch Behörden in Zusammenhang stehen, die innerhalb des ihnen übertragenen Wirkungskreises tätig sind, sind keine wirtschaftlichen Tätigkeiten im Sinne der Wettbewerbsvorschriften. In dieser Hinsicht ist es irrelevant, ob der Staat direkt durch eine Einrichtung handelt, die Teil der Staatsverwaltung ist, oder durch eine Einrichtung, der besondere oder ausschließliche Rechte übertragen wurden<sup>24</sup>.

**Beispiele nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten, die mit Ausübung von staatlichen Vorrechten verbunden sind:**

- Tätigkeiten im Bereich der Armee oder der Polizei;
- Die Erhaltung und Verbesserung von Luftnavigationssicherheit<sup>25</sup>, Flugverkehrssicherheit, Zoll<sup>26</sup>, maritime Verkehrskontrolle und Sicherheit<sup>27</sup>;
- Die Verschmutzungsüberwachung, eine Aufgabe im öffentlichen Interesse, die Teil der wesentlichen Aufgaben des Staates im Hinblick auf den Umweltschutz in Meeren ist<sup>28</sup>;
- Normierungsaktivitäten sowie damit zusammenhängende Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten<sup>29</sup>;
- Die Organisation, Finanzierung und die Durchsetzung von Maßnahmen des Strafvollzugs<sup>30</sup>.
- Die Finanzierung und Überwachung der Errichtung von Eisenbahninfrastruktur.<sup>31</sup>
- Die Auflassung von Kohlebergwerken und das Management von Sachanlagen<sup>32</sup>, sowie die Bereitstellung von Finanzmittel für die Erneuerungs- und Überwachungsarbeiten von Anlagen und die Abarbeitung der Konsequenzen der Bergbauarbeiten.<sup>33</sup>

<sup>24</sup> Rechtssache 118/85, Kommission/Italienische Republik [ 1987 ], ECR 2599, Absätze 7 und 8.

<sup>25</sup> Rechtssache c-364/92, SAT/Eurocontrol, [1994 ] ECR I-43.

<sup>26</sup> Entscheidungen der Kommission N 309/2002 vom 19. März 2003, Luftfahrtsicherheitsentschädigung –für Kosten, die nach den Anschlägen vom 11. September 2001, ABl. Nr. C 148 vom 25.06.2003 anfallen, und N 438/2002 vom 16. Oktober 2002, Beihilfe zur Unterstützung der Behörfunktionen auf dem belgischen Sektor, ABl. Nr. C 284 vom 21.11.2002, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf).

<sup>27</sup> Entscheidung der Kommission in der Beihilfe N 438/02 vom 16 October 2002, Belgien-Beihilfe für Hafenbehörden, ABl. Nr. C 284 vom 21.11.2002, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf).

<sup>28</sup> Rechtssache c-343/95, Cali & Figli, [1997 ] ECR I-1547, Absatz 22.

<sup>29</sup> Rechtssache T155/04 Selex, noch nicht veröffentlichte Absätze 73-82.

<sup>30</sup> Kommission Beschluss N140/2006 – Litauen – Zuteilung von Subvention zu den Staat Unternehmen an den Berichtigung Haus, ABl. Nr. c 244, von 11.10.2006, [Http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/register/ii/doc/N-140-2006-WLWL-en-19.07.2006.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/N-140-2006-WLWL-en-19.07.2006.pdf).

<sup>31</sup> Entscheidung der Kommission in der Beihilfe N 478/2004, Irland – "State guarantee for capital borrowings by Coràs Iompair Eirann (CIÉ) for infrastructure investment", ABl. Nr. C 207 vom 31.08.2006, [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2004/n478-04.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2004/n478-04.pdf).

- Bestimmte Tätigkeiten von ausschließlich sozialer Natur

Die Rechtsprechung hat bestimmte Kriterien erarbeitet, aufgrund derer bestimmte Tätigkeiten mit rein sozialer Funktion als nicht wirtschaftlich betrachtet werden können.

**Beispiele von nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten ausschließlich sozialer Natur:**

- Das Management von Pflichtversicherungen, die ein ausschließlich soziales Ziel verfolgen, auf dem Solidaritätsprinzip basieren, und somit Versicherungsleistungen unabhängig von den bezahlten Beiträgen anbietet<sup>34</sup>;
- Das Anbieten staatlicher Ausbildung, deren Kosten aufgrund einer generellen Regelung vom öffentlichen Haushalt getragen werden, womit einer Staatsaufgabe für die Bevölkerung im sozialen, kulturellen und pädagogischen Bereich nachgekommen wird<sup>35</sup>.

**2.5. Gelten die Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen für gemeinnützige Dienstleister?**

Ja, die genannten Vorschriften sind prinzipiell anwendbar. Die schlichte Tatsache, dass eine Organisation keinen Erwerbszweck verfolgt, bedeutet nicht automatisch, dass die Tätigkeiten, die sie ausübt, nicht-wirtschaftlicher Natur sind<sup>36</sup>. Die rechtliche Beschaffenheit der Organisation, die SDAI erbringt, hat keinen Einfluss auf das Wesen der betreffenden Tätigkeit. Das entscheidende Kriterium ist, ob die jeweilige Organisation einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht.

Zum Beispiel sind eine gemeinnützige Vereinigung oder eine karitative Organisation, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, als "Unternehmen" zu qualifizieren, aber nur für jene Tätigkeit, die wirtschaftlich ist. Die Wettbewerbsregeln gelten nicht für deren nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten.

<sup>32</sup> Entscheidung der Kommission in der Beihilfe N 571/2004 vom 22. Juni 2005, Polen – Staatliche Beihilfe zugunsten des polnischen Kohlesektors 2004-2006, ABl. Nr. C 87 vom 11.04.2006, [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2004/n571-04.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2004/n571-04.pdf).

<sup>33</sup> Entscheidung der Kommission in der Beihilfe CZ 45/2004 und CZ 110/2004, Tschechien – Staatliche Beihilfe zugunsten der tschechischen Kohleindustrie 2003-2007, ABl. Nr. C 87 vom 01.04.2006, [http://ec.europa.eu/dgs/energy\\_transport/state\\_aid/doc/decisions/2004/2004\\_0045\\_cz\\_cz.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/energy_transport/state_aid/doc/decisions/2004/2004_0045_cz_cz.pdf).

<sup>34</sup> Rechtssachen c-159/91, Poucet und Pistre, [1993 ], ECR I -637, c-218/00, Císal und INAIL, [2002 ], ECR I -691, Absätze 43-48, c-264/01, c-306/01, c-354/01 und c-355/01, AOK Bundesverband, [ 2004 ], ECR I -2493, Absätze 51-55 und c-355/00, Freskot, [200 3 ] ECR I -5263.

<sup>35</sup> Rechtssache 263/86, Humbel, [19 88 ], ECR 5365, c-318/05 Kommission/Deutschland, die noch nicht veröffentlicht, sowie Kommission Beschluss N118/00 – Staatliche Subventionen für professionelle Sportklubs, ABl. Nr. c 333/6 von 28.11.2001, [HTTP://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2000/n118-00.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2000/n118-00.pdf), NN54/2006 – Prerov Logistik Hochschule, ABl. Nr. c 291/18 von 30.11.2006, [Http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/register/ii/doc/NN-54-2006-WLWL-EN-08.11.2006.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-54-2006-WLWL-EN-08.11.2006.pdf).

<sup>36</sup> Verbundene Rechtssachen 209/78 zu 215/78 und 218/79 Van Landewyck [ 1980 ], ECR 3125 und Rechtssache c-244/94, FFSA und andere [ 1995 ] ECR I-4013.

**Beispiel:**

Das Anbieten von Rettungs- und Patiententransportdiensten durch gemeinnützige Organisationen kann eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen. Die aus der Erbringung einer Dienstleistung allgemeinen wirtschaftlichen Interesses resultierenden Verpflichtungen können die von solchen Organisationen erbrachten Dienstleistungen weniger konkurrenzfähig machen als vergleichbare Dienstleistungen, die von anderen Betreibern erbracht werden, die nicht solchen Verpflichtungen unterliegen, aber diese Tatsache ändert nichts an der Qualifikation der entsprechenden Tätigkeiten als wirtschaftliche Tätigkeiten<sup>37</sup>.

**2.6. Was sind die Rechtsfolgen, wenn eine Kommune beschließt, Gutscheine für DAWI/SDAI an bestimmte Kategorien von Individualverbrauchern zu verteilen?**

Die Mitgliedstaaten, einschließlich lokaler Behörden, können eine derartige Unterstützung einzelnen Dienstbenutzern zukommen lassen, wenn gewährleistet ist, dass die Unterstützung nicht hinsichtlich des Ursprungs der betreffenden Produkte oder Dienstleistungen diskriminiert.

**2.7. Ein gemeinnütziger Dienstleister möchte eine Unterkunft für Frauen in Not schaffen, die eine finanzielle Unterstützung in der Höhe von EUR 150.000 benötigt: Sind die Beihilfenbestimmungen auf derartige Beihilfen von Behörden anwendbar?**

Eine solche Finanzierung kann von der Anwendung der in dieser Entscheidung genannten Kriterien ausgenommen sein, vor allem vom Vorliegen eines Aktes der Betrauung, wenn die gewährte Beihilfe in einem Zeitraum von 3 Jahren weniger als € 200 000 ausmacht. Soweit die Voraussetzungen der De-minimis-Verordnung der Kommission<sup>38</sup> erfüllt sind, sind derartige Maßnahmen keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Artikels 87(1) und bedürfen auch keiner Anmeldung.

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

Für alle anderen Fälle wird die Maßnahme immer noch vereinbar sein, soweit die Bedingungen der Entscheidung erfüllt sind.

**2.8. Kann eine Behörde ein Pilotprojekt finanzieren, um den Inhalt von DAWI/SDAI Aufträgen festzulegen?**

Ja, Behörden können ein Pilotprojekt starten, um die DAWI-Aufträge zu definieren, die sie implementieren wollen. Um solche Pilotprojekte zu finanzieren, können sich Behörden auf die durch die De-minimis-Verordnung angebotenen

<sup>37</sup> Rechtssache C-475/99 Glöckner.

<sup>38</sup> Verordnung 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung von Artikeln 87 und 88 des Vertrags zu De-minimis-Beihilfe, ABl. Nr. L 379/5 vom 28.12.2006.

Ausnahmeregelungen berufen, wonach Art 87(1) auf eine Beihilfe bis zu 200.000 EUR in einem Zeitraum von 3 Jahren nicht anwendbar ist.

## **2.9. DAWI/SDAI werden häufig lediglich lokal angeboten. Beeinträchtigen sie wirklich den Handel zwischen den Mitgliedstaaten?**

Im Beihilferecht bestimmt sich die Auswirkung auf den Handel weder nach dem lokalen oder regionalen Charakter der angebotenen Leistung, noch nach dem Umfang der betreffenden Tätigkeit. Es gibt keinen Schwellenwert oder Prozentsatz, unterhalb dessen davon ausgegangen werden kann, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt wird. Die relativ geringe Höhe der Beihilfe oder die relativ kleine Größe des Begünstigten schließen als solche nicht die Möglichkeit aus, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden könnte<sup>39</sup>.

### **Beispiel einer Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten:**

Subventionen an niederländische Tankstellen nahe der deutschen Grenze, die wegen der durch die Erhöhung einer nationaler Verbrauchssteuer verursachten Preiserhöhungen gewährt wurden, beeinflussten den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, da ihr Zweck darin bestand, den Unterschied abzuschwächen, der aus der unterschiedlichen Höhe der in den Niederlanden zu entrichtenden Verbrauchsteuer und der Verbrauchsteuer, die auf leichte Ölen in Deutschland erhoben wurde<sup>40</sup>, resultierte.

## **2.10. Gibt es Beispiele von lokalen DAWIs/SDAIs, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten tatsächlich nicht zu beeinträchtigen scheinen?**

Es gibt einige Entscheidungen der Kommission im Bereich staatlicher Beihilfen, in denen staatliche Maßnahmen, die lokale Dienste finanzierten, als den innergemeinschaftlichen Warenverkehr nicht beeinträchtigend betrachtet worden sind:

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

- Im Fall des Schwimmbads Dorsten konnte eine jährliche Subvention für die Errichtung und den Betrieb eines öffentlichen Schwimmbads in Dorsten, das nur von der lokalen Bevölkerung verwendet wurde, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen<sup>41</sup>;
- Im Fall der irischer Krankenhäuser konnte ein System steuerlicher Abschreibungen, das auf die Schaffung von Anlagen für öffentliche lokale und relativ kleine Krankenhäuser abzielte, und einem lokalen Krankenhausmarkt mit

<sup>39</sup> Rechtssachen t-214/95, Vlaams Gewest/Kommission, 1998, ECR. S. Ii-717, Absätze 48 bis 50, c-280/00, Altmark jenseits und Regierungspräsidium Magdeburg, 2003, ECR S. I-7747, Absätze 81-82 und c-172/03, Heiser, 2005, S. I-1627, Absätze 32-33.

<sup>40</sup> Beschluß 1999/705/CE der Kommission vom 20. Juli 1999, ABl. Nr. L 280/87 vom 30.10.1999, das von der ECJ-Rechtssache c-382/99 bestätigt wird, Niederlande v. Kommission, 2002 ECR I-5163.

<sup>41</sup> Entscheidung der Kommission in Beihilfe N 258/2000 – Deutschland - Freizeitbecken Dorsten, IP/001509 vom 21/12/2000, ABl. Nr. C 172/16 vom 16.06.2001, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2000/n258-00.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2000/n258-00.pdf).

klarer Unterkapazität zu Gute kam, weder Investition noch Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anziehen und konnte deshalb nicht den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen<sup>42</sup>;

- Im Fall der Servicebereiche in Teneriffa konnten Subventionen, die lokalen Straßengüterverkehrsvereinigungen für die Errichtung städtischer Servicebereiche für ihre Mitglieder zugewiesen wurden, wegen ihrer ausschließlich lokalen Verwendung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen<sup>43</sup>.
- Die Gemeinschaftsleitlinien von 2005 für staatliche Beihilfen an Flughäfen gehen davon aus, dass Ausgleichszahlungen für kleine Regionalflughäfen<sup>44</sup> den Wettbewerb kaum beeinflussen oder den Handel in einem dem Gemeinschaftsinteresse zuwiderlaufenden Ausmaß beeinträchtigen dürften<sup>45</sup>.

### **2.11. Was ist, wenn eine Tätigkeit wirtschaftlich ist und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt?**

Soweit eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur ist und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, sind Wettbewerbsregeln anwendbar. Das bedeutet allerdings nicht, dass Behörden sicherstellen müssen, dass eine Vielzahl an Dienstleistern am Markt präsent ist. Außerdem bedeutet das nicht, dass Behörden verpflichtet sind, Unternehmen zu privatisieren, die DAWI/SDAI anbieten oder besondere bzw. ausschließliche Rechte abzuschaffen, die Dienstleistern eingeräumt wurden und die für die Durchführung von DAWI/SDAI notwendig und verhältnismäßig sind.

### **2.12. Was ist, wenn eine Behörde eine Beihilfe für eine Leistung von allgemeinem Interesse gewährt, die als wirtschaftlich betrachtet wird?**

Eine Beihilfe für eine öffentliche Leistung, die einem Dienstleister seitens der Behörde gewährt wird, kann eine staatliche Beihilfe darstellen, wenn die Kriterien, die der Europäische Gerichtshof in seiner Altmark Entscheidung entwickelt hat, nicht kumulativ erfüllt werden (vgl. Absatz 3.1). Nichtsdestotrotz bedeutet die Tatsache, dass eine öffentliche Subvention eine Staatsbeihilfe darstellt, nicht per se, dass diese nicht erlaubt ist, da die Beihilfe mit dem Vertrag vereinbar sein kann (vgl. Absatz 3.3 und 3.4).

### **2.13. Wie kann eine Behörde eine DAWI/SDAI finanzieren?**

Die Mitgliedstaaten haben einen beträchtlichen Ermessensspielraum in der Organisation und Finanzierung ihrer DAWIs/SDAIs. Behörden können nicht nur eine Beihilfe oder eine steuerliche Vergünstigung gewähren, sondern darüber hinaus dem Dienstleister ein

<sup>42</sup> Entscheidung der Kommission in der Beihilfe N 543/2001 - Hauptzulagen Irlands für Krankenhäuser, ABl. Nr. C 154/4 vom 28.06.2002, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2001/n543-01.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n543-01.pdf).

<sup>43</sup> Entscheidung der Kommission in Beihilfefall NN – 29/02 – Spanien für die Installation von Anschlußbereichen auf Tenerife, ABl. Nr. C/110/13 vom 08.05.2003, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2002/nn029-02.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2002/nn029-02.pdf).

<sup>44</sup> Mit weniger als einer Million Passagieren.

<sup>45</sup> Gemeinschaftsleitlinien über die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen, (2005/C 312/01), ABl. Nr. C 312 vom 09.12.2005, 1, 39.

ausschließliches oder besonderes Recht einräumen, um die Durchführung von DAWI/SDAI sicher zu stellen, so lange dieses Recht nicht über das hinaus geht, was notwendig ist, um die Durchführung von DAWI/SDAI unter wirtschaftlich akzeptablen Bedingungen zu gewährleisten<sup>46</sup>.

### 3. ALTMARK URTEIL UND DAWI PAKET

#### 3.1. Was bestimmte der Gerichtshof im Altmark-Urteil?

In seinem Altmark-Urteil vertrat der Gerichtshof die Ansicht, dass Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen **keine staatlichen Beihilfen im Sinn von** Artikel 87 (1) des EG-Vertrags sind, wenn kumulativ vier Kriterien erfüllt werden.

- Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
- Zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen.
- Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.
- Schließlich, wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bieters ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes, angemessen ausgestattetes Unternehmen zu tragen hat.

**Beispiele von Fällen, in denen die Kommission der Ansicht war, dass die Altmark-Kriterien erfüllt wurden, und die Ausgleichszahlung deshalb keine staatlichen Beihilfe darstellte:**

- Die Finanzierung eines Vorhabens, die Investitionen fördert, um die Versorgung mit Strom in Irland sicherzustellen, wurde nicht als Staatsbeihilfe angesehen;
- a) Die Bereitstellung neuer Reservekapazität für die Stromerzeugung, um den Strombedarf zu jedem Zeitpunkt des Jahres, auch zur Hauptbelastungszeit,

<sup>46</sup> Rechtssache C 320/91, Corbeau [1993], ECR I-2533, 14-16, C 67/96, Albany, [1999], ECR I-5751, 107.

angemessen begegnen zu können, wurde als DAWI qualifiziert.

- b) Darüber hinaus garantierte das offene, transparente und nicht diskriminierende Vergabeverfahren, das stattgefunden hatte, das Vorliegen der anderen drei Bedingungen des Altmark-Urteils<sup>47</sup>.
- Subventionen, die Breitbandinfrastruktur in Frankreich finanzieren, wurden ebenfalls nicht als Beihilfen qualifiziert;
- a) Der allgemeine Zugang zu Breitbandinfrastruktur für die gesamte Bevölkerung war eine DAWI;
- b) Spezifische Parameter legten die Höhe der Ausgleichszahlungen im Lizenzvertrag fest,
- c) Es gab kein Überkompensationsrisiko, weil die Parameter für die Berechnung der Kompensation in den Geschäftsplänen der Betreiber, die auf bestimmten von den Behörden zur Verfügung gestellten Daten basierten, exakt festgelegt waren. Das Fehlen jeglichen Risikos einer Überkompensation wurde auch durch die Tatsache gewährleistet, dass die Behörden von den Betreibern, die die Dienste anbieten würden, die Errichtung eines ad hoc Unternehmens, welches die Neutralität des in Frage stehenden Dienstleisters garantierten würde, für diesen Dienst verlangten.
- d) Es fand eine gründliche und ausführliche Analyse der Bedürfnisse des Projekts und der Angebote der Kandidaten statt. Zusätzlich ermöglichte das gewählte Verfahren die Auswahl des effizientesten Kandidaten, der den Dienst zu den geringsten Kosten für die Gemeinschaft anbot<sup>48</sup>.

Im Dorsal Fall erachtete die Kommission, dass das 4. Altmark-Kriterium erfüllt war, da eine gründliche vergleichende Berichtsanalyse der spezifischen Bedürfnisse des Projekts und der Angebote der Kandidaten, sowie das konkurrenzbetonte Verfahren selbst es ermöglichte, die Ausgleichszahlung auf der Basis eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens, das angemessen ausgestattet ist, zu schätzen<sup>49</sup>.

- Die Kommission stellte fest, dass die von der "Casa Depositi e Prestiti" bezahlten Gebühren - ein vom Staat kontrollierte fiskalische Einrichtung – an "Poste Italiane", nicht als staatliche Beihilfe anzusehen ist:
- a) Das Verteilen von Postsparbüchern wurde als DAWI qualifiziert.

<sup>47</sup> Entscheidung der Kommission in der Beihilfe N 475/2003 – Irland - gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen in Bezug auf neue Elektrizitätserzeugungskapazität für Versorgungssicherheit, ABl. Nr. C/034/8 vom 07.02.2004, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2003/n475-03.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n475-03.pdf).

<sup>48</sup> Entscheidungen der Kommission in Aufstellung der Beihilfe N – 381/2004 – Frankreich einer Hochgeschwindigkeitsinfrastruktur in pyrénées-Atlantiques, ABl. Nr. C 162/05 vom 02.07.2005, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2004/n381-04.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n381-04.pdf).

<sup>49</sup> N 382/2004 – Frankreich - Errichtung einer Hochgeschwindigkeitsinfrastruktur im (dorsalen) Limousin, ABl. 230/06 vom 20.09.2005, [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2004/n382-04.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n382-04.pdf).

<sup>50</sup> Entscheidung der Kommission in Beihilfe C 49/06 – Poste Italiane – Banco Posta –Gezahlte Vergütung für die Verteilung von Postfinanzprodukten der Einsparungen, ABl. Nr. C 31 vom 13.02.2007.

b) Die marktübliche Gebühr war eine angemessene Schätzung des Kostenumfangs, der einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen, das angemessen ausgestattet ist, auflaufen würde, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind. Somit war das vierte Altmark-Kriterium erfüllt<sup>50</sup>.

### **3.2. Was sind die Folgen der Anwendung/Nichtanwendung der Altmark-Kriterien?**

Wenn alle Altmark-Kriterien erfüllt werden, stellt eine Ausgleichszahlung für öffentliche Dienstleistungen keine staatliche Beihilfe dar.

Wenn zumindest ein Altmark-Kriterium nicht erfüllt ist, und die anderen Kriterien staatlicher Beihilfen<sup>51</sup> auch vorliegen, sind Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen als staatliche Beihilfen zu qualifizieren.

### **3.3. Was sind die Folgen einer Ausgleichszahlung für DAWI/SDAI, die tatsächlich eine staatliche Beihilfe darstellt?**

Die Tatsache, dass eine Ausgleichszahlung für öffentliche Dienstleistungen eine staatliche Beihilfe darstellt, **bedeutet nicht, dass diese verboten ist**. Die Kompensation ist mit dem Vertrag vereinbar, wenn die in der Entscheidung und in dem Gemeinschaftsrahmen aufgeführten Bedingungen erfüllt sind.<sup>52</sup>

### **3.4. Worin besteht der Unterschied zwischen der Entscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen?**

Beide Texte legen fest, unter welchen Bedingungen Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, die staatliche Beihilfen sind, mit dem Vertrag vereinbar sind.

Der **einzige große Unterschied** besteht in der Tatsache, dass Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, die von der Entscheidung erfasst werden, **nicht** bei der Kommission angemeldet werden brauchen. Wenn die Kriterien der Entscheidung erfüllt werden, kann der betreffende Mitgliedstaat unverzüglich die Kompensation gewähren. Sind jedoch die Bedingungen der Entscheidung nicht erfüllt (zum Beispiel weil es sich um höhere Ausgleichszahlungen handelt), muss die Kompensation vorher bei der Kommission

---

<sup>51</sup> d.h. (1) Übertragung von staatlichen Mitteln und Zurechnung zum Staat (2) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und Wettbewerbsverzerrung (3) wirtschaftlicher Vorteil sowie (4) Selektivität der Maßnahme.

<sup>52</sup> Im Landtransportsektor wird diese Vereinbarkeit nach Verordnung 1191, Verordnung 1192, Verordnung 1107 bestimmt. Im Luft- und Seeverkehr kann diese Vereinbarkeit durch die Gemeinschaftlichen Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen von 2005, oder durch die Gemeinschaftlichen Leitlinien für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABl. EU Nr. C 13 S. 3 vom 17. Januar 2004, bestimmt worden.

notifiziert werden, sodass diese überprüfen kann, ob die betroffenen staatlichen Beihilfen mit dem Vertrag vereinbar sind.

**Geltungsbereich der Entscheidung; die Entscheidung ist anwendbar auf:**

- Ausgleichszahlungen an Unternehmen, deren Jahresumsatz vor Steuern, inklusive aller Tätigkeiten, in den beiden der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio. EUR betragen hat und die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. EUR für die erbrachte Dienstleistung erhalten.
- Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser, die Tätigkeiten ausführen, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft wurden, ungeachtet der Höhe des jeweiligen Betrages.
- Ausgleichszahlungen an im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen, die Tätigkeiten ausführen, die von dem jeweiligen Mitgliedstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft wurden, ungeachtet der Höhe des jeweiligen Betrages.
- Im Verkehrsbereich gilt diese Entscheidung nur für Ausgleichszahlung für Flug- und Schiffsverbindungen zu Inseln, die in Übereinstimmung mit sektoralen Vorschriften bewilligt werden, und auf denen der jährlicher Verkehr 300.000 Passagiere nicht überschreitet; die Entscheidung gilt auch für Ausgleichszahlungen für Flug- und Seeverkehrshäfen, bei denen das jährliche Fahrgastaufkommen in den Rechnungsjahren vor Übertragung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Schnitt die Zahl von 1.000.000 für Flughäfen bzw. 300.000 für Seeverkehrshäfen nicht überstieg.

**Vereinbarkeitskriterien. Die Entscheidung und der Rahmen erfordern im wesentlichen:**

- Einen Betrauungsakt, der insbesondere die Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, das beauftragte Unternehmen und den geografische Geltungsbereich, das Wesen der dem Unternehmen gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte, die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der Ausgleichszahlungen sowie die Vorkehrungen zur Verhinderung bzw. Rückerstattung von Überkompensation bestimmt.
- Die Ausgleichszahlung darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten abzudecken; dafür ist eine Berechnung notwendig, die alle Kosten sowie Einnahmen jeglicher Art berücksichtigt.
- Die Kontrolle von Überkompensierung durch die öffentlichen Organe des Mitgliedstaats.

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

Ja, in solchen Fällen werden die vorteilhaftesten Schwellen benützt<sup>53</sup>.

In diesem Zusammenhang ist es wichtig anzumerken, dass staatliche Beihilfen im Flugverkehrssektor durch die Gemeinschaftlichen Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen geregelt werden (hiernach "die Leitlinien von 2005"). Durch diese Leitlinien können manche von den Flughäfen ausgeführten ökonomischen Aktivitäten von den öffentlichen Behörden als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrachtet werden. Jedoch könnte die Leitung eines Flughafens also solche als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrachtet werden, wenn sie auf ihren Kernbereich beschränkt ist.

#### **Beispiel:**

Einem Flughafen in einer abgelegenen Region wird durch eine öffentliche Behörde ein öffentlicher Versorgungsauftrag mit Ausgleichszahlung auferlegt. Es ist jedoch zu beachten, dass die Leitung eines Flughafens als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht solche Aktivitäten umfassen sollte, welche keine direkte Verbindung zu den Kernaufgaben des Flughafens haben (d.h. kommerzielle Aktivitäten, einschließlich Bau, Finanzierung, Nutzung und Vermietung von Flächen und Gebäuden, nicht nur für Büros und Lager, sondern auch für Hotels und gewerbliche Unternehmen auf dem Flughafengelände, sowie Geschäfte, Restaurants und Parkplätze).

### **3.6. Was ist das Verhältnis zwischen der Entscheidung und den Verordnungen 1191, 1192 und 1107?**

Die Entscheidung ist nicht auf Ausgleichszahlungen im Landtransportsektor anwendbar<sup>54</sup>. Ausgleichszahlungen für Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Landtransportsektor sind nur dann von der Notifizierung befreit, wenn sie die Bedingungen der Verordnungen 1191<sup>55</sup>, 1192<sup>56</sup>, oder 1107<sup>57</sup> erfüllen.

<sup>53</sup> Siehe Präambel 19 der Entscheidung.

<sup>54</sup> Siehe Präambel 17 der Entscheidung.

<sup>55</sup> Artikel 17(2) von Verordnung 1190.

<sup>56</sup> Artikel 13 von Verordnung 1192.

<sup>57</sup> Artikel 5(2) von Verordnung 1107.

### Es gibt drei Fälle:

- Gemäß dem Combus Urteil<sup>58</sup> trifft die Notifizierungsbefreiung der Verordnung 1191 **nur** auf Ausgleichszahlungen für die Erfüllung **einseitig**<sup>59</sup> auf ein Transportunternehmen<sup>60</sup> auferlegter öffentlicher Versorgungsaufträge zu.
- Wenn Ausgleichszahlungen in **öffentlichen Versorgungsverträgen**<sup>61</sup> vorgesehen sind, müssen diese bei der Kommission angemeldet werden.
- In einigen Mitgliedstaaten sind Unternehmen, deren Aktivitäten ausschließlich auf die Erbringung städtischer, vorstädtischer oder regionaler Beförderungsleistungen beschränkt sind, vom Anwendungsbereich der Verordnung 1191 ausgeschlossen.<sup>62</sup> Auch in diesem Fall besteht keine Befreiung von der Notifizierungspflicht; jegliche Beihilfe an diese Unternehmen muss bei der Kommission notifiziert werden.

Der Rat und das Parlament haben sich am 18. September 2007 auf einer neuen Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße geeinigt, die jedoch noch nicht in Kraft ist<sup>63</sup>. Diese neue Verordnung sieht für alle Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen in ihrem Anwendungsbereich eine Ausnahme von der Anmeldepflicht vor<sup>64</sup>.

### 3.7. Worin besteht der Unterschied zwischen dem Gemeinschaftsrahmen und den Sonderregelungen für die Vereinbarkeit im Transportsektor?

Der Gemeinschaftsrahmen ist nicht auf den Transportsektor anwendbar<sup>65</sup>. Für den Transportsektor gelten die bereits genannten Sonderregelungen in den Verordnungen für den Landtransport<sup>66</sup>, sowie in den Leitlinien von 2005 und in den Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr<sup>67</sup>.

<sup>58</sup> Fall T-157/01, Danske Busvognmænd v. Commission, [2004], ECR S. II-917

<sup>59</sup> Die Umstände einer solchen Auferlegung werden in Artikel 1(5) von Verordnung 1191/69/EC definiert.

<sup>60</sup> Siehe die Entscheidung der Kommission im Fall NN 53/2006 of 21 March 2007, Malta – "State aid (public service compensations) to bus operators in Malta", ABl. C 145 vom 30.06.2007, [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2006/nn053-06.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2006/nn053-06.pdf).

<sup>61</sup> Die Bedingungen für solche öffentlichen Versorgungsaufträge werden in Artikel 1(4) von Verordnung 1191/69/EC, und Artikel 14 von Verordnung 1191/69/EC definiert.

<sup>62</sup> Diese Möglichkeit besteht unter Artikel 1(1) von Verordnung 1191/69/EC.

<sup>63</sup> Diese neue Verordnung wird Verordnungen 1191 und 1107 abheben.

<sup>64</sup> Siehe Artikel 9 (1) der neue Verordnung, die am 20.11.2007 noch nicht veröffentlicht wurde. (NB: die Verordnung wurde inzwischen veröffentlicht: 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 L315 S.1 vom 3. Dezember 2007)

<sup>65</sup> Siehe Punkt 3 des Gemeinschaftsrahmens.

<sup>66</sup> Im Fall von Landtransport muss zwischen Unternehmen innerhalb des Anwendungsbereichs von Verordnung 1191/69/EC, und Unternehmen welche von den Mitgliedstaaten vom Anwendungsbereich der Verordnung 1191/69/EC ausgeschlossen wurden, unterschieden werden:

- Im ersten Fall, in dem Ausgleichszahlungen in öffentlichen Versorgungsaufträgen vorgesehen sind, können diese Zahlungen auf der Basis von Artikel 14 der Verordnung 1191/69/EC als mit

### 3.8. Worin besteht der Unterschied zwischen den Altmark-Kriterien und den in der Entscheidung dem Gemeinschaftsrahmen, und Verordnungen 1191/69 und 1107/70 festgelegten Bedingungen?

Das Altmark-Urteil bestimmt, wann eine Maßnahme unter der Begriff der staatlicher Beihilfen fällt, während die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen näher die Bedingungen festlegen, denen zufolge eine Ausgleichszahlung, wenn es sich dabei um eine staatliche Beihilfen handelt, zulässig sein kann. Der substantielle Unterschied zwischen dem Urteil und den DAWI-Texten betrifft den Betrag / die Berechnung der Ausgleichszahlung.

- Gemäß dem 4. Kriterium des **Altmark-Urteils** muss die Höhe der Ausgleichszahlung, um keine staatlichen Beihilfe darzustellen<sup>68</sup>:
  - durch ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes öffentliches Ausschreibungsverfahren ermittelt werden oder
  - die Behörden müssen die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmens bestimmen.
- Gemäß der **Entscheidung** muss die Höhe der Ausgleichszahlung nicht zwangsläufig durch ein öffentliches Ausschreibungsverfahren oder mittels eines Vergleichs mit den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens ermittelt werden.

Solange die Behörde beweisen kann, dass die zugewiesene Ausgleichszahlung dem auf den Parametern des Betrauungsakts basierenden Kostenschätzwert entspricht, und dass es zu keiner Überkompensation kommt, wird der betreffende Ausgleich als eine mit dem Vertrag vereinbare staatliche Beihilfe betrachtet<sup>69</sup>.

#### Beispiel:

Eine Behörde beschließt, DAWI zu finanzieren, die von einem Unternehmen erbracht werden, dessen Nettokosten sich dafür (abzüglich der Einnahmen) auf 100 belaufen.

- Diese Dienstleistung könnte von einem Betreiber, welcher durch ein Ausschreibungsverfahren ausgewählt wurde, zu einem Preis von nur 90 erbracht werden. Gemäß den Altmark-Kriterien würde der Ausgleich von 90 keine staatliche

---

dem EG-Vertrag vereinbar erklärt werden. Zu diesem Zweck müssen die Bedingungen des Gemeinschaftsrahmens analog berücksichtigt werden.

- Im zweiten Fall, in dem städtische, vorstädtische oder regionale Beförderungsleistungen durch den Mitgliedstaat ausgeschlossen wurden, können in öffentlichen Versorgungsverträgen vereinbarte Ausgleichszahlungen auf der Basis von Verordnung 1107/70/EC als mit dem EG-Vertrag vereinbar erklärt werden.

<sup>67</sup> Mitteilung C(2004) 43 der Kommission — Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABI C13 vom 17.01.2004, s.3.

<sup>68</sup> Solange die anderen drei Kriterien des Altmark-Urteils (siehe 3.1) erfüllt werden

<sup>69</sup> Solange die anderen Bedingungen, die mit der Entscheidung festgelegt werden, erfüllt werden (siehe 3.5).

Beihilfe, darstellen.

- Diese Dienstleistung könnte von einem typischen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmen für Nettokosten von nur 90 erbracht werden. Gemäß den Altmark-Kriterien würde der Ausgleich von 90 keine staatliche Beihilfe darstellen.
- Der Entscheidung zufolge würde eine Ausgleichszahlung von 100 als kompatible staatliche Beihilfen eingestuft werden, vorausgesetzt die Nettogesamtkosten des kompensierten Dienstes belaufen sich tatsächlich auf 100.

#### **4. NOTIFIZIERUNG VON BEIHILFEN, DIE DIE SCHWELLENWERTE DER ENTSCHEIDUNG ÜBERSCHREITEN**

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

Die Entscheidung gilt für Ausgleichszahlungen an Unternehmen, die jährlich eine Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. EUR für die erbrachte Dienstleistung erhalten, und deren Jahresumsatz mit allen Tätigkeiten vor Steuern in den beiden der Übernahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorausgehenden Rechnungsjahren insgesamt weniger als 100 Mio. EUR betragen hat. Im Hinblick auf Krankenhäuser und im sozialen Wohnungsbau tätige Unternehmen gibt es keine Begrenzung der Beträge, die von der Anmeldepflicht ausgenommen sind.

Diese Schwellenwerte sind bereits hoch angesetzt und erfassen erwartungsgemäß bei weitem die Mehrheit lokaler sozialer Dienstleistungen.

Wenn eine Ausgleichszahlung diese Schwellenwerte überschreitet, ist eine vorherige Notifizierung erforderlich. Diese wird dann gemäß den Bestimmungen des Gemeinschaftsrahmens bewertet werden, die den Bedingungen der Entscheidung gleichen. Die Notifizierung bedeutet für sich keineswegs, dass die Ausgleichszahlung automatisch mit dem Vertrag nicht vereinbar ist; jedoch muss sie wegen der großen Höhe der Beihilfe und des höheren Risikos einer Wettbewerbsverzerrung von der Kommission überprüft werden, um sicherzustellen, dass tatsächlich alle Bedingungen für die Vereinbarkeit erfüllt sind.

#### **5. DER BEGRIFF DES "BETRAUUNGSAKTS" IM ZUSAMMENHANG MIT DER ENTSCHEIDUNG UND DEM GEMEINSCHAFTSRAHMEN**

##### **5.1. Worin besteht der Zweck eines "Betrauungsakts"?**

Ein Betrauungsakt ist notwendig, um die Eckpunkte eines Auftrags für die Erbringung der Dienstleistung im öffentlichen Interesse festzulegen. Dabei handelt es sich um einen offiziellen Akt, der das Unternehmen mit der DAWI betraut, dessen Aufgabe im Allgemeininteresse darlegt und Anwendungsbereich und

allgemeine Bedingungen für das Funktionieren der DAWI/SDAI bestimmt. Eine solche Beauftragung ist erforderlich, um die Verpflichtungen des Unternehmens und des Staates zu spezifizieren. In Ermangelung eines solchen offiziellen Aktes wäre die dem Unternehmen übertragene Aufgabe ungewiss, und die angemessene Ausgleichszahlung könnte nicht ermittelt werden.

## **5.2. Welche Arten von Betrauungsakten werden als im Sinne der Entscheidung hinreichend angesehen?**

Die Entscheidung erfordert lediglich einen Betrauungsakt in der Form eines oder mehrerer verbindlicher Verwaltungs- oder Rechtsakte, deren genaue Form von den jeweiligen Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung ihrer Verwaltungsorganisation gewählt werden kann, je nach dessen politischer/administrativer Organisation.

Tatsächlich benötigt jede Behörde bereits aufgrund von Grundprinzipien des Verwaltungsrechts eine rechtliche Grundlage zur Definition und Finanzierung einer DAWI. Deshalb entspricht die Notwendigkeit eines Betrauungsakts größtenteils dem Erfordernis einer tauglichen Rechtsgrundlage, die die betreffende Behörde im Rahmen ihres Ermessens für jeden Einzelfall wählen muß.

Es gibt daher keinen "Standard"-Betrauungsakt; es kommt sowohl auf die jeweilige den Auftrag vergebende öffentliche Einrichtung als auch auf die jeweilige Tätigkeit an.

Es bleibt jedoch anzumerken, dass sich die Anforderungen an Betrauungsakte im Beihilferecht auf das Wesentliche beschränken: dies schließt freilich nicht die Möglichkeit für Behörden der Mitgliedstaaten aus, Betrauungsakte mit zusätzlichen Einzelheiten, etwa Qualitätsanforderungen zu versehen.

Die Genehmigung eines Dienstleisters durch eine Behörde, welche das Unternehmen zur Bereitstellung von Dienstleistungen berechtigt, stellt keinen Betrauungsakt dar. Denn damit wird das Unternehmen nicht zur Erbringung der jeweiligen Dienstleistungen verpflichtet. Es wird ihm lediglich gestattet, eine wirtschaftliche Aktivität auszuüben, indem es Dienstleistungen anbietet. Als Beispiel könnte die Genehmigung zur Eröffnung einer Kinderbetreuungseinrichtung oder einer Senioreneinrichtung genannt werden, welche von Einhaltung bestimmter Gesundheits- und Sicherheitsbestimmungen durch den Betreiber abhängig ist.

### **Beispiele von Betrauungsakten:**

- Konzessionsvertrag und Ausschreibungsunterlagen<sup>70</sup>;
- Ministeriale Programmverträge<sup>71</sup>;

<sup>70</sup> Entscheidung der Kommission in Beihilfe 562/2005 – Italien - "Allongement de la durée des concessions de sociétés d'autoroutes du Tunnel du Montblanc (ATMB) et du Tunnel Maurice Lemaire", ABl. Nr. C 90 vom 25.04.2007, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2005/n562-05.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2005/n562-05.pdf).

<sup>71</sup> Entscheidung der Kommission im Beihilfefall NN – 51/2006 – Italien - Ausgleich für den Universalpostdienst 2000-2005, ABl. Nr. C 291 vom 30.11.2006, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2006/nn051-06.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2006/nn051-06.pdf).

- Ministeriale Anweisungen<sup>72</sup>;
- Gesetze<sup>73</sup> und Verordnungen<sup>74</sup>;
- Jährliche oder mehrjährige Leistungsverträge<sup>75</sup>;
- Rechtsverordnungen<sup>76</sup> und jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verordnung oder Entscheidung;

### **5.3. Sollte der Betrauungsakt einen zu erfüllenden "Auftrag" oder "bestimmte Tätigkeiten" festlegen?**

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

Solange dessen Umfang klar definiert ist, können weite Definitionen des Auftrags für die Erbringung der Dienstleistung im öffentlichen Interesse zulässig sein, wenn es nicht möglich ist, die entsprechenden Dienstleistungen näher zu umschreiben. Dennoch ist der Schutz vor beihilferechtlichen Klagen (etwa von Konkurrenten) im Bezug auf die Höhe der Ausgleichszahlung umso größer, je genauer ein Betrauungsakt den auszuführenden Auftrag umschreibt.

Es steht den Behörden auch frei und ist in deren bestem Interesse, die Anforderungen zur Erfüllung von DAWI-Aufträgen näher festzulegen, etwa durch Verweis auf Qualitätserfordernisse oder öffentliche Konsultation im Hinblick auf die zu vergebenden Aufgaben. Auf diese Weise wird nicht nur die Qualität von DAWI, sondern auch die Transparenz gegenüber Bürgern und Steuerzahlern gesteigert.

### **5.4. Wie entwirft man einen Betrauungsakt für Dienstleistungen, die einerseits im Rahmen eines Gesamtkonzepts betrachtet werden müssen und andererseits auf die spezifischen Bedürfnissen einzelner Benutzer zugeschnitten sind?**

<sup>72</sup> Entscheidung der Kommission in Beihilfe N 166/2005 – Vereinigtes Königreich– Staatliche Beihilfe zur Finanzierung des ländlichen Postnetzes von Post Office Limited (2006-2008), ABl. Nr. C141 vom 16.06.2006, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2005/n166-05.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n166-05.pdf) begrenzt ist.

<sup>73</sup> Kommission Entscheidung in Beihilfe NN 8/2007 – Spanien – Finanzieren von Arbeitskraftreduzierungmaßnahmen von RTVE, ABl. Nr. c 109 vom 15.05.2007, [Http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/register/ii/doc/NN-8-2007-WLWL-07.03.2007.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-8-2007-WLWL-07.03.2007.pdf).

<sup>74</sup> Entscheidung der Kommission in Beihilfe – N 395/05 - Irland "Loan Guarantee for social infrastructure schemes funded by the Housing Finance Agency", ABl. Nr. C 77 vom 05.04.2007, [Http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2005/n395-05.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n395-05.pdf) finanziert werden.

<sup>75</sup> Entscheidung der Kommission in Beihilfe C 24/2005 – Frankreich – Laboratoire National d'Essai, ABl. Nr. L 95/25 vom 05.04.2007.

<sup>76</sup> Siehe Rechtssache c-451/03 Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti [ 2006 ] ECR I-2941.

Der Betrauungsakt muss die Art und die Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen, die beauftragten Unternehmen, die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlung (nicht den genauen Betrag der Ausgleichszahlung, die zugewiesen werden soll) sowie der Überwachungs- und Schutzmaßnahmen, die Überkompensation verhindern, festlegen.

Es ist nicht immer notwendig, alle Arten von Diensten in den Betrauungsakt einzubeziehen, die erbracht werden müssen. Zum Beispiel ist es nicht erforderlich, auf jede Art notwendiger medizinischer Versorgung zu verweisen. Die Definition von "tägliche medizinische Versorgung von älteren Personen in der Stadt x" könnte ausreichen. In jedem Fall muss die Betrauung die korrekte Verteilung der Kosten zwischen DAWI und Nicht-DAWI Tätigkeiten, die der Dienstleister anbietet, ermöglichen.

Bestimmte DAWI/SDAI, wie etwa die Unterstützung benachteiligter oder älterer Leute, bedürfen mitunter verschiedener Arten von Dienstleistungen im Rahmen eines globalen öffentlichen Dienstleistungsauftrages. Der Zweck des Betrauungsaktes besteht nicht in der Beschränkung der Organisation der Leistung von DAWI, sondern darin, eine klare Übersicht über das System zu haben, in dem diese Leistungen durchgeführt werden und über die Bandbreite der betroffenen Leistungen.

Die Elemente, die in den Betrauungsakt aus Sicht des Beihilfenrechts eingefügt werden müssen, beschränken das Ermessen der Behörden bezüglich der Definition und Organisation ihrer DAWI nicht. Mitgliedstaaten und öffentliche Einrichtungen haben einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Bestimmung jener öffentlichen Dienstleistungsaufträge, die sie durchführen möchten und die spezifischen/sehr detaillierten Dienstleistungen, die in diesen Aufträgen inkludiert sind, bedürfen keiner Spezifizierung<sup>77</sup>.

Behörden können über die grundlegenden Betrauungsanforderungen hinausgehen und Kriterien bestimmen, die sie zur Leistungsverbesserung der mit DAWI betrauten Unternehmen festlegen wollen. Die Entscheidung und der Gemeinschaftsrahmen erfordern lediglich die Definition eines Rahmenauftrags für DAWI, innerhalb dessen die neuen oder verbesserten DAWI erbracht werden.

Beispiele:

- Für den Fall, dass eine Behörde eine Unterkunft für Frauen in Not einrichten möchte, würde es ausreichen, im Rahmen des Betrauungsaktes auszuführen, dass der SDAI-Dienstleister mit dem Auftrag betraut wird, eine Unterkunft zu errichten, die die notwendige Unterstützung für Frauen in Not gewährleistet, indem der Vielzahl dieser Bedürfnisse Rechnung getragen wird, vor allem soweit notwendig auf medizinischer, psychologischer und sozialer Ebene (z.B. Wohnprobleme, familiäre Probleme usw.)
- Für den Fall, dass eine Behörde ein Drogenrehabilitationszentrum errichten möchte, würde es ausreichen, den Dienstleister zu beauftragen, ein

<sup>77</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass der weite Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Festlegung ihrer öffentlichen Dienstleistungsaufträge stets der Kontrolle der Kommission und des EuGH in Bezug auf schwerwiegende Fehler unterliegt.

Drogenrehabilitationszentrum zu schaffen, das Drogenabhängigen mit der notwendigen medizinischen Hilfe versorgen würde und darüber hinaus auch andere Leistungen, die mit der effektiven Rehabilitation der behandelten Personen in Zusammenhang stehen (wie z.B. psychologische Unterstützung, Familienkontakt, Hilfe bei sozialen Problemen usw.)

### **5.5. Wie entwirft man einen Betrauungsakt für Dienstleistungen, die bei der Erbringung an sich ändernde Umstände im Hinblick auf Sorgfaltsintensität, Benutzerprofile und die Benutzerzahl angepasst werden müssen?**

Behörden und Dienstleister sind meist erfahren in der Erbringung personalisierter Dienstleistungen und kennen die besonderen Bedürfnisse, die bei der Erbringung von DAWI entstehen können, sowie die unterschiedlichen Umstände, die sich dabei ergeben können. Auf Basis ihrer Erfahrung können sie eine verlässliche Schätzung der möglichen zusätzlichen Bedürfnisse, die entstehen könnten, vornehmen, und diese in die Parameter, die im Rahmen des Betrauungsakts berücksichtigt werden sollen, mit einbeziehen.

Es gibt zwei Möglichkeiten:

- Die Behörde kann in dem Betrauungsakt einen ex post Korrekturmechanismus bestimmen, welcher die regelmäßige Anpassung des Auftrags zulässt.<sup>78</sup>
- Die Behörde kann den Betrauungsakt aktualisieren, wenn sich zeigt, dass eine bestimmte Dienstleistung nicht vorgesehen war, aber durch den gleichen Dienstleister erbracht werden könnte.

#### Beispiel:

Eine Kommune möchte umfassende Dienstleistungen anbieten, die den verschiedenen Bedürfnissen älterer Menschen gerecht wird (medizinische Versorgung zu Hause, Lieferung von Mahlzeiten, Reinigungsdienste für deren Wohnungen usw.) Wie stellt man sicher, dass die Kommune den Dienstleistungsanbieter für die Bereitstellung zusätzlicher Dienste entschädigen kann, die Bedürfnisse befriedigen, die anfangs nicht vorgesehen waren?

Es ist immer möglich, den Betrauungsakt nachträglich zu ändern, wenn man erkennt, dass eine bestimmte Dienstleistung nicht vorgesehen war, aber vom gleichen Erbringer zur Verfügung gestellt werden könnte. Wie oben klargestellt könnte die Kommune auch auf Basis ihrer vorherigen Erfahrungen auf diesem Gebiet eine Schätzung dieser zusätzlichen Dienste vornehmen oder nachträgliche Berichtigungsmechanismen für solche Bedürfnisse schaffen.

<sup>78</sup> Hierzu siehe die Entscheidung der Kommission in den Fällen N 541/2004 und N 542/2004 – Niederlande – "Retention of financial reserves by sickness funds and Risk equalisation system", ABl. C 324 vom 21.12.2005, [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2004/n541-542-04.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n541-542-04.pdf).

**5.6. Wie kann das Erfordernis eines Betrauungsaktes für DAWI-Anbieter mit der Autonomie jener Anbieter in Einklang gebracht werden, die verschiedene Mitgliedstaaten aufgrund von verfassungsrechtlichen / gesetzlichen Bestimmungen anerkennen und respektieren?**

Das Erfordernis eines Betrauungsaktes beschränkt keineswegs die Unternehmerfreiheit von Körperschaften, die soziale Dienstleistungen erbringen. Solchen Körperschaften steht es vollkommen frei, bei der Entwicklung, Verbesserung oder Innovation solcher Dienste initiativ zu werden, oder den Behörden Vorschläge zu unterbreiten.

Der Begriff des Betrauungsakts kann auch Fälle erfassen, in denen die Behörde derartige Vorschläge billigt und deren Durchführung finanziert. Wenn eine Behörde daher dem Vorschlag eines Dienstleisters zustimmt, so müssen in Übereinstimmung mit den Vorschriften der Entscheidung die vom Dienstleister vorgeschlagenen Definition des DAWI Auftrages sowie Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlung und Sicherstellung der Vermeidung von Überkompensation in den Inhalt einer derartigen Entscheidung aufgenommen werden.

**6. Ausgleichszahlung**

**6.1. Die Entscheidung verlangt, dass Kostenparameter im Betrauungsakt festgelegt werden. Wie lässt sich das vor dem Anbieten des Dienstes bewerkstelligen?**

Es ist häufig unmöglich, alle die Kosten betreffenden Einzelheiten zu kennen, wenn ein Unternehmen mit der Erbringung von SDAI/DAWI beginnt. Deshalb verlangt die Entscheidung im Vorhinein keine detaillierte Berechnung, wie etwa den Preis pro Tag, pro Mahlzeit, pro Pflegeeinheit, der aus öffentlichen Mitteln zurückerstattet werden soll, wenn dies nicht möglich ist. Es bleibt den Behörden natürlich unbenommen, solche Parameter zu bestimmen, wenn sie das möchten.

Die Entscheidung erfordert nur, dass der Betrauungsakt die Grundlagen für die zukünftige Berechnung der Ausgleichszahlung enthält, zum Beispiel, dass der Ausgleich auf der Basis des Preises pro Tag, pro Mahlzeit, pro Pflegeeinheit bestimmt werden wird, der auf einer geschätzten Anzahl an Benutzern basiert ...

Entscheidend ist, dass hinsichtlich der Grundlage für die Berechnung der zukünftigen Ausgleichszahlung, anhand derer die finanzierende Stelle (der Staat, die Kommunalbehörde) den Anbieter entschädigen wird, Klarheit besteht. Derartige Transparenz ist auch gegenüber Steuerzahlern von Nutzen.

Beispiele:

- Für den Fall, dass eine Behörde eine Unterkunft für Frauen in Not errichten möchte, könnten die Parameter für die Ausgleichszahlungskosten folgende sein:
  - die Anzahl der Frauen und Kinder, die in der Unterkunft über einen Zeitraum von einem Jahr untergebracht sind;
  - die Anzahl der Tage, die in dieser Unterkunft innerhalb diesen Jahres verbracht worden sind.
- Für den Fall, dass eine Behörde ein Drogenrehabilitationszentrum errichten möchte, könnten die Parameter für die Ausgleichszahlungskosten folgende sein:
  - die Anzahl der Drogenabhängigen, die sich in einem Zeitraum von einem Jahr einer Behandlung unterziehen;
  - die Anzahl der Medikamente, die in einem Jahr gebraucht werden.

**6.2. Sogar für erfahrene Unternehmen, die DAWI/SDAI liefern, kann ein großes Maß an Kostenunvorhersehbarkeit und ein Risiko eines nachträglichen Defizits bestehen: unvorhersehbare Änderungen der Pflegeintensität; bei den Benutzerprofilen; bei der Benutzerzahl und hinsichtlich der Höhe der Einnahmen (nicht bezahlte Benutzergebühren, Schwankungen der Benutzerzahl, Ausbleiben von Beiträgen anderer Behörden). Wie können Behörden mit dieser Situation fertig werden?**

Ein für DAWI/SDAI verantwortliches Unternehmen wird sich, insbesondere dann, wenn es seine Tätigkeit beginnt oder nur über begrenzte Größe verfügt, oft nicht zur Einhaltung eines fixen Budgets oder zu einem fixen Preis pro Einheit verpflichten können. Selbstverständlich steigen die Kosten, wenn es mehr Benutzer gibt; wenn einige davon keine vorausbestimmte Beteiligung zahlen können, werden die Einnahmen niedriger sein usw..

Jedoch ändert dies nichts daran, auf welche Weise die Kosten entstehen (gezahlte Gehälter, Miete...) oder errechnet werden können (pro Pflegeeinheit...). Im Wesentlichen bedeutet dies, dass der Anbieter höhere Kosten zu tragen hat, und die öffentliche Einrichtung daher höhere Ausgleichszahlungen leisten muss.

All diesen Umständen kann im Einklang mit der Entscheidung und dem Gemeinschaftsrahmen Rechnung getragen werden. Wenn der Betrauungsakt keine Schätzung geänderter oder unvorhersehbarer Umstände enthält, die während der Erbringung von DAWI/SDAI auftreten können, kann die Festlegung nachträglicher Berichtigungsmechanismen für die geschätzten Kosten im Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten eine Möglichkeit sein, solche Umstände zu antizipieren.

2 Möglichkeiten sind denkbar:

- Die Behörde kann im Betrauungsakt einen ex post Korrekturmechanismus festzulegen, der eine periodische Revision der Kostenparameter ermöglicht.

- Die Behörde kann den Betrauungsakt aktualisieren, wenn sie der Ansicht ist, dass ein Kostenparameter modifiziert werden muss.

**6.3. Wie berechnet man die Parameter für Ausgleichszahlungen (Artikel 4 (d) der Entscheidung) und wie trifft man Vorkehrungen gegen Überkompensation (Artikel 4 (e) der Entscheidung), wenn eine bestehende DAWI/SDAI durch zwei oder mehreren Behörden finanziert wird?**

Für den Fall, dass zwei oder mehrere Behörden (z.B. die Stadt und die Region) zum Beispiel ein Zentrum für benachteiligte Personen teilweise finanzieren möchten, kann jede Behörde – nach etwaigen Diskussionen mit den Dienstleistern - die Parameter der Ausgleichszahlung entsprechend der in Aussicht genommenen Dienstleistung festlegen.

Die Behörden können ihren individuellen Beitrag zur Ausgleichszahlung nach ihrem Wunsch festlegen, so lange der komplette Betrag, der sämtlichen erhaltenen Ausgleichszahlungen entspricht, nicht die tatsächlichen Netto-Kosten übersteigt, die vom DAWI-Dienstleister getragen werden.

**6.4. Ist es notwendig, eine getrennte Buchhaltung für ein Unternehmen zu führen, das DAWI erbringt, und gleichzeitig anderweitig wirtschaftlich tätig ist?**

Tatsächlich sind Unternehmen, die DAWI erbringen, und gleichzeitig anderweitig wirtschaftlich tätig sind, verpflichtet, eine getrennte Buchhaltung für jede einzelne Tätigkeit zu führen. Für solche Unternehmen ist dies die einzige Möglichkeit nachzuweisen, dass die zugewiesenen Ausgleichszahlungen nicht die Nettokosten der erbrachten DAWI übersteigen, und dass daher keine Überkompensation vorliegt. Gleichzeitig erlaubt es eine getrennte Buchführung für die einzelnen Aktivitäten, dh für DAWI und jene Tätigkeiten, die nicht als DAWI zu qualifizieren sind, der Kommission, zu überprüfen, ob die durch die Entscheidung und den Gemeinschaftsrahmen normierten Kriterien eingehalten werden<sup>79</sup>.

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

Unter derartigen Umständen gibt es keine gesetzliche Verpflichtung einer getrennten Buchführung. Dennoch sollte die interne Buchführung in der Lage sein, diejenigen Kosten zu identifizieren, die sich aus der Erbringung einer DAWI ergeben; andernfalls kann die Höhe der Ausgleichszahlung nicht festgelegt werden. Außerdem sollte es dem für eine DAWI zuständigen Unternehmen möglich sein, im Falle einer Beschwerde das Fehlen von Überkompensation beweisen zu können.

---

<sup>79</sup> Siehe Artikel 5 Punkt 5 der Entscheidung sowie Absatz 19 des Gemeinschaftsrahmens.

**6.6. Für welche Kosten kann eine Ausgleichszahlung entrichtet werden, wenn ein Unternehmen die gleiche Infrastruktur benutzt, um sowohl DAWI zu erbringen als auch wirtschaftlichen Tätigkeiten nachzugehen, die keine DAWI sind?**

Das Unternehmen muss beiden Aktivitäten Kosten zuweisen. Die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zurechenbaren Kosten umfassen sämtliche durch die Erbringung der fraglichen Dienstleistung verursachten variablen Kosten, einen angemessenen Beitrag sowohl zu den dienstleistungsbezogenen als auch im Rahmen sonstiger Tätigkeiten anfallenden Fixkosten und eine angemessene Rendite.

**6.7. Was bedeutet angemessene Rendite bei der Berechnung einer rechtmäßigen Ausgleichszahlung?**

Gemäß Artikel 5.4 der Entscheidung bedeutet "angemessene Rendite" einen angemessenen Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos bzw. unter Berücksichtigung des fehlenden Risikos.

In der Regel darf die Rendite die in dem betreffenden Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite nicht übersteigen<sup>80</sup>.

**6.8. Sollten Steuervorteile, die sich aus der Gemeinnützigkeit einer Organisation ergeben, als Einnahmen im Sinne von Artikel 5.3 der Entscheidung qualifiziert werden?**

Die Ausgleichszahlung darf die Differenz zwischen den Kosten, die sich tatsächlich aus der Erbringung der DAWI ergeben, und den relevanten Einnahmen abdecken. Ein Steuervorteil kann entweder eine Einnahme oder eine Kostenverringerung sein. Ungeachtet seiner Natur muss dieser berücksichtigt werden, wenn die Höhe der Ausgleichszahlung bestimmt wird, die notwendig ist, um eine DAWI zu erbringen.

Wenn die Steuervorteil in einer Kostenreduzierung besteht, bedeutet das, dass keine Ausgleichszahlung für den Betrag gewährt werden kann, welcher der Reduktion entspricht. Wenn der Steuervorteil ein Einkommen für den Dienstleister darstellt, dann ist dieses von der zu gewährenden Ausgleichszahlung abzuziehen.

---

<sup>80</sup> Gemäß Artikel 5.4 der Entscheidung: " Zum Zwecke dieser Entscheidung ist unter "angemessener Rendite" ein angemessener Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos bzw. unter Berücksichtigung des fehlenden Risikos zu verstehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Staat ausschließliche oder besondere Rechte gewährt. In der Regel darf die Rendite die in dem betreffenden Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite nicht übersteigen. In Sektoren, in denen es an Unternehmen fehlt, die als Vergleichsmaßstab für das mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen dienen könnten, können Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten oder gegebenenfalls auch aus anderen Wirtschaftszweigen zu Vergleichszwecken herangezogen werden. Bei der Bestimmung der angemessenen Rendite können die Mitgliedstaaten auch Kriterien zugrunde legen, die insbesondere an die Qualität der zu erbringenden Dienstleistung und an Produktivitätsgewinne anknüpfen."

**6.9. Sollten Zahlungen, die im Rahmen eines Gewinn- und Verlustabführungsvertrags innerhalb einer öffentlichen Holding durchgeführt worden sind, zu den Erträgen im Sinne des Artikels 5.3 der Entscheidung zählen?**

In zahlreichen Mitgliedstaaten haben öffentliche Holdingunternehmen Gewinn- und Verlustabführungsverträge, wonach ein profitables Unternehmen seine Gewinne der Holding zu überweisen hat, die dann diese Gewinne dazu verwendet, jene Verluste abzudecken, welche von einer DAWI erbringenden verlustmachenden Einrichtung gemacht wurden.

Derartige Zahlungen, die Verluste von DAWI ausgleichen, müssen zu den Einkommen im Sinne des Artikels 5.3 der Entscheidung gezählt werden und reduzieren dementsprechend die Nettokosten für die Ausgleichszahlung.

**6.10. Sollte ein Vergleich mit anderen Unternehmen vorgenommen werden, wenn die Parameter für Ausgleichszahlung für ein bestimmtes Unternehmen definiert werden? Sollte auch die Effizienz beurteilt werden? Wie können der Wert von pastoraler Betreuung, spirituelle Führung, zusätzliche verwendete Zeit usw., überhaupt quantifiziert werden?**

Es bleibt der Behörde überlassen, das Ausmaß des jeweiligen Auftrags zu definieren, und zu bestimmen, ob nicht-messbare Aufgaben (etwa für Senioren oder Behinderte,...) mehr Kosten verursachen, etwa durch einen Mehraufwand an Zeit für die die Dienstleistung erbringenden Personen. Diese Kosten können natürlich berücksichtigt und entschädigt werden. Die Entscheidung verlangt kein Effizienzurteil. Die Beurteilung der Qualität einer Dienstleistung bleibt den entsprechenden Behörden überlassen.

Wenn zum Beispiel Einrichtungen DAWI/SDAI durchführen, für die ein unterschiedlicher Grad an Qualität im Betrauungsakt vorgesehen ist, dann bekommt jeder der Dienstleister jene Ausgleichszahlung, die den eigenen unterschiedlichen Kosten entspricht, die für das Erreichen der Qualitätsstufe erforderlich war.

**6.11. Verlangt die Entscheidung die Auswahl des günstigsten Unternehmens für die Erbringung von DAWI/SDAI?**

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



## **Anlage 6**

Entwurf

Regelmäßige Kontrollen nach Artikel 6 der Freistellungsentscheidung der Kommission vom 28. November 2005 (2005/842 EG) zur Vermeidung von Überkompensationen bei der Gewährung von Ausgleichszahlungen an bestimmte Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden.

Gem. RdErl. d. Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie  
u. d. Innenministeriums

v.



Nr.

## **Entwurf (Mai 2008)**

**Regelmäßige Kontrollen nach Artikel 6 der Freistellungsentscheidung der Kommission vom 28. November 2005 (2005/842 EG) zur Vermeidung von Überkompensationen bei der Gewährung von Ausgleichszahlungen an bestimmte Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden.**

**Gem. RdErl. d. Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie  
u. d. Innenministeriums**

**v.**

### **1.**

#### **Allgemeines**

Gemäß Artikel 87-89 EG-Vertrag sind vorbehaltlich abweichender Bestimmungen des Vertrages "staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen".

Ziel der europäischen Beihilfenkontrolle ist es, faire Wettbewerbsbedingungen im Europäischen Binnenmarkt sicher zu stellen. Dabei muss ein sachgerechter Ausgleich mit der im europäischen Recht anerkannten Funktion der Mitgliedstaaten zu Leistung und Ausgestaltung der Daseinsvorsorge (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) herbeigeführt werden.

Die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache Altmark vom 24.07.2003 – RS. C-280/00) und die Kommissionsentscheidung vom 28. November 2005 (2005/842/EG; sog. Freistellungsentscheidung) erfordern es, dass die Kommunen ihre Beziehungen zu allen - auch potenziellen - Empfängern von Ausgleichszahlungen überprüfen und, soweit notwendig, rechtlich anpassen. Nach Maßgabe der o.g. Entscheidungen müssen Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, auf Grund eines Betrauungsaktes tätig werden. Außerdem sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, vorab festzulegen und durch regelmäßige Kontrollen Überkompensationen zu vermeiden. Diese Verpflichtung trifft auch wirtschaftlich tätige Einrichtungen, Eigen- und Regiebetriebe.

Zur vollständigen Umsetzung der Freistellungsentscheidung steht als praktische Arbeitshilfe ein Leitfaden zur „Beihilfenrechtskonforme Finanzierung von kommunalen Leistungen der Daseinsvorsorge“ ( [www.wirtschaft.nrw.de/400/100/index.php](http://www.wirtschaft.nrw.de/400/100/index.php) ) zur Verfügung. Darüber hinaus wird auf die vom Arbeitskreis III der Innenministerkonferenz zur Anwendung empfohlene Handreichung ( [www.im.nrw.de/bue/1.htm](http://www.im.nrw.de/bue/1.htm) ) verwiesen.

### **2.**

#### **Regelmäßige Kontrollen**

Bei den regelmäßigen Kontrollen nach Artikel 6 der Freistellungsentscheidung der Kommission vom 28. November 2005 (2005/842 EG) ist zu prüfen, ob eine unzulässige Ausgleichszahlung gewährt worden ist. Die im Rahmen der regelmäßigen Kontrollen zu treffende Entscheidung über die Zulässigkeit der Ausgleichszahlung ist von der gewährenden und nicht von der empfangenden Stelle vorzunehmen. Für den kommunalen Bereich gelten die nachfolgenden Ziffern 1-4:

1.

Die Gemeinden und Gemeindeverbände führen die regelmäßigen Kontrollen durch. Die örtliche Rechnungsprüfung gewährleistet bereits im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben eine Kontrolle im Sinne der Freistellungsentscheidung. Die örtliche Rechnungsprüfung kann sich gegebenenfalls fachlich geeigneter Stellen bedienen.

2.

Bei den Sondervermögen nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW kann die regelmäßige Kontrolle im Kontext mit der Jahresabschlussprüfung erfolgen. Führt die Jahresabschlussprüfung ein Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft durch, sind diese hinsichtlich der regelmäßigen Kontrolle gesondert zu beauftragen. Alternativ kann auch die örtliche Rechnungsprüfung der Gemeinde bzw. des Gemeindeverbandes mit der Durchführung der regelmäßigen Kontrolle betraut werden. Führt die Gemeindeprüfungsanstalt in Einzelfällen im Sinne des § 106 Abs. 2 Satz 2 GO NRW die Jahresabschlussprüfung mittels eines hierzu befähigten eigenen Prüfers durch, sollte die örtliche Rechnungsprüfung der Gemeinde bzw. des Gemeindeverbandes mit der regelmäßigen Kontrolle betraut werden.

3.

Bei den Anstalten öffentlichen Rechts nach § 114 a GO NRW und gemeinsamen Kommunalunternehmen nach §§ 26 ff. GkG NRW kann die regelmäßige Kontrolle im Kontext mit der Jahresabschlussprüfung erfolgen. Der mit der Jahresabschlussprüfung betraute Wirtschaftsprüfer oder die betraute Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sind hinsichtlich der regelmäßigen Kontrolle gesondert zu beauftragen. Alternativ können die zuständigen Organe der Anstalten auch die örtliche Rechnungsprüfung der kommunalen Träger der Anstalten im Einvernehmen mit dem kommunalen Träger mit der regelmäßigen Kontrolle betrauen. Die Betrauung der örtlichen Rechnungsprüfung der kommunalen Träger mit der regelmäßigen Kontrolle kann auch durch die Anstaltssatzung vorgegeben werden.

4.

Bei Unternehmen und Einrichtungen der Gemeinde und der Gemeindeverbände in einer Rechtsform des privaten Rechts ist, soweit ein beherrschender Einfluss der kommunalen Beteiligten vorliegt, darauf hinzuwirken, dass im Kontext mit der Jahresabschlussprüfung mit der regelmäßigen Kontrolle im Rahmen der Jahresabschlussprüfung ein Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit der regelmäßigen Kontrolle gesondert beauftragt wird. Alternativ kann auch darauf hingewirkt werden, dass im Rahmen der gesellschaftsvertraglichen oder satzungsrechtlichen Bestimmungen die örtliche Rechnungsprüfung der beteiligten Gemeinden bzw. Gemeindeverbände mit der regelmäßigen Kontrolle betraut wird.

Nach Artikel 2 Abs. 2 der Transparenzrichtlinie (Richtlinie 80/723/EWG) wird ein beherrschender Einfluss dann vermutet, wenn die Kommune unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt oder über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

### **3.**

#### **Geltungsbereich und Geltungsdauer**

Der Runderlass gilt für die Gemeinden des Landes NRW sowie entsprechend für die Gemeindeverbände. Die Geltung des Runderlasses ist auf fünf Jahre befristet.

### **4.**

#### **In-Kraft-Treten des Runderlasses**

Der Erlass tritt am Tag nach seiner Veröffentlichung in Kraft.





**Ministerium für Wirtschaft,  
Mittelstand und Energie des  
Landes Nordrhein-Westfalen**  
Haroldstraße 4, 40213 Düsseldorf  
[www.wirtschaft.nrw.de](http://www.wirtschaft.nrw.de)

