

Mitteilung
der Bundesrepublik Deutschland
an die Europäische Kommission

Betr.: Reform der EU-Beihilferegelungen für Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Bezug: Schreiben der Europäischen Kommission vom 16.09.2011, D*098724, und Entwürfe der Texte zur Reform der Beihilferegelungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom selben Tag

Die Bundesrepublik Deutschland dankt der Europäischen Kommission für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Textentwürfen der Reform der EU-Beihilfavorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI).

I. Allgemeines

Die Bundesrepublik Deutschland begrüßt die Zielsetzung der Europäischen Kommission, durch eine Überarbeitung der Beihilfavorschriften über DAWI mehr Klarheit zu schaffen und die Anwendung zu vereinfachen.

Es steht aber zu befürchten, dass die vorgelegten vier Textentwürfe aufgrund ihres Umfangs und ihrer Detailliertheit die DAWI-Beihilfavorschriften weder übersichtlicher noch transparenter in ihrer Handhabung machen. Es gelten nun vielmehr strengere Anforderungen und zusätzliche Dokumentationspflichten. Ein erhöhter Bürokratieaufwand bei den beihilfegewährenden Stellen ist zu erwarten. Die von der EU bzw. Kommission im Rahmen ihrer Initiative "Bessere Rechtssetzung" selbst formulierten Ziele, Bürokratiekosten abzubauen und Verwaltungsaufwand zu verringern und bei der Rechtssetzung entsprechende Folgeabschätzungen vorzunehmen, werden an vielen Stellen der Texte nicht eingehalten (siehe im Einzelnen unter II.).

II. Zu den vorgelegten Entwürfen im Einzelnen

1. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (im Folgenden: „DAWI-Mitteilung“)

a) Definition von Schlüsselkonzepten

Die Bundesrepublik Deutschland begrüßt den Ansatz der Europäischen Kommission, Schlüsselkonzepte zu definieren. Zugleich unterstreicht die Bundesre-

publik Deutschland nachdrücklich die Feststellung der Europäischen Kommission in Ziff. 41 der DAWI-Mitteilung, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung dessen, was eine DAWi ist, und bei der Gewährung von Ausgleichsleistungen für den Dienstleistungserbringer einen weiten Ermessensspielraum haben. Wir würden es befürworten, wenn die Europäische Kommission in Ziff. 41 die Formulierung des Kommissions-Weißbuchs von 2004 (unter 2.3.) zugrunde legen würde, dass "es in erster Linie Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden [ist], Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren".

Die Bundesrepublik Deutschland ist der Auffassung, dass mit der Definition der Schlüsselkonzepte, die der Anwendung der Beihilfevorschriften auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen zugrundeliegen, eine Reihe von bislang offenen Fragen geklärt, mehr Transparenz und damit auch ein erhebliches Maß an verbesserter Rechts- und Anwendungssicherheit erreicht werden könnte. Die Bundesrepublik Deutschland bedauert deshalb, dass sich die Europäische Kommission in ihren Ausführungen zum Begriff des Unternehmens und der wirtschaftlichen Tätigkeit sowie zu den Auswirkungen auf den Handel bzw. der Binnenmarktrelevanz trotz der gerade in diesen Bereichen seit Jahren bekannten Unsicherheiten im Wesentlichen darauf beschränkt, die bekannte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes wiederzugeben. Ein echter Mehrwert würde sich zeigen, wenn die Europäische Kommission die wesentlichen Kriterien offen legen würde, die sie selbst ihren Beurteilungen zu Grunde legt.

In diesem Zusammenhang überrascht auch, dass der Bereich der „Sozialdienstleistungen“ keinerlei Erwähnung findet. Dies fällt vor allem im Hinblick auf den Leitfaden (SEC(2010)1545 endg.) auf, der DAWI und SDAI abgrenzt, zumal wirtschaftliche SDAI zu den DAWI zählen. Die Bundesrepublik Deutschland spricht sich dafür aus, dass Tätigkeiten ausschließlich sozialer Natur (als Kern der sog. SDAI), die unmittelbar den gesellschaftlichen Zusammenhalt sicherstellen, regelmäßig als nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen eingestuft werden. Hierunter können nach Auffassung der Bundesrepublik Deutschland neben den in der Mitteilung genannten Leistungen der Gesundheitsfürsorge und des Bildungswesens auch mitgliedstaatliche Leistungen der öffentlichen Wohlfahrtspflege fallen, insbesondere der Sozial-, Kinder-, Jugend-, Familien-, Alten- und Behindertenhilfe, die verpflichtend von den Mitgliedstaaten gewährt werden, deren Rahmenbedingungen durch Gesetz, Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtliche Leistungsvereinbarung festgesetzt bzw. geregelt werden, die überwiegend öffentlich finanziert werden und deren Kostenbeteiligung, soweit vorgesehen, sozialen Gesichtspunkten Rechnung trägt.

Die Bundesrepublik Deutschland begrüßt in diesem Zusammenhang die Übernahme der vom EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache E-5/07 aufgestellten Grundsätze, nach denen „Kindergärten“ keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben und damit keine Unternehmen im Sinne des Beihilferechts darstellen (Rn. 22). Sie macht darauf aufmerksam, dass die Förderung in Tageseinrichtungen (dieser Rechtsbegriff ist der in der Mitteilung gebrauchten deutschen Übersetzung „Kindergärten“, der sich auf die Altersgruppe 3 Jahre bis Schuleintritt beschränkt, vorzuziehen) in Deutschland nach dem auch von der Kommission fachlich geforderten holistischen Verständnis formal der Kinder- und Jugendhilfe zugeordnet ist.

Zudem regt die Bundesrepublik Deutschland an, Kriterien zur Unterscheidung von Leistungen vorzusehen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht beeinträchtigen. Als Unterscheidungskriterium bietet sich die Orientierung am örtlichen Angebot an. Hierunter könnten Dienstleistungen fallen, die ganz überwiegend für die eigene Bevölkerung erbracht werden, sowie Dienstleistungen, bei deren Erbringung die lokale Behörde/das lokale Unternehmen nicht den örtlichen Wirkungskreis verlässt und sich nicht außerhalb des eigenen Gebietes betätigt.

b) Erstes Altmark-Kriterium: Rein hypothetische Marktanalyse bei Feststellung des Vorliegens einer echten DAWI

Nach Ziff. 43 der Mitteilung sollen keine Ausgleichsleistungen gewährt werden können, wenn durch am Markt tätige Unternehmen „die Dienstleistung zufriedenstellend erbracht wird oder erbracht werden kann“. Wird eine Dienstleistung, an der ein öffentliches Interesse besteht, auf dem Markt nicht angeboten, obwohl dies rechtlich und wirtschaftlich möglich wäre, handelt es sich um eine Form des Marktversagens. In diesen Fällen ist es nie offensichtlich ermessensfehlerhaft, einen finanziellen staatlichen Anreiz zu setzen. Soweit hier der Fall angesprochen wird, dass ein Markt liberalisiert wird, sollte jedenfalls klargestellt werden, dass die Beurteilungsprärogative beim Mitgliedstaat liegt und der Europäischen Kommission auch insoweit nur eine Missbrauchsaufsicht obliegt. Es wird daher angeregt, die zweite Alternative des Halbsatzes wie folgt zu ergänzen: („entgegen der Einschätzung des zuständigen Mitgliedstaates offensichtlich erbracht werden kann“).

c) Viertes Altmark-Kriterium: Vergabeverfahren oder Vergleichsmaßstab eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens

Die Bundesrepublik Deutschland unterstützt das Anliegen der Europäischen Kommission, die praktische Handhabung der sog. Altmark-Rechtsprechung durch Erläuterung der Kriterien zu vereinfachen. Die Ausführungen zum sog. vierten Altmark-Kriterium (Abschnitt 3.6), das die Voraussetzungen für die beihilfefreie Auswahl des Dienstleistungserbringers enthält, sind aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland aber nicht geeignet, die praktische Anwendung der Altmark-Rechtsprechung für die Beihilfe gewährenden Stellen zu erleichtern.

Insbesondere sieht die Bundesrepublik Deutschland mit Sorge, dass die Mitteilung im Ergebnis auf eine Ausschreibungspflicht von öffentlichen Dienstleistungen zielen könnte, um Zuwendungen für diese als beihilfefrei einstufen zu können. Wie die Kommission sieht die Bundesregierung öffentliche Ausschreibungen als geeignete Methode an (Ziff. 59) und oftmals bestehen auch Ausschreibungspflichten (Ziff 58), aber dennoch gibt es auch Möglichkeiten, DAWI-Leistungen außerhalb verpflichtender Vergabebestimmungen ohne öffentliche Ausschreibungen zu vergeben. Diese sollten aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland auch bestehen bleiben, um übermäßigen Verwaltungsaufwand zu vermeiden. Vor allem Genehmigungs- und Lizenzierungsverfahren – wie beim sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis (z.B. stationäre Altenpflege) – sind unter bestimmten Voraussetzungen als transparent und nicht diskriminierend einzuschätzen. Im Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses findet

ein transparenter und nicht-diskriminierender Wettbewerb statt, der mit den Grundsätzen des europäischen Primärrechtes (Gleichbehandlung, Nicht-Diskriminierung und Transparenz) vereinbar ist. Die zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften verpflichten den Staat, entsprechende Vereinbarungen nur mit den Trägern abzuschließen, die unter Berücksichtigung der Grundsätze der Leistungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Erbringung der Leistung geeignet sind.

Das deutsche Leistungserbringungsrecht (z.B. SGB XI) stellt regelmäßig sicher, dass ausländische Bewerber dieselben Leistungsbedingungen und Chancen auf Zugang zum Wettbewerb vorfinden, wie diese auch für deutsche Leistungsinteressenten gelten. Für die Erbringung sozialer Dienstleistungen auf der Grundlage des deutschen Sozialrechtes weist das Subsidiaritätsprinzip dem Staat zwar die Rolle als Garant sozialer Absicherung, nicht aber die als Motor sozialer Leistungen zu. Für eigene Aktivitäten des Staates als Leistungserbringer ist deshalb nur Raum, wenn entsprechende Leistungsangebote freier, also nichtstaatlicher Wohlfahrtsträger fehlen. Dem entspricht das Wunsch- und Wahlrecht derjenigen, die soziale Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Sie können unter mehreren geeigneten Leistungsangeboten auswählen; eine hoheitliche Steuerung durch Zuweisung der Leistungsberechtigten zu einem bestimmten Anbieter ist damit ausgeschlossen.

Das 4. Altmark-Kriterium zielt vor allem darauf ab, dass die Übertragung von sozialen Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse transparent und nicht diskriminierend erfolgt. Dem entsprechen die in sozialrechtlichen Dreiecksverhältnissen in Deutschland vorgesehenen Genehmigungs- und Lizenzierungsverfahren.

Wenig praktikabel sind aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland in diesem Zusammenhang insbes. die in Ziff. 67 der DAWI-Mitteilung enthaltenen grundsätzlichen Aussagen.

Dort heißt es, dass im Rahmen der Kostenanalyse nur dann der Vergleich mit den Kosten eines „durchschnittlichen“ Unternehmens möglich ist, wenn es in dem zu betrachtenden Wirtschaftszweig (im In- oder Ausland) zahlreiche Unternehmen gibt, deren Kosten berücksichtigt werden könnten. Nicht jedoch könne nach Auffassung der Europäischen Kommission Bezug genommen werden auf Kosten eines in einer anderen Region tätigen Unternehmens, das ein Monopol innehat oder Ausgleichsleistungen für die Erbringung einer DAWI enthält, die nicht EU-rechtskonform sind.

Dies führt zu der zutreffenden Aussage in der Ziff. 62, dass eine allgemein akzeptierte marktübliche Vergütung den besten Anhaltspunkt für die Höhe einer Ausgleichszahlung darstellt, wenn es keine öffentliche Ausschreibung gibt. Ein genereller Umkehrschluss, dass eine beihilfefreie Betrauung eines Unternehmens mit einer DAWI gemäß der Altmark-Rechtsprechung ohne Ausschreibung der Leistung oder wenn in dem betreffenden Wirtschaftszweig kein Wettbewerb herrscht, nicht möglich wäre, ist jedoch nicht zutreffend.

Gerade bei Nichtvorhandensein eines Wettbewerbsmarktes ist eine Ausschreibung oft überflüssig, da es in der Regel ohnehin nur einen Anbieter geben wird. Die generelle Verengung der Vergleichsanalyse auf denselben Wirtschaftszweig wird deshalb abgelehnt. Es muss vielmehr möglich sein, in bestimmten Fällen als

Benchmark auf andere Größen wie z.B. den durchschnittlichen Dienstleistungssektor zurückzugreifen. Denkbar ist dies beispielsweise im Kulturbereich, wo es teilweise nur einen Interessenten / eine spezifische Kultureinrichtung für die Erbringung einer bestimmten Kulturdienstleistung gibt, so dass ein Vergleich mit einer anderen Kulturdienstleistung angebracht sein kann.

Die Bundesrepublik Deutschland bittet außerdem um Klarstellung, dass jedes Vergabeverfahren, das dem EU-Sekundärrecht entspricht, den Beihilfecharakter der vergabegegenständlichen Leistung ausschließt (vgl. Ziff. 5.1 des Leitfadens SEC(2010) 1545 endg.).

Die Bundesrepublik Deutschland bittet in diesem Kontext des Weiteren um einen Hinweis auf die in der Grundstücksmitteilung (97/C 209/03) niedergelegte Möglichkeit, als Alternative zu einer Ausschreibung vorab ein Sachverständigengutachten zur Bestimmung des Marktpreises einzuholen. Diese Option würde die Rechtssicherheit und Administrierbarkeit der Regeln deutlich verbessern.

2. Beschluss der Kommission über die Anwendung von Artikel 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind
(im Folgenden: „Freistellungs-Beschluss“)

a) Höhe der Schwellenwerte

Die Bundesrepublik Deutschland ist der Ansicht, dass sich das Konzept der Schwellenwerte der Freistellungsentscheidung (2005/842/EG) grundsätzlich bewährt hat. Die Bundesrepublik Deutschland begrüßt, dass die Anknüpfung an den Jahresumsatz des begünstigten Unternehmens im neuen Textentwurf (Art. 1 Abs. 1 lit. a)) gestrichen ist. Bezweifelt wird allerdings, ob die Absenkung der freigestellten Ausgleichsleistungen von jährlich <30 Mio. € auf <15 Mio. € (ebenfalls Art. 1 lit. a)) den tatsächlichen Gegebenheiten und Bedürfnissen der DAWI erbringenden Unternehmen Rechnung trägt. Die Bundesrepublik Deutschland sieht nicht die Notwendigkeit, auf die von der Europäischen Kommission angeführte Entwicklung in einzelnen Märkten mit einer generellen Senkung der Ausgleichsleistungsschwelle zu reagieren. Die Senkung des Schwellenwertes steht auch im Widerspruch zum Versprechen der Europäischen Kommission, die Beihilfeverfahren im DAWI-Bereich zu vereinfachen, da die Anzahl der unter Maßgabe der Anforderungen des deutlich verschärften EU-Rahmens zu notifizierenden Fälle zunehmen wird. Dies gilt insbesondere, wenn größere Investitionen, Grundsanierungen oder ähnliches anstehen. Es ist beispielsweise davon auszugehen, dass auf lokaler Ebene etwa im Theaterbereich oder auch bei größeren Projekten von Zoos/Tierparks die Zahl der notifizierungspflichtigen Fälle zunehmen wird.

b) Anknüpfungspunkt für die Schwellenwerte

Die Freistellungsentscheidung regelt bislang eindeutig, dass die Daseinsvorsorge objekt- bzw. vertragsbezogen durchgeführt werden kann, sich die allgemeine Daseinsvorsorge mithin maßnahmenbezogen rechtfertigt (Art. 2 Abs. 1 lit. a) der

Freistellungsentscheidung spricht von einer "Ausgleichszahlung von weniger als 30 Mio. EUR **„für die erbrachte Dienstleistung“**, in Art. 2 Abs. 1 a. E. wird ausdrücklich auf die Laufzeit des Vertrages Bezug genommen). Eine solche Klarheit fehlt im Entwurf für einen Freistellungs-Beschluss. Art. 1 Abs. 1 lit. a) nutzt vielmehr den Plural, ebenso wie Erwägungsgrund Nr. 11. Im Erwägungsgrund Nr. 10 ist außerdem die Rede von einer "allgemeinen Obergrenze für Ausgleichleistungen".

Dies deutet darauf hin, dass sich die Obergrenze von 15 Mio. EUR gegebenenfalls auf die kumulierten Förderungen eines Jahres bzw. mit Ablauf von einem Jahr auf die kumulierte Förderung verschiedener Förderjahrgänge in einem Kalenderjahr beziehen könnte. Wegen des hiermit verbundenen erheblichen Verwaltungsaufwandes würde dies deutlich zu Akzeptanzproblemen sowohl bei Förderinstituten als auch bei Großinvestoren führen. Gegebenenfalls würden Systemwechsel, Umfinanzierungen etc. oder auch Notifizierungen erforderlich werden, falls einzelne Unternehmen bereits heute die Grenze von 15 Mio. EUR Ausgleichszahlungen überschreiten sollten. Dies wäre letztlich ein deutlicher Rückschritt hinter die Regelungen der bisherigen Freistellungsentscheidung und würde sich zudem absetzen zu den Regelungen für Flug- und Seeverkehrshäfen bzw. Flug- und Schiffverkehr, die jeweils auf die einzelne Dienstleistung bezogen sind (Freistellungs-Beschluss Artikel 1 lit d) und e)). Bei einer einheitlichen Auslegung des Freistellungs-Beschlusses ist daher auch hinsichtlich der Obergrenze von 15 Mio. € davon auszugehen, dass sich diese auf die einzelne Dienstleistung bezieht. Gleichwohl sollte zur Klarstellung in Art.1 Abs.1 a der Bezug auf den einzelnen Betrauungsakt eingefügt werden.

Aus praktischer Sicht nicht nachzuvollziehen ist auch die Absenkung der Schwelle der Passagiere von Flughäfen von durchschnittlich nicht mehr als 1 Mio. p.a. auf durchschnittlich max. 200.000 p.a. (Art. 1 Abs. 1 lit. e)), die die Freistellung von Passagierflughäfen ohne Not einschränkt.

c) Katalog freigestellter Dienstleistungen, insbes. Sozialdienstleistungen

Die Bundesrepublik Deutschland begrüßt ausdrücklich die Ausweitung des Katalogs der freigestellten Sozialdienstleistungen (Art. 1 Abs. 1 lit. c)).

Die Bundesrepublik Deutschland fordert die Kommission auf, den Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses auf die gesamte bereits von der Kommission etablierte Kategorie „Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (wirtschaftliche SDAI)“ zu erstrecken. Zur Klarstellung können dann beispielhaft einzelne hiervon erfasste wirtschaftliche SDAI aufgeführt werden.

Aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland wäre es sinnvoll, neben den schon ausdrücklich im Freistellungsbeschluss genannten Tätigkeiten auch (hauptsächlich lokal erbrachte) DAWI im Pflege- (einschließlich Betreuungs- und sonstiger Unterstützungsdienste für Hilfebedürftige), Kultur- und Bildungsbereich sowie im Amateur-Sportsektor (soweit die genannten Dienstleistungen wirtschaftlicher Natur sind und nicht unter andere beihilferechtliche Regimes als die DAWI-Regeln fallen) ausdrücklich freizustellen. Auch sollte, ggf. in einem Erwägungsgrund, klargestellt werden, dass der Tatbestand des Art. 1 Abs. 1 lit. c) die grundlegenden Sozialdienstleistungen innerhalb der mitgliedstaatlichen Sozialrechtssysteme, wie die Altenpflege, die Alten- und Behindertenhilfe und die Familienpflege

umfasst. Im Prinzip wird der Verweis auf „schwächere Bevölkerungsgruppen“ zwar befürwortet, da er Raum für die nach dem AEUV zugelassenen national unterschiedlichen Ansätze lässt. Er sollte jedoch wegen seiner Unschärfe durch Beispiele wie alte und pflegebedürftige Menschen, die auf der Hand liegen, so weit möglich konturiert werden; dabei ist ferner klarzustellen, dass diese Gruppe eigenständig ist und „schwächere Bevölkerungsgruppe“ nicht ein Kriterium ist, das sich (einschränkend) auf die vorstehenden Freistellungstatbestände bezieht. Im Übrigen weist die Bundesregierung darauf hin, dass sich die Sprachfassungen hier unterscheiden. In jedem Fall muss gewährleistet sein, dass der oben unter II. 1. a) genannte Kernbereich sozialer Dienstleistungen, sollte er ausnahmsweise im Einzelfall wirtschaftlicher Natur sein, vom Anwendungsbereich des Freistellungsbeschlusses erfasst wird.

Die einschränkende Formulierung in Art. 1 Abs. 1 lit c) Satz 1, dass nur Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI zur Deckung des „**wesentlichen**“ sozialen Bedarfs erfasst sein sollen, ist wenig praktikabel und führt zu schwer lösbaren Abgrenzungsproblemen. Zudem widerspricht sie der Kompetenzverteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten, wonach die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum verfügen, DAWI in Auftrag zu geben, und dabei nicht auf die Deckung eines wesentlichen Bedarfs beschränkt sind.

Die Bundesrepublik Deutschland spricht sich des Weiteren deutlich gegen die in Art. 1 Abs. 1 lit. c) Satz 2 vorgesehene Einschränkung aus, wonach nur solche Dienstleister in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen sollen, deren Tätigkeit sich auf die Erbringung von DAWI beschränkt. Es ist nicht nachvollziehbar, warum gerade marktwirtschaftlich orientierte Fördersysteme, die grundsätzlich alle Anbieter einbeziehen, wettbewerbsrechtlich benachteiligt werden sollen, indem ihnen die Freistellung verweigert wird. So findet in Deutschland beispielsweise im Sozialen Wohnungsbau eine Betrauung der gesamten Tätigkeit eines einzelnen Unternehmens, anders als in anderen Mitgliedstaaten, nicht statt, sondern es wird stets nur eine objektbezogene Förderung unter bestimmten Voraussetzungen gewährt, so dass wohl für nahezu die gesamte deutsche soziale Wohnraumförderung keine Ausnahme von der Notifizierungspflicht nach Art. 1 Abs. 1 lit. c) Satz 2 des Freistellungs-Beschlusses angenommen werden könnte. Die bisherige Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 lit. b) der Entscheidung würde damit im Bereich des sozialen Wohnungsbaus für Deutschland praktisch aufgehoben.

d) Betrauung

Die Bundesrepublik Deutschland lehnt die Begrenzung des Betrauungszeitraums des Dienstleistungserbringers auf in der Regel 10 Jahre, um von einer Freistellung zu profitieren, ab (Art. 1 Abs. 2). Wie dem Erwägungsgrund 11 zu entnehmen ist, geht die Europäische Kommission davon aus, dass DAWI grundsätzlich im Wettbewerb und dauerhaft auch ohne Ausgleichsmaßnahmen erbracht werden können. Dahinter steht offensichtlich die Überlegung, dass die Zuschussbedürftigkeit der DAWI im Wesentlichen auf ineffizienten Darbringungsstrukturen beruht, deren Korrektur durch den Markt bei längeren Betrauungszeiträumen gehemmt werden würde. Diese Betrachtung lässt außer Betracht, dass eine Reihe von DAWI nicht nur temporär, sondern dauerhaft defizitär sind. Zudem finden auch bei zeitlich unbegrenzten Betrauungen regelmäßig Kontrollen und Prüfungen statt, ob und wie sich die Rahmenbedingungen geändert haben. Entspre-

chende Anpassungen finden regelmäßig in entsprechenden Korrekturen der Ausgleichsmechanismen ihren Niederschlag und verhindern ungerechtfertigte Wettbewerbsverfälschungen.

Auch in Hinblick auf die in Art. 3 vorgesehene Möglichkeit, die Betrauung durch mehrere Hoheitsakte vorzunehmen, erscheint die Begrenzung des Betrauungszeitraums und der erforderliche, rein formale Verweis auf den Freistellungsbeschluss wenig praktikabel. Folgt die Betrauung aus einer Zusammenschau mehrerer Hoheitsakte – dies ist insbesondere im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis möglich –, führt dies zu Rechtsunsicherheit: Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis kennzeichnet die Rechtsbeziehungen in den Fällen, in denen sich die öffentlichen Leistungsträger Dritter zur Leistungserbringung bedienen. Dies ist als Ausfluss von Trägerpluralität und Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten in bestimmten Bereichen des Sozialrechts (SGB VIII, SGB XII) Strukturprinzip. Im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis liegt eine Vielzahl von gleichzeitigen Rechtsbeziehungen vor: Im Kern steht die öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen öffentlichem Leistungsträger und Leistungsberechtigten. Zu unterscheiden sind dabei die Leistungsverpflichtung des öffentlichen Trägers und etwaige Kostenbeteiligungen der Leistungsberechtigten, die in der Regel nach sozialen Kriterien bemessen sind. Kern der beihilferechtlichen Betrachtung sind die Rechtsbeziehungen zwischen öffentlichen Leistungsträgern und Leistungserbringern (relevant können hier z.B. Erlaubnisse bzw. Genehmigungen, Anerkennungen als Träger, Aufnahme in die örtliche Planung, Leistungs- und Entgeltvereinbarungen etc. sein; die Ausgestaltung im Einzelfall kann von Land zu Land und von Kommune zu Kommune variieren).

Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Förderdauer für ein bestimmtes Projekt insbesondere im Bereich des sozialen Wohnungsbaus, im Hinblick auf die Langfristigkeit von Immobilieninvestitionen, (in der Regel) länger als zehn Jahre ist.

Die Bundesrepublik Deutschland geht davon aus, dass die Formulierung in Art. 1 Abs. 2 Satz 2 so zu verstehen ist, dass Abschreibungs- und Betrauungszeitraum nicht exakt übereinstimmen müssen (wofür auch kein sachlicher Grund ersichtlich wäre), sondern dass die Investition lediglich **mindestens** über den gesamten Zeitraum der Betrauung abgeschrieben werden muss. Dies entspricht der Zielsetzung der Bestimmung in Art. 1 Abs. 2 Satz 2, wie sie sich auch aus Rn. 17 des EU-Rahmens ergibt. Eine **Unterschreitung** dürfte wettbewerblich hingegen unschädlich sein. Es wäre wünschenswert, wenn dies auch im Wortlaut des Beschlusses klargestellt würde.

Noch im Zusammenhang mit der Dauer des Betrauungsaktes möchte die Bundesrepublik Deutschland darauf hinweisen, dass Art. 1 Abs. 2 Satz 3 zumindest missverständlich ist. Wegen seines Kontextes legt der Satz die Interpretation nahe, dass jede Betrauung nach Ablauf von 10 Jahren zu notifizieren ist. Sofern sich der Satz nicht (nur) auf die Dauer der Betrauung bezieht, sollte er – hiervon systematisch getrennt - in einem eigenen Absatz stehen. Es sollte zudem eine klarstellende Regelung zur wiederholten Betrauung in den Freistellungsbeschluss aufgenommen werden.

Der in Art. 3 f) geforderte ausdrückliche Verweis auf den Beschluss würde bei bestehenden Betrauungen erheblichen Aufwand verursachen, ohne dass die Qualität der Leistung davon profitieren würde. Soweit ein Gesetz Teil des Betrauungsaktes ist, müsste sogar ein parlamentarisches Verfahren durchgeführt werden. In Übereinstimmung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sollte diese Anforderung deshalb nur für Betrauungen gelten, die nach dem Inkrafttreten des neuen Beschlusses vorgenommen werden.

Die Bundesrepublik Deutschland spricht sich außerdem nachdrücklich dafür aus, dass die Verpflichtung zur Führung getrennter Bücher in dem neuen Beschluss genau so ausgestaltet wird wie in 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. Beispielweise betreffen rund drei Viertel der Betrauungsakte im Bereich der sozialen Wohnraumförderung in Nordrhein-Westfalen Wohnungsunternehmen mit einem Jahresnettoumsatz von unter 20 Mio. Euro. Eine Verpflichtung zur Führung getrennter Bücher ist in diesen Fällen nach der Transparenzrichtlinie zur Vermeidung eines übermäßigen Verwaltungsaufwandes und mit Rücksicht auf die potentiell geringen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht erforderlich, würde aber nach der vorliegenden Fassung des Beschlusses zusätzlich notwendig werden.

e) Erforderliche Ausgleichszahlung und angemessener Gewinn

Die Bundesrepublik Deutschland begrüßt grundsätzlich eine Klarstellung, was im Rahmen der Berechnung der erforderlichen Ausgleichszahlung an ein Unternehmen, das eine DAWI erbringt, als angemessener Gewinn eingestuft wird. Die in Art. 4 Abs. 6 und 7 enthaltene Lösung, sich für eine nicht mit beträchtlichem kommerziellen oder vertraglichen Risiken belastete DAWI an einer Kapitalrendite zu orientieren, die den relevanten Swap-Satz zuzüglich eines Aufschlags von 100 Basispunkten nicht überschreitet, ist jedoch rechtlich problematisch (da nicht klar ist, unter welchen Umständen bei einer Vollkostenkompensation überhaupt von einem kommerziellen Risiko ausgegangen werden kann) und außerdem deutlich zu eng. Der Swap-Satz entspricht laut der Europäischen Kommission der Interbank Offered Rate, d.h. dem EURIBOR oder LIBOR. Der 12-Monats-Euribor-Zinssatz lag bspw. am 30.09.2011 bei 2,08 %. zzgl. 100 Basispunkten (1 Basispunkt = 0,1 Prozentpunkte). Damit ergäbe sich gerade noch eine akzeptierte und angemessene Kapitalrendite von 3,08 %.

Der harmonisierte Verbraucherpreisindex in Europa als Ausdruck der Inflationsrate liegt für die Eurozone im August aktuell bei 2,530 %. D.h. die Realverzinsung des eingesetzten Kapitals als Prämie für den Konsumverzicht oder die Konsumvertagung einschließlich der verbleibenden Risikoprämie für das Tragen des unternehmerischen "Restrisikos" beträgt gerade noch (3,08 % minus 2,530 %) 0,478 %. Dies ist eindeutig zu wenig, insbesondere, wenn für die nächsten Jahre - und dies ist nicht unrealistisch - befürchtet werden muss, dass durch Zinsanomalien auf den internationalen Finanzmärkten (Stichwort: Eurokrise) der Zinssatz im Interbankenhandel u.a. durch Maßnahmen der EZB auf einem historisch niedrigen Niveau bleibt, während die Verbraucherpreise aber anziehen. Es ergibt sich dann unter Umständen eine negative Realverzinsung des eingesetzten Eigenkapitals. Dies kann sicherlich nicht mehr als "angemessen" bezeichnet werden. Die

benannten Liquiditätskosten, ob aufzubringen in Form von Kassenkrediten der die DAWI finanzierenden Kommunen oder in Anlehnung an die Tagesgeldmarktsätze im Wege des cash management, dürften in jedem Fall höher als 0,478% sein: d.h., das unternehmerische Risiko wird überhaupt nicht entlohnt.

Soweit von der Europäischen Kommission keine flexible und inflationsindexierte Berechnung der Mindestkapitalrendite in Erwägung gezogen wird, schlägt die Bundesrepublik Deutschland vor, am bisherigen Status quo festzuhalten oder wenigstens als angemessene Verzinsung den 12-Monats-Euribor plus 200 Basispunkte zu Grunde zu legen.

f) Kontrolle von Überkompensation

Die Bundesrepublik Deutschland ist der Ansicht, dass sich im Rahmen der Kontrolle von Überkompensationszahlungen (Art. 5 Absatz 1 und 2) die bisherige Praxis bewährt hat. Danach können insbesondere die Mitgliedstaaten selbst darüber entscheiden, in welchen Abständen sie die Kontrollen durchführen. Die Bundesrepublik Deutschland spricht sich dagegen aus, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, zu bestimmten Zeitpunkten Kontrollen vorzunehmen, wie es der Entwurf des Freistellungsbeschlusses in Art. 5 Abs. 1 vorsieht.

Des Weiteren ist die Bundesrepublik Deutschland der Ansicht, dass für den Bereich des sozialen Wohnungsbaus auch weiterhin die Möglichkeit bestehen bleiben sollte, Ausgleichszahlungen in Höhe von bis zu 20 % der jährlichen Ausgleichssumme auf die nächste Ausgleichsperiode anzurechnen. Denn Unternehmen, die im Bereich des sozialen Wohnungsbaus DAWI erbringen, müssen wegen der Gefahr von Mietausfällen wegen Zahlungsunfähigkeit der Mieter häufig stärkere Einnahmeschwankungen hinnehmen als andere DAWI-Erbringer. Die Bestimmung sollte zudem, anders als Art. 6 Abs. 3 der aktuellen Freistellungsentscheidung, auf alle im Bereich des sozialen Wohnungsbaus mit der Erbringung von DAWI betrauten Unternehmen anwendbar sein, und nicht nur auf solche Wohnungsbauunternehmen, die ausschließlich DAWI erbringen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb Wohnungsbauunternehmen, die auch andere Dienstleistungen als solche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeklammert werden sollen.

g) Berichtspflichten der Mitgliedstaaten an die Europäische Kommission

Die Verkürzung des Berichtszeitraums der Mitgliedstaaten über die Umsetzung des Freistellungsbeschlusses von drei auf zwei Jahre (Art. 7) sowie die weitere Ausdifferenzierung der Berichterstattung (insbesondere die zukünftig vorgesehene Aufschlüsselung nach Wirtschaftszweigen) gegenüber der geltenden Freistellungsentscheidung 2005/842/EG erhöht nach Ansicht der Bundesrepublik Deutschland den Verwaltungsaufwand für die Mitgliedstaaten massiv. Die Bundesrepublik Deutschland erlaubt sich darauf hinzuweisen, dass sich im Jahr 2008 weniger als eine Handvoll Mitgliedstaaten – darunter allerdings Deutschland als größter und föderal organisierter Mitgliedstaat – in der Lage gesehen haben, die deutlich niedrigeren Berichtsanforderungen des geltenden Rechts fristgerecht und vollständig zu erfüllen. Die Europäische Kommission sollte hier

Realismus walten lassen und die Berichterstattungspflichten in erfüllbaren Grenzen halten.

h) Übergangsbestimmungen

Die in Art. 8 Abs. 2 des Freistellungs-Beschlusses vorgesehene Übergangsbestimmung ist nicht ganz klar. Die Bundesrepublik Deutschland geht davon aus, dass diese Regelung so zu verstehen ist, dass nach Ablauf der geltenden Freistellung immer dann eine Notifizierung erforderlich sein soll, wenn die Betrauung nicht die Voraussetzungen des (neuen) Freistellungsbeschlusses erfüllt. Die Bundesrepublik Deutschland ist der Überzeugung, dass es sich in diesen Fällen um bestehende Beihilfen handelt, da die aktuelle Freistellungsentscheidung die Freistellungen nicht befristet. Andernfalls würde ggf. in bestehende Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisse eingegriffen (mögliche Eigentumseingriffe). Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit sollte in der Übergangsbestimmung in Art 8 Satz 2 daher klargestellt werden, dass Beihilfen, die im Einklang mit der Entscheidung 2005/842/EG gewährt wurden, für die Dauer des Betrauungszeitraums weiterhin als mit dem Binnenmarkt vereinbar gelten und von der Anmeldepflicht befreit bleiben. Insbesondere die soziale Wohnraumförderung in Deutschland ist objektbezogen und erfolgt u. a. durch zinsverbilligte Förderdarlehen oder laufende Zuschüsse, denen langfristige Gegenleistungen in Form von Preis- oder Belegungsbindungen gegenüberstehen. Etwaige zweckdienliche Maßnahmen nach Art. 108 Abs. 1 AEUV hätten zur Folge, dass sämtliche Einzelfälle, in denen noch Förderleistungen offen sind, neu geprüft und gegebenenfalls angemeldet werden müssten.

3. Mitteilung der Europäischen Kommission: EU-Rahmen für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011)

(im Folgenden: „EU-Rahmen“)

Die Bundesrepublik Deutschland begrüßt grundsätzlich den Ansatz der Europäischen Kommission, durch detaillierte Vorschriften die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem AEUV bzw. der Genehmigungsfähigkeit von Beihilfemaßnahmen für die nationalen Behörden zu erleichtern.

a) Zusätzliche Berichts- und Begründungspflichten für die mitgliedstaatlichen Stellen

Kritisch sieht die Bundesrepublik Deutschland den Zuwachs an Bürokratie, den der EU-Rahmen mit sich bringt, und die damit einhergehende Einengung der Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten, insbes. durch folgende Bestimmungen:

- Nachweispflicht der Mitgliedstaaten, dass sie den Bedarf an der DAWI anhand einer Konsultation oder anderer angemessener Mittel genau ermittelt haben (Ziff. 14);

- Begründungspflicht des gewählten Betrauungszeitraum (und Anknüpfung an Abschreibungsdauer eines Vermögenswertes, der für die DAWI-Erbringung unerlässlich ist) (Ziff. 17);
- Die in Ziff. 52 enthaltene Pflicht zur Veröffentlichung der Details jeder geleisteten Ausgleichszahlung für die Erbringung einer DAWI (Ergebnisse der Konsultation gemäß Ziff. 14, s.o., Gegenstand und Dauer der Verpflichtung zur Erbringung der DAWI, Unternehmen und Gebiet, jährlicher Beihilfebetrug).
- Verschärfte Kontrollpflichten in Ziff. 46

Diese Vorschriften bedeuten großen Aufwand für die (oft kommunalen) Beihilfe gewährenden Stellen. Darüber hinaus greifen die Nachweispflicht der Bedarfsermittlung in Ziffer 14 und die Begründungspflicht des Betrauungszeitraums in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten gemäß Art. 14 AEUV und Art. 1 des Protokolls Nr. 26 ein. Die Mitgliedstaaten haben danach einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Definition, Organisation und Ausgestaltung der DAWI. Dieser Ermessensspielraum würde durch die genannten Vorschriften in unzulässiger Weise eingeschränkt.

Klarstellungsbedarf besteht bei der Ziff. 19. Hier sollte deutlich zum Ausdruck kommen, dass die EU-Bestimmungen für das öffentliche Auftragswesen nur dort zur Anwendung kommen müssen, wo die rechtlichen Voraussetzungen hierfür gegeben sind und nicht die Betrauung als solche bereits als Auftrag zu werten ist.

b) Einbeziehung von Effizienz- und Qualitätsaspekten in die Prüfung

Die Bundesrepublik Deutschland lehnt weiterhin den Ansatz der Europäischen Kommission ab, Effizienz- und Qualitätsaspekten bei der Beurteilung der Vereinbarkeit von DAWI-Beihilfemaßnahmen mit dem AEUV stärker Rechnung zu tragen. Eine hohe Qualität öffentlicher Dienstleistungen sowie eine effiziente Verwendung der staatlichen Mittel sicherzustellen, ist erklärtes Ziel aller staatlichen Stellen in der Bundesrepublik Deutschland. Das Protokoll Nr. 26 zu den Verträgen dokumentiert diesen Grundansatz für alle Mitgliedstaaten. Nach den Regeln des AEUV, insbes. seines Titels VII, Kapitel 1 (Wettbewerbsregeln), ist es allerdings nicht Aufgabe der Europäischen Kommission, diese Erwägungen in ihre Prüfung eventueller Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Binnenmarkt einzubeziehen.

Die Bundesrepublik Deutschland wendet sich deshalb nachdrücklich gegen die Vorschriften im EU-Rahmen (Ziff. 35-40), nach denen die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Effizienzreize bei der Ausarbeitung des Modells für die zu leistenden Ausgleichszahlungen vorzusehen, und der Europäischen Kommission eine Begründung vorlegen müssen, wenn sie bei der Berechnung des angemessenen Gewinns weder die Produktivitätseffizienz berücksichtigen noch ein Vertragsmodell mit Anreizen für Effizienzgewinne verwenden.

Im Übrigen lassen die Vorschläge der Kommission zur Berücksichtigung von Effizienzreizen und der damit verbundenen eingeschränkten Überkompensati-

onskontrolle Spielräume für Interpretationen und gehen damit zu Lasten der Rechtssicherheit für die Beihilfe gewährende Stelle. Der EU-Rahmen enthält eine Vielzahl neuer interpretierbarer Begriffe wie "ausgewogene Aufteilung der Gewinne" (Ziff. 38) und "zusätzlicher angemessener Gewinn" (Ziff. 44). Wie in einer Überkompensationskontrolle, die nur die Höhe des möglichen (Gesamt-)Gewinns nachträglich auf Angemessenheit prüft (Ziff. 47), zwischen dem originären angemessenen Gewinn und dem zusätzlichen angemessenen Gewinn differenziert werden soll, ist unklar. Auch dies spricht dafür, die Regelungen zur Berücksichtigung von Effizienzgewinnen allenfalls als Kann-Regelung für die Mitgliedstaaten auszugestalten.

Dies schließt nicht aus, dass es Fälle gibt, in denen (wie in Ziff. 36 ff. des Rahmens i.V.m. Art. 4 Abs. 5 Freistellungsbeschluss dargelegt), im Betrauungsakt ex-ante Effizienzkriterien aufgestellt und daraus entstandene Vorteile aufgeteilt werden können. Insoweit wird von der Kommission auch eine Überkompensation akzeptiert (ähnlich, wenn auch noch sehr verklausuliert. Ziff. 7 des Anhangs zur VO (EG) Nr. 1370/2007 (ÖPV Schiene/Straße). Diese Möglichkeit wird begrüßt.

Die Einbeziehung von Effizienz- und Qualitätsüberlegungen in die Prüfung der *Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem AEUV* ist auch systematisch falsch. Wenn es überhaupt – so nach Auffassung der Europäischen Kommission - einen Anknüpfungspunkt für die Einbeziehung dieser Kriterien in die Prüfung einer Beihilfe gibt, so ist dies der von der Altmark-Rechtsprechung aufgestellte Vergleichsmaßstab eines „durchschnittlichen, gut geführten“ Unternehmens. Dieser Vergleich wird jedoch angestrengt bei der Prüfung, ob eine Ausgleichszahlung für eine Dienstleistung überhaupt als Beihilfe einzustufen ist und damit überhaupt in den Anwendungsbereich der Art. 106, 107 AEUV fällt (vgl. hierzu Ziff. 65 f. der DAWI-Mitteilung). Im EU-Rahmen, der die Ermessensausübung der Europäischen Kommission bei der Prüfung der Vereinbarkeit von *tatbestandlich vorliegenden* Beihilfen mit Art. 106 Abs. 2 AEUV erläutert, gibt es hingegen keinen systematischen Ansatzpunkt für die Aufnahme der Kriterien Effizienz und Qualität.

c) Vorgaben der Methode zur Berechnung der Nettokosten für DAWI im Rahmen der Feststellung der Angemessenheit einer Ausgleichszahlung (Ziff. 24-29)

Die Bundesrepublik Deutschland spricht sich gegen die Einführung der Net-avoided-cost-Methode als Standardberechnungsmethode zur Feststellung der Nettokosten für die Erbringung von DAWI aus. Vorzugswürdig ist die Beibehaltung des Status Quo und der gängigen Kostenrechnungsverfahren.

Die "Net-avoided Cost"-Methode hat außerhalb der voll liberalisierten Sektoren (im Rahmen der Regulierungspolitik) kaum Anwendung gefunden. Außerhalb dieser Sektoren war die Wahl der Methode bislang - unter dem geltenden DAWI-Gemeinschaftsrahmen - freiwillig.

Für den Verzicht auf die o.g. Methode sind folgende Gründe ausschlaggebend. Erstens beruht die Methode auf der Annahme, dass bestimmte Bestandteile der Dienstleistung auch ohne Betrauung angeboten werden würden. Diese Prämisse mag für den Post- und Telekommunikationsbereich gerechtfertigt sein, hat aber dort ihre Grenzen, wo die betroffene Dienstleistung sonst überhaupt nicht ange-

boten würde. Bei einem vollständigen Ausfall des Dienstes müssten dann die Gesamtkosten erstattungsfähig sein. Zweitens dient die Methode der Minimierung von Wettbewerbsverzerrungen in liberalisierten Sektoren, die in der Regel von ehemaligen Monopolisten dominiert werden, und in diesem Zusammenhang insbesondere zur Berechnung der Ausgleichszahlungen bei Orientierung an den langfristigen zusätzlichen Kosten der **effizienten** Bereitstellung der geforderten Dienstleistungen. D.h. diese Kostenrechnungsmethode ist geradezu prädestiniert zur Einrechnung von Effizienzkriterien, die nach Auffassung der Bundesrepublik Deutschland eben nicht in die die neue DAWI-Regelung einfließen sollen. Schließlich dürfte die praktische Handhabung dieser komplizierten Kostenrechnungsmethode auf der Ebene kleinerer Kommunen ohne Einschaltung externen Sachverständigen Anwendungsprobleme schaffen, die den Prinzipien der Einfachheit und Klarheit entgegenstehen.

Fraglich ist hinsichtlich der Net-avoided-cost-Methode im Übrigen, wie „immaterielle Vorteile“ (Ziff. 25 a.E.) bei der Berechnung der Nettokosten in der Praxis kalkuliert werden sollen.

Auf die besondere Empfehlung der o.g. Kostenrechnungsmethoden sollte deshalb unter Beibehaltung des bisherigen Status quo und der gängigen Kostenrechnungsverfahren verzichtet werden. Entscheidend ist ein nachvollziehbares und transparentes Kostenrechnungsergebnis, das Auskunft über die benötigten Kosteninformationen gibt, nicht die Methode.

d) Überkompensation

Die bisher (in Ziff. 21 des Gemeinschaftsrahmens) eröffnete Möglichkeit, im Fall einer Überkompensation 10% der jährlichen Ausgleichssumme auf das nächste Jahr anzurechnen, sollte beibehalten werden. Diese Regelung trägt dazu bei, unerwünschte verwaltungsaufwändige Rückabwicklungen zu vermeiden, wenn die Ausgleichsleistung dem Grunde nach ohnehin unstrittig ist. Gleiches gilt für die bisherige Ziff. 22 des Gemeinschaftsrahmens, wonach eine Überkompensierung zur Finanzierung einer anderen von demselben Unternehmen erbrachten Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verwendet werden kann. Diese Regelung sollte ebenfalls erhalten bleiben.

e) Bedingungen und Auflagen bei „schwerwiegenden“ Fällen (Ziff. 48-51)

Die Bundesrepublik Deutschland wendet sich entschieden gegen den Vorstoß der Europäischen Kommission, über Bedingungen und Auflagen weit über ihre eigentliche Zuständigkeit, die Kontrolle von Wettbewerbsverzerrungen durch Beihilfen, hinaus wirtschaftspolitisch zu agieren, indem sie z.B. die Entflechtung von Unternehmen oder Netzzugang anordnet. Solche politischen Vorhaben müssen erforderlichenfalls über das ordentliche Rechtsetzungsverfahren durch Europäisches Parlament und Rat laufen..

Nach Abschnitt 2.9. des EU-Rahmens (Ziff. 48 ff.) hätte die Europäische Kommission die Möglichkeit, über die Überkompensationskontrolle hinaus auf der Grundlage des Beihilferechts eine allgemeine Marktregulierung bzw. sogar –gestaltung vorzunehmen.

Zwar enthält die Verordnung 659/1999 in Art. 7 bereits die Möglichkeit für die Europäische Kommission, im Rahmen von förmlichen Prüfverfahren Bedingungen

und Auflagen zu erlassen. Doch sind bislang keine Entscheidungen bekannt, die so weitgehende Verhaltensmaßnahmen enthalten wie in Abschnitt 2.9 des EU-Rahmens aufgeführt.

Unklar sind schon die Voraussetzungen, unter denen dieses sehr weit reichende Instrumentarium zur Anwendung kommen soll. Nach Ziff. 48 sind die Bestimmungen in den Abschnitten 2.1. bis 2.8 "in der Regel ausreichend", um die Anforderungen des EU-Beihilferechts durchzusetzen. Nach Ziff. 49 können jedoch "unter bestimmten Umständen" weitere Eingriffe erforderlich sein, die sodann in den einzelnen Buchstaben von Ziff. 49 im Ansatz benannt werden. Diese Tatbestände sind so weit gefasst, dass sie auf jedes größere Unternehmen, das auf der Grundlage einer Infrastruktur bzw. Netzwerks arbeitet, in der Regel anwendbar sein werden. Die "Ermächtigungsgrundlagen" greifen weit über den auch verfassungsrechtlichen Rahmen hinaus, den das Beihilferecht der Europäischen Kommission zuweist. Auch bei einer stärker ökonomisch orientierten Betrachtungsweise im europäischen Wettbewerbsrecht müssen doch die verfassungsrechtlichen Grundlagen gewahrt bleiben, um den Mitgliedstaaten und den betroffenen Unternehmen einen vorhersehbaren Rechtsrahmen zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere für die Entscheidungsvarianten, die in Ziff. 51 als mögliche "Bedingungen und Auflagen" genannt sind. Da die Europäische Kommission den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Betrauung von Unternehmen mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse respektiert (so auch Ziff. 41 der DAWI-Mitteilung), ist nicht akzeptabel, dass sie über Bedingungen oder Auflagen die Befugnis erhalten soll, genau in diesem Bereich in die Definitionskompetenz der Mitgliedstaaten einzugreifen:

Dies gilt für die in Ziff. 51 a) genannte mögliche Verkürzung der Betrauungsdauer oder die Einengung des Gegenstandes der Betrauung. Es gilt ebenfalls für die in lit. b) genannten Eingriffsmöglichkeiten für die Durchführung des Vergabeverfahrens, auch dort, wo ein Vergabeverfahren nach den Binnenmarktregeln nicht vorgesehen ist. Die Bundesrepublik Deutschland wendet sich des Weiteren gegen eine Einschränkung ihrer Definitionsbefugnisse hinsichtlich der besonderen und ausschließlichen Rechte – wie in lit. d) vorgesehen. Schließlich ist die Verpflichtung zur Gewährleistung des Infrastrukturzuganges (Ziff. 51 lit. e), „offener Netzzugang“) bereits durch die Anwendung der Vorschriften des Kartellrechts hinreichend gewährleistet.

Problematisch ist auch Ziff. 51 c) des EU-Rahmens, wonach die Ausgleichsleistung gekürzt werden kann, um überschüssige Gewinne aus anderen Tätigkeitsbereichen zur Anrechnung zu bringen. Dies bedeutet, dass freie, im Wettbewerb stehende Dienstleistungen zur Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse herangezogen werden sollen. Die Einnahmen, die das Unternehmen außerhalb der Reichweite des jeweiligen Betrauungsaktes erzielt, unterliegen aber keiner Überkompensationskontrolle nach den Maßstäben des EU-Beihilferechts, sofern eine buchhalterische Trennung vorliegt, und können daher nicht zur etwaigen Kürzung der Ausgleichsleistung herangezogen werden. Die Beihilfenvorschriften müssen sicherstellen, dass es zu keiner ungerechtfertigten Besserstellung infolge der Ausgleichsleistung kommt. Eine Schlechterstellung und Ungleichbehandlung von Unternehmen in dem nicht-bezuschussten Wettbewerbsbereich kann demgegenüber nicht Ziel der europäischen Beihilfepolitik sein.

Im Übrigen würde eine Kürzungsmöglichkeit, wie sie in Ziff. 51 c vorgesehen sein soll, dem von dem EU-Rahmen verfolgten Anreiz zur Effizienzsteigerung zuwiderlaufen. Das Unternehmen hätte keinen ausreichenden Anreiz mehr, auch in anderen Tätigkeitsbereichen möglichst effizient und erfolgreich zu arbeiten, wenn es eine Kürzung der Ausgleichsleistung befürchten müsste. Auch kann eine derartige Kürzungsmöglichkeit den Markteintritt neuer Dienstleister gefährden bzw. diese von der Übernahme einer DAWI abschrecken.

4. Verordnung der Kommission über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen

(im Folgenden: „DAWI-De-minimis-Verordnung“)

a) Schwellenwerte

Unbeschadet einer späteren Stellungnahme zu einer Änderung der horizontalen De-minimis-Verordnung für Beihilfen (VO 1998/2006), die hiermit ausdrücklich vorbehalten wird, ist die Bundesrepublik Deutschland der Auffassung, dass die Anhebung des Schwellenwertes für De-minimis-Beihilfen von maximal € 200.000 in einem Zeitraum von drei Steuerjahren (wie in der derzeit geltenden horizontalen De-minimis-Verordnung verankert) auf € 150.000 je Steuerjahr in Bezug auf DAWI-Beihilfen zu begrüßen ist (Art. 2 Abs. 2). Jedoch sollte aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland als alternativer Schwellenwert Leistungen von max. € 450.000 in drei Steuerjahren aufgenommen werden, um außer jährlichen Finanzierungen auch Anschubfinanzierungen im Rahmen der De-minimis-Regelung zu ermöglichen.

Die Vorgabe, dass der Umsatz des begünstigten Unternehmens € 5 Mio. nicht überschreiten darf, schränkt den Anwendungsbereich der DAWI-De-minimis Verordnung zu sehr ein. Der Ausschluss einer Wettbewerbsverzerrung wird bereits durch den zulässigen Höchstbetrag ausreichend sicher gestellt, weshalb die allgemeine De-minimis Verordnung auch keine Umsatzbegrenzung beim begünstigten Unternehmen vorsieht. Die Umsatzbeschränkung auf 5 Mio. Euro sollte aufgehoben werden. Die Bundesrepublik Deutschland regt diesbezüglich außerdem an, dass zumindest bezüglich der Umsatzschwelle des begünstigten Unternehmens klargestellt wird, dass hier eine wirtschaftliche Betrachtung erfolgt, und nicht den kartellrechtlichen, an der Kontrolle orientierten Zurechnungsprinzipien gefolgt wird. Letzteres wäre gerade bei kommunalen Unternehmen nicht sachgerecht, da die „beherrschende“ Kommune oftmals Träger einer Vielzahl von DAWI-erbringenden Unternehmen ist, die aber in ganz unterschiedlichen Sektoren tätig sind.

b) Ausschlüsse

In dem Entwurf der DAWI-De-minimis-Verordnung besteht ein Widerspruch zwischen dem Erwägungsgrund (6), wonach die Verarbeitung und Vermarktung von Anhang I- Produkten in den Anwendungsbereich aufgenommen werden soll, und dem in Artikel 1 definierten Anwendungsbereich der Verordnung, der nach Absatz 3 c) die Verarbeitung und Vermarktung von Anhang I- Produkten ausschließt.

Nach Einschätzung der Bundesrepublik Deutschland sollten Unternehmen der Verarbeitung und Vermarktung von Anhang – I – Produkten analog der gewerblichen De-minimis-Verordnung Nr. 1998/2006 mit in den Geltungsbereich nach Artikel 1 des Entwurfes aufgenommen werden. Daher sollte Artikel 1 Abs. 3 c), der die landwirtschaftliche Verarbeitung und Vermarktung betrifft, gestrichen werden. Artikel 1 Abs. 3 b) bzgl. der landwirtschaftlichen Primärerzeugung sollte beibehalten werden.

Der Ausschluss von Unternehmen in Schwierigkeiten sollte überdacht werden. Jedenfalls für Unternehmen, die ausschließlich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, sind die Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien wenig hilfreich, da hier Kapazitätsbegrenzungen als Kompensationsmaßnahmen (z.B. weniger versorgte Bürger, geringer Leistungsumfang o. ä.) kaum sinnvoll umgesetzt werden könnten.

c) Beschränkung des Geltungsbereichs auf Gemeinden mit < 10.000 Einwohnern

Die Bundesrepublik Deutschland lehnt die in Art. 1 Abs. 2 enthaltene Beschränkung des Geltungsbereichs der DAWI-De-minimis-Verordnung auf lokale Behörden, die eine *Bevölkerung von weniger als 10.000 Einwohnern* vertreten, als sachfremd ab. Die Größe der Behörde bzw. Kommune ist aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland nicht maßgeblich für die Auswirkungen der Beihilfe auf Handel oder Wettbewerb.

In der Bundesrepublik Deutschland liegt die Verwaltungsorganisation unterhalb der Bundesebene in der Zuständigkeit der Länder mit der Folge, dass sich mit Blick auf die Gemeindegröße in den Ländern recht unterschiedliche kommunale Strukturen entwickelt haben. Der Kommissionsvorschlag würde aber dazu führen, dass in der Bundesrepublik Deutschland die gesamte Verwaltungsebene der Landkreise sowie die Gemeinden und Städte ganzer Länder (z.B. Nordrhein-Westfalen) trotz des lokalen Charakters der erbrachten Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich der Verordnung herausfallen würden.

Die Untauglichkeit einer Einwohnerschwelle lässt sich insbesondere mit Blick auf die in der Bundesrepublik Deutschland verbreitete Wahrnehmung kommunaler Aufgaben von Gemeindeverbänden oder interkommunalen Zusammenschlüssen, also auch von Landkreisen, Verwaltungsgemeinschaften oder Zweckverbänden verdeutlichen. So üben Landkreise Ergänzungs- und Ausgleichaufgaben aus, wo die Leistungsfähigkeit einzelner Gemeinden nicht ausreichend vorhanden ist. Dies ist regelmäßig vor allem bei den kleinen und Kleinstkommunen der Fall, welche die De-minimis-Verordnung im Blick hat. Diese würde folglich häufig leer laufen. Die kleinen Gemeinden organisieren ihre Verwaltungstätigkeit in allen Ländern in Form von Zusammenschlüssen wie Verwaltungsgemeinschaften, Samtgemeinden, Verbandsgemeinden oder auch Zweckverbänden. Die 2.257 Ortsgemeinden in Rheinland-Pfalz, einem Bundesland mit relativ vielen kleinen Gemeinden, organisieren sich beispielsweise in 163 Verbandsgemeinden. Die kleinste Verbandsgemeinde hat eine Einwohnerzahl von 6.000, die größte eine von 40.000. Der Durchschnitt liegt bei 15.000 Einwohnern

Hinzu kommt, dass sich die Einwohnergrenze aufgrund der unterschiedlichen Bevölkerungs- und Besiedlungsstruktur in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich auswirkt und zu willkürlichen Ergebnissen führt.

Dies würde auch gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot verstoßen. Bei der Festlegung der Verwaltungseinheiten handelt es sich um organisatorische Entscheidungen der Mitgliedstaaten, denen zunächst verwaltungsorganisatorische, historische, geografische oder kulturelle Kriterien zugrunde liegen.

Auch der von der Europäischen Kommission gleichfalls mit Blick auf die Anforderungen des demografischen Wandels geförderte Zusammenschluss von verschiedenen Kommunen zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung durch interkommunale Zusammenarbeit, Zweckverbände oder auch institutionelle Reformen würde durch die Einwohnerschwelle bestraft werden.

Zielführender wäre es aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland, bei der Prüfung, ob eine Beihilfe *de minimis* ist, die rein lokalen *Auswirkungen* einer Zuwendung als Kriterium aufzunehmen. Dieses Kriterium der „rein lokalen Natur“ (wie hierzu unsere Ausführungen unter II.1) ist bereits in der Rechtsprechung des Gerichtshofs angelegt und in der DAWI-Mitteilung der Kommission aufgenommen (Ziff. 35).

d) Regelung zu Bürgschaften

Die Bundesrepublik Deutschland weist darauf hin, dass die Vorschrift zu auf Grundlage einer Bürgschaftsregelung gewährten Einzelbeihilfen in Art. 2 Abs. 5 lit. d) wegen der Änderung der Schwellenwerte in Art. 2 Abs. 2 konsequenterweise angepasst werden sollte. Auch erbittet die Bundesrepublik Deutschland eine Klarstellung im Text, dass bereits vorliegende Methodengenehmigungen weiter gelten und nicht neu zu notifizieren sind.

e) Rückwirkende Anwendbarkeit

Positiv beurteilt die Bundesrepublik Deutschland die in Art. 4 gewährte Möglichkeit, die DAWI-De-Minimis-Verordnung rückwirkend anzuwenden. Dies entspricht dem erklärten Ziel der Europäischen Kommission, die Anwendung der DAWI-Regeln zu erleichtern, und vermeidet überflüssige Bürokratie.